

T. C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ
KARARLARI BAĞLAMINDA SİLAHLARIN
EŞİTLİĞİ

AKIN BOYACI

2502100120

TEZ DANIŞMANI

DOÇ. DR. SABAHATTİN NAL

İSTANBUL-2021

ÖZ

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI BAĞLAMINDA SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ AKIN BOYACI

Çalışmamızın konusu, ülke olarak 1989'den beri yargı yetkisini tanıdığımız Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin(01 Kasım 1998'den önceki çalışma şekliyle, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divanı) vermiş olduğu kararlar çerçevesinde Silahların eşitliği ilkesi ve bu ilkenin iç hukukumuzdaki yeridir. Çalışmamızın amacı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı kapsamında yer alan ve iç hukukumuzda büyük ölçüde bu şekilde yerleşen silahların eşitliği ilkesini, doğrudan bağlantılı olduğu adil yargılanma hakkı ile birlikte açıklamak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında nasıl ve ne şekilde geliştiğini ortaya koymak, sonrasında iç hukukumuzda silahların eşitliği ilkesinin nasıl algılandığını, nasıl düzenlendiğini ve uygulandığını açıklamak, ilkenin iç hukukta egemen olmasını sağlamak için yapılması gerekenleri ortaya koymaktır. Bu doğrultuda önce adil yargılanma hakkının tarih içerisinde ortaya çıkışı, kaynakları ve tarihsel gelişimi açıklanmış, silahların eşitliği ilkesi ile bağlantısı ortaya konmuş, AİHM kararlarından örnekler verilerek silahların eşitliği kavramı açıklanmış ve uygulanma şekli gösterilmiş, iç hukukumuzda silahların eşitliği ilkesi ile bağlantılı düzenlemeler anlatılmış, AİHM'nin kararları doğrultusunda ceza muhakemesi, hukuk muhakemesi ve idari yargılama alanındaki kanunlarda yapılan değişiklikler belirtilerek, yüksek yargı organlarının kararlarına ve dolayısıyla silahların eşitliği ilkesinin iç hukukumuzda etkilerine ve yapılması gereken hukuki düzenlemelere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Silahların eşitliği, adil yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, çelişmeli yargılama, hakkaniyete göre yargılama, Anayasa Mahkemesi

ABSTRACT

EQUALITY OF ARMS WITHIN THE FRAMEWORK OF THE DECISIONS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

AKIN BOYACI

The subject of our Study is the Principle of Equality of Arms and the place of this principle in our domestic law within the framework of the decisions of the European Court of Human Rights, which we have recognised the jurisdiction of as a country since 1989. The aim of our study is to establish the Principle of Equality of Arms, which is within the scope of the Right to A Fair Trial under Article 6 of the European Convention on Human Rights and which is largely established in our domestic law, with the Right to A Fair Trial to which it is directly linked. To explain together, to reveal how and how it developed in the decisions of the European Court of Human Rights, and then to explain how the principle of equality of arms is perceived, regulated and implemented in our domestic law, to demonstrate what needs to be done to ensure that it is sovereign in the law. Accordingly, the emergence of the right to a fair trial in history, its sources and historical development were explained, its connection with the principle of equality of arms was established, and the ECHR decisions.

Key Words: Equality of arms, right to fair trial, European Court of Human Rights, adversarial proceedings, right to trial with fairness, Constitutional Court of the Republic of Turkey

ÖNSÖZ

İnsan Hakları alanında en önemli belgelerden biri olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf bir devlet olarak Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna bireysel başvuruyu kabul ettiği 28 Ocak 1987’ den sonra günümüze kadar geçen süre içerisinde sözleşmenin gereklerini yerine getirmek, insan hakları ihlallerini sona erdirmek ve tüm kurumları insan haklarına saygılı bir devlet olabilmek için gerek anayasasında, gerekse diğer iç hukuk kurallarında birçok değişiklikler yapmış, AİHS’ in 6. maddesinde belirtilen adil yargılanma hakkının gereklerini yerine getirmeye çalışmaktadır.

Silahların eşitliği ilkesi de, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından Sözleşmenin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Bu nedenle iç hukukta da silahların eşitliği ilkesini tüm yargı alanlarına hâkim kılmak önem arz etmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Bağlamında Silahların Eşitliği konulu çalışmamızın amacı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı kapsamında yer alan silahların eşitliği ilkesini, doğrudan bağlantılı olduğu adil yargılanma hakkı ile birlikte açıklamak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında nasıl ve ne şekilde geliştiğini ortaya koymak, sonrasında iç hukukumuzda silahların eşitliği ilkesinin nasıl algılandığını, nasıl düzenlendiğini ve uygulandığını açıklamak, ilkenin iç hukukta egemen olmasını sağlamak için yapılması gerekenleri ortaya koymaktır.

Çalışmada, öncelikle adil yargılanma hakkının ortaya çıkışı, kaynakları ve tarihsel gelişimi ele alınarak ilgili kavramlar ve adil yargılanma hakkı açıklanmış, daha sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında silahların eşitliği ilkesinin nasıl tanımlandığı, ilkeyi ileri sürebilecek kişiler, uygulama alanı ile uygulanma zamanı incelenmiştir. Yine ilke kapsamında, bilgi ve belgelere ulaşma hakkı, delil sunma hakkı, bilirkişilik kurumu ve yasal görevlilerin yargılamadaki rolü konularında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları incelenmiştir. Bu inceleme yapılırken ceza hukuku muhakemesi, hukuk muhakemesi ve idari yargılama bakımından bir ayrıma gidilmiştir. Son olarak yine yapılan bu ayrım çerçevesinde, öncelikle Anayasa’da bireysel başvuru yolunun getirilmesi, iç hukukta bilgi ve belgelere ulaşma hakkı, delil sunma hakkı,

bilirkişilik kurumu ve yasal görevlilerin yargılamadaki rolü irdelenmiş, iç hukukta yer alan düzenlemelerin silahların eşitliği ilkesine uygunluğu ve konuya ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının iç hukukumuzda meydana getirdiği değişiklikler incelenmiş, bu konuda mevzuatımızda yer alan, Sözleşmeye paralel düzenlemeler ve noksanlıklar anlatılmıştır. Çalışmamızda doktrinden, AİHM kararlarından, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay'ın konu ile ilgili içtihatlarından, doktrinde yer alan görüşlerden ve tüm yargılama alanlarına ilişkin mevzuattan yararlanılmıştır.

Akın BOYACI

Çanakkale, Kasım 2021

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	ii
ABSTRACT	iii
ÖNSÖZ.....	iv
KISALTMALAR LİSTESİ	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ADİL YARGILANMA HAKKI

I. ADİL YARGILANMA HAKKININ TARİHİ VE KAYNAKLARI	6
A. Kavramın Tarihsel Gelişimi	6
1. Magna Carta Libertatum (Büyük Özgürlük Fermanı).....	6
3. 1354 Şartı	10
5. Habeas Corpus Yasası ve Habeas Corpus Kavramı	12
6. İngiliz Haklar Bildirgesi.....	14
7. İhanet Suçu Yargılama Yasası	15
8. Tac-ı Tevarüs Kanunu (Act of Settlement)	17
9. 1816 Habeas Corpus Yasası.....	17
10. Virginia Haklar Bildirgesi	18
11. 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi	19
12. Uygun Hukuki Usul (Due Process Of Law) Kavramı ve Tarihçesi	20
a. Due Process of Law Kavramının Tarihçesi.....	21
b. Due Process of Law Kavramının Anlamı	24
c. Due Process'in Türleri	27
d. İngiltere'de Due Process	29
e. Amerika Birleşik Devletleri'nde Due Process	32
f. Due Process'in Usuli Şartları	41
B. Çağdaş İnsan Hakları Belgeleri	42
1. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi.....	43
2. İkiz Sözleşmeler	46
3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi:	48
4. Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı Sonuç Belgesi ve Paris Şartı	51
5. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi	52
6. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi	58
C. Kavramın İç Hukuktaki Gelişimi	61
1. Cumhuriyet Öncesi Dönem (İslam ve Osmanlı Hukuku)	61
2. Cumhuriyet Sonrası Dönem	65
II. ADİL YARGILANMA HAKKI İLE İLGİLİ KAVRAMLAR.....	68
A. Hak Kavramı	69
B. Uyuşmazlık Kavramı	70
C. Mahkemeye Göre Medeni Hak ve Yükümlülük Niteliğinde Olan İşlemler.....	71
D. Kamusal Yönlü Ağır Basan ve Medeni Hak ve Vecibe Kavramının Dışında Kalan Uyuşmazlıklar	74
E. Suçlama.....	76
III. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE ADİL YARGILANMANIN TEMEL	
UNURLARI	79
A. Mahkeme önünde hak arama hakkı	79
1. Yasal Mahkeme.....	79
2. Müstakil (Bağımsız) Mahkeme	85
3. Tarafsız Mahkeme.....	92
B. Makul Bir Süre içinde.....	101

C. Hakkaniyete uygun dinlenme	106
D. Aleni Surette Dinlenme	108
1.Yargılamada açıklık	108
2.Yüz yüze yargılama	110
3.Kararın Açık Duruşmada Okunması	113

İKİNCİ BÖLÜM

SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ

I. SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİNİN TANIMI	115
A. Genel Olarak.....	115
B. İlkenin Öznesi.....	121
C. Uygulanma Alanı.....	122
1.Özel Hukuk Uyuşmazlıklarında Medeni Hak ve Yükümlülükler	122
2.Cezai Alanda Yöneltilen Suçlama.....	123
3. İdari Davalarda Hak ve Yükümlülükler	124
II. ADİL YARGILANMA HAKKI VE SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİNİN BAĞLANTISI	125
A.Silahların Eşitliği İlkesi ve Hakkaniyete Uygun Dinlenilme İlkesi	125
B. Silahların Eşitliği İlkesi ve Çelişmeli Yargılama İlkesi	128
C. Silahların Eşitliği ve Mahkemeye Erişim Hakkı.....	137
D. Silahların Eşitliği ve Denetim Muhakemesi	139
III. SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİNİN UYGULANMA ZAMANI.....	145
A.Ceza Muhakemesinde Uygulanma Zamanı	145
B. Hukuk Muhakemesinde Uygulanma Zamanı.....	149
C. İdari Yargılamada Uygulanma Zamanı.....	149
IV. BİLGİ VE BELGELERE ULAŞMADA SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ	149
A. Ceza Muhakemesinde Bilgi ve Belgelere Ulaşmada Silahların Eşitliği İlkesi	150
1.Savunma Makamının Bilgilendirilme Hakkı	150
2. Savunma Makamının Dosyayı İnceleme Hakkı	152
a. Genel Olarak	152
b. Tutuklu Hallerde Dosyayı İnceleme Hakkı	157
B. Hukuk Muhakemesinde Bilgi ve Belgelere Ulaşmada Silahların Eşitliği İlkesi	162
C. İdari Yargılamada Bilgi ve Belgelere Ulaşmada Silahların Eşitliği İlkesi	166
V. DELİL SUNMA YÖNÜNDEN DAVANIN TARAFLARININ DURUMU	173
A. Ceza Muhakemesinde Delil Sunma Yönünden Davanın Taraflarının Durumu.....	173
1.Tanık Dinlenmesinde Hak Eşitliği İlkesi	173
a. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/1 Maddesi ile 6/3-d Maddesi Arasındaki Bağlantı	173
b. Sözleşmedeki Tanık Kavramı	175
c. İlkenin Sağladığı Haklar	176
(1) Savunma Tanıklarının Eşit Şartlar Altında Davet Edilmesi ve Dinlenmesi.....	176
(2) Sanığın Aleyhine Olan Tanıkları Çapraz Sorgulama.....	181
(a) Çapraz Sorgu Hakkı.....	181
(b) Çapraz Sorguda Sözleşmeyi İhlal Eden Nedenler	184
i. Çapraz Sorgu Talebi	184
ii. Anonim Tanıklar ve Muhbirler	186
iii. Ajan Provokatör	192
iv. Kimliği Bilinen Tanığın Duruşmada Dinlenilmediği Durumlar	195
v. Tanık Dinlenirken Sanığın Dışarı Çıkartılması	215
(c) Çapraz Sorgu Bakımından Devletin Yükümlülüğü	216
B. Hukuk Muhakemesinde Delil Sunma Yönünden Davanın Taraflarının Durumu	217
C. İdari Yargılamada Delil Sunma Yönünden Davanın Taraflarının Durumu	220
VI. YASAL GÖREVLİLERİN YARGILAMADAKİ ROLÜ.....	222
VII. BİLİRKİŞİ YÖNÜNDEN DAVANIN TARAFLARININ DURUMU.....	231
VIII. MÜDAFİİN HUKUKİ YARDIMINDAN FAYDALANMA.....	246

A. Genel Olarak.....	246
1. AİHS’de Müdafî Yardımından Faydalanma Hakkı	247
2. Ücretsiz Müdafî Yardımından Faydalanma	256
B. Müdafî ile Başkalarının Duyamayacağı Şekilde Görüşme ve Serbestçe Yazışma	259
C. Silahların Eşitliği İlkesi Bağlamında Müdafî.....	263

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİNE İLİŞKİN AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ İÇ HUKUKUMUZA ETKİLERİ

I. GENEL OLARAK	268
II. ANAYASA MAHKEMESİ’NE BİREYSEL BAŞVURU HAKKI.....	269
A. Bireysel Başvuru Kavramı.....	269
B. Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvurunun Koşulları	273
C. Bireysel Başvuruya Konu Edilebilecek Haklar	275
D. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı ve Silahların Eşitliği	285
III. CEZA MUHALEMESİNDE SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ	294
A. Bilgi ve Belgelere Ulaşmada Silahların Eşitliği İlkesi.....	295
1. Savunma Makamının Bilgilendirilme Hakkı	295
2. Savunma Makamının Dosya İnceleme Hakkı	299
B. Delil Sunma Yönünden Davanın Taraflarının Durumu	304
1. Savunma Tanıklarının Eşit Şartlarda Davet Edilmesi ve Dinlenmesi	304
2. Doğrudan Soru Yöneltilme	308
a. Doğrudan Soru Yöneltilmenin Uygulanabileceği Aşama	311
b. Tanığa Sorulabilecek Soruların Niteliği	312
c. Doğrudan Soru Yöneltilme Aşamasında Sözleşmeyi İhlal Eden Nedenler.....	314
(1) Tanığın Korunması	314
(2) Tanık Dinlenirken Sanığın Hazır Bulunması Kuralı ve İstisnaları	321
C. Bilirkişi Yönünden Davanın Taraflarının Durumu	331
D. Yasal Görevlilerin Yargılamadaki Rolü	340
IV. HUKUK MUHALEMESİNDE SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ	348
A. Bilgi ve Belgelere Ulaşmada Silahların Eşitliği İlkesi.....	348
1. Bilgilendirme Hakkı	357
2. Dosyayı İnceleme Hakkı	362
B. Delil Sunma Yönünden Davanın Taraflarının Durumu	363
C. Tanık Dinletme Yönünden Tarafların Durumu.....	367
D. Bilirkişilik Yönünden Davanın Taraflarının Durumu.....	372
V. İDARİ YARGILAMADA SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ.....	377
A. Bilgi ve Belgelere Ulaşmada Silahların Eşitliği İlkesi.....	377
1. İdari Yargılama Usul Hukuku Bakımından Bilgi ve Belgelere Ulaşma Hakkı.....	377
2. Bilgi Edinme Kanunu Bakımından Bilgi ve Belgelere Ulaşma Hakkı.....	391
B. Delil Sunma Yönünden Davanın Taraflarının Durumu	398
C. Bilirkişilik Yönünden Davanın Taraflarının Durumu	403
D. Yasal Görevlilerin Yargılamadaki Rolü	408
1. Danıştay Savcısının Görüş ve Kanıt sunması.....	408
2. Danıştay Tetkik Hâkimlerinin Talepte Bulunmaları	410
SONUÇ.....	412
KAYNAKÇA	423
ÖZGEÇMİŞ.....	448

KISALTMALAR LİSTESİ

ABD	:Amerika Birleşik Devletleri
ADÖ	: Amerikan Devletleri Örgütü
AİHM	:Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	:Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYİM	:Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
AYİMK	:Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AÜHF	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Bkz	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
CMK	:Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	:Ceza Muhakemesi Usul Kanunu
DGM	:Devlet Güvenlik Mahkemesi
DSİ	:Devlet Su İşleri
HMK	:Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUAK	:Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUMK	:Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
SEGBİS	:Sesli ve Görüntü Bilişim Sistemi
TSK	:Türk Silahlı Kuvvetleri

GİRİŞ

I. KONUNUN KAPSAM VE ÖNEMİ

Adil yargılanma hakkı, insanların toplum haline gelişlerinden itibaren hukuk sistemlerinde çeşitli biçimlerde ifade edilse de günümüzde modern toplumların hukuk sistemlerinin vazgeçilmez bir parçası haline gelmiştir. Bu hak, bireylerin gerek birbirleriyle ilişkilerinde gerek devletle olan ilişkilerinde kendilerini güvende hissetmelerini, bunun da ötesinde bireylerin temel hak ve özgürlüklerini teminat altına almaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen ve birçok yazar tarafından dilimize “adil yargılanma hakkı” olarak çevrilen kavramın İngilizce karşılığı, sözleşmede “*right to a fair trial*” olarak yer almaktadır. Dolayısıyla çalışmamızda genel olarak “adil yargılanma hakkı” terimi kullanılmış, zaman zaman hakkaniyete uygun dinlenilme, hakkaniyete uygun yargılanma terimleri de Sözleşmede ve doktrinde kabul edildiğinden kullanılmıştır. “Silahların eşitliği” kavramı da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde herhangi bir şekilde tanımlanmamış, yargılama sırasında bireylere tanınması gereken asgari hakların belirtilmesi ve sözleşme maddelerinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından önüne gelen davalarda yorumlanması sırasında oluşturulmuş bir kavramdır. Bununla birlikte, “silahların eşitliği” kavramı da “adil yargılanma hakkı” kadar eskiye dayanmakta olup anlaşmazlıkların düello ile çözüldüğü dönemlerden kalma bir kavramdır ve dolayısıyla Anglo-Sakson hukuku kökenlidir¹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ilk defa *Neumeister/Avusturya*² kararında kullanılmış, ilkenin ilk anlaşılış biçimi sanıklar ile iddia makamları

¹ A.V. DICEY, **Introduction to the study of the Law of Constitution**, 3rd edn., Londra, Macmillan and Co, 1889, s.110, Joseph STORY, **Commentaries on the Constitution of the United States**, Ronald & John Nowak, (ed.), New York, Carolina Academic Press 1987, s.923; Rodney MOTT, **Due Process of Law**, New York, Da Capo Press., 1973, s. 41; Serkan CENGİZ, Fahrettin DEMİRAG, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, TBB, Ankara, 2008. s.139; Friedrich – Christian SCHROEDER, “Ceza Muhakemesinde “Dürüst Yargılama” İlkesi,” Çev. Prof. Dr. Feridun YENİSEY, **Adil Yargılanma Hakkı**, Nergiz Yayınları, İstanbul, 2004, s.161.

² Neumeister/Avusturya, 27 Haziran 1968, Başvuru No:1936/63, para.22.

arasında şekli usuli eşitlik şeklinde iken, *Dombo Beheer/Hollanda*³ kararında Mahkeme, bu kavramı “(muhalefet halindeki özel menfaatleri içeren uyuşmazlıklarda), bir tarafı, davanın diğer tarafı karşısında nitelikli bir dezavantaj içine sokmayacak şartlar altında, her bir tarafın delilleri de dâhil olmak üzere, davasını ortaya koymak için makul bir olanağa sahip olması zorunluluğu” olarak tanımlamıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni imzalamış ve Mahkemenin yargılama yetkisini kabul etmiş bir hukuk devleti olarak Türkiye Cumhuriyeti de, hukukun üstünlüğü ilkesine bağlı kalarak yargı erkinin oluşmasında ve bu erkin uygulamalarında Sözleşme’de belirtilen haklara ve Mahkemenin benimsediği ilkelere riayet etmek zorundadır.

Nitekim Anayasa’mızda da doğrudan ve dolaylı olarak adil yargılanma hakkına yer verilmiştir. Başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere Yargıtay, Danıştay, Bölge Adliye Mahkemeleri ve ilk derece mahkemeleri, yargılama sırasında “silahların eşitliği” kavramına ve adil yargılanma hakkına verdikleri önemi gösteren kararlar vermektedirler⁴. Kararlarında, doğrudan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına atıf yaparak Sözleşme’yi ve Mahkeme içtihatlarını iç hukukta uygulanır hale getirmektedirler. Bununla birlikte bazen hukuk sisteminin kurgusundan, bazen de bireysel hatalardan bireyler mağdur olabilmekte, hatalı kararlar nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurular çoğalmaktadır. “Ülkemiz aleyhine AİHM önünde bekleyen derdest başvuru sayısı 2012 yılına oranla azalma eğilimi göstermiş, 2018 yılı itibariyle de en düşük seviyeye gerilemiştir. 2018 yılına nazaran AİHM önündeki derdest başvuru sayısı 2019 yılı sonu itibariyle %30,15 oranında bir artışla 9.250 olmuştur. 2019 yılı sonu itibariyle derdest başvurular açısından bakıldığında, 15.050 başvuru ile Rusya Federasyonu’nun birinci, 9.250 başvuru ile Ülkemizin ikinci olduğu görülmektedir. Üçüncü sırada Ukrayna (8850) ve dördüncü sırada ise Romanya (7900) bulunmaktadır”⁵. AİHM’in kurulduğu tarih olan 1959 yılından 2019 yılı sonuna kadar Türkiye hakkında karara

³ Dombo Beheer/Hollanda, 27 Ekim 1993, Başvuru No:14448/88, para.33.

⁴ Bu kararlar çalışmanın 2. ve 3. bölümünde ayrıntılı olarak verilmiş ve açıklanmıştır.

⁵ AİHM önünde derdest olan ve verilmiş kararlarla ilgili istatistiki bilgi ve açıklamaların yer aldığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2019 Yılı İstatistikleri Değerlendirme Notu’ na ulaşmak için bkz. (Çevrimiçi) <http://www.inhak.adalet.gov.tr>, 28.04.2020.

bağlanan 3.645 dosya içerisinde 932 dosya ile en çok adil yargılanma hakkının ihlaline ilişkin davaların yer aldığı görülmektedir⁶. Bu rakamlar göz önüne alındığında adil yargılanma hakkının ve bu hakkın içerisinde tanımını bulan “silahların eşitliği” ilkesinin ne anlama geldiği ve hukuk sistemimiz içerisindeki yerini ele almak gerekmiştir.

II. KONUYA YAKLAŞIM OLANAKLARI

“Silahların eşitliği” kavramı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin vermiş olduğu kararlarda adil yargılanma hakkı kapsamında ele alındığından çalışmamızda öncelikle “adil yargılanma hakkının” ne olduğu sorusunun cevabı ortaya konulmaya çalışılmıştır. Ancak adil yargılanma hakkı dahi temel insan hakları ile bağlantılı olduğundan insan haklarının tarih içerisinde hukuk sistemlerindeki yeri hem pozitif hukuk kuralları hem de yargı içtihatları ile açıklanmaya çalışılmıştır.

Konuyu belli pozitif hukuk kurallarını temel alarak bunların ne anlama geldiği, bu kuralların nasıl uygulanması gerektiği yönünde açıklamalar yapmak sorunun hukuk dogmatik bakımından incelenmesidir⁷. Adil yargılanma hakkı nedir, “silahların eşitliği” ilkesi bu hakkın neresindedir, kavramın sınırları ve özü nedir sorularına cevaplar bularak konuyu açıklamak ise sorunun hukuk kuramı açısından incelenmesidir⁸.

Dolayısıyla AİHS’den ayrıksı bir adil yargılanma hakkı ve silahların eşitliği kavramları, yürürlükteki hukuk açısından fazla bir yarar sağlamayacak ve toplumun adalet beklentisine cevap vermeyecektir. Bunun yanında, tanımlamaya ve açıklamaya çalıştığımız kavramlar konusunda, temel hak ve adil yargılanma hakkı kuramından kopuk bir dogmatik çalışma da, karşısına çıkan her yeni ve somut soruna getireceği değişik çözümlerle tutarsızlığa düşebilecektir. Çünkü, temel insan hakları ile bağlantılı olan hak ve ilkeler konusunda yapılacak her dogmatik çalışma aslında

⁶1959-2019 Yılları Arası Türkiye’nin AİHS İhlalleri Dağılımı. (Çevrimiçi) <http://www.inhak.adalet.gov.tr>, 28.04.2020.

⁷ Fazıl SAĞLAM, **Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü**, A.Ü S.B.F. Yayınları:506, S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları:4, Ankara, 1982, s.5.

⁸ Fazıl SAĞLAM, a.g.e., s.4.

temel insan haklarını içeren hak kuramının izlerini taşıyacaktır⁹. Önemli olan hukuk dogmatigi içerisinde sorunlara bulunan çözümlerin birbiri ile çelişmemesi ve hukuk dogmatigi açısından kendisinden beklenen hukuki güven fonksiyonunu yerine getirmesidir¹⁰. Öte yandan çalışmamızda, “Silahların Eşitliği” ilkesinin Türk Hukuk Sistemi içerisinde uygulanmasını ele alırken, yürürlükteki hukuk kurallarının çelişkileri, eksiklikleri, boşlukları konusunda tespitler yapılarak, bunların düzeltilmesi, tamamlanması yönünde teklifler getirilerek, pozitif hukukun gelişmesi ve olumlu yönde değişmesine katkı sunmaya çalışılacak ve hukuk kuramı gözönüne alınarak hukuk sistemi içerisinde eleştiriler getirilecektir.

Bu çerçevede, AİHS’ nin tarafı olan ülkemizin Mahkeme’ nin yargı yetkisini tanıdığı tarihten bu yana Sözleşme hükümlerinin iç hukukta doğru uygulanmasının önemi artmış bulunmaktadır. Bu nedenlerle çalışmamızda hukuk kuramı ile hukuk dogmatigi arasındaki bağlantıyı reddetmeden hukuk dogmatigine ağırlık verilecektir.

III. ÇALIŞMADA İZLENECEK YOL

Çalışmamızda yer verilen AİHM kararlarının bir bölümü, kaynakçada belirtilen kaynaklardan atıf yapılarak alınmış olsa da, AİHM’in internet sitesi olan “<https://hudoc.echr.coe.int/>” adresinden tüm kararların Mahkeme’nin resmi dili olan İngilizce orijinal yazımlarından tek tek kontrolü yapılmış, varsa çeviri hataları veya yazım hataları giderilmeye çalışılmıştır. Kaynakçada belirtilen eserlerde yer almayan veya Türkçeye hiç çevrilmemiş olan AİHM kararlarının ilgili bölümleri ise tarafımızdan çevrilerek çalışmamıza dâhil edilmiştir. Güncel kararlar için yine Mahkemenin internet sitesinde taramalar yapılmış, emsal kararlara atıf yapan güncel kararlar da çalışmaya dâhil edilmiştir.

Çalışmamız üç bölümden oluşmakta olup birinci bölümde, adil yargılanma hakkının tarih içerisinde ortaya çıkışı, kaynakları, öncelikle Anglo-Sakson hukukunda ortaya çıkması nedeniyle bu hukuk sistemi içerisindeki gelişim süreci, sonrasında tüm dünyada gelişimi ile ülkemizin de dâhil olduğu Kara Avrupası Hukuk

¹⁰ Fazıl SAĞLAM, a.g.e., s. 9-10.

Sistemine etkileri ve bu hukuk sistemi içerisinde gelişimi, adil yargılanma hakkının daha iyi anlaşılabilmesi için gerekli olan kavramlar ve bu kavramlar arasındaki bağlantılar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde adil yargılanma hakkının temel unsurlarının neler olduğu ortaya konmaktadır.

İkinci bölümde, “silahların eşitliği” ilkesinin kavram olarak ortaya çıkışı, hangi alanlarda uygulanabildiği, adil yargılanma hakkı ve adil yargılanma hakkının diğer ilkeleri ile bağlantısı, ceza hukuku, özel hukuk ve idare hukuku alanında ne zaman uygulanabileceği ve Mahkeme tarafından ilkenin uygulanmasında hangi ölçütlerin gözetildiği hususları Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları incelenmek suretiyle açıklanmaktadır.

Üçüncü bölümde, Türk hukuk sistemi içerisinde “silahların eşitliği” ilkesinin nasıl ve ne şekilde uygulandığı ve uygulamada karşılaşılan sorunlara yer verilmektedir. Bu yapılırken konu Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay kararları ile belirgin hale getirilmektedir. Ülkemizde, yargılama sırasında “silahların eşitliği” ilkesine tam anlamıyla işlerlik kazandırılması için neler yapılması gerektiği üzerinde durulmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ADİL YARGILANMA HAKKI

I. ADİL YARGILANMA HAKKININ TARİHİ VE KAYNAKLARI

İlk Çağ'da ortaya çıkan ve insanın doğuştan birtakım haklara sahip olduğu temeline dayanan tabii hukuk anlayışı, Orta Çağ'da yerini insan haklarının ilahi kanunlardan kaynaklanan dini kaynaklı bir düşünce sistemine bırakmıştır. Orta Çağ'ın sonları ve Yeni Çağ'ın başlamasıyla birlikte, insan haklarının, sadece politik düşünce tarihini ilgilendirmedeği ve felsefi bir tartışma konusu olmadığı kabul edilmiş, doğuştan ve devredilemez haklar olduğu anlayışı benimsenmiş, devletin anayasal düzenini ilgilendiren bir konu olarak hukukun kapsamına girmiş ve bu anlayış sonucunda yazılı hukuk metinlerine yansımış, böylece insan hakları, pozitif hukukun bir parçası haline gelmiştir¹¹.

İnsanların siyasi iktidarlar karşısında dokunulamaz ve vazgeçilemez haklara sahip olduğu fikri ise ilk kez 1215 tarihinde kabul edilen “*Magna Carta*”dır. *Magna Carta*, her ne kadar halka belli özgürlükler tanıyan bir belge olarak ortaya çıkmamış ve dönemin siyasi iktidarını derebeyleri lehine sınırlayan bir belge olsa bile özellikle adil yargılanma hakkının temelini oluşturan içeriğiyle tarihsel bir önem arz etmektedir. Bu belgenin kabulünden sonra tarihi sırasıyla 1525 tarihinde “Köylülerin Mektupları”, 1628 tarihinde “Haklar Dilekçesi”, 1679 tarihinde “*Habeas Corpus Act*”, 1689 tarihinde “*Bill Of Rights*” ve 1701 tarihinde “*Act Of Settlement*”la hak ve özgürlüklerin sınırlarının giderek genişlediği görülmektedir¹².

A.Kavramın Tarihsel Gelişimi

1. Magna Carta Libertatum (Büyük Özgürlük Fermanı)

Birey haklarının güvenceye alınması konusunda ilk büyük adım, 1215 yılında İngiliz baronlarının, *Magna Carta Libertatum*’u (Büyük Özgürlük Fermanı) o dönem kralları olan Yurtsuz John’a kabul ettirmeleri sonucunda atılmıştır. İngiltere’de 11.

¹¹ Halil KALABALIK, *İnsan Hakları Hukuku*, 5.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2017, s.68-73.

¹² İlhan F. AKIN, *Kamu Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 1993, s.285.

yüzyılda karşılıklı menfaatler doğrultusunda kralı destek olan baronlar, Kral Yurtsuz John'ın üst üste yenilgilerle sarsılması üzerine o güne dek tartışmasız bir şekilde yasama, yürütme ve yargı erklerinin tümünü elinde bulunduran kralın güçsüzlüğünden yararlanarak fermanı imzalatmayı başarmışlardır¹³.

Yaygın kabule göre insan hakları konusunda düzenlenmiş belgelerin başlangıcı olarak kabul edilen *Magna Carta* özellikle “adil yargılanma hakkı” açısından büyük öneme sahiptir. Buna göre¹⁴;

“Bölüm 20: Kontlar ve baronlar, ancak kendi eşitleri tarafından verilen ve suçlarına orantılı olan para cezalarına çarptırılabilirlerdir”.

“Bölüm 24: Krallık yargıçlarının gördükleri davalara, hiçbir şerif, adli memur, memur ya da diğer bir memurumuz bakamayacaktır”.

“Bölüm 38: İleride hiçbir memur, bu amaç için inandırıcı tanıklar bulunmadıkça, sadece kendi açıklamasına dayanarak mahkeme önüne çıkmayacaktır”.

“Bölüm 39: Hiçbir özgür kişi, ülkenin yasaları ya da kendi eşitlerinin hukuka uygun kararı bulunmadıkça, yakalanmayacak, hapsedilmeyecek, mallarından ya da yasal haklarından yoksun bırakılmayacak ya da sürgüne gönderilmeyecek yahut herhangi bir biçimde kötü muamele görmeyecektir ve ne biz onun üzerine gideceğiz, ne de onun üzerine birilerini göndereceğiz”.

“Bölüm 40: Hakkı ya da adaleti hiç kimseye satmayacak, kimse için reddetmeyecek ya da geciktirmeyeceğiz”.

“Bölüm 45: Yargıç, bölge amiri, şerif ve diğer memurları, ülkenin yasalarını bilen ve bu yasalara tümüyle uyacak kişiler arasından atayacağız”.

Her ne kadar yalnızca feodal baronlar yönünden güvenceler getirmekteyse de Orta Çağ koşullarında özellikle yargı gücünü kral karşısında bağımsızlaştırma çabası önemli bir adım olarak değerlendirilmelidir. Nitekim 24. bölümde yer alan ve

¹³ Mehmet AKAD, Bihterin VURAL DİNÇKOL, Nihat BULUT, **Genel Kamu Hukuku**, 16. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2020, s.269.

¹⁴ Janko MUSULİN, **Hürriyet Bildirgeleri**, Çev. Necmi ZEKA, İstanbul, Belge Yayınları, 1983, s.17-21.

“Krallık yargıçlarının gördükleri davalara, hiçbir şerif, adli memur, memur ya da diğer bir memurumuz bakamayacaktır”, Bölüm 38’de yer alan “İleride hiçbir memur, bu amaç için inandırıcı tanıklar bulunmadıkça, sadece kendi açıklamasına dayanarak mahkeme önüne çıkmayacaktır” ve Bölüm 39’da yer alan “Hiçbir özgür kişi, ülkenin yasaları ya da kendi eşitlerinin hukuka uygun kararı bulunmadıkça, yakalanmayacak, hapsedilmeyecek, mallarından ya da yasal haklarından yoksun bırakılmayacak ya da sürgüne gönderilmeyecek yahut herhangi bir biçimde kötü muamele görmeyecektir”¹⁵ hükümleri, çok sonraları formüle edilecek olan “Bağımsız ve Tarafsız Yargıçlardan Oluşan Mahkeme veya Kurul Tarafından Yargılanma”, “Masumiyet Karinesi” ve “Kanunların Geriye Yürümemesi” ilkelerine dair ilk yazılı hükümler olmaları açısından önem taşımaktadır.

2. Alman Köylü Savaşı ve Köylülerin Mektupları (Deutscher Bauernkrieg)

1000-1400’lü yıllar arasında Avrupa’da gerçekleşen köylü ayaklanmalarına ilişkin olarak bir kısım uzmanlar, bu ayaklanmaların toprak sahipleri ve soyluların köylülerden talep ettikleri şeylerin ve köylülere yükledikleri yükümlülüklerin gün be gün artmasından kaynaklanan gerilim sonucu meydana geldiğini belirtmişler, bir kısım tarihçiler ise bu ayaklanmaları, günümüz toplumlarındaki grev kavramına karşılık gelen toplumsal hareketler olarak değerlendirmişlerdir¹⁶.

Tarihi olayların gelişimi açısından değerlendirildiğinde, esas itibariyle dinsel ayrışma ve tartışmalar kökeninde başlayan olayların büyüyerek kontrolden çıkması neticesinde taleplerin dini temelden ayrılıp sosyal ve siyasal yöne evrildiği görülmektedir. Luther ve Müntzer tartışmaları “tanrıtanımaz” Müntzer’in hakkında yakalanma emri çıkartılması ile sonuçlanmış, bunun üzerine, Müntzer, bir kaçak durumuna düşmüş ve bu kaçak hayatı içerisinde kısa bir sürede köylülerden oluşan

¹⁵ Her ne kadar tarihçiler arasında kullanılan ibareler üzerinde tam bir konsensus bulunmamakta ise de Mott, Due Process terminolojisinin temelini hazırlayan söz konusu ibareyi de içeren 39. maddeyi şu şekilde alıntılanmaktadır: “Ülkenin kanunu ve kendi eşitlerince yürütülen hukuki bir yargılama haricinde hiçbir hür kişi, alıkonulamayacak, hapsedilmeyecek, mülkünden çıkarılmayacak, sürülmeyecek veya herhangi başka bir şekilde yok edilmeyecektir.”, MOTT, a.g.e, s. 3.

¹⁶ Mehmet Semih GEMALMAZ, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 5. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005, s.27.

radikal görüşlü bir parti kurmuş olup, bu partinin kuruluşu olayların temelini oluşturmaktadır¹⁷. Bu süre zarfında Anabaptistler ile tanışan ve fikirleri ve söylemleri de evrilen Müntzer vaazlarına devam etmiş ve bu sebeple köylüler arasında devrim fikirleri yayılmaya başlamıştır. Her ne kadar Müntzer'in bir devrim yapma niyetinin bulunmadığı, hatta o tarihlerde yayımlanan ve daha sonra Köylü Savaşı'nın bildirisi durumuna gelecek olan “*Suabiya'nın On İki Maddesi*”nin de kendisine ait olmadığı savunulmakta ise de içinde bulunulan şartlar, köylülerin harekete geçmesine yol açmış, devrim hareketleri başlamış, bir kısım yerleşim birimlerinde meclislere baskınlar düzenlenerek “ebedi meclis” adıyla yeni meclisler kurulmuştur¹⁸.

Alman köylüleri, bu ayaklanmalarının sonucu olarak 1525 yılında, demokrasi ve toprak reformu yapılması yönündeki taleplerini içeren mektuplar yazmışlar, köylülerin mektupları olarak tarihe geçen ve Stockach Mahkemesi'ne sunulmak üzere toplam 12 madde (16 madde olduğu da ileri sürülmüştür)¹⁹ içeren bir belge meydana getirilmiştir. Belgenin yargılama ve kişilerin cezalandırılması konularına ilişkin talepler içeren 9. maddesi aşağıdaki gibidir:

*“...Bugün bize artık mevcut şartlara dayanılarak ceza verilmemektedir. Ama cezalandırılmamızın sebebi, kimi zaman bize duyulan nefret kimi zaman da bazı insanların korunması ve bu korunmadan cesaret almalarıdır. Bundan böyle, bize ceza verilirken otoritelerin himayesi altında olmaktan değil, yazılı yasalara dayanmaktan ve koşulları göz önünde tutmaktan hareket edileceğini tahmin ediyoruz”*²⁰.

Özetle, dönemin ağır koşullarında kendilerine uygulanan her türlü haksızlığa karşı isyan eden Alman köylülerin şikâyetçi oldukları keyfi tutuklamalar ve yan tutucu mahkemelere karşı itirazlarında²¹vurguladıkları kanunilik ilkesi adil yargılanma hakkının bir parçası olması sebebiyle tarihi açıdan önemli bir nokta teşkil etmektedir.

¹⁷Taner TİMUR, **Mutlak Monarşi ve Fransız Devrimi**, Yordam Kitap, İstanbul, 2017, s.107.

¹⁸ TİMUR, a.g.e., s.107.

¹⁹ Friedrich ENGELS, **Köylüler Savaşı**, Eriş Yayınları, İstanbul, 2003, s. 79.

²⁰ Mehmet Semih GEMALMAZ, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, s.31-32.

²¹ ENGELS, a.g.e.,s.79.

3. 1354 Şartı

13. ve 15. yüzyıllar arasında *Magna Carta*, Sir Edward Coke’a göre otuz iki kez ve muhtemelen yaklaşık kırk beş kez yeniden onaylanmış, her defasında yeni siyasal ve hukuki yorumlar ışığında yeniden kaleme alınmıştır²². Bu yeniden düzenlemelerden en önemlisi, aşağıda daha ayrıntılı biçimde açıklanacak olan ve esasında “ silahların eşitliği ilkesi”nin Anglo-Sakson hukukundaki formülasyonu şeklinde nitelendirilebilecek olan “*Due Process of Law*” ibaresinin ilk kez kullanıldığı 1354 Şartı’dır.

“Ülkenin kanunu” teriminin yerine “*due process of law*” ibaresinin kullanıldığı ve Kral III. Edward tarafından *Magna Carta*’nın yeniden düzenlenmesi ile oluşturulan 1354 Şartı’nın 28. maddesi şu şekildedir: “Sınıfına veya koşullarına bakılmaksızın hiç kimse, “*due process of law*” yani uygun hukuki usule göre yargılanmadan, mülkünden ya da ülkesinden çıkarılamaz, alıkonamaz, hapsedilemez, miras hakkından mahrum bırakılamaz, idam edilemez.” Bu hüküm, Londra Özgürlüklerinin Westminster’i olarak da anılmaktadır²³.

4. İngiliz Haklar Bildirgesi (Dilekçesi) (Petition of Rights)²⁴

İngiltere’de 1215 yılında kabul edilen *Magna Carta* ile başlayan ve kralın yetkilerini sınırlamayı hedefleyen hareketler, 07.06.1628 tarihinde kabul edilen Haklar Dilekçesi ile devam etmiştir. Kral I. Charles ile parlamento arasındaki çıkar ve yetkiler konusunda uzlaşma sağlanarak oluşturulan belge, kendisinden önceki ve sonraki bir çok belgeye benzer şekilde *Magna Carta*’ya atıf yapmaktadır²⁵.

1628 yılında İngiliz Parlamentosu, İngiltere kralı I. Charles’a insan hakları düşüncesinin ortaya çıkmasından sonra temel insan haklarının gelişiminde önemli bir kilometre taşı olarak görülen bu sivil özgürlükler bildirgesini yollamıştır. Bu

²² Lowell HOWE, **The Meaning of “Due Process of Law” Prior to the Amendment of the Fourteenth Amendment**, 18 Cal. L. Rev. (1930). s. 583, (Çevrimiçi) <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol18/iss6/1>, 18/09/2018.

²³ Magna Carta m.39. aktaran MOTT, a.g.e., s. 3.

²⁴Tam metni için bkz. (Çevrimiçi) https://tr.wikisource.org/wiki/%C4%B0ngiliz_Haklar_Bildirgesi, 13.11.2018.

²⁵ AKAD, DİNÇKOL VURAL, BULUT, s.271.

bildirgenin gönderilmesinden hemen önce, kralın savaşlarını finanse etmek istemeyen ve bu nedenle kralın savaş politikalarını onaylamayan İngiliz Parlamentosu, krala istediği ödeneği tahsis etmeyi kabul etmemiş, bunun üzerine yaşanan gerilimde kral da parlamentoyu birkaç defa feshetmiş bulunmaktadır. Ancak her fesihten sonra yeni seçilen parlamento üyeleri de krala karşı çıkmaya devam etmiş, bunun üzerine Kral I. Charles, parlamento ile uzlaşmak, Parlamentosunun kendisine bildirdiği talepleri kabul etmek ve dolayısıyla bir bakıma 1628 yılında Haklar Bildirgesi'ni (*Petition of Rights*) imzalamak zorunda kalmıştır²⁶. İngiliz Haklar Bildirgesi, esas olarak parlamentosunun almış olduğu bir karar olmadıkça kimsenin vergi ödemek zorunda olmadığı ilkesi çerçevesinde şekillenmiş olsa da adil yargılanmaya ilişkin olarak içerdiği hükümler de özellikle 'kararların gerekçeli olması' ilkesi yönünden önem taşımaktadır:

“Habeas Corpus ilkeleri gereğince mahkemenin verdiği cezayı çekmek ve geçici de olsa tahliye edilmek amacıyla yargıçların önüne çıkarıldıklarında ve gardiyanlarından tutuklanmalarının nedenini gösterir bir ilmi haber taleb ettiklerinde, kendilerine hiçbir neden gösterilmemiş, sadece Majestelerinin özel buyruğuyla tutuklu bulunduruldukları bildirilmiştir. Yasalar uyarınca hesap verebilecekleri herhangi bir suçlamada da bulunulmamıştır...

....Ama suçlu kişiler, eğer bu ülkenin yasaları ve nizamnameleri uyarınca ölümü hak ettilerse, yine bu yasa ve nizamnamelere göre yargılanmaları ve idam edilmeleri gerekmektedir; başka hiçbir suretle yargılanamaz, idam edilemezler....

... gelecekte parlamentosunun genel onayı olmadıkça hiç kimsenin ödünç para, bağış, vergi, herhangi bir armağan vermeye ya da buna benzer bir ödemede bulunmaya zorlanmamasını ve bunun için, böyle bir ödemede bulunmayı reddetti diye kimsenin sorguya çekilmemesini, yemin etmeye cebredilmemesini, hücreye kapatılmamasını, tutuklanmamasını ya da başka bir biçimde eziyet çektirilmemesini ve rahatsız edilmemesini, yüce Majestelerinizden rica ediyoruz. Hiçbir özgür kişi, bu değindiğimiz durumlardan hiçbirinde yasaklanmamalı ve gözaltına alınmamalıdır.

²⁶ Kemal GÖZLER, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Cilt 1, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, Mart 2020, s.830.

Askerlerin ve leventlerin başka bir yere nakil edilmelerini, ileride halkımızın başına dert açmamalarını, savaş yasaının uygulanacağına dair yönergelerin geri alınmasını ve yürürlükten kaldırılmasını ve gelecekte Majestelerinizin uyruklarının, ülkenin yasa ve özgürlüklerine aykırı bu yönergelerden dolayı helak olmamaları ya da öldürülmemeleri için bir daha benzeri yönergelerin çıkarılmamasını Majesteleriniz münasip görmelidirler”²⁷.

Adil yargılanma hakkı çerçevesinde kararlarına hala atıf yapılmakta olan Sir Edward Coke’ un öncülüğünü yaptığı bu girişim sonucunda beş temel ilke ilan edilmiştir:

- “- Parlamentonun onayı olmadan yeni vergiler konulamaz.
- Suçlanan kişiye hakkındaki suçlamalara ilişkin yeterli bilgi verilmelidir.
- Hiç kimse gerekçesiz olarak hapse atılamaz (Habeas Corpus).
- Asker, yurttaşlara karşı kullanılmaz.
- Sıkıyönetim barış zamanında uygulanamaz”²⁸.

Özellikle, suçlanan kişiye hakkındaki suçlamalara ilişkin yeterli bilgi verilmesi ve gerekçesiz olarak hapse atılmamaya yönelik hükümlerin “adil yargılanma hakkı ve silahların eşitliği” ilkelerinin gelişimine sunduğu katkı tartışmasızdır.

5. Habeas Corpus Yasası ve Habeas Corpus Kavramı

Habeas corpus kurumunun tarihte ilk kez ne zaman ortaya çıktığı bilinmemekle birlikte, *Magna Carta* (M.S. 1215) öncesinde ortaya çıkmış olduğu gözlemlenmektedir. *Habeas corpus* ilk zamanlarda, davalı veya tanık olarak mahkemede hazır bulunması gereken bir şahsın mahkeme önüne çıkartılması için kraliyet memurlarına verilmiş olan bir emir şeklinde, yargılama öncesi işlemlerde kullanılmakta iken, *Magna Carta* ile güç kazanmış ve bu belge ile kurumsallık

²⁷ MUSULİN, a.g.e, s. 39.

²⁸(Çevrimiçi),<http://anitbaba.blogspot.com/2016/03/haklar-dilekcesi-1628-petitionof-rights.html>, 12.11.2018.

kazanan “*kimsenin hukuka aykırı olarak hapse atılamayacağı*” ilkesini etkin kılmak amacıyla kullanılmaya başlanmıştır²⁹. Böylece, hâkim bağımsızlığından söz etmek için henüz erken olan tarihler olan on dördüncü yüzyılın sonları ile on beşinci yüzyılın ilk yarısında, kamu gücünden yararlanarak başkalarını alıkoyan kişiler hakkında uygulanan ve bu kişilerin alıkoydukları kişiler ile, alıkonulan kişilerin alıkonulma gerekçelerini mahkeme huzuruna getirmelerini sağlayan modern işlevine kavuşmuştur³⁰.

Bu yetki ile mahkemeler, kişileri alıkoyma ve hapse atmanın hukukîliğini denetleme yetkisini elde etmişlerdir. 1628 Haklar Dilekçesi'ne kadar, yürütme organının mensuplarına karşı uygulanmakta olan *habeas corpus* emrinin, kralın tek başına verdiği emirler üzerine yapılan alıkoymalarda kullanılması mümkün olmamıştır. Yukarıda açıklandığı üzere Haklar Dilekçesi'yle, kişileri keyfi olarak hapse atmanın hukuka aykırı olduğuna dair kural getirilmiş ve kralın herhangi bir neden belirtmeksizin, özel emri ile kimseyi alıkoyamayacağı ve hapse atamayacağı hükme bağlanmış ve parlamentonun güç kazanarak kanunların uygulanabilirliğinin artması ile 21 maddeden oluşan “1679 *Habeas Corpus Kanunu*” çıkarılmıştır³¹. Bu kanun, hukuka aykırı biçimde gerçekleştirilen uzun süreli alıkoyma ve hapsedmelere karşı *Habeas Corpus* emrine, güçlü ve etkili bir savunma aracı özelliği kazandırmış, emre cevap verebilmek ve hapsedilen kişinin mahkeme önüne çıkarılması için süre sınırlamaları getirilmiş, mahkemeye, kefalet karşılığında serbest bırakma ve bir an önce yargılamayı başlatma yetkileri verilmiş, *Habeas Corpus* emrini vermeyi haksız bir şekilde reddeden hâkimlere, emre cevap vermekten kaçınan, emri işlem yapmadan elinde tutan kişilere, *Habeas Corpus* başvurusu üzerine mahkeme tarafından serbest bırakılmış olan kişileri aynı gerekçelerle tekrar yakalayan ve alıkoyan görevlilere ağır para cezaları getirilmiştir³². Böylece kişilerin hukuk dışı olarak yani mahkeme kararı olmaksızın keyfi olarak alıkonmaları ve hapse atılmaları önlenmiş ve sanıkların tutukluluk

²⁹ Mustafa Tarık ŞENTUNA, “İnsan Hakları Hukuku'nda “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”nın Gelişimi”, TBB Dergisi, 2001/3 s.987 (Çevrimiçi) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2001-20013-828>, 12.11.2018.

³⁰ Metin FEYZİOĞLU, “Anglo-Sakson ve Anglo-Amerikan Hukuk Düzenlerinde Habeas Corpus Kurumu”, **AÜHFD**, Cilt 44, 1995, Sayı 1-4, s.672.

³¹ Metin FEYZİOĞLU, a.g.m., s.672-674.

³² Metin FEYZİOĞLU, a.g.m., s.672-674.

hallerinin geçerli olabilmesi için sanıkların hâkim ve mahkeme önüne çıkarılmaları konusundaki hükümler yasal çerçeveye kavuşturulmuştur³³.

1679 Kanunu ile getirilen en önemli husus ise kralın hiçbir emrinin, mahkemenin otoritesinden üstün olamayacağına kanun hükmü ile belirtilmiş olmasıdır. Her ne kadar Anglo-Sakson hukukunda hukuki kurumların gelişmesi ve uygulanmasında içtihatın yeri neredeyse kanunlar kadar önemliyse de içtihatların da çerçevesinde şekilleneceği bir kanun hükmünün bulunması çok önemli bir dönüm noktası teşkil etmektedir. Anglo-Sakson hukukunun bu karma özelliği nedeniyledir ki günümüzde uygulanan *habeas corpus* hukuku kısmen kanunlarla kısmen mahkeme içtihatları ile ve özellikle de Yüksek Mahkeme içtihatları ile belirlenmiştir. Nitekim İngiltere’de 1722 yılında köleliğin yasaklanması ve hukuka aykırı olduğunun ilan edilmesinde ve yasaklanmasında da *habeas corpus* kurumuna atıf yapılarak şekillendirilen yüksek mahkeme kararları önemli bir rol oynamıştır³⁴.

Kişi özgürlüğünün özellikle idare tarafından hukuka aykırı ve tamamen keyfi bir şekilde kısıtlanmasının önüne geçebilmek düşüncesiyle oluşturulmuş olan Belge’nin, İngiliz Mahkemeleri tarafından etkili biçimde yorumlanarak uygulanması sonucunda bu, Batı Avrupa için de bir model oluşturmuştur. Amerika Birleşik Devletleri de, *Habeas corpus* kurumunu benimsemiş, Amerikan Federal Anayasa’nın 9. bölümünün 1. maddesinin 2. fıkrasında kuruma yer verilerek *habeas corpus* güvence altına alınmış, kurumun uygulanma şekli ise Anayasa’nın belirtilen maddesi doğrultusunda kanunlarla düzenlenmiştir³⁵.

6. İngiliz Haklar Bildirgesi

Kral ile Parlamento arasında bir antlaşma niteliği taşıyan ve 19 Aralık 1689 tarihinde taraflarca kabul edilen Haklar Beyannamesi’nde yargılamayı yapacak

³³ Ali KUYAKSİL, *İnsan Hakları Bilgileri*, Ankara, Eylül Kitap&Yayınevi, 2002, s.13.

³⁴ S.A. de SMİTH, *Constitutional and Administrative Law*, London, 1978, s.453.

³⁵ Enver BOZKURT, *İnsan Haklarının Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü*, Ankara, Nobel Yayın Dağıtım, 2003, s.47-48.

kişilerin yargılanacak kişilerle eşit statüde olması gerektiği ve yargılama yetkisinin suistimal edilemeyeceği belirtilmiştir³⁶.

Bildirge'nin ilgili bölümleri şu şekildedir³⁷:

“ 11. Jüri üyeleri yasal yoldan atanmalı ve yeniden seçilebilmelidir. Yüksek ihanetle suçlanan insanların mahkemesine katılan jüri üyelerinin kendi adlarına mülk sahibi olmaları gerekmektedir.

12. İlgili kişinin yargılanmasından önce, kefalet ve hapis cezasıyla ilgili söz verilmesi ve vaatlerde bulunulması yasadışıdır”.

1679 Kanunu, alıkoyma ve hapsedilme işlemlerinin hukuka uygunluğunun derhal tespit edilmesini ve herhangi bir suç isnad edilerek gözaltına alınmış olan kişilerin bir an önce mahkeme önüne çıkarılmalarını sağlamak suretiyle *Habeas corpus* emrini etkin ve uygulanabilir hale getirmiş, ancak suçlanan kişinin serbest bırakılması için aşırı şartlar öne sürülmesi veya yüksek kefalet miktarı belirlenmesine karşı bir denetim içermemesi nedeniyle eksiklikler içermekte iken bu eksiklikler 1689 Haklar Beyannamesi ile giderilebilmiş ve hâkimlerin suçlanan kişiyi serbest bırakmak için aşırıya kaçan şartlar öne süremeyecekleri veya yüksek kefalet miktarı belirleyemeyecekleri bu beyanname ile ilan edilmiştir³⁸.

7. İhanet Suçu Yargılama Yasası

Kral I. Charles'ın başdanışmanı Thomas Wentworth Strafford'un *impeachment*³⁹ usulüne göre görevden alınması ve sonrasında idam edilmesi ile başlayan 1640 Devrimi öncesi dönemde, devrim yönetiminin bir parçası olarak parlamento gücünü üstün kılmak amacıyla çok sayıda vatana ihanet kanunu çıkartılmış, vatana ihanet suçlarının bir bölümü kralın atamış olduğu bakanların siyasi faaliyetleri, bir bölümü ise iç savaş döneminde (1640-1651) parlamentoya

³⁶ Mehmet Semih GEMALMAZ, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, s.63.

³⁷ MUSULİN, a.g.e, s. 55-58.

³⁸ FEYZİOĞLU, “Anglo-Sakson ve Anglo-Amerikan Hukuk Düzenlerinde Habeas Corpus Kurumu”, s. 674

³⁹“Kamu görevlilerinin görevi kötüye kullanma suçuyla parlamento tarafından soruşturulması” anlamına gelmektedir.

(Çevrimiçi) <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/impeach>, 16/11/2018.

karşı gelen kraliyet yanlılarının faaliyetleri hakkında düzenlenmekle birlikte bu dönemde Kral I. Charles'a dahi ülkeye ve halka zarar vermek, iç savaş çıkartmak ve masum insanların ölmesinde sebebiyet vermek gerekçeleriyle vatana ağır ihanetin de arasında bulunduğu bir çok ağır suçları işlediği konsundasuçlamalar yöneltmiştir.⁴⁰ Kral'ın 1649 yılında idam edilmesinin sonrasında vatana ihanet suçunun yeniden tanımlanması gerekliliğinin ortaya çıkması üzerine, 1649-1659 yılları arasında vatana ihanet suçunun hangi eylemleri içerdiğine ilişkin bir çok yasa çıkartılmış, bu dönemde çıkarılan ve katı bir şekilde uygulanan vatana ihanet kanunları, daha önce III. Edward tarafından çıkartılan vatana ihanet yasasının, hükümetin otoritesini devamlı kılmayı esas alarak düzenlenmesine benzer şekilde, hükümetin başı olan ve Koruyucu Lord olarak adlandırılan Oliver Cromwell'in güvenliğini temin etmeyi amaçlamıştır⁴¹.

Nihayet iktidar mücadelelerinin tanımlanamaz derecede muğlaklaştırdığı vatana ihanet suçlaması ve bu hususa ilişkin yargılamaların yasal ve öngörülebilir bir çerçeveye kavuşturulması ihtiyacı nedeniyle 1696 yılında çıkartılan bu kanunda vatana ihanet suçlaması ile yargılanan kişilerin dahi adil ve eşit olarak savunma hakkından faydalanmaları gerektiği belirtilmiştir. Çünkü onyedinci yüzyılın sonlarında yaşanan hanedanlık mücadeleleri ve ideolojik mücadeleler, iktidarlar ve yurttaşlar arasındaki uzun yıllardır süregelen güç dengesi üzerine ciddi şüpheler yaratmıştır. Bu belgeye göre bu şekilde ihanet suçlaması ile karşılaşan kişinin, tanıkların isimleri hariç, hakkındaki iddianamenin eksiksiz metnini, yargılamanın başlamasından en az beş gün önceden olacak şekilde alma ve öğrenme hakkı bulunmaktadır. Böylelikle, suçlama ile karşı karşıya kalan kişilerin avukatlarıyla görüşüp onların tavsiyelerinden yararlanabilmeleri düzenlenmiştir⁴².

Söz konusu kanunun çıkarılması ihtiyacını doğuran öncesindeki gelişmeler “adil yargılanma hakkı ve silahların eşitliği” ilkesine duyulan ihtiyacın, yalnızca

⁴⁰ Mary Margaret PENROSE, “The Emperor’s Clothes: Evaluating Head of State Immunity Under International Law”, Santa Clara J. Int’l L., Vol 7, Issue 2, 2010, s. 92.

⁴¹ Alexander H. SHAPIRO, “Political Theory and the Growth of Defensive Safeguards in Criminal Procedure: The Origins of the Treason Trials Act of 1696”, **Law and History Review**, Vol. 11, No. 2 (Autumn, 1993), s. 216.

⁴² Mehmet Semih GEMALMAZ, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, s.63.

bireysel masuniyetleri korumaktan öte toplumsal bir nitelik taşıdığının da önemli bir göstergesini oluşturmaktadır.

8. Tac-ı Tevarüs Kanunu (Act of Settlement)

Esasen İngiliz soyundan gelmeyen veya İngiltere Kilisesine tabi olmayan kraliyet üyelerinin *tac-ı tevarüs* etmesini engellemeye yönelik olarak düzenlenen 1701 tarihli belgenin en önemli amacı bugün bile adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından biri olarak kabul edilen bağımsız yargı ilkesinin uygulanabilmesini sağlamaktır.

İlgili madde “*Hâkimlerin vazifeleri ‘quamdiu se bene gesserint’ (iyi halin devamınca) olacak ve ücretleri tayin ve tesbit edilecektir. Fakat parlamentonun her iki kamarasının da teklifi üzerine hâkimlerin azli hukuken caizdir*” şeklindedir⁴³.

9. 1816 Habeas Corpus Yasası

1679 Kanunu, *Habeas Corpusun* sadece ceza yargılaması sırasında uygulanmasını düzenlemekteydi. Fakat zaman içerisinde emir, özel kişiler tarafından gerçekleştirilen veya zorunlu askerlik ve benzeri sebeplerle resmi makamlar tarafından yerine getirilen alıkoymalarda ve borcun yerine getirilmemesinden kaynaklı yapılan tutuklamalarda da uygulanır hale gelmiştir⁴⁴.

Diğer yandan ceza yargılaması için de geçerli olan ve idari makama yöneltilen sorunun cevabının soruşturulması (*controverting the return*) yasağı bu alanda da ciddi bir sorun teşkil etmekteydi. Zira o zamana dek bu cevabın doğruluğunun denetlenmesinin hâkimden ziyade bir jürinin yetki alanına girdiği düşüncesi hâkimdi⁴⁵.

Anılan eksikliklerin giderilmesi amacıyla hem ceza muhakemesi dışındaki habeas corpus uygulamalarını düzenlemek hem de hâkimlere, gelen cevapların

⁴³E.W.RIDGES “İngiliz Anayasa Hukuku”, 1950, aktaran Mukbil ÖZYÖRÜK <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/308/2962.pdf>, erişim tarihi 16.11.2018.

⁴⁴FEYZİOĞLU, “Anglo-Sakson ve Anglo-Amerikan Hukuk Düzenlerinde Habeas Corpus Kurumu”, s. 674.

⁴⁵Judith FARBEY, “The Law of Habeas Corpus”, Oxford University Press; 3 edition (January 18, 2011), s. 65.

doğru olup olmadığını araştırma yetkisinin tanınması amacıyla 1816 yılında yeni bir *Habeas Corpus Kanunu* çıkarılarak anılan eksiklikler giderilmiştir⁴⁶.

Bu kanun ile yapılan değişikliğin adil yargılanma açısından önemli bir başka yanıysa tutuklanan ancak hakkında kovuşturmaya başlanmayan kişiler için de yasal bir güvencesizlik durumu oluşturan eksikliğin ortadan kaldırılması olmuştur⁴⁷.

10. Virginia Haklar Bildirgesi

1776 yılında kaleme alınan Amerikan Bağımsızlık Bildirisi'nden hemen önce yine aynı yıl içinde kabul edilen Virginia Haklar Bildirgesi, Kuzey Amerikan devletlerinin kuruluş aşamasında anayasalarının başına yerleştirdikleri Hak Bildirgeleri (*Bill Of Rights*) arasında, insan haklarına verdiği önem ve özellikle adil yargılanma hakkına dönük hükümleri nedeniyle en kapsamlı ve önemli olanıdır⁴⁸. Doğal hukuk anlayışının hâkim olduğu ve Locke'un doğal haklar teorisinin karşılık bulduğu bu bildiri, Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi'nin ortaya çıkış ve ilan edilmesi sürecinde etkili olmuş ve otoriteye karşı bireyin hakları açık bir şekilde kabul edilmiştir⁴⁹.

Yargılama alanında önemli ilkelerin hükme bağlandığı bildirgenin adil yargılanma hakkı bakımından önemi 8. maddede yer alan,

“Herkes kendi hakkında yapılan suçlamanın gerekçesini ve niteliğini sormak, suçlamayı yapanlarla, tanıklarla yüzleşmek, kendi lehine olan delilleri göstermek, kendi çevresinden seçilmiş, oybirliği ile karar vermedikçe suçlu sayılmayacağı tarafsız bir jüri önünde hızla yargılanmak hakkına sahiptir. Hiç kimse kendi aleyhine delil göstermeye zorlanamaz. Ülkenin bu konuda bir yasası ya da kendisine eşit kişilerin bir kararı olmadıkça kimsenin özgürlüğü elinden alınamaz.” hükmüdür⁵⁰.

⁴⁶ FEYZİOĞLU, “Anglo-Sakson ve Anglo-Amerikan Hukuk Düzenlerinde Habeas Corpus Kurumu”, s. 674.

⁴⁷ FARBEY, ag.e., s. 69.

⁴⁸ AKAD, DİNÇKOL VURAL, BULUT, a.g.e., s.275-276.

⁴⁹ KALABALIK, a.g.e., s.74.

⁵⁰ Tekin AKILLIOĞLU, “İnsan Hakları”, A.Ü.S.B.F İnsan Hakları Merkezi Yay. No.17, Ankara, 1999, s. 122.

Bildirgenin önemi, “silahların eşitliği” ilkesi, “makul sürede yargılanma hakkı” gibi “adil yargılanma hakkı”nın birçok modern unsurunu içeriyor ve bu hakları tüm vatandaşlara eşit şekilde sunuyor olmasıdır.

11. 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi

1789’da gerçekleşen Fransız İhtilali’nin sonrasında, insan haklarını güvence altına almak amacıyla yayımlanan “Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi” 26 Ağustos 1789’da Fransa Ulusal Meclisinde kabul edilmiş ve aynı Virginia Haklar Bildirgesi’nin Amerikan Bağımsızlık Bildirisi’ne kaynaklık ettiği gibi 1791’de kabul edilerek yürürlüğe giren Fransız Anayasası’na önsöz olarak eklenmiştir. Böylelikle, 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nde açıklanmış olan haklar, anayasal güvence altına alınmış, doğal hakları düzenlemeyi amaç edinen bu bildiride özgürlük kavramı tanımlanmış ve bazı özgürlükler sayılarak farklı maddeler şeklinde düzenlenmiştir⁵¹.

Bildiride düzenlendiği şekliyle, kişilerin doğuştan sahip olduğu haklar kutsal olup, bu haklar vazgeçilemez ve devredilemez niteliktedirler ve devletin kuruluş amaçlarından biri de bu hakları korumaktır. Devlet, kendi vatandaşlarını yönetirken kullanacağı yöntem ve araçlarla bu haklara zarar veremez.

1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nin “adil yargılanma hakkı” açısından önem ve değeri 7, 8 ve 9. maddelerindeki düzenlemelerden ileri gelmektedir. Bu düzenlemelere göre:

“Madde 7: Hiçbir kimse kanunen belirli haller ve kanunun emrettiği şekiller dışında itham edilemez, tutulamaz ve tutuklu bırakılamaz. Keyfî emirlerin verilmesini isteyen, bu emirleri veren, icra eden veya ettiren kimselerin cezalandırılması gerekir.

Fakat kanun gereğince, çağrılan veya ele geçirilen her vatandaş, derhal itaatle sorumludur. Karşı koyarsa suçlu olur”.

⁵¹ MUSULİN, a.g.e., s. 69-98.

“Madde 8: Kanunun, ancak sıkı ve açık surette zarurî olan cezalar koyması gerekir. Bir kimse, ancak suçun işlenmesinden önce kabul ve yayın ve ilan edilmiş olan ve usulüne göre uygulanan bir kanun gereğince cezalandırılabilir”.

“Madde 9: Her şahıs, suçlu olduğu açıklanıncaya kadar suçsuz sayıldığından, tutuklanması gerekiyorsa ele geçirilmesini sağlamak için zorunlu olmayan her türlü davranışı, kanun ağır bir biçimde cezalandırmalıdır”.

Mutlak güce sahip bir krallık yönetiminden sonra, “tutuklamanın yasal olması”, “suç ve cezalarda kanunilik” ve “masumiyet karinesi” gibi konuların düzenlenmesi ve özellikle bu hakların herkesin doğuştan sahip olduğu haklar olduğunun vurgulanması, bildirinin adil yargılanma açısından önemini ortaya koymaktadır⁵².

1791 tarihli Fransız Anayasası’nda ise bu kavramlar genişletilmiş ve diğer kuvvetlerin yargıya müdahale edemeyeceği, tabii hakim ilkesi, yasanın uygulanmasının hakim tarafından yapılacağı, yargılamanın aleni olması, sanığın savunmasını yaparken avukat yardımından yararlanmasının reddedilemeyeceği⁵³ gibi hükümlere yer verilmiştir.

Nitekim, Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirgesi’nin etkisi Fransa’yı aşmış, bu bildirgede yer alan hak ve özgürlükler evrensel nitelik kazanmıştır. Diğer devletlerin anayasalarında yer alan temel hak ve özgürlüklere ilham kaynağı olmuştur. Ayrıca BM Genel Kurulunun 10 Aralık 1948’te onayladığı “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi”nin de temelini oluşturmuştur⁵⁴.

12. Uygun Hukuki Usul (Due Process Of Law) Kavramı ve Tarihçesi

Hukuk, insan toplumundaki en büyük medenileşme enstrümanlarından biridir. Bu sebeple medeniyetin gelişimi, genellikle yasal kurallar sisteminin tedrici

⁵² M. Serhat KAŞIKARA, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009, s.43.

⁵³ Tekin AKILLIOĞLU, **İnsan Haklarının Korunması Alanında Uluslararası Temel Belgeler**, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1995, s. 18.

⁵⁴ Murat ŞENEL, **“İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı”**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008, s.23.

gelişimi ile birlikte bu kuralların etkin ve usulüne uygun biçimde uygulanması ile ilişkilendirilmektedir⁵⁵.

Demokratik anayasaların çoğu, hukuk devleti ve insan haklarına saygı ilkeleri temelinde hazırlanmıştır. Hukuk devleti ise hukukun üstünlüğü prensibinin kurumsallaşmış halidir. Dicey'in ifadeleriyle, hukuk devleti “keyfi gücün etkisine karşı, mevzu hukukun mutlak üstünlüğü veya hâkimiyetini öngörmekte olup devletin istisnai ya da daha geniş olarak ihtiyari keyfiyetini içermez”⁵⁶. Hukukun üstünlüğünün en gerekli unsuru, yasanın keyfi ya da irrasyonel olmaması ve makuliyet ihtiyacını tatmin etmesidir⁵⁷.

Bu bağlamda, geliştirilen “*Due Process of Law*” kavramı, Amerikan Anayasası'nın Ek 5. ve Ek 14. maddelerinde "hiç kimsenin due process'e uyulmaksızın yaşam, hürriyet ve mülkiyetinden mahrum edilemeyeceği" ifadeleriyle düzenlenmiştir. Güran ise, kavramın kapsamını ve uygulamasını da dikkate alarak isabetli bir yorumla Ek 5. maddede geçen “hukuki usule uygun olmaksızın” ibaresini “hukuki esas ve usullere uyulmadan” şeklinde çevirmektedir⁵⁸.

a. Due Process of Law Kavramının Tarihçesi

Hukukun üstünlüğü kavramı, kendine özgü bir karakteristik ile ortaya çıktığı İngiliz Anayasası bağlamında hiçbir insanın, olağan mahkemeler önünde ve olağan hukuki niteleme dâhilinde açık bir hukuk ihlaline karar verilmedikçe fiziki veya mali bir cezaya tabi tutulamayacağı anlamına gelmektedir. Mefhumu muhalifinden hareketle, hukukun üstünlüğü, hukuki sınırlama yetkilerinin bu yetkilere sahip kişilerce geniş, keyfi ya da takdire bağlı biçimde kullanılması temelinde oluşan her hükümet sistemi ile çelişmektedir⁵⁹. Bu tanımlama doğrultusunda Dicey'in tarifiyle hukukun üstünlüğü kavramı, Anglo-Sakson hukuk sisteminin geleneksel kurallarından ortaya çıkan “*due process of law*” kavramının bir başka yansıması olarak da nitelendirilebilir.

⁵⁵ Dennis LLOYD, **The Idea of Law**, Landon: Penguin Books, 1991, s.7.

⁵⁶ DICEY, a.g.e., s.181.

⁵⁷ Bachan Singh v. State of Punjab, AIR 1980 SC 898.

⁵⁸ Sait GÜRAN, **İfade Hürriyeti Üzerine İdare'nin Yetkileri**, İÜHF yayınları, İstanbul, 1969, s.32.

⁵⁹ DICEY, a.g.e., s.110.

Nitekim Malinski de aynı benzeşimden hareketle bugün, Yüksek Mahkeme tarafından uygulanan haliyle *due process*'in, Kara Avrupası sistemindeki "hukuk devleti" ile İngiliz hukukunda kullanılan "*rule of law*" kavramlarının benzer hususları kapsadığına işaret etmektedir. Malinski tarafından bu noktada vurgulanan bir başka husus ise "*rule of law*" kavramının Amerikan hukukunda da hukukun üstünlüğü anlamında kullanılmakta olmasına rağmen bu kavramın "*due process of law*" kavramı gibi anayasal bir kavram olmadığı ve Yüksek Mahkeme tarafından kararlarda kullanılan ölçütün "*due process of law*" olduğudur⁶⁰. *Due Process of Law* kavramı, *Magna Carta*'ya dek izi sürülebilen eski bir tarihe sahiptir. Elbette *Magna Carta* bir yasa niteliği taşımasa ve daha çok İngiltere Kralı John ve öfkeli üst sınıflar arasında kişisel bir anlaşma olarak nitelendirilebilirse de, Runnymede'nın baronlarına feodal haklar veren altmış üç bölüm içermektedir ve bunlardan 39'uncusu "ülkenin kanunu" ibaresini kullanmaktadır⁶¹. Her ne kadar tarihçiler arasında kullanılan ibareler üzerinde tam bir konsensus bulunmamakta ise de Mott, Due Process terminolojisinin temelini hazırlayan söz konusu ibareyi de içeren 39. maddeyi şu şekilde alıntılar:

*"Ülkenin kanunu ve kendi eşitlerince yürütülen hukuki bir yargılama haricinde hiçbir hür kişi, alıkonulamayacak, hapsedilmeyecek, mülkünden çıkarılmayacak, sürülmeyecek veya herhangi başka bir şekilde yok edilmeyecektir"*⁶².

"Ülkenin kanunu" teriminin yerine "*due process of law*" ibaresinin kullanımı ise Kral III. Edward tarafından *Magna Carta*'nın yeniden düzenlenmesi ile oluşturulan 1354 Şartı ile olmuştur. Şartın 28. maddesi şu şekildedir:

"Sınıfına veya koşullarına bakılmaksızın hiç kimse, due process of law / uygun hukuki usule göre yargılanmadan mülkünden ya da ülkesinden çıkarılamaz, alıkonamaz, hapsedilemez, miras hakkından mahrum bırakılamaz, idam edilemez" .

⁶⁰ Malinski v. New York, 324 U.S (1945), aktaran Kerem ALTIPARMAK, "Due Process of Law Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme", *AÜHFD* 45(1-4), 1996, s.220.

⁶¹ MOTT, a.g.e., s. 4.

⁶² *Magna Carta* md.39. aktaran MOTT, a.g.e., s. 3.

Bu hüküm “Londra Özgürlüklerinin Westminster’i” olarak da anılmaktadır⁶³. *Magna Carta*’daki bu hüküm diğer *Magna Carta* hükümlerine benzer şekilde, kralların ve emrindeki krala yakın yöneticilerin keyfi hareketlerinden rahatsızlık duyan İngiliz baronlarının talepleri üzerine düzenlenmiştir⁶⁴. O dönemde, kanunlarda kesin ve mutlak hükümler olmayıp belirsizlikler bulunduğundan insanların kanun önünde eşit sayılmasını engelleyen uygulamaların da yapıldığı bilinmektedir. Baronlar bu nedenleri öne sürerek, Runnymede’de Kral John’dan o tarihten itibaren hayatlarının ve özgürlüklerinin devlet tarafından ancak memleket kanununa göre alınabilmesini talep etmişler ve bu talep dikkate alınarak *Magna Carta*’da, yargılamanın ancak yetkili bir mahkeme tarafından ve daha önceden konulmuş olan usullere göre yapılması gerektiği yönünde düzenleme yapılmıştır⁶⁵.

İlk başta monarşi karşısında özgür derebeylerine uygulanan fakat daha sonra her bir İngiliz vatandaşını da kapsar hale gelen *Magna Carta* bu yönüyle İngiliz anayasacılığının da en temel sembolü haline gelmiştir. Kavram daha sonra Kolonistler tarafından ABD’ye taşınmıştır⁶⁶. Ancak 17 Eylül 1787’de kabul edilen Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, tebaasına “*due process of law*” garanti eden herhangi bir hüküm içermemekte hatta bu anayasada yeni Federal Hükümetin yetkilerini insan hakları bağlamında kısıtlayan herhangi bir hüküm de bulunmamaktadır⁶⁷. Bu sebeple, James Madison önderliğinde 1789’da Anayasa değişikliği için parlamento’ya sunulan on iki öneriden onunun kabulüyle, 1791 tarihli Haklar Bildirgesi kabul edilmiş olup bunlardan beşincisi “*due process of law*” hükmünü içermektedir. Buna göre Birleşik Devletler Anayasası’nın Ek 5. Maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: “*Hiç kimse... uygun hukuki sürece/due process of law tabi tutulmaksızın... yaşamından, özgürlüğünden veya mülkünden yoksun bira-kılamaz*”⁶⁸...

⁶³ MOTT, a.g.e., s. 3.

⁶⁴ Malinski v. New York, 324 U.S (1945), aktaran Kerem ALTIPARMAK, “Due Process of Law Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme”, *AÜHFD* 45(1-4), 1996, s.224.

⁶⁵ A.g.e., s.224.

⁶⁶ A.g.e., s.224.

⁶⁷ Charles MILLER, “The Forest of Due Process of Law: The American Constitutional Tradition”, in *NOMOS XVIII, Due Process*, Roland Pennock and Johan Chapman, (ed.), New York, New York University Press, 1977, s.5.

⁶⁸ ABD Anayasası Ek 5. Madde.

Ancak ABD Yüksek Mahkemesinin, Haklar Bildirgesi'ni yeni oluşturulan federal hükümet açısından bağlayıcı olarak nitelendirirken eyalet yasama organları açısından bağlayıcı bulmaması nedeniyle⁶⁹ daha sonra “*due process*”i eyalet yasama organları açısından da bağlayıcı kılan Ek 14. madde kabul edilmiştir. İlgili madde şu şekildedir; “... *Hiçbir eyalet, Amerika Birleşik Devletleri vatandaşlarının imtiyazlarını veya masuniyetini ortadan kaldıracak herhangi bir yasa yapamaz veya yürürlüğe koyamaz, aynı şekilde herhangi bir eyalet, uygun hukuki süreç/due process of law tabi tutulmaksızın hiç kimseyi yaşamı, hürriyeti veya mülkiyetinden yoksun bırakamaz...*”⁷⁰.

Bununla birlikte, Malinski, kavramın Amerika'daki ilk uygulamasında bile İngiltere'deki kapsamını fazlasıyla aştığını savunmaktadır. Buna göre “*due process of law*”, İngiltere'de sadece ceza yargılamasında uygulana gelen bir güvence olmasına rağmen Amerika'da hem kamu hukuku hem özel hukuk alanındaki uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulmuş ve özel hukuk yargılamasında da önemli hale gelmiştir⁷¹. Olumlu yöndeki bu gelişmeye karşılık Ek 5. maddenin ilk tasarısında, “*due process of law*” kavramının getirilmesindeki amacın yalnızca usuli bir güvence sağlamak olduğu belirtilmiş, maddi “*due process*”in ise zaman içinde içtihat yoluyla oluşan bir güvence olarak geliştiği görülmektedir⁷².

b. Due Process of Law Kavramının Anlamı

Kavramı tam olarak tanımlamak pek mümkün gözükmemektedir zira çeşitli yazarlar tarafından yapılan çok sayıda araştırmaya rağmen, anlam ve kapsamı yerleşmekten henüz uzak görünmektedir. Ayrıca, yazarlar arasında, kavramın içeriği, kapsamı, sınırlandırılması ve anlamı hakkında da bir konsensus bulunmamaktadır. Dahası, “uygun hukuki süreç/*due process of law*” ibaresi belirsiz bir ibaredir ve farklı zamanlarda mahkemeler tarafından farklı koşullarda farklı anlamlarda yorumlanmıştır. Çünkü birçok yasal kuraldan farklı olarak “*due process*” kavramı, zaman, yer ve koşullarla ilgisi olmayan sabit bir içeriğe sahip teknik bir kavram

⁶⁹ Barron v. The Mayor and City Council of Baltimore, 32 US (7 Pet) 243 (1833).

⁷⁰ ABD Anayasası Ek 14. Madde.

⁷¹ Malinski v. New York, 324 U.S (1945), aktaran Kerem ALTIPARMAK, a.g.e., s.224.

⁷² A.g.e., s.224.

değildir⁷³. Bu sebeple, kavramın kesin ve mutlak olmaktan ziyade dinamik ve esnek olan göreceli bir terim olduğu söylenebilir. Kavramın içeriği ve anlamı, zaman, yer, mevzuatın niteliği ve ilgili hakkın doğasıyla çok ilişkilidir.

Bu bağlamda “*Due Process*” kavramının, Amerikan Anayasası'nın uygulanması ve yorumlanması sürecinde şekillenen ve geliştirilen bir hukuk ilkesi olduğu savunulabilir. “*Due Process*” bir süreçten yararlanma hakkı, bir kişinin önceden belirlenen bir yöntemle muamele görme hakkı, vatandaşların adil bir şekilde muamele görme hakkına sahip olduğu fikrine dayanan bu tür yasal ya da anayasal hakların ahlaki temeli olarak nitelendirilebilir.

Bir diğer deyişle “*Due Process*” kavramı ile sürecin ne kadar adil olduğu değerlendirilmektedir. Örneğin Rodney Mott, “*Due Process*”i belirli bir kötüye kullanıma yönelik belirli bir yasaklama olarak tanımlamaktadır⁷⁴.

Çok geniş bir çerçeve ile “*Due Process*”, devletin hukukun üstünlüğüne boyun eğmesini sağlayan anayasal bir enstrüman olarak tanımlanabilir. Bu şekilde devlet erkini kısıtlayarak halkına karşı gücünü kötüye kullanma ya da istismar yasağı getirmekte ve bireysel haklar ile devletin bu hakları düzenleme etkisi arasında bir denge kurmaktadır. Bu yönüyle “*Due Process*”e uygun bir yargılama adil olmakla birlikte, aynı zamanda yasal bir süreç olmalıdır⁷⁵. Dolayısıyla çerçeve biraz daha daraltıldığında “*Due Process*”i haktan ziyade bir dizi özel hak, prosedür ve uygulamaya temel oluşturan bir ilke olarak tanımlamak daha doğru bir yaklaşımdır.

Resnic’e göre bu ilke, felsefi yansıma ve analize açık olan ortak ve kamusal bir adalet anlayışına dayanmaktadır⁷⁶. Russel’in tanımlamasıyla “Yaşam ve özgürlük söz konusu olduğunda, bir ceza verilmeden önce her durumda belirli suçlara ilişkin

⁷³ Durga DAS BASU, **Constitution of India**, 8th edn., Vol. 3, Nagpur, LexisNexis Butter-worths Wadhwa, 2009, s. 3084.

⁷⁴ MOTT, a.g.e., s. 32.

⁷⁵ Ronald PENNOCK, “**Introduction**”, in, **Nomo’s XVIII Due Process**, (ed.) Roland Pennock and Johan Chapman, New York, New York University Press, 1977, s.xvi.

⁷⁶ David RESNIC , “**Due Process and Procedural Justice**”, in, **Nomo’s XVIII Due Process**, (ed.) Roland Pennock and Johan Chapman, New York, New York University Press, 1977, s.208.

belirli yargılama usulleri, tarafsız ve yetkili bir mahkeme huzurundaki bir duruşma ile suça ilişkin kanaat ve karar gerekmektedir”⁷⁷.

Due Process, hem mahkemelerin içinde hem de dışında gelişmiş ve yüksek hukukun yeni ideolojisine dâhil olmuştur. Genellikle belirli yasal haklar bağlamında ortaya çıkan ve bu bağlamda ele alınan “*Due Process*” ibaresi, bu çerçevede sayesinde felsefi bir güç de kazanmıştır⁷⁸.

Due Process kavramının uygulanmasında, devlet tarafından çıkarılan yasanın temelde adil olup olmadığına ve Anayasa ve “*Due Process*” ilkelerine uygun olup olmadığına karar vermek için “*Due Process*” ibaresiyle yetkilendirilenin yasa koyucu değil, yargı olduğu görülmektedir. Amerikan İngilizcesinde “*due*” kelimesi “makul”, “adil” ve “uygun” olarak tercüme edilmektedir⁷⁹. Bu nedenle de “*Due Process of Law*” kelimelerinin esnekliği ve potansiyel genişliği, yargının, yerleşik toplumun değerleri ışığında tekrar tekrar yorumlanması için sayısız olanak sağlamıştır.

Amerikan Yüksek Mahkemesi “*Due Process*” terimini ilk olarak *Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.* davasında incelemiştir⁸⁰. Yargıç Benjamin, J., kararın hüküm fıkrasında “*Due Process*” ifadesi ile, *Magna Carta*’da kullanılan “ülkenin kanunu” kelimeleri ile aynı anlamı taşımasının amaçladığını ifade etmiştir. Kararın devamında:

“Her ne kadar Anayasa “*Due Process*” i tanımlamamış, süreç ile amaçlanan veya yasaklananları açıklamamış ve uygulanacak ilkeleri beyan etmemişse de bu ilke, devletin yürütme ve yargı yetkileri üzerinde olduğu kadar yasama yetkileri üzerinde de bir kısıtlamadır ve Kongre’nin, salt kendi iradesiyle herhangi bir süreci “*Due Process*” ilan etmekte özgür olduğu şeklinde yorumlanamaz...Bu nedenle ilgili sürecin herhangi bir hükmüyle çelişip çelişmediğini değerlendirmek için...Anayasa

⁷⁷ Franklin RUSSEL, “**Due Process of Law**”, (Çevrimiçi) <http://www.jstor.org/stable/782385>, 25/09/2018.

⁷⁸ Charles MILLER, “**The Forest of Due Process of Law: The American Constitutional Tradition**”, in **NOMOS XVIII, Due Process**, Roland Pennock and Johan Chapman, (ed.), New York, New York University Press, 1977, s.14.

⁷⁹ M.P. JAIN, **Indian Constitutional Law**, 5th edn., Nagpur, LexisNexis Butterworths Wadhwa, 2005, s.1080.

⁸⁰ *Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.* 59 U.S. 272 (1856) (Çevrimiçi), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/59/272/> 25.09.2018.

incelenmelidir”⁸¹ ifadeleriyle ABD yüksek yargısının kavrama bakış açısının genişliği açık bir biçimde oraya konulmuş olmaktadır.

Yargıç Frankfurter J’nin kapsamlı ve belki biraz da hamâsi analizi bu bakımdan oldukça açıklayıcıdır: “*Due Process*, bazı yasal kuralların aksine, zaman, yer ve durumla ilgili olmayan sabit bir içeriğe sahip teknik bir kavram değildir. Son tahlilde, Anglo-Amerikan anayasal tarihi ve uygarlığı içinde yüzyıllar boyunca evrimleşmiş olan adalet duygusunun yasa tarafından uygulanmasıdır. *Due Process* herhangi bir formülün güvenilir sınırlarına hapsedilemez. Birey ve hükümet arasındaki derin bir adalet anlayışını temsil eden *Due Process*, tarihin, aklın, geçmiş karar süreçlerinin ve tercih ettiğimiz demokratik inancın gücüne duyulan güvenin birleşiminden oluşur”⁸².

Sonuç olarak görmekteyiz ki farklı zaman dilimlerinde farklı yargıçlar tarafından farklı yorumlarla dile getirilen, *due process*’in içeriği sabit bir anlama sahip değildir. Malinski’ye göre *due process*’in belirgin ve kesin bir tanımının yapılamamış olmasının en önemli sebeplerinden biri, kavramın günün değişen ve gelişen koşullarına bağlı olarak sürekli bir değişim içinde olmasıdır⁸³. Bu durumda herhangi bir tanım yapılırken bu değişimin etkileri ve sonuçlarının da dikkate alınması gerekecektir. Nitekim Amerikan Yüksek Mahkemesinin birçok kararında kavramın anlamının tüm yönleri ile ele alınmadan açıklamaya çalışılarak mahkemenin kendini bağlamak istemediği görülmektedir⁸⁴.

c. Due Process’in Türleri

- Usuli Due Process

Amerikan hukuk sistemi, gerekli süreci "*Maddi Due Process*" ve "*Usuli Due Process*" olarak ikiye ayırmaktadır. Yargı tarafından, hukuk usulünün hakkaniyetine ilişkin bir meseleye hükmedildiğinde “*usuli due process*” söz konusu olmaktadır.

⁸¹ Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co., 59 U.S. 272 (1856)

(Çevrimiçi), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/59/272/> 25.09.2018.

⁸² Joint Anti- Fascist Refugee Committee v. McGrath, 341 US 123 (1951) (Çevrimiçi), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/341/123/> 25.09.2018.

⁸³ Malinski v. New York, 324 U.S (1945), aktaran Kerem ALTIPARMAK, a.g.e., s.223.

⁸⁴ Ag.e., s.223.

Usuli due process, bireyi, devlet tarafından bireylerin haklarından mahrum bırakılmasına ilişkin olarak benimsenen usulün adil ve keyfi olmasını engelleyici bir nitelik taşımaktadır. Örneğin, hukuk usulü, yeterli tebliğ, tarafsız mahkeme, kanıt toplama ve aleyhte kanıtları inceleme vb. ile ilgili gereklilikleri yerine getirmelidir. Bu yönüyle *usuli due process*’in kapsamı itibariyle sınırlı olduğundan söz edilebilir. Usuli due process, sadece devlet tarafından adil bir karar verme süreci uygulanıp uygulanmadığını garanti etmektedir. Bu sebeple de özünde, bireylerle ilişkilerde, devletin yargılama olmaksızın mahkûmiyet verilemeyeceği gibi “üzerinde uzlaşmış usuli kullanım ve modeller” ile ilerlemesi gerektiği anlamına gelmektedir⁸⁵.

Ancak şurası açıktır ki bu tür bir due process, devletin kararının dayandığı adaletsiz yasaların kullanılmasına karşı bir koruma sağlamamaktadır. Yalnızca, karar verme sürecinin adil olmasını sağlamakta ancak karar verme sürecinin temelinde yer alan yasa hükümlerinin adil olmasını temin edici bir nitelik içermemektedir⁸⁶.

- Maddi Due Process

Maddi (substantive) Due Process, Amerika Birleşik Devletleri yargı organlarınca geliştirilmiş bir kavramdır. Devletin kanun yapma yetkisinin anayasanın ruhuyla uyumlu olmasını temin etmeyi amaçlamaktadır. *Maddi due process* ile mahkeme, “*due process of law*” ışığında, hukukun esasının hakkaniyetini belirlemektedir. Bu nedenle, “*usuli due process*” dışında kalan her türlü denetim biçiminin, “*maddi due process*” kapsamında kaldığı savunulabilir⁸⁷.

Anayasanın belirli bir hükmü ya da ekinin, yasamanın yargısal denetimi kapsamında incelenmesi tartışma konusu edilmemektedir. Zira anayasa, mevzuatın belirli konularının, kanun koyucunun veya yöneticinin yetkisinin dışında olduğunu belirgin bir dille açıklamaktadır. Ancak yargının, yasaların anayasaya uygunluğunu belirleme yetkisi, ağır tartışma ve eleştirilere konu olmuştur. Yargı, mevzuatın belirli konularının konusu itibariyle devlet faaliyetlerinin anayasal sınırların ötesine geçip

⁸⁵ Durga DAS BASU, **Commentary on the Constitution of India**, 8th edn., Vol. 3, Nagpur, LexisNexes Butterworths Wadhwa, 2008, s. 3084.

⁸⁶ Johan NOWAK, et al., **Constitutional Law**, St. Paul Minnesota, St. Paul Minn. West Publishing Co., 1978, s.381.

⁸⁷ A.g.e., s.381.

geçmediğini kontrol etmek için “*due process*” prensibini kullanmaktadır. Özetle, bu durum belirli mevzuatın demokratik hükümet sistemi ve bireysel özgürlük ile bağdaşmadığı anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, yargının yaklaşımı, *due process*’e uyum olmayan yaşam, özgürlük ve mülkten mahrum etmeye yönelik herhangi bir hükme anayasa tarafından izin verilmeyeceği ön kabulüne dayanmaktadır⁸⁸.

d. İngiltere’de Due Process

İngiltere’de, *due process* esas olarak maddi *due process*’ten ziyade “*usuli due process*” üzerinden uygulanmaktadır. *Magna Carta*’nın 39. Bölümü, özgür derebeylerine Kral tarafından ülkenin kanunu dışında hapsedilmeme güvencesi sağlamaktaydı. Kralın, tebaasını hapse atmaya ilişkin keyfi gücü bu maddeyle oldukça sınırlanmaktaydı. Ülkenin kanunu, derebeylerine ve özgür vatandaşlara, hapsedilmelerinin, ülkenin kanunlarına göre akranları tarafından yargılamaya tabi tutulacağını garanti etmişti. Ancak anlaşma hükmünde “ülkenin kanunu” ifadesi tanımlanmamıştı⁸⁹.

Bu bağlamda *Magna Carta*’nın 39. Bölümünün niteliği üç ana safhada yorumlanmıştır. İlk olarak, belirli kötüye kullanımın belirli bir şekilde yasaklanması amaçlanmıştır. İkincisi, hükmün engellemek istediği belirli kötüye kullanım, yargısız infazdı. Üçüncüsü, “ülkenin kanunu” genel olarak yasallık bağlamında anlaşılmaktaydı. Ancak, “ülkenin kanunu” ibaresi Kral Edward III tarafından 1354 tarihli tüzükte *due process*’in kapsamını genişleten bir biçimde “*due process of law*” ibaresi ile değiştirildi. Üstelik, bu kez sadece özgür insanlara sunulan “*due process*” koruması her vatandaşın kullanımına sunulmuştu⁹⁰. Yeni ibare ile “ülkenin kanunu” ibaresi artık pozitif hukuk anlamını taşır hale geliyordu. Bu da Kral tarafından kanun yoluyla belirlenen usul anlamına gelmekteydi. Ancak bu hüküm İngiliz mahkemelerince ülkenin kanununun Krallığın geleneksel yasaları olması gerektiği şeklinde yorumlandı⁹¹.

⁸⁸ RESNIC, a.g.e., s.211.

⁸⁹ MOTT, a.g.e., s. 36.

⁹⁰ MOTT, a.g.e., s. 37.

⁹¹ Joseph STORY, **Commentaries on the Constitution of the United States**, Ronald & John Nowak, (ed.), New York, Carolina Academic Press 1987, s.923.

Orta Çağ dönemi boyunca, İngiltere'de “*due process*”, daha çok para cezalarının uygulanması, topraklara el koyma, müsadere ya da yasa dışına çıkarılma usulüyle ilişkiliydi. Mahkemeler, kral kararını fezlekeye dayalı olarak incelemekte ve usuli işlemlerin ülke kanununa uygunluğu yönünden denetime tabi tutmaktaydı. Ülkenin kanunu, İngiltere Krallığı’nın gelenekleri veya geleneksel usul kuralları ile eşit olarak kabul edilmekteydi. Bu sebeple on beşinci yüzyılın sonlarına doğru, İngiltere’de, hiç kimsenin yaşamını ve mülkünü, tarafsız bir mahkeme önünde, ülkenin kanununa uygun bir yargılama olmaksızın kaybetmemesine ilişkin yerleşik hale gelen uygulama, Anglo-Sakson hukukundaki “*due process*”in ceza yargılamasına en büyük katkısı olarak değerlendirilmektedir⁹².

1215 tarihli *Magna Carta*’nın 39. Maddesinde kullanılan “ülkenin kanunu” ifadesinin, sadece Kral'a sınırlama getirebildiği düşünülmekteydi. Ancak Kral Edward III tarafından çıkarılan 1354 tarihli nizamnamede kullanılan “*due process of law*” ibaresi, mahkemeleri dahi sınırlayıcı bir etki göstermiştir. Dahası “*due process*” in kapsamı ülkenin kanunundan daha geniştir çünkü belirli bir usulü garanti altına almaktan ziyade, duruma ve koşullara bağlı bir usulü güvence altına almaktadır⁹³.

İngiltere'de “*due process*” yargıçlar, akademisyenler ve politikacılar arasında bir tartışma konusu oluşturmamıştır zira uygulama *maddi due process*’ten ziyade *usuli due process*’e ilişkin olarak yoğunluk göstermiştir. Dolayısıyla, İngiliz hukuk sisteminde, *due process* Parlamento’nun yasama işlevini kısıtlayıcı bir etki göstermemiştir⁹⁴. Kronoloji ile birlikte incelendiğinde İngiliz özgürlüklerinin temel belgesi olan *Magna Carta*’nın da aslında asla İngiltere Parlamentosunun yetkilerini kısıtlamayı amaçlamadığı sonucuna varılacaktır zira parlamento, *Magna Carta*’nın düzenlendiği tarihte henüz mevcut değildir.

Ancak aksi yönde uygulamalar ve beyanlar da yok değildir. Önemli bir İngiliz hukukçusu olan Sir Edward Coke, parlamento faaliyetlerinin de “ülkenin

⁹² MOTT, a.g.e., s. 41.

⁹³ STORY, a.g.e., s.923.

⁹⁴ MOTT, a.g.e., s. 67.

kanunu” na tabi olduğunu belirtmiştir⁹⁵. Dr. Bonham Davası’nda, Medeni Hukuk Mahkemesi Baş Yargıcı olan Sir Edward Coke, “Birçok durumda, geleneksel hukuk Parlamantonun kararlarını kontrol edecek ve bazen tamamen geçersiz olmalarına karar verecektir.” ifadelerini kullanmış⁹⁶ ve devamla “Kanunların hukuki olması için, temel yasaya uygun olmaları gerekmekte olup bir beyanatın yalnızca parlamento kararı olması olması dolayısıyla İngiliz teamül hukuku ve geleneksel ilkelerine uygun olduğu anlamına gelmeyeceği...” yorumunda bulunmuştur.

Benzer şekilde Rodney Mott da, *Magna Carta* ya da Temel Yasa’ya aykırı olmaları sebebiyle geçersiz ilan edilen önemli sayıda yasa, karar vb. olduğunu belirtmiştir⁹⁷. Ancak, İngiliz hukuk sisteminin, Sir Blackstone tarafından dile getirilen parlamantonun sorgulanamaz üstünlüğü önermesine⁹⁸ çok sıkı olan bağlılığı esasında *due process*’in neden İngiliz Parlamantosunu sınırlamadığı sorusunun da cevabını oluşturmaktadır. Diğer yandan İngiltere’nin yazılı bir anayasasının olmaması, İngiliz Parlamantosunun söz konusu üstünlüğü ve yargının, yasamanın sahip olduğu yetki aşımı gücünü kullanamaması sonucunu doğurmaktadır.

Parlamantoya karşı İngiliz yaklaşımı, Blackstone tarafından şöyle açıklanmaktadır:

[İngiliz Parlamantosusu] “... tüm olası konuları ilgilendiren yasaların oluşturulması, onaylanması, genişletilmesi, sınırlandırılması, iptal edilmesi, yeniden canlandırılması ve açıklanması konusunda egemen ve denetlenemez bir otoriteye sahiptir”⁹⁹.

⁹⁵ Dr. Bonham’s Case, 8 Co. Rep. 114a, 77 Eng. Rep. 646 (C.P. 1610), O. Lawrence BURNETTE Jr., **Readings on the Development of the American Constitution**, (Çevrimiçi) <https://books.google.com.tr/books?id=FYL3IkxrVwAC&pg=PA20&lpg=PA20&dq=8+co.+rep.+114/a&source=bl&ots=AhRgtdnDfp&sig=ACfU3U3i0ITZcIYc6CTQsCJ1uV7oOjfftw&hl=tr&sa=X&ved=2ahUKEwjvp6bc6rDpAhWw1aYKHe95DD0Q6AEwA3oECAgQAQ#v=onepage&q=8%20co.%20rep.%20114%20Fa&f=false>, s. 20, 26.09.2018.

⁹⁶ Lowell HOWE, **The Meaning of “Due Process of Law” Prior to the Amendment of the Fourteenth Amendment**, 18 Cal. L. Rev. (1930). s.583, (Çevrimiçi) http://scholarship.law.berkeley.edu/californiala_review/vol18/iss6/1 18.09.2018.

⁹⁷ MOTT, a.g.e., s. 44.

⁹⁸ Sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, vol.1 [1753], s.107, (Çevrimiçi) http://files.libertyfund.org/files/2140/Blackstone_138701_EBk_v6.0.pdf, 20.07.2018.

⁹⁹ Sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, vol. 1 [1753], s.107, (Çevrimiçi) http://files.libertyfund.org/files/2140/Blackstone_1387-01_EBk_v6.0.pdf, 20.07.2018

Sir Edward Coke'un görüşünün geçerliliği bu nedenle pek kısa sürmüştür. Parlamentonun emriyle hapsedilen Kaptan Johan Streater, hapsedilmesinin Ülkenin Kanunu'na aykırı olduğu iddiasıyla hukuksuz olduğunu ileri sürmüş ancak Yüksek Mahkeme buna, “yasama üstünlüğüne boyun eğmesi gerektiği” söylemiyle cevap vermiştir¹⁰⁰.

Ünlü İngiliz iktisatçı ve gazeteci Walter Bagehot'un ünlü deyişi bu konuda anlamlı bir özet niteliğindedir, “İngiliz Parlamentosunun bir erkeği kadına ve bir kadını bir erkeğe dönüştürmek dışında yapamayacağı hiçbir şey yoktur”¹⁰¹. Bu bakımdan, İngiliz mahkemeleri, demokratik sürecin gerekliliklerine karşı saygılı ve riayetkâr olmakla birlikte bu saygının Amerikan mahkemeleri gibi anayasanın nihai muhafızları olma derecesinde olmadığı da açık görünmektedir.

Örneğin 1998 tarihli İnsan Hakları Yasası¹⁰² dahi parlamentonun üstünlüğünü kabul etmektedir ki anılan yasa, diğer yasaların yorumlanmasında insan haklarına uygunluğun gözetileceğini öngörmektedir (Madde 3). Ancak yargılama makamları mevzuatın “insan hakları” ile uyuşmaması durumunda, mevzuatın uyumsuz olduğunu beyan edebilmekte fakat geçersiz kılamamaktadır (Madde 4). Bu durum da, Birleşik Krallık Parlamentosunun üstünlüğünün, 21. yüzyılda bile bozulmadan kaldığı anlamına gelmektedir.

e. Amerika Birleşik Devletleri' nde Due Process

Amerika'nın bağımsızlığı, insanoğlunun medeni ve siyasi hakları açısından bir zafer sembolü olarak kabul edilmektedir. Fakat ilk Federal Anayasa'nın ilk halinde “*due process*” ibaresi yer almamaktadır.

Bununla birlikte, bu önemli eksiklik, 1791 yılında Beşinci Değişiklik ile giderilmiştir. Hâlihazırda, sekiz eyalet Anayasa'nın ek beşinci maddesinin kabul edilmesinden önce, “*due process*”i anayasalarına dâhil etmiş bulunmaktaydı, fakat Ek 5. Madde eyaletler açısından bağlayıcı bir nitelik taşımıyordu. Bu nedenle, ABD

¹⁰⁰ MOTT, a.g.e., s. 44.

¹⁰¹ Henry J. ABRAHAM, **The Judicial Process**, 4th edn., New York, Oxford University Press, 1988), s.311.

¹⁰² Human Rights Act 1998, Chapter 42, (Çevrimiçi) <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/data.pdf>, 02.10.2018.

Anayasası'nda yapılan 14. Değişiklik, “*due process*” in eyaletlerce kabulünü zorunlu hale getirdi. Amerikan hukuk sistemi, Sir Edward Coke'un “*due process*” kavramının Parlamento'yu da kısıtladığı önermesini fazlasıyla bünyesine dâhil etmiş bulunmaktaydı. Bu görüş, teamül hukukunun *due process*'in gücünü oluşturan gelenek, uygulama ve adalet alanlarının özünde yer aldığı kabulüne dayanmaktaydı. Dahası, Amerikan Anayasası, Locke'un “Doğal Haklar” teorisinden de fazlasıyla etkilenmişti¹⁰³. Zira, Locke'a göre “İnsanların toplum içinde bir araya gelip kendilerini bir yönetimin altına sokmalarının en büyük ve başlıca sebebi... mülklerinin korunması” idi. Üstelik teori bütünsel bakımdan incelendiğinde mülkiyetin korunmasının daha geniş anlamda kamu yararı olarak kullanıldığı da savunulabilir: Nitekim yine Lock'un deyişiyle “İnsanların oluşturduğu toplumun ya da yasamanın gücü, hiçbir zaman kamu yararından öteye uzanamaz”¹⁰⁴. Aynı şekilde Amerikan Anayasası'nın babası olarak kabul edilen Madison, Haklar Bildirgesi'nin taslağını hazırlarken ve sunarken, “*due process*” kısıtlamasının yalnızca yürütme konusunda değil, aynı zamanda federal hükümetin yasama yetkisinin denetiminde de gerekli olduğunu savunmuştur.¹⁰⁵ Nitekim Rodney Mott da, Beşinci Değişikliğin devlet yetkilerinin hangi kaynaktan gelirse gelsin kötüye kullanılmasına neden olan hak ihlallerini sınırlandırması amacıyla yapıldığını belirtmektedir¹⁰⁶.

Bu bakımdan incelendiğinde, ABD ve İngiltere arasında “*due process*” açısından iki temel farklılık göze çarpmaktadır. İngiltere'dekinin aksine, ABD'deki “*due process*”, sadece yürütme konusunda değil, aynı zamanda devletin yasama gücü konusunda da sınırlamalar getirmektedir. *Due process*'in yalnızca usulün yasama organları tarafından çıkarılan yasalara uygunluğu açısından gerekli olduğu ve yasama yetkisine hiçbir kısıtlama getirmemesi gerektirdiği iddia edilmişse de ABD Yüksek Mahkemesi bu iddianın aksine şu ifadeleri kullanmıştır:

“... Söz konusu emrin artık yasal usule uygun olduğu reddedilemez...”

Kongre yasasına uygun olarak düzenlenmiştir...”

¹⁰³ Edgar BODENHEIMER, *Jurisprudence*, Delhi, Universal Law Publishing Co.Pvt.Ltd, 2001, s.50.

¹⁰⁴ Ag.e., s.8.

¹⁰⁵ MOTT, a.g.e., s. 155.

¹⁰⁶ MOTT, a.g.e., s. 159.

Ama bu “*due process of law*” açısından uygunluk taşımakta mıdır? Anayasa izin vermeyi veya yasaklamayı amaçladığı usullere ilişkin hiçbir tanım içermemektedir. “*Due process*” açısından uygunluğun denetlenmesi için hangi ilkelerin uygulanacağını bile açıklamamaktadır. Esasında bu durum, oluşturulabilecek herhangi bir usulün yürürlüğe girmesinin yasama gücüne bırakılmamış olmasının bir tezahürüdür. Bu ilke, devletin yürütme ve yargı yetkileri üzerinde olduğu kadar yasama yetkileri üzerinde de bir kısıtlamadır ve Kongre'nin, salt kendi iradesiyle herhangi bir süreci “*due process*” ilan etmekte özgür olduğu şeklinde yorumlanamaz”¹⁰⁷...

Dahası ABD'de “*due process*” kavramı, Anayasa'da açıkça sayılmayan yasama yetkilerine sınırlama getirecek şekilde de yorumlanmaktadır¹⁰⁸. Cooley de, *due process*'in devletin tüm organlarına sınırlama getirdiğini söylemektedir: Birincisi, sadece yargı ve yürütme faaliyetleri değil, aynı zamanda yasama faaliyetlerini de kapsamaktadır. İkincisi, hükümetin üç organının, yerleşik düsturlara ve benimsenmiş hukuki prensiplere uygun olarak bireyin özgürlüğünü güvence altına almak için işbirliği yapması gerekmektedir. Üçüncü olarak ise, *due process*'in odağını bireysel özgürlükten mülkiyet haklarına kaydırmaya çalışmıştır¹⁰⁹. Zira bu döneme kadar, mülkiyetten doğan haklar, özgürlük haklarına bağlı haklar olarak kabul edilmekteydi. Bu bakımdan İngiltere'de “*due process*”, cezai konularda keyfi tutuklama ve hapis cezasına karşı bireye koruma sağlama amacını taşımakta iken ABD'de bu kavram vergilendirme ve mülkiyet haklarına ilişkin medeni hukuk konularına dek genişletilmiştir¹¹⁰.

- İç Savaş Öncesi Due Process:

“*Due process of law*” kavramının esnekliği ve potansiyel genişliği, kavramın yorumlanması açısından ABD Yüksek Mahkemesine birçok olanak sağlamıştır. Bununla birlikte, Ek 5. Madde anlamındaki *Due Process*, on dokuzuncu yüzyılın

¹⁰⁷ Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co., 59 U.S. 272 (1856), (Çevrimiçi) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/59/272/>, 25.09.2018

¹⁰⁸ HOWE, a.g.e., s. 583. (Çevrimiçi) <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol18/iss6/1>, 18.09.2018.

¹⁰⁹ MOTT, a.g.e., s. 180-181.

¹¹⁰ MOTT, a.g.e., s. 180.

ortalarına kadar büyük ölçüde ilgisizdi. Yukarıda bahsedildiği gibi 1855'te ABD Yüksek Mahkemesi Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co. davasında “*due process*” kavramını ilk kez incelemiştir¹¹¹. Yüksek Mahkeme, kanunun öngördüğü usulün *due process*'e uygun olup olmadığını belirlemek için ikili bir test uygulamıştır. Birincisi, İngiliz hukuku kapsamındaki “üzerinde uzlaşmış usuli kullanım ve modeller”in Amerikan toplumuna uygulanabilir olup olmadığını incelemiştir. İkinci olarak ise “teamül hukuku” uygulamasının ABD Anayasası ile çelişip çelişmeyeceğini incelemiştir. Bu şekilde “*due process*”, “teamül hukuku”nun tarihsel olarak kabul edilmiş ortak pratiği açısından net bir tanıma kavuşmuştur¹¹².

Mahkeme, ayrıca *due process*'in genellikle yargısal prosedürlerin yerleşik uygulamaları temelinde usulüne uygun suç atfı, cevap hakkı ve duruşma gibi hususlarda uygulandığını da belirtmiştir. Murray's Lessee davasında tam da bu sebeple *due process* sadece tarihsel noktadan analiz edilmemiş, aynı zamanda cezai içtihatların ötesine geçerek genişletilmiş ve özel mülkiyet haklarının korunması için de uygulanmıştır. Bundan sonra da mahkemeler, tekrar tekrar açık bir şekilde, neyin “*due process*” olduğunun belirlenmesinin, yasama organının değil, yargının işlevi olduğunu vurgulamıştır. Wynehamer v. People davasında mahkeme, bu durumu şu şekilde izah etmektedir:

*“Ülkenin kanunu” veya “due process of law” kavramlarının tamamıyla yasamanın faaliyeti olarak nitelendirilmesi vatandaşları haklarından, ayrıcalık ya da mülklerinden mahrum bırakan, basit bir saçmalığa yol açacaktır. Böyle bir ön kabul, yasama organı, yanlış olanı yürürlüğe sokmak için bir kanun kabul etmedikçe anayasal olarak hiç kimsenin mülkiyetinden veya haklarından yoksun bırakılmayacağı anlamına gelir ve bu da aslında kısıtlamayı tamamen ortadan kaldıran bir nitelik arz etmektedir”*¹¹³.

¹¹¹ Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co., 59 U.S. 272 (1856), (Çevrimiçi) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/59/272/>, 25.09.2018.

¹¹² Ronald PENNOCK, “**Introduction**”, in **Nomo's XVIII Due Process**, (ed.) Roland Pennock and Johan Chapman, New York: New York University Press, 1977, s.xvii, aktaran:Dr. S. G. GOUDAPPANAVAR-Dr. Anil HAWLDAR, “Due Process: Meaning, History, Kinds and Comparative Study”, **VBCL Law Review**, Volume - III - 2017-18, s.31(Çevrimiçi) <https://vbclaw.edu.in/dist/files/journal/VBCL-Law-Review-2018.pdf>, 25.09.2018.

¹¹³Wynehamer v. People, 13 N.Y. 378 (N.Y. 1856), (Çevrimiçi) <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-wynehamer-v-people-of-new-york>, 30.09.2018,

Yargılamanın bu ısrarlı, kesin ve kararlı tutumu sayesinde ki on dördüncü değişikliğin “*Due Process*” kısmı, tüm değişiklikler arasında en az tartışılan hüküm olmuştur¹¹⁴.

- İç Savaş sonrası Usuli *Due Process*:

Hurtado v. California¹¹⁵ davasında Kaliforniya eyaleti Josph Hurtado’yu cinayetle suçlamıştır. Büyük jüriyi toplayarak aleyhine dava açmak yerine, bölge savcısı, eyalet hukukuna uygun olarak iddianameyi sunmuştur. Mahkûmiyet ve ölüm cezası kararı üzerine Hurtado, aleyhine dava açılması için büyük jüri kararı gerektiği ve uygulanan usulün Ek 14. Maddenin ihlali olduğunu ileri sürmüştür. Mahkemenin kararı ise, “*due process*” hükmünün, eyalet ceza davalarında büyük jüri gerektirmediği yönünde olmuştur. Anılan karara göre, İngiliz hukukundan devralınan teamül hukukunun bir parçası olmayan yeni usul uygulamaları da “*due process*” olarak nitelendirilebilir.

Mahkeme, teamül hukukunun “esneklik ve gelişme ve uyum sağlama kapasitesi”ne atıf yaparak, *due process*’in “kesin ve teknik” anlamına ulaşamayacağı sonucuna varmıştır. Böylece, tarihsel içtihat artık *due process*’in bir şartı olmaktan çıkmış, bunun yerine, itiraz edilen usulün ne derece adil olduğu kabul edilmiş, *due process*’in belirlenmesinde en önemli unsur haline gelmiştir.

Benzer davalarda da mahkemelerin, her eyaletin kendi kanununa göre, “*due process*” olarak kabul edebileceği teamül hukuku dışında bir usul olabileceğini oldukça sık olarak kabul ettiği görülmektedir¹¹⁶.

Örneğin Snyder v. Commonwealth of Massachusetts davasında Yargıç Cardozo, *due process* kavramını tanımlamaya çalışırken, doğrudan doğruya

Çevrimiçi) <https://www.encyclopedia.com/politics/encyclopedias-almanacs-transcripts-and-maps/wynehamer-v-people-new-york-13-ny-378-1856>, 30.09.2018.

¹¹⁴ Rodney MOTT, a.g.e., s. 182.

¹¹⁵ Hurtado v. California 110 U.S., 516(1884),

(Çevrimiçi) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/110/516/>, 26.09.2018.

¹¹⁶ Missouri v. Lewis 101 U.S. 22 (1879),

(Çevrimiçi) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/101/22/> 26.09.2018, Walker v. Sauvinet, 92 U.S. 90 (1875), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/92/90/>), 26.09.2018.

Amerikan halkının yaklaşımıyla bağlantılandırmıştır. Bu tanıtımda, *due process*; "halkımızın geleneklerinde ve vicdanında temel olarak köklenmiş"¹¹⁷ bir anayasal güvence olarak değerlendirilmiş, Palko v. Connecticut davasında ise "düzenlenmiş hürriyet (*ordered liberty*) kavramında saklı" olduğunu¹¹⁸ belirtmiştir. Rochin v. California kararında, Yargıç Frankfurter benzer görüşü farklı bir biçimde dile getirmektedir:

*"Mahkeme usulün her aşamasında, İngilizce konuşan halkın geçmişten kalan doğruluk ve adalet anlayışına aykırı olup olmadığını inceler. Bu adalet ölçütleri hiçbir yerde yazılı olmamasına rağmen bellidir"*¹¹⁹.

ABD mahkemelerinin *due process*'e bu yaklaşımı AİHM'in, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yaşayan bir belge olduğu ve günün koşullarına göre yorumlanması gerektiği yönündeki içtihatlarıyla benzerlik göstermektedir¹²⁰.

Nitekim Malinski v. New York kararında¹²¹ yasama organını bağlayan *due process*'in temelinde var olan insanların inançları ve geleneklerinde kök salan adalet ilkelerinin durağan olmadığını ve özgür toplumun sürekli değişen ve gelişen kurumlarına bağlı olarak gelişeceğini belirten Yargıç Frankfurter'in bu değerlendirmesi de yukarıda anılan tespiti teyit eder niteliktedir.

- ABD'de Maddi Due Process:

ABD Yüksek Mahkemesine göre, yazılı anayasa, devletin farklı kollarını ve bunların görevlerini tanımlamakta, yasama organına sınırlamalar getirmektedir ve bu tür sınırlamalar, bir kanunun yürürlüğe girmesiyle göz ardı edilirse, davanın taraflarının haklarına hükmedilirken, söz konusu kanunu geçersiz saymak yargının

¹¹⁷Snyder v. Commonwealth of Massachusetts 291 U.S. 97 (1934),

(Çevrimiçi) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/291/97/>, 26.09.2018.

¹¹⁸ Palko v. Connecticut 302 U.S. 319 (1937) aktaran Kerem ALTIPARMAK, 'Due Process of Law' Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme', AÜHFD 45(1-4), 1996, s.222

¹¹⁹ Rochin v. California, 342 U.S. 165 (1952) aktaran Kerem ALTIPARMAK, 'Due Process of Law' Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme', s.222

¹²⁰ Marcx/Belçika, Başvuru No:6833/74, 13.06.1979, para. 58.

¹²¹ Malinski v. New York, 324 U.S. (1945) aktaran Kerem ALTIPARMAK, "Due Process of Law Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme", s.222

görevi haline gelecektir.¹²² Ancak yargı, Anayasa'da “*due process*” hükmü altında açıkça sayılmadığı gerekçesiyle bir kanun maddesini geçersiz ilan etmeye çalıştığında, bu durum bir çatışmaya yol açmakta ve hukuk sistemi içinde bir tartışma başlatılmaktadır.

Yargıç Chase'in aşağıda uzun bir alıntısı yer alacak olan kararı ABD'de *maddi due process*'in temelini oluşturmaktadır:

“Her ne kadar otoritesi anayasa veya devletin temel hukuku tarafından açıkça kısıtlanmamalı ise de bir devletin yasama organının her şeye kadir olduğu veya mutlak ve kontrolsüz olduğu fikri onaylanamaz. Birleşik Devletler halkı, adaleti tesis etmek, genel refahı yükseltmek, özgürlüğün nimetlerini güvence altına almak ve bireylerini ve mallarını saldırıdan korumak için anayasalarını ve devletlerini kurmuşlardır. İnsanların toplum oluşturma amacı, toplumsal sözleşmenin niteliğini ve şartlarını belirleyecektir ve yasama gücünün temeli onlar olduğundan, doğru amaçların ne olduğuna da onlar karar vereceklerdir. Yasama gücünü sınırlandıracak olan onun doğası ve sınırlarıdır. Hiçbir insanın yasaların emretmediği bir şeye zorlanamayacağı ve yasaların izin verdiği hiçbir şeyden mahrum edilemeyeceğine ilişkin temel ilkemiz, özgür cumhuriyetçi hükümetlerimizin doğasından kaynaklanır. Federal veya eyalet yasama organının yetkilerini aşmadan yapamayacağı eylemler vardır. Özgür cumhuriyetçi hükümetlerde yasama gücünün açık ve bariz bir şekilde kötüye kullanılmasını tespit edecek ve geçersiz kılacak bazı hayati prensipler vardır: pozitif hukuk aracılığı ile hukuka aykırılığı belirlemek veya devleti korumak için kişisel bağımsızlık veya özel mülkiyet güvencelerini kaldırmak gibi. Yasama organının, toplumsal sözleşmenin ilk büyük ilkesine aykırı bir faaliyeti (kendi adıma ben buna kanun diyemem), yasama yetkisinin hukuki bir kullanımı olarak telakki edilemez. Açık bir sözleşme ve cumhuriyetçi ilkeler üzerine kurulmuş bir devlette hukukun yükümlülüğü, üzerine tesis edildiği gücün niteliğine göre belirlenmelidir”¹²³.

¹²² Marbury v. Madison 5 US 137(1808),
(Çevrimiçi) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>, 26.09.2018.

¹²³Calder v. Bull, 3 U.S. (3 Dall.) 386 (1798)

Bu şekilde Yargıç Chase, yasama faaliyetinin geçerliliğini sınavacak bir ölçüt için yazılı anayasanın dışına çıkmış olmaktadır. Kastettiği şey, yasama organının veya herhangi bir hükümet organının gücünün kapsamının, onu ortaya çıkaran amaç ile belirlendiğidir. *Due process*'in bu şekilde açıklanması, yukarıda bir kez daha işaret edildiği üzere John Locke'un "toplum sözleşmesi" kavramıyla büyük benzerlik göstermektedir¹²⁴.

Özünde her iki teorinin kesiştiği nokta, genel olarak toplumu oluşturan bireylerin yaşamı, hürriyeti ve mülkiyetini güvence altına almak için gerekli olan durumlar dışında, herhangi bir insanın yaşamından, özgürlüğünden ve mülkiyetinden mahrum bırakılamayacağıdır. Bu da insanların yaşamının, özgürlüğünün ve mülklerinin, yalnızca Amerikan vatandaşının yaşam ve özgürlüğünden mahrum bırakılmasını gerektiren meşru ve zorlayıcı bir sebepten dolayı alınabileceği anlamına gelir.

Bu yönüyle "toplumsal sözleşme" teorisi, "*due process*" hükmü kapsamında Kazanılmış Haklar Doktrini ve Polis Gücü Doktrini'nin kurulmasına yol açmıştır. Dolayısıyla, bu iki doktrin, "doğal adalet" veya "doğanın kanunu" ile aynı bağlamda yorumlanan yargısal denetim için anayasal ve yazılı olmayan bir temel oluşturmuştur.¹²⁵

Kazanılmış Haklar Doktrini'ni, "doğanın kanunu" ve "devlet ruhunun doğası" ışığında yorumlamak pratik zorluklara yol açabilmektedir çünkü bu durum kazanılmış hakları korumaktan başka bir amaç için de dava açılmasına yol açabilmektedir. Makul bir hukuk sistemi ise yargıcın takdir hakkının yazılı mevzuat ile sınırlı olmasını öngörür. Ancak, anayasada yazılı olmayan şartlar üzerinden yasanın geçerliliğini belirlemek için yargıya takdir yetkisi verilmesi, yargıya veto gücü vermekten başka bir şey değildir. Nitekim bu konuya ilişkin olumsuz bir örnek olarak "sözleşme özgürlüğü" temelinde mahkemelerin sanayiye düzenlemeye çalışan

(Çevrimiçi) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/3/386/> 03.10.2018.

¹²⁴ HOWE, a.g.e, s. 583, (Çevrimiçi) <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol18/iss6/1>, 18.09.2018.

¹²⁵ HOWE, a.g.e., s. 583, (Çevrimiçi), <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol18/iss6/1>, 18/09/2018.

yasaları etkisiz hale getirmesi gösterilebilir. Bu özgürlük, işveren ve çalışan, alıcı ve satıcı arasındaki varsayılan pazarlık gücü eşitliğine dayanarak, her iki taraf açısından da “*maddi due process*” aracılığı ile polis gücü mevzuatına karşı “sözleşme özgürlüğü”nü garanti altına almıştır¹²⁶.

Yine *Lochner v. New York*¹²⁷ davasında mahkeme, fırıncılık sektöründe işçilerin çalışma saatlerini düzenleyen yasayı “sözleşme özgürlüğü” ile çeliştiğinden bahisle iptal etmiştir. Anılan davada Yargıç Peckham’ın, Louisiana Eyaleti Sigorta Yasası’nı iptal etme gerekçesi, şirketlerin istedikleri sigortayı edinme özgürlüğüne müdahale olarak değerlendirmesidir.

Buna benzer birçok örnek ile ABD Yüksek Mahkemesi, 1930’lar boyunca “*due process*” hükmünün ihlali nedeniyle birçok Yeni Düzen yasasını iptal etmiştir.

Due Process’e ilişkin olarak bu dönemde mahkemenin genel pozisyonunun, hayat, özgürlük veya mülk ile ilgili bir temel çıkar söz konusu olduğunda, devletin “zorunlu” bir hedefe sahip olması gerektiği ve ilgili hükmün bu hedefe ulaşılması için tam bir gereklilik içermesi gerektiği yönünde olduğu görülmektedir. Temel olmayan bir çıkar söz konusu olduğunda ise devlet “yasal” bir hedefe sahip olmalı ve ilgili hüküm söz konusu hedefe ulaşmak için rasyonel bir bağlantıya sahip olmalıdır. Mahkeme, bu şekilde anayasada sayılanlardan tamamen bağımsız bir şekilde devletin hangi yetkilerinin yasal ya da zorunlu olduğunu belirlemektedir. Ayrıca bu şekilde yine anayasada sayılanlardan tamamen bağımsız hangi hakların temel hak olduğu da mahkeme tarafından belirlenmiş olmaktadır.

Ancak 1937’den sonra 1937 Anayasal Devrimi nedeniyle “*due process*”, bireysel çıkarları korumaktan toplumun çıkarlarını korumaya doğru evrimleşmeye başlamıştır. Mahkemeler, sosyal ve ekonomik reform yasalarında maddi *due process*’e daha az ancak usuli yönlerine daha fazla odaklanmaya başlamıştır. Dahası yine mahkemeler, yasaların geçerliliğine karar verirken anayasada sayılmayan

¹²⁶ *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897),
(Çevrimiçi) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/165/578/> 06.10.2018.

¹²⁷ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905),
(Çevrimiçi) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/> 06.10.2018.

kısıtlamalar yerine sayılan belirli sınırlamalara daha çok yer vermeye başlamıştır. Dolayısıyla ABD hukuk sisteminde bu dönem sonrası için “maddi due process” kapsamının daraldığını söylemek yanlış olmayacaktır¹²⁸.

f. Due Process’in Usuli Şartları

“Due process”, devletin yasalara uymasını sağlamayı ve bireyleri devletten korumayı amaçlayan bir kavramdır. Temelde devlete, halkına karşı adil davranmasını emreder. “Usuli due process” devletin, bir bireyin hayatını veya özgürlüğünü yasaların gerektirdiği usule uygun bir biçimde alıp almadığını belirlemektedir¹²⁹. Bu denetim yasa tarafından belirlenen bir usulün hakkaniyetinin denetlenmesini de içerebilir. Çeşitli uluslar yasal sistemlerinde due process’in çeşitli türlerini kabul etmiş olsalar da kavramın şartları henüz genellikle belirsizdir. Fakat genellikle aşağıdaki maddeler, gerek medeni gerek cezai adalet sistemi açısından, gerek maddi gerekse usuli due process’in temel şartları olarak kabul edilmektedir¹³⁰:

“- *İhtilaf halindeki tarafların delillerini bağımsız bir bilirkişiye/yargıç veya jüriye sunarak çözüm aradıkları yargılama biçimi olarak tanımlanan ‘adversary process’*

- *Suçlanan kişiye hakkındaki suçlamalara ilişkin yeterli bilgi verilmesi*
- *Bağımsız ve tarafsız yargıçlardan oluşan mahkeme veya kurul*
- *Masumiyet karinesi*
- *Jürili yargılanma hakkı.*
- *Halka açık ve hızlı yargılanma hakkı*
- *Mahkeme veya jüri önünde sözlü savunma yapabilme hakkı*
- *Tanık veya delil gösterme hakkı*

¹²⁸ HOWE, a.g.e., s. 589, (Çevrimiçi) <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol18/iss6/1>, 18.09.2018.

¹²⁹ Johan NOWAK, et al., **Constitutional Law**, St. Paul Minnesota, St. Paul Minn. West Publishing Co., 1978, s.370.

¹³⁰ A.g.e., s. 381.

- *Tanıkla yüzleşme ve çapraz sorgulama hakkı*
- *Tanığın zorla getirilmesinden yararlanma hakkı*
- *Delil tespitine ilişkin ön yargılama hakkı*
- *Yargılama işlemlerinin sanığın diline çevrilmesi hakkı*
- *Kendi tercih ettiği bir avukat tarafından temsil edilme hakkı*
- *Aşırı kefaleti reddetme hakkı ve cezanın insani boyutları aşmaması*
- *Sanığın kendine karşı tanıklık yapmaması*
- *Aynı suçtan iki kez cezalandırılmama hakkı*
- *Ex post facto (kanunların geriye yürümemesi) ilkesi ve ceza kanununa ilişkin olarak sanık lehine olanlar istisnası*
- *Mahkeme kararının gerekçeli olması*
- *Temyiz hakkı”*

B. Çağdaş İnsan Hakları Belgeleri

20. yüzyılın başlarına kadar dünyanın çeşitli bölgelerindeki toplumlar kendi hak ve özgürlüklerini kazanma ve bunları koruma yolunda tek başlarına mücadele vermiş iken bu yüzyıla gelinceye kadar toplumlar tarafından sadece iç hukuk sorunu olarak değerlendirilen “insan haklarının korunması ve güvence altına alınması” kavramları özellikle İkinci Dünya Savaşı’nın sonundan itibaren bu savaşın yıkıcı etkileri nedeniyle uluslararası alana taşınmış, yeniden aynı faciaların yaşanmasını engelleme adına uluslararası alanda koruma ve denetim sistemleri geliştirilmiştir.

Bu yüzyıl içerisinde imzalanmış olan belgelerden anlaşılan, artık insan hakları yalnızca bir ülkenin veya bir toplumun kendi sorunu olmaktan çıkmış, uluslararası boyuta taşınmıştır. Bu alanda ortaya çıkan ilk belge, uluslararası alanda barışı ve güvenliği sağlamak, insan haklarını korumak ve devamlılığını sağlamak amacıyla düzenlenen 26 Haziran 1945 tarihli “Birleşmiş Milletler Antlaşması”dır.

Antlaşma metninin çeşitli maddelerinde insan haklarına ve özgürlüklerine saygı duyulması gerektiği dikkatle vurgulanmış ancak konunun ayrıntılı olarak ele alınması daha sonra düzenlenecek bir belgeye bırakılmıştır.

1. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi¹³¹

Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 1. maddesinde düzenlenen *“ırk, cinsiyet, dil veya din farkı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve ana hürriyetlerine karşı saygıyı geliştirerek ve teşvik ederek milletlerarası işbirliğini gerçekleştirmek”* ilkesinin gereğinin hayata geçirilmesi için Birleşmiş Milletler Örgütü'nün çatısı altında bir alt birim olan Ekonomik ve Sosyal Konseye bağlı olarak çalışması planlanan İnsan Hakları Komisyonu 1946 yılında kurulmuş ve bu komisyon, insan hakları alanında bu hakların neler olabileceğine ilişkin çalışmalar yapmaya başlamıştır¹³².

Komisyonca hazırlanan ve bir ön söz ile 30 maddeden oluşan ve geniş bir haklar listesi içeren Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca kabul ve ilan edilmiştir. Beyanname, kişisel ve siyasal haklar ile beraber ekonomik, sosyal ve kültürel hakları da içermekte olup insan hakları ve temel özgürlükler açısından geniş bir çerçeve sunmaktadır.

Beyanname'nin 1-21. maddeleri arasında insanın kişiliğine bağlı hakları ve siyasal özgürlükler düzenlenmiş iken, 22-28. maddeleri arasında ekonomik, sosyal ve kültürel haklara yer verilmiştir. Böylelikle Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi sayesinde insanın özgür ve bağımsız olabilmesi için yalnızca temel hak ve özgürlüklerin tanınmasının yeterli olmadığı, bunun yanında ekonomik ve sosyal baskılardan da korunmasının gerekli olduğu yönündeki çağdaş görüş tam olarak benimsenerek hayata geçirilmiştir¹³³. Sözleşme'nin son iki maddesi ise hakların kullanılması ve düzenlenmesine ilişkindir.

¹³¹Tam metni için bkz.

(Çevrimiçi) <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf>, 16.11.2018.

¹³² Adem ÇELİK, “Adil Yargılanma Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku)”, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007, s.13

¹³³ KALABALIK, a.g.e., s.91.

Beyannamenin 10 ve 11. maddelerinde “adil yargılanma hakkı ve masumiyet karinesi” ve özellikle 11. maddenin 1. fıkrasında “silahların eşitliği” ilkesi açıkça ele alınmıştır¹³⁴. Buna göre:

“Madde 10: Herkes hakları ve yükümlülükleri ile hakkındaki bir suç isnadının karara bağlanmasında bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından adil ve aleni olarak tam bir eşitlikle yargılanma hakkına sahiptir.”

“Madde 11: 1. Hakkında suç isnadı bulunan bir kimse savunması için gerekli bütün güvencelere sahip olarak aleni bir yargılama sonunda hukuka göre suçluluğu kanıtlanıncaya kadar suçsuz sayılır.

2. Hiç kimse işlendiği sırada ulusal ya da uluslararası hukuka göre bir suç oluşturmayan herhangi bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu sayılamaz. Kimseye suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.”

Türkiye, 24 Ekim 1945 tarihinde kurulan Birleşmiş Milletler Örgütü'nün kurucu üyelerinden birisi olarak İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda yapılan oylaması sırasında olumlu oy kullanmıştır¹³⁵. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin resmi Türkçe çevirisi 27 Mayıs 1949 tarihli 7217 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmış olup İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Resmi Gazetede yayımlanması olağan sayılan (kanun, tüzük, yönetmelik gibi) metinlerden değildir ve bir BM Genel Kurulu kararı olan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin Resmi Gazete'de yayınlanmış olması istisnai bir uygulamadır¹³⁶. Aybay, bu istisnai durumun, Beyanname'nin başlangıç bölümünde belirtilen, beyannamedeki hakların ve özgürlüklerin tanıtılması, yaygınlaştırılması, bu hak ve özgürlüklere saygının öğretim yoluyla geliştirilmesi ve yerleştirilmesi hedefinin gereğini uygulamak çabasıyla açıklanabileceğini belirtmektedir¹³⁷.

¹³⁴ AKILLIOĞLU, *İnsan Haklarının Korunması Alanında Uluslararası Temel Belgeler*, s. 18.

¹³⁵ Rona AYBAY, *Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi*, Türkiye Barolar Birliği (İnsan Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi) Yayınları:113 TBB İHAUM Dizisi: 7, Birinci Baskı, Ankara, Aralık 2006, s.5.

¹³⁶ A.g.e., s.8.

¹³⁷ AYBAY, a.g.e., s.8.

İnsan haklarının uluslararası alanda tanınması ve insan haklarının korunması amacıyla uluslararası düzeyde çeşitli yöntem ve sistemler geliştirilmesi, yirminci yüzyılın insan hakları bakımından en önemli gelişmesi olarak görülebilir. Ancak belirtmek gerekir ki İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, uluslararası toplumun en geniş kapsamlı örgütü olan Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanmış, kabul ve ilan edilmiş olmasına rağmen hukuki niteliği ele alındığında örgüte üye devletler bakımından bağlayıcılığı bulunan bir belge olarak nitelendirilemez¹³⁸. Beyannameyi imzalamış olan devletler tarafından iyi niyetin bir ifade ediliş şekli olarak görülen, hukuken bağlayıcılığı bulunmayan ve kabul edildiği tarih itibarıyla de denetleyici herhangi bir mekanizma içermeyen, dolayısıyla da yaptırımı olmayan bir bildiridir. Dolayısıyla Beyanname, her ne kadar geniş kapsamlı bir temele dayanmakta ise de devletlerin kendi iç hukuklarında dikkate almaları temenni edilen, siyasal alana ilişkin evrensel bir “ahlak kodu önerisi” olarak tanımlanabilir¹³⁹. Aybay da benzer şekilde, beyannamenin teknik hukuk anlamında "tavsiye" niteliğinde olduğunu belirtmektedir¹⁴⁰.

Bununla beraber, insanlar için ortak bir ideale ulaşmanın amaçlandığı Bildiri'nin 360 dile çevrilmiş olması, gerek ulusal gerekse uluslararası alanda yapmış olduğu siyasi ve etik anlamdaki etkisi, kendisinden daha sonra gerçekleştirilen insan haklarına ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemelerin neredeyse hemen hepsine kaynak teşkil etmesi göz önüne alındığında Beyanname'nin taşıdığı anlam ve ifa ettiği görev bakımından insanlık tarihinin sayılı belgelerinden biri olduğu kabul edilmelidir¹⁴¹.

Beyannamenin kabulünden sonra da, insan haklarının ve özgürlüklerinin örgüte üye devletlerin kendi hukuk düzenlerinde de uygulanabilir hale gelmesi için Birleşmiş Milletler Örgütü tarafından birçok sözleşme hazırlanmış ve yürürlüğe koyulmuştur. “Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme”,

¹³⁸ AYBAY, a.g.e., s.6; Mustafa ERDOĞAN, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, 7. Baskı, Hukuk Yayınları, Ankara, 2019, s.314.

¹³⁹ AYBAY, a.g.e., s.8, KALABALIK, a.g.e., s.93.

¹⁴⁰ AYBAY, a.g.e., s.6.

¹⁴¹ Hatice YÜKSEL, “Uluslararası Sözleşmelerde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı”, **Yayınlanmamış Başbakanlık Uzmanlık Tezi**, Ankara, 2010, s.15.

“Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme”, “İşkence ve Diğer Zalimce, İnsanlık Dışı veya Küçük Düşürücü Davranış veya Cezaya Karşı Sözleşme” bunların en önemlileri olarak zikredilebilir.

2. İkiz Sözleşmeler

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin imzalanmasından sonra Bildiri’de yer verilen temel hak ve özgürlüklerin daha detaylı ve tasnif edilmiş olarak düzenlendiği ve uyulmasına ilişkin olarak denetim mekanizmasının da düşünüldüğü iki sözleşme daha hazırlanmıştır. Bunlar “Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme” ve “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme”dir.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 16.12.1966 tarih ve 2200 A (XXI) sayılı kararı ile kabul edilen, 19.12.1966 tarihinde üye devletlerin imzasına açılan ve 41. maddesi dışında (İnsan Hakları Komitesi’nin düzenlenmesine ilişkin 41. madde ise, 28.03.1979 tarihinde yürürlüğe girmiştir), 23.03.1976 tarihinde yürürlüğe giren “Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme”¹⁴² ile İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde yer alan temel hak ve özgürlükler daha geniş ve ayrıntılı olarak yeniden düzenlenmiş, Beyanname’de yer almayan “ulusların kendi kaderini belirleme” gibi bazı önemli haklar kabul edilmiştir. Bu Sözleşme ile getirilen ve çok önemli sayılabilecek düzenleme ise taraf devletlerin sözleşmeye uyma ve yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin denetlenmesi amacıyla bir denetim mekanizması kurulmuş olmasıdır¹⁴³. Sözleşme’nin 28- 45. maddeleri sözleşme hükümlerine uyulup uyulmadığını denetleyerek buna ilişkin bir raporu sunmak üzere teşkil edilecek olan komitenin kuruluş ve işleyişine ilişkin hükümleri düzenlemektedir.

Sözleşme’nin “Adil Yargılanma Hakkı” başlıklı 14. maddesi konumuz açısından önem taşımaktadır. Çünkü adı geçen maddede adil yargılanma hakkının

¹⁴²Tam metni için bkz., (Çevrimiçi) http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin133.pdf, 16/11/2018, (Çevrimiçi) <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/>, 08.01.2020

¹⁴³ Münci KAPANİ, **İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları**, Yenilenmiş 3. Basım, Ankara: Bilgi Yayınevi, 1996, s.33.

unsurları sayılmıştır¹⁴⁴. Anılan maddenin istisna haller ve güvenceleri içerecek şekilde oldukça ayrıntılı bir biçimde düzenlendiği ve çağdaş birçok metne kaynaklık

¹⁴⁴ “Madde 14:

1- Herkes mahkemeler ve yargı yerleri önünde eşit olacaktır. Herkes, kendisine herhangi bir suç isnat edildiğinde ya da bir hukuk davasında haklarının ve yükümlülüklerinin karara bağlanmasında, yasayla kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından adil ve aleni bir yargılanma hakkına sahip olacaktır. Basın ve davayı izleyecek olanlar, demokratik bir toplumda (genel) ahlak, kamu düzeni yahut ulusal güvenlik gerekçeleriyle, ya da tarafların özel yaşamlarının (korunması) yararı bunu gerektirdiğinde, yahut mahkeme, aleniyetin adalete zarar vereceği özel şartların bulunduğu görüşüne vardığında, kesin biçimde bu şartların gerektirdiği ölçüde olması kaydıyla duruşmaların tamamının ya da bir bölümünün dışında tutulabilir. Ancak küçüklerin, gençlerin menfaatlerinin ya da evlilik uyumsuzluklarına yahut çocukların velayetine ilişkin davaların aksini gerektirmesi durumu hariç, bir ceza yahut hukuk davasında verilen herhangi bir hüküm aleni olacaktır.

2- Kendisine suç isnat edilen her kişi, yasa uyarınca suçluluğu kanıtlanana dek masum sayılma hakkına sahip olacaktır.

3- Kendisine suç isnat edilen her kişi bu suçlamanın karara bağlanmasında, tam bir eşitlikle şu asgari güvencelere sahip olacaktır:

a- Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeni hakkında, derhalve anladığı dilde ayrıntılı olarak bilgilendirilmesi;

b- Savunmasını hazırlamak için gerekli/ (uygun) zamana ve olanaklara/(kolaylıklara) sahip olması ve kendi seçeceği avukatla görüşebilmesi / (iletişim kurabilmesi);

c- Gereksiz gecikme olmaksızın yargılanması;

d- Yargılamada bizzat hazır bulunması, ve kendisini bizzat ya da kendi seçtiği avukat yardımı ile savunması; avukatı yoksa, bu hakkı olduğu hususunda bilgilendirilmesi; ve adaletin yararının gerektirdiği her durumda kendisine bir avukat tayin edilmesi, ve avukattan yararlanmak için yeterli ödeme gücü bulunmuyorsa bu yardımın kendisine ücretsiz olarak sağlanması;

e- Aleyhindeki tanıklara soru sorabilmesi ya da sordurabilmesi/(aleyhindeki tanık-ları sorgulayabilmesi ya da sorgulatabilmesi) ve lehindeki tanıkların, aleyhindeki tanıklarla aynı koşullar altında, mahkeme önüne çıkmalarının ve dinlenilmelerinin/ (sorgulanmalarının) sağlanması;

f- Mahkemede kullanılan dili anlamadığı ya da konuşamadığı hallerde, bir tercüma-nın yardımından ücretsiz olarak yararlanması;

g- Kendi aleyhinde tanıklık yapmaya ya da suçu itiraf etmeye zorlanmaması.

4- Küçüklerin, gençlerin yargılanmasında takip edilecek usul, onların yaşlarını ve topluma yeniden kazandırılmalarını geliştirmenin/(teşvik etmenin) arzuya şayan olduğu-nu dikkate alan nitelikte olacaktır.

5- Bir suçtan ötürü mahkûm edilen herkes, mahkumiyet kararının ve verilen cezanın, kanun uyarınca daha yüksek bir yargı yeri tarafından incelenmesi hakkına sahip olacaktır.

6- Bir kişi bir suçtan ötürü nihai bir kararla mahkum edilmiş olup da hakkındaki hüküm daha sonra adli hata yapıldığını kesin biçimde ortaya koyan yeni yahut yeni olarak tespit edilen bir olgu/(kanıt) nedeniyle bozulmuş ya da affedilmiş olduğunda, bilinmeyen olgunun zamanında ortaya çıkarılamamasında kısmen ya da tamamen kendisine yüklenebilecek kusuru/(sorumluluğu) bulunduğu kanıtlanmadıkça, böyle bir hüküm sonucunda mustarip/(maruz) kaldığı cezadan ötürü bu kişiye kanun dairesinde tazminat ödenecektir.

7- Hiç kimse, bir ülkenin yasalarına ve ceza yargılaması usulüne uygun biçimde daha önce kesin olarak mahkum edilmiş ya da beraat etmiş bulunduğu bir suçtan ötürü yeniden yargılanmayacak yahut cezalandırılmayacaktır.

Madde 15

1- Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal ya da uluslararası hukuka göre bir suç teşkil etmeyen bir eylem ya da ihmalden ötürü suçlu bulunmayacaktır. Bir suç, işlendiği zaman verilebilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilmeyecektir. Bir suçun işlenmesinden sonra, yasa ile bu suç için daha hafif bir ceza öngörülür ise suçlu bundan/(daha hafif cezadan) yararlanacaktır.

ettiği görülmektedir. Yine Sözleşme'nin 16. ve 26. maddelerinde düzenlenen “kanun önünde eşitlik ilkesi”¹⁴⁵ de yargılamaya ilişkin önemli bir hüküm olarak değerlendirilmelidir.

3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi¹⁴⁶:

İkinci Dünya Savaşı'nın Avrupa'da meydana getirdiği siyasal, toplumsal ve ekonomik yıkım, savaş öncesinin eksikliklerine karşı yeterli ve kalıcı önlemler dikkate alınarak yeni bir Avrupa kurulması düşüncesinin ortaya çıkmasına yol açmıştır¹⁴⁷. Avrupa'da çıkabilecek yeni savaşların ve bu savaşlar sonucunda yeni yıkımların yaşanmaması ve özellikle yeni dikta yönetimlerinin kurulmaması düşüncesi doğrultusunda Avrupa devletleri arasında ilk siyasi kuruluş olan Avrupa Konseyine ilişkin Statü 05.05.1949 tarihinde on Avrupa ülkesinin katılımı ile Londra'da imzalanmış ve 03.08.1949 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İnsan haklarının korunması ve ortaklaşa güvence altına alınması da bu oluşumun bir parçasıdır. Zira özellikle Nazi Almanyası'nın yaygın ve şiddetli insan hakları ihlallerine karşı devletlerin içişlerine karışılmaması prensibi çerçevesinde sessiz kalınmasının, oluşturduğu tehlikenin büyümesindeki rolü göz ardı edilmemelidir. Bu itibarla önce kurucu devletler, daha sonra da komisyona üye devletler, temel hak ve özgürlükleri düzenleyen “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”ni imzalamışlardır¹⁴⁸.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nden farklı olarak kişi hak ve özgürlüklerini uluslararası alanda, bölgesel düzeyde koruma

2- Bu maddedeki hiçbir hüküm, işlendiği zaman uluslar topluluğu tarafından tanınan hukukun genel ilkelerine göre suç sayılan bir eylem ya da ihmalden ötürü bir kişinin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel teşkil etmeyecektir.”

¹⁴⁵ “Madde 16

Herkes her yerde, yasa önünde kişi olarak tanınma hakkına sahip olacaktır.

Madde 26:

Herkes yasa önünde eşittir ve herhangi bir ayrımcılık gözetilmeksizin yasanın eşit şekilde koruması hakkına sahiptir. Bu bağlamda, yasa herhangi bir ayrımcılığı yasaklayacak ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da diğer görüş, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü gibi herhangi bir temeldeki ayrımcılığa karşı tüm kişilerin etkili ve eşit biçimde korunmasını güvence altına alacaktır.”

¹⁴⁶ Tam metni için Bkz. (Çevrimiçi)

<http://www.danistay.gov.tr/upload/avrupainsanhaklarisozlesmesi.pdf>, 17.11.2018

¹⁴⁷ Feyyaz GÖLCÜKLÜ-Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, 13. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 10. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013, s.4

¹⁴⁸ Rhona K. M. SMITH, **İnternational Human Rights Text Book**, Oxford, Oxford University Press, 2005, s. 93.

ve güvence altına alan belgelerin başında gelmektedir. Sözleşme'nin Beyanname'den farkı, yalnızca bölgesel olması değil aynı zamanda etkili bir denetim mekanizması içermesidir. Sözleşme, ortak güvence sisteminin bir parçası olan uluslararası yargısal bir mekanizma öngörmekte olduğundan bu yönüyle bireylere sağlanan güvenceyi bir yaptırıma bağlamaktadır¹⁴⁹.

“Sözleşme'nin getirdiği denetim mekanizması Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Bakanlar Komitesi olmak üzere üç organdan oluşmaktadır. Sözleşme'ye taraf olan her devletten bir üyenin katılımıyla oluşturulan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, yarı yargısal nitelikte bir çeşit ön soruşturma kurulu niteliği taşımaktadır. Komisyon tarafından başvuruların ilk incelemesi yapılarak kabul veya ret kararı verilir. Verilen ret kararları kesindir. Komisyon taraflar arasında 'dostane çözüm' olasılığını da araştırır. Komisyonun incelemesinden sonra dava eğer ilk inceleme aşamasında reddedilmemişse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine götürülebilir. Avrupa Konseyi'ne üye olan devletlerin sayısı kadar hâkimden oluşan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise uyuşmazlıkları kesin olarak karara bağlayan bir yargı organı niteliğindedir”¹⁵⁰.

Avrupa Konseyi'nin siyasal bir organı olan Bakanlar Komitesi ise Konseye üye olan devletlerin dışişleri bakanlarından oluşmaktadır. Dostane çözüm yolundan sonuç alınamadığı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine götürülemediği durumda anlaşmazlığa ilişkin konular Bakanlar Komitesine sunulur¹⁵¹. İnsan haklarının ihlale uğradığı yönünde karar verilmesi durumunda, ihlali gerçekleştirdiğine karar verilen devlet bu ihlali gidermek için gerekli önlemleri almaz ve kendisinden istenenleri yerine getirmez ise bu durumda nasıl bir yol izleneceği, taraf devlet hakkında ne karar alınacağı komite tarafından belirlenir¹⁵². Bu bakımdan Komite bir anlamda icrai organ olarak nitelendirilebilir¹⁵³.

¹⁴⁹ GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, s.7.

¹⁵⁰ GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, s.7-9.

¹⁵¹ Rıza TÜRMEK, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesinde Düzenlenen Adil Yargılanma Hakkı”, *“İnsan Hakları Konferansları (14 Nisan 2006–26 Mayıs 2006)”* Ankara: Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 2006, s.72.

¹⁵² A.g.e., s.72.

¹⁵³ A.g.e., s.72.

Asıl önemli adım ise 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren 11 Numaralı Protokol ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin tam zamanlı çalışan uluslararası tek yargısal organ haline gelmesidir. Türkiye 28 Ocak 1987 tarihinde mahkemeye bireysel başvuru hakkını, 25 Eylül 1989 tarihinde ise 22 Ocak 1990 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere İnsan Hakları Divanı'nın zorunlu yargı yetkisini kabul etmiştir¹⁵⁴.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin “yerellik ilkesi” doğrultusunda öngördüğü sistemde asıl ulaşılmak istenen hedef, insan haklarının ülkelerin iç hukukları tarafından korunması ve güvence altına alınmasıdır. Bu kapsamda, bireyin sözleşmenin öngördüğü güvenceden yararlanabilmesi ve uyuşmazlığı AİHM'e taşıyabilmesi için iç hukuk yollarının tüketilmiş olması gerekmektedir¹⁵⁵. Uluslararası hukuksal koruma ikincil niteliktedir. Türmen' de aynı hususa vurgu yapmış olup “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Sözleşme'deki garantilerin yerine getirilip getirilmediğini inceler ama ulusal yargı organlarının delilleri doğru değerlendirip değerlendirmedikine ya da ulusal hukuku doğru uygulayıp uygulamadığına bakmaz*”¹⁵⁶. Dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ulusal mahkemelerin ulusal hukuk kurallarını doğru bir şekilde uygulayıp uygulamadığını denetleyen bir organ veya bir temyiz mahkemesi değildir. Ancak bu çalışmanın konusu bağlamında önemle belirtilmelidir ki aşağıda ilgili bölümde daha ayrıntılı biçimde açıklanacağı üzere AİHM, yargılamanın işleyişini yani adil yargılanma hakkının gereklerinin yerine getirilip getirilip getirilmediğini yargılama öncesi işlemler de dâhil olmak üzere etkili bir biçimde denetlemektedir.

AİHS, gerek işleyiş sistemi gerekse taraf devletlerin iç hukuk düzenlerine etkisiyle adeta bir “İnsan Hakları Avrupa Anayasası”nı teşkil etmektedir¹⁵⁷. Nitekim, yürürlüğe girdiği 3 Eylül 1953 tarihinden itibaren yalnızca AİHM tarafından değil, taraf devletlerin ulusal yargı organlarınca da yaygın bir şekilde uygulanmış, önce yargısal içtihatları ardından da iç hukuk düzenlemelerini derinden etkilemiştir.

¹⁵⁴ Nurcan YILMAZ ÖZEL, **Adil Yargılanma Hakkı Kriterlerinin Türk İdari Yargılama Hukuku Açısından Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri**, S.S Onar İdare Hukuku ve İlimleri Arşivi Yayın No:2016/3, 1.Baskı, İstanbul, Aralık 2016, s.1.

¹⁵⁵ A.g.e., s.73.

¹⁵⁶ TÜRMEŒ, a.g.e., s.75.

¹⁵⁷ İbrahim Ö. KABOĞLU, **Özgürlükler Hukuku**, 7. Baskı, Ankara, İmge Yayınları, 2013, s.187.

AİHS başlangıç kısmını izleyen beş ana bölümden ve toplam 66 maddeden ibaret olup Sözleşme’de düzenlenen haklar ve özgürlükler, özü itibarıyla bireyleri topluma ve devlete karşı koruyan, bireylere devletin dokunamayacağı alanlar yaratan, onların devletin yönetilmesine katılmalarını sağlayan ve güvence altına alan, birinci kuşak haklara ilişkindir. Bu bakımdan AİHS’te yer verilen haklar konusundaki eksiklikler daha sonra düzenlenen protokoller ve bazı özel sözleşmeler ile giderilmeye çalışılmıştır. Ancak özellikle “Sözleşme yaşayan bir belgedir.” içtihadı bağlamında Sözleşme kapsamının genişlemesinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarının da büyük etkisi olmuştur.

Sonraki bölümlerde ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere AİHS’in “Adil Yargılanma Hakkı” başlıklı 6. maddesinde adil bir yargılamaya ilişkin temel unsurlar belirtilmiştir¹⁵⁸.

Yukarıda belirtildiği üzere maddenin kapsamı ve düzenleniş şekli bakımından “Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi”nin etkisi açıkça gözlenebilmektedir.

4. Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı Sonuç Belgesi ve Paris Şartı

¹⁵⁸ “AİHS 6. Madde: 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.

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, anladığı 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 maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarını 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.”

Soğuk Savaş koşullarındaki Avrupa'nın bölünmüşlüğüne ve ayrışmışlığına son vermek, kalıcı bir güven ortamı sağlamak ve katılan devletler arasında bu amaçlara yönelik işbirliğini geliştirmek düşüncesiyle 1 Ağustos 1975 tarihinde “Helsinki’de Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı Sonuç Belgesi”(Helsinki Nihai Senedi), tarafsız 33 Avrupa ülkesi ile ABD ve Kanada’nın da aralarında bulunduğu toplam 35 devlet tarafından imzalanmıştır¹⁵⁹. İnsan haklarının korunması ve güvence altına alınması, imzalanan belgenin asıl konusunu oluşturmamakla beraber, Avrupa’da güvenlik ve işbirliğini sağlamaya yönelik temel konular üzerinde de anlaşmaya varılmak istenmiş, “insan haklarına ve temel hürriyetlere saygı gösterilmesi” ortak bir ilke olarak belirlenmiş ve kabul edilmiştir¹⁶⁰.

Helsinki Konferansı ile başlayan bu süreç, 19 Kasım 1990–21 Kasım 1990 tarihleri arasında 34 üye ülkenin katılımıyla gerçekleştirilen Paris Zirvesi ile noktalanmıştır¹⁶¹. Yapılan bu toplantı sonucunda “Soğuk Savaş” resmi olarak sona erdirilmiş, Avrupa için barışa, temel hak ve özgürlüklere, karşılıklı anlayış ve işbirliğine dayalı demokratik bir geleceğin esaslı noktaları imzalanan Yeni Bir Avrupa için Paris Şartı’yla tescil edilmiştir. Belgede adil yargılanma hakkı ayrıntılı bir biçimde belirtilmemiş ancak ilkeye atıf yapılmış ve bu doğrultuda tüm insanların kendilerine yöneltilen herhangi bir suçlama karşısında adil ve aleni yargılanmaya hakları olduğu ilkesi benimsenmiştir¹⁶².

5. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi¹⁶³

Amerikalılar arası sistemde insan haklarına yönelik ilk tartışmalar, 1936 yılında Buenos Aires şehrinde yapılan Amerikalılar arası barışın güçlendirilmesi

¹⁵⁹ (Çevrimiçi) <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/>,17.11.2018, Münci KAPANİ, **İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları**,s.74,75.

¹⁶⁰ A.g.e.,s.74,75.

¹⁶¹ (Çevrimiçi) <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/>,17.11.2018.

¹⁶² İlgili hükmün tam metni şu şekildedir; “... hiç kimsenin: keyfi tutuklama ya da gözaltına alınmaya, işkenceye veya diğer zalimane, insan onuruyla bağdaşmayan ya da aşağılayıcı muameleye veya cezaya tabi tutulamayacağını; yine herkesin: haklarını bilmeye ve kullanmaya, hür ve adil seçimlere katılmaya, herhangi bir suçla itham edilmeleri halinde adil ve açık yargılanmaya, tek başına ya da topluca mülk edinmeye ve ferdî teşebbüse, ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan yararlanmaya hakkı olduğunu teyit ederiz.”, (Çevrimiçi) <http://hukukbook.com/yeni-bir-avrupa-icin-paris-sarti/>, 17.11.2018.

¹⁶³ Tam metin için bkz. (Çevrimiçi) <https://burakgemalmaz.files.wordpress.com/2015/05/02.pdf>, 17.12.2018.

konferansı sırasında gündeme gelmiş, sonrasında Amerikan devletleri 1938’de bir araya gelmiş ve insan hakları konusunda görüşmelerde bulunarak özellikle kadın hakları, kadın-erkek eşitliği ve işçi hakları alanlarında yasal düzenlemeler yapılmasının gerekliliği yönünde kararlar almışlardır¹⁶⁴.

Daha sonra ise Meksika Chapultepec’de, 1945’te yapılan konferansa katılan devlet temsilcileri, bir komite oluşturmuşlar ve bu komiteden uluslararası insan hakları ve ödevleri konusunda bir bildiri taslağı hazırlamasını talep etmişler, bu kapsamda uzun sayılabilecek bir sürede komite tarafından hazırlanan bildiri, 1948 yılında Kolombiya’nın başkenti Bogotá’da yapılan toplantı sonucunda Örgüt Şartı’nın kabul edilerek imzalanması ile birlikte “Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi” adıyla kabul edilmiştir¹⁶⁵.

Bu bildiri, vatandaşlara insan olmaları sebebiyle doğuştan gelen, vazgeçilemez ve devredilemez haklarını bildiren ve bu kapsamda vatandaşların korunması amacıyla taraf devletlere belli ödevler yükleyen ve uluslararası bir örgüt tarafından kabul edilmiş ilk bildiridir¹⁶⁶. Bildiri’de “adil yargılanma hakkı 18. maddede çok da ayrıntılı olmayan bir şekilde düzenlenmiş olup içerdiği unsurlar ve ilkelere yer verilmemiştir¹⁶⁷.

Aynı toplantı sırasında üzerinde uzlaşılan “İnsan Haklarını Koruyacak Amerikalılar Arası Mahkeme” başlıklı kararda, bildiride yer verilen hakların, bir yargı organı tarafından korunması ve güvence altına alınması gerektiği ve hakkın içeriği ne olursa olsun bir mahkeme tarafından denetlenmediği sürece gerçek

¹⁶⁴ Barbara Lee BLOOM, **The Organization of American States**, New York, Infobase Publishing, 2008, s.81; (Çevrimiçi)aihmiz.org.tr, Volkan ASLAN, “Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:3 Sayı:2 Yıl 2012, s.266, 17.12.2018.

¹⁶⁵ Mehmet Semih GEMALMAZ, **Latin Amerika’da İnsan Hakları**, İstanbul, Kavram Yayınları, 3.basım, 1994, s. 75; (Çevrimiçi)aihmiz.org.tr, Volkan ASLAN, a.g.m., s.266, 17.12.2018.

¹⁶⁶ Volkan ASLAN, a.g.m, s.267, Barbara Lee BLOOM, **The Organization of American States**, s.81.

¹⁶⁷ Madde 18: “Herkes yasal haklarına saygı gösterilmesini sağlamak için mahkemelere başvurabilir. Keza kişinin herhangi bir temel hakkını ihlal ederek ona zarar veren kamusal makamların tasarruflarına karşı, onu koruyacak olan mahkemeler önünde basit ve kısa usuller, sağlanmış olmalıdır.”

(Çevrimiçi)http://www.canaktan.org/hukuk/insan_haklari/yirminciyuzyilda/amerikan_insan_haklari.htm, 17.12.2018.

manada bir korumadan söz edilemeyeceği belirtilmiştir¹⁶⁸. Bu yaklaşım, zamanına göre oldukça ileri ve isabetli bir görüş olmasının yanında bugün itibariyle bu konuda en kurumsallaşmış yapı olan AİHM'den önce gündeme getirilmiş olması da önem taşımaktadır.

1949 yılında gerçekleştirilen Amerikalılar arası konsey toplantısında ise, toplantıda ülkelerini temsil eden hukukçulardan bir komite kurulması, daha önce Bogota'da düzenlenen konferansta alınan kararlar gereği insan haklarının korunmasına üstlenecek mahkemenin kurulması ve bunun için gerekli organların oluşturulması için bir statü hazırlanması istenilmiştir¹⁶⁹. Talep doğrultusunda hukukçulardan oluşturulan komite, kurulmasına karar verilen mahkemenin işleyişine temel oluşturacak maddi hukuk kurallarının bulunmamasının sorun oluşturduğunu ve bu yönde normlar içermesi gereken bir sözleşmenin hazırlanması suretiyle bu sorunun aşılabileceğini belirtmiştir¹⁷⁰. Ancak bu süreç 11. Konferansın toplanamaması sebebiyle 1969 yılına dek önemli bir kesinti yaşamıştır.

Sözleşmeye taraf ülkelerde 1960'lı yıllardan itibaren, 1948 tarihli Bildiri'nin güncelleştirilmesi yönünde düşüncelerin oluşması sonucunda “Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi” hazırlanmış ve bu önemli sözleşme 25 devletin imzalaması sonucu 22 Kasım 1969 tarihinde Kosta Rika'nın San José kentinde yapılan toplantıda kabul edilmiş, 1978 yılında da Grenada'nın sözleşmeyi onaylaması ve 11. devlet olarak onay belgesini sunmasından sonra Sözleşme yürürlüğe girmiştir¹⁷¹. Sözleşme'ye, Orta ve Güney Amerika'da yer alan devletlerden bir çoğu taraf olmasına karşılık ABD ve Kanada, sözleşmeyi onaylamayan devletler arasındadır. Burada ilgi çeken husus, ABD'nin Sözleşme'yi imzalamasına ve imza tarihinin üzerinden 50 yılı aşkın bir süre geçmesine rağmen onay işlemini

¹⁶⁸ **Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System** (updated to february 2011), Secretariat of the Inter-American Court of Human Rights, San Jose, Costa Rica, 2011, s.1.

¹⁶⁹ (Çevrimiçi)aihmiz.org.tr, Volkan ASLAN, a.g.m., s.266, 17.12.2018.

¹⁷⁰ Volkan ASLAN, a.g.m., 267, **Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System** (updated to february 2011), Secretariat of the Inter-American Court of Human Rights, San Jose, Costa Rica, 2011, s. 13,

¹⁷¹ Mehmet Semih GEMALMAZ, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, s.1232.

gerçekleştirmeyen tek devlet olarak kalmasıdır¹⁷². Bir devletin Avrupa Konseyine üye olabilmesi için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni onaylama şeklinde bir siyasi yükümlülüğü var olmasına rağmen, Amerikan sisteminde böyle bir durumun söz konusu olmamasının elbette bu durumun oluşmasında yani ABD’nin sözleşmeyi onaylamamasında etkisi olduğu göz ardı edilemez¹⁷³.

Amerikan ülkelerine bakılacak olursa, Kolombiya anayasasının 23. maddesi ve Venezuela anayasasının 93. maddesinde, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerine anayasaüstü değer verildiği, Kosta Rika anayasasının 7. maddesinde ve El Salvador anayasasının 144. maddesinde Sözleşme hükümlerine anayasa ile yasalar arasında bir değer verildiği görülmekte, bunun yanında Sözleşme hükümlerini iç hukukundaki yasalarla eşdeğerde tutan Meksika (anayasasının 133. maddesi) ve Arjantin gibi sözleşme hükümlerinin anayasa ile eşdeğer görülmekte(anayasasının 75. maddesi) olduğu ülkeler de bulunmaktadır¹⁷⁴.

Arjantin Yüksek Mahkemesi, “*Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’ne aykırı oldukları gerekçesiyle ceza muhakemesi kanununda yer alan bazı hükümleri iptal etmiş, ayrıca, Komisyon ve Mahkeme kararlarının anayasal hükümlerin yorumunda yol gösterici ve bağlayıcı kararlar olduğu kabul edilmiştir. Aynı şekilde, Arjantin, El Salvador, Bolivya, Kolombiya, Kosta Rika gibi ülkelerin yüksek mahkemeleri, Sözleşme ve Mahkemenin bu bağlamda yaptığı yorumun bağlayıcı olduğunu ifade etmekte, böylece uluslararası insan haklarına ilişkin yükümlülükler vasıtasıyla içtihatlar açısından yeknesak bir uygulama gerçekleştirilmekte, insan haklarının ulusalüstü korunması açısından güvence sağlayan maddelerin iç hukuklarda doğrudan uygulanması sağlanmaktadır*”¹⁷⁵.

Amerikalılar arası sistem, insan haklarının korunması konusunda iki ayrı hukuki dayanağa sahip olup bu hukuki dayanaklar korumaya ikili bir kurumsal yapı kazandırmışlardır. Bu yapılardan ilki, doğrudan “Amerikan Devletleri Örgütü Şartı” ve “Amerikan İnsan Hak ve Ödevler Bildirisi”nden, ikincisi ise “Amerikalılar Arası

¹⁷²A.g.e., s.1232.

¹⁷³ Volkan ASLAN, a.g.m., s. 268.

¹⁷⁴ A.g.m, s.270.

¹⁷⁵ Volkan ASLAN, a.g.m., s.270.

İnsan Hakları Sözleşmesi”nden kaynaklanmaktadır¹⁷⁶. Sistemde denetim görevini ise Komisyon ve Mahkeme üstlenmiş durumdadır. Bu ikili koruma yapısı, kapsamaları itibari ile pek çok kez örtüştüğü gibi birden fazla ortak kurumlara da sahiptir. Örneğin, “Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu” hem Şart temelli koruma kurumunun hem de Sözleşme temelli koruma kurumunun organıdır. Çünkü çoğu zaman her iki sözleşme aynı davaya uygulanabilmekte ve bu durum insan haklarına aykırı uygulamalar karşısında hükümetlere karşı kurumsal baskıyı güçlendirmektedir¹⁷⁷. ADÖ’ye özgü olan bu sistemle hem yargısal hem de siyasi yaptırım unsurları bir arada kullanılmaktadır. Diğer yandan, Sözleşme’ye taraf olup olmamalarının önemi olmaksızın Komisyon’un devletler üzerinde yetkisi bulunmakta iken, Mahkemenin önüne gelen çekişmeli davalar hakkında yetkisi ise sadece sözleşmenin tarafı ve yargı yetkisini tanımış olan devletler açısından söz konusu olmaktadır¹⁷⁸.

Amerikan İnsan Hakları Sistemi’(md.35) nde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ndeki düzenlemeye benzer şekilde, Mahkeme’ye yapılan başvurunun kabul edilebilmesi için, öncelikle iç hukuk yollarının tüketilmiş olması, iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra başvurunun en geç 6 ay içinde yapılmış olması ve başvuru konusu olan ihlal iddiası ile ilgili olarak başka bir uluslararası kuruma başvurunun yapılmamış olması koşulları aranmaktadır¹⁷⁹ (Sözleşme m.46). Avrupa sisteminde koruyucu öğreti her ne kadar Amerika’ya göre daha zengin olsa da kişiler uyuşmazlık halinde üye devletlere karşı bireysel olarak doğrudan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurma imkanına sahiptirler. Gemalmaz’a göre, Amerikan insan haklarını koruma sisteminde Komisyon ve Mahkeme 1979’dan beri koruma ve denetim yükümlülüklerini yerine getirme konusunda oldukça başarılı

¹⁷⁶ Dinah SHELTON, **Remedies in International Human Rights Law**, 2nd edition, Great Britain, Oxford University Press, 2006, s.208.

¹⁷⁷ Dinah SHELTON, a.g.e., s.101.

¹⁷⁸ Dinah SHELTON, a.g.e., s. 112.

¹⁷⁹ Mehmet Semih GEMALMAZ, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, s.1251.

olmuşlar ve önlerine gelen çok sayıda davada üye devletlerin insan haklarını ihlal ettiğine karar vermişlerdir¹⁸⁰.

Sözleşme'nin 8,9 ve 10. maddeleri “adil yargılanma hakkı”na ilişkin olup “masumiyet karinesi, makul sürede yargılanma hakkı, kanunilik ilkesi” gibi “adil yargılanma hakkı” ve “silahların eşitliği” ilkelerinin temel unsurlarını haiz bulunmakta ve özellikle 10. Maddesi ile bu hakkın ihlali sebebiyle meydana gelecek zararlara ilişkin olarak tazminat hakkı öngörülmektedir¹⁸¹.

¹⁸⁰ Mehmet Semih GEMALMAZ, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, s.1251.

¹⁸¹ “Madde 8.

Adil yargılanma hakkı

1. Her kişi, kendisine yöneltilen herhangi bir suç isnadının kanıtlanmasında ya da medeni, çalışmaya ilişkin, mali yahut başka herhangi bir mahiyetteki haklarının ve yükümlülüklerinin belirlenmesinde, usulüne uygun güvencelerle ve makul süre içerisinde, daha önceden yasa ile kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından yargılanmaya hak sahibidir.

2. Bir suç isnat edilen her kişi, yasaya uygun olarak suçluluğu kanıtlanmadığı sürece masum sayılma hakkına sahiptir. Dava sırasında, her kişi, tam bir eşitlikle, aşağıdaki asgari güvencelere sahiptir:

a. Sanığın, yargı yeri ya da mahkeme önünde kullanılan dili anlamıyor ya da konuşamıyor olması halinde, ücretsiz olarak bir tercüman ya da çevirmenin yardımını alma hakkı;

b. Sanığa isnat edilen suçlamaların ayrıntılı olarak önceden bildirilmesi;

c. Savunmasını hazırlaması için elverişli zaman ve olanaklar;

d. Sanığın bizzat ya da kendi seçeceği bir avukatın yardımını alarak kendini savunması hakkı, ve avukatı ile serbestçe ve özel olarak/(mahremiyet sağlanarak) iletişimde bulunması hakkı;

e. Sanık bizzat savunma yapamıyor ya da yasanın öngördüğü zaman dilimi içinde sanığın avukatı meşgul ise, iç hukukun öngördüğü şekilde ödeme yapılсын ya da yapılmasın, devlet tarafından temin edilecek bir avukatın yardımını almaya ilişkin devredilmez hak;

f. Savunmanın, mahkemede hazır bulunan tanıkları sorgulama ve olgulara ışık tutabilecek olan uzmanların ya da diğer kişilerin, tanık sıfatı ile, hazır bulunmalarının temini;

g. Kendi aleyhine tanıklık yapmaya ya da suçlu olduğunu kabul etmeye zorlanmama hakkı;

h. Hükmün bir yüksek mahkemede temyiz edilmesi hakkı.

3. Sanık tarafından yapılacak bir suç itirafı, bu sadece herhangi biçimde bir baskı olmaksızın yapılmış ise geçerli sayılacaktır.

4. Temyize tabi olmayan bir hükümle beraat eden bir sanık, aynı nedenden ötürü bir yeni yargılamaya tabi tutulmayacaktır.

5. Ceza davaları, adaletin tecelli ettirilmesinden elde edilecek yararı koruyabilmek için gerekli olabilecek istisnalar dışında, aleni olacaktır.

Madde 9.

Ex post facto

[fiilden sonra konan] yasalara tabi olmama özgürlüğü

Hiç kimse, işlendiği zaman yürürlükte olan yasa uyarınca bir suç teşkil etmeyen herhangi bir eyleminden ya da ihmalinden ötürü mahkum edilmeyecektir. Suç işlendiği zaman uygulanabilir olandan daha ağır olan bir ceza verilmeyecektir. Suçun işlenmesinden sonra çıkarılan yasa daha hafif bir ceza verilmesini öngörüyor ise suçlu kişi bundan yararlanacaktır.

Madde 10. Tazminat hakkı

Her kişinin, usulsüz (adli hata yapılan) bir yargılama suretiyle verilen nihai bir kararla mahkum edilmesi halinde, yasaya uygun olarak tazminat alma hakkı vardır.”

6. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi¹⁸²

Temel amacı “Afrika’da siyasi, sosyal ve ekonomik bütünleşmenin sağlanması, kalkınmanın hızlandırılması, barış ve istikrarın korunması ve demokrasi ile iyi yönetim ilkelerinin benimsenmesi”¹⁸³ olan Afrika Birliği Örgütü, “25 Mayıs 1963 tarihinde kurulmuş, soğuk savaş döneminde Örgüt, Bağlantısızlar Grubu içinde yer almış ve Doğu ile Batı Blokları arasındaki mücadeleden uzak kalmıştır”¹⁸⁴. Soğuk savaşın sonrasında kıtanın değişik bölgelerinde ortaya çıkan çatışmalar, devam eden siyasi istikrarsızlık ve yönetim sorunları, büyüyen ekonomik sorunlar ve kıtanın bütününde yaygınlaşan salgın hastalıklar örgütü bu konularda daha iyi ve geniş kapsamlı mücadele edebilmek için daha etkin bir kuruluş haline gelmeye yönelmiş, Örgüt, 29 Temmuz 2002 tarihinde yerini Afrika Birliğine bırakmıştır¹⁸⁵.

Afrika Birliği Örgütü’nün öncelikli konuları arasında, kurulduğu ilk dönemde insan haklarının korunması ve geliştirilmesi bulunmuyor idiyse de sonraki süreçte insan hakları alanında çok önemli katkılarda bulunmuştur. Özellikle 1981 tarihli “Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı”, Afrika Birliği sınırları içerisinde insan haklarının korunması konusunda kabul edilen önemli bir belgedir¹⁸⁶.

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı, dört bölüm ve altmış sekiz maddeden oluşmaktadır. Medeni ve siyasi haklar, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar ve grupların ve halkların hakları başlıkları altında olmak üzere üç ayrı kuşak hak Şart kapsamında yer almıştır. Afrika kıtasının tarih içerisinde karşı karşıya kaldığı talihsiz ve kötü durumların tekrar yaşanmaması amacıyla “ayrımcılık yasağı”, “vatandaş olmayan bireylerin kitleler halinde sınır dışı edilmesi yasağı”, “kendi kaderini tayin hakkı”, “ekonomik alanda kendi kaynaklarına sahip olma hakkı” gibi bazı haklar Şart içerisinde özenle düzenlenmiş ve bu konuların hassasiyeti özellikle vurgulanmıştır. Şart’ın 3,6 ve 7. maddeleri adil yargılanma hakkına ilişkin olup “kanun önünde eşitlik, bağımsız ve tarafsız mahkemeler önünde yargılanma hakkı, makul süre

¹⁸² Tam metni için bkz. (Çevrimiçi) <https://burakgemalmaz.files.wordpress.com/2015/05/01-1981-june-27-af-ihhc59f.pdf>, 19.11.2018.

¹⁸³ (Çevrimiçi) www.mfa.gov.tr, 19.11.2018.

¹⁸⁴ (Çevrimiçi) www.mfa.gov.tr, 19.11.2018.

¹⁸⁵ (Çevrimiçi) www.mfa.gov.tr, 19.11.2018.

¹⁸⁶ YÜKSEL, a.g.e., s.25.

içerisinde yargılanma hakkı, bizzat ya da müdafî aracılığı ile kendini savunma hakkı ve masumiyet karinesi” gibi adil yargılanma hakkının birçok temel unsurunu bünyesinde barındırmaktadır¹⁸⁷.

Şart’ta hassasiyetle düzenlenen temel hakların, Şart’a yansıyan hakim düşüncenin aksine ülkelerin iç hukuk normlarıyla geniş ölçüde sınırlandırılabilmesine izin verilmesi ise önemli bir eksiklik olarak nitelendirilmekte ve pek çok Afrika devletinde iç hukuk normlarının sömürgecilik döneminden kaldığı ve bu yüzden de baskıcı ve ölçüsüz olduğu göz önüne alındığında bu durumun temel hakların korunmasında büyük sorunlara yol açabileceği ortaya çıkmaktadır¹⁸⁸.

1987 yılında ise, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı temelinde ve Afrika Birliği Örgütü bünyesinde Afrika İnsan ve Halkların Komisyonu kurulmuş olup bu suretle Afrika’da insan ve halkların haklarının geliştirilmesi ve bu hakların korunmasının sağlanması amaçlanmıştır. Kurulan bu komisyonun görevleri Sözleşme’nin 45. Maddesinde düzenlenmiş olup genel olarak aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

¹⁸⁷ “Madde 3

1. Her birey yasa/(hukuk) önünde eşit olacaktır.
2. Her birey yasanın/(hukukun) eşit olarak korumasına hak sahibi olacaktır.

Madde 6

Her birey, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahiptir. Hiç kimse, yasayla önceden düzenlenmiş nedenler ve koşullar dışında özgürlüğünden yoksun bırakılamaz. Özellikle, hiç kimse keyfi olarak gözaltına alınamaz ya da tutuklanamaz/(alıkonulamaz).

Madde 7

1. Her birey davasının/(taleplerinin) dinlenmesine hak sahibidir. Bu hak:

(a) yürürlükteki sözleşmeler, yasalar, düzenlemeler ve teamül ile tanınan ve güvence altına alınan temel haklarını ihlal eden tasarruflara karşı yetkili ulusal organlara başvurma hakkını;
(b) yetkili bir mahkeme yahut yargı yeri tarafından suçluluğu kanıtlanana dek masum sayılma hakkını;
(c) kendi seçeceği bir avukat tarafından savunulması hakkı dâhil olmak üzere, savunma hakkını;
(d) tarafsız bir mahkeme yahut yargı yeri tarafından makul bir süre içerisinde yargılanma hakkını, kapsar.

2. Hiç kimse, işlendiği zaman yasal olarak cezalandırılabilir bir suç oluşturmeyen bir eylem yahut ihmalden ötürü cezalandırılmaz. İşlendiği zaman o hususta herhangi hüküm öngörülmemiş bulunan bir suç için hiçbir ceza verilemez. Cezanın kişisel olması/(şahsiliği) esastır ve ceza sadece suçluya verilebilir.”

¹⁸⁸ Makau MUTUA, “The African Human Rights System, A Critical Evaluation”, (Çevrimiçi) <http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr2000/papers/mutua.pdf>, 19.11.2018.

“-İnsan ve halkların hakları alanında Afrika sorunları üzerine belge toplamak, inceleme ve araştırma yapmak, bilgileri yaymak, ilgili ulusal ve yerel kurumları teşvik etmek ve gerektiğinde hükümetlere görüş bildirmek ve onlardan istekte bulunmak,

-Afrika hükümetlerinin yasal mevzuatlarının benimsenmesine temel oluşturmak amacıyla, insan ve halkların haklarının ve ana özgürlüklerinin kullanılmasına ilişkin yasal sorunları çözmeye olanak veren ilke ve kuralların formüle edilmesini ve hazırlanmasını sağlamak, hakların korunmasıyla ilgili olarak diğer Afrika ve uluslararası kuruluşlarla işbirliği yapmak,

-İlgili tarafların isteği üzerine sözleşmenin hükümlerini yorumlamak”¹⁸⁹.

Yarı yargısal niteliğe sahip ve bağlayıcı şekilde karar alma yetkisi bulunmayan Komisyona hem bireysel başvuru hem de devlet başvurusu yapılabilmektedir¹⁹⁰.

Afrika kıtası içerisinde, “insan haklarının korunması ve güvence altına alınması” konusunda bölgesel düzeyde bir yargı organının oluşturulması ise daha sonraları gündeme gelmiş, Afrika Birliği Örgütü tarafından 1998 yılı Haziran ayında hazırlanan ve Afrika İnsan ve Halkların Mahkemesinin kurulmasını amaçlayan protokol 25 Ocak 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁹¹.

Mahkemenin, Şart, Protokol ve diğer Afrika İnsan Hakları antlaşmaları kapsamında her türlü uyuşmazlığı çözüme konusunda yetkisi bulunmakta olup kararlar oy çokluğuyla alınmakta ve bu kararlar bağlayıcılık taşımaktadır. Mahkeme kararlarının uygulanmasının denetimi ise Genel Kurul adına “Afrika Birliği Örgütü Bakanlar Konseyi” tarafından yerine getirilmekte, Mahkeme, Genel Kurula düzenli olarak faaliyet raporları sunmakta ve hazırlanan raporlarda mahkeme kararlarına uymayan ve gereğini yapmayan devletlerle ilgili bilgilere yer verilmektedir¹⁹².

¹⁸⁹ Enver BOZKURT, **Uluslararası İnsan Hakları Hukuku**, 3. Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara, 2018, s.154; Mahir TERZİ-Serkan YENAL, (2019). “İnsan Haklarının Afrika’da Hukuki Korunma Sistemi Üzerine Bir İnceleme (Bölgesel Karşılaştırmalar ve Orta Doğu Üzerine Bazı Öneriler)”, **Avrasya Etüdleri**, Yıl:25, sayı 55, s.59, (Çevrimiçi)www.burakgemalmaz.com, 19.11.2018.

¹⁹⁰ YÜKSEL, a.g.e., s.26.

¹⁹¹ YÜKSEL, a.g.e., s.26.

¹⁹² YÜKSEL, a.g.e., s.26.

C. Kavramın İç Hukuktaki Gelişimi

1. Cumhuriyet Öncesi Dönem (İslam ve Osmanlı Hukuku)

Osmanlı Devleti'nin kuruluşuyla birlikte yeni ve orijinal bir hukuk sistemi başlamış değildir. Osmanlı devletinin kurucuları, kendilerinden önce kurulmuş Türk-İslam devletlerinden birçok alanda etkilendikleri gibi, hukuk alanında da etkilenmişler ve o zamana kadar yürürlükte olan ve büyük ölçüde benzerlik barındıran hukuki yapıyı da almışlar, dolayısıyla da Roma hukuk sisteminin aksine sıfırdan bir hukuk sistemi oluşturmak zorunda kalmamışlardır¹⁹³. Osmanlı Devleti, hukuk sistemini büyük ölçüde Abbasi, Büyük Selçuklu ve Anadolu Selçuklu devletlerinin hukuk sistemlerine dayandırmış, kültürel olarak da bu devletlerden etkilenmiştir. Bu devletler ise esas olarak İslam hukukunu örnek alan devletler olup özellikle Büyük Selçuklu ve Anadolu Devleti, kısmen de olsa eski Türk-Moğol geleneğine dayanan bir hukuk geleneğine sahiptiler¹⁹⁴. Ancak Osmanlı Devleti'nin, kendisinden önce kurulmuş sözü geçen devletlerden kendisine kalan bu hukuki mirası hiç değiştirmeden aynen uyguladığını söylemek mümkün değildir.

9. yüzyılın sonlarına doğru, İslamiyet konusunda uzman ve önde gelen müslüman din/bilim adamları şeriatın artık son şeklini aldığını ve “İçtihat Kapısı”nın kapandığını, yani İslam hukukunda yeni kurallar koyma olanağının kalmamış olduğunu ilan etmişlerdir. İslamiyet’te, gerek toplum hayatının gerek fertler arası ilişkilerin düzenlendiği ve dini emirleri esas alan yegâne kanun ise Şer’i Hukuk’tur. Dolayısıyla Müslüman hükümdarların, sıfatları ne olursa olsun, “kanun koyucu” sıfatını takınmaları mümkün değildir¹⁹⁵. Ancak, İslam hukukunun ayrıntılı olarak düzenlemediği veya devlet başkanlarına kural koyma olanağı verdiği alanlarda, Osmanlı hükümdarları tarafından dönemin gelenek görenekleri ile toplumun ihtiyaçları dâhilinde hukuk kurallarının oluşturulduğu ve örfi hukuk olarak adlandırıldığı görülmektedir¹⁹⁶. Dolayısıyla, Osmanlı hukuk sisteminin, temelini İslam hukukundan almakla birlikte zamanla şer’i ve örfi hukukun karışımından

¹⁹³ M. Akif AYDIN, *Türk Hukuk Tarihi*, Beta Yayıncılık, 16. Baskı, İstanbul, 2019, s. 65.

¹⁹⁴ Erol ÖZBİLGİN, *Osmanlı Hukuku’nun Yapısı*, Nihal Kitabevi, İstanbul, 1985 s.89.

¹⁹⁵ Halil İNALCIK, *Devlet-i Aliyye*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2009, s. 227.

¹⁹⁶ M. Akif AYDIN, “*Osmanlı Hukuku’nun Genel Yapısı ve İşleyişi*”, *Türkler*, (Editör: Kemal Çiçek-Salim Koca), Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 2002, C.10, s.15.

oluşan kendine özgü bir yapı ortaya koyduğu sonucuna varılmaktadır¹⁹⁷. Dolayısıyla genelde adil yargılanmaya özelde ise “silahların eşitliği”ne ilişkin olarak Osmanlı hukukunda uygulanan ilkeler ve kurumlar hem şer’i hem de örfi hukuk kaynaklı esaslar doğrultusunda geliştirilmiştir.

İslam hukukunda yargısal faaliyet “kaza” kavramı ile tanımlanmıştır. Kaza sözcüğü, Arapça’da ve Osmanlıca’da “*Hâkimlik, hâkimin hükmü, hüküm vermek, yargı kararı, mahkemenin hükmü, yargı gücü, borcu ya da ibadeti ifa etmek*”¹⁹⁸ gibi anlamlar ifade etmektedir. Müslüman toplumlarda, insanlara hükmederken adaleti sağlamak, kişilerin aralarındaki sorunları ortadan kaldırmak ve hakları hak sahiplerine teslim etmek, yargı erkinin görev ve işlevleri arasında görülmektedir¹⁹⁹. Müslümanların kutsal kitabı Kur’an, insanlar arasında adaletli biçimde hükmetmeyi emretmiş olduğundan adalet, müslüman toplumlarda devletin temeli olarak kabul edilmiştir²⁰⁰. Bir başka deyişle, devletin yaşayabilmesinin ve devamlılığının ilk ve en önemli koşulu, adil olmasıdır²⁰¹.

İslam hukukunda, hakkında karar verilen kişiler bakımından verilen karara uymak bir yükümlülük iken mahkeme kararının uygulanmasını sağlamak devlet bakımından bir görev sayılmaktadır²⁰². Bireylerin, verilen mahkeme kararlarına gönüllü olarak uyması için hâkimin, sadece adaletle yargılama yapıp hüküm vermesinin yanında, dışarıdan bakan bir göz, yani makul bir kişi tarafından da “tarafsız ve adil” olarak algılanması gerekir. Bireylerin bu şekildeki algılarını etkileyen hususlar, hâkimin, yargılamanın başından sonuna kadar olan süreçte kullanmış olduğu usul ve yöntemler ile göstermiş olduğu tutum ve davranışlardır. Haksızlığa uğramış olduğunu düşünerek adaletin sağlanması için mahkeme önünde hak aramaya çalışan bir kişi, eğer yargılama sürecinin sonucunda bile kendisinin haksızlığa uğradığını düşünüyor ve kendisine yapılan haksızlığın giderilmediğini

¹⁹⁷ ÖZBİLGEN, a.g.e., s.89,90.

¹⁹⁸(Çevrimiçi), www.luggat.com, 19.11.2018.

¹⁹⁹ Fahrettin ATAR, **İslam Yargılama Hukukunun Esasları**, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları No. 281, İstanbul, 2013, s.15.

²⁰⁰ Nisa Suresi, 54. “Şüphesiz Allah size emanetleri ehline vermenizi ve insanlar arasında hükmettiğiniz zaman adalete uygun hüküm vermenizi emreder.”

²⁰¹ Mahmut ŞEN, “İslam Hukuk Geleneği Perspektifinden Yargı Etik İlkeleri” **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, 2015, s.507, 508.

²⁰² ŞEN, a.g.e., s.508.

hissediyorsa bu, verilen hükmün adil olarak verilmediği yönünde bir algı oluştuğunun işaretidir²⁰³. Dolayısıyla, İslam temelli hukuk anlayışında yargılamada uygulanan usul kuralları ve yöntemler belirlenirken sorun sadece şekli hukuk yönü ile ele alınmamış, adaletle karar vermek bir anlamda dini bir gereklilik olarak da algılanmıştır²⁰⁴.

Yargılama esas olarak tanrısal emirlere dayandığından, hâkimin yargısal görevlerini, her türlü baskı, telkin, özendirme ve tavsiyeden uzak ve arınmış bir biçimde gerçekleştirmesi gerekirken, dünyevi otoritenin herhangi bir şekilde yargıya müdahalesi, kanun bakımından suç olması yanında din bakımından da Allah’a karşı işlenmiş büyük bir günah olarak kabul edilmiştir²⁰⁵.

Yine İslam Ceza Hukuku, dünyadaki uygulamalarından çok daha önce suç ve cezada kanunilik, orantılılık ve şahsılık prensiplerini getirmiş, suç ve cezada keyfi uygulamaları ortadan kaldırmıştır. Suçta kesinlik aramış ve bu durumu da belli ve kesin koşullara bağlamıştır. Suçtan zarar görenin şikâyet ve dava hakkına önem verdiği kadar, bir suçla itham edilen kişinin hakları dadikkate alınmış, asılsız iddialar nedeniyle hakkında suçu işlediğine dair güçlü kanıtlar olmadan kişilerin özgürlüğünün kısıtlanmasının önüne geçilmiştir²⁰⁶.

Bu esaslar doğrultusunda şekillenen şer’i ve örfi Osmanlı hukukunda, özellikle ceza yargılamasında Tanzimat Dönemi’ne kadar “adil yargılanma” ilkesine ilişkin olarak belli başlı ilkelerin benimsendiği gözlemlenmektedir²⁰⁷:

- “1. Beraet-i zimmet asıldır ilkesi (masumiyet karinesi),
2. Şek ile yakın zail olmaz ilkesi (Şüpheden sanık yararlanır),
3. Aleniyet ilkesi,
4. Hâkimin tarafsızlığı ilkesi,

²⁰³ ŞEN, a.g.e., s.508.

²⁰⁴ Nası ASLAN, **İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri**, Karahan Kitabevi, Adana, 2014,s.5.

²⁰⁵ Hasan Tahsin FENDOĞLU, **Türk Hukuk Tarihi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2000, s.339.

²⁰⁶ YÜKSEL, a.g.e., s.27.

²⁰⁷ Adem ÇELİK, **Adil Yargılanma Hakkı**, s.20-24.

5. *Hâkimin bağımsızlığı ilkesi,*
6. *Yetkili mahkemenin tayini, (doğal yargıç ilkesi)*
7. *Duruşmada hazır bulunma hakkı,*
8. *Davaya hâkimin huzurunda bakılması,*
9. *Hakikatin araştırılması ilkesi,*
10. *Hüküm verilirken tarafların hazır bulunması ilkesi,*
11. *Muhakemede çabukluk ve ucuzluk ilkesi”*

3 Kasım 1839 tarihinde Gülhane Parkı’nda okunmuş olan ve bu nedenle Gülhane Hatt-ı Hümayunu²⁰⁸ olarak da adlandırılan Tanzimat Fermanı, Türk hukukunda modern anlamda yargılamanın şekli ve esasları ile ilişkilendirilen ilk yazılı metindir. Fermana göre, “*Kimse hakkında açıkça yargılama yapılmaksızın gizli veya açık idam ve ceza uygulanmayacaktır*”²⁰⁹.

13 Kasım 1875 tarihinde yayınlanmış olan Adalet Fermanı’nda²¹⁰ ise yargılamanın adil olması amacıyla yargının bağımsızlığının sağlanması için hâkimlere “azledilemezlik, yer değiştirmeme ve emeklilik” gibi konularda güvenceler verilmiş, bu güvencelere ilişkin hükümler, yaklaşık bir yıl sonra hazırlanmış olan Kanun-i Esasi’de de yer almıştır.

Türk milletinin tarihinde ilk yazılı anayasa olarak kabul edilen Kanun-i Esasi²¹¹, padişahın tek yanlı iradesiyle yayınlandığı bir belge olmakla birlikte ilk kez kişilere devlete karşı ileri sürülebileceği haklar tanıyan bir belge olma niteliğiyle de önem taşımaktadır. “*Tebaa-i Devlet-i Osmaniye’nin Hukuk-i Umumiyesi*” başlıklı bölümünde bu kişi haklarının, eksiklikleri olmakla birlikte, oldukça geniş bir liste halinde soyut bir anlatımla sayıldığı görülmektedir. Kişi dokunulmazlığı, basın özgürlüğü, öğrenim özgürlüğü, işkence yasağı, konut dokunulmazlığı, yasa önünde

²⁰⁸ Tam metni için bkz. Suna KİLİ, Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Türk Anayasa Metinleri**, Türkiye İş Bankası Kültür yay., İstanbul, 2000, s. 21-24.

²⁰⁹ Server TANİLLİ, **Anayasalar ve Siyasal Belgeler**, İstanbul, Cem Yayınevi, 1976, s.8.

²¹⁰ Tam metni için bkz. KİLİ, GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., s.32-39.

²¹¹ Tam metni için bkz. KİLİ, GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., s.43,46.

eşitlik, tabii hâkim ilkesi ve angarya yasağı açıkça bu bölümde yer alırken Kanun-i Esasi’de Tanzimat Fermanı’nda ve Adalet Fermanı’nda yer alan “adil yargılanma hakkı”nın unsurlarına ek olarak “tabii hâkim ilkesi” nin yer alması, “adil yargılanma hakkı” bakımından önemli gelişme olarak nitelendirilmektedir²¹².

2. Cumhuriyet Sonrası Dönem

Yeni Türk devletinin ilk anayasası olan ve 20.01.1921 tarihinde Meclis’te kabul edilen “Teşkilât-ı Esasiye Kanunu”nda kuvvetler birliği ilkesi ve meclis hükümeti sistemi benimsenmiş olduğundan yargı konusunun düzenlenmemiş olduğu görülmektedir²¹³.

Kurtuluş Savaşı sonrasında ise, Fransız İhtilali’nin etkilerinin görüldüğü 1924 Anayasası’nda²¹⁴ da ulus ile millet meclisi bir bütün olarak düşünülmüş, meclis, var olan tüm hakların sahibi, güvencesi ve koruyucusu olarak nitelendirilmiştir. Ancak Teşkilât-ı Esasiye Kanunu’ndan farklı olarak 1924 Anayasası’nın 8. maddesinde “*Yargı hakkı, millet adına usul ve kanuna göre bağımsız mahkemeler tarafından kullanılır.*” hükmü yer almıştır. Dolayısıyla 1924 Anayasası’nda yargı “kuvvet” yani bir erk olarak adlandırılmış, böylelikle meclisten tamamen farklı ve bağımsız bir organ, bir devlet erki olarak düzenlenmiştir²¹⁵.

Bu sebeple, 1924 Anayasası’na ilk bakıldığında, iktidarı kullanan yönetim organları ile yargı kuruluşları arasında kesin bir “güçler ayrılığı” var gibi gözükmemekte ise de, mahkemelerin bağımsızlığını ve hâkimlik teminatını sağlayacak hükümlerin Anayasa’da ayrıntılı olarak düzenlenmemiş olması anılan güçler ayrılığını zayıflatıcı bir unsur ya da şekli bir düzenleme olarak görülebilir.²¹⁶ Buna karşın Anayasa’nın “Kuvve-i Kazaiye” başlıklı dördüncü faslında düzenlenmiş olan “*hâkimlerin müdahale edilemezliği, azledilmelerinin güçlüğü, alenilik ilkesi, savunma hakkı*” gibi ilkeler adil yargılanma hakkının sağlanması açısından son derece önem

²¹² ŞENEL, a.g.e., s.26

²¹³ Tam metni için bkz. (Çevrimiçi) <https://anayasa.tbmm.gov.tr/1921.aspx>, 19.11.2018

²¹⁴ Tam metni için bkz. (Çevrimiçi) <https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa24.htm>, 19.11.2018

²¹⁵ Bülent TANÖR, **Osmanlı–Türk Anayasal Gelişmeleri**, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2001, s.308.

²¹⁶ Adem ÇELİK, **Adil Yargılanma Hakkı**, s.25.

taşımaktadır²¹⁷. Yine 1924 Anayasası'nın 83. Maddesinde de “doğal yargıç ilkesi”nin düzenlendiği görülmektedir²¹⁸.

Genel olarak incelendiğinde ise 1924 Anayasası'nın insan hakları açısından liberal ve bireyci görüşü benimsediği, 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nden etkilendiği gözlemlenmektedir. Anayasa, doğal haklar anlayışını benimsemiş olup bazı maddeleriyle 1789 Bildirgesi'nin bazı maddeleri arasında hem anlam hem de anlatım yönünden çok büyük benzerlikler olduğu savunulmaktadır²¹⁹.

1961 Anayasası²²⁰ ile ise insan hakları alanında yeni bir döneme başlandığı kabul edilebilir²²¹. 1961 Anayasası'nın Cumhuriyetin nitelikleri başlıklı 2. maddesi “insan haklarına dayalı devlet” diyerek “insan hakları”nın devletin asli unsurlarından olduğu anayasa tarafından kabul edilmiştir. Madde 32'de doğal hâkim ilkesi, madde 33'te²²² ise kanunilik ve cezaların şahsiliği ilkeleri oldukça ayrıntılı biçimde

²¹⁷ “DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Yargı Erki

Madde 53- Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri kanunla gösterilir.

Madde 54- Yargıçlar, bütün davaların görülmesinde ve hükmünde bağımsızdırlar ve bu işlerine hiçbir türlü karışamaz. Ancak kanun hükmüne bağlıdırlar.

Mahkemelerin kararlarını Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Bakanlar Kurulu hiçbir türlü değiştiremezler, başkalamazlar, geciktiremezler ve hükümlerinin yerine getirilmesine engel olamazlar.

Madde 55- Yargıçlar, kanunda gösterilen usuller ve haller dışında görevlerinden çıkarılamazlar.

Madde 56- Yargıçların nitelikleri, hakları, görevleri, aylık ve ödenekleri, nasıl tayin olunacakları ve görevlerinden nasıl çıkarılacakları özel kanunla gösterilir.

Madde 57- Yargıçlar, kanunla gösterilenlerden başka genel veya özel hiçbir görev alamazlar.

Madde 58- Mahkemelerde yargılamalar herkese açıktır. Yalnız yargılama usulü kanunları gereğince bir yargılamanın kapalı olmasına mahkeme karar verebilir.

Madde 59- Herkes mahkeme önünde haklarını korumak için gerekli gördüğü yasal araçları kullanmakta serbesttir.

Madde 60- Hiçbir mahkeme görev ve yetkisi içindeki davalara bakmazlık edemez. Görev ve yetki dışında olan davalar ancak bir kararla reddolunur”.

²¹⁸ Madde 83- Hiç kimse kanunca bağlı olduğu mahkemeden başka bir mahkemeye verilemez ve yollanamaz.

²¹⁹ Mesut GÜLMEZ, **Farklı Bakış Açılılarıyla İnsan Hakları Uygulamaları**, A.P.K. Dairesi Başkanlığı yay., Ankara, 2000, s. 31.

²²⁰ Tam metni için bkz., (Çevrimiçi) <https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa61.htm>, 19/11/2018

²²¹ Mesut GÜLMEZ, a.g.e., s.33.

²²² b) Kanuni Yargı Yolu

Madde 32- (20.9.1971-1488) (10) Hiç kimse, kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz.

Bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.

c) Cezaların Kanuni ve Şahsi Olması; Zorlama Yasağı

Madde 33- Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilinden dolayı cezalandırılmaz.

düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin yanında yargı başlıklı üçüncü bölümde yer verilen maddelerde de “mahkemelerin bağımsızlığı” (Mad. 132) “hâkimlik teminatı” (Mad. 133) “alenilik ilkesi” (Mad. 134)²²³ gibi ilkeler ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş olup adil yargılanma hakkının çok daha sağlam bir güvenceye kavuştuğu görülmektedir.

1961 Anayasası’nda Anayasa Mahkemesinin kuruluşuna yer verilmesi, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve güvence altına alınmasını sağlama yönünde çok önemli bir gelişme oluştururken diğer yandan genel olarak bakıldığında ve 1924

Cezalar ve ceza tedbirleri ancak kanunla konulur.

Kimseye, suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Kimse, kendisini veya kanunun gösterdiği yakınlarını suçlandırma sonucu doğuracak beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.

Ceza sorumluluğu şahsîdir.

Genel müsadere cezası konulamaz.”

²²³ “Üçüncü Bölüm

YARGI

A) Genel Hükümler

I. Mahkemelerin Bağımsızlığı

Madde 132- Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna, hukuka ve vicdani kanaatlarına göre hüküm verirler.

Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve tâlimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.

Görülmekte olan bir dâva hakkında Yasama Meclislerinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz. Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.

II. Hâkimlik Teminatı

Madde 133- Hâkimler azlolunamaz. Kendileri istemedikçe, Anayasa’da gösterilen yaştan önce emekliye ayrılmaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylıklarından yoksun kılınmaz.

Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlarla görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar ve meslekte kalmalarının caiz olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır.

III. Hâkimlik Mesleği

Madde 134- (20.9.1971-1488) (32) Hâkimlerin nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri, görevlerinin veya görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi, haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili suçlarından dolayı soruşturma yapılmasına ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarılmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri ve diğer özlük işleri, mahkemelerin bağımsızlığı esasına göre, kanunla düzenlenir.

Hâkimler altmış beş yaşını bitirinceye kadar hizmet görürler. Askerî hâkimlerin yaş haddi, yükselme ve emeklilikleri kanunla belli edilir.

Hâkimler, kanunda belirtilenlerden başka, genel ve özel hiçbir görev alamazlar.

IV. Duruşmanın Açık ve Kararların Gerekçeli Olması

Madde 135- Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmalardan bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına, ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir.

Küçüklerin yargılanması hakkında kanunla özel hükümler konulur.

Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.”

Anayasası ile kıyaslandığında temel hak ve özgürlüklere hem daha geniş hem de daha güvenceli olarak yer verildiği görülmektedir²²⁴. Ancak 12 Mart 1971 Muhtırası sonrasında ortaya çıkan gelişmelerin sonucunda 1961 Anayasası'nın bazı maddeleri değiştirilmiş, adil yargılanma hakkına ilişkin maddeler de bu değişiklikten nasibini almıştır. 1961 Anayasası'nın Yargı Yolu başlıklı 32. maddesi bu kapsamda değişikliğe uğramış ve “tabii” sözü “kanuni” sözüyle maddedeki “tabii hâkimden başka” deyimini de “kanunen tabi olduğu mahkemeden başka” deyimini değiştirilmiştir. Yapılan bu değişiklik ile adil yargılanma hakkının önemli unsurlarından biri olan “doğal yargıç ilkesi” değiştirilmiş böylece Sıkıyönetim Askeri Mahkemelerinin kurulmasının önü açılmıştır²²⁵.

1982 Anayasası'nda ise “adil yargılanma hakkı” ile doğrudan ilişkili bazı ilke ve güvenceleri içeren düzenlemelere yer verilmiş bulunmaktadır. 2. madde ile Türkiye Cumhuriyeti'nin “... insan haklarına saygılı ... bir hukuk devleti” olduğu, 19. madde ile “tutuklanan kişinin diğer haklarının yanı sıra, adil ve hakkaniyete uygun bir yargılamanın gereklerinden olan makul süre içerisinde yargılanmayı isteme hakkı” olduğu; 36. madde ile “hak arama hürriyeti”, 37. madde ile “kanuni hâkim güvencesi”, 38. madde ile “suçsuzluk (masumiyet) karinesi” 138. madde ile “mahkemelerin bağımsızlığı”, 141. madde ile “duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması” ve 142. madde ile “mahkemelerin kanunla kurulacağı” hususları oldukça ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir.

3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı kanun ile 1982 Anayasası'nın 36. maddesinde yapılan değişiklik sonucu “adil yargılanma hakkı” kavram olarak da anayasaya girmiş bulunmaktadır. Böylelikle, AİHS'in 6. maddesinde düzenlenmiş olan “adil yargılanma hakkı”, 10 Mart 1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun ile onaylanması sonrasında yayımlandığı için Anayasa'nın 90. maddesi ile zaten kanun hükmünde sayılmasına karşın, iç hukukta bu durumun tespiti ve vurgulanması bakımından önemli bir gelişme olmuştur²²⁶.

II. ADİL YARGILANMA HAKKI İLE İLGİLİ KAVRAMLAR

²²⁴ Ergun ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, 20. Basım, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s.41.

²²⁵ YÜKSEL, a.g.e., s.30.

²²⁶ YÜKSEL, a.g.e., s.31.

A. Hak Kavramı

“Hak” kelimesi, Arapça “hakk” sözcüğünden dilimize geçmiş olup²²⁷ sözlük anlamı olarak “adalet, adaletin, hukukun gerektirdiği veya birine ayırdığı şey, kazanç, dava ve iddiada gerçeğe uygunluk, doğruluk, pay, doğru, gerçek”²²⁸ anlamlarını ifade edebilmektedir. Hukukta, “bireyin korunmasını isteme konusunda yetkili sayıldığı, hukuken tanınmış menfaat” şeklinde tanımlanmaktadır. Dolayısıyla hak kavramı, hem ahlaki hem de hukuki nitelik taşımaktadır²²⁹.

Hak kavramı insanların toplum halinde yaşamaya başlamaları ile beraber ortaya çıkmış; insanların isteklerini karşılayacağını söyleyen devlet, onların doğuştan gelen bazı hak ve özgürlükleri bulunduğunu ve bunları korumayı üstlendiğini açıklamıştır²³⁰. Hak kavramı, kullanıldığı yere, zamana ve topluma göre farklılık gösteren ve değişebilen bir içeriğe sahip olup hak ve hukuk arasında çok boyutlu bir ilişki bulunmaktadır²³¹. Hukuki anlamda insan hakları kavramının ve dolayısıyla mahkemenin görev alanına giren hakların ortaya çıkarak somutlaşması bir süreç sonucu gerçekleşmiştir. 1789 Fransız Devrimi ile yeni bir anlam kazanan süreç, yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren özerk bir hukuk disiplini çerçevesinde İnsan Hakları Hukuku olarak somutlaşmıştır²³².

İnsanın insan olmak sıfatı ile sahip olduğu, hiçbir yönetici gücün tanınması ve korumasına bağlı olmayan, yani devlet ya da iktidar tanımasa, saygı göstermese bile, buna rağmen varlıklarını devam ettiren, niteliklerini kaybetmeyen tüm haklar; insanın doğasından kaynaklanan ve devlete saygı gösterme, karışmama görevleri dışında, gerçekleşmesi için bir şeyler yapma yükümlülüğünü de getiren hak ve özgürlüklere Evrensel İnsan Hakları denilmektedir²³³.

²²⁷ M.Serhat KAŞIKARA, **AİHS Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s.13.

²²⁸ Türk Dil Kurumu, **Güncel Türkçe Sözlük**, (Çevrimiçi), 19.02.2014.

²²⁹ KALABALIK, a.g.e., s.32.

²³⁰ Anıl ÇEÇEN, **İnsan Hakları**, 5. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2020, s.21-22.

²³¹ ÇEÇEN, a.g.e., s.23.

²³² KALABALIK, a.g.e., s.28.

²³³ Süheyl BATUM, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye**, Kavram Yayınları, Ağustos 1996, s.17; Rifat ÇULHA, “Müdafinin İnsan Haklarını Koruma Görevi”, **TBB Dergisi**, sayı 2002/1, s. 130.

Bir hakkın varlığından söz edilebilmesi için, öncelikle hâl bu hakka sahip olabilecek hukuk düzenince belirlenmiş bir kişi olmalı²³⁴, bu kişi hakkın konusundan yararlanıp yararlanmama konusunda yetkiye, yani takdir hakkına sahip olmalı, kişinin talep hakkı olmalı, hak tanınabilmeli ve saygı gösterilebilir olmalıdır. Hukuki bir haktan söz ediliyorsa, hak sahibi, haklarını tanımayan veya ihlal edenler kim olursa olsun, bunlara karşı yasal yollara başvurabilmelidir²³⁵. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin “adil yargılanma”yı düzenleyen 6. maddesinde, BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nden farklı olarak “medeni hak ve yükümlülükler” ifadesi yer almaktadır²³⁶. Ancak bu ifadede belirtilen “adil yargılanma hakkı”, AİHM'in yerleşik içtihatlarından da anlaşılacağı üzere, 6. maddede sayılan unsurları içeren ancak bunlarla sınırlandırılması mümkün olmayan genel nitelikli bir haktır. Dolayısıyla bu temel hakkın içeriğini oluşturan haklar ve ilkeler, adil yargılanma hakkının anayasalarda açıkça tanınmış olup olmamasına bakılmaksızın, hukuk devleti kavramı çerçevesinde ele alınarak hukuk düzenlerinin bir parçası haline getirilmek zorundadırlar²³⁷. AİHM de adil yargılanma hakkının soyut bir tanımını oluşturmaktan kaçınmış ve her davayı kendi içindeki gerçeklere göre değerlendirmiştir²³⁸.

B. Uyuşmazlık Kavramı

Uyuşmazlık, sözlük anlamı itibariyle, ayrılık, başkalık, karşıtlık anlamına gelmekte olup hukukta ise, hukuk düzeni tarafından korunan bir hak veya menfaatin ihlali veya taraflar arasında var olan menfaat dengesinin bozulmasıdır²³⁹. Sözleşme'nin 6/1 maddesinin uygulanabilmesi için de “iç hukukta iki özel hukuk kişisi” veya “başvurucu ve devlet” arasında, başvurucunun medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili bir uyuşmazlığın olması gerekmektedir. Var olan

²³⁴ BATUM, a.g.e., s.27.

²³⁵ KAŞIKARA, a.g.e., s.17,18.

²³⁶ Sibel İNCEOĞLU, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, Tıpkı Dördüncü Bası, Beta Basım, İstanbul, Mart 2013, s.13.

²³⁷ Adem ÇELİK, “Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkı ve Silahların Eşitliği İlkesi” **Adalet Dergisi**, Mayıs 2008, sayı 31, s. 309.

²³⁸ Nuala MOLE, Catharina HARBY, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü Yayınları, Şen Matbaa, Ankara, 2013, s.11.

²³⁹ Mine BİNİŞ, “Vergi Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yolları ve Türkiye’de Uygulanabilirliği” **Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi**, cilt 5 no:2, 2013, s.15, ISSN:2146-0817

uyuşmazlık, bir hakkın bulunup bulunmadığına, hakkın kapsamına veya icrasına ilişkin olabilir²⁴⁰.

C. Mahkemeye Göre Medeni Hak ve Yükümlülük Niteliğinde Olan İşlemler

Mahkeme tüm davalarda öncelikle, özel şahısların kendi aralarındaki ilişkileri ve bu ilişkilerden kaynaklı hak ve yükümlülüklerini, “medeni hak ve yükümlülükler” kapsamında değerlendirmiş, özel şahısların kendi aralarındaki ilişkileri kapsamındaki hakları ticaret hukuku²⁴¹, sözleşme hukuku²⁴², tazminat hukuku²⁴³, aile hukuku²⁴⁴, iş hukuku²⁴⁵, mülkiyet hukuku²⁴⁶ çerçevesinde daima medeni haklar kapsamında ele almıştır²⁴⁷. Medeni hak ve yükümlülüklerin kapsamının ne olduğu konusunda asıl sorun, kamu hukukundan kaynaklanmasına rağmen bireyi etkileyen tasarruf ve işlemler konusunda ortaya çıkmıştır²⁴⁸. İlk olarak *Ringeisen/Avusturya* davasında Mahkeme, medeni hak kavramını geniş şekilde yorumlamış, uyuşmazlığın şekli kaynağına değil, konusuna bakarak 6.maddenin bu olayda uygulanabilir olduğuna karar vermiş, bu davada dolaylı olarak benimsediği “otonom” medeni hak ve ödev anlayışını *König/ Almanya*²⁴⁹ kararında ise “Bir hakkın sözleşmede ifade edildiği anlamıyla medeni olarak görülüp görülmeyeceği, söz konusu hakkın ilgili devletin, iç hukukundaki yasal sınıflandırılmasına göre değil, esasa ilişkin içeriği ve etkilerine göndermeyle belirlenmelidir.” şeklinde net bir şekilde ortaya koymuştur²⁵⁰.

Dolayısıyla Mahkemenin medeni hak kavramını geniş bir şekilde ele aldığı ve mümkün olduğunca uyuşmazlıkları mahkemenin yetki alanında tuttuğu

²⁴⁰ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s.71.

²⁴¹ Edificaciones March Gallego S.A./İspanya, 19 Şubat 1998, Başvuru No:28028/95.

²⁴² Ringeisen/Avusturya, 16.07.1971, Başvuru No: 2614/65.

²⁴³ Axen/Almanya, 8 Aralık 1983, Başvuru No: 8273/78, Golder/Birleşik Krallık, 21 Şubat 1975, Başvuru No:4451/70.

²⁴⁴ Airey/İrlanda, 9 Ekim1979, Başvuru No:6289/73, Rasmussen/Danimarka, 28 Kasım 1984, Başvuru No:8777/79.

²⁴⁵ Buchholz/Federal Almanya, 6 Mayıs 1981, Başvuru No:7759/77.

²⁴⁶ Pretto/İtalya, 8 Aralık1983, Başvuru No:7984/77.

²⁴⁷ MOLE, HARBY, a.g.e., s.12,13.

²⁴⁸ Feyyaz GÖLCÜKLÜ, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Adil Yargılama,” *AÜSBFD*, İlhan Öztrak’a Armağan, Ocak-Haziran 1994, C.49, N.1- 2, s.203.

²⁴⁹ König-Almanya, 28.06.1978, Başvuru No:6232/73, para.95.

²⁵⁰ Kerem ALTIPARMAK, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin Uygulama Alanı,” *AÜSBF Dergisi*, Cilt 53/1-4, s.5.

görülmektedir. Ancak Mahkeme, ulusal hukukça “hak” olarak tanınmayan bir iddianın 6. madde kapsamında değerlendirilmeyeceğini belirtmektedir²⁵¹.

Mahkemenin verdiği kararlar doğrultusunda bir gruplandırma yapılacaktır olursa:

“-Mülkiyet hakkı ve mamelek ile ilgili olan idari işlemler,

-Bir meslek, sanat veya başka bir iktisadi faaliyetin yürütülmesi ile ilgili idari kararlar,

-Reşit olmayan çocukları, ana-babadan ayırarak korunması amacı ile idari önlemler alınması,

-Çalışma hayatı, sosyal sigorta, iş sözleşmesinin bozulması, işten çıkarma ile ilgili idari işlemler,

-İdarenin kusurundan doğan zararın tazminine ilişkin uyuşmazlıklar,

-İdarenin takdir yetkisini kullanmasından doğan uyuşmazlıklar,

olarak bir değerlendirme yapılabilir”²⁵².

Bu konulardaki kararlara örnek verilecek olursa, 09.07.1997 tarihli *Akkuş/Türkiye*²⁵³ davasına konu olayda, “Sariye Akkuş isimli Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı kadının eşinden kalan arazisi Devlet Su İşleri kurumu tarafından baraj havzasında kalacağından kamulaştırma yapılırken kamulaştırma bedelinin gerçek değeri yansıtmadığı ve olması gerekenden düşük gösterildiği iddiası ile Durağan Asliye Hukuk Mahkemesine açılmış davada kamulaştırma tarihinden itibaren işletilecek % 30 faiz oranı ile başvurucuya ek bir bedel ödenmesine karar verilmiş, karar başvurucu tarafından temyiz edilmiş, Yargıtayın onama kararının üzerinden 17 ay geçtikten sonra kendisine mahkeme kararında belirtilen miktar kadar ödeme yapılmıştır”.

²⁵¹ GÖLCÜKLÜ, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Adil Yargılama,” s.205.

²⁵² Feyyaz GÖLCÜKLÜ-Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, 13. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 10. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013, s.271, Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM, Oğuz SANCAKDAR, **AİHS Işığında Türki-ye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2004, s.232.

²⁵³ Akkuş/Türkiye, 09.07.1997, Başvuru No:60/1996/679, para. 24-31.

Divan, “ülkede yıllık enflasyon oranının %70 olduğu bir sırada, devletin kendi alacaklarına %84 oranında gecikme faizi uygularken, başvurucuya kamulaştırma bedelini %30 gecikme faizi ile ödemesini Mülkiyet Hakkının Korumasına İlişkin Ek Protokol’ün ihlali olarak görmüş, ayrıca tazminat ödenmesine” de karar vermiştir.

Yine benzer hususlara ilişkin 23 Eylül 1998 tarihli Aka/Türkiye²⁵⁴ davasında AİHM, Akkuş davasında belirtmiş olduğu gerekçelere dayanarak Sözleşme hükümlerinin ihlal edildiği yönünde karar vermiş ve yüksek miktarda maddi tazminata ve uygun miktarda manevi tazminata(1000 USD) hükmetmiştir²⁵⁵.

İdarenin hürriyeti bağlayıcı ceza vermesi mümkün değil iken hürriyeti bağlayıcı olmayan yaptırımlar yönünden doğrudan ceza verebilmesinin önünde bir engel yoktur. Ancak bu şekilde idareye yetki verildiğinde, bu düzenlemenin adil yargılanma ilkesine uygun olabilmesi için verilecek cezalara karşı adli veya idari yargı organlarına başvuru hakkının da bireylere tanınmış olması gerekmektedir. İdarî nitelikte yaptırım uygulamasını gerektiren çeşitli eylemlere ilişkin olarak idare tarafından tesis edilen işlemlere karşı başvuruların AİHM tarafından kabul edildiği görülmektedir. Mahkeme sanık kavramını yorumlarken bunu iç hukuktaki tanımından bağımsız bir şekilde yapmakta, sadece ceza hukuku bakımından ele almamakta, “suç isnadı niteliğini taşıyan ve suç işlediği tahmin edilen kişinin hukukî durumunu önemli bir şekilde etkileyen her türlü bildirim” ölçütünü kullanarak değerlendirme yapmaktadır. Örneğin, Almanya’da ikamet eden bir Türk vatandaşı olan Öztürk adındaki kişinin kendisine uygulanan trafik cezasından kaynaklanan ve Almanya aleyhine açtığı bir davada, idarî kabahatlerin yargılanması sırasında da başvurucunun, tercüman masraflarını devletin ödemesini talep edebileceğine karar verilmiştir²⁵⁶.

Mahkeme, *Tre Traktörer Aktiebolag/İsveç*²⁵⁷ kararında, idari makamlar tarafından başvurucunun sahibi olduğu lokantada içki satışına izin veren ruhsatın iptâlinine karar verilmesi ve bu işlemin yargısal denetim dışında bırakılması

²⁵⁴ Aka/Türkiye, 23.09.1998, Başvuru No:107/19977891/1103, para. 41-51.

²⁵⁵ M.Reşat KOPARAN, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Işığında Adil Yargılanma Hakkı” **Adalet Dergisi**, Temmuz 2002, Sayı 12, s.2-3.

²⁵⁶ KOPARAN, a.g.m., s.3.

²⁵⁷ Tre Traktörer Aktiebolag/İsveç, 07.07.1989, Başvuru No:10873/84, para. 47-50.

nedeniyle Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında adil yargılanma hakkının ihlâl edildiği yönünde karar vermiştir. *İletmiş/Türkiye*²⁵⁸ kararında AİHM, “*hakkında yürütülen bir ceza soruşturması nedeniyle başvurusunun yurda girişte gözaltına alınması, pasaportuna el konulması ve gözaltı sonrası serbest bırakılmasına rağmen pasaportunun iade edilmemesini bir tür idari tedbir olarak*” değerlendirmiş, “*başvurucu hakkında mahkeme tarafından yurt dışı çıkış yasağı adli kontrol tedbiri verilmediği halde, Pasaport Kanunu uyarına pasaportuna el konulmasını, yurtdışına çıkış yasağının devam ettirilmesinin ‘kaçınılmaz sosyal bir ihtiyaç’ ve AİHS'nin 8. maddesinde yer verilen amaçlarla orantılı olmadığı*” sonucuna varmıştır²⁵⁹.

İdari para cezalarının AİHM içtihatlarında “*cezai*” nitelikte kabul edilip edilmediği konusunda AİHM, *X./Avusturya*²⁶⁰ kararında, idari para cezasını *Engel vd./Hollanda* ölçütleri bağlamında değerlendirmiş ve Sözleşme’nin oluşturduğu ortak standartlar bakımından idari para cezasının ağır bir düzeye geldiğini belirterek davanın Sözleşme’nin 6. maddesi kapsamında incelenmesi gerektiğine karar vermiştir²⁶¹.

D. Kamusal Yönü Ağır Basan ve Medeni Hak ve Vecibe Kavramının Dışında Kalan Uyuşmazlıklar

AİHM önüne gelen her davaya bakmamakta, bazı konuların yetki alanı dışında kaldığını belirtmekte ve bu konulara ilişkin haklar 6.maddenin koruması dışında kalmaktadır. Medeni hak ve yükümlülük dışında kaldığı belirtilen bazı konular aşağıda sayılmıştır²⁶²;

“Genel vergilendirme konuları ve vergi değerlendirmeleri

Göç ve milliyet konuları

Askerlik yükümlülüğü

AİHM zabıtlarının bildirimiyle ilgili davalar

Kamu görevine seçilme hakkı

²⁵⁸ *İletmiş/Türkiye*, 06.12.2005, 28871/96.

²⁵⁹ Muhammed Taha BÜYÜKTAVŞAN, “Kesinlik Sınırı Altındaki İdari Para Cezalarına Karşı İtiraz Yoluna Başvurulamamasının Cezai Konularda İki Dereceli Yargılanma Hakkı Bakımından İncelenmesi” **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl 6, Sayı 12, Aralık 2018, s.292.

²⁶⁰ *X./Avusturya*, 03.03.1983, 8998/80, aynı yöndeki kararlar için bkz. *Belilos/İsviçre*, 29.04.1988, Başvuru No:10328/83, para. 10,61, *Salabiaku/Fransa*, 07.10.1988, Başvuru No:10519/83, para. 23-25.

²⁶¹ *Ag.e.*, s.292.

²⁶² *MOLE-HARBY*, a.g.e., s.14.

Eğitimin devlet tarafından karşılanması hakkı
Pasaport vermeyi reddetmek
Tıbbi tedavinin devlet tarafından karşılanması hakkı
Patent başvuruları”

Burada sayılı konular sınırlı olmayıp mahkeme önüne gelen her davanın içeriği ve özelliklerine göre bir değerlendirme yapmaktadır. Ancak özellikle *Pellegrin- Fransa* davasında mahkeme, kamu personelinin sözleşmeli veya kadrolu olmasına ve iç hukukta hangi kurallara tabi olduğuna bakılmaksızın, göreve kabul edilmeleri, görevde ilerlemeleri ve görevlerinin sona erdirilmesi konusundaki uyuşmazlıkların md 6/1 kapsamında olduğunu, personelin yaptığı görevin niteliği göz önüne alınarak bazı nitelikleri taşıyan görevleri icra edenlerin ise belirtilen türdeki uyuşmazlıkların md 6/1 dışında olduğunu belirtmektedir²⁶³. Yani Mahkeme, devlet ile memuru arasındaki ilişkiyi medeni hukuk ilişkisi kapsamında görmemiş ve bu konuda geliştirdiği ölçütler sonraki davalar için de içtihat teşkil etmiştir. Kararda belirtilen devlet ile memuru arasındaki görev ilişkilerinin klasik uç örneği ordu veya polis tarafından görülen hizmetlerdir²⁶⁴.

Batur, Erbek, Duran ile Taraman/Türkiye davasında, “Türkiye’den bir grup subay ve astsubayın, disiplin cezası verilmesi sonucunda kendilerinin ordu ile ilişkilerinin kesilmesinden dolayı, bu duruma karşı iç hukuk normlarına göre, mahkemeye başvuru haklarının bulunmadığı ve bunun da adil yargılanma haklarını ihlal ettiği şeklindeki başvuruda AİHM, devletlerin Sözleşme’nin 6/1. maddesinde belirtilmiş olan konu ve amaca ters düşmemek koşuluyla kendi hukuk sistemlerinde suç hukuku ile disiplin hukukunu birbirinden ayırarak düzenleme haklarının bulunduğunu, somut olayda başvuru sahiplerinin disiplin hukukuna ilişkin eylemler olduğunu, başvuru sahiplerinin silahlı kuvvetlere katılırken hizmet gerektirdiği ve sivillere özgü olmayan askeri disiplin kurallarına uyacakları konusunda kendi özgür iradeleri ile kabul kararı verdiklerini, dolayısıyla kendine özgü bir statüye sahip olan bir grupta ilgili verilmiş ihraç kararının Sözleşme’nin 6/1.

²⁶³ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s.49.

²⁶⁴ GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, s.273.

*maddesinde belirtilen nitelikte bir ceza yaptırımı olmadığı” kanaatine ulaşarak başvuru hakkında kabul edilemezlik yönünde karar vermiştir*²⁶⁵.

*AIHM Ravensborg/İsveç*²⁶⁶ davasında, “*duruşma sırasında düzeni bozan sanık hakkında verilen ve disiplin yaptırımı niteliğinde olan 1000 Kronluk para cezası uygulanması konusunda cezai alanda bir suçlama bulunmadığından Sözleşme’nin 6/1. maddesinin uygulama imkanı olmadığına*” karar vermiştir²⁶⁷.

Yukarıda örnek olarak sayılan bazı konularda Mahkemeye bireysel başvuru yolunun tam anlamıyla kapalı olduğu da değerlendirilmemelidir. Daha önce kapsam dışında olduğu değerlendirilen bazı haklar da Sözleşme’nin 14. Maddesindeki “eşit davranma yükümlülüğü” ve adil yargılanmanın gereği olan “silahların eşitliği” gibi kurallara göre inceleme konusu olabilmektedir²⁶⁸.

E. Suçlama

Suç, şekli anlamda, “*hukuk düzeni tarafından ceza ve/veya güvenlik tedbiri ile karşılanan bir insan davranışı(haksızlık) olarak ifade edilebilir*”²⁶⁹. Maddi anlamda ise toplumda hâkim olan hukuksal değerlere tecavüz teşkil eden fiiller olarak tanımlanabilir ve dolayısıyla hukuksal değerlerin ihlali, bir başkasının hukuken korunan özgürlük alanına somut bir tecavüzü ifade eder²⁷⁰. Sözleşme kapsamında ele alınması gereken suç ise, bazı ölçütler dikkate alınarak değerlendirilmekte, suçun cezai nitelik taşıyıp taşımadığı belirlenmekte²⁷¹, devletlerin hangi eylemleri adli, hangi eylemleri suç olarak belirlemeleri ve düzenlemeleri gerektiğini gösteren kesin ve açık ölçütler olmasa dahi Sözleşme’nin 6. maddesindeki güvencelerin hayata geçirilebilmesi mümkün olmaktadır²⁷².

²⁶⁵ Erbek/Türkiye, 04.07.2000, Başvuru No:38923/97, Gökçe YILDIRIM, “Adil Yargılanma Hakkı” **Adalet Dergisi**, Mayıs 2004, Sayı 19, s. 84.

²⁶⁶ Ravensborg/İsveç, 23.03.1994, Başvuru No:14220/88, para. 35-36.

²⁶⁷ YILDIRIM, a.g.m., s. 84.

²⁶⁸ Güney DİNÇ, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne göre Adil Yargılanma Hakkı**, İzmir Barosu Yayınları, İzmir, 2006, s.15.

²⁶⁹ Mahmut KOCA, İlhan ÜZÜLMEZ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.39.

²⁷⁰ KOCA, ÜZÜLMEZ, a.g.e., s.39.

²⁷¹ İNCEOĞLU, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, s.85.

²⁷² Metin FEYZİOĞLU, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6/3-a Uyarınca İsnadın Bildirilmesi ve Türk Hukuku,” **Adil Yargılanma Hakkı**, Nergiz Yayınları, İstanbul, 2004, s.96.

İsnad, yani suçlama ise “ceza kanunu tarafından suç olarak öngörölmüş bir fiilin bir kimse tarafından işlendiğinin iddia makamınca ileri sürölmesi, bu fiilin o kişiyeye bağlanmasıdır”²⁷³. 6. maddenin 1. fıkrasında “isnadın esasf hakkında karar veren bir mahkeme”den söz edilmekte olduğundan, adil yargılanma koşullarının aranması için öncelikle kişi aleyhine bir suç isnadı nedeniyle kovuşturma yapılması şartı aranır²⁷⁴.

Bir sanığa hakkındaki isnadın bildirilmediğı ve dolayısıyla sanığın bundan haberi olmadığı durumda kendini savunması mümkün değildir. Bu yüzden, “isnadın bildirilmesi” ilkesi, ceza muhakemesinin temel ilkelerinden biridir ve sanığa kendini savunma olanağı verilmemiş ise, iddia karşısında savunmaya hiç yer verilmemiş olması demektir²⁷⁵. Savunma olmadığı takdirde, çelişme yönteminin uygulanması mümkün olmaz ve adil yargılanmadan da söz edilmesi mümkün olamaz. İsnadın bildirilmesi, sanığın savunma yapabilmesini sağlamak amacına yönelik olduğundan, sanığa yapılan bildirimde, sanığın hangi fiili, nerede ve ne zaman işlediğı konusunda suçlandığının ve bu fiilin hangi suç veya suçlara vücut verdiğinin yani suçun hukuki vasıflandırmasının açıklanması gereklidir²⁷⁶.

İsnad kavramı da özerk bir kavram olup ölkelerin iç hukuklarındaki isnad kavramından bağımsız olarak ele alınmakla birlikte, ulusal mevzuatın suç saydığı fiiller Mahkeme tarafından suç olarak değeriendirilmektedir. Ancak, ulusal hukuk kurallarının suç kapsamı içerisinde görmediğı bir fiil, örneğın disiplin kabahati, bazen Mahkeme tarafından sözleşme kapsamı içerisinde görölmektedir²⁷⁷. Mahkemenin isnad kavramının kapsamını belirlerken, suç sayılan eylemin ulusal hukukta sınıflandırılması, suçun niteliğı, cezalandırma riskinin niteliğı ve yapısı²⁷⁸,

²⁷³ FEYZİÖĞLU, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6/3-a Uyarınca İsnadın Bildirilmesi ve Türk Hukuku”, s.95.

²⁷⁴ İNCEOĞLU, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, s.83.

²⁷⁵ Metin FEYZİÖĞLU, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6/3-a Uyarınca İsnadın Bildirilmesi ve Türk Hukuku, **TBB Dergisi**, 2004, Sayı 55, s.103, (Çevrimiçi) www.feyzioglu.av.tr, 03.01.2020

²⁷⁶ A.g.e., s.103, (Çevrimiçi) www.feyzioglu.av.tr, 03.01.2020

²⁷⁷ GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, s.269; İNCEOĞLU, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, s.84.

²⁷⁸ Müslüm AKINCI, **İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı**, Turhan Yayınevi, Ankara, 2008, s.33.

bir başka deyişle öngörülen cezanın niteliği ve ağırlığı²⁷⁹ gibi ölçütler geliştirdiği görülmektedir. Bu ölçütlere göre Mahkeme her somut olayda bir değerlendirme yapmakta ve sadece ceza hukuku bağlamındaki isnad kavramıyla sınırlı kalmayıp ceza hukuku dışında bazı işlem ve eylemleri de 6. madde kapsamında inceleyebilmektedir²⁸⁰. Bu ölçütlerden ilk olarak bazı silahlı kuvvetler mensupları aleyhine açılmış olan *Engel vd./Hollanda*²⁸¹ davasında bahsedilmiş olup suçlamanın mahiyeti konusunda Mahkemenin kararlarına bu ölçütler yön vermektedir. Bildirim yapılırken uyulması gereken bir şekil şartı yoktur, bildirim yazılı veya sözlü olarak yapılabilir. İddianame, ceza davalarında davanın esası hakkında belirleyici öneme sahip bir belge olduğundan ve iddianamenin kendisine bildirilmesi ile birlikte sanık, kendisine yöneltilen suçlamanın içeriği ile hukuki ve maddi nedenleri konusunda bilgilendirilmiş olduğundan, bildirimin iddianamenin tebliği suretiyle de yapılması mümkündür²⁸². AİHS, bildirimin ne şekilde yapılacağı konusunda bir hüküm içermemekle birlikte, maddi olay sözlü olarak açıkça ifade edilemeyecek veya anlaşılmayacak kadar karmaşık olabilir, sözlü bildirim yapılması halinde karmaşık parçalardan oluşan maddi olay kişinin anlayamayacağı bir halde aktarılır ise bu savunma hakkını olumsuz yönde etkileyeceğinden bildirimin yazılı yapılması gerektiği kanaatindeyiz²⁸³. Ayrıca sanığın kendisine bildirimin yapıldığı dili anlamasına rağmen ana dilinin farklı olduğu durumlarda, yapılan isnadın sanık tarafından daha doğru ve iyi bir şekilde anlaşılması bakımından bildirimin yazılı şekilde yapılması gerekebilir. Bildirimin ne şekilde yapıldığından ziyade, isnadın mahiyet ve sebebini içermesi, isnadın etraflıca açıklanması, bildirimin, sanığın anladığı dilde yapılması, mümkün olan en kısa bir zamanda yapılması önemlidir. Çünkü Sözleşme “gerekli zaman ve kolaylığın tanınması gerektiğini”

²⁷⁹İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s.85, isnad kavramı konusunda Engel vd./Hollanda kararına atıf yapan ve ayrıntılı güncel karar için bkz. Pişkin/Türkiye, 15.12.2020, Başvuru No: 33399/18, para. 103-107.

²⁸⁰ Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM, Oğuz SANCAKDAR, *AİHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2004, s.234.

²⁸¹ Engel ve diğerleri/Hollanda, 08.06.1976, Başvuru No: 5100/71, para. 80-85, aynı ölçütler için bkz. Gestur Jónsson ve Ragnar Halldór Hall/ İzlanda, 22.12.2020, Başvuru No: 68273/14 68271/14 (Ancak AİHMbu kararda başvurucuya verilen ve 43.750 avroya karşılık geldiği söylenen 20 gün para cezasının 6/1 maddesinin cezai alanının içine girmediğini belirterek hak ihlali olmadığına karar vermiştir)

²⁸² FEYZİOĞLU, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6/3-a Uyarınca Isnadın Bildirilmesi ve Türk Hukuku*, s.104.

²⁸³ A.g.e., s.104.

içermektedir²⁸⁴. “Yeterli zaman” kavramı ile anlatılmak istenen, “sanığın ve müdafinin savunma için zorunlu hazırlıkları yapabilecek durumda olmalarının” sağlanmasıdır. Buna göre Mahkeme “yeterli zaman” hakkının ihlal edilip edilmediği yönünde bir tespit yaparken ulusal mahkeme önünde görülen davada savunmaya tanınan sürelerin savunma hakkını olumsuz yönde etkileyip etkilemediğini göz önüne almaktadır. Bunun belirlenmesi de somut olayın niteliğine göre her davada farklılık arz eder. Ayrıca yargılama sürecinde fiilin hukuki vasıflandırmasının değişmesi yanifiilin başka bir suçu oluşturabilmesi ihtimali durumunda, sanık bu değişiklikten de haberdar edilmelidir²⁸⁵. İsnadın, maddi vakayı ve buna uygulanacak hukuki kalıbı içerecek şekilde derhal kişiye bildirilmesi gerekir. Bu, suçlama ile karşılaşan kişinin itiraz ederek hakkını aramasını sağlayacaktır.

III. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ’NDE ADİL YARGILANMANIN TEMEL UNSURLARI

A. Mahkeme önünde hak arama hakkı

1.Yasal Mahkeme

Mahkeme kavramı farklı anlaşıldığı için özerk bir tanım verilmesinden kaçınılmakta, fakat kişinin hak ve yükümlülükleri ile ilgili ve suç isnadı ile ilgili nerede esasa giriliyorsa oranın mahkeme olarak nitelendirildiği görülmektedir²⁸⁶. Sözleşme’nin 6. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “mahkeme” terimi, “kanunla kurulan, yürütme organı ve yargılamanın tarafları önünde bağımsız ve tarafsız, yargılama usulü güvencelerine sahip bir makamı” ifade etmektedir²⁸⁷. Bu madde anlamındaki bir mahkemenin mutlaka yasal dayanağının olması gerekir. Bu koşulun amacı, olağanüstü mahkemelere, ya da idari işlemlerle kurulmuş mahkemelere engel

²⁸⁴ Cumhur ŞAHİN, “Sanığın Savunmasını Hazırlamak İçin Gerekli Zamana ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı,” **Adil Yargılanma Hakkı** s.305, MOLE, HARBY, a.g.e., s. 52.

²⁸⁵ FEYZİOĞLU, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6/3-a Uyarınca İsnadın Bildirilmesi ve Türk Hukuku”, s.96.

²⁸⁶ Elvan CAN(Raportör), “Yüksek Yargı Organları Önünde Adil Yargılanma Hakkı”, **Adil Yargılanma Hakkı**, Nergiz Yayınları, İstanbul, 2004, s.90.

²⁸⁷ GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, s.279.

olmaktır²⁸⁸. Çünkü mahkemelerin yasalar eliyle kurulup yetkilendirilmeleri demokratik bir toplum olmanın gereği olup yasalar sayesinde, mahkemelerin yasama ve yürütmenin etkisi dışında kalması sağlanacaktır²⁸⁹. Mahkemelerin gerek kuruluş ve yetkileri, gerekse uymaları zorunlu yargılama usulü, dava konusu olay meydana gelmeden önce yasama yolundan kanun ile saptanacaktır²⁹⁰. Bu yasal güvence, doğal yargılama makamı ile doğal yargıç ilkesini yansıtmaktadır²⁹¹. 6. madde kapsamında yasa soyut, genel, bu niteliğiyle yüksek ve etkin bir geçerliliği bulunan, dolayısıyla keyfiliklere yer vermeyen bir düzenlemedir²⁹². Mahkemenin yasayla kurulmuş olma şartına ilişkin olarak Komisyon, *Zand/Avusturya* davasında, “mahkemelerin kanunla oluşturulması koşulunu öngören kuralın amaç ve hedefinin, demokratik bir toplumda adli örgütlenmenin, yürütme erkinin takdirine bağlı olmamasını sağlamak olduğunu ayrıca her bir ayrıntının yasama tarafından düzenlenmese bile adli teşkilat için en azından bir çerçeve çizilmesi gerektiğini” vurgulamıştır²⁹³. Ancak mahkemenin kanunla kurulmuş olması, mahkemenin yargı erki içerisinde yer almasını tek başına sağlamaz. AİHM bazı kararlarında da bunu belirtmiş ve örneğin “askeri komisyonlar veya cezaevi disiplin komisyonları”²⁹⁴, “meslek disiplin kurulları”²⁹⁵, “arazi satışı onay komisyonları”²⁹⁶, “toprak reformu komisyonları”²⁹⁷ gibi pek çok organ, kanunla kurulmuş mahkeme sayılmıştır²⁹⁸. Dolayısıyla bir yargısal kuruluşun “mahkeme” olarak nitelendirilebilmesi için bazı koşulları taşıması gerekmektedir.

Öncelikle, bir mahkeme uyuşmazlık konusu hakkında kesin ve bağlayıcı hüküm verme yetkisine sahip olmalı, ikinci olarak yargı makamının uyguladığı usul kuralları yargılama henüz başlamadan önce kanun ile tanımlanmış olmalı, son olarak

²⁸⁸ Christoph GRABENWARTER, Çev. Osman CAN, “Yargılama Güvenceleri-Adil Yargılama Hakkı (İHAS Md.6)”, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku- Prof. Dr. Nurullah KUNTER’ e Armağan**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s.199.

²⁸⁹ Güney DİNÇ, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne göre Adil Yargılanma Hakkı**, İzmir Barosu Yayınları, İzmir, 2006, s.16.

²⁹⁰ İsmail PAMUK, “İHAS’ da Sırf Sanığa Tanınan Haklar ve Askeri Ceza Yargılaması,” **Askeri Yargıtay Dergisi**, Yıl 2003, Sayı:15, s.119.

²⁹¹ İNCEOĞLU, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, s.163.

²⁹² GRABENWARTER, Çev. Osman CAN, a.g.e., s.199.

²⁹³ MOLE, HARBY, a.g.e., s.34.

²⁹⁴ Campbell ve Fell/Birleşik Krallık, 28.06.1984, Başvuru No:7819/77, 2878/77.

²⁹⁵ Le Compte, Van Leuven ve De Meyere/Belçika, 18.10.1982, 7238/75.

²⁹⁶ Sramek/Avusturya, 22.10.1984, Başvuru No:8790/79.

²⁹⁷ Ettl vd./Avusturya, 23.04.1987, Başvuru No:9273/81

²⁹⁸ Şeref ÜNAL, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi- İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri**, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara, 2001, s.168.

da yargı makamı uyuşmazlığa ilişkin konuları kendi yetki çerçevesinde değerlendirebilmelidir²⁹⁹. Yalnızca mütalaa vermekle yetkili kılınmış makamlar mahkeme değildir³⁰⁰.

Bağımsızlık ve tarafsızlık için gerekli şartlar yerine getirildiği sürece, mahkeme üyelerinin hepsinin ya da bazılarının profesyonel anlamda hâkim olmalarına da gerek yoktur³⁰¹. Ayrıca davayı görmeye yetkili karar organının önüne gelen dava konusunu oluşturan uyuşmazlığı hem maddi hem de hukuki bakımdan inceleme yetkisine sahip olması gerekmektedir³⁰². Yine yürütmenin bir parçası olan hükümet ya da hükümet üyesi bir bakanın mahkeme olarak kabul edilmesi de mümkün değildir³⁰³.

Bir organın, adı mahkeme olsa bile, Sözleşme'ye göre "mahkeme" olarak kabul edilmesi için, önüne gelen dava konusunda kesin olarak karar verme yetkisinin bulunması gerekir. Bu da mahkemenin bağlayıcı karar vermesini gerektirir. Eğer, bir yargı organının vermiş olduğu kararın yerine getirilip getirilemeyeceğine, başka bir yetkili kurum veya kişi karar veriyorsa, artık o yargı organının, Sözleşme karşısında, uyuşmazlığı veya suç isnadını karara bağlayan bir "mahkeme" olarak kabul görmesi mümkün değildir³⁰⁴.

*Van De Hurk/Hollanda*³⁰⁵ davası, bir süt üreticisinin süt üretimine ilişkin getirilen sınırlamalara karşı yaptığı itirazların ve açtığı davanın sonuçsuz kalması ile ilgilidir. Maliye Bakanlığının kararına karşı dava açan başvurucunun davası Endüstri İstinaf Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Bu mahkeme sosyo-ekonomik nitelikli yasalara ilişkin merkezi hükümet veya bağımsız devlet kurumları kararlarına yönelik konularda yetkili bir mahkemedir. Yargıçları ömür boyu görev yapmak üzere kral tarafından atanmaktadırlar. İstinaf Mahkemesi yargıçlarıyla aynı niteliklere

²⁹⁹ Müslüm AKINCI, **İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı**, Turhan Yayınevi, Ankara, 2008, s.37.

³⁰⁰ Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM, Oğuz SANCAKDAR, **AİHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2004, s.254; Van de Hurk/Hollanda, 19.4.1994, Başvuru No:16034/90.

³⁰¹ Engel ve diğerleri/Hollanda, 08.06.1976, Başvuru No: 5100/71, para. 89-91.

³⁰² Belilos/İsviçre, 29.04.1988, Başvuru No:10328/83, para. 70.

³⁰³ Benthem/Hollanda, 23.10.1985, Başvuru No:8848/80, para. 40.

³⁰⁴ İNCEOĞLU, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, s.161.

³⁰⁵ Van De Hurk/Hollanda, 19.04.1994, Başvuru No:16034/90, para. 45.

sahiptirler, aynı maaşı almakta, görevden alınma gibi konularda aynı kurallara tabidirler, başka görev alamazlar, özel bir yerde çalışamazlar, işveren olamazlar. Bu mahkemenin kararlarına karşı temyiz kanun yoluna gidilemez. Mahkeme, hükümete bir kararını değiştirme ve belli bir davranıştan kaçınma emri verebileceği gibi, ilgili kararı iptal edebilmekte ve tazminata hükmedebilmektedir. Fakat Kraliyet, mahkeme kararını uygulamama emri verme yetkisine sahiptir. Başvuru konusu olayda Kraliyet bu yetkisini kullanmamıştır. Başvurucu, Endüstri İstinaf Mahkemesi önünde kendi davası gibi çiftlik sahipleri tarafından pek çok dava açıldığını, o güne kadar davalardan sadece %2'sinin kazanıldığını belirtmektedir. Bu durumda, ulusal mahkemenin kararını verirken Kraliyet tarafından kararın uygulanmamasına emredilebileceği ihtimalini düşündüğünü söylemektedir.

Davalı devlet savunmasında, söz konusu yasa hükmünün ölü olduğunu, uygulanmadığını iddia etmektedir. AİHM, davalı devletin bu görüşünü benimsememiştir. AİHM'e göre, yargısal bir organ tarafından, değiştirilemez bir şekilde bağlayıcı karar verme yetkisi "mahkeme" kavramının doğasında vardır. Kraliyet'in verebileceği karar karşı mahkemenin yapabileceği bir şey yoktur, etkili bir temyiz yolu bulunmamaktadır. Bu yüzden 6. maddenin tarafsız ve bağımsız mahkeme kuralı ihlal edilmiştir³⁰⁶.

*Beaumartin/Fransa*³⁰⁷ davasında AİHM şöyle bir tanımlama yapmaktadır: "Ancak tam yargı yetkisine sahip olan ve yürütme organından ve taraflardan bağımsızlık gibi birtakım şartları yerine getiren bir kurum 6. madde anlamında 'mahkeme' ismine layık olur." Bu davada AİHM, uluslararası bir anlaşmayı yorumlama konusunda yetkisi bulunmayan ve İçişleri Bakanlığınca bildirilen görüşle doğrudan bağlı olan, yani önüne gelen bir hukuki uyuşmazlığı çözmek için yürütme organına başvurmak zorunda kalan Fransız Danıştayını, sayılan koşullara uygun bulmamış ve başvurusunun davasının "bağımsız ve tarafsız, tam yetkili bir mahkeme" tarafından karara bağlanmadığı sonucuna varmıştır³⁰⁸.

³⁰⁶ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s.161.

³⁰⁷ Beaumartin/Fransa, 24.11.1994, Başvuru No:15287/89, para. 38-39.

³⁰⁸ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s.162.

*Kraska/İsviçre*³⁰⁹ davasında AIHM, Anayasa Mahkemesinin verdiği kararları irdelemiş ve bu kararların bir hak ve görev doğurucu niteliği bulunmakta ise, Anayasa Mahkemesi önündeki yargılama sürecinde de Sözleşme'nin 6/1. maddesinin uygulanacağına karar vermiştir³¹⁰.

*Coeme, Mazy, Stalport, Hermanus ve Javeau/Belçika*³¹¹ davasında, “Bakanın” temyiz mahkemesindeki yargılanması sırasında, bakanla iştirak halinde suç işlemiş ancak aynı statüde olmayan diğer sanıkların kanunda öngörülmediği halde temyiz mahkemesinde yargılanmalarını yasalarla kurulmuş mahkeme kuralına aykırılık olarak değerlendirmiştir³¹².

Guðmundur Andri Ástráðsson/İzlanda³¹³ davasında, “başvurucu, geçerli bir ehliyet olmaksızın ve uyuşturucu etkisi altındayken araç kullanmaktan 23 Mart 2017 tarihinde suçlu bulunmuştur. İstinaf talebi, Ocak 2018 tarihinde oluşturulan yeni İstinaf Mahkemesi (Landsréttur) tarafından görülmüştür. Hâkim A.E., davaya atanan hâkimlerden biridir ve Bay Ástráðsson, Yüksek Mahkemenin 19 Aralık 2017 tarihli kararlarında tespit edildiği üzere atanmasına ilişkin usulde aykırılıklar gerçekleştiğini ileri sürerek hâkimin davadan çekilmesini talep etmiş fakat talebi reddedilmiştir”. Başvurucu'nun A.E.'nin atanmasını kanuna uygun olmadığı ve yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde adil bir yargılanmadan istifade etmediği gerekçesi ile Yüksek Mahkemeye yaptığı temyiz başvurusu da reddedilmiştir. Sözleşme'nin 6/1 maddesi altında, cezai mahkûmiyetini onayan yeni oluşturulmuş İstinaf Mahkemesi heyetindeki üç hâkimden birinin, yani A.E.'nin, ilgili iç hukuka uygun şekilde atanmamış olduğundan ve dolayısıyla hakkındaki cezai suçlamanın bu madde anlamında “yasayla kurulmuş bir mahkeme” tarafından karara bağlanmamış olduğundan şikâyetçi olmuştur.

İstinaf mahkemesine üye hakim seçimi Değerlendirme Komitesi 15 İstinaf Mahkemesi hâkimliği görevi için ilk olarak 33 adayı incelemiş, bu göreve atanmak için en nitelikli olduğunu değerlendirilen 15 adaylık bir liste Adalet Bakanı'na önerilmiştir. 50/2016 sayılı yeni Yargı Kanunu'nun ilgili hükmü uyarınca Adalet Bakanı, önerilen aday(lar)ın

³⁰⁹ Kraska/İsviçre, 19.04.1993, Başvuru No:13942/88, para. 21-22.

³¹⁰ YILDIRIM, a.g.m., s. 85.

³¹¹ Coeme vd/Belçika, 22.06.2000, Başvuru No:32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 ve 33210/96, para. 118-123.

³¹² YILDIRIM, a.g.m., s. 85.

³¹³ Guðmundur Andri Ástráðsson/İzlanda, (B.D.) 01/12/2020, Başvuru No. 26374/18, para.145-154.

Komite tarafından böyle bir atama için Yargı Kanunu'nda ortaya konan asgari şartları karşıladığının tespit edilmiş olması ve teklifin Parlamento tarafından kabul edilmesi şartıyla, Değerlendirme Komitesinin önerisinden ayrılabilir. Somut olayda Adalet Bakanı, Komite'nin en iyi adaylar listesinde alt sıralarda değerlendiren A.E.'nin de bulunduğu dört kişiyi eklemiş ve Komite'nin 15 teklif edilmiş adayından 11'ini seçmiştir. Haziran 2017 tarihinde Parlamento, tek bir oylamada çoğunlukla Bakanın listesini oylamış ve İzlanda Cumhurbaşkanı aynı ay içinde A.E. de dâhil olmak üzere yeni hâkimlerin atama yazılarını imzalamıştır.

Sonrasında, Değerlendirme Komitesi tarafından teklif edilen fakat Bakan tarafından Komite'nin listesinden çıkartılan iki aday İzlanda Devletine dava açmış ve atama usulünün hukukiliğine itiraz etmiştir. Yüksek Mahkeme, 19 Aralık 2017 tarihinde, maddi tazminat taleplerini reddetmiş fakat her birine manevi zararları için 700.000 İzlanda kronu (yaklaşık 5.700 avro (EUR)) vermiştir.

Yüksek Mahkeme, 19 Aralık 2017 tarihli kararlarında, Adalet Bakanının Parlamentoya sunduğu teklifi, seçmiş olduğu adayların liyakatlerinin değerlendirilmesi için gerekli bilgiyi sağlayacak bağımsız bir soruşturmayla temellendirmemek suretiyle idari hukuku ihlal ettiğini tespit etmiştir. Parlamento değiştirilmiş listeyi, kanunu gerektirdiği gibi her bir adayı ayrı ayrı oylamaksızın listeyi blok olarak onayladığından, orijinal listede olmayan dört adayı ilgilendirdiği ölçüde Parlamento'daki usulde de noksanlıklar yaşanmıştır.

Büyük Daire Mahkeme'nin yasayla kurulmuş olup olmadığı hususunda bazı ölçütler geliştirmiş olup, bunlardan ilki, *"Ulusal Hukuka Açık Bir Aykırılığın Olup Olmadığı"*, ikincisi *"Ulusal Hukuka Aykırılıkların Yargısal Atama Usulünün Temel Herhangi Bir Kuralına İlişkin Olup Olmadığı"*, üçüncü ve son ölçüt ise, *"Kanunla Kurulmuş Mahkeme Hakkının İddia Edilen İhlallerinin Ulusal Mahkemeler Tarafından Etkili Biçimde Gözden Geçirilip Geçirilmedikleri ve Giderilip Giderilmedikleri"* hususudur³¹⁴. Bu ölçütler bağlamında somut olayı inceleyen AİHM, başvuranın davasında Yüksek Mahkeme tarafından girişilen incelemeyi "kanunla kurulmuş" kapsamında bulunan güvencenin amaca ulaşılıp ulaşılmadığını göz önüne almadan yapmış olduğundan hakkın özünü zedeleyen ağır aykırılıklar tarafından atanması usulüne hâle getirilen bir hâkimin yargılamasına

³¹⁴ Guðmundur Andri Ástráðsson/İzlanda, (B.D.) 01/12/2020, Başvuru No. 26374/18, para.243-252.

katılması dolayısıyla, başvuranın “kanunla kurulmuş mahkeme” hakkından yoksun kılındığını³¹⁵ belirtmiştir.

2.Müstakil (Bağımsız) Mahkeme

Bağımsızlık, başka bir kişi yahut organdan emir almamak, karar verme sürecinde yürütme organları ve davadaki tarafların etkisi altında kalmamak ve tamamen etki alanları dışında olmak demektir³¹⁶. Yargılama yerlerinin bağımsızlığı, genelde, onlara görev veren, yetki tanıyan ulusal yasalarla doğrudan bağlantılıdır³¹⁷. Prof. Eichenberger’in görüşüne göre, yargıç bağımsızlığının beş görünüşü olup bunlar, “*yargıcın devlet karşısında bağımsızlığı, yargıcın özerkliği (yani düşünsel bağımsızlığı), toplum karşısında yargıcın özerkliği, yargıcın tarafsızlığı, kendisine karşı yargıcın bağımsızlığı*”³¹⁸ olarak belirtilmiştir.

Mahkemenin bağımsızlığı ise, herkesin kanun önünde eşit olmasını sağlar ve mahkeme üyelerinin atanma biçimlerine ve görev sürelerine, dışarıdan gelebilecek etkilere karşı sağlanan güvencelerine ve dış görünümüne göre değerlendirilir³¹⁹. AİHM, yasayla kurulmuş mahkeme konusunda inceleme yaptığı ve yukarıda açıklanan Guðmundur Andri Ástráðsson/İzlanda kararında, “kanunla kurulmuş mahkeme” ve “bağımsızlık ve tarafsızlık” şartları aynı temel meseleden, yani A.E.’nin İstinaf Mahkemesi hâkimi olarak atanmasındaki usulsüzlüklerden, kaynaklanmakta olduğundan bahse konu usulsüzlükler kanuna uygun olarak kurulmuş mahkeme önünde yargılanma hakkının tam da özüne zarar verecek ağırlıkta olduğunu belirtmiş, aynı usulsüzlüklerin aynı mahkemenin bağımsızlık ve tarafsızlığına zarar verdiğinin ilave incelemeyi gerekli kılmadığı sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme bu kararında *Zeynalov/Azerbaycan*, (Başvuru. No. 31848/07, § 28, 30 Mayıs 2013) *Miracle Europe Kft/Macaristan*, (B. No. 57774/13, §§ 57-67, 12 Ocak 2016) kararlarına da atıf yapmıştır.

³¹⁵ Guðmundur Andri Ástráðsson/İzlanda, (B.D.) 01/12/2020, Başvuru No. 26374/18, para.286,289.

³¹⁶ GÖLCÜKLÜ, GÖZÜBÜYÜK, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, s.281.

³¹⁷ DİNÇ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne göre Adil Yargılanma Hakkı*, s.23.

³¹⁸ Sami SELÇUK, “Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne”, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 1999, s. 97-104; Serkan ERŞEN “Bağımsız Ve Tarafsız Mahkemede Yargılanma Hakkı”, *Adalet Dergisi*, Ocak 2009, sayı 33., s.297-298.

³¹⁹ GRABENWARTER, Çev. Osman CAN, a.g.e., s.200.

Mahkeme üyelerinin niteliği ile ilgili kararlarında AİHM, *Le Compte Van Leuven ve Meyere/Belçika*³²⁰ davasında itiraz konseyinin durumunu değerlendirmiştir. Le Compte Belçika vatandaşı bir hekim olup bir gazeteye verdiği röportajda hekimlik mesleğinin ününe ve onuruna yakışmayan ifadeler kullandığından altı hafta süre ile meslekten men cezası ile cezalandırılmış, bu karara karşı Tabipler Birliği İtiraz Komisyonuna ve sonrasında Yargıtay’a yapmış olduğu başvurular reddedilmiştir. Bu yaptırımın uygulaması devam ederken Le Compte, karara uymayarak mesleğini yapmaya devam etmiş, bu nedenle Ceza Mahkemesi tarafından hapis ve para cezası ile cezalandırılmış ve bu karar kesinleşmiştir. Başvurucu, meslekten men cezasına karşı eleştirilerini gazetede yayınlamış, bunun sonucunda tekrar meslekten men cezası almış, bu kez kendisine üç ay süre ile ceza verilmiştir. İtiraz Konseyi ve Temyiz Mahkemesi bu kararı onamıştır. Van Lueven ve Meyere de hekim olup hekimleri küçük düşüren bir mizah dergisini ücretsiz dağıtmaktan ve ayrıca kendilerine başvuran hastalardan sınırlı ücret almaktan dolayı birer ay süre ile meslekten men cezası verilmiştir. Onlar da başvurdukları kanun yollarından olumsuz yanıt aldıkları için AİHM’e başvurmuşlar, Mahkeme üç başvuruyu birleştirmiştir. AİHM’e göre, *“karar merciinin iç hukukta bir mahkeme olarak kabul edilip edilmemesi önemli değildir. Hukuk kuralları ile belli bir usul izleyerek esasa yönelik karar vermek için yetkilendirilen bir kurul da yargı organı olarak değerlendirilebilir. Bu davada her ne kadar itiraz konseyinin kararına karşı temyiz mahkemesine gitmek mümkün olsa da burada temyiz merciinin sadece hukukilik denetimi yapma yetkisi vardır. Ayrıca Mahkemeye göre, konsey üyelerinin yarısının hâkimlerden oluşması bağımsızlığı engellememektedir”*³²¹.

AİHM başka kararlarında³²², mahkeme üyelerinin bir kısmının yargıç değil de memur olmalarını değerlendirmiştir. *“Mahkeme, yargı organındaki üyelerin arasında yargıçlar dışında memurların da bulunmasını tek başına ihlal nedeni olarak kabul etmemiştir. Bundan başka yargı fonksiyonunu yerine getirirken yürütme organından talimat*

³²⁰ Le Compte, Van Leuven ve De Meyere/Belçika, 18.10.1982, 7238/75, para. 57-58.

³²¹İNCEOĞLU, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, s.168-169; Serkan ERŞEN, a.g.m., s. 299.

³²² Ettl vd./Avusturya, 23.04.1987, Başvuru No:9273/81; Erkner ve Hofauer/Avusturya, 29.09.1987, Başvuru No:9616/81; Poiss/Avusturya, 29.09.1987, 9816/82.

alınıp alınmadığına ve yargı yerinin bağımsızlığına ilişkin güvencelerin bulunup bulunmadığına” da bakmıştır³²³.

Ancak yargı yerinin üyelerinden birisi olan memur, taraflardan birisinin astı konumunda ise durum değişmektedir. Bu durum mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığı hususunda bir şüphe doğurabilecek niteliktedir. *Findlay/Birleşik Krallık*³²⁴ davasında Mahkeme, askeri mahkeme tarafından verilen mahkûmiyet kararının tek başına uygulanabilir olmaması ve ancak komutan tarafından onaylanmasından sonra uygulanabileceği konusuyla ilgili olarak, şu yorumu yapmaktadır.

“Yargı dışı bir merci tarafından değiştirilemeyen bağlayıcı karar verme yetkisi, ‘mahkeme’ kavramının en önemli ilkesidir ve bu ilke aynı zamanda 6. maddenin 1. fıkrasının gereklerinden olan ‘bağımsızlık’ şartının bir unsurudur, söz konusu onay yetkisi bu ilkeye aykırıdır”³²⁵.

Üyelerin atanması konusunda AİHM, bakan tarafından atanan cezaevi disiplin komisyonu üyelerinin vermiş olduğu disiplin cezasına ilişkin olarak, bakanın komisyon üyelerine emir ve talimat verme yetkisi bulunmadığı için, Sözleşme’ye aykırı bulmamıştır³²⁶. Hatta mahkemenin üyelerinin parlamento tarafından seçilmesi de Mahkeme tarafından bağımsızlığa aykırı görülmemiştir³²⁷. AİHM, bağımsızlık kavramını, her tür yargı yeri ve bu arada karar verme yetkileri bulunan jüri kurulları açısından da değerlendirmiş, *Holm/İsveç* kararında jüri üyelerinin davalılar ile dava öncesinde yakın ilişkilerinin bulunmasını, bağımsızlık ve tarafsızlık bakımından sakıncalı bularak ihlal kararı vermiştir³²⁸.

Görev süreleri ve görevden alınamamaları ile ilgili olarak yargıçların görevde kalma sürelerine ilişkin belirli bir süre koşulu öngörülmemiştir. *Le Compte/Van Leuven ve De Meyere/Belçika* davasında AİHM, yargı organı üyelerinin

³²³İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s.169, Serkan ERŞEN, a.g.m., s.299.

³²⁴ Findlay/Birleşik Krallık, 25.02.1997, Başvuru No:22107/93, para. 70-80.

³²⁵ ERŞEN, a.g.m., s. 299.

³²⁶ Şeref ÜNAL, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi- İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri*, s.169.

³²⁷ PAMUK, a.g.e., s.120; Crociani/İtalya, 18.12.1980, Başvuru No:8603/79.

³²⁸ DİNÇ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne göre Adil Yargılanma Hakkı*, s.24; Holm/İsveç, 25.11.1993, Başvuru No:14191/88, para. 27-33.

görev süreleri ile ilgili yaptığı değerlendirmede, Tabipler Birliği İtiraz Konseyi üyelerinin altı yıl olan görev sürelerini yeterli bulmuştur³²⁹. *Campbell ve Fell/Birleşik Krallık* ³³⁰ davasında ise Mahkeme, hapishane teftiş kurulu üyelerinin üç yıllık görev süresini kısa bulmuş olmasına rağmen bu durumun makul gerekçesi olduğunu belirtmiştir. Çünkü Hapishane Teftiş Kurulu üyeleri maaş almamaktadırlar. Ceza mahkemelerindeki hâkimlerin görev süreleri bakımından Mahkeme'nin farklı kararları da vardır. Örneğin, Türkiye/İncal³³¹ kararında Mahkeme, DGM hâkimlerinin 4 yıl olan görev sürelerini kısa bulmuştur. Ancak Mahkemenin ihlal kararının tek gerekçesini sürelerin azlığı oluşturmamış, Mahkeme, bu kararda mahkemenin asker üyesinin durumunu da tartışmıştır.

AIHM, mahkeme üyelerinin görevlerinden alınamayacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmamasını bağımsızlığa engel olarak görmemiştir. Mahkemeye göre, üyelerin görevden alınmadıklarına yönelik bir uygulamanın bulunması bağımsızlık için yeterlidir. Netice olarak Mahkemeye göre, yargı organının üyelerinin yürütme organı tarafından görevden alınmasının mümkün olmaması, bağımsızlık için önemli olmakla beraber, uygulamada bu güvence sağlanmış ve diğer gerekli güvenceler de mevcut ise, görevden alınamama ilkesinin şekil olarak yasada belirtilmemesi tek başına bağımsızlığın gerçekleşmediğini göstermez³³².

Dış müdahalelerden korunma tedbirleri konusunda, mahkemenin bağımsız olup olmadığının tayininde diğer otoritelerle arasında kurulmuş ilişkiler değerlendirilmektedir. Mahkeme üyelerine, yürütme organı tarafından emir ve talimat verilememesi, dış müdahalelerden bağımsız bir şekilde karar verebilme bakımından önemli bir güvencedir³³³.

³²⁹ Le Compte, Van Leuven ve De Meyere/Belçika, 18.10.1982, 7238/75, para. 57-61.

³³⁰ Campbell ve Fell/Birleşik Krallık, 28.06.1984, Başvuru No:7819/77, 2878/77, para. 79-81.

³³¹ İncal/Türkiye, 09.06.1998, Başvuru No:22678/93, para. 65-68, 69-72.

³³² Campbell ve Fell/Birleşik Krallık, 28.06.1984, Başvuru No:7819/77, 2878/77, para. 82; ERŞEN, a.g.m., s.300.

³³³ Sramek/Avusturya, 22.10.1984, Başvuru No:8790/79, para. 41.

AİHM, Bakanlığın, yargı organlarının yargısal işlevlerine yönelik olarak yol gösterici mahiyetteki genel nitelikli ilkeleri düzenlemesini, yargı organına emir ve talimat verme anlamında yorumlamamaktadır³³⁴.

Ali Rıza vd./Türkiye³³⁵ davasında AİHM, profesyonel bir futbol oyuncusu olan Ömer Rıza ve bir hakem olan Serkan Akal ile ilgili uyuşmazlıklara ilişkin karar veren Türkiye Futbol Federasyonu (“TFF”) Tahkim Kurulu’nun bağımsız ve tarafsız olmaması sebebiyle, Sözleşme’nin 6/1 maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Bay Rıza’nın uyuşmazlığı futbolcu sözleşmesi ile ilgiliyken, Bay Akal’ın hakem klasman gerilemesine ilişkindir. Başvurucuların uyuşmazlıklarına ilişkin verilen TFF kararları yargı denetimine kapalıdır. Mahkeme özel olarak, TFF’nin yürütme organı olan ve neredeyse her zaman için futbol kulüplerinin yöneticilerinden oluşan Yönetim Kurulu’nun, Tahkim Kurulu’nun oluşumu ve işleyişi üzerinde ağır bir etkisi olduğunu tespit etmiştir. Ayrıca TFF Kanunu, Tahkim Kurulu üyelerini dışsal baskılardan koruyacak uygun güvenceler sunmamaktadır. Davanın Türkiye’de futbol uyuşmazlık çözümüne ilişkin yapısal bir sorunu açığa çıkardığını tespit eden Mahkeme, 46. madde (kararların bağlayıcılığı ve yerine getirilmesi) kapsamında Devlet’in Tahkim Kurulu’nun yapısal bağımsızlığına ilişkin tedbirler alması gerektiğini belirtmiştir.

Mahkemenin görünümü ile ilgili olarak AİHM, bazı davalarda mahkemenin görünümünü önemli görmüş ve bağımsız görünümü olmayan bir mahkemenin, Sözleşme’nin 6. maddesinin 1. fıkrası kapsamında Sözleşme’ye aykırılık oluşturduğu sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre, tek başına adaletin yerine getirilmesi yeterli olamaz, ayrıca adaletin yerine getirildiğinin görülmesi de gerekir³³⁶. Mahkeme üyelerinin atanma şekilleri, mahkemedeki görev süreleri, görevden alınamamaları ve dış müdahalelere karşı korunmalarına ilişkin güvenceler

³³⁴ Campbell ve Fell/Birleşik Krallık, 28.06.1984, Başvuru No:7819/77, 2878/77, para. 79-82; ERŞEN, a.g.m., s. 301.

³³⁵ Ali Rıza vd./Türkiye, 28.01.2020 Başvuru No: 30226/10, 17880/11, 17887/11, 17891/11 ve 5506/16, para. 210-223.

³³⁶ Campbell ve Fell/Birleşik Krallık, 28.06.1984, Başvuru No:7819/77, 2878/77, para. 81.

sağlansa dahi, mahkemeler bağımsız bir görünüm vermiyorsa bu bir ihlal nedenidir³³⁷.

Mahkemenin görünümü nedeniyle bağımsız olmadığına karar verilebilmesi ve bunun ihlal sebebi sayılabilmesi için, yargı organının bağımsız olmadığı hususunda başvurucuda uyanan şüphelerin nesnel olarak doğrulanması ve bu şüphelerin makul olduğunu gösteren belirtilerin olması gerekir³³⁸.

Türkiye'ye karşı yapılan başvuru sonucunda AİHM, *İncal/Türkiye*³³⁹ davasında, Anayasa ve 2845 sayılı Yasa'nın 5. maddesi uyarınca kurulmuş olan üç yargıçlı Devlet Güvenlik Mahkemelerinde yargıçlardan birinin askeri yargıç olmasını 6.maddenin 1.fıkrasındaki "bağımsız ve tarafsız mahkeme" güvencesine aykırı bulmuştur. Mahkeme, *Campbell ve Fell/Birleşik Krallık*³⁴⁰ davasında ise disiplin kurulu olarak görev yapan Teftiş Kurulu üyelerinin üç yıl olan görev süresini bağımsızlık bakımından yeterli görmüştür

*Tanışma/Türkiye*³⁴¹ davasında, "askeri hizmet sırasında intihar eden Tuncay Tanışma'nın yakın akrabaları olan başvuruçular, Yüksek Mahkemenin bağımsız ve tarafsızlıktan yoksun olduğunu, özellikle subay üyelerin varlığını şikâyet etmektedir.

Başvuruçular, özellikle askeri makamlarla subay üyelerin organik bağlantısının varlığını kınamakta ve bu bağlantıların sonuçlarına gelince Yüksek Mahkemenin tarafsızlığı ve bağımsızlığı üzerinde şüphelerini ifade etmektedir. Dava konusu, başvuruçuların zararları sebebiyle bir talep olmasına rağmen askeri yetkililerin ölümün sorumluluğunu paylaşıp paylaşmadığı sorusunun incelemesinde Yüksek Mahkemenin yükümlülüklerini yerine getirdiği AİHM tarafından belirtilmektedir. Asker meslektaşları gibi ücret, ek faydaların düzeyi, hizmetle ilgili payı, terfi ve yaş hadleri, emeklilik ve diğer kişisel haklar açısından aynı rejime tabi tutulan iki subay üyenin düşünceleri başvuruçuların isteğini reddetmede kesin bir etkiye sahip olmuştur. Yüksek Mahkeme aslında, iki kurmay subayın davanın reddedilmesi yönünde oy kullandığını bilerek maddi ve manevi tazminat davasını, özellikle askeri savcının takipsizlik kararına dayanarak ikiye karşı üç oyla reddetmiştir.

³³⁷ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s.178.

³³⁸ A.g.e., s.168.

³³⁹ *İncal/Türkiye*, 09.06.1998, Başvuru No: 41/1997/825/1031, para.72.

³⁴⁰ *Campbell ve Fell/Birleşik Krallık*, 28.06.1984, Başvuru No:7819/77, 2878/77, para. 81.

³⁴¹ *Tanışma/Türkiye*, 17.11/2015, Başvuru No:32219/05.

Çoğunluk, intihar ile intihardan iki gün önce üstünün vurma denilen davranışı arasında illiyet bağı olmadığını, intiharın bir idari karar veya eylemin sonucunda oluşmadığını ya da askeri idarenin sorumluluğuna ya da ihmaline neden olmaksızın meydana geldiğini dikkate almıştır. Başvurucuların Yüksek Mahkemenin subay üyelerinin hukuk eğitimi eksikliği hakkındaki şikâyeti ile ilgili olarak, AİHM, mahkemelerinde meslekten olmayan hâkimlerin katılımını Sözleşme'nin 6. maddesine aykırı olmadığını, bağımsızlık ve tarafsızlık üzerine tespit edilen ilkelerin meslekten olmayan ve meslekten olanlar için uygulandığını hatırlatmıştır.

Mahkeme, bu nedenle Yüksek Mahkeme üzerinde hizmet veren subay üyelerin hukuk eğitimi eksikliğinin kendi içinde mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığına müdahale etmediğini düşünmektedir. Ancak askeri hâkim olan Yüksek Mahkeme üyeleri gibi aynı kurallara tabi olmalarına rağmen, subay üyeler ücretleri, özlük hakları ve yükselme ile ilgili tüm meselelerde yönetici olan ordunun hizmetinde kalmaktadır. Onların tayin edilmesi yöneticileri tarafından yapılmakta ve askeri hâkim olan diğer üç üye için sağlanan anayasal garantilere aynı manada tam olarak sahip olmamaktadırlar. AİHM bu yüzden başvurucuların taleplerini karara bağlayan Yüksek Mahkemenin, Sözleşme'nin 6/1 maddesi anlamında bağımsız ve tarafsız olarak görülemeyeceğine³⁴² hükmetmiştir.

AİHM, Sramek/Avusturya³⁴³ davasında, amirin davacı olarak yer aldığı yargılamada, yargılamayı yapan “yargı makamı”nın bir üyesinin amirin maiyetinde bulunan memur olmasını, yargı makamının yeterli bağımsızlık görüntüsü vermemesi nedeniyle Sözleşme'nin 6/1. maddesinin ihlali olarak kabul etmiştir³⁴⁴.

Belilos/İsviçre³⁴⁵ davasında, tek kişiden oluşan “yerel polis kurulu” küçük bazı suçlarda yargıç sıfatıyla hüküm vermekte olup kurulda görevli bu kişi bir polis memurudur. Kurulda görevli bu polis memuru, kurulda görevli iken herhangi bir kimseden emir almasa, görevden alınmasına ilişkin teminatları bulursa ve görevini nasıl yerine getireceği konusunda yemin etmiş olsa da, bu kişi kurudaki görevi sona erdikten sonra emniyetteki görevine dönmektedir. Bu polis memuru kurul olarak görev yapar iken üstleri olan polis amirlerinin emrinde ve yine polis memuru olan

³⁴² Hikmet Murat AKKAYA, “AİHM’in Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ile İlgili Bir Kararı ve Olası Sorunlar”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl:7, Sayı:26 (Nisan 2016).

³⁴³ Sramek/Avusturya, 22.01.1984, Başvuru No:8790/79, para. 42.

³⁴⁴ YILDIRIM, a.g.m., s. 85.

³⁴⁵ Belilos/İsviçre, 29.04.1988, Başvuru No: 10328/83, para. 63-66.

arkadaşları ile yakın ilişki içerisinde görülebileceğinden AİHM, bu durumun mahkemenin yaratması gereken güvenilirlik hissini zedeleyeceğini gerekçe göstererek Sözleşme'nin 6/1. maddesinin ihlali yönünde karar vermiştir³⁴⁶.

Mahkeme, adli olmayan herhangi bir organ tarafından değiştirilemeyecek biçimde bağlayıcı olan bir karar verme yetkisine sahip olmalı³⁴⁷, dışarıdan gelebilecek baskılara karşı güvencelerinin sağlanabilmesi için mahkeme üyelerinin görevden alınmaları hem hukuken hem de fiilen engellenmelidir³⁴⁸. Mahkemelerin bağımsızlığı Anayasa'mızda da, 138. maddede belirtilmiş, 139 ve 140. maddeler ile güvence altına alınmış olup bu kural sadece bireylerin adil yargılanma hakkı bakımından değil, genel anlamda, iktidarın hukukla sınırlandırılması, hukukun üstünlüğünün sağlanması, hukuk devletinin gerçekleştirilmesi, toplumun hukuka saygısının ve güveninin sağlanması bakımından da çok önemlidir³⁴⁹.

3. Tarafsız Mahkeme

Tarafsızlık, mahkeme üyelerinin karar vermeden önce peşin hükümlü olmamalarını gerektirir³⁵⁰. Tarafsızlık, adalet sisteminin temeli olup yargılamanın taraflardan birisi lehine neticelenmesinde yargıcın menfaatinin bulunmaması demektir³⁵¹. Yargıç, tarafları aynı ve eşit gözle görmek zorundadır. Mahkeme, tarafsızlık kavramını, mahkeme üyesi yargıcın birey sıfatıyla kişisel tarafsızlığı, mahkemenin organ olarak tarafsız bir görünüm sergilemesi olarak açıklamıştır³⁵². Bunlardan ilki öznel (sübjektif) tarafsızlık olup yargıcın işlemlerini yaparken taraf tutmaması, taraflara eşit yaklaşması, ön yargılı olmaması ve kollamaması anlamına gelir ve aksi sabit oluncaya kadar var sayılır³⁵³. Uygulamada, bu varsayım güçlü olarak karşımıza çıkmakta, yargılama esnasında, yargıç tarafından yapılan yorumlar

³⁴⁶ YILDIRIM, a.g.m., s. 86.

³⁴⁷ Findlay/Birleşik Krallık, 25.02.1997, Başvuru No:22107/93, para. 73.

³⁴⁸ PAMUK, a.g.e., Fs.121.

³⁴⁹ İNCEOĞLU, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, s.167.

³⁵⁰ Hauschildt/Danimarka, 24.05.1989, Başvuru No: 10486/83, para. 46-47.

³⁵¹ Doğan SOYASLAN, "Adil Yargılanma Hakkı ve Türk Ceza Yargılaması", **Adil Yargılanma Hakkı**, Nergiz Yayınları, İstanbul, 2004, s.298.

³⁵² Olgun AKBULUT "Adil Yargılanma Hakkı," **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Kemal OĞUZMAN'a Armağan, 2002/1,s.182; Gautrin vd./Fransa, 20.05.1998, Başvuru No: 21257/93, 21258/93, 21259/93, para. 57-60.

³⁵³ GÖLCÜKLÜ, GÖZÜBÜYÜK, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, s.282.

ve müdahaleler, yargılama süreci tümüyle değerlendirilip önyargı olarak görülmemektedir³⁵⁴. Öznel tarafsızlığın ihlaline ilişkin kararlar istisnai olup bunlardan birisi *Kyprianou/Kıbrıs*³⁵⁵ davasıdır. Başvurucu avukat olup yerel mahkemede görülen bir dava sırasında söylediği sözler nedeniyle davayı gören mahkeme tarafından mahkemeyi aşağılama suçundan 5 gün hapis cezası ile cezalandırılmıştır. AİHM'e göre, mahkeme, avukatın davranışının karşılığında daha hafif önlemler öngörebilecek iken oldukça kısa bir yargılama yaparak, aşırıya kaçan bir tepki göstermiştir. Bu nedenle nesnel tarafsızlığın yanı sıra öznel tarafsızlığın da yitirildiği kararı verilmiştir.

Diğeri ise nesnel(objektif) tarafsızlık olup mahkemenin kurum olarak taraflara verdiği güven ve tarafsız görünümüdür³⁵⁶. Nesnel (objektif) tarafsızlık değerlendirmesi, mahkemenin kuruluş biçimi ve görevin yerine getirilmesi hususunda yapılmaktadır³⁵⁷. Mahkemenin genel olarak verdiği görünüm bile çok önemli olup AİHM, İngiliz hukuk doktrininde kabul edilen “adaletin yerine getirilmesi yetmez, aynı zamanda yerine getirildiğinin görülmesi de gerekir.” kuralından hareket ederek değerlendirme yapmaktadır³⁵⁸. Çoğu kez bağımsızlık kavramı ile tarafsızlık kavramı birlikte değerlendirilmiştir. Örneğin Arı/Türkiye kararında AİHM, sıkıyönetim mahkemesinin iki askeri hâkim ve bir subay üyesinin sıkıyönetim komutanının emri altında bulunması nedeniyle bağımsız ve tarafsız olmadığına karar vermiştir³⁵⁹. Mahkeme, *Piersack/Belçika*³⁶⁰ davasında, savcılık makamı ile yargılama makamı arasındaki ilişkiyi incelemiştir. Bu davada başvuru, öldürme suçundan dolayı 18 yıl hapis cezasına çarptırılmıştır. Başvurucunun sanık olarak yargılandığı davada karar veren mahkemenin üç hâkiminden birisi daha önce

³⁵⁴ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s.189.

³⁵⁵ *Kyprianou/Kıbrıs*, 15.12.2005, Başvuru No:73797/01, para. 40-41.

³⁵⁶ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s.188; Sramek/Avusturya, 22.10.1984, Başvuru No:8790/79, para. 38; Holm/İsveç, 25.11.1993, Başvuru No:14191/88, para. 30.

³⁵⁷ GÖLCÜKLÜ, GÖZÜBÜYÜK, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, s.282; *Delcourt/Belçika*, 17.01.1970, Başvuru No: 2689/65; *Piersack/Belçika*, 01.10.1982, Başvuru No: 8692/79.

³⁵⁸ PAMUK, a.g.e., s.122.

³⁵⁹ TEZCAN, ERDEM, SANCAKDAR, a.g.e., s. 265; *Arı/Türkiye*, 25.09.2001, Başvuru No:29281/95, para. 39-52.

³⁶⁰ *Piersack/Belçika*, 01.10.1982, Başvuru No: 8692/79, para. 28-32.

olayı soruşturan savcılık makamının başkanı olarak görev yapmıştır. Başvurucu, kendisini yargılayan mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmadığını iddia etmektedir.

Anayasa ve kanunlara göre, üç hâkimden kurulu mahkeme dışarıdan gelebilecek baskılara karşı güvenceye sahip olup jüri ise katı kurallarla seçilmektedir. Bu nedenle AİHM'e göre, bağımsızlık ilkesi bakımından herhangi bir sorun yoktur. Tarafsızlık ilkesi bakımından ise AİHM'in değerlendirmesi şu şekildedir:

“Tarafsızlık, normalde, önyargı ve tarafgirlik olmaması demektir, tarafsızlığın mevcudiyeti ve tersi, çeşitli şekillerde test edilebilir. Bu çerçevede, belirli bir yargıcın belirli bir davadaki kişisel kanaatini araştırmaya çalışmak olan öznel bir yaklaşımla sağlanan güvencelerin bu konudaki meşru kuşkuları giderip gidermediğini belirlemek olan nesnel yaklaşım arasında bir ayrım yapılabilir”³⁶¹.

“a.Birinci yaklaşım açısından Mahkeme, başvurucunun, Yargıç Mr. Van De Walle'in kişisel tarafsızlığını tartıştığını not eder, bu konuda kuşku duymak için herhangi bir neden yoktur. Tersine, ispatlanmış bir durum olmadığı sürece kişisel tarafsızlık var sayılır. Fakat sadece öznel test ile konuyu sınırlı tutmak mümkün değildir. Bu konuda bazen dış görünüş dahi belli bir öneme sahip olabilir. Belçika Yargıtayının da 21 Şubat 1979 tarihli kararında belirttiği gibi, bir yargıç, kendisine ilişkin tarafsızlığının olmadığına dair kuşku duyulması için makul bir neden varsa çekilmelidir. Tehlikede olan, demokratik bir toplumda mahkemelerin halka vermesi gereken güven duygusudur.

b.Daha önce savcılık biriminde çalışan yargı görevlilerinin, bu birim tarafından başlangıçta incelenmiş olan her davada, davayı bizzat kendileri hiçbir biçimde incelememiş olsalar dahi, yargıç kürsüsünde oturamayacaklarını kabul etmek aşırıya gitmek olur. Böyle bir radikal çözüm, yargıçlık ve savcılık kurumları arasında aşılabilir bir duvar inşa eder. Bir birimden diğerine geçişin sıklıkla yaşandığı bazı Sözleşme'ye taraf ülkelerin yargı sisteminde karmaşıklığa neden olur. Her şeyden öte, bir yargıcın daha önce savcılık birimi üyesi olması tarafsız olmadığından kuşku duymak için yeterli bir neden değildir... Demokratik bir toplumda mahkemelerin güven vermesi zorunlu olduğundan, mahkemelerin iç organizasyonuna da dikkat edilmelidir. Eğer bir kişi savcılık biriminde çalıştıktan sonra aynı davada yargıç olarak bulunuyorsa, yargıç tarafsızlık

³⁶¹ İNCEOĞLU, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, s.191-192.

güvencesini yeteri kadar sağlayamayacağından halk kuşku konusunda haklı olacaktır”

³⁶².

Sonuç olarak AİHM burada, öznel tarafsızlık bakımından bir sorun olmadığını belirtmiş, ancak nesnel, yani objektif tarafsızlık bakımından yaptığı incelemede, tarafsızlığın ortadan kalktığıнын somut deliller ile kanıtlanmasına gerek olmadığını, dış görünüşün tarafsızlık konusunda endişe yaratmasının yeterli olduğunu belirtmiştir³⁶³.

*Oberschlick/Avusturya*³⁶⁴ davasında ise, daha önce aynı davanın birinci derece mahkemesindeki yargılama ve karar verme sürecinde görev alan üç hâkimin temyiz mahkemesindeki davada da yer almış olması, tarafsız mahkeme hakkının ihlali olarak görülmüştür³⁶⁵.

AİHM, *Rojas Morales/İtalya*³⁶⁶ davasında, tarafsızlığından makul şüpheye düşüldüğü durumda yargıcın davaya bakmaktan çekilmek zorunda olduğunu belirtmiştir. *Holm/İsveç*³⁶⁷ davasında ise jüride yer alan kişilerin siyasi bir partiye üye olmalarını Sözleşme'nin tarafsızlık ilkesinin ihlali anlamına geldiğini belirtmiştir.

*Remli/Fransa*³⁶⁸ davasında, üçüncü bir şahsın, jüri üyelerinden birinin “Ne varmış, ben ırkçıyım iştel!” dediğini iştirkesine rağmen ilk derece mahkemesi kendi dışında gerçekleştiği öne sürülen olayları kendiliğinden ele alıp değerlendiremeyeceğine karar vermişti. AİHM, bu davada yerel mahkemenin kendi tarafsızlığını doğrulamak için hiçbir denetim yapmadığını belirterek Sözleşme'nin 6/1. maddesinin ihlal edildiği yönünde karar vermiştir³⁶⁹.

³⁶² İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s.191-192.

³⁶³ DİNÇ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre Adil Yargılanma Hakkı*, s.27; Piersack/Belçika, 01.10.1982, Başvuru No: 8692/79, para. 38-42.

³⁶⁴ Oberschlick/Avusturya, 23.05.1991, Başvuru No:11662/85, para. 48-52.

³⁶⁵ MOLE, HARBY, a.g.e., s.31; Oberschlick/Avusturya, 23.05.1991, Başvuru No:11662/85, para. 48-52.

³⁶⁶ Rojas Morales/İtalya, 16.02.2001, Başvuru No:39676/98, para.26-35.

³⁶⁷ Holm/İsveç, 25.11.1993, Başvuru No:14191/88, para.8,32.

³⁶⁸ Remli/Fransa, 23.04.1996, Başvuru No:16839/90.

³⁶⁹ YILDIRIM, a.g.m., s. 87-88.

*Gregory/Birleşik Krallık*³⁷⁰ davasında ise “davada yer alan jüri üyeleri yargıca ‘Jüride ırk ağır basıyor görüntüsü var, bir üye azledilecek’ şeklinde bir not göndermişler, bunun üzerine yargıç, gönderilen bu notu savunma ve iddia makamına göstermiş, ayrıca jüriyi de somut olayı kanıtlara göre değerlendirmeleri ve tüm önyargıları bir kenara bırakarak karar vermeleri konusunda uyarmıştır”. AİHM, yargıcın tutumunu Sözleşme’nin 6. maddesindeki hakların korunması açısından yeterli bulmuştur. Olayda, “savunma avukatı, jürinin azledilmesi için talepte bulunmamış ya da mahkemede önünde jüriye yargılamaya devam edip edemeyeceklerini ya da sadece kanıtlara dayalı karar verebilecek nitelikte olup olmadıklarını sormamış”, AİHM bu durumu vurguladıktan sonra, “aslında yargıcın jüri hakkında ırkçılığa ilişkin muğlak ve belirsiz de olsa tamamen asılsız olduğu söylenemeyecek bir iddia ile karşı karşıya kaldığını, bu koşullar altında yargıcın Sözleşme’nin 6. maddesi doğrultusunda, mahkemenin tarafsız bir mahkeme olarak oluşturulup oluşturulmadığını kontrol etmesine yetecek şekilde davrandığını ve bu konudaki şüpheleri giderecek yeterlilikte güvence sağladığını” belirtmiştir³⁷¹.

*Thomann/İsviçre*³⁷² davasında, başvuru kendisinin katılmadığı duruşmada hakkında mahkumiyet kararı veren aynı mahkeme tarafından kararın temyiz mahkemesi tarafından bozulması sonrasında tekrar yargılanmıştır. AİHM, kararın temyiz mahkemesi tarafından bozularak dava dosyasının tekrar yargılama yapılarak karar verilmesi için ilk derece mahkemesine iade edilmesi durumunda Sözleşme’nin 6/1. maddesinin ihlal edilmiş olmayacağına karar vermiştir³⁷³.

Tarafsızlık bakımından, özellikle ceza yargılamasında, dosyanın esası hakkında karar veren hâkimin kovuşturma öncesi aşamada davaya ilişkin etkin bir rol üstlenip üstlenmediği de önemlidir. Hâkimin kovuşturma öncesi aşamada üstlendiği görev davanın esasını etkilemeyecek bir işlem ise ihlal oluşturmazken, verdiği karar esasa ilişkin bir konunun ön kararı niteliğinde ve dolayısı ile davanın esasını etkileyebilecek nitelikte ise, 6. maddenin 1. fıkrasına aykırılık söz konusu olabilmektedir³⁷⁴.

³⁷⁰ Gregory/Birleşik Krallık, 25.02.1997, Başvuru No:22299/93.

³⁷¹ YILDIRIM, a.g.m., s. 88.

³⁷² Thomann/İsviçre, 10.06.1996, Başvuru No:17602791.

³⁷³ YILDIRIM, a.g.m., s. 88.

³⁷⁴ ERŞEN, a.g.m., s. 303.

AİHM, duruşma hâkiminin, kovuşturma öncesindeki aşamalara katılmasının derecesine bakmaktadır. Mahkeme, *De Cubber/Belçika*³⁷⁵ davasında, kovuşturma aşamasında yer alan hâkimlerden birinin, daha önce aynı davada tetkik hâkimi olarak görev yapmış olmasını, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma ilkesine aykırılık olarak kabul etmiştir³⁷⁶.

*Fey/Avusturya*³⁷⁷ davasında AİHM, soruşturma aşamasında delil tespiti yapan bir hâkimin bu görevi, iç hukukta öngörülmüş olduğundan ve yapılan işlem de sınırlı olduğundan, yani davanın esasına ilişkin olmadığından *De Cubber/Belçika* davasından ayrıksı şekilde Sözleşme'ye aykırılık görmemiştir.

AİHM, *Carvalho/Portekiz*³⁷⁸ davasında, sanık hakkında soruşturma aşamasında tutuklama kararı veren hâkimin kovuşturma aşamasında mahkeme heyetinde yer almasının, salt bu nedenle sanığın nesnel tarafsızlığa ilişkin şüphesini haklı çıkaracak bir gerekçe olamayacağına karar vermiştir. AİHM, soruşturma aşamasında hâkimin dosyanın esası konusunda bir inceleme ve değerlendirme yapmadığını, sadece dosyayı incelediğini, dosyada sanık aleyhinde tutuklama için yeterli deliller olduğunu tespit etmesi üzerine tutuklama kararı verdiğini belirtmiştir³⁷⁹.

Tarafsızlık konusuna ilişkin olarak, mahkeme üyelerinin anlaşmazlık konusuna ilişkin kişisel çıkarlarının da bulunmaması gereklidir. Aksi halde, bu durum nesnel tarafsızlığa aykırılık oluşturacak ve 6. maddenin 1. Fıkrasının ihlali söz konusu olacaktır. Mahkeme üyelerinden birinin, taraflardan birisiyle arasında daha önceden husumet veya yakın bir ilişkisi bulunması nedeniyle davadan çekilmesi, Mahkemece gözetilen bir usuldür³⁸⁰.

³⁷⁵ De Cubber/Belçika, 14.09.1987, 9186/80, para. 23.

³⁷⁶ ERŞEN, a.g.m., s. 303.

³⁷⁷ Fey/Avusturya, 24.02.1993, Başvuru No:14396/8, para. 31-36.

³⁷⁸ Carvalho/Portekiz, 22.04.1994, Başvuru No:15651/89, para. 35-40.

³⁷⁹ YILDIRIM, a.g.m., s. 88-89; ÜNAL, a.g.e., s.15

³⁸⁰ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s.204.

Tarafsızlık bakımından, davayla yakın menfaat ilişkisinin yanı sıra, başka yakın menfaat bağları da ihlal nedeni olabilmektedir³⁸¹. *Demicoli/Malta*³⁸² davasında, “başvurucuya Meclise saygısızlıktan dolayı para cezası verilmiş ve bu cezayı veren Malta Millet Meclisinin üyelerinden ikisi, davaya neden olan makalede başvurucu tarafından eleştirilmiş kişilerdir. Bu iki Meclis üyesi, sanık hakkındaki davanın her aşamasına, suçun tespit edilmesine ve cezanın verilmesine katılmışlardır”. Bundan dolayı AİHM’e göre, bu davada yargılama makamının tarafsızlığı kuşkuya açık görünmektedir. Başvurucu, bu konudaki kaygılarında haklı bulunmuştur³⁸³.

AİHM’in bu kararından, bağımsızlık ve tarafsızlık ilkelerinin, yalnızca yargıçlar ve uzmanlık mahkemelerindeki uzman kişiler bakımından olmayıp asıl görevlerinin yanında yargı işlevini üstlenen başka bir organın (meclis üyesi gibi) üyeleri veya jüri üyeleri için de geçerli olduğu anlaşılmaktadır³⁸⁴.

Mahkemeye göre, hâkim ile davanın tarafları arasında dolaylı bir bağ bulunması, davanın tarafsız bir şekilde görülüp görülmediği hususunda her zaman kuşku yaratmamaktadır. Örneğin, *Wettstein/İsviçre*³⁸⁵ kararında, “dava tarihinde İsviçre’de avukatların idare mahkemelerinde part-time olarak hâkimlik yapması mümkün olduğundan, başvurunun davasında, belediyeye karşı açmış olduğu diğer bir davada karşı tarafın avukatı olarak görev yapan kişi, mahkeme yargıçlarından biri olarak bulunmuş ve AİHM bu durumu, mahkemenin tarafsızlığı ilkesine aykırı bulmuştur. Fakat aynı davada, başka bir mahkeme üyesinin de, başvurunun taraf olduğu başka bir davada karşı tarafın avukatı ile aynı büroda çalışmasını dolaylı bir bağ olarak” değerlendirmiştir³⁸⁶.

İç hukukta var olan yasal düzenleme ile bazı hallerin mahkemenin tarafsızlığı konusunda şüphe yaratacağı kabul edilmiş ve bu yasal düzenlemeye göre sanık tarafsızlığı şüpheli sayılan bir mahkemede yargılanıyorsa, bu durum, AİHM tarafından mahkemenin tarafsızlığının Sözleşme bakımından ele alınarak değerlendirilmesine gerek duyulmaksızın doğrudan ihlale neden olabilir. Örneğin,

³⁸¹ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s.205.

³⁸² Demicoli/Malta, 27.08.1991, Başvuru No:13057/87, para. 23, 32-35.

³⁸³ ERŞEN, a.g.m., s. 304.

³⁸⁴ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s.206.

³⁸⁵ Wettstein/İsviçre, 21.12.2000, Başvuru No:33958/96, para. 47-49.

³⁸⁶ ERŞEN, a.g.m., s. 304.

*Oberschlick/Avusturya*³⁸⁷ ile *Pfeifer/Avusturya*³⁸⁸ ve *Plankl/Avusturya*³⁸⁹ kararında AİHM, iç hukuktaki yasal düzenlemeler karşısında, Sözleşme açısından tarafsızlık ilkesine uyulup uyulmamasının ayrıca incelenmesine gerek duymamıştır³⁹⁰.

Dava hakkında verilen kararın üst mahkemeye gönderilmesi, üst mahkeme tarafından kararın bozularak dosyanın yeniden karar verilmek üzere ilk kararı veren mahkemeye gönderilmesi durumlarında AİHM'in kararları açıktır³⁹¹. Mahkemeye göre, AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrası, alt mahkemenin kararını inceleyerek bozulmasına karar veren üst mahkemeye, dosyayı başka bir mahkemeye gönderme yükümlülüğü getirmemektedir. Yani dava, tekrar ilk kararı veren mahkeme tarafından hükme bağlanacaktır.

İnceoğlu'na göre, *Sainte Marie/Fransa* ve *Hauschildt/Danimarka* kararları birlikte ele alındığında ilk soruşturmaya ilişkin veya savcılık makamı yetkilerine benzer usulleri uygulamayan hâkimin daha sonra duruşma hâkimi olarak yer alması AİHM tarafından farklı değerlendirilmektedir³⁹². Bir hâkimin soruşturma aşamasında hem tutuklamaya ilişkin kararlara katılması hem de davanın görüldüğü mahkemede duruşma hâkimi olarak görev alması tek başına tarafsızlığın ihlal edilmesi olarak görülmemektedir. Bu durumda önemli olan tutuklamayla ilgili kararlara katılırken hâkimin esasa ne ölçüde girdiğidir. Üzerinde tartışma olmayan kuvvetli deliller olduğunda veya esasa girmeyi gerektirmeyen yüzeysel, ilk bakışta değerlendirme yapıldığında tarafsızlık zedelenmemektedir. Asıl önemli olan duruşmaya çıkan hâkimin, duruşma safhasından önce başvurunun eyleminden dolayı suçlu olup olmadığına ilişkin bir fikir oluşturmasını ve karara varmasını sağlayacak şekilde davaya katılmamasıdır³⁹³.

Bağımsızlık ve tarafsızlık açısından sorun oluşturabilecek başka bir durum da bir mahkemenin elindeki davya ile ilgili çifte rol üstlenmesidir. Özellikle tavsiye ya da

³⁸⁷ *Oberschlick/Avusturya*, 23.05.1991, Başvuru No:11662/85.

³⁸⁸ *Pfeifer/Avusturya*, 15.11.2007, Başvuru No:12556/03.

³⁸⁹ *Plankl/Avusturya*, 25.02.1992, Başvuru No:10802/84.

³⁹⁰ Serkan ERŞEN, a.g.m., s.305.

³⁹¹ *Ringeisen/Avusturya*, 16.07.1971, Başvuru No:2614/65, para. 95-99., *Diennet/Fransa*, 26.09.1995, Başvuru No:18160/91, para. 36-39.

³⁹² İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s.197.

³⁹³ A.g.e., s.197, ERŞEN, a.g.m. s. 307.

görüş bildirme, inceleme gibi görevleri bulunan, bu görevleri yanında ayrıca yargılama organı olarak görev yapan Danıştay açısından bu nitelikte bir sorunun ortaya çıkması mümkündür³⁹⁴.

*Procola/Lüksemburg*³⁹⁵ davasında, *Conseil d'Etat*'ın dört üyesinin aynı konuda daha önce danışma kurulunda görev yapması ve ardından bu düzenleme hakkında hukuka uygunluk tespiti yaparak yargılamaya katılması hakkında AİHM, 6/1 maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır³⁹⁶. Türkiye'de Danıştay bünyesinde yer alan ve belirtilen görevleri üstlenen idari daireler ile dava dairelerinin kuruluş ve görevlerinin ayrı düzenlenmiş olması, buna benzer bir sorunun Türkiye açısından olmadığını göstermektedir³⁹⁷.

AİHM kararları incelendiğinde, teknik hususlarda uzmanlık mahkemelerinin kabul edildiği görülmektedir. Bu tür mahkemelerde yargılanan kişi ile mahkeme üyelerinin aynı meslekten olması, çatışan menfaatlere sahip olmaları ihtimal dâhilinde olsa bile bu durum, bu mahkemelerle ilgili duyulan kuşkuyu yalnız başına haklı kılmamaktadır³⁹⁸.

*Le Compte, Van Leuven ve De Meyere/Belçika*³⁹⁹ davasında, Mahkeme, İtiraz Konseyindeki hâkimlerin taraflı olduklarına ilişkin iddiayı geçerli bilmamıştır. Konseyin yarısı yargı mensubu olup ayrıca yargıç olan başkanın ağırlıklı oyu vardır. Bu özellikler tarafsızlığın garanti edildiğini göstermektedir.

Zorunlu tahkimde ise Mahkeme, Hakem Kurulu üyelerinin davadan önce belli olmamasını dikkate almıştır. Üyelerin atanmasında tarafların etkili olduğu Hakem Kurulunun oluşumunda, davanın tarafları arasında kurulun oluşumu etkileme

³⁹⁴ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s.202.

³⁹⁵ Procola/Lüksemburg, 28.09.1995, Başvuru No:14570/89, para. 45.

³⁹⁶ ERŞEN, a.g.m., s. 308.

³⁹⁷ Durmuş TEZCAN, "Türk İdari Yargı Sisteminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Değerlendirilmesi", Mayıs, 2001, Danıştay Toplantısına Sunulan Yayınlanmamış Tebliğ, Ankara, 2001, s. 28.

³⁹⁸ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s.203.

³⁹⁹ Le Compte, Van Leuven ve De Meyere/Belçika, 18.10.1982, 7238/75, para. 58.

açısından eşitliğin olmamasını, 6/1. maddede yer alan hem bağımsızlık hem de tarafsızlık güvencesi ile çelişir bulmuştur⁴⁰⁰.

Davada yargıç olan kişilerin dava hakkında görüşlerini bildirerek artık taraf haline gelmiş olan bir yargı üyesi tarafından belirlenmesi de tarafsızlık ilkesini ihlal edecektir. Çünkü burada yargılama yapacakları belirleyen kişinin görüş bildirmesi söz konusudur. Bu kişinin davayla ilgili görüş bildirmesi yargılamayı yapacak olan yargıçları etkileyecektir. Böyle bir durum söz konusu ise tarafsızlık ilkesi ihlal edilmiş demektir. *Daktaras/Litvanya*⁴⁰¹ davası buna örnek gösterilebilir⁴⁰².

AİHM, *Xhoxhaj/Arnavutluk*⁴⁰³ davasında, yolsuzlukla mücadele etmek amacıyla görevdeki hâkim ve savcılarını değerlendirmek için oluşturulmuş organların yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız yargılama mercileri olduklarına, yeterli güvenceye sahip olduklarına ve görevdeki hâkimlerin temsil edilmemesinin, katı yeterlilik şartlarının eşlik ettiği inceleme usulünün olağanüstü niteliğine ve ruhuna uygun olduğuna karar vermiştir.

B. Makul Bir Süre içinde

Sözleşme'nin 6/1 fıkrası, yargılamanın “makul süre içinde” sona erdirilmesini belirtmektedir. Sözleşme'ye taraf devletler, bunu taahhüt etmelerine rağmen, AİHM tarafından verilen 6. madde ihlallerine ilişkin kararların büyük çoğunluğunun ulusal yargılama süreçlerinin uzunluğundan kaynaklandığı görülmektedir⁴⁰⁴. Sözleşme'de belirtilen kural hem hukuk hem ceza davalarını hem de idari davaları kapsamaktadır⁴⁰⁵. Geç gelen adaletin hak sahibi için anlam taşımadığı durumlarda, süre büyük önem taşımakta, yargılama süresinin uzaması pek çok olumsuzluğa sebep olabilmekte, görülmekte olan bir dava da tarafların günlük yaşamını derinden etkileyebilmektedir⁴⁰⁶. Yargılama süresi, hukuk davalarında konuyla ilgili dava dilekçesinin mahkeme kalemine verilmesi ve kaydı, ceza davalarında ise kişinin bir

⁴⁰⁰ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s.203.

⁴⁰¹ *Daktaras/Litvanya*, 10.10.2000, Başvuru No:42095/98, para. 27-38.

⁴⁰² ERŞEN, a.g.m., s. 309.

⁴⁰³ *Xhoxhaj/Arnavutluk*, 09/02/2021, Başvuru No. 15227/19.

⁴⁰⁴ PAMUK, a.g.e., 122.

⁴⁰⁵ DİNÇ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre Adil Yargılanma Hakkı*, s.72.

⁴⁰⁶ AKINCI, a.g.e., s.271.

suçla itham edildiği ve hakkındaki soruşturmanın başladığı andan itibaren işlemeye başlar ve her iki hukuk alanında yargılamanın bütün aşamalarını kapsar⁴⁰⁷. Yargılama sırasında, davada olay hakkında uygulanacak olan kanun hükmünün, anayasaya aykırı olduğu ileri sürülerek Anayasa Mahkemesi önüne götürülmesi halinde, Anayasa Mahkemesi uyuşmazlık ya da suçlama konusunda bir karar vermeyeceğinden kural olarak bu mahkemede geçecek süre hesaba katılmaz⁴⁰⁸. Ancak, makul sürenin ne olduğu konusunda bir tanım bulunmayıp AİHM, *Zimmerman, Steiner/İsviçre* davasında yargılama süresinin her olayın kendi özelliklerine göre belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir⁴⁰⁹. Makul süre değerlendirmesinde AİHM bazı ölçütler getirmiştir⁴¹⁰. Bunlardan ilki dava konusunun niteliği ve karmaşıklığı olup davanın konusu, hukuki uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasındaki güçlük, delillerin elde edilmesinde karşılaşılan engeller ve zorluklar, kişinin özel haline ilişkin hastalık veya tutukluluk gibi unsurlar, olayların karmaşıklığı, sanıkların, tanıkların, davanın taraflarının veya isnat edilen suçların sayısı ve niteliği, bilirkişi görüşüne başvurmaya duyulan ihtiyaç, yazılı delillerin niceliği ve niteliği bu kapsamda incelenmektedir⁴¹¹. İkinci olarak başvuru tutum ve davranışları değerlendirilmekte, eğer başvuru bir gecikmeye kendisi neden olmuş ise bu şikâyetini zayıflatmaktadır⁴¹². Tarafların sık sık avukat değiştirmesi, adres değiştirmesi, yargıcın reddi, davanın bir başka mahkemeye taşınmasını isteme, savunma için ek süre talep etme gibi davranışlar bu kapsamda görülmekte, yine de başvuru tutumunu sergilerken kötü niyetli olup olmadığı her olay ve dosya için kendi içerisinde değerlendirilmektedir⁴¹³. Üçüncü ve son olarak da, yetkili makamların tutumu değerlendirilmekte, mahkemelerin davayı ivedi biçimde ele alıp almadıkları, uzunca bir süre işlem yapmadan bekleyip

⁴⁰⁷ ÜNAL, a.g.e., s.180.

⁴⁰⁸ GÖLCÜKLÜ, GÖZÜBÜYÜK, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, s.282; Sramek/Avusturya, 22.10.1984, Başvuru No:8790/79, para. 35.

⁴⁰⁹ PAMUK, a.g.e., s.124; Steiner, *Zimmerman/İsviçre*, 13.07.1983, Başvuru No:8737/79, para. 29.

⁴¹⁰ AKINCI, a.g.e., s.270, GÖLCÜKLÜ, GÖZÜBÜYÜK, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, s.282.

⁴¹¹ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s.381.

⁴¹² Ferhat KAPICI, "Adil Yargılanma Hakkı," *Adil Yargılanma Hakkı*, Nergiz Yayınları, İstanbul, 2004, s.183.

⁴¹³ AKINCI, a.g.e., s.270.

beklemedikleri ele alınır⁴¹⁴. Ceza davalarına ilişkin olarak, bir dosyanın veya evrakın bir mahkemeden başka bir mahkemeye gönderilmesinde meydana gelen gecikme, gerekçeli kararın yazılmasında gecikme, tıbbi bilirkişi raporunun hazırlanmasında gecikme gibi durumlar bu ölçüt bakımından değerlendirilmekte, medeni haklarla ilgili davalarda ise bu tür sorumlulukların doğması için dava sürecinin uzamasına sebebiyet veren kişi veya kurumun devlet bünyesinde yer alıyor olması şartı aranmaktadır⁴¹⁵.

*Boddaert/Belçika*⁴¹⁶ davasında AİHM, “başka bir dava ile paralel yürütülmesi gerekli zor bir cinayet davası olduğunu, bu nedenle davanın karmaşıklığına dikkat çekerek 6 yıl 3 ay süren yargılamanın makul sürede tamamlandığına karar vermiştir”⁴¹⁷.

*Ferrantelli ve Santangelo/İtalya*⁴¹⁸ davasında, Ferrantelli ve Santangelo İtalya’da doğmuş, dava sırasında Brezilya’da yaşayan kişilerdir. İki jandarma personelinin 26 Ocak 1976 tarihinde Alcamo Marina’da yer alan barakalarda öldürülmesinden sonra 11-12 Şubat 1976 gecesi polis, olayla ilgili olduğunu değerlendirdiği ve olayda kullanılan silah ve malzemelerin de bulunduğu araç içerisinde bir şahsı yakalamış, bu şahıs ve bağlantılı diğer şahısların ifadeleri üzerine başvuru 13 Şubat 1976 tarihinde evlerinde yakalanmış, ilk ifadelerinde suçlu işlediklerini itiraf ederken, daha sonra bu ifadelerini baskı altında verdiklerini söyleyerek geri çekmişlerdir. Başvurucular soruşturma aşamasındaki azami tutukluluk süresini doldurdularından 19 Mayıs 1979 tarihinde serbest bırakılmışlardır. Daha sonra başvuru hakkında iddianame düzenlenmiş ve yargılama başlamış, Santangelo, 22 yıl 5 ay hapis ve 450.000 liralık para cezası ile, Ferrantelli ise, 14 yıl 10 ay hapis cezası ile cezalandırılmışlardır. Başvurucular, 2 Şubat 1992 tarihinde komisyona başvurarak Sözleşme’nin 6/1, 6/3-d maddelerinin ihlal edildiğini öne sürmüşlerdir. Bu başvurular arasında yargılamanın makul sürede tamamlanmadığı iddiası da vardır. AİHM, 16 yıl süren cinayet davasındaki

⁴¹⁴ GRABENWARTER, Çev. Osman CAN, a.g.e., s.217.

⁴¹⁵ İNCEOĞLU, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, s.388-389.

⁴¹⁶ Boddaert/Belçika, 12.10.1994, Başvuru No:12919/87, para. 35-40.

⁴¹⁷ YILDIRIM, a.g.m., s. 89.

⁴¹⁸ Ferrantelli ve Santangelo/İtalya, 07.08.1996, Başvuru No:19784/92, para. 38-43.

yargılama süresinin makul olmadığına ve Sözleşme'nin 6. madde 1. fıkrasının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

*Union Alimentaria Sanders/İspanya*⁴¹⁹ davasında, adı geçen şirket yiyecek sektöründe faaliyet gösteren limited bir şirket olup başka bir şirketle yaşadığı mali sorunlar nedeniyle mahkemeye başvurmuş, konuya ilişkin ulusal yargı organları önünde görülen davada, AİHM, dikkate alınan sürenin 1 Temmuz 1981'de başladığını, 13 Eylül 1986'da sona erdiğini, yargılamanın makul sürede bitirilmediğini, Sözleşme'nin 6/1 fıkrasının ihlal edildiğini, makul sürenin aşılmasında başvurunun sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için kendisinin kontrolündeki usul işlemlerini yerine getirirken yeterince özenli davranmaması, davayı geciktirici taktikler kullanması, iç hukukta bulunan ve yargılama süresinin kısaltılmasını sağlayacak olanaklardan yararlanmaması gerektiğini belirtmiştir⁴²⁰.

*Monnet/Fransa*⁴²¹ davasında, başvurunun açtığı ayrılık davası iç hukukta 7 yıl 1 ayda sonuçlanmış olup, AİHM, başvurunun yargılama sürecinde sayısız kez dilekçe verdiğini, bu suretle davayı karmaşık hale getirdiğini ve yargılamanın uzamasına kendisinin sebebiyet verdiğine karar vererek Sözleşme'ye aykırılık görmemiştir.

AİHM, *Ciricosta ve Viola/İtalya*⁴²² davasında, müdahalenin men'i talebi ile açılan davada başvurunun duruşmanın ertelenmesi konusunda on yedi kez talepte bulunduğunu, ayrıca karşı tarafın yapmış olduğu altı erteleme talebine itiraz etmediği için yargılamanın uzadığını ve 15 yıllık yargılama süresinin makul olduğunu belirtmiştir⁴²³.

AİHM, *Wiesinger/Avusturya*⁴²⁴ davasında, arazi toplulaştırmasına ilişkin işlemlerin 9 yıl sürmesi olayında gecikmenin başvurunun tutumundan kaynaklanmadığını, belediye ile yerel arazi komisyonları arasındaki bürokratik

⁴¹⁹ Union Alimentaria Sanders/İspanya, 07.07.1989, Başvuru No:11681/85, para. 31-42.

⁴²⁰ YILDIRIM, a.g.m., s. 90.

⁴²¹ Monnet/Fransa, 27.10.1993, Başvuru No:13675788, para. 25-31.

⁴²² Ciricosta ve Viola/İtalya, 04.12.1995, Başvuru No:19753792, para. 20-32.

⁴²³ YILDIRIM, a.g.m., s. 90.

⁴²⁴ Wiesinger/Avusturya, 30.10.1991, Başvuru No:11796/85, para. 51-64.

işlemlerin davanın uzamasına neden olduğunu tespit etmiş ve davanın makul sürede sonuçlandırılmadığından Sözleşme'nin 6. madde 1. fıkrasının ihlal edildiği yönünde karar vermiştir.

AİHM, *Zimmermann ve Steiner/İsviçre*⁴²⁵ davasında, taraf devletlerin “yasal sistemlerini, Sözleşme'nin 6. maddesinde yer alan şartlara, makul bir sürede yargılama dâhil olmak üzere uyacak şekilde düzenlemek ile görevli olduğunu” belirtmiştir. AİHM bu davada, devletin yargı sisteminde meydana gelen ve uzunca bir süredir azaltılamayan iş yükü nedeniyle gecikmeler yaşandığını belirterek, 6. maddedeki makul süre garantisi uyarınca devletin bu durumu düzeltmeye yetecek önlemleri almadığı ve uygulamaya geçmediği için Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiği yönünde hüküm kurmuştur⁴²⁶.

*Molin İnşaat/Türkiye*⁴²⁷ davasına konu olayda, başvuru şirketi başka bir şirket ile taşeronluk sözleşmesi yapmış ve bu sözleşmeden kaynaklanan bir tazminat davası açmış olup Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, söz konusu davaya bakan İstanbul Ticaret Mahkemesinin davada 13 yıl 2 ay sonra (Elli altı duruşma yapılmış ve altı kez bilirkişi raporu aldırılmış.) karar vermiş olduğunu, mahkemenin yargılama sürecini hızlandırmak için gerekli önlemleri almayarak davanın anormal şekilde uzamasına sebebiyet verdiğini belirterek makul sürenin aşıldığına ve Sözleşme'ye aykırılık bulunduğu karar vermiştir⁴²⁸.

*H/Birleşik Krallık*⁴²⁹ davasında, davanın makul bir sürede bitirilmesi halinde dahi dava sonucunda verilen kararın değişmeyecek olmasının makul sürede yargılama ilkesine aykırılık bulunmadığı anlamına gelmediği, *Baggetta/İtalya*⁴³⁰ davasında, dava konusu olayda zamanaşımı nedeniyle düşme kararı verilmesinin,

⁴²⁵ Zimmermann ve Steiner/İsviçre, 13.07.1983, Başvuru No:8737/79, para. 24.

⁴²⁶ YILDIRIM, a.g.m., s. 90.

⁴²⁷ Molin İnşaat/Türkiye, 26.06.1996, Başvuru No:23762/94, para. 42-46.

⁴²⁸ YILDIRIM, a.g.m., s. 91.

⁴²⁹ H./Birleşik Krallık, 08.07.1987, Başvuru No:9580781, para. 81.

⁴³⁰ Baggetta/İtalya, 25.06.1987, Başvuru No:10256/83, para.18.

*Maj/İtalya*⁴³¹ davasında, soruşturmanın “takipsizlik” kararı verilerek sonuçlanmış olmasının yine makul süre şartının ihlaline engel olmadığı belirtilmiştir⁴³².

*Silva Pontes*⁴³³ davasına konu olayda, başvuru geçirmiş olduğu trafik kazasında ciddi şekilde yaralanmış olmasından kaynaklı tazminat davası açmış ve bu dava iç hukukta yaklaşık 10 yılda sonuçlanmıştır. AİHM, davanın makul süre içinde bitirilmesi için gerekli özenin gösterilmediği gerekçesi ile ihlal kararı vermiştir⁴³⁴.

*X/Fransa*⁴³⁵ davasında, başvuru kendisine nakledilen kanın yeterli incelemeye tabi tutulmadan kendisine verildiğini, kanın virüslü olmasından dolayı HIV virüsü kapıldığını öne sürerek zararlarının tazmini için devlet aleyhinde tazminat davası açmıştır. Başvurucunun bu özel durumunu ve ömür beklentisini dikkate alarak değerlendirme yapan AİHM, 2 yıl süren davanın makul süre şartını ihlal ettiği yönünde karar vermiştir⁴³⁶.

İbrahim Halil Yahlı/Türkiye⁴³⁷ davasında, başvuru ceza davasında beraat etmiş olup somut davanın iki aşamalı yargı önünde incelendiğini gözlemleyen AİHM, Yargıtay önündeki yargılamaların üç yıl dört ay boyunca devam ettiğini ve böylesi bir gecikmenin asgariye indirilebileceğini, bununla birlikte, yargılamaların genel süresinin aşırı olduğunun düşünölmeyeceği durumlarda, belli bir aşamada gecikmeye tolerans gösterilebileceğini (bkz. örneğin, Çaplık/Türkiye, Başvuru No. 57019/00, §§ 36-40, 15 Temmuz 2005). toplamda dört yıl altı ay süren yargılamaların, Sözleşme’nin 6/1 maddesinde öngörölen makul süre gerekliliğinin ihlaline neden olmadığı sonucuna varmıştır.

C. Hakkaniyete uygun dinlenme

Sözleşme’nin 6. maddesi “*Her şahıs gerek medeni hak ve yükümlölükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine karşı serdedilen bir isnadın esası hakkında karar verecek olan, yasal, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre*

⁴³¹ Maj/İtalya, 19.02.1991, Başvuru No:13087/87, para. 13-15.

⁴³² YILDIRIM, a.g.m., s. 91.

⁴³³ Silva Pontes/Portekiz, 23.03.1994, Başvuru No:14940/89, para. 37-42.

⁴³⁴ YILDIRIM, a.g.m., s. 91.

⁴³⁵ X/Fransa, 31.03.1992, Başvuru No:18020/91, para. 28-49.

⁴³⁶ YILDIRIM, a.g.m., s. 91.

⁴³⁷ İbrahim Halil Yahlı/Türkiye, 11.04.2019, Başvuru No: 56744/15, para. 19-20.

içinde hakkaniyete uygun ve aleni surette dinlenilmesini istemek hakkına sahiptir...” şeklinde olup bağımsız ve tarafsız bir mahkeme, aleniyet gibi koşullar yanında davanın hakkaniyete uygun olarak dinlenmesinden bahsedilmektedir⁴³⁸. Ancak, maddede sayılan haklar sınırlı olmayıp “hakkaniyete uygun dinlenme” terimi kullanılmak suretiyle bu hakların geniş bir şekilde yorumlanması gerektiği ortaya konulmuştur. “Silahların eşitliği”, “duruşmada şahsen hazır bulunma”, “kararların gerekçeli olması”, “hukuka uygun delillerden yararlanma yükümlülüğü”, “yargılama dilini anlama”, “hâkimin savunma makamına samimi davranması” ve “savunmayı hataya düşürmemesi” gibi yükümlülükler de bu hak kapsamında ele alınabilir⁴³⁹. Yine kendi aleyhine tanıklıktan çekinme de hakkaniyete uygun dinlenmenin bir parçasıdır. Hakkaniyete uygun dinlenme, tarafların karşılıklı olarak dinlenmesini gerektirmekte, buna aykırı olarak yapılan bir yargılama insan onuru ve eşitlik ilkesini zedelemekte, hukuk devleti ilkesini de ihlal etmektedir⁴⁴⁰. Dolayısıyla, yargılamanın tarafları arasında tam bir eşitliğin ve nesnelliğin sağlanabilmesi için, dava ehliyeti olsun veya olmasın, herkes için geçerli bir hak olan “hakkaniyete uygun dinlenme hakkı”nın kullanılabilmesi gerekir. Taraflar, duruşmaya katılma hakkına sahip olmalı, ayrıca duruşmada yargılamaya etkin olarak katılabilmeli, duruşmayı izleme, konuşmaları duyma ve bunlara karşı beyanlarda da bulunabilmelidir⁴⁴¹.

Son içtihatlarında AİHM’in medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin başvurularda tarafların duruşmalara devamsızlığı konusunda uygulandığı standartları cezai alandaki suç isnadı bağlı uyuşmazlıklarda uyguladığı özgürlük lehine katı prensiplere yaklaştırdığı gözlemlenmektedir⁴⁴². Bu kapsamda *Bartaia/Gürcistan* başvurusunda AİHM, silahların eşitliği ilkesine riayet edilip edilmediğinin tespitinde ulusal makamların, yargılamanın taraflarını bilgilendirme konusunda gayretli olup olmadıklarını, tüm gayretlere rağmen duruşmaya katılmayan tarafın davada hazır

⁴³⁸ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s.217.

⁴³⁹ TEZCAN, ERDEM, SANCAKDAR, a.g.e., s. 246.

⁴⁴⁰ Gülnur ERDOĞAN, *AİHM Kararları Işığında Medeni Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s.151.

⁴⁴¹ Sibel İNCEOĞLU, *Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği*, Avrupa Konseyi Yayını, Ankara, 2007, s.72; Temyiz dilekçesinin karşı tarafa tebliğ edilmemesi yönünden bkz. Özgür Keskin/Türkiye, 17.10.2017, Başvuru No: 12305/09, para. 32 vd, davanın taraflarından birinin duruşmaya davet edilmemesi yönünden bkz. Atakishiyeva ve diğerleri/Rusya, 30.11.2017, Başvuru No: 37923/12, para. 8-10.

⁴⁴² Bartaia/Gürcistan, 26.07.2018, Başvuru No: 10978/06, para. 29.

bulunma ve kendini savunma hakkından feragat etmiş sayılıp sayılamayacağını ve nihayet iç hukukun kendileri hakkında temyiz edilen bir kararı öğrenen taraflara yeni bir duruşma açılmasını sağlayan uygun yollar sunup sunmadığını denetlemektedir⁴⁴³.

Hakkaniyete uygun dinlenme konusu, ayrıca hukuki dinlenilme hakkı başlığı altında ikinci bölümde ayrıntılı olarak açıklanacağından temel hususların belirtilmesi ile yetinilmiştir.

D. Aleni Surette Dinlenme

1.Yargılamada açıklık

Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasında aleni surette dinlenmeyi isteme hakkı ve hükmün aleni olarak verileceği belirtilmiş, bu kurala getirilebilecek sınırlamaların niçin ve ne şekilde yapılabileceği de sayılmıştır⁴⁴⁴. Yargılama hukukunun evrensel ilkelerinden biri olarak kabul edilen bu kuralın amacı, yargılamada “saydamlık”, başka bir ifadeyle adaletin sağlanmasında, adli sistemin bir bütün olarak işleyişinin kamusal denetimini sağlamak ve sistemde keyfiliğe yol açabilecek olan gizli yargılamayı önlemektir⁴⁴⁵. Dava dosyasında bulunan tüm deliller, kendisine söz hakkı tanınabilmesi amacıyla sanığın da hazır bulunduğu kamuya açık şekilde yapılan duruşmada değerlendirilmelidir⁴⁴⁶. Avrupa Konseyi üyesi devletlerin hepsi kural olarak aleniyet ilkesini kabul etmiş olmalarına rağmen, duruşmanın yapılması konusunda uygulama farklılıkları olabilmekte ve özellikle istinaf ve temyiz aşamalarında bazı sorunlar ortaya çıkmaktadır⁴⁴⁷. Örneğin *Szücs/Avusturya*⁴⁴⁸ kararında, mahkeme, ilk derece mahkemesinde ve istinaf mahkemesinde aleniyetin sağlanamadığına karar vermiştir. Avusturya iç hukukunda mahkemelerin aleni karar vermesi gerekmediğinden karar kamuya açık olarak

⁴⁴³ Bartaia/Gürcistan, 26.07.2018, Başvuru No: 10978/06, para. 29; Ayrıca bkz. Dilipak ve Karakaya/Türkiye, 04.03.2014, Başvuru No: 7942/05, 24838/05, para. 78, 80 ve 88; Aždajić/Slovenya, 08.10.2015, Başvuru No: 71872/12, para. 50, 53; Gyuleva/Bulgaristan, 09.06.2016, Başvuru No: 38840/08, para. 38; Gakharia/Gürcistan, 17.01.2017, Başvuru No: 30459/13, para.38.

⁴⁴⁴ Avrupa Konseyi, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, 2010, s.9.

⁴⁴⁵ GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, s.288.

⁴⁴⁶ ÜNAL, a.g.e, s.178.

⁴⁴⁷ PAMUK, a.g.e., s.126.

⁴⁴⁸ Szücs/Avusturya, 24.11.1997, Başvuru No:20602/92, para. 38-49.

duyurulmamış ve adil yargılanma hakkı ihlal edilmiştir⁴⁴⁹. Mahkeme istinaf ve temyiz aşamasındaki incelemeleri aleniyet bakımından kuralların daha yumuşak uygulanabileceği alanlar olarak görmekte, istinaf yahut temyiz aşamalarında, “açık duruşma” kuralına uyulup uyulmadığı hususu, ilk derece mahkemesinin kararına karşı yapılmış olan itirazın konusu ve önemi irdelenmek ve yargılama faaliyetinin bütünü göz önüne alınmak suretiyle denetlenmektedir⁴⁵⁰. Dolayısıyla sadece hukuki nedenlere dayanan bir inceleme varsa duruşma yapılması gerekli görülmemekte, istinaf veya temyiz incelemesi yapacak olan yargı mercii davanın hukuki yönü ile birlikte maddi yönden de bir inceleme yapacaksa, sözlü bir duruşmanın yapılması gerektiği belirtilmektedir⁴⁵¹. Mahkeme, *Serre/Fransa*⁴⁵² kararında, duruşmanın kamuya açık olması ilkesinin disiplin komisyonların bakımından da uygulanması gerektiğini kabul etmiştir⁴⁵³. Yine disiplin işlemleri ile ilgili olarak, yasak yayınları dağıtmaları nedeniyle askeri mahkemede yargılanıp cezalandırılan asker kişilerin başvurularını⁴⁵⁴ değerlendiren Mahkeme, duruşmaların tarafların katılımı ile, ancak kamuya kapalı yapıldığını belirlemiş, hükümet kapalı yapılan yargılamanın Sözleşme’nin 6. maddesinde sayılan istisnalardan birine girip girmediği konusunda açıklama getiremeyince, açık yargılama hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır⁴⁵⁵.

AİHM, *Axen/Almanya*⁴⁵⁶ davasında, ilk derece mahkemesinin kararını açık oturum sırasında vermiş olması nedeniyle temyiz mahkemesinin hükmünü açık oturumda sesli olarak bildirmesinin gerekli olmadığına karar vermiştir⁴⁵⁷.

*Pretto vd./İtalya*⁴⁵⁸ davasında AİHM, her önüne gelen somut olayda, davalı devletin iç hukukunda yer alan hükmün verilmesi esnasındaki açık oturum

⁴⁴⁹ AKBULUT, a.g.e., s.186.

⁴⁵⁰ GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, s.288; Ekbatani/İsveç, 26.05.1988, Başvuru No:10563/83, para. 24; Kremzow/Avusturya, 21.09.1993, Başvuru No:12350/86, para. 58.

⁴⁵¹ PAMUK, a.g.e, s.127; Monnell ve Morris/Birleşik Krallık, 02 Mart 1987, Başvuru No:9562/81 ve 9818/82, para. 58-61; Ekbatani/İsveç, 26.05.1988, Başvuru No:10563/83, para. 27-33; Helmers/İsveç, 29.10.1991, Başvuru No:11826/85, para. 31-39.

⁴⁵² Serre/Fransa, 29.09.1999, Başvuru No:29718/96, para. 18-23.

⁴⁵³ ÜNAL, a.g.e., s.179.

⁴⁵⁴ Engel ve diğerleri/Hollanda, 08.06.1976, Başvuru No: 5100/71, para. 89.

⁴⁵⁵ DİNÇ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne göre Adil Yargılanma Hakkı*, s.110.

⁴⁵⁶ Axen/Almanya, 08.12.1983, Başvuru No:8273/78, para. 25-28.

⁴⁵⁷ YILDIRIM, a.g.m., s. 92.

⁴⁵⁸ Pretto vd./İtalya, 08 Aralık 1983, Başvuru No:7984/77, para. 25-28.

kurallarının, söz konusu yargılamanın kendi özelliklerinin, Sözleşme'nin 6/1. maddesinin hedef ve amacının göz önüne alınarak değerlendirme yapılacağını belirtmiştir. Bu hususları dikkate alarak yaptığı inceleme sonucunda AİHM, temyiz mahkemesinin davada vermiş olduğu kararın mahkeme kalemine teslim edildiğini, böylece kararın tam metnine ilgili herkesin ulaşmasına olanak sağlandığını, dolayısıyla hükmün açık duruşmada verilmesi koşulunun yeterli biçimde sağlanmış olduğunu belirterek Sözleşme'nin 6/1. maddesinin ihlal edilmediğini belirtmiştir.

2.Yüz yüze yargılama

Mahkemeye göre 6. madde bir bütün olarak değerlendirildiğinde, sanığa hakkındaki davaya fiilen ve gerçek şekilde katılma hakkını tanımaktadır⁴⁵⁹. Helmers/İsveç kararında, ilk derece mahkemesi önünde duruşmalı olarak yapılan yargılama sonucunda karar istinaf mahkemesine götürülmüş, istinaf mahkemesi duruşma yapmadan karar vermiştir. Burada, başvuru şahsi bir ceza davası ve tazminat davası nedeniyle başvurmuş olup başvuru kişinin mesleki şerefi ve kariyeri bakımından dava ciddiyet arz etmekte ve başvuru kişinin istinaf mahkemesine sunacağı delillerin mahkeme tarafından doğrudan değerlendirilmeksizin tam olarak belirlenememesi söz konusudur. AİHM, yargılamanın bütününe dikkate alarak, başvuru kişinin duruşma açılması isteminin reddini haklı kılacak özel koşullar bulunmadığına hükmetmiştir⁴⁶⁰. Kamulaştırma işleminin iptali için idare mahkemesinde açılan bir davanın duruşma açılmaksızın verilen bir kararla reddedilmesi sonucunda önüne gelen davada⁴⁶¹ AİHM, “Avusturya İdare Mahkemelerinin uygulamasına göre, taraflardan birisi açıkça duruşma istemedikçe idari davalarda duruşma yapılmadığından, ulusal mahkemede duruşma isteminde bulunmayan davacının duruşmalı yargılamadan feragat ettiği sonucuna ulaşarak hak ihlali olmadığına karar vermiştir⁴⁶².

⁴⁵⁹ GÖLCÜKLÜ, GÖZÜBÜYÜK, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, s.289; Fredin/İsveç, 23.02.1994, Başvuru No:18928/91, para. 20.

⁴⁶⁰ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s.351.

⁴⁶¹ Zumbel/Avusturya, 21.09.1993, Başvuru No:12235/86, para. 34.

⁴⁶² DİNÇ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre Adil Yargılanma Hakkı*, s.110.

*Axen/ Almanya*⁴⁶³ davasında, başvuru maddi tazminat davası açmış, ilk derece ve istinaf mahkemesinde dava duruşmalı olarak görülmüş, temyiz istemini reddeden Federal Mahkeme kararını başvuru aleyhine duruşma yapmadan karar verdiğinden bu durum incelenmiş, sadece hukuki konuları incelemekle yetkili olan Federal Mahkeme kararının başvurucuya bildirildiği de göz önüne alındığında aleni yargılanma hakkını ihlal etmediği sonucuna varılmıştır⁴⁶⁴. *Sutter/İsviçre*⁴⁶⁵ davası da, ordu mensubu olan başvuru Yargıtay tarafından hakkında verilen kararın duruşma açılmadan verilmesine ilişkin olup AİHM, bu kararda da hak ihlali olmadığına hükmetmiştir.

İlgilinin kendi özgür iradesiyle, açıkça veya zımnen, duruşmanın açık yapılması konusundaki hakkından feragat edebileceği de kabul edilmiştir. Ancak, feragatin açık ve anlaşılır bir şekilde yapılması ve kamu yararına önemli bir ölçüde ters düşmemesi gerekir, duruşmanın kapalı yapılmasına gerektiğinde mahkeme karar verir⁴⁶⁶. Açık duruşmadan vazgeçmek söz konusu olduğunda, bu duruşmanın duruşmanın kapalı yapılmasını talep anlamına gelmemekte olup, duruşmadan vazgeçildiği kabul edilmelidir⁴⁶⁷.

*Zana/Türkiye*⁴⁶⁸ davasında, başvuru Leyla Zana Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesinde yargılanmış olup savunmasının istinabe yoluyla alınması için Aydın Ağır Ceza Mahkemesine talimat yazılmış, başvuru bu mahkemede duruşmaya çıkartılmış, mahkeme önünde savunmasını Türkçe yapmayı reddetmiş ve mahkeme, başvuru savunmasını Türkçe yapmaması konusunda ısrar etmesi durumunda savunma hakkından vazgeçmiş sayılacağı yönünde ihtarda bulunarak bu durumu tutanağa geçirmiş ve sanığın ısrarlı tutumu üzerine savunması alınmadan karar verilmiştir. AİHM, sanığın savunmasını Türkçe yapmayı reddetmesi ve Kürtçe savunma yapmak istemesinin, kendisini ifade etme ve savunma hakkından vazgeçtiği

⁴⁶³ Axen/ Almanya, 08.12.1983, Başvuru No:8273/78, para. 28.

⁴⁶⁴ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s.348.

⁴⁶⁵ Sutter/İsviçre, 22.02.1984, Başvuru No:82019/78, para. 26.

⁴⁶⁶ Ferhat KAPICI, a.g.e., s.184; Hakansson-Sturesson/İsveç, 21.02.1990, Başvuru No:11855/85, para. 21; Deweer/ Belçika, 27.02.1980, Başvuru No:6903/75, para. 49.

⁴⁶⁷ GÖLCÜKLÜ, GÖZÜBÜYÜK, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, s.289; Hakansson-Sturesson/İsveç, 21.02.1990, Başvuru No:11855/8, para. 21.

⁴⁶⁸ Zana/Türkiye, 15.11.1997, Başvuru No:18954/91, para. 68-73.

anlamına gelmediğini, asıl yargılamanın yapıldığı mahkeme olan Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi önünde savunma yapmayı istemediği yönünde beyanının olmadığı, savunma hakkından vazgeçmenin ancak hiçbir tereddüte yer bırakmayacak biçimde dile getirilmesi halinde mümkün olduğunu belirterek Sözleşme'nin 6/1 ve 6/3-c maddelerinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır⁴⁶⁹.

Diğer yandan, suç isnadının esasının incelendiği yargılamalar kapsamında hürriyetinden yoksun bırakılan kişiler açısından daha katı gereklilikler gündeme gelebilir. Bu tip davalarda ulusal mahkeme öncelikle uyuşmazlığın niteliğini dikkate alarak kişinin mahkeme huzurunda bulunmasına ve bu konuda gerekçeli bir karar verilmesine ilişkin gerekliliği değerlendirmelidir. Sonrasında bu değerlendirme ile ulaşılan sonucun davanın ilgili tarafına bildirilmesi ve hürriyetinden yoksun bırakılmakta olan kişinin duruşma salonunda hazır bulunmamasının ortaya çıkaracağı engel ve dezavantajı giderecek usul tedbirlerinin alınması gerekir⁴⁷⁰.

AIHM, temyiz ya da istinaf mahkemelerinde sanığın duruşmada hazır bulunması ilkesinin uygulanmasında katı bir görüşe sahip değildir. Eğer temyiz mahkemesi incelemeyi sadece davanın hukuki yönüne ilişkin, yani usul kuralları bakımından yapıyorsa sanığın duruşmada hazır bulunması zorunlu değildir. Ancak temyiz mahkemesi yargılamayı ve verilen kararı hukuki yönü ile birlikte esas bakımından da değerlendiriyorsa sanık duruşmada hazır bulunmalıdır⁴⁷¹.

AIHM'in yüz yüzelik ilkesi doğrultusunda video-konferans sistemi ile duruşmaya katılmayı değerlendirdiği *Viola/İtalya*⁴⁷² kararı diğer kararlarına da temel teşkil etmektedir. Başvurucu Marcello Viola, hakkında görülen ceza davasında istinaf aşamasında tutuklu olarak ceza evinde bulunmasına rağmen istinaf mahkemesinde yapılan üç duruşmaya getirilmemiş, kendi talebi ve rızası olmaksızın video konferans(işitsel ve görsel sistemler kullanılarak) yoluyla bu duruşmalara katılmıştır. Başvurucu istinaf mahkemesi kararının usul yönünden hukuka aykırı

⁴⁶⁹ YILDIRIM, a.g.m., s. 92.

⁴⁷⁰ Yevdokimov ve diğerleri/Rusya, 16.02.2016, Başvuru No: 27236/05 vd., para. 48-53; Chepinoga ve diğerleri/Rusya, 06.07.2017, Başvuru No: 48836/09 vd., para. 7; Gordeyev ve diğerleri/Rusya, 06.07.2017, Başvuru No: 61662/13 vd. para.7.

⁴⁷¹ YILDIRIM, a.g.m., s. 92, ÜNAL, a.g.e., s.177-179.

⁴⁷² Marcello Viola/İtalya, 05.10.2006, Başvuru No:45106/04.

olduğu iddiası ile temyiz başvurusunda bulunmuştur. Yüksek Mahkeme (Yargıtay) başvurucunun temyiz talebini reddetmiştir. AİHM önüne gelen davada Hükümet, “adil yargılanma hakkı ile ilgili tüm koşulların sağlandığı, sanığın tutuklu bulunduğu yerde duruşmaya katılmasına izin veren gelişmiş bir teknik alet olan ve önemli gecikmelerin önüne geçen video konferans sisteminin sanığın duruşmalara etkili bir şekilde katılımını sağladığını” belirtmiştir⁴⁷³. “Sanığın aynı tarihlerde farklı mahkemelerde davaları da görülmektedir. Hükümet, başvurucunun, yargılama sürecine zarar vermeyecek şekilde yargılamaya katılımını sağlayacak en iyi sistemin sesli ve görüntülü bağlantı usulü olduğu kanaatindedir. Ayrıca sanık müdafii duruşma salonunda bulunmakta ve dışarıdan üçüncü bir kişi tarafından herhangi bir dinleme teşebbüsüne karşı önlem alınmış bir telefon bağlantısı ile sanık avukatına danışabilme olanağına sahiptir ve müdafii, video konferans yapılan salona kendisinin yerine bir müdafii gönderebilir veya kendisi müvekkilinin yanında bulunarak duruşma salonunda savunma yapması için kendisi tarafından görevlendirilen bir müdafii de gönderebilmektedir”⁴⁷⁴. AİHM, “başvurucunun, müdafii ile üçüncü kişiler tarafından dinlenilmeden görüşme hakkı bulunduğunu, duruşma salonunda bulunan müdafiiye dışarıdan üçüncü bir kişi tarafından herhangi bir dinleme teşebbüsüne karşı önlem alınan telefon bağlantısı ile özel olarak danışabilme olanağına sahip olduğunu, başvuru müdafinin, müvekkilinin bulunduğu yerde hazır olma ve onunla mahremiyet içerisinde görüşme hakkının bulunduğunu” kabul ederek AİHS’nin 6. maddesinin ihlal edilmediği yönünde karar vermiştir⁴⁷⁵. Mahkeme ayrıca yargılamada makul sürenin gerekliliklerini⁴⁷⁶, “mevcut davada başvuru ya da avukatının ses ve ya görüntü sorunlarına ilişkin hususları temyiz yargılamasının hiçbir aşamasında gündeme getirmediklerini”⁴⁷⁷, “başvurucunun ikinci ceza yargılaması duruşmalarına video konferans yöntemiyle katılımının sağlanmasında savunmanın yargılamaya taraf diğer taraflara nazaran ciddi bir şekilde daha dezavantajlı bir konuma düşürülmediğini de belirtmiştir”⁴⁷⁸.

3.Kararın Açık Duruşmada Okunması

Yargılamada açıklığın son koşulu, davaları sonuçlandıran kararlarda da açıklığın sağlanmasıdır. Ancak bu kural mahkeme kararlarının her zaman ve mutlak

⁴⁷³ A.g.k., para.40.

⁴⁷⁴ Marcello Viola/İtalya, 05.10.2006, Başvuru No:45106/04, para.41.

⁴⁷⁵ A.g.k., para.75

⁴⁷⁶ A.g.k., para.72.

⁴⁷⁷ A.g.k., para.74.

⁴⁷⁸ A.g.k., para.76.

surette açık duruşmada okunması gerektiği anlamına gelmemekte olup sözleşmeye taraf devletler, sözü edilen kuralın kapsam ve amacına uygun olmak şartıyla, yargılama usulünün özelliklerini de dikkate alarak bu aleniyetin şeklini kendileri tayin edebilirler⁴⁷⁹. Diğer bir deyişle, kararların tebliğine ilişkin bir şekil şartı bulunmamaktadır. Örneğin ilgililerin karardan haberdar olması amacıyla kararın mahkeme kalemine bırakılması, kamu denetimini sağlayacak biçimde yayınlanması aleniyeti sağlamak için yeterli görülmüştür⁴⁸⁰. AİHM, ilk derece yargılamasında mahkemelerin kararlarını açık oturumda vererek okumuş olmaları nedeniyle, mahkeme kaleminde aleniyetin sağlanması koşuluyla, üst mahkemede okunarak açılmasına gerek bulunmadığını kararlaştırmıştır⁴⁸¹. *Werner/Avusturya*⁴⁸² kararında AİHM, başvurunun tazminat istemine ilişkin başvurunun ilk derece ve ikinci derece mahkemeleri tarafından reddedilmesine ilişkin kararın, hüküm duruşmalarında tefhim edilmemesini ihlal olarak değerlendirmiştir. Çünkü ilk derece ve istinaf mahkemelerinde kararların tam metnini mahkeme kaleminden almak her zaman mümkün olmamakta, bu izin mahkemelerin takdirinde bulunmaktadır⁴⁸³.

⁴⁷⁹ GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, s.290.

⁴⁸⁰ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s.366.

⁴⁸¹ DİNÇ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre Adil Yargılanma Hakkı*, s.114.

⁴⁸² *Werner/Avusturya*, 24.11.1997, Başvuru No:21835/93, para.57-58.

⁴⁸³ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s.368.

İKİNCİ BÖLÜM

SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ

I. SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİNİN TANIMI

A. Genel Olarak

Tarihsel süreç içerisinde tahkik sisteminden gelen Kıta Avrupası ülkelerinin uzunca bir süre *Magna Carta*'dan Amerikan Anayasası'na, birinci bölümde ayrıntılı olarak açıklanan “*due process of law*” ilkesinden “*fair trial*”a uzanan “teminatlar kültürüne” oldukça yabancı kaldıkları görülmektedir¹. “Silahların eşitliği” ilkesi de, tarafların hâkim önünde düelloya benzer şekilde çarpıştığı devirlerde ortaya çıkmış bir kavram ise de günümüzde her yargılamada aranan adaletin ayrılmaz bir unsuru olarak görülmektedir². Doktrinde, “silahların eşitliği”nin ne anlama geldiğine ilişkin çeşitli tanımlar olup Centel, “*silahların eşitliğinin, iddia ve savunma makamlarına tanınmış olan usul hukukuna ilişkin olanakların birbiriyle dengeli olması, var olan dengenin sanığın aleyhine bozulmaması olduğunu, olması gerekenin yetkilerin karşılıklı olması olduğunu, taraflar arasında eşitliğin ancak özel hukuk davalarında söz konusu olabileceğini*” öne sürmektedir³. Boşgelmez, “silahların eşitliği” ilkesinin yukarıda belirtildiğinin aksine, ele silah alınarak yapılan bir düello gibi düşünülmemesini, sadece sanığın aleyhine bir durum yaratılmaması olduğunu belirtmekte⁴, Donay, “*duruşmadaki tarafların birbirine karşı herhangi bir üstünlüklerinin olmaması ve birisine tanınmamış bir hakkın diğerine de tanınmamasını silahların eşitliği*” olarak

¹Fahri Gökçen TANER, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği**, 2.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 116.

² Vesile Sonay EVİK, “Ceza Ve Ceza Yargılaması Hukuk Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı,” **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Prof. Dr. Nurullah KUNTER’e Armağan, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2004, s.300.

³ Nur CENTEL, “Adil Yargılanma Hakkı ile Silahların Eşitliği Bağlamında Savcılık ve Savunma,” **Bir Adli Organ Olarak Savcılık**, Sempozyum 7-9 Temmuz 2006, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2006, s.189.

⁴ Aydın BOŞGELMEZ, **Adil Yargılanma Hakkı ile Silahların Eşitliği Bağlamında Ülkemizde Savcılık**, **Bir Adli Organ Olarak Savcılık**, Sempozyum 7-9 Temmuz 2006, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2006, s.243.

tanımlamakta⁵, Villiger, “savcı ve sanığın nihai kararın verileceği yargılamada taraf olarak kabul edildiklerini, iki tarafın da aynı seviyeye yerleştirilmiş olduğunu, birbirlerine karşı ve yargıç karşısında aynı hak ve yükümlülükler sahip olmasının silahların eşitliği” olduğunu söylemektedir⁶. Evik, Barile’nin tanımını benimsemekte, “mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler açısından taraflar arasında eşitliğin bulunması ve bu dengenin yargılamanın her aşamasında korunmasını silahların eşitliği” olarak tanımlanmaktadır⁷. İlke ile ilgili olarak en ayrıntılı biçimde tanım yapan Keyman ise ceza muhakemesinde “silahların eşitliği” ilkesinin gereğinin, iddia makamına tanınan yetkilerin, müdafîye de bunların karşı savını oluşturacak şekilde yetkilerin tanınması gerektiğini ortaya koyduğunu, bu bağlamda, “silahların eşitliği” ilkesinden anlaşılması gereken hususun, durumların dengesi olduğunu, bunun da yetkilerde eşitlik değil, karşılıklılık anlamını taşıdığını belirtmektedir⁸.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde “silahların eşitliği” şeklinde bir tanım olmayıp adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddenin 1. fıkrasındaki “...hakkaniyete uygun...” yargılama kavramı, Mahkemenin yorumları sonucunda “silahların eşitliği” ilkesinin hukuksal temelini oluşturmuştur⁹. İlk fıkrada yer alan ve yukarıda açıklanan teminatlar haricinde, “adil bir şekilde dinlenilme hakkı”ndan türeyen ve aralarında çalışma konumuz olan “silahların eşitliği” ilkesinin de bulunduğu, “çelişme ilkesi”, “gerekçeli karar hakkı”, “susma hakkı”, kendini suçlayıcı delil sunmaya zorlanamama hakkı”, “duruşmada hazır bulunma hakkı”, “duruşmaya etkili katılma hakkı”, “delil sunma hakkı”, doğrudan doğruyalık ilkesi” olarak sayılan zımni teminatlar da Mahkeme tarafından kabul edilmiştir¹⁰. Silahların eşitliği ilkesi ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önündeki davalarda ayrı bir önem kazanmaktadır. Çünkü Mahkeme, kamu otoritesinin üstünlüğünü daha da önemli hale getiren ayrıcalıklı hukuk anlayışından uzaklaşmış, bireysel hakların ön

⁵ Süheyl DONAY, **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s.45.

⁶ Mark VİLLİGER, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ’nin Bakış Açısıyla Savcı ve Silahların Eşitliği” **Bir Adli Organ Olarak Savcılık**, Sempozyum 7-9 Temmuz 2006, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2006.

⁷ Vesile Sonay EVİK, ag.e., s.300.

⁸ Selahattin KEYMAN, **Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık**, AÜHFY No:266, Ankara, 1970, s.51.

⁹ DİNÇ, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne göre Adil Yargılanma Hakkı**, s.132.

¹⁰ TANER, ag.e., s. 52.

plana çıkarıldığı özgürlükçü bir hukuk anlayışına yönelmiş, hukukun “baskın taraf” egemenliği yerine denge anlayışı öne çıkmıştır. Mahkeme çeşitli kararlarında bu dengeyi “eşitlik”, karşılıklılık”, “orantılılık” gibi sözcüklerle anlatmaya çalışmıştır¹¹. “Silahların eşitliği” ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından ilk kez *Ofner ve Hopfinger/Avusturya*¹² kararında ele alınmış, Komisyon bu kararında, adil yargılanmanın 6.maddenin 3.fıkrasında öngörülen hakların dışında da bazı hakları içerdiğini, sanık ve savcı arasında öngörülen “silahların eşitliği”nin, adil yargılanmadan söz edilebilmesi için zorunlu bir unsur olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, *De Haes ve Gijssels/Belçika* kararında, “bir davaya taraf olan herkesin karşı taraf karşısında kendisini önemli bir dezavantajlı konumda bırakmayacak şartlarda, iddialarını mahkemeye sunabilmesi için makul bir fırsata sahip olması gerektiğini” belirtmiştir¹³.

Mahkeme, önüne gelen her davadaki somut olayın özelliğine göre yargılamadaki işlemler konusunda değerlendirme yapmaktadır. “Silahların eşitliği” kavramı, AİHM tarafından daha sonra *Neumeister/Avusturya* kararında kullanılmış, ilkenin ilk anlaşılış biçimi “sanıklar ile iddia makamları arasında şekli usuli eşitlik” şeklinde iken¹⁴, sonrasında *Dombo Beheer/Hollanda*¹⁵ kararında Mahkeme, bu kavramı “(muhalefet halindeki özel menfaatleri içeren uyuşmazlıklarda), bir tarafı, davanın diğer tarafı karşısında nitelikli bir dezavantaj içine sokmayacak şartlar altında, her bir tarafın delilleri de dâhil olmak üzere, davasını ortaya koymak için

¹¹ DİNÇ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne göre Adil Yargılanma Hakkı*, s.132.

¹² Ofner ve Hopfinger, 05.04.1963, Başvuru No:524/59 ve 617/59.

¹³ MOLE, HARBY, a.g.e., s.40, De Haes ve Gijssels/Belçika, 24.02.1997, Başvuru No:19983/92, para. 53, aynı yönde tespitler için bkz. Olga Nazarenko/Rusya, 31.05.2016, Başvuru No: 3189/07, para. 37; Avotiņš/Letonya 25.02.2014, Başvuru No: 17502/07, para. 119; Gorraiz Lizarraga ve diğerleri/İspanya, 27.04.2004, Başvuru No: 62543/00, para. 56; Dombo Beheer B.V./Hollanda, 27.10.1993, 14448/88, para. 33; Özgür Keskin/Türkiye, 17.10.2017, Başvuru No: 12305/09, para. 32; C.M./İsviçre, 17.01.2017, Başvuru No: 7318/09, para. 38; Martinie/Fransa, 12.04.2006, Başvuru No: 58675/00, para. 46; Olga Nazarenko/Rusya, 31.05.2016, Başvuru No: 3189/07, para. 38; Ternovskis/Letonya, 29.04.2014, Başvuru No: 33637/02, para. 65; Larin/Rusya, 20.05.2010, Başvuru No: 15034/02, para. 35-36; Bartaia/Gürcistan, 26.07.2018, Başvuru No: 10978/06, para. 26, 28; Siwiec/Polonya, 03.07.2012, Başvuru No: 28095/08, para. 47; Krčmář ve diğerleri/Çek Cumhuriyeti, 03.03.2000, Başvuru No: 35376/97, para. 39; Lazarenko ve diğerleri/Ukrayna, 27.06.2017, Başvuru No: 70329/12 vd., para. 36; T.G./Hırvatistan, 11.07.2017, Başvuru No: 39701/14, para. 50; Letinčić/Hırvatistan, 03.05.2016, Başvuru No: 7183/11, para. 48.

¹⁴ Kai AMBOS, “AİHM ve Yargılama Hakları,” Çev. Yener ÜNVER, *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, Prof. Dr. Nurullah KUNTER’e Armağan, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2004, s.23.

¹⁵ Dombo Beheer/Hollanda, 27 Ekim 1993, Başvuru No:14448/88, para. 33.

makul bir olanağa sahip olması zorunluluğu” olarak tanımlamıştır¹⁶. *Condron/İngiltere*¹⁷ davasında AİHM, aynı tanımlı tekrarlamış, silahların eşitliği ilkesi “bir davaya taraf olan herkesin diğer taraf karşısında kendisini dezavantajlı konumda bırakmayacak koşullarda, iddialarını mahkemeye sunabilmesi için makul fırsata sahip olabilmesi” olarak tanımlanmıştır¹⁸. *Dombo Beheer/Hollanda* davasında, uyuşturucu suçundan yargılanan başvuranın, poliste susma hakkını kullanması nedeniyle, jüri tarafından duruşmayı yürüten yargıcın yönlendirmesiyle mahkûm edilmesi ihlal olarak değerlendirilmiştir. Halen Mahkeme “silahların eşitliği ilkesi”ne uyulup uyulmadığı hususunu değerlendirirken somut olayda şikâyet konusu yapılan eşitliğin, yargılamayı gerçekten adaletsiz kılıp kılmadığına bakmaktadır¹⁹. Mahkemeye göre, “silahların eşitliği” ilkesi, “*daha geniş içeriği olan adil yargılanma hakkı aracılığıyla, aynı zamanda ceza yargılamasının çelişmeli olma niteliğini de içermekte, gerek iddia makamı gerek savunma bakımından karşı tarafın öne sürdüğü kanıtlara ilişkin öğelerden ve gözlemlerden bilgi edinilmesini ve bunların tartışılmasını*” ifade etmektedir²⁰. Adil yargılanma kavramının demokratik toplumlarda halihazırda bulunduğu önemli yer, bir yandan bu hakkın pratik düşüncelere feda edilmesine engel olurken diğer yandan genel kuralı içeren Sözleşmenin 6. madde 1. fıkra hükmünün dar yorumlanmasına da engel teşkil etmektedir²¹.

¹⁶ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s.221; Neumeister/Avusturya, 27 Haziran 1968, Başvuru No:1936/63; Dombo Beheer B.V./Hollanda, 27.10.1993, Başvuru No:14448/88; T.G./Hırvatistan, 11.07.2017, Başvuru No: 39701/14, para. 50; Letinčić/Hırvatistan, 03.05.2016, Başvuru No: 7183/11, para. 48.

¹⁷ Condron/Birleşik Krallık, 2 Mayıs 2000, Başvuru No: 35718/97, para. 55-68.

¹⁸ Benzer tespitler için bkz. Avotiņš/Letonya, 25.02.2014, Başvuru No: 17502/07, para. 119; C.M./İsviçre, 17.01.2017, Başvuru No: 7318/09, para. 38; Martinie/Fransa, 12.04.2006, Başvuru No: 58675/00, para. 46; Olga Nazarenko/Rusya, 31.05.2016, Başvuru No: 3189/07, para. 38; Ternovskis/Letonya, 29.04.2014, Başvuru No: 33637/02, para. 65; Larin/Rusya, 20.05.2010, Başvuru No: 15034/02, para. 35-36; Bartaia/Gürcistan, 26.07.2018, Başvuru No: 10978/06, para.26.

¹⁹ Vesile Sonay EVİK, a.g.e., s.300; Feyyaz GÖLCÜKLÜ, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Adil Yargılama,” *AÜSBFD, İlhan Öztrak’a Armağan*, Ocak-Haziran 1994, C.49, N.1- 2, s.218; Kremzow/Avusturya, 21.09.1993, Başvuru No:12350/86, para. 75.

²⁰ Billur Yaltı SOYDAN, “İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı-III,” *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı 145, Ekim 2000, s.112; C.M./İsviçre, 17.01.2017, Başvuru No: 7318/09, para. 38; Martinie/Fransa, 12.04.2006, Başvuru No: 58675/00, para. 46; Olga Nazarenko/Rusya, 31.05.2016, Başvuru No: 3189/07, para. 38; Ternovskis/Letonya, 29.04.2014, Başvuru No: 33637/02, para. 65; Larin/Rusya, 20.05.2010, Başvuru No: 15034/02, para. 35-36; Bartaia/Gürcistan, 26.07.2018, Başvuru No: 10978/06, para. 26; T.G./Hırvatistan, 11.07.2017, Başvuru No: 39701/14, para. 50.

²¹ Kenan ÖZDEMİR, “Adil Yargılanma Hakkı ve Makul Süre” *Adalet Dergisi*, Ekim 1999, Sayı 1, s.1.

AİHM’ nin kararları yanında Avrupa Birliği Adalet Divanı da, 6. maddenin, demokratik yönetimin temel unsurlarından biri olan “hukukun üstünlüğü” ilkesini de içermekte olduğunu belirtmiştir²².

“Silahların eşitliği ilkesi”nin “adil yargılanma hakkı” bakımından üç temel etkisinin bulunduğu söylenebilir. Öncelikle devletin yargı işlevi, kişi lehine sınırlandırılmakta, yargının doğru ve adil bir şekilde işlevini yerine getirmesi sağlanmaktadır. Bu ilkenin uygulanması sayesinde, yargılamada yer alanların sadece bir nesne olmasının önüne geçilmekte ve yargılama sürecinde daha etkin olmaları sağlanmaktadır. Son olarak da, adil bir yargılamanın gerçekleştirilmesi sağlanmakta ve hukuka uygun bir yargılama yapılabilmesi temin edilmektedir²³.

AİHM’in “silahların eşitliği” konusundaki kararlarına genel olarak göz atacak olursak, Mahkeme *Stran Greek Refineries ve Stratis Andreadis/Yunanistan*²⁴ davasında, mahkemelerde görülmekte olan bir dava sonucunda verilecek kararı etkilemek ve değiştirmek amacıyla parlamentonun yeni bir yasa çıkarması halinde “silahların eşitliği” ilkesinin ihlal edilmiş olduğunu belirtmiştir²⁵.

*Borgers/Belçika*²⁶ davasında AİHM’ in tespitlerine göre, temyiz aşamasında davanın daire tarafından görüşülmesi esnasında Yargıtay Başsavcısı’nın hazır bulunması “silahların eşitliği” ilkesine aykırıdır. Mahkeme, *Kremzow/Avusturya*²⁷ davasında, bütün ceza ve hukuk davalarında, yargılamaya ilişkin sürelerin davanın tarafları için aynı olması gerektiğini vurgulamıştır. *Ankerl/İsviçre*²⁸ davasında verilen

²² Kenan ÖZDEMİR, a.g.m., s.1.

²³ Yaşar DEMİRCİOĞLU, **Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s.135.

²⁴ *Stran Greek Refineries ve Stratis Andreadis /Yunanistan*, 09.12.1994, Başvuru No:13427/87.

²⁵ *Arras ve diğerleri/İtalya*, 14.02.2012, Başvuru No: 17972/07, para. 43, *Ducret/Fransa*, 12.06.2007, Başvuru No: 40191/02, para. 33, AİHM, yargılama sürecine yönelik yasama müdahalesi çerçevesinde silahların eşitliği ilkesinin mutlak olmadığını ve bazı şartlar altında müdahalenin meşru görülebileceğini kabul etmektedir. Bunun için müdahalenin öngörülebilir nitelikte olması, yasama organının böyle bir müdahalede bulunmak için zorlayıcı bir kamu yararı gerekçesinin bulunması ve kanuni düzenlemenin taraflar arasında (“*inter partes*”) yargılama aşamasına geçilmeden yapılmış olması gerekir. Bu şartlardan en az birinin gerçekleşmemiş olması, müdahalenin hak ihlali olarak nitelendirilmesi için yeterlidir (*The National & Provincial Building Society, The Leeds Permanent Building Society And The Yorkshire Building Society/Birleşik Krallık*, 23.10.1997, Başvuru No: 21319/93, 21449/93, 21675/93, para. 112).

²⁶ *Borgers/Belçika*, 30.10.1991, Başvuru No:12005/86.

²⁷ *Kremzow/Avusturya*, 21.09.1993, Başvuru No:12350/86.

²⁸ *Ankerl/İsviçre*, 23.10.1996, Başvuru No:17748/91.

karara göre, tanıklar aynı koşullar altında dinlenmelidirler.

*Palchik/Ukrayna*²⁹ ve *Gryb/Ukrayna*³⁰ başvurularındaysa temyiz mahkemesindeki duruşmalarda savcının hazır bulunup mahkemenin hukuki görüşünü etkileyebilecek sözlü açıklamalarda bulunabilmesine rağmen aynı imkânın sanığa sağlanmamasının “silahların eşitliği” ilkesini ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır³¹. *AİHM Zahirović/Hırvatistan*³² başvurusunda ise iddia makamı tarafından sunulan iddiaların içeriği ile ilgili olarak, “silahların eşitliği” ilkesinin prosedürel bir eşitsizlikten kaynaklanan ölçülebilir adaletsizliğe bağlı olmadığını yinelemiştir. AİHM’e göre bir iddianın karşılamaya değer olup olmadığına karar vermek savunmanın işi olup savcının savunmanın bilgisi dışında mahkemeye görüş bildirmesi adil değildir³³.

AİHM, *Slimane-Kaid/Fransa*³⁴ davasında, raportör hakim tarafından hazırlanan raporun Yargıtay Cumhuriyet Savcısı’na gönderilmesine rağmen, başvuru tarafa gönderilmemesini “silahların eşitliği” ilkesine aykırı bulmuştur.

*De Haes and Gijssels/Belçika*³⁵ davasında, “başvurucu gazetecilerin gazetede yayınlanan makaleleri nedeniyle bazı yargı mensuplarınca kendilerine karşı açılan hukuk davasında, başvuruçuların asılsız iddialarda bulunarak küçük düşürücü yayın yaptıkları iddia edilmiştir. Başvuruçular yazdıkları makalelerdeki bilgilerin ve yorumların bazı mahkeme dosyalarında bulunan uzman raporlarına dayandığını savunmuşlar ve bu belgelerin mahkeme tarafından istenmesini ve incelenmesini talep etmişlerdir. Fakat bu talep gerek ilk derece mahkemesi gerekse istinaf mahkemesi tarafından reddedilmiştir. AİHM’e göre, bu talebin reddedilmesi

²⁹ *Palchik/Ukrayna*, 02.03.2017, Başvuru No: 16980/06.

³⁰ *Gryb/Ukrayna*, 14.12.2017, Başvuru No: 65078/10.

³¹ *Palchik/Ukrayna*, 02.03.2017, Başvuru No: 16980/06, para. 31-33; *Gryb/Ukrayna*, 14.12.2017, Başvuru No: 65078/10, para. 37-39; *Kuzmina/Ukrayna*, 16.06.2016, Başvuru No: 11984/06, para. 14; *Loboda/Ukrayna*, 17.11.2016, Başvuru No: 8865/06, para. 48-52; *Sukhanov/Ukrayna*, 05.10.2017, Başvuru No: 32598/07, para. 34-35; *Chopenko/Ukrayna*, 15.01.2015, Başvuru No: 17735/06, para. 65; *Zhuk/Ukrayna*, 21.10.2010, Başvuru No: 45783/05, para. 29-35; *Korobov/Ukrayna*, 21.07.2011, Başvuru No: 39598/03, para. 92; *Radchenko/Ukrayna*, 01.02.2018, Başvuru No: 39555/07, para. 28.

³² *Zahirović/Hırvatistan*, 25.04.2013, Başvuru No: 58590/11.

³³ *Zahirović/Hırvatistan*, 25.04.2013, Başvuru No: 58590/11, para. 43; *Sukhanov/Ukrayna*, 05.10.2017, Başvuru No: 32598/07, para. 33.

³⁴ *Slimane-Kaid/Fransa*, 25.01.2000, Başvuru No: 29507/95.

³⁵ *De Haes and Gijssels/Belçika*, 24.02.1997, Başvuru No: 19983/92.

gazetecileri davacılar karşısında nitelikli bir dezavantaj içine sokmuştur”³⁶ ve bu nedenle “silahların eşitliği ilkesi” ihlal edilmiştir. Yine, eğer taraflardan birinin davadaki anlatımlarını ve görüşlerini sunması sınırlanıyor ve genel bir gerekçe ile kendisini ifade etmesine izin veriliyor, bu şekilde de diğer taraf bakımından bu anlatım ve gerekçelere karşı etkili bir biçimde muhalefet etme olanağı ortadan kalkıyorsa bu halde de “silahların eşitliği” ihlalinden söz edilebilecektir³⁷.

B. İlkenin Öznesi

Sözleşme’nin 6.maddesi 1. fıkrası 1. cümlesinde “*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.*” hükmüne yer verilmiştir.

Bu ibareden anlaşılan Sözleşme’nin 6.maddesi kapsamında sağlanan güvenceleri gerek gerçek ve gerek tüzel kişiler ve kişi topluluklarının ileri sürebileceğidir. Taraf yargılamasının söz konusu olduğu uyuşmazlıklara ilişkin davalarda, davanın tarafları (davacı, davalı, katılan) bu hakkı ileri sürebilir. Ceza yargılamasında ise kendisine karşı suçlamada bulunulan kişi, Sözleşme’nin 6. maddesine dayanabilir. Her ne kadar madde 6/3’te açıkça sanık terimi kullanılmamışsa da, “cezai alanda kendisine yöneltilen suçlama” teriminin de sanığı ifade etmek için kullanıldığından şüphe etmemek gerekir³⁸. Ancak mağdur, tanık, bilirkişi veya katılanın böyle bir hakkı kullanması mümkün değildir³⁹.

“Silahların eşitliği ilkesi” de, Sözleşme’nin 6. maddesinin getirmiş olduğu güvencelerden biri olduğuna göre, ancak maddede belirtilen kişiler bu haklarının ihlal edildiğini öne sürebilecektir.

³⁶ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s.222, Adem ÇELİK, a.g.m., s.306-307.

³⁷ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s.222.

³⁸ Süheyl DONAY, *İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s.22.

³⁹ TEZCAN, ERDEM, SANCAKDAR, a.g.e., s. 311-312.

C. Uygulanma Alanı

1.Özel Hukuk Uyuşmazlıklarında Medeni Hak ve Yükümlülükler

Sözleşme'nin 6.maddesinin 2. ve 3. fıkralarının medeni nitelikteki hak ve yükümlülükler bakımından uygulanıp uygulanamayacağı tartışma konusudur. Yukarıda Silahların Eşitliği İlkesinin Tanımı bölümünde, genel açıklamalarda ayrıntılı olarak belirtildiği üzere, öğretide birçok yazar Sözleşme'nin 6. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında yer alan hakların sadece ceza davalarında söz konusu olabileceğini savunmaktadır. Bu görüşün gerekçesi 6. maddenin 2. ve 3. fıkra metinlerinde açıkça kendisine bir suç isnat edilen kişiden bahsetmesidir. Diğer görüş ise 6. maddenin 1. fıkrasında yer alan “adil” ibaresinin dar bir kapsamı olduğunu, yani birbirini tamamladıklarını belirtmesinden hareketle, 6.maddenin 3. fıkrasının normun metninde yazılı olanın aksine, 3. fıkroda yer alan hakların, medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklarda yargılamaya katılanlar için de gerekli uyarlamalar yapılarak uygulanabileceğini savunmaktadır⁴⁰.

Sözleşme'nin 6. maddesi tümüyle ele alındığında, “silahların eşitliği”nin tüm muhakeme alanlarında geçerli olması gerekmektedir. Adil yargılanma hakkının kapsamında olduğu gibi, medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklarda da “silahların eşitliği” ilkesinin aranması gerekir. Nitekim AİHM de “adil duruşma” kavramının doğasında bulunan gerekliliklerin medeni hak ve yükümlülüklerin belirlenmesi ile ilgili davalarda, cezai alanda bir suç isnadının esasına ilişkin davalardakiler ile aynı olmadığını, bu durumun medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davalar bakımından cezai nitelikteki uyuşmazlıklara uygulanan 6. maddenin 2 ve 3. fıkraları gibi ayrıntılı hükümlere verilmemiş olması ile kendini belli ettiğini, bu hükümlerin ceza hukukunun katı sınırları dışında belirli bir ilgisi olmasına rağmen sözleşmecî devletlerin, medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili hukuk davalarını ele alırken sahip oldukları takdir alanının, cezai alandakilerden daha geniş olduğunu, bununla birlikte, medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davalarda “adil duruşma” kavramına ilişkin bazı ilkelerin AİHM'in içtihadından doğduğunu, mevcut başvuru bakımından en önemli ilke olan “silahların eşitliği”nin taraflar arasında “adil bir

⁴⁰ Tartışmalar için bkz. sf. 116-117.

denge” anlamında, ilke olarak bu gibi davalara ve ceza davalarına uygulanması gerektiğini kabul etmektedir⁴¹.

Medeni hak ve yükümlülüklerin neler olduğu Adil Yargılanma Hakkı bölümünde ayrıntılı olarak açıklandığından tekrar yer verilmeyecektir.

Mahkeme de bir özel hukuk davasına ilişkin olan *Dombo Beheer BV/Hollanda*⁴² kararında, “silahların eşitliği” ilkesinin uygulanması gerektiğini belirtmiş ve ilkeyi “*davanın bir tarafını davanın diğer tarafı karşısında ağır bir dezavantaj içine sokmamak için davadaki her iki tarafa delilleri de dâhil olmak üzere, davasını ortaya koymak için makul bir olanağın sağlanması*” şeklinde tanımlamıştır.

2.Cezai Alanda Yöneltilen Suçlama

Hukuk davalarında taraflar baştan itibaren ve her konuda eşitlik içinde olmalarına rağmen, ceza davalarında sanık statüsünde olan kişinin, savcı ile başlangıçtan itibaren tam bir eşitlik içinde olduğunu ileri sürmek olanaksızdır⁴³. Zaten Sözleşme’nin 6. madde 2 ve 3. fıkralarında açıkça kendisine suç isnad edilen kişi ve sanıktan bahsedilmekte, 3. fıkra da belirtilen asgari haklardan bu kişilerin yararlanabileceği belirtilmektedir. Dolayısıyla “silahların eşitliği” ilkesinin ceza muhakemesi alanında uygulanmasına ilişkin gerek öğretide, gerek uygulamada bir tartışma veya çelişki bulunmamaktadır⁴⁴.

Sözleşme’nin 6. maddesi 2. fıkrasında belirtilen “bir suç ile itham edilen”

⁴¹Dombo Beheer BV/Hollanda, 27.10.1993, Başvuru No: 14448/88, para. 32-33; Gillisen/Hollanda, 15.03.2016, Başvuru No: 39966/09, para. 50.

⁴² Dombo Beheer BV/Hollanda, 27.01.1993, Başvuru No:14448/88

⁴³ Süheyl DONAY, **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s.46.

⁴⁴ Anayasa Mahkemesi “suç isnadı” kavramını AİHM ile paralel olarak iç hukuktaki nitelemeden bağımsız otonom bir kavram olarak yorumlamış ve bu çerçevede kabahat eylemlerine ilişkin soruşturmaları da adil yargılanma hakkı kapsamında mütalaa etmiştir (Bkz. Remzi Durmaz, 02.10.2013, Başvuru No: 2013/1718, para. 26; Karlis A.Ş., 15.04.2014, Başvuru No: 2013/849, para. 23). Diğer yandan Anayasa Mahkemesi iddianamenin değerlendirilmesi aşamasında iddianamenin tebliğ edilmemesi (Sertaç Kılıçarslan, 18.02.2016, Başvuru No: 2013/7090, para. 97) ve yargı yeri belirlenmesi sürecinde Yargıtay Cumhuriyet savcısı görüşünün davanın taraflara bildirilmemesi (Sertaç Kılıçarslan, 18.02.2016, Başvuru No: 2013/7090, para. 119) şikayetlerini, yargılamaların anılan aşamalarının “cezai alanda ... yöneltilen suçlamaların esası konusunda” herhangi bir inceleme yapılmadığı gerekçesiyle AİHS’nin 6. Maddesinin kapsamı dışında değerlendirmiştir.

kavramının ne olduğu 27.02.1980 tarihli *Deweer/Belçika*⁴⁵ kararıyla tanımlanmıştır. Buna göre, kişinin kendisine yöneltilen “bir suç ile itham edilen” terimi; kişiye, cezai bir fiil işlediğine dair bir iddianın yetkili makamlar tarafından bildirilmesidir⁴⁶. Bu kavram, Adil Yargılanma Hakkı bölümünde ayrıntılı olarak açıklanmış olup “silahların eşitliği” ilkesi, ceza muhakemesinde geniş olarak yorumlanmakta ve kendisine suç isnad edilen her kişi bakımından yargılama sırasında gözetilmesi gerekmektedir. Sanığa tanınması gerekli asgari haklar sınırlı sayıda sayılmış olup bunları kesin bir kurala bağlamak, komisyon ve Mahkeme kararları bakımından imkânsızdır. Mahkeme, her somut olayı ve özelliklerini göz önünde alarak bir değerlendirme yapmaktadır⁴⁷.

3. İdari Davalarda Hak ve Yükümlülükler

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, adil yargılanmaya ilişkin güvence ve ölçütlerini yerine getirmeleri koşulu ile ulusal mahkemelerde iç hukuka göre yapılan görev bölümünü çok fazla önemsememekte, ulusal düzeyde uygulanacak yasalar ile uyumsuzluğun hukuk veya idare mahkemelerinden hangisi tarafından sonuçlandırıldığı konusunda bir değerlendirme yapmamaktadır. Ayrıca dava konusunun kararlaştırılmasında belirleyici niteliğe sahip olan yasanın türü(medeni, ticari, idari hukuk vb.) de belirleyici sayılmaz⁴⁸. Dolayısıyla uyumsuzluğa konu hak ya da yükümlülüğün iç hukukta ne şekilde düzenlenmiş olduğu ve nasıl nitelendirildiği belirleyici değildir.

Türkiye’de idari yargının görev alanına giren imar planları, imar uygulamaları, kamulaştırma kararları, idari sözleşmelerden kaynaklanan uyumsuzluklar gibi birçok konu Mahkeme tarafından “medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili niza...” kapsamında ele alınmaktadır⁴⁹. Mahkeme için önemli olan

⁴⁵ Deweer/Belçika, 27.02.1980, 6903/75, para.46.

⁴⁶ Hans-Meyer LADEWIG, “Adil Yargılanma Hakkı I” Çev.Özlem YENERER/ÇAKMUT, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Prof. Dr. Nurullah KUNTER’e Armağan, s. 250; ÜNAL, a.g.e., s.167; TEZCAN, ERDEM, SANCAKDAR, a.g.e., s. 322.

⁴⁷ Süheyl DONAY, **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s.47; Pakelli/Almanya, 25.04.1983, Başvuru No:8398/78; Brandstetter/Avusturya, 28.08.1991, Başvuru No:11170/84, 12876/87, 13468/87; Borgers/Belçika, 30.10.1991, Başvuru No:120005/86.

⁴⁸ KAŞIKARA, a.g.e., s.99; Ringeisen/Avusturya, 16.07.1971, Başvuru No:2614/65.

⁴⁹ DİNÇ, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne göre Adil Yargılanma Hakkı**, s.169.

uyuşmazlıkların çözümsüz bırakılmaması ve davaların görülmesi esnasında, her somut olaya göre değerlendirdiği “silahların eşitliği” ilkesinin taraflar hakkında uygulanmasıdır. Uyuşmazlığın yargı yerine götürülememesi ve çözümsüz kalması ise yargı yerine erişim hakkını ihlal etmekte olup “silahların eşitliği”nin ihlalinden farklı bir durumdur. Ulusal mahkemelerin kuruluşu ve işleyişi ise adil yargılanma hakkı kapsamında Mahkeme tarafından ayrıca değerlendirilir.

II. ADİL YARGILANMA HAKKI VE SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİNİN BAĞLANTISI

A.Silahların Eşitliği İlkesi ve Hakkaniyete Uygun Dinlenilme İlkesi

Hukuki dinlenilme hakkı olarak da adlandırılan, “hakkaniyete uygun dinlenilme hakkı”, “silahların eşitliği ilkesi” ile doğrudan bağlantılı olup adil bir yargılamada tarafların karşılıklı olarak dinlenilmesini gerektirmektedir⁵⁰. Gerek ceza usul hukukunda, gerek medeni usul hukukunda tanınması gereken bir hak, diğer bir deyişle de uygulanması gereken bir ilkedir. Çünkü “hukuki dinlenilme hakkı”, insan onuru kavramı ile doğrudan bağlantılı olarak bireyi hukukun etkin bir öznesi haline getirmekte, yargılama sonucunda adil bir karar verilmesini sağlamaktadır. hakkaniyete uygun dinlenilme ilkesi, temel hakların uygulamada etkin olarak kullanılmasını ve korunmasını sağlamaktadır.

Hukuki dinlenilme hakkı olmadan yargılamanın tarafları arasında tam bir eşitliğin ve nesnelliğin olduğundan söz edilemez. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun, usulüne uygun olarak taraf teşkil edilmeden davanın karara bağlanamayacağını düzenleyen 73. maddesi ile medeni usul hukukunda “hukuki dinlenilme hakkı” açıkça kabul edilmiş, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 27. maddesinde ise daha ayrıntılı bir düzenleme yapılmış ve “hukuki dinlenilme hakkı” başlığı altında düzenlenmiştir⁵¹. Bu hak da sözleşme ve anayasa kuralları gereği temel bir hak olarak tanınmıştır⁵².

“Hukuki dinlenilme hakkı”nın üç temel unsuru bulunmakta olup bunlar, bilgilendirme, açıklama ve dikkate alınma hakkıdır. Öncelikle hak sahibinin kendisi ile ilgili yargılama konusu ve yargılamanın içeriği hakkında yeterli bilgi sahibi olması sağlanmalı, tarafın bilgisinin olmadığı işlemler, belge ve bilgiler yargılamada kullanılmamalı ve hükme esas alınmamalıdır. Taraf olan kişiler dosya içerisinde bulunan ve yargılamayı etkileyen her şeyden haberdar olabilmeli, gerek şeklen gerekse esas olarak

⁵⁰ Gülnur ERDOĞAN, a.g.e., s.151.

⁵¹ “Hukuki dinlenilme hakkı

MADDE 27- (1) Davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler.

(2) Bu hak;

a) Yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını,

b) Açıklama ve ispat hakkını,

c) Mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini, içerir.”

⁵² Gülnur ERDOĞAN, a.g.e., s.152.

bilgilenme hakkına riayet edilmeli, yapılacak tebligatlar ve duruşmaya davetler usul kurallarına uyularak yapılmalı⁵³, hakkında dava açılan kişi durumdan haberdar edilmeli⁵⁴, usul kurallarına uyulmaksızın yapılacak işlemlerin herhanbi bir sonuç doğurmayacağı unutulmamalıdır. Dosyanın korunması ve yargılamanın sağlıklı olarak yürütülmesi için gerekli olabilecek sınırlamalar bilgilenme hakkını ortadan kaldırıcı nitelikte olmamalıdır.

Tarafların bilgilendikleri hususlarda açıklama yapabilmeleri de mümkün olmalıdır. Yargılama işlemine konu olan tüm olaylar, bu olayların ispatına yönelik bilgi ve belgeler, hukuki sebepler açıklama hakkının kapsamı içerisindedir. Tabii ki tüm haklar gibi bu hakkın da sınırsız olmadığı ve konuyla ilgisi olmayan tüm açıklamaları kapsamadığı ortadadır. Önemli olan açıklama hakkını yok edecek veya anlamsız kılacak sınırlamaların olmamasıdır. Örneğin, iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı ile delillerin gösterilmesi hususunda getirilen sınırlamalar açıklama hakkına aykırılık olarak öne sürülemez. Usul kuralları ile yargılama düzenine getirilen sınırlamalar da açıklama hakkına zarar vermez. Örneğin sözlü yargılama ve duruşma yapılması gerekli görülmeyen hallerde, delillerin yazılı olarak sunulabilmesi, dilekçe ve yazılı beyanlar ile iddia ve savunmaların mahkeme huzuruna getirilebilmesi, dosya üzerinden karar verilebilmesi açıklama hakkının kullanılmasına engel olmayan durumlardır. Ayrıca önemli olan açıklama hakkının kullanılması için gerekli düzenlemelerin yapılmış ve ortamın sağlanmış olmasıdır. Taraflar bu hakkı kullanıp kullanmamak konusunda serbest olup bu haktan feragat etmeleri de mümkündür⁵⁵.

*Liatukas/litvanya*⁵⁶ başvurusunda, miras davasında usul kurallarına aykırı olan bir temyiz başvurusunun, başvuruçunun zararına olacak şekilde kabul edildiği ve bu nedenle “silahların eşitliği ilkesi”nin ihlal edildiği iddiasını incelemiştir. AİHM, öncelikle başvuruçuyu ve hükümet arasında temyiz başvurusunun kabul edilmesinin usul kurallarına aykırı olduğu konusunda bir çekişme olmadığını, diğer yandan temyiz mahkemesinin temyiz başvurusundaki usul eksikliklerinden bahsetmeksizin ve incelemede kamu yararı olması veya başka bir sebebe dayanmaksızın işin esasını tartışmasının, temyiz mahkemesinin temyiz talebinin esasını incelememesini gerektiren sebeplerin farkında olmadığını gösterdiğini tespit etmiştir⁵⁷. Bu noktada AİHM, belirgin bir takdir hatası veya çok açık bir keyfilik söz konusu olmadıkça ulusal mahkemelerin hukuk kurallarını doğru uygulayıp uygulamadıklarını denetlemek gibi bir görevi olmadığına dair önceki içtihatlarını hatırlatmıştır⁵⁸. Sonuç itibarıyla AİHM

⁵³ Atakishiyeva ve diğerleri/Rusya, 30.11.2017, Başvuru No: 37923/12, para. 8-10; Kolegovy/Rusya, 01.03.2012, Başvuru No: 15226/05, para. 42; Babunidze/Rusya, 15.05.2007, Başvuru No: 3040/03, kişilerin de ulusal mahkemelerce gönderilebilecek tebligatları kabul etme konusunda gerekli tedbirleri alma yükümlülükleri bulunduğu yönünden bkz. Perihan ve Mezopotamya Basın Yayın A.Ş./Türkiye, 21.01.2014, Başvuru No: 21377/03, para. 38, Boyko/Ukrayna (dec.), 23.10.2007, Başvuru No: 17382/04; Darnay/Macaristan, 16.04.1998, Başvuru No: 36524/97, ayrıca bkz. Gankin ve diğerleri/Rusya, 31.05.2016, Başvuru No: 2430/06 vd., para. 41-42; Mikryukov ve diğerleri/Rusya, 30.11.2017, Başvuru No: 11930/11 vd. para.9.

⁵⁴ Özgür Keskin/Türkiye, 17.10.2017, Başvuru No: 12305/09, para. 32.

⁵⁵ Muhammet ÖZEKES, “Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Hakkın Bazı Güncel Sorunları,” **Adil Yargılanma Hakkı**, Nergiz Yayınları, İstanbul, 2004, s.266.

⁵⁶ Liatukas/Litvanya, 24.01.2017, Başvuru No: 27376/11.

⁵⁷ Liatukas/Litvanya, 24.01.2017, Başvuru No: 27376/11, para. 33.

⁵⁸ Liatukas/Litvanya, 24.01.2017, Başvuru No: 27376/11, para. 34.

başvurucuya cevap hakkı tanınmış olmasının, önceki usul hatasını dengelediğini ve bu nedenle “silahların eşitliği ilkesi”ne saygı gösterilmediği iddiasının temelsiz olduğunu, bunun dışında eldeki mevcut verilere göre medeni yargılamanın başka bir nedenle adil olmadığı sonucuna ulaştıracak bir sebep bulunmadığını, yapılan usul hatasının bir bütün olarak yargılamayı keyfi veya adaletsiz kılmadığını, usul hatasının sonuçlarının başvurunun temyiz başvurusunda haberdar olması ve görüşlerini sunabilmesi için yeterli fırsatların sunulması ile dengelendiğini ifade ederek, “silahların eşitliği ilkesi”nin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır⁵⁹.

“Hukuki dinlenilme hakkı”, mutlak surette fiziksel olarak mahkeme huzurunda bulunmayı gerektirmez. Video-konferans(Türkiye’deki adıyla “segbis”) vb. çözümler, kişinin duruşmada fiziken hazır bulunmasının yerini alabilecek alternatif çözümler olarak kabul edilebilir⁶⁰. SEGBİS konusu özellikle ceza yargılamasındaki yüz yüzelik ilkesi ile de doğrudan bağlantılı olduğundan bu bölüm içerisinde ayrıntılı olarak değerlendirilmiştir⁶¹.

Son olarak da tarafların açıklamaları yargı organları tarafından bütünüyle dikkate alınıp değerlendirilmelidir. Bu husus, yargı organları için mutlak bir yükümlülüktür. Dikkate alınma hakkı olarak isimlendirilen bu durum somut olarak kararların gerekçelerinde ortaya çıkar. Her olay kendine özgüdür ve dolayısıyla her olaydaki yargılama özneleri de birbirinden farklı olup bunların ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Her olay için aynı şekil ve görünüşte oluşturulacak gerekçeler, yargı organlarının gerçek bir yargılama yapmadıklarını, peşinen bir karar verdiklerini gösterir. Yine heyet halinde karar veren mehkemelerde her üyenin ayrı bir değerlendirme yapması, bu değerlendirmenin gerekçeye ortak bir kanaat olarak yansması gerekir⁶². Gerekçeler tarafların iddia ve savunmalarını tartışarak sonuçta bu tez ve karşı tezleri karşılayacak şekil ve içerikte olmalıdır.

Silahların eşitliği ilkesi, 6. maddenin 1. fıkrasında düzenlenmiş olan adil yargılanma hakkının tamamlayıcı bir parçası olarak kabul edildiğinden ve aynı zamanda eşitlik ilkesinin özel bir şeklini oluşturduğundan, silahların eşitliği ilkesi davanın her bir tarafına, karşı tarafın aleyhine sonuç doğurmama şartıyla kendi olgularını, iddialarını kanıtlarıyla birlikte mahkemeye sunma olanağı verilmesi gerektiğini ifade eder⁶³. Bu nedenle, birbirlerinin karşısında yer alan tarafların hem usul hukuku hem de açıklanan haklar açısından, kural olarak eşit konumda olmaları sağlanmalıdır.

⁵⁹ Liatukas/Litvanya, 24.01.2017, Başvuru No: 27376/11, para. 35.

⁶⁰ Vladimir Vasilyev/Rusya, 10.01.2012, Başvuru No: 28370/05, para.81-90.

⁶¹ Türkiye’de video-konferans yönteminin kullanılması ve SEGBİS konusunda ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. Fahri Gökçen TANER-Akif YILDIRIM, “Suç İsnadına Veya Medeni Hak Ve Yükümlülüklerle İlişkin Uyuşmazlıklarda Duruşmaya Video Konferans Yöntemiyle Uzaktan Katılma”, **AÜHF Dergisi**, Cilt 70, sayı: 1, 2021, s. 229-293

⁶² ÖZEKES, a.g.m., s.267.

⁶³ Dombo Beheer BV/Hollanda, 27.01.1993, Başvuru No:14448/88, para. 34-35; Ankerl/İsviçre, 23.10.1996, Başvuru No:17748/91, para.

Silahların eşitliği bakımından, karşı tarafın, kendi iddia ve delillerini sunma hakkından fiilen yararlanıp yararlanmadığı önemli değildir. Önemli olan husus, bu olanağın karşı tarafa da tanınmış ve kullanılabilir olup olmadığıdır.

B. Silahların Eşitliği İlkesi ve Çelişmeli Yargılama İlkesi

Çelişmeli yargılama ilkesi, “dava sırasında tarafların, ulusal mahkemenin vereceği kararı etkilemek maksadıyla mahkemeye sunulan tüm delil ve mütalaalar ya da görüşlerin her biri hakkında bilgi sahibi olması ve bunlar hakkında yorum yapma olanağına sahip olmasıdır”⁶⁴.

Bu suretle yargılamanın tüm özneleri birbirlerinin fikirlerini öğrenecekler, konu hakkında birlikte düşünebileceklerdir. Çelişme, bir çekişme, mücadele, çelişiklik anlamı taşımayıp bir fikir alışverişi, bilimsel toplantı, görüşlerin karşılıklı iki veya daha fazla kişi tarafından ortaya konmasıdır⁶⁵.

Çelişmeli yargılama ilkesi, dava dosyasına giren her türlü mütalaanın diğer tarafların bilgisine sunulması ve yorum yapma imkânına sahip olmalarını, ayrıca delillerin de davanın taraflarının bilgisine sunulmasını içerir⁶⁶.

Bu ilke, ilk derece mahkemesi tarafından kanun yoluna başvurulmuş üst derece mahkemesine gönderdiği bilgi ve belgeler için geçerli olduğu gibi⁶⁷, ulusal hukuk sisteminde, yargılamada yer alan başka bir bağımsız üye tarafından verilecek kararı etkilemek için verilen mütalaalar ve bildirilen görüşler için de geçerlidir. Örneğin, temyiz aşamasında, savcının mahkemeye sunduğu tebliğnamelerin karşı tarafa tebliği de çelişmeli yargılama ilkesinin bir gereğidir⁶⁸.

⁶⁴ Ruiz Mateos/İspanya, 23.06.1993, Başvuru No:18390/91; Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılama İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu**, TÜSİAD yayınları, İstanbul, 2003, s. 81; İNCEOĞLU, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılama Hakkı**, s. 249; Christoph GRABENWARTER, Çev. Osman CAN, “Yargılama Güvenceleri-Adil Yargılama Hakkı(İHAS Md.6)”, **Adil Yargılama Hakkı ve Ceza Hukuku- Prof. Dr. Nurullah KUNTER’e Armağan**, s. 215; Nideröst-Huber/İsviçre, 18.02.1997, Başvuru No: 18990/91, para. 24; Özgür Keskin/Türkiye, 17.10.2017, Başvuru No: 12305/09, para. 32; T.G./Hırvatistan, 11.07.2017, Başvuru No: 39701/14, para. 51.

⁶⁵ Vesile Sonay EVİK, a.g.e., s.301.

⁶⁶ Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği, a.g.e., s. 81; Van Orshoven/Belçika, 25.06.1997, Başvuru No: 20122/92; Bulut/Avusturya, 22.2.1996, Başvuru No: 17358/90.

⁶⁷ Nideröst-Huber/İsviçre, 18.02.1997, Başvuru No: 18990/91, para. 24.

⁶⁸ Göç/Türkiye, 09.11.2000, Başvuru No: 36590/97; Çolak ve Kasımoğulları/Türkiye, para. 31.

Çelişmeli yargılama ilkesi, “silahların eşitliği” ilkesi ile yakından ilişkili olup her iki ilke, AİHM kararlarında birbirini tamamlar nitelikte kullanılmakta, uyulmaması halinde savunma hakkı bakımından taraflar arasındaki dengenin bozulacağı öngörülmektedir⁶⁹.

Bu ilkeler hem ceza yargılamasında hem de hukuk yargılamasında uygulanır. Çelişmeli yargılamanın bir yönü ceza davalarında, 6. madde 3. fıkrada yer alan bazı özel güvencelerle örtüşür. Söz konusu fıkranın “d” bendinde yer alan tanıkların çapraz sorgulanmasına ve kişilerin kendi aleyhine olan tanıkları çapraz sorgulama hakkı⁷⁰ ise sadece ceza davalarına⁷¹ ilişkin olmayıp medeni hak ve yükümlülöklere ilişkin davalarda da geçerlidir. Bu fıkradaki özel güvenceyle birlikte, bu ilkeler yargılamanın sadece o boyutlarıyla sınırlı değildir. Örneğin *Bonisch/Avusturya* davasında AİHM, savunmanın duruşmada dinlettiğı bir uzman tanığa, iddia makamı ve mahkeme tarafından çağırılmış diğör tanıklarla aynı olanakların verilmemesinin Sözleşme’nin 6. madde 1. fıkrasına aykırılık teşkil ettiğini belirtmiştir⁷².

AİHM *Jespers/Belçika* davasında da “silahların eşitliği ilkesi”ni 6. madde 3/b bendi ile birlikte değerlendirmiş ve savcılık veya soruşturma makamının ellerinde

⁶⁹ Adem ÇELİK, **Adil Yargılama Hakkı**, s.94; Sibel İNCEOĞLU, Council of Europe-European Commission, Ankara, 2007, s.68; ayrıca bkz. Avotiş/Letonya, 25.02.2014, Başvuru No: 17502/07, para. 119; Lazarenko ve diğörleri/Ukrayna, 27.06.2017, Başvuru No: 70329/12 vd., para. 36; Sukhanov/Ukrayna, 05.10.2017, Başvuru No: 32598/07, para. 25; Regner/Çek Cumhuriyeti, Başvuru No:35289/11, 19.09.2017, para. 146-149.

⁷⁰ Aleyhteki tanık ifadelerine itiraz edebilmek ve tanıkları sorgulamak bakımından yeterli olanakların sağlanması yönünden bkz. Balta ve Demir/Türkiye, 23.06.2015, Başvuru No: 48628/12, para. 37.

⁷¹ AİHM’e göre kovuşturma sırasında bütün kanıtların tartışılabilmesi için kural olarak bu kanıtların aleni bir duruşmada ve sanığın huzurunda ortaya konulmaları gerekir. Bu kuralın istisnaları olmakla birlikte eğer bir mahkûmiyet sadece veya belirli ölçüde, sanığın soruşturma veya yargılama aşamasında sorgulama veya sorgulatma imkânı bulamadığı bir kimse tarafından verilen ifadelere dayandırılmış ise sanığın hakları AİHS’nin 6. maddesindeki güvencelerle bağdaşmayacak ölçüde kısıtlanmış olur. Olayın tek tanığı varsa ve sadece bu tanığın ifadesine dayanılarak hüküm kurulacak ise bu tanık duruşmada dinlenmeli ve sanık tarafından sorgulanmalıdır. Bu tanığın, sanığın sorgulamadığı bir dönemde alınan önceki ifadesine dayanılarak mahkûmiyet kararı verilemez (bkz. Delta/Fransa, 19.12.1990, B. No: 11444/85, para. 36, 37). Ayrıca herhangi bir nedenle iddia tanığının duruşmada hazır bulundurulmaksızın ifadesinin alındığı veya böyle bir tanığın ifadesinin alındığı duruşmaya sanık veya temsilcisinin etkili bir şekilde katılımının sağlanamadığı durumlarda sanık veya temsilcisinin, AİHS’nin 6/3-(d) maddesi anlamında "iddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek" imkânından mahrum kalması kaçınılmazdır. Böyle bir sınırlamanın, yargılamanın hakkaniyete uygunluğunu zedelediğinin kabul edilebilmesi için makul bir gerekçeye dayalı olması, sanık aleyhine ulaşılan sonuç bakımından yegâne veya diğörleri arasında belirleyici nitelikte bir delil olmaması ve nihayet sınırlama ile ortaya çıkan zorlukları giderecek usul güvencelerinin sağlanmış olması gerekmektedir (Balta ve Demir/Türkiye, 23.06.2015, Başvuru No: 48628/12, para. 39)

⁷²MOLE, HARBY, a.g.e., s.40; *Bonisch/Avusturya*, 06.05.1985, Başvuru No:8658/79.

bulunan ya da ulaşma olanağı olan ve sanığın suçsuzluğunu kanıtlayabilmesine veya verilecek cezanın azaltılmasına yardım edebilecek nitelikteki tüm bilgi ve belgeleri açıklamakla yükümlü olduğunu belirtmiş, dolayısıyla soruşturma makamlarının sanığın lehine olan tüm delilleri de toplaması ve değerlendirmesi gerektiğine vurgu yapmıştır.⁷³

Çelişmeli yargılama ilkesinin diğer bir yönü de tanıklar dışındaki delillerin sanığın hazır bulunduğu bir sırada tartışılmasını içermektedir⁷⁴. Buna rağmen, çelişmelilik, yüze karşılık ile aynı anlama gelmemekte, “davanın taraflarının karşı tarafın sunduğu delil veya dosyada bulunan her türlü bilgi, belge veya görüşten haberdar olması ve bunlar hakkında yorum yapma imkânı olması” çelişme ilkesinin varlığı için yeterli görülmektedir⁷⁵. AİHM’e göre, mahkemeye sunulan bir delil veya görüş hakkında cevap vermeye değer olup olmadığı konusunda değerlendirme yapmak savunmanın işidir ve bu nedenle iddia makamının, savunmanın bilgisi olmaksızın mahkemeye görüş bildirmesi hakkaniyete uygun değildir⁷⁶.

Çelişmeli yargılama, “silahların eşitliği ilkesi” ile sıkı bir bağ içerisinde olmasına karşılık, çelişmeli yargılamanın ihlal edilmiş olması her davada ve her durumda silahların eşitliği ilkesinin ihlali anlamına gelmez. Diğer yandan, silahların eşitliği ile çelişmeli yargılama ilkeleri arasında, herhangi birinin diğerini kapsamaması şeklinde bir ilişki de yoktur⁷⁷. Çelişmeli yargılama ilkesi, ilk derece mahkemesinin, kararını inceleyecek olan üst derece mahkemesine gönderdiği belgeler için de geçerlidir⁷⁸. Nitekim *Nideröst-Huber/İsviçre*⁷⁹ davasında, ilk derece mahkemesi başvurucunun talebini reddetmiş ve Federal Mahkemeye kendi görüşünü içeren bir sayfalık belge göndermiş, bu belge davanın iki tarafının da bilgisine sunulmamıştır. İlk derece mahkemesinin bu belgeyi açıkça Federal Mahkemenin kararını etkilemek amacıyla gönderdiği belirlenmiştir. AİHM, görüşlerin ilk derece mahkemesinde

⁷³ MOLE, HARBY, a.g.e., s.40; Jespers/Belçika, 14.12.1981, Başvuru No: 8403/78, para. 61.

⁷⁴ İNCEOĞLU, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, s. 250, Barbera Messegue ve Jabardo/İspanya, 06.12.1988, Başvuru No: 10590/8, para. 78.

⁷⁵ A.e., s. 250; ayrıca bkz. Balta ve Demir/Türkiye, 23/6/2015, Başvuru No: 48628/12, para. 37.

⁷⁶ A.e., s.256, Bulut/Avusturya, 22.2.1996, Başvuru No: 17358/90, para. 49.

⁷⁷ TANER, a.g.e., s. 116.

⁷⁸ Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği, a.g.e.,s.81; Adem ÇELİK, a.g.m, s.307.

⁷⁹ Nideröst/Huber/İsviçre, 18.02.1997, Başvuru No:18990/91, para. 29.

açığa çıkmamış konuları içermemesini, bu görüşlerin Federal Mahkeme üzerinde gerçekten etkili olmasının muhtemel olmamasını, yargılamanın ceza yargılaması değil medeni yargılama olmasını, fazla önemli bulmamış ve “burada tehlike altında olan davacıların adaletin çalışmasına olan güvenidir, bu güven, dosyada (mahkemede) olan bütün belgeler hakkında kendi görüşlerini açıklama imkânına sahip olduklarını bilmelerine dayanmaktadır” şeklinde saptamada bulunduktan sonra, alt mahkemenin görüşlerini içeren belge başvurucuya gönderilmediği için AİHM, silahların eşitliği açısından Sözleşme’nin ihlal edildiği sonucuna varmıştır⁸⁰. *Ziegler/İsviçre*⁸¹ ve *F.R./İsviçre*⁸² davalarında ise Mahkeme, başvurularda alt mahkemenin görüşünü içeren belge gönderilmesine rağmen, taraflara karşı savlarını sunmaları için imkân sağlanmazsa ya da cevaplarının dikkate alınması reddedilirse de ihlalin oluşacağını belirtmiştir⁸³. Benzer nitelikteki *Kök/Türkiye* ve *C.M./İsviçre* başvurularında da AİHM, başvuruya konu davanın taraflarının dava dosyasına giren bir belge hakkında yorumda bulunmaları gerektiği kanaatini taşıyorlarsa bunu belirtebilme imkânına sahip olmalıydılar. Bu noktada AİHM tarafından önemsenen husus, davanın taraflarının adaletin işleyişine olan güvenlerinin korunması olup bu güven, bir dava dosyasında yer alan her türlü belge hakkında görüş bildirebilme özgürlüğü üzerine kuruludur⁸⁴.

*Duman/Türkiye*⁸⁵ davasında, bir haber elemanının verdiği bilgiler doğrultusunda düzenlenen bir uyuşturucu madde operasyonunda başvuru, uyuşturucu madde satarken sivil kıyafetli iki jandarma görevlisi tarafından suçüstü

⁸⁰ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s. 254; Benzer kararlar için bkz. *C.M./İsviçre*, 17.01.2017, Başvuru No: 7318/09, para. 39; Özgür Keskin/Türkiye, 17.10.2017, Başvuru No: 12305/09, para. 32.

⁸¹ *Ziegler/İsviçre*, 21.02.2002, Başvuru No:33499/96; ayrıca bkz. *Nideröst-Huber/İsviçre*, 18.02.1997, Başvuru No: 18990/91, para. 31-32; *Ziegler/İsviçre* 21.02.2002, Başvuru No: 33499/96, para. 39; *Contardi/İsviçre*, 12.07.2005, Başvuru No: 7020/02, para. 45-46; *Spang/İsviçre*, 11.01.2005, Başvuru No: 45228/99, para. 33 34; *Ressegatti/İsviçre*, 13.07.2006, Başvuru No: 17671/02, para. 33; *Kessler/İsviçre*, 26.07.2007, Başvuru No: 10577/04, para. 32; *Ellès ve diğerleri/İsviçre*, 16.12.2010, Başvuru No: 12573/06, para. 28-29; *Locher ve diğerleri/İsviçre*, 30.07.2013, Başvuru No: 7539/06, para. 35.

⁸² *F.R./İsviçre*, 28.06.2001, Başvuru No: 37292/97, para. 40-41.

⁸³ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s. 254.

⁸⁴ *Kök/Türkiye*, 19.10.2006, Başvuru No: 1855/02, para. 52; *C.M./İsviçre*, 17.01.2017, Başvuru No: 7318/09, para. 40; *Nideröst-Huber/İsviçre*, 18.02.1997, Başvuru No: 18990/91, para. 27-29; *F.R./İsviçre*, 28.06.2001, Başvuru No: 37292/97, para. 37-39; Özgür Keskin/Türkiye, 17.10.2017, Başvuru No: 12305/09, para. 32.

⁸⁵ *Duman/Türkiye*, 27 Ocak 2009, Başvuru No: 17149/03, para. 21-26.

yakalanmış ve gözaltına alınmıştır. Başvurucuyu yakalayan jandarma peroneli ve haber elemanı V.D. ile aralarında başvurunun uyuşturucu maddeyi evine teslim ettiği suç ortağı M.K.’nin de bulunduğu kişilerin ifadeleri tanık sıfatıyla alınmıştır. Başvurucu tutuklanmış, ilgili tanıkları sorgulama olanağının bulunmadığı için adil yargılanma hakkından yoksun bırakıldığını iddia etmiştir.

AİHM, sanığın soruşturma ve kovuşturma aşamasında sorgulayamadığı ya da sorgulatamadığı bir tanığın ifadesinin tamamen veya büyük ölçüde hükme esas alınarak mahkûmiyet kararı verilmesi halinde, savunma hakkının AİHS’in 6.maddesinin gerekleri ile örtüşmeyecek biçimde kısıtlanmış kabul edileceğini daha önce birçok kararında dile getirdiğini açıklamış, somut olayda başvurunun bazı tanıkları duruşmada sorgulama talebinin olmasına rağmen bu talebin mahkeme tarafından, tanık olarak dinlenilmesi talep edilen kişilerin duruşmada ifade vermelerinin maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında hiçbir katkı sağlamayacağı gerekçesiyle reddedildiğini, mahkemenin, başvurunun kendisine isnad edilen suçlu açıkça itiraf etmesini, maddi delilleri ve özellikle ele geçirilen uyuşturucu madde miktarını gözönüne alarak karar verdiğini, başvurunun bizzat kendisinin ve avukatının, soruşturma aşamasında toplanan yazılı belge ve delillere karşı, bunlara ilişkin tutanaklar duruşma esnasında okunurken itiraz etme olanaklarının bulunduğunu, salt başvurunun aleyhindeki tanıkları sorgulama imkânının verilmemesinin, AİHS’in 6/3-b bendinde öngörülen davanın çelişmeli olması ilkesini ihlal etmediğini ve dolayısıyla başvurunun dayanaktan yoksun olduğunu belirtmiştir.

*Anyiğ vd./Türkiye*⁸⁶ davasında AİHM, yargılamanın her aşamasında suçları işlediklerine dair itiraflarda bulunan başvuruçuların, gözaltında baskıya maruz kaldıkları gerekçesi ile gözaltında iken polise verdikleri ifadeleri inkâr ettikleri, DGM önünde ise terör örgütü ile hiçbir bağlarının olmadığını beyan ettikleri, avukat bulundurma hakkından yararlandırılmadıkları iddiasının doğru olmadığı, görgü tanıklarının mahkeme tarafından dinlenildiği, çelişmeli yargılamanın sağlandığı bir yargı süreci sonucunda mahkûm edildikleri, mahkemenin karar verirken,

⁸⁶ Anyiğ vd./Türkiye, 23 Mart 2006, Başvuru No: 51176/99, para.25-29; Bilal ÇALIŞKAN “Makul Şüphenin Ötesinde Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında AİHM’in Delil Değerlendirmesi”, **Adalet Dergisi**, Eylül 2009, sayı 35, s.25.

başvuruculardan birinin hâkim karşısındaki itiraflarını, diğer başvuruçular için suç ortağı sanıkların ifadelerini, olay yeri tespit tutanağını ve kesin delilleri dayanak aldığı, dava dosyasındaki belge ve delillerin genel olarak incelenmesinden, başvuruçuların adil yargılanma hakkından mahrum kalmadıkları, AİHS'in 6/1 ve 3. maddelerinin ihlali edilmediği sonucuna varmış ve başvuruyu reddetmiştir.

Kişinin duruşmaya çağrılarak kendini savunma imkânından mahrum bırakıldığı iddiasının “silahların eşitliği” ve “çelişmeli yargılama” ilkeleri çerçevesinde incelendiği *Avotiņš/Letonya*⁸⁷ başvurusu dikkat çekicidir. Başvuruçu Letonya vatandaşıdır. Kıbrıs'ta ticaret siciline kayıtlı bir şirket ile Mayıs 1999'da noter huzurunda başvuruçu, anılan şirketten belirli bir miktar para borç almış ve bu borcu 30/06/1999 tarihine kadar faiziyle ödeyeceğini bildiren bir borç senedi imzalamıştır. Bu belge, Kıbrıs kanunlarına göre düzenlenmiş ve bundan doğacak uyuşmazlıklar için Kıbrıs mahkemeleri yetkilendirilmiştir. Şirket, 2003 yılında Kıbrıs mahkemesinde borcu ödemediği gerekçesiyle başvuruçu aleyhine bir dava açmıştır. Mahkemece başvuruçunun yokluğunda görülen davanın Mayıs 2004 tarihinde kabulüne ve başvuruçunun borcu şirkete faiziyle birlikte ödemesine karar verilmiştir. Şubat 2005'te şirket tarafından Kıbrıs mahkemesi kararının tanınması ve icrası için Letonya Mahkemesine başvurulması üzerine Kıbrıs Mahkemesi kararının tanınması ve icra edilmesi ile başvuruçunun mülkiyetindeki taşınmazlara kanuni işlem kaydı düşülmesine karar verilmiştir. Başvuruçu Haziran 2006'da anılan mahkeme kararlarından tesadüf eseri haberdar olduğunu iddia etmiş ve nihai olarak Letonya Temyiz Mahkemesi yerel mahkeme kararını onamıştır. AİHM'e yaptığı başvuruda başvuruçu, savunma haklarının dikkate alınmadan verilen Kıbrıs mahkemesi kararının uygulanmasının kanunlara aykırı olduğundan ve Letonya mahkemelerinin AİHS'in 6/1 maddesine uygun hareket etmediğinden yakınmaktadır.

Mahkeme, başvuruçunun Kıbrıs mahkemesinin 24.05.2004 tarihli kararına karşı bir itirazı olmadığını belirtmiştir. Yatırım danışmanı olan başvuruçu, Kıbrıs'ta kayıtlı bir şirketten borç para almış ve hukuki ihtilaf halinde Kıbrıs mahkemelerinin yetkili olduğunu içeren ve Kıbrıs hukukuna göre düzenlenmiş, aynı zamanda borç

⁸⁷ *Avotiņš/Letonya*, 25.02.2014, Başvuru No: 17502/07; ayrıca bkz. Özgür Keskin/Türkiye, 17.10.2017, Başvuru No: 12305/09, para. 32 vd.

ikrarını içeren bir belge imzalamıştır. Başvurucu, sözleşmeden doğan yükümlülüğü başka bir etki altında kalmadan kendi özgür iradesiyle kabul etmiştir ve bu nedenle söz konusu borcu ödeyememesi halinde doğacak sonuçları ve yetkili Kıbrıs mahkemeleri önünde konunun ele alınış biçimi konusunda bilgi sahibidir. Bu nedenle başvuru kendi davranışları sonucunda, Kıbrıs hukukunu bilmediğini iddia etme hakkını kaybetmiştir. Bunun ötesinde, başvurunun, Kıbrıs mahkemeleri önünde hak arama yolunun olmadığı veya mevcut başvuru yolunun etkili olmadığını öne süren başvurunun bu konularda delil sunma yükümlülüğü bulunmakta olmasına rağmen Letonya Temyiz Mahkemesi önünde veya AİHM önünde bu konuda herhangi bir delil sunmamıştır. Sonuç olarak Letonya'nın Avrupa Birliğine üye bir devlet olmasından kaynaklanan hukuki yükümlülüklerini yerine getirmesinde çıkarları bulunduğunu göz önüne alan AİHM, Letonya Temyiz Mahkemesi Senatosunun, başvurunun haklarını yeterince dikkate aldığı sonucuna ulaşmıştır⁸⁸. Görüldüğü üzere AİHM “silahların eşitliği” ve “çelişmeli yargılama” ilkelerinin hayata geçirilmesinde, yargılama öznesi olan kişilerin de birtakım usul yükümlülükleri olduğunu ve başvuruya konu davaya ilişkin olarak üzerine düşen yükümlülükleri bilecek durumda olan kişilerin bunları yerine getirdiklerine dair AİHM önünde yeterli kanıt sunmaları gerektiğini kabul etmiştir. Buna karşılık kısmen benzer mahiyette olan *Özgür Keskin/Türkiye*⁸⁹ başvurusunda AİHM, iş davalarında uygulanan seri yargılama usulü çerçevesinde temyiz dilekçesinin karşı tarafa tebliğ edilmemesi⁹⁰, Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti'ne karşı *Grozdanoski*⁹¹, *Naumoski*⁹² ve *Taseva Petrovska*⁹³ başvurularında ise açtığı temyiz davasına cevaben karşı tarafın sunduğu gözlem ve saptamaların başvurucuya iletilmemesi nedeniyle ilgili tarafın davaya etkili katılımının sağlanamadığı ve bu nedenle “silahların eşitliği” ve “çelişmeli yargılama” haklarının ihlal edildiğine karar

⁸⁸ Avotiņš/Letonya [BD], 25.02.2014, Başvuru No: 17502/07, para. 117 vd.

⁸⁹ *Özgür Keskin/Türkiye*, 17.10.2017, Başvuru No: 12305/09, para. 32 vd; ayrıca bkz. Lazarenko ve diğerleri/Ukrayna, 27.06.2017, Başvuru No: 70329/12, para. 38-44.

⁹⁰ *Özgür Keskin/Türkiye*, 17.10.2017, Başvuru No: 12305/09, para. 36.

⁹¹ *Grozdanoski/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti*, 31.05.2007, Başvuru No: 21510/03, para. 36-40.

⁹² *Naumoski/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti*, 27.11.2012, Başvuru No: 25248/05, para.26-29.

⁹³ *Taseva Petrovska/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti*, 11.01.2018, Başvuru No: 73759/14, para. 24-27.

vermiştir⁹⁴. Aynı şekilde *Atakishiyeva ve diğerleri/Rusya*⁹⁵ başvurusunda AİHM, ulusal mahkemece duruşmaya çağrılmadıklarını ve duruşma tarihlerinden zamanında haberdar edilmediklerini iddia eden başvuruçuların adil yargılanma haklarına aykırı işlem yapıldığına karar vermiştir⁹⁶. AİHM'e göre ulusal mahkemenin tarafları duruşmaya davet etmek için makul bir çaba göstermesi gerektiği gibi, tarafların da mahkemelerden gelen tebligatları kabul etme konusunda gerekli tedbirleri almaları gerekir⁹⁷.

Her ne kadar davaya ilişkin belgelerin iadeli taahhütlü posta vb. daha güvenceli yöntemlerle gönderilmesine dair bir hak bulunmasa da⁹⁸ ilgili kişinin yalnızca duruşma zamanı ve yeri hakkında bilgilendirilmesi yeterli olmayıp, bunların yanı sıra savunmasını hazırlayabilmek için yeterli zaman ve bilgiye sahip olacak ve duruşmaya katılabilecek şekilde çağrılması gereklidir⁹⁹. Taraflardan birinin duruşmaya katılmadığını tespit eden ulusal mahkemenin eldeki veriler çerçevesinde ilgililerin yapılan duruşmanın yer ve zamanından haberdar olduklarından emin olması, aksi takdirde duruşmayı ertelemesi gerekir¹⁰⁰.

*Murtazaliyeva/Rusya*¹⁰¹ kararında, dosyada var olan görüntü kayıtlarına yönelik şikâyetlerin değerlendirilmesi ile ilgili olarak, Daire önündeki yargılamada;

Başvurucu, aleyhine delil olarak kullanılan video kaydını düzgün bir şekilde izleyemediği için ceza yargılamasının genelinin adil olmadığını ileri sürmüştür. Daire, başvuranın yargılama sırasında ya da temyiz aşamasında video oynatılırken göremediğini ileri süren bir belgenin başvuru evrakları arasında olmadığını belirterek

⁹⁴ Grozdanoski/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti, 31.05.2007, Başvuru No: 21510/03, para. 36; Naumoski/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti, 27.11.2012, Başvuru No: 25248/05, para. 26-29; Taseva Petrovska/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti, 11.01.2018, Başvuru No: 73759/14, para. 24-27.

⁹⁵ Atakishiyeva ve diğerleri/Rusya, 30.11.2017, Başvuru No: 37923/12, para.8-10.

⁹⁶ Atakishiyeva ve diğerleri/Rusya, 30.11.2017, Başvuru No: 37923/12, para. 8-10.

⁹⁷ Atakishiyeva ve diğerleri/Rusya, 30.11.2017, Başvuru No: 37923/12, para. 8.

⁹⁸ Ivanova ve Ivashova/Rusya, 26.01.2017, Başvuru No: 797/14, 67755/14, para. 46; Lopushanskyy/Ukrayna, 02.02.2017, Başvuru No: 27793/08, para. 65.

⁹⁹ Fridman/Litvanya, 24.01.2017, Başvuru No: 40947/11, para. 27.

¹⁰⁰ Gankin ve diğerleri/Rusya, 31.05.2016, Başvuru No: 2430/06 vd., para. 38; Aždajić/Slovenya, 08.10.2015, Başvuru No: 71872/12, para. 70; Gryaznov/Rusya, 12.06.2012, Başvuru No: 19673/03, para. 50; Kokurkhayev/Rusya, 13.12.2011, Başvuru No: 46356/09, para. 31; Lopushanskyy/Ukrayna, 02.02.2017, Başvuru No: 27793/08, para. 67.

¹⁰¹ Murtazaliyeva/Rusya, 18.12.2018, Başvuru No:36658/05, para. 83-85.

oybirliği ile Sözleşmenin 6/1, 6/3-b maddelerinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Daire ayrıca, başvuranın kaydı izlemekteki amacının kaydın yazılı dökümünün doğruluğunu teyit etmek olduğunu, bunun için de görmesinin gerekmeyip dinlemesinin yeterli olduğu sonucuna ulaşmıştır. Büyük Daire tarafından yapılan değerlendirmede;

Mahkeme, 6.maddeyi bütün olarak ele almakta ve ilgili hakkı sanığın sadece duruşmada bulunmasından ziyade ceza yargılamasına aktif bir şekilde katılması, yargılamayı duyması ve takip edebilmesini de kapsayacak şekilde yorumlamaktadır. Ceza yargılamasında çelişmeli yargılamadan, hem iddia hem savunma makamının dosya içeriğinden, karşı tarafça sunulan delillerden haberdar olması ve bunlara karşı tezlerini ileri sürebilmesi anlaşılmalıdır. Çelişmeli yargılama ulusal hukuklar tarafından çeşitli yöntemlerle sağlanabilir ancak hangi yöntem seçilirse seçilsin, diğer tarafın dosyaya sunulan bilgilerden haberdar olması ve bunlara karşı diyeceklerini söyleyebilmesi etkin bir şekilde sağlanmalıdır. Suç isnadı altında olan herkesin, savunmasını hazırlayabilmek için soruşturma sürecinde elde edilen sonuçlardan haberdar olması gerekir. Bütün bunları göz önüne alan Mahkeme, Daire ile aynı düşünceyi paylaşmıştır. Mahkeme, savunma tarafından talep edilen bir görüntü kaydının yapılan döküm ile karşılaştırılması amacıyla izlendiğini, diğer kayıtların izlenmesi için talepte bulunulmadığını tespit etmiştir. Ayrıca, kayıtların yazılı dökümünün dosyada bulunduğunu, savunmanın onları inceleyip görüşlerini sunabilme imkânı olduğunun altı çizilmektedir. Görüntü kaydının izlenmesi ile ilgili olarak ise, teknik sorunlardan bahsedilmiş ancak ne ilk derece mahkemesine ne de temyiz mahkemesine bu sorunların neler olduğu açıklanmamıştır. Başvuranın ileri sürdüğünün aksine, Hükümet'in Mahkeme salonu planını sunamaması ya da görüntünün izlenmesindeki eksiklikleri tek başına yargılamanın adil olmadığı sonucuna ulaştırmaz. Mahkeme, başvuranın yazılı dökümlerin teyidi amacıyla videoyu izlediğine sonuç olarak Sözleşmenin 6/1, 6/3-b maddelerinin ihlal edilmediğine karar vermiştir¹⁰².

¹⁰² Murtazaliyeva/Rusya, 18.12.2018, Başvuru No:36658/05, para. 86-94.

C. Silahların Eşitliği ve Mahkemeye Erişim Hakkı

“Silahların eşitliği ilkesi”nin bir diğer bağlantısı mahkemeye erişim hakkı yönündendir.

AİHS’in 6. maddesi, bir davanın nerede, hangi sürede, hangi surette ve şekilde, hangi usul şartlarına göre görüleceğinin cevaplarını vermektedir. Bu sorunun cevapları, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir yargı yerinde, makul bir sürede, aleni bir şekilde ve adil bir surette görülmesini isteyebilme güvenceleri şeklinde formüle edilebilir¹⁰³.

Görüldüğü üzere AİHS’in 6. maddesinin sadece lafzına bakıldığında “mahkemeye erişim hakkı” şeklinde bir güvence açıkça yer almamaktadır. Ancak AİHM, 6. maddenin böyle bir hakkı zımnen ve zorunlu olarak içerdiğini kabul etmektedir. Gerçekten aksi yöndeki kabul, 6. maddenin içerdiği tüm güvenceleri anlamsız hale getirecektir¹⁰⁴.

Mahkemeye erişim hakkı mutlak nitelikte olmayıp özellikle başvuruların kabul edilebilirliğine dair koşullarda örtülü olarak kabul edilen sınırlamalara tabidir. Çünkü bu hak, niteliği gereği mahkemeye erişim konusunda belirli bir takdir hakkı bulunan devlet tarafından bir düzenleme ve sınırlama yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Ancak sonuç itibarıyla kişinin mahkemeye erişim hakkı, bu hakkın özüne zarar getirecek bir düzey ve şekilde sınırlandırılmamalıdır. Nihayet bu sınırlamaların AİHS’in 6. maddesinin gerekleri ile bağdaşabilmesi için kanunla, meşru amaç hedeflenerek ve sınırlamada kullanılan araç ile hedeflenen amaç arasındaki makul bir oranın gözetilmek suretiyle yapılmış olmasına bağlıdır¹⁰⁵.

Silahların eşitliği, diğer usul güvencelerinde olduğu gibi mahkemeye erişim hakkı bakımından da riayet edilmesi gereken bir ilkedir.

Bayar ve Gürbüz/Türkiye başvurusunda AİHM, Türk hukukunda cezai alandaki uyuşmazlığa ilişkin temyiz sistemini incelemiş ve suçun niteliği ve

¹⁰³ Osman DOĞRU, Atilla NALBANT, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi**, Avrupa Konseyi ve Yargıtay Başkanlığı, Ankara 2012, s. 620.

¹⁰⁴ DOĞRU, NALBANT, a.g.e., s. 620.

¹⁰⁵ Bayar ve Gürbüz/Türkiye, 27.11.2012, Başvuru No: 37659/06, para. 40.

ağırlığına bakılmaksızın belirli bir miktar para cezasının altında kalan hükümlerin temyizine ilişkin sınırlandırmalar konusunda Anayasa Mahkemesince yapılan norm denetimine atıf yapmıştır¹⁰⁶.

AIHM, Türk ceza hukuku yargılamasında, ilk derece mahkemesi tarafından ortaya konulmuş olan olay ve olguların ceza hukuku bakımından yapılan nitelendirilmesine karşı Cumhuriyet savcısının itiraz ettiği durumlarda, bu itirazın savcının, sanığın aleyhine yapmış olduğu bir temyiz başvurusu olarak değerlendirildiğini göz önüne almaktadır¹⁰⁷. AIHM, sadece sanıkların temyize başvurma imkânı bulunmadığı durumlarda iddia makamına göre dezavantajlı bir durumda bulundukları düşüncesindedir. Çünkü iddia makamı olan savcılık, olay ve olguların mahkeme tarafından yapılan nitelendirilmesine itiraz etme ve davayı üst mahkemeye götürme olanağına sahiptir. Bu nedenle, somut olaya ilişkin kararda belirtilen para cezasının miktarının azlığı nedeniyle başvuruçuların haklarına getirilen sınırlama, davanın özel durumu ve ceza alanındaki “adil yargılanma” şartlarının daha katı olması dikkate alındığında, silahların eşitliği ilkesine uymamaktadır¹⁰⁸. AIHM aynı tespitleri *Özalp/Türkiye*¹⁰⁹ başvurusunda da tekrarlamıştır.

*Halim ŞİMŞEK, Ali Ender ANDİÇ ve Elif BOĞATEKİN /Türkiye*¹¹⁰ davasında ise, *Bayar ve Gürbüz/Türkiye* davasındaki değerlendirmesine değinmiş; “söz konusu davada, Mahkeme, başvuranların -somut olayda olduğu gibi- Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 305. maddesinin 2. fıkrası gereğince *ratione valoris* kabul edilemezlik gerekçesiyle, para cezasına mahkûm edilmelerine karşı temyiz başvurusunda bulunamamaları nedeniyle mahkemeye erişim haklarına orantısız bir engele maruz kaldıkları sonucuna varmıştır. Ancak, bu sonuca yönlendiren koşullar, başvuranların davalarındaki koşullar ile kıyaslanamazdır. Nitekim Bayar ve Gürbüz davasında, temyiz

¹⁰⁶ Bayar ve Gürbüz/Türkiye, 27.11.2012, Başvuru No: 37659/06, para. 46. (Çevrimiçi) <https://inhak.adalet.gov.tr/>,

¹⁰⁷ Bayar ve Gürbüz/Türkiye, 27.11.2012, Başvuru No: 37659/06, para. 16. (Çevrimiçi) <https://inhak.adalet.gov.tr/>,

¹⁰⁸ Bkz, Mutatis Mutandis, Ghirea/Moldova, 26/06/2012, Başvuru No: 15778/05, para. 34.

¹⁰⁹ Özalp/Türkiye, 18.07.2017, Başvuru No: 48583/07, 53717/07, para. 29.

¹¹⁰ Halim ŞİMŞEK, Ali Ender ANDİÇ ve Elif BOĞATEKİN /Türkiye, 17.03.2020, Başvuru No. 75845/12, 79989/12 ve 75856/12, para. 14-15, (Çevrimiçi), <https://inhak.adalet.gov.tr/>, 23.01.2020.

hakkının kısıtlanmasına neden olan usul hukuku hükmünün, Anayasa Mahkemesi tarafından eleştirildiğini kaydetmek önem arz etmektedir; buna göre, para cezasına çarptırılma durumunda, bu tür bir kısıtlamanın küçük suçlar için Türk Anayasası'na uygun olduğu değerlendirilebildiğinde ve günümüzdeki satın alma gücü göz önüne alındığında, hapis cezasıyla cezalandırılacak suçlar, mevcut durumda verilen cezanın yargılanabilir kişiler için zararlı sonuçları dikkate alındığında, yalnızca para cezası verilmesine yol açtıklarında bile, küçük suçlar olarak değerlendirilemezler (yukarıda anılan Bayar ve Gürbüz kararı, §§ 15 ve 46). Ancak somut olayda temyiz talebini engelleyen mevzuat (yukarıda 15 ve 16. paragraflar) anayasaya aykırı değildir. Ayrıca, somut olayda söz konusu suçlar, hapis cezası ile cezalandırılmayan suçlar olarak incelenmekteydi (yukarıda 17. paragraf) ve bu tür suçlara uygulanabilecek para cezalarının miktarı değişkenlik göstermemekteydi (yukarıda anılan Bayar ve Gürbüz kararı ile karşılaştırınız, § 47). Mevcut davada, başvuranlar Bayar ve Gürbüz'ün durumundan farklı olarak, ihtilaf konusu kısıtlama herkes için (erga omnes) geçerli olmuştur ve somut olaydaki başvuranlar, davalarını Yargıtay'a taşıma yetkisine sahip herhangi bir karşı merciye nazaran dezavantajlı bir duruma da düşemezlerdi (idem, § 48).” diyerek başvuruların kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

D. Silahların Eşitliği ve Denetim Muhakemesi

Denetim muhakemesine başvuru hakkı, AİHS Ek 7 Nolu Protokolün 2. maddesi birinci fıkrasında “Bir mahkeme tarafından ceza gerektiren bir suç nedeniyle mahkûm edilen herkes, mahkûmiyet veya ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkına sahip olacaktır. Bu hakkın kullanımı, kullanımının dayanakları dahil kanunla düzenlenir.” şeklinde düzenlenmiştir.

Sözleşme'ye Ek 7 No'lu Protokol, 24 Kasım 1984 tarihinde imzalanmış ve 1 Kasım 1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Protokol'ü 14 Mart 1985 tarihinde imzalamasına rağmen Protokol, imza tarihinden yaklaşık 21 yıl sonra, 10 Mart 2016 gün ve 6684 sayılı “11 Nolu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun” ile yasama organınca onaylanması üzerine yürürlüğe girmiştir.

Protokol'e en son taraf olan devlet Türkiye olup Almanya ve Hollanda Protokol' imzalamalarına rağmen onaylamamışlar, İngiltere ise halen

imzalamamıştır. “Denetim muhakemesine başvuru hakkının tarafları, başvuru süreleri ve incelemenin kapsamı taraf devletin takdirine, ulusal mevzuatlarında erişilebilir ve öngörülebilir şekilde düzenlenmek üzere iç hukuka bırakılmakla birlikte, AİHM pek çok kararında kanun yolunun kapsamı ve denetiminde hukukilik ya da maddi bakımdan devletlerin geniş takdir yetkisi olduğunu belirtse de bu, hakkın özünü ihlal etmemelidir ve meşru bir amaç gütmeli, ihlal olup olmadığı her somut başvuruda ayrı değerlendirilmektedir”¹¹¹. Ancak iç hukuk düzenlemesi ne şekilde olursa olsun kişinin bu hakka erişmesi ve bir mahkûmiyet veya cezanın bir üst mahkeme tarafından yeniden incelenmesi gerekmektedir.

Gurepka/Ukrayna¹¹² kararında AİHM, “mahkemeye itaatsizlikten dolayı hakkında idari gözetim kararı verilen başvurucunun savcı ya da mahkeme başkanının kararı olmadan doğrudan denetim muhakemesine başvuramamasını” ihlal olarak değerlendirmiştir.

Maddenin kenar başlığından da anlaşılacağı üzere bu hak yalnızca cezai konular için tanınmış olup “cezai konular” ifadesi özerk şekilde yorumlanmalıdır¹¹³. Şirin’e göre¹¹⁴, cezai konular, ceza yargılaması dışında kalan maddi anlamda ceza yaptırımını içeren halleri de(örneğin ceza olarak görülebilecek bir takım idari yaptırımlar gibi) kapsamaktadır. Dolayısıyla karar idari bir otorite tarafından verilmiş olsa da, iki düzeyli bir bağımsız yargısal organ denetimi gerekeceği ifade edilmiştir. Can ise, madde metnindeki “tribunal” ifadesinin AİHS’in 6. maddesi birinci fıkrasındaki şekli ile ele alınması gerektiğini, örneğin bir disiplin kurulu tarafından verilen ceza için Protokol’ün bu maddesiyle tanınmış olan denetim muhakemesine başvuru hakkını vermeyeceğini ve Protokol’ün açıklayıcı raporunun da bu yönde olduğunu belirtmektedir. Biz de denetim muhakemesine başvuru hakkının cezai konular ile sınırlandırılmış olduğu görüşündeyiz.

¹¹¹ Neslihan CAN, “Adil Yargılanma Hakkı Işığında Denetim Muhakemesine Başvuru Hakkı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi** • Cilt 24, Sayı 2, Aralık 2018, s. 771.

¹¹² Gurepka/Ukrayna, 06.09.2005, Başvuru No:61406/00, para.59.

¹¹³ Neslihan CAN, a.g.m., s. 771.

¹¹⁴ Tolga ŞİRİN “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Ek 7. no.lu Protokol Hakkında Genel Bir Bilgilendirme”,(Çevrimiçi)https://www.academia.edu/28122179/Avrupa_%C4%B0nsan_Haklar%C4%B1_S%C3%B6zleşmesi_7_nolu_Protokol, s.2., 21.06.2021.

*Krombach/Fransa*¹¹⁵ davasında AİHM, “Sözleme’ye taraf devletlerin bu hakkın sağlanması bakımından geniş bir takdir yetkisine sahip olduklarını belirtmiş ve başvuru hukuki açıdan yapılan temyiz incelemesinde yokluğunda karar verilmesini” bu hakkın ihlali olarak değerlendirmemiştir.

Sözleşmeye Ek 7 No’lu protokolün açıklayıcı raporunda “mahkûmiyet veya hükmolunan cezanın daha yüksek bir yargı yeri tarafından incelenmesinin maddi ve hukuki açıdan yahut salt hukuki açıdan yapılmasının mümkün olduğu” belirtilmiştir. Ayrıca denetim muhakemesine başvuru hakkını kullanmak için bir başvuru izni öngörülmesi, zaman sınırlamaları getirilmesi ve başvurunun bazı usuli kısıtlamalara tabi tutulması mümkündür¹¹⁶. Fakat bu sınırlamaların kapsamı iyi belirlenmeli, başvuru hakkının sınırlandırılması meşru bir amaç için yapılabilmesi ve hakkın özüne aykırı olmamalıdır¹¹⁷. AİHM *Poitrinol/Fransa*¹¹⁸ başvurusunda, “ceza hukukuna ilişkin meselelerde kanun yolu merciine başvurunun, ilgili hakkında tutuklama kararının veya böyle bir olasılığın varlığına bağlı hale getirilemeyeceğini” belirtmiştir. Protokole taraf devletler AİHS’nin 6. maddesinde tanınmış adil yargılanma hakkının gereklerini denetim muhakemesi aşamasında da yerine getirmelidir, zira bu yükümlülük Sözleşme’ye taraf olup Protokol’e taraf olmayan devletler bakımından da kendi hukuk düzenlerinde denetim muhakemesi öngörüldüğü takdirde yine adil yargılanma hakkı kapsamında ele alınmaktadır¹¹⁹. Ek 7 Nolu Protokol’ün yürürlüğe girmesinden önce Mahkeme’nin önüne gelen *Delcourt/Belçika*¹²⁰ davasında da, taraf devletin hukuk sisteminde temyiz hakkının bulunması nedeniyle bu aşamada dahi adil yargılanma hakkının gereklerinin yerine getirilmesinin gerektiği yönünde karar verilmiştir.

Denetim muhakemesine başvuru hakkının istisnaya tabi tutulduğu haller ise, AİHS Ek 7 No’lu Protokol’ün 2/2. maddesi uyarınca “Kanunla belirlenmiş hafif nitelikli suçlar bakımından kanun yoluna başvuru olanağının bulunmaması, kişinin ilk

¹¹⁵ Krombach/Fransa, 13.02.2001, Başvuru No:29731/96, para.96.

¹¹⁶ David HARRIS, Michael O’BOYLE, Ed BATES, Carla BUCKLEY, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Hukuku**, (Çevirenler: Mehveş BİNGÖLLÜ KILCI-Ulaş KARAN), Birinci Baskı, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2013, s.776.

¹¹⁷ Neslihan CAN, a.g.m., s.771.

¹¹⁸ Poitrinol/Fransa, 23.11.1993, Başvuru No:14032/88.

¹¹⁹ Neslihan CAN, a.g.m., s.771.

¹²⁰ Delcourt/Belçika, 17.01.1970, Başvuru No: 2689/65.

yargılamasının en yüksek mahkeme tarafından yapıldığı halde yahut beraat kararlarına karşı yapılan itirazın ardından mahkûmiyet kararı verilmesi halinde kanun yoluna başvuru olanağının bulunmaması” ayrıksı durumlardır. Açıklayıcı raporun 21. paragrafında açıklandığı gibi, “hafif nitelikteki suçların daha iyi anlaşılabilmesi bakımından söz konusu suçun bir hapis cezası ile cezalandırılabilir olup olmaması önemli bir ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca, istinaf ve/veya temyiz incelemesinin hem maddi hem de hukuki yönlerden gerçekleştirilmesi zorunlu olmayıp, Sözleşmecî Devlet istinaf ve/veya temyiz incelemesini bunlardan herhangi biri ile sınırlı tutabilme konusunda takdir yetkisine sahiptir”¹²¹.

Protokol, hangi suçların hafif suçlar kapsamında değerlendirileceğini taraf devletlerin iç hukukuna bırakmakta, Bakanlar Komitesi’nin açıklayıcı raporda ölçüt olarak belirttiği gibi suçun yaptırımının hürriyeti bağlayıcı ceza olup olmadığı hususunu dikkate almakta ve suçun hürriyeti bağlayıcı ceza gerektirmediğinin kabulü için, suçun karşılığı öngörülen bir para cezası ise hükümlünün bu cezayı ödeyememesi nedeniyle hapis cezasına çevrilmesinin mümkün olmamasını dikkate almakta, aksi halde sonuç olarak suç hapis cezasını gerektirdiğinden denetim muhakemesine başvurunun mümkün olduğunu ifade etmektedir¹²².

Protokol’e göre “ilk yargılamanın en yüksek mahkeme tarafından yapıldığı halde de denetim muhakemesini yapacak başka organ olmadığından ve bu tür hallerde nitelikli bir inceleme yapılacağından hareketle istisna getirilmesi” mümkündür. Sanığın beraatine karar verildiğinde, bu karara karşı denetim muhakemesine başvurulur ve sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilir ise zaten üst mahkemeye başvuru hakkı kullanıldığından 2.fıkra uyarınca sınırlanabileceği öngörülmüştür. Ceza muhakemesinde, aleyhine istinaf yoluna başvurulamayan kararlar CMK’nın 273/3. maddesinde sayılmış olup devletlerin takdir yetkisi göz önüne alındığında önemli ihlallerin olmadığı hallerde hukuki kesinliğin sağlanabilmesi açısından CMK’da da belirtilen türden sınırlamaların mümkün olabileceği görülmektedir. Ancak CMK’nın 272/3-a bendi denetim muhakemesine başvuru hakkı kapsamında

¹²¹ Muhammed BÜYÜKTAVŞAN, “Kesinlik Sınırı Altındaki İdari Para Cezalarına Karşı İtiraz Yoluna Başvurulamamasının Cezai Konularda İki Dereceli Yargılanma Hakkı Bakımından İncelenmesi” **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl 6, Sayı 12, Aralık 2018, s.298-299.

¹²² Neslihan CAN, a.g.m., s.779.

değerlendirilmelidir. Maddeye göre “*hapis cezasından çevrilen adli para cezaları hariç 3000 Türk lirası dahil adli para cezasına mahkûmiyet hükümlerine karşı istinafa başvurulamayacaktır*”. Bu durumda Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (CvGTİHK) 106. maddesi göz önüne alındığında, sanık hakkında doğrudan verilen adli para cezalarının bile hapse dönüştürülmesi olanağı bulunduğundan sanığın özgürlüğünden yoksun kalabileceği anlaşılmaktadır. Protokol’ün açıklayıcı raporu da göz önüne alındığında mahkûmiyet hallerinin hafif suç sayılamayacağı ortadadır. Ancak Anayasa Mahkemesi Mahir Şahap Bostan¹²³ başvurusunda, düşüncemizin aksine, sadece Luchaninova/Ukrayna¹²⁴ kararına atıf yaparak “*Somut olaya uygulanan kuralda, istinaf yolu kapatılan hükümlerin hürriyeti bağlayıcı ceza içermediği ve adli para cezası niteliğinde olduğu gözetilmelidir. Ayrıca istinaf yolu kapatılan adli para cezasının miktar itibarıyla da çok yüksek olmadığı görülmektedir.*

Önem derecesi düşük suçlara ilişkin para cezalarına mahkûmiyet hükümlerine karşı istinaf yolunun kapalı tutulmasının amacı istinaf mahkemelerinin iş yükünü azaltmaktır. Böylelikle istinaf mahkemelerinin emek ve mesailerini daha ağır nitelikli mahkûmiyet hükümlerine sarf etmeleri hedeflenmiştir. İstinaf mahkemelerinin iş yükünün azaltılması ve bu suretle daha nitelikli davalara daha fazla zaman ayırmalarının sağlanmasıyla elde edilecek kamusal yararın önemi yadsınamaz. Bu kamusal yarar 3.000 TL’nin altındaki adli para cezasına mahkûmiyet hükmünün istinaf mahkemesine denetletirilememesiyle yoksun kalınan bireysel menfaatin gözardı edilmesini haklı kılacak niteliktedir. Diğer bir ifadeyle üst sınırı 3.000 TL dâhil adli para cezalarına ilişkin mahkûmiyet hükümlerine karşı istinaf yoluna başvurulmasındaki bireysel menfaatin belirtilen kamu yararı amacına feda edilebilir nitelikte olduğu sonucuna ulaşılmaktadır” şeklinde gerekçe ile başvuru hakkında verilen adli para cezasının ödenmediği takdirde hapse çevrileceğini göz ardı etmiş ve Sözleşme’ye Ek 7 Nolu Protokol’ün 2. maddesi ve açıklayıcı rapora aykırı bir karar vermiş, halen de aynı doğrultuda kararlar vermektedir¹²⁵. Oysa AİHM, Luchaninova/Ukrayna¹²⁶ kararında Ukrayna iç hukukunun, kendisine verilen cezaya karşı başvuruca bir üst mahkemeye başvurma hakkını tanımadığını, Ek 7 Nolu Protokol’ün 2. maddesinde tanınan hakkın mutlak bir hak olmadığını, ancak başvuruca cezasının hapis cezası olmadığını belirtmekte, yani hürriyeti bağlayıcı

¹²³ Mahir Şahap Bostan, Başvuru No: 2017/19906, 02.06.2020.

¹²⁴ Luchaninova/Ukrayna, Başvuru No: 16347/02, 09.06.2011.

¹²⁵ Erkan Sancaklı, Başvuru No: 2017/23602, 03.06.2020.

¹²⁶ Luchaninova/Ukrayna, Başvuru No: 16347/02, 09.06.2011, para. 70-72.

ceza tehdidi altında olmadığından başvurusunun üst mahkemeye başvuru hakkının ihlal edilmediğini belirtmektedir. AİHM ise, *Zaicevs/Litvanya*¹²⁷ kararında sadece üç gün idari gözetim cezası alan başvuru ile *Gurepka/Ukrayna*¹²⁸ kararında 20 euro para cezası ile cezalandırılan başvurucuya verilebilecek cezanın 15 güne kadar hapis cezası olması karşısında Ek 7 Nolu Protokol'ün 2 maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Sözleşme'ye Ek 7 Nolu Protokol'ün 2. maddesinin 1. fıkrasındaki "*mahkeme*" ifadesinin otonom bir şekilde yorumlanması mümkün olduğu ve Sözleşme'nin 6/1. maddesinde yer alan "*mahkeme*" ibaresi ile aynı anlama geldiği gözetildiğinde, 2. maddenin birinci fıkrası, başvuru, ancak yargılaması bir "*mahkeme*" tarafından yürütülen suçlara ilişkin olarak uygulanabilecektir. Dolayısıyla, hakkında cezai nitelik taşıyan bir disiplin cezası uygulanmış kişi, söz konusu disiplin cezası 2. madde kapsamında kalan bir "*mahkeme*" tarafından verilmediği sürece bu kararın cezai konularda iki dereceli yargılama hakkı bağlamında yeniden incelenmesini talep etme hakkına sahip olamayacaktır¹²⁹.

Yargıtay da bir kararında¹³⁰, "*temyiz olan kanun yolunun itiraz olarak gösterilip, merciin hiç gösterilmemesi, itiraz başvurusu üzerine dahi Yargıtayca temyiz incelemesi yapılabileceği kabul edildiğinden sonuca etkili görülmemiş ise de, kanun yoluna başvuru süresi ve şeklinin gösterilmemiş olması, AİHS'nin 'Adil Yargılanma Hakkını' düzenleyen 6.maddesi ile bu hakkın kapsamına yeni bir yorum getiren Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokolün 2. maddesine, 2709 sayılı T.C. Anayasasının 40/2. maddesine, 5271 sayılı Yasanın 34/2,231/2 ve 232/6. maddelerine açıkça aykırılık oluşturmakla, belirtilen durumun 5271 sayılı Yasanın 40. maddesi uyarınca eski hale getirme nedeni sayılması gerektiğinde tereddüt olmadığını, belirtilen sebeple, eski hale getirme yöntemi ile açılmış bir temyiz davasının varlığı kabul edilerek, hükmün incelenmesi ve bir karar verilmesi gerekirken, Özel Dairece temyiz isteminin süreden reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden itirazın değişik gerekçe ile kabul edilmesi gerektiğini*" belirtmiştir.

¹²⁷Zaicevs/Litvanya, Başvuru No:65022/01, 31.07.2007, para. 55-56.

¹²⁸Gurepka/Ukrayna(no.2), Başvuru No: 38789/04, 08.04.2010, para. 33.

¹²⁹HARRİS vd., a.g.e., s.776.

¹³⁰Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2007/3-9 Esas ve 2007/18 Karar sayılı kararı.

Atay/Türkiye¹³¹ başvurusunda, komşularıyla yaşadığı tartışma nedeniyle iftira suçundan 806 TL, yaralamaya teşebbüs suçundan 360 TL adli para cezası ödemeye mahkûm edilen başvurucunun CMUK'un 305. maddesi uyarınca bu para cezasını temyiz edememesi ile ilgili olarak AİHM, aynı hukuki meseleyi, yani başvuranın mahkûmiyetini temyiz etme hakkına sınırlama getiren mülga CMUK'un 305. maddesinin uygulanmasının başvuranın mahkemeye erişim hakkını ihlal edip etmediği meselesini halihazırda incelemiş olduğunu (*Bayar ve Gürbüz*, §§ 40-49, ve *Yalçınkaya ve Diğerleri/Türkiye*, no. 25764/09, §§ 44-45, 1 Ekim 2013) ve Sözleşme'nin 6/1 maddesinin ihlal edildiğine hükmettiğini vurgulamaktadır. Mahkeme somut davanın kendine özgü koşullarını ve tarafların beyanlarını incelemiş ve yukarıda anılan *Bayar ve Gürbüz* davasında ulaştığı sonuçtan ayrılmayı gerektirecek herhangi bir sebep tespit etmemiştir.

III. SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİNİN UYGULANMA ZAMANI

A.Ceza Muhakemesinde Uygulanma Zamanı

Ceza hukuku alanında kişiye yöneltilen “herhangi bir suçlama”nın ne anlama geldiğini belirlemek, “silahların eşitliği ilkesi”nin ceza yargılaması alanında hangi andan itibaren göz önüne alınması gerektiğini de ortaya koymaktadır¹³². Özellikle disiplin hukukuna ilişkin uygulamalarda zamanın belirlenmesi bakımından sorunlar ortaya çıkabilmektedir.

Mahkemeye göre bir ceza davasında makul süre bakımından incelenecek ve dikkate alınacak olan yargılama süresinin başlangıcı, ilk kez bir suçlamanın kişiye yöneltildiği tarihtir. Ancak 6. maddenin 3/a bendinde belirtilen hakkın ne zaman uygulanmaya başlayacağı açık olarak ortaya konmamıştır¹³³. Buna rağmen sanığın, ceza kovuşturmasında etkin bir rolü bulunan iddianamenin yazılı bir biçimde kendisine tebliğ edilmesi ile suçlamaların maddi ve hukuki temeli konusunda haberdar olduğu, diğer bir deyişle bilgi sahibi olduğu kabul edilmektedir. Sonrasında

¹³¹ Atay/Türkiye, 13.10.2020, Başvuru No. 48555/08, para. 24.

¹³² Zehra YAVUZ, “Silahların Eşitliği İlkesine İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve İç Hukukumuzdaki Dönüştürücü Etkileri”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009, s.21.

¹³³ Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği, a.g.e., s. 155.

suçlamanın mahkeme tarafından kesin olarak karara bağlandığı zamana kadar da silahların eşitliği ilkesinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Dolayısıyla kişinin suçlanması ile birlikte ortaya çıkan hakları temyiz aşamasında da devam edecektir¹³⁴.

AİHM, *Deweer/Belçika*¹³⁵ davasında; et ürün satış mağazası olan Bay Deweer'in, bazı et ürünlerini ilgili Bakanlık tarafından belirlenen azami fiyat üzerinde satarak fiyat düzenlemelerine aykırı davrandığına dair polis tarafından düzenlenen rapora dayanılarak savcılıkça geçici olarak kendisine mesleğini icra etme yasağı getirilmiş ve dükkânı kapatılmıştır. Ön ödeme kurumuna benzer bir uygulama yapılarak Deweer ile uzlaşma olduğundan ve bu durumda Belçika yasaları henüz başvuru hakkında ceza davasının açılmamış sayılmasını kabul etmesine karşın Komisyon önündeki yargılamada tarafların başvuru aleyhine bir ceza davası bulunduğu dair itirazları olmadığından AİHM bu davada, başvuru hakkında suç isnadının yapılmış olduğuna karar vermiştir. AİHM, suç isnadını değerlendirirken yalnızca iç hukuk ölçütlerine önem vermemekte, bu kavramı Sözleşme hukuku çerçevesinde ele almaktadır. Buna göre; “suç teşkil eden bir fiil işlediği konusunda yetkili bir makam tarafından bir kişiye resmen bir bildirim yapılmışsa veya şüphelinin hukuki durumunu esaslı bir şekilde etkileyen bir durum meydana gelmişse suç isnadı vardır ve kişi sanık konumuna girmiştir”¹³⁶.

AİHM'in *Telfner/Avusturya*¹³⁷ davasında açıkladığı gibi sanığın susma hakkını kullanması durumunda mahkeme tarafından sadece bu sebebe dayalı olarak sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilemez.

¹³⁴ Ender ANAKLI, “Silahların Eşitliği İlkesi”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006, s. 22; Anne PETERS, “Adil Yargılanma,” Çev. Mahmut KOCA, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Prof. Dr. Nurullah KUNTER'e Armağan, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2004, s. 122; İnsan Hakları Avukatlar Komitesi: “Adil Yargılama Nedir? Yasal Standartlar ve Uygulamaya Yönelik Temel Rehber,” Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, **Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3**, Çev. Selman Dursun, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 363; Süheyl DONAY, **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, 24-33 ve s. 50.

¹³⁵ Deweer/ Belçika, 27.02.1980, Başvuru No:6903/75, para. 41-47; Osman DOĞRU, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Cilt: 1**, Legal Yayınları, İstanbul, 2004, s. 350-351.

¹³⁶ Deweer/ Belçika, 27.02.1980, Başvuru No:6903/75, para. 41-47.

¹³⁷ Telfner/Avusturya, 20.03.2001, Başvuru No:33501/96, para. 16.

*Wemhoff/Almanya*¹³⁸ davasında, hazırlık soruşturması aşamasında bile olsa bir kişi hakkında tutuklama kararı verilmiş ise artık suç isnadı yapılmıştır.

AİHM, *Neumeister/ Avusturya*¹³⁹ davasında, “*Kişi hakkında düzenlenen iddianame tebliğ edilmişse bu kişiye suç isnat edilmiştir ve artık bu kişi sanık olmuştur*” şeklinde karar vermiştir. *Funke/Fransa*¹⁴⁰ davasında, gümrük suçlarını soruşturan makamların bir kişiden belge vermesini istemeleri ve banka hesaplarına el koymaları durumunda “suç isnadı” yapılmış sayılacağını, *Angelucci/İtalya*¹⁴¹ davasında, kolluk tarafından hazırlanan fezlekenin savcılığa gönderilmesi üzerine, savcılık tarafından bir kişi hakkında hazırlık soruşturması başlatılması ve kişinin kendisini savunmak üzere avukat tayin etmesi durumunda da suç isnadı olduğunu, *Minelli/İsviçre*¹⁴² davasında, bir kişinin suç işlediği şüphesiyle hakkında polis tarafından soruşturma başlatıldıktan sonra o kişi gözaltına alınmış ise ortada suç isnadı olduğunu, *Guzzardi/İtalya*¹⁴³ davasında, Sözleşme’nin 5/1. maddesi kapsamında kalmak koşuluyla suçsuzluk karinesinin sanığın tutuklanmasına engel oluşturmadığını belirtmiştir.

Sanığın “susma” ve “kendinin suçlanmasına yardımcı olmama” hakkı da adil yargılanma hakkının getirdiği güvence içerisindedir. *Saunders/Birleşik Krallık*¹⁴⁴ davasında AİHM, aşağıda belirtildiği şekilde bazı tespitlerde bulunmuştur:

“AİHM her ne kadar Sözleşme’nin 6/1. maddesinde özellikle belirtmemiş olsa da sessiz kalma ve kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkının 6. madde kapsamındaki adil yargılanma kavramının esasını oluşturan ve genel olarak kabul edilen uluslararası standartların özünde bulunduğunu anımsatır. Bunun maksatları arasında sanığın yetkililerce uygunsuz bir şekilde zorlanmaya karşı korunması yoluyla adaletin tecellisindeki hatalı uygulamaların önlenmesi ve 6. madde hedeflerinin yerine getirilmesi bulunmaktadır.

Kişinin kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkı, özellikle bir ceza davasında savcılık makamının, sanığın iradesi dışında tehdit ve tazyik yöntemleriyle elde edilmiş kanıtlara

¹³⁸ *Wemhoff/Almanya*, 27.06.1968, Başvuru No:2122/64, para.18-20.

¹³⁹ *Neumeister/Avusturya*, 27 Haziran 1968, Başvuru No:1936/63, para.22-25.

¹⁴⁰ *Funke/Fransa*, 25.02.1993, Başvuru No:10828/84, para.41-44.

¹⁴¹ *Angelucci/İtalya*, 19.02.1991, Başvuru No:12666/87, para.12-15.

¹⁴² *Minelli/İsviçre*, 25.03.1983, Başvuru No:8660/79, para. 26-29.

¹⁴³ *Guzzardi/İtalya*, 06.11.1980, Başvuru No:7367/76, para. 89-95.

¹⁴⁴ *Saunders/Birleşik Krallık*, 17.12.1996, Başvuru No:19187/91, para.68-69.

başvurmadan sanığa karşı iddiasını kanıtlamaya çalışmasını öngörür. Bu bağlamda söz konusu hak, Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında bulunan masumiyet karinesi ile yakından bağlantılıdır. Kendine karşı tanıklık etmeme hakkı öncelikle sanığın sessiz kalma isteğine saygı gösterilmesi ile ilgilidir. Sözleşme taraf devletlerin hukuk sistemlerinde ve başka yerlerde yaygın olarak anlaşıldığı üzere bu hak ceza yargılamalarında sanıktan cebren elde edilmiş olabilecek malzemenin kullanılmasını kapsamamakla beraber, şüphelinin isteğinden bağımsız olarak mevcudiyeti bulunan, arama emri sonucunda ele geçirilen evrak, tükürük, kan ve idrar örnekleri ile DNA testi için alınan bedensel dokuların kullanılması mümkündür.”

Saunders davasında, bir şirketin devredilmesine ilişkin olayda, şirket müdürü olan Saunders, ulusal kanun uyarınca cezai yaptırım olarak kamu görevlisi olan müfettişlerin sorularını yanıtlamak zorunda kalmıştı. Bu sorgulamaya ilişkin kayıtlar daha sonra deşifre edilmiş ve aleyhinde karar verilen davada başvuruçuya karşı delil olarak kullanılmış, AİHM bu kullanımın Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlali anlamına geldiği kanaatine varmıştır¹⁴⁵.

*Uli Lutz/Almanya*¹⁴⁶ davasında, başvuruçuy işlemleri olduğu bir trafik suçu nedeniyle 125 Mark tutarında para cezası ile cezalandırılmıştır. Başvuruçunun bu cezaya yaptığı itiraz, mahkeme tarafından zamanaşımı nedeniyle reddedilmiş ve başvuruçunun yargılama giderlerini de ödemesine karar verilmiştir. AİHM bu olayda, başvuruçunun itirazının esası hakkında bir karar verilmemesine karşın suçlu sayılarak para cezası yanında ayrıca yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilmesini Sözleşme'nin 6/2. maddesine aykırı bulmuştur¹⁴⁷.

*John Murray/Birleşik Krallık*¹⁴⁸ davasında AİHM, sorgulama sırasında susma hakkını kullanan ve kendisini suçlamayı kabul etmeyen sanığın bu haklarının uluslararası seviyede genel kabul görmüş kurallardan olduğunu ve bu hakları kullanmasının Sözleşme'nin 6. Maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının

¹⁴⁵ YILDIRIM, a.g.m., s. 97.

¹⁴⁶ Uli Lutz/Almanya, 25.08.1987, Başvuru No:9912/82, para.59-64.

¹⁴⁷ YILDIRIM, a.g.m., s. 97.

¹⁴⁸ John Murray/Birleşik Krallık, 08.02.1996, Başvuru No:18731/91, para.41-58.

özünü oluşturduğunu belirtmiştir¹⁴⁹.

B. Hukuk Muhakemesinde Uygulanma Zamanı

Özel hukuk yargılamasında, dava dilekçesinin mahkemeye verilmesi ile “silahların eşitliği” ilkesinin uygulaması başlar ve süreci sona erdiren mahkeme kararına ve olayın başka bir şekilde(örneğin sulh) sona erdirilmesine kadar geçerli olur. Taraflardan birisinin yürümekte olan bir yargılamaya dâhil olmayı talebi ve bu talebin kabul edilmesi halinde, bu kişi için bu an esas alınır¹⁵⁰.

C. İdari Yargılamada Uygulanma Zamanı

İdare hukukunda dava, dava dilekçesinin mahkeme kalemine verilmesi ile açılmış sayıldığından, bu andan kesin hüküm verilinceye ya da davanın başka türlü sona erdirilmesine kadar “silahların eşitliği” ilkesinin uygulanması gerekmektedir¹⁵¹.

IV. BİLGİ VE BELGELERE ULAŞMADA SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ

Daha önce belirtildiği üzere¹⁵² Sözleşme’de silahların eşitliği biçiminde açık bir tanım yapılmadığından bu ilkenin içeriği konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yapmış olduğu açıklama ve tanımlardan yola çıkılarak, çalışmamızda “silahların eşitliği” ilkesi, bilgi ve belgelere ulaşma, delil sunma, bilirkişilik ve yasal görevlilerin yargılamadaki rolü bakımından ele alınarak açıklanmaya çalışılmıştır.

¹⁴⁹ YILDIRIM,a.g.m., s. 97.

¹⁵⁰ ANAKLI, a.g.e., s. 99, Hans-Meyer LADEWIG, “Adil Yargılanma Hakkı I” Çev.Özlem YENERER/ÇAKMUT, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Prof. Dr. Nurullah KUNTER'e Armağan, s. 90; GRABENWARTER, a.g.e., s. 195.

¹⁵¹ ANAKLI, a.g.e., s. 119.

¹⁵² Bkz. s.100.

A. Ceza Muhakemesinde Bilgi ve Belgelere Ulaşmada Silahların Eşitliği İlkesi

1.Savunma Makamının Bilgilendirilme Hakkı

Sözleşme'nin 6/3-b maddesinde belirtilen yeterli kolaylıklar kavramının içerisinde savunma makamının bilgilendirilmesi de yer almaktadır¹⁵³. Mahkeme, *Can/Avusturya* kararında yeterli kolaylıklardan bahsederek söz konusu hakkın, sanığa savunmasını uygun bir şekilde hazırlama ve savunmasının dayanaklarını herhangi bir sınırlamaya uğratılmaksızın mahkeme önünde ortaya koyma olanağı vermesi gerektiğini belirtmektedir¹⁵⁴. Öncelikle, Sözleşme'nin 6/3-a maddesi uyarınca sanık, kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedenleri konusunda, en kısa zamanda, anladığı dilde ve detaylı olarak bilgilendirilmeli, sonrasında savunma makamının, yetkili merciler tarafından toplanmış ya da toplanabilme olanağı olan belgelere ulaşma hakkı bulunmalıdır¹⁵⁵. Sanık haklarının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak bakımından kişinin, hakkında yürütülmekte olan bir soruşturma konusunda bilgilendirilmesi önemli bir adli işlemdir. Bu nedenle bilgilendirmenin, yöntemsel ve nesnel koşullara uygun olarak yapılması gerekir¹⁵⁶. İddia ve soruşturma makamları sanığın suçsuzluğunu ispatta ve cezasında indirim yapılmasını sağlamada yardımcı olacak delil mahiyetindeki her türlü belge ve bilgiyi sanığın faydalanmasına açmalı¹⁵⁷, soruşturma makamları, sanığın lehine ve aleyhine toplanmış olan tüm maddi delilleri kovuşturma aşamasında savunmaya açıklamalıdır¹⁵⁸. Soruşturma makamının elinde bulunan delillerden hangisinin savunmasında kendisine faydalı olabileceğini kesin olarak söylemesi sanıktan beklenemez ancak bu durum sanığa adı geçen madde hükmüne dayanarak savunmasını hazırlayacağından bahisle bazı bilgi ve belgeleri mutlak inceleme

¹⁵³ "Council of Europe, International Protection of Human Rights, Strasbourg, 1989," Çev. Naz Çavuşoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine**, A.Ü.S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 1994, s.41.

¹⁵⁴ Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği, a.g.e., s.159; *Can/Avusturya*, 30.07.1985, Başvuru No:9300/81, para. 12-18.

¹⁵⁵ Edwards/Birleşik Krallık, 25.11.1992, Başvuru No:13071/87, para.29-39; Jespers/Belçika, 14.12.1981, Başvuru No:8403/78, para. 55-71.

¹⁵⁶ DİNÇ, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre Adil Yargılanma Hakkı**, İzmir Barosu Yayınları, İzmir, 2006, s.188, T./İtalya, 12.10.1992, Başvuru No:14104/88.

¹⁵⁷ PAMUK, a.g.e; s.144. Rowe ve Davis/Birleşik Krallık, 16.02.2000, Başvuru No:28901/95, para 60.

¹⁵⁸ İNCEOĞLU, **Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği**, s.87.

hakkını da tanımaz¹⁵⁹. İlgili belgelere ulaşamadığını, onları göremediklerini kanıtlama yükü başvurucudadır. Ulaşma imkânının tanınmadığı rapor veya belgenin soruşturma makamlarında bulunduğu dair belirtilerin olması tek başına hak ihlali olduğunu göstermemekte olup bu belgelerin içerdiği bilgiler başka belgelerde tekrar edilmiş ise yine hak ihlalinin söz edilemeyecektir. Bu bilgi ve belgelerin savunma için önemli olması, sanığın bunları elde edememesi halinde atılı suç veya suçlardan beraat etmesinin veya daha az ceza alması ihtimalinin etkilenmesi, yani savunmanın bir zarara uğraması ve bu durumun açıkça ortaya konması gerekir. Örneğin sanık avukatlarının, başvurucuya dava dosyasının bir suretini göstermeleri, duruşmalar başlayıncaya kadar yasaklanmış olup duruşmalar başladıktan sonra dosyanın bir suretinin başvurucuya verilmesi, somut olayın karmaşıklığına göre değerlendirilecektir. Dosyada incelenmesi gerekli belgeler fazla miktarda ve bu belgelerde bahsedilen bilgiler hakkında müdafilerin doğrudan sanıktan bilgi almaları zorunluluğu var ise duruşmalardan önce sanığın dosyada var olan belgeleri görememesi ve bunları inceleyememesi adil yargılanma hakkını ihlal edecektir¹⁶⁰. Ayrıca, böyle bir hakkaniyetsizlik var ise bu durumun kanun yolu incelemesinde giderilip giderilmediği de incelenir. Ancak kanun yolu incelemesinde, sanık veya sanık avukatının yeterli bilgi edinmemesi ve katılımı olmaksızın, soruşturma makamlarının delilleri gizlemesi veya buna ilişkin aldığı kararların incelenmesi, var olan kusuru gidermemekte ve hukuka aykırılık devam etmektedir. Önemli olan, gizlilik konusunda davaya bakan ilk derece mahkemesi hâkiminin karar alıp almadığıdır¹⁶¹. Tabii ki bazı delillerin gizlenmesine ilişkin kararın alınmasında izlenen usul de Mahkemenin denetim alanında olup silahların eşitliği, çelişmeli yargılama ilkeleri ve savunmanın haklarının asgari düzeyde korunması bakımından bu kararlar değerlendirilir¹⁶².

Savunma makamının bilgi ve belgelere ulaşması, mutlak anlamda tanınmış bir hal olmayıp bazı durumlarda kamu güvenliği, misilleme tehlikesine karşı tanıkların korunması ve polisin suç ve suçluları ortaya çıkarma yolunda izlediği

¹⁵⁹ PAMUK, a.g.e., s.145.

¹⁶⁰ Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği, a.g.e., s.160.

¹⁶¹ İNCEOĞLU, **Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği**, s.88-89.

¹⁶² Rowe ve Davis/Birleşik Krallık, 16.02.2000, Başvuru No:28901/95, para.60.

yöntemlerin gizlenmesi gerekliliği ile bu hak çelişebilir¹⁶³. Ayrıca başka bireylerin temel haklarını korumak, önemli bir kamu yararını teminat altına almak gibi gerekçelerle savunmanın bilgilendirilme hakkı sınırlanabilir. Böyle bir sınırlama durumunda bu sınırlama kaçınılmaz olmalıdır¹⁶⁴.

2. Savunma Makamının Dosyayı İnceleme Hakkı

a. Genel Olarak

Dava dosyasını inceleme hakkı da, AİHS’ de açıkça sayılmamış ve tanımlanmamıştır. Ancak isnadın niteliğinden haberdar olma ve sanığın savunmasını hazırlamak için kolaylıklar tanınmasını sağlayan Sözleşme’nin 6/3-b maddesinin bu hakkı da içerdiği kabul edilmektedir¹⁶⁵.

Dosyayı inceleme hakkı, sanığın savunmasını iyi bir şekilde hazırlayabilmesi için gerekli bir hak olduğundan bu hakkın kullanılmasına engel olunması suretiyle savunma olanakları kısıtlanır ise Sözleşme’nin 6/3-b hükmünün ihlali ortaya çıkar. Kural olarak savunma makamı da, olay hakkında yapılan araştırma, inceleme ve bunların sonuçları ile dosyanın tüm içeriği hakkında iddia makamı ve mahkeme kadar bilgi sahibi olmalıdır¹⁶⁶.

Tarafların davayla ilgili belge ve bilgilere ulaşması, adil bir yargılamanın sağlanabilmesi için gerekli ve çok önemli olsa da, silahların eşitliği bakımından önemli görülen husus, taraflardan birinin diğerine karşı avantajlı duruma geçmemesidir. Örneğin, *Feldbrugge/Hollanda*¹⁶⁷ kararında, savunma tarafının resmi bilirkişinin dosyaya sunulan raporuna ulaşamaması “silahların eşitliği”ne aykırı görülmemiştir. Çünkü bu davada resmi ve dolayısıyla tarafsız olan bilirkişi

¹⁶³ Jasper/Birleşik Krallık, 16.02.2000, Başvuru No: 27052/95, para.52.

¹⁶⁴ PAMUK, a.g.e., s.146; Fitt/Birleşik Krallık, 16.02.2000, Başvuru No: 29777/96, para.45; Van Mechelen/Hollanda, 23.04.1997, Başvuru No: 21363/93, para.58.

¹⁶⁵ Süheyl DONAY, **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982. s.144.

¹⁶⁶ Cumhuriyet ŞAHİN, “Sanığın Savunmasını Hazırlamak için Gerekli Zamana ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı,” **Adil Yargılanma Hakkı**, Nergiz Yayınları, İstanbul, 2004, s.314.

¹⁶⁷ Feldbrugge/Hollanda, 27.07.1987, Başvuru No: 8562/79, para. 42-44.

karşısında yargılamanın diğer tarafı olan savcılığın da aynı konumda olduğu belirtilmiştir¹⁶⁸.

AİHM, *Kamasinski/Avusturya*¹⁶⁹ davasında da yine Sözleşme'nin 6/3-b maddesi kapsamında bir ihlal olmadığına karar vermiş, belirli durumlarda dava dosyasına sanığın ve onun yasal temsilcisinin dava dosyasına makul bir şekilde ulaşma hakkının olduğunu, sanığın savunucusunun dava dosyasını inceleme imkânının bulunduğu durumda, ayrıca sanığın dava dosyasını inceleme hakkının bulunmamasının ihlal için tek başına yeterli olmadığını belirtmiştir.

Foucher/Fransa davasında ise sanık kendi kendini savunmak istemiş, ancak savcı tarafından sanığın dava dosyasına erişimi engellenmiş ve sanık dava dosyasında bulunan evrakın birer örneğini bu engellemeden dolayı alamamış, savunmaya yeterince hazırlanamamıştır. AİHM, bu davada, 6. madde 3. fıkra ile birlikte değerlendirildiğinde silahların eşitliğinin ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁷⁰.

Mahkeme, sanığa duruşma sırasında müdafinin yanında bizzat hazır bulunmak suretiyle kendisini savunma olanağı tanınması konusu üzerinde önemle durmaktadır. *F.C.B./İtalya*¹⁷¹ davasında, İtalya'da tutuklu yargılanan sanık hakkında yerel mahkemece delil yetersizliğinden beraat kararı verilmiş ve serbest bırakılmıştır. Yargıtay'ın bu kararı bozması üzerine yapılan ilk duruşmada sanık o sırada başka bir suçtan Hollanda'da tutuklu bulunduğu için hazır bulunamamıştır. Milano Ceza Mahkemesi, sanık avukatının durumu sözlü olarak bildirmesine rağmen mazeretini belgeleyemeyen sanık hakkında yokluğunda yirmi dört yıl hapis ile cezalandırılmasına karar vermiştir. Avukat, davanın karara bağlanmasından kısa bir süre sonra sanığın Hollanda'da tutuklu olduğuna dair belgeyi mahkemeye sunmuş ise de sanığın temyiz istemi reddedilmiştir. AİHM, sanığın duruşmada hazır bulunarak kendisini savunma hakkından “açık ve anlaşılır” bir ifade ile vazgeçtiğini

¹⁶⁸ŞAHİN, a.g.e., s. 315.

¹⁶⁹ *Kamasinski/Avusturya*, 19.12.1989, Başvuru No: 9783/82, para.87-88

¹⁷⁰MOLE, HARBY, a.g.e., s.41; *Foucher/Fransa*, 18.03.1997, Başvuru No: 22209/93, para. 26-38.

¹⁷¹*F.C.B./İtalya*, 28.08.1991, Başvuru No:12151/86, para, 28-36; Güney DİNÇ, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre Avukatla Savunma Hakkı” **TBB Dergisi**, Sayı 55, 2004, s.167. (Çevrimiçi)<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/>, 17.11.2018.

bildirmediğçe, yokluğunda yargılama yapılarak hüküm verilmesini, Sözleşme'nin 6. maddesinin 3.fikrasının (b) bendine aykırı bulmuştur.

Dosyayı inceleme hakkının kısıtlanması salt bir etken olarak ele alınmayıp AİHM tarafından somut olay kendi içerisinde değerlendirilmekte, kısıtlama kararından dolayı savunmanın imkânsız hale gelip gelmediğine bakılmaktadır. Dosyadaki bilgi ve belgelere ulaşmak istediğini, buna rağmen ulaşamadığını ispat yükü de verilen kararlar ışığında savunmaya yüklenmiştir. Bu değerlendirme yargılamanın bütünü göz önüne alınarak yapılmakta, kanun yolu aşamasında bile bilgilere ulaşılabilmiş ve eksiklik giderilmiş ise ihlal oluşmamaktadır¹⁷². *Hadjianastassiou/Yunanistan*¹⁷³ davasında yerel mahkeme gerekçeden yoksun karar bir karar vermiş ve bu karar sanığa tebliğ edilerek kendisine 5 günlük bir temyiz süresi tanınmıştır. Bu nedenle sanık temyize ilişkin itiraz ve beyanlarını duruşmadaki bazı bilgiler ışığında sunabilmiştir. AİHM, bunu Sözleşme'nin 6/3-b maddesinin ihlali olarak görmüştür.

*Edwards/İngiltere*¹⁷⁴ davasında başvuru Edwards, gasp ve soygun suçlarından yargılanmış ve 10 yıl hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Mahkûmiyetinin dayandığı deliller, başvuru polise verdiği ayrıntılı ifadelerdir. Ancak, başvuru daha sonra bu ifadeleri imzalamaktan kaçınmıştır. Yargılama sırasında ise Edwards, bu ifadelerin polis tarafından uydurulduğunu, masum olduğunu belirtmiştir. Gasp eylemine maruz kalan 82 yaşındaki kadın, polise verdiği ifadeye başvurucuya benzeyen soyguncuyu tarif etmiş, şahsı yeniden görse tanıyabileceğini beyan etmiş fakat mağdur mahkeme tarafından duruşmaya çağırılmamış, polise verdiği ifade ise duruşmada okunmuştur. Başka bir olay ile ilgili olarak başvuru suç ortağı olay yerinde yakalanmış, verdiği ifade ile başvuru tutuklanmasına neden olmuştur. Daha sonra başvuru iddia makamından kendi lehine ve aleyhine tüm delilleri alamadığı iddiası ile şikâyetçi olmuş, polisler hakkında bir soruşturma açılmış, konuyla ilgili hazırlanan rapor Edwards'a verilmemiş, soruşturma sonucunda polisler hakkında disiplin cezasına

¹⁷² Schuler-Zgragen/İsviçre, 24.06.1993, Başvuru No:14518/89, para.58.

¹⁷³ Hadjianastassiou/Yunanistan, 16.12.1992, Başvuru No:12945/87, para 29-37.

¹⁷⁴ Edwards/Birleşik Krallık, 25.11.1992, Başvuru No:13071/87, para. 29-39.

gerek olmadığına karar verilmiş, başvuru kanun yolları aşamasında, bazı bilgilerin polis tarafından kendisinden gizlendiğini ileri sürmüştür. Üst mahkeme ise bu kusurların karara etki edecek nitelikte olmadığını belirterek başvuruyu reddetmiştir. Ancak başvuru kanun yolları aşamasında polislerin yeniden dinlenmesi talebinde bulunmamış, polisler hakkında düzenlenen soruşturma raporunun kendisine verilmesini de talep etmemiştir.

Başvurucuya göre yargılama sırasında iddia makamı kendisinden bazı bilgileri saklamıştır. İlk olarak, kendisine saldırıyı gördüğü takdirde tanıyacağını belirten mağdur, polis fotoğraf albümü üzerinden yaptırılan teşhis işleminde sanığı teşhis edememiş olmasına rağmen bu bilgi sanıktan gizlenmiştir. İkinci olarak, olay yerinde başka parmak izleri de bulunmuş olmasına rağmen bu bilgi de sanıktan gizlenmiştir. AİHM'e göre, mahkûmiyet kararı polisin öne sürdüğü delillere dayanmakta olduğundan sanıktan bu bilgilerin saklanması bir kusur olarak görülmüştür. Ancak AİHM, bu olayda da mahkemenin bütününe ele almış, bu eksikliğin yargılamanın ileriki aşamalarında giderilip giderilmediğini incelemiştir. İstinaf aşamasında savunma, polis memurlarının tanık olarak dinlenmesi imkânı varken bunu öne sürmemiştir. Ancak, AİHM önünde, polisler hakkında delilleri savunmadan gizlediğinden ötürü yapılmış olan soruşturma raporunun kendisine verilmediğini ileri sürmüştür. Bu husus temyiz incelemesi esnasında da ileri sürülmemiştir. AİHM, ilk derece mahkemeleri önündeki eksiklerin daha sonraki yargılama aşamalarında giderilmesine fırsat tanınmış olduğuna dikkat çekerek, adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği yönünde karar vermiştir¹⁷⁵.

*Rowe ve Davis/İngiltere*¹⁷⁶ kararında ise AİHM, bilgi ve belgelere ulaşma hakkının engellenmiş olmasının kanun yolu aşamasında telafi edilemediği sonucuna varmıştır. Karara konu olayda başvuru kanun yolları aşamasında, iddia makamının elindeki bütün delillerin tam olarak açıklanmasının mutlak bir hak olmadığını, meşru amaçlarla sınırlanabileceğini kabul etmişler ancak bu sınırlamanın orantılı ve usuli güvencelerle dengelenmiş olması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Savcılık ilk derece

¹⁷⁵İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s.338, Edwards/Birleşik Krallık, 25.11.1992, Başvuru No:13071/87, para. 35-39.

¹⁷⁶ A.e., s.307, Rowe ve Davis/Birleşik Krallık, 16.02.2000, Başvuru No:28901/95, para. 53-67.

yargılamasında, yargıca danışmadan maddi delillerin bazılarını açıklamama kararı vermiştir, istinaf mahkemesi delilleri incelemiş ve ilgili delillerin açıklanmamasına karar vermiştir. Başvuruculara göre, savcının hâkim kararı olmaksızın delilleri açıklamamasındaki kusuru, kanun yolu aşamasında giderilmemiş, İngiliz hukukuna göre en azından bağımsız bir özel danışman tarafından savunma adına savların ortaya konma imkânı varken bu yapılmamıştır. AİHM, yargılamanın, “silahların eşitliği” ve “çelişmeli yargılama” ilkelerinin adil yargılanma bakımından önemine ve bu yüzden savcılığın kendi elinde bulunan sanığın aleyhine ve lehine tüm delilleri savunmaya açıklaması gerektiğine değinmiş, ancak bunun mutlak bir hak olmadığını, savunmanın hakları karşısında milli güvenlik, tanıkları sanıktan kaynaklı misillemeden koruma veya polisin suçu araştırma yöntemlerinin gizli kalmasını sağlama gibi çatışan menfaatler olabileceğini belirtmiştir. Bu tür savunma haklarını sınırlayan önlemlere ise bu önlemlerin ancak kesin olarak gerekli olduğunun ortaya konabildiği durumlarda izin verilebilir. Delillerin savunmaya açıklanmamasının gerekli olup olmadığı konusunda ise değerlendirmenin kural olarak ulusal mahkemeler tarafından yapılması gerektiğini belirtmiştir.

Mahkemeye göre, başvurucunun yargılaması sırasında, savcılığın hâkimi bilgilendirmeksizin kamu menfaatine dayanarak bazı ilgili delilleri çekme kararı alması ve gizlenen bilginin savunma için önemini değerlendirmeye kalkışması, Sözleşme’nin 6/1. maddesinin ihlaline neden olmuştur. İstinaf mahkemesinin, gizli tutulan delilleri gözden geçirmiş olması hakkaniyetsizliği gidermez. Çünkü tanıkları gören, davadaki bütün deliller hakkında bilgisi olan ilk derece mahkemesi hâkiminden farklı olarak istinaf mahkemesi hâkimleri gizli delillerin davayla muhtemel ilgisini anlamak açısından, Kraliyet Mahkemesi önündeki duruşmanın kayıtlarına ve savcılık tarafından söylenenlerle bağımlıdırlar. Ayrıca ilk derece mahkemesi önünde gerektiğinde çapraz sorgulama ile anahtar tanıkların inanılabilirliğini çürütmenin mümkün olduğu, savunmanın farklı yöntemler seçebileceği ve yeni konuların ortaya çıktığı bir aşamada gizli delilin önemini değerlendirerek, yargılama süresince delilin açıklanması ihtiyacını takip edebilirdi. Oysa İstinaf Mahkemesi aşamasında sanığın bu imkânları bulunmamakta, hatta belli ölçüde, bilinçaltında

jürinin sanıkları suçlu bulduğu karardan da etkilenmiş olabilir¹⁷⁷. Bu nedenlerle, savunmanın savlarının ortaya koyması engellenmiş ve Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrası ve 3. fıkrasının b ve d bentleri ihlal edilmiştir.

Dosya inceleme hakkının hangi anda başladığı hususu tartışmalıdır. Ancak AİHM, hakkın başlangıç zamanının Sözleşme'ye taraf devletlerin kanun koyucularına ait olduğunu belirtmektedir. Her ülkenin yargılama sisteminin farklı olmasından dolayı bu anın başlangıcı konusunda net bir şey söylenmemektedir. Soruşturmanın gizliliği ilkesi nedeniyle, soruşturma tamamlandıktan sonra ancak davanın başlangıcından önce bu hakkın tanınması gerekmekte, savunma tarafının dosyayı inceledikten sonra savunmasını yapabilmesi için yeterli süre olup olmadığı değerlendirilmektedir¹⁷⁸.

Dosya inceleme hakkı mutlak ve sınırlanamaz bir hak olmadığından bazı durumlarda, kişinin savunmasını hazırlaması için gerekli olan bilgilere ulaşma olanağı bile kısıtlanabilir, ayrıca savunma için hayati bilgiler içermediği sürece iddia makamı tarafından dosya içeriğine dâhil edilen bazı notlar ve yazışmaların savunmaya bildirilme zorunluluğu bulunmamaktadır¹⁷⁹.

b. Tutuklu Hallerde Dosyayı İnceleme Hakkı

Tutukluluğun incelenmesi için tutukluluğun gerekçelendirmesi ve tutukluluk sebeplerine göre yapılacak değerlendirme önemli olduğundan şüphelinin ve sanığın tutuklu olduğu hallerde dosyayı inceleme hakkı çok daha fazla önem taşımaktadır¹⁸⁰.

Almanya ile ilgili verilen üç ayrı kararda AİHM, tutuklu şüphelilerin durumunu incelemiştir. Olaylarda başvuruçuların tutuklu iken müdafilerin yaptığı dosyayı inceleme talepleri, savcılık tarafından tamamen veya kısmen soruşturmanın amacını tehlikeye düşüreceği gerekçesiyle reddedilmiştir. *Lietzow/Almanya* kararına¹⁸¹ konu olayda müdafî, olayın bir özetini içeren ve delillere gönderme yapan

¹⁷⁷ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s.307, Rowe ve Davis/Birleşik Krallık, 16.02.2000, Başvuru No:28901/95, para.53-67.

¹⁷⁸ ŞAHİN, a.g.e., s. 316, X/Avusturya, 22.03.1972, 4622/70

¹⁷⁹ ŞAHİN, a.g.e., s. 316.

¹⁸⁰ AMBOS, a.g.e., s. 32.

¹⁸¹ Lietzow/Almanya, 13.02.2001, Başvuru No:24479/94, para. 44-48.

tutuklama müzekkeresini inceleyebilmiş, iki iddia tanığının ifadesini inceleme talebi reddedilmiştir. *Schöps/Almanya*¹⁸² kararına konu olayda müdafî tüm dosyayı başlangıçta inceleyememiş, ardından 24 klasörlük dosyanın 22 klasörünü inceleme izni verilmiş fakat 132 klasörden oluşan soruşturma dosyasını inceleme izni verilmemiştir. AİHM'e göre, "özgürlüğün kısıtlanmasının kişinin temel hakları üzerindeki sonuçları dikkate alındığında, Sözleşmenin 5/4. maddesi kapsamında izlenecek usul, soruşturmanın koşulları izin verdiği ölçüde, çelişmeli yargılama gibi adil yargılanma hakkının temel gerekliliklerine saygı göstermelidir". Bu nedenle AİHM, soruşturma dosyasının istediği anda müdafinin incelemesine hazır bulundurulmamasını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı bulmuştur. *Garcia Alva/Almanya*¹⁸³ kararına konu olayda ise müdafî, asıl iddia tanıklarının ifadelerini tutukluluktan dört ay sonra bazı bölümleri karalanmış olarak inceleyebilmiş, dosyanın tamamını ise aylar sonra inceleyebilmiştir¹⁸⁴. AİHM bu kararlarda, müdafîin "müvekkilinin tutuklunun hukuka uygunluğunu tartışma konusu yapabilmesi bakımından önemli olan dokümanlara ulaşması engellenirse" bu hakkın ihlal edilmiş olacağını vurgulamıştır. Alman Ceza Muhakemesi Kanununun(StPO) karar tarihinde yürürlükte olan 147/2. maddesine göre soruşturmanın amacını tehlikeye atacaksa müdafîin dosyayı incelemesi kısıtlanabilir ise de AİHM, "başvurucunun tutuklanmasında esas alınan bir tanığın beyanının 'meşru kamu yararı' nın bunu gerektirdiğinden ve hile yapılması riski bulunduğundan bahisle gizli tutulmasını ve başvurucuya sadece sözlü olarak bu beyanın içeriğinin bildirilmiş bulunmasını Sözleşmenin 5/4. maddesine aykırı" bulmuştur. Kanunun 147/2. maddesi daha sonra 05.07.2017 tarihinde yayımlanarak 01.01.2018 tarihinde yürürlüğe giren kanun ile AİHM kararları doğrultusunda değiştirilmiş ve sanığın duruşma öncesi gözaltında olması veya geçici tutuklama durumunda soruşturma dosyasının incelenmesinin talep edilmesi halinde, savunma avukatına kişiyi hürriyetinden yoksun kılmanın yasallığının uygun bir şekilde değerlendirilmesi için gerekli bilgilerin sağlanması gerektiği şeklinde düzenleme yapılmıştır¹⁸⁵. Dolayısıyla müdafîin tutuklama kararına dayanak oluşturan delil araçlarını

¹⁸² Schöps/Almanya, 13.02.2001, Başvuru No:25116/94, para. 19-22.

¹⁸³ Garcia Alva/Almanya, 13.02.2001, 23541/94, para.18-22.

¹⁸⁴ YAVUZ, a.g.e., s. 29,

¹⁸⁵ (Çevrimiçi), <https://dejure.org/gesetze/StPO/147.html>, 31.05.2021.

incelemesi vazgeçilmezdir¹⁸⁶.

AİHM Lamy /Belçika¹⁸⁷ davasında, “olayların gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan Belçika iç hukukuna göre göre tutuklu kişi mahkeme önüne çıkarılmadan önceki iki gün boyunca soruşturma dosyası, mahkeme kaleminde şüpheli müdafinin incelemesine açık bulundurulmalıdır. Bu hükme dayanılarak dosya tutukluluğunun ilk 30 günü boyunca Lamy’nin avukatına gösterilmemiş, avukat özellikle polis ve sorgu yargıcı tarafından hazırlanan raporlara ulaşamamıştır. Başvurucunun avukatı, müvekkili hakkındaki tutuklama kararı gözden geçirilmek üzere mahkeme önüne çıkarılmadan önceki 48 saat boyunca dosyayı inceleme fırsatı bulabilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mahkemenin tutukluluğun kaldırılması veya devamına karar verileceği yargılamanın bu aşamasında başvuru tarafından dosya içeriğine, özellikle ifadelere ve görüşlere karşı beyan sunma olanağının tanınmamış olduğunu” belirtmiştir. AİHM’e göre “dosyadaki belgelerin incelenmesi etkin bir biçimde tutuklama kararının hukuka uygunluğuna itiraz edebilmek için zorunludur. Savcı tüm dosya içeriği hakkında bilgi sahibiyken müdafinin dosya içeriğine duruşmadan kısa bir süre önce ulaşabilmesi silahların eşitliği ilkesine aykırıdır ve bu nedenle Sözleşmenin 5/4 maddesinin ihlal edilmiş olduğu” yönünde karar verilmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 153. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenleme nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye aleyhine çok sayıda ihlal kararı vermiştir(Erkan İnan/Türkiye¹⁸⁸, Sarar/Türkiye¹⁸⁹ kararları)¹⁹⁰. AİHM Ceviz/ Türkiye¹⁹¹ davasında ise, başvuru, avukatının, tutukluluk kararına itiraz ettiğini, dosyadaki tüm delilleri inceledikten sonra görüş bildiren Cumhuriyet Savcısı’nın aksine dosyanın tamamına erişemediğini kaydetmekte, bu bağlamda kendi telefon görüşmelerinin dökümleri, teknik takip tutanakları ve şüphelilerin ifadeleri gibi belgeleri göremediğini belirtmekte, ayrıca, Ağır Ceza Mahkemesi’nin Cumhuriyet Savcısı’ndan görüşlerini yazılı bildirmesine karşılık, kendisinin başvurusunu sadece dosya üzerinden, duruşma yapmadan, kendisini ve avukatını

¹⁸⁶ Shishkov/Bulgaristan, 9.1.2003, Başvuru No:38822/97, para. 77; Nikolov/Bulgaristan, 30.01.2003, Başvuru No:38884/97, para. 97; ANAKLI, a.g.e., s. 25, AMBOS, a.g.e., s. 33.

¹⁸⁷ Lamy v. Belçika, 30.03.1989, Başvuru No: 10444/83, , para.29.

¹⁸⁸ Erkan İnan/Türkiye, 23.02.2010, Başvuru No: 13176/05.

¹⁸⁹ Sarar/Türkiye, 27.03.2012, Başvuru No:1947/09.

¹⁹⁰ (Çevrimiçi), https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/20140717_tbbgorus.pdf, 31.05.2021.

¹⁹¹ Ceviz/Türkiye, 17.07.2012, Başvuru No:8140/08.

dinlemeden değerlendirmesinden şikâyet etmektedir¹⁹². AİHM, “Sözleşmenin 5. maddesinin 4. paragrafı uyarınca tutukluluğa itirazı değerlendiren mahkemede tarafların, yani savcı ve sanığın eşitliğini teminen tarafların davaya katılma hakkına itina gösterilmesi gerektiğini” hatırlatmaktadır. “Eğer müdafî, müvekkilinin tutukluluğunun hukukiliğine etkili biçimde itiraz edebilmesi için önem arz eden dosya içeriğini inceleme hakkından mahrum bırakılıyorsa, tarafların eşitliği sağlanmamış demektir(örneğin bkz. *Lamy v. Belçika*, 30 Mart 1989, paragraf. 29, seri A no 151, *Nikolova v. Bulgaristan* [BD], no 31195/96, paragraf. 58, AİHM 1999-II, *Schöps v. Almanya*, no 25116/94, paragraf. 44, AİHM 2001-I, *Lietzow v. Almanya*, no 24479/94, paragraf. 44, AİHM 2001-I ve *Mooren v. Almanya* [BD], no 11364/03, paragraf. 124, 9 Temmuz 2009)”¹⁹³. Somut olayda AİHM, “hâkimin 29 Mayıs 2007 tarihinde CMK madde 153/2 uyarınca başvuranın ve avukatının dosyaya erişim hakkını soruşturmanın amacına uygun yürütülmesini tehlikeye atmamak için kısıtlama kararı aldığını belirtmekte, başvurucunun inceleme hakkından mahrum bırakıldığını ileri sürdüğü dosya içeriğinin ilgilinin tutukluluğunun hukukiliğine itirazında temel önem taşıdığını” kabul etmektedir. Ancak, AİHM, “savcı ve sonradan hâkimin ifade almaları esnasında müdafî tarafından nezaret edilen başvurucuya, kaydedilmiş olan telefon görüşmeleri, diğer şüphelinin ifadeleri ve tutuklanmasıyla sonuçlanan teknik takip hakkında sorular sorulduğunu, benzer şekilde, müdafînin müvekkilinin tutukluluğuna yönelik itirazında kaydedilen telefon görüşmelerinin dökümlerine ve teknik takip tutanaklarının içeriklerine atıfta bulunduğunu, dolayısıyla, buradan başvurucunun ve müdafînin tutukluluğa temel teşkil eden belgelere erişimlerinin olduğunun anlaşıldığını, bu nedenle, başvurucunun ve müdafînin söz konusu dokümanların içeriği hakkında yeterli bilgiye sahip olduklarını ve tutukluluk halinin gerekçelerine yeterli biçimde itiraz etme imkânını elde ettiklerini” belirtmiş ve Sözleşmenin 5/4 maddesi kapsamında bir ihlalin olmadığına karar vermiştir¹⁹⁴.

Türkiye bakımından önem taşıyan *Öcalan/Türkiye* davasında da AİHM tutuklu olan Öcalan’ın ve avukatlarının durumu, dava dosyasına erişebilmeleri, dosyayı inceleyip tüm belge ve delillerin örneklerini alabilmeleri bakımından ayrı ayrı değerlendirilmiştir. Başvurucuya ve avukatlarına dava dosyasından fotokopi

¹⁹²Ceviz/Türkiye, 17.07.2012, Başvuru No:8140/08, para.40 (Çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/tur>, 31.05.2021.

¹⁹³ Ceviz/Türkiye, 17.07.2012, Başvuru No:8140/08, para.41.

¹⁹⁴ Ceviz/Türkiye, 17.07.2012, Başvuru No:8140/08, para.42-44.

verilmesi izni cezaevi görevlileri tarafından sağlanmıştır. İddianame başvurusu resmi yollardan ulaştırılmış, 2 Haziran 1999 tarihinde yapılan duruşmada Mahkeme, başvurucuya iki görevlinin gözetiminde dava dosyasını inceleme hakkı tanımış ve avukatlara da belirli bazı belgelerin fotokopilerini iletmesine izin vermiştir. AİHM, iddianame dışındaki dava dosyasının bu duruşma tarihine kadar başvurucuya verilmemesinin Sözleşme'nin 6/3 maddesi ile birlikte 6/1 maddesi ile korunan savunma haklarını ihlal edip etmediğini de incelemiş, dava dosyasındaki diğer evraka ulaşması için uygun bir fırsat verilmemesinin savunmanın hazırlanmasında karşılaşılan güçlükleri arttırdığını kabul etmiştir.

AİHM, başvurucuya ve avukatlarına iddianamenin 24 Nisan 1999 tarihinde verildiğini tespit etmiştir. Avukatlar mahkeme dosyasına ise 7 Mayıs 1999 tarihinde ulaşabilmişler ve kendilerine dosyanın bir örneği verilmemiştir. Fotokopi işlemleri 15 Mayıs'ta tamamlanmış, iki hafta sonra da duruşma başlamıştır. 23 Haziran 1999'da yapılan 8. celse sonunda iddia makamının esas hakkındaki mütalaasına karşı son savunmalarını yapmaları istenmiştir. Dava dosyasında 17.000 sayfalık belge ve bilgi bulunmakta olup avukatlar dava dosyasını duruşmalar başlamadan 2 hafta önce almışlar, ziyaret sayısı ve süresinin kısa olmasından dolayı 2 Haziran'dan önce müvekkilleri ile birlikte, aldıkları evrak suretleri ve dosyanın tamamı üzerinde inceleme yapamadıklarını öne sürmüşlerdir. Duruşmaların ara vermeksizin sürmesi de bu incelemeyi engellemiştir. AİHM, başvurusunun avukatlarına dava dosyasına ulaşmaları için ilk duruşma tarihine yakın bir tarihe kadar izin verilmemiş olmasının savunmanın karşılaştığı ve yukarıda belirtilen güçlükleri katlayarak arttırdığını, bunun da başvurusunun, sanık sıfatı ile 6. madde kapsamında sahip olduğu savunma haklarını zorlaştırdığını kabul etmiştir¹⁹⁵.

Dolayısıyla AİHM'in dava dosyasını inceleme hakkı konusunda tutuklu şüpheli veya sanıklar konusunda önceki kararlarından ve tutuksuz yargılanan sanıklar hakkında vermiş olduğu kararlardan ayrıldığı veya farklı yaklaştığı görülmemektedir. Ancak tutukluluk sebepleri ve tutukluluk durumunun incelenmesi bakımından başvuru dosyasına ulaşmasını engelleyen hususlar olup olmadığı

¹⁹⁵ Güney DİNÇ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Adil Yargılanma Hakkı*, İzmir Barosu Yayınları, İzmir, 2006, s.191, Öcalan/Türkiye, 12.05.2005, Başvuru No:46221/99.

incelenmektedir.

B. Hukuk Muhakemesinde Bilgi ve Belgelere Ulaşmada Silahların Eşitliği İlkesi

Taraflar arasında, “mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler” bakımından tam bir eşitliğin gerçekleştirilmesi ve sağlanan bu eşitliğin yargılama sürecinin her aşamasında korunması, yargılamanın hakkaniyet gereklerine uygun şekilde yapılması bakımından önemlidir¹⁹⁶. Çünkü “çelişmeli yargılama” ilkesi, taraflardan birinin dosyaya sunduğu delil ve belgeler hakkında diğer tarafın bilgi sahibi olabilmesi için imkân tanınmasını zorunlu kılmaktadır¹⁹⁷. AİHM, davanın tarafı olan devletin, elinde bulundurduğu ve başvuru sahiplerinin mahkeme önünde iddialarını ileri sürmelerine yardımcı olacak bilgi ve belgelerin var olduğu gerçeğini geçerli bir neden olmaksızın reddetmesi veya başvuru sahiplerinin bu bilgi ve belgelere ulaşmalarını herhangi bir şekilde engellemesi halinde, bu durumun başvuru sahiplerinden hakkaniyete uygun yargılamanın esirgenmesi anlamına geldiğini ve Sözleşme’nin 6/1 maddesini ihlal ettiğini belirtmiştir¹⁹⁸.

AİHM, *Feldbrugge/Hollanda*¹⁹⁹ kararında, bazı delillerin davanın bir tarafına gösterilmemesini hakkaniyete uygun yargılama bakımından değerlendirmiştir. Bu davada, malullük aylığı kesilen başvuru sahibinin buna sebep olan ve dosyasında bulunan sağlık raporlarına ulaşma ve bunlar hakkında yorum yapabilme ve görüş bildirebilme olanağının tanınmamış olması, yargılamaya etkili katılımı engeller nitelikte görülmüştür. *Kerojarvi/Finlandiya*²⁰⁰ kararında ise savaş nedeniyle oluşan ve sonrasında devam eden bedensel sağlık sorunlarını gerekçe göstererek kendisine aylık bağlanmasını isteyen başvuru sahibine Finlandiya Sigorta Mahkemesindeki dava dosyasında yer alan savaş zamanına ilişkin tıbbi raporların verilmemesi Sözleşme’nin 6/1 maddesi ihlali olarak değerlendirilmiştir. AİHM’e göre, hakkaniyete uygun yargılama ilkesi, belgelerin açıklanmasını gerektirir ki, böylelikle

¹⁹⁶ Delcourt/Belçika, 17.01.1970, Başvuru No: 2689/65, para. 27-38; Monnel ve Morris/Birleşik Krallık, 02.03.1987, Başvuru No: 9562/81, para. 62.

¹⁹⁷ DİNÇ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Adil Yargılanma Hakkı*, s.135.

¹⁹⁸ McGinley ve Egan/Birleşik Krallık, 09.06.1988, Başvuru No:10/1997/794/995-996, para. 35-36; İNCEOĞLU, *Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği*, s.90.

¹⁹⁹ Feldbrugge/Hollanda, 29.05.1986, Başvuru No: 8562/79, para. 42-44.

²⁰⁰ Kerojarvi/Finlandiya, 19.07.1995, Başvuru No:17506/90, para. 42-43.

başvurucu belgelerin davayla ilgili olup olmadığını ve davayı ne şekilde etkileyebileceğini değerlendirerek, kendisine uygun olan yorumu bildirme fırsatı bulacaktır.

*Wierzbicki/Polonya*²⁰¹ kararında, bir gazetenin genel yayın yönetmeni hakkında, asılsız haber yayımladığı gerekçesiyle açılmış bir özel hukuk davası söz konusudur. Dava sırasında bazı belgeler gizlilik içermesi nedeniyle mahkemede kullanılamamış ve başvurucu bu belgelerin içeriğine ulaşamamıştır. AİHM, ceza davaları dışında gizliliğe ilişkin kuralın genel değil, sınırlanmış olmasını yeterli bulmuş ve oy çokluğuyla hak ihlali görmemiştir.

*Van Orshoven/Belçika*²⁰² davasında, bir doktor hakkında verilen disiplin cezasına karşı açılmış bir dava söz konusudur. Başvurucunun meslek odasından kaydı silinmiş ve bu işleme karşı mahkemeye yapmış olduğu itiraz mahkeme tarafından reddedilmiş, mahkeme kararına karşı temyiz mahkemesine yaptığı itiraz da reddedilmiştir. Başvurucu şikâyetinde kendisine, temyiz mahkemesinde davanın görülmesi sırasında başsavcı tarafından verilen layihalara yanıt sunma olanağı verilmediğini, bunların kendisine gönderilmediğini öne sürmüştür. AİHM, başvurucunun kaybedebilecekleri ve başsavcının dosyaya sunduğu layihaların içeriği hakkında karşılaştırma yapmış, başvurucunun dava sona ermeden önce bu layihalara yanıt sunmasına olanak verilmemesinin “çelişmeli yargılama hakkının” ihlal edildiği yönünde karar vermiştir. AİHM, çelişmeli yargılama hakkının, bir davada her iki tarafın da dosyaya sunulmuş olan deliller ve mütalaalar konusunda bilgilendirilmesi ve bunlar hakkında görüş belirtme imkânına sahip olmaları anlamına geldiğini vurgulamıştır²⁰³.

Komisyon *McGinley ve Eagan/Birleşik Krallık*²⁰⁴ kararında, delillere ulaşma hakkını değerlendirmiş ve bazı belgelere başvurucunun ulaşamaması durumunda mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. AİHM ise,

²⁰¹ Wierzbicki/Polonya, 18.06.2002, Başvuru No:24541/94, para. 45-46.

²⁰² Van Orshoven/Belçika, 25.06.1997, Başvuru No: 20122/92, para. 42-44.

²⁰³ MOLE, HARBY, a.g.e., s.43; Nideröst-Huber/İsviçre, 18.02.1997, Başvuru No: 18990/91, para. 24; Özgür Keskin/Türkiye, 17.10.2017, Başvuru No: 12305/09, para. 32.

²⁰⁴ McGinley ve Eagan/Birleşik Krallık, 09.06.1988, Başvuru No:10/1997/794/995-996, para. 24-36.

mahkemeye erişim hakkının ihlal edilip edilmediğinden ziyade, genel anlamda yargılamanın hakkaniyete uygun olup olmadığı konusunda değerlendirme yapmıştır. Bu kararlar devletin gizli tutulan belgelere ilişkin tutumu ve yükümlülükleri açısından da önemlidir.

McGinley ve Eagan/Birleşik Krallık davasında, silahlı kuvvetlerde görev alan başvuruçular, 1958 yılında Pasifik Okyanusu'nda yapılan birtakım nükleer silah denemelerinde bulunmuşlardır. Daha sonra başvuruçularda görülen çeşitli sağlık problemleri nedeniyle kendilerine aylık bağlanarak emekliye sevk edilmişlerdir. Çeşitli araştırmalar sonrasında, başvuruçuların görev yaptığı Christmas adasındaki patlamaların potansiyel etkileri üzerine yazılan çeşitli yazıların 1982 yılında yayımlanması üzerine başvuruçular, kendi hastalıkları ile nükleer denemelerin arasında bir bağ olduğunu iddia ederek kendilerine bağlanan aylıkların artırılmasını istemişler fakat bu talepler hem idare tarafından hem de itiraz edilen sigorta mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Başvuruçular, sağlık problemlerinin Pasifik nükleer denemelerine maruz kalmalarından kaynaklandığını mahkeme önünde savunabilmeleri için zorunlu olan kayıt ve belgelere (radyasyon seviyesine ilişkin kayıtlar gibi), milli güvenlik gerekçesi ile kamuya açık olmadıklarından, ulaşamadıklarını iddia etmişlerdir. Hükümet ise herhangi bir belgeye ulaşmalarının engellenmediğini belirtmiştir.

Komisyon, *McGinley ve Eagan/Birleşik Krallık* davasında, devletlerin takdir yetkilerini ve milli güvenlik konusundaki özel hassasiyeti dikkate alarak, kamusal kayıtlara ulaşma konusunda belli ölçülerde denetim olabileceğini kabul etmiştir. Bununla beraber Komisyon, güvenliğe ilişkin endişelerin farklılıklar içerebileceğini (Örneğin kullanılan araçların detaylı planları hakkındaki güvenlik endişesi, radyasyon seviyesine ilişkin kayıtlar hakkındaki güvenlik endişesinden farklı olabilir.) ve zaman içinde değişebileceğini belirtmiştir. Ayrıca Komisyona göre, güvenlik endişelerine ilişkin değerlendirme veya muhtemel güvenlik endişelerinin tanınması, Komisyonu bu tür endişelerin ağırlığını ve konuyla ilgisini

değerlendirmekten alıkoymamaktadır²⁰⁵.

Komisyon, meşru bir amaç olan milli güvenliği dikkate alarak mahkemeye ulaşma hakkına getirilen sınırlamaların orantılı olup olmadığını değerlendirmiştir. Komisyon, söz konusu belgelere ulaşmaksızın hastalıklar ile başvuruçuların belirtilen tarihteki denemelere katılmaları arasındaki illiyet bağıını kurmanın imkânsız olduğunu saptamış ve ayrıca bu tür denemeler sırasındaki patlamalarla ilgili raporlar ve başka bölgelerdeki (örneğin Avustralya) patlamalar nedeniyle İngiliz hükümetinin ödediği tazminatları da dikkate almıştır. Komisyona göre, başvuruçuların sözü geçen kayıt ve belgelere ulaşmalarında çok güçlü menfaatleri vardır, ancak kayıt ve belgeleri elde edebilmek için makul bir araca sahip değildirler. İçinde ulundukları koşullarda başvuruçuların söz konusu kayıt ve belgelere ulaşma ve bu sayede malullük aylığı almak için mahkemeye erişim hakları gerçek olmaktan çok teoriktir ve mahkemeye erişim haklarına getirilen böyle bir sınırlama orantısız bir sınırlamadır. Komisyon madde 6/1 anlamında etkili bir mahkemeye erişim hakkının başvuruçulara sağlanmadığı sonucuna varmıştır.

Bu Komisyon kararı, bireyin zarar görecekt olan menfaatleri dikkate alınarak, milli güvenlik nedeniyle gizli tutulan belge ve kayıtların ölçülülük testine tabi olması açısından çok anlamlıdır. Komisyona göre devlet sırrıyla korunan menfaat ile bireyin zarar görebilecek menfaati arasında bir dengenin olması gerekmektedir.

Mahkeme ise aynı davaya ilişkin olarak farklı bir yorumdan yola çıkmıştır. AİHM konuyu, mahkemeye erişim hakkı açısından değil, genel anlamda hakkaniyete uygun yargılama bakımından değerlendirmiştir. AİHM'e göre, "*Davanın tarafı olan devlet, geçerli bir neden olmaksızın sahip olduğu ve başvuruçuların mahkeme önünde tehlikeli bir derecede radyasyon olduğunu ortaya koymalarına yardımcı olacak belgelerin var olduğunu doğru olmayan bir biçimde reddeder veya başvuruçuların bunlara ulaşmalarını engeller ise bu, onlardan hakkaniyete uygun yargılamanın esirgenmesi olur ve md. 6/1 'i ihlal eder.*" Fakat bu davada AİHM, sadece olayın koşullarının ihlal olduğu sonucuna ulaşmak için yeterli olmadığı kanaatine varmıştır. Çünkü başvuruya konu

²⁰⁵ Mcginley ve Eagan/Birleşik Krallık, 09.06.1988, Başvuru No:10/1997/794/995-996, para.24-36.

belgelerin yargılama sürecinde devlet görevlilerinin elinde olduğu kabul edilse bile başvuru iç hukukta mevcut olan yolu kullanarak ulusal mahkemeden bu belgelerin açıklanması için idareye emir vermesini sağlamak üzere başvuru yapmamışlardır. Bu nedenle Mahkeme madde 6/1'in ihlal edilmediği kanaatine varmıştır²⁰⁶.

C. İdari Yargılamada Bilgi ve Belgelere Ulaşmada Silahların Eşitliği İlkesi

İdari yargıda görülen davalarda, genellikle uyuşmazlık konusunu aydınlatacak nitelikteki bilgi ve belgeler idarenin elinde bulunmaktadır. Mahkemeler belirlenen süre içerisinde dava için gerekli gördükleri belgelerin mahkemeye gönderilmesini ve her türlü bilginin verilmesini davanın taraflarından ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler²⁰⁷. Bu konudaki kararların, ilgililerce mevzuatta belirtilen süreler içerisinde yerine getirilmesi zorunludur.

*Mantonavelli/Fransa*²⁰⁸ kararında, başvuru, arka arkaya yapılan birkaç ameliyat sonucu böbreklerde meydana gelen sorun nedeniyle komadan çıkamayan kızlarının, hastanenin ihmali sonucu öldüğünü iddia etmektedirler. Başvurucuların bu iddiaları hakkında rapor hazırlaması için idare mahkemesi tarafından bir bilirkişi atanmıştır. Bu bilirkişi raporunu hazırlamadan önce, ameliyatı yapan doktor ve anestezi uzmanı da dâhil olmak üzere hastane görevlisi beş kişi ile görüşmüş, iç hukukta yükümlülük olduğu halde bu görüşmeleri yaparken başvuru haberdar etmemiştir. Ayrıca başvuru bilmediği bazı belgelere dayanarak raporunu hazırlamıştır. Başvurucunun, bu bilirkişi raporunun dosyadan çıkarılması ve yeni bilirkişi atanması yönündeki idare mahkemesine sunduğu talepleri reddedilmiştir. Bu nedenle başvuru, çelişmeli yargılanmadığını da iddia etmiştir.

AIHM davada, öncelikle Sözleşme'nin 6/1 maddesindeki diğer usuli güvenceler gibi, çelişmeli yargılanma ilkesine uygunluğun da bir mahkemede yargılamaya ilişkin olduğunu, mahkemece atanan bilirkişinin yaptığı tüm

²⁰⁶ McGinley ve Eagan/Birleşik Krallık, 09.06.1988, Başvuru No:10/1997/794/995-996, para.24-36.

²⁰⁷ Müslüm AKINCI, *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*, Turhan Yayınevi, Ankara, 2008, s.244.

²⁰⁸ Mantovanelli/France , 18.03.1997, Başvuru No:21497/93, para. 33-36.

görüşmelere katılma veya dikkate alınan bütün belgeleri görme zorunluluğu getiren, genel, soyut bir ilke olmadığı tespitini yapmıştır²⁰⁹. Önemli olan tarafların mahkeme önündeki yargılamaya tam olarak katılabilmesidir. Delillerin uygunluğu ve değerlendirilmesi ulusal mahkemelerin konusudur. Bununla birlikte mahkeme, delilin ele alınış biçimini de içerecek biçimde bir bütün olarak yargılamanın adil olup olmadığına bakacaktır.

İç hukuka göre, tarafların bilirkişinin attığı adımların zamanı konusunda bilgilendirilmeleri gerekmektedir. Mahkemeye göre buna uymamak tek başına yargılamanın adillliğini şüpheli hale getirmez. Bununla beraber, başvurucular bilirkişinin sunduğu raporu temin ettikten sonra, raporun içeriği ve bulguları hususunda İdare Mahkemesine görüş bildirmeleri halinde dahi bu durumun rapor hakkında etkili bir yorum yapma imkânı vereceğine ikna olmamıştır. Başvurucuların kızlarına halothane²¹⁰ verilmesinin hastanenin ihmali gösterip göstermeyeceği yönündeki, bilirkişinin cevaplama gereken soru, aslında mahkemenin belirlemesi gerekenle aynıdır. Ancak, yargıçların bilgisi dâhilinde olmayan teknik bir konudur. Bu nedenle her ne kadar idare mahkemesi hukuken bilirkişi bulguları ile bağlı değil ise de bilirkişi raporu mahkemenin esasa ilişkin değerlendirmesinde baskın gelen bir etkiye sahiptir. İdare mahkemelerinin ilk derecede ve temyizde yeni bir bilirkişi raporunu reddetmeleri ışığında, başvurucular sadece bilirkişi raporu teslim edilmeden önce görüşlerini etkin bir biçimde ifade edebilirlerdi. Başvurucuların bilirkişi tarafından yapılan görüşmelere katılmaları engellenmiştir. Bu nedenle başvurucular, davanın diğer tarafı olan hastanenin lehine, tahmin edilen bir şekilde, delil veren beş kişiyi çapraz sorgulama imkânına sahip olmamışlardır. Bilirkişinin dikkate aldığı belgelerden de başvurucular rapor tamamlandıktan sonra bilgi sahibi olmuşlardır. AİHM'e göre, başvurucular esasa etki eden bir delil hakkında yorum yapma olanağına sahip olmamışlardır, bu nedenlerle yargılama Sözleşme'nin 6/1 maddesinde öngörülen biçimde adil olmamıştır.

²⁰⁹ Ayrıca bkz. Letinčić/Hırvatistan, 03.05.2016, Başvuru No: 7183/11, para. 50; Denivar/Slovenya, 22.05.2018, Başvuru No: 28621/15, para. 46.

²¹⁰ Tıbbi tedavi ve işlemlerde İnhalasyon anesteziği olarak kullanılan berrak, renksiz bir sıvı.

AİHM, *Bendenoun/Fransa*²¹¹ kararında yine çelişmeli yargı kapsamında bilgi ve belgelere ulaşmada tarafların durumunu incelemiştir.

Michel Bendenoun, İsviçre'nin Zürih şehrinde yaşamakta ve eski para alım satım işi ile uğraşmaktadır. Aynı zamanda, Fransa'nın Strasbourg şehrinde yine eski para dâhil olmak üzere sanat eserleri ve değerli taş ticareti yapmak amacıyla bir şirket kurmuştur. Başvurucu bu şirketin yönetim kurulu başkanı olup genel müdürlük görevini de üstlenmiştir.

Ulusal Gümrük Araştırma Merkezi, isimsiz bir ihbar üzerine, Bendenoun'un sahibi olduğu şirket tarafından ithal edilmiş mallarla ilgili olarak bir inceleme başlatmış, bu inceleme nedeniyle Bendenoun ve müşterilerini sorgulamış, şirketin bazı belge ve mallarına el koymuş, merkez yetkilileri tarafından şirketin eski ve yeni olduğuna bakılmaksızın tüm personeli ve bir uzman ile görüşmeler yapılmış, inceleme sonucunda, gümrük ve kambiyo mevzuatına aykırı olduğu iddia edilen eylemlerinden dolayı Bendenoun tutuklanmıştır. Bendenoun, inceleme sürecinde soruşturma dosyasında var olan "24 adet tutanak ve 353 adet diğer belge" olmak üzere tüm belgelere ulaşma olanağını elde etmiş, 8 adet tutanağın ise kopyasını alabilmiştir. Gümrük yetkilileri, "24 adet inceleme tutanağı ve 352 adet diğer belge"den oluşan soruşturma dosyasını işlem yapılmak üzere vergi idaresine göndermiştir. Vergi idaresi yapılan usulsüzlüklerle ilgili olarak dosyayı savcılığa intikal ettirmiş, savcılık, başvuru hakkında vergi kaçakçılığı suçundan dava açmıştır. Sonrasında 1976 yılında, vergi idaresi Bendenoun'un şirketinin hesaplarına ilişkin olarak bir denetim gerçekleştirmiş, yapılan denetim sonucunda, daha önceki dönemlerde satış işlemlerinin gerçekte yapılmış olmasına rağmen şirket hesaplarında kayıtlarının bulunmadığı tespit edilmiştir. Sonuç olarak, Bendenoun'a yönetim kurulu başkanı olmasından dolayı biri kurumlar vergisi, diğeri katma değer vergisi ile ilişkili olan ve ayrıca kişisel bir gelir vergisi tarhiyatını ve bu vergilere bağlı para cezaları içeren ihbarnameler tebliğ edilmiştir. Bendenoun ek vergi tarhiyatı ile vergi cezalarını konu alan tüm işlemlere idare nezdinde itiraz etmiş, itirazlarının idare

²¹¹ Bendenoun/Fransa, 24.02.1994, Başvuru No: 12547/86, kararın tam çevirisi için bkz. İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s.238-240.

tarafından reddedilmesi üzerine Bendenoun, üç işlemin de ayrı ayrı iptali istemi ile Strasbourg İdare Mahkemesinde dava yoluna başvurmuştur.

Strasbourg İdare Mahkemesinde açılmış olan davalarda Hazine, mahkemeye gönderdiği cevap dilekçelerine gümrük idaresinin hazırlamış olduğu dört adet tutanağı ve şirketin yazmış olduğu iki adet mektubu da eklemiştir. Bendenoun'un avukatı Mahkemeye hitaben yazdığı iki ayrı dilekçede, Hazinenin cevap dilekçesinde daha önce yapılan soruşturmaya atıf yapılmasına rağmen bu dosyanın tümünün mahkemeye ve davacıya gönderilmediğini, dilekçe ekinde bu dosyadan sadece altı adet belge eklendiğini, halbuki dosyanın tümünün mahkemeye ve davacıya gönderilmesinin gerektiğini, gümrük incelemesinin çok kapsamlı olduğunu ve yetkililer tarafından varlığı ve içeriği açıklanmayan bir kısım tutanağın bu uyuşmazlıkla doğrudan ilgili olduğunu belirtmiştir.

Mahkeme Başkanı, gümrük idaresinin işlem yapılmak üzere savcılığa gönderdiği dosyayı Strasbourg savcılığından talep etmiş, savcılık ise mahkeme tarafından istenen dosyayı davacı hakkında “vergi kaçakçılığına bağlı cezai soruşturma başlatıldığı için” gönderemediğini, ancak, Hazinenin ceza davalarında taraf olduğunu ve dolayısıyla dava dosyasına ulaşabileceğini, Hazine'nin dosyanın suretini almak için başvurabileceğini belirtmiştir.

Başvurucunun avukatı daha sonra Mahkemeye verdiği dilekçede, vergi kaçakçılığı dosyasını değil bir gümrük dosyasının getirtilmesini talep ettiğini, başvuru ve gümrük yetkililerinin uzlaşması sonucu gümrük dosyasının Strasbourg Savcılığının dâhil olduğu bir hukuki soruşturmanın konusunu oluşturmadığını, gümrük incelemesinden kaynaklanan belgelere dayanan açıkça Hazine olduğuna göre, dosyanın getirtilmesinin Hazinenin değil kendi talepleriyle olacağını ve gümrük dosyasının tüm içeriğini inceleme olanağı bulunmadığı takdirde müvekkilinin makul bir savunma yapmasının mümkün olmayacağını bildirmiştir.

Başvurucunun avukatı ikinci dilekçesinde, o güne kadar gümrük dosyasına ulaşma olanağını bulamadığını, Hazinenin, birçok rapordan parça parça alınan belirli raporlara dayanmakta olduğunu, bu nedenle gümrük dosyasının tamamı üzerinde

çalışma olanağını nasıl bulacağı konusunda bilgilendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu dilekçe üzerine idare mahkemesi savcılıktan dosyayı tekrar istemiş, ancak savcılık mahkemenin talebine cevap vermemiştir.

AİHM'e başvuran Bendenoun, ulusal mahkemedeki yargılama sürecinde "çekişmeli yargılama ilkesi"nin ihlal edildiğini iddia etmiştir. AİHM kararında;

"Başvurucunun 'çekişmeli yargılama' ilkesinin ihlal edildiğini iddia ettiğini, Hazine'nin tek taraflı olarak suçlayıcı belgeleri seçip adli mahkemelere gönderirken, sadece kendileri tarafından seçilen ve gümrük tarafından oluşturulan tutanaklara ulaşabildiğini, bu tutanakların dayanağı olarak kullanılan bilgiyi de içeren dosyanın tamamına ulaşamadığını, defalarca Hazineden ve Strasbourg İdare Mahkemesinden istenen kopyanın kendisine verilmemesinin, kendisini temize çıkaracak olguları tespit etmesini ve özellikle incelemenin başlamasına neden olan ve bir tanık olarak adlandırılan isimsiz ihbarcayı öğrenmesini engellediğini öne sürdüğünü,

Başvurucunun iddialarının para cezalarına yol açan vergi kaçakçılığı suçlamasının esası ile ilgili olan idari dava ile bağlantılı olduğu sürece önemli olduğunu, bu nedenle Mahkemenin görevinin silahların eşitliği ilkesinin veya daha genel olarak savunma haklarının, Bendenoun'un suçunun karara bağlanması süreci bakımından ihlal edilip edilmediğini tespitle sınırlı olduğunu" belirtmiştir.

AİHM'e göre, "başvurucunun defalarca talep ettiği belgeler, vergi yetkililerinin dayanak olarak kullandıkları belgeler değildir. Hazine, Bendenoun'un suçunu ortaya koymak için, dört tutanağı kullanmış olup bu tutanaklar incelendiğinde başvurunun gümrük suçlarını kabul ettiği görülmektedir. Bu nedenle, iddia, hazinenin dayandığı belgelerle değil, idari mahkemelerdeki dosyalara girmeyen belgelerle ilgilidir...

Adil yargılanma hakkı kavramı, hazineye, başvurunun kendisi hakkındaki dosyadan davacıya belirli belgeleri veya dosyanın tamamını verme yükümlülüğünü yüklememesine rağmen asgari düzeyde, ilgili kişiye talebi ile ilgili özel delillerin, en azından özet olarak, verilmesi gerekmektedir.

Bendenoun, dosyanın tamamının kendisine verilmesini istemiştir. Mahkemeye sunulan ve incelenen deliller, Bendenoun'un, dosyanın suretini alamadığı için vergi kaçakçılığı suçlamasının aksini ispat edemediği iddiasını destekleyecek herhangi bir açık

kanıt ortaya koyduğunu göstermemektedir. Aksine başvurunun talepleri davasına zarar vermektedir, çünkü soruşturma sırasında, kendisi ve avukatı dosyanın tamamına ulaşmış, birçok belgenin varlığından ve içeriğinden haberdar olmuştur.

Sonuç olarak, mahkemeye sunulan bilgiler çerçevesinde, belgelerin alınamaması savunma hakkını veya silahların eşitliği ilkesini ihlal etmemiştir".

Güner Çorum/Türkiye²¹² davasında, sivil memur olarak görev yapmakta iken, “Milli Savunma Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu” kararı gereğince, kurumun düzenini bozacak ideolojik ve siyasi faaliyetlerde bulunduğu, yasa dışı bir örgütün sempaticanlığını yaptığından bahisle görevden uzaklaştırılan başvurunun, Askeri Yüksek İdare Mahkemesine açtığı davanın reddine esas alınan belgelerin kendisine tebliğ edilmemesini, AİHS’in 6/1 maddesinin ihlali olduğunu öne sürmüştür.

AİHM, ceza yargılama usulü kapsamında, ilgili delillerin taraflarca öğrenilme hakkının mutlak olmadığını, milli güvenlik gerekçesi veya zarar görme riski altında olan tanıkları koruma veya soruşturma yöntemlerini gizli tutma zorunluluğu gibi bazı durumlarda, sanığın haklarıyla dengelenmesi gereken çelişen menfaatler olabileceğini, başka bir kişinin temel haklarını ya da önemli bir kamu yararını korumak için bazı delilleri savunmanın bilgisine sunmamanın gerekebileceğini, ancak hükümetin, başvurunun görevden alınması konusundaki idari yargılama esnasında soruşturma dosyasının başvurucudan gizlenmesini haklı gösterecek herhangi bir sebep sunmadığını, MSB tarafından mahkemeye gizli ibareli olarak sunulan dosyanın, “*milli güvenliğe veya misilleme riski altındaki tanıkları korumaya veya soruşturma metotlarını gizli tutma gerekliliğine bağlı zorunluluklarla bu yönde bir uygulamayı haklı çıkarabilecek herhangi bir unsur içermediğini*”, bu uygulamada, “vicahilik” ilkesinin ve “silahların eşitliği” ilkesinin gereklerini yerine getirme yönünde başvurunun çıkarlarını korumaya uygun güvenceler bulunduğu görünmediğini, kararın sadece “gizli” olarak nitelendirilmiş soruşturma dosyasına dayanılarak alındığını, MSB tarafından sunulan belge ve bilgilerin davanın sonucu hakkında esasen önemi olsa da başvurunun yargılama sonucunda kazanmayı

²¹² Güner Çorum/Türkiye, 31 Ekim 2006, Başvuru No: 59739/00, para. 24-31; ÇALIŞKAN, a.g.e., s.28-29.

beklediği şey ile buna karşılık soruşturma dosyasında mevcut bilgi ve belgelerin niteliği göz önüne alındığında, başvurunun mahkemenin kararını vermesinden önce bunlara cevap verememesi nedeniyle, “adil yargılanma hakkı”nın temel unsurlarından biri olan “vicahilik” ilkesinin ve taraflar arasındaki “silahların eşitliği ilkesi”nin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

İdari nitelikteki bir yargılamada sonucu verilen kararda mahkemenin kararında belirleyici olan gizlilik dereceli belgelerin içeriği hakkında davanın taraflarının bilgilendirilmemesi *Aydoğan ve Dara Radyo Televizyon Yayıncılık Anonim Şirketi/Türkiye*²¹³ davasında incelenmiştir. Başvuru esasen AİHS’in 10. maddesi kapsamında incelenmiştir. “Silahları eşitliği” ve “çelişmeli yargılama” ilkeleri ise ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin meşru olup olmadığına ilişkin test kapsamında “müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı” başlığı altında “ulusal güvenlik ve AİHS’in 6/1. maddesi ile sağlanan güvenceler” alt başlığında incelenmiştir. AİHM benzer bir olaya ilişkin *Regner/Çek Cumhuriyeti*²¹⁴ başvurusundaki şartlarla mevcut davadaki şartları karşılaştırmış ve Regner’in durumundan farklı olarak, mevcut davada mahkemelerin idarenin sahip olduğu belge ve bilgilerin gerçekten gizli olup olmadığının söz konusu kişilerin ulusal güvenlik için makul olarak risk kabul edilip edilemeyeceğinin ve idarenin sunduğu bilgilerin başvuru sahiplerine en azından özet şeklinde sunulmamasının neden kaynaklandığının açıklanmadığını belirtmiştir. Mahkemenin yönetim tarafından üretilen gizli belgelerin celbine yönelik işlemi olumlu bir adım olarak görülebilse de reddedilmelerinin ana sebebinin başvuru için bilinmezliğin devam etmesi onların anlamlı bir savunma sunmalarını tamamen engellemiştir²¹⁵.

AİHM’e göre, ulusal güvenlik zorunluluklarının bazı hassas bilgilerin başvuru sahiplerine açıklanmasını engellediğini düşünürken bile İdare Mahkemesi, dava konusu ret işlemindeki gerekçe eksikliği veya başvuru sahiplerinin temel alınan verilere erişimden mahrum kalmaları karşısında bu eksiklikleri tamamlamak veya telafi edici

²¹³ Aydoğan ve Dara Radyo Televizyon Yayıncılık Anonim Şirketi/Türkiye, 13.02.2018, 12261/06, para. 44.

²¹⁴ Regner/Çek Cumhuriyeti, 19.09.2017, Başvuru No: 35289/11, para.150-162.

²¹⁵ Aydoğan ve Dara Radyo Televizyon Yayıncılık Anonim Şirketi/Türkiye, 13.02.2018, 12261/06, para. 44 vd.

alternatif önlemler almak gibi yollara başvurmamıştır²¹⁶.

V. DELİL SUNMA YÖNÜNDEN DAVANIN TARAFLARININ DURUMU

A. Ceza Muhakemesinde Delil Sunma Yönünden Davanın Taraflarının Durumu

1.Tanık Dinlenmesinde Hak Eşitliği İlkesi

a. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/1 Maddesi ile 6/3-d Maddesi Arasındaki Bağlantı

Ceza davalarında tarafların tanık ve bilirkişilere soru sorabilmesi muhakeme hukukunda itham, tahkik veya karma sistemlerinden tercih edilen delil sistemine göre farklılık oluşturmaktadır²¹⁷ Çapraz sorgu (cross examination) ise itham sisteminde gelişen bir sorgulama tekniği olup AİHM çapraz sorgu yöntemini uygulamaktadır²¹⁸.

Faruk Erem 'e göre insanlık tarihinin ilk dönemlerinde itham sistemi vardı ve bu sistemde suçlayanla sanık arasında eşitlik mevcuttu. Daha sonra Orta Çağ kilisesinin Hristiyanlık'ı yaymak için oluşturduğu Engizisyon Mahkemesinde kabul edilen gizli ve yazılı yargılama sisteminin esas alındığı tahkik sisteminde hâkim hem suçlayan hem de delilleri araştıran makam haline geldiğinden, sanığı suçunu itirafa zorlamak için işkence yapılması yaygınlaşmıştır. Aydınlık Çağ'da (Rönesans) Kara Avrupası'nda yer alanların aksine bu alandaki kanunlar kilise hukukunun direnci karşısında tamamen kaldırılmamış ve yumuşatılmış bir tahkik sistemi iktibas ettiğimiz Alman Ceza Usul Kanunu'na da temel olmuştur. Buna karşılık Anglo-Sakson hukuku, kilise hukukundan hiç etkilenmemiş, iddia ve savunmanın eşitliğe dayalı itham sistemini koruyarak bu sorgulama tekniğini geliştirmiştir²¹⁹.

²¹⁶ Aydoğan ve Dara Radyo Televizyon Yayıncılık Anonim Şirketi/Türkiye, 13.02.2018, 12261/06, para. 44 vd.

²¹⁷ M. Hakan UYAR, "İnsan Hakları Çerçevesinde Adil Yargılanma (Fair Trial) ve Sözleşmenin 6/3-d Maddesi Kapsamındaki Tanık Dinletme ve 6/3-e Maddesi Kapsamındaki Tercüman Hakkı", **Adalet Dergisi**, Mayıs 2004, sayı 19. s.2.

²¹⁸ A.e., s.2.

²¹⁹ Faruk EREM, **Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Şerh)**, Ankara, 1996, s. 487 vd., aktaran M.Hakan UYAR, "İnsan Hakları Çerçevesinde Adil Yargılanma (Fair Trial) ve Sözleşmenin 6/3-d

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının d bendinde, *“kendisine bir suç isnat edilen her kişinin aleyhindeki tanıkları sorguya çekmek veya çektirmek ve lehindeki tanıkların, aleyhindeki tanıklarla aynı koşullar altında hazır bulundurulmalarına ve sorgulanmalarına hakkı olduğu”* belirtilmektedir. AİHM kararlarında bu hükmün genel kural olan “adil yargılanma” hakkı kavramı içerisinde yer alan “silahların eşitliği ilkesi”nin de bir uzantısı olduğu kabul edilmektedir²²⁰. AİHM ve Komisyon kararlarında, 6. maddenin 3. fıkrasının d bendinde yer alan hakların, aynı maddenin 1. fıkrasında yer alan “adil” teriminin minimum içeriği olduğu belirtilmiş, 3. fıkranın d bendinde yer alan güvenceler, 1. fıkrada geçen adil yargılanma hakkının kurucu unsurları olarak kabul edilmiştir²²¹.

6. maddenin 1. fıkrası ile 3. fıkrası arasında özel hüküm-genel hüküm ilişkisinin de kurulmuş olduğu görülmektedir. Buna göre Sözleşme'nin 6. maddesinin hem 1. fıkrasında hem de 3. fıkrasında somut olarak gösterilen güvenceler, kişinin adil yargılanma hakkının korunmasına hizmet ettiklerinden aynı hukuksal değeri korumaktadırlar²²². Bu nedenle Mahkeme, 1. fıkranın ihlal edildiğini saptadığında ayrıca 3. fıkranın ihlali iddiasını incelememektedir²²³. *Bonisch/Avusturya*²²⁴ kararında AİHM, başvurunun iddialarını, 3. fıkrayı gözetmekle birlikte 1. fıkra açısından ele almış ve 1. fıkranın ihlal edildiğini saptadığı için 3. fıkranın ihlali iddiasını incelemeyi gereksiz bulmuştur. AİHM, *Bricmont/Belçika*²²⁵ ve *Delta/Fransa*²²⁶ kararlarında da benzer şekilde sözleşmenin 6. maddesinin 3. fıkrasındaki güvencelerin, 1. fıkrasında yer alan adil yargılanma

Maddesi Kapsamındaki Tanık Dinletme ve 6/3-e Maddesi Kapsamındaki Tercüman Hakkı”, **Adalet Dergisi**, Mayıs 2004, sayı 19, s.3

²²⁰ Feyyaz GÖLCÜKLÜ, Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 3. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s.306; GRABENWARTER, a.g.e., s.237; Neumeister/Avusturya, 27.06.1986, Başvuru No: 1936/63; Delcourt/Belçika, 17.01.1970, Başvuru No: 2689/65; Borgers/Belçika, 30.10.1991, Başvuru No: 12005/86; Monnel ve Morris/Birleşik Krallık, 02.03.1987, Başvuru No: 9562/81.

²²¹ Haydar Burak GEMALMAZ, “AİHM Kararlarında Çapraz Sorgu,” **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Prof. Dr. Nurullah KUNTER'e Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 395.

²²² YAVUZ, a.g.e., s.39.

²²³ Haydar Burak GEMALMAZ, a.g.e., s.396-397; Friedrich- Christian SCHROEDER, “Ceza Muhakemesinde “Dürüst Yargılama” İlkesi,” Çev. Prof.Dr.Feridun YENİSEY, **Adil Yargılanma Hakkı**, Nergiz Yayınları, İstanbul, 2004, s.161.

²²⁴ Bonisch/Avusturya, 06.05.1985, Başvuru No:8658/79.

²²⁵ Bricmont/Belçika, 07.07.1989, Başvuru No: 10857/84.

²²⁶ Delta/Fransa, 19.12.1990, Başvuru No: 11444/85.

hakkının özel yönleri olduğundan bahisle başvuruçuların şikâyetlerini 6/3-d bendi ile 6/1 fıkrasını birlikte ele alarak incelemiştir.

b. Sözleşmedeki Tanık Kavramı

Yargılama sonucunda maddi gerçeğe ulaşmak için ve geçmişte meydana gelmiş bir olayın nasıl gerçekleştiğini anlamak için bazı araçlar kullanmak gerekir ve bu araçlara delil aracı adı verilir. Tanık beyanları da bu delil araçlarından biri olup özellikle ceza yargılamasında vazgeçilmez bir delil kaynağıdır²²⁷. Tanık, yargılamanın bir tarafı olmayan, dava konusu olay hakkında beş duyusu ile elde etmiş olduğu bilgileri anlatan veya aktaran üçüncü kişidir²²⁸. Tanığın görevi, bir şey saklamadan ve gördüklerine veya duyduklarına bir şey eklemekten, kimseden korkmadan, kimsenin etkisi altında kalmadan bildiğini söylemektir. Tanık, bildiklerini soruşturma sırasında kolluğa ve savcıya anlatırken kovuşturma sırasında ise mahkeme huzurunda anlatabilir. Ancak hükme esas alınabilmesi için tanığın beyanlarının kural olarak hâkim huzurunda tespit edilmesi gerekir²²⁹.

AİHM'in Sözleşme'yi yorumlarken esas aldığı "etkililik ilkesi", Sözleşme'ye taraf devletlerin bireysel başvuru hakkının etkin bir biçimde kullanılmasını sağlamak zorunda olduğunu gösterir²³⁰. Dolayısıyla biçimsel ve sınırlayıcı bir tanık tanımından ziyade geniş bir yorumla yapılacak tanık tanımı önem kazanır. Etkililik ilkesi göz önüne alındığında, Sözleşme'de geçen "tanık" kavramı, ulusal mahkemenin beyanlarını göz önüne aldığı kişi olarak kabul edilebilir. Söz konusu kişinin ifadesinin duruşmada, soruşturma sırasında veya kolluk tarafından tespit edilmiş olmasının, tanıklık sıfatının kazanılması açısından önemi yoktur. Yazılı veya sözlü beyanları mahke-me önüne delil olarak getirilen fakat mahkemede sözlü beyanı alınmayan kişiler de 6.maddenin 3. fıkrası (d) bendi uyarınca tanık olarak kabul edilmektedir. Önemli olan kişinin beyanlarının duruşmada delil olarak değerlendirilip değerlendirilmediği hususudur. Ancak ifadeleri sanığa atılı bulunan eylemi kanıtlamaya elverişli olan ve mahkeme tarafından da kanıt olarak kabul

²²⁷ Metin FEYZİOĞLU, **Tanıklık ve Dürüst Muhakeme**, US-A Yayıncılık, Ankara, 1998. S. 10-11.

²²⁸ (Çevrimiçi), www.yargitay.gov.tr, 25.11.2018.

²²⁹ A.e., CENGİZ, DEMİRAG, a.g.e., s.137.

²³⁰ Haydar Burak GEMALMAZ, a.g.e., s.398.

edilen kişiler Sözleşme kapsamında tanık olarak adlandırılırlar²³¹. AİHM, Sözleşme’ye taraf devletlerin iç hukuklarındaki mevzuattan bağımsız olarak tanıdığı, “kişisel olarak bilgi sahibi olduğu olaylar hakkında bir soruşturma çerçevesinde ifade vermeye davet edilen herhangi biri” olarak tanımlamıştır²³².

c. İlkenin Sağladığı Haklar

Sözleşme’nin 6. maddesinin 3. fıkrasının (d) bendi, kendisine yönelik suç isnadında bulunulan kişiye, ilk olarak kendi bildireceği tanıkların yani savunma tanıklarının da iddia tanıkları ile eşit koşullar altında davet edilmesi ve dinlenmesi, ikinci olarak da sanığın aleyhine olan tanıkları aleni duruşma sırasında sanığın huzurunda çelişmeli bir şekilde sorgulama hakkı sağlamaktadır²³³.

(1) Savunma Tanıklarının Eşit Şartlar Altında Davet Edilmesi ve Dinlenmesi

Savunma tanıklarının da, iddia tanıkları ile tamamen aynı şartlar altında davet edilmesini talep hakkı, Avrupa Hukukunun Ceza Muhakemesi’ne yabancı bir kavram olup Anglo-Sakson hukukunun taraf muhakemesinde uygulanmakta olan “silahlarda eşitlik ilkesi”ne dayanmaktadır²³⁴. Nasıl ki iddia makamı tanıkları duruşmaya gelmeye zorlamakta, onları sorguya çekmekte ise aynı yetkiyi sanığa da tanımak gerekmektedir. Aleyhe beyanlarda bulunan tanıkları sanığın sorgulayabilmesi için tanık ifadelerinin aleni ve sanığın hazır bulunduğu bir duruşmada tespit edilmesi gerekir²³⁵. Sorgulama hakkı, ancak nesnel nedenlere dayanmak koşuluyla istisna olarak görülür ve bu nedenlerin yalnızca nesnel olması yeterli olmayıp aynı zamanda somut meşru nedenler olması gerekir²³⁶. Örneğin tanığın tanıklıktan çekinme hakkının bulunması, tanığın dinlenmesinin yasaya aykırı olduğu durumlar, kişi yönünden getirilen sınırlamalar tanıkların dinlenmesi hakkının önündeki hukuki engeller olarak sayılabilir. Tanığın ölümü, ikamet adresinin tespit

²³¹ GRABENWARTER, a.g.e., s.237.

²³² Adem ÇELİK, **Adil Yargılanma Hakkı** s.158.

²³³ İNCEOĞLU, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, s.223; GÖLCÜKLÜ, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Adil Yargılama,” s.227; Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği, a.g.e., s. 77.

²³⁴ Friedrich – Christian SCHROEDER, “Ceza Muhakemesinde ‘‘Dürüst Yargılama’’ İlkesi,” Çev. Prof.Dr.Feridun YENİSEY, **Adil Yargılanma Hakkı**, Nergiz Yayınları, İstanbul, 2004, s.161.

²³⁵ Doğan SOYASLAN, “Adil Yargılanma Hakkı ve Türk Ceza Yargılaması”, **Adil Yargılanma Hakkı**, Nergiz Yayınları, İstanbul, 2004, s.297.

²³⁶ GRABENWARTER, a.g.e., s.237.

edilememesi, tanığın bulunduğu ülkenin dinlenme konusunda hukuksal yardıma yanaşmaması, tanıkların davetine ilişkin ilgili devlet ile hukuksal yardım anlaşmasının olmaması ya da uygulanmaması gibi nedenler de fiili engellerdir²³⁷. AİHM; *Van Mechelen/Hollanda*²³⁸ kararında, çelişmeli bir yargılama için normalde bütün kanıtların sanığın huzurunda aleni olan bir duruşmada sunulması gerektiğini belirtmiştir. *Sadak vd./Türkiye*²³⁹ davasında Mahkeme, başvurucuların terör örgütü sözcüsü olarak hareket etiklerini/davrandıklarını söyleyen tanıkların yazılı ifadelerine dayanarak hüküm kurulduğunu belirten ulusal mahkemenin, başvuruculara soruşturma ve kovuşturma esnasında söz konusu tanıkları sorgulamak ya da sorgulatmak imkânı vermediğini, başvurucuların tanıkların inanırılıklarını inceleyemediğini ve yazılı ifadelere şüphe yöneltmediğini belirtmiştir. Hükümetin üç başvurucunun aleyhlerindeki tanıkların Devlet Güvenlik Mahkemesi önündeki aleni bir duruşmada dinlenilmesini açıkça talep etmedikleri iddiası bağlamında Mahkeme, Sözleşme’de koruma ve güvence altına alınan bir hakkın kullanımından feragatin, bu feragatin iç hukukça izin verildiği ölçüde, net bir usulle öngörülmek zorunda olduğunu tekrarlamakta, başvurucuların Devlet Güvenlik Mahkemesi ve Yargıtay önünde soruşturma ve kovuşturma esnasında delillerin elde edilmesi sürecinde yer alamadıklarından şikâyet ettiklerini not etmektedir. Her halükârda “6. maddenin 1. fıkrası ile 3. fıkra d bendinin birlikte, taraf devletlerin, başta sanığın aleyhindeki tanıkları sorgulamasını veya sorgulatmasını sağlamak olmak üzere, pozitif önlemler almasını gerektirmekte” demek ve madde 6/3-d bendindeki hakların madde 6/1 fıkra ile birlikte ihlalinin olduğunu söylemektedir.

*P.S./Almanya*²⁴⁰ kararı ile ilgili davada, başvurucu, annenin ve çocuğun ifadesini alan polis memurunun ifadesine dayanarak bir çocuğun cinsel istismarı nedeniyle mahkûm edilmişti. Bizzat mağdurun dinlenmesi yönündeki talep, bu yolla çocuğun zarar göreceği gerekçesiyle geri çevrildi. Eyalet Mahkemesi önündeki istinaf yargılamasında tekrar aynı gerekçe ile mağdurun dinlenmesi reddedildi ise de bilirkişi raporu, onun inandırıcılığını teyit etti. Çocuk, Alman Ceza Yargılaması

²³⁷ GRABENWARTER, a.g.e., s.238.

²³⁸ Van Mechelen/Hollanda, 23.04.1997, Başvuru No: 21363/93, para.59-65.

²³⁹ Sadak vd./Türkiye, 11.06.2002, Başvuru No:25144/94, 26149/95 to 26154/95, 27100/95 ve 27101/95, para. 60-68.

²⁴⁰ P.S./Almanya, 20.12.2001, Başvuru No:33900/96, para. 21-32.

Kanunu'nun 244/3 maddesi bağlamında “ulaşılamayan tanık” olarak kabul edildi. Stuttgart Yüksek Eyalet Mahkemesi, temyiz başvurusunu reddetti ve Anayasa Mahkemesi, şikâyeti karar konusu yapmadı. Böylece başvuru, yargılamanın hiçbir aşamasında mağdura soru sorma olanağı elde edemedi.

AIHM, daha önceki uygulamasıyla da uyumlu olarak²⁴¹ etkili savunma hakkının “sanığın herhangi bir aşamada iddia tanığının inandırıcılığını tartışma konusu yapma ve ona soru sorma” olanağı verilmesini gerektirdiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre tanık ve mağdurun yararlarının haklı olarak korunması gereken durumlarda, yargılamanın adilliğinin tespiti için zorunlu olan bütüncül bakış açısı savunmaya ilişkin çıkarlarla değerler tartımını gerekli kılmaktadır. Savunmanın haklarının sınırlanması suretiyle ortaya çıkan güçlükler, yargılamanın ileriki aşamalarında dengelenmelidir. Eğer mahkûmiyet yalnızca veya önemli ölçüde sanığın yargılamanın herhangi bir aşamasında bizzat soru soramadığı veya sorduramadığı bir tanığın ifadesine dayanıyorsa, ihlal edilmiş olur. Somut olayda da tek doğrudan delil, mağdurun anlatımıydı ve yargılamanın hiçbir aşamasında başvuru tarafından incelenememişti. Mahkûmiyet kararı sadece mağdurun ifadesine dayanıyordu.

AIHM, önüne gelen davada, yargılamanın hakkaniyete uygun olup olmadığını denetler iken yargılamanın tümünü değerlendirmektedir. Bu yüzden, 6. maddeye aykırılık bulunduğunu öne süren kişi, yalnızca belirli bir tanığı davet edemediğini veya dinletemediğini değil, maddi gerçeğin belirlenebilmesi için söz konusu tanığın dinlenilmesinin mutlak surette gerekli olduğunu ve tanığın dinlenilmemesi halinde savunma haklarının zedelenmiş olacağını da ortaya koymak zorundadır. Maddi gerçeğin ortaya konulması ile çağrılması reddedilmiş olan tanık arasında herhangi bir bağın olduğunun kanıtlanamaması durumunda adil yargılanma hakkının ihlalden söz edilmesi de mümkün değildir²⁴².

²⁴¹ Van Mechelen/Hollanda, 23.04.1997, Başvuru No: 21363/93.

²⁴² Perna/İtalya, 25.07.2001, Başvuru No: 48898/99, para. 27-31; İNCEOĞLU, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, s.224; tanık dinletme talebinin reddinin Sözleşme'nin 6/1 maddesi kapsamında yargılamanın bütünü ile adil olmaktan çıkması sonucunu doğuracağına ilişkin karar için bkz. Camacho Camacho/İspanya, 24.09.2019, para. 31-36.

AİHM, tanıkların dinlenilmesine ilişkin kuralı bilirkişileri de kapsayacak biçimde genişletmiş ve tüm ispat araçlarını içine alacak biçimde yorumlamıştır²⁴³. Bununla beraber Sözleşme'nin 6/3-d bendi, sanığa istediği veya belirlediği kişileri savunma tanığı olarak dinlenilmeleri maksadıyla mahkemeye davet ettirmek şeklinde mutlak bir hak tanımamaktadır²⁴⁴. Mahkeme, dava konusu olayların ve delillerin takdirinde, kendi takdirini ulusal mahkemenin takdiri yerine koyma yetkisi bulunmadığına karar vermiş ve kendisinin bu anlamda görevinin bütünü itibarıyla yargılamanın adil olup olmadığını irdelemek olduğunu belirtmiştir²⁴⁵. Buna rağmen, bir savunma tanığının dinlenilmesi talebini reddetmiş olan ulusal mahkeme, kendisinin niçin bu sonuca vardığı konusunda yeterli gerekçeleri kararında göstermek zorundadır²⁴⁶. *Vidal/Belçika*²⁴⁷ kararına konu olayda da ulusal mahkeme, başvurucunun dinlenmesini talep ettiği dört tanığı da dinlemeksizin dosyadaki belge ve delillere göre karar vermiş ancak tanıkları dinlemeyi niçin reddettiği konusunda bir gerekçe göstermemiştir. AİHM, dinletilmek istenen tanıkların tanık olarak dinlenmesi konusunda takdir yetkisi bulunmadığını, bu yetkinin davayı gören ulusal mahkemeye ait olduğunu ancak somut olayda dava konusu kararı veren mahkemenin bu konuda herhangi bir gerekçe göstermediğini, bunun da adil yargılanma ilkesi ile bağdaşmadığını belirtmiştir²⁴⁸.

Tanıkların davetini isteme ve dinletme hakkı, hem ilk derece mahkeme önündeki yargılama hem de kanun yollarına başvurulmuş mahkeme önündeki yargılamalar için geçerlidir. Soruşturma aşamasında sanığın aleyhine dinlenen tanıkların dinlenmesi sırasında, sanığın hazır bulunması ve tanıklarla yüzleşmesi gerekmez. Ancak bu durumda sanığın aleyhine olan tanıkların kovuşturma aşamasında dinlendiği sırada sanığın hazır bulunması ve bu tanıklara soru sorma imkânının tanınmış olması gerekir. Sanık, soruşturma aşamasında lehine olan

²⁴³ Ferhat KAPICI, "Adil Yargılanma Hakkı," **Adil Yargılanma Hakkı**, Nergiz Yayınları, İstanbul, 2004, s.189; Bonisch/Avusturya, 06.05.1985, Başvuru No:8658/79.

²⁴⁴ İNCEOĞLU, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, s.224-225.

²⁴⁵ KAPICI, a.g.e., s.189.

²⁴⁶ İNCEOĞLU, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, s.225, Bricmont/Belçika, 07.07.1989, Başvuru No: 10857/84, para. 152-153.

²⁴⁷ Vidal/Belçika, 28.10.1992, Başvuru No:12351/86, para. 34.

²⁴⁸ Adem ÇELİK, **Adil Yargılanma Hakkı**, s.162.

tanıkları dinletememiş, dinletme talebi reddedilmiş olsa dahi kovuşturma aşamasında talebi kabul edilir ve tanıklarını dinletir ise burada hak ihlalinin söz edilemez²⁴⁹.

Başaran/Türkiye²⁵⁰ davasında başvuru, “*başka bir davada aleyhine ifade veren tanıkların, hakkındaki ceza davasında bizzat dinlenmemesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini*” iddia etmiştir. AİHM, “*başvurucunun, tanıkların bizzat dinlenmesi konusunda ulusal mahkemeler nezdinde talepte bulunmadığı*” gerekçesiyle şikâyetin açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir.

Adil Yıldırım/Türkiye²⁵¹ davasında başvuru, “*mahkûmiyetine karar verilmesinde önemli rolü olan tanığa soru yöneltilmediğini ve mahkemenin tanığın akli denge bozukluğunu dikkate almadan ifadelerine dayanarak kendisi hakkında mahkûmiyet kararı verdiğini*” iddia etmektedir. AİHM, başvuranın tanığa soru yöneltilmediği itirazını Yargıtay’da dile getirmediği gerekçesiyle; akli dengesi bozuk tanıkla ilgili şikâyetini de dördüncü derece mahkemesi olmadığı gerekçesiyle; açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir.

Atay/Türkiye²⁵² başvurusunda AİHM, komşularıyla yaşadığı tartışma nedeniyle iftira suçundan 806 TL, yaralamaya teşebbüs suçundan 360 TL adli para cezası ödemeye mahkûm edilen başvurunun yargılama sırasında iki tanığın dinlendiği duruşmalardan birini başvuru ve avukatına haber vermeyerek duruşmayı onlar olmadan gerçekleştirmesi konusunda tanıklarla ilgili iddia yönünden, ilk olarak, başvurunun komşuları olan tanıklara aşına olduğu için, güvenilirlikleri konusundaki itirazlarını yargılama sırasında ileri sürebildiğini, ikinci olarak, başvurunun mahkûm olduğu suçun nispeten hafif nitelikte olduğunu ve aleyhindeki ceza yargılamalarına sebebiyet veren fiili gerçek durumlara ilişkin uyuşmazlığın önemsiz nitelikte olduğunu belirtilmiş, AİHM, kayda değer bir diğer hususun ise yargılamayı yürüten mahkemenin başvuranın tanıklara soru yöneltilmemesinin savunma açısından oluşturduğu engelin farkında olduğunu, yargılamayı yürüten mahkemenin sadece bu hususu kabul etmekle yetinmediğini,

²⁴⁹ Schertenleib/İsviçre, 12.07.1979, Başvuru No. 8339/78, para. 189-193.

²⁵⁰ Başaran v. Türkiye, 12.11. 2019, Başvuru No:15365/09, para. 69.

²⁵¹ Adil Yıldırım/Türkiye, (22382/07), Başvuru No:22.01.2019, para. 70.

²⁵² Atay/Türkiye, 13.10.2020, Başvuru No: 48555/08, para. 31-32.

aynı zamanda meseleleri başvuranın gıyabında dinlenen tanıklara yöneltmek istediği sorular temelinde açıklığa kavuşturduğunu, daha da önemlisi, yargılamayı yürüten mahkemenin hem başvurucunun hem de mağdurun birbirlerine hakaret ettiğine karar vererek, başvurucunun tanıklara bizzat soru yönelterek ortaya koymak istediği fiili gerçek durumları kabul ettiğini, bu temelde, yargılamayı yürüten mahkemenin başvuranın hakaret suçuna ilişkin cezasında indirim yaptığını ve ayrıca, başvuranın mağdurun haksız tahriki sonucunda yaralama suçunu işlemeye teşebbüs ettiğini tespit ederek başvuranın söz konusu suça ilişkin cezasında da indirim yaptığını, mahkemenin hem başvurucunun hem de M.D.’nin karşılıklı hakaret ettiğini kabul ettiğini ve bu temelde başvurucunun cezasında indirim yaptığı dikkate alındığında, mahkemenin başvurucunun tanıklara bizzat soru yöneltememesini telafi edecek yeterli dengeleyici faktörler sağladığının anlaşıldığını, başvurucunun mahkeme önünde, yargılama sırasında usulüne uygun olarak ileri sürdüğü diğer hususların tanıklara soru yöneltememesiyle bağlantılı olarak yargılamayı yürüten mahkeme tarafından yanıtı bırakıldığını iddia etmemiş olmasının önem arz ettiğini belirtmiş, tüm bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda ve başvurucunun yukarıdaki varsayımı çürütebilecek başka herhangi bir argümanının bulunmadığını dikkate alarak, yargılamayı yürüten mahkemenin tanıkları başvuran ve avukatının gıyabında dinlemesinin bir bütün olarak yargılamaların adilliğine halel getirdiğine ikna olmadığı sonucuna varmıştır.

Sözleşme’nin 6/3–d maddesindeki kuralın, konu ile hiç ilgisi olmayan kişilerin, sanık tarafından sadece yargılamayı uzatmak amacıyla veya başka nedenlerle mahkemeye savunma tanıkları olarak bildirilmesi ve bu tanıkların dinlenilmesinin istenilmesinin mutlak bir hak olarak yorumlanması mümkün değildir²⁵³.

(2) Sanığın Aleyhine Olan Tanıkları Çapraz Sorgulama

(a) Çapraz Sorgu Hakkı

“Çapraz sorgu” kavramı İngilizce “cross-examination” tabirinden tercüme

²⁵³ Ahmet TAŞKIN, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılanma Hakkı”, **Adalet Dergisi**, Mayıs 2004, Sayı 19, s.74.

edilerek kullanılmaya başlanmıştır. “Examination” kelimesi, tanıklar bakımından, sorular sormak yoluyla, uyuşmazlık hakkında bildiklerinin ortaya çıkarılması anlamına gelmekte olup tanığa soru sorulması mekanizmasının sadece bir kısmını ifade etmekte ve sorgu kelimesi tam olarak bu anlamı karşılamamaktadır²⁵⁴. Karşılıklı olarak soru sormayı içeren ve ceza yargılamasındaki önemli ilkelerinden biri olan “sözlülük” ilkesine dayanan yöntem, Anglo- Amerikan kökenli olmakla birlikte, Kıta Avrupası hukukunda da etkisini hissettirmektedir²⁵⁵. Çapraz sorgu, sanığın, tanığın ve bilirkişinin “güvenirliği” ve “inanırlığı” konularında önemli ipuçlarını ortaya çıkarmak amacını taşır ve İngiliz bir yargıcın ifadesi ile “Sanığın doğruluğunu aktardığı olay örgüsünün tamlığını ve sahipliğini ölçme yönünde güçlü ve değerli bir silahtır”²⁵⁶. Çapraz sorgulama ile önceden tasarlanmış yalanlar önlenmektedir. Nitekim Avrupa kıtası dışında, Japonya'da da yalancı tanıklığın önüne geçebilmek için bu sorgulama yöntemine başvurulmakta ve bu oran% 80'i bulmaktadır²⁵⁷.

AİHM İç Tüzüğü'nün 68. maddesi soru sormayı düzenlemekte olup madde metni *“Herhangi bir yargıç, devlet temsilcilerine, tarafların avukatlarına veya danışmanlarına, başvurucuya, tanıklara ve uzmanlara ve Daire önündeki duruşmaya gelen herhangi bir kişiye soru sorabilir, tanıklar, uzmanlar ve 42. maddenin birinci fıkrasında belirtilen diğer kişiler, Daire Başkanı'nın denetiminde devlet temsilcileri ve tarafların avukatları veya danışmanları tarafından sorgulanabilirler. Sorulan bir sorunun konuyla ilgisi bulunmadığı şeklindeki itiraz hakkında Daire Başkanı karar verir.”* hükmünü içerir.

Dolayısıyla, AİHM'in bizzat yaptığı duruşmalı yargılamada, kural olarak hâkimler tarafından sorgu sistemi benimsenmişken yargılamanın tarafı olan devletin temsilcilerine, tarafların avukatlarına veya danışmanlarına da, tanıklara, uzmanlara ve 42. madde metninde belirtilen diğer kişilere doğrudan soru sorma imkânı tanındığı

²⁵⁴ Metin FEYZİOĞLU, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, US-A Yayıncılık, Ankara, 1996, s.46.

²⁵⁵ CENGİZ, DEMİRAG, a.g.e., s.139.

²⁵⁶ A.e.

²⁵⁷ M.T. YÜCEL. "Japon Ceza Adaleti Sistemi" **Yargıtay Dergisi**, C. II (Ocak-Nisan1985) Sayı: 1-2, s. 62.

görülmektedir²⁵⁸.

Mahkeme, *Unterpertinger/Avusturya*²⁵⁹ davasında, sanığın yokluğunda polise, sanığın aleyhinde ifade veren, sanığın eşi ve üvey kızı olan iki tanığın kovuşturma aşamasında tanıklıktan çekilmeleri ve duruşmaya katılmamaları üzerine kendilerinin daha önce polise vermiş oldukları ilk ifadelerinin okunmak suretiyle mahkûmiyete hükmedilmesini Sözleşme'nin 6/3-d bendi kapsamında incelemiş ve hak ihlali olduğuna karar vermiştir. AİHM için önemli olan husus, sanık hakkında verilen mahkûmiyet hükmünün doğru olup olmadığı değil, yargılamanın bütünü bakımından delillerin ortaya konulma imkanının tanınıp tanınmadığı, mahkeme tarafından, dosyaya sunulmuş olan delillerin adil bir şekilde tartışılıp tartışılmadığı ve yargılamada, sanığın iddia makamına göre daha savunmasız ve elverişsiz bir durumda bırakılıp bırakılmadığıdır²⁶⁰.

AİHM, uyuşturucu madde kaçakçılığıyla ilgili bir davada²⁶¹, tanıkları mahkemeye çıkarmadaki güçlüğü geçerli bir mazeret kabul etmemiş ve “böylesi kaygıların savunma tarafının tanıkları sorgulama hakkının bu ölçüde kısıtlanmasını mazur gösteremeyeceğini” belirtmiştir. Yine benzer bir olaya ilişkin *Ludi/İsviçre*²⁶² davasında, ulusal mahkemenin verdiği hükmü gizli polisin ihbarına, dinlenen telefon konuşmalarının bant çözümlerine ve bant çözümlerinin gösterilmesinden sonra sanığın yaptığı beyanlara dayandırmasını, sanık haklarının ihlali olarak görmüştür²⁶³. Sanığa bant kayıtlarını kontrol etme ya da kayıtlara itiraz etme, kimliğinin korunması amacıyla ismi belirtilmeyen ve mahkemede dinlenmeyen gizli polisi sorgulama imkânı verilmemiştir. Bununla birlikte Mahkeme, gizli polisin kadrolu bir memur olduğu, görevinin sorgu yargıcı tarafından bilindiği ve kendisiyle beş kez karşılaşan sanığın bu memuru tanıdığı için, gizli memurun anonim tanık olmadığını belirtmiştir.

²⁵⁸ Burcu DEMREN DÖNMEZ, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Çapraz Sorgu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 96.

²⁵⁹ *Unterpertinger/Avusturya*, 24.11.1986, Başvuru No:9120/80, para. 28-33.

²⁶⁰ Feyyaz GÖLCÜKLÜ, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Adil Yargılama,” **AÜSBFD**, İlhan Öztrak’a Armağan, Ocak-Haziran 1994, C.49, N.1- 2, s.229.

²⁶¹ *Saidi/Fransa*, 20.09.1993, Başvuru No:14647/89, para. 44.

²⁶² *Ludi /İsviçre*, 15.6.1992, Başvuru No: 12433/86, para. 42-50.

²⁶³ Uluslararası Af Örgütü, **Adil Yargılanma Hakkı**, Çev.Fadıl Ahmet TAMER-Erol KAPLAN, İletişim Yayınları, İstanbul, 2000, s. 227-228.

(b) Çapraz Sorguda Sözleşmeyi İhlal Eden Nedenler

i. Çapraz Sorgu Talebi

Sözleşme'nin 6/3 fıkrası d bendi sanığın tanıklarının sorguya çekmek veya çekertmek, savunma tanıklarının da iddia makamı tanıklarıyla aynı şartlar altında çağrılması ve dinlenilmesini sağlarken, bu hakkın kullanılabilmesi ve tanıkların çapraz sorgulanabilmesi için öncelikle sanığın veya avukatının bu konuda talebinin bulunması gerekir²⁶⁴. Tanığa, ilk defa onu çağıran tarafça soru sorulması, Anglo-Amerikan sisteminde yerleşmiş bir kural olduğundan, talepte bulunma da bu kuralın ilk koşulu olmaktadır. Bu duruma "direct examination" yani doğrudan soru sorma denir²⁶⁵. Çapraz sorgu sona erdikten sonra tanığı çağıran taraf, isterse yeniden soru sorabilir ve bu "yeniden doğrudan soru sorma" olarak adlandırılır. En son soru sorma hakkı ise savunmaya aittir.

AIHM İç Tüzüğü'nün 68. maddesi de duruşmada soru sormayı düzenlemektedir²⁶⁶. Buna göre,

"1. Herhangi bir yargıç, devlet temsilcilerine, tarafların avukatlarına veya danışmanlarına, başvuruca, tanıklara ve uzmanlara ve Daire önündeki duruşmaya gelen herhangi bir kişiye soru sorabilir.

2. Tanıklar, uzmanlar ve 42. maddenin birinci fıkrasında belirtilen diğer kişiler, Daire başkanının denetiminde devlet temsilcileri ve tarafların avukatları veya danışmanları tarafından sorgulanabilirler. Sorulan bir sorunun konuyla ilgisi bulunmadığı şeklindeki itiraz hakkında Daire Başkanı karar verir."

Kostovski/Hollanda²⁶⁷ kararında AIHM, çapraz sorgu talebinin savunma tarafından şüpheye yer bırakmayacak şekilde yapılmış olmasını aramış ancak savunma hakkının etkili bir şekilde kullanılabilmesi amacıyla, sanığın veya savunmanın aleyhindeki tanıkların ifadelerine karşı çıkmış olmasının bile çapraz sorgu talebi olarak anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme

²⁶⁴MOLE, HARBY, a.g.e., s.58.

²⁶⁵Metin FEYZİOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık*, s.46

²⁶⁶DEMREN DÖNMEZ, a.g.e., s. 96.

²⁶⁷ Kostovski/Hollanda, 20.11.1989, Başvuru No: 11454/85, para. 37-45.

Kamasinski/Avusturya kararında, başvuruçunun aleyhindeki tanıkları sorgulamak isteğini duruşmada yerine getirmeyen ve bu yönde talepte bulunmayan avukat ile ilgili şikâyetlerinin taraf devletlerin sorumluluğunu doğurmayacağını belirtmiştir²⁶⁸.

Sanığın, tanıkların katılmasını ve sorgulamasının sağlanması hakkında sanığın avukatı onun adına feragat edebilir²⁶⁹. *S.N/İsveç* davasında, sanık müdafî, kendisi tarafından talep edilen tek iddia tanığının polis tarafından ikinci kez dinlenilmesi sırasında, ifade almaya katılmaktan ve bu ifadenin video kaydına alınmasından vazgeçtiği için, AİHM, Sözleşme'ye yönelik ihlal iddiasını reddetmiştir²⁷⁰. Çünkü müdafî, kendisi tarafından yazılı olarak hazırlanan soruları, dinlemeyi yapan polis memuru aracılığıyla tanığa yöneltebilmiş, polis tarafından video ve audio tekniği ile alınan bu ifade duruşmada okunmuştur. Mahkeme, bir bütün olarak delilin değerlendirilmesinde yeterli biçimde bunu göz önünde bulundurma olanağına sahip olmuştur.

Dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin tanıkların ifadelerin alınması ve delillerin değerlendirilmesi bakımından, karma bir sistem benimsediği görülmektedir. Tarafların çapraz sorgulama haklarının yanında hâkimlerin de muhakemede aktif bir rolü ve denetimi bulunmaktadır. Hâkimlerin her zaman çapraz sorguya müdahale etme yetkisi, sanığın suçluluğu konusunda diğer delillerle birlikte tanık ifadelerini de değerlendirerek karar verme yetkisi ve yükümlülüğü bulunmaktadır²⁷¹.

AİHM *Demski/Polonya*²⁷² davasında, 17 yaşında bir kıza (M.H.) tecavüz suçundan 2001 yılı Temmuz ayında 4 yıl hapse mahkûm olan başvuranın, savunmasına esas tanıklık yapacak tanık mağdur M.H.'nin dinlenmediği iddiasını değerlendirmiştir. AİHM, Demski'nin mahkûmiyetinin, kendisini hem soruşturma hem de dava safhasında çapraz sorguda istediği soruyu sormadığı, farklı bir adreste yaşayan ve kesin adresinin tespit için bir çaba gösterilmeyen M.H'nin verdiği

²⁶⁸ *Kamasinski/Avusturya*, 19.12.1989, Başvuru No: 9783/82, para. 63-71.

²⁶⁹ *Barbera, Messegue ve Jabardo/İspanya*, 06.12.1988, Başvuru No: 10590/8, para. 80-87.

²⁷⁰ *SN/İsveç* 02.07.2002; Başvuru No:34209/96 para. 49-54.

²⁷¹ DEMREN DÖNMEZ, a.g.e, s. 97.

²⁷² *Demski/Polonya*, 04 Kasım 2008, Başvuru No: 22695/03, para. 41-47.

ifadelere dayandığını, tecavüzle ilgili prosedürle ilgili özel usullerin, tanık ya da mağdurların tanıklığa çağrılmalarına ihtiyaç arasındaki dengeyi sağlaması gerektiği, M.H.’nin verdiği ifadelerin sürmekte olan soruşturmaya savunma hakkına saygı gösterilmediği gerekçesiyle 6. maddenin ihlaline karar vermiştir²⁷³.

ii. Anonim Tanıklar ve Muhbirler

“Günümüzde giderek artan bir şekilde, polisin “muhbir” kullanma uygulaması yaygınlaştığı için, duyduğunu söyleyen kişinin tanıklığı, yeni bir boyut kazanmıştır. Bu gibi kişilerin eğitilmesi ve örgüte yerleştirilmesi çok masraflı ve zor olduğundan, polis bu kişilerin kimliklerini duruşmada açığa çıkarmak istememekte, birçok tanık da faillerin intikam almasından korktuğundan isimlerinin gizli tutulmasını istemektedirler. Bu nedenlerle, sahip oldukları bilgileri genellikle sadece güvenilir kişilerden duyduklarını veya ismini açıklayamayacakları tanıklardan duyduklarını belirten polis memurları duruşmaya tanık olarak çıkmaktadırlar”²⁷⁴.

Ancak bazı durumlarda kimliği, savunma tarafınca bilinmeyen, yani anonim tanık olarak adlandırılan tanıkların ifadelerinin hükme esas alınmasını madde 6/3-d kapsamında ihlal sebebi olarak görmüş, bu ifadelerin kullanılmasının kesin bir biçimde sınırlandırılmasını önermiştir²⁷⁵.

*Kostovski/Hollanda*²⁷⁶ davasında, kimlikleri sanıktan gizlenen (anonim) iki tanık soruşturma sırasında polise ve sorgu yargıcına ifade vermiş, kovuşturma aşamasında bu tanıkların soruşturma aşamasında vermiş oldukları ifadeler ile yetinilmiş ve duruşmada eski ifadeler okunmuş, bu ifadelere dayanılarak sanığın mahkûmiyetine hükmedilmiş, sanığa, tanık beyanlarını tartışıp çürütmek, onlara mahkeme önünde istenen soruları sorabilme olanağı verilmemiştir. AİHM, yapılan yargılamada “6. maddenin 3. fıkrasının d bendinin” ihlal edildiğine karar vermiştir.

Başvurucu, Alman hukukuna göre kasten öldürmenin nitelikli şekline teşebbüs ve yağmanın nitelikli şekli olarak değerlendirilebilecek eylemlerinden

²⁷³ Bilal ÇALIŞKAN, a.g.e., s.11-12.

²⁷⁴ SCHROEDER, a.g.e., s.162

²⁷⁵ Uluslararası Af Örgütü, **Adil Yargılanma Hakkı**, Çev.Fadıl Ahmet TAMER-Erol KAPLAN, s.229.

²⁷⁶ Kostovski/Hollanda, 20.11.1989, Başvuru No: 11454/85, para. 41-45.

dolayısıyla Hollanda’da yargılanmış ve verilen mahkûmiyet kararı, önemli ölçüde, kimlikleri gizli tutulan 11 polis memurunun beyanlarına dayanmıştı. Bu tanıkların sorgusu, sorgu hâkimi, sorgulanan tanık ve zabıt kâtibi aynı odada, sanık, müdafii ve savcı yan odada bulunduğu halde yapılmış, sorgu hâkiminin soruları ve tanıkların yanıtları yan odaya ses olarak aktarılmıştır. Sonrasında tanık beyanları tutanağa geçirilmişti. Bütün sorgu boyunca sanık, müdafii ve savcı soru sorma olanağına sahip olmuşlardı. Tutanak, görüşlerini ileri sürebilmeleri, açıklamalar yapabilmeleri ve yeni sorular yöneltebilmeleri için hazır bulunan kişilere sunulmuştu. Sonuçta tanıkların en kısa süren sorgusu iki, en uzun süren sorgusu ise beş saat olmuştu. Bu tanıkların beyanları mahkeme tarafından diğer delillerle de desteklenmişti. Olaydan hemen sonra banka soyguncularını takibe ve durdurmaya çalışan adları bilinen polis memurlarının ifadeleri ve suçta kullanılan nakil araçları ile yine suçun işlenmesinde kullanılan silahların kriminal laboratuvar inceleme raporları da bu deliller arasındaydı. Tüm bu delillere rağmen AİHM, iddia tanıklarının mahkemeye getirilmemiş olmaları nedeniyle, mahkemenin bu tanıkların sorgulama esnasındaki davranışlarını inceleme ve böylelikle inandırıcılıkları konusunda doğrudan fikir edinme fırsatı edinemediğini belirterek, yargılama süresince savunmanın maruz kaldığı kısıtlamaların hüküm verilmeye kadar olan aşamalarda telafi edilmediğini belirterek madde 6/3-d bendine aykırılık bulunduğuna karar vermiştir.

AİHM’e göre, mahkûmiyet kararı verilirken gizli tanık ifadelerine dayanılmış olması, mutlak surette Sözleşmeye aykırılık oluşturmaz. Sözleşme’nin 6. maddesine göre, tanıkların ve tanıklık yapmak üzere çağrılan mağdurların menfaatlerinin her durumda dikkate alınması bir zorunluluk değildir. Fakat, bu tanık ve mağdurların “yaşamları, özgürlük ve güvenlikleri gibi”, genel olarak Sözleşme’nin 8. maddesinde koruma altına alınmış olan birçok menfaati tehlikeye girebilir. Bu durum, Sözleşme’ye taraf devletlerin ceza yargı sistemlerini, koruma altında olan bu tür menfaatleri haksız yere zayıflatılmayacak şekilde düzenlemeleri gerekliliğini ortaya koyar. Dolayısıyla, adil yargılanma ilkesi, şartların gerektirdiği durumlarda sanıkların menfaatleri ile tanıkların veya mağdurların menfaatleri arasında bir denge kurulmasını gerektirir. Ancak iddia tanıklarının isimlerinin gizliliği yargılama boyunca devam ettirdiği takdirde sanık normal koşullarda

yürüyen bir ceza davasında önüne çıkamayacak zorluklarla karşılaşacaktır. Bu yüzden AİHM, söz edilen durumlarda Sözleşme'nin 6/3-d bendi ile birlikte göz önüne alınan 6/1 fıkrasına göre, sanığın önüne çıkan güçlüklerin yargısal makamlar tarafından uygulamada belirlenecek usullerle yeterince dengelenmesi gerektiğini kabul etmiştir. Yine de Mahkemeye göre mahkûmiyet hükmünün tek başına veya hükmü belirleyici ölçüde gizli tanık ifadelerine dayandırılmaması gerekir²⁷⁷.

AİHM, *Ludi/İsviçre*²⁷⁸ kararında, sanığın haklarını dengeleyici usuller yeterli bir şekilde uygulansa bile başvurucunun mahkûmiyeti hiçbir şekilde sadece yani tek başına veya yeterli delil olarak, kimlikleri gizli tutulduğu için sanıkça sorgulanamayan anonim tanıkların ifadesine dayandırılmayacağını vurgulamıştır.

*Van Mechelen ve diğerleri/Hollanda*²⁷⁹ davasında, “polisler gizli tanıklık yapmışlardır. Soruşturma başladıktan sonra, aynı zamanda tanık olan polisler sorgu yargıcı ile birlikte ayrı bir odaya girmişler, sanıklar ve müdafileri ise bu odaya alınmamışlardır. İki oda arasında görüntülü bir iletişim olmayıp sanıklar ve müdafilerinin bulunduğu oda ile tanıkların bulunduğu oda arasında ses bağlantısı kurulmuştur. Dolayısıyla sanıklar, polis olan gizli tanıkların kimliklerinden haberdar değildirler ve sorgulama sırasında bu tanıkların hal ve hareketlerini doğrudan gözlemlemeleri ve dolayısıyla ne derece güvenilir oldukları hususunu test etmeleri de mümkün değildir. AİHM' e göre, sanığın, aleyhinde ifade veren bir tanığın huzurda dinlenmesi hakkına böylesine aşırı sınırlamalar konulması gerekliliği veya neden daha dar kapsamlı önlemlerin düşünülmediği Mahkemeye tatmin edici bir şekilde açıklanmamıştır. AİHM, temyiz mahkemesinin polisler veya ailelerine karşı misilleme tehdidinin varlığı konusunda yeterli bir değerlendirme yapıldığına da ikna olmamıştır. Mahkeme, temyiz mahkemesince yapılan yargılamada, başvuruçuların tanıklara veya ailelerine yönelik tehditlerde bulunma veya başkalarını buna azmettirme olanaklarının olup olmadığı konusunu araştırmadığını belirtmiştir. Tanıkların kimliklerinin gizli tutulması kararı, sadece işlenen suçun ağırlığına dayanılarak verilmiştir. Kararda, sanıkların karşılaştıkları güçlüklerin yukarıdaki usullerle dengelendiğine yönelik bir çaba göstergesi ve değerlendirme de bulunmamaktadır. Mahkeme, temyiz mahkemesinin başvuruçuları suçun

²⁷⁷ Doorson/Hollanda, 26.03.1996, Başvuru No: 20524/92, kararın tam metni için bkz. Osman DOĞRU, Atilla NALBANT, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi** (Açıklama ve Önemli Kararlar) 1.Cilt, Avrupa Konseyi, Şen Matbaa, Ankara, 2012, s.652-653

²⁷⁸ Ludi /İsviçre, 15.6.1992, Başvuru No: 12433/86, para.49-50.

²⁷⁹ Van Mechelen/Hollanda, 23.04.1997, Başvuru No: 21363/93, kararın tam metni için bkz. DOĞRU, NALBANT, a.g.e., .653-654.

failleri olarak mahkûm ederken dayandığı tek kanıtın gizli tanık ifadeleri olduğunun altını çizmiş, sanıklar hakkında mahkûmiyet kararı verilmesinin belirleyici ölçüde gizli tanık ifadelerine dayandırılmış olduğunu dikkate alarak adil yargılanma hakkının ihlal edildiği” sonucuna varmıştır.

Mahkeme bu kararında da, *Ludi/İsviçre* kararındaki görüşlerini tekrarlayarak sanığın savunmaya ilişkin haklarının saklı tutulduğu sürece tanıkların kimliğinin gizli tutulabileceğini kabul etmiş ancak polislerin kimliklerinin gizlenerek tanıklık etmelerinin çok özel koşullarla sınırlandırılması gerektiğini, görevlerinin gereği olarak polislerin kamuya açık yargılamalarda tanıklık etmelerinin daha uygun olduğunu belirtmiştir.

*Windisch/Avusturya*²⁸⁰ davasında, AİHM, hazırlık soruşturması sırasında alınan tanık ifadelerinin savunma hakkına uyulması koşuluyla mahkeme tarafından değerlendirilebileceğini belirtmiştir. Ancak “*somut olayda savunma, yargılamanın hiçbir aşamasında bu tanıkları sorgulama olanağı bulamamıştır. Kimliklerini bilmemekte, doğruyu söyledikleri, güvenilirlikleri ve inandırıcılıkları konusunda hiçbir fikri yoktur. İddia makamı tarafından mahkemeye getirilen bu tanıklara, savunmanın dolaylı sorular yöneltmesi bile kimliklerinin açığa çıkabileceği şüphesiyle önlenmiştir. Tanıkların, kendilerine yöneltilen sorular karşısında yüz ve vücut hareketleri izlenerek doğruyu söyleyip söylemedikleri sınanmamıştır*”. AİHM, polisin suçla mücadelede halkla işbirliği içerisinde olması gerektiğini göz ardı etmemekte olup uygulamada soruşturma aşamasında kimliği gizli kalan muhbirlerin anlatımları esas alınarak hüküm kurulmasının tek başına adil yargılanma hakkını ihlal etmediği yönünde kararlar vermiştir. Fakat bu davada, ağırlıklı olarak kimliği açıklanmayan tanıkların anlatımlarına dayanılmış ve sanık hakkında mahkumiyet hükmü kurulmuştur. Adil yargılanma güvencelerinin feda edilmesi mümkün olmadığından tanıkların sorgulanması konusunda Sözleşme’nin 6/3-d bendinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

AİHM, *Unterpertinger/Avusturya*²⁸¹ davasında, yerel mahkemenin iki tanığın poliste alınan ifadelerine dayanarak başvuru hakkında mahkûmiyet kararı vermesini Sözleşme’ye aykırı bulmuştur. Olayda, sanığın eşi ve üvey kızı olan

²⁸⁰ Windisch/Avusturya, 27.09.1990., Başvuru No: 12489/86. Güney DİNÇ, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne göre Adil Yargılanma Hakkı**, İzmir Barosu Yayınları, İzmir, 2006, s.159.

²⁸¹ Unterpertinger/Avusturya, 24.11.1986, Başvuru No:9120/80, para. 31.

tanıklar, sanığın yokluğunda polise, sanığın aleyhinde ifade vermişler ve kovuşturma aşamasında tanıklıktan çekinme haklarını kullanarak mahkemeye çıkmayı reddetmişler, böylece sanık, aleyhinde ifade veren tanıkları sorguya çektiirmek, tanık beyanlarını mahkeme önünde tartışıp çürütmek, maddi gerçeğin ortaya konulması için tanıklara gerekli soruları uygun zamanda ve uygun biçimde sormak hakkından yoksun bırakılmıştır. Mahkeme açısından önem taşıyan husus, yargılamanın bütünü göz önüne alındığında delillerin toplanıp toplanmadığı ve huzura getirilen delillerin adil ve dengeli bir biçimde tartışılıp tartışılmadığı yargılamanın, sanığı, iddia makamına göre daha savunmasız ve elverişsiz bir durumda bırakıp bırakmadığıdır²⁸².

*Visser/Hollanda*²⁸³ kararında da, başvuru hakkında yapılan yargılama sırasında sulh ceza hâkimi tanık dinlemekte iken sanık müdafii ayrı bir odada bulunmuş ve müdafii tanığa yazılı soru yöneltebilmesine rağmen, anonim bir tanık yargıç tarafından dinlenip tutulan tutanak okunmak suretiyle mahkûmiyet hükmü kurulmuştur. Tanığın ifadesine ilişkin tutanağın okunması kararın verilmesinde “belirleyici olması” nedeniyle Sözleşme’ye yönelik ihlal kabul etmiştir. Yine bu karara göre, tanığın korunması ve savunma hakkı arasında değerler tartımında tanığın ifadesinin önemi ve tanığa yönelik tehlike göz önünde bulundurulur. Oysa mevcut olayda bir taraftan tanığın anonimliği için öne sürülmüş olan gerekçelerin “ciddiliği ve gerçekten mevcut olup olmadığı” uygun biçimde incelenmemiş ve diğer taraftan da mahkûmiyet “belirleyici “ ölçüde anonim tanığın ifadesine dayandırılmıştır²⁸⁴.

*Krasniki/Çek Cumhuriyeti*²⁸⁵ davasında, Makedonya vatandaşı olan başvuran, suçsuz olduğunu savunmasına rağmen, Eylül 1997’de daha sonra kendi aleyhine gizli tanıklık yapacak iki vatandaşına eroin temin etmek suçundan cezalandırılmış, bölge mahkemesi hâkimi, tanıklardan birinin ifadesini, başvuran ve avukatının bulunmadığı bir sırada duruşma salonu dışında almış, ikinci gizli tanığa ise tüm

²⁸² GÖLCÜKLÜ, GÖZÜBÜYÜK, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, s.308-309.

²⁸³ Visser/Hollanda, 14.02.2002, Başvuru No:26668/95, para. 47-52.

²⁸⁴ Kai AMBOS, “Alman Ceza Muhakemesi İçin Avrupa Hukuku’ndan Kaynaklanan Yükümlülükler ve AIHM’ nin 2000-2002 Yılları Arasındaki Kararları Hakkında,” Çev.M.Ruhan ERDEM, **Adil Yargılama Hakkı ve Ceza Hukuku**, Prof. Dr. Nurullah KUNTER’e Armağan, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2004, s.148-149.

²⁸⁵ Krasniki/Çek Cumhuriyeti, 28 Şubat 2006, Başvuru No: 51277/99, para. 76-86, ÇALIŞKAN a.g.e., s.16-17.

çabalara rağmen ulaşılmamış, ifadesi yokluğunda duruşmada okunmuştur. Mahkeme başvuranı, uyuşturucu madde temin suçundan iki yıl hapse mahkûm etmiş ve bu süre içinde Çek Cumhuriyeti'nden çıkışını da yasaklamıştır. Mahkeme kararının dayanağı ise sadece bu iki tanık ifadesi olduğu iddiasıyla yapılan temyiz talepleri de reddedilerek karar kesinleşmiştir. Başvuran, mahkûmiyetinin sadece gizli tanık ifadesine dayandığını, kendisine savunma hakkının garantilerinin adil yargılanma içinde sağlanmadığını, sorgulamada gizli tanıkları görme ve kim olduklarını bilme imkânının tanınmadığını, ileri sürmüş, AİHM, gizli ifade almanın sebeplerini belirlemek için, sorgu görevlisinin ve duruşma hâkiminin başvuranın misilleme yapmasından, tanıkların korkularının makuliyetini ortaya koyamadıkları, bölge mahkemesi de gizliliğin gerekçesini açıklayamadığından, başvuranın savunma hakları kısıtlanarak, tanıkların gizliliğinin devamında bir menfaatleri bulunduğu konusunda ikna olmadığını, mahkûmiyete ilişkin mahkeme kararlarında başka bir delile yer vermeden sadece gizli tanık ifadeleri esas alındığından yargılamanın adil olmadığına karar vermiştir.

Bakır/Türkiye²⁸⁶ başvurusunda, başvuru, olayların yaşandığı tarihte DTP Ergani ilçe başkanı olan başvurunun bir köy kahvesinde yaptığı ve PKK ve Abdullah Öcalan'ı övdüğü iddia edilen konuşmalarına ve yeğenin düğününde kırmızı, yeşil, sarı bir kumaş parçası salladığı ve slogan attığı iddiaları ile yargılandığı ceza davasına ilişkindir. Gizli tanıkların başvuru ve avukatının yokluğunda, ancak savcının hazır bulunduğu duruşmada dinlenilmesi, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülen güvencelere rağmen gizli tanık ifadelerinin güvenilirliği ve inandırıcılığına karşı çıkmak için başvurucuya imkân sağlanmamış olması başvurunun savunma hakkını kısıtlamış, başvuran ile avukatı ne bu duruşmalardan haberdar edilmiş, ne de bunlara davet edilmişlerdir. Bu uygulama, savunmayı Cumhuriyet savcısı karşısında açıkça dezavantajlı bir konuma getirmiş ve - herhangi bir usul güvencesinin yokluğunda - silahların eşitliği ilkesine aykırılık oluşturmuş ve Sözleşme'nin 6/1 ve 3-d maddeleri ihlal edilmiştir. Mahkeme, her hâlükârda, tanıkların kimliklerinin bilinmediği veya savunmaya açıklanmadığı durumlarda gizli tanıkların yazılı ifadelerine karşı itirazda bulunmanın ya da onlara

²⁸⁶ Bakır/Türkiye, 13.10.2020, Başvuru No: 2257/11, para. 37-51.

yazılı sorular yöneltmenin, savunma tarafının bu kişilerin sunduğu delillerin inandırıcılığını ve güvenilirliğini uygun şekilde test etmesine olanak sağlamak için yeterli olmadığını hatırlatmıştır. (bk. *Balta ve Demir*, § 59; karşılaştırmak için bk. *Tseber/Çek Cumhuriyeti*, no. 46203/08, § 63, 22 Kasım 2012). Hükümet tarafından ileri sürülen, hâkimlerin gizli tanıkların inandırıcılığı ve güvenilirliği hakkındaki gözlemlerinin somut davadaki eksiklikleri telafi etmek için başlı başına yeterli olduğuna dair görüşle ilgili olarak ise AİHM, şikâyet konusu tanık ifadelerinin yargılamayı yürüten hâkimin huzurunda - ve denetimi altında - alınmasının tek başına başvuranın tanıkla yüzleşme ve tanığa bizzat soru yöneltme hakkının yerine geçebileceği kabul edilseydi, Sözleşme'nin 6/3-d maddesinde öngörülen hakkın özünün yok olacağını tekrar etmiştir. (bk. yukarıda anılan *Ürek ve Ürek*, § 66; karşılaştırmak için bk. *Báték ve Diğerleri/Çek Cumhuriyeti*, no. 54146/09, § 53, 12 Ocak 2017)

iii. Ajan Provokatör

AİHM'e göre, ajan kullanmak suretiyle elde edilen delillerin hükme esas alınması, adil yargılanma ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır²⁸⁷. Örneğin, bir hapishaneye mahkûmların konuşmalarını dinlemek için sokulmuş bir ajan tarafından elde edilmiş delillerin mahkûmiyet kararına esas alınması 6. maddenin ihlali olarak görülmemiştir²⁸⁸. Dolayısıyla Mahkeme ajan provokatör kullanımını yasaklamamakla beraber, 9 Haziran 1998 tarihli *Teixeira De Castro/Portekiz* davasında açıklandığı üzere, suça konu eylemleri “pasif bir biçimde davranarak soruşturan ajan” ile “bir suçun işlenmesini teşvik ederek suçun işlenmesine katkı yapan ajan provokatör” arasında ayırım yapmak gereklidir²⁸⁹. Suçlanan kimselerin eylemlerini pasif bir şekilde soruşturmak yerine, suçun işlenmesini teşvik eden bir şekilde davranan polis memuru tarafından toplanan deliller kamu yararı amacı ile dahi kullanılamaz²⁹⁰. Ayrıca ulusal mahkemenin, sanığın polis tarafından tuzağa

²⁸⁷ İNCEOĞLU, *Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği*, s.84.

²⁸⁸ A/Almanya, 15.10.1987, Başvuru No:12127/86; Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği, a.g.e., s. 89.

²⁸⁹ *Teixeira De Castro/Portekiz*, 09.06.1998, Başvuru No:44/1997/828/1034, para. 38-39; İNCEOĞLU, *Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği*, s.84.

²⁹⁰ A.e.

düşürüldüğüne dair iddiasını incelemesi gerekir²⁹¹.

*Edwards ve Lewis/Birleşik Krallık*²⁹² davasında, başvuruçular, suçu işlemek için gizli polis memurları tarafından tuzağa düşürüldüklerinden şikâyetçi olmuşlar ve bu nedenle asliye mahkemesi hâkiminden, iddia makamına ait delillerin karar bakımından dikkate alınıp alınmayacağı konusunda değerlendirme yapmasını talep etmişlerdir. Sanığın gerçekte polisin kurallara aykırı teşviki sonucu mağdur olup olmadığı ve suçu bu nedenle işleyip işlemediği konusunda karar verebilmek için, asliye mahkemesi hâkiminin, polisin gerçekleştirdiği soruşturma ve bu kapsamdaki operasyonunun nedenleri, polisin suça ne ölçüde karıştığı ve bunun niteliği gibi bazı etkenleri incelemesi gereklidir. Savunmanın, polisin uygunsuzca davranmış olduğu hususunda hâkimi ikna etmesi halinde yargılamanın durdurulmasına karar verilmesi gerekirdi. Bu yüzden, anlatılan uygulamalar, başvuruçular hakkındaki dava bakımından belirleyici önem taşımaktadır ve kamu yararının üstünlüğü esas alınacaksa, söz konusu uygulamalara bağlı olayların incelenmesi gerekirdi.

Buna rağmen, başvuruçuların söz konusu delillere erişim talepleri mahkemece reddedilmiştir. Dolayısıyla, savunma avukatları için, hâkim önünde, davayı, tamamen başvuruçunun tuzağa düşürüldüğü şeklindeki iddiaya dayandırmak mümkün olmamıştır. Ayrıca hâkim, konuyla ilgisi olabilecek iddia makamının delillerini önceden incelemiş olmasına rağmen savunmanın, sanığın polis tarafından tuzağa düşürüldüğü yönündeki iddialarını sonradan reddetmiştir İngiliz iç hukuk kuralları uyarınca, kamu yararının üstün tutulması nedeniyle incelenemeyen delillerin sanığın savunmasına katkısı olmayıp iddia makamına fayda sağlayacağı hallerde, asliye mahkemesi hâkimleri, genel olarak delillerin açığa vurulmaması yönünde kararlar vermektedirler. Bu durumda AİHM, delillerin açıklanması ve tuzağa düşürme hususundaki tartışmalar konusunda karar verilebilmesi maksadıyla kullanılan yöntemin, “çelişmeli yargının ve tarafların eşitliğinin sağlanması koşullarına uymadığını ve sanığın menfaatlerinin korunması için yeterli kuralları içermediğini” değerlendirmiştir. AİHM, ulusal mahkemenin bu iddiaya karşı, sanığın

²⁹¹ Teixeira De Castro/Portekiz, 09.06.1998, Başvuru No:44/1997/828/1034, para. 36-39, YAVUZ, a.g.e., s.57.

²⁹² Edwards ve Lewis/Birleşik Krallık, 22.07.2003, Başvuru No:39647/98, para. 46-48.

gerçekten polisin uygunsuz teşviki sonucu suçu işleyip işlemediği ve mağdur olup olmadığı konusunda karar verebilmesi için, polisin yaptığı operasyonun nedeni, sanığın suça karışmasındaki eylemlerin niteliği ve derecesini, polis tarafından yapılmış bir tahrik ya da baskının niteliğini irdelemesi gerekirken bunu yapmamış olmasına dikkat çekmiştir²⁹³.

AIHM, *Ludi/İsviçre*²⁹⁴ kararında, “... Başvurucu, hakkında verilen mahkumiyet hükmünün esas olarak, bir ajan tarafından düzenlenmiş rapora ve aynı ajanla yaptığı telefon görüşmelerinin dökümlerine dayandığını ileri sürmüştür. Buna rağmen, başvurucunun, yargılamanın herhangi bir aşamasında söz konusu ajanı sorgulama veya ajanın sorgulanması olanağına sahip olmamıştır. Sorgu hâkiminin ve ilk derece mahkemesinin, Toni’yi (ajan) tanık olarak dinlemek ve Toni’nin ifadelerinin Ludi’nin öne sürdüğü iddialar ile karşılaştırılmasını sağlayacak şekilde yüzleştirme yapılması yönünde bir olanağı veya istemi de olmamıştır. Ayrıca, Ludi ve avukatına, yargılama sürecinde hiçbir zaman ajanı sorgulama ve güvenilirliği konusunda kuşku uyandırma imkânı tanınmamıştır.” Mahkeme, “ancak, polisin kendi görevlisini korumak ve aynı zamanda gelecekte ondan yine faydalanmak amacıyla bir uyuşturucu kaçakçılığı davasında polisin yasal menfaatini göz önüne alarak bir polis görevlisinin kimliğini saklı tutması şeklinde bunu yapmak mümkün olabilirdi...” diyerek 6. maddenin birinci paragrafıyla bağlantılı olarak 3-d maddesinin ihlal edildiğini belirtmiştir²⁹⁵.

*Gorgievski/Eski Yugoslavya Makedonya Cumhuriyeti*²⁹⁶ davasında, bir sınır kasabasında sağlık görevlisi olarak çalışırken, bir iş adamından, ithalat yaparken kendisine bazı idari kolaylıklar sağlamak üzere rüşvet almak üzere anlaşılan başvuranı, iş adamı polise ihbar etmiş ve başvuran paranın ödenmesinden hemen sonra yakalanmış ve üç ay hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Kendisinin tuzağa düşürüldüğünü ileri süren başvuran, mahkemenin en önemli savunma tanıklarının ifadelerini değerlendirmeye almadığını, istinaf mahkemesinin de, bazı önemli savunma tanıklarının dinlenmesi talebini reddettiğinden, gerçeklerin doğru bir şekilde ortaya çıkması ve ajan provokatör tarafından kendisine tuzak kurulduğu

²⁹³ CENGİZ, DEMİRAĞ, a.g.e., s.157.

²⁹⁴ Ludi /İsviçre, 15.6.1992, Başvuru No: 12433/86, para. 42-50.

²⁹⁵ CENGİZ, DEMİRAĞ, a.g.e., s.143.

²⁹⁶ Gorgievski/Eski Yugoslavya Makedonya Cumhuriyeti, 16.07.2009, Başvuru No: 18002/02; ÇALIŞKAN, a.g.e., s.17-18.

iddialarının da araştırılması talebini reddettiğini, yüksek mahkemenin kararı onadığını, hakkındaki yargı kararının silahların eşitliği ilkesine aykırı olduğundan, altıncı maddenin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AİHM, yargılamada neyin delil olarak kabul edileceği konusunda bir ilke konulmasının oldukça zor olduğunu ve tanıkların dinlenmesi gibi önemli konuların öncelikle iç hukukta düzenlenmesi gerektiği, ceza davalarında izin verilen ajan kullanılmasının da bir suç işlenmesini kışkırtmaya kadar gitmemesi gerektiği, olayda ulusal mahkemelerin iş adamının başvuranı rüşvet almaya kışkırtmadığına karar verdiğini fakat polisin de başvuranın yakalanması organizasyonuna katıldığını kabul ettiğini, buradaki sürecin hasmane olduğu ve mahkeme bulgularının sadece yazılı belgelere değil, aynı zamanda savunmanın iki tanığı da dâhil bazı tanık ifadelerine dayandığını, yeni tanıkların, istinaf mahkemesine çağrılmadığı, yanlış bir şekilde yargılamayı yapan mahkeme önünde bir ifade verdiğine inanıldığı, rüşvet alma olayını izleyen olaylara ilişkin tanıklığının da konuyla bir ilgisi bulunmadığından, ulusal mahkemenin bulgularından farklı bir bulgunun tespit edilemediği gerekçesiyle, 6. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

iv. Kimliği Bilinen Tanığın Duruşmada Dinlenilmediği Durumlar

Tanıkların duruşmada dinlenilmesinin belirli hukuki ya da fiili nedenlerden dolayı mümkün olmaması durumunda, sanığın aleyhindeki tanıkları sorgulama ya da sorgulatma olanağının ortadan kalkması, genel olarak hukuka uygundur²⁹⁷. Sanığın kendi davranışları, örneğin yargılamadan kaçması, tanığın ölümü, hastalığı, tanığın ülke dışına çıkması ya da adres bırakmadan ikametini değiştirmesi, ikamet adresinin bilinmemesi ve tespit edilememesi, davet edilmesine karşın duruşmaya gelmemesi, tanığın yargılama sırasında bulunduğu devletin tanığın dinlenilmesi konusunda hukuksal yardımına yanaşmaması ya da tanıkların davet edilmesine yönelik o devletle hukuksal yardım anlaşmasının olmaması ya da uygulanmaması gibi nedenler, bu hakkın sınırlandırılmasının fiili nedenleri olarak sayılabilir. Bazen de tanıkların dinlenmesi belirli hukuksal nedenlerden dolayı olanaksız hale gelebilir ve tanığı sorgulama olanağı ortadan kalkabilir²⁹⁸. Hukuksal nedenlere, ifadeden

²⁹⁷ Uluslararası Af Örgütü, a.g.e., s.230.

²⁹⁸ GRABENWARTER, a.g.e., s.237.

kaçınma hakları, bir tanığın dinlenmesinin yasaya aykırı olduğu durumlar, örnek verilebilir. Grabenwarter, Sözleşme'ye taraf devletin hukuk düzeninde belirli kişi gruplarının, örneğin parlamenter dokunulmazlığa sahip kişilerin zorla mahkemece celp edilmesinin olanaksız olduğu durumları da fiili engel olarak saymışsa da²⁹⁹, kanımızca, yukarıda yapılan açıklamalar ışığında bu durumların hukuki engel olarak tanımlanması daha doğru olacaktır. Tanığın yargılama aşamasında sorgulanamaması Sözleşme'nin 6. maddesini ihlal edebilmektedir. Ancak Sözleşme'nin ihlalinin gerçekleşebilmesi için bu tanık beyanının dayanılan tek delil olması gerekmekte, ayrıca bazı ölçütler de gerekebilmektedir³⁰⁰.

Tanığın yargılama aşamasında sorgulanamaması nedeniyle Sözleşme'nin ihlal edildiğine yönelik başvurularda, AİHM, tanıkların sanıkça sorgulanmasının gerçekten imkânsız olup olmadığını veya sanık tarafından sorgulanmasının tanığa gerçekten zarar verip vermeyeceğini, tanıkların veya mağdurların haklarının, sanığın hakkı yani savunma ile çeliştiği durumlarda, bir denge aramak gerektiğini ve duruşmaya çıkmaktan kaçınan tanıkların verdikleri ifadelerin sanık hakkında mahkûmiyet hükmü verilmesinde “yeterli kanıt” oluşturup oluşturmadığının araştırılması gerektiğini söylemektedir.

Mahkeme, denge aramak gerektiği şeklindeki bu yaklaşımını *Doorson/Hollanda*³⁰¹ davasında kısaca şöyle açıklamıştır:

*“Madde 6'nın genel olarak tanıkların, özel olarak da ifade vermeye çağrılan tanıkların menfaatlerini açıkça içermediği doğrudur. Bununla birlikte tanıkların yaşamları, özgürlükleri veya güvenlikleri...gibi hakları/çıkarları Sözleşme'nin sözleşmecî devletlerin cezai usullerini tanık ve mağdurların çıkarlarına haklı kılınamayacak şekilde zarar vermemesini sağlayacak şekilde düzenlemesini gerektiren esasa dair diğer hakları tarafından korunmaktadır. Bu arka plan ışığında adil yargılanma hakkı uygun vakalarda savunma haklarının ifade vermeye çağrılan tanık ve mağdur haklarıyla dengelenmesini gerektirmektedir”*³⁰².

²⁹⁹ A.e., s.238.

³⁰⁰ Artner/Avusturya, 28.08.1992, Başvuru No: 13161/87, para. 19-24.

³⁰¹ Doorson/Hollanda, 26.03.1996, Başvuru No: 20524/92, para. 70.

³⁰² Haydar Burak GEMALMAZ, “AİHM Kararlarında Çapraz Sorgu”, s. 412.

Bir tanığın daha önce soruşturma aşamasında kolluk, savcı ya da sorgu yargıcı gibi diğer adli merciler tarafından tespit edilen ifadesinin, daha sonra duruşmada okunması, aslında Sözleşme'ye aykırılık teşkil etmez, ancak dikkat edilmesi gereken husus, bir ispat aracı olarak bundan yararlanılırken savunma hakkının çiğnenmemesi olup, bir başka ifade ile kovuşturmanın veya tümüyle yargılamanın herhangi bir aşamasında tanığa soru sormak veya beyanlarını çürütmek olanağının ortadan kalkmamış olması gerekir³⁰³.

*Unterpertinger/Avusturya*³⁰⁴ davasında, başvuru Unterpertinger, mahkûmiyetiyle sonuçlanan eşini ve üvey kızını yaralaması nedeniyle açılan ceza davasında, sadece eski eşiyle üvey kızının polise verdikleri ve duruşmada okunan ifadelerine dayanılarak mahkûm edilmesinden şikâyetçi olmuştur. Başvurucuya göre bu iki bayan yakın akraba sıfatıyla duruşmada ifade vermeyi reddettiklerinden, yargılamanın hiçbir aşamasında kendilerini sorgulama ve sorgulatma imkânı bulamamıştır ve üst mahkeme de bu kişilerin güvenilirliklerini tereddüde düşürme imkânı vermemiştir çünkü tanık olarak dinletmek istediği kişileri tanık olarak dinlemeyi reddetmiştir. Bu nedenle Sözleşme'nin 6/1 fıkrasıyla 6/3-d bendinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür³⁰⁵.

AIHM, iç hukuk mevzuatı gereği şikâyetçilerin ifade vermeyi reddetmesini, söz konusu iç hukuk düzenlemesi, hakkında suç isnadı bulunan kimse ile kendi ailesinden bir tanığın karşı karşıya gelmesinin doğurabileceği sorunları engellemeyi amaçladığı ve Avrupa Konseyine üye birçok devletin iç hukukunda da bu şekilde düzenlemelere yer verildiği için ulusal mahkemenin şikâyetçilerin poliste verdikleri ifadeyi okumasını Sözleşme'ye aykırı görmemiştir. Fakat bu ifadelerin delil olarak kullanılması yine 6. maddede yer alan savunma hakkına uygun olacak usullerle dengelenmelidir. Oysa başvurunun mahkûmiyetine ilişkin mahkeme kararı temelde söz konusu tanıkların ifadelerine dayanmaktadır ve ulusal mahkeme, polisçe alınan tanık ifadelerini yöneltile suçlamanın gerçek ispatıymışçasına ele almıştır, bu

³⁰³ FGÖLCÜKLÜ, GÖZÜBÜYÜK, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, s.308.

³⁰⁴ *Unterpertinger/Avusturya*, 24.11.1986, Başvuru No. 9120/80, para. 28-33.

³⁰⁵ ÜNAL, a.g.e., s.204, Osman DOĞRU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Cilt: 2*, Legal Yayınları, İstanbul,2004. s. 178-186.

nedenle sözleşmenin ihlal edildiğine karar vermiştir³⁰⁶.

AİHM, bu karardan sonra 28 Ağustos 1992 tarihinde vermiş olduğu *Artner/Avusturya*³⁰⁷ kararında, sorgulanamayan tanık ifadesinin ulusal mahkeme önünde tek kanıt olmaması ve ulusal mahkemenin sırf bu ifadelere dayanmamış olması sebebiyle Sözleşmenin 6.maddesinin ihlal edilmediği yönünde karar vermiştir.

Zana, Dicle ve Doğan/Türkiye davasında, başvuruçular, kendileri tarafından sorgulanma ya da sorgulatılmak imkânına sahip olunmayan tanıkların beyanları sonucu mahkumiyet hükmü verildiğini iddia etmişler ve bu durumun Sözleşme'nin 6/1 fıkrası ve 6/3-d bendine aykırı olduğunu öne sürmüşlerdir. Hükümet, tanıkların hayatlarının tehlikeye maruz kalacağı gerekçesiyle sanıklar tarafından sorgulanmalarına izin verilmediği şeklinde savunma yapmış, AİHM, bu savunmayı yeterince gerekçelendirilememesi nedeniyle geçersiz bulmuş ve duruşmaya gelmeyen tanıkların ifadelerine önemli derecede dayanılmasını, Sözleşme'nin ihlali olarak kabul etmiştir³⁰⁸.

AİHM, 19 Haziran 2003 tarihli *Güneş/Türkiye* davasında, başvuruçuyu fail olarak teşhis eden jandarma görevlilerinin, sanık veya avukatı tarafından sorgulanmayıp yol güvenliği gerekçesiyle istinabe yoluyla ifadelerinin alınmamasını Sözleşme'ye aykırı bulmuştur³⁰⁹. *S.N./İsveç* davasında ise AİHM, cinsel istismar mağduru küçüğün yargılama sırasında sanıkla muhatap olmamasını, özellikle küçük yaştaki mağdurların özel yaşam hakkına saygı gösterilmesi temelinde Sözleşme'ye uygun bulmuştur. Ancak bu kararında da AİHM, mağduru korumak için alınan önlemler ile savunma hakkı arasında bir denge olup olmadığını gözetmiş, olayda cinsel istismar mağduru olduğu iddia edilen tanığın ifadeleri hem video, hem de ses kayıtlarından takip edilebildiği için sanığın haklarının tanığın haklarıyla dengelenmiş

³⁰⁶ GÖLCÜKLÜ, GÖZÜBÜYÜK, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, s.308-309, DOĞRU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Cilt: 2*, s. 178-186.

³⁰⁷ *Artner/Avusturya*, 28.08.1992, Başvuru No:13161/87, para. 19-24.

³⁰⁸ DEMREN DÖNMEZ, a.g.e, 60-61.

³⁰⁹ *Güneş/Türkiye*, 19.06.2003, Başvuru No:28490/95; Haydar Burak GEMALMAZ, "AİHM Kararlarında Çapraz Sorgu," s. 413.

olduğunu kabul etmiştir³¹⁰.

*Menteş/Türkiye*³¹¹ davasında, “başvurucu, F Tipi cezaevlerini protesto etmek için düzenlenen bir basın açıklaması sırasında yakalanmış ve gözaltına alınmış, sonrasında yapılan yargılamada delillerle ilgili durum karara bağlanmıştır. Başvurucu, DGM önünde görülen davasının, delillerin toplanma şeklinin hukuka aykırı olması ve lehte tanıkların beyanlarının tespit edilmemiş olması sebepleri ile hakkaniyete uygun olarak görülmediğinden AİHS’in 6/1 ve 3. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AİHM, başvurunun, hakkında başlatılan yargılama süresince düzenli olarak, üçüncü kişilerin ifadelerinin aleyhinde kanıt olarak kullanılmasına itiraz ettiğini, delil unsurlarının normalde halka açık duruşmada, vicahi yargılama gerekliliği nedeniyle başvurana sunulması gerektiğini, soruşturma safhasında elde edilen ifadelerin kullanılmasının, savunma hakkına saygının korunması kaydıyla, 6. maddeye aykırılık teşkil etmediğini, sanığa iddia tanıklarına itiraz ve ifade sırasında ya da sonrasında sorgu için yeterli ve uygun fırsatın tanınması gerektiğini, mahkûmiyet kararının, yalnızca sanığın sorgulayamadığı tanık ifadelerine dayandığı hallerde savunma haklarının, 6. maddede ifade edilen güvencelere uymayacak bir şekilde sınırlanmaması gerektiğini, somut olayda, başvuranın bütün yargılama süresince kendisini itham eden diğer sanıkların ifade tutanaklarına erişme hakkına sahip olduğunu, gözaltında verdiği ifade ile bu ifadelerin aleyhinde kullanılmasına karşı hem ilk derece mahkemesi önünde hem de Yargıtay önünde itiraz ettiğini, istinabe yoluyla alınan ifadelerle ilgili olarak başvurucuya bu ifadelere itiraz etme imkânı tanınmasının, bir duruşmanın ya da doğrudan ifade alınmasının yerine geçmesinin mümkün olmadığını, DGM’nin başvurunun suçlu olduğu yönündeki kararının yalnızca yakalama tutanağına, ifadesi alınan kişilerin beyanlarına ve başvuranın gözaltında bulunduğu sırada hazırlanan ifadesine dayandığını, isnat edilen suçun önemi ve verilen cezaya rağmen, dosyada yer alan unsurlardan hareketle, başvuranın hakkaniyete uygun olarak yargılanmadığını” belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiği yönünde karar vermiştir³¹². Mahkeme bu kararda konuyla ilgili Sözleşme’nin 6/3-d maddesinin uygulanmasına ilişkin olarak Saidi/Fransa³¹³

³¹⁰S.N/İsveç, 02.07.2002, Başvuru No:34209/96, para. 47,52; Haydar Burak GEMALMAZ, a.g.e, s. 413.

³¹¹Menteş/Türkiye, 06.02.2007, Başvuru No:36487/02, para. 27-34, (Çevrimiçi), www.hudoc.echr.coe.int. 23.11.2017.

³¹²ÇALIŞKAN, a.g.e., s.9.

³¹³ Saidi/Fransa, 20.09.1993, Başvuru No:14647/89

kararı ile *Hulki Güneş/Türkiye*³¹⁴ ve *Sadak vd./Türkiye*³¹⁵ davalarına atıfta bulunmuştur.

*Balta ve Demir/Türkiye*³¹⁶ davasında, gizli tanık “Gömlek” Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK) 38. maddesi ve 5276 sayılı Tanık Koruma Kanunu uyarınca istinabe yoluyla kapalı duruşma sırasında dinlenmiş ve ifade almaya başlamadan önce hâkim, gizli tanığın kimliği hakkında bilgi edinmiştir³¹⁷.

*“E. B. isimli kişi, 18 Şubat 2010 tarihinde, Malatya Ağır Ceza Mahkemesi’ne gönderilmek üzere bir yazıyı Elazığ Ağır Ceza Mahkemesi’ne göndermiş ve bu yazıda, E. B., kendisinin gizli tanık ‘Gömlek’ olduğunu ve aynı gün yapılan duruşma sırasında dinlenebilmesi için Malatya Adliyesi’ne geldiğini, ancak hakim huzuruna çıkmaya davet edilmediğini ileri sürmüştür. E. B., ifade tutanağını polisin tehditleri ve baskıları altında imzaladığını iddia ederek, Bingöl Emniyet Müdürlüğü’nde verdiği ifadeleri geri çekmiştir. E. B., aynı zamanda, polis tarafından, tanımadığı kişileri YDG-H üyesi olarak nitelendirmeye zorlandığını ileri sürerek, Emniyet Müdürlüğü’nde kendisine fotoğrafların gösterilmesi üzerine yaptığı teşhisleri de kabul etmemiştir. E. B., ifadelerini geri çekmek istediğini, ancak polisin kendisini tutuklatmakla tehdit ettiğini belirtmiştir. E. B., son olarak, kimliğinin gizli tutulmasını talep etmediğini eklemiştir”*³¹⁸.

“Başvurucular, 20 Ekim 2010 tarihinde, savunma dilekçelerini sunarak, kendilerine yöneltilen suçlamalara itiraz etmişler ve gizli tanığın dinlenme şekinden şikâyet etmişlerdir. Başvuranlar, soruşturma aşamasında bu tanığın dinlenmesinin iç hukuka aykırı olduğunu, hangi adli merciin gizli tanığın dinlenmesine karar verdiğini bilmediklerini ve tanığın kimliğinin gizli tutulmasını gerektiren nedenlerden haberdar edilemediklerini ileri sürmüşlerdir. Başvuranlar ayrıca, gizli tanığın ifadelerinin, yargılamayı yürüten ceza mahkemesi tarafından alınmadığı gerekçesiyle aleyhte bir delil olarak kabul edilemeyeceğini iddia etmişlerdir. Başvuranlar, üstelik tanığın hem soruşturma hem de duruşma sırasında avukatlarının yokluğunda dinlendiğini ve kendilerinin bu tanığa sorular sorma imkânından mahrum bırakıldıklarını belirtmişlerdir. Başvuranların bakış açılarına göre, bu durum Sözleşme’nin 6. maddesinin 3. fıkrasının d) bendini ihlal etmiştir. Dahası, gizli tanığın beyanları, aleyhte yegâne delil teşkil etmiş ve bu sebeple, tanığın duruşma sırasında zorunlu olarak dinlenmesi gerekmiştir. Başvuranlar yine, gizli tanığın kimliğinin bir suç ortağı

³¹⁴ Güneş/Türkiye, 19.06.2003, Başvuru No:28490/95,

³¹⁵ Sadak vd./Türkiye, 11.06.2002, Başvuru No:25144/94, 26149/95 to 26154/95.

³¹⁶ Balta ve Demir/Türkiye, 23.06.2015, Başvuru No. 48628/12.

³¹⁷ A.g.k., para.11.

³¹⁸ A.g.k., para.12.

tarafından tespit edildiğini iddia ederek, tanığın Ağır Ceza Mahkemesi'ne, duruşmada dinlenmek istediğini belirten bir yazı gönderdiğini eklemişlerdir. Son olarak, başvurular, diğer delil unsurlarının, özellikle video kayıtlarının, Ağır Ceza Mahkemesi'nce ele alınmadığını iddia etmişlerdir”³¹⁹.

Ağır Ceza Mahkemesi Ağır Ceza Mahkemesi, 21 Ekim 2010 tarihinde sanıkların mahkumiyetine karar vermiş ve gizli tanık ifadesinin dikate alınmaması yönündeki talepleri “Gizli tanığın, duruşma salonunun dışında hazır bulunması nedeniyle, önümüzde yeniden dinlenmesinin, hazırlanan sorulara cevap vermesinin ve yüzleştirme yapılmasının yargılama sırasında talep edilmesine rağmen, bu tanığın yargılama usulüne ilişkin kurallara uygun olarak Bingöl Ağır Ceza Mahkemesi tarafından dinlendiği, gizli tanığın kimliğinin ifşa edilemeyeceği, bu tanığın soruşturma aşamasında verdiği ifadeler ile mahkeme tarafından istinabe suretiyle elde edilen ifadeler arasında herhangi bir çelişkinin bulunmadığı, gizli tanığa sorulması istenen soruların cevaplarının tanığın ifadelerinde yer aldığı, soruların ilgilinin beyanlarından hareketle hazırlandığı, beyanların sorulara dönüştürüldüğü ve (...) tanığın yeniden dinlenmesi ile dosyaya yeni bir unsurun sunulamayacağı gerekçesiyle, bu yöndeki taleplerin reddedilmesine karar verilmiştir.”³²⁰ şeklindeki gerekçe ile reddetmiştir.

AİHM, “kendisinin Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrası bağlamındaki bir şikâyeti incelerken, esasen ceza davasının, bir bütün olarak hakkaniyete uygun bir nitelik taşıyıp taşımadığını belirlemesi gerektiğini hatırlatmakta ve bu karara varırken, davayı bir bütün olarak göz önüne almakta ve yalnızca savunma tarafının haklarına değil, aynı zamanda kamunun ve suçun failleri gerektiği gibi yargılanuncaya kadar mağdurların menfaatlerine ve gerektiğinde, tanıkların haklarına saygı gösterilip gösterilmediğini denetlemekte olduğunu, aynı zamanda bu bağlamda, delillerin kabul edilebilirliğinin, ulusal hukuk ve ulusal mahkemelerin görev alanına giren bir konu olduğunu ve Mahkeme'nin tek görevinin, davanın hakkaniyete uygun olarak görülüp görülmediğini belirlemekten ibaret olduğunu hatırlatmaktadır (Al-Khawaja ve Tahery/Birleşik Krallık [BD], No. 26766/05 ve 22228/06, § 118, AİHM 2011, burada yer alan atıflarla birlikte)”³²¹.

“Mahkeme ayrıca, Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının d) bendinin, sanığın suçlu bulunmasından önce, çekişmeli bir duruşma yapılması amacıyla aleyhteki bütün unsurların, prensip olarak, kamuya açık bir duruşmada ve sanığın önünde sunulması gerektiği ilkesine

³¹⁹ Balta ve Demir/Türkiye, 23.06.2015, Başvuru No. 48628/12, para. 13.

³²⁰ A.g.k., para.19.

³²¹ A.g.k., para. 36.

dayandığını hatırlatmaktadır. Bu ilke istisnasız işlemeyecektir; ancak bu istisnalar yalnızca savunma tarafının haklarının saklı tutulması kaydıyla kabul edilebilecektir; genel kural olarak, savunma tarafının hakları, sanığa aleyhte tanık ifadelerine itiraz etmek ve bu tanıkları hem ifadelerinin alınması sırasında hem de daha sonraki aşamada sorgulamak için uygun ve yeterli bir olanak verilmesini gerektirmektedir (Yukarıda anılan, Al-Khawaja ve Tahery, § 118; yine bk. Solakov/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti, No. 47023/99, § 57, AIHM 2001-X)''³²².

“Mahkeme, (yukarıda anılan) Al-Khawaja ve Tahery kararında, duruşmada hazır bulunmayan tanığın ifadesi ile ilgili olarak yargılamanın hakkaniyete uygun olup olmadığı sorununun ortaya çıktığı davalarda uygulanması gereken kriterleri belirtmiştir. Mahkeme, bu tür bir şikâyetin üç noktada incelenmesi gerektiği kanısına varmıştır (Yukarıda anılan, Al-Khawaja ve Tahery, §§ 146-147, yine bk. Tseber/Çek Cumhuriyeti, No. 46203/08, § 45, 22 Kasım 2012, ve Prâjină/Romanya, No. 5592/05, § 43, 7 Ocak 2014, ve gizli tanığın ifadelerine ilişkin örnekler için bk. diğer kararlar arasında, Ellis ve Simms ve Martin/Birleşik Krallık (kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 46099/06 ve 46699/06, 10 Nisan 2012, ve Pesukic/İsviçre, No. 25088/07, §§ 43-53, 6 Aralık 2012)''³²³.

AIHM bu kararında, “Mahkeme’nin öncelikle savunma tarafının bir iddia tanığını sorgulama veya sorgulatma imkânına sahip olmamasının, makul bir gerekçeyle haklı gösterilip gösterilmediğini teyit etmesi gerektiğini, ardından, tanığın sorgulanmaması makul bir gerekçeyle haklı gösterildiğinde, Mahkemenin, duruşmada hazır bulunmayan tanıkların ifadelerinin aleyhte yegâne delil ya da belirleyici delil teşkil edip etmediğini araştırması gerektiğini, son olarak, savunma tarafının sorgulama imkânı bulamadığı bir tanığın aleyhte yegâne unsur ya da belirleyici unsur teşkil eden ifadesinin delil olarak kabul edilmesinin kendiliğinden Sözleşme’nin 6. maddesinin 1. fıkrasını ihlal etmediğini, bu tür bir delilin güvenilirliğine ilişkin doğru ve hakkaniyete uygun bir değerlendirme yapabilmek için söz konusu delilin kabul edilmesine bağlı sakıncaları giderebilecek yeterli unsurların bulunması halinde, davanın bir bütün olarak hakkaniyete uygun olarak değerlendirilebilmekte olduğunu” açıklamış,

Somut olayda bu üç şarta uyulup uyulmadığını incelemiş, Al-Khawaja et Tahery kararında, Büyük Daire’nin, tanığın duyduğu korku sebebiyle duruşmada hazır bulunmaması hususunu incelediğini hatırlattıktan sonra, “sanığın ya da sanık hesabına çalışan kişilerin tehditlerine veya diğer hilelerine bağlı olarak duyulan korku ve

³²² Balta ve Demir/Türkiye, 23.06.2015, Başvuru No. 48628/12, para. 37.

³²³ A.g.k., para. 38.

duruşmada sorgulama olayının meydana getirebileceği sonuçlara dayalı daha genel bir korku olarak iki tür korkunun öngörülebilir olduğunu” belirtmiştir. Mahkeme’ye göre, “tanığın hissettiği korku, sanıktan ya da sanık hesabına çalışan kişilerden kaynaklandığında, hâkimin sanığa ya da temsilcilerine, tanığı çapraz sorguya tabi tutma imkânı vermeksizin ya da tanığı şahsen huzuruna çıkmaya zorlamaksızın ve söz konusu ifadenin sanık aleyhine yegâne ya da belirleyici delil teşkil etme ihtimali olsa bile, duruşma sırasında tanığın ifadesinin okunmasına izin verdiği anlaşılabilmektedir. Bununla birlikte, tanığın duruşmada hazır bulunmaktan muaf tutulması için korkusunun doğrudan sanığın tehditlerinden kaynaklanması gerekli değildir. Mahkeme’nin içtihadı, çoğu zaman, ifade verecek tanıkların duydukları korkunun doğrudan sanığın ya da sanık hesabına çalışan kişilerin tehditlerinden kaynaklanmadığını göstermektedir. Bununla birlikte, tanık tarafından duyulan her türlü kişisel korku, tanığı duruşmada hazır bulunmaktan muaf tutmak için yeterli değildir. Hâkim, öncelikle tanığın hissettiği korkunun objektif gerekçelere dayanıp dayanmadığını ve ikinci olarak, bu objektif gerekçelerin somut unsurlara dayanıp dayanmadığını tespit etmek amacıyla uygun araştırmaları yürütmelidir (Yukarıda anılan, Al-Khawaja ve Tahery, §§ 122-124)”.

“Oysa somut olayda, 16 Eylül 2009 tarihli ifade tutanağından anlaşıldığı üzere, tanığın ifadelerini alan Bingöl Ağır Ceza Mahkemesi Hâkimi, tanığın gizliliğinin korunmasını haklı gösteren nedenleri ya da diğer yandan, savunma makamının yokluğunda tanığı dinlemesinin sebeplerini açıklamamıştır. Hâkim, herhangi bir açıklama sunmaksızın, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 58. maddesinin 2. ve 4. fıkraları ve 5276 sayılı Kanun uyarınca tanığın kapalı duruşma sırasında dinlendiğini belirtmekle yetinmiştir. Dosyadan, bu hâkimin gizli tanığın objektif gerekçelere dayalı bir korku yaşayıp yaşamadığını belirlemeye çalışmadığı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, Mahkeme, ifade tutanağı okunduğunda, gizli tanığın herhangi bir tehditten bahsetmediğini ya da genel biçimde bir korkusunu ya da misilleme endişesini dile getirmediğini kaydetmektedir”³²⁴.

“Mahkeme akabinde, yargılamayı yürüten ceza mahkemesi, yani Malatya Ağır Ceza Mahkemesi’nin, kendisini tanığın gizliliğini korumaya ve tanığı savunma tarafının huzurunda dinlememeye iten sebepleri de ileri sürmediğini saptamaktadır. Yalnızca bazı kısımları taraflarca dosyaya sunulan, Ağır Ceza Mahkemesi’nin gerekçeli kararından anlaşıldığı üzere, savunma tarafının tanığın dinlenmesine ilişkin talebini reddetmek amacıyla, söz konusu mahkeme, başka herhangi bir açıklama sunmaksızın, gizli tanığın kimliğinin ifşa edilemeyeceğini ve tanığın ifadesinin, kendi bakış açısına göre yargılama

³²⁴ Balta ve Demir/Türkiye, 23.06.2015, Başvuru No. 48628/12, para. 45.

usulüne uygun olarak istinabe yoluyla alındığını belirtmekle yetinmiştir. Dosyadan, bu mahkemenin tanığın endişe duyup duymadığını, şayet endişe duyuyorsa, bu endişelerin objektif gerekçelere dayanıp dayanmadığını belirlemek amacıyla araştırmalar yürütmediği anlaşılmaktadır”³²⁵.

AİHM, “gizli tanığın, terör örgütü üyesi olduklarından şüphelenilen kişiler aleyhine ifade vermesi sebebiyle, misillemekten korkmak için haklı sebeplerinin bulunması ve gizli tanığın kimliğinin ifşa edilmesinin, muhtemelen bu tür bir tehlike oluşturabileceğini düşünmenin tamamen yasaya uygun olduğunu, ancak yerel mahkemelerin tanığın kimliğinin hangi nedenlerle gizli tutulduğunu ve tanığın savunma tarafının huzurunda neden dinlenmediği yönünde araştırma yükümlülüğü bulunduğunu, (bk. bu anlamda, Visser/Hollanda, No. 26668/95, §§ 47-48, 14 Şubat 2002, ve Krasniki/Çek Cumhuriyeti, No. 51277/99, §§ 80-83, 28 Şubat 2006). somut olayda ise yerel mahkemelerin bu nedenleri araştırdıklarını ortaya koyamadıklarını, bu sebeple başvuru sahiplerinin tanığı sorgulama ya da sorgulama imkânına sahip olmamalarının makul bir gerekçeyle haklı gösterildiği yönünde bir kanaate varılamayacağını” belirtmiştir³²⁶.

Mahkeme, diğer ölçütlerin incelenmesi gerektiği kanısına varmış ve Al-Khawaja ve Tahery (yukarıda anılan, § 131) kararında belirtildiği üzere “belirleyici delil” kavramından bahsetmiştir. “(...) “belirleyici” ifadesi, “ispatlayıcı” ifadesinden daha güçlü bir anlam taşımaktadır, yani delil bulunmaksızın, mahkûm edilme ihtimalinin beraat etme olasılığından daha düşük olmasının süreklilik arz etmesi yeterli değildir. (...) Gerçekte, “belirleyici” kelimesi, dava hakkında karar verilmesini sağlayacak derecede önemi bulunan bir delile işaret ederek, dar bir anlamda kullanılmalıdır. Şayet duruşmada hazır bulunmayan bir tanığın ifadesi diğer unsurlarla desteklenirse, bu ifadenin belirleyici niteliğine ilişkin değerlendirme, söz konusu diğer unsurların ispat gücüne bağlı olacaktır.”

“Böylelikle, itiraz edilen delilin önemini değerlendirmek için, mahkemeler tarafından incelenen delillerin tamamının dikkate alınması yeterli değildir, mahkûmiyet kararının fiilen hangi delillere dayandırıldığını ve dolayısıyla sanığın mahkûm edildiği suçu ve sanığın cezai sorumluluğunu oluşturan farklı unsurların neler olduğunu araştırmak gerekmektedir (Yukarıda anılan, Tseber, §§ 54-55)”³²⁷.

³²⁵ Balta ve Demir/Türkiye, 23.06.2015, Başvuru No. 48628/12, para. 46.

³²⁶ A.g.k., para. 47.

³²⁷ A.g.k., para. 50.

“Somut olayda Mahkeme, “gizli tanığın ifadesinin, söz konusu mahkûmiyet kararında aleyhte yegâne delil teşkil etmediğini kaydetmiş, aleyhte olan tek delilin, gizli tanığın ifadesi olduğu ve bu ifadenin destekleyici nitelikteki diğer delil unsurları bulunmadan suçluluk tespitine varılmasını sağlayamayacağı gerekçesiyle, başvuruçuların suç ortaklarından birinin beraatına karar verildiğini belirtmiştir”³²⁸.

“Dolayısıyla, gizli tanığın ifadesi, başvuranların mahkûmiyetlerinde aleyhte yegâne delil teşkil etmese bile, bununla birlikte, belirleyici bir delil teşkil etmektedir. Mahkeme, bu bağlamda, ilgililerin yasadışı örgüte mensup olma suçundan mahkûm edildiklerini kaydetmektedir. Oysa başvuruçular ile yasadışı örgüt arasındaki organik bağın varlığının, esasen gizli tanığın ifadelerine dayandırıldığı tespit edilmektedir. Mahkeme’ye göre, polisin gözetimi çerçevesinde tespit edildiği şekliyle, ilgililerin siyasi parti binasına gidiş-gelişleri ya da PKK’ya destek gösterilerine katılmaları, suçlanan örgüte mensup olduklarına dair ispatlayıcı deliller teşkil etmemektedir. Başvuruçuların terör örgütü ile bağı olduğunu söyleyen ise sadece gizli tanıktır. Dolayısıyla, Ağır Ceza Mahkemesi’nin diğer delil unsurlarına dayanmasına rağmen, bu delillerin ispat gücünün düşük olması sebebiyle, gizli tanığın ifadesinin, yasadışı örgüte mensup oldukları gerekçesiyle başvuranların suçlu bulunmasında belirleyici bir rol oynadığı inkâr edilememektedir”³²⁹.

“Mahkeme, yerel mercilerin, savunma tarafının maruz kaldığı güçlükleri gidermek amacıyla yeterli tedbirleri kabul edip etmediğini denetlemelidir”³³⁰.

“Üçüncü olarak da, duruşmada hazır bulunmayan tanığın ifadesi ile ilgili olarak yargılamanın hakkaniyete uygun olup olmadığı sorununun ortaya çıktığı her davada, tanığın ifadesinin kabul edilmesiyle savunma makamının maruz kalacağı zorlukları giderebilecek yeterli unsurların, özellikle de bu tür bir delilin güvenilirliğini doğru ve hakkaniyete uygun şekilde değerlendirme imkânı veren sağlam usuli güvencelerin bulunup bulunmadığının, en titiz şekilde inceleme yapılarak bilinebileceğini hatırlatmak gerekmektedir. Bu sorunun incelenmesi, duruşmada hazır bulunmayan tanığın ifadesinin davadaki önemi dikkate alındığında, bu ifadenin yeterince güvenilir olup olmadığının teyit edilmesine olanak sağlamaktadır (Yukarıda anılan, Al-Khawaja ve Tahery, §§ 147 ve 161)”³³¹.

“Mahkeme, aleyhte tanıkları sorgulama ya da sorgulatma hakkının, adil yargılanma hakkının bir güvencesini oluşturduğunu, zira bu hakkın, yalnızca iddia makamı ile savunma makamı arasında silahların eşitliği ilkesinin sağlanmasını amaçlamadığını, aynı zamanda

³²⁸ Balta ve Demir/Türkiye, 23.06.2015, Başvuru No. 48628/12, para. 51.

³²⁹ A.g.k., para. 52.

³³⁰ A.g.k., para. 53.

³³¹ A.g.k., para. 54.

savunma makamına ve adli sisteme, ihtilaf konusu ifadelerin inandırıcılığını, güvenilirliğini ve suçlamaların esasını denetlemeye yönelik temel bir araç sunduğunu tespit etmektedir (Yukarıda anılan, Tseber, § 59) ”³³².

“Mahkeme, gizli tanığın ifadelerinin, kapalı duruşma sırasında Bingöl Ağır Ceza Mahkemesi Hâkimi tarafından istinabe yoluyla alındığını kaydetmekte, bunun ötesinde tanığın kimliğini bilen bu hâkimin, tanığın inandırıcılığını ve muhtemelen Malatya Ağır Ceza Mahkemesi’ne bu hususta bilgiler sunmak amacıyla ifadesinin güvenilirliğini teyit etmediğinin anlaşıldığını kaydetmektedir ”³³³.

“Malatya Ağır Ceza Mahkemesi hâkimleri, tanığın bu mahkeme huzuruna çıkarılmaması sebebiyle tanığın ifadesinin inandırıcılığını ve güvenilirliğini doğrudan değerlendirme imkânı bulamamışlardır. Bu gizli tanığın duruşmada hazır bulunmaması, böylelikle, davanın esasına bakan hâkimlerin, tanığın sorgulanması sırasında davranışlarını gözlemlemelerini ve dolayısıyla tanığın inandırıcılığı konusunda kendi fikirlerini oluşturmalarını engellemiştir (Kostovski/Hollanda, 20 Kasım 1989, § 43, A serisi No. 166, ve Van Mechelen ve diğerleri/Hollanda, 23 Nisan 1997, § 60, Derleme 1997-III). Ağır Ceza Mahkemesi’nin gizli tanığın ifadesinin güvenilirliğinin sağlanması konusunda yeterli özeni gösterdiği kanaatine de varılamayacaktır. Söz konusu mahkemenin kararında, gizli tanığın inandırıcılığının, ifadesinin güvenilirliğinin veya tanığı gerçeğe aykırı ifade vermeye itebilecek olası sebeplerin değerlendirilmesiyle ilgili herhangi bir ifade yer almamaktadır. Gizli tanık olduğunu ileri süren bir kimsenin duruşmada hazır bulunmasının ve bir yazı göndermesinin ardından bile, Ağır Ceza Mahkemesi, gerçekten gizli tanığın söz konusu olup olmadığını ve tanığın dinlenme kararını gönüllü olarak verip vermediğini teyit etmeye çalışmamıştır. Oysa gizli tanık olduğunu ileri süren kişi tarafından Malatya Ağır Ceza Mahkemesi’ne gönderilen yazı, söz konusu kişinin ifadesinin güvenilirliği hakkında şüphe oluşturabilecek nitelikteydi ”³³⁴.

“Mahkeme ayrıca, başvuru ve avukatlarının, yargılamanın tüm aşamalarında, gizli tanığı sorgulama ve tanığın inandırıcılığına itiraz etme imkânı bulamadıklarını saptamaktadır. Bu tanıkla yüzleştirilmeyerek, başvuranlar ve avukatları, tanığın ifadelerinin güvenilir olup olmadığını hissetmelerini sağlayabilecek şekilde, tanığın sorulara verdiği tepkileri doğrudan gözlemleme imkânına sahip olmamışlardır. Bununla birlikte, tanığın gizliliğini koruma yönündeki meşru menfaat göz önünde bulundurularak bunu yapmak mümkün olmuştur. Gerçekte, hâkim savunma makamının yokluğunda tanığın dinlenmesine

³³² Balta ve Demir/Türkiye, 23.06.2015, Başvuru No. 48628/12, para. 55.

³³³ A.g.k., para. 56.

³³⁴ A.g.k., para. 57.

izin verdiğinde, CMK'nın 58. maddesinin 3. fıkrası, gizli tanığın ses ve görüntüsünün aktarılması yöntemiyle, duruşma salonundan başka bir salonda dinlenebilmesini ve sanıkların kendisine sorular sorabilmesini öngörmektedir. Ağır Ceza Mahkemesi, iç hukukta öngörülen bu yöntemi uygulamamış ve bu bağlamda herhangi bir açıklamada bulunmamıştır. Böylelikle, savunma makamı açısından doğrudan yüzleştirme yapılmaması yönündeki engeli gidermek için gizli tanığın ifadelerine başvurma durumunda iç hukukta kabul edilen usuli güvencelerin uygulanmasını öngörmediği anlaşılmaktadır³³⁵.

“Mahkeme, son olarak, ulusal mahkemeler tarafından verilen kararlarda kabul edilen gerekçeden, mahkemelerin, daha az kısıtlayıcı tedbirlerin gizli tanığı koruma amacına ulaşmak için yeterli olup olmadığını araştırmadıklarının anlaşıldığını saptamaktadır. Böylelikle, bazı durumlarda, tanığı koruma amacına bu tanığın kimliği ifşa edilmeyerek ulaşılabilir. Diğer durumlarda, tanıma riski nedeniyle sanığın tanığı görmesinin engellenmesi gerekebilmektedir. Yine diğer durumlarda, tanığın dinlenmesi sırasında yalnızca sanığın değil, aynı zamanda savunma makamının da duruşmada hazır bulunmasının engellenmesi gerekebilmektedir. Genel olarak, savunma tarafının haklarını kısıtlayan her türlü tedbir, kesinlikle gerekli olmalıdır ve şayet daha az kısıtlayıcı bir tedbir yeterli ise, bu tedbirin uygulanması gerekmektedir (Yukarıda anılan, Van Mechelen ve diğerleri, § 58). Bununla birlikte, belirtildiği üzere, Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararının gerekçesinden, daha az kısıtlayıcı tedbirlerin öngörüldüğü ve yetersiz olarak değerlendirildiği anlaşılmamaktadır³³⁶.

“Hükümet, gizli tanığın ifadesinin Malatya Ağır Ceza Mahkemesi'ndeki duruşma sırasında okunduğunu ve ilgililerin böylelikle bu tanığın ifadelerini yorumlama imkânına sahip olduklarını ileri sürmektedir. Bununla birlikte, Mahkeme, aynı imkânın yerine tanığın mahkeme huzuruna çıkarılamadığını ve doğrudan dinlenemediğini yinelemektedir (bk. bu anlamda, Hulki Güneş/Türkiye, No. 28490/95, § 95, AİHM 2003-VII (alıntılar). Başvuranlara sağlanan tanığın yazılı ifadelerini reddetme ya da çürütme imkânı, savunma makamının karşılaştığı ve gizli tanığın söz konusu olmasıyla artan zorlukları giderebilecek bir nitelik taşımamaktaydı, zira savunma makamı çapraz sorgu aracılığıyla tanığın samimiliğine ve güvenilirliğine itiraz edecek bir durumda olmamıştır (Yukarıda anılan, Al-Khawaja ve Tahery, §§ 161-163, aynı zamanda bk., Trampevski/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti, No. 4570/07, § 49, 10 Temmuz 2012”)³³⁷.

³³⁵ Balta ve Demir/Türkiye, 23.06.2015, Başvuru No. 48628/12, para. 58.

³³⁶ A.g.k., , para. 59.

³³⁷ A.g.k., para. 60.

Dolayısıyla, Mahkeme'ye göre somut olayda merciler önünde sürdürülen yargılamanın, başvuranlara savunma makamının karşılaştığı engelleri giderebilecek nitelikte güvenceler sunduğu kanısına varılamayacaktır.

Sonuç olarak, yargılamanın adillliğini bir bütün olarak değerlendirerek, Mahkeme, başvuranların savunma haklarına, adil bir yargılamanın gereklilikleriyle bağdaşmayan bir sınırlama getirildiği kanısına varmış ve dolayısıyla Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının d) bendiyle birlikte 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edilmiş olduğu yönünde karar vermiştir³³⁸.

*Murtazaliyeva/Rusya*³³⁹ kararı ise tanık sorgulama hakkının Büyük Daire'de tartışılması ve yakın tarihte verilmiş olması bakımından önem arz etmekte olup Mahkeme bu kararda, tanık sorgulama konusunda daha önce uyguladığı ve *Al-Khawaja ve Tahery/Birleşik Krallık*³⁴⁰ kararında bahsedilen üçlü teste açıklık getirmiştir.

*Murtazaliyeva/Rusya*³⁴¹ kararına konu olayda, başvuru 2003 yılı Eylül ayında Çeçenistan'dan Moskova'ya gelmiş ve bir sigorta şirketinde çalışmaya başlamıştır. Bu sırada gittiği bir camide V. ve Ku. adında Müslüman olmuş iki Rus kadınla ve ayrıca polis memuru A. ile tanışmıştır. Aralık ayında, sokakta giderken iki polis memuru tarafından hareketlerinden şüphelenilerek kimlik kontrolü amacıyla durdurulmuş ve polis merkezine götürülmüştür. Başvurucunun iddiasına göre günler sonra Çeçen kökenli polis memuru A.'nın müdahalesi ile serbest bırakılmıştır. Bu sırada başvuru işe gidemediği için işten çıkarılmıştır. Birkaç ay sonra Polis Memuru A., başvuranın tekrar işe başlamasına yardım etmiş, ona ikamet etmesi için bir daire bulmuş ve V. ve Ku. ile bu dairede kalan başvurucuyu birçok defalar ziyaret etmiştir. V. ve Ku.'nun ifadesine göre A. kirayı ödemekte ve ara sıra para yardımı yapmaktadır. Bir yurt binasının içinde ve Emniyet'e ait olan daire gizli görüntü ve ses kaydı yapan cihazlarla donatılmıştır. Başvuran, Çeçen direnişçilerle ilgisi olduğu şüphesiyle polis gözetimine alınmış, Moskova Mahkemesi bina içindeki gizli cihazlarla yaklaşık bir ay boyunca başvuranın izlenmesine izin vermiştir.

³³⁸ Aynı yönde kararlar için bkz. Süleyman/Türkiye, 17.11.2020, Başvuru No:59453/10, Dodoja/Hırvatistan, Başvuru No:53587/17, 24.06.2021, para. 31-49.

³³⁹ Murtazaliyeva/Rusya, 18.12.2018, Başvuru No:36658/05.

³⁴⁰ Al-Khawaja ve Tahery/Birleşik Krallık, 15.12.2011, Başvuru No:26766/05 ve 22228/06.

³⁴¹ Murtazaliyeva/Rusya, 18.12.2018, Başvuru No:36658/05.

Bu sürenin bitiminde başvuru, eşkâli aranan bir kişiye benzetildiği için polis tarafından durdurulmuştur. Başvurucunun Moskova'da yasal ikamet süresi dolduğu için polis merkezine götürülmüş ve tutuklanmıştır. Karakolda başvuru kadın polis I. tarafından aranmış ve parmak izi alınmıştır. Arama sırasında diğer tanıklar B.ve K.'nın bulunduğu sırada başvurunun çantasında patlayıcı madde bulunmuştur. Çantanın iç kısmı ile başvurunun montunun cep astarı adli tıp incelemesine gönderilmiş ancak başvurunun elinde bu maddelerin artığı olup olmadığı ile paketlerin üzerinde başvurunun parmak izi incelemesi yapılmamıştır.

Ertesi gün başvuru terör suçu nedeniyle tutuklanmış, polis tarafından ifadesi alınmış ve hakkında ceza soruşturması başlatılmıştır.

Başvurucunun ev arkadaşları V. ve Ku, ifadelerinde başvurunun Çeçen direnişini övdüğünü, intihar bombalarını onayladığını, Bakü yakınlarında intihar bombacısı yetiştiren bir kamptan ve orada tanıdığı olduğundan bahsettiğini, birlikte bir AVM'deki internet kafeye giderek direniş yanlısı sitelerde gezindiklerini ve başvuranın AVM içindeki yürüyen merdiveni değişik açılardan fotoğrafladığını söylemişlerdir. V. ve Ku ayrıca, başvuranın kendisine bir şey olması durumunda evdeki bütün İslami yayınları ve günlüğünü ortadan kaldırmalarını, Çeçenistan'daki annesini aramalarını söylediğini ifade etmişlerdir. Başvurucunun, bir arkadaşının Moskova'ya kendisini patlatmak amacıyla gittiğini, kendisinin de tehlikede (idarenin şüphesi altında) olduğunu ev arkadaşlarına söylediği de ifadeler arasındadır. Ancak, mahkeme aşamasındaki çapraz sorgu sırasında V. ve Ku. ifadelerinin bir kısmını değiştirmiş, örneğin başvurunun AVM içinde bir amaç gütmekten rastgele fotoğraflar çektiğini, daha önce bir kampa katılıp katılmadığını bilmediklerini söylemişlerdir.

Başvurucunun aranması veya tutuklanmasında yer alan polis memurları (P., S., B., I. ve K.) özetle; başvurunun yolda giderken şüpheli davranışlarından, siyah giyinmesinden, Kafkas kökenli olmasından ve aranan birine eşkalinin benzemesinden dolayı durdurulduğunu, yasal oturma izni süresinin dolduğunun anlaşıldığını, tutuklama anında agresif tavırları olduğunu, kanun gereği üstünde arama yapmaya yetkili olduklarını, başvurunun eşyalarının arama yapılana kadar yanında olduğunu, parmak izinin bir kez ve aramadan sonra alındığını ifade

etmişlerdir. Ancak, delilleri toplayan savcılık polis A.'nın yargılama sırasında tanıklık etmesi yönünde bir çaba göstermemiştir.

Başvurucu ise ifadesinde, polis merkezine götürüldükten sonra parmak izinin alındığını, elindeki mürekkebi yıkamak için lavaboya gittiğini, bu sırada çantası ve montunun yanında olmadığını, döndükten sonra çantasının aranacağını söylendiğini ve polis memurları B. ve K. varken çantasının aranıp içinde patlayıcı maddelerin bulunduğunu, patlayıcıların kendisine ait olmadığını, yokluğunda çantasına konulduğunu iddia etmektedir. Başvurucu, ev arkadaşlarını terör eylemlerine teşvik ettiği iddiasını kabul etmemiş, AVM'deki merdivenleri değil rastgele insanları fotoğrafladığını savunmuştur. Başvurucu, polis A. ile kişisel bir ilişkisi olmadığını, A.'nın kendisine ev bulmada yardımcı olduğunu, ona Amerikan tarihi ile ilgili kitap getirdiğini ve gözaltına alındığı gün aradığında polisin talimatlarına uymasını söylediğini ifade etmiştir.

Yargılama sırasında başvurunun avukatı U., başvurunun videolar ve videoların yazıya dökülmüş hali arasında tutarsızlıklar olduğunu iddia etmesi üzerine videonun bir tercüman huzurunda yeniden izlenmesini talep etmiş ancak talebi tercümansız olarak kabul edilmiştir. Başvurucu bu videolarda yasadışı bir şey olmadığını dile getirmiştir. Mahkeme kayıtlarına göre videonun kalitesi ve oynatılması ile ilgili savunmanın bir itirazı olmamıştır.

Başvurucunun diğer avukatı S., başvurunun arandığı sırada orada olan polis memurları B.ve K.'nın, patlayıcı maddenin sonradan yerleştirildiğinin açığa çıkıp çıkmadığını tespit amacıyla duruşmada bulunmasını talep etmiştir. Savcı ifade ve arama işleminin hukuka uygun yapıldığı gerekçesiyle talebin reddini istemiş, Mahkeme savunmanın talebini reddetmiştir.

Bunun üzerine başvurunun avukatı tanık polis A.'nın mahkemeye çağrılmasını istemiş ancak Hâkim, A.'nın görev gereği Moskova dışında olduğunu söylemiş, bunun üzerine tarafların (savunma avukatları da dâhil) onayıyla A.'nın soruşturma aşamasındaki ifadesi okunmuştur. Başvurucu bu ifadeye kısmen katıldığını belirtmiştir.

Son olarak, başvurunun avukatları başvurunun kayıtlardaki sözlerinin yanlış yorumlandığını, savaş ortamında doğup büyüyen birinin psikolojisi göz önüne alınarak değerlendirilmesi gerektiğini, patlayıcıların polis tarafından çantaya

konulduğunu ve savcılığın suçluluğu kanıtlayamadığını savunmuşlardır. Başvurucu ise tanık A. ile yüzleşmek istediğini ancak Mahkemeye gelmediğini dile getirmiştir. Savunma, son söz olarak patlayıcıları polisin çantaya yerleştirdiğini söylemiş ancak başvurucunun iki kez parmak izinin alındığından, başvurucunun o sırada kendi eşyaları üzerinde kontrol sağlayamadığından bahsetmemişler ve duruşmada dinlenmek için seçilen iki tanıkla ilgili bir şey söylememişlerdir.

Yerel Mahkeme, başvurucuyu terör eylemi hazırlığı yapmaktan, başkalarını teröre teşvik etmekten ve patlayıcı taşımaktan suçlu bularak dokuz yıl hapse mahkûm etmiştir. Mahkeme, başvurucunun ev arkadaşları V. ve Ku.'nun soruşturma ve mahkeme ifadeleri ile soruşturma aşamasında başvuru ile yüzleşmeleri, polis memurları S., I., P., B., ve K.'nin soruşturma ve mahkeme ifadeleri ile S.ve I.'nin soruşturma aşamasında başvuru ile yüzleşme tutanakları, başvurucunun ikametinde ve üstünde yapılan arama tutanakları, adli tıp patlayıcı madde raporu, başvurucunun evinde bulunan ve AVM merdivenlerini gösteren altı fotoğraf ile AVM keşif tutanakları, başvurucunun evinde bulunan notlar ile notların üstündeki el yazısı hakkında adli tıp raporu, A.'nın soruşturma aşamasındaki ifadesi, mahkemede dinlenen diğer savcılık tanıkları, savunmanın mahkemede dinlenen tanıkları ve başvurucunun yetiştirme, okuma, çalışma koşulları ile ilgili karakter atıflarını gerekçeli kararında değerlendirmiştir.

Mahkeme gerekçesinde A.ile ilgili olarak sadece, A.'nın amirlerinin talimatları doğrultusunda başvuranla irtibat kurup güven ilişkisi tesis ettiğini ve ona kalacak yer sağladığını belirten ifadesine yer vermiştir. Mahkeme, diğer tanıklarda yaptığının aksine A.'nın sözlerini diğer tanık ifadeleriyle karşılaştırmamış ve gerekçesini desteklemek için kullanmamıştır. Buna ek olarak Mahkeme, başvurucunun ev arkadaşlarının ifadelerinin detaylı analizine gerekçesinde yer vermiştir.

Başvurucu ve avukatları, 16 video kaydından 15 tanesinin duruşmada incelenmemesi ve bu nedenle ev arkadaşları ve başvurucunun ifadelerinin karşılaştırılamaması, seçilen bir kaydın izlenmesinde ise teknik nedenlerle başvurucunun tutarsızlıkları gösterememesi, polis memuru A.'nın Moskova dışında olması gerekçe gösterilerek duruşmaya getirilmemesi, başvurucunun üstünün ve çantasının arandığı sırada orada olan polis memurları B.ile K.'nin duruşmada dinlenmemesi, soruşturma ifadesine göre A.'nın başvuranı gözaltına alan polislerle

de telefonda konuştuğu ancak bu polislerin duruşmaya gelenlerle farklı olduğu çünkü onların ifadelerinde A.ile konuştuklarından bahsetmedikleri, bu nedenle A.'nın ifadesinin başvurunun başka polislerce gözaltına alındığı iddiasını doğruladığı gerekçeleriyle karan temyiz etmişlerdir. Ayrıca, polis memuru A.'nın görev nedeniyle başka yerde olduğuna dair bir belge sunulmadığına dikkat çekilmiştir.

Yüksek Mahkeme, video kaydının savunmanın talebi üzerine duruşmada izlendiğini, diğer kayıtların izlenmesi de dâhil yargılama sırasında herhangi bir şikâyet ileri sürülmediğini tespit etmiştir. Polis memuru A.'nın şehir dışında olması ve soruşturma ifadesinin savunmanın onayı ile okunmasının yasaya uygun olduğu belirtilmiştir. Yüksek Mahkeme, başvurunun, patlayıcıların onlar gelmeden önce çantasına yerleştirildiğini iddia etmesi nedeniyle tutanakta imzaları bulunan B.ile K.'nın bizzat Mahkeme'ye gelmesinin gerekli olmadığına kanaat getirmiştir. Bunun haricinde savunma son söz olarak başkaca bir şikâyet ya da talepte bulunmamıştır. Yüksek mahkeme başvuranın cezasını 8 yıl 6 aya indirmiş, karar düzeltme talebini de reddetmiştir.

Bunun üzerine başvuru esasen, aleyhine tanıklık yapanları duruşmada sorgulayamadığı ve bu nedenle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM'e başvurmuştur.

Polis Memuru A.'nın Dinlenmemesi Konusunda AİHM'in Değerlendirmesi

Daire Değerlendirmesi

Daire, polis memuru A.'nın dinlenmemesi konusunda iki husus üzerinde durmuştur. Birincisi, başvurunun talebi yeterli şekilde gerekçelendirilmiş mi, suçlamanın içeriği ile bağdaşır mı ve savunmanın durumunu güçlendirebilecek nitelikte midir? İkinci husus ise, yargılama yapan mahkemenin, söz konusu tanığın duruşmaya gelmesini sağlamayarak Sözleşmenin 6/3(d) hükmünü ihlal edip etmediğidir.

İlk olarak Daire, A.'nın soruşturma aşamasındaki ifadesinin başvuru tarafından tartışma konusu yapılmadığına dikkat çekmektedir. A.'nın ifadesinin suçlamalarla ilgili kısımlar içermesi nedeniyle Daire değerlendirmesinin ilk aşamasını olumsuz yanıtlamaktadır. Ayrıca savunmanın A.'nın neden duruşmada bulunması gerektiğini, savunmayı ne şekilde güçlendireceğini hatta başvurunu beraat

ettirip ettiremeyeceğini özet şeklinde bile olsa ortaya koyamadığı kanaatine varılmıştır. Diğer bir deyişle, başvuru A.'yı sorgulama talebini yeterli nedenlerle destekleyememiştir. Daire yargılamayı bütün halinde ele almış ve başvuru mahkûmiyetinin birçok gerekçeye dayandırıldığını, tanık A. duruşmada olmasa dahi soruşturma aşamasındaki ifadesinin duruşmada okunduğunu, başvuru diğer delillerle birlikte bu ifadeye karşı savunma imkânı olduğunu belirtmiştir. Daire çoğunluk kararıyla, Sözleşmenin 6/3-d hükmünün ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.

Büyük Daire Değerlendirmesi

Dava Büyük Dairenin önüne geldiğinde Mahkeme ilk olarak Hükümet'in, başvuru tanık dinlenmesinden feragat ettiği savunmasını ele almıştır. Mahkeme, sözleşmenin metninin de ruhunun da kişinin açıkça veya zımni olarak özgür iradesi ile tanık sorgulama hakkından feragat edebileceğinin altını çizmiştir. Bu feragat şüpheye yer bırakmayacak şekilde açık, asgari korumayı sağlayan, özgür iradeye dayalı ve sonuçlanm farkında olarak yapılmalıdır. Feragatin sonuçları öngörülemiyorsa ya da önemli kamusal menfaatler mevcutsa bu feragat geçerli olmayacaktır. Mahkeme, başvuru A.'nın soruşturma aşamasındaki ifadesinin okunmasını kabul etmesi, bu beyana karşı duruşmada bir şey söylememesi ve tanığın dinlenmesi konusunda ısrarcı davranmaması sebebiyle tanık sorgulama hakkından feragat ettiği sonucuna ulaşmıştır. Ayrıca, başvuru iki avukatla temsil edildiği göz önüne alındığında feragatin sonuçlanm savunma tarafından öngörülebilecek durumda olduğu belirtilmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, başvuru şikayetini kabul edilemez bulmuştur.

Tutanakta izmaları bulunan B. ve K.'nin Duruşmada Sorgulanmaması Konusunda AİHM'in Değerlendirmesi

Daire Değerlendirmesi

Rus Hukukuna göre tutanağı imzalayanlar bir soruşturma işlemi ile ilgili gözlemlerini sunan tarafsız tanıklardır. Dava hakkında bilgi sahibi olmaları gerekmez. Bu durumu göz önüne alan Daire, bu tanıkların başvuru mahkûmiyetini etkilemeyeceğini, onların sadece arama ve sonuçlarına dair tanıklık edebileceklerini, tamkılıklarının başvuru mahkûmiyetini etkileyecek nitelikte

olmadığını belirttikten sonra Sözleşmenin 6/1 ve 3-d maddelerinin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.

Büyük Daire Değerlendirmesi

Mahkeme, bütün polis memurlarının aramadan önce başvurunun eşyalarının yanında olduğunu ifade ettiklerine ve savunmanın bu noktada tanıkların sorgulanmasında geri planda kalarak sadece olayın diğer detayları hakkında iki soru sorduklarına dikkat çekmektedir. Mahkeme, savunmanın ilgili tanıkların neden dinlenmesi gerektiğine, savunmayı ne şekilde güçlendireceğine dair somut, gerçekçi, yasal gerekçeler ileri süremediğini tespit etmektedir. Hatta başvuru kendisi bile patlayıcıların tutanak tanıkları gelmeden önce çantasına konduğunu ifade etmiştir.

Mahkeme'ye göre, her ne kadar ilk derece mahkemesi yeterince gerekçelendiremese de Rusya Yüksek Mahkemesi bu tanıkların bizzat neden bulunması gerekmediğine dair yeterli gerekçe göstererek bu eksikliği gidermiştir. Sonuç olarak, başvurunun iki avukatla temsil edildiğini ve yargılamanın bütün halinde değerlendirilmesi gerektiğini göz önüne alan Mahkeme, Sözleşme'nin 6/1 ve 6/3-d maddeleri kapsamında bir ihlal olmadığına karar vermiştir³⁴².

Mahkeme bu kararda, daha önceki kararlarında ortaya koyduğu ilkeleri biraz daha açıklığa kavuşturmuş, ancak savunma tarafının yükümlülüklerini ağırlaştırmıştır. Öncelikle, tanık sorgulamak isteyen savunmadan, tanığın neden duruşmada dinlenmesi gerektiğini ve bu tanığın dava konusuyla ilgisini yeterli bir şekilde gerekçelendirmesi beklenmektedir. Başka bir deyişle savunma, tanığı neden dinletmek ve sorgulamak istediğini, bu tanığın sorgulanmasının kendi durumunu ne şekilde güçlendireceğini/etkileyeceğini somut, gerçekçi ve yasal dayanaklarla gerekçelendirmelidir. İkinci olarak, yargılamayı yapan mahkeme eğer tanığın duruşmada sorgulanması talebini isabetli bulmuyorsa bu kararını yeterli bir şekilde gerekçelendirmelidir. *Murtazaliyeva/Rusya* kararına konu davada, ilk derece mahkemesi tanık sorgulama talebinin reddine dair bir gerekçe sunmamasına rağmen Yüksek Mahkemenin kararında bu konuda gerekçe göstermesi ile eksikliğin

³⁴² AİHM, başka bir kararında ise, başvurunun mahkûmiyetine esas olan ve terör örgütü propagandası içerdiği belirtilen konuşmanın içeriği hakkında yerel mahkemede ve kanun yolu incelemesi sırasında dinletmek istediği tanıkların dinlenmemesini ve basında konuşmanın içeriği hakkında çıkan haberlerin dikkate alınmamasını, ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirmiştir, ayrıntılar için bkz. Hatice Çoban/Türkiye, 29.10.2019, para. 37-42 ve TANER, a.g.e., s. 387-388.

giderildiği kabul edilmiştir. AİHM, ilk derece yargılamasında tanık sorgulama talebinin reddine dair gerekçe sunmamaktan kaynaklanan eksikliğin temyiz aşamasında giderilmesi halinde ihlal bulmamıştır. Son olarak, tanığın duruşmada sorgulanması talebinin reddinin yargılamanın bütününe ne şekilde etki ettiği tespit edilmelidir. Bu bağlamda yargılama bütün olarak ele alınarak değerlendirme yapılmakta, sanık aleyhine bozulan dengenin diğer faktörlerle yeniden tesis edilmesi durumunda ihlal oluşmamaktadır³⁴³.

v. Tanık Dinlenirken Sanığın Dışarı Çıkartılması

Sözleşme'nin 6/3-d bendine göre sanık *“iddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı şartlar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek”* hakkına sahiptir. Sözleşme’de, davada hazır bulunma hakkı ise açık olarak belirtilmemiştir. Bununla beraber Komisyon ve Mahkeme kararlarında, her iki tarafın da karşılıklı olarak aynı koşullar altında iddia ve savunmalarını belirtme olanağına sahip olmaları zorunlu görülmektedir. Duruşmada hazır bulunma, adil yargılanma hakkının gerektirdiği biçimde ve ölçüde, bir hak olabilmektedir³⁴⁴.

Sanık, ilke olarak aleyhindeki tanıkların dinlenilmesi esnasında hazır bulunma hakkına sahip olmakla birlikte Komisyon ve Mahkeme, bazı durumlarda, avukatı hazır bulunmak koşuluyla sanığın duruşma salonundan çıkarılabileceğini kabul etmektedir³⁴⁵. *Kurup/Danimarka*³⁴⁶ davasında, Danimarka iç hukukundaki düzenlemeye göre, sanığın tanıkları tehdit etmesi durumunda duruşma salonundan çıkartılması mümkün olduğundan Komisyon, bu hükme dayalı olarak sanığın duruşma salonundan çıkarılmasını Sözleşme’ye aykırı görmemiştir. Olayda güvenlik nedeniyle, mahkeme tarafından tanıkların kimlikleri konusunda da sanığa bilgi

³⁴³ AİHM, 2019 yılında verdiği başka bir kararda ise, Murtazaliyeva/Rusya kararında uyguladığı üçlü testin, uygun olduğu ölçüde ortaya konulması talep edilen diğer deliller bakımından da uygulanabileceğini belirtmiştir, ayrıntılar için bkz. Abdullayev/Azerbaycan, 07.03.2019, Başvuru No:6005/08, para. 59-60 ve TANER, a.g.e., s. 387-388.

³⁴⁴ DONAY, a.g.e., s.43.

³⁴⁵ ÜNAL, a.g.e., s.205.

³⁴⁶ Kurup/Danimarka, 10.07.1985, Başvuru No: 11289/84, s.291-293.

verilmemiş, sadece avukatına bilgi verilmiştir³⁴⁷. *Blastland/Birleşik Krallık*³⁴⁸ davasında, AİHM, tanığın tehdit altında olduğu ve çok ciddi uyuşturucu davalarında tanıklar dinlenirken, sanığın dışarı çıkarılabileceğini belirtmiştir³⁴⁹.

(c) Çapraz Sorgu Bakımından Devletin Yükümlülüğü

Sözleşme'nin 6/3-d bendi "...İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek" şeklinde bir suç ile itham edilen herkesin sayılan asgari haklara sahip olduğunu belirtmekte, dolayısıyla bu madde metninden devletin çapraz sorgu imkânını sağlamak için pozitif yükümlülüğünün bulunduğu anlaşılmaktadır. Yani Sözleşme'ye taraf devletler çapraz sorgu hakkına ilişkin yasal bir düzenleme yapmak, bunu da uygulamak zorundadırlar. Uygulamada bu husus genellikle ceza usul kanunlarında düzenlenmektedir. Yine madde metninin doğal sonucu olarak sorgulanacak tanıkları, sorgulayacak sanığı ya da müdafini duruşmada hazır bulundurmalı ve sanığa, tanıkları sorgulama imkânı ve fırsatı vermelidir³⁵⁰.

*Güneş/Türkiye*³⁵¹ davasında, avukatı olmayan sanığa çapraz sorgu hakkı olduğunun hatırlatılmaması, yine örneğin hâkimin sanığa, yalnızca bir soru sorma hakkı tanınması, sanığın tanıkların güvenilirliği bakımından önemli olabilecek soruların sorulmasına izin verilmemesi gibi durumlarda devletin çapraz sorgu bakımından pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediğini değerlendirerek AİHM, Sözleşme'nin ihlal edildiğini belirtmiştir³⁵².

Zana, Dicle ve Doğan/Türkiye davasında³⁵³ AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1 ve 3. fıkralarındaki hükümlerin taraf devletlere özellikle sanığın aleyhinde çağrılan tanıkları sorgulama olanağı sağlamak hususunda pozitif yükümlülükler yüklediğini,

³⁴⁷ ÜNAL, a.g.e., s.205, Yazar, eserinde dipnot olarak Windisch/Avusturya,(27 Eylül 1990, Başvuru No:12489/86) davasından bahsetse de, kararların orijinal metninden ve yazarın Danimarka iç hukukundan bahsetmesinden, yazarın alıntı yaptığı kararın Kurup/Danimarka kararı olduğu anlaşılmaktadır.

³⁴⁸ Blastland/Birleşik Krallık, 07.05.1987, Başvuru No:12045/86,

³⁴⁹ PAMUK, a.g.e., s.175.

³⁵⁰ Haydar Burak GEMALMAZ, a.g.e., s. 406.

³⁵¹ Hulki Güneş/Türkiye, 213.06.2003, Başvuru No:28490/95, para. 92.

³⁵² Haydar Burak GEMALMAZ, a.g.e., s. 407.

³⁵³ Zana, Dicle ve Doğan/Türkiye, 17.07.2001, Başvuru No:29903/96, para. 67.

6. madde ile getirilmiş olan hakların etkili bir biçimde kullanılmasını güvence altına almak için pozitif önlemlerin alınmasının vazgeçilmez olduğunu belirtmiş, *Van Mechelen/Hollanda*³⁵⁴ davasında ise pozitif önlemlerin alındığına ilişkin ispat yükünün taraf devlette olduğuna karar vermiştir³⁵⁵.

B. Hukuk Muhakemesinde Delil Sunma Yönünden Davanın Taraflarının Durumu

Medeni Usul Hukuku'nda “ vicahilik” ilkesi, Ceza Usul Hukuku'nda olduğu gibi zorunlu bir unsur değildir. Tarafların duruşmada mutlaka birlikte ve birbirlerinin yüzüne karşı bulunmaları şartı yoktur. Bununla birlikte, ilk derece mahkemesi önündeki duruşmalarda hazır bulunma hakkı, yetkililere, uyuşmazlığın taraflarının duruşmanın yeri ve zamanı konusunda yeterli bir süre önce bilgilendirilme, tarafların hazır bulunmasını isteme ve tarafların savunma hakkından yoksun bırakılacak şekilde duruşma dışında bırakmama görevini yüklemektedir³⁵⁶. Dolayısıyla devletin yükümlülüklerini yerine getirmesi durumunda tarafların tanıklarını dinletme hakkı da korunmaktadır. Tanık dinletmenin yanında, “silahların eşitliği” bakımından layihalar safhası ve bu safhada yapılan işlemler de önem arz etmektedir. Bu safhada, dava dilekçesi, cevap layihası, replik ve düplik layihaları sunulmakta, bu belgeler davanın taraflarına bildirilmekte, bu sayede taraflar karşılıklı olarak iddia ve savunma imkânı bulmaktadır³⁵⁷.

AIHM; önüne gelen *Dombo Beheer BV/Hollanda*³⁵⁸ davasında, başvuru, Hollanda'da sicile kayıtlı ve faaliyet yürüten bir şirket olup bir bankayla uyuşmazlığı bulunmaktadır. Başvurucu şirket, sorun yaşadıkları bankanın ilgili bölümünün yöneticisi ile şirket yöneticisinin yaptıkları sözlü görüşmede anlaşmaya varması ve şirketin kredisinin yükseltilmesine karar verilmesi üzerine buna güvenerek işlem yaptıklarını, ancak bankanın daha sonradan bunu yapmaktan vazgeçmesi üzerine zarara uğradığını öne sürmektedir. Yargılama sırasında, kişilerin taraf oldukları davada aynı zamanda tanık olarak dinlenemeyeceği kuralına dayanılarak, uyuşmazlık

³⁵⁴ Van Mechelen/Hollanda, 23 Nisan 1997, Başvuru No:55/1996/674/861-864, para. 60.

³⁵⁵ Haydar Burak GEMALMAZ, a.g.e., s. 407

³⁵⁶ Yaşar DEMİRCİOĞLU, **Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s.161.

³⁵⁷ DEMİRCİOĞLU, a.g.e., s.140.

³⁵⁸ Dombo Beheer B.V./Hollanda, 09.09.1992, Başvuru No:14448/88, para. 34-35.

konusunun ortaya çıkmasından sonra şirket yöneticiliğinden ayrılmış ancak halen şirketin hisselerine sahip olan kişinin mahkemede tanıklık yapmasına mahkeme tarafından izin verilmemiş, aynı durumda olmasına rağmen bankanın kredilerden sorumlu bölümünün yöneticisinin ise yargılamada resmi olarak ve fiilen taraf olmadığı kabul edilerek tanık olarak dinlenilmiştir. Başvurucu AİHM önünde “silahların eşitliği” ilkesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Mahkemeye göre, başvuru şirket bakımından banka ile kredi olanakları konusunda yapılan sözlü anlaşmayı kanıtlamak çok önemlidir. Ancak bu görüşmede yalnızca iki kişi yer almıştır. Bunlardan biri şirketi temsil eden, diğeri bankayı temsil eden kişidir. Mahkeme, bu kişilerden sadece banka temsilcisinin dinlenilmesine izin vermiş, başvuru şirket kendisini temsil eden kişinin dinlenmesi imkânına sahip olamamıştır. Hâlbuki müzakereler sırasında eşit iki kişinin görüşmesi söz konusudur, bu nedenle iki kişiden biri delil sunarken diğerrinin delil sunmasına niçin izin verilmediği anlaşılamamıştır. Başvurucu şirket, banka karşısında “nitelikli bir dezavantaj” içine girmiştir ve bu suretle Sözleşme’nin 6/1. maddesi ihlal edilmiştir³⁵⁹.

*Ankerl/İsviçre*³⁶⁰ kararına konu olayda, başvurunun kiraladığı bir dairenin tahliye edilmesi ile ilgili bir sorun yaşanmıştır. Başvurucu, kiraya verenin tahliye talebine rağmen daha sonra, bina yönetiminden sorumlu şirket yöneticisi ile kira ilişkisinin devam ettiği yönünde sözlü bir anlaşmaya vardıklarını belirtmekte, bu sözlü anlaşmayla ilgili olarak da eşini tanık olarak göstermektedir. İç hukuktaki yargılama sırasında, başvuru ve bina sahibi deliller göstermişlerdir, binanın yönetiminden sorumlu şirketin eski ve yeni yöneticileri yemin ettirilerek dinlenmiş, başvurunun eşi ise yemin ettirilmeden dinlenmiştir. İç hukuktaki usul kuralına göre, davacının bazı yakın akrabalarını tanık olarak dinletme hakkı yoktur. Bunlardan biri de boşanmış olsalar dahi eşlerdir ve bu kişiler sadece bilgi amaçlı, yemine başvurulmaksızın dinlenebilirler. Başvurucu, ulusal mevzuat gereği eşinin yemin ettirilmeden, sadece bilgi amaçlı dinlenmesinden şikâyetçidir. Ankerl’ e göre, şirket yöneticisinin tanıklığına özel bir değer verilmesi kendini dezavantajlı bir

³⁵⁹İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s.226-227.

³⁶⁰Ankerl/İsviçre, 23.10.1996, Başvuru No: 17748/91, Reports 1997-II, No:32.

duruma sokmuş ve “silahların eşitliği” ilkesine aykırılık oluşturmuştur. AİHM, bu davada, yargılamamanın tümü itibarıyla adil olup olmadığına bakmıştır. Mahkemeye göre, başvurunun eşi olan Bayan Ankerl, yeminli ifade veremediyse de ulusal mahkeme tarafından dinlenmiştir. Ulusal mahkeme delilleri değerlendiren Bayan Ankerl’in ifadelerini ikna edici bulmama yetkisine sahiptir. Ayrıca ulusal mahkemenin kararından diğer tanığın tanıklığına yeminli olduğu için özel bir ağırlık verildiği görülmektedir. Son olarak da, ulusal mahkeme kararında, bu ifadeler dışındaki başka delillere de dayanmaktadır. Bu nedenlerle “silahların eşitliği ilkesi” ihlal edilmemiştir.

Bu karara göre, tarafların tanıkları arasında farklı muamele yapılsa da karar verilirken bu tanık beyanlarından başka delillere de dayanılmış ve bir tarafın tanığına diğeri karşısında özel bir ağırlık verilmemişse taraflar arasında yapılan farklı muamele, yargılamanın sonucunu etkileyecek nitelikte değildir. Bu nedenle bir taraf diğer taraf karşısında önemli bir dezavantaj içerisinde olmayacağından somut olayın *Dombo Beheer B.V./Hollanda* davasından farklılığını dikkate alarak, Sözleşme’nin 6/1. maddesinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir³⁶¹.

04.06.2002 tarihli *Komanicky/Slovakya*³⁶² kararında, başvuru duruşmaya gelemeyeceğini bildirdiği ve kendi yokluğunda tanıkların dinlenmemesi ve delil sunulmamasını talep ettiği halde başvuru bulunmaksızın delillerin ele alınarak karara varılması ve bu şekilde başvurunun yargılamaya tam olarak katılmasının engellenmesi adil yargılanma hakkının ihlali olarak görülmüştür³⁶³.

AİHM, *Tamminen/Finlandiya*³⁶⁴ kararında, medeni haklarla ilgili yargılama sırasında, tanık dinlemeye gerek olup olmadığı hususunda davayı görmekte olan mahkemenin karar vereceğini, mahkemenin maddi gerçeği ortaya çıkarabilmek için dinlenilmesi gerektiği halde tanık dinlemeyi reddettiği durumda ise 6. maddenin

³⁶¹İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s.227-228

³⁶² Komanicky v. Slovakia, 04.06.2002, Başvuru No:32106/96, para. 49-55.

³⁶³İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s.227-228

³⁶⁴ Tamminen/Finlandiya, 15.07.2004, Başvuru No:40847/98, para. 38-42.

ihlal edilmiş olduğunu belirtmiştir³⁶⁵.

C. İdari Yargılamada Delil Sunma Yönünden Davanın Taraflarının Durumu

AIHM'in "silahların eşitliği" konusunda vermiş olduğu ilk kararları ağırlıklı olarak ceza yargılaması hakkındadır. Ancak daha sonra yapılan başvuruların yönlendirmesi sonucu 1993 yılından itibaren özel hukuk uyuşmazlıklarında ve idari yargı yerlerindeki uyuşmazlıklarda da "silahların eşitliği ilkesi" uygulama alanı bulmuştur³⁶⁶. Tanık dinletme de "silahların eşitliği ilkesi"nin bir parçası olduğuna göre tanık dinlen-mesinde hak eşitliği ilkesinin sadece ceza yargılaması bakımından değil, özel hukuk ve idare hukuku yargılamasında da uygulanabilmesi gerekir. AIHM'in önüne getirilen ve inceleyip karar verdiği bazı davalar da bunu doğrulamaktadır.

*Albert ve Le Compte/Belçika*³⁶⁷ davasında, başvuru Albert hakkında Brabant Tabipler Odası tarafından bir disiplin soruşturması açılmış ve belli bir günde belgeleri ile birlikte odaya davet edilmiş, burada kendisine gerçeğe aykırı bazı raporlar düzenlemekle suçlandığı bildirilmiş, savunma istemi ve savunmadan sonra da başvuru Oda tarafından cezalandırılmış, buna karşı yaptığı itirazlar ve Temyiz Mahkemesine yaptığı temyiz başvuruları reddedilmiştir. Sonuçta başvuru iki yıl süreyle meslekten men edilmiştir. Başvuru Le Compte de aynı şekilde hekim olup Batı Flanders Tabip Odası tarafından iki yıl meslekten men cezası ile cezalandırılmış, itirazı üzerine İtiraz Kurulu tarafından kendisinin Odadan kaydının silinmesine karar verilmiş, iki başvuru davaları Mahkemede birleştirilmiş, başvuru Albert, Sözleşme'nin başka maddeleri ile birlikte bildirdiği savunmada tanıklarının dinlenmemesi nedeniyle 6/3-d bendinin de ihlal edildiğini iddia etmiştir. AIHM, başvuru hakkında disiplin işlemi uygulanmış olmasına rağmen daha önceki kararlarına atıf yaparak olay hakkında yargılama yapılabileceğini kabul etmiş, olayın idari yargılama hukuku konusu olmasını göz önüne almaksızın olayı incelemiş, somut olayda tanık dinlenmemesi hususunu 6. maddenin 3. fıkrasının d bendine ihlal

³⁶⁵ AKINCI, a.g.e., s.256.

³⁶⁶ DİNÇ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Adil Yargılanma Hakkı*, s.173.

³⁶⁷ *Albert ve Le Compte/Belçika*, 10.02.1983, Başvuru No: 7299/75, 7496/76.

olup olmadığı noktasında incelemiş ve başvuruçunun tanık dinletmek ve tanıkların sorgulanmasını sağlamak maksadıyla yeterince gayret gösterdiğine ve bunun da mahkemece reddedildiğine dair bir delil olmadığından Sözleşme ihlalinin olmadığına karar vermiştir³⁶⁸.

*Mantonavelli/Fransa*³⁶⁹ davasında, başvuruçular, arka arkaya yapılan birkaç ameliyat sonucu böbreklerde meydana gelen sorun nedeniyle komadan çıkamayan kızlarının hastanenin ihmali nedeniyle öldüğünü iddia etmişlerdir. Bu iddialar hakkında rapor hazırlaması için idare mahkemesi tarafından bilirkişi atanmış, bilirkişi raporunu hazırlamadan önce hastane görevlisi beş kişi ile görüşmüş, iç hukukta yükümlülük olduğu halde, bilirkişi bu görüşmeleri yaparken başvuruçuları haberdar etmemiştir.

Ayrıca bilirkişi, başvuruçuların bilmediği bazı belgelere dayanarak raporunu hazırlamıştır. Başvuruçuların bu bilirkişi raporunun dosyadan çıkartılması ve yeni bilirkişi atanması yönündeki talepleri ulusal mahkeme tarafından reddedilmiştir³⁷⁰.

AIHM, öncelikle şu hususları belirtmiştir: “Md 6/1’ deki diğer usuli güvenceler gibi, çelişmeli yargılanma ilkesine uygunluk da mahkemedeki yargılamaya ilişkindir; mahkemece atanan bir bilirkişinin yaptığı bütün görüşmelere katılma veya dikkate alınan bütün belgeleri görme zorunluluğu getiren genel, soyut bir ilke değildir. Önemli olan, tarafların mahkeme önündeki yargılamaya tam (properly) olarak katılabilmesidir. Delillerin uygunluğu ve değerlendirilmesi ulusal mahkemelerin konusudur. Bununla beraber Mahkeme delilin ele alınış biçimi dâhil olmak üzere bir bütün olarak yargılamanın adil olup olmadığına bakacaktır”³⁷¹.

“İç hukuka göre, tarafların bilirkişinin attığı adımların zamanı konusunda bilgilendirilmeleri gerekmektedir. Mahkemeye göre, buna uymamak, tek başına

³⁶⁸ DOĞRU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Cilt: 2*, s. 537-547.

³⁶⁹ Mantovanelli /Fransa, 18.03.1997, Başvuru No: 8/1996/627/810(Komisyon), 21497/93 (Mahkeme)

³⁷⁰ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s.314.

³⁷¹ İNCEOĞLU, a.g.e., s.314.

yargılamanın adilliğini şüpheli hale getirmez³⁷². Bununla beraber AHİM, başvuru bilirkişi raporunu edindikten sonra, raporun içeriği ve bulguları konusunda İdare Mahkemesine görüş bildirmiş olsalardı da bu durumun rapor hakkında etkili bir yorum yapma imkânı vereceğine ikna olmamıştır. Başvurucuların kızlarına halothane verilmesinin hastanenin ihmalini gösterip göstermediği yönünde bilirkişinin cevaplaması gereken soru, aslında mahkemenin belirlemesi gereken soru ile aynı olmasına rağmen yargıçların bilgisi dâhilinde olmayan teknik bir konu olduğundan, İdare Mahkemesi hukuken bilirkişi raporu ile bağlı olmasa da bilirkişi raporu Mahkemenin esasa ilişkin değerlendirmesinde baskın bir etkiye sahiptir. Başvurucular sadece, bilirkişi raporu mahkemeye teslim edilmeden önce görüşlerini etkin bir biçimde ifade edebilirlerdi. Ancak başvuru bilirkişi tarafından yapılan görüşmelere katılmaları engellenmiştir. Bu nedenle başvuru bilirkişi, davanın diğer tarafı olan hastanenin lehine delil veren beş kişiyi çapraz sorgulama hakkına sahip olamamışlardır. Dolayısıyla başvuru bilirkişi temel delil üzerinde yorum yapma olanağına sahip olmamıştır³⁷³.

Açıklanan kararda AHİM, silahların eşitliği ilkesi kapsamında inceleme yapmış ve olayı bütünüyle ele almış ise de başvuru bilirkişi raporuna beyanları esas alınan beş tanığı huzurda çapraz sorguya tabi tutamamaları Mahkemenin ihlal kararı vermesinde etkili olduğu, bu kararın bilirkişinin durumundan çok tanık dinlenmesi ile ilgili olduğu düşüncesindeyiz.

VI. YASAL GÖREVLİLERİN YARGILAMADAKİ ROLÜ

Hukuken tarafsız olmaları gereken, yargılamada yer alan, yargılama sürecinde taraflardan birinin aleyhinde görüş bildiren ve bu görüşlerin çürütülme olanağı ortadan kaldırılmış olan yasal görevlilerin hükmün verilmesinde oynadıkları etkin rol silahların eşitliği ilkesini ihlal etmektedir³⁷⁴.

³⁷²Mantovanelli /Fransa, 18.03.1997, Başvuru No: 8/1996/627/810(Komisyon), 21497/93 (Mahkeme), para. 35.

³⁷³Mantovanelli /Fransa, 18.03.1997, Başvuru No: 8/1996/627/810(Komisyon), 21497/93 (Mahkeme), para. 36, İNCEOĞLU, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, s.314-315.

³⁷⁴ İNCEOĞLU, Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, s.66.

*Borgers/İsviçre*³⁷⁵ kararında, “Yargıtay, temyiz aşamasında müzakerelere sonradan katılmış ve görüş bildirmiş olan procureur general (kanun sözcüsü)’in sunmuş olduğu mütalaayı dinlemiştir. Procureur General, Yargıtayda hukuki bilirkişilik görevini yerine getirmekte ve iddia makamını temsil etmemekte olup, davanın bir tarafı değildir. İç hukuka göre procureur general’in sunduğu mütalaaya karşı başvurucunun cevap verme hakkı bulunmamaktadır. Procureur General, aynı davada Temyiz Mahkemesinin daha sonra yaptığı müzakerelere de katılmıştır. Hükümet, procureur general’in yargılamaya katılmasına rağmen iddia makamını temsil etmediğini ve iddia makamı görevi yerine getirmediğini, hukuki bilirkişilik görevini yürüttüğünü, bu yüzden tarafsız ve nötr olduğunu ileri sürmüştür. AİHM ise Procureur General bölümünün temyiz yargılamasının tarafları açısından tarafsız olarak görülemeyeceğini, Procureur General bölümünün görevlisinin, bir sanığın temyiz başvurusunun kabul edilmesi veya reddedilmesi yönünde görüş bildirdiğini, bu görüşün sanığın lehine veya aleyhine bir durum yarattığını, görülen davada da Borgers’in başvurusunun reddedilmesi yönünde mütalaa verdiğini, bu mütalaanın başvurucuya bildirilmediğini, başvurucunun bu mütalaaya karşı cevap veremediğini, ayrıca tavsiye yetkisine sahip bir şekilde mahkemenin müzakerelerine katılmasının bu eşitsizliği daha da arttırdığını, dolayısıyla ‘savunma hakları’ ve ‘silahların eşitliği’ ilkesinin gerekleri ile bunlara uyulup uyulmadığına ilişkin görünümü dikkate alarak md 6/1’in ihlal edildiği”³⁷⁶ kararına varmıştır.

*Pakelli/Almanya*³⁷⁷ davasında, Almanya’da işçi olarak çalışan ve burada işlediği iddia edilen bir suç nedeniyle tutuklandıktan sonra tutuklu yargılanmakta olan Lütfi Pakelli’ye yerel mahkemede görülen ceza davasında adli yardım vasıtasıyla avukat atanmıştır. Mahkeme tarafından hakkında hapis cezası verilen ve hükmedilen hapis cezasının süresi kadar tutuklu olarak yargılanan Pakelli, davanın Yargıtay’da görülmesini ve kararın kesinleşmesini beklemeden Türkiye’ye dönmüştür. Ancak Yargıtay aşamasındaki adli yardım talebi, yasal sebeplerle reddedilmiş ve Yargıtay duruşmasına ne Pakelli ne de avukatı katılabilmiş, bu şekilde bir inceleme ile Yargıtay cezayı onamıştır. “Yazılı aşamada bile, o tarihte hâlâ avukat tarafından temsil edilmekte olan Pakelli tarafından yapılan temyize, sadece savcılık tarafından cevap verilmiş olup savcılık temyiz sebeplerinin esası

³⁷⁵ Borgers/Belçika, 30.10.1991, Başvuru No:12005/86,

³⁷⁶ Borgers/Belçika, 30.10.1991, Başvuru No:12005/86, para. 24-29, İNCEOĞLU, **Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği**, s.67.

³⁷⁷ Pakelli/Almanya, 25.04.1983, Başvuru No. 8398/78.

hakkında bir görüş ileri sürmemiştir. Federal savcılık konusunda ise temyiz yargılanmasındaki rolü ne olursa olsun, Alman hukuku savcılığın görüşlerine karşı temyiz eden başvurucuya itirazda bulunma imkânı vermiştir. Buna göre eğer Federal Mahkeme duruşma yapmaya karar vermemiş olsa Federal savcılık görüşlerini yazılı olarak sunacak ve başvurucuya iletecekti; başvurucu da haklı olarak işaret ettiği gibi, bu suretle bu görüşü inceleme ve gerekli gördüğü takdirde yanıtlama imkânına kavuşacaktı. O halde Pakelli'ye, savcılığın iddialarına duruşmada da karşı çıkma imkânı tanınmış olmalıydı. Federal Mahkeme başvurucuya bir müdafî tayin etmeyi reddetmekle kendisini duruşma aşamasında, eğer yargılama tümüyle yazılı olarak yapılmış olsaydı sahip olacağı davanın sonucunu etkileme imkânından yoksun bırakmıştır³⁷⁸.

*Lobo Machado/Portekiz*³⁷⁹ davasında, dava konusu başvurucunun emekli aylığı ile ilgili olup “temyiz aşamasında başvurucunun temyiz talebinin reddedilmesi yönünde Yüksek Mahkemeye görüş bildiren ve hukuken tarafsızlık özelliği olan Attorney General temsilcisinin bu mütalaası başvurucuya gönderilmemiştir. AİHM, “çelişmeli yargılama” ilkesi açısından 6. maddenin ihlal edildiği kanaatindedir. Ayrıca Attorney-General, Yüksek Mahkemenin gizli müzakerelerine de katılarak görüşlerini tezat görüşün sunulması imkânı olmadan sunmuştur. Bu durum, AİHM’e göre, Borgers kararında olduğu gibi, Attorney-General’in karşı tarafın bilgisi dâhilinde olmaksızın görüş bildirmesi nedeniyle ortaya çıkan ihlali daha da ağırlaştırmıştır bu nedenle bu açıdan da 6. maddenin 1. fıkrası ihlal edilmiştir³⁸⁰.

*Slimane-Kaid/Fransa*³⁸¹ davasında, raportör yargıç tarafından hazırlanan ve görüş içeren raporun, duruşma yapılmadan önce Yargıtay Savcısı’na gönderilmesine rağmen başvurucuya bildirilmemesi “silahların eşitliği” ilkesini ihlal eder bulunmuştur³⁸².

³⁷⁸ DOĞRU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Cilt: 1*, s. 606-607.

³⁷⁹ Lobo Machado/Portekiz, 20.02.1996, Başvuru No:15764/89, para. 31-32.

³⁸⁰ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s.243.

³⁸¹ Slimane-Kaid/Fransa, 25.01.2000, Başvuru No:29507/95.

³⁸² GÖLCÜKLÜ, GÖZÜBÜYÜK, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, s.312.

İdari yargılamaya ilişkin Kress/Fransa³⁸³ davasında, “Strasbourg Hastanesine karşı açılmış bir dava sürecinde Conseil d'Etat'da (Fransız Danıştay) yapılan duruşma sırasında taraflardan sonra görüşünü beyan eden Hükümet Komiseri'nin, bağımsız olduğu Mahkeme tarafından kabul edilmekle birlikte, Hükümet Komiseri'nin yargılamadaki işlevi iki açıdan tartışılmıştır. Birincisi (bu mütalaanın önceden taraflara tebliğ edilmemesi ve tarafların cevap verme imkânlarının olmaması, ikincisi ise Hükümet Komiseri'nin oy verme hakkı olmamakla birlikte mahkeme (Conseil d'Etat) müzakerelerine katılmasıdır.

Birinci sorun açısından, AİHM, mevcut uygulamayı dikkate alarak, duruşmadan önce tarafların, eğer isterlerse, Hükümet Komiseri'nin mütalaasının genel içeriğini açıklamasını talep edebilme imkânlarının olduğunu, ayrıca Hükümet Komiseri'nin tarafların ileri sürmediği bazı temellere dayanması durumunda, tarafların savlarını ortaya koyabilmeleri için mahkeme başkanının duruşmayı erteleyebileceğini de dikkate almıştır. Birinci sorun açısından, AİHM, Conseil d'Etat önündeki yargılama sırasında davacıların yeterli güvencelere sahip olduklarını ve çelişmeli yargılama yönünden yargılanma hakkına aykırılık bulunmadığını belirlemiştir. Hükümet Komiseri'nin Conseil d'Etat müzakerelerine katılmasına ilişkin ikinci sorun ise AİHM'in farklı bir sonuca ulaşmasına neden olmuştur. AİHM'e göre, Hükümet Komiseri'nin oy vermesinin engellenmesi, Hükümet Komiseri'nin gerçek bir yargıç olduğu yönündeki hükümet savını zayıflatmaktadır, ayrıca diğer yargıçlar görüşlerini sadece gizli müzakere sırasında ifade ederken, bazı yargıçların görüşlerini (duruşmada) aleni biçimde ifade edebilmelerini kabul etmek güçtür. Diğer yandan, mahkemenin görünüşüne ilişkin doktrin de burada önem kazanmıştır. AİHM'e göre, Hükümet Komiseri, tarafların savlarının kabul veya reddedilmesi yönündeki görüşünü aleni bir biçimde ifade ettiği için, davanın taraflarınca, meşru bir biçimde, bir tarafı tutuyormuş gibi görülebilir. AİHM'e göre, idari yargılamanın özelliklerini tanımayan bir davacı, doğal olarak temyiz başvurusunun reddedilmesini öneren Hükümet Komiseri'ni kendi muhalifi olarak görme eğiliminde olabilir; ayrıca duruşmanın sonunda Komiser'in, davacının savlarının tersine görüş sunduktan sonra, mahkeme yargıçları ile birlikte gizli bir biçimde yapılan müzakerelere katıldığını görmesi, davacının kendisini eşit olmayan bir konumda hissetmesine neden olabilir. AİHM sonuç olarak, Hükümet Komiseri'nin dava mahkemesinin müzakerelerine katılması açısından Sözleşme'nin 6. maddesinin 1'nci fıkrasının ihlal

³⁸³ Kress/Fransa, 07.06.2001, Başvuru No:39594/98, para.76.

edildiği”³⁸⁴ sonucuna varmıştır.

Eğer davada görüşü savunma tarafına gönderilmeyen kişi açıkça iddia makamını temsil ediyorsa bir gerekçe veya yorum içermese de mütalaasının savunmaya bildirilmemesi md 6/1 açısından ihlal doğurabilmektedir³⁸⁵. *Bulut/Avusturya*³⁸⁶ davasında, Yüksek Mahkeme Savcısı, savunmanın temyiz başvurusunun ceza usul yasasının bir maddesi bakımından ele alınıp reddedilmesi gerektiğini belirtmiş fakat herhangi bir gerekçe göstermemiştir. Hükümet, savcılık mütalaasında herhangi bir gerekçe gösterilmediğini, tamamıyla usuli bir özellik taşıdığını, temyizcinin esasına ilişkin herhangi bir savunma yer almadığını, savunmanın üzerinde yorum yapabileceği yeni unsurların bulunmadığını bu nedenle de savunma tarafına gönderilmeye gerek olmadığını belirtmektedir³⁸⁷. Fakat AİHM'e göre bu durumda dahi savunmanın bu mütalaadan haberdar olmaması, 6. madde açısından ihlale neden olmaktadır çünkü savcılık iddia makamını temsil etmektedir ve başvurusunun temyizi karşısında açık bir karşı tutum sergilemiştir. Mahkemeye gönderilen bir mütalaanın tepki vermeye değer olup olmadığını değerlendirmek savunmanın işi olup savunmaya bildirilmeden mahkemeye görüş bildirmek hakkaniyete uygun değildir. Mahkeme, “silahların eşitliği”ne aykırılık nedeniyle Sözleşme’nin 6/1. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. AİHM, *Fischer/Avusturya*³⁸⁸ kararında da *Bulut/Avusturya* kararına atıf yaparak Yüksek Mahkeme Savcısı’nın, savunmanın bilgisi olmaksızın Yüksek Mahkemeye sunduğu mütalaanın geçersiz olduğunu ve “silahların eşitliği” ilkesini ihlal ettiğini belirtmiştir.

*Kuopila/Finlandiya*³⁸⁹ davasına konu olayda ise dava sırasında başvurusunun talebi üzerine, savcılık tarafından polise yaptırılmış olan bazı ek inceleme ve araştırmaların, sanığın bilgisi olmaksızın savcının görüşü ile birlikte mahkemeye sunulmasının “silahların eşitliği” ilkesine aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bu

³⁸⁴ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s.243-244.

³⁸⁵ İNCEOĞLU, a.g.e., s.244.

³⁸⁶ *Bulut/Avusturya*, 22.02.1996, Başvuru No:17358/90, para. 45.

³⁸⁷ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s.245.

³⁸⁸ *Fischer/Avusturya*, 17.01.2002, Final:17.04.2002, Başvuru No:33382/96, para. 21.

³⁸⁹ *Kuopila/Finlandiya*, 27.04.2000, Final 27.07.2000, Başvuru No:27752/95, para. 38.

noktada mahkemenin bu delilleri dava konusu ile ilgisiz görmesi ve kararında buna hiç değinmemesi de önem arz etmez. Çünkü AİHM'e göre, savcılık ek soruşturma raporlarının davayla ilgili olmadığı yönündeki görüşünü mahkemeye sunarak mahkemeyi etkilemek istemiştir. Dolayısıyla uyuşmazlık konusu olaylara ilişkin olarak savunmaya değerlendirme yapma olanağı tanınmaması silahların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil eder³⁹⁰.

*Göç/Türkiye*³⁹¹ davasında uyuşmazlık “466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan ve Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkındaki Yasa”ya dayanmaktaydı. Bu yasanın 4. maddesine göre, “Mahkeme, Cumhuriyet Savcısı’nın yazılı görüşü üzerine, duruşma yapmaksızın kararını” veriyordu. Temyiz aşamasında ise, genel kurallar geçerli olduğundan dosya üzerinden yapılan incelemede, karardan önce Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nın mütalaa vermesi söz konusu idi.

“Mehmet Göç, İzmir Vergi Mahkemesinde memur olarak çalışmakta iken 1995 yılında bir mahkeme dosyasının çalınmasından ve tahrif edilmesinden sorumlu tutulmuştur. Göç, 25 Temmuz 1995’te saat 17.10’da, İzmir Cumhuriyet Savcılığı’nca gözaltına alınmış, kendisine yöneltilen suçlamaları reddetmiştir. 27 Temmuz’da saat 17.00’de savcılık tarafından serbest bırakılmış ve daha sonra da hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmiştir. Başvurucu haksız yere gözaltında tutulduğundan bahisle 466 sayılı yasaya dayanarak, 200.000.000 TL tazminat ödenmesi için Karşıyaka Ağır Ceza Mahkemesine başvurmuştur. Başvurucu gözaltındayken ailesi ve avukatıyla görüşmesine izin verilmediğini, iki saat boyunca aşağılanarak ve dövülerek kötü muamele ve işkence gördüğünü ileri sürmüştür. Başvurucu yaraları nedeniyle dört gün iş göremez raporu almıştır. Mahkeme üyelerinden biri naip hâkim olarak olayı araştırması ve rapor hazırlaması için görevlendirilmiş ve naip hâkim elde ettiği delilleri, raporu hazırlamak ve sunmak için yeterli bulmuştur. Mahkemedeki yargılama kanunun tanıdığı olduğu takdir hakkına dayanılarak duruşmasız yapılmıştır. Savcıdan başvurusunun iddialarıyla ilgili olarak yazılı mütalaa istenmiştir. Savcı manevi zararın karşılığı olarak mahkemenin takdir edeceği bir meblağın ödenmesi yönünde görüş bildirmiştir. Savcının bu görüşü başvurucaya tebliğ edilmemiştir. Mahkeme Göç lehine 10.000.000 TL tazminata hükmetmiştir. Olayda, başvuruca ve Hazine birbirlerinden habersiz olarak Ağır Ceza Mahkemesinin tazminata

³⁹⁰ YAVUZ, a.g.e., s.67.

³⁹¹ Göç/Türkiye, 09.11.2000, Başvuru No:36590/97, tam metni için bkz. İNCEOĞLU, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, s. 254-256.

yönelik kararını temyiz etmişler, temyiz dilekçeleri karşı tarafa tebliğ edilmediği gibi, Yargıtay Ceza Dairesi, Başsavcılığın onama istemli tebliğnamesi doğrultusunda yerel mahkemenin kararını onamıştır”³⁹².

“Başvurucu, temyiz aşamasında Başsavcının esas hakkındaki mütalaasının kendisine gönderilmediğini ve tazminat talebine ilişkin olarak duruşma hakkından mahrum bırakıldığını öne sürerek şikâyetçi olmuştur. Başvurucuya göre Başsavcının mütalaası kendisine bildirilmediğinden bu mütalaaya karşı cevap verme hakkı elinden alınmıştır. Başvurucuya göre, Ceza Mahkemesinin kararını savcılığın yazılı mütalaasını esas alarak vermiş ve ayrıca 466 sayılı Yasa kendisine duruşma talep etme hakkını ortadan kaldırmaktadır. Hükümet, başvurunun Medeni Usul Kanununun 438. maddesi gereğince Yargıtayda duruşma isteme hakkına sahip olduğunu fakat başvurunun bunu talep etmediğini belirtmiştir. Hükümet ayrıca, 466 sayılı yasanın yasal olmayan şekilde tutuklanan ve göz altına alınan kişilere tazminat verilmesi için özel bir prosedür öngörmekte olduğunu, yasanın amacının, tazminat taleplerinin incelenmesinin dosya üzerinden yapılarak duruşma yapılmasından dolayı meydana gelecek harcama ve gecikmenin önüne geçmek olduğunu, başvurunun iddiaları iyi zaten yeterince belge ile birlikte dile getirildiği için duruşma yapılmasında kamu yararı olmadığını ileri sürmüştür”.

AIHM, Cumhuriyet Başsavcısının Yargıtaydaki görev ve rolü üzerinde durmuştur. “Başsavcı’nın görevi Hazine ve başvurunun temyizlerinin esası hakkında görüş bildirmektir. Başsavcı yazılı olarak sunduğu görüşünde ilk derece mahkemesinin kararında verilen tazminatın uygun olduğunu belirtmiştir. Onun görüşü Yargıtay kararını etkilemeyi amaçlamaktadır”. AIHM’e göre, “Cumhuriyet Başsavcısı’nın mütalaasının niteliği ve başvurucuya cevap niteliğindeki yazılı görüşlerini sunma imkânının verilmediği dikkate alındığında, başvurunun ‘çelişmeli yargılama hakkı’ ihlal edilmiştir”³⁹³. AIHM, bu tür davalarda, “ulusal hukuk sisteminin bağımsız bir üyesi tarafından verilmiş olsa dahi mahkemenin kararını etkilemek için sunulmuş olan dosyadaki tüm delil ve mütalaaları bilme ve bunlar hakkında değerlendirme yapma olanağının taraflara tanınması gerektiğini” belirtmiştir³⁹⁴.

AIHM, Cumhuriyet Başsavcısı’nın Hazinesinin temyiz talebinin reddi yönünde

³⁹² Göç/Türkiye, 09.11.2000, Başvuru No:36590/97, para. 9-23.

³⁹³ Göç/Türkiye, 09.11.2000, Başvuru No:36590/97, para. 34.

³⁹⁴ Göç/Türkiye, 09.11.2000, Başvuru No:36590/97, para. 34.

mütalaa verdiğini de göz önüne almıştır. Fakat Mahkemeye göre, “*bu tarafsız yaklaşım, tarafların arasındaki ‘silahların eşitliği’ni temyiz aşamasında güvence altına alabilmekte ise de başvurucunun alt mahkemenin belirlediği tazminat miktarına ilişkin itirazı varlığını sürdürmektedir. Bu nedenle, başvuru, Yargıtay önünde lehine karar verilme ihtimalini azaltacak her türlü mütalaa hakkında tam olarak bilgi sahibi olma hakkına sahiptir. Ayrıca başvurucunun ulusal mahkemeler önünde duruşma hakkının bulunmadığı göz önüne alındığında, hakkaniyet bakımından, bu tür mütalaaların tebliği daha da gerekli hale gelmektedir*”. Sonuç olarak AİHM, Cumhuriyet Başsavcısı’nın Yargıtaya sunduğu mütalaasının başvurucuya tebliğ edilmediğinden bahisle 6. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır³⁹⁵.

*İncal/Türkiye*³⁹⁶ davasında, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, başvuruya konu davanın 25 Şubat 1997 tarih ve 22678/93 sayılı raporunda, ilk derece mahkemesi tarafından verilen hapis cezasının Yargıtayda duruşma açılmaksızın onanması konusunda ülkemizdeki yerleşik uygulamaya değinerek; “...*kural olarak ceza ve hukuk davalarındaki tarafların, yargıçların verecekleri kararları etkilemek amacıyla bağımsız bir organ tarafından bile sunulmuş olsa, yargıca sunulan tüm kanıt ve görüşleri öğrenmek ve bunları tartışmak olanağına sahip bulunmaları...*” gerektiğini belirtmiş, “*Yargıtaydaki davalarda geçerli olan yargılama yöntemleri, Başsavcılık tebliğnamesinin onama ya da bozmaya yönelik etkinliği de göz önünde tutularak, çelişmeli bir yargının varlığından söz edebilmek için, ilgiliye yargılama bitmeden önce yanıtlama hakkının tanınması gerektiği...*” üzerinde durmuş ve “*Başvuru konusu olayda, yerel mahkemenin verdiği mahkûmiyet hükmünün onanmasını isteyen Başsavcılık tebliğnamesine karşı sanığa savunmalarını sunma fırsatının verilmemesi, Sözleşme’nin 6/1. maddesi ile güvence altına alınan ve adil yargılanmanın temel öğelerinden olan karşıt konumdakilerin eşit koşullarda çekişmesi ilkesine aykırı düştüğü*”³⁹⁷ sonucuna varmıştır.

*Hocaoğulları/Türkiye*³⁹⁸, *Gözel ve Özer/Türkiye*³⁹⁹, *Çolak ve*

³⁹⁵ Güney DİNÇ, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Silahların Eşitliği”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, sayı 57, 2005, s.291, Adem ÇELİK, a.g.e., sayı 31.

³⁹⁶ *İncal/Türkiye*, 09.06.1998, Başvuru No:22678/93, para. 46-60.

³⁹⁷ DİNÇ, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Silahların Eşitliği”, s.291, Adem ÇELİK, a.g.m, s.307.

³⁹⁸ *Hocaoğulları/Türkiye*, 07.03.2006, Başvuru No: 77109/01, para. 19-27.

³⁹⁹ *Gözel ve Özer/Türkiye*, 06.07.2010, Başvuru No: 43453/04, 31098/05, para. 65-66.

*Kasımoğulları/Türkiye*⁴⁰⁰ davalarında başvuru, diğer şikâyetlerinin yanı sıra, Yargıtay Başsavcılığı'nın tebliğnamesinin kendisine iletilmemesinden şikâyetçi olmuştur. AİHM, *Göç/Türkiye* kararına göndermede bulunarak, Başsavcılık tebliğnamesine karşı görüş bildirmemenin “çekişmeli yargılama hakkı”nı ihlal edeceğini belirtmiştir. Mahkeme, başvuruicunun ikinci derece mahkemesi önünde silahların eşitliği ilkesi talebini haklı bulmuş ve Yargıtayın önündeki görüşten hakkaniyete uygun yeterince bilgilendirilme hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir⁴⁰¹.

J.J./Hollanda davasında⁴⁰² “başvuruicunun, serbest çalışan bir vergi danışmanıdır. Vergi İdaresi, başvuruicuya 1989 yılında ek bir gelir vergisi tarh etmiş ve tarh edilen vergi miktarı kadar da para cezası uygulanmasına karar vermiştir. Başvuruicunun, bu tarhiyatın haksız olduğundan bahisle Leeuwarden Temyiz Mahkemesi Vergi Bölümünde dava açmış, kendisinden 75 Gulden dava harcı yatırması istenmesine rağmen bu harcı yatırmadığı gerekçesi ile Mahkeme, başvuruicunun davasını reddetmiştir. Başvuruicunun reddi kararına, dava harcının havalesi için bankaya talimat verdiğini, ancak bu talimatın yerine getirilmediğini, bankanın hatasının kendisine yüklenemeyeceğini ve kendisine karşı öne sürülemeyeceğini belirterek itiraz etmiştir. Mahkeme ise, başvuruicunun havale talimatının banka tarafından yerine getirilip getirilmediğini denetleme görevinin kendisine ait olduğunu gerekçe göstererek başvuruicunun bu itirazını da reddetmiştir. Başvuruicunun bu karara karşı Yüksek Mahkemede temyiz yoluna başvurmuştur. Yüksek Mahkeme Savcılığı tarafından Yüksek Mahkemeye danışma mütalaası sunulmuş, ancak Yüksek Mahkeme davayı karara bağlayana kadar bu mütalaadan başvuruicunun bilgisi olmamıştır. Yüksek Mahkeme başvuruicunun temyiz talebini reddetmiştir. Başvuruicunun, Yüksek Mahkeme Savcılığının danışma mütalaasına yanıt veremediği için Sözleşmenin 6/1.maddesinin ihlal edildiğini öne sürmüştür”.

AİHM ilk olarak, olayda 6/1.maddenin uygulanıp uygulanamayacağını tartışmıştır. Hükümet savunmasında, dava konusunun, para cezası olmadığını, dava harçları olduğunu ileri sürmüş, bu iddiaya karşılık AİHM, “temyiz mahkemesinin ilk

⁴⁰⁰ Çolak ve Kasımoğulları/Türkiye, 13.06.2017, Başvuru No: 29969/07, 47462/07, para. 31.

⁴⁰¹ YAVUZ, a.g.e., s.68-69.

⁴⁰² J.J./Hollanda, 27.03.1998, Başvuru No:21351/93, para. 41-43. Kararın tam metni için bkz. Billur Yaltı SOYDAN, "İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı-III," **Vergi Sorunları Dergisi**, Sayı 145, Ekim 2000, s.115.

derece mahkemesinin kararını bozmak ve yeniden görüşülmek üzere geri göndermek veya davayı esastan karara bağlamak yetkilerine sahip olduğuna” vurgu yaparak;

“Yüksek Mahkemenin kararının etkisi başvurucuya kesilen vergi cezasının kesinleşmesi yönündedir. Yani, bu karar, cezanın uygulanması sonucunu vererek suç isnadının karara bağlanmasında belirleyici (decisive) olmuştur. Bu nedenle, ...Yüksek Mahkemenin kararının usule ilişkin bir ön meseleyle sınırlı olması 6/1.maddenin uygulanmaması için yeterli değildir...Hollanda Yüksek Mahkemesinin tabi olduğu usul kuralları, savcının danışma mütalaasının çok önemli olduğunu ortaya koymaktadır...Başvurucunun, danışma mütalaasına yanıt verememesi, çelişmeli yargılama hakkını ihlal etmiştir. Bu ilke, bir ceza veya hukuk davasında tarafların öne sürülen kanıtlara ilişkin öğelerden ve gözlemlerden bilgi edinmesini ve bunlar üzerinde görüş bildirebilmesini ifade eder...Sözleşme’nin 6/1 maddesi ihlal edilmiştir”⁴⁰³, şeklinde karara varmıştır.

VII. BİLİRKİŞİ YÖNÜNDEN DAVANIN TARAFLARININ DURUMU

AİHM, *Bönisch/Avusturya*⁴⁰⁴ kararında, 13.05.1980 tarihli Artico kararı, 09.04.1984 tarihli Goddi kararı, 12.02.1985 tarihli Colozza kararına atıfla, Sözleşme’nin 6/3-d bendinin bilirkişiler değil tanıklarla ilgili olduğunu ancak bu maddenin 3. fıkrasında yer alan güvencelerin, başka şeylerle birlikte 1. fıkrada düzenlenen adil yargılanma hakkının kurucu unsurları olduğunu hatırlatmış ve bu davanın şartları içinde Mahkemenin (d) bendindekiler de dâhil, 3. fıkradaki güvenceleri gerektiği gibi göz önünde tutarak, başvurucunun şikâyetlerini genel bir kural olan 1. fıkraya göre incelemeyi kabul etmiştir⁴⁰⁵. Dolayısıyla taraflar tanıkları davet etmede olduğu gibi bilirkişileri davet etme hususunda da aynı olanaklara sahip olmalı ve davet edilen bilirkişiler benzer şartlar altında bulunmalıdır.

Bönisch/Avusturya davasına konu olayda et işlerinde uzmanlaşmış bir firmanın sahibi olan başvuru Helmut Bönisch, Krizmanich GmbH firmasından bir fabrika satın almış, Bay Krizmanich’in 1975’te ölmesinden sonra bu yerin adı Bönisch GmbH olmuştur.

⁴⁰³ Billur Yaltı SOYDAN, "İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı-III," *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı 145, Ekim 2000, s.115.

⁴⁰⁴ Bönisch/Avusturya, 06.05.1985, Başvuru No: 8658/79, Kararın tam metni için bkz. DOĞRU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*-Cilt 1, s. 864-872.

⁴⁰⁵ Aynı yönde bkz. Yevstratyev/Rusya, 15.12.2020, Başvuru No:11620/17.

Bay Krizmanich, o tarihte yürürlükte olan mevzuata göre, et işleme tekniğinden kaynaklanan suçları işlediği kuşkusuyla, Federal Gıda Kontrol Enstitüsü tarafından soruşturma makamlarına ihbar edilmiştir. 1973'te bu konudaki yargılama devam ederken, Viyana Üniversitesi Tıp Fakültesinden bir bilirkişi raporu istenmiştir. Bu rapora göre etlerin işlenmesinde kullanılabilecek benzopyrene 3.4 denilen kansorejen maddenin azami miktarı, ("ppb") milyarda birdir.

Bönisch, fabrikayı satın aldıktan sonra da soruşturma makamlarına benzer ihbarlar yapılmıştır. Bunlar başvurunun Viyana İl Ceza Mahkemesi önünde (22 Mayıs 1975 - 27 Ocak 1976) ve Viyana Bölge Mahkemesi önünde (28 Ekim 1976) yargılanmasına yol açmıştır. Bu mahkemeler, esas itibarıyla Enstitü Müdürü'nün bilirkişi raporuna dayanarak, itiraz konusu teknikle işlenen ürünlerin sağlığa zararlı olduğu çünkü benzopyrene 3.4 maddesini bir ppb'den daha fazla miktarda içerdiği ve nihayet bu ürünlerin dağıtılmasının, 1975 tarihli Gıda Yasası'nın 56 (2) fıkrasını ihlal ettiği sonucuna varmışlardır. Ayrıca ürünlere, tüketicilerin anlayamayacakları miktarda daha fazla su katılarak sulandırıldıkları saptanmış olup bu da 1975 tarihli Yasa'nın 63 (1). fıkrasına aykırılık oluşturmuştur. Başvurucu Bönisch buna göre mahkûm olmuştur. Başvurucunun bu kararlara karşı, mevcut davanın konusu olmayan üst başvuruları da aleyhine sonuçlanmıştır.

Ekim 1976'da Viyana Piyasa Ofisi, Bönisch şirketinin işlenmiş et ürünlerinden iki numune almış, aynı parçalardan iki karşılık numuneyi de başvurucuya bırakmıştır. Bu numuneleri analiz etme işi Enstitüye verilmiştir. Enstitü 19 Ekim 1976 tarihinde yaptığı analizde, 2.7 ve 3.0 ppb oranlarında benzopyrene konsantrasyonu ve fazla miktarda su bulmuştur. Buna göre, numunelerin sağlığa zararlı ve sulandırılmış oldukları belirlenmiştir. Enstitü Müdürü tarafından 28 Kasım 1976'da hazırlanan bu rapor, suç ihbarının yapılmasına yol açmıştır. Bu rapor, ceza davası açılması için, Piyasa Ofisi tarafından soruşturma makamlarına sevk edilmiştir.

Mevcut dava, başvurucuya karşı daha önce 1976'daki davayı ele alan Bölge Mahkemesinden bir yargıcın önüne gelmiştir. Bu yargıç, 1975 tarihli Yasa'nın 48. maddesi gereğince, yine Enstitü Müdürü'nü, verilen rapor hakkında dinlenilmek üzere bilirkişi tayin etmiştir. 17 Nisan 1978'de başvuru Bönisch hem yargıcı ve

hem de bilirkişiyi reddetmiştir. Başvurucunun itirazına göre davanın yürütülüşü, her ikisinin de kendisine karşı tarafgir olduklarını, savunma haklarına ve özellikle de Sözleşme'nin 6. maddesinde güvence altına alınan savunma tanıklarının ve uzmanlarının, iddia makamının tanık ve uzmanlarıyla aynı koşullarda duruşmaya gelmelerini ve sorgulanmalarını sağlama hakkına uymamaya karar verildiğini göstermiştir. Başvurucu ayrıca birçok uzmanın dinlenmesini istemiştir.

26 Nisan 1978'de Bölge Mahkemesi Başkanı, soruşturma yargıcının reddini temelsiz bularak reddetmiş ancak yargılamada yer alacak olan bilirkişiyle ilgili itirazı incelememiştir.

29 Haziran 1978'de Bölge Mahkemesi, başvuru Bönisch'in talebi üzerine, Viyana Veterinerlik Üniversitesi Teknoloji ve Gıda Hijyen Enstitüsü Müdürü Bay Prandl'ı tanık olarak dinlemiştir. Bu Enstitü tarafından iki karşılık numune üzerinde yapılan analizden sonra sunulan rapora göre, benzopyrene konsantrasyon miktarları sadece 0.75 ppb ve 0.12 ppb olup bunlara itiraz etmek için bir sebep yoktur.

Bu tanık, yargıcın ve bilirkişinin sorularına yanıt verirken, kendi Enstitülerinde uygulanan analiz yöntemini ayrıntılı olarak anlatmıştır, bu yöntem, Federal Alman Gıda Araştırma Enstitüsünün kullandığı yöntemle çok benzer bir yöntemdir.

Daha sonra bilirkişi kendi görüşünü anlatmıştır. Benzopyrene konsantrasyonu ile ilgili olarak, Federal Gıda Kontrol Enstitüsünün kullandığı ölçütün çok dar ve tamamı tamamına kontrollü bir ölçüte dayandığına işaret etmiştir; Enstitünün ölçütü gerçeklik derecesini azami hale getirmiş olup hata payı yüzde yirmiyi geçmemektedir. Bu bilirkişi, uzman tanık tarafından kullanılan yöntemi ise eleştirmiştir. Bilirkişinin görüşüne göre, Enstitünün yaptığı her iki analiz de benzer sonuçlar verdiği halde, karşılık numunelerden elde edilen sonuçlar arasında büyük farklılık bulunduğundan, onların kullandıkları testteki hata payının büyük olması gerekir. Bu bilirkişi, Gıda Tüzüğü'ne göre ürünlerdeki su miktarı 1.8 oranını aşmaması gerekirken, Bönisch firmasının ürünlerinde 3.6 oranında su görüldüğünü vurgulamıştır.

Bir avukatla temsil edilmeyen başvuru Bönisch ise, 1.8 oranından daha az su içermesinin teknik olarak mümkün olmadığını belirtmiş ve bu konuda bir et ve sosis uzmanının dinlenmesini istemiştir. Ancak Bölge Mahkemesi, suyu gerekli düzeyde tutamayan et işleme yönteminin yasak olduğu gerekçesiyle, bu talebi reddetmiştir.

Bölge Mahkemesi aynı gün, yani 29 Haziran 1978 tarihinde verdiği kararla, başvuru 1975 tarihli Yasanın 56(1), (1) ve (2). bendleri ile 63(1) ve (2) bendine göre suçlu bularak iki ay hapis cezasına mahkûm etmiştir. Bu mahkeme, firmanın devralınması sırasında Enstitünün Bay Bönisch'i Gıda Tüzüğü hakkında uyardığını, başvuru kendisinden önceki sahibi hakkındaki ceza davasının farkında olduğunu, kaldı ki kendisi de cezai soruşturmaya tabi tutulduğu halde, yöntemi değiştirmeden üretime devam ettiğini vurgulamıştır.

Bölge Mahkemesi, Enstitü Müdürü'nün bilirkişi raporunun kesin olduğunu ve vardığı sonuçların güvenilirliği hakkında kuşku bulunmadığını belirtmiştir. Bu Mahkeme, Viyana Veterinerlik Üniversitesi Teknoloji ve Gıda Hijyen Enstitüsünün farklı sonuca varmasının hatalı olduğuna dair bilirkişinin görüşüne katılmıştır. Bu Enstitünün vardığı sonuçlarda yüzde 20'lik hata payı hoş görülse bile başvuru ürünlerindeki benzopyrene konsantrasyonunun, 1 ppb'lik izin verilebilir düzeyi çok aştığını belirtmiştir. Bu maddenin kansorejen etkileri bulunduğu Tıp Fakültesi tarafından ortaya konulmuştur; başvuru tarafından gösterilen aksine deliller- özellikle iki Alman uzmanın mektupları ve diğer üç uzman tarafından yapılan bir yayın- ikna edici görülmemiştir.

Başvuru Bönisch, bu karara karşı başvurmuştur. Başvuru esas itibarıyla, kendisine göre her şeye rağmen hâkim olan görüşü yansıttığını düşündüğü meslektaşlarının görüşüne Enstitü Müdürü'nün katılmamış olmasına karşı cephe almış ve Müdür'ün tarafgir olduğunu iddia etmiştir. Başvuru ayrıca, olayı soruşturma makamlarına ihbar eden bir kimsenin mahkeme tarafından bilirkişi atanmasına karşı prensip itirazında bulunmuş ve bu kişinin mahkemece tayin edilmiş bilirkişi olarak dinlenmesine rağmen, Bay Prandl'in sadece savunma tanığı olarak mahkemeye çıkarılmış olmasından dolayı şikâyetçi olmuştur. Başvuru göre bu

durum, Sözleşme'nin 6. maddesinin gereklerine aykırıdır. Başvurucu bunlara ek olarak, birçok tanık dinlenmesini talep etmiştir.

Viyana Üst Mahkemesi, bu başvuruyu 19 Aralık 1978'de reddetmiştir. Üst Mahkeme, Bölge Mahkemesinin benzopyrene'in kansorejen etkileri konusunda, yerleşik içtihatlarla göre, görüşlerine itirazı kabil olmayan Tıp Fakültesinin görüşünü kararına esas aldığı not etmiştir. Bundan ayrı olarak Bölge Mahkemesi, başvurunun ürettiği ürünlerin sağlığa zararlı ve sulandırılmış olduğu sonucuna varmadan önce, önündeki olayın bütün yönlerini geniş bir biçimde ele almıştır. Bölge Mahkemesinin vardığı sonuçlar, bilirkişinin ayrıntılı açıklamalarına dayandığı için, kuşkuyla açık değildir. Bilirkişi, Bönisch'in savunmalarını çürütmüş olduğu için, söz konusu ürünlerin sağlığa zararlı ve sulandırılmış olup olmadıkları konusunda ek delil toplamaya gerek yoktur. Üst Mahkeme ayrıca, ilk derece yargılaması sırasında alınan bilirkişi görüşleri herhangi bir noksanlıkla malul olmadığı gerekçesiyle, bir karşı-bilirkişi dinlenmesi talebini kabul etmemiş ve bu kararını iç hukuktaki usul kurallarına dayanmıştır. Üst Mahkeme son olarak, Enstitü Müdürü'nün bilirkişi olarak dinlenmesine karşı yapılan itirazı da reddetmiştir.

Başvurucunun firması tarafından üretilen ürünlerden Ekim 1977 ve Mayıs 1978'de alman numuneler üzerinde yapılan analizlerden sonra, Enstitü bir kez daha aşırı miktarda (6.1 ppb) benzopyrene konsantrasyonu ve yüksek oranda su bulmuştur.

Buna göre, başvuru aleyhine Viyana Bölge Mahkemesinde bir ceza davası açılmıştır. Bu dava da önceki dava gibi aynı yargıcın önüne gelmiş, bu yargıç 1975 tarihli Yasa'nın 48. maddesine gereğince, yine Enstitü Müdürü'nü bilirkişi tayin etmiştir.

Duruşma, 20 Eylül 1979'da yapılmıştır. Bönisch, Sözleşme'nin 6. maddesine dayanarak bilirkişiyi reddetmiş ancak olumlu sonuç alamamıştır. Bölge Mahkemesi, 1975 tarihli Yasa'nın Enstitü çalışanlarından bir bilirkişi atanmasını gerektirdiğine işaret etmiştir. Bu mahkemeye göre Enstitü Müdürü daha önce başvuru aleyhine görüş bildirmiş olsa da bu durum, reddi haklı göstermemektedir.

Bilirkişi daha sonra raporunu sunmuştur. Bölge Mahkemesi, başvuruçunun görüşlerini desteklediği söylenen yakın tarihli bir araştırma üzerinde bilirkişiye sorular soruduğu zaman, bilirkişi bu araştırmanın benzopyrene'in kanserojen etkileri üzerinde daha az dikkat çeken sonuçlara vardığını belirtmiştir. Fakat kendisine göre bu durum, Tıp Fakültesinin görüşünün, olayın şartları içinde geçerliliğini yitirmesine sebep olmamıştır. Savunma avukatının bir sorusuna karşılık olarak da Enstitü tarafından kullanılan yiyecek maddeleri analiz yönteminin, benzopyrene'in yüzde 80'ini bulma imkânı verdiğini, bu yöntemin Alman Enstitüsü tarafından kullanılan yöntemden farklı olduğunu fakat yabancı bir makamın tespitleriyle bağlı olmadığını söylemiştir. Savunma tarafı konu üzerinde tanık dinlenmesi için başka bir duruşma yapılmasını istemiştir; Bölge Mahkemesi, Tıp Fakültesi ve Enstitü bilirkişisinin görüşleriyle yeterince aydınlandığını düşünerek bu talebi reddetmiştir.

Aynı gün (20 Eylül 1979) Bölge Mahkemesi başvuruçuyu 1975 tarihli Yasa'nın 56 ve 63. maddelerine muhalefetten suçlu bulmuştur. 29 Haziran 1978 tarihli kararda ortaya konan gerekçelerin hemen aynısıyla, başvuruçuyu bir ay hapis cezasına mahkûm etmiştir.

Bönisch, aynen birinci davada savunulan sebeplerle bu karara karşı başvurmuştur.

Viyana Üst Mahkemesi başvuruyu 20 Mayıs 1980 tarihinde reddetmiştir. Üst Mahkemeye göre, bir kimse tanıklık yetkisinden yoksun bırakılmadıkça, bilirkişi olarak atanması da yasaklanmış değildir, bundan başka başvuruçuyu, Enstitü Müdürü'nün tarafsızlığı ve mesleki yeterliliği üzerinde kuşku doğuran herhangi bir sebep gösterememiştir. Enstitü Müdürü'nün birkaç kez başvuruçuyu aleyhine rapor düzenlediği doğru olmakla birlikte, bu durum, Bölge Mahkemesinin haklı olarak belirttiği gibi, kendisinin reddedilmesini gerektirmez. Üst Mahkeme, Sözleşme'nin 6 (1). fıkrasının ihlal edildiği iddiası konusunda ise, 1975 tarihli Yasa'nın, alınan numuneleri analiz eden veya rapor düzenleyen Enstitü görevlilerinin bilirkişi olarak atanmalarını gerektirdiğini vurgulamıştır. Üst Mahkeme, Bönisch'in karşı bilirkişi talebini reddederken de 19 Aralık 1978 tarihli kararındaki gerekçeyi tekrar etmiştir.

28 Şubat 1984'te Cumhurbaşkanı, özel af yetkisini kullanarak, başvuru hakkında verilmiş olan hapis cezalarını 30,000 Şilin ve 15,000 Şilin para cezalarına dönüştürmüştür.

Bönisch'in 9. paragrafta geçen olaylarla ilgili yaptığı ilk başvurusu, 4 Aralık 1978 tarihinde Komisyon tarafından kabul edilemez bulunmuştur.

Bönisch 18 Haziran 1979 tarihli ikinci başvurusunda, önceki başvurusundaki bazı şikâyetlerini tekrarlamıştır. Başvurucu, başka şeylerle birlikte, aleyhine açılmış olan davanın Sözleşme'nin 6. maddesinin iki hükmünü ihlal ettiğini iddia etmiştir. Bunlar, adil yargılanma yapılmadığı için 6/1. fıkrası ve Enstitü bilirkişileri ile yalnızca bir tanık olarak dinlenmiş olan savunma bilirkişisi arasında eşitsizlikçi muamele nedeniyle 6/3-d bendidir.

Komisyon bu başvuruyu 14 Temmuz 1982'de kabul edilebilir bulmuştur. Komisyon 12 Mart 1984 tarihli raporda, Sözleşme'nin 6/3-d bendinin şikâyet konusu iki davada ve 6/1. fıkrasının ilk davada ihlal edildiği görüşünü açıklamıştır.

Başvurucuya göre bu ihlal, Viyana Bölge Mahkemesi tarafından iki davada da bilirkişi olarak atanmış olan Enstitü Müdürü'nün mütehakkim konumda bulunması ile birlikte, 1975 tarihli Yasa'nın 44 ve 48. maddelerinin bağlantılı olarak uygulanmasından doğmuştur.

Mahkeme ikinci iddiayla ilgili olarak, bireysel başvuru sonucunda ele aldığı bir davada yapacağı incelemeyi, mümkün olduğunca önüne gelen somut olayda ortaya konulan sorunlarla sınırlaması gerektiği yönündeki yerleşik içtihatlarına atıfta bulunmuş, Mahkemenin görevinin, şikâyet edilen iç hukukun Sözleşme'ye göre denetlenmesi olmadığını, ancak iç hukukun başvurucuya uygulanış tarzını incelemek olduğunu belirtmiştir.

Komisyon, gerekçesinin büyük bir bölümünü, Sözleşme'nin 6/3-d bendi üzerinde yapmıştır. Adil yargılanma hakkına uyulmadığı görüşünde olan Komisyon temsilcisi 21 Ocak 1985 tarihli duruşmada, Mahkemenin alternatif olarak 6/1. fıkrasına dayanabileceğini belirtmiştir. Hükümet, buna karşı çıkmıştır.

Hükümete göre, Avusturya hukukunda bir "bilirkişi" (expert), mahkemenin kendisi tarafından atanan, mahkemeye karşı bağımsız ve tarafsız olan bir yardımcıdır; 1975 tarihli Yasa'nın 48. maddesinin uygulanması, bilirkişinin bu niteliklerini hiçbir biçimde zedelemaz. Başvurucuya göre ise Enstitü Müdürü, terimin klasik anlamında bir "bilirkişi" olarak görülemez. Başvurucu böyle bir bilirkişiyi, 6/3-d bendindeki "sanığın aleyhine olan tanık" deyiminin daha düzgün tanımlayacağı şeklindeki Komisyonun görüşüne katılmıştır.

İç hukuk söz konusu olduğunda, "bilirkişi" kavramına hükümet tarafından getirilen tanımdan uzaklaşmak, Mahkemeye düşmez. Ne var ki Mahkeme, Enstitü Müdürü'nün olayın özel şartları içinde oynadığı rolü değerlendirebilmek için, sadece Avusturya mevzuatında kullanılan terminolojiye dayanmakla kalamaz. Müdür'ün usul içinde işgal ettiği konuya ve görevini yerine getiriş tarzına da bakmak zorundadır.

Bu bağlamda, Müdür tarafından düzenlenen Enstitü raporunun soruşturma makamlarına sevk edilmesi, Bönisch aleyhinde bir ceza davasını harekete geçirmiştir. Bundan sonra da Müdür, Viyana Bölge Mahkemesi tarafından 1975 tarihli Yasa'nın 48. maddesi gereğince bilirkişi olarak atanmıştır; bu madde hükmüne göre Müdür, Enstitünün "tespitlerini veya görüşünü açıklamak ve bunlara eklemeler yapmakla" görevlidir.

Bir sanıkta, özellikle aleyhindeki yargılamayı tahrik eden şeyin bilirkişinin raporu olduğunu gördüğünde, bu bilirkişinin tarafsızlığı konusunda kuşkular uyanması, kolaylıkla anlaşılabilir bir durumdur. Mevcut davadaki görüşler, Müdür'ün sanık aleyhine bir tanık olduğu izlenimini vermektedir. Kendisinin duruşmalarda sorgulanabilmesi, kural olarak, Sözleşme tarafından engellenmemiş, fakat adil yargılanma kavramına ilişkin olan ve 6/3-d bendindeki "aynı şartlarda" ifadesiyle örneklenen "silahlarda eşitlik ilkesi" (bkz. bazı farklılıklar olmasına karşın 17.01.1970 tarihli Delcourt kararı, para. 28, 08.06.1976 tarihli Engel vd. kararı, para. 91), Müdür'ün dinlenilmesinde ve hangi sıfatla devat edildiği farketmeksizin savunma makamı tarafından davet edilen kişilerin dinlenmesinde eşit muamele

yapılmasını gerektirir⁴⁰⁶.

Komisyon gibi Mahkeme de, söz konusu iki davada böyle eşit bir muamele yapılmadığını kabul etmektedir.

İlk olarak, Enstitü Müdürü, Avusturya hukuku uyarınca Bölge Mahkemesi tarafından "bilirkişi" olarak atanmış, yine iç hukuk uyarınca müdüre resmen, mahkemeye bağımsız ve tarafsız bir biçimde yardımcılık yapma görevi verilmiştir. Bu sebeple müdürün beyanları ilk davada sanık tarafından çağrılan "uzman tanığa" göre daha fazla ağırlık taşımış olmalıdır, kaldı ki kendisinin bağımsızlığı ve tarafsızlığı, olayın şartları içinde kuşkuya açıktır.

Bunun yanında çeşitli koşullar, Müdür'ün oynayabildiği rolün hâkimiyetini göstermektedir.

Müdür "bilirkişi" sıfatıyla bütün duruşmalara katılabilmekte, yargıcın izniyle sanığa ve tanıklara sorular sorabilmekte ve verdikleri ifadeler hakkında tam zamanında yorum yapabilmektedir.

Mahkemenin atadığı bilirkişi ile savunmanın "uzman tanığı" arasındaki farklılık nedeniyle aralarındaki eşitsiz muamele özellikle ilk davada çarpıcı boyuttadır. Sadece bir tanık olan Bay Prandl'in, Bölge Mahkemesi tarafından ifade vermek üzere çağırılncaya kadar bu mahkeme önüne çıkmasına izin verilmemiş, burada ifade verirken de yargıç ve bilirkişi tarafından sorgulanmıştır. Bu işlemten sonra da izleyenlerin arasına gönderilmiştir. Öte yandan Enstitü Müdürü, Avusturya hukuku gereğince kendisine tanınan yetkileri kullanmış, gerçekten de, Prandl'i ve sanığı doğrudan sorgulamıştır. Ayrıca başvurucunun davasında olduğu gibi, savunmanın karşı bilirkişi atanmasını sağlaması imkânı da pek azdır.

Eğer yetkili mahkeme, Enstitünün görüşü hakkında aydınlanma ihtiyacı hissederse, önce Enstitüden bir görevliyi dinlemek zorundadır (1975 tarihli Yasa, md. 48); Ceza Usul Kanunu'nun 125 ve 126. maddelerinde sözü edilen ihtimaller

⁴⁰⁶ Benzer karar için bkz. Khodorkovsiy ve Lebedev/Rusya No:2, 14.01.2020, Başvuru No: 51111/07 ve 42757/07, para. 486-500.

haricinde ki bunlardan hiçbirisi mevcut olayda olmamıştır, mahkeme başka bir bilirkişiye başvuramaz.

Sonuç olarak, Sözleşme'nin 6/1. fıkrası ihlal edilmiştir.

Mahkeme'nin vardığı bu sonuç, Sözleşme'nin 6/3-d bendinin ihlali iddiası hakkında ayrıca karar vermesini ve bilirkişi olarak ifade vermek üzere celp edilen Enstitü görevlilerine yapılan ek ödemelerin, onların tarafsızlığı üzerinde etki uyandırması olasılığına dair Komisyonun argümanını incelemeyi gereksiz kılmaktadır.

Brandstetter/Avusturya davası⁴⁰⁷ ise bir şarap üreticisine ilişkindir. “Başvurucu Brandstetter'in şarap mahzenleri, Federal Mahzenler Teftiş Memuru tarafından 16 Mayıs 1983'te denetlenmiş, iki karşı örnek de başvurucuya bırakılmak suretiyle beyaz şarap tankından örnekler alınmış ve iki şarap tankı mühürlenmiştir. Tanklardan elde edilen iki resmi örnek Federal Tarım Kimya Araştırma Enstitüsüne gönderilmiştir. Enstitü tarafından hazırlanan raporda, alınan örneklerde anormallik olduğu, bazı maddelerin olması gerekenden az olduğu belirtilmiş, şarabın sahteliği şüphesi doğmuş, ürünün şarap şartnamesine aykırı olduğundan bahisle Tarım Enstitüsü raporuna dayanarak başvuru hakkında ceza davası açılmıştır. Başvurucu, dava öncesinde, kendisine verilen karşı örnekleri Viyana'da bulunan Federal Gıda Denetim ve Araştırma Enstitüsü'nde görevli Niessner'e analiz ettirmiş, bu uzman doğal extract ve mineral maddelerin gereken miktarın altında olmadığı şeklinde görüş bildirmiştir. Başvurucu dava sırasında, şarap konusunda uzman bir bilirkişi görevlendirilmesini talep etmiştir. Mahkeme Tarım Enstitüsü çalışanı olan Bandion'u bilirkişi olarak atamıştır. Bandion, resmi örneklerin analizi ve raporun hazırlanması işlemlerine katılmamıştır. Bandion, karşı örnekler üzerinde yaptığı analizler sonucunda, Niessner ve Tarım Enstitüsü analiz sonuçları arasındaki farkın analiz sırasında yapılan bir hatadan kaynaklanmış olabileceğini belirterek rezerv örneklerinin analiz edilmesi gerektiği yönünde görüş belirtmiştir. Başvurucu ise, aradaki farkın, teftiş memurunun hatasından kaynaklandığını, örnek olarak alınan şarabın önce kirli bir kovaya konduğunu ve sonrasında içinde su artığı bulunan bir şişeye döküldüğünü belirtmiş, eşi ve oğlu da aynı doğrultuda tanıklık yapmıştır.

⁴⁰⁷ Brandstetter/Avusturya, Brandstetter/Avusturya, 28.08.1991, Başvuru No:11170/84, 12876/87, 13468/87, kararın tam metni için bkz. İNCEOĞLU, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, s. 231-235.

Bandion'un analiz sonuçları da Tarım Enstitüsünün analiz sonuçları ile aynı olmuş, ayrıca kirli kova kullanıldığına dair iddianın yanlış olduğunu belirtmiştir. Başvurucu ve avukatı, bu kez el konulan tanklardan örnek alınıp bu örneklerin başka bilirkişilere incelettirilmesi gerektiğini söylemişlerdir. Ancak mahkeme, bilirkişi Bandion'un görüşlerine üstünlük tanıyarak başvurunun şarabı bozduğu gerekçesiyle hakkında para cezasına hükmetmiştir. Brandstetter'in temyiz başvurusu da reddedilmiştir. Çünkü bilirkişinin görevlendirilmesi sırasında taraflı olabileceğini öne sürmemiş ve itiraz etmemiş, bilirkişi raporunun aleyhe olduğunu görünce itiraz etmiş ve mahkeme bilirkişinin nesnelliği konusunda şüpheye düşmemiştir.

Bu olaya ilişkin olarak başvuru hakkında iki dava daha açılmıştır. Bunlardan ilki, başvurunun ileri sürdüğü usuli hatalar nedeniyle idare aleyhine tazminat davası açmasından sonra kendisine karşı açılan ceza davasıdır. Tazminat davası sırasında, başvuru mühürlü tanklardan örnek alınmasını istemiştir. Bunun üzerine mahkeme Tarım Enstitüsü görevlisi Flack'i bilirkişi olarak atamış, Flack hazırladığı raporda, mühürlü tanklardan alınan örneklerle Tarım Enstitüsünün analiz ettiği resmi örnek arasında farklar olduğunu belirtmiştir. Bunun sebebi olarak da, tanklara doğal extract miktarını artırıcı özellikte alkol, gliserin ve mineraller gibi maddelerin ilave edilmesini göstermiştir. Bunun üzerine başvuru hakkında ceza davası açılmış, bu davada Flack bilirkişi olarak görevlendirilmiş ve Niessner'in tanık olarak dinlenilmesi talebi kabul edilmiştir. Başvurucunun ikinci bir bilirkişi atanması yönündeki talebi reddedilmiş ve yargılama sonucunda başvuru suçlu bulunmuştur”.

Başvuru hakkında açılan ikinci dava ise, teftiş görevlisini örnek alırken kurallara uygun davranmamakla suçlayarak iftira suçunu işlediği iddiası hakkındadır. Bu dava konusu çelişmeli yargılama ile ilgili olduğundan tarafımızdan bu bölümde inceleme konusu yapılmamıştır.

AiHM'in önüne gelen davada, başvuru bilirkişinin görevlendirilmesi ve dinlenmesi ile ilgili olarak, 6. maddenin 1. fıkrası ile birlikte 3. fıkrasının d bendinin ihlal edildiğini belirtmektedir. “Başvurucu, iç hukuktaki ilk davada Tarım Enstitüsü personeli olan Bandion'un bilirkişi olarak görevlendirilmesinin ve sonrasında başka bir bilirkişinin atanması talebinin reddedilmesinin silahların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil ettiğini öne sürmektedir. Hükümet ise, bilirkişinin usul kanununda yazılı genel kurallara göre atandığını, herhangi bir hukuka aykırılık olmadığını, amacının resmi örnek ile karşı

örneğin karşılaştırılması olduğunu belirtmiştir”.

AİHM, 6. maddenin 3/d bendinin bilirkişiye ilişkin olmadığını, tanıklara ilişkin olduğunu belirttikten sonra, konuya ilişkin açıklanan diğer kararlarında olduğu gibi, 3. fıkradaki güvencelerin aynı zamanda birinci fıkradaki adil yargılanma kavramını oluşturan kurucu unsurlar olduğunu belirtmiştir. AİHM’e göre, “ilk duruşmada bir, iddia makamının görüşünü destekleyen, bir de savunmayı destekleyen iki ayrı bilirkişi raporu ortaya çıkmış, savunma, farklı bir bilirkişinin görevlendirilmesini istemiştir. Mahkeme de bu talep doğrultusunda karar vermiş ve Bandion’u bilirkişi olarak atamıştır. Bandion resmi örnek analizini yapanlardan veya raporu hazırlayanlardan birisi değildir. Başvurucu, bilirkişi, ilk raporu hazırlayan Tarım Enstitüsünün görevlisi olduğu için bazı endişelere kapılmıştır. Bu endişeler önemli olmakla birlikte mutlak değildir. Önemli olan, görünüş nedeniyle ortaya çıkan şüphelerin nesnel olarak haklılık taşıyıp taşımadığıdır”. AİHM, burada nesnel haklılık bulunmadığı görüşündedir. “Çünkü bir bilirkişinin iddianameye esas olan görüşe sahip uzmanla aynı laboratuvar veya enstitüde çalışması, tek başına ve gerçekten nesnel hareket edemeyeceği şüphesini kendiliğinden doğurmaz. Aksinin kabulü halinde birçok davada bilirkişi görüşü alma olanakları kabul edilemez bir şekilde sınırlanmış olacaktır. Ayrıca savunma birinci duruşmada bilirkişinin atanması konusunda itiraz etmemiş, ikinci duruşmada da sözlü ifadesi alındıktan sonra kendisinden rapor istenirken de itiraz etmemiştir. Ancak bilirkişi Bandion raporunu mahkemeye sunduktan sonra, ilk raporu hazırlayan uzman bilirkişi ile aynı enstitüde görev yapması nedeniyle itiraz edilmiştir. Bandion’un Tarım Enstitüsüne bünyesinde görev yapan bir kişi olması, tek başına savcılık tanığı olduğunu göstermemektedir. Bandion, delillerin değerlendirilmesi gibi konularda yorum yaparak kendisinden beklenen işlevin ötesine bir ölçüde geçmiş ise de, bu durum O’nun yargılamada savcılık tanığı olarak nitelendirildiği anlamına gelmez. Bu görüş doğrultusunda, mahkemenin başka bir bilirkişi görevlendirilmesi yönündeki savunma talebini reddetmesi ‘silahların eşitliği’ ilkesinin ihlal edilmesi anlamına gelmez. Adil yargılanma hakkı, ulusal mahkemeye, atanan bilirkişinin görüşü savcılığın iddiasını doğrular nitelikte olduğu zaman savunmanın talebi üzerine, başka bilirkişiler atama zorunluluğu getirmemektedir”. Bu nedenlerle AİHM’e göre, 6. maddenin 3/d hükmü ile bağlantılı olarak 1. fıkrası ihlal edilmemiştir.

“Başvurucu ayrıca, delilleri tahrif etmekten dolayı hakkında açılan davada, Flack’in başta kendisine karşı şüphe yönelttiğini, daha sonra da aynı davada bilirkişi olarak yer aldığını, bu durumun silahların eşitliği ilkesine aykırı olduğunu öne sürmüştür. AİHM’e

göre, silahların eşitliği ilkesi değerlendirilirken, hem yargulama boyunca bilirkişinin bulunduğu konum hem de görevlerini yerine getirme şekli ele alınmalıdır. Konumu bakımından Flack'in raporundan kaynaklanan bir dava söz konusudur, ayrıca Flack, başvurunun tanklarından yeni örnekler alınmasını denetleyen kişidir ve ilk alınan örnekler ile sonradan alınan örnekler arasında fark olduğunu tespit etmiştir. Bu durumda bilirkişinin nesnelliği konusunda başvurunun endişeleri haklı görülebilir. Fakat bu husus, Flack'in duruşmada dinlenilmesinin Sözleşme'ye aykırı olduğu sonucunu doğurmaz. Silahların eşitliği çerçevesinde, Flack'in görüşlerini çürütmek için savunma tarafından çağrılan kişilerin, Flack'le aynı koşullar altında sorgulanması gerekir. Flack, duruşmaya gelmiş, ama hâkim bir rol üstlenmemiştir. Niessner veya başvurucuya soru sormamış, delilleri yorumlamamıştır". Bu bakımdan karar Bönisch kararından ayrılmaktadır. Burada da Sözleşme'nin 6. maddesinin 3/d bendi ile bağlantılı olarak 6/1. fıkrasına aykırılık söz konusu değildir.

H./Fransa kararına⁴⁰⁸ konu olayda ise ilkökul vekil öğretmeni olan başvuru Bay H, 1957 yılında bu görevine başlamış ve 1961 yılına kadar çalışmıştır. 1961 yılında rahatsızlanmış ve şizofren teşhisi konulması nedeniyle gördüğü tedavilerden sonra 28 Ocak 1963 tarihinden itibaren vekil öğretmenler listesinden çıkarılmıştır. Başvuru, Mayıs 1961'de Strasbourg Hastanesi Nöroloji Polikliniğine muayene için sevk edilmiş, kendisini muayene edecek olan Profesör Thiebaut' ın o gün hastanede olmaması nedeniyle Psikiyatri Servisinden sorumlu Doktor Ebtinger tarafından Nöroloji Kliniğinde muayene edilmiş, bu doktorun tavsiyesi üzerine 25 Mayıs 1961'de işten izin almadan ve yalnız başına müşahade için Nöroloji Kliniğine gitmiş ve hastaneye yatışı yapılmıştır. Başvuru, 7 Mayıs'ta yapılan görüşmeye ilişkin belgeye eski tarih atıldığını ve 11 Ağustos ile 15 Eylül 1961 tarihleri arasındaki sayfaların kaybolduğunu iddia etmektedir.

Psikiyatri Klinik Şefi, başvuru 12 Haziran 1961'de muayene etmiş, ilerleyen şizofreni teşhisi koymuş ve uyur gibi bir duruma getirildikten sonra izlenmesine karar vermiştir. Ertesi günü, istenen bu işlemin aksine Bay H.'e başka bir doktor tarafından dozajı belirsiz "maxiton" iğnesi yapılmış ve bu iğne başvurucuda "amfetamin şoku" na sebep olmuştur. Bu iğneden dolayı başvurucuda

⁴⁰⁸ H/Fransa, 24.10.1989, Başvuru No. 10073/82, DOĞRU, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları**-Cilt 3, s. 134-154.

şiddetli kas büzülmeleri ve histeri nöbetleri ile birlikte kalp çarpıntıları meydana gelmiştir. Bay H., kendisini daha önce muayene eden doktorların bilgisi dışında bu işlemlerin yapıldığını söylemektedir. Başvurucu serviste yaklaşık 3,5 ay yatmış, sonrasında hemen görevine başladığını öne sürmektedir. Bay H. 16 Kasım 1961’de hastaneye sevk edilmiş, 23 Kasım’da muayene olmuş, kendisine hastalık izni verilmiş, Eğitim Bakanlığı Sağlık Kurulu 28 Ocak 1963’te dosyayı incelemiş ve Bay H.’nin işten çıkartılmasına karar vermiş, bu karar itiraz üzerine 23 Mart 1963’te onaylanmıştır. Bu karardan sonra Sosyal Güvenlik Kuruluşu tarafından başvuru hakkında 25 Mayıs 1964 tarihinde önce %66 maluliyet kararı verilmiş, daha sonra 15 Eylül 1965 tarihinde ise %100 malul olduğuna karar verilmiş, 5 Mart 1969 tarihinde ise malullük durumu %50 altına düşürülmüş ve bu nedenle 1 Haziran 1969 tarihinden 1971 yılına kadar malullük aylığı alamamıştır.

Başvurucu, hastanede kendisine yapılan iğnenin zararlı sonuçları nedeniyle hastanenin sorumlu olduğuna dair karar alabilmek için 14 Haziran 1974 tarihinde hastane aleyhine avukatı vasıtasıyla İdare Mahkemesinde dava açmıştır. İdare Mahkemesi davayı iğne ile zarar arasında nedensellik bağı olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Başvurucu bunun üzerine dilekçe ve dava dosyasını göndermek suretiyle Yüksek İdare Mahkemesine başvurmuş, kendisini savunamayacak durumda olduğunu, bir avukatın yardımını almak istediğini ve bir tıp bilirkişisi atanmasını istediğini belirtmiştir. Başvurucuya adli yardım sağlanmış, ayrıca görüştüğü bir doktor vasıtasıyla hastanede dosyasını inceletmiş ancak başvuru tarafından bu dosyanın eksik olduğu iddia edilmiş, gerekli soruşturma yapıldıktan sonra Yüksek İdare Mahkemesi, 18 Kasım 1981’de temyiz edenin sağlık durumundaki kötüleşme ile 1961 yılında hastanede görmüş olduğu tedavi arasında doğrudan bir sebep-sonuç ilişkisi olmadığından bahisle temyiz başvurusunu reddetmiştir. Başvurucu yargılamanın makul sürede sonuçlandırılmamış olması ve talep etmiş olmasına rağmen bir bilirkişi atanmamış olması nedeniyle Sözleşme’nin ihlal edildiğinden şikâyetçi olmuştur. Hükümet ise adil yargılanma gereklerinin davayı görmekte olan bir mahkemeye sırf taraflardan biri istedi diye bir bilirkişiden görüş alınmasına veya başka bir soruşturma işlemin yapılmasına karar verme yükümlülüğü yüklenmediğini savunmuştur. Komisyon kararında İdare Mahkemesi ve Yüksek İdare Mahkemesi

yargılama safahatlarını ve kararlarını ayrı ayrı değerlendirmiştir. Komisyona göre bir bilirkişi atanması talebi reddedilmeden önce nedensellik bağı araştırıldığı için talebin reddi nedeniyle İdare Mahkemesi suçlanamaz. Tartışmalı bir ilaç tedavisi ile ilgili bir olayda Yüksek İdare Mahkemesinin bilirkişiden görüş almaması ilk başta eleştiriye açık dahi olsa iğnenin sonuçları konusunda tarafların sunduğu belgeler İdare Mahkemesinde mevcuttur. Yüksek İdare Mahkemesi mevcut olayda mevcut delilleri yeterli görmekte haklıdır ve bu nedenle “adil yargılanma hakkı” ihlal edilmemiştir.

G.B. /Fransa davasında⁴⁰⁹ AİHM, bilirkişinin ulusal mahkeme karşısında yazılı ifadesinden farklı bir görüş belirtmesinin tek başına “adil yargılanma hakkı”na aykırı olmadığını belirtmiş, buna benzer olarak, savunmanın atanmasını istediği bilirkişinin görüşünün iddia makamının iddialarını destekleyici görüşler içermesi durumunda dahi bunun, ulusal mahkemenin, savunmanın talebi doğrultusunda ikinci bir bilirkişi görevlendirmesini gerektirmeyeceğini, ikinci bir bilirkişi görüşünün alınması talebinin reddedilmesinin tek başına adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirilemeyeceğini açıklamıştır. Ancak, somut davada, bilirkişinin duruşmada, daha önce sunmuş olduğu yazılı raporunda belirttiği görüşünden ayrılarak farklı görüş belirtmekle kalmayıp tek bir duruşmada tamamiyle düşüncesini değiştirdiğini, ayrıca başvuru tarafından yapılan ikinci bir bilirkişi görevlendirilmesi yönündeki talebin, yeni delilleri hızlıca ve özensizce inceleyen, başvurucuya karşı son derece olumsuz bir tutum sergileyen bilirkişinin gerçekleştirdiği “cephe değiştirme” sonrasında yapıldığını kaydetmiş, bilirkişinin beyanlarının jürinin değerlendirmesi üzerinde yapacağı etkinin derecesini belirlemek zor olmasına rağmen, bilirkişi görüşündeki beklenmedik değişimin bilirkişinin görüş ve beyanlarına kaçınılmaz şekilde özel ağırlık kazandırmasını büyük bir olasılık olarak görmüş, bu nedenlerle “adil yargılanma hakkı”nın ve dolayısıyla Sözleşme’nin 6/1. fıkrasının ihlal edildiğini belirtmiştir.

*Cottin/Belçika*⁴¹⁰ kararında, başvuru 4 Nisan 1997 tarihinde

⁴⁰⁹G.B./Fransa, 02.10.2001, Başvuru No. 44069/98, para. 64-70; CENGİZ, DEMİRAG, a.g.e., s.150

⁴¹⁰Cottin/Belçika, 02.06.2005, Başvuru No:48386/99, para.26-33; CENGİZ, DEMİRAG, a.g.e., s.150-151.

gerçekleştirilen bilirkişi incelemesine katılması engellenmiş, oysa uyuşmazlığa konu ceza davasının tarafı olan büyük kardeşi P.H. ile beraber bilirkişi incelemesine katılan D.H.'ye özel bir tıbbi danışman desteği sağlanmıştır. Başvurucunun bilirkişi seansının hazırlanma sürecine katılmasının önünde teknik bir engel yokken başvuru, bilirkişinin dinlediği kişileri şahsen, tıbbi bir danışman veya avukatı aracılığıyla sorgulama, incelenen belgeler ve edinilen bilgiler hakkında görüş bildirme ve ek soruşturma yapılmasını talep etme imkânından mahrum kalmıştır. Başvurucu, bilirkişi raporunun mahkemeye sunulmasından önce etkin bir biçimde taleplerini dile getirememiştir. Dilekçelerde ya da temyiz duruşmasında bilirkişi raporuna karşı tanınan değerlendirme imkânı, mevcut davada bilirkişi incelemesine katılma hakkı ile eşdeğer görülemez. Ek bilirkişi incelemesi talep edilse ve kabul edilse bile hiçbir değişiklik yaratmayacaktır. Olayların meydana geldiği tarihteki iç hukuk kuralları göz önüne alındığında ikinci bir bilirkişi incelemesi de öncekine benzer biçimde tek taraflı olacaktır. Dolayısıyla “adil yargılanma hakkı” ihlal edilmiştir.

VIII. MÜDAFİİN HUKUKİ YARDIMINDAN FAYDALANMA

A. Genel Olarak

Avukatın yardımından yararlanma hakkı, hakkında bir suç isnadında bulunulan kişilerin adil yargılanma haklarının korunmasında temel bir araçtır. Sanığın suçlama karşısındaki öznel konumu ile birlikte hukuk bilgisinin yetersizliği nedeniyle, demokratik toplumların güvenliği için son derece önem taşıyan savunma hakkının sadece kişisel çabalarla yürütülmesinin olanaksızlığı karşısında sanığın mahkeme önünde avukat yardımından yararlanması toplumsal bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır⁴¹¹. AİHS dışında Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8/2-d⁴¹², Avukatların Temel Rolüne ilişkin Temel İlkeler(Havana Kuralları)'in 1. maddesi⁴¹³

⁴¹¹ DİNÇ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre Adil Yargılanma Hakkı*, s.199.

⁴¹² (Çevrimiçi) <https://burakgemalmaz.com/wp-content/uploads/2015/05/02.pdf>, 22.06.2021.

⁴¹³ “Madde 1. Herkes haklarının varlığını tespit ettirmek, korumak ve ceza muhakemesinin her aşamasında haklarını savunmak için kendi seçtiği bir avukatın yardımına başvurma hakkına sahiptir”. (Çevrimiçi)http://d.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/Havana_Kurallari.pdf, 22.06.2021

ile Uluslararası Ceza Mahkemesi Kurucu Belgesi(Roma Tüzüğü)’nin 67/1-d maddesinde⁴¹⁴ de yer almakta ve tüm dünyada adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak kabul edilmektedir⁴¹⁵.

1.AİHS’de Müdafî Yardımından Faydalanma Hakkı

Sözleşmenin 6.maddesinin 3.fıkra (c) bendinde, “*sanığın kendini savunmak veya seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali imkânlardan yoksun ve adaletin selameti gerektiriyorsa, re’sen tayin edilecek bir avukatın ücretsiz yardımından yararlanabilme hakkına sahip olduğu*” belirtilmiştir.

Bu hüküm adil yargılanma hakkının bir görünümü olarak 6. madde içerisinde düzenlenmiştir. Bent hükmüne göre, sanığın savunma hakkının mutlak olduğu gibi müdafî yardımından yararlanma hakkı da mutlak bir haktır⁴¹⁶. Ancak avukatın hukuki yardımından faydalanmayı sağlayan ücretsiz adli yardım hakkı mutlak değildir⁴¹⁷ ve bir takım sınırlamalar getirilebilir. Ayrıca, taraf devletler, hakkın kullanılmasının sınırlarını çizerek avukatların mesleklerini mahkemelerde nasıl icra edeceklerini serbestçe düzenleyebilirler. Örneğin, sanığın savunmasının 3 avukatla sınırlandırılması, sanığın mensup olduğu suç örgütlerini destekledikleri doğrultusunda kuvvetli şüphe bulunan bazı avukatların duruşmaya kabul edilmemesi gibi uygulamalar Sözleşme’ye uygun bulunmuştur⁴¹⁸.

*Artico/İtalya*⁴¹⁹ davasında AİHM, yetkililerin, para ödenmeksizin görevlendirilen bir avukatın tüm eksikliklerinden ve savunmayı yürütüş biçiminden sorumlu tutulamayacağını belirtmesine karşın, şunları vurgulamıştır⁴²⁰:

⁴¹⁴1. Her türlü iddianın belirlenmesinde, sanığın aleni ve bu tüzük uyarınca tarafsız bir şekilde icra edilecek adil bir duruşmaya ve tam eşitlik içinde uygulanacak, aşağıdaki asgari güvencelerden yararlanmaya hakkı vardır: (d) 63. madde 2. paragrafa tabi olmak kaydıyla, yargılamada hazır bulunmak, savunmasını bizzat veya kendi seçtiği avukat aracılığıyla yapabilmek, şayet sanığın bir avukatı yoksa bu haktan haberdar edilmek, adaletin yüksek menfaatlerinin gerektirdiği her durumda Mahkeme tarafından ve sanığın maddi imkânlarla sahip olmaması durumunda ücretsiz olmak üzere sanığa avukat tayin edilmesi;

(Çevrimiçi) http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf,22.06.2021.

⁴¹⁵ Uluslararası Af Örgütü, a.g.e., s.209.

⁴¹⁶ ÜNAL, a.g.e., s.196.

⁴¹⁷KAŞIKARA, a.g.e., s.211.

⁴¹⁸ KAŞIKARA, a.g.e., s.210.

⁴¹⁹ Artico/İtalya, 13.05.1980, Başvuru No: 6694/74.

“...6. madde (3) c kapsamında ‘atama’ değil ‘yardımdan’ söz edilir. Ayrıca, sadece atama yapılması da etkin yardımın gerçekleştiği anlamına gelmez, çünkü yardım amacıyla görevlendirilen avukat ölebilir, ciddi bir hastalık geçirebilir, uzun süre iş görmekten alıkoyulabilir veya üstlendiği görevleri azaltmak isteyebilir. Böyle bir durumdan haberdar edildikleri takdirde yetkililerin bu avukatı ya değiştirmesi ya da yükümlülüğünü yerine getirmesini sağlaması gerekir”⁴²¹.

Goddi/İtalya⁴²² davasında, “başvurucu, duruşma öncesinde başka bir suçtan tutuklanarak cezaevine konulmuştur. Tutuklu sanığa ve avukatına mahkemece duruşma günü bildirilmemiştir.

Sanığın cezaevinde tutuklu bulunduğunu bilmeyen üst mahkeme, yargılamanın sanığın ve avukatının yokluğunda sürdürülmesinin hukuka aykırı olacağını düşünmüştür. Bu sakıncanın giderilmesi amacıyla üst mahkeme, duruşma öncesinde sanığa bir avukat atamıştır. Yeni avukatın katılımıyla gerçekleşen duruşmadan sonra üst mahkeme sanığın cezasını ağırlaştıran bir karar vermiştir”.

AİHM bu olayda, sanığın seçtiği avukatına duruşma gününün bildirilmemesini ve etkili bir savunma yapmayan yeni avukatla yargılamanın sonuçlandırılmasını "avukatla savunma hakkının ihlali" olarak nitelemiş, benzer şekilde Dridi/Almanya davasında⁴²³, başvurucunun avukatının duruşmadan sadece bir gün önce görevlendirildiğini, bunu da temyiz duruşmasının olduğu gün öğrendiğini, savcılığın tebliğnamesinin avukata gönderilmediğini, avukatın o gün başka bir şehirde duruşması olduğundan duruşmanın ertelenmesini talep ettiğini, ancak mahkemece bu talebin kabul edilmeyerek başvuru hakkında duruşma yapılarak karar verildiğini belirtmiş, mahkemenin müdafiyeye dava dosyasına ulaşmak ve müvekkilinin savunmasını hazırlamak için yeterli süre verilmemesi ve temyiz duruşmasına girme imkânı tanınmaması nedeniyle Sözleşme’nin 6/1 maddesi ve 6/3-b ve c bendlerinin ihlali olarak değerlendirmiştir.

⁴²⁰MOLE, HARBY, a.g.e., s.56.

⁴²¹ Artico/İtalya, 13.05.1980, Başvuru No: 6694/74, para. 33.

⁴²² Goddi/İtalya, 09.04.1984, Başvuru No:8966/80, para. 26-32.

⁴²³DİNÇ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne göre Adil Yargılanma Hakkı, s.200; Dridi/Almanya, 26.07.2018, Başvuru No:35778/11, para. 37-39.

*Campbell ve Feel/Birleşik Krallık*⁴²⁴ davasında AİHM, disiplin yargılaması sırasında yapılan duruşmalara katılmayı reddeden sanığın, müdafii tarafından temsilinin yasaklanmasını Sözleşmenin 6/3-c bendinin ihlali olarak kabul etmiştir.

*Poitrimol/Fransa*⁴²⁵ davasında, “başvurucu eşinden boşandıktan sonra Fransa’da ortak yaşamlarından doğan çocuklarını Türkiye’ye götürmüş, mahkeme kararına rağmen çocukları eşine geri vermemesi üzerine eşinin istemiyle hakkında ceza davası açılmıştır. Yargılamadan bağışık tutulma istemi mahkemece uygun görülen ve kendi seçtiği iki avukat tarafından savunulan sanığın, yargılama sonucunda bir yıl hapis cezasına çarptırılmasına ve tutuklanmasına karar verilmiştir.

Sanık avukatları ve savcı, bu karara karşı üst mahkemeye başvurmuşlardır. Üst Mahkeme’deki duruşmaya sanık gelmemiştir. Avukatları savunmayı kendilerinin yürüteceklerini ve bu nedenle yargılamanın sanığın yokluğunda sürdürülmesini istemişlerdir. Üst Mahkeme bu istemi yerinde bulmamış ve duruşmaya katılması için bir kez daha sanığa davetiye çıkarmıştır. Sanığın belirlenen günde de duruşmaya gelmemekte direnmesi üzerine, avukatlara temsil ve savunma olanağını da tanımayarak itirazının reddine ve yerel mahkeme kararının onanmasına karar vermiştir.

Sanığın Yargıtay’a yaptığı başvuru da ‘...hakkında tutuklama kararı bulunan ve duruşmaya gelmeyen kişinin avukatı tarafından temsil edilemeyeceği...’ gerekçesiyle reddedilmiştir”.

AİHM, “adil yargılanma hakkının önemli bir boyutu olan yargılamada temsil olanağının, sanığın kendisini daha sonra dinleyecek mahkeme tarafından nesnel ve hukuksal konular üzerinde yeniden karar verilebilmesi koşuluyla, ilk derece mahkemesinde yokluğunda yargılanmasının kural olarak Sözleşme’ye aykırı düşmediğini” belirtmiştir. Mahkeme, savunma hakkından feragati iki ölçütle ilişkilendirmiştir. Koşulsuz olması ve sanık haklarının güvence altında bulundurulması durumunda, savunmadan feragatin kabul olunabileceğini belirtmiştir. “Dava konusu olayda ise, başvurucunun birinci ve ikinci düzeydeki yargılamalara katılmayacağını, ancak avukatla temsil edilmek istediğini açıkça bildirmesi karşısında, duruşmada bulunmamasının temel bir hak olan avukatla temsil olanağını ortadan kaldırmadığı benimsenmiştir. Bir ceza davasına, sanığın katılımı gerçeğin

⁴²⁴ Campbell ve Feel/Birleşik Krallık, 28.06.1984, 7819/77; 7878/77, para. 99.

⁴²⁵ Poitrimol/Fransa, 23.11.1993, Başvuru No: 14032/88, para. 28-39.

aydınlanması açısından büyük önem taşımakla birlikte, duruşmaya gelmeyen sanığa avukatı eliyle hukuksal temsil olanağının verilmemesi, savunma hakkının demokratik toplumlardaki önemi ve hukukun üstünlüğü ilkesi karşısında orantısız bulunduğundan, avukatla savunma hakkı yönünden adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine” karar vermiştir⁴²⁶.

AİHM ayrıca, yardım kelimesinin dar anlamda yorumlanamayacağını, avukat yardımından yararlanmanın adil yargılanma hakkının temel unsurlarından biri olduğunu vurgulamış, *Goddi/İtalya ve Campbell ve Feel/Birleşik Krallık* kararlarına atıf yaparak başvurucunun duruşmaya katılmamak için geçerli bir mazereti olup olmadığının araştırılması gerektiğini de belirtmiştir⁴²⁷.

AİHM, *Stanford/Birleşik Krallık*⁴²⁸ davasında, tehlikeli bir suçlu olan sanığın duruşmada önü cam olan bir kabinde tutulduğu için duruşmayı izleyemediği, tanıkları duyamadığı ve avukatı ile görüşemediği konularındaki başvurusunu ciddi bulmamış ve 6.maddenin ihlal edilmediği yönünde karar vermiştir. Çünkü duruşmaların her anında sanığın avukatı ile iletişim kurmasına ve her konuda avukatına danışmasına izin verilmiş, herhangi bir şekilde engel olunmamıştır. Bu bent hükmü bağlamında önemli olan husus, sanığın yargılamanın bir safhası bakımından değil, fakat bütünü içinde, fiilen ve gerçekten bir avukatın yardımından yararlanıp yararlanmadığıdır⁴²⁹.

*Lala/Hollanda*⁴³⁰ davasında, başka bir suçtan verilen para cezasını ödeyemediği için tutuklanıp ceza evine gönderilmekten korkan başvuru, duruşmalara gelmemiş, sanığın yokluğunda cezalandırılmasına karar verilmiş, sanık bu karara karşı avukatı aracılığı ile kanun yoluna başvurmuş, üst derece mahkemesinde duruşmaya katılan avukat durumu mahkemeye bildirmiş ve savunmayı kendisinin yapacağını belirtmiştir. Buna rağmen üst derece mahkemesi usul kurallarına dayanarak bu talebi reddetmiş ve avukatının savunma yapmasına izin vermemiştir. AİHM’e göre, avukatın savunmaya izin verilmesi için mahkemeye

⁴²⁶ DİNÇ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne göre Adil Yargılanma Hakkı*, s.200.

⁴²⁷ Poitrimol/Fransa, 23.11.1993, Başvuru No: 14032/88, para. 34.

⁴²⁸ Stanford/Birleşik Krallık, 23.02.1994, Başvuru No:16757/90, para. 21-32.

⁴²⁹ Feyyaz GÖLCÜKLÜ, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Adil Yargılama,” *AÜSBFD, İlhan Öztrak’a Armağan*, Ocak-Haziran 1994, C.49, N.1- 2, s.225; Can/Avusturya, 12.07.1984, Başvuru No:9300/81, para. 52.

⁴³⁰ Lala/Hollanda, 22.09.1994, Başvuru No:14861/89, para. 25-35.

dilekçe vermemiş olması, savunma hakkını ortadan kaldırmaz. Bir suçla itham edilen herkesin avukat tarafından savunulma hakkı vardır. Daha önce 13.05.19090 tarihli *Artico/İtalya*, 09.04.1984 tarihli *Goddi/İtalya*, 19.12.1989 tarihli *Kamasinski/Avusturya*, 25.09.1992 tarihli *Croissant/Almanya* kararlarında da belirtildiği üzere Mahkemeye göre, bu hakkın sadece teorik ve hayali değil, uygulanabilir ve etkin olması için, uygulanması aşırı biçimsel koşulların yerine getirilmesine bağlı hale getirilmemelidir⁴³¹. Bir yargılamanın adil olmasını ve dolayısıyla duruşmaya katılan avukatın savunma yapmasını sağlamak mahkemelerin görevidir. Sanığın yokluğunda onu savunmak amacıyla duruşmaya gelen avukata savunma imkânı verilmemesi, avukatla savunma hakkının ihâl edildiği anlamına gelir.

Mehmet Zeki Çelebi/Türkiye⁴³² davasında, başvuru 23.07.1999 yılında PKK'ya (Kürdistan İşçi Partisi) üye olma şüphesiyle yakalanmış, 26 Temmuz 1999 tarihinde polis tarafından sorgulanmış ve avukat yokluğunda polise ifade vermiştir. Başvuran, ilk olarak söz konusu yasadışı örgüte nasıl katıldığını anlatmış ve daha sonra, yasadışı örgüt adına zorla para toplanması anlamına gelen sözde “vergileendirme faaliyetleri”, Abdullah Öcalan'ın yakalanmasından sonra düzenlenen bir gösteri sırasında zırhlı polis aracına ateş açılması ve M.Y.'nin öldürülmesi olaylarına ilişkin beyanlarda bulunmuş, örgüt adına üç farklı kişiden daha para almaya teşebbüs ettiğini, ancak, söz konusu kişilerin para vermediklerini anlatmış, bunlarla birlikte toplam altı gasp olayı hakkında detaylı açıklamalarda bulunmuştur.

Polis aracına ateş açma olayı ile ilgili olarak, başvuran, zırhlı polis aracına ateş açan R.B. (*Ruşen Bayar/Türkiye* kararının başvurusu, no. 25253/08, 19 Şubat

⁴³¹ Lala/Hollanda kararının bu paragrafının İngilizce metni şu şekildedir: 34. Nor can the Court accept the Government's argument that the applicant cannot claim to be a victim of an interference with his rights under the said provisions because his counsel failed to ask the court's permission, in accordance with the relevant rule of Netherlands criminal procedure, to defend the accused (see paragraph 21 above). Everyone charged with a criminal offence has the right to be defended by counsel. For this right to be practical and effective, and not merely theoretical, its exercise should not be made dependent on the fulfilment of unduly formalistic conditions: it is for the courts to ensure that a trial is fair and, accordingly, that counsel who attends trial for the apparent purpose of defending the accused in his absence, is given the opportunity to do so.

⁴³² Mehmet Zeki Çelebi/Türkiye, 28.01.2020, Başvuru No:27582/07, para. 6-32.

2019) ve Ma.Y. ile Abdullah Öcalan'ın yakalanmasını protesto eden gösterilere katıldığını belirtmiştir.

Son olarak, M.Y.'nin öldürülmesine ilişkin olarak, başvuran bazı örgüt üyelerinin, izinleri olmadan örgüt adına para toplamaya çalıştığını duyduktan sonra sorgulamak için M.Y.'yi kaçırdıklarını, ancak M.Y.'yi kimin öldürdüğünü bilmediğini belirtmiştir.

Başvurucu, 26 Temmuz 1999 tarihinde yer gösterme işlemine katılmış, polis memurları tarafından hazırlanan ve kendisi tarafından imzalanan tutanağa göre, polis memurlarına müşterek sanık Ma.Y.'nin işyerini göstermiştir. Ma.Y.'nin işyerinde yapılan arama sırasında, 7.65 mm kalibreli üç adet ruhsatsız silah ve uyumlu mühimmat ele geçirilmiştir.

30 Temmuz 1999 tarihinde başvuran teşhis işlemine katılmış ve dört müştekiden üçü başvurayı, terör örgütü adına kendilerinden para isteyen kişi olarak teşhis etmiştir.

31 Temmuz 1999 tarihinde başvuran teşhis işlemine katılmış ve Ş.A., M.H., Ma.Y. ve F.A.'yı terör örgütü adına faaliyet yürüten kişiler olarak teşhis etmiştir. Diğer şüpheliler Ş.A., M.A., M.H. ve A.K., başvurayı örgüt üyesi olarak teşhis etmişlerdir.

Başvurucu, 1 Ağustos 1999 tarihinde Cumhuriyet savcısı önüne çıkartılmış ve avukat yokluğunda ifade vermiştir. Başvuran, okuma yazma bilmediği için polisin, hazırladığı metni kendisine imzalattığını ileri sürerek Cumhuriyet savcısına, polise verdiği ifadelerin birçoğunun doğru olmadığını belirtmiştir. Öte yandan, başvuran terör örgütü adına para toplamak için belirli kişileri tehdit ettiğini kabul etmiş ve üç haraç alma olayını doğrulamıştır. Ayrıca, başvuran, silahlı bir saldırıya karıştığını inkâr etmiştir. Ek olarak başvuran cinayeti gazetelerden öğrendiğini ileri sürerek M.Y.'nin nasıl öldürüldüğünü bilmediğini söylemiş ve gözcü olarak olayda yer aldığını inkâr etmiştir. Aynı gün içerisinde, başvuran İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesinde bulunan sorgu hâkimi tarafından avukat yokluğunda sorgulanmıştır. Burada, başvuran Cumhuriyet savcısına verdiği

ifadelerinin içeriğini kabul etmiştir. Polise verdiği ifadeleri kabul edip etmediği sorulduğunda, başvuran okuma yazma bilmediğini ve polisin ifadenin içeriğini kendisine okumadığını ileri sürerek söz konusu ifadeleri reddetmiştir. Ayrıca, mahkeme önünde başvuran polis merkezinde dövüldüğünü söylemiştir.

22 Kasım 1999 tarihli duruşmada, başvuru avukat yokluğunda ve bizzat dinlenmiş, hakkındaki tüm suçlamaları reddetmiş ve suçlu olmadığını ifade etmiştir. Başvuran, ayrıca önceki tüm ifadelerini de reddetmiştir.

31 Temmuz 2000 tarihinde görülen duruşmadan sonra, başvuran avukat M.E. tarafından temsil edilmiştir. Avukatı, başvuranın terör örgütü adına para toplamak dışında herhangi bir yasadışı faaliyette bulunmadığını ileri sürmüştür.

6 Nisan 2004 tarihli bir duruşmada, başvuran “önceki ifadelerinin” içeriğini kabul etmiştir. Başvuran, ayrıca, örgüt içindeki kendisinin ve diğer sanıkların gerçekleştirdikleri eylemlere ilişkin daha fazla bilgi vermek amacıyla yazılı beyanlarını sunmak üzere kendisine süre tanınmasını talep etmiştir.

24. 12 Mayıs 2004 tarihinde yapılan duruşmada, başvuran sunduğu iki sayfalık belgede, esasen, diğerleri arasında (*inter alia*), M.Y.’nin örgütün izni olmadan örgüt adına para topladığı için sorgulandığını belirterek M.Y.’nin öldürülmesine ilişkin polise verdiği bilgileri tekrar etmiştir. Başvuran, ayrıca, müşterek sanıklar Ma.Y., F.A. ve M.H.’nin cinayete nasıl karıştıklarını anlatmış ve M.Y.’nin tutulduğu evde iki kere bulunduğunu ve sırayla on beş ve yirmi ila otuz dakika kaldığını belirtmiştir. Başvuran, yalnızca iki gasp olayında yer aldığını ileri sürmüş ve cinayete karıştığını inkâr etmiştir.

12 Mart 2007 tarihli duruşmada, başvuranın avukatı sunduğu üç sayfalık savunmada, diğerleri arasında (*inter alia*), müvekkilinin M.Y.’nin öldürülmesiyle bir ilgisinin olmadığını ve polise verdiği ifadelerin doğru olduğu düşünülse bile, söz konusu tarihte örgütün yalnızca bir sempatizanı olduğunu ve M.Y.’nin öldürüleceğini bilmediğini ileri sürmüştür. Mahkeme tarafından TCK’nın 125. Maddesi uyarınca cezalandırılan başvuru hakkındaki kararın “delil” kısmında diğer deliller yanında “tüm yargılama boyunca sanığın verdiği ifadeler” sayılmıştır.

“Delillerin değerlendirilmesi ve gerekçeler” başlıklı kısımda, yargılamayı yürüten mahkeme başvuranın 12 Mayıs 2004 tarihinde mahkemeye M.Y.’nin, Ma.Y., F.A. ve M.H. tarafından kaçırılarak öldürüldüğünü belirttiği bir mektup gönderdiğini kaydetmiştir. Yargılamayı yürüten mahkeme, bu ifadenin, otopsi raporu, olay yeri raporu ve M.Y.’nin öldürülmesinde kullanılan silahın gösteride kullanılan silahla aynı silah olduğuna ilişkin polis tutanağı ile desteklendiği sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme, sanıkların yargılama sırasında atılı suçlamaları inkârlarına yukarıda bahsedilen deliller ışığında itibar edilmemesi gerektiğine hükmetmiştir.

AIHM öncelikle *“avukat hakkına kısıtlama getirilip getirilmediği”* konusunda değerlendirme yapmış ve başvuran sırasıyla polise, Cumhuriyet savcısına ve sorgu hâkimine ifade verirken avukata erişim hakkından yoksun bırakıldığından *İbrahim vd/Türkiye* kararından hem önce hem sonra Türkiye aleyhindeki davalarda aynı hukuki sorunu incelemiş olduğunu belirterek ve Sözleşme’nin 6/1 ve 3-c maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir⁴³³.

“Kısıtlama için zorlayıcı sebeplerin olup olmadığı” konusunda Mahkeme, “zorunlu sebeplerden” dolayı avukata erişime getirilen kısıtlamalara sadece istisnai durumlarda izin verildiğini, bu kısıtlamaların geçici nitelikte olması ve her davanın kendine has koşullarının bireysel değerlendirmesine dayanması gerektiğini yinelemiş, *İbrahim vd. Türkiye* kararına atıfta bulunarak, Sözleşme’nin 6. maddesi uyarınca gözaltı esnasında avukat yardımına erişimin kısıtlanması için zorlayıcı sebepler olmadığını⁴³⁴ belirtmiş, *“bir bütün olarak yargılamanın adilliği”* konusunda ise, başvuru aleyhinde yürütülen yargılamanın genel olarak adilliği, soruşturma aşamasında başvuranın avukat hakkına getirilen sistematik kısıtlamadan kaynaklanan temel usulî eksiklik, ulusal mahkemelerin söz konusu eksikliği telafi edememiş olmaları ve Türk ceza yargı sistemindeki en ağır ceza olan ömür boyu hapis cezası verilirken avukat yokluğunda verilen ifadelerin kullanılmış

⁴³³ Mehmet Zeki Çelebi/Türkiye, 28.01.2020, Başvuru No:27582/07, para. 51.

⁴³⁴ A.g.k. para. 52-55.

olmasında kaynaklı olarak Sözleşme'nin 6/3-c maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁴³⁵.

Yine Canlı/Türkiye⁴³⁶ ve Ekinci/Türkiye⁴³⁷ davalarında Mahkeme, 12 Mayıs 2020 tarihinde gözaltına alınan, polise ifade vermeden önce kendilerine sunulan formu imzalayan, bu forma göre avukata erişim hakkının hatırlatıldığı ve buna rağmen adli yardım seçeneğini işaretlemediği söylenen başvuruçuların davalarında, yerel mahkemelerin başvuruçuların polise ifade verirken avukata erişim hakkından feragat ettiği iddia edilen koşulları incelemedikleri ve haklarındaki delilleri sürekli inkar etmelerine karşın gerekli usuli önlemleri almadan polis ifadelerine dayandıkları gerekçesiyle adil yargılanma haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Pervane/Türkiye⁴³⁸ davasında ise, 2 Kasım 1999 tarihinde PKK ile güvenlik güçleri arasında yaşanan ve çok sayıda kişinin öldüğü, aralarında başvuruçunun da olduğu kişilerin yaralandığı çatışmanın ardından gıyabında tutuklama kararı verilen başvuruçunun ifade ve sorgu sırasında avukat olmadan beyanlarının alınması, bu ifadeler sırasında örgüt üyesi olduğunu ancak silahlı çatışmaya katılmadığını söylemesi, ilk duruşmanın ardından kendisine avukat tayin edilmesi ve verilen mahkûmiyet hükmünde ifade ve sorgu sırasındaki beyanlarına dayanılmasına rağmen başvuruçunun sonradan müdafî yardımından faydalandırılması nedeniyle ihlal olmadığına karar verilmiştir.

Korkmaz/Türkiye⁴³⁹ davasında AİHM, 12 Ocak 2000 tarihinde A.N.N. cinayetini işlediği iddiasıyla gözaltına alınan başvuruçunun polis, savcılık ve mahkeme önündeki ifadeleri sırasında avukatla temsil edilmemesi ve verdiği beyanların mahkûmiyete esas kabul edilmesini avukatla temsil edilme hakkının ihlali olarak görmüş, benzer şekilde Berk/Türkiye⁴⁴⁰ kararında da, 22 Haziran 2004 tarihinde gözaltına alınan ve terör eylemlerine katıldığını itiraf eden başvuruçunun avukat istemediğine dair form imzalaması nedeniyle avukatla temsil edilmeden

⁴³⁵ A.g.k., para. 56-72.

⁴³⁶ Canlı/Türkiye, 12.05.2020, Başvuru No. 8211/10, para. 35-49.

⁴³⁷ Ekinci/Türkiye, 12.05.2020, Başvuru no. 25148/07, para. 64-81.

⁴³⁸ Pervane/Türkiye, 08.09.2020, Başvuru No: 74553/11, para. 24-33.

⁴³⁹ Korkmaz/Türkiye, 13.10.2020, Başvuru No. 35935/10, para. 12-19.

⁴⁴⁰ Berk/Türkiye⁴⁴⁰, 13.10.2020, Başvuru No: 68496/10, para. 13-17.

verdiği ifadelerin müebbet hapis cezasına esas kabul edilmesini avukatla temsil edilme hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir.

2. Ücretsiz Müdafî Yardımından Faydalanma

Yukarıda belirtilen Sözleşme'nin 6/3-c bendi uyarınca müdafî yardımından faydalanma olanağı bazı koşullara bağlanmıştır. Hem kişinin ekonomik durumunun bir müdafinin masrafını karşılamak için yetersiz olması, hem de adaletin yararının müdafinin yardımını zorunlu kılması gerekmektedir⁴⁴¹. Mahkeme'ye göre de, 6. maddenin 3. fıkrasında belirtilen diğer hakların aksine, ücretsiz adli yardım mutlak değildir. Bu yardımdan sanık, ancak avukat ücretini ödeme olanağı olmadığı zaman savunmasız kalmasını engellemek için faydalandırılmalıdır⁴⁴². Alman hukuk sisteminde olduğu gibi, sanığın mali durumu ile ilgisi olmaksızın adalaetin gerekliliği baskımından sanığa müdafî atanması halinde, vekalet ücretinin dava sonunda sanıktan tahsil edilmesine, adil yargılanma hakkına gölge düşürmemek koşuluyla 6. maddenin engel teşkil etmeyeceği, benzer sistemlerde adli yardım kanalından ödenen avukat ücretinin sanıktan tahsili konusunda sanığın avukat tayin sırasındaki değil, mahkumiyet hükmünün kurulduğu andaki mali durumunun önemli olduğu belirtilmiştir⁴⁴³.

Sözleşme belirtilen koşullar altında avukat yardımından faydalanmayı güvence altına aldığı için, bu koşulları taşımayan birisinin talebinin reddedilmesi, Sözleşme'nin ihlali olarak görülmemektedir⁴⁴⁴. Avukat tutamayacak durumda olan yoksul sanıklara sadece ağır suçlarda avukat atanması zorunlu kabul edilmekte ve aksi davranış Sözleşme'nin ihlali olarak değerlendirilmektedir. *Granger/Birleşik Krallık*⁴⁴⁵ davasında avukat tutacak maddi imkanı olmayan sanık, mahkemeden kendisine bir avukat atanmasını talep etmiş, adli yardım komitesinin, sanığın kanun yoluna başvurması halinde davanın lehine sonuçlanma ihtimali olmadığı yönündeki

⁴⁴¹ TANER, a.g.e., s. 193.

⁴⁴² GÖLCÜKLÜ, GÖZÜBÜYÜK, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, s.305.

⁴⁴³ Croissant/Almanya, 25.09.1992, Başvuru No: 13611/88, para. 33-38; Boner/Birleşik Krallık, 23.10.1994, Başvuru No:18711/91, para. 35-44; Maxwell/Birleşik Krallık, 28.20.1994, Başvuru No:18949/91, para. 36-41.

⁴⁴⁴ ÜNAL, a.g.e., s.197.

⁴⁴⁵ Granger/Birleşik Krallık, 28.03.1990, Başvuru No:11932/86, para. 42-48.

rapor üzerine mahkeme bu talebi reddetmiş ve sanığın 5 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına karar vermiş,, hakkında verilen cezaya itiraz eden sanık istinaf mahkemesinde ağır ve karışık ithamlara karşı kendini yeterince savunamamış ve cezası onanmıştır. AİHM, davanın, sanığın avukat yardımından faydalanmasını gerektirecek önem ve ağırlıkta olmasına rağmen avukat talebinin ilk derece mahkemesi tarafından reddedilmesini ve talebin istinaf mahkemesi tarafından da dikkate alınmadan sanığın savunmasız bırakıldığını belirterek madde 6/1 ile birlikte ele alındığında Sözleşme'nin 6/3-c bendinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁴⁴⁶. *Boner/Bileşik Krallık*⁴⁴⁷ ve *Maxwell/Birleşik Krallık*⁴⁴⁸ davalarında da AİHM aynı gerekçelerle ihlal kararı vermiştir.

Maddi gücü yeterli olmadığından kendilerine müdafî seçemeyen sanıklar, resen atanmış müdafî vasıtasıyla savunmalarını hazırlamak için müdafî yardımından yararlanabileceklerdir. Sanık, kendi savunmasını kendi yapmayı seçmiş olsa dahi adaletin yararı gerektiriyorsa sanığa müdafî atanacaktır. Tabii ki mahkemece tayin olunan avukat konusunda sanık, tam anlamıyla bir seçim ve tercih hakkına sahip değildir. Ancak, savunmanın pratik ve etkin olması zorunluluğu kapsamında mahkemenin duruma müdahalesi ve gerekiyorsa yeni bir avukat ataması mümkün olacaktır⁴⁴⁹. Ulusal mevzuatta, özellikle üst derece mahkemeleri önünde, bir sanığın avukatla temsilinin öngörülmüş olması ya da sanığa iradesine aykırı bir şekilde birden fazla avukat tayin edilmiş olması Sözleşmeye aykırı görülmemiştir⁴⁵⁰.

*Kamasinski/Avusturya*⁴⁵¹ davasında AİHM, Sözleşme'nin 6/3-c bendi uyarınca, yetkili ulusal mercilerin müdahalesinin sadece, ücretsiz temin edilen bir dava vekilinin etkin temsilde başarısız olduğu açıksa ya da başka bir şekilde bu duruma yeterli bir şekilde dikkat çekilirse gerekli olduğuna karar vermiştir.

⁴⁴⁶ ÜNAL, a.g.e., s.197,

⁴⁴⁷ Boner/Birleşik Krallık, 23.10.1994, Başvuru No:18711/91, para. 35-44.

⁴⁴⁸ Maxwell/Birleşik Krallık, 28.20.1994, Başvuru No:18949/91, para. 36-41.

⁴⁴⁹ Adem ÇELİK, **Adil Yargılanma Hakkı**, s.155.

⁴⁵⁰ A.e.

⁴⁵¹ Kamasinski/Avusturya, 19.12.1989, Başvuru No: 9783/82, para. 65.

*Quaranta/İsviçre*⁴⁵² davasında, başvuru hakkında yapılan hazırlık soruşturması sonunda tek bir duruşma yapılmış, bu sırada sanık kendisine müdafî atanmasını istemiştir. Mahkeme başkanı, savunma gereklerinin bir avukat atanmasını haklı göstermediğini, ve davada özel güçlükler bulunmadığını gerekçe göstererek istemi reddetmiş ve 25 dakikalık bir duruşma sonunda sanık hakkında mahkumiyet kararı verilmiştir. AİHM, yoksul olan sanığın istemine rağmen, kendisine hazırlık soruşturmasında avukat atanmayarak savunma delillerinin yeterince toplanmamasını ve son soruşturma sırasında da isteminin yeniden reddedilerek kısa bir duruşma sonucunda cezalandırılmasına karar verilmesini Sözleşmenin 6/3-c bendi kapsamında savunma hakkının ve adil yargılanma hakkının ihlali olarak görmüştür⁴⁵³.

*Benham/Birleşik Krallık*⁴⁵⁴ davasında AİHM, verilen para cezasını ödeyemediği için hapis cezası ile karşı karşıya kalan başvuruçunun özgürlükten mahrumiyetinin söz konusu olması ve uygulanabilir hukukun karmaşıklığı karşısında, adaletin selameti ve adil yargılanmanın sağlanması amacıyla sanığın prensip olarak sulh ceza mahkemesindeki yargılamasında ücretsiz olarak avukat yardımından faydalanması gerektiğini belirtmiştir.

*Perks vd./Birleşik Krallık*⁴⁵⁵ davasında, belediye harcını ödememek suçundan hapis cezası ile cezalandırılan birden fazla başvuru söz konusudur. AİHM, *Benham/Birleşik Krallık* davasına atıf yapmış ve başvuruçular için risk oluşturan cezanın ağırlığı ve uygulanan hukukun karmaşıklığı bağlamında, adaletin gerekleri amacıyla adil bir yargılamanın olabilmesi için, başvuruçuların ücretsiz olarak bir avukat yardımından faydalandırılmaları gerektiğini belirtmiştir⁴⁵⁶.

Mahkeme, 30/07/1998 tarihli *Aerts/Belçika*⁴⁵⁷ kararında, Belçika hukukuna göre temyiz önünde avukat tarafından temsil gerekli olmasına karşın avukata ödeyecek parası olmayan Aerts'e Adli Yardım Kurulunca yardımda

⁴⁵² Quaranta/İsviçre, 24.05.1991, Başvuru No:12744/87, para. 26-38.

⁴⁵³ ÜNAL, a.g.e., s.197.

⁴⁵⁴ Benham/Birleşik Krallık, 10.06.1996, Başvuru No: 19380/92, para. 64.

⁴⁵⁵ Perks vd./Birleşik Krallık, 12.10.1999, Başvuru No: 25277/94, 25279/94, 25280/94, 25282/94, 25285/94, 28048/95, 28192/95 ve 28456/95, para. 75-76.

⁴⁵⁶ MOLE, HARBY, a.g.e., s.57.

⁴⁵⁷ Aerts/Belçika, 30.07.1998, Başvuru No: 61/1997/845/1051, para. 57-60.

bulunulmamasının madde 6/3-c ile bağlantılı olarak madde 6/1'deki mahkemeye erişim hakkını da engellediğini ve adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini belirtmiştir.

*Twalib/Yunanistan*⁴⁵⁸ kararında Mahkeme, başvurucunun temyiz aşamasında adli yardıma gerek duymasına karşın Yunan hukukunda temyiz aşamasında adli yardıma ilişkin bir yasal düzenleme olmayışının, madde 6/3-c ile bağlantılı olarak madde 6/1'deki mahkemeye erişim hakkına aykırı olduğunu belirtmiştir. Bu kararda Mahkeme, Hükümetin Bay Twalib in Baro'dan yardım alabileceğini ileri sürmesine karşı somut olarak bu sistemin işleyişine dair bir örnek sunulamamış olmasını sistemin yetersizliği olarak değerlendirmiştir.

Sanığın ilk derece mahkemesinde avukat yardımından faydalanması, yargılamanın sonraki aşamalarında avukat yardımından yoksun bırakılmasına haklılık kazandırmayacaktır⁴⁵⁹. Konuyla ilgili AİHM, *Pakelli/Almanya*⁴⁶⁰ kararında, kendisine yerel mahkemede kendisine ücretsiz avukat atanmasına karşın temyiz aşamasında Yargıtay'da avukat atanması talebi reddedilen ve avukat olmaksızın yapılan yargılama sonucunda hapis cezası onanan başvurucunun durumunu incelemiş ve Yargıtay önünde görülen davada başvurucuya avukat atanmamasını Sözleşme'nin 6/3-c bendinin ihlali olarak görmüştür.

B. Müdafî ile Başkalarının Duyamayacağı Şekilde Görüşme ve Serbestçe Yazışma

Şüpheli ve sanığın müdafî ile arasındaki görüşme, bir hak olarak Sözleşme'de açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte AİHM, şüpheli veya sanığın müdafî ile üçüncü kişilerin duyamayacağı bir ortamda görüşmesini, Sözleşmenin, sanığın savunmasını hazırlamak için gerekli kolaylıklara sahip olma hakkını düzenleyen 6/3-b bendi ile müdafî yardımından faydalanmayı düzenleyen 6/3-c bendi hükümlerinden

⁴⁵⁸ Twalib/Yunanistan, 09.06.1998, Başvuru No: 42/1997/826/1032, para. 51-57.

⁴⁵⁹ DİNÇ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre Adil Yargılanma Hakkı*, s.207.

⁴⁶⁰ Pakelli/Almanya, 25.04.1983, Başvuru No. 8398/78, para.32-34, 35-40(AİHM, 32-34. paragraflarda başvurucunun avukat tutmak için yeterli maddi imkânâna sahip olup olmadığını, 35-40. paragraflarda ise adaletin selameti veya gereklilikleri bakımından avukat yardımından yararlanmasının zorunlu olup olmadığını incelemiştir)

kaynaklandığını belirtmekte⁴⁶¹ ve adil yargılanma hakkı ilkelerinden birisi olarak kabul etmekte, ancak bu hakkın belirli ölçülerde sınırlanabileceğini belirtmektedir⁴⁶².

Yetkililer, ister yüz yüze, ister telefonla veya yazılı şekilde, kendisine suç isnat edilen kişilerin avukatı ile üçüncü kişilerin duymayacağı biçimde görüşmesi ve iletişimi için yeterli zaman ve kolaylıklar sağlamalıdır.

*Magee/Birleşik Krallık*⁴⁶³ davasında, başvuru gözaltında kötü muamele gördüğünü iddia etmiş, müdafii ile görüşme talebinin reddedilerek 48 saat kimseyle görüştürülemeyen başvuru, sonrasında müdafii ile görüşme imkânı bulmuş, ancak görüşme imkânının olmadığı süre içerisinde suçunu itiraf etmiş, mahkumiyet kararı da bu ikrara dayandırılmıştır. Sanığın müdafii ile görüştürülmemesi için hükümetin, sanığın terör suçundan yargulanmasını haklı neden olarak göstermesi, AİHM'in Sözleşme'nin 6/3-c bendinin ihlal edildiği yönündeki kararına engel olmamıştır⁴⁶⁴. *Brennan/Birleşik Krallık*⁴⁶⁵ davasında ise başvuru müdafii ile 24 saat görüştürülmemiş, ancak müdafii ile görüşme hakkı tanındıktan sonraki süre içerisinde suçunu itiraf etmiş olduğundan AİHM, bu davada ihlal kararı vermemiştir⁴⁶⁶.

*John Murray/Birleşik Krallık*⁴⁶⁷ davasında, İrlanda Cumhuriyet Ordusu(IRA)mensubu olan başvuru, polisin yapacağı terörle mücadele operasyonlarına zarar verebileceği endişesinden dolayı 48 saat süreyle avukat ile görüştürülmemiştir. Başvuru, avukatı hazır bulunmadan ifade vermeyi reddetmiş, yapılan yargılama sonucunda sorgulamadaki tutumu da engelleyici görülerek 8 yıl hapis cezası ile cezalandırılmıştır. AİHM, Sözleşme'nin 6/3-c bendinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

⁴⁶¹ Cumhur ŞAHİN, "Sanığın Savunmasını Hazırlamak için Gerekli Zamana ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı," **Adil Yargılanma Hakkı**, Nergiz Yayınları, İstanbul,2004, s.306.

⁴⁶² CENGİZ, DEMİRAĞ, **a.g.e.**, s.183.

⁴⁶³ Magee/Birleşik Krallık, 06.07.2000, Başvuru No:28135/95, para. 41-46.

⁴⁶⁴ İNCEOĞLU, **Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği**, s.54.

⁴⁶⁵ Brennan/Birleşik Krallık, 16.10.2001, Başvuru No: 39846/98, para. 58.

⁴⁶⁶ A.g.e., s.54.

⁴⁶⁷ John Murray/Birleşik Krallık, 08.02.1996, Başvuru No: 18731/91, para. 59-70.

AİHM'in *Brennan/Birleşik Krallık*⁴⁶⁸ ve *Öcalan/Türkiye*⁴⁶⁹ kararlarında belirttiği üzere, şüpheli veya sanığın müdafii ile ilk görüşmesi sırasında yanlarında polis memuru bulunması dahi savunma haklarını etkili bir biçimde kullanma hakkını ihlal edebilmektedir. *Öcalan/Türkiye* davasında, avukatların başvuru ile ilk görüşmeleri aynı odada güvenlik güçleri ve bir hâkimin denetim, gözetim ve duyumu altında gerçekleşmiş ve yirmi dakika sürmüş, sonraki görüşmelerde ise güvenlik güçleri odada bulunmamasına rağmen görüşmeler kendileri tarafından dinlenmiştir⁴⁷⁰.

*Lanz/Avusturya*⁴⁷¹ kararında AİHM, tutuklu sanıkla müdafinin, kimsenin duyamayacağı bir ortamda görüşmesinin, demokratik bir toplumda adil yargılanma hakkının bir gereği olduğunu, sanık ile müdafinin özel görüşme yapamamaları halinde uygulanabilir ve etkin bir savunmanın yapılamayacağını belirtmiş ve görüşmenin hâkim nezaretinde yapılmasını Sözleşme'nin 6/3-b ve 6/3-c hükümlerine aykırı bulmuş, ayrıca olayda sanığın özgürlüğünün kısıtlanması ile delillerin karartılma ihtimalinin ortadan kalktığını, ulusal makamların risk olarak gördükleri şeylerin artık bulunmadığını, dolayısıyla sanığın müdafii ile görüşmesinin kısıtlanması şeklindeki müdahalenin aşırı olduğunu belirtmiştir. AİHM, bu yöndeki kısıtlamanın her somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılması gerektiğini vurgulamıştır.

Müdafii ile görüşme hakkı konusunda müdafii ile görüşmenin süresi de önemli görülmektedir. Yine *Öcalan/Türkiye* davasında, davanın karmaşıklığı ve hacmi(17000 sayfalık dosya) dikkate alınarak müdafilere tanınan haftada iki saatlik görüşme süresi az bulunmuştur⁴⁷². Bizce de görüşme süresi göreceli olup her somut olayda olayın karmaşıklığına, sanığa yüklenen suç veya suçların ağırlığına göre değerlendirme yapılmalı, önemli olanın sanığın savunma hakkına zarar vermemek olduğu gözetilmelidir.

⁴⁶⁸ Brennan/Birleşik Krallık, 16.10.2001, Başvuru No: 39846/98, para. 63.

⁴⁶⁹ Öcalan/Türkiye, 12.05.2005, Başvuru No:46221/99, para. 146-149.

⁴⁷⁰ A.g.k., para.132.

⁴⁷¹ Lanz/Avusturya, 31.01.2002, Başvuru No:24430/94, para. 48-53.

⁴⁷² Öcalan/Türkiye, 12.05.2005, Başvuru No:46221/99, para. 146-149.

Şüpheli veya sanık ile müdafii arasındaki yazışmalar, mektuplar ve telefon görüşmeleri de kural olarak sınırlandırılmaz. Ancak çok istisnai durumlarda ve ayrıca yasayla düzenlenmesi ve somut delillere dayandırılması koşulları ile sınırlı bir müdahalenin olabileceği AİHM tarafından kabul edilmektedir.

*Campbell/Birleşik Krallık*⁴⁷³ davasında, başvuru yaralama ve öldürme suçlarından yargılanmış ve müebbet hapis cezası ile cezalandırılmış, cezasının infazı sırasında bazı olaylar nedeniyle avukatına gönderdiği ve avukatından kendisine gelen mektupların açılıp okunduğunu, ayrıca Avrupa İnsan Hakları Komiyonu tarafından kendisine gönderilen zarfın da açılmış olduğunu ve haberleşme hakkının ihlal edildiğini öne sürmüştür. AİHM, hükümlülerin avukatlarıyla yaptıkları görüşmelerin dinlenmemesi gibi, özel ve gizli nitelikteki mektupların da okunmaması gerektiğini, bu kuralın kötüye kullanılmaması için makul bir denetim yöntemi uygulanabileceğini, olayda avukatın dürüstlüğünden veya meslek kurallarını çiğnediğinden kuşkuylanmak için bir sebep bulunmadığını, bu çerçevenin dışında devletin takdir hakkı olmadığını, yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığını belirtmiş ve Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğini karar vermiş, bu kararı verirken müdahale olup olmadığını, müdahalenin yasayla düzenlenmiş olup olmadığını, meşru bir amaca hizmet edip etmediğini ve demokratik toplum gereklerine uygun olup olmadığını değerlendirmiştir⁴⁷⁴.

*Domenichini/İtalya*⁴⁷⁵ davasında başvuru, cezalarının infazından sorumlu hakim 16.09.1988 tarihli kararına itiraz etmiş, bu itirazının reddi üzerine birtakım gerekçelerle bu kararı 09.11.1988 tarihinde temyiz etmiş, ancak bu temyizini gerekçelerini kanunen 10 günlük süre içerisinde sunmak zorunda olduğundan avukatına durumu anlatan bir mektup yazmış, bu mektup ceza evi yetkilileri tarafından alıkonulmuş, okunmuş ve yasal süre olan 10 gün geçtikten sonra başvuru avukatına gönderilmiştir. AİHM, yargılamanın sonucunun öngörülebilir olmasına rağmen, avukatın 10 günlük süre geçtikten sonra temyiz

⁴⁷³ Campbell/Birleşik Krallık, 25.03.1992, Başvuru No:13590/88, para. 8-17.

⁴⁷⁴ Campbell/Birleşik Krallık, 25.03.1992, Başvuru No:13590/88, para. 32-54.

⁴⁷⁵ Domenichini/İtalya, 15.11.1996, Başvuru No:15943/90, para. 35-39.

gerekçelerini sunmasına sebep olunduğunu, söz konusu mektubun açılıp okunmasının başvurucunun savunma haklarını ihlal ettiğini belirtmiştir.

C. Silahların Eşitliği İlkesi Bağlamında Müdafî

Savunma görevinin öneminden dolayı bu görevin bir makama verilmesi gerekir⁴⁷⁶. İddia ve savunmanın iki çelişik görev olduğu ve iddia makamının suç isnadında bulunduğu, ceza muhakemesinde tarafsız olamayacağı düşünüldüğünde savunma görevinin müdafîye verilmesi olağandır⁴⁷⁷. Müdafî ise, bir avukat olarak yargının bağımsız ve kendine özgü bir organıdır⁴⁷⁸.

Müdafî, suç işlediği iddia edilen şüphelinin kendisine yüklenen suçu işlemediğini ya da kamu davası açılması için yeterli delil olmadığını, sanık hakkında ise yine suçu işlemediğini veya bazı hukuki nedenlerle cezalandırılmaması gerektiğini, ya da sanığa daha az ceza verilmesi gerektiğini savunarak savunma faaliyetini yetkili resmi organlar önünde yürütür⁴⁷⁹. Müdafî, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına da yardım eder, çünkü sanık suçlu da bulunsa maddi gerçek sayesinde sanığa hak ettiğinden fazla ceza verilmemiş olur ve bu da kamu yararı ve devletin saygınlığı bakımından önemli bir husustur⁴⁸⁰.

Müdafinin hukuki durumu, ceza muhakemesindeki işlevi bakımından niteliğinin ve şüpheli/sanıkla arasındaki ilişkinin ne olduğunun ortaya konması ile açıklanabilir⁴⁸¹. Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesinde “Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir. Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder”. şeklinde düzenleme yapılmıştır. Dolayısıyla bu hükmün düzenlenme şekli ve kaynak ülke Almanya’da yaşanan tartışmalar nedeniyle “temsil” sözcüğü farklı biçimde yorumlanabilmekte ve bu konuda farklı görüşler

⁴⁷⁶ Nurullah KUNTER, Feridun YENİSEY, Ayşe NUHOĞLU, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta, On Sekizinci Basım, İstanbul, Ekim, 2010. s.401.

⁴⁷⁷ KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU, a.g.e., s. 402.

⁴⁷⁸ Yener ÜNVER, Hakan HAKERİ, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2010, s.223.

⁴⁷⁹ Bahri ÖZTÜRK, Mustafa Ruhan ERDEM, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, Ankara, 2008.s. 343, Veli Özer ÖZBEK, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 222.

⁴⁸⁰ Nur CENTEL, Hamide, ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 16.Bası, Beta Yayınları İstanbul, 2019, s.200.

⁴⁸¹ A.g.e, s.167.

ortaya konulmaktadır. Bazılarına göre müdafî, sanığın temsilcisi veya sınırlı temsilcisidir, bazılarına göre ise sanığın yardımcısıdır⁴⁸². Ayrıca müdafinin, mahkemenin yardımcısı olduğunu veya adalet organı olduğu görüşünü savunan yazarlar da vardır⁴⁸³. Ancak Türk Hukuku'nda genel görüş müdafinin şüpheli veya sanığın yardımcısı olduğudur⁴⁸⁴. Centel-Zafer de, müdafinin şüpheli veya sanığın yardımcısı olduğu yönündeki görüşe katılmakta, ceza davasının kamu davası niteliği ve bu davada maddi gerçeğin ortaya çıkarılması yükümlülüğünün, temsil ilişkisinin özel hukuktaki anlamıyla bağdaşmadığını belirtmekte, ancak duruma biraz farklı açıdan bakmaktadır⁴⁸⁵. Centel-Zafer'e göre, şüpheli/sanığa yardım savunma biçiminde gerçekleşir, savunma ise bir yandan şüpheli/sanığın, diğer yandan toplumun çıkarlarına yarar ve ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılması sosyal menfaatin gereği olduğundan, müdafî aynı zamanda bağımsız bir adalet organıdır⁴⁸⁶. Taner de aynı görüşe katılmakta, avukatlık ilişkisinin temsil işlevinden kaynaklanan yükümlülüklerinin tamamının müdafî için söz konusu olmadığını belirtmektedir⁴⁸⁷. Avukatlık Kanunu'ndaki tanım ile birlikte müdafinin görevini yaparken, yürütme erki, savcılık, mahkeme ve hatta şüpheli/sanık karşısında bağımsızlığını koruması bizim kanaatimize göre de müdafinin şüpheli/sanığa yardımcı bağımsız bir adalet organı olarak tanımlanması gerekmektedir.

Müdafinin maddi gerçeği ortaya çıkarmak için gösterdiği çaba ve bunun araştırılması, şüpheli/sanığın muhakemenin başından sonuna kadar müdafinin yardımından faydalanmasını ve yargı organları önünde hukuksal açıdan olabildiğince eşit koşul ve olanaklara sahip olmasını gerektirir⁴⁸⁸.

Müdafinin hukuki yardımından faydalanma hakkı, iddia ve savunmanın eşitliği ve dolayısıyla adil bir yargılama için gereklidir. Sanığın, hukuk kurallarına

⁴⁸² KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU, a.g.e., s.408(Yazarlar bu görüşte olmayıp, müdafiliğin sadece ayrı yetkileri ve ödevleri olan kanuni bir temsilcilik olduğunu savunan diğer yazarlardan bahsetmektedirler)

⁴⁸³ CENTEL, ZAFER, a.g.e, s.203-204.

⁴⁸⁴ ÖZBEK, a.g.e, s. 222; KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU, s.409; YÜNVER, Hakan HAKERİ, a.g.e., s.224; ÖZTÜRK, ERDEM, a.g.e, s. 347.

⁴⁸⁵ CENTEL, ZAFER, a.g.e, s.203.

⁴⁸⁶ CENTEL, ZAFER, a.g.e., s.204.

⁴⁸⁷ TANER, a.g.e., s.193.

⁴⁸⁸ ÜNVER, HAKERİ, a.g.e, s.224.

yabancı olmasının yanında hukuk kurallarını yorumlamakta yetersiz olması dahi kendisini, hukuku bilen iddia ve karar makamları karşısında eşit olmayan bir duruma sokması ve bu durumda sanığın zarar görmesi kaçınılmazdır⁴⁸⁹. Şüpheli/sanık hukuk eğitimi almış olsa bile, kendisinden üstün olduğunu düşündüğü iddia ve karar makamları karşısında duyduğu endişe ve korku nedeniyle kendisini gerektiği gibi savunamaz. Bu nedenle de savunma sırasında müdafiden yararlanma hakkına olan ihtiyaç bir zorunluluktur⁴⁹⁰.

Çağdaş devlet anlayışı ve özellikle “hukuka bağlı devlet” teorisi, hâkimin delilleri serbestçe takdir edebilmesi için itham edilen ile itham eden arasında eşitlik bulunmasını ya da bu durumun amaç olarak her zaman göz önünde bulundurulmasını gerektirir⁴⁹¹. Yargılamada, iddia makamı devlet otoritesini temsil ettiğinden sanıkla arasında zaten en başından bir eşitsizlik vardır. Tutuklu olan şüpheli/sanığın kendi lehine olan delilleri araştırması ve toplanmasını sağlanması fiilen mümkün değildir. Dolayısıyla ceza yargılamasında müdafinin yardımından faydalanmanın önemi ortadadır.

AIHM de, yargılamada sanığın soruşturma evresindeki ifadelerine önem ve ağırlık veren hukuk sistemlerinde 6. madde uyarınca şüpheliye bir müdafî atanmasının zorunlu olduğunu ve hukuki yardımın kolluktaki ilk ifadeden itibaren başlaması gerektiğini belirtmiştir⁴⁹².

AIHM, *Salduz/Türkiye*⁴⁹³ davasında, “ulusal hukukun, şüphelinin polis tarafından yapılan soruşturmanın ilk aşamalarında tutumuna sonuçlar bağlayabileceğini ve bunların ceza muhakemesinin ilerleyen aşamaları yönünden belirleyici olabileceğini, bu gibi durumlarda, 6. maddenin kural olarak sanığın polis soruşturmasının ilk aşamalarından itibaren bir avukatın yardımından faydalanmasını gerektirdiğini, bu hakkın ancak haklı nedenlerle sınırlandırılabilceğini, bu nedenle, her somut olayda sınırlamanın haklı olup

⁴⁸⁹ Adem ÇELİK, **Adil Yargılanma Hakkı**, s.153.

⁴⁹⁰ A.e., s.153.

⁴⁹¹ CENTEL, ZAFER, a.g.e, s.199.

⁴⁹² TANER, a.g.e., s.187, Dayanan/Türkiye, 13.10.2009, Başvuru No:7377/03, para. 32; Pishchalnikov/Rusya, 24.09.2009, Başvuru No:7025/04, para. 67; Akdağ/Türkiye, 17.09.2019, Başvuru No:75460/10, para. 45; Soytemiz/Türkiye, 27.11.2018, Başvuru No:578377/09; Harun Gürbüz/Türkiye, 30.07.2019, Başvuru No:68556/10, para. 58.

⁴⁹³ A.g.e., s.175, Salduz/Türkiye, 27.11.2008, Başvuru No:36391/02, para. 52.

olmadığı ve eğer öyleyse, yargılamanın tümü ele alındığında, sanığın adil yargılanma hakkından mahrum bırakılıp bırakılmadığını belirlemenin gerekli olduğunu” belirtmiştir⁴⁹⁴.

*Aksin vd/Türkiye*⁴⁹⁵ davasında “Mahkeme, yerleşik içtihadına atıfta bulunarak, Sözleşme’nin 6. maddesinin 3. paragrafının c) bendinde belirtilen hakkın, ceza yargılaması alanında aynı maddenin 1.paragrafında yer alan adil yargılanma kavramına ilişkin diğer unsurlardan birini teşkil ettiğini belirtmektedir (Salduz / Türkiye [BD], no. 36391/02, §§ 50-54, 27 Kasım 2008). Bu bağlamda Mahkeme, Sözleşme’nin 6. § 1 hükmü tarafından öngörülen adil yargılanma hakkının yeterince “somut ve etkin” olması için genellikle bir şüphelinin polis memuruyla ilk sorgusu esnasında kendisine bir avukat yardımı verileceğini ancak somut olayın özel koşulları ışığında, zorlayıcı nedenler bulunması halinde bu hakkın kısıtlanacağını hatırlatmaktadır. Zorlayıcı nedenlerin istisnai durumlarda avukata erişim hakkının engellenmesini haklı kılması durumunda, böyle bir kısıtlama –gerekçesi ne olursa olsun-, Sözleşme’nin 6.maddesinde belirtilen sanık haklarına haksız biçimde zarar vermemelidir. Polis sorgusu esnasında avukat yardımı alınmaksızın alınan ve kişinin mahkûmiyetine dayanak teşkil eden suçlayıcı ifadeler savunma hakkına telafi edilemez şekilde zarar vermektedir (anılan, Salduz, § 55). 47. Ancak Mahkeme, Salduz kararının aksine, mevcut davada başvuranın gözaltı sırasında avukat yardımı almamasının ilgili yasal hükümlerin sistematik biçimde uygulanmasının sonucu olmadığını belirtmektedir. Başvuranlar, somut olayda, genellikle bir avukat yardımı talep etme hakkına sahip olmuşlardır” diyerek Salduz/Türkiye⁴⁹⁶ davasındaki gerekçelerini tekrar etmekte, ancak o davadan farklı olarak başvurucunun olayın başından beri avukat yardımı talep etme hakkına sahip olduğuna vurgu yapmaktadır. Dolayısıyla, muhakemenin ilk aşamasından itibaren şüpheli/sanığın müdafî yardımından etkin bir şekilde faydalanması, şüphelinin haklarının korunması ve suçlayan ile suçlanan arasındaki dengesizliğin ortadan kaldırılarak silahların eşitliğinin sağlanması bakımından oldukça önem arz etmektedir.

Öte yandan müdafî yardımından faydalanma hakkı soruşturma aşamasında sadece ifade ve sorguya katılma hakkı ile sınırlı değildir. Yine soruşturma aşamasında yapılan işlemlerden olan keşif, yer gösterme, teşhis ve yüzleştirme,

⁴⁹⁴ Benzer karar için bkz. Girişen/Türkiye, 13.03.2018, Başvuru No:53567/07, para.57-61; Fefilov/Rusya, 17.07.2018, Başvuru No:6587/07, para.51-56.

⁴⁹⁵ Aksin vd./Türkiye, 01.10.2013, Başvuru No: 4447/05, para. 46.

⁴⁹⁶ Salduz/Türkiye, 27.11.2008, Başvuru No: 36391/02, para. 55.

arama ve el konulan belgelerin incelenmesi ile uzlaştırma müzakereleri sırasında da müdafî hazır bulunmalı⁴⁹⁷ ve yapılan tüm işlemlerden haberdar edilerek bu işlemlere katılma hakkının tanınması gerekmektedir. Aksi halde, şüpheli ve iddia makamı arasında kurulması gereken denge şüpheli aleyhine bozulmuş olacak ve silahların eşitliği ilkesi zarar görecektir.



⁴⁹⁷ Ulay/Türkiye, 13.02.2018, Başvuru No:8626/06, para.41-52(Hükümet tarafından, CMUK'un yürürlükte olduğu 2002 yılında yer gösterme işlemi sırasında müdafinin hazır bulunabileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmadığı savunulmuş ise de AİHM, hükmün sanığın yer gösterme bağlamında ve avukatı olmaksızın yaptığı ilk itiraflara dayandırıldığını belirterek, yer gösterme işlemi sırasında başvurunun avukatı yardımına erişiminin kısıtlanmasının, yargılamanın adilliğine geri döndürülemez biçimde hâle getirdiğini belirtmiş ve ihlal kararı vermiştir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİNE İLİŞKİN AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ İÇ HUKUKUMUZA ETKİLERİ

I. GENEL OLARAK

Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna bireysel başvuru yapılmasının kabul edildiği 1987 yılından başlayarak 2021 yılına kadar geçen yaklaşık 34 yıllık dönem içerisinde 1982 Anayasası’nda toplam on dokuz kez anayasa değişikliği yapılmış, bu değişiklikler gerçekleştirilirken büyük ölçüde Kopenhag Kriterleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları dikkate alınmış, bunlar değişiklik gerekçelerinde açıkça ifade edilmiştir¹. Bu değişikliklerden 03/10/2001 tarih ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun’un 14. maddesi ile Anayasa’nın 36.maddesi: “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*” şeklinde değiştirilmiştir. TBMM Anayasa Komisyonu, değişiklik gerekçesinde “bu değişiklikle Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınmış olan adil yargılanma hakkı metne dâhil edilmektedir.” ifadelerini kullanmıştır². Silahların eşitliği kavramını doğrudan ilgilendiren adil yargılanma hakkının Anayasa metninde yer alması yerinde bir değişiklik olmuştur. Anayasa’mızın 90/5. maddesine göre, “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*”³. Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir sözleşme olan ve tarafı olunarak usulüne göre yürürlüğe konulmuş bulunan Sözleşme, zaten, normlar hiyerarşisinde

¹ Kemal BAŞLAR, “Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, Mart 2008, s.5, (Çevrimiçi) www.anayasa.gen.tr, 20.04.2018.

² “TBMM Tutanak Dergisi”, Dönem 21, Yasama Yılı 3, C: 70, 131. Birleşim, S: 737, s. 6.

³ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 20 Nisan 2018.

de özel bir konuma sahip olarak, iç hukukumuzun bir parçasıdır⁴. Zaten Sözleşme'nin 46. maddesine göre, AİHM kararları taraf devletleri bağlar. Sözleşme'ye taraf devletlerin, Sözleşme'de düzenlenen adil yargılanma hakkının gereklerini yerine getirme zorunluluğu sadece taraf olmaktan kaynaklanan bir zorunluluk olmayıp silahların eşitliği ilkesini de içeren adil yargılanma hakkı, Sözleşme'nin giriş bölümünde anılan "...özgürlükler ve hukukun üstünlüğü bakımından ortak miras"a dâhildir⁵. Kendini hukuk devleti olarak niteleyen her devlet gibi Türkiye de, adil yargılanma hakkının, hukukun genel bir ilkesi olması nedeniyle bu hakka riayet etmelidir⁶. Bu kabulden ve adil yargılanma hakkını doğrudan teminat altına alan değişikliklerden yola çıkan yüksek mahkemelerimizin ve ilk derece mahkemelerimizin kararlarında her geçen gün artan bir şekilde Sözleşme hükümlerine atıflar yapıldığı görülmektedir.

Yine Anayasa'mızın 38. maddesinde yer alan *"Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur. Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.*

Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz. Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez. Ceza sorumluluğu şahsidir" şeklindeki hükümler de doğrudan adil yargılanma hakkı ile ilişkili ve hukuk devletinin gereği olan hükümlerdir. Bu hükümler doğrultusunda da çeşitli kanuni düzenlemeler yapılmış olup öncelikle hak ihlallerinin önlenmesi için tanınmış bir hak olan Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkı ele alınacak, sonrasında ilgili hukuk alanına göre iç hukukta yapılan diğer düzenlemeler aşağıda açıklanacaktır.

II. ANAYASA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURU HAKKI

A. Bireysel Başvuru Kavramı

⁴ M.Nedim BEKRİ, "Adil Yargılanma Hakkının Unsuru Olarak Silahların Eşitliği İlkesi ve Resmî Bilirkişi Sorunu", **Adalet Dergisi**, Ocak 2009, Sayı 33.

⁵ Olgun AKBULUT "Adil Yargılanma Hakkı," **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s.207.

⁶ A.g.e., s.207.

Bireysel başvuru kavramı, kabul edilerek uygulandığı ülkelerde farklı şekillerde tanımlansa da ülkemizde öğretide “Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru” ve “anayasa şikayeti” gibi terimlerle adlandırılmaktadır⁷. Alman anayasa yargısında “die verfassungsbeschwerde” ve İngilizcede “constitutional complaint” olarak ifade edilmektedir⁸.

Bireysel başvuru dar bir tanımla, bireylerin Anayasa’da, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Sözleşme’ye ek protokollerde güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla başvurabileceği ikincil nitelikte ve istisnai bir hak arama yolu olarak tanımlanabilir⁹.

Mavcic, bireysel başvurunun, anayasal hakların esas olarak devlet organının münferit işlemleriyle ihlaline karşı özel bir başvuru yolu olduğunu, özellikle bir

⁷ Zafer GÖREN, “Anayasa Mahkemesine Kişisel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)”, **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayınları:30, sayı: 11, Ankara, 1997, s. 97-135; Yavuz SABUNCU, Selin ESEN ARNWINE, “Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli-Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu”, **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayınları:51, sayı: 21, Ankara, 2004, s. 229-246; Fazıl SAĞLAM, “Anayasa Şikâyeti Kurumunun Türk Hukukuna Kazandırılması ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Olanakları”(Ed. Mehmet Turhan ve Hikmet Tülen), **Anayasa Yargısı İncelemeleri-1**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2006, s. 72-111; Bahadır KILINÇ, “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayınları: 57, sayı: 25, Ankara, 2008, s. 19-59; Cem Duran UZUN, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti): Beklentiler ve Riskler**, SETA Yayınları, Ankara, 2010, s. 6, Tolga ŞİRİN, **Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2013, s. 6-12.

⁸ Bahadır KILINÇ, “Federal Almanya’da Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Yolu”, (Ed. Bülent Yücel ve İlker Gökhan Şen), **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 15, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2011, s. 88.

⁹ Musa SAĞLAM, “Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde Ülkemizde Bireysel Başvuru (6216 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun)”, **Prof. Dr. Mehmet Akad’a Armağan, Prof. Dr. Mehmet Akad’a Armağan**, MÜHF, Der Yayınları, İstanbul, 2012, s. 751-772; Ergin ERGÜL, **Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması**, Yargı Yayınevi, Ankara, 2012, s. 5; Hasan Tahsin FENDOĞLU, “Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 4, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2013, s. 35; Hüseyin EKİNCİ, Musa SAĞLAM, **Sorularla Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014, s. 1; Mustafa Selman ÇELİK, “Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru) Kabul Edilebilirlik İncelemesi ve Bu Kapsamda Önemli Zarar”, **Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)**, (Ed. Sevtap Yokuş), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 156; Ahmet Ertan YILMAZTEKİN, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yapılması”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2019/4, s.244.

temel hak ve özgürlük hakkının denetlenebildiği ikincil yani tali niteliği bulunan bir hukuki çözüm yolu olduğunu¹⁰ ifade etmektedir.

Sağlam, uygulamada anayasa şikâyeti yolunun, kendi arasında gerçek olan ve gerçek olmayan anayasa şikâyeti olarak ikiye ayrıldığını, gerçek anayasa şikâyetinde bireyin, temel hakkının ihlal edildiğini düşünüyorsa doğrudan Anayasa Mahkemesine başvurarak hakkını aramakta olduğunu, bu usulü ilk uygulayan ülke Avusturya olmasına rağmen en tipik ve en kapsamlı örneğin Almanya olduğunu, gerçek olmayan anayasa şikâyetinde ise başvurunun, temel hakkın ihlaline yol açan işleme ya da mahkeme kararına karşı değil, bu karara ya da işleme dayanak oluşturan kurala karşı yapıldığını, yani bir tür somut norm denetiminin birey tarafından işletilmesinin halinin anayasa şikâyeti olarak adlandırıldığını, Macaristan ve Polonya’daki uygulamaların bu yönde olduğunu¹¹ belirtmektedir.

Şirin bireysel başvuruyu, “*Bireysel başvuru, anayasada veya anayasal belgede öngörülen belirli hak ve hürriyetlerden birinin veya birden fazlasının kamu otoriteleri tarafından icrai veya ihmali bir edimle ihlal edilmesine karşı, hakkı ihlal edilen veya kamu düzenini gerektiren hallerde özel olarak yetkilendirilmiş kişi veya kişiler tarafından, söz konusu ihlalin geçici tedbir, iptal veya tespit kararları yoluyla önlenmesi amacıyla, olağan hukuk yolları tüketildikten sonra, ihlale konu olan eylem veya eylemsizliğin anayasaya veya anayasal belgeye uygunluğunu incelemeye yetkili Mahkeme önünde dava edilmesi imkânı tanıyan ikincil ve istisnai nitelikte, kendine özgü, olağanüstü bir hukuki çare*”¹² olarak tanımlamıştır.

Güngör, bireysel başvuruyu Şirin’in tanımına benzer şekilde, “*Anayasa’da, AİHS’de ve Türkiye’nin usulüne uygun kabul etmiş olduğu AİHS’ne ek protokollerde teminat kapsamında bulunan hak ve özgürlüklerden birinin veya daha fazlasının, üç erk olan yargı, yürütme ve yasama erklerinden bir ya da daha fazlası tarafından, ihmali ya da icrai bir eylemle ihlal edilmesine karşı, temel hak ve özgürlüğü ihlal edilen kişi, kişiler ya da özel hukuk tüzel kişileri tarafından, söz konusu ihlalin tespiti ve önlenmesi, ihlalin neden olduğu*

¹⁰ A. MAVČIČ, “Tüketilmesi Gereken Veya AİHS Anlamında Geçerli Bir İç Hukuk Yolu Olarak Bireysel Şikâyet”, Mart 2011, Slovenya, s. , (Çevrimiçi) <https://docplayer.biz.tr/1379468-Tuketilmesi-gereken-veya-aihs-anlaminda-gecerli-bir-ic-hukuk-yolu-olarak-bireysel-sikayet-mukayeseli-veche-ve-slovenya-vechesi.html>, 26.07.2021.

¹¹ Fazıl SAĞLAM, a.g.m., s. 102.

¹² Tolga ŞİRİN, a.g.e., s. 11.

zararın tazmini makasadyyla, olağan olarak kanunda düzenlenen hukuk yolları-kural olarak-tüketilip bitirildikten itibaren, ihlale konu olan icrai işlem, mahkeme kararı veya ihmalin Anayasa, AİHS ve ek protokollere uygunluğunu denetlemeye yetkili merci önünde dava edilebilmesi olanağı sunan usulü bir hak”¹³ şeklinde tanımlamış olup bu tanımın öğretide en ayrıntılı ve kapsamlı tanım olduğunu belirtmek gerekir.

Bireysel başvuru hakkı, Anayasa’nın 148. maddesinin üçüncü fıkrasında ise, “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir...” şeklinde tanımlanmıştır. Ayrıca 6212 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 45. maddesinin birinci fıkrasında “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir” şeklinde benzer bir tanıma yer verilmiştir.

Bireysel başvuru kurumunun, ilk kez hangi ülkede ortaya çıktığı ve uygulanmaya başlandığı konusunda görüş birliği bulunmamakla birlikte anayasal bir metinde “bireysel başvuru” kurumunun açıkça ilk kez düzenlenmesi 1868 yılında Avusturya’da gerçekleşmiştir¹⁴. Ancak bu kurumun kökenleri, bugünkü İspanya topraklarında hüküm sürmüş ve orada uzun yıllar süren bir hâkimiyet kuran Aragon Krallığı’nın 13. yüzyıl ile 16. yüzyıl arasındaki hukuk kurallarında ve 15. yüzyıldan itibaren de Almanya’da görülebilmektedir¹⁵. Ulusal hukuklarda bireysel başvurunun etkin bir şekilde uygulanması ilk olarak Alman hukukunda ortaya çıkmış, Almanya’nın 1969 Anayasasında da bireysel başvuruya yer verilmiş, temel hakların gerilemesine sebep olabilecek olağanüstü halle ilgili anayasa değişikliğinin yapıldığı

¹³ Burak GÜNGÖR, “Silahların Eşitliği İlkesi ve Çelişmeli Yargılama Hakkı’nın Bireysel Başvuru Usulünde İncelenmesi” **Yayınlanmamış Doktora Tezi**, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2019, s. 8.

¹⁴ YILMAZTEKİN, a.g.e., s.243, İsmail Emrah PERDECİOĞLU, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru ve Norm Denetimi Kararlarının Uyumlaşma Sorunu: Mülkiyet Hakkı Örneği” **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2018, s. 35.

¹⁵ MAVÇİÇ, a.g.e., s.4.

sırada bu gerilemenin anayasayla güvence altına alınmış bir anayasa şikâyeti hakkıyla dengelenmesi düşünülmüştür¹⁶.

Almanya dışında, aynı hukuk geleneğine sahip olduğu söylenen Avusturya ve İsviçre'de, Latin Amerika ülkelerinden Arjantin, Kolombiya, Meksika ve Brezilya'da, Avrupa'nın diğer ülkelerinden Belçika, İspanya, Macaristan, Çekya, Hırvatistan, Sırbistan, Karadağ, Slovenya, Portekiz ve Slovakya'da, Uzak Doğu bölgesinde ise Kore'de anayasa şikayeti kurumu kabul edilmiştir ve uygulanmaktadır¹⁷.

B. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvurunun Koşulları

Başvurucunun kamu gücü tarafından ihlal edildiğini öne sürdüğü hakkının korunması amacıyla bireysel başvuru hakkını kullanarak Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi ve Mahkeme tarafından da bu başvuruların usulden kabul edilerek başvurunun esasına ilişkin inceleme aşamasına geçilebilmesi için yerine getirilmesi gereken bazı koşullar mevcuttur. Bu koşullar, hem başvurunun yapılabilmesi hem de bu başvuruların Mahkeme tarafından kabul edilebilmesi için gerekli unsurlardır.

Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrasına göre *“Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır”*. 03.04.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin 2. fıkrası ise *“İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmâl için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir”*. Aynı kanunun 47. maddesinin 5. fıkrası da *“Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu*

¹⁶ Ece GÖZTEPE, **Anayasa Şikâyeti**, AÜHF Yayınları No:530, AÜHF Döner Sermaye Yayınları No:45, Ankara, 1998, s. 26-27, ayrıca anayasa şikâyetinin ayrıntılı tarihçesi için bkz. a.g.e., s.26-40.

¹⁷ A.g.e., s. 28; EKİNCİ, SAĞLAM, a.g.e., s. 2, MAVÇİC, a.g.e., s.5, mukayeseli hukukta anayasa şikâyeti veya diğer adıyla bireysel başvurunun ayrıntılı anlatımı ve uygulamaları için bkz. GÖZTEPE, **Anayasa Şikâyeti**, s. 27-42, Gaye YILDIZ, *“Anayasa Hukukunda Bireysel Başvuru”*, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2012, s.31-65, Özgür KİREMİTÇİ, *“Karşılaştırmalı Hukukta Bireysel Başvuru Kurumu”*, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2015, s.52-79, Fatih SÜNGÜ, *“Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Şartı Olarak Mağdur Kavramı”*, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019.

öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir...” hükümlerini içermektedir.

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün “Başvuru süresi ve mazeret” başlıklı 64. maddesinin 1. fıkrasında “*Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği ve buna ilişkin kararın kesinleştiği tarihten, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla yasa koyucu, bireysel başvuru hakkının, diğer hukuk yolları tüketildikten sonra kullanılabilineceğini öngörmüş olduğundan, bireysel başvurunun ikincil nitelikte anayasal yargı yolu olduğu anlaşılmakta, bu durum Anayasa Mahkemesi tarafından da dile getirilmektedir¹⁸. Dolayısıyla başvuru, bireysel başvuruda bulunarak olağanüstü kanun yoluna gitmiş olmaktadır.

Ayrıca 6216 sayılı Kanunun 48. maddesinin birinci fıkrasında “*Bireysel başvuru hakkında kabul edilebilirlik kararı verilebilmesi için 45 ila 47 nci maddelerde öngörülen şartların taşınması gerektiği*” belirtilmiş, beşinci fıkrasında “*Kabul edilebilirlik şartları ve incelemesinin usul ve esasları ile ilgili diğer hususlar İçtüzükle düzenlenir*” hükmü getirilmiş, 45 ve 47. maddelerinde ise diğer başvuru koşulları düzenlenmiş olup Anayasa Mahkemesi ilk incelemede “*evraklarda eksiklik bulunup bulunmadığı, başvurunun konu, kişi, yer ve zaman bakımından kendi yetki alanı içinde olup olmadığı ve başvurunun zamanında yapılıp yapılmadığı, başvuru harcının ödenip ödenmediği*” gibi koşulları değerlendirdikten sonra başvurunun kabul edilebilir olup olmadığı yönünde karar vermekte, kabul edilebilir olduğu yönünde karar verir ise başvuruyu esas bakımından ele almaktadır¹⁹.

¹⁸(Çevrimiçi)<https://www.anayasa.gov.tr/tr/bireysel-basvuru/bireysel-basvuru-kabul-edilebilirlik-kriterlerine-ait-emsal-kararlar/basvuru-yollarinin-tuketilmemesi/>, 27.07.2021.

¹⁹ Anayasa Mahkemesi’nin kabul edilebilirlik yönünde yaptığı incelemenin ayrıntıları için bkz. Metin EFE, **Anayasa Mahkemeleri Uygulamaları Kapsamında Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Şartları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s.119-120; GÜNGÖR, a.g.e., s. 33-117; Hilmi Can TURAN, “Türk Anayasa Yapısında Bireysel Başvuru”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2012, s.36-53; Onurdoğan KARAKAÇ, “Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuruları İnceleme Usulü”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2015, s. 31-128; YILDIZ, a.g.e., s.85-125; KİREMİTCİ, a.g.e., s.104-106; Bülent ALTINSOY, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda İdari Davalara Bakan Yönüyle Kabul Edilebilirlik Kriterleri, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2015.

C. Bireysel Başvuruya Konu Edilebilecek Haklar

Bireysel başvuruya konusu olabilecek ve ihlal edilmeleri halinde kişilerin yeniden tesisini veya uğradıkları zararın tazminini isteyebileceği haklar konusunda bireysel başvurunun etkin olarak kullanıldığı Almanya, Avusturya ve İspanya kendi anayasal sistemlerinin gelişim süreci içerisinde birer haklar listesi oluşturmuşlardır. Federal Alman Anayasası'nın 93. maddesinde, bireysel başvuru yoluna konu edilebilecek haklar sayılmış olup bunlar, Anayasa'nın 1'den 19'a kadar olan maddelerinde belirtilen haklar, 20. maddedeki direnme hakkı, 33. maddedeki Almanların sivil eşitliği, 38. maddedeki seçimlerle ilgili genel hükümler, 101. maddedeki olağanüstü mahkemelerin yasaklanması ve tabii hâkim ilkesi, 103. maddedeki mahkeme önündeki temel haklar ve 104. maddedeki gözaltına alınma durumunda tanınan haklar olarak sıralanmakta²⁰, Avusturya hukukunda ise iç hukukta Anayasa'da yer verilen ve öznel haklar olan özgürlük hakları ve siyasi haklar, kamu gücü tarafından ihlal edilmeleri durumunda kişilerin yeniden tesisini veya uğradıkları zararın tazminini isteyebilecekleri haklar olarak belirlenmiş olup sosyal, ekonomik ve kültürel haklar Avusturya sistemine yabancı olduğundan bu listeye dâhil edilmemişlerdir²¹. İspanya hukukunda amparo başvurusu olarak adlandırılan bireysel başvuru konusu yapılabilecek haklar ise Anayasa'nın 14-30. maddelerinde düzenlenen temel haklar ve özgürlükler olarak belirlenmiştir²². *“Bunlar ise, eşitlik ilkesi; yaşam, maddi ve manevi bütünlüğün korunması hakkı; siyasi düşünce ve din özgürlüğü, bireysel ve toplu ibadet hakkı; kişi özgürlüğü ve güvenliği; kişi ve aile hayatının gizliliği, konut dokunulmazlığı; yerleşme ve seyahat özgürlüğü; düşünceyi serbestçe ifade etme ve yayma, yazınsal, sanatsal, bilimsel ve teknik olarak üretme ve yaratma hakkı ve özgürlüğü, herhangi bir vasıta ile bilgiyi serbestçe alma ya da iletişim hakkı; barışçıl ve silahlı toplantı düzenleme hakkı; dernek kurma hakkı; vatandaşların kamu işlerine doğrudan ya da genel oy ilkesi çerçevesinde belirli aralıklarla yapılacak serbest seçimler sonucunda seçtiği temsilciler aracılığıyla dolaylı olarak katılma hakkı, memuriyete ve kamu görevlerine eşit koşullar altında girme hakkı; hak arama özgürlüğü, etkili yargısal korunmadan yararlanma hakkı; suç ve cezaların geriye yürümemesi ve*

²⁰ GÖREN, a.g.e., s. 100.

²¹ Musa SAGLAM, “Bireylerin Anayasa Mahkemesi'ne Başvurusu (Bir Reform Önerisi)”, **TBB Dergisi**, sayı 60, 2005, s. 153.

²² A.g.e, s.153.

şahsiliği; herkese eğitim, öğretim hakkı ve özgürlüğü; sendika ve grev hakkı; bireysel ve toplu dilekçe hakkı ve vicdani red”²³ olarak sayılabilir. Anayasa’da sınırlı şekilde sayılan haklar dışında kalan, 33. maddede düzenlenen “özel mülkiyet ve miras hakkı”, 34. maddede düzenlenen “vakıf kurma hakkı”, 35. maddede düzenlenen “çalışma hakkı ve özgürlüğü”, 37. maddede düzenlenen “toplu iş görüşmesi yapma hakkı”, 38. maddede düzenlenen “girişim özgürlüğü” hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesi durumunda bireyler, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunamamakta olup aynı durum Anayasanın 3. bölümünde düzenlenmiş olan sosyal ve ekonomik hayata yön veren ilkelere ilişkin düzenlemeler bakımından da geçerlidir²⁴. Bireysel başvuruya konu olabilecek haklar, bu üç ülkenin anayasalarında net bir şekilde sayılan ve klasik haklar olarak adlandırılan haklar olup anayasalarındaki bu belirgin düzenleme bireysel başvuru konusu olamayacak hakları da kolayca ortaya koymaya olanak vermektedir²⁵.

Türk hukukuna bakıldığında, Anayasa’nın 148. maddesinde, “*Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin*” ihlali durumunda bireysel başvuru yapılabileceği düzenlenmiştir. 6216 sayılı Kanunun 45. maddesinde ise, “*Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin*” ihlali durumunda Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yapılabileceği belirtilmiştir. Bu düzenlemeler kapsamında, bireysel başvuruya konu olabilecek haklar, Anayasa’da güvence altına alınmış haklardan AİHS ve AİHS’e Ek Protokoller kapsamında kalanlar olarak belirlenmiştir. Sadece Sözleşme’de veya sadece Anayasa’da yer alan haklar bireysel başvurunun konusunu oluşturamayacaktır. Bu temel kural ek protokoller bakımından da geçerlidir²⁶.

Kılınç, AİHS ve Ek Protokollerindeki hakların bireysel başvuru kapsamında olmasını doğru bir düzenleme olarak nitlendirmiş, ancak Anayasa’da Avrupa İnsan

²³ Selin Esen ARNWINE, “İspanya’da Bireysel Başvuru Yolu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 52, Sayı 4, Ankara, 2003, s.251, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42654/514291>, 29.07.2021.

²⁴ ARNWINE, a.g.e, s.252.

²⁵ Musa SAĞLAM, “Bireylerin Anayasa Mahkemesi’ne Başvurusu (Bir Reform Önerisi)”, s.154.

²⁶ Melek ACU, “Bireysel Başvuruya Konu Edilebilecek Haklar”, **TBB Dergisi**, sayı 110, Ankara, 2014, s.407.

Hakları Sözleşmesi'ne atıf yapılması yerine, bu hakların tek tek sayılarak belirtilmesinin daha doğru olacağını ifade etmiştir²⁷.

Sağlam, bireysel başvuru kapsamında, anayasanın temel haklara ilişkin üçlü sınıflaması içinde bu hakları ayırmanın zor olacağını, bireysel başvuru yoluyla sağlanacak korumanın Sözleşme kapsamınd yer alan anayasal hak ve özgürlüklerle sınırlı tutulmasını gerektiğini, böylece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile uyum sağlanmış olacağını belirtmiştir²⁸.

Göztepe, “bireysel başvuru yolunun kabul edilmesinin amacının, bireylerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunmasını sağlamak ve kamu organlarını, Anayasaya ve kanunlara daha uygun davranma konusunda zorlamak olduğu belirtilmiş olsa da, asıl amacın AIHM'e başvuruları azaltmak için Anayasa Mahkemesi'ni bir iç hukuk filtresi haline getirmek olduğunu, bireysel başvuru konusu yapılabilecek temel hak ve özgürlüklerin, Anayasa'nın İkinci Kısımının İkinci, Üçüncü ve Dördüncü Bölümlerinde düzenlenen temel hak ve özgürlükler değil, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birisi olarak belirlendiğini, dolayısıyla bireysel başvuru hakkının kapsamının, AIHS'nin denetim mekanizması ile organik bir bağ içerisinde olduğunu”²⁹ belirtmiştir.

Paczolay, Türk Anayasası'nın bireysel haklar, sosyal ve ekonomik haklar, ve politik haklar olmak üzere üç farklı grup hak öngörmekte olduğunu, taslağın gerekçesine göre, anayasal şikayetin uygulama alanının “klasik haklar”la sınırlandırılması gerektiğini, etkilenen hakların alanını belirlemede yanlış anlamaları önlemek için anayasal şikayetle sağlanacak korumanın AIHS'deki hak ve özgürlükleri kapsamasının kararlaştırıldığını³⁰ belirtmiştir.

Anayasa'daki düzenlemeye göre, Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinde yer verilen “çalışma ve sözleşme özgürlüğü ile çalışma hakkı ve ödevi”, 50. maddesinde

²⁷ KILINÇ, “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru”, s. 51-52.

²⁸ Fazıl SAĞLAM, “Anayasa Şikâyeti Kurumunun Türk Hukukuna Kazandırılması İle İlgili Sorunlar ve Çözüm Olanakları, s. 73.

²⁹ Ece GÖZTEPE, “Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, **TBB Dergisi**, 2011, (95), s.15.

³⁰ Peter PACZOLAY “Anayasa Şikayeti ve Buna İlişkin Sorunlar” (Venedik'te Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor), **Anayasa Yargısı**, Cilt 21, Anayasa Mahkemesi Yayınları: 51, Ankara, 2004, s.197.

belirtilen “çalışma şartları ve dinlenme hakk”, 60. ve 61. maddelerinde yer verilen “sosyal güvenlik hakkı”, 70. maddesinde belirtilen “kamu hizmetine girme hakkı” Anayasa’da yer almalarına rağmen AİHS veya Ek Protokollerde yer almadığından bireysel başvuruya konu edilemeyeceklerdir.

Diğer yandan, bazı haklar da AİHS’nde yer almayıp Türkiye’nin taraf olmadığı 4 ve 12. Protokollerde yer aldığından Anayasa’da güvence altına alınmış haklar olmalarına rağmen bireysel başvuru hakkının kapsamı dışında kalmaktadırlar. Gerek Anayasa’da, gerek bireysel başvuru konusunu düzenleyen 6216 sayılı Kanun’da, bireysel başvuru konusu yapılabilecek haklar tek tek sayılmamıştır.

Ancak, AİHS, Ek Protokoller ve Anayasa birlikte ele alındığında bireysel başvuruya konu olabilecek hakların büyük ölçüde belli olduğu görülmektedir. Bu hakları kısaca belirtecek olursak:

-AİHS’de yer alıp Anayasamızda da güvence altına alınan haklar:

-Yaşam Hakkı: AİHS’nin 2. maddesinde yer alan hak, Anayasa’nın 15/2. maddesinde “...savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz...” ve 17/1 maddesinde “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.” şeklinde güvence altına alınmış, 17/4 maddesinde “meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması¹ veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır” denerek istisnaları bir başka deyişle hukuka uygunluk sebepleri belirtilmiştir.

- İşkence ve kötü muamele yasağı: AİHS’nin 3. maddesinde yer alan hak “Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.” şeklinde düzenleme ile Anayasa’nın 17/3 maddesinde güvence altına alınmıştır.

- Kölelik ve Zorla Çalıştırma Yasağı: AİHS'nin 4. maddesinde yer alan hak Anayasa'nın 18/1 maddesinde de *"Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır."* yer almış, maddenin ikinci fıkrasında ise istisnaları belirtilmiştir.

- Özgürlük ve Güvenlik Hakkı: AİHS'nin 5. maddesinde yer alan hak Anayasa'nın 19/1 maddesinde *"Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir"* şeklinde güvence altına alınmıştır.

- Adil Yargılanma Hakkı: AİHS'nin 6. maddesinde yer alan ve çalışmamızın bütününe temel teşkil eden bu hak, Anayasa'nın 36. maddesine 2001 yılında eklenen hükümle girmiştir. Anayasa'nın 36. maddesindeki hak arama hürriyeti, 37. maddedeki kanuni hâkim güvencesi, 138. maddedeki mahkemelerin bağımsızlığı, 140. maddedeki hakimlik ve savcılık teminatı, 141. maddedeki duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması, hükümleri adil yargılanma hakkı kapsamında Anayasa'da yer verilen hükümlerdir. Ayrıca, 38. maddede adil yargılanma hakkı ile doğrudan bağlantılı bazı güvencelere yer verilmiştir³¹.

- Özel yaşama ve aile yaşamına, Konut ve Haberleşme Özgürlüğüne Saygı: AİHS'nin 8. maddesinde yer alan hak, Anayasa'nın 20. maddesinde *"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile*

³¹ **Madde 38** – Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır.

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.

Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.

Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.

(Ek fıkra: 3/10/2001-4709/15 md.) Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.

Ceza sorumluluğu şahsidir.

(Ek fıkra: 3/10/2001-4709/15 md.) Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz.

(Ek fıkra: 3/10/2001-4709/15 md; Mülga fıkra: 7/5/2004-5170/5 md.)

(Değişik onuncu fıkra: 7/5/2004-5170/5 md.) Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez.

İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir.

(Değişik son fıkra: 7/5/2004-5170/5 md.) Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez.

hayatının gizliliğine dokunulamaz.” 21. maddesinde “Kimsenin konutuna dokunulamaz”, 22. maddesinde “Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.” Şeklindeki düzenlemeler ile üç ayrı maddede kendine yer bulmuştur.

- *Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü: AİHS’nin 9. maddesinde yer alan hak Anayasa’nın 24. Maddesinde “Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir”. ve 25. maddesinde “Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir” şeklinde ifade edilmiş, . Ayrıca 10. maddede yer alan “herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” hükmü de bu kapsamda kabul edilmektedir.*

- *İfade Özgürlüğü: AİHS’nin 10. maddesinde yer alan hak, Anayasa’nın 26.maddesinde “Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti; herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir...” şeklinde açıklanmış, yine yukarıda yer verilen 24. maddedeki din ve vicdan hürriyeti, 25. maddedeki düşünce ve kanaat hürriyeti, 15/2 maddesindeki düzenleme, AİHS kapsamında açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen AİHM kararlarında nitelikleri itibariyle ifade özgürlüğünün geniş yorumlaması suretiyle Anayasa’nın 27. maddesindeki bilim ve sanat özgürlüğü, 28. Maddesindeki basın özgürlüğü, 31. maddesindeki kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı, 133. maddesindeki özel radyo ve televizyonların kurulması ve işletilmesine dair hüküm ve 32. Maddesindeki düzeltme ve cevap hakkı ifade özgürlüğü hakkı kapsamında ele alınmaktadır.*

- *Toplantı ve dernek kurma hakkı: AİHS’nin 11. maddesinde yer alan hak Anayasa’nın 33. maddesinde “Herkes, önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma hürriyetine sahiptir. Hiç kimse bir derneğe üye olmaya ve dernekte üye kalmaya zorlanamaz”, 34. maddesinde “Herkes, önceden izin almadan, silahlı ve silahlı toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir”, şeklinde yerini bulmuş, ayrıca 51. maddedeki sendika hakkı, 53. maddedeki toplu iş sözleşmesi yapma hakkı, 54. Maddedeki grev hakkı ve lokavt, 68. maddedeki siyasi parti kurma, partilere üye olma ve üyelikten çıkma hakkı ile 69. maddedeki siyasi partilerin uyacakları esaslara ilişkin düzenlemeler bu kapsamda ele alınmaktadır.*

- Evlenme ve Aile Kurma Hakkı: AİHS'nin 12. maddesinde yer alan hak doğrudan Anayasa'da yer bulmamakla birlikte, Anayasa'nın "*Ailenin Korunması ve çocuklar*" başlıklı 41. maddesinde "*devletin, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri*" alması konusunda pozitif yükümlülüğü olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla, devletin ailenin korunmasına ilişkin pozitif yükümlülüğü kapsamında bireysel başvuru yapılması mümkündür.

- Etkili Başvuru Hakkı: AİHS'nin 13. maddesinde yer alan hak, ancak AİHS ve ek Protokollerin ihlali iddiasıyla birlikte, yani tek başına ileri sürülemeyen nitelikte, hakların resmi görevli kişilerce engellenmesi üzerine ulusal bir makama başvuru hakkı vermektedir. Dolayısıyla etkili başvuru hakkı, mahkemeye başvuru hakkı ve kişi özgürlüğü güvencesi ile yakından ilişkilidir. Anayasa'nın "*hak arama hürriyeti*" başlıklı 36. maddesi ile "*Temel hak ve hürriyetlerin korunması*" başlıklı 40. maddesi bu hakkı da içermektedir.

- Ayrımcılık Yasağı: AİHS'nin 14. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağı, etkili başvuru hakkında olduğu gibi bağımsız bir ilke olmayıp, ayrımcılık yapıldığı iddia edilen konunun, AİHS ve ek Protokoller çerçevesinde güvence altına alınan bir hakla ilişkin olması gerekmektedir. Anayasa'nın 10 maddesinde yer alan "*kanun önünde eşitlik*" düzenlemesi doğrultusunda bireysel başvuru yapılabilecektir.

AİHS'e ek Protokoller kapsamında kalan, Anayasa'da güvence altına alınmış haklar ise:

- Mülkiyet Hakkı: AİHS Ek 1 no.lu Protokolün 1. maddesinde yer alan hak, Anayasa'nın 35. maddesinde "*herkesin, mülkiyet ve miras hakkına sahip olduğu ve bu hakların ise, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği*" belirtilmiştir. Kamu yararı amacıyla getirilecek sınırlamalar açısından da Anayasa'nın 46. maddesinde düzenlenen kamulaştırma ve 47. Maddesinde düzenlenen devletleştirme hükümleri de bu kapsamda ele alınabilir.

- Eğitim ve Öğrenim Hakkı: AİHS Ek 1 no. lu Protokolün 2. maddesinde hiç kimsenin eğitim hakkından yoksun bırakılamayacağını yanı sıra, devletin eğitim ve

öğretim alanında yükümlülüklerini yerine getirirken, ana babanın dini inanç ve felsefelerine saygı göstermesine ilişkin pozitif yükümlülüğü olduğu belirtilmiştir. Türkiye, Ek 1 no.lu Protokolün 2. maddesini Tevhid-i Tedrisat Kanunu hükümlerini saklı tutmak suretiyle onaylamıştır. Bu hususlar dikkate alınmak suretiyle, Anayasa'nın 42. maddesinde güvence altına alınmış olan eğitim ve öğretim hakkı bireysel başvuru konusu yapılabilir.

- Seçme ve Seçilme Özgürlüğü: AİHS Ek 1 no. lu Protokol'ün 3. maddesinde, *“yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde, makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapılacağı”* hüküm altına alınmıştır. Serbest seçme ilkesi esas alınarak, bu hüküm temelinde Anayasa'nın 67. Maddesinde düzenlenmiş seçme ve seçilme hakkı ile 75. Maddesinde düzenlenmiş olan TBMM seçimlerinin genel oyla yapılması hükümleri ek Protokol'deki hakkı güvence altına almaktadır.

- Sözleşmeden doğan bir yükümlülük nedeniyle kişi özgürlüğünü kısıtlama yasağı: AİHS Ek 4 no.lu Protokol'ün 1. maddesinde düzenlenmiş olan hak Anayasa'nın 38/8. Maddesinde karşılığını bulmakta ve hiç kimsenin, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamayacağı belirtilmektedir.

Yabancıların sınır dışı edilmelerine ilişkin usulü güvenceler: AİHS Ek 7 no.lu Protokol'ün 1.maddesine göre *“bir devlet ülkesinde kurallara uygun olarak ikamet eden bir yabancı, yasaya uygun şekilde verilmiş bir kararın uygulanması dışında sınır dışı edilemez ve sınır dışı edilmesine karşı gerekçeleri öne sürebilmesine, durumunu yeniden incelemeye, yukarıdaki amaçlarla, yetkili bir merci önünde veya bu merci tarafından tayin edilecek biri ya da binleri önünde temsil ettirmesine, izin verilecektir”*. Maddenin 2. fıkrasında ise *“sınır dışı edilmenin kamu düzeni yararı ya da ulusal güvenlik nedenleri açısından gerektiği hallerde belirtilen hakları kullandırmadan yabancıların sınırdışı edilebileceği”* düzenlenmiştir. Anayasa'nın 16. maddesine göre de *“Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir”*. Anayasa Mahkemesi Kemal Salpagarov başvurusunda³² ve Azızcın Hıkmato

³² Kemal Salpagarov Başvurusu, Başvuru No: 2016/12809, Karar tarihi:16.01.2020.

başvurusunda³³ Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen kötü muamale yasağına aykırılık nedeniyle ihlal kararları vermiş ve bu kararlarında başvuruları AİHM'in kötü muamale yasağına aykırılık olduğuna ilişkin ihlal kararları ile Anayasa Mahkemesi İç Tüzüğü'nün 73. maddesi kapsamında incelemiştir. Peri Kırık başvurusunda³⁴ ise başvurucunun iddiaları Anayasa'nın 13. ve 20. maddeleri kapsamında ele alınarak başvurunun kabul edilebilir olduğuna, ancak olayda Anayasa'nın 20. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

- Bir suçtan hüküm giyen kişinin üst mahkemeye başvurma hakkı: AİHS Ek 7 no.lu Protokol'ün 2.maddesine göre adil yargılanma hakkı kapsamında bir yargı yerine etkin şekilde başvuru hakkının tanınması gerekmektedir. Yargı yerine başvuru hakkı diğer bir deyişle mahkemeye erişim hakkı, ikinci derecede, üst bir mahkemeye başvuru hakkını şart görmeyebilir. Ancak, ek Protokolde, yargı yerine başvuru hakkı kapsamında üst bir mahkemeye gidebilme hakkının varlığı şartı bulunmaktadır. Söz konusu hak, *“herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğunun ifade edildiği”* Anayasa'nın 36/1. maddesi ile etkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkının düzenlendiği 40/1. maddesinde kendisine yer bulmaktadır. Konu ile Denetim Muhakemesi başlığı altında ayrıntılı açıklamalar yapılmıştır.

- Haksız hüküm giyen kişiye tazminat hakkı: AİHS Ek 7 no. lu Protokol'ün 3. maddesine göre, *“bir kişinin, kesin bir kararla cezai bir suçtan mahkûm edilmesi ve sonradan yeni veya yakın zamanda keşfedilmiş bir delilin kesinlikle yanlış bir adalet uygulaması olduğunu göstermesi veya kişinin affedilmesi nedeniyle cezai kararın iptal edilmesi halinde cezaya maruz kalan kişinin zararı ilgili devletin yasası ve uygulamasına göre tazmin edilecektir”*. Anayasa'nın 40. maddesine göre de *“Kişinin, Resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.”*

- Aynı suçtan iki kere yargılanamama ve cezalandırılmama: AİHS Ek 7 no. lu Protokol'ün 4 maddesinde ayrıntılı olarak yapılan düzenleme, hak arama

³³ Azizjon Hikmatov Başvurusu, Başvuru No: 2015/18582, Karar tarihi:17.05.2020.

³⁴ Peri Kırık Başvurusu, Başvuru No: 2015/19795, Karar tarihi:09.01.2019.

hürriyetinin ifade edildiği Anayasa'nın 36. maddesi ve *“kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz, kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez”* hükmünün yer aldığı Anayasa'nın 38. maddesi kapsamında bireysel başvuru konusu yapılabilir

- Eşler arasında eşitlik: AİHS Ek 7 no. lu Protokol'ün 5. maddesindeki düzenlemeye göre, *“eşler evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde bir medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar”*. Sözleşme'nin 12. maddesindeki evlenme ve aile kurma hakkına karşılık olarak, Anayasa'nın 41. maddesinde, devletin ailenin korunması kapsamında ifade edilen pozitif yükümlülüğü bireysel başvuru konusu olabilecektir. Anayasa'nın 41/1 fıkrasında da, ailenin eşler arasında eşitliğe dayandığı belirtilmiştir.

Ülkemiz açısından halen yürürlüğe girmemiş olan AİHS Ek 4 no.lu Protokol'de yer alan haklar, Anayasa'da karşılıkları olmasına rağmen bireysel başvuruya konu edilememektedir. Bunlar özetle,

- Sözleşmeden doğan bir yükümlülük nedeniyle kişi özgürlüğünü kısıtlama yasağı: (AİHS Ek 4 no. lu Protokol 1. Madde ve Anayasa 38/8' e göre *“hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz”*).

- Yerleşme ve Seyahat Özgürlüğü: AİHS Ek 4 no. lu Protokol'ün 2. Maddesi ve Anayasa'nın 23. maddesine göre, herkesin yerleşme ve seyahat hürriyetine sahip olduğu kabul edilmiştir.

- Vatandaşların sınır dışı edilmesi ve ülkeye girmelerinin engellenmesi yasağı AİHS Ek 4 no.lu Protokol'ün 3. maddesi ve Anayasa'nın 23/6. maddesine göre, vatandaşlar sınır dışı edilemez ve yurda girme hakkından yoksun bırakılamaz.

- Yabancıların toplu olarak sınır dışı edilmeleri yasağı: (AİHS Ek 4 no. lu Protokol'ün 4. maddesi ve Anayasa'nın 16. maddesi uyarınca yabancılar için, *“temel hak ve hürriyetler, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilirler”*. 7

no.lu Ek protokol'ün 1. maddesi ülkede ikamet eden yabancı kişilerin haklarını düzenlerken 4 no.lu Ek Protokol'ün 4. maddesi ise yabancıların toplu olarak sınır dışı edilmelerini yasaklamakta olup özü itibariyle farklı konuları düzenlemektedir.

D. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı ve Silahların Eşitliği

Uluslararası hukukta insan haklarının güvence altına alan mekanizmaların kurulması ve ülkemizde temel anayasal haklar konusundaki mevcut koruma mekanizmasının yetersizliği, kişilerin haklarının korunması amacıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilmesini sağlayan bireysel başvuru yolunun tanınmasını sağlayan önemli nedenlerdir. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkı tanındıktan sonra ülkemiz hakkında verilen ihlal kararları iç denetim yolu olarak Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kurumunun hayata geçirilişini hızlandırmıştır. Hatta Anayasa'nın 148. maddesinde değişiklik yapan 5982 sayılı Kanun'un 19 madde gerekçesinde bu husus açıkça belirtilmiştir³⁵. Daha önce

³⁵ Anayasa'nın 148. maddesinde değişiklik yapan 5982 sayılı Kanun'un 19.madde gerekçesi şu şekildedir: “Bireysel başvuru ya da anayasa şikâyeti, kamu gücü tarafından, temel hak ve özgürlükleri ihlâl edilen bireylerin başvurdukları olağanüstü bir kanun yolu olarak tanımlanmaktadır. Günümüzde, temel hakların korunması amacıyla bireysel başvuru yolu, pek çok uygar ülkede anayasa yargısının ayrılmaz bir parçası kabul edilmektedir. Bireysel başvuru yolu, kapsamı ülkeden ülkeye farklılık göstermekle birlikte, başta Federal Almanya olmak üzere Avusturya, İspanya, İsviçre, Belçika, Macaristan, Polonya, Çek Cumhuriyeti, Slovak Cumhuriyeti, Meksika, Brezilya, Arjantin gibi pek çok ülkede uygulanmaktadır. Doğu Avrupa ülkelerinin çoğunda da bireysel başvuru kurumu kabul edilmiş ve işletilmektedir. Anglo-Amerikan hukukunda teknik anlamda bireysel başvuru kurumu olmasa da, bireysel başvuruyla benzer işlevlere sahip kanun yolları bulunmaktadır.

Türkiye'nin konumuna baktığımızda, bireysel başvuru müessesesinin kabul edilmediği, ancak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuru hakkının ve bu Mahkemenin zorunlu yargılama yetkisinin tanındığı görülmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yoluyla, iç hukukta halledilemeyen temel hak ihlallerine ilişkin şikâyetlerin, ulusalüstü düzeyde ele alınması kabul edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde her yıl Türkiye'ye karşı çok sayıda dava açılmakta ve Türkiye pek çok davada tazminata mahkûm edilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, iç hukuk yollarının tüketilmiş olup olmadığını araştırırken, ilgili ülkede bireysel başvuru kurumunun bulunup bulunmadığını da dikkate almakta ve bunu hak ihlallerinin ortadan kaldırılmasında etkili bir hukuk yolu saymaktadır. Bu nedenle, bireysel başvuru müessesesinin getirilmesiyle, hak ihlallerine maruz kaldığım iddia edenlerin Önemli bir bölümünün bireysel başvuru aşamasında, başka bir ifadeyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gitmeden önce, tatmin edilebilmesinin mümkün olabileceği ve böylece Türkiye aleyhine açılacak dava ve verilecek ihlâl kararlarında azalma olacağı değerlendirilmektedir. Bu itibarla, Türkiye'de de iyi işleyen bir bireysel başvuru sisteminin kurulması, haklar ve hukukun üstünlüğü temelindeki standartları yükseltecektir.

Diğer yandan, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 2004(6) Sayılı Tavsiye Kararında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesindeki dava yükünün azaltılabilmesi için bireysel başvuru yönteminin

bireysel başvuruya konu olabilecek haklar konusunda açıklandığı üzere diğer ulusal hukuk sistemlerine bakıldığında da bireysel başvuru kurumunun temel hak ve özgürlüklerin korunması konusunda etkili bir yol olduğu görülmektedir. Bireysel başvuru öncelikle, kişilerin kendilerini ilgilendiren anayasa ve uluslararası sözleşmeler tarafından teminat altına alınan hakların korunmasını sağlar³⁶. İkinci olarak da, bireysel başvuru, verilen kararlar aracılığıyla Anayasa'nın uygulanmasından kaynaklanan sorunlara açıklık getirebilir, Anayasa'nın yorumlanmasına ve geliştirilmesine, anayasa düzeninin korunmasına katkıda bulunabilir³⁷.

Sağlam'a göre³⁸, Anayasa Mahkemesi'nin temel kaygısı insan haklarının korunması olmayıp Anayasal denetimin sağlanmasında bireysel başvurudan önce hukuk sistemimizde yer alan iptal davası ve bekletici sorun yollarıyla yapılan denetim, insan haklarının korunmasında etkin bir rol üstlenememişlerdir. Bu koruma mekanizmaların yetersizliği de Anayasa değişikliğinin yukarıda dipnotta verilen gerekçesinde açıkça belirtilmiş ve bireysel başvuru yolunun, temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunmasını sağlayacak, öte yandan da kamu organlarının,

iç hukukta tanınmasının gerekliliğine değinilmiş; aynı şekilde, Venedik Komisyonu da 2004 yılında kamuoyuna duyurulan bireysel başvuruya ilişkin Anayasa değişikliği önerisini olumlu bulduğunu ifade etmiştir.

Türkiye'de bireysel başvuru yolunun kabul edilmesi, bir yandan bireylerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunmasını sağlayacak, öte yandan da kamu organlarının, Anayasaya ve kanunlara daha uygun davranma konusunda zorlayacaktır. Bu amaçlarla yapılan değişiklikle, bireysel hak ve özgürlüklerin korunması ve teminat altına alınması için, vatandaşlara bireysel başvuru hakkı tanınmakta ve Anayasa Mahkemesine de bu başvuru ile inceleme ve karara bağlama görevi verilmektedir.

Buna göre herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurma hakkına sahiptir. Bireysel başvuruda bulunabilmek için, olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır. Şu kadar ki, bireysel başvuru kurumunun niteliği dikkate alındığında, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususların bu kapsamda incelenmeyeceği kuralı benimsenerek, diğer yüksek yargı organları ile Anayasa Mahkemesi arasındaki olası görev uyuşmazlıklarının ortaya çıkmasının önlenmesi amaçlanmaktadır. Bu müessesenin işleyişine ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenecektir. Yapılan yeni düzenlemeyle, bireysel başvuruları inceleme görevi verilmek suretiyle, Anayasa Mahkemesine, özgürlükleri koruma ve geliştirme misyonu da yüklenmektedir”.

³⁶ ACU, a.g.e., s.407.

³⁷ ESEN ARNWINE, a.g.e., s.230.

³⁸ Musa SAĞLAM, “Bireylerin Anayasa Mahkemesi'ne Başvurusu (Bir Reform Önerisi)”, s.149.

Anayasaya ve kanunlara daha uygun davranma konusunda zorlayacak bir kurum olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla kişilere Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkı tanınması kanaatimizce de temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından olumlu bir değişiklik olmuştur. Ancak bu olumlu değişikliğin de eleştirilebilecek eksiklikleri mevcuttur.

6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin 3. fıkrasında, *"yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı ve Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin de bireysel başvuru konusu olamayacağı"* belirtilmiştir. Buna göre, yasama işlemleri olan kanunlar ve parlamento kararları, kesin nitelikleri itibariyle Anayasa Mahkemesi kararları, Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı ve tek tek saydığı *"Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler, Yüksek Askeri Şura'nın ilişik kesme dışındaki kararları, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun meslekten çıkarma cezası haricindeki kararları ve Yüksek Seçim Kurulu (YSK) kararlarına"* ilişkin olarak bireysel başvuru yoluna gidilmesi mümkün değildir. Özü itibariyle yargı denetimi dışında bırakılması bile hukuk devleti ilkesini zedelediğini düşündüğümüz bu işlemlere karşı bireysel başvuru yoluna gidilememesi de ayrı bir eleştiri konusudur. Ayrıca, bu işlemlerden siyasi katılım haklarına ilişkin üstlendiği görevler itibariyle çok önemli kararlar verebilen, YSK'nın kararlarına karşı bireysel başvuru yapılamaması, ileride doğması muhtemel bazı hukuksal sorunların giderilmesi ve bu temeldeki hakların korunması açısından Türk hukuk düzeninde bir eksikliğe neden olabilecektir³⁹.

Olağanüstü kanun hükmünde kararnameler de Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerden birisi olduğundan bu kararnamelere karşı bireysel başvuru yapılabilmesi mümkün değildir. Oysa ülkemizde temel hak ve özgürlüklerin ihlaline yol açabilecek durumların olağanüstü kanun hükmünde kararnamelere dayalı olarak yapılan idari işlem ve eylemlerden kaynaklandığı ve halen de kaynaklanabileceği görülmektedir. Olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerin, yargısal denetim dışında bırakılmaları hukuk devleti açısından büyük bir eksiklik olup AİHM tarafından denetlenen bu normların, yargı denetimi kapsamına alınmaları hukuk devleti açısından oldukça önemlidir. Yargı denetimi dışında bırakılmışlarsa da, Anayasa Mahkemesi önüne gelen davalarda verdiği kararlarla, olağanüstü hal

³⁹ YILDIZ, a.g.e., s.88.

ilanına uygunluğu açısından olağanüstü kanun hükmünde kararnameleri yer, zaman, konu bakımından içeriği itibariyle değerlendirmek suretiyle yargısal denetim kapsamına dâhil etmiştir⁴⁰. Bizce yapılması ve bir hukuk devletinde olması gereken, yargı denetimi dışında bırakılan bu kararnamelere karşı, Anayasa Mahkemesi'nin zorlama bir yorumla bireysel başvuru yolunu açması yerine yapılacak bir yasama çalışması ile bireysel başvurunun getirilmesi amacı olan temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması bakımından bireysel başvuru yolunun açılması olmalıdır.

Anayasa Mahkemesi, silahların eşitliği bağlamında yaptığı incelemeyi, AİHM'e benzer şekilde başvuru konusu olayın bütünlüğu içinde yargılamanın adil olup olmadığını değerlendirmek suretiyle yapmaktadır⁴¹. Mahkeme, başvurucların yargılandıkları ceza davasında Anayasa'nın 36., 37., 38., 138., 139., 140. ve 141. maddelerinin ihlal edildiği yönündeki başvuruları değerlendirdiği Yankı Bağcıoğlu vd. kararında silahların eşitliği kavramını *“Ceza davalarında adil yargılamanın temel unsuru olarak silahların eşitliği ilkesi, yargılama faaliyetinde iddia makamı ile sanığın eşit imkânlarla sahip olmaları anlamına gelir. İddia makamı, ceza davalarında bütün bir devlet mekanizmasını arkasına almakta olduğundan, silahların eşitliği, sanığın, savunma hakkının temel bir güvencesi olmaktadır. İlke gereği savunma ile iddia makamı eşit şartlarda davasını hazırlama ve sunmada aynı imkânlarla sahip olmalıdır. Silahların eşitliği ilkesi, ceza yargılamasında asgari olarak, iddia makamı tarafından gösterilen ve edinilen maddi bilgilerin açıklanmasını, dava dosyasının incelenmesi konusunda iddia makamıyla savunma arasında bir farkın gözetilmemesini gerekli kılar”*⁴².

*“Silahların eşitliği ilkesi kapsamında, mahkeme önünde cereyan eden yargılama sürecinde davanın tarafları arasında, sahip olunan hak ve yükümlölükler bakımından tam bir eşitlik sağlanmış olmalı ve bu eşitlik, yargılama süresince de devam etmelidir. Yargılama sürecinde yapılan her türlü usuli işlem, delil ve karşı delil sunma, iddia ve karşı iddiada bulunma gibi hususlar da silahların eşitliği ilkesine uygun olarak gerçekleştirilmelidir. Silahların eşitliği prensibi, ceza yargılamasında sanığın aleyhine bir hukuki durumun yaratılmamasını da kapsamaktadır”*⁴³ diyerek ayrıntılı bir şekilde açıklamış, taraflar arasında eşitliğin sağlanması ve bu dengenin yargılamanın her aşamasında korunması gerektiğini belirtmiştir.

⁴⁰ YILDIZ, a.g.e., s.88.

⁴¹ Başvuru No: 2013/2116, Karar tarihi: 23/1/2014, para. 22.

⁴² Yankı Bağcıoğlu vd. Başvurusu, Başvuru No: 2014/253, Karar tarihi: 09.01.2015, para. 63.

⁴³ Yankı Bağcıoğlu vd. Başvurusu, Başvuru No: 2014/253, Karar tarihi: 09.01.2015, para. 64.

Anayasa Mahkemesi, sosyal güvenlik hakkı, mülkiyet hakkı ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini öne süren Zekiye Şanlı⁴⁴ başvurusunda;

“Medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyumsuzluklarda, uyumsuzluğun adil bir çözüme kavuşturulması, taraflar arasındaki yargılamanın hakkaniyete uygun bir şekilde yürütülebilmesine bağlıdır. Bu kapsamda, tarafların yargılamadaki konumları ile paralel olarak, tez ve antitezlerini ileri sürerken eşit şartlar altında olmaları, birinin diğerine nazaran dezavantajlı olmaması gerekir.

Devletin, kendisi taraf olsun ya da olmasın, davanın taraflarından birini diğerine nazaran önemli ölçüde avantajlı hale getiren kanuni düzenlemeler yapması, silahların eşitliği ilkesi ve dolayısıyla yargılamanın hakkaniyete uygun yürütülmesi kuralına aykırılık oluşturur (Benzer yöndeki AIHM kararı için bkz. Arras ve Diğerleri/İtalya, B. No: 17972/07, 14/2/2012, § 43; Ducret/Fransa, B. No: 40191/02, 12/6/2007, § 33). Bir başka ifadeyle yasama organının, yargılamadaki taraflardan birinin lehine sonuç doğuracak şekilde kanun çıkarttığı durumlarda, davanın taraflarının eşit konumda olduğu söylenemez. Bunun için, yargısal süreci etkilediği iddia edilen düzenlemenin taraflardan birinin davadaki başarı şansını önemli ölçüde azaltması, ortaya çıkan bu sonuç ile kanuni düzenleme arasında bir illiyet bağı bulunması ve bu illiyet bağına kesen veya zayıflatan başka etken ortaya çıkmamış olması gerekir.

Özetle, yasama müdahalesi ile ilgili olarak silahların eşitliği güvencesi değerlendirilirken, yapılan müdahalenin yargılamanın taraflarından birinin konumunda, diğer tarafa nazaran orantısız ve açık bir dengesizlik veya dezavantaj oluşturup oluşturulmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

Bu açıklamalar çerçevesinde başvuru konusu davanın özel koşullarına bakıldığında, başvuruçunun dava açmadan önceki dönemde ve davanın ilk aşamalarında, mevcut Yargıtay içtihatları çerçevesinde önemli ölçüde başarı şansı olan davası, 6111 sayılı Kanun’un 53. maddesiyle 506 sayılı Kanun’un geçici 20. maddesine eklenen beşinci fıkra nedeniyle reddedilmiştir. Buna göre başvuruçunun, başlangıçta başarı şansı oldukça yüksek olan davasını, değişikliğin devam etmekte olan davalara da uygulanacağı kuralını içeren sözü edilen kanun değişikliği nedeniyle kaybetmiştir. Yasama organınca kabul edilen Kanun’un başvuruya konu davanın sonucunu doğrudan etkilediği, başvuruçuyu davalı Vakıf karşısında önceki konumuyla mukayese edilemeyecek ölçüde dezavantajlı duruma düşürdüğü anlaşılmaktadır. Daha net bir ifadeyle, 6111 sayılı Kanun’un 53. maddesi, uyumsuzluğun esasına ilişkin sonucu belirlemiş, başvuruçunun dava açmış olmasını ve dolayısıyla davayı devam

⁴⁴ Zekiye Şanlı Başvurusu, Başvuru No:2012/931, Karar tarihi:26.06.2014

ettirmesini anlamsız hale getirmiştir. Bu durumun silahların eşitliği ilkesine ve dolayısıyla adil yargılanma hakkına müdahale oluşturduğu açıktır” diyerek AİHM içtihatları doğrultusunda ve ceza davaları ile medeni yükümlülöklere ilişkin davalar arasında silahların eşitliği kavramı bakımından bir fark olmadığını ortaya koymuş, devamında;

“...Belirtilen Anayasa kuralına göre, silahların eşitliği ilkesi ve dolayısıyla adil yargılanma hakkına yönelik kanuni sınırlamanın, hakkın özüne dokunmaması, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçölölük ilkelerine aykırı nitelikte olmaması gereklidir.

AİHM de yargılama sürecine yönelik yasama müdahalesi çerçevesinde silahların eşitliği ilkesinin mutlak olmadığını ve bazı şartlar altında müdahalenin meşru göröllebileceğini kabul etmektedir. Bunun için müdahalenin öngöröllebilir nitelikte olması, yasama organının böyle bir müdahalede bulunmak için zorlayıcı bir kamu yararı gerekçesinin bulunması ve kanuni düzenlemenin taraflar arasında yargılama aşamasına geçilmeden yapılmış olması gerekir. Bu şartlardan en az birinin gerçekleşmemiş olması, müdahalenin hak ihlali olarak nitelendirilmesi için yeterlidir. (The National & Provincial Building Society, The Leeds Permanent Building Society And The Yorkshire Building Society/Birleşik Krallık, B. No: 21319/93, 21449/93, 21675/93, 23/10/1997, § 112).

Benzer bir başvuruda AİHM, zorlayıcı kamu yararı gerekçesini tekrarlamıştır. Homojen nitelikte bir emeklilik sisteminin tesisi için, belirli bir emekli kategorisine tanınmış bir imtiyazı ortadan kaldıran kanuni düzenlemenin genel olarak kamu yararı kapsamında değeriendirilebileceğini ancak hükümet gerekçesinin, kanunun devam etmekte olan davalara etki edecek şekilde geçmişe yürütölmesine ilişkin sakıncaları ortadan kaldıracak derecede yeterli olduğunun ispatlanması gerektiği yönünde bir içtihat ortaya koymuştur (Arras ve Diğerleri/İtalya, B. No: 17972/07, 14/2/2012, § 49).

Adil yargılanma hakkının bir unsuru ve hakkaniyete uygun yargılamanın bir gereği olan silahların eşitliği ilkesine ilişkin AİHM içtihatları çerçevesinde beliren yukarıdaki ilkeler ve müdahaleyi meşru kılan nedenler, Anayasa’nın 13. maddesindeki sınırlama ilkeleri ile paralel olup, başvuruya konu silahların eşitliği hakkına yönelik müdahalenin meşru olup olmadığının bu şartlar çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir.

506 sayılı Kanun’un geçici 20. maddesinin amacı, vakıf sandıklarına üye personele ödenen aylık ve gelir miktarının, belirli bir alt sınırın altında kalmamasını sağlamak olmakla birlikte, uygulamada, yardım miktarları dışında aylık artış oranlarının da Sosyal Sigortalar Kurumunun aylık artış oranlarından aşağı olamayacağı yönünde ihtilaflar çıktığı görölümüş,

bunun da ilgili vakıfların 'aktüeryal' dengelerini olumsuz olarak etkileyebileceği düşünüülerek, anılan beşinci fıkra 506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesine eklenmiştir.

Sosyal güvenlik kurumlarının tek bir çatı altında toplanmasını amaçlayan 5510 sayılı Kanun yürürlüğe girinceye kadar devlet, sosyal güvenlik hakkı ile ilgili anayasal yükümlülüğünü, çıkardığı kanunlarla ve sosyal güvenlik kurumları eliyle, mali imkânlar nispetinde yerine getirmiştir. Devlet, bu fonksiyonunu tamamlaması bakımından, banka ve sigorta sandıklarının da vakıf tüzel kişiliği altında sosyal güvenlik sistemi dışında sosyal güvenlik hizmeti vermesine imkân tanıyan hukuki düzenlemeler yapmış ve bu alandaki hizmetlerin sağlıklı yürütülebilmesi için bir takım önlemler almıştır. Bu kapsamda 506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesi ile bir taraftan genel sosyal güvenlik sisteminden daha gelişmiş sosyal güvenlik imkânları sağlayan yardım vakıfları kurulmasının önü açılmış ve bu kuruluşlarla ilgili bir takım düzenlemeler yapılarak hizmetlerinin belirli bir standarda kavuşturulması amaçlanmıştır. Bu doğrultuda, 506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesi kapsamındaki sandıklar için, 'en az bu Kanun'da belirlenen yardımları sağlama' yükümlülüğü öngörülmüş ve sosyal güvenlik sistemi açısından bir nevi 'sigorta' olarak kabul edilebilecek olan aynı Kanun'un 36. maddesi hükmü ile bu asgari standardı sağlayamayan sandıkların tasfiye edileceği ve ilgili kuruma devredileceği düzenlemesine yer verilmiştir. Buna karşılık sözü edilen sandıklara genel sosyal güvenlik sisteminin sağladığı standardın üzerine çıkma görevi yüklenmediği gibi aksi yönde bir sınırlama da öngörülmemiştir.

Sandıkların, üyelerine ödeyecekleri aylıklara ilişkin artışların oransal olarak denetime tabi tutulması, bu kurumların mali istikrarlarının bozulmasına yol açabileceği gibi, öngörülmesi mümkün olmayan bir mali yükün altına girmelerine de neden olabilecektir. Bu durum, sandığın asli görevi olan üyelerinin sosyal güvenliğini sağlama fonksiyonunu tehlikeye sokabilecek ve kendisinden beklenen standartları sağlayamayan sandıkların tasfiye edilerek ilgili kamu kurumuna devredilmesine neden olacaktır. Ayrıca 5510 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesine göre söz konusu sandıkların tamamı belirli bir süre sonra Sosyal Güvenlik Kurumuna devredileceğinden, mali yapıları ve aktüeryal dengeleri bozulmuş sandıkların yükünü Sosyal Güvenlik Kurumu ve dolayısıyla genel sosyal güvenlik sistemine tâbi, çalışan ve emekliler çekmek zorunda kalabilecektir.

Tüm bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda, 6111 sayılı Kanunla yapılan düzenlemenin '... aylıklara uygulanan artışların söz konusu sandıkların aktüeryal dengelerini bozması ...' şeklinde ifade edilen gerekçesinin, genel sosyal güvenlik sisteminin istikrarını koruma kaygısını yansıttığı ve dolayısıyla belirtilen

geriye etkili düzenlemenin tüm toplumu ilgilendiren zorlayıcı kamu yararını hedeflediği sonucuna ulaşılmıştır.

506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde sandıkların '... iş kazalarıyla meslek hastalıkları, hastalık, analık, malûllük, yaşlılık ve ölüm, eşlerinin analık, eş ve çocuklarının hastalık hallerinde, en az bu kanunda belirtilen yardımları...' sağlama yükümlülüğü öngörülmüş olup, bu hüküm, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından (§ 12) '506 Sayılı Yasa'nın Geçici 20. maddesinde değinilen alt sınır belirlenmesinde, davalı Vakfın bağladığı aylıklara yapılan artış oranlarının, SGK (Devredilen SSK) sigortalılarına bağlanan yaşlılık aylıklarına yapılan artış oranları ile karşılaştırılması suretiyle bulunması gerektiği' şeklinde yorumlanmış ve bu yöndeki içtihat yerleşik hale gelmiştir. Her ne kadar bu karar, başvurucunun dava açtığı 30/1/2009 tarihinden sonra verilmiş ise de, başvurucunun temyizi üzerine ilk derece mahkemesinin kararını inceleyen Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin düzelterek onama kararında (§ 18) yer verilen '... açıldığı tarihteki mevzuat hükümlerine uygun olan davanın, yasal dayanağını oluşturan düzenlemenin, yargılama sürecindeki yasa değişikliğiyle ortadan kalkması nedeniyle ...' ifadelerinden, dava açtığı tarih itibarıyla başvurucunun davasının yerleşik Yargıtay içtihadına dayandığı ve başarı şansının yüksek olduğu anlaşılmaktadır. 506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi farklı bir şekilde yorumlanmaya, hatta 6111 sayılı Kanun'un 53. maddesiyle eklenen beşinci fıkra ile ifade edilen 'muadil miktar karşılaştırması' şeklinde anlaşılmaya müsait ise de, belirtilen Yargıtay kararları çerçevesinde, 6111 sayılı Kanunla eklenen fıkranın başvuru açısından öngörülebilir olduğunu söylemek mümkün değildir.

Somut olayda başvuru, alacak davasını 30/1/2009 tarihinde açmıştır. Bu dava kapsamında bilirkişi tarafından sunulan 13/1/2011 tarihli (2) no.lu ek bilirkişi raporundaki tespitlere göre, davacı (başvuru) ve davalının 2/12/2010 tarihli duruşmaya katıldıkları ve davaya ilişkin iddia ve savunmalarını, mahkeme huzurunda, karşılıklı olarak ve yüz yüze yaptıkları, bu çerçevede yargılama sürecinin taraflar arasında belli bir aşamaya ulaştığı; kanuni düzenlemenin ise bu aşamadan sonra 25/2/2011 tarihinde yürürlüğe girdiği, dolayısıyla kanuni düzenlemenin, taraflar arasında yargılama süreci başladıktan sonra yapıldığı anlaşılmaktadır.

Görüldüğü üzere, her ne kadar kanun koyucunun, mevcut davaya etkili kanun çıkararak görülmekte olan davaya müdahale etmesinde zorlayıcı bir kamu yararı olduğu kanaatine ulaşılmışsa da yasamanın müdahalesinin taraflar arasında yargılama başladıktan sonra gerçekleştiği ve davanın esasına ilişkin sonucu belirlediği, müdahale sonucunda

başvurucunun davayı kazanmasının imkânsız hale geldiği, oysa dava açıldığı zaman yerleşik içtihat çerçevesinde başvurucunun davayı kazanmasının kuvvetle muhtemel olduğu, bu çerçevede öngörülebilir olmayan müdahalenin meşru kabul edilemeyeceği, müdahale sonucunda davalı Vakfın, başvurucuya nazaran önemli ölçüde avantajlı hale geldiği, bu şekilde yararlar dengesinin kendisine katlanılması zor külfetler yüklenen başvuru aleyhine bozulduğu ve bu durumun silahların eşitliği hakkına yönelik orantısız bir müdahale oluşturduğu açıktır” şeklinde karar vererek başvurucunun davalı taraf aleyhine açtığı dava devam ederken yasama organı tarafından yapılan müdahalenin başvuru aleyhine dezavantaj yarattığı, taraflar arasında başlangıçta var olan dengeyi bozduğu ve dolayısıyla silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiğini belirtmiştir.

AYM, idari davalara ilişkin Bülent Karataş⁴⁵ başvurusu ve benzer yöndeki 5 ayrı bireysel başvuruda, *“davalı idarenin savunması ekinde sunulan ve kararda hükme esas alınan gizlilik dereceli belgelerin başvurucuya incelettirilmemesi nedeniyle silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkesinin ihlal edildiği”*, Mustafa Kupal⁴⁶ başvurusunda, *“başvurucunun durumuyla ilgili daha önce tedavide bulunmuş ve buna ilişkin raporlar hazırlamış olan askerî hastanenin idari teşkilat yapılanması içinde bulunan bir kurulun hazırladığı rapor esas alınarak açılan dava hakkında karar verilmesinin, başvuru aleyhine davalı idareye göre daha zayıf bir duruma düşürdüğü, davalı idareyi ise önemli ölçüde avantajlı hâle getirdiği, bu şekilde çıkarlar dengesinin kendisine katlanılması zor külfetler yüklenen başvuru aleyhine bozulduğu ve bu durumun silahların eşitliği ilkesine yönelik orantısız bir müdahale oluşturduğu”*, Ahmet Erbek⁴⁷ başvurusunda, *“AYİM tarafından gizlilik dereceli belgelerin başvurucunun incelemesine açılıp açılmayacağına ilişkin herhangi bir karar alınmadığı ve bu belgelerden başvurucunun haberdar edilmediği görüldüğünden olayda davalı idare tarafından sunulan ve AYİM kararında hükme esas alınan gizlilik dereceli belgelere karşı başvurucuya savunma yapma imkânı verilmemesi nedeniyle silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkesinin ihlal edildiği”* yönünde kararlar vermiştir.

Görüldüğü üzere AYM, bu kararlarında silahların eşitliği ilkesini çok ayrıntılı bir şekilde ele almış, tanım yaptığı gibi içtihat ve örneklerle de ilkenin önemini

⁴⁵ Bülent Karataş, Başvuru No:2013/6428, 26.06.2014; Murat Kırboğa, Başvuru No:2013/2892, 20.11.2014; M.Ş.B Başvuru No:2013/2202, 20.11.2014; Taylan Özgür Tor, Başvuru No:2013/2454, 12.03.2015; Orhan Tekkaya, Başvuru No:2012/775, 06.05.2015; Gökhan Günaydın, Başvuru No:2012/1099, 06.05.2015.

⁴⁶ Mustafa Kupal, Başvuru No:2013/7727, 04.02.2016.

⁴⁷ Ahmet Erbek, Başvuru No:2013/3197, 17.02.2016.

anlatmaya çalışmıştır. Aslında bireysel başvuru yolunun iç hukuk denetimi açısından ne kadar doğru ve önemli bir kurum olduğu da bu ve benzeri kararlarla⁴⁸ ortaya çıkmıştır. Bu kararlarında AYM, silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin kapsam ve içeriğini belirlemiş, başvuru sahiplerinin delillerini sunma ve inceletme konusunda mahkemelerce uygun imkânların tanınması gerektiği, tarafların hukuki dinlenilme haklarına riayet edilmemesi ve tarafların delillere karşı itirazlarına imkan tanınmaması durumunda yargılama faaliyetinin hakkaniyete aykırı hale geleceğine vurgu yapmak suretiyle Anayasa kurallarını yorumlamıştır.

III. CEZA MUHALEMESİNDE SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ

Mahkeme, bazen iç hukuk hükmünün Sözleşme'ye aykırı olduğu gerekçesine dayanabilir. Bu durumda, aynı hüküm nedeniyle ülkenin her defasında yaptırıma maruz kalmaması için mevzuat değişikliği gerektirebilir. Dolayısıyla, özellikle Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde, son yıllarda bir takım hukuki düzenlemelere gidilmiş ve bu yönde önemli adımlar atılmıştır. Söz konusu adımlardan en önemlisi, yeni Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun kabul edilmesi ile ceza yargılaması sistemimizin anlayış değiştirmesidir. Adı geçen kanunlarda ve özellikle, yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'muzun 67, 87, 149, 178, 179, 181, 201, 216. maddelerinde “silahların eşitliği” ve “çelişmeli yargılama” ilkelerinin gerçekleştirilebilmesi bakımından birçok düzenlemeye yer verilmiştir. Yine yargılama usul kuralları içinde olmasa da TCK' nin 128. maddesinde yer alan “Yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnadlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde, ceza verilmez. Ancak bunun için isnat ve

⁴⁸ Yasemin Mutlu, Başvuru No:2013/1426, 25.03.2014, para. 63-86; Yaşasın Aslan, Başvuru No: 2013/1134, 16/5/2013, para 32-37; Kamil Koç, Başvuru No: 2012/660, 7/11/2013, para 42-48; Ramazan Tosun, Başvuru No: 2012/998, 7/11/2013, para 34-42; Muharrem Keserci, Başvuru No: 2012/575, 8/5/2014, para 43-55; Ahmet Teyit Keşli, Başvuru No: 2013/2237, 18/9/2014, para 55-65; Abdulselam Tunç, Başvuru No: 2013/6986, 5/11/2014, para 56-66; Gürhan Nerse, Başvuru No: 2013/5957, 30/12/2014, para 33-40; Aziz Ağırılı, Başvuru No: 2013/1377, 25/3/2015, para 32-43; Düzgüt Yalova Gemi İnşa Sanayi A.Ş., Başvuru No: 2013/8756, 15/4/2015, para 37-48; Targan Tolga Yungul, Başvuru No: 2013/1386, 16/4/2015, para 23-31; Durmaz Oto. Petrol Ürünleri İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti., Başvuru No: 2013/1020, 7/5/2015, para 22-35; Fahri Gösteriş, Başvuru No: 2013/1297, 13/4/2016, para 27-37; Zekayi Çelebi, Başvuru No: 2014/5633, 18/5/2016, para 25-30; Özgür Murat Engin, Başvuru No: 2014/7806, 21/9/2016, para 38-44; Laleş Çeliker, Başvuru No: 2013/8413, 21/9/2016, para 24-31.

değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyuşmazlıkla bağlantılı olması gerekir.” hükmünün yargılama sırasında tarafların iddia ve savunmalarını kolayca sunabilmelerine olanak sağlaması bakımından “silahların eşitliği” ilkesini gerçekleştirmek için önemli bir hüküm olduğu değerlendirilmektedir.

Keza, CMK’nin 170/5. maddesinde “*İddianamenin sonuç kısmında, şüphelinin sadece aleyhine olan hususlar değil lehine olan hususlar da ileri sürülür.*” şeklinde düzenleme yapılmış, 174. maddede ise 170. maddeye aykırı olarak düzenlenen iddianamenin iadesine karar verileceği belirtilmiştir. He ne kadar uygulamada sorunlar olsa da, getirilen bu düzenleme cumhuriyet savcılarının sanığın lehine olan delillerini de toplaması gerektiğini ortaya koymakta ve iddia ile savunma arasında bir denge oluşturmayı amaçlamaktadır.

Kanunlarda yapılan diğer değişiklikler silahların eşitliğini ilgilendiren konular içerisinde ayrı ayrı başlıklar altında değerlendirilmektedir.

A. Bilgi ve Belgelere Ulaşmada Silahların Eşitliği İlkesi

1. Savunma Makamının Bilgilendirilme Hakkı

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda, şüphelinin ve sanığın haklarını öğrenebilmesi bakımından 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usul Kanunu’ndan farklı olarak çeşitli düzenlemeler yapılmıştır.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 90. maddesinin 4. fıkrası, “*Kolluk, yakalandığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, yakalanan kişiye kanuni haklarını derhal bildirir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Her ne kadar Sözleşme’den farklı olarak, önce tedbirlerin alınması, sonra bilgilendirme yapılması öngörülmüş ise de, bu husus Sözleşme’nin sağlamak istediği haklar bakımından önemli ve yeterli bir düzenlemedir.

Kanun’un 147. maddesinde şüpheli veya sanığın ifadesinin alınmasında kendisine isnat edilen suçun anlatılacağı belirtilmiştir.

Kanun’un 148. maddesi “*Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma,*

aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz.

(2) Kanuna aykırı bir yarar vaat edilemez.

(3) Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez.

(4) Müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz” şeklindedir.

Kanun’un 176. maddesi ise “İddianamenin sanığa tebliği ve sanığın çağırılması” başlığı altında düzenlenmiş olup madde metni aşağıdaki şekildedir.

“ (1) İddianame, çağrı kâğıdı ile birlikte sanığa tebliğ olunur.

(2) Tutuklu olmayan sanığa tebliğ olunacak çağrı kâğıdına mazereti olmaksızın gelmediğinde zorla getirileceği yazılır.

(3) Tutuklu sanığın çağırılması duruşma gününün tebliği suretiyle yapılır. Sanıktan duruşmada kendisini savunmak için bir istemde bulunup bulunmayacağı ve bulunacaksa neden ibaret olduğunu bildirmesi istenir, müdafî de sanıkla birlikte davet olunur. Bu işlem, tutuklunun bulunduğu Ceza İnfaz Kurumunda cezaevi katibi veya bu işle görevlendirilen personel yanına getirilerek tutanak tutulmak suretiyle yapılır”⁴⁹.

Maddenin 4. fıkrasında, “savunmasını hazırlamak için yeterli zamana sahip olmasını sağlamak bakımından çağrı kâğıdının tebliği ile duruşma günü arasında en az bir hafta süre olması gerektiği” belirtilmiştir. Bu süreye uyulmamışsa kanunun 190. maddesinin 2. fıkrası gereği sanığa duruşmaya ara verilmesini isteme hakkı olduğu hatırlatılmalıdır. Kural, duruşmaya ara vermeksizin devam edilmesidir. Duruşmaya ara verilmesi, ancak zorunlu hallerde ve kanunen belirtilen süreye uyulmaması hallerinde mümkündür. Dolayısıyla sanığın haklarını öğrenmesi ve savunmasını hazırlaması için yeterli zamana sahip olması savunma hakkı bakımından önemli görülmüş ve bu doğrultuda düzenleme yapılmıştır. Kanunda yazılı süre asgari süre

⁴⁹(Çevrimiçi) www.mevzuat.gov.tr, 21.04.2018.

olup her davada, hâkim tarafından, somut olayın özelliğine, dava dosyasının içeriğine göre, sanığa, iddianamenin tebliğinden itibaren savunma hazırlamaya yetecek kadar bir süre tanınmalıdır.

Nitekim Yargıtay 17. Ceza Dairesinin 17.04.2018 tarih ve E:2016/1562, 2018/5401 sayılı kararında, sanığa daha önce iddianamenin tebliğ edilmediği ve okunmadığı tespitinden hareketle, “*iddianamenin tebliği ile sorgu arasında en az bir hafta süre bulunması gerektiği*” yönündeki CMK'nin 176/4. maddesine uyulmadığı gibi sanığa bu durumda duruşmaya ara verilmesini isteme hakkı olduğunun da hatırlatılmaması suretiyle CMK 176/4 ve 190/2. maddelerine uyulmaması nedeniyle savunma hakkının kısıtlandığı belirtilmiştir⁵⁰.

Yargıtay bir kararında, son duruşmadan önce mazeret dilekçesi veren ve savunması için duruşmanın saat 11'e ertelenmesini veya kısa bir mühlet verilmesini isteyen sanığın bu talebi hakkında CMUK 251. madde gereğince olumlu veya olumsuz bir karar verilmeden hüküm tesisinin savunma hakkını kısıtladığını ifade etmiştir⁵¹.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, sanığın talebine rağmen mahkemenin sanığa duruşma günü bildirmeden sanık hakkında mahkûmiyet hükmü vermesini, savunma hakkının kısıtlanması niteliğinde görmüştür⁵².

Sanığın mahkemeden uzaklaşmasını düzenleyen 5271 Sayılı Kanun'un 194. maddesinin ikinci fıkrasında, “*sanık savunur veya ara vermeyi izleyen oturuma gelmezse önceden sorguya çekilmiş ve artık hazır bulunmasına gerek görülmezse davanın yokluğunda bitirilebileceği*” düzenlenmiştir. Tasarıda, bu durumda sanığa öncelikle bir avukat atanması öngörülmüşken, madde metninden bu hüküm çıkarılmıştır. Düzenlemenin yapılış amacı maddenin gerekçe kısmında, “*savunma hakkının Sözleşme'ye uygun bir şekilde sağlanmış olması amacıyla sanığın, iddianamede yer alan iddialar hakkında gerekli*

⁵⁰ Yargıtay 17. C.D. 17.04.2018 tarihli ve 2016/1562 Esas, 2018/5401 Karar sayılı kararı, benzer kararlar için bkz. Yargıtay 17. C.D.29.01.2018 tarihli ve 2017/4577 Esas, 2018/520 Karar sayılı kararı; Yargıtay 4.C.D. 12.7.2017 tarihli ve 2017/18482 Esas, 2017/19237 Karar sayılı kararı; Yargıtay 14.C.D. 8.5.2017 tarihli ve 2017/1775 Esas, 2017/2482 Karar sayılı kararı.

⁵¹ Yargıtay 7. CD, 16.05.1977 tarihli 1977/476 Esas ve 1977/514 Karar Sayılı Kararı; Recep Kibar, **Türk Hukukunda Sanık Hakları**, Ankara, Yetkin yayınları, 1997, s. 52-53.

⁵² Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 08.10.1979 tarihli 1979/303-1979/444 sayılı kararı; A.g.e., s.52.

açıklamaları hâkim huzurunda yapma olanağına sahip olması koşulu getirildiği” şeklinde belirtilmiştir⁵³.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 198. maddesi, “*sanık hazır bulunmaksızın yapılan duruşmada eski hale getirme koşulu*” başlığını taşımakta olup, “duruşma, sanığın hazır bulunmadığı durumda yapılırsa, mahkemenin karar ve işlemlerinin kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren bir hafta içinde, sürenin geçmesinden doğan sonuçları gidermek için sanığın kanuni nedenlere dayanarak, mahkemenin o karar ve işlemleri hakkında eski hale getirme isteminde bulunabileceği” belirtilmiştir⁵⁴.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 226. maddesinin 1. fıkrasında, “*sanığın, suçun hukuki niteliğinin değişmesinden önce haber verilip de savunmasını yapabilecek bir halde bulunmadıkça, iddianamede kanuni unsurları gösterilen suçun değiştiği kanun hükmünden başka bir maddeyle mahkûm edilemeyeceği*”, 3. fıkrasında, “*ek savunma verilmesini gerektiren hallerde istemi üzerine halinde ek savunma hazırlaması için süre verileceği* ve 4. fıkrasında “*bu haklardan sanığın müdafinin de sanık gibi yararlanacağı*” düzenlenmiştir⁵⁵.

Nitekim Yargıtay 3. Ceza Dairesi 27.6.2018 tarihli kararında, sanıklar hakkında fikri içtima kuralları uyarınca hüküm verilirken, yalnızca en ağır cezayı gerektiren 5237 Sayılı TCK’nin 87/1-d-son bendi gereğince artırım yapılmasının gerektiği göz önüne alınmadan, TCK’nin 87/3. maddesi gereğince ayrıca artırım yapılmasını bozma sebebi olarak nitelendirmiştir⁵⁶.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 202. maddesinde, “*sanık veya mağdurun, meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmiyorsa, mahkeme tarafından atanan tercüman aracılığıyla duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktaların tercüme edileceği*”⁵⁷ belirtilmiştir. Dolayısıyla dosyada bulunan tüm evrakın çevirisi zorunlu olmayıp kişinin savunmasını yapmaya yetecek kadar belgenin kişinin anlayabileceği dile

⁵³Gürsel YALVAÇ, **Karşılaştırmalı-Gerekçeli TCK, CMK, CGTİK, İlgili Kanunlar ve Yönetmelikler**, Adalet Yayınevi, Dördüncü Baskı, Ankara, Mayıs 2008, s. 831.

⁵⁴A.g.e., s. 835.

⁵⁵(Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 11 Nisan 2017.

⁵⁶Yargıtay 3. C.D. 27.06.2018 tarihli ve 2017/9679 Esas, 2018/11733 Karar sayılı kararı, benzer kararlar için bkz. Yargıtay 16. C.D.19.06.2018 tarihli ve 2017/2205 Esas, 2018/2082 Karar sayılı kararı; Yargıtay 7. C.D.21.05.2018 tarihli ve 2018/4708 Esas, 2018/5920 Karar sayılı kararı.

⁵⁷(Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 11 Nisan 2017.

çevrilmesi yeterli olacaktır.⁵⁸ AİHM, bilgilendirmenin kişiye yöneltilen suçlamanın dayanağı eylem ve bu eylemin hukuki tasnifine yönelik olması gerektiğini belirtmiştir⁵⁹.

Yargıtay bu hususa ilişkin olarak, “sanıkların okur yazar olup Türkçe bildikleri dikkate alındığında, CMK’nin 202/1. maddesiyle AİHM’in Mehdi Zana/Türkiye davasındaki kararı birlikte değerlendirildiğinde, yargılama aşamasında anadilde savunma yapmakta ısrar etmesini hakkın kötüye kullanımı olarak kabul etmekte ise de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6/3-e maddesindeki düzenlemenin ve AİHM kararlarının tercüman vasıtası ile savunma yapma hakkına dair asgari standartlarının da üstünde bir nitelik taşıyan, hükümden önce 31.01.2013 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6411 Sayılı Kanun’un 1. maddesiyle CMK’nin 202. maddesine eklenen 4. fıkradaki yasal düzenleme sebebiyle kanun koyucunun bu hakka atfettiği değer ile Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre Tercüman Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik hükümleri de gözünüde bulundurularak anadilde savunma yapabilecekleri hususunda ihtarati içeren usulüne uygun meşruhatlı tebligat yapılarak sanıkların savunmasının alınması gerektiği gözetilmeden ve bu imkân tanınmadan yargılamaya devam edilerek hüküm kurulmasını” savunma haklarının kısıtlanması olarak nitelendirmiştir⁶⁰.

2. Savunma Makamının Dosya İnceleme Hakkı

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 157. maddesinde, “kanunun başka hüküm koyduğu haller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemlerinin gizli olması” benimsenmiştir. Madde gerekçesinde, “soruşturma evresinin gizliliği, ceza adaletinin doğruluk, dürüstlük, gerçeğe ulaşma ilkelerine uyulması için bir zorunluluk olduğu ancak her şeyden önce, suçsuzluk karinesinin sağlam tutulabilmesi yönünden de vazgeçilemez nitelikte olduğu, avukatın belirli istisnalarla soruşturma dosyasını incelemek olanağına sahip olduğu, avukatın adalete hizmet eden bir mesleğin mensubu olarak dosyadan elde ettiği bilgileri sadece müvekkilini, kanunun verdiği olanaklar çerçevesinde savunması için kullanabileceği, bunları yayınlamak, örneğin

⁵⁸ GRABENWARTER, a.g.e., s. 232.

⁵⁹ YAVUZ, a.g.e, s.32.

⁶⁰ Yargıtay 16. C.D. 13.11.2017 tarihli ve 2016/3247 Esas, 2017/5347 Karar sayılı kararı, kararın tam metni için bkz. www.karararama.yargitay.gov.tr, www.nek.istanbul.edu.tr:4444, benzer kararlar için bkz. Yargıtay 16. C.D.05.10.2017 tarihli ve 2017/1737 Esas, 2017/5033 Karar sayılı kararı; Yargıtay 16. C.D.25.03.2016 tarihli ve 2015/7735 Esas, 2016/1683 Karar sayılı kararı,

medyaya vermek gibi eylemlere girişemeyeceği” belirtilmiştir⁶¹.

Kanun’un 153. maddesi, adil yargılanma hakkı ve bu hakkın içerisinde yer alan “savunma hakkı” ve “silahların eşitliği ilkesi” bakımından oldukça önem arz eden “avukatın dosyayı inceleme ve dosyadan örnek alma yetkisi”ni düzenlemektedir⁶². Genel olarak mülga Ceza Muhakemesi Usul Kanunu’na benzer bir düzenleme içeren 153. maddesinin 4. fıkrası ise “*müdafinin, iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebileceğini, tüm tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabileceğini*” belirtmekte, kanunun sistematığına uygun olarak, soruşturma evresi ile kovuşturma evresini birbirinden ayırmakta, soruşturma evresinde müdafinin yetkilerini kısıtlarken, kovuşturma evresinde herhangi kısıtlamanın olmadığı görülmektedir⁶³.

Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresinde dosya zaten kendisinde bulunduğundan davanın konusunu oluşturan olaylar hakkında her türlü bilgiye sahiptir. Avukatın dosyayı inceleyebilme ve dosyadan örnek alma hakkı ise, karşılaştırılmalı mevzuatta farklı şekillerde düzenlenmiştir. Esas olan, delillerin araştırılması yönünden bir tehlike olmadığı durumda avukatın dosyaya ulaşabilmesidir⁶⁴.

Kural olarak düzenleme doğru iken Ceza Muhakemesi Kanunu’ nun 153. maddesinin 2. fıkrasındaki, avukatın dosyayı inceleyip belgelerden örnek alma hakkının, Cumhuriyet savcısının istemi ve sulh ceza yargıcının kararıyla kaldırabileceği şeklindeki istisnai düzenlemenin, Sözleşme’nin 6. maddesinin 3. bendinin (a) paragrafına ve AİHM’in yerleşik kararlarına aykırı uygulamalara sebebiyet verebileceği savunulmaktadır⁶⁵.

⁶¹ DİNÇ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne göre Adil Yargılanma Hakkı*, s. 151; YALVAÇ, a.g.e., s. 778-779.

⁶² www.mevzuat.gov.tr (çevrimiçi), 11 Nisan 2017.

⁶³ Adem SÖZÜER, Nuran ATAHAAN vd, “ Reformlar ve Uygulamalar.” *HPD*, S: 8, Eylül 2006, s. 130.

⁶⁴ YALVAÇ, a.g.e., s. 774-775.

⁶⁵ DİNÇ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne göre Adil Yargılanma Hakkı*, s.152.

Yukarıda ikinci bölümde⁶⁶ ayrıntılı olarak açıklanan *Rowe ve Davis/Birleşik Krallık davası* ve *Foucher/Fransa* davasındaki kararları göz önünde alındığında, Mahkemenin müdafinin dosyayı inceleme yetkisinin sınırlandırılmasını başlı başına Sözleşme’ye aykırı görmediği görülecektir. Çünkü, *Rowe ve Davis/ Birleşik Krallık* davasında⁶⁷ AİHM, savcının soruşturma evresinde, hâkim kararı olmaksızın savunmadan bazı delilleri saklamasını bilgi ve belgelere ulaşma hakkına dolayısıyla “silahların eşitliği” ilkesine aykırı bulmuştur. *Foucher/Fransa* davasında⁶⁸ ise savunma hakkına esaslı surette zarar vermemek kaydıyla sınırlamalar yapmanın mümkün olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla AİHM için önemli olan, *Jasper/Birleşik Krallık* davasında⁶⁹ ortaya koyduğu üzere bilgi ve belgelere ulaşma hakkına getirilen sınırlamanın (müdafinin dosyayı inceleme yetkisinin sınırlanması) yargılamanın herhangi bir aşamasında telafi edilmesidir. 5271 Sayılı Kanun’un 153. maddesinin 2. fıkrasıyla getirilen sınırlama ise, hâkim tarafından dosyanın içeriği hakkında şüphelinin savunma yapabileceği kadar bilgi verilmesi ve 13 Şubat 2001 tarihli *Lietzow/Almanya*, *Garcia Alva/Almanya* ve *Schöps/Almanya* kararlarında⁷⁰ ifade edildiği üzere, özellikle tutuklu şüphelinin bulunduğu durumlarda daha hassas davranarak, tutuklamaya dayanak belgeler hakkında bilgi verilmek suretiyle müdafinin tutukluluğun hukuka uygunluğunu tartışabilme imkânı verilmesi halinde telafi edilebilir nitelikte olacaktır.

Nitekim Yargıtayın 18.06.2018 tarihli bir kararında, dosya inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisinin kısıtlanmasını düzenleyen maddede sayılanlar arasında icbar suretiyle irtikâp suçunun yer almaması ve mahkemece gizlilik kararı icbar suretiyle irtikâp suçundan verildiği halde itiraz merciince soruşturmanın terör suçlamasına dair olduğu belirtilmek suretiyle farklı gerekçeyle itirazın reddedildiğinin anlaşılması karşısında kararın bozulması gerektiğine hükmedilmiştir⁷¹.

⁶⁶ Bkz. s.157-158.

⁶⁷ Rowe ve Davis/Birleşik Krallık, 16.02.2000, Başvuru No:28901/95.

⁶⁸ Foucher/Fransa, 18.03.1997, Başvuru No: 22209/93.

⁶⁹ Jasper/Birleşik Krallık, 16.02.2000, Başvuru No: 27052/95.

⁷⁰ Lietzow/Almanya, 13.02.2001, Başvuru No:24479/94; Schöps/Almanya, 13.02.2001, Başvuru No:25116/94; Garcia Alva, 13.02.2001, 23541/94.

⁷¹ Yargıtay 5. C.D. 18.06.2018 tarihli ve 2018/4912 Esas, 2018/4436 Karar sayılı kararı.

153. maddenin 3. fıkrasında ise, soruşturma evresinde dahi incelenmesi engellenemeyecek belgeler sayılmıştır. Bu belgeler “kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanaklar, bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklardır”. Soruşturma evresinde savunma hakkının kullanılması için bu tutanaklara ulaşabilmenin yeterli olacağı öngörülmüştür. Çünkü şüpheli, delillerin asıl tartışıldığı evre olan kovuşturma aşamasında tüm dosya içeriğine ulaşılabilmekte ve böylece soruşturma aşamasında getirilen kısıtlama, kovuşturma aşamasında telafi edilmektedir. Ancak *Van Mechelen/Hollanda* kararı⁷² dikkate alındığında, dosya içeriğine ulaşma konusunda getirilen bu sınırlamanın, kaçınılmaz bir sınırlama olması gerekmektedir.

Şüpheli ve sanığın dosyayı incelemesi konusunda ise 5271 sayılı Kanun’da düzenleme yoktur. Dinç’e göre bu durum savunma hakkına aykırı olsa da şüpheli ve sanığın dosyayı incelemekten alıkonulmuş olduğu anlamına gelir. Zira kimlerin dosyayı inceleyebileceği konusunda yapılan düzenlemede şüpheli ve sanıktan bahsedilmemiştir⁷³. Yargıtay 8. Ceza Dairesinin görüşü de bu yönde olup⁷⁴ Yargıtay, 1412 sayılı mülga Kanun’un 143. maddesinde sadece müdafiyeye hazırlık soruşturması dosyasının incelettirilebileceğinin belirtildiğini, 143. maddede yapılan değişiklikten önce, hazırlık soruşturmasının gizliliği ilkesinin müdafii için de geçerliken, yeni düzenleme ile sadece müdafii bakımından gizlilik ilkesinin kaldırılmış olduğunu dolayısıyla madde kapsamı dışında kalanlar için gizlilik esasının korunduğunu belirtmiştir. Yargıtaya göre, Kanun’un sadece sanık müdafiiye tanımış olduğu bu hakkın, kıyas yolu ile genişletilmesi ve bu yolla müşteki ve vekiline de tanınması, kanun koyucunun amacına ters düşecektir.

Her ne kadar Kanun’da açık bir düzenleme olmasa da, 06/08/2015 tarihli ve 29437 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “*Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin*” “*Soruşturma evrakının incelenmesi ve örnek alınması*” başlıklı 137. maddesinin 2. fıkrasında “*şüpheli ve*

⁷² Van Mechelen/Hollanda, 23.04.1997, Başvuru No: 21363/93.

⁷³ DİNÇ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne göre Adil Yargılanma Hakkı*, s.

⁷⁴ Yargıtay 8. C.D.’nin 1995/2929 E, 1997/780 K sayılı Kararı.

müdafii soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebileceği ve istediği belgelerin bir örneğini fizikî ya da elektronik ortamda harçsız olarak alabileceği”, 4. fıkrasında “yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında üçüncü fıkra yani kısıtlama hükümlerinin uygulanmayacağı”, 5. fıkrasında ise “137.maddenin içerdiği haklardan mağdur, şikâyetçi, suçtan zarar gören ve vekillerinin de yararlanacağı” belirtilmek suretiyle CMK’nin 153/2. maddesi uyarınca getirilen istisnalar haricinde dosya inceleme yetkisinin taraflara eşit şekilde tanındığı görülmektedir.

5271 sayılı Kanun’un 153/5. maddesinde⁷⁵ suçtan zarar görenin avukatının da maddede belirtilen haklardan yararlanabileceği ve dosyayı inceleyebileceğine yer verilmesi bizce silahların eşitliği bakımından yerinde bir düzenleme olmuştur.

Avukatın sadece dosyayı inceleyebilmesi ve dosyadan örnek alabilmesi yeterli değildir; avukat, soruşturma evresindeki tüm işlemlere katılabilmelidir ancak bunun için avukatın yapılacak işlemler ve bu işlemlerin yapılma zamanı bakımından bilgilendirilmesi gerekmektedir. Oysa Ceza Muhakemesi Kanunu’nun uygulanmasında, avukatın soruşturma aşamasındaki tüm işlemlere davet edilmesi söz konusu değildir. Ancak avukat kendiliğinden gelirse Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 85. ve 120. maddelerinde olduğu gibi katılımı önlenmez ve 169. madde uyarınca düzenlenen tutanağa da adı yazılır ve imzası alınır. Bu noktadaki sıkıntı, kovuşturma evresinde değerlendirilecek olan davanın esasına ilişkin kanıtların sanığın ve müdafinin katılımına imkân verilmeyen yöntemlerle toplanması halinde, yargılama aşamasında bu delillerin tartışılması imkânı yaratılmazsa “silahların eşitliği” yönünden ihlallerin söz konusu olabilecek olmasıdır⁷⁶. Ancak başlı başına soruşturmada delil toplanması sürecine sanık ve avukatın davet edilmemesinin bilgi ve belgelere ulaşma hakkına aykırı olmadığı kanaatindeyiz. Usul kanunlarında düzenlenmemesi sebebiyle eleştirilebilir ise de özellikle TSK İç Hizmet Kanunu’na 22.01.2015 tarihinde 6586 sayılı Kanunun 37. maddesi ile eklenen Ek-2 maddesi uyarınca getirilen, “asker kişilerin kıt’ a, karargâh ve kurumlarda ya da görev sırasında

⁷⁵YALVAÇ, a.g.e., s. 773-774.

⁷⁶ DİNÇ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne göre Adil Yargılanma Hakkı*, s.153-154.

veya görev yerlerinde ölümü halinde soruşturma ve kovuşturma süresince yasal mirasçılarını temsil etmek üzere kendilerinin seçtiği bir avukat vekil olarak görevlendirilmesi, fiili veya hukuki imkânsızlık nedeniyle görevlendirme yapılamaması halinde bu görev, baro tarafından belirlenecek bir avukat tarafından yürütülür”⁷⁷ şeklindeki düzenleme bu alanda yapılmış önemli bir düzenlemedir.

B. Delil Sunma Yönünden Davanın Taraflarının Durumu

1. Savunma Tanıklarının Eşit Şartlarda Davet Edilmesi ve Dinlenmesi

Adli faaliyet yürüten resmi makamlarca, uyuşmazlığın taraflarından olmadığı halde uyuşmazlık konusu maddi sorun hakkında duyu organlarından en az biri aracılığıyla bilgi edindiği varsayılan üçüncü kişiye “tanık” denir⁷⁸. Tanık, bir delil veya delil aracı değil, delilin kaynağıdır. Diğer bir deyişle tanık, beş duyusu ile edindiği bilgileri ispat konusunda hâkime açıklamak zorunda olan kişidir⁷⁹. Tanıklık ise, olayın tanığı olmuş ya da olduğu varsayılan kişinin, delilleri değerlendirip karar vermeye yetkili makama veya bu makam adına tanık dinlemeye yetkili makama olayla ilgili bilgi ve görgülerini anlatmasıdır⁸⁰. Tanıklık, kamu hukuku kaynaklı toplumsal bir görev olup kişilerin tanıklık görevini yerine getirmeleri toplumun menfaati gereğidir⁸¹.

Tanıklık ödevinin anayasal temelini 1982 Anayasası’nın 38. maddesinin 5. fıkrasının “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayıcı bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz” hükmü oluşturmaktadır⁸². Madde ile tanıklıktan çekinme anayasal bir hak haline getirilirken Anayasa’nın “Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder” şeklindeki 12/2 nci maddesi de göz önüne alındığında, çekinme halleri dışında kalan durumlarda tanıklığın kural olduğu

⁷⁷ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 12 Nisan 2017.

⁷⁸ Metin FEYZİOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık*, US-A Yayıncılık, Ankara, Şubat 1996, s.28.

⁷⁹ Cengiz BARDAK, *Ceza Muhakemesinde Hazırlık Soruşturması*, Yetkin Basımevi, Ankara, 1996. s. 284, Faruk EREM, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (şerh)*, Ankara, Dayınlarlı Yayınları, 1996, s. 98.

⁸⁰ Metin FEYZİOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık*, s.29.

⁸¹ YALVAÇ, a.g.e., s.611.

⁸² Metin FEYZİOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık*, s.30.

sonucu ortaya çıkmıştır.

Tanık, olay hakkındaki bilgilerini bazen doğrudan doğruya öğrenmiş olur. Bu konuda en çok görme duyusu rol oynadığı için, doğrudan bilgisi olan tanığa “görgü tanığı” denilir. Bazen de bir kimse, olay hakkındaki bilgilerini dolaylı olarak yani başkalarından öğrenir. Bu kişiler kural olarak tanıklık yapamamaları da, başkasından duyduğunu anlatan kişinin tanık olarak dinlenebileceği istisnai haller de mevcuttur⁸³. Ancak tanığın dolaylı olarak edindiği bilgilerin delil değerinin daha az olabileceği savunulmaktadır⁸⁴.

Tanık beyanının elde edilmesi için ilk aşama tanığın dinlenmesidir. Ceza Muhakemesi Kanunu’nun tanıkların dinlenmesiyle ilgili düzenlemeleri, “silahların eşitliği” açısından bazı yenilikler getirmiştir. Ancak tanıkların çağrılmasını düzenleyen kanunun 43. maddesi, 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usul Kanunu’ndaki benzer düzenlemeyi içermekte, davetiye yerine çağrı kâğıdı terimini kullanmaktadır. Bu uygulama Sözleşme’ye paralel bir şekilde düzenlenmiştir⁸⁵. Tanıklık görevinin yapılabilmesi için her şeyden önce tanığın usulüne uygun olarak çağrılması gerekir. Usulüne uygun olarak çıkartılan ve gelmemenin sonuçlarının da belirtildiği çağrı kâğıdına rağmen duruşmaya geçerli mazereti olmaksızın gelmeyen tanıklar, 44. maddeye göre zorla getirilir. Çağrı kâğıdında, kişinin hangi sıfatla, hangi tarihte nereye ve niçin çağrıldığı belirtilir⁸⁶. Tutuklu dosyalarında çağrı kâğıdı ile davetiye yapılmaksızın zorla getirme emri düzenlenebilir ve yine tutuklu bir iş olmasa bile hâkim, bir tanığın, hemen dinlenilmesini gerekli görüyorsa görevlilere yazılı olarak tanığın duruşma günü hazır edilmesini emredebilir. Bu düzenlemeler, tanığın dinlenmesi için devlet tarafından gerekli işlemlerin yerine getirilmesini ve kanuni düzenlemelerin yapılması gerektiğini belirten AİHM kararlarına paralel düzenlemelerdir.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 43. maddesinin 5. fıkrasında, maddede belirtilen hükümlerin, *“kişilerin ancak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme önünde*

⁸³KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU, a.g.e., s.1351.

⁸⁴BARDAK, a.g.e., s. 284.

⁸⁵Gürsel YALVAÇ, a.g.e., s. 610-611.

⁸⁶ÖZTÜRK, ERDEM, a.g.e., s.404.

tanık dinlenmesi halinde” uygulanabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla davanın bir tarafı olan savcının da tanığı dinleme ve bu nedenle zorla getirme yetkisine sahip olduğu görülmektedir⁸⁷. Feyzioğlu, soruşturma aşamasındaki iddia makamı ile savunma makamı arasındaki bu eşitsizliğin duruşma aşamasında sanığa dilediği tanığı duruşmaya getirme hakkı verilerek ve Cumhuriyet savcısına tanıkları duruşmaya beraberinde getirme yetkisi tanınmamasıyla giderildiğini ve bu nedenle Sözleşme’ye aykırılık olmadığını, aksine taraflar arasındaki eşitliğin pekiştirildiğini belirtmektedir⁸⁸.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 181. maddesinin 1. fıkrasında, tanıkların dinleneceği günün, davanın tarafları olan Cumhuriyet savcısına, suçtan zarar görene, vekiline, sanığa ve müdafisine bildirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Nitekim Yargıtay keşif günü ve saatinin sanığa bildirilmeyerek sanığın savunma hakkının kısıtlanmasının hukuka aykırı olduğunu belirtmektedir⁸⁹.

Aynı Kanun’un “Tanık ve bilirkişinin naiple veya istinabe yoluyla dinlenmeleri” başlıklı 180. maddesi⁹⁰ ise, imkân olması halinde tanıklar dâhil tüm kişilerin mahkemeye bizzat gelememeleri durumunda sanığın yargılandığı mahkeme tarafından sesli ve görüntülü olarak dinlenmesini kural olarak getirmiş, istinabeyi ise istisna bir işlem olarak tanımlamıştır. Bu da hem hâkimin tanıkları bizzat sorgulayabilmesini hem de tarafların tanıklara soru sorabilmesini sağlaması

⁸⁷Esra KAYA, Kaan YIRTIMCI, “CMK’nin Getirdikleri (Genel Değerlendirme)”, Hukuk Gündemi, S: 2, Ağustos 2005, s. 49.

⁸⁸Metin FEYZİOĞLU, **Tanıklık ve Dürüst Muhakeme**, s. 28.

⁸⁹Yargıtay 3. C.D. 06.06.2013 tarihli ve 2012/27725 Esas, 2013/23808 Karar sayılı Kararı.

⁹⁰“(1) Hastalık veya malûllük veya giderilmesi olanağı bulunmayan başka bir nedenle bir tanık veya bilirkişinin uzun ve önceden bilinmeyen bir zaman için duruşmada hazır bulunmasının olanaklı bulunmayacağı anlaşılırsa mahkeme onun bir naiple veya istinabe yoluyla dinlenmesine karar verebilir.

(2) Bu hüküm, konutlarının yetkili mahkemenin yargı çevresi dışında bulunmasından dolayı getirilmesi zor olan tanık ve bilirkişinin dinlenmesinde de uygulanır.

(3) Davayı görmekte olan mahkeme, zorunluluk olmadıkça, büyükşehir belediye sınırları içerisinde bulunan şikâyetçi, katılan, sanık, müdafî veya vekil, tanık ve bilirkişilerin istinabe yoluyla dinlenmesine karar veremez.

(4) İstinabe olunan mahkeme, büyükşehir belediye sınırları içerisinde ise, ilgililer kendi yargı çevresinde bulunmasa da büyükşehir belediye sınırları içerisinde yerine getirilmesi gereken istinabe evrakını geri çevirmeksizin gereğini yapar.

(5) Yukarıdaki fıkralar içeriğine göre tanık veya bilirkişinin aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle dinlenebilmeleri olanağının varlığı hâlinde bu yöntem uygulanarak ifade alınır. Buna olanak verecek teknik donanımın kurulmasına ve kullanılmasına ilişkin esas ve usuller yönetmelikte gösterilir.”

bakımından önemli olup her iki madde de “silahlarda eşitlik”in sağlanması amacına yöneliktir. Nitekim Yargıtayca, mahkemenin, büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde bulunan sanığı istinabe yolu ile dinleyemeyeceği hüküm altına alınarak aslolanın bizzat sorgulama olduğu istinabenin istisnai bir yol olduğu vurgulanmıştır.⁹¹

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun “delillerin ortaya konulması ve reddi” başlıklı 206. maddesinin 2. fıkrasında, “*ortaya konulması istenilen bir delilin kanuna aykırı olarak elde edilmiş olması, delil ile ispat edilmek istenilen olayın karara bir etkisinin olmaması ve istemin sadece davayı uzatmak amacıyla yapılmış olması halinde reddolunabileceği*” düzenlenmiştir⁹². AİHM, *Bricmont/Belçika*⁹³ ve *Vidal/Belçika*⁹⁴ davalarında, tanıkların dinlenmesinde takdir yetkisinin ulusal mahkemeye ait olduğunu belirtmiş ancak ulusal mahkemenin tanığı dinlememesini gerekçelendirmesi gerektiğini ifade etmiştir. Dolayısıyla belirtilen madde gereği hâkim, bir tanığın dinlenilmesini reddettiğinde, bu maddedeki hangi nedene dayandığını açıklamak zorunda olup Kanun’da sayılan nedenlerin var olmaması halinde tanığın dinlenmesinden vazgeçemeyecektir⁹⁵.

Kanun’un 206. maddesinin 3. fıkrasında, “*Cumhuriyet savcısı ile müdafii birlikte rıza gösterirlerse, tanığın dinlenmesinden veya herhangi bir başka delilin ortaya konulmasından vazgeçilebileceği*” düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle de iddia ve savunma makamı arasında karşılıklılık sağlanmıştır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, AİHM kararları doğrultusunda delilden vazgeçme konusundaki beyanın, şüpheye yer bırakmayacak şekilde, açık olması gerekliliğidir.

Tanığın, naip hâkim tarafından veya istinabe yoluyla dinlenmelerini düzenleyen 180. maddenin 5. fıkrasında, teknik donanım varsa dinlemenin görüntülü ve sesli iletişim tekniğiyle yapılması düzenlenmiştir. Tanıkların dinlenmesi bakımından teknolojinin kullanılması kural olarak takdiri olmakla birlikte 52. maddenin 3. fıkrasına göre “*mağdur çocukların ve duruşmaya getirilmesi mümkün*

⁹¹ Yargıtay C.G.K. 07.04.2009 tarihli ve 2008/10-243 Esas, 2009/86 Karar sayılı Kararı.

⁹²(Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 12 Nisan 2017.

⁹³ Bricmont/Belçika, 07.07.1989, Başvuru No: 10857/84, para.87-89.

⁹⁴ Vidal/Belçika, 28.10.1992, Başvuru No:12351/86, para. 30-35.

⁹⁵YAVUZ, a.g.e., s.50-52.

olmayan ve tanıklığı maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunlu olan kişilerin tanıklığında görüntü ve ses kaydının alınması zorunludur”⁹⁶.

Bu düzenlemelerin amacı savunmanın tanığını eşit şartlarda davet ettirmesini sağlamak ve aleyhine olan tanıklara soru sorabilmesine zemin hazırlamaktır.

2. Doğrudan Soru Yönelme

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 59. maddesinde de yer alan, “*hâkim tarafından beyana davet edildikten sonra, tanıkların sözleri kesilmeden konuşmaları ve ondan sonra sual sorulması*”, Kara Avrupası hukuk sisteminin tercih ettiği bir yöntemdir. Böyle olmasının sebebi, sorulan sorunun tanığı etki altında bırakacağından korkulması, tanığın herhangi bir etki altında kalmadan beyanlarının tespitinin istenmesidir. Oysa tanıklara hiç müdahale edilmeden kendi anlatımlarına izin verilmesi, tanıklara önceden söyleyeceklerinin öğretilmesi ve söylediklerinin gerçeği yansıtmaması gibi sonuçlara yol açabilecektir. Samimi beyan, çoğu kez, tanığın hazırlanmadığı sahada sorulan bir soru üzerine beklemeksizin verdiği cevaptır⁹⁷. Bu nedenle “çapraz sorgu” kavramına tekrar değinmek gerekmektedir. Çapraz sorgu, klasik sorgu tanımından daha farklı bir kavramdır. Sorguyu, dar ve geniş anlamı ile ele almak gerekir. Dar anlamda sorgu, “yargıcın süje, sanığın ve sorgu konusu olayın ise obje olduğu bir yargıç işlemidir. Kolluk ve savcı tarafından sanığın ifadesinin alınması da dar anlamda sorgu içerisinde değerlendirilir. Mahkemece, tanığın, bilirkişinin veya başkaca kişilerin (müşteki veya katılan) dinlenmesi, savcı tarafından mağdur, tanık ve diğer kişilerin ifadelerinin alınması ise geniş anlamda sorgu olarak adlandırılır⁹⁸. Çapraz sorgu ise, ne sadece sanık veya şüphelinin obje olduğu dar anlamda sorgu ne de tanık, bilirkişi ve diğer kişilerin mahkemece dinlenmesini veya savcı tarafından bu şahısların ifadelerinin alınmasını tanımlayan geniş sorgu kapsamı içerisinde değerlendirilebilir⁹⁹. “Çapraz sorgu, gerçeğin araştırılmasında bireyleri ön plana çıkartan ferdiyetçi ve liberal bir anlayışın

⁹⁶ Recep GÜLŞEN “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Teknoloji”, **HPD**, S: 7, Temmuz 2006, s.152.

⁹⁷KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU, a.g.e., s.1351.

⁹⁸ YÜCE, ANLAR, a.g.e., s. 58.

⁹⁹ Ag.e., s. 59.

yansıması olan itham sisteminde gelişmiş bir sorgulama tekniği ve delil elde etme aracıdır.”¹⁰⁰ Çapraz sorgunun ortaya çıktığı Anglo-Sakson hukuk sistemi genel olarak tarafların arasında herhangi bir aracı olmadan ilişki kurulmasını ifade eden “doğrudanlık” ve taraflar ile dinlenen diğer kişilerin bildiklerini duruşmada sözlü olarak sunmalarını ifade eden “sözlülük” ilkesi üzerine inşa edilmiştir¹⁰¹.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 201. maddesi¹⁰² “*doğrudan soru yöneltme*” başlığı altında düzenlenmiş olup buna göre “*Cumhuriyet Savcısı, müdafî veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat; sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılmış diğer kişilere, duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilirler. Sanık ve katılan da mahkeme başkanı veya hâkim aracılığı ile soru yöneltebilir. Yöneltilen soruya itiraz edildiğinde sorunun yöneltilmesinin gerekip gerekmediğine, mahkeme başkanı karar verir*”. Kanun metninden, ortak menfaatlere sahip kişilerin, birbirlerinin sorduğu sorulara itiraz etme imkânının tanınmadığı anlaşılmaktadır. Örneğin, sanık müdafinin sormak istediği bir soruya sanığın itiraz hakkı bulunmamaktadır. Gerekğinde ilgililer yeniden soru sorabilir. Burada, 1412 sayılı mülga Ceza Muhakemesi Usul Kanunu’nun aynı nitelikte olmayan ancak benzer olarak adlandırılabilen “*tanıklarla bilirkişinin savcı ve sanık tarafından dinlenmeleri ve istizahları*” başlığı altında düzenlenen 232. maddesinden farklı bir düzenleme yapılmıştır¹⁰³. Çünkü gerek 232. madde, gerekse konuyla ilgili 233. madde ele alındığında, sanık, tanık ve bilirkişilerin sorgusu dâhil tüm yargılama işlemlerinin yapılması ve duruşmanın idaresi görevinin mahkeme başkanına verildiği görülmektedir. Mahkeme üyesi olan hâkim dâhil, savcının, sanığın ve müdafinin tanık ve bilirkişilere soru sorması yargılamada asıl yetkili ve etkili olan mahkeme başkanının izin vermesi şartına bağlanmıştır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’ndaki düzenlemede ise sadece savcı ve sanık müdafinin gösterdiği tanık ve bilirkişilerin dinlenilmeleri sırasında değil, bütün tanıkların ve bilirkişilerin, sanığın, katılanın ve duruşmaya çağrılmış olan diğer kişilerin dinlenilmelerinde de doğrudan soru yöneltme yöntemi uygulanabilecektir. Bir tarafın gösterdiği tanığın diğer tarafça sorgulanması için 1412 sayılı Kanun’un 232. maddesinden farklı olarak, yargılama

¹⁰⁰ DEMREN DÖNMEZ, “Nitelikli Hukukçunun Anahtarı Çapraz Sorgu”, **HPD**, sayı 3, s. 115, YÜCE, ANLAR, a.g.e., s. 59.

¹⁰¹ A.g.e., s. 59.

¹⁰²(Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 14 Nisan 2017.

¹⁰³ DEMREN DÖNMEZ, a.g.e., s. 280.

taraflarının anlaşarak mahkemeden birlikte talepte bulunmaları gerekmemektedir. Bunun için soru sorma hakkı bulunan yargılama sjelerinden birinin, soru sormak istediği kişi ister kendi tanığı ister karşı tarafın tanığı olsun, bu hakkını kullanmak istemesi yeterlidir. Bu düzenlemeye göre, sadece savcı ve mdafı değil, “*vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat, sanık ve katılan da soru sorma hakkına sahiptir. Ancak sanık ve katılan bu hakkını mahkeme başkanı aracılığıyla kullanabilecektir*”¹⁰⁴.

5271 sayılı Kanun ile getirilen ve doğrudan soru yöneltme olarak adlandırılan bu düzenlemenin, teknik anlamda bir çapraz sorgu olmadığı ancak bu hakkın kısıtlanması halinde mutlak bir bozma sebebi oluşturacağı ifade edilmiřtir¹⁰⁵.

Doktrinde elik, anak, Yüce-Anlar, kanundaki düzenlemenin çapraz sorgu anlamına geldiğini belirtirken¹⁰⁶ Dönmez, Centel/Zafer ve Yurtcan ise, çapraz sorgu sisteminde tanıkların dinlenmesi ve soru sorulması adı altında iki farklı işlem olduğunu, bu nedenle kanunun 201. maddesindeki düzenlemenin “apraz sorgu” kavramını tam karşılamadığını belirtmektedirler¹⁰⁷. Yenisey, 5271 sayılı CMK’nin 201. maddesinde doğrudan sorgu sisteminin, 215 ve 216. maddelerinde¹⁰⁸ çapraz sorgu sisteminin dzenlendiđini¹⁰⁹ belirtmekte, Yenisey-Kunter-Nuhoğlu’na ait

¹⁰⁴YCE, ANLAR, a.g.e., s. 62; DEMREN DÖNMEZ, a.g.e., s. 71; SÖZÜER, ATAHAN vd, a.g.e., s. 119-120; Feridun YENİSEY, Neylan ZİYALAR, **apraz Sorgu Teknikleri**, 3. Basım, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, s. 52-53.

¹⁰⁵KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU, a.g.e, s.1362.

¹⁰⁶ Adem ÇELİK, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 167; Erkan ÇANAK, **apraz Sorgu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 1; YÜCE, ANLAR, a.g.e., s. 58.

¹⁰⁷DEMREN DÖNMEZ, a.g.e., s. 282; Erdener YURTCAN, **Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yorumu**, İstanbul, 2005, s.415; CENTEL, ZAFER, a.g.e., s.779; KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU, **a.g.e.**, s.1363.

¹⁰⁸ Ceza Muhakemesi Kanununun ilgili maddeleri aşağıda verilmiştir.

“Dinleme ve okumadan sonra diyeceğin sorulması

Madde 215 – (1) Suç ortağının, tanığın veya bilirkişinin dinlenmesinden ve herhangi bir belgenin okunmasından sonra bunlara karşı bir diyecekleri olup olmadığı katılana veya vekiline, Cumhuriyet savcısına, sanığa ve müdafisine sorulur.

Delillerin tartışılması Madde 216 – (1) Ortaya konulan delillerle ilgili tartışmada söz, sırasıyla katılana veya vekiline, Cumhuriyet savcısına, sanığa ve müdafisine veya kanun temsilcisine verilir.

(2) Cumhuriyet savcısı, katılan veya vekili, sanığın, müdafinin veya kanun temsilcisinin açıklamalarına; sanık ve müdafii ya da kanun temsilcisi de Cumhuriyet savcısının ve katılanın veya vekilinin açıklamalarına cevap verebilir. 9157

(3) Hükümden önce son söz, hazır bulunan sanığa verilir. (Ek cümle: 15/8/2017-KHK694/148 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7078/143 md.) Bu aşamada zorunlu müdafii hazır bulunmaması hükmün açıklanmasına engel teşkil etmez”.

¹⁰⁹ YENİSEY, ZİYALAR, a.g.e., s. 10-11.

eserde ise kanun koyucunun doğrudan soru ve çapraz sorgu sistemini tam olarak oturtmadığı belirtilmektedir¹¹⁰.

a. Doğrudan Soru Yöneltilmenin Uygulanabileceği Aşama

Soruşturma aşamasında, şüpheli ile tanıkların ve mağdurların yüz yüze getirilip birbirlerine soru sorması hukuken mümkün değildir. Bu kural, 5271 sayılı Kanun'un yüzleştirmeyi düzenleyen 52. maddesinin 2. fıkrasında¹¹¹ açıkça belirtilmiş, soruşturma evresinde şüpheli ile yüzleştirme yapmanın kovuşturma aşamasına kadar geciktirilmesinde sakınca varsa veya kimlik belirlenmesi için zorunlu ise mümkün olacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla hükmün kanun sistematigi gereğince kovuşturma aşamasındaki duruşma hükümleri içerisinde düzenlenmiş olması ve maddede soru sorulacak kişiler bakımından şüpheli kavramına yer verilmemesi, sadece sanıktan bahsedilmesi nedeniyle, doğrudan soru yöneltilmenin, kovuşturma aşamasına yönelik olduğu söylenebilir¹¹². Bu durum, kanunun gerekçesinde¹¹³, “soruşturma evresi, delillerin toplandığı ve esasta gizliliğin egemen olduğu, kovuşturma ise delillerin tartışılıp değerlendirilmesinin yapıldığı bir evredir.” denilerek, tanıkların birbirleriyle veya sanıkla yüzleştirilmelerinin kovuşturma evresinde yapılacağı belirtilmiştir. Kovuşturma evresi, iddianamenin kabulünden başlayan ve hükmün kesinleşmesine kadar olan süreci ifade ettiğinden, istinaf ve temyiz aşamalarında da doğrudan soru yöneltilmenin mümkün olup olmadığı ortaya konulmalıdır. İstinaf incelemesinde, ilk derece mahkemesinin kararı hem maddi hem de hukuki bakımdan incelenecektir. Dolayısıyla istinaf yargılamasında, doğrudan soru yöneltilmenin uygulanacağını kabul etmek gerekir. Temyiz incelemesinde, duruşmasız yapılan incelemeler bakımından zaten doğrudan soru yöneltilmek fiilen mümkün değildir. Duruşmalı yapılan temyiz incelemelerinde ise doğrudan soru yöneltilmeyi engelleyen bir hüküm bulunmamakta olup “silahların eşitliği”nin sağlanması için bu hakkın sınırlandırılmaması gerektiği görüşündeyiz.

¹¹⁰KUNTER,YENİSEY,NUHOĞLU, a.g.e., s.1363.

¹¹¹ www.mevzuat.gov.tr(çevrimiçi), 15 Nisan 2017.

¹¹² DEMREN DÖNMEZ, a.g.e., s. 289.

¹¹³YALVAÇ, a.g.e., s. 622-623.

Doğrudan soru yöneltme hakkının, kovuşturma aşaması dışında, soruşturma aşamasında da kıyas yapmak suretiyle kullanılması gerektiği savunulmuştur. Duruşma, ceza muhakemesi işleyişinin en son duraklarından biri olup amacın tek celsede davaları sonuçlandırmak olduğu, doğrudan soru yöneltmenin amacının delillerin daha sağlıklı bir ortamda ve çok yönlü tartışılması olduğu göz önüne alındığında, delillerin toplandığı, koruma tedbirlerinin uygulandığı, kolluk ve savcılık tarafından ifade alındığı, hâkim sorgusunun yapılabilirdiği soruşturma aşamasında, müdafî ve katılan vekilinin doğrudan soru yöneltme hakkını kullanarak gerçeği ortaya çıkarmak için çaba göstermesi savunma hakkı bakımından önemli görülmüştür.¹¹⁴

Yukarıda ikinci bölümde açıklanan *Kostovski/Hollanda* ve *Delta/Fransa* davalarında¹¹⁵ ise yargılamanın bir aşamasında çapraz sorunun yapılmış olmasının önemli olduğunun belirtildiği görülmektedir. Dolayısıyla Mahkeme bakımından doğrudan soru yöneltmenin soruşturma veya kovuşturma evresinde olması önemli olmayıp yargılama aşamaları tamamlanıncaya kadar çapraz sorgu hakkının veya iç hukukta kullanılan kavram olarak doğrudan soru yöneltme hakkının taraflara tanınması önemlidir. Kanaatimizce de çapraz sorgu hakkının yargılamanın herhangi bir aşamasında yapılmış olması önemli olup bu hakkın kovuşturma aşamasında kullandırılması daha uygun ve hakkaniyetli olacaktır.

b.Tanığa Sorulabilecek Soruların Niteliği

Tanıklara ne tür soruların sorulabileceği konusunda Ceza Muhakemesi Kanunu'nda açık bir hüküm yoktur. Sözleşme'de de bir açıklık bulunmamaktadır.

Duruşmada soru sormayı düzenleyen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü'nün¹¹⁶ 68. maddesine göre,

¹¹⁴ DEMREN DÖNMEZ, a.g.e., s.290.

¹¹⁵ Kostovski/Hollanda, 20.11.1989, Başvuru No: 11454/85, para. 37-45, Delta/Fransa, 19.12.1990, Başvuru No: 11444/85, para. 34-37.

¹¹⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü, (Çevrimiçi) <https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/insan-haklari-bilgi-bankasi/avrupa-insan-haklari-mahkemesi/aihm-ic-tuzugu/>, 15.04.2017.

“1. Herhangi bir yargıç, devlet temsilcilerine, tarafların avukatlarına veya danışmanlarına, başvurucuya, tanıklara ve uzmanlara ve daire önündeki duruşmaya gelen herhangi bir kişiye soru sorabilir.

2. Tanıklar, uzmanlar ve 42. maddenin birinci fıkrasında belirtilen diğer kişiler, daire başkanının denetiminde devlet temsilcileri ve tarafların avukatları veya danışmanları tarafından sorgulanabilirler. Sorulan bir sorunun konuyla ilgisi bulunmadığı şeklindeki itiraz hakkında daire başkanı karar verir”.

Dolayısıyla AİHM İçtüzüğü’nde, AİHM önünde görülecek duruşmalı davalarda sorulabilecek soruların şekli konusunda herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Sadece sorulan sorunun konuyla ilgisi olmadığı yönündeki itiraz hakkında, Daire Başkanı’nın karar vereceği ifade edilmiştir. Bu nedenle konuyla ilgili olmak ve gerçeği ortaya çıkarmak amacıyla Sözleşme kapsamındaki hakları ihlal etmeyecek şekilde her türlü sorunun AİHM önünde gerçekleştirilen duruşmalarda sorulmasının mümkün olduğu, bunun sonucu olarak 5271 sayılı CMK’nin 201. maddesi kapsamında da her türlü sorunun sorulabileceği savunulmaktadır¹¹⁷. Tabii ki sorular davanın esasına ilişkin ve maddi gerçeği ortaya çıkarmaya yönelik olmalı, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 48. maddesine göre, özellikle tanıklara sorulacak sorularda, tanığın cevap vermekten çekinebileceği hususlara dair sorular sorulmamalıdır. Yani Kanun’un bu konuda evrensel ilkelere uygun olarak tanıkları, kendilerini veya kanunda sayılan kişileri ceza kovuşturmasına uğratacak sorulardan koruyacak bir düzenleme yaptığı görülmektedir. Sorulan soruya itiraz söz konusu olduğunda değerlendirmeyi hâkim yapacaktır. 5271 sayılı Kanun’a ilişkin tasarının gerekçesinde¹¹⁸, madde metnindeki itirazın teknik anlamda itiraz olmayıp hâkimin bu konuda karar vermesi için yapılan bir karşı gelme olduğu vurgulanmıştır. Hâkim sorulan soruya yöneltilecek itirazın çözümünde 5271 sayılı Kanun’un delillerin ikamesi hususundaki istem ve kararlara ilişkin 214. maddesindeki usule göre hareket edecektir. Bu nedenle, “delil serbestisi” ilkesi çerçevesinde, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla hareket edecektir.

¹¹⁷ DEMREN DÖNMEZ, a.g.e., 96-97.

¹¹⁸ YALVAÇ, a.g.e., s. 837-838.

c. Doğrudan Soru Yöneltilme Aşamasında Sözleşmeyi İhlal Eden Nedenler

(1) Tanığın Korunması

Suç işlediği iddia edilen sanıkların suçlu olup olmadıklarını ortaya koyabilecek delil çeşitlerinden bir tanesi de tanık açıklamalarıdır. Ancak öncelikle tanıklık yapacak kişilerin bulunması, sonrasında da bu kişilerin tanıklıktan kaçınmaması gerekir. Bu yüzden tanıklık bir kamu görevi olarak kabul edilmiş olup tanık kural olarak açıklamada bulunma yükümlülüğü altındadır. Tanıklık, külfetli ve zor bir kamu görevi olduğu gibi aynı zamanda tehlikeli de olabilecek bir iştir. Tanıklık yapacak kişilerin susturulma tehlikesi altında bulunmaları veya susturulmaları, özellikle organize suçların ve terör suçlarının muhakemesinde tanıkların kendilerini güvende hissetmemelerine ve dolayısıyla tanıklık yapmaktan korkmalarına ve kaçınmalarına neden olmaktadır¹¹⁹. Tabii ki tanıkların, beyanda bulunmaktan kaçınmaları sadece bu tür suçlarda değil, diğer suç türlerinde de söz konusu olabilmekte ve tanık kendisini tehlikede hissettiği için, ya hiç ortaya çıkmamakta ya da kimliği tespit edilse bile tanıklık yapmaktan kaçınmaktadır. Bu nedenlerle gizli soruşturmacı, anonim tanık veya muhbir olarak kovuşturma makamları ile işbirliği içerisinde olan tanıklar açısından genellikle tanıklık etme yükümlülüğünde istisnalar getirilmektedir¹²⁰.

Tanığın korunmasına ilişkin kurallar, “adil yargılanma hakkı” kapsamında “silahların eşitliği” ilkesi içerisinde incelediğimiz “sanık hakları” ile doğrudan bağlantılıdır. Tanığın korunması konusunda alınacak tedbirler ile sanığın hakları arasında bir denge oluşturulması gerekmekte olup, ceza yargılamasında tanığın korunmasına önem verilirken, insan hakları alanında hukuk devletinin önemli kazanımlarından olan “sanık haklarının ihlal edilmemesi” mutlaka göz önünde bulundurulması gereken hususlardandır¹²¹.

¹¹⁹ Cumhur ŞAHİN, “Türk Hukukunda Tanık Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul, 2004, s. 804-805.

¹²⁰ A.g.e., s. 804-805.

¹²¹ Olgun DEĞİRMENCİ, “Ceza Muhakemesinde Tehlike İçinde Bulunan Tanığın Korunması”, **TBB Dergisi**, 2009, sayı 83, s.75.

Mülga Ceza Muhakemesi Usul Kanunu'nda tanıkların korunmasına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 58. maddesinde ise bir örgütün faaliyetleri kapsamında işlenen suçlarla ilgili olarak tanıkların korunması hususu düzenlenmiş ve maddenin 4. fıkrası gereğince, 5726 Sayılı Tanık Koruma Kanunu¹²² hazırlanarak 27.12.2007 tarihinde kabul edilmiş ve 5 Ocak 2008 tarih ve 26747 sayılı resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Tanık Koruma Kanunu'nda yapılan düzenlemeler ile yukarıda belirtilen durumlar göz önüne alınarak, sanığın kimliğinin gizlenmesine imkân tanınmasının nedeni, temel olarak bir davada tanık olarak bilgisine başvurulacak kişilerin ve yakınlarının hayatını, beden bütünlüğünü ve malvarlığının korunmasını sağlamak olarak belirtilmiştir¹²³. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun tanıkların korunmasına ilişkin 58. maddesinin gerekçesinde, ceza yargılamasında, tanığın kim olduğunun ve olayla ilgisinin açıkça ortaya konulması tanığın beyanının değerlendirilmesinde ve hükme esas alınmasında çok önemli olmasına rağmen, “tanık beyan delilinin” daha kolay ve güvenli bir biçimde elde edilmesinin amaçlandığı ve gerçeğin ortaya çıkarılmasına beyanı ile katkıda bulunan tanığın korunmasının Evrensel İnsan Hakları normlarının bir gereği olduğu belirtilmiştir¹²⁴.

CMK' nin 58/2. maddesinde “*kimliği saklı tutulan tanığın bu bilgileri hangi vesileyle öğrendiğini açıklamakla yükümlü olacağı*” yönündeki düzenleme ile uygulamada sorun olabilecek bir husus yaratılmıştır¹²⁵. Çünkü tanığın ifadesinde belirttiği bilgileri hangi sebeple ve ne şekilde öğrendiğini açıklaması bazı durumlarda adresi, meslek, sanıklarla yakınlık derecesi gibi kişisel bilgilerini açıklamasına ve böylece dolaylı yoldan da olsa kimliğinin açığa çıkmasına neden olacaktır. Tanığın yapması gereken açıklamanın yalnızca koruma tedbiri konusunda karar verecek makama yönelik mi, yoksa dava dosyasındaki tüm ilgililere yönelik ve onların

¹²²27.12.2007 tarihinde kabul edilmiş ve 5 Ocak 2008 tarih ve 26747 sayılı R.G. ile yayınlanmıştır.

¹²³ Fırat GEDİK, “Hukuk Dünyamızda Bir Yenilik: 5726 Sayılı Tanık Koruma Kanunu ”, **Güncel Hukuk Dergisi**, Şubat 2008/ 2-50, s. 13.

¹²⁴YALVAÇ, a.g.e., s.629.

¹²⁵ Candaş GÜROL, “Tanığın Korunması Müessesesi ve Adil Yargılanma Hakkı”, **TBB Dergisi**, 2005, sayı 60, s.48.

bilmesi gereken bir bicide mi yapılacağı da yine tam anlamıyla açıklığa kavuşturulmuş değildir¹²⁶.

Tanık Koruma Kanunu'nun 3. maddesinde, tanığın korunmayı hak etmesi açısından cezanın ağırlığı ölçütü öngörülmüş, *“5237 sayılı Türk Ceza Kanununda ve ceza hükmü içeren tüm kanunlarda yer alan ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve alt sınırı on yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlarla, bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen alt sınırı iki yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlarla terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçların”* tümünün tanıkları için koruma öngörülmüştür¹²⁷.

Kanun'un, tanık koruma tedbirlerini düzenleyen 5. maddesinin 1. fıkrasının b bendinde, *“tanığın duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlar olmadan dinlenmesi ya da tanığın sesinin ve görüntüsünün değiştirilerek duruşmada dinlenmesi”* tanık koruma tedbiri olarak düzenlenmiştir¹²⁸. Bu düzenlemenin, 5271 sayılı Kanun'un 201. maddesinde düzenlenen doğrudan soru sorma hakkını sanık yönünden işlevsiz hale getirdiği ileri sürülmektedir. Sanığın, yüzünü bile görmediği bir tanığın ifadesi nedeniyle mahkûm olması “savunma hakkı”nın ve “silahların eşitliği” ilkesinin ciddi bir ihlali olarak nitelendirilmektedir¹²⁹.

Tanık Koruma Kanunu'nun 9. maddesinde ise *“haklarında koruma tedbiri kararı alınan tanıkların dinlenmelerinde uygulanacak usuller”* düzenlenmiştir¹³⁰. Buna göre, haklarında koruma tedbirine karar verilen tanıkların duruşmada dinlenilmeleri esnasında 5271 sayılı Kanun'un 58. maddesinin 2. ve 3. fıkraları uygulanacak, *“yani tanığın kimliğinin saklı tutulması için, tanığa ait kişisel bilgiler Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından muhafaza edilecek ve hazır bulunanların huzurunda tanığın dinlenmesi tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddi gerçeğin ortaya çıkması açısından tehlike oluşturacaksa hâkim hazır bulunma hakkı olanlar olmadan tanığı dinleyebilecektir”*. Hazır bulunma hakkı olanlar hazır bulunmadan tanık dinlenecekse tanığın dinlenilmesi esnasında ses ve görüntülü

¹²⁶ A.e.

¹²⁷ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 16 Nisan 2017.

¹²⁸ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 16 Nisan 2017.

¹²⁹ GEDİK, a.g.m., s. 15-16.

¹³⁰ www.mevzuat.gov.tr(çevrimiçi), 16 Nisan 2017.

aktarma yapılacaktır. Bu halde soru sorma hakkı saklı tutulacaktır, ancak Tanık Koruma Kanunu'nun 5. maddesine göre¹³¹, “*Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 201. maddesinin uygulanmasında, tanığa sorulacak soruların bu Kanun kapsamında tanık hakkında uygulanan tedbirlerle orantılı ve amaca uygun olması gerekir. Bu amaçla, hâkim, sorulan soruların tanığa sorulmamasına karar verebilir veya tanığı dinlerken dolaylı dahi olsa tanığın kimliğini ortaya çıkaracak soruların sorulmasına izin vermez*”.

Tanık Koruma Kanunu'nun 9. maddesinin 2. ve 3. fıkrasına göre, “*Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 58. maddesinin 3. fıkrasının uygulanmasına mahkemece karar verilmesi halinde, dinleme sırasında tanığın görüntü veya sesi değiştirilerek tanınması engellenebilir. Tanığın, duruşma salonunda fiziksel görünümünü engelleyecek tarzda mahkemece tayin ve tespit edilecek bir usule göre, dinlenmesine de karar verilebilir*”. Ancak Tanık Koruma Kanunu'nun 9. maddesinin 4. fıkrasına göre, “*duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlar bulunmadan tanığın dinlenmesi halinde, tanık tarafından verilen beyanlar, hâkim tarafından Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 58. maddesinde belirtilen sınırlamalara uymak koşuluyla, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlara açıklanır*”. Dolayısıyla bu düzenleme ile sanık ve müdafinin tanığa soru sorma imkânının sağlanarak, “silahların eşitliği” ilkesinin korunmaya çalışıldığı görülmektedir¹³². Tanık Koruma Kanunu'nun 9. maddesinin 8. fıkrasına göre, “*tanık koruma tedbiri olarak kimlik ve adres bilgilerinin kayda alınarak gizli tutulması ve kendisine yapılacak tebligatlara ilişkin ayrı bir adres tespit edilmesi ya da duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi ya da ses veya görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi tedbiri uygulanmışsa, bu şekilde korunan tanığın beyanı tek başına hükme esas teşkil etmez*” ve aynı maddenin 10. fıkrasına göre “*tanığın korunmasına ilişkin hükümler savunma hakkını kısıtlayıcı şekilde uygulanamaz*”.

Bazı yazarlar Tanık Koruma Kanunu'nun Sözleşme'nin 6. maddesini ihlal etmemesi için 5. ve 9. maddeleri üzerinde yeniden çalışılması gerektiğini ve 9.maddenin 10. fıkrada savunma hakkının kısıtlanamayacağını belirtmesinin 7. fıkrada, bu kanuna göre alınan tanık ifadelerin duruşmada hazır bulunanlar huzurunda verilmiş ifade hükmünde olduğunun düzenlenmesi karşısında bir anlam

¹³¹ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 16 Nisan 2017.

¹³² Behiye EKER KAZANCI, “**Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması Çerçevesinde Görüntülü Ve Sesli İfade Alma**”, HPD, S: 7, Temmuz 2006, s. 159.

ifade etmeyeceğini savunmaktadır¹³³. Oysa sanığın savunma hakkının, aleyhindeki tanığı görmek ve ona sorular sormak, sordurmak hakkının kutsal olduğu kadar,

¹³³ EKER KAZANCI, a.g.e., s. 159.

Tanık Koruma Kanununun ilgili maddeleri aşağıdadır.

“-Tanık Koruma Tedbirleri

Madde 5 - (1) Bu Kanun kapsamında bulunanlar hakkında uygulanabilecek tanık koruma tedbirleri şunlardır:

- a) Kimlik ve adres bilgilerinin kayda alınarak gizli tutulması ve kendisine yapılacak tebligatlara ilişkin ayrı bir adres tespit edilmesi.
 - b) Duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi ya da ses veya görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi.
 - c) Tutuklu veya hükümlü olanların durumlarına uygun ceza infaz kurumu ve tutukevlerine yerleştirilmesi.
 - ç) Fizikî koruma sağlanması.
 - d) Kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerin değiştirilmesi ve düzenlenmesi:
 - 1) Adli sicil, askerlik, vergi, nüfus, sosyal güvenlik ve benzeri bilgi ve kayıtlarının değiştirilmesi ve düzenlenmesi.
 - 2) Nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, pasaport, evlilik cüzdanı, diploma ve her türlü ruhsat gibi resmî belgelerin değiştirilmesi ve düzenlenmesi.
 - 3) Taşınır ve taşınmaz mal varlığıyla ilgili haklarını kullanmasına yönelik işlemlerin yapılması.
 - e) Geçici olarak geçimini sağlama amacıyla maddî yardımda bulunulması.
 - f) Çalışan kişinin iş yerinin ya da iş alanının değiştirilmesi veya öğrenim görenin devam etmekte olduğu her türlü eğitim ve öğretim kurumunun değiştirilmesi.
 - g) Yurt içinde başka bir yerleşim biriminde yaşamasının sağlanması.
 - ğ) Uluslararası anlaşmalara ve karşılıklılık ilkesine uygun şekilde, geçici olarak başka bir ülkede yerleştirilmesinin sağlanması.
 - h) Fizyolojik görünümün estetik cerrahi yoluyla veya estetik cerrahi gerektirmeksizin değiştirilmesi ve buna uygun kimlik bilgilerinin yeniden düzenlenmesi.
- (2) Bu maddede yazılı olan tedbirlerden biri veya birkaçı aynı anda uygulanabilir. Bununla birlikte aynı sonuç daha hafif bir tedbir ile elde edilebiliyor ise bu durum da göz önünde tutulur.
- (3) Bu madde hükümlerine göre uygulanacak koruma tedbirlerinin esas ve usulleri yönetmelikte gösterilir.

-Tanık koruma tedbiri kararı alınacak hususlar

Madde 7 – (1) Tanık koruma tedbiri kararı aşağıdaki hususlara yer verilir:

- a) Korunmasına karar verilen kişilerin açık kimlik ve adres bilgileri.
- b) Tanıklık konusu olay.
- c) Tanıklığa ilişkin bilgiler.
- ç) Tedbir veya tedbirlerin şekli ve süresi.
- d) Kararın istem üzerine veya re’sen verilip verilmediği.
- e) Karara dayanak teşkil edecek hukukî ve fiilî sebepler.
- f) Tanık anlatımlarının, soruşturma veya kovuşturma evresinde olayın nitelik ve kapsamına göre sağladığı veya sağlayacağı fayda.
- g) Soruşturma veya kovuşturma konusu olayla sınırlı ve orantılı olmak üzere, karara dayanak teşkil edecek olan diğer hususlar.

Haklarında koruma tedbiri kararı alınan tanıkların dinlenmelerinde uygulanacak usuller

Madde 9 – (1) Bu Kanun hükümlerine göre, haklarında tedbir kararı alınan tanıkların duruşmada dinlenmesi sırasında Ceza Muhakemesi Kanununun 58 inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları uygulanır.

- (2) Ceza Muhakemesi Kanununun 58 inci maddesinin üçüncü fıkrasının uygulanmasına mahkemece karar verilmesi hâlinde, dinleme sırasında tanığın görüntü veya sesi değiştirilerek tanınması engellenebilir.
- (3) Tanığın, duruşma salonunda fiziksel görünümünü engelleyecek tarzda mahkemece tayin ve tespit edilecek bir usule göre, dinlenmesine de karar verilebilir.

tanığın yaşama hakkı da kutsal olup hâkimin yapması gereken menfaatlerin dengelenmesi çerçevesinde, her somut olayda ayrı bir değerlendirme yapmasıdır¹³⁴.

Yukarıda açıklanan *Kostovski/Hollanda*, *Doorson/Hollanda*, *Ludi/İsviçre* ve *Van Mechelen ve diğerleri/Hollanda* kararlarında¹³⁵ AİHM, tanığın kimliğinin gizlenmesini başlı başına Sözleşme’ye aykırı görmemekte ancak bu tanık beyanının tek başına hükme esas alınmaması gerektiğini ifade etmektedir. Tek başına delil olarak ele alındığında ise ihlal kararı vermektedir¹³⁶. Mahkeme, savunmanın “tanığın inandırıcılık ve güvenilirliği” konusunda soru sormamasını ya da sorduğu soruların cevapsız bırakılmasını Sözleşme’nin ihlal nedeni olarak göstermiştir. Mahkemenin “adil yargılanma hakkı” ihlali iddiaları karşısında hassasiyetle durduğu ve ilke olarak karşı çıkmamasına rağmen “gizli tanık müessesesi” üzerinde son derece dikkatlice inceleme yaptığı da göz önünde bulundurulmalıdır¹³⁷. Dolayısıyla kanun metninin tümü göz önünde bulundurulduğunda Kanun’un ve özellikle 9. maddenin 10. fıkrasının “silahların eşitlik”ini sağlamak bakımından önemli olduğu ve Sözleşme’ye aykırı uygulamaları önlemeye yönelik bir düzenleme olduğu görülmektedir.

5271 sayılı Kanun’un 139. maddesi gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin düzenlemeleri içermektedir. Gizli soruşturmacı, kendisine devamlı surette

(4) Birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlar bulunmadan tanığın dinlenmesi hâlinde, tanık tarafından verilen beyanlar, hâkim tarafından Ceza Muhakemesi Kanununun 58 inci maddesinde belirtilen sınırlamalara uymak koşuluyla, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlara açıklanır.

(5) Tanığın üçüncü fıkra hükmüne göre dinlenmesi hâlinde, Ceza Muhakemesi Kanununun 201 inci maddesinin uygulanmasında, tanığa sorulacak soruların bu Kanun kapsamında tanık hakkında uygulanan tedbirlerle orantılı ve amaca uygun olması gerekir. Bu amaçla, hâkim, sorulan soruların tanığa sorulmamasına karar verebilir veya tanığı dinlerken dolaylı dahi olsa tanığın kimliğini ortaya çıkaracak soruların sorulmasına izin vermez.

(6) Bu madde hükümlerinin naip olunan hâkim veya istinabe suretiyle uygulanmasına görevli ve yetkili mahkemece karar verilebilir.

(7) Bu madde hükmüne göre alınan tanık ifadeleri, Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre duruşma sırasında hazır bulunanlar huzurunda verilmiş ifade hükmündedir.

(8) Bu Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerine göre, hakkında tedbir uygulanan tanığın beyanı tek başına hükme esas teşkil etmez.

(9) Haklarında tedbir kararı alınan tanıkların, keşifte dinlenmeleri sırasında da bu madde hükümleri uygulanır.

(10) Bu madde hükümleri, savunma hakkını kısıtlayacak şekilde uygulanamaz”.

¹³⁴ KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU, a.g.e., s.1373.

¹³⁵ Kostovski/Hollanda, 20.11.1989, Başvuru No: 11454/85; Doorson/Hollanda, 26.03.1996, Başvuru No: 20524/92; Ludi /İsviçre, 15.6.1992, Başvuru No: 12433/86; Van Mechelen/Hollanda, 23.04.1997, Başvuru No: 21363/93.

¹³⁶ KAYA, YİRTIMCI, a.g.m., s. 51.

¹³⁷ GÜROL, a.g.m., s.51.

kullanması için verilmiş olan değiştirilmiş bir kimlik taşıyan, bu kimlik altında soruşturma faaliyeti içerisinde yer alan bir kamu görevlisidir¹³⁸. Bir soruşturmada gizli soruşturmacı atanabilmesi için soruşturmaya konu suçun işlenmiş olduğu hususunda kuvvetli şüphenin varlığı ve başka bir yolla delil elde edilememesi gerekir. Gizli soruşturmacı atama kararını hâkim verir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde gizli soruşturmacı atanmasına Cumhuriyet savcısı da karar verebilir. Gizli soruşturmacı, “telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi” tedbirinde olduğu gibi sadece kanunda öngörülen katalog suçlar bakımından kullanılabilir¹³⁹. Gizli soruşturmacının gerçek kimliği mahkemeye karşı gizli tutulamaz. Gizli soruşturmacının, mahkeme tarafından tanık sıfatıyla dinlenilmesi söz konusu olduğunda, “doğrudan doğruyalık ilkesi” gereğince tanığın duruşmada bizzat dinlenmesi gerekir. Aynı zamanda, “adil yargılanma hakkı”nın ayrılmaz bir parçası olan “soru sorma hakkı”nın da bu yolla güvence altına alınması gerekir. Ancak örgüt içine sızmış olan ve örgüt üyelerinin güvenini kazanan gizli soruşturmacının, diğer tanıklar gibi doğrudan duruşmada dinlenilmesi zorunluluğu ortaya çıkarsa onun daha sonraki işlerde kullanılması imkânı ortadan kalkacaktır. Ayrıca yaşam hakkı ve güvenliği de tehlikeye atılmış olur. Bu nedenlerle, gizli soruşturmacı olanaklar çerçevesinde tanık olarak dinlenmemeli, eğer tanık olarak dinlenmek zorunda kalırsa bu durumda, hakkında tanık korumaya ilişkin hükümler uygulanmalıdır¹⁴⁰.

Nitekim Yargıtay 20. Ceza Dairesi dava sırasında sanıkların, tanık olarak ifadesi tespit edilen gizli soruşturmacıya soru sordurma hakkından yoksun bırakılmasının hukuka aykırı olduğunu bu gerekçeyle hükme bağlamış bulunmaktadır¹⁴¹.

AIHM, Teixeira De Castro/Portekiz davasında belirttiği üzere¹⁴² gizli soruşturmacının teşviki sonucu işlenmiş bir suçla ilgili olarak elde edilmiş delillerin kamu yararı amacı ile dahi kullanılmasını kabul etmemektedir. Bu durumda 139.

¹³⁸ ÖZTÜRK, ERDEM , s.650.

¹³⁹ KAYA, YİRTIMCI, a.g.m., s. 54.

¹⁴⁰ ÖZTÜRK, ERDEM, a.g.e., s.651.

¹⁴¹ Yargıtay 20. C.D. 11.04.2016 tarihli ve 2015/15895 Esas, 2016/1979 Karar sayılı Kararı.

¹⁴² Teixeira De Castro/Portekiz, 09.06.1998, Başvuru No:44/1997/828/1034, para. 36-39.

maddenin 5. fıkrasında, gizli soruşturmacının görevini yaparken suç işleyemeyeceğine dair yapılan düzenleme, yerinde bir düzenlemedir¹⁴³. Bu durum dışında Mahkeme gizli soruşturmacı kullanılmasını Sözleşme'ye aykırı görmemektedir. Ancak suç işlemeye teşvik edecek hareketlerde bulunduğu iddiasının ulusal mahkeme tarafından incelenmesini aramaktadır.

(2) Tanık Dinlenirken Sanığın Hazır Bulunması Kuralı ve İstisnaları

Türk ceza yargılamasında kural, tanığın duruşmada yani savunmanın huzurunda dinlenmesidir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 84. maddesinin 2. fıkrası¹⁴⁴, “soruşturma evresinde keşifte, tanık veya bilirkişinin dinlenmesinde bulunabilecekler” başlığı altında düzenlenmiş olup tanık dinlenirken şüpheli, sanık, mağdur, müdafî ve vekilin hazır bulunabileceği, “tanığın duruşma sırasında hazır bulunamayacağı” veya “oturduğu yerin uzaklığı nedeniyle duruşmada hazır bulunmasının güç olduğu” anlaşılırsa soruşturma evresinde tanık dinlenirken de savunmanın hazır bulunabileceği belirtilmektedir. Dolayısıyla tanığın duruşmada dinlenmemesinin de istisna olduğu görülmektedir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 210. maddesinin 1. fıkrasında ise, bir olayın delilinin sadece bir tanığın beyanlarından ibaret olması ve başkaca delil bulunmaması durumunda, bu tanığın duruşmada mutlaka dinlenilmesi gerektiği düzenlenmiştir¹⁴⁵. Bu düzenleme AİHM'in tanık beyanının hükme esas tek delil olduğu durumlarda mutlaka duruşmada dinlenmesi gerektiğine ilişkin kararlarına paralel bir düzenleme olup, Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının d bendine uygun düşmektedir¹⁴⁶.

Nitekim Yargıtay 16. Ceza Dairesi, kolluğun tanık dinleme yetkisinin bulunmamasına rağmen somut olayda soruşturma aşamasında bilgi alma tutanağı adı altında kolluk tarafından tanıkların beyanlarının tespit edildiğini, suçun sübutu açısından beyanları önemli olmasına karşılık bu kişilerin duruşmada tanık olarak dinlenilmediğini, yasal koşullar oluşmadığı halde beyanlarının okunmasıyla

¹⁴³ YAVUZ, a.g.e., s.94.

¹⁴⁴ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 17 Nisan 2017.

¹⁴⁵ www.mevzuat.gov.tr(çevrimiçi), 17 Nisan 2017.

¹⁴⁶ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 16 Nisan 2017, YAVUZ, a.g.e, s.98, ANAKLI, a.g.e, s. 62.

yetinilerek hükme esas alındığını, bunun da bozma nedeni olduğuna karar vermiştir¹⁴⁷.

Yargıtay 6. Ceza Dairesi benzer bir kararında,¹⁴⁸ “yakınanın soruşturma aşamasında, 11.11.2015 tarihinde verdiği ve okunulmakla yetinilen bu tek ifadesine karşın olay yeri olan yakınanın iş yerini gösterir kamera kayıtlarına ait CD izleme tutanağı ve ekindeki CD görüntülerinin yer aldığı fotoğraflardan 02:34:00 saatinde sanığın işyerinin önüne gelerek, yarı açık kepengi bir miktar daha açarak işyerinin içine bakıp camını tıklattığını, sanığın hareketsiz bir şekilde durmasına rağmen, 02:34:43 süresinde içeride bir hareketlenmenin olup muhtemelen içeriden bir şahsın kapının arkadan kilidini açıp akabinde de sanığın kapıyı normal bir şekilde açarak girdiğinin anlaşılması, bu bağlamda kamera görüntülerinin sanığın savunması ile örtüşmesi ele alındığında, Ceza yargılamasında doğrudan doğruyalık ilkesi gereği, yakınanın gaip, vefat etmiş, adresi meçhul veya ulaşılabilir olmadığı mahkemece açıkça saptanmadan soruşturma esnasında alınan beyanı ile yetinilmesinin doğru olmayacağı düşünülmeyen, usul kurallarına uyulmadan (CD) kamera kayıtlarının ise hangi sebeplerle değerlendirme dışı bırakıldığının, karar yerinde açıklanıp tartışılmadan yazılı şekilde karar verilmesini” hukuka aykırı bulmuştur.

Danıştay 10. Dairesi de¹⁴⁹ “Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğünün 9.7.1996 tarih ve 8-59 sayılı Genelgesi’nin Sevkle ilgili Esaslara İlişkin II. fıkrasının 3 numaralı bendinin iptali isteminde, tutuklu sanığın mahkeme önüne çıkmasının engellenmesini, sanığın hazır bulunması gereğini, adil yargılanma hakkının ikincil görüntüsü olan silahların eşitliği yani iddia ve savunmanın eşit olması ilkesi içinde değerlendirerek” hukuka aykırı bulmuştur¹⁵⁰.

Delilleri takdir yetkisine ilişkin olarak 1412 sayılı mülga Kanun’un 254. maddesinin 1. fıkrasında yer alan düzenleme, 5271 sayılı Kanun’un 217. maddesinin

¹⁴⁷ Yargıtay 16. C.D. 16/04/2018 tarihli ve 2018/4 Esas, 2018/1470 Karar sayılı kararı, kararın tam metbi için bkz. (Çevrimiçi) www.karararama.yargitay.gov.tr,

¹⁴⁸ Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 12.04.2017 tarihli 2017/1168 E. , 2017/1046 K. sayılı kararı, (Çevrimiçi), www.emsal.yargitay.gov.tr 12.08.2017.

¹⁴⁹ Danıştay 10. Dairesinin 3.11.1998 tarihli, 1996/7166 E. ve 1998/5511 K. sayılı kararı

¹⁵⁰ Zehra YAVUZ, a.g.e., s.98.

1. fıkrasında da ifade edilmiştir¹⁵¹. Bu düzenlemelere göre hâkim, kararını ancak “duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış” delillere dayandırabilir¹⁵².

Yargıtay 16. Ceza Dairesi, gizli tanığın duruşmada dinlenilmemiş olmasının savunma hakkını kısıtladığı ve dolayısıyla adil yargılanma hakkını ihlal eden bir durum olduğu ve hükmün gizli tanık ifadesine dayandırıldığı iddiasına ilişkin vermiş olduğu kararda¹⁵³, daha önce soruşturma aşamasında dinlenen gizli tanığın, ilk derece mahkemesi tarafından, günü ve saati savunma tarafına bildirilmediği için duruşmada hazır bulunamayan sanık ve müdafilerinin bulunmadığı bir ortamda, oturum arasında tespit edilmesine ilişkin olarak “Somut olayda, mahkemece tanığın kimliğinin neden gizlendiği hususunda gerekçe yer almakta olup gizli tanığın beyanları soruşturma aşamasında Cumhuriyet Savcısı tarafından, kovuşturma aşamasında ise mahkeme tarafından alınmıştır. Gizli tanık, oturum arasında sanıklara ve müdafilerine haber verilmeksizin mahkemece dinlenilmiştir. Bununla birlikte, ilk derece mahkemesi, dinlemeden önce sanıklara ve müdafilerine gizli tanığa sormak istedikleri hususları bildirmeleri için uygun süre vermiş ayrıca daha sonra mahkemece tespit olunan gizli tanık beyanlarını da duruşmada okumuştur. Sanıklar ve müdafileri gizli tanık beyanlarını kabul etmemişler ve gizli tanığın kendilerinin bulunduğu duruşmada kimliği gizlenerek dinlenilmesi yönündeki taleplerinde ısrar etmişlerdir.” tespitinde bulunduktan sonra, öncelikle dava sonunda verilen kararlarda, gizli tanığın beyanlarının davanın esasına ilişkin delil teşkil etmediği, çünkü sanıklara isnat edilen eylemler konusundaki maddi gerçeklerin gizli tanık beyanı dışındaki delillerle de ortaya konduğunu, dolayısıyla kararların dayanağı olan maddi vakıalar ile sanıklar arasındaki bağlantının, gizli tanık beyanı ile sağlanmadığını vurgulamış ve mahkemenin, tanığın kimliğinin niçin gizlenmiş olduğu konusunda, yeterli ve ikna edici bir gerekçeye yer verdiği, tanığın korunması gerekli menfaatleri ile sanıkların adil yargılanma haklarını adil bir şekilde dengelediğinden bahisle mahkeme kararını bu yönde hukuka aykırı bulmamıştır.

¹⁵¹ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 7 Nisan 2017.

¹⁵² Metin FEYZİOĞLU, **Tanıklık ve Dürüst Muhakeme**, s. 79.

¹⁵³ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 21.03.2017 tarihli, 2016/7026 E., 2017/3341 K. sayılı kararı.

Aynı dosya kapsamında Yargıtay Ceza Genel Kurulu, sanığın olay nedenine ilişkin aşamalardaki savunmalarında isimleri geçen ve hazırlık soruşturması sırasında emniyet tarafından alınan ifadelerinde imzaları bulunmayan tanıkların imza eksikliklerinin giderilmesine ve son soruşturmada (kovuşturmada) dinlenilmelerine gerek bulunup bulunmadığı hususundaki uyuşmazlığa ilişkin olarak ise öğretiyeye atıf yapmış ve öğretide hâkim olan görüşün, asıl olanın, tanıkların mahkemede dinlenilmesi olduğundan bahisle kimi kanunlarda düzenlenmiş istisnai durumlar dışında, tanık olan kişinin kimliği ve bir takım özelliklerini şüpheye yer bırakmayacak şekilde bilmelerini ve böylece tanıklığının güvenilirliğini denetleyebilmelerini sağlamak olduğunu vurgulamıştır. Sonuç olarak Ceza Genel Kurulu, sanığın savunmasında geçen hususların sözü edilen tanıkların son soruşturma (kovuşturma) sırasında dinlenilerek denetlenmesi gerektiğini ve öte yandan, tanığın hazırlıktaki kolluk ifadesinde imzasının bulunmamasının, ifadelerin tanığa aidiyetinin saptanmasına engel olduğunu belirterek yerel mahkeme direnme hükmünün bozulmasına karar vermiştir.

Tanığın duruşmada dinlenmesi kuralının amacı, delillerin tartışılması ve tanığa soru sorularak çelişkilerin giderilmesi suretiyle maddi gerçeğe ulaşmaktır. Ancak savunma makamının duruşmada bulunmaması, tanığın dinlenmesi aşamasına katılamamasına neden olmaktadır¹⁵⁴. Kural, sanığın duruşmada dinlenmesi olmasına rağmen 5271 sayılı Kanun’da tanık dinlenirken savunmanın hazır bulunamayacağı istisnai düzenlemeler mevcuttur. Bu istisnai düzenlemelerden biri, devlet sırrı niteliğindeki belgelerle ilgili tanıklık bakımından getirilmiştir.

1412 sayılı mülga Kanun’un 49. maddesinin 1. fıkrasına göre, devlet memurlarının sahip oldukları devlet sırrı hakkında tanıklık yapabilmeleri amirin izni olması şartına bağlanmıştı. 5271 sayılı Kanun’un 47. maddesinde¹⁵⁵ ise “cezasının alt sınırı 5 yıl veya daha fazla hapis olan suçlar” bakımından, devlet sırrına vakıf olan tanığın dinlenebileceği ancak bu tanığın dinlenilmesinde sadece mahkeme, hâkim veya heyetinin olacağı hatta zabıt kâtibinin dahi bulunamayacağı düzenlenmiştir. Maddeye göre, tanığın dinlenilmesinin ardından, hâkim veya mahkeme başkanı, bu

¹⁵⁴ YAVUZ, a.g.e., s.99.

¹⁵⁵ www.mevzuat.gov.tr(çevrimiçi), 18 Nisan 2017

tanığın beyanlarından kovuşturmayı aydınlatacak kadarını tutanağa kaydettirecektir. Maddede suç olgusunu ilgilendiren bilgilerin “mahkemeden” gizlenemeyeceğinden söz edildiğine göre, bu bilgiler tanık dinleme yetkisine sahip bulunan diğer kişilerden ve Cumhuriyet Savcısı’ndan da gizlenebilecektir¹⁵⁶.

Öğretide, CMK’nin 47. maddesine göre dinlenen tanığa, savunmanın soru sorma hakkının elinden alınması ve tutanağa kaydettirilmeyen bilgiyi, savunmanın öğrenmesinin mümkün olmaması savunma hakkını kısıtlayıcı ve adil yargılanma hakkını zedeleyici nitelikte görülmüştür¹⁵⁷. Savunma hakkı bakımından, devlet sırrı niteliğinde olsa dahi bazı bilgilerin mahkeme önüne getirilerek delil olarak değerlendirilebilmesi ve tutanağa kaydedilmesi mahkeme tarafından uygun görülen bilgilerin tartışılabilmesi büyük önem taşımaktadır. Devlet sırrı niteliğindeki belgelerin yargılama aşamasına taşınmasının sadece “alt sınırı beş yıl ve beş yıldan fazla hapis cezası” ile yargılanan sanıklar bakımından söz konusu olduğu, savunma hakkı ile devlet sırları arasındaki dengenin, “alt sınırı beş yıldan az hapis cezası” ile yargılanan sanıklar bakımından da kurulmamasının bir eksiklik olduğu savunulsa da¹⁵⁸ Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 47. maddesinin 1.fikrasının c bendinde tanımı yapılan “devlet sırrı” kavramının içerdiği önem itibarıyla böyle bir düzenlemenin yapılmasının ve tüm bilgilerin mahkeme önünde taraflarca tartışmaya açık olmamasının, devlet sırrı ile savunma hakkı arasında kurulmak istenen denge bakımından yeterli olduğu kanaatindeyiz.

Sanığın tanığın dinlenmesinde hazır bulunamayacağı durumlardan bir diğeri de 5271 sayılı Kanun’un 200. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, “*sanığın yüzüne karşı suç ortaklarından birisinin veya bir tanığın gerçeği söylemeyeceğinden endişe edilirse mahkeme, sorgu ve dinleme sırasında o sanığın mahkeme salonundan çıkarılmasına karar verebilir. Ancak bu durumda duruşma salonundan çıkarılan sanık tekrar salona getirildiğinde, tutanaklar kendisine okunur ve gerektiğinde içeriği anlatılır*”¹⁵⁹. Madde metninden, tanık ifadesi tanığa okunduktan sonra, sanığın tanığa soru sorma hakkının olmadığı anlaşılmaktadır. Bu konuda, doktrinde Kunter-Yenisey-Nuhoğlu

¹⁵⁶ ÖZTÜRK, ERDEM, a.g.e., s.400.

¹⁵⁷ KAYA, YİRTIMCI, a.g.m., s.49.

¹⁵⁸ YAVUZ, a.g.e., s.100.

¹⁵⁹ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 19 Nisan 2017.

ve Öztürk-Erdem herhangi bir izahatta bulunmamışlardır. Ünver-Hakeri ise, madde hükmünün sadece “gerçeğin söylenmeyeceği endişesine” odaklı düzenlendiğini, ayrıca sorulara eksik cevap verilmesi veya gerçeğe birlikte gerçek dışı bilgilerin de açıklanması gibi hallerin düzenlenmeyişi hatalı olarak nitelendirmektedir¹⁶⁰. Onlara göre, “konu sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı ile doğrudan doğruya ilgili olduğundan, keyfi ve çok geniş bir biçimde kıyas yoluna gidilmesi sakıncalı olacaktır. Buradaki hüküm, sevk amacıyla örtüşmemekte olup amacı tamamen karşılamaktan uzaktır. Bu nedenle, olması gereken hukuk bakımından, madde metninin değiştirilerek gerçeğe aykırı bilgi verme dışında, sorguya gölge düşüren, eksik bilgi verilmesi vs. gibi halleri de kapsayacak biçimde maddedeki yetkinin genişletilmesi gerekmektedir”¹⁶¹. Özbek ise, sanığın iradesine rağmen duruşmadan çıkarılmasının, maddi gerçeğin araştırılması ilkesinin sanığın duruşmada hazır bulunması hakkından daha üstün tutulması şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmektedir¹⁶².

Duruşmanın düzen ve disiplinini sağlamak için de sanık duruşmadan çıkarılabilmektedir. Duruşmada hazır bulunmaya devam ettiği halde, davranışları nedeniyle duruşmanın düzenli biçimde yürütülmesi tehlikeye gireceği anlaşılırsa, sanık duruşma salonundan çıkarılır. Ancak bu durumda 5271 sayılı Kanun’un 204. maddesine¹⁶³ göre, sanığın müdafii yoksa mahkemenin barodan bir müdafii görevlendirmesi gerekmektedir. Duruşma salonuna yeniden alınmasına karar verildiği takdirde sanığa kendisinin yokluğunda yapılan işlemler kendisine anlatılır. Bu durumda sanığın yokluğunda yapılan duruşmaya müdafinin alınması, “silahların eşitliği ilkesi”ne aykırılığı önlemektedir.

Yargıtay da çeşitli kararlarında, savunmanın hazır bulunmadığı hallerde duruşma yapılmaması gerekliliğini kararlarıyla ortaya koymaktadır.

Yargıtay 18. Ceza Dairesi bir kararında¹⁶⁴, “5271 sayılı CMK’nin 191. maddesinde duruşmaya başlanmasına ilişkin kurallar ile sanığın sorgusunun nasıl icra

¹⁶⁰ ÜNVER, HAKERİ, a.g.e., s.561.

¹⁶¹ A.e.

¹⁶² ÖZBEK, a.g.e., s.140.

¹⁶³ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 19 Nisan 2017.

¹⁶⁴ Yargıtay 18. Ceza Dairesinin 06.02.2017 tarihli, 2017/372 E. , 2017/1185 K. sayılı kararı, kararın tam metni için bkz. (Çevrimiçi)karararama.yargitay.gov.tr.

edileceğine ilişkin hükümlere yer verilmiş, anılan Kanun'un 193/1. maddesinde ise, kanunun ayırık tuttuğu haller saklı kalmak üzere, hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılamayacağı belirtilmiştir. Kanunda sözü geçen ayırık tutulan hallere ise 5271 sayılı Kanun'un 193/2 ve 195. maddelerinde yer verilmiştir.

CMK'nin 195. maddesindeki düzenlemeye göre, suçun yalnız veya birlikte adli para cezasını veya müsadereyi gerektirmesi halinde, sanık gelmese de duruşma yapılabilir ancak maddenin uygulanabilmesi için iki koşulun bir arada bulunması gerekmektedir. Bunlardan ilki, suçun yaptırımın adli para cezası veya müsaderece ibaret bulunması, ikinci koşul ise sanığa gönderilecek davetiyeye gelmese de duruşmanın yapılacağı ihtarının yazılmış olmasıdır.

193. maddenin 2. fıkrasında ise, 'Sanık hakkında, toplanan delillere göre mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi gerektiği kanısına varılırsa sorgusu yapılmamış olsa da dava yokluğunda bitirilebilir' hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümler yüz yüze yargılama ilkesinin istisnasını oluşturmakta ise de somut olayda uygulanma imkânı bulunmamaktadır.'" şeklindeki hukuki değerlendirmesinden sonra,

"Somut olayda, hakaret ve tehdit suçlarından sanık ... hakkında yapılan yargılama sırasında savunma alınmadan mahkûmiyet hükmü kurulduğunu, bu itibarla, CMK'nin 193/1. maddesinde yazılı olan ve savunma hakkı yanında yargılama yönteminin temel ilkelerinden olan 'doğrudan doğruyalık, vasıtasızlık ve yüz yüzelik' ilkelerinin gerçekleştirilmesi de yönelik olan 'Hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılamaz' hükmüne uyulmayarak sorgusu yapılmamış olan sanık hakkında delil takdirine girilmek suretiyle beraatine karar verilmesini" bozma nedeni olarak görmüştür.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 193. maddesinde, kanunun ayırık tuttuğu haller dışında hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılamaması, tasarının gerekçesinde¹⁶⁵ de belirtildiği üzere kovuşturma evresinde delilleri tartışmak ve sanığa kendini savunma hakkı vermek amacıyla düzenlenmiştir¹⁶⁶. 5271 Sayılı Kanun'un 223. maddesinde mahkûmiyet dışında verilebilecek kararlar sınırlı olarak sayılmış olup buna göre "beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararları" verilebilir. Yani eylemin ilk

¹⁶⁵ YALVAÇ, a.g.e., s. 829.

¹⁶⁶ YAVUZ, a.g.e., s.102.

bakışta suç oluşturmadiğının anlaşılması hali hariç verilen her kararda hâkim delil değerlendirmesi yapmak zorundadır. Bu durumda, beraat kararı verilse dahi sanığın hazır bulunmadığı bir duruşmada tanık dinlemek ya da diğer delilleri tartışmak, sanığın aleyhindeki tanıklara soru sorma hakkını elinden alması nedeniyle “silahların eşitliği” ilkesine aykırı olacaktır.

Öte yandan ülkemizde 5271 sayılı CMK ile gündeme gelen ve 20.11.2011 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik” uyarınca uygulanmaya başlayan ve kısa adı SEGBİS olan video-konferans yöntemi yüz yüzelik ilkesi kapsamında hukuki tartışmalara ve Yargıtay kararlarına konu olmuş, nitekim Anayasa Mahkemesi 06.02.2021 tarihinde vermiş olduğu 2017/22672 sayılı Şehrihan ÇOBAN kararında¹⁶⁷ SEGBİS yönteminin savunma hakkını kısıtlayıp kısıtlamadığı, yargılama şartları ve meşru amaç kriterleri çerçevesinde her bir somut olay bakımından bağımsız bir değerlendirmeye tabi tutulması gerektiğini belirtmiş, *Asciutto/İtalya*¹⁶⁸ ve birinci bölümde yüz yüzelik başlığı altında anlatılan *Marcello Viola/İtalya*¹⁶⁹ kararlarına atıf yapıp açıklamalarda bulunduktan sonra suç isnadına ilişkin uyuşmazlıklarda adil yargılanma hakkı kapsamındaki duruşmada hazır bulunma hakkına yönelik müdahalelerle ilgili ilk esaslı değerlendirmesini yapmıştır.

Anayasa Mahkemesi’ne göre “*Sanığın duruşmada hazır bulunması hem savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamakta hem de silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine işlerlik kazandırmaktadır. Ceza adaletinin hakkaniyete uygun şekilde gerçekleşebilmesi için sanığın mahkemenin huzuruna çıkarılması büyük önem arz etmektedir. Silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine dayalı bir yargılama sisteminin benimsenmesi, sanığın duruşmada hazır bulunmasını gerektirmektedir. Anılan hak, sadece duruşmada hazır bulunmayı değil duruşma sürecini takip etmeyi, iddiaları ve tanık ifadelerini dinlemeyi, iddia/savunmaları destekleyecek şeyleri ileri sürmeyi de içerir. Dolayısıyla duruşmada hazır bulunma hakkı, sanığın yargılamaya etkili katılım hakkıyla da doğrudan ilişkilidir. Suç isnadı altındaki bir kimse duruşmada hazır bulunarak yargılamaya*

¹⁶⁷ Anayasa Mahkemesinin 06.02.2020 tarih ve 2017/22672 sayılı Şehrihan Çoban Kararı(Çevrimiçi) <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/22672>, 01.06.2021.

¹⁶⁸ *Asciutto/İtalya*, 27/11/2007, Başvuru No: 35795/02.

¹⁶⁹ *Marcello Viola/İtalya*, 05.10.2006, Başvuru No:45106/04.

etkin olarak katılmakta, hakkında kurulacak hükmün inşasına ortak olmakta ve yargılamaya yön verme imkânına kavuşmaktadır. Hâkimler de bu hak vesilesiyle sanığın tutum ve davranışları ile kişisel özelliklerini gözlemleme imkânı elde etmektedir”¹⁷⁰ ve “somut olayda başvurucunun duruşma salonunda bizzat hazır bulunma talebinin Mahkemece reddedilmesi ve SEGBİS aracılığı ile katılımının sağlanmaya çalışılması nedeniyle duruşmada hazır bulunma hakkına yönelik bir müdahalenin bulunduğu görülmektedir”¹⁷¹.

Anayasa Mahkemesi, somut olayda başvuruyu kanunilik, meşru amaç ve ölçülülük açısından ele almış, başvurucunun duruşmaya bizzat katılma isteğinin SEGBİS’in zorunluluk olduğu gerekçesi ile reddedilmesini kanuni ve meşru bir amaca yönelik olarak görür iken Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan “ölçülülük” ilkesinin “elverişlilik”, “gereklilik” ve “orantılılık” olmak üzere üç alt ilkeden oluştuğunu belirtmiş, elverişliliği, “öngörülen müdahalenin amacı gerçekleştirmeye elverişli olması”, gerekliliği, “amaç bakımından müdahalenin zorunlu olması yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmasının mümkün olmaması”, orantılılığı ise “bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliği” olarak tanımlamıştır.

Anayasa Mahkemesi’ne göre “SEGBİS’in kullanılması yoluyla duruşmaya katılmanın duruşmada bizzat hazır bulunmaya göre kişilere kendilerini yargı makamları önünde sözlü olarak ifade etme ve yargılama sürecine aktif olarak katılım sağlama yönünden daha sınırlı bir menfaat sağladığı da gözardı edilmemelidir. Bu durumda kişinin duruşmada bizzat hazır bulunma hakkına belirli ölçüde sınırlama getiren bir uygulama olan SEGBİS vasıtasıyla duruşmaya katılımının neden gerekli olduğu derece mahkemelerince gösterilmelidir. Bu gerekliliğin ortaya konulması bağlamında, kişilerin duruşmada bizzat hazır bulunmayı talep etmelerine rağmen SEGBİS yoluyla katılımlarının neden yeterli görüldüğünün ve duruşmada bizzat hazır bulunmayı imkânsız hâle getiren veya büyük ölçüde zorlaştıran koşulların neler olduğunun ifade edilmesi gerekir. Bu çerçevede talepte bulunan kişilerin duruşmada bizzat hazır bulunmasına imkân sağlayan alternatif tedbirlerin uygulanabilirliğinin hatırd tutulması önemlidir. Duruşmada bizzat hazır bulunmanın önemine istinaden kanun koyucu da 5271 sayılı Kanun’un uygulandığı durumlarda hâkim

¹⁷⁰ Anayasa Mahkemesinin 06.02.2020 tarih ve 2017/22672 sayılı Şehrihan Çoban Kararı, para. 74.

¹⁷¹ A.g.k. para.78.

veya mahkemenin ancak zorunlu gördüğü durumlarda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle duruşmalara katılıma karar verilebileceğini düzenlemiştir”¹⁷².

“Müdahalenin gerekli olduğunun ortaya konulduğu hâllerde ise sanığın duruşmada hazır bulunmamasının yargılamanın adilliğine bir bütün hâlinde zarar verip vermediği ölçülülük ilkesinin diğer bir unsuru olan orantılılık açısından gözönüne alınmalıdır. Bu kapsamda duruşmada bizzat hazır bulundurulmayan tarafın diğer tarafça ileri sürülen görüşler ve kanıtlar hakkında bilgi sahibi olup olmadığı veya bunlara yorum yapıp yapmadığı, dezavantajlı duruma düşürülmeksizin davaya etkili katılımının sağlanmasında makul bir fırsata sahip olup olmadığı hususları detaylı bir incelemeye tabi tutulmalıdır. Orantılılık açısından yapılacak değerlendirmede, yokluğunda gerçekleştirilen işlemin sanığın duruşmada fiziken hazır bulunmasını gerektiren (esaslı) nitelikte bir işlem olup olmadığına da bakılmalıdır”¹⁷³.

Başvurucu, Van M Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda tutuklu olarak mahkeme önünde savunmasını yapmış, yargılama devam ederken Ankara’daki bir ceza evine nakledilmiş, burada Van’da yapılacak duruşmalara bizzat katılmak istediğini beyan etmesine ve esas hakkındaki mütalaaya karşı savunmasını yapmak için süre verilmesine rağmen bu talepleri kabul görmemiş ve ilk derece mahkemesi başvurusunun savunmasını büyük ölçüde yaptığını, devam eden terör olayları nedeniyle sorun yaşanabileceğini, başvurusunun ve kamu görevlilerin hayatlarının riske atlamayacağını, duruşmaya SEGBİS yoluyla da katılabileceğini gerekçe göstermiştir¹⁷⁴. Anayasa Mahkemesi, “başvurucunun duruşmada hazır bulunma hakkına yapılan müdahalenin başvurusunun ve kamu görevlilerinin yaşam haklarının korunması ve makul sürede yargılama yapılması amaçlarına ulaşılması bakımından elverişli bir araç olduğunun söylenebileceğini” belirtmiştir¹⁷⁵.

Anayasa Mahkemesi’ne göre, “derece mahkemelerince diğer alternatifler değerlendirilmeden ve olaya özgü somut gerekçeler sunulmadan doğrudan başvurusunun duruşmada hazır bulunma talebinin reddedilmesi, en uygun aracın seçilmemesi sebebiyle müdahalenin gerekli olmadığı sonucuna yol açmaktadır. Dolayısıyla başvurusunun esas

¹⁷² Anayasa Mahkemesinin 06.02.2020 tarih ve 2017/22672 sayılı Şehrihan Çoban Kararı, para. 93.

¹⁷³ A.g.k., para.94.

¹⁷⁴ A.g.k., para.96-97.

¹⁷⁵ Anayasa Mahkemesinin 06.02.2020 tarih ve 2017/22672 sayılı Şehrihan Çoban Kararı, para. 99.

hakkında işlemlerin yapıldığı duruşmada hazır bulunma talebinin reddedilmesinin zorunlu olduğu derece mahkemelerince somut bir biçimde ortaya konulamadığı için müdahalenin gerekli olmadığı sonucuna varılmıştır”¹⁷⁶.

Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınmış olan adil yargılanma hakkı kapsamındaki duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edildiğine karar vermiş ve orantılılık bakımından ayrıca değerlendirme yapmamıştır.

Ancak kararda görüldüğü üzere, SEGBİS adı verilen video-konferans sisteminin yargılama sırasında kullanılması tek başına adil yargılama hakkı ve onunla bağlantılı ilkelerin ihlaline neden olmamakta, her somut olayın AİHS, AİHM kararları, Anayasa, Anayasa Mahkemesi kararları ile diğer tüm iç hukuk kuralları ve genel ilkeler çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir. Bize göre de aslında SEGBİS yargının yükünü azaltabilecek ve yargılamanın makul sürede sonuçlanmasını sağlamaya yardımcı, günün koşullarına uygun, AİHS ve adli yardımlaşmayı öngören uluslararası sözleşmelere uygun bir sistemdir. CMK’nin 196/4. maddesinde belirtilen zorunlu görülen durum ve zorunlu nedenlerin ne olduğu mahkemeler tarafından dikkatle ele alınmalı, kuralın sanığın mahkeme huzurunda savunma yapması ve duruşmalara katılma hakkının elinden alınmaması, ayrıca SEGBİS ile duruşma yapıldığı zamanlarda dahi bir tarafın diğerine göre dezavantajlı duruma düşmesinin önlenmesi ve bu doğrultuda silahların eşitliği ilkesine riayet edilmesidir.

C. Bilirkişi Yönünden Davanın Taraflarının Durumu

“Çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren bir konuda ceza muhakemesinde karar verme yetkisine sahip olan yetkililerce bilgisine ve görüşüne başvurulanan kişiye bilirkişi denir”¹⁷⁷. Genelde bilirkişi mütalaası olarak adlandırılan bilirkişinin olaya ilişkin görüşleri, yaygın görüşlerin aksine bir delil değil, delillere ulaşmak için bir araç ve delillerin içeriğini öğrenme ve delilleri değerlendirme aracıdır¹⁷⁸. Bilirkişiliğin kendisinin bir delil olmadığı ancak bilirkişi incelemesi sonucu elde edilen iz, emare

¹⁷⁶ A.g.k., para. 102.

¹⁷⁷ ÖZTÜRK, ERDEM, a.g.e., s.479; YALVAÇ, a.g.e., s.634.

¹⁷⁸ KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU, a.g.e., s.1398.

ve eserin delil olduğu, yani bilirkişinin delilleri değerlendirme aracı olduğu kanunun gerekçesinde de vurgulanmıştır¹⁷⁹. Örneğin, gözlerimiz bozuk olduğunda bir belgeyi okumamızı sağlayan gözlük nasıl delil olarak nitelendirilemezse bilirkişi ve mütalaası da delil olarak adlandırılmaz¹⁸⁰.

Başvurulacak konuda uzman, özel ya da teknik bilgiye sahip olma zorunluluğu, bilirkişiyi özellikle tanıktan ayırmakta olup bilirkişi tanık değildir¹⁸¹. Bir kişinin olayda hem tanık hem bilirkişi olması da mümkündür. Bu durumda, tanıklık sıfatına üstünlük tanınmalı, başka bir tanık bulunamaması gibi ihtimaller ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ilkesi göz önüne bulundurularak kişinin bilirkişiliğinden vazgeçilmelidir¹⁸².

Bilirkişilik kurumu, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun birinci kitabın üçüncü kısmının ikinci bölümünde 62-73. maddeler arasında düzenlenmiş ve CMUK’tan farklı olarak üçten fazla bilirkişinin atanması olanaklı hale getirilmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 63. maddesinin 1. fıkrasına göre, *“çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verilebilir”*. Buna göre, bilirkişi, uzmanlığı ile mahkemeye üç şekilde yardımcı olur:

Birincisi, mahkemeye genel tecrübe bilgilerini aktarır, ikincisi, özel uzmanlık bilgisini gerektiren ve ancak kendisi aracılığıyla hükmün kurulabileceği maddi vakaları tespit eder, üçüncüsü ise ancak bir uzmanın yapabileceği hususlarda maddi vakalardan bilimsel kurallara göre sonuçlar çıkarır¹⁸³. Bilirkişinin, herhangi bir konuda uzman olması önemli olmayıp kendisinden istenen inceleme konusunda uzman olması gerekir. Bilirkişi raporu hazırlanması için kendisine başvuru alan kurum veya kuruluş, kendi alanında çok önemli bir kurum veya kuruluş olsa veya bir çok alanda uzman olsa dahi dava konusu olay hakkında yeterince uzman değil veya bilirkişi heyeti incelenen konuda uzman kişilerden oluşmuyorsa bu bilirkişilerin verdiği görüş ve hazırladıkları raporlara dayanılarak hüküm kurulması hukuka aykırı

¹⁷⁹ YALVAÇ, a.g.e., s.634.

¹⁸⁰ KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU, a.g.e., s.1398.

¹⁸¹ ÖZBEK, a.g.e., s.634, EREM, a.g.e., s. 99.

¹⁸² ÖZBEK, a.g.e., s.634; Yargıtay 2. CD, 27.04.1948,1948/4359 sayılı kararı.

¹⁸³ ÜNVER, HAKERİ, a.g.e., s.260.

olacaktır¹⁸⁴. Hâkimlik mesleğinin gerektirmiş olduğu genel ve hukuki bilgi sayesinde çözülmesi mümkün olan konularda ise bilirkişi dinlenemez. “Silahların eşitliği” bakımından bilirkişi ile ilgili tüm düzenlemeler önemli olmakla birlikte, bilirkişinin nasıl atanacağı ve atanmasının kimler tarafından talep edileceği ayrı bir önem taşımaktadır. 63. maddenin 2. ve 3. fıkralarına göre, “*bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına, hâkim, mahkeme ve Cumhuriyet Savcısı re’sen karar verebilir*”. 63. maddenin 1. fıkrasına göre, “*Cumhuriyet Savcısı’nın, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanuni temsilcisinin istemi üzerine de bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verilebilir*”. 1412 Sayılı Kanun’un 212. maddesinde ise sadece sanığın, bilirkişinin davetini istemesi öngörülmüştü. 1412 sayılı Kanun’dan farklı olarak bilirkişi atanmasını isteme hakkı, “katılan ve vekiline, şüpheliye, şüpheli veya sanığın kanuni temsilcisine” de tanınmıştır¹⁸⁵. Ayrıca, 1412 sayılı Kanun’da, gecikmede sakınca olan hallerde, yani istisna olarak savcılığa bilirkişi incelenmesi yaptırma yetkisi tanınırken, Ceza Muhakemesi Kanunu bu istisnayı kural haline getirerek soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı’na bilirkişi atama yetkisini vermiştir. Bu yetkinin tanınması, incelemenin resmi bilirkişilerce yapılması durumunda sakıncalı değildir. Çünkü mahkeme veya hâkim de incelemeyi aynı bilirkişilere yaptıracaktır. Yemin verdirilmediği sürece savcının davanın tarafı olarak bilirkişi incelemesi yaptırması, o kişiyi duruşmaya getirmesi de CMK’ nin 179. maddesine göre mümkündür.

5271 sayılı Kanun’un 177,178 ve 179. maddelerinde belirtildiği üzere, mahkemeden 67. maddede sözü edilen uzman kişinin celbini talep etme ve bu talebin reddedilmesi üzerine mahkemeye getirme hakkının sanığa ve Cumhuriyet Savcısı’na tanınması “silahların eşitliği ilkesi”nin bir uygulaması olarak değerlendirilmektedir¹⁸⁶.

Sanık, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 177. maddesine göre, savunma hakkının gereği olarak, bilirkişinin davetini mahkeme başkanı veya hâkimden isteyebilir. 178. maddeye göre ise talebi reddedilirse duruşma sırasında

¹⁸⁴ A.e., s.260.

¹⁸⁵ Handan YOKUŞ SEVÜK, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, **İÜHF**, C: LXIV, S: 1, Y: 2006, s. 51-56.

¹⁸⁶ YAVUZ, a.g.e., s.103; CENGİZ, DEMİRAĞ, a.g.e., s.147; KAYA, YIRTIMCI, s. 50.

bilirkişiyi duruşmaya getirebilir. Bu durumda, bu kişiler duruşmada dinlenir. Bu bilirkişinin yükümlülük ve yetkileri, yetkili makamın görevlendirdiği bilirkişiden farklı olmadığından, sanık tarafından duruşmaya getirilen bilirkişi de yemin eder. “Silahların eşitliği” ilkesine uygun olarak sanık, 179. maddenin 1. fıkrası gereği, “doğrudan doğruya davet ettireceği veya duruşma sırasında getireceği bilirkişilerin ad ve adreslerini, Cumhuriyet Savcısı’na makul bir süre içinde bildirmekle yükümlüdür”. 1412 Sayılı CMUK’un 212. maddesinde de “sanığın duruşma hazırlığında bilirkişi davet edilmesini talep edebileceği”, 213. maddesinde ise “sanığın bilirkişiyi doğrudan doğruya davet ettirebileceği gibi, önceden talepte bulunmaksızın dahi o kimseyi getirebileceği” düzenlenmişti. Öğretide, savunma hakkının tam anlamıyla kullanılabilmesi ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi açısından soruşturma aşamasında şüphelinin bilirkişiye başvuru talebinin önemi belirtilerek, 1412 sayılı Kanun’da açıkça düzenlenmemekle beraber sanığın hazırlık soruşturmasında(5271 sayılı Kanun’da soruşturma evresi olarak düzenlenmiştir) da mülga Kanun’un 212, 213 ve 232. maddeleri kıyasen uygulanması yoluyla bilirkişiye başvurabileceği ileri sürülmekteydi¹⁸⁷. 5271 sayılı Kanun’un 63. maddesinin 1. ve 3. fıkrasındaki yeni düzenlemeler karşısında kıyasa gerek kalmaksızın soruşturma esnasında da şüphelinin bilirkişi görevlendirilmesini isteme hakkı söz konusudur. 3. fıkra göre “soruşturma evresinde bilirkişi atanması yetkisi Cumhuriyet Savcısı’na verildiğinden şüpheli, müdafii veya kanuni temsilcisi Cumhuriyet Savcısı’ndan bilirkişi görevlendirilmesi isteminde bulunabilecektir”¹⁸⁸. Bu durumun nedeni olarak gerekçede, soruşturmanın noksansız yapılmasının sağlanması gösterilmiştir. Ancak görüldüğü üzere, Cumhuriyet Savcısı ve sanık, uzman kişiye yemin verdiremiyorken, Cumhuriyet Savcısı’na, soruşturma aşamasında bilirkişiye yemin verdirebilme yetkisi tanınması “silahların eşitliği” ilkesini zedelemektedir.

Kovuşturma aşamasında ise 5271 sayılı Kanun’un 178. maddesi ve 179. maddesinin 2. fıkrası maddeleri uyarınca, sanık dışında, Cumhuriyet Savcısı ve katılan da bilirkişi davet ettirebilir. Cumhuriyet Savcısı, “silahların eşitliği” ilkesine uygun olarak, “iddianamede gösterilen veya sanığın istemi üzerine davet edilen bilirkişiler

¹⁸⁷ YAVUZ, a.g.e., s.104.

¹⁸⁸ YOKUŞ SEVÜK, a.g.m., s. 56-57.

dışında gerek mahkeme başkanı veya hâkim kararıyla, gerek kendiliğinden başka kimseleri davet ettirecek ise bunların ad ve adreslerini sanığa makul süre içinde bildirmekle yükümlüdür”. Mahkeme başkanı veya hâkimin, katılanın gösterdiği ve çağrılmasını istediği uzman kişinin çağrılmasına ilişkin talebi reddetmesi durumunda, katılanın uzman kişiyi doğrudan mahkemeye getirebilmesi de “silahların eşitliği” ilkesine uygun bir düzenleme olmuştur.

5271 sayılı Kanun’un 64. maddesinin 3. fıkrasında “kanunların belirli konularda görevlendirdiği resmî bilirkişilerin öncelikle atanacağı ancak kamu görevlilerinin, bağlı bulundukları kurumla ilgili davalarda bilirkişi olarak atanamayacağı” belirtilerek bir tarafın diğer taraf lehine dezavantajlı bir duruma düşmesi engellenmiştir. 1412 sayılı Kanun’un 66. maddesinin 3. fıkrasındaki kanunların görevlendirdiği resmi bilirkişi varsa özel sebepler olmadıkça başkasının bilirkişi tayin edilemeyeceği düzenlemesiyle de bağlı bulundukları kurumla ilgili olarak bilirkişilik yapmama sağlanabilirse de 5271 sayılı Kanun’da yapılan düzenleme taraflar arasındaki usuli eşitlik açıkça güvence altına alınmıştır.

5271 sayılı Kanun’un 66. maddesinin 6. fıkrasında¹⁸⁹, “gerekli olması halinde bilirkişinin, mağdur, şüpheli veya sanığa mahkeme başkanı, hâkim veya Cumhuriyet Savcısı aracılığıyla soru sorabileceği, hâkim veya savcının bilirkişiye doğrudan soru sorma imkânı da tanyabileceği” düzenlenmiştir. Ancak bilirkişi hekim ise muayenede zorunlu saydıkları hususları izin aranmaksızın doğrudan sorabilirler. Bu düzenlemenin amacının “bilirkişinin raporunu hazırlaması için gerekli olan ve uzmanlığına girmeyen bir durumun aydınlatılması olduğu” tasarının gerekçesinde vurgulanmıştır¹⁹⁰.

5271 sayılı Kanun’un 67. maddesinin 5. fıkrasında¹⁹¹, “bilirkişi incelemeleri tamamlandığında, yeni bilirkişi incelemesi yapılması veya itirazların bildirilmesi için istemde bulunabilmelerini sağlamak üzere Cumhuriyet Savcısı’na, katılana, vekiline, şüpheliye veya sanığa, müdafiiine veya kanunî temsilciye süre verileceği ve istemin reddi halinde üç gün içinde hâkim veya mahkemenin bu kararını gerekçelendirmesi” gerektiği,

¹⁸⁹ www.mevzuat.gov.tr(çevrimiçi), 21 Nisan 2017.

¹⁹⁰ YALVAÇ, a.g.e., s. 641-642.

¹⁹¹ www.mevzuat.gov.tr(çevrimiçi), 21 Nisan 2017.

68. maddesinde¹⁹² ise “re’sen veya ilgililerden birinin yani Cumhuriyet Savcısı’nın, katılanın, vekilinin, sanığın, müdafinin veya kanuni temsilcinin talebi üzerine bilirkişinin dinlenmek üzere çağrılabilmesi” düzenlenerek taraflara delilleri tartışabilme imkânı verilmiş olmaktadır. Bilirkişinin duruşmaya gelmediği veya sadece bilirkişi raporunun okunması ile yetinildiği durumda ilgililerin soru sorma hakkı engellenmiş olur¹⁹³. 1412 sayılı Kanun’un 76. maddesinde¹⁹⁴ sadece hâkimin verilen raporu yeterli görmemesi halinde yeni bir bilirkişi raporu isteyebileceğinden bahsedilmiş, taraflara bu imkân verilmemiştir. 5271 sayılı Kanun’da düzenlemesi yapılan bilirkişinin dinlenmek üzere duruşmaya çağırılması ise 1412 sayılı Kanun’da hiç değinilmeyen bir husustur. Bu durum Alman hukukunda “bilirkişi tanık” olarak adlandırılmaktadır¹⁹⁵. Bu daha çok, bir bilirkişinin kendisinden istenen bir incelemeyi yaptığı sırada ya da bilirkişi olarak bir ceza muhakemesi işlemi yapılırken orada bulunduğu esnada gerçekleşen bir olaya tanık olunması halinde söz konusu olur. Uygulamada bilirkişilerin sözlü olarak dinlenmesi ve çapraz sorguya tabi tutulması hükümleri tam olarak işletilememekle birlikte Askeri Yargıtayın kararlarında bilirkişilerin duruşmada dinlenmeleri konusunu tartıştığı görülmektedir.

Askerî Yargıtay Daireler Kurulu bir kararında¹⁹⁶, Askerî Yargıtay Daireler Kurulunun 2012/69-69 E.-K. sayılı kararında da belirtildiği üzere; askeri mahkemenin, soruşturma aşamasında görüşüne başvurulmuş bilirkişinin kovuşturma aşamasında dinlenmesine karar verebileceği gibi, gerek görmediği durumda duruşmaya çağırılmayabileceğini ancak “çözümü uzmanlık gerektiren, özel veya teknik bilgiye” ihtiyaç duyulan hallerde bilirkişi dinlenmesine karar vermesi gerektiğini belirtmekte,

Somut olaya ilişkin olarak yaptığı değerlendirmede ise her ne kadar itiraz tebliğnamesinde hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen sanık Uzm.J.I.Kad.Çvş. G.G. müdafinin bu rapora itiraz ettiğini, yeniden bilirkişi

¹⁹² www.mevzuat.gov.tr(çevrimiçi), 21 Nisan 2017.

¹⁹³ YOKUŞ SEVÜK, a.g.e., s.88.

¹⁹⁴ YALVAÇ, a.g.e., s.523 (CMK’de, CMUK 76.maddenin tam karşılığı olan bir madde olmayıp bu konular CMK 67’nci maddede düzenlenmiştir.)

¹⁹⁵ ÜNVER, HAKERİ, a.g.e., s.273.

¹⁹⁶ Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun 02.04.2015 tarihli, 2015/28 E. VE 2015/41 K. sayılı kararı, (Çevrimiçi), www.msb.gov.tr, 16 Mart 2018.

raporu düzenlenmesini istediğini, sanık ve müdafilerinin kabul etmediğini ve içeriğine katılmadıkları raporu hazırlayan bilirkişilerin duruşmada dinlenmesini ve sanık ve müdafilerin soru sormalarına ve böylece delillerin tartışılmasına imkân tanınması gerektiğini belirtilmekte ise de,

Konuyla ilgili duruşma tutanağı incelendiğinde, sanık Uzm.J.I.Kad.Çvş. G. G.müdafinin önce iddianameye ve hükme esas alınmayan raporu hazırlayan Bçvş. rütbesindeki bilirkişinin sanıkla aynı kuvvete mensup olması nedeniyle itirazda bulunduğunu, Askerî savcının söz alarak açıklamada bulunması üzerine, bu kez iki kişilik bilirkişi heyetinin hukuka aykırı olduğunu, en az üç kişilik bir heyet kurulması gerektiğini belirttiğini ancak bilirkişi raporlarının içeriğine ilişkin herhangi bir itirazda bulunmadığını, kaldı ki diğer sanıkların huzurda bulunmadığını, temyiz incelemesine konu olan sanığın sorgusu yapılırken sunmuş olduğu yazılı savunmasında ve temyiz dilekçesinde bilirkişi raporu ile ilgili ayrıntılı değerlendirmelerde bulunduğu, bu nedenle itiraz tebliğnamesindeki bu konuyla ilgili itirazların yerinde olmadığı sonucuna ulaşıldığını,

Bunun yanısıra Askerî Mahkemece 19.2.2014 tarihinde yapılan duruşmada, CMK'nin 209. maddesine uygun olarak bilirkişi raporunun da dâhil olduğu dosyada mevcut tüm yazılı delillerin okunduğunu ve duruşmada bulunan taraflara diyeceklerinin sorulduğunu, CMK'nin 68. maddesinde de bilirkişinin duruşmada dinlenilmesine mahkeme tarafından her zaman karar verilebileceğinin, ilgililerden birisinin talebi durumunda da açıklamalarda bulunmak üzere duruşmaya çağrılabilceğinin belirtildiğini, böylece soruşturma evresinde mütalaasına başvurulmuş bilirkişinin kovuşturma sırasında mahkemece dinlenme zorunluluğunun bulunmadığını, bilirkişi raporunun duruşmada okunması ve taraflara diyeceklerinin sorulması ile yetinilmesinin usule uygun olduğunu, kaldı ki dosya kapsamı itibarıyla bilirkişilerin huzurda dinlenilmelerini gerektirecek ölçüde çözümü uzmanlık gerektiren, özel veya teknik bir bilgiye de ihtiyaç bulunmadığı anlaşıldığından, Başsavcılığın itirazının reddine karar verildiğini belirtmektedir.

Adli Tıp Kurumunun Adalet Bakanlığına bağlı bir resmi bilirkişilik kurumu olmasının bilirkişilik yönünden “eşitlik” ilkesine aykırı olduğu, zira hem

savcılarının hem Adli Tıp Kurumu'nun Adalet Bakanlığına bağlı olduğu düşünüldüğünde hükümetin delillerin değerlendirilmesi konusunda büyük güç ve yetki sahibi olduğu izleniminin adil yargılanma hissini zedeleyebileceği savunulmuştur¹⁹⁷. Ancak AİHM, *Bönisch/Avusturya, Brandstetter/Avusturya ve H./Fransa* kararlarıyla¹⁹⁸ resmi bilirkişilerin sanığın suçlanmasına sebebiyet veren idari kuruma bağlı olarak çalışmasını tek başına “silahların eşitliği” ilkesine aykırı görmediğini belirtmiştir¹⁹⁹. *Poletan ve Azirovik/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti*²⁰⁰ başvurusunda da aynı görüşü tekrarlayan AİHM'e göre bilirkişinin davanın tarafı olan kurumda çalışmasının tarafsızlık konusunda duraksamaya yöneltici etkisi belirli bir önemi haiz olmakla birlikte yargılamanın bir bütün olarak adilliği bakımından tek başına belirleyici değildir²⁰¹. Bu konuda belirleyici olan bilirkişinin yerine getirdiği görevin mahiyeti ve yerine getirme biçimi ile hâkimlerin bilirkişinin görüşünü değerlendirme ve tartışma yöntemleridir²⁰². Bilirkişilerin yargılama usulündeki konum ve rollerini belirlerken herhangi bir mahkeme tarafından atanan bilirkişinin verdiği görüşün, mahkemenin bu uzmanlığın yetkinlik alanı içindeki konulara ilişkin değerlendirmesinde önemli bir ağırlık taşıyabileceği de göz ardı edilmemelidir²⁰³. 14.04.1982 tarihinde kabul edilen 2659 Sayılı Adli Tıp Kanunu'nun 2. maddesinde “*Adli Tıp Kurumunun görevinin adli tıpla ilgili konularda bilimsel ve teknik görüş bildirmek olduğu*” belirtilmiştir. Yavuz, Adli Tıp Kurumunun savunmanın tanığını sorgulama veya sanığın görüşleri hakkında yorum yapma gibi bir ayrıcalıklı rolü de olmadığından, Adli Tıp Kurumunun resmi bilirkişi olmasının Sözleşme'ye başlı başına aykırı olmadığını savunmuştur²⁰⁴. En son 24.11.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu ile “*bilirkişilerin nitelikleri, eğitimi, seçimi ve denetimine ilişkin usul ve esasların belirlenmesi ile bilirkişilik için etkin ve verimli bir kurumsal yapı oluşturulması*” amaçlanmış, “*Kanun'un adli, idari ve askeri*

¹⁹⁷Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği, a.g.e., s. 102.

¹⁹⁸ Bönisch/Avusturya, 06.05.1985, Başvuru No: 8658/79; Brandstetter/Avusturya, 28.08.1991, Başvuru No:11170/84, 12876/87, 13468/87; H/Fransa, 24.10.1989, Başvuru No. 10073/82.

¹⁹⁹ Krunoslava Zovko/Hırvatistan, 23.05.2017, Başvuru No: 56935/13, para. 53; Ayrıca bkz. Letinčić/Hırvatistan, 03.05.2016, Başvuru No: 7183/11, para. 46-51.

²⁰⁰ Poletan ve Azirovik/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti,12.05.2016, Başvuru No: 26711/07 vd.

²⁰¹ A.g.k. para.94.

²⁰² A.g.k. para. 94.

²⁰³ A.g.k. para. 94.

²⁰⁴ YAVUZ, a.g.e., s.106-107.

yargı alanında yürütülen her türlü bilirkişilik faaliyetini kapsadığı” belirtilirken, “kanunlarda bilirkişilik hizmeti verebileceği öngörülen kurumlar ile yargı mercilerinin talebi üzerine bilimsel ve teknik görüş bildiren kamu kurum ve kuruluşlarının Kanun’un kapsamı dışında olduğu” vurgulanmıştır. Dolayısıyla Kanun’un üzerinde tartışma yaşanan Adli Tıp Kurumunun bilirkişiliği konusunda bir düzenleme içermediği görülmektedir.

Bilirkişi konusunda, “silahların eşitliği” bakımından önemli bir düzenleme de, 5271 sayılı Kanun’un 68. maddesi ile getirilmiştir. Buna göre, bilirkişinin görevi mütalaasını yazı olarak mahkemeye sunmakla bitmeyecek, mahkeme her aşamada bilirkişinin duruşmada dinlenilmesine karar verebilecek, ayrıca taraflardan birinin talebi halinde de bilirkişiyi duruşmaya çağırıp açıklamalar yapmasını isteyebilecektir. Maddenin 2. fıkrasında, mahkeme başkanı veya hâkimin, ayrılmalarına izin vermedikçe bilirkişilerin, yaptıkları açıklamalardan sonra duruşma salonunda kalacakları, ancak salona birer birer alınıp birbirinden ayrı biçimde dinlenilmelerinin zorunlu olmadığı belirtilmiştir. Bu durumda, kanun koyucunun, taraflara bilirkişiye soru sorma hakkı tanınarak 201. madde uyarınca taraflara bilirkişinin raporundaki sonuca nasıl vardığını tartışma imkânı verilmiştir²⁰⁵. Ayrıca madde gerekçesinde, bilirkişinin durumu daha da açıklığa kavuşturulmuş, hemen hemen bütün karşılaştırılmalı mevzuatta yer alan sözlülük, tartışmalılık ve yargılamanın bir duruşmada bitirilmesi özelliklerinin geçerli olduğu, bunlardan sözlülüğün esas olduğu ve başta geldiği, bu esaslar çerçevesinde bilirkişinin duruşmada açıklama yapmak üzere çağırılmasının düzenlendiği, bilirkişilerin duruşmaya çağırıldığında sorulan sorulara, daha önceden hazırladıkları not ve raporlarına bakarak cevap verebilecekleri, görevleri kapsamında kalan bütün soruların kendilerine yöneltilebileceği belirtilmiştir²⁰⁶.

5271 sayılı CMK’ nin 69. maddesinde ise, bilirkişinin, hâkimin reddini gerektiren sebeplerle reddedilebileceği belirtilmiş, kanun bu hakkı davanın tüm taraflarına tanımıştır. Bu nedenle, hâkim, davada atanan bilirkişinin adı ve soyadını, engel sebepler olmadığı sürece bilirkişinin reddini isteme hakkına sahip olanlara

²⁰⁵KAYA, YİRTIMCI, a.g.m., s.50.

²⁰⁶YALVAÇ, a.g.e., s.645.

bildirmek zorundadır. Bilirkişinin reddi hakkı da “silahların eşitliği” ilkesinin bir sonucu olarak taraflara tanınmıştır.

Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu, anılan maddeye atıfla hâkimin reddini gerektiren sebepler bilirkişinin reddi hususunda da geçerli olduğundan, atanacak bilirkişinin tarafsız ve bağımsız olması gerektiği ve bunun sonucu olarak davanın tarafı olan Kültür Bakanlığına bağlı olması nedeniyle, Müze Müdürlüğü görevlilerince düzenlenen rapora dayanarak hüküm kurulamayacağını hükme bağlamıştır²⁰⁷.

Yine CMK’nin 180. maddesi uyarınca, istinabe halinde bilirkişilerin de tanıklar gibi sesli ve görüntülü olarak dinlenmelerinin kural haline getirilmesi “silahların eşitliği” bakımından isabetli olmuştur.

D. Yasal Görevlilerin Yargılamadaki Rolü

AIHM, dava sonunda verilecek kararı etkilemek maksadıyla mahkemeye verilen her türlü görüş ve tavsiyenin taraflara tebliğ edilmemiş olmasını çelişmeli yargılamanın ihlali olarak görmekte, sunduğu görüş veya tavsiye nedeniyle davanın tarafı haline gelen bir yasal görevlinin beyanlarına karşı, diğer tarafa bu görüşü çürütme olanağı tanınmadığı durumlarda yasal görevlinin etkin bir rol oynaması “silahların eşitliği” bakımından değerlendirmektedir²⁰⁸.

Hukuken tarafsız oldukları öngörülmesine karşın, yargılama sürecinde, taraflardan birinin aleyhinde görüş bildiren ve bu görüşlerin çürütülmesi olanağı tanınmayan yasal görevlilerin dava konusunda karara varılırken sahip oldukları etkin rol “silahların eşitliği” ilkesini ihlal edebilmektedir²⁰⁹.

İç hukukumuzda ise bu durum özellikle temyiz aşamasında görüş bildiren Yargıtay Başsavcılığı bakımından söz konusu olabilmekte ve bu aşamada düzenlenen tebliğname tarafsız olması gereken yasal görevliler bakımından önem taşımaktadır.

²⁰⁷ Yargıtay C.G.K. 3.6.2014 tarih ve 2013/12-719 E., 2014/298 K. sayılı kararı.

²⁰⁸İNCEOĞLU, Adil Yargılama Hakkı ve Yargı Etiği, s.66.

²⁰⁹A.g.e.,s.66.

Tebliğname, Yargıtayın temyiz incelemesini henüz yapmadan önce, yargılamadaki kolektifliği de sağlamak için başvurduğu ve Başsavcılığın dava konusundaki görüşünü içeren belgedir²¹⁰.

1412 sayılı mülga Kanun'un 316. maddesinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca temyiz talebine yönelik görüşlerini içerir tebliğnamenin düzenleneceği öngörülmüş ancak bu tebliğnamenin taraflara tebliği düzenlenmemiştir. Kanun'da, duruşma açılmadığı zaman Yargıtay incelemesinin nasıl yürütüleceği, sanıklarla hangi yöntemlerle iletişim kurulacağı hususlarında herhangi bir düzenleme de yoktu. Bu nedenle tarafların gelişmeleri izleme olanağı olmayıp ancak Yargıtay incelemesi tamamlandıktan ve dava dosyası yerel mahkemeye gönderildikten sonra, Başsavcılık tebliğnamesinin içeriği kponusunda bilgi sahibi olabilmekteydiler²¹¹. Bu durum ise “silahların eşitliği” ilkesine aykırı sonuçlar yaratmaktaydı²¹².

09.11.2000 tarihli Göç/Türkiye kararının ulusal hukuk kurallarına uyarlanması maksadıyla 11.01.2003 tarih ve 4778 sayılı Kanun ile CMUK'un 316. maddesine, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen tebliğnamenin karar verilmeden önce taraflara tebliğ edileceğine ilişkin bir cümle eklenmiş fakat bu düzenlemenin yetersiz kalması üzerine, CMUK'un 316. maddesi 27.03. 2003'de yürürlüğe giren 4829 sayılı kanun ile bir kez daha değiştirilerek, *“tebliğnamenin, aleyhlerine sonuç doğurabilecek görüş içermesi durumunda sanığa, davaya katılana, kişisel davacıya ve bu kişilerin savunmanlarına gönderileceği”* belirtilmiştir²¹³.

Tebliğnamenin taraflara gönderilmesi, sadece davanın taraflarını bilgilendirmek için düzenlenmemiş, aynı zamanda yasal olarak görevlendirilen savcılık tarafından hazırlanan ve mahkemeyi etkilemek için sunulan görüşlerin, davanın taraflarınca tartışılmasına olanak sağlamak ve dolayısıyla “silahların eşitliği”nin sağlanması amaçlanmıştır. Mülga Ceza Muhakemesi Usul Kanunu'nun

²¹⁰ Erdener YURTCAN, “Uyum Yasalarının Ceza Yargılamasına Etkisi: İki Temel Değişiklik-Yargılamanın Yenilenmesinde Yeni Bir Neden ve Tebliğnamenin Bildirimi ”, Prof. Dr. Çetin ÖZEK Armağanı, İstanbul, 2004, s. 1064.

²¹¹ DİNÇ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre Adil Yargılanma Hakkı*, s.136.

²¹² YAVUZ, a.g.e., s.107-108.

²¹³ DİNÇ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre Adil Yargılanma Hakkı*, s.137.

316. maddenin 3. fıkrasında, tebliğnameyi yanıtlama süresinin tebliğinden itibaren 7 gün olduğu belirtilmiştir²¹⁴. Daha sonra 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 297. maddesinde de aynı hükme yer verilmiştir.

Yargıtay da birçok kararında yukarıda yer verilen *Göç/Türkiye* kararına atıfta bulunarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından hazırlanan tebliğnamenin, hükmü temyiz eden sanıklara tebliğ edilmeden inceleme yapılarak karar verilmiş olmasını hukuka aykırı bulmuştur²¹⁵.

5271 sayılı Kanun ile yargılama düzenine, İstinaf Kanun yolu ve Bölge Adliye Mahkemesi aşaması da eklenmiş ve Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Savcısı’nın görevini düzenleyen 278. maddenin 1. fıkrasında “*dava dosyasının, Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığına geldiğinde incelenerek yazılı düşüncüyü içeren bir tebliğname ile Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesine verileceği ve Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen bu tebliğnamenin ‘ilgililere’ de tebliğ olunacağı*” belirtilmiştir. Madde metninde ilgililer kelimesi kullanılmakla birlikte, madde gerekçesinde ilgililerin “ *taraflar*” olduğu belirtilerek kavram açıklanmaya çalışılmıştır.

5271 sayılı Kanunun Bölge Adliye Mahkemesinde inceleme ve kovuşturmayı düzenleyen 280. maddesinde, “...Bölge Adliye Mahkemesinin Cumhuriyet Başsavcılığının tebliğnamesini, dosyayı ve dosya ile birlikte sunulmuş olan delilleri inceledikten sonra...” kararını vereceği belirtilmektedir. Dolayısıyla davanın taraflarına tebliğnameyi yanıtlamaları için bir süre verilmemiş ve kanun açısından bu gerekli bir işlem olarak görülmemiştir. 5271 sayılı Kanunun 278. ve 280. maddelerine göre tebliğname, taraflara salt bilgilendirilme amacıyla gönderilmiş olmaktadır. Bu işleyiş “silahların eşitliği” ilkesine aykırı düşmektedir²¹⁶.

²¹⁴Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2005/7-166 E, 2005/165 K Sayılı Kararı; Erdener YURTCAN, “Uyum Yasalarının Ceza Yargılamasına Etkisi: İki Temel Değişiklik- Yargılamanın Yenilenmesinde Yeni Bir Neden ve Tebliğnamenin Bildirimi ”, s. 1065; DİNÇ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne göre Adil Yargılanma Hakkı*, s. 146; ÖZTÜRK, Bahri, “Avrupa Birliğine Uyum Yasaların Ceza Muhakemesine Etkileri”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul, 2004, s.731; Özgür Heval ÇINAR, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk Hukukuna Etkisi*, İstanbul, 2005.s. 156-157.

²¹⁵ Yargıtay C.G.K. 6.7.2010 tarihli 2010/6-130 E., 2010/170 K. sayılı kararı.

²¹⁶ DİNÇ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne göre Adil Yargılanma Hakkı*, s.149-150.

Kanunda açıkça belirtilmese de, AİHM kararlarında tebliğnamenin taraflara gönderilmesi amacının tarafların bu tebliğnameye ilişkin açıklama ve görüşlerini bildirme haklarının bulunduğu belirtilmesi karşısında, ilgililere gönderilmesi kavramının tebliğnameye cevap verilebileceği hususunu içinde barındırması gerektiği düşünülmektedir²¹⁷. Ancak Yargıtay aşamasındaki temyiz sürecini ifade eden 297. maddenin 3. bendinde “*Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen tebliğnamenin, hükmü temyiz etmeleri veya aleyhlerine sonuç doğurabilecek görüş içermesi halinde sanık veya müdafii ile katılan veya vekillerine ilgili dairesince tebliğ olunacağı*” belirtildikten sonra, “*ilgili tarafların tebliğden itibaren bir hafta içinde yazılı olarak cevap verebileceği*” açıkça belirtilmiştir. Temyiz aşamasında tebliğnameye karşı cevap hakkı tanınırken, bu hakkın istinaf aşamasında düzenlenmemiş olması, unutkanlıktan doğan bir kanun boşluğunu değil, kanun koyucunun istinaf aşamasında taraflara tebliğnameye cevap hakkı tanımadığını göstermektedir. Yargıtay aşamasında tebliğnamenin kararı temyiz edene gönderilmesi gerekli ve doğru bir düzenleme olmakla birlikte karşı tarafın temyizinin ve tebliğnamenin davanın diğer tarafı açısından aleyhine sonuç doğurabilecek görüş içerdiğini daire adına, kim tarafından, ne zaman ve nasıl bir inceleme sonucunda saptanacağı hususundaki belirsizlik eleştirilmektedir²¹⁸.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu²¹⁹ bir kararında, “5320 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK’un 316. maddesine 02.01.2003 gün ve 4778 sayılı Yasa’nın 2. maddesi ile eklenip 19.03.2003 gün ve 4829 sayılı Yasanın 20. maddesiyle değiştirilen 3. fıkrası uyarınca, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen tebliğnamenin, hükmü temyiz etmeleri veya aleyhlerine sonuç doğurabilecek görüş içermesi halinde sanık veya müdafii ile müdâhil, şahsî davacı veya vekillerine tebliği zorunlu olduğunu, Anayasa’nın 90. maddesi uyarınca bir iç hukuk normu haline gelen, AİHS’in 6. maddesindeki adil yargılanma ilkesiyle ilgili olan bu hükmün, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 09.11.2000 tarih ve 36590-97 sayılı Göç/Türkiye kararı ile 1412 sayılı usul yasamızda pozitif bir norm şeklinde düzenlenmiş olup, aynı hükme 5271 sayılı CMK’nın 297. maddesinde de yer verildiğini, gerek uluslararası hukuk metinlerinde gerekse ulusal

²¹⁷Hocaoğulları/ Türkiye, 07.03.2006, Başvuru No. 77109/01, para. 24-27.

²¹⁸ DİNÇ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne göre Adil Yargılanma Hakkı*, s.151.

²¹⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu’ nun 23.9.2008 tarih ve 2008/9-195 E., 2008/209 K. sayılı kararı, (Çevrimiçi), www. kararara.com, 04.12.2017.

yasalarda, adil yargılanma hakkının gereği olarak yer verilen bu hükmün buyurucu nitelikte olup uyulması zorunlu olduğunu,

İncelenen dosyada, Yargıtay C.Başsavcılığınca düzenlenen, 08.11.2007 gün ve 228199 sayılı tebliğnamenin, sanıklar K. A., E. A. ve A. A. müdafisi, Avukat Z. B. K. 'a 05.12.2007 tarihinde tebliğ edildiğini, sanıklar müdafileri tarafından, 11.12.2007 havale tarihli dilekçe ile Yargıtay 9. Ceza Dairesine gönderilmek üzere, Bakırköy 13. Ağır Ceza Mahkemesine tebliğnameye karşı beyanları içeren altı sayfalık dilekçe verildiğini, bu dilekçenin 11.12.2007 tarihinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderildiğini, henüz sanıklar müdafisine tebliğnamenin tebliğ edilmediği bir aşamada Yargıtay 9. Ceza Dairesince dosyanın incelenerek 03.12.2007 gün ve 11002-8877 sayı ile karara bağlandığını,

Somut olayda, sanıklar müdafisine tebliğnamenin 05.12.2007 tarihinde tebliğ edilmiş ise de bu tebliğin, yasanın aradığı bir tebliğin sonuçlarını gerçekleştirmekten uzak olduğunu, zira özel dairece, henüz tebliğname tebliğ edilmeden hükmün incelenerek 03.12.2007 tarihinde düzelterek onama kararı verildiğini, dolayısıyla tebliğnamenin tebliği ile amaçlanan, tebliğnamedeki görüşlerden haberdar edilme ve karşı görüşlerini bildirme olanağının ilgililere tanınmamış olduğunu, bu itibarla itirazın kabulü ile özel dairenin düzelterek onama kararının kaldırılıp tebliğnameye verilen cevaplar da değerlendirilmek suretiyle yeniden inceleme yapılmak üzere dosyanın özel daireye gönderilmesine karar verildiğini” belirterek tartışmaları ortadan kaldırmıştır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir başka kararında²²⁰, “gerekçeli kararın sanığa usulüne uygun olarak tebliğ edildiği kabul edilse bile sanığa düzelterek onama istemli olmasından dolayı aleyhine görüş içeren Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tebliğnamesinin tebliğ edilmeden temyiz incelemesi yapılmasının da 1412 sayılı CMUK'un, 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte olan 316. maddesi hükmüne aykırılık oluşturduğunu, zira anılan madde uyarınca hükmü temyiz etmeleri halinde veya aleyhlerine sonuç doğurabilecek görüş içermesi durumunda, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen tebliğnamenin sanık veya müdafii ile katılan veya vekiline tebliğ edilmesi gerektiğini, adil yargılanma ve savunma hakkı ile ilgili bulunan bu hüküm emredici nitelikte olup uyulması zorunlu olduğunu” belirtmiştir.

²²⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 07.05.2013 tarih ve 2012/11-1582 E. , 2013/243 K. sayılı kararı.

En çok tartışılan konulardan birisi de Cumhuriyet savcısının taraf sayılıp sayılmadığı konusudur. Konuya ilişkin açık bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Ancak hâkimin tarafsızlığını güvence altına almak üzere, 5271 sayılı CMK’de hâkimin görevden yasaklı olduğu haller sayılarak, hâkimin reddi ve hâkimin çekinmesi kurumlarına yer verilmişken savcılık kurumu bakımından bu tür düzenlemeler bulunmamaktadır²²¹. Bu konuda yol gösterebilecek belgelerden en önemlisi ise “Avrupa Konseyi ve Macaristan Savcılığı İşbirliği ile Avrupa Konseyi tarafından 29-30 Mayıs 2005 Budapeşte’de Düzenlenen Avrupa Savcılar Konferansı 6. oturumunda belirlenen Savcılar için Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları Budapeşte İlkeleri” olup 31 Mayıs 2005’te kabul edilmiştir.

Ülkemizde de Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu(Hakimler ve Savcılar Kurulu)’nun 10.10.2006 gün ve 424 sayılı kararıyla bu ilkelere uygulamada yer verilmesi kabul edilmiştir.

Budapeşte İlkeleri’nin²²²;

“- **Temel Görevler** başlıklı birinci maddesinde savcılar her zaman ve her koşulda görevlerini tarafsız olarak icra edecekleri,

- **Genel Olarak Meslekî Hareket Tarzları** başlıklı ikinci maddesinde savcılar görevlerini her zaman:

- *Tarafsız ve tutarlı olmaya ve öyle anlaşılmaya çabalarlar,*
- *Adil bir biçimde, iltimas ve önyargı olmaksızın gerçekleştirirler,*
- *Bireysel veya belli bir kesimin çıkarlarının, kamu ve medya baskısının etkisinde kalmazlar,*
- *Tüm kişilerin adalet önünde eşitlik hakkına saygı duyarlar, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer düşünceler, cinsiyet tercihleri, ulusal veya sosyal köken, ulusal azınlık, mülkiyet, doğum, sağlık, özürlülük veya herhangi bir diğer statü ile ilişki temelinde herhangi bir kişiye karşı ayrımcılıktan sakınırlar,*

²²¹ YAVUZ, a.g.e., s.110.

²²²(Çevrimiçi), www.hukuki.net, 24 Nisan 2017.

•Kişisel veya mali çıkarlarının veya savcının ailevi, sosyal ya da diğer ilişkilerinin, tutumunu uygunsuz bir biçimde etkilemesine izin vermezler. Özellikle kendilerinin, ailelerinin veya iş ortaklarının kişisel, özel ve mali çıkarları ile ilgili olan davalarda görev yapmaktan kaçınırlar.

- **Ceza Yargılaması Çerçevesinde Meslekî Davranış** başlıklı üçüncü maddesinde savcılar her zaman;

• Görevlerini adil, tarafsız, objektif olarak ve hukuk kuralları çerçevesinde bağımsız olarak icra etmek,

• Adil bir karar için mahkemeye yardım etmek,

• Tarafsız ve uygun kanıtların meslekî değerlendirmesi temelinde kararlar almak zorundadırlar”²²³.

Bu ilkeler göz önüne alındığında, sürekli tarafsızlık vurgusu yapıldığı görülmektedir. Gerek bu ilkeler gerekse Usul Kanunu’ndaki düzenlemeler ışığında savcı yalnızca sanığın aleyhine olan hususları değil, lehine olan hususları da araştırmakta ve tüm delilleri toplamaktadır²²⁴. Aslında “silahların eşitliği” ilkesine uygun hareket edilip edilmediğinin tartışılması bakımından savcının tarafsız olup olmamasının bir önemi de yoktur. Çünkü AİHM kararlarında ifade edildiği üzere savcı tarafsız olsa dahi tebliğnamede açıkladığı görüş ile bir tarafa muhalif kalıyorsa tebliğnamenin gönderilmemesi silahların eşitliği ilkesini ihlal edebilecektir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 5.6.2018 tarihli ve E. 2017/8-880, K. 2018/270 sayılı kararında Budapeşte İlkeleri’ne ve iç hukukumuzdaki yerine atıf yaparak “eşlerden birinin düzenlediği iddianame ile açılan davada diğer eşin hâkim sıfatıyla yargılama yapması ve karar vermesinin başlı başına adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğuracak şekilde objektif(nesnel) ve subjektif(özel) anlamda tarafsızlık ilkesini zedeleyip zedelediğini” irdemiş ve “Avrupa Savcıları Konferansı’nın 29-30 Mayıs 2005 tarihli 6. oturumunda kabul edilerek, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca 10.10.2006 gün ve 424 sayı ile benimsenmesine karar verilip Adalet Bakanlığı Personel

²²³ (Çevrimiçi), www.hukuki.net, 24 Nisan 2017.

²²⁴ Nur CENTEL, “Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığı”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul, 2004, s. 204.

Genel Müdürlüğünce de hâkim ve savcılara duyurulan Savcılar için Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları 'Budapeşte İlkeleri' nin de Bangalor Yargı Etiği İlkeleri ile hemen hemen benzer düzenlemeler içerdiğini” belirttikten sonra “uyuşmazlık konusunun hukuki çözüme kavuşturulması bakımından ceza muhakemesinde tarafsızlığın güvence altına alınmasına yönelik düzenlemelerin Cumhuriyet savcısı tarafından düzenlenen iddianame üzerine eşi olan hâkimin yargılama yapıp karar verdiği olayda ceza muhakemesinin bir öznesi olan Cumhuriyet savcısının, yargılamayı yapıp karar verecek hâkimin şahsından bağımsız olarak şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplamayı, muhafaza altına almayı ve haklarını korumayı kapsayan yükümlülüklerinin bulunması, eşlerden birinin düzenlediği iddianame ile açılan kamu davasında, diğer eşin hâkim sıfatıyla yargılama yapmasının ve karar vermesinin CMK'nin 22 ve 23. maddelerinde sınırlı olarak sayılan hâkimin davaya bakamayacağı ve yargılamaya katılamayacağı haller arasında gösterilmemesi, sanık hakkında iddianame düzenleyen Cumhuriyet savcısının kovuşturma evresinde mahkemede görev almadığı gibi görüş de bildirmemesi, sanık tarafından, hâkimin davaya bakamayacağı veya tarafsızlığını şüpheye düşürecek nedenlerin bulunduğu ileri sürülerek yapılmış bir hâkimin reddi isteğinin bulunmaması, hâkimin de davaya bakmaktan çekinmemesi, eşlerin bir mahkemenin aynı dairesinde görev yapma halinin bulunmaması, ceza muhakemesi hukukunda kıyas yoluyla istisnai hükümlerin kapsamının genişletilmesinin mümkün bulunmaması ve yargı sistemimizde uzun süredir devam eden yerleşik uygulamanın da bu doğrultuda olması karşısında, eşlerden birinin düzenlediği iddianame ile açılan davada diğer eşin hâkim sıfatıyla yargılama yapması ve karar vermesinin, başlı başına adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğuracak şekilde objektif ve subjektif anlamda tarafsızlık ilkesini zedelediği” yönünde karar vermiştir²²⁵.

Oy çokluğuyla alınan söz konusu kararda konu oldukça geniş bir bakış açısıyla incelenmiş ve dikkate değer yorumlarda bulunulmuştur. Örneğin bir azlık oyunda “eşlerin duruşmaya birlikte çıkması ile birinin iddianameyle dava açması ve diğerinin o davaya bakmasının özünde farklı olmadığı, duruşmaya birlikte çıkmaları halinde, belki davanın tarafının eş olduklarını anlayabileceği ve reddi hâkim talebinde bulunabileceği, eşlerden birinin düzenlediği iddianame ile açılan davada, birlikte duruşmaya çıkmaları ve birinin verdiği mütalaa üzerine diğerinin karar vermesi arasında, tarafsız görünümü veya tarafsızlığı etkileme bakımından fark olacağını kabul etmenin mümkün olmadığı” belirtilmiş, bir başka azlık oyunda ise “tarafsızlık olgusunun

²²⁵ Yargıtay C.G.K. 5.6.2018 tarihli ve 2017/8-880 E., 2018/270 K. sayılı kararı.

öncelikle öz itibarıyla tarafsız olmayı, ikinci olarak ise şeklen tarafsız olarak algılanmayı gerektirdiğinden bahisle CMK'nin 22. vd. maddeleri anlamında anılan durumun 'tarafsızlık hususunda şüphe doğuracak hal' olduğuna kuşku bulunmadığı" savunulmuştur. Aynı kararda yer alan bir başka azlık oyunda ise "yasayı bilmemek mazeret değil ise de herkesin idari atama işlemini veya adliyede çalışan eşlerin aynı mahkemede çalıştıklarını bilmesi her koşulda beklenemeyeceğinden, bu tür durumlarda da reddi hâkim hakkını kullanabilmesi için açıklama yapılması gerektiği" vurgulanmış, diğer yandan "bu konuda esas itibarıyla ileri sürülen pratikte bu kuralın uygulanmasının mümkün olmadığı, zira 1.600 çift, 3.200 karı koca hâkim ve savcının olduğu ve bu davalara bakmanın zorunlu olduğu savunmasına karşı ise bu düşüncenin devletin pozitif yükümlülüğünün yerine getirilmediğinin açık itirafı olduğu ve esasında Anayasa'mızda ve yasalarımızda devletin temel hak ve hürriyetlerin kullanımı konusunda adalete erişim ve 'adil yargılanma hakkı' nın sağlanması konusunda gerekli tedbirleri almak zorunda olduğu ve bu devletin pozitif sorumluluğunun sonucu olduğu kabul edilmiş olduğundan bahisle devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirerek yeteri kadar hâkim ve savcı ataması yaptığı takdirde bu kuralın rahatlıkla uygulanabileceği" savunulmuştur.

IV. HUKUK MUHAKEMESİNDE SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ

Özel hukuk yargılamasında geçerli olan Usul Kanunu 12.01.2011 tarihinde kabul edilmiş olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'dur. Daha önce yürürlükte olan 1086 sayılı Kanunun yürürlükte kaldığı dönemde kanun maddelerinde önemli değişiklikler yapılmış ve bu kanun 6100 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihine kadar uygulanmıştır. Bizim açımızdan önemli olan "silahların eşitliği" ilkesinin gerek kanunda gerek uygulamada ne ölçüde dikkate alındığı ve "silahların eşitliği" ilkesini gerçekleştirmeye çalışan düzenlemelerdir.

A. Bilgi ve Belgelere Ulaşmada Silahların Eşitliği İlkesi

"Silahların eşitliği" ilkesiyle "adil yargılanma hakkı" arasında olduğu gibi bu hakkın bir unsuru olan "hukuki dinlenilme hakkı" arasında da sıkı ve yakın bir bağ olup bazen bu yargısal temel hakların kavram olarak birbirlerinin yerine kullanıldığı,

birinden bahsedilirken esasen diğer kavramın da anlatılmaya çalışıldığı görülmektedir²²⁶. Bir ilke olarak kabul edilen “silahların eşitliği”, adil yargılanma hakkı ve hukuki dinlenilme hakkı ile eşitlik ilkesinin kesiştiği noktada yer almaktadır. Bahsi geçen yargısal temel hakların kullanımı sırasında “eşitlik” ilkesi, gözetilmesi gereken zorunlu bir ölçüt olarak önümüze çıkmakta, yargılamanın tüm aşamalarında yapılan işlemler sırasında mutlaka gözetilmesi gerekmektedir²²⁷.

Özel hukukta, herhangi bir konuda uyuşmazlık yaşayan taraflar kural olarak yargı mercilerine başvurarak söz konusu uyuşmazlığın çözülmesini talep ederler. Dava sonucunda verilecek kararın adaletli ve hakkaniyete uygun olabilmesi, ancak anayasal bir hak durumunda olan iddia ve savunma hakkının eksiksiz kullanılabilmesiyle elde edilebilir²²⁸. “Hukukî dinlenilme hakkı” taraflara, mahkemenin kararına etki edebilecek şekilde görüş açıklayabilme imkânı sağladığı için, tarafların her birinin yargılamanın nesnesi değil, öznesi olarak algılanmasını sağlar ve bu yönü itibarıyla “*insan onuruna saygının*” bir yansıması olarak nitelenebilir (AY, Başlangıç Hükümleri, 6. Paragraf). HMK’nin 24. maddesinde²²⁹ “*Hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz.*” denilmekle uyuşmazlığın mahkeme önüne mutlaka taraflardan biri tarafından getirileceği belirtilmiştir. Aynı hüküm yargı yolu başvuruları için de geçerli olup Yargıtay temyiz dilekçesinde mahkemece takdir edilen tazminat miktarı yönünden itirazda bulunulmaması halinde bu hususun re’sen bakılacak konu olmadığını hükme bağlamıştır²³⁰.

Hakkaniyete uygun dinlenilme ilkesi, 27. maddede²³¹ kendisini göstermekte olup “*Davanın tarafları, müdâhiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler*” denmekte, ayrıca hakkın içeriğinden de bahsedilmekte ve “*hakkın, yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak*

²²⁶ Bilgehan YEŞİLOVA, “Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği”, **TBB Dergisi**, 2009, sayı 86, s.56.

²²⁷ A.g.e., s.56.

²²⁸ Yaşar DEMİRCİOĞLU, **Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s.152.

²²⁹ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 25 Nisan 2017.

²³⁰ Yargıtay 14.HD, 27.11.2017 tarihli ve 2016/16248 E., 2017/8822 K. sayılı kararı.

²³¹ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 25 Nisan 2017.

değerlendirme yapmasını ve kararların somut ve açık bir şekilde gerekçelendirilmesini kapsadığı” belirtilmektedir. Bu düzenleme, tarafların yargılamanın başından sonuna kadar yargılamadan²³² ve yargılamanın seyrinden tam olarak haberdar edilmesini gerektirmektedir²³³. Yargılamanın *Magna Carta*’sı²³⁴ olarak da adlandırılan hukukî “dinlenilme hakkı”nın kapsamı daha ayrıntılı olarak incelenecek olursa:

- Tarafın, kendisini ilgilendiren bir davanın varlığından haberdar edilmesi, yani bilgilendirilmesi önemli bir unsurdur²³⁵. Bu bilgilendirme, mahkeme tarafından usul kuralları çerçevesinde gerçekleştirilebileceği gibi, tarafın bizzat bilgi edinmesi yoluyla da gerçekleşmiş olabilir²³⁶. Tarafların yargılamadan haberdar edilmesinde kullanılacak olan en önemli araç tebligat olup hukukî dinlenilme hakkı kapsamında, tebligatın, konu hakkında düzenlenmiş olan Tebligat Kanunu’nun öngördüğü usuller çerçevesinde gerçekleştirilmesi gerekir²³⁷. Tebliğin, kanuna aykırı bir şekilde yapılmış olması halinde bu, savunma hakkının kullanılması imkânının kaldırılması, dolayısıyla da hukukî “dinlenilme hakkı”nın ihlali edildiği manasına gelir²³⁸. Tebliğin usulsüz yapılmış olmasına karşın, ilgili taraf, tebligat konusu işlemde Tebligat Kanunu’ nun 32. maddesi uyarınca haberdar ve bunu beyan etmişse artık “hukukî dinlenilme hakkı”nın ihlal edildiğinden söz edilemez²³⁹. Yine bu çerçevede, hukukî “dinlenilme hakkı”nın ihlaline sebep olmamak için, önce Tebligat Kanunu’ nda belirtilen diğer usullere başvurulmalı, ilan tebligata, en son çare olarak başvurulmasına dikkat edilmelidir.²⁴⁰ Başka bir deyişle, başka türlü tebligat yapmak mümkünken ve bu konuda herhangi bir engel yokken, bu hususların göz ardı edilerek

²³² Özgür Keskin/Türkiye, 17.10.2017, Başvuru No: 12305/09, para. 32; Dilipak ve Karakaya/Türkiye, 04.03.2014, Başvuru No: 7942/05, 24838/05, para. 77 vd; Lazarenko ve diğerleri/Ukrayna, 27.06.2017, Başvuru No: 70329/12, para 37 vd.

²³³ Muhammet ÖZEKES, **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003, s. 86.

²³⁴ A.g.e., s.86, Hakan PEKCANITEZ, “Hukukî Dinlenilme Hakkı” **Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan**, İzmir 2000, s.771.

²³⁵ Bkz. Özgür Keskin/Türkiye, 17.10.2017, Başvuru No: 12305/09, par. 32; Dilipak ve Karakaya/Türkiye, 04.03.2014, Başvuru No: 7942/05, 24838/05, par. 77 vd; Lazarenko ve diğerleri/Ukrayna, 27.06.2017, Başvuru No: 70329/12 par. 37 vd.

²³⁶ (Çevrimiçi) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr>, Süha TANRIVER “Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, **TBB Dergisi**, Yıl 2004, sayı 53, s.207.

²³⁷ A.g.e., s.207.

²³⁸ A.g.e., s.207.

²³⁹ PEKCANITEZ, “Hukukî Dinlenilme Hakkı”, s.770.

²⁴⁰ A.g.e., s.772.

doğrudan ilanen tebligat yapılması, hukukî dinlenilme hakkının ihlaline sebebiyet verir²⁴¹.

Yargıtay da bu konuda davalı şirketin ticaret sicilinden adresi araştırılmadan dava dilekçesinin tebligatın iade geldiği aynı adreste Tebligat Kanunu'nun 35. md. göre tebliğ edilmesinin hukuki dinlenilme hakkı bağlamında usulsüz olduğu kanısındadır²⁴². Bir başka davada ise tebliğ mazbatasında, dava dilekçesinin bizzat alındığı beyanı bulunmasına rağmen tebligatın başkası tarafından imzalanarak dava dilekçesinin tebliği usulsüz olduğunu, buna rağmen davalının yokluğunda yargılamaya devam edilerek hüküm kurulmasını ve davalının savunma hakkının kısıtlanmasının isabetsiz olduğunu ve yasal hususlara uyulmaksızın hüküm tesisinin hukuki dinlenilme hakkının ihlali anlamına geldiğini belirtmiştir²⁴³.

Yargılama sürecinin tamamında, mahkeme, tarafların karşılıklı iddia ve savunmalar ile bunların dayandırıldığı olgular ve deliller, yargılamanın durumu ve aşamaları ile duruşmaların seyri hakkında bilgi sahibi olmasını sağlamak ve buna uygun bir ortamın yaratılması konusunda her türlü kolaylığı göstermek zorundadır²⁴⁴. Bu çerçevede, davayı ilgilendiren belge ve bilgilerin taraflarca görülmesinin ve dava dosyasının taraflarca incelenmesinin engellenmesi, bu konuda güçlük çıkartılması, hukukî dinlenilme hakkının ihlali anlamına gelip hükmün hukuka aykırı olmasına sebebiyet verecektir²⁴⁵.

- Hukukî dinlenilme hakkının unsurlarının ikincisi, yargılamanın taraflarına yargılama sonucunda mahkemenin vereceği karara etkide bulunabilecek bir şekilde görüşlerini açıklayabilme imkânının tanınmasıdır²⁴⁶. Bir başka ifade ile, bir tarafın diğer tarafın ileri sürdüğü olaylar ile delilleri tartışabilme, bu konuda görüş belirtebilme olanağının olmasıdır²⁴⁷. Verilecek olan kararın sağlıklı şekilde ve gerçek anlamda bir tartışmanın, bir sentezin sonucu olması için sözü edilen olanağın

²⁴¹ ÖZEKES, a.g.e., s.101-102.

²⁴² Yargıtay 14.HD, 17.9.2018 tarihli, 2016/651 E., 2018/5698 K. sayılı kararı

²⁴³ Yargıtay 2.HD, 12.9.2018 tarili, 2018/3961 E., 2018/9057 K. sayılı kararı

²⁴⁴ ÖZEKES, a.g.e., s.87.

²⁴⁵ A.g.e., s. 92-93; PEKCANITEZ, "Hukukî Dinlenilme Hakkı", s.774.

²⁴⁶ ÖZEKES, a.g.e., s.106; PEKCANITEZ, "Hukukî Dinlenilme Hakkı", s.775.

²⁴⁷ PEKCANITEZ, "Hukukî Dinlenilme Hakkı", s.775.

tanınmış olması gerekir. Bu kapsamda, tarafların her birine, diğerinin iddia ettiği olay ve sunduğu deliller hakkında görüş bildirme olanağı tanınmamış, gösterilmiş olan deliller yetersiz şekilde veya hiç incelemeye tabi tutulmadan ve herhangi bir gerekçe belirtilmeden reddedildiği takdirde hukukî dinlenilme hakkının ihlali söz konusu olacaktır²⁴⁸.

Hukukî dinlenilmeyi talep, taraflar bakımından yalnızca bir hak olup bir yükümlülük değildir ve taraflara mutlaka açıklamada bulunma, cevap verme zorunluluğunu yüklemes.²⁴⁹ Bu nedenle, davanın taraflarından biri, kendisine beyanda bulunma olanağı tanınmış olmasına karşın, bu hakkını kendi kusurundan kaynaklanan bir biçimde kullanmamışsa artık o tarafın hukukî dinlenilme hakkının çiğnendiğinden bahsedilemez²⁵⁰. Davanın taraflarından birinin dinlenilmesi, iddia veya savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağına (HMK md.141/1) aykırı olması veya duruşma düzenini bozan tutum ve davranışlarının sonucunda mahkeme tarafından dışarı çıkartılmış olması (HMK md. 32, md.79) sebebiyle mahkeme önünde açıklamada bulunamamış bulunması, tarafın kendi kusurundan kaynaklanan sebeplerle dinlenememiş olması durumlarına örnek teşkil eder ve bu durumlar hukukî dinlenilme hakkının ihlali kapsamında değerlendirilemez²⁵¹. Diğer yandan, açıklama hakkı, hukukî dinlenilme hakkının temel unsuru olup yalnızca bir kez kullanılmakla tükenen bir hak değildir ve gerekli her durumda, mahkeme taraflara açıklama hakkını tanınmalıdır²⁵². Bu hakkın kullanılma biçimi uygulanan yargılama usulüne göre değişiklik gösterebilir ve yargılama tamamen sonuçlanmadan yani hükümden önce taraflara bu olanağın mutlaka sağlanmış olması gerekir²⁵³.

-Hukukî dinlenilme hakkına ilişkin üçüncü ve diğer bir husus ise, tarafların iddia ve savunmalarının mahkemece irdelenmiş, tartışılmış, mevzuat çerçevesinde değerlendirilmişve ulaşılan kanaatin, taraflardan birinin görüşünün bir kısmına veya tamamına diğerinin görüş ve iddialarına göre neden üstünlük tanınarak hüküm

²⁴⁸ A.g.e., s.777-778.

²⁴⁹ TANRIVER, “Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı” s.208.

²⁵⁰ A.g.e., s.780, PEKCANITEZ, ATALAY, ÖZEKES, a.g.e., s. 249.

²⁵¹ PEKCANITEZ, “Hukukî Dinlenilme Hakkı”, s.780.

²⁵² TANRIVER, “Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, s.208.

²⁵³ PEKCANITEZ, a.g.e, s.779-780, , PEKCANITEZ, ATALAY, ÖZEKES, a.g.e., s. 249.

verildiğinin hükmün gerekçe bölümünde açıkça ve ayrıntılı olarak gösterilmiş olması gerekir²⁵⁴. Başka bir deyişle, mahkeme hüküm kurmadan önce, tarafların öne sürmüş olduğu iddia ve savunmalar kapsamında davanın esasına yönelik tüm olgular ile onları açıklamaya yarayan tüm kanıtları göz önüne almalı, değerlendirmeli ve tartışmalı, gerekçe bölümünde tartışmanın sonucunda kabul edilen maddi gerçek ve kanaat belirtilmelidir. Bu hususun göz ardı edilmesi kararın hukuka aykırı olmasına neden olacaktır²⁵⁵.

Tarafların iddia veya savunmalarının dayanağı olarak gösterdikleri olgulardan hangilerinin hükme esas alındığını, bunlardan birine diğerine nazaran neden üstünlük tanındığını anlaşılabilmemizin tek yolu gerekçeyi görebilmek olup gerekçe aynı zamanda kararın nasıl verilmiş olduğu konusunda keyfiliği engelleyen bir görevi de yerine getirmekte, yani, beklenmeyen bir karar verme durumuna²⁵⁶ engel olması nedeniyle bir anlamda hukukî dinlenilme hakkının da güvencesini oluşturmaktadır²⁵⁷. Gerekçe, aynı zamanda, kararın dayanağı olan hukukî esasları açıklar ve kararda ulaşılan sonuç ile maddi gerçekler arasında bir bağlantı görevi görür, bu önemli özelliği nedeniyle tarafların sonuçtan memnun olabilmesi bakımından vazgeçilmesi mümkün olmayan usulî bir garanti ve kararın yargısal denetiminin yapılabilmesi bakımından da varlığı zorunlu olan esaslı bir unsur konumundadır²⁵⁸. Bu nedenle, Anayasa'nın 141. maddesinin 3. fıkrasında, *“mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olacağı”* güvence altına alınmıştır. Benzer şekilde, hükmün içeriğini düzenleyen mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 388. maddesinin 3. bendinde, *“hükümde, iki tarafın iddia ve savunmalarının özeti, anlaşılıkları ve anlaşamadıkları hususlar, ihtilaflı konular hakkında toplanan deliller, delillerin tartışması, ret ve üstün tutma sebepleri, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ile hukukî sebebin”* gösterilmesi zorunluluğuna işaret edilmiş, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 297/1-c bendinde de benzer şekilde hükmün *“Tarafların iddia ve savunmalarının özetini, anlaşılıkları ve anlaşamadıkları*

²⁵⁴ PEKCANITEZ, ATALAY, ÖZEKES, a.g.e., s. 249.

²⁵⁵ PEKCANITEZ, ATALAY, ÖZEKES, a.g.e., s. 248; PEKCANITEZ, a.g.e., s.784-786.

²⁵⁶ ÖZEKES, a.g.e., s.153.

²⁵⁷ Ramazan ARSLAN, Süha TANRIVER, **Yargı Örgütü Hukuku Ders Kitabı**, 2. Bası, Ankara, 2001, s. 183.

²⁵⁸ TANRIVER “Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, s.209.

hususları, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delilleri, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesini, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebeplerini” içermesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca hükmün gerekçeden yoksun bulunması mutlak bozma sebepleri arasında sayılmaktadır. Gerekçeye ilişkin yasal zorunluluk, yalnızca ilk derece mahkemelerinin kararları için değil, bunun yanında üst derece mahkemesi olan Bölge adliye mahkemeleri ve Yargıtay kararları açısından da öngörülmüştür²⁵⁹. Bu konu, Yargıtay açısından da, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 370. maddesinin 1. fıkrasında açık biçimde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, “Yargıtay, onama kararında, onadığı kararın hukuk kurallarına uygunluk gerekçesini göstermek zorundadır.”

Yargıtay bu konuda soyut gerekçelendirmeyi de bozma sebebi olarak değerlendirmekte ve yerel mahkemenin delillerin nelerden ibaret olduğunu belirtmeyip alacak iddialarının hangi sebeple hüküm altına alındığını açıklamamış olması ve soyut gerekçe yazılmasının bozmayı gerektirdiği yönünde hüküm kurmaktadır²⁶⁰.

Taraflara hukukî dinlenilme hakkının sağlanmış olması tek başına adil yargılanmanın gerçekleştirilmesi için yeterli olmayıp bunun yanında bu hakkın her bir tarafa eşitlik kavramı temel alınarak, diğer bir ifade ile hakkaniyete uygun bir şekilde kullandırılması da gerekir²⁶¹. Hakkaniyete uygunluk ise, taraflar arasında tam bir eşitliğin kurulmasını ve bu eşitliğin yargılamanın her aşamasında devam ettirilmesini gerektirir²⁶². “Silahların eşitliği” ilkesi ise bu hakkaniyetin sağlanabilmesinin en önemli aracıdır²⁶³. “Silahların eşitliği” ilkesi, anayasada yer verilmiş ilkeler olan “hukuk devleti” ve “eşitlik ilkelerinin” (AY mad. 2, 10) yargılama hukukundaki görünüş biçimlerinden birisidir²⁶⁴. Söz konusu ilke, “mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler bakımından, taraflar arasında tam bir eşitliğin gözetilmesini, bu dengenin yargılamanın her aşamasında korunmasını, yani taraflar

²⁵⁹ TANRIVER “Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, s.209.

²⁶⁰ Yargıtay 9.H.D.’nin 11.9.2018 tarihli ve 2017/8624 E., 2018/15528 K. sayılı kararı

²⁶¹ TANRIVER “Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, s.209.

²⁶² PEKCANITEZ, ATALAY, ÖZEKES, a.g.e., s. 255.

²⁶³ İNCEOĞLU, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, s.213.

²⁶⁴ PEKCANITEZ, “Medenî Yargıda Adil Yargılanma”, **İzmir Barosu Dergisi**, 1997/2, s.45-46.

arasındaki mücadelenin her zaman eşit silahlarla gerçekleştirilmesini ifade eder”²⁶⁵. “Silahların eşitliği”nin gerçek manasıyla sağlanabilmesi için tarafların, yargılama sonucunda verilecek karara eşit şekilde etki edebilmeleri, eşitlik temeline dayanarak karşılıklı iddia ve savunmalarda bulunabilmeleri ve bunları tartışabilmelerine imkân veren bir ortamın yargılamanın tüm aşamalarında yaratılmış olması gerekir²⁶⁶. Bu ortamın yaratılabilmesi için de, hâkimin, yargılama süreci boyunca taraflara eşit uzaklıkta bulunması, iki tarafa da eşit iddia ve savunma hakkı ve bu kapsamda eşitlik içerisinde delillerini ileri sürebilme, karşı tarafın delillerini inceleme ve tartışma imkânı tanınması, kısacası eşit şekilde davranması gerekir²⁶⁷. Yapılan yargılama ile bu yargılama sonucunda verilecek olan kararın nesnel bir nitelik taşıması ancak bu şekilde mümkün olabilir²⁶⁸.

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 14.03.2013 tarihli bir kararında²⁶⁹, “*elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi davasını ortaklardan biri veya birkaçının diğer ortaklara karşı açabileceğini, HMK’nin 27. maddesi uyarınca, davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgililerinin, kendi haklarıyla ilgili olarak hukuki dinlenilme hakkına sahip olduklarını, hukuki dinlenilme hakkının Anayasa’nın 36. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsuru olduğunu, bu nedenle, paydaşlardan veya ortaklardan birisinin ölmesi halinde alınacak mirasçılık belgesine göre mirasçılarının davaya katılmaları sağlandıktan sonra işin esasının incelenmesi gerektiğini, somut olayda ise dava konusu 20, 28, 94 ve 97 parsel numaralı taşınmazlarda hissedar olan H.K., E.K. ve M.K. davaya dâhil edilmeden, taraf teşkili sağlanmaksızın yargılamaya devam edilerek hüküm kurulmasının doğru olmadığını*” belirterek birinci derece mahkeme tarafından verilen kararı kanun yararına bozmuştur.

²⁶⁵İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s.212, GÖLCÜKLÜ, GÖZÜBÜYÜK, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 3. Basım, Ankara 2002,, s.291; PEKCANITEZ, “*Medenî Yargıda Adil Yargılanma*”, s.46

²⁶⁶ PEKCANITEZ, “*Medenî Yargıda Adil Yargılanma*”, s.46.

²⁶⁷ Ag.e., s. 46-47; ARSLAN, TANRIVER, *Yargı Örgütü Hukuku Ders Kitabı*, s. 184.

²⁶⁸ Ag.e., s. 184; TANRIVER “*Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı*”, s.210.

²⁶⁹Yargıtay 6.Hukuk Dairesi’ nin 14.03.2013 tarihli, 2013/702 E., 2013/4486 sayılı kararı, (Çevrimiçi), www.emsal.yargitay.gov.tr, 04.12.2017.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 05.06.2017 tarihli bir kararında²⁷⁰, “Mahkemenin iki tarafa eşit şekilde hukukî dinlenilme hakkı tanıyarak hükmünü vermesi gerektiğini, Anayasa’nın 36. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsuru olan hukukî dinlenilme hakkının adil yargılanma hakkı içinde teminat altına alınmış olduğunu, bu hakka, tarafın hâkime meramını anlatma hakkı ya da iddia ve savunma hakkı da denildiğini, ancak, hukukî dinlenilme hakkının, bu ifadeleri de kapsayan daha geniş bir anlama sahip olduğunu, bu hak çerçevesinde, tarafların gerek yargı organlarıncaya gerekse karşı tarafça yapılan işlemler konusunda bilgilendirilmelerinin zorunlu olduğunu, kişinin kendisinden habersiz yargılama yapılarak karar verilmesinin kural olarak mümkün olmadığını,

Bu çerçevede hukukî dinlenilme hakkının, bilgilenme/bilgilendirme, açıklama yapma, yargı organlarıncaya dikkate alınma ve kararların gerekçeli olması gibi hususları içerdiğini, bilgilenme hakkının yargılamanın içeriğine dair tam bir bilgi sahibi olmanın yanında gerek karşı tarafın gerekse de yargı organlarının dosya içeriğine yapmış oldukları işlemleri öğrenmelerini kapsadığını, bilgilenme/bilgilendirme hakkının etkin biçimde kullanılabilmesi için gönderilecek tebligat ve davetiyelerde kanunda öngörülmüş şekil şartlarına sıkı sıkıya uyulması gerektiğini, ayrıca bu hakkın sadece davanın başındaki iddia ve savunmalar açısından değil yargılamanın her aşamasında dikkate alınması gerektiğini, bu kapsamda devam eden bir yargılamada, tarafların açıklamaları için bilgilendirme yeterli olmayıp yargılamada yer alan diğer kişilerin (tanık, bilirkişi gibi) açıklamaları açısından da önemli olduğunu, bilgilenme hakkının usulüne uygun kullanımı ile tarafların haklarında öğrendikleri isnat ve iddialara karşı beyanda bulunabilme, davaya yönelik bilgi ve belge verebilme yani açıklama yapma hakkının da hukukî güvenceye bağlandığını, böylece davanın her iki tarafına eşit şekilde açıklama yapma hakkı tanınması ile adaletin görünür kılınmasının sağlanacağını, açıklamada bulunma hakkının, tarafların, yazılı veya sözlü şekilde iddia ve savunmalara karşı itirazda bulunabilme, davaya ilişkin beyanda bulunmalarını sağladığını,

Üzerinde durulması gereken bir diğer hususun, yargılama makamlarının işlemlerinin çelişkili bulunmaması gerektiğini, yani mahkemece, adaletin görünür kılınmasını sağlayacak usul ve esaslara uyulurken, taraflarda farklı anlamlandırılacak işlemlerden kaçınılması gerektiğini, örneğin, taraflara tebliğ edilen davetiyelerde kesin süre

²⁷⁰Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin 05.06.2017 tarihli, 2017/33669 E., 2017/13261 K. sayılı kararı, (Çevrimiçi), www.emsal.yargitay.gov.tr 04.12.2017.

verilmesine rağmen kesin süre sona ermeden karar verilmesi gibi... Somut olayda, davalının delil listesi sunmuş olduğunu, davalı tanıklarının beyanlarının tespiti için ... İş Mahkemesine talimat yazıldığını, mahkemece tanıklar adına çıkarılan meşruhatlı davetiyelerin tebliğ edilememesi üzerine talimat bila ikmal mahkemeye iade edildiğini, mahkemece davalı tanıklarının beyanlarının tespiti için herhangi bir adres araştırması yapılmadan ve tanıkların adresleri belirlenip dinlenmeden karar verilmiş olduğunu, (bu hususun Yargıtay (Kapatılan) 7. Hukuk Dairesinin bozmasına konu olmuşsa da mahkemece 3. celsesinde kesin süre içerisinde davalı tanıkları ile ilgili belirtilen husus yerine getirilmediğinden davalı tarafın tanık deliline dayanmış olmaktan vazgeçmiş sayılacağına karar verildiği gerekçesiyle incelenmediğini) ancak davalının 22.10.2014'te delil listesi sunmuş olduğunu, bozma öncesi 07.01.2015 tarihli celsede masraf ve yerine getirildiği takdirde talimat yazılması için ara karar kurulmuş ve tanık dinlenilmesi için talimat yazılmış olduğunu, bu aşamanın masrafın tamamlandığının zımnen kabul edildiğini gösterdiğini, söz konusu ara karar gereği yerine getirildiği takdirde tanık adreslerinin belirlenmemesinin davalının hak arama özgürlüğü kapsamında savunma, usulüne uygun şekilde bilgilendirilme, açıklama yapma, hukuki dinlenilme hakkının ihlali anlamına geleceğini, mahkemece tebligat masrafı tam olan tanıklar hakkında ilgili araştırma yapılarak anılan tanıkların ifadelerinin tüm dosya içeriğiyle birlikte bir değerlendirmeye tabi tutulmak suretiyle karar verilmesi gerekirken eksik incelemeyle hüküm kurulmasının hatalı olup bozma nedeni olduğunu” belirterek hukuki “dinlenilme hakkı”nın tanımı ve içeriği üzerine ayrıntılı bir karar vermiş ve “silahların eşitliği”nin sağlanmasına verdiği önemi vurgulamıştır.

1. Bilgilenme Hakkı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “silahların eşitliği” ilkesine uygun biçimde yargılama yapılıp yapılmadığını incelerken, başvuru konusu somut olayda eşitsizliğin yargılamayı fiilen ve gerçekten hakkaniyetsiz, bir başka ifade ile gayri adil kılıp kılmadığına bakmaktadır. Yine bilgilenme hakkı kapsamında, davalıya savunma hakkı tanınması bakımından dava dilekçesinin davalıya tebliğ edilerek kendisine karşı bir dava açılmış olduğunun bildirilmesi gerekmektedir²⁷¹. HMK’nin 27.maddesi sayesinde yargılama aşamasındaki gelişmeler tarafların bilgisine

²⁷¹DEMİRCİOĞLU, a.g.e, s. 149.

sunulmakta, karşılıklı tartışma olanakları açık tutulmakta ve dolayısıyla “silahların eşitliği” ilkesine uygun davranılmış olunmaktadır²⁷².

Taraflar, mahkemece usulüne uygun olarak davet edildikleri duruşmaya gelirlerse davada taraflar teşkil edilmiş olur. HMK’ye göre, taraflar duruşmaya gelmek zorunda olmadıkları gibi zorla da getirilemezler. Usulüne uygun olarak davet edildikleri halde taraflardan biri veya ikisi de duruşmaya gelmeyebilir. Dolayısıyla taraflar duruşmada hazır bulunma hakkından feragat edebilirler. Ancak söz konusu bu feragat hakkının savunma ve dolayısıyla “adil yargılanma hakkı” ve “silahların eşitliği” ilkesi bakımından önemi nedeniyle, duruşmada hazır bulunma hakkından feragatin tereddüte neden olmayacak derecede açık ve anlaşılır olması ve diğer yandan da kamu yararına aykırı olmaması gerekmektedir²⁷³.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1086 sayılı Kanun döneminde verdiği bir kararda ²⁷⁴ *“adil yargılanma ve dinlenilme hakkının bir gereği olarak hâkimin, taraflara duruşmalarda hazır bulunmak, iddia ve savunmalarını bildirmek için olanak vermesi, tarafları usulüne uygun bir biçimde duruşmaya davet etmesi gerektiğini”* belirtmiştir. AİHM’e göre, taraflara bu olanak tanınmış olmasına rağmen, kendilerinin duruşmaya gelme zorunlulukları bulunmamaktadır. Hukuk davalarında, dava dosyasının işlemiden kaldırılmasına veya yargılamanın gelmeyen tarafın yokluğunda devam ettirilerek bir karar verilmesi duruşmaya gelmemenin yaptırımını olarak düzenlenmiştir.

Yargıtay bu kararında, *“dava ile ilgili olan kişilerin davaya ilişkin bir işlemi öğrenebilmesi için tebligatın usulüne uygun olarak yapılmış, duruşma gün ve saatinin muhataba bildirilmiş olması gerektiğini, duruşma günü ile tebligatın çıkarıldığı tarih arasında makul bir süre bulunması, aksi takdirde tarafların hukuki dinlenilme ve savunma hakkının kısıtlanmış olacağını”* belirterek hukuki “dinlenilme hakkı” kapsamında nelere dikkat edilmesi gerektiğini ortaya koymuş, bu kurallara uyulmaması halinde “silahların eşitliği” ilkesinin ihlal edilmiş olduğunu vurgulamıştır.

²⁷² DİNÇ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne göre Adil Yargılanma Hakkı*, s. 164.

²⁷³ DEMİRCİOĞLU, a.g.e., s. 155-165; ÖZEKES, a.g.e., s. 87.

²⁷⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 21.03.2007 tarihli ve 2007/8-161 esas, 2007/155 karar sayılı kararı, (Çevrimiçi), www.emsal.yargitay.gov.tr, 04.12.2017.

Yargıtay daireleri de yine bu karara uyarak çeşitli kararlarında²⁷⁵ mahkemece belirlenen duruşma günü ve dava dilekçesinin tebliğinin usulüne uygun olmadığını ve usulüne uygun tebliğ yapmadan, davalının yokluğunda yapılan yargılama sonunda sorumluluğuna hükmetmenin, Usul Kanunu’nun 73. maddesine aykırı olması nedeniyle “savunma hakkı”nı kısıtladığını belirterek yerel mahkeme kararını bozmuştur.

İlk duruşma ve sonraki duruşmalarda, bir sonraki duruşma günü taraflara tefhim edilmek suretiyle bildirilir. Duruşmada hazır bulunan taraflara ayrıca davetiye çıkarılmaz. HMK’nin 139. maddesine göre, duruşmaya gelmeyen taraf veya vekili, mahkemeye geçerli bir mazeret sunmuş ve bu mazeret mahkeme tarafından kabul edilmiş ise bundan sonraki duruşmaya o tarafın meşruhatlı davetiye ile çağırılması gerekir.

HMK’nin 144. maddesine²⁷⁶ göre, “*taraflara duruşma çağrı kâğıdının tebliği ile duruşma günü arasında en az iki hafta olmalıdır*”. Kanunun 322. maddesi²⁷⁷ gereği, yazılı yargılama usulündeki kurallar aksi bir hüküm bulunmadığı takdirde basit yargılama usulünde de uygulanacağından bu konuda ayrı bir hüküm bulunmamaktadır ve iki haftalık süre burada da geçerlidir. Ancak acele hallerde hâkim, kendiliğinden veya taraflardan birinin talebi ile bu süreyi azaltabileceği gibi gereğinde uzatabilir.

Usul Kanunu’nda, duruşma yapılmasının zorunlu olmadığının düzenleme altına alındığı hallerde, taraflar çağırılmadan dosya üzerinde karar verilmesi mümkündür. Bu durumlar genellikle acele ve geçici nitelikte işler olup istisnaidir. Bu hallere örnek olarak ihtiyati tedbir (HMK md. 389-399) ve ihtiyati haciz (İİK md. 258/2) kararı verilmesi gereken halleri ya da delil tespiti (HMK md. 400-405)

²⁷⁵ Yargıtay (Kapatılan) 7. Hukuk Dairesinin 2016/33066 E., 2016/21383 K. sayılı kararı, (Kapatılan) 7. Hukuk Dairesi’nin 2016/30943 E., 2016/21015 K., (Kapatılan) 7. Hukuk Dairesinin 2016/27783 E. , 2016/20468 K. sayılı kararı, (Çevrimiçi), www.emsal.yargitay.gov.tr, 04.12.2017, 14. Hukuk Dairesinin 17.9.2018 tarihli ve 2016/651 E., 2018/5698 K. sayılı kararı, 2. Hukuk Dairesinin 12.9.2018 tarihli ve 2018/3961 E., 2018/9057 K. sayılı kararı.

²⁷⁶ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 25 Nisan 2017.

²⁷⁷ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 25 Nisan 2017.

yapılması gereken durumları gösterebiliriz²⁷⁸. Bu durumlarda karşı tarafın karardan veya tespitten haberdar edilmesi ve karara karşı tarafa itiraz imkânı tanınması taraflar arasındaki dengeyi korumaktadır.

“Bilgilenme hakkı”, sadece davadan haberdar olmayı değil aynı zamanda yargılamaya esas oluşturan vakalardan da haberdar olmayı gerektirmektedir. Dava dilekçesinin davalıya tebliğ edilmesi ve bu sayede savunma ve karşı iddiada bulunma imkânı tanınması gerekmektedir. Tarafların dilekçe ile birlikte, davanın başında ellerindeki dava malzemesinin hepsini asıllarıyla beraber davalı sayısından bir fazla olarak hazırlanmış örneklerinin veya sadece örneklerinin mahkemeye sunmaları gerekir (HMK 121)²⁷⁹. Bu ise dilekçeler teatisi ile sağlanmaktadır. Buna göre, dava dilekçesinde tarafları bilgilendirmeye, “karşılıklı olmaklık” ilkesinin bir sonucu olarak birbirlerine iddia ve savunmada bulunmaya yönelik imkânlar tanıyan birtakım belgelerin ve bilgilerin bulunması gerekir (HMK 119). Davalı taraf da cevap layihasında ilk itirazlar ile birlikte davanın esası hakkındaki cevabını ve varsa karşı delillerini bildirmek zorundadır. (HMK 127). Dava dilekçesi ile birlikte iddiada bulunma hakkının kullanılmasının ardından, davalının cevaplarına karşı davacı tarafından karşı iddia ve savunmaları içeren replik (cevaba cevap) dilekçesi verilir. (HMK md.136/1) Davacının cevap layihasındaki savunma ve karşı iddialarına yönelik olarak davalı düplik dilekçesi verebilir.(HMK md. 136/1).

HMK’nin 127. maddesine²⁸⁰ göre, “*davalı cevap dilekçesini, dava dilekçesinin kendisine tebliğinden itibaren iki hafta veya hâkim tarafından bir süre tayin edilmişse o süre içinde mahkeme kalemine bildirmek ve bir örneğini davacıya tebliğ ettirmek*” zorundadır

Davaya verilecek cevabın hazırlanmasında gerekli zaman, bazen yargılama faaliyetinin tümü, dava konusunun niteliği ve durumun özellikleri, karmaşıklığı gibi durumlar göz önünde bulundurularak belirlenmektedir. Örneğin, dava konusunun karmaşıklığı nedeniyle kanuni süresi içinde cevap verilebilmesi mümkün değilse ve

²⁷⁸ ANAKLI, a.g.e., s.104; ÖZEKES, a.g.e., s. 212-220.

²⁷⁹ ÖZEKES, a.g.e., s. 91; DEMİRCİOĞLU, a.g.e., s. 140-146.

²⁸⁰ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 28 Nisan 2017.

ayrıntılı araştırmalar yapılması gerekiyorsa cevap süresinin otuz günü geçmemek üzere uzatılması 127. maddeye göre mahkemeden talep edilebilir²⁸¹.

Hukuk yargılamasında mahkemeleri harekete geçiren birinci etken davacılarıdır. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 24. maddesine göre “*hâkimin iki taraftan birinin talebi olmaksızın re'sen bir davayı tetkik ve halletmesi*” mümkün olmadığından davalı da yargılamanın sürekliliğini sağlamak için davacıya paydaş duruma getirilmekte, 123. madde ile karşılıklılık sağlanmaktadır²⁸². HMK'nin 143. maddesine göre “tahkikat”, 17 ve 18. maddelerine göre “hadise”, 169. maddesine göre “isticvap”, tarafların katılımıyla çözümlenen yargılama aşamalarıdır²⁸³. Kanunun 278/3. maddesinde²⁸⁴ düzenlenen “bilirkişi, incelemesini gerçekleştirirken ihtiyaç duyarsa mahkemenin de uygun bulması kaydıyla, tarafların bilgisine başvurabilir. Taraflardan birinin bilgisine başvurulacağı hallerde, mahkemece bilirkişiye taraflardan biri bulunmaksızın diğerinin dinlenmeyeceği hususu önceden hatırlatılır.” şeklindeki kural da “silahların eşitliği”ne verilen önemin bir tezahürü olarak yorumlanmaktadır²⁸⁵.

Bir davada “silahların eşitliği” ilkesinin sağlanmasında en önemli güvencelerden biri de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 80. maddesidir²⁸⁶. Özellikle davasını usulüne uygun olarak takip etme yeteneğinden yoksun olan (sağır-dilsizler gibi) kişiler bakımından diğer taraf karşısında dezavantajlı duruma düşmesini önlemede güvence sağlayan 80. maddeye göre, hâkim iki taraftan birinin davasını usulüne uygun olarak yürütebilecek ehliyetinde olmadığını anlarsa hâkim o tarafa uygun bir süre tanıyarak kendisine bir vekil tutmasını emredebilir. Mahkemenin kararına uymayan taraf hakkında, duruşmaya gelmemesi halindeki hükümlere göre işlem yapılır.

²⁸¹ DEMİRCİOĞLU, a.g.e., s. 150.

²⁸² DİNÇ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre Adil Yargılanma Hakkı*, s. 164.

²⁸³ A.g.e., s. 165.

²⁸⁴ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 28 Nisan 2017.

²⁸⁵ DİNÇ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre Adil Yargılanma Hakkı*, s.165.

²⁸⁶ DEMİRCİOĞLU, a.g.e., s. 163-164.

Yargıtay verdiği son kararlardan birinde²⁸⁷ “Bilgilenme hakkının, yargılamanın içeriğine dair tam bir bilgi sahibi olmanın yanında gerek karşı tarafın gerekse de yargı organlarının dosya içeriğine yapmış oldukları işlemleri öğrenmelerini kapsadığını, Bilgilenme veya bilgilendirme hakkının etkin biçimde kullanılabilmesi için gönderilecek tebligat ve davetiyelerde kanunda öngörülmüş şekil şartlarına sıkı sıkıya uyulması gerektiğini, ayrıca bu hakkın sadece davanın başındaki iddia ve savunmalar açısından değil yargılamanın her aşamasında dikkate alınmak zorunda olduğunu, bu nedenlerle devam eden bir yargılamada, tarafların açıklamaları için bilgilendirmenin yeterli olmayıp yargılamada yer alan diğer kişilerin (tanık, bilirkişi gibi) açıklamaları açısından da önemli olduğunu, ‘bilgilenme hakkının’ usulüne uygun kullanımı ile tarafların haklarında öğrendikleri isnat ve iddialara karşı beyanda bulunabilme, davaya yönelik bilgi ve belge verebilme yani açıklama yapma hakkının da hukuki güvenceye bağlandığını, böylece davanın her iki tarafına eşit şekilde açıklama yapma hakkı tanınması ile adaletin görünür kılınmasının sağlanacağını, açıklamada bulunma hakkının, tarafların, yazılı veya sözlü şekilde iddia ve savunmalara karşı itirazda bulunabilme, davaya ilişkin beyanda bulunmalarını sağladığını” belirterek “bilgilenme hakkı”nı açıklamış ve yargılamanın her aşamasında gözetilmesi gerektiğini vurgulamıştır.

2. Dosyayı İnceleme Hakkı

“Bilgilenme hakkı”, içeriği itibariyle dava dosyasının incelenmesi hakkını da kapsamaktadır. Taraflar ve vekillerinin, dava dosyasını incelemesi engellenemez²⁸⁸. Çünkü tarafların karşılıklı iddialara cevap verebilmesi dosya içerisindeki bilgi ve belgelere ulaşması ile mümkün olmaktadır. Dava dosyasına dair tutanaklar ve dosyaya sunulan dilekçe, evrak ve deliller usulüne uygun olarak ve yazılilik ilkesi gereği muhafaza edilir. Zabıt kâtibi, hâkimin gözetimi ve bilgisi dâhilinde yargılamaya dair gelişmeleri duruşma zaptına kaydeder, Bu zabıta “mahkemenin ve hâkimlerin isimlerini, tahkikat ve yargılamanın yapıldığı yer, celsenin açıldığı gün ve saat, iki tarafın ve varsa vekillerinin isimlerini, devam eden muhakeme ve muamele ile tarafların ibraz ettikleri evrakı, muhakemenin aleni yapıp yapılmadığını, yapılmadıysa nedenini, ikrarı veya sulhu veya davayı kısmen veya tamamen sonlandıran feragâti, iddia ve savunmayı, bilirkişi ve tanıkların beyanını, keşif ve

²⁸⁷Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 2017/31570 E., 2017/10772 K. sayılı kararı, (Çevrimiçi), www.emsal.yargitay.gov.tr, 04.12.2017.

²⁸⁸ Gülnur ERDOĞAN, a.g.e., s.140.

muayene raporunu, dava sona ermiş ise açıklanan kararı” göstermek zorunludur²⁸⁹. HMK’nin 158. maddesi²⁹⁰ uyarınca, “*tutanakların tamamı veya bir kısmının örnekleri, talep halinde taraflara veya fer’i müdâhile verilir. Bu örneklerle mahkemenin mührü basılır ve aslına uygun olduğu yazı işleri müdürü tarafından imza olunarak onaylanır*”. Yine kanunun 161. maddesi²⁹¹ kapsamında “*tarafların veya fer’i müdâhilin dava dosyasını incelemesi, dava ile ilgili olanların da bunu ispatlamak kaydı ve hâkimin izni ile dosyayı incelemesi mümkündür*”. Ancak yargılamanın sağlıklı yürütülmesi için dosyadaki bilgi ve belgelerin korunması için gerekli önlemler alınabilir²⁹².

Resmi bir makam, dosyada yer alacak bir belgeyi gizlilik kaydıyla göndermişse bu halde bu belgenin hükme dayanak yapılmaması gerektiği savunulmaktadır.

Yavuz, tarafların, belgeleri saklamalarını ya da kaybetmelerini önlemek için mahkemenin önlemler almasının, örneğin senedin aslını kasada muhafaza etmesinin “silahların eşitliği” ilkesini ihlal etmeyeceğini savunmaktadır²⁹³. Kanımızca da bu durumda “silahların eşitliği” ilkesine aykırı bir durum yoktur.

B. Delil Sunma Yönünden Davanın Taraflarının Durumu

Medeni usul hukukunda taraflarca dava malzemesinin mahkemeye getirilmesi zorunlu olduğundan hâkimin taraflarca mahkemeye getirilmemiş hususlar hakkında kendiliğinden bir araştırma yaparak hüküm vermesi mümkün değildir. Tarafların menfaatleri en kolay kendileri tarafından korunabilmektedir. Bu yüzden davacı, talep sonucunu haklı gösteren vakıa ve delillerini mahkemeye sunacaktır. Davalı ise, savunmasında, dayandığı itiraz ve def’ ileri haklı çıkartacak vakıaları ileri sürecektir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda tarafların delillerin sunulabileceği zaman dilimi yargılama usulüne göre değişmektedir.

Yazılı yargılama usulünde delillerin sunulması yukarıda bahsedilen dilekçeler teatisi ile olmaktadır. HUMK’tan farklı olarak ön inceleme aşaması

²⁸⁹ ÖZEKES, a.g.e., s. 92.

²⁹⁰ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 28 Nisan 2017.

²⁹¹ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 28 Nisan 2017.

²⁹² ÖZEKES, a.g.e., s.94.

²⁹³ YAVUZ, a.g.e., s.115.

getirilmiş, kanunun dördüncü bölümünde buna ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Bu aşamada hâkim tarafları dinledikten sonra sulhe veya arabuluculuğa teşvik edecektir. Bu amaçla belirlenecek bir günde yapılan duruşma sonunda sulh veya arabuluculuk kabul edilmezse davaya devam edilecektir. Ayrıca “*ön inceleme duruşmasında, taraflara dilekçelerinde gösterdikleri ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirtilecek belgelerin getirtilebilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmaları için iki haftalık kesin süre verileceği*” şeklinde düzenleme mevcut iken bu hüküm 22/7/2020 tarihinde yürürlüğe giren 7251 sayılı kanunun 13. Maddesi ile değiştirilmiş ve “*HMK’nin 139. maddesi uyarınca çıkartılan davetiyenin tebliğinden itibaren iki haftalık kesin süre içinde tarafların dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirtilecek belgelerin getirtilebilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmaları, bu hususların verilen süre içinde yerine getirilmemesi hâlinde o delile dayanmaktan vazgeçmiş sayılacaklarına karar verileceği*” düzenlenmiştir. Yine aynı kanunun 15. maddesi ile değiştirilen ve iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesini düzenleyen 141. maddeye²⁹⁴ göre de “*taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe iddia veya savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler. Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra iddia veya savunma genişletilemez yahut değiştirilemez*”.

Nitekim Yargıtay 22.07.2020 tarihli değişiklikten önce vermiş olduğu bir kararda, “*tarafların cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe, ön inceleme aşamasında ise ancak karşı tarafın açık muvafakati ile iddia veya savunmalarını genişletebileceği yahut değiştirebileceği ilkesinden hareketle davalının cevap dilekçesinde bildirmiş olduğu azil sebebi ile bağlı olduğunu, davalının savunmanın genişletilmesi niteliği taşıyan azil gerekçelerinin dinlenilmesinin mümkün olmadığı*” yönünde hüküm kurmuştur²⁹⁵.

“*İddia ve savunmanın genişletilip değiştirilmesi konusunda ıslah ve karşı tarafın açık muvafakati hükümleri saklıdır*”. Dolayısıyla kural olarak bu aşamadan sonra taraflar delil sunamamaktadır.

²⁹⁴ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 09 Ocak 2021.

²⁹⁵ Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 16.11.2017 tarihli ve 2015/24136 E. 2017/11228 K. sayılı kararı

Kanunun 316-322. maddelerinde²⁹⁶ düzenlenen “basit yargılama usulü”nde, yazılı yargılama usulündeki yargılamaya göre işlemlerin daha sade ve kolay olması, yargılamanın daha kısa bir sürede sonuçlanması için gereklilik üzerinde durulmuş, yargılama prosedürleri basit hale indirgenmiş, yargılama işlemleri kısaltılmış veya azaltılmıştır. Basit yargılama usulünde de yazılı yargılamaya benzer şekilde “dilekçeler teatisi, ön inceleme, tahkikat, sözlü yargılama ve hüküm” aşamaları bulunmaktadır. Ancak bu aşamalar, yazılı yargılama usulünde olduğunun aksine kesin biçimde birbirinden ayrılmamıştır. Diğer yeniliklerin yanında delillerin sunulmasıyla ilgili olarak, tarafların tüm delilleri davanın başında sunmaları yazılı yargılama usulünden biraz daha farklı ve daha katı kurallarla belirlenmiştir(HMK m.318). Ayrıca, “*iddianın değiştirilip genişletilmesi, dava dilekçesinin verilmesiyle, savunmanın değiştirilip genişletilmesi ise cevap dilekçesinin verilmesiyle başlatılmış*” olmaktadır(HMK md.319). Dosyanın bir defa yenilenebileceği de hükme bağlanmıştır.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 12.01.2017 tarihli kararında²⁹⁷, “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 382/2-b-13. maddesine göre velayetle ilgili davaların bir çekişmesiz yargı işi olduğunu, çekişmesiz yargı işlerinde kural olarak basit yargılama usulünün uygulanacağını (HMK m.385/1.) talebin ortak çocuğun davalı annede olan velayetinin değiştirilmesine ilişkin olduğuna göre, talebin bir çekişmesiz yargı işi olarak basit yargılama usulüne göre incelenmesinde bir isabetsizlik bulunmamakta olduğunu, ancak velayet davalarının kamu düzenini ilgilendirdiği dikkate alındığında mahkemece basit yargılama usulünde duruşma yapılmaksızın da karar vermeye imkân tanıyan Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 320/1. maddesinin uygulanmasında hataya düşüldüğünü, çünkü ortak çocuğun velayetinin değiştirilmesini talep eden davacıya bu talebini haklı kılacak vakıa ve olguları bildirme ve bunları kanıtlama, davalıya ise bunların aksini kanıtlama imkânının tanınmasının, adil yargılanma hakkını da içeren hukuki dinlenilme hakkının bir gereği olduğunu (HMK m. 27). bu durumda açıklanan hususlar gözetilerek, taraflara delillerini bildirmeleri için süre verilmesi, gösterdikleri taktirde taraf delillerinin toplanması ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek gerçekleştirilecek sonucu uyarınca bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hükmün tesisinin usul ve yasaya aykırı olup*

²⁹⁶ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 03 Mayıs 2017.

²⁹⁷ Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 12.01.2017 tarih ve 2016/25262 E. Ve 2017/297 sayılı kararı, (Çevrimiçi), www.emsal.yargitay.gov.tr, 07.12.2017.

bozmayı gerektirdiğini” belirterek basit yargılama usulünün uygulanacağı çekişmesiz davalarda dahi taraflara delillerini sunma ve tartışma hakkının hukuki dinlenilme hakkının bir gereği olduğuna vurgu yapmış, yine aynı gerekçeleri biraz daha farklı olarak belirttiği kararında²⁹⁸ ise “Velayetin kaldırılması ebeveynlerden birinden alınarak diğerine verilmesi ve kaldırılan velayetin geri verilmesi, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda çekişmesiz yargı işi olarak kabul edildiğini (m. 382/2-b-13), velayete ilişkin davaların, basit yargılama usulüne tabi olduğunu(HMK m. 316/1-ç), davacı annenin açmış olduğu kişisel ilişkinin kaldırılmasına ilişkin davanın yargılaması devam ederken davalı ... (baba) tarafından... 8. Aile Mahkemesinin 2015/308 esas sayılı dosyası ile velayetin kendisine verilmesi için 13.04.2015 tarihinde dava açtığını, açılan velayet davasının 13.04.2015 tarihinde davacı annenin açmış olduğu ilk dava ile birleştirdiğini, davalı-davacı ... tarafından açılan birleşen dava yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda öngörüldüğü şekilde usulüne uygun bir ön inceleme duruşması gerçekleştirilmemiş olduğunu, mahkemece tarafların usulüne uygun şekilde ön inceleme duruşmasına davet edilip iddia ve savunmaları çerçevesinde anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususların tespitinin gerektiğini, (HMK m. 320/2), taraflarca üzerinde anlaşılamayan ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar belirlenip tahkikat aşamasına geçilerek gösterilen deliller toplanıp bir sonuca ulaşılması gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesinin hukuka aykırı görüldüğünden bozmayı gerektirdiğini” belirterek basit yargılama usulünde dahi ön inceleme duruşması açılarak taraflara delillerini sunma imkânının tanınması gerektiğini belirtmiştir.

Yargıtay bir kararında²⁹⁹ doğrudan “silahların eşitliği” kavramına değinmiş, “Kişilerin gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalarda gerekse cezai alanda kendisine yöneltilen isnat ve suçlamalarla ilgili davalarda, davanın taraflarının her birinin diğer taraf karşısında kendisini önemli ölçüde dezavantajlı konumda bırakmayacak şartlarda iddia ve savunmalarını mahkemeye sunabilmesi ve bu iddia ve savunma sınırları içinde gerekli olan delilleri gösterebilmesi için makul fırsata sahip olması (silahların eşitliği ilkesi) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının bir gereği olup taraflardan birine bu fırsatın tanınmaması Sözleşme’nin 6. maddesinin ihlali sonucunu doğurur” şeklinde karar vererek hem “silahların eşitliği”ni

²⁹⁸ Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 05.05.2016 tarih ve 2016/4040 E. ve 2016/9196 sayılı kararı, (Çevrimiçi), www.emsal.yargitay.gov.tr, 07.12.2017.

²⁹⁹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 27.10.2004 tarih ve 2004/11405 E. ve 2004/12644 sayılı kararı; BAŞLAR, a.g.e., s.83.

AİHM kararlarındaki ifadelerle tanımlamış, hem de Sözleşme'nin iç hukukun bir parçası olduğunu göstermiştir.

HMK'nin 95-101. maddeleri arasında düzenlenen eski hale getirme nedenlerinin mevcut olayda bulunması halinde ve taraf talepte bulunmuşsa ilk duruşmada gösterilmeyen deliller de gösterilebilmektedir³⁰⁰.

C. Tanık Dinletme Yönünden Tarafların Durumu

“Silahların eşitliği” ilkesinin bir uzantısı olarak, tarafların mahkeme önünde iddialarını ispatlayabilmek için “tanık dinletme hakkı” bulunmaktadır. Tanık dinletme hakkının aynı zamanda karşı tarafın tanıklarına soru sorma, leh ve aleyhteki tanıkları eşit koşullar altında ve aynı düzeyde bulundurma, tanıkları eşit koşullarda davet etme hakkını da içerdiği kabul edilmektedir. Ancak burada tanık dinletme hakkındaki eşitlik kavramı, sayısal bir eşitlik değil, niteliksel bir eşitlik içermektedir³⁰¹.

Tanık, davanın taraflarının dışında üçüncü bir kişi olup davayı ilgilendiren bir vaka hakkında, kendisinin dava dışında edinmiş olduğu bilgileri mahkemeye bildiren kişidir. Tanık ifadeleri hukuk yargılamasında takdiri delil durumundadır³⁰².

Tanık dinletme hakkı, aynı zamanda taraflarca getirilme ilkesiyle de bağlantılı olup bir hakkın ya da hukuki ilişkinin tarafı olduğunu ileri süren tarafların, davanın kendi talepleri doğrultusunda sonlanabilmesi için iddia ve savunmalarını desteklemek amacıyla maddi vakıaları tanık vasıtasıyla kanıtlamaya çalışacaklardır³⁰³.

HMK'nin 253. maddesine³⁰⁴ göre kural olarak tanıklık etmek zorunludur. *“Tanık, kanuni bir sebep göstermeksizin tanıklıktan çekinir, yemin etmez veya göstermiş olduğu sebep mahkemece kabul edilmemesine rağmen tanıklık yapmaktan çekinirse disiplin*

³⁰⁰İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s.223, Gülnur ERDOĞAN, *AİHM Kararları Işığında Medeni Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*, s.148.

³⁰¹İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, s.225.

³⁰²Baki KURU, *Medeni Usul Hukuku*, Cilt 1, Ankara, Yetkin Yayınları, Mart 2020, s.757.

³⁰³Gülnur ERDOĞAN, *AİHM Kararları Işığında Medeni Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*, s.149.

³⁰⁴(Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 03 Mayıs 2017.

para cezası ile cezalandırılır". Ayrıca mahkemeye gelmemesinden kaynaklanan giderler de tanığa ödettirilir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, *"Eğer tanık kendisine sorulan sorulara cevap vermez veya yemin etmemekte direnirse o mahkemece iki haftayı geçmemek üzere disiplin hapsine mahkum edilir"*. Ancak tanıklıktan çekinilebilecek haller vardır ve tanıklıktan çekinme hakkı kanunun 247. maddesi ile kabul edilmiştir. 248. maddede³⁰⁵, kişisel nedenlerle tanıklıktan çekinme halleri düzenlenmiş, tanık olarak dinlenecek kişilerin;

" a) İki taraftan birinin nişanlısı

b) Evlilik bağı ortadan kalkmış olsa dahi iki taraftan birinin eşi.

c) Kendisi veya eşinin altsoy veya üstsoyu.

ç) Taraflardan biri ile arasında evlatlık bağı bulunanlar.

d) Üçüncü derece de dâhil olmak üzere kan veya kendisini oluşturan evlilik bağı ortadan kalkmış olsa dahi kayın hısımları.

e) Koruyucu aile ve onların çocukları ile koruma altına alınan çocuk, olması halinde tanıklıktan çekinebilecekleri" kabul edilmiştir.

Kanunun 249. maddesinde³⁰⁶ sır nedeniyle, 250. maddesinde³⁰⁷ menfaat ihlali nedeniyle tanıklıktan çekinme düzenlenmiş, 251. maddede³⁰⁸ ise daha önce sayılan tanıklıktan çekinme hakkının olduğu durumlarda bile istisnalar olduğu belirtilerek tanıklığın zorunlu olması kuralı iyice pekiştirilmiştir. Tanıklıktan çekinme hallerinin düzenlenmesine ilişkin maddelerin Sözleşme'ye aykırılık teşkil etmeyeceği değerlendirilmiştir.

Yargıtay, taraflardan birinin tanıklarının aynı şekilde davalı aleyhine dava açan kişiler olup tanıkların konumunun tanıklıklarına duyulacak güveni etkileyecek

³⁰⁵ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 03 Mayıs 2017.

³⁰⁶ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 03 Mayıs 2017.

³⁰⁷ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 03 Mayıs 2017.

³⁰⁸ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 03 Mayıs 2017.

durumda olduğu durumlarda tanıklıklarına itibar edilemeyeceğini hükme bağlamaktadır.³⁰⁹

Davada tanıklar taraflarca gösterilir. Yargıtay bir kararında³¹⁰ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göndermede bulunarak *“Davalı vekili tarafından, cevap dilekçesinde Yönetim Kurulu kararı ve bu kararın tutarlı uygulandığını göstermeye yönelik çok sayıda yazılı delile dayanılmış ancak bu deliller cevap dilekçesi ekinde dosyaya sunulmamıştır. Yine davalı vekili cevap dilekçesinde tanık, bilirkişi ve keşif deliline de dayanmış; tanıklarının isimlerini ise bildirmemiştir. Her ne kadar, davalı vekili karar celsesinde delillerini bildirmek üzere süre istememiş ise de bu husus davalı tarafın dayandığı delillerden vazgeçtiği anlamına gelmeyecektir. Kaldı ki davalı vekili, önceki beyanlarını tekrar ettiğini de belirtmiştir. O halde, mahkemece yukarıda belirtilen yasa hükümleri, ilkeler ve davalı vekilinin bu beyanı gözardı edilerek davalı tarafın delilleri toplanılmadan davanın kabulüne karar verilmesi ‘Hukuki Dinlenilme Hakkı’na aykırıdır.”* şeklinde bir değerlendirme yapmış ve davacıya delillerini gösterme imkânı tanındığı halde davalıya bu imkânın tanınmaması bozma nedeni yapılmıştır.

Tanık yoluyla ispat, kanunun 200 ve 201. maddelerinde düzenlenen senetle ispat zorunluluğunun dışında kalan işlemler bakımından mümkündür. Hâkim delillerin değerlendirilme aşamasında, kesin bir delille ortaya konulan maddi vakayı gerçek kabul etmek zorundadır ve bunu değerlendirme yetkisi yoktur. Usul Kanunu'muzun 198. maddesine göre, *“kanuna göre kesin delil sayılan senet, ikrar, yemin ve kesin hüküm haricindeki deliller ise hâkim tarafından serbestçe değerlendirilir”*³¹¹. AİHM'e göre, delillerin kabul edilebilirliği konusu ilk önce iç hukuk kurallarına bağlıdır. Bu nedenle kesin delillerle ispatın arandığı durumlarda, takdiri delillerle ispatın yasaklanması meselesi bir tercih sorunudur ve aynı zamanda kanunda yumuşatıldığı haller de bulunmaktadır, bu nedenle “silahların eşitliği” ilkesine aykırılık teşkil etmez³¹².

³⁰⁹ Yargıtay 9.Hukuk Dairesinin 25.1.2018 tarihli ve 2015/34497 E. 2018/12129 K.sayılı, 18.12.2017 tarihli ve 2017/27559 E., 2017/21632 K. sayılı, 13.11.2017 tarihli ve 2017/26473 E. 2017/18035 K. sayılı kararları

³¹⁰ Yargıtay 7.Hukuk Dairesinin 2016/19683 E., 2016/19951 K. sayılı kararı.

³¹¹ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 05 Mayıs 2017.

³¹² DEMİRCİOĞLU, a.g.e., s. 180-184.

Usul Kanunu’nun 261. maddesine göre, “tanıkların hâkim tarafından ayrı ayrı dinlenmesi gerekmekte olup tanıklardan biri dinlenirken henüz dinlenmemiş olanlar salonda bulunamazlar ve gerektiğinde tanıklar birbirleri ile yüzleştirilirler”.

Tanığın bildiğini sözlü olarak açıklaması istenir ve hakim tarafından sözü kesilmeksizin dinlenir. Tanığın ifade vermesi sırasında, yazılı notlar kullanması yasaklanmıştır. Ancak tanık hakimden, vereceği bilgilere ilişkin tarihleri ve rakamları tespit edebilmek, bazı hususları açıklayabilmek veya hatırlayabilmek için notlarına bakmak için izin isterse, hâkim tanığın notlarına bakmasına izin verebilir ya da tanığın belirlenecek yeni bir günde duruşmada dinlenmesine karar verebilir.

“Hâkim, tanık sözünü bitirdikten sonra, ifade ettiği hususların açıklanması veya tamamlanması amacıyla başka sorular da sorabilir”(HMK 261/3).

“Toplu mahkemede başkan, tanığa hâkimlerden her birinin doğrudan doğruya soru sormasına izin verir”(HMK 261/4). Soruların gerçekliği konusunda taraflar arasında çıkacak anlaşmazlığı hâkim çözmektedir.

“Tanığın sözleri tutanağa yazılarak önünde okunur ve tutanağın altı kendisine imza ettirilir”(HMK 261/5).

Tanığın istinabe yoluyla dinlenmesinde sorulacak sorulara da hâkim karar vermekle birlikte tarafların tanıklığı tamamlamak ve açıklattırmak için yeni soru sorma hakları bulunmaktadır³¹³.

Hasta veya özürlü olmasından dolayı gelemeyen tanık, Usul Kanunu’muzun 259. maddesine göre bulunduğu yerde dinlenir³¹⁴. Bu durum “silahların eşitliği” ilkesine aykırılık teşkil etmez.

Yine HMK’nin 259. maddesine göre davaya bakan mahkemenin yargı çevresi dışında olan tanıkların istinabe yoluyla dinlenmesine karar verilebilir. Ancak “silahların eşitliği” ilkesine uygun olarak tanığın dinleneceği gün ve saatin taraflara bildirilmesi gerekir.

³¹³ANAKLI, a.g.e., s. 110.

³¹⁴ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 05 Mayıs 2017.

İstinabe yapılan işlem için bilgi verilmesi sadece tanıkların istinabe yoluyla dinlenilmesi bakımından getirilmiş olup diğer istinabe yoluyla yapılabilecek işlemler için de aynı düzenlemenin yapılması gerektiği haklı olarak savunulmaktadır³¹⁵. Tanığın tarafın yokluğunda dinlenilmiş olması temyiz sebebidir zira önemli bir yargılama hatası teşkil eder.

Usul Kanunu'muzun 169 ve 175. maddeleri³¹⁶ arasında tarafların isticvabı müessesesi düzenlenmiş olup bu hükümlere göre *“mahkeme, kendiliğinden veya talep üzerine taraflardan her birinin isticvabına karar verebilir. İsticvap, davanın temelini oluşturan vakıalar veya onunla ilişkisi bulunan belirli bir vaka hakkında olabilir”*.

İsticvap kurumunun bu yönüyle “silahların eşitliği” ilkesinin bir görünümü olduğu ileri sürülmektedir. Çünkü isticvap sayesinde, davacı iddiaları ile davalı iddialarının aynı şartlar altında değerlendirilmesi ve ikisine de aynı imkânların tanınması, böylece eşit şartlar altında çarpıştırılarak gerçeğe ulaşılması mümkün olacaktır³¹⁷. İsticvap, Usul Kanunu'muzda açıkça deliller kısmında düzenlenmeyip tahkikat sırasındaki özel durumlar bölümünde düzenlenmiştir. Buna rağmen isticvabın geniş anlamda delil niteliği taşıyacağı savunulmaktadır. İsticvap yoluna başvurulması halinde, “silahların eşitliği” bakımından birkaç ihtimal söz konusu olabilir.

İspat yükü kendisine düşen taraf ya kendisinin ya karşı tarafın ya da her iki tarafın isticvabını isteyebilir.

İspat yükü kendisine düşmeyen taraf, ya kendisinin ya ispat yükü kendisine düşen karşı tarafın isticvabını ya da her iki tarafın isticvabını isteyebilir. İspat yükünü taşıyan taraf, iddiasını ispat ederse ispat yükü bu kez, karşı iddiada bulunan tarafa geçecektir. “Silahların eşitliği” ilkesi bu noktada kişiye, karşı iddiasını ispat etmek için kendisinin veya karşı tarafın isticvabını isteme hakkı verir. Aksi davranış yani tarafa bu hakkın verilmemesi AİHM içtihatlarına ters düşer³¹⁸.

³¹⁵ ANAKLI, a.g.e., s.109-110.

³¹⁶ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 05 Mayıs 2017.

³¹⁷ DEMİRCİOĞLU, a.g.e., s.178.

³¹⁸ DEMİRCİOĞLU, a.g.e., s.178.

Yargıtay (Kapatılan) 7. Hukuk Dairesi, 2016/33108 E., 2016/21347 K. sayılı kararında³¹⁹ “Somut olayda davalı vekili, süresinde ibraz ettiği cevap dilekçesinde tanık deliline dayanmış ve gider avansını yatırmış olup karar duruşmasında da delil listesinde yer alan tanıkların bir sonraki celse hazır edeceğini beyan etmiş olmasına rağmen, mahkemece bu hususta davanın niteliği gerekçe gösterilmek suretiyle olumsuz karar verilerek temyize konu hüküm kurulmuştur.

Usul hukukunda tanığın taraflarca hazır edilmesi düzenlemesi olmayıp somut olayda davalının haklı sebeple fesih olgusuna dayandığı ve bunun tanıkla ispatının mümkün olduğu, süresinde tanık gösterdiği ve gider avansını da yatırdığı görülmekle gösterilen tanığın dinlenmemesi hatalı olmuştur.

O halde yukarıda belirtilen hususlara riayet edilmeden ve davalının gösterdiği tanığın dinlenmemesi suretiyle davalının hukuki dinlenilme hakkını ihlal edecek şekilde karar verilmesi hatalı olup bozma nedenidir” diyerek davalının tanıklarının dinlenmeden hüküm kurulmasını “silahların eşitliği” ve “çekişmeli yargı” ilkelerine aykırı bulmuştur.

D.Bilirkişilik Yönünden Davanın Taraflarının Durumu

“Yargılama sürecinde, çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren konularda, hâkim tarafından bilgi ve görüşüne başvurulacak uzman kişilere, bilirkişi denir”³²⁰. HMK’ nin 266. maddesine göre “mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz”³²¹. Bilirkişilik tanıklıktan farklı bir kavramdır. Zira bilirkişi bilgisine başvurulacak olaya tanık olmuş değildir ve tanık gibi geçmişteki gözlemini anlatmaz. Şimdiki gözlemini teknik bilgisine dayanarak anlatır. Bilirkişilik teknik ve özel bilgi gerektirdiği için herkes bilirkişi olamaz ancak tanıklık bakımından bu yönde bir bilgi aranmaz³²².

³¹⁹(Çevrimiçi), www.emsal.yargitay.gov.tr, 04.12.2017.

³²⁰ Yahya DERYAL, **Türk Hukukunda Bilirkişilik**, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 27, Baki Kuru, **Medeni Usul Hukuku**, s. 777.

³²¹ (Çevrimiçi)https://www.mevzuat.gov.tr, 08.05.2017.

³²² KURU, a.g.e., s. 778.

Kanun'un 267. maddesine göre, *"mahkeme, bilirkişi olarak, yalnızca bir kişiyi görevlendirebilir. Ancak gerekçesi açıkça gösterilmek suretiyle, tek sayıda, birden fazla kişiden oluşacak bir kurulun bilirkişi olarak görevlendirilmesi de mümkündür"*.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, bilirkişi görevlendirmesini incelediği 6.12.2017 tarihli kararında³²³, boya atması sebebiyle ayıplı hale geldiğinden bahisle aracın yenisiyle değiştirilmesi, mümkün değilse araç bedelinin iadesi istemiyle açılan davada, mahkemece, hükme esas alınan raporda makine mühendisi tarafından inceleme yapılarak kanaat oluşturulduğu, mevcut bilirkişi raporu davacının itirazlarını karşılamadığı gibi taraf, mahkeme ve yargıtay denetimine de uygun olmadığı, bu durumda teknik üniversite ve otomotiv alanında aralarında kimya mühendisi de bulunan akademik kariyere sahip uzman bilirkişi heyeti oluşturularak araç üzerinde de gerekli inceleme yapılarak rapor alınıp sonucuna uygun bir karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle bozma kararı vererek, bilirkişi uzmanlığı ile uyuşmazlık konusu arasındaki ilişkinin önemini vurgulamıştır.

1086 sayılı Usul Kanunu'nun sistematigi içinde bilirkişilik kurumuna takdiri deliller arasında yer verilmesi, bilirkişinin bir delil aracı mı yoksa ispat aracı mı olduğu tartışmalarına neden olmuştur³²⁴. Ancak 6100 sayılı HMK'de bilirkişi incelemesi, kanunun "İspat ve Deliller" başlıklı ikinci kısmının beşinci bölümünde ayrıca düzenlenmiştir. Bu nedenle bilirkişi incelemesinin delil elde etme aracı olmadığı, bir ispat aracı olduğu kanaatindeyiz.

6100 sayılı HMK' nin 282. maddesinde bilirkişinin oy ve görüşünün, hâkim tarafından nasıl değerlendirileceğine ilişkin bir düzenleme öngörülmüştür³²⁵. Bu maddeye göre, *"bilirkişinin, raporunda yahut sözlü açıklamalarında işaret ettiği oy ve görüşünü, hâkimin, diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendireceği"* öngörülmüş, böylece bilirkişinin bildireceği oy ve görüşünün, takdiri bir delil niteliği taşıdığına vurgu yapılmıştır. Belirtilen düzenleme kapsamında, *"hâkim, bilirkişi raporunu yeterli görmemekle beraber, raporda yazılı olan özel ve teknik bilgilerden hareketle bilirkişinin raporunda varmış olduğu sonucun yanlış olduğu kanısına ulaşacak olursa bunun*

³²³ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 6.12.2017 tarihli ve 2015/33275 E., 2017/12194 K. sayılı kararı

³²⁴ YAVUZ, ,a.g.e., s.119.

³²⁵ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 08 Mayıs 2017.

*gerekçelerini açıkça ortaya koymak suretiyle, bilirkişi raporunun aksine de karar verebilecektir*³²⁶.

Yargıtay da bu konuda gerekçelendirmeye vurgu yapmakta ve ilgili maddede *“hâkimin, bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendireceği”* belirtilmiş ise de bu hükmün hâkime keyfiyet derecesinde bir yetki tanıdığı şeklinde yorumlanamayacağına hükmetmiştir³²⁷.

Hukuk davalarında, ceza davalarından farklı olarak tarafların anlaşarak bilirkişi seçiminde etkin rol oynaması mümkündür³²⁸. Bilirkişilerin kimliklerinin tutanakta belirtilmesi, tarafsız bir inceleme yapılabilmesi açısından tarafların bilirkişilerin kim olduklarını bilmelerini sağlar ve kanunun 272. maddesine³²⁹ göre, *“hâkimler hakkında düzenlenmiş olan yasaklılık ve ret sebepleriyle ilgili kurallar, bilirkişiler hakkında da uygulanır. Ancak bilirkişinin, aynı dava veya işte daha önceden tanık olarak dinlenmiş bulunması, bilirkişinin reddi sebebi olarak görülmeyecektir”*. Dolayısıyla HMK’nin 36. maddesinde sayılan;

“a) Davada, iki taraftan birine öğüt vermiş ya da yol göstermiş olması.

b) Davada, iki taraftan birine veya üçüncü kişiye kanunen gerekmediği halde görüşünü açıklamış olması.

c) Davada, hâkim ya da hakem sıfatıyla hareket etmiş olması

ç) Davanın, dördüncü derece de dâhil yansoy hısımlarına ait olması.

d) Dava esnasında, iki taraftan birisi ile davası veya aralarında bir düşmanlık bulunması”,

hallerinde bilirkişi taraflarca reddolunabilir. Hâkimin davaya bakmasının yasak olduğu hallerin sayıldığı 34. maddedeki durumlardan birinin gerçekleşmesi halinde zaten bilirkişinin ilgisi olduğu davada hiç görevlendirilmemesi gerekir.

³²⁶ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr,), 08 Mayıs 2017.

³²⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 19.3.2018 tarihli ve 2016/12158 E., 2018/2066 K. sayılı kararı. Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 12.3.2018 tarihli ve 2016/5246 E., 2018/879 K. sayılı kararı.

³²⁸ DERYAL, a.g.e., s. 2,9.

³²⁹ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 08 Mayıs 2017.

Hâkimler hakkında belirlenmiş olan yasaklılık nedenlerinden birinin bilirkişinin şahsında gerçekleşmiş olması halinde mahkeme, hükmün verilmesine kadar her zaman bilirkişinin görevine re'sen son verebileceği gibi, bilirkişi de mahkemeden görevden alınması yönünde talepte bulunabilir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, “davada mütaalasına başvurulmuş bilirkişi ile davalı şirket arasında husumet bulunduğu iddiasını incelediği bir kararında hükme esas alınan raporu düzenleyen bilirkişinin davacı vekili sıfatıyla davalılardan birine karşı daha önce dava açmış olduğu anlaşıldığından bahisle mahkemece yeni bir bilirkişi tayin edilmesi yerine davanın tarafları ile arasında husumet bulunduğu anlaşılan bilirkişinin raporuna itibar edilmesini ve bu rapor esas alınarak karar verilmesini” bozma nedeni olarak görmüştür.³³⁰

Yine HMK'nin 272. maddesine göre “Hâkimler hakkındaki yasaklılık sebeplerinden biri, bilirkişinin şahsında gerçekleşmişse mahkeme, hüküm verilinceye kadar, her zaman bilirkişiyi resen görevden alabileceği gibi, bilirkişi de mahkemeden, görevden alınma talebinde bulunabilir.

Ret sebeplerinden birinin bilirkişinin şahsında gerçekleşmesi halinde taraflar, bilirkişinin reddini talep edebileceği gibi, bilirkişi de kendisini reddedebilir. Ret talebi veya bilirkişinin kendisini reddetmesinin, ret sebebinin öğrenilmesinden itibaren en geç bir hafta içinde yapılmış olması şarttır. Ret sebeplerinin ispatı için, yemin teklif edilemez.

Görevden alınma, ret ve bilirkişinin kendisini reddetmesine yönelik talep, bilirkişiyi görevlendiren mahkemece dosya üzerinden incelenir ve karara bağlanır. Kabule ilişkin kararlar kesindir. Redde ilişkin kararlara karşı ise ancak esas hakkındaki kararla birlikte kanun yoluna başvurulabilir”³³¹.

Usul Kanunumuzun 273. maddesine³³² göre, “bilirkişiye sorulacak soruları hâkim her iki tarafı dinledikten sonra karar verir”. Kanunun 278. maddesine göre “bilirkişi, incelemesini gerçekleştirirken ihtiyaç duyarsa, mahkemenin de uygun bulması kaydıyla, tarafların bilgisine başvurabilir. Taraflardan birinin bilgisine başvurulacağı hallerde, mahkemece bilirkişiye taraflardan biri bulunmaksızın diğerinin dinlenemeyeceği

³³⁰ Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 26.4.2016 tarihli ve 2014/33654 E., 2016/10475 K. sayılı kararı.

³³¹ DEMİRCİOĞLU, a.g.e., s. 207, (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 08 Mayıs 2017.

³³² (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 08 Mayıs 2017.

husussu önceden hatırlatılır”³³³. Bu maddedeki “silahların eşitliği” açısından en önemli düzenleme bilirkişinin diğer taraf hazır olmaksızın taraflardan birine soru soramayacağıdır. Bu nedenle “silahların eşitliği” ilkesi gereği, bilirkişi bir tarafı dinleyeceği gün ve saati diğer tarafa bildirmeli ve onu davet etmelidir³³⁴. Bilirkişi raporunun mahkemeye sunulmasından sonra yargılama gününden önce taraflara yazılı olarak örneklerinin gönderilmesi tarafların bilirkişi raporuna karşın diyeceklerini söyleyebilmesi ve itiraz etmeleri bakımından önem arz etmektedir.

Bilirkişi dava konusu yer üzerinde de inceleme yapabilir veya ticari defter ve belgeleri incelemede olduğu gibi diğer hazırlık işlemlerinde de bulunabilir. Bu incelemelerin öncesinde de “silahların eşitliği” ilkesinin sağlanması bakımından, incelemenin yapılacağı yer, gün ve saatin Usul Kanunu’nuzun 278. maddesi gereği taraflara bildirilmesi gerekir.

Kanunun yine 278. maddesine³³⁵ göre, “*taraflar, bilirkişi raporunun, kendilerine tebliği tarihinden itibaren iki hafta içinde, raporda eksik gördükleri hususların bilirkişiye tamamlattırılmasını, belirsizlik gösteren hususlar hakkında ise bilirkişinin açıklama yapmasının sağlanmasını veya yeni bilirkişi atanmasını mahkemeden talep edebilirler*”. Dolayısıyla bilirkişi raporunun taraflara tebliği ve bu sayede tarafların raporun içeriği hakkında bilgi sahibi olmaları ve varsa itirazlarını ileri sürmelerine imkân verilmiş olup bu durum “silahların eşitliği” ilkesini sağlamak bakımından önem arz etmektedir.³³⁶ Burada AİHM kararları doğrultusunda düzenleme yapıldığı görülmektedir³³⁷.

Yargılama aşamasında gerekli olan işlem istinabe yoluyla yapılacaksa, Usul Kanunu’nuzun 259. maddesi gereğince, istinabe olunan mahkemenin, kendisinden istenilen işlemin yapılacağı gün ve saatini taraflara bildirmesi gerekir. Ancak bu düzenleme sadece istinabe yoluyla tanık dinlenmesine ilişkindir. Tarafların istinabe yoluyla yapılacak her işlemde dolayısıyla bilirkişi incelemesinde de hazır

³³³ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 08 Mayıs 2017.

³³⁴ DEMİRCİOĞLU, a.g.e., s.208

³³⁵ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 08 Mayıs 2017.

³³⁶ DEMİRCİOĞLU, a.g.e., s. 209.

³³⁷ Feldbrugge/Hollanda, 29.05.1986, Başvuru No: 8562/79.

bulundurulmasının “silahların eşitliği” ilkesinin bir gereği olduğu haklı olarak savunulmaktadır³³⁸.

İnceoğlu’ na göre, bilirkişilik kurumuna ilişkin iki sorun ortaya çıkmakta olup bunlardan ilki, “*idari bir merci adına çalışan ve resmi bilirkişilik görevi üstlenen görevlilerin duruşmada tarafsız olup olamayacakları sorunu, ikincisi ise bu bilirkişilerin davada ayrıcalıklı bir rol üstlenmeleridir*”³³⁹.

V. İDARİ YARGILAMADA SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ

Bu bölüm başlığı altında “silahların eşitliği” ilkesinin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu ve yargı kararları çerçevesinde irdelenmesi amaçlanmaktadır.

A. Bilgi ve Belgelere Ulaşmada Silahların Eşitliği İlkesi

Bu bölüm başlığı altında “silahların eşitliği” ilkesi 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu çerçevesinde genel olarak incelenecek ve 4982 Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’ndaki düzenlemeye de değinilecektir.

1. İdari Yargılama Usul Hukuku Bakımından Bilgi ve Belgelere Ulaşma Hakkı

AİHM, adil yargılanma hakkına ilişkin güvence ve ölçütlerin sağlanmış olması koşulu ile ulusal mahkemelerin görev bölüşümünü çok fazla dikkate almamaktadır³⁴⁰. Sözleşme’nin koruması altında bulunan bir hakkın, adli ya da idari yargının görev alanında bulunması çok da önemli olmayıp önemli olan yargılanma yöntem ve güvenceleri bakımından farklı uygulamaların olmamasıdır. Burada belirleyici unsur uyuşmazlığın konusunu oluşturan haktır³⁴¹.

"Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili nizalar" kavramı, idari yargının görev alanında bulunan birçok uyuşmazlığı da kapsamaktadır. Özellikle 1 numaralı Ek Protokol'un 1. maddesinde tanımlanan “mülkiyet hakkı”nın yargı kararları

³³⁸DEMİRCİOĞLU, a.g.e., s. 212.

³³⁹İNCEOĞLU, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, s.229.

³⁴⁰ DİNÇ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne göre Adil Yargılanma Hakkı, s.168.

³⁴¹ A.g.e., s.168.

sayesinde uygulama alanı oldukça genişlemiş ve bütün parasal hakları içerecek biçimde yaygınlığa ulaşmıştır³⁴².

Anayasa'nın İdari Yargı Yolu başlığını taşıyan 125. maddesine³⁴³ göre *“idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır”*. Maddenin ikinci fıkrasında ise *“Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açıktır”*. şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Anayasa'nın “Hâkimler ve Savcılar Kurulu” başlığını taşıyan 159. maddesinde³⁴⁴ de, *“Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı yoluna başvurulamayacağı”* belirtilmiştir.

Yine Anayasa'nın Sayıştay başlıklı 160. maddesinin ilk fıkrasının son iki cümlesi şöyledir³⁴⁵: *“Sayıştayın kesin hükümleri hakkında ilgililer yazılı bildirim tarihinden itibaren on beş gün içinde bir kereye mahsus olmak üzere karar düzeltilmesi isteminde bulunabilirler. Bu kararlar dolayısıyla idari yargı yoluna başvurulamaz”*.

Anayasa'nın kamu hizmeti görevlileri ile ilgili 129. maddesinin 3. fıkrası³⁴⁶ *“Disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz.”* demektedir ancak 4. fıkrada *“Silahlı Kuvvetler mensupları ile hâkim ve savcılar hakkındaki hükümlerin saklı”* olduğu belirtilmektedir.

Dolayısıyla bu düzenlemeler karşısında idari yargılamada, “adil yargılanma hakkı”nın uygulanması konusunda daha fazla sorun oluşacağı muhakkaktır. Zaten başlangıçta hak arama özgürlüğü ve bağımsız ve tarafsız mahkemeye erişim hakkı Anayasa ile engellenmektedir. Mahkemeye erişim halinde ise çok kapsamlı olmasa da uygulanacak kuralları düzenleyen kanun 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'dur.

³⁴² A.g.e., s.168.

³⁴³ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 15 Mayıs 2017.

³⁴⁴ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 15 Mayıs 2017.

³⁴⁵ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 15 Mayıs 2017.

³⁴⁶ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 15 Mayıs 2017.

İdari davaların açılma usulünü düzenleyen 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun, 3. maddesinin 3. fıkrası³⁴⁷ “*dava konusu kararın ve belgelerin asılları veya örnekleri dava dilekçesine eklenir. Dilekçeler ile bunlara ekli evrakın örnekleri karşı taraf sayısından bir fazla olur*” şeklindedir.

Buna göre, kanun ile öngörülmüş olduğundan, davacının kanıtları davanın açılmasıyla birlikte davalı idareye gönderilmektedir. Eğer davacı tarafından bu kurala uyulmaz ise kanunun 15. maddesi gereği dava dilekçesinin reddi yönünde karar verilmektedir.

Davalı idarenin davacının iddialarını yanıtlaması ise 2577 sayılı Kanunun 16. maddesinde düzenlenmiş olup bu maddenin 1. fıkrasına³⁴⁸ göre “*davalı idarenin, mahkemeye sunduğu belgelerin birer örneğini davacıya gönderme*” yükümlülüğü bulunmamaktadır. 2577 sayılı Kanunun 16. maddesine 4001 sayılı Kanun ile eklenen 5. bendinde ise, “*Davalara ilişkin işlem dosyalarının aslı veya onaylı örneği idarenin savunması ile birlikte ilgili mahkeme başkanlığına gönderilir.*” denmektedir. İşlem dosyalarının fazla miktarlarda belgeden oluşabileceği düşünüldüğünde, bu dosyaların davacı tarafa gönderilmemesinde bir bakıma haklılık payı olabilir. Fakat davalı idareler hiç olmazsa işlem dosyalarında bulunan evrakın başlıklarını içeren bir dizi pusulasıyla mahkemeye göndermiş oldukları dosyaların içeriği konusunda davacıyı bilgilendirmelidirler³⁴⁹.

Yukarıda bahsedildiği üzere davalı idarenin, mahkemeye sunduğu belgelerin birer örneğini davacıya gönderme yükümlülüğü bulunmamakta ise de savunma dilekçesinin tebliği konusunda Danıştay’ın yaklaşımı da çok net olup savunma dilekçesinin davacıya tebliğ edilmemiş olması, dosyanın tekemmül etmemiş olması sebebiyle bozma nedeni olarak değerlendirilmektedir³⁵⁰.

Davalı idarelerin, ilk cevapları(savunmaları) ekinde işlem dosyalarını mahkemeye göndermemeleri halinde ise kanunda buna ilişkin bir yaptırım

³⁴⁷ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 16 Mayıs 2017.

³⁴⁸ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 16 Mayıs 2017.

³⁴⁹ DİNÇ, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne göre Silahların Eşitliği”, **TBB Dergisi**, 2005, sayı 57, s.300.

³⁵⁰ Danıştay 3. Dairesinin 29.12.2015 tarih ve 2012/4976 E. 2015/10200 K. sayılı kararı.

bulunmamaktadır. Aynı durumda davacının dava dilekçesinin reddine karar verilirken, davalı idarelere mahkemeler tarafından birden çok kez yazılmasına karşın istenilen belgeleri göndermemesinin yaptırımı olarak kendiliğinden işleyen bir hak kaybı yönteminin düzenlenmemiş olması önemli bir eksiktir³⁵¹ ve kanaatimizce de idari yargılama hukukunda davacının, davada kullanabileceği bilgi ve belgelere ulaşamaması nedeniyle dava dilekçesinin reddine karar verilmesi ancak davanın diğer tarafı olan idareye herhangi bir yaptırım öngörülmemiş olması “silahların eşitliği” ilkesine aykırıdır.

Ancak yargı kararlarında bu düzenleme yumuşatılarak kişinin bilgi ve belgelere ulaşamamasının hak kaybına yol açması önlenmeye çalışılmaktadır. Örneğin, İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun bir kararına konu olayda³⁵² dava “İzmir ili, Bergama ilçesi, Ovacık-Çamköy-Narlıca köyleri mülki hudutları içerisindeki yabancı sermayeli bir madencilik şirketi tarafından siyanür liçi yöntemiyle altın çıkarılması amacıyla kurulan işletmenin faaliyetinin devamına izin verilmesine ilişkin Bakanlar Kurulu prensip kararının iptali istemiyle”³⁵³ açılmıştır.

Danıştay 8. Dairesinin 30.7.2002 günlü, E: 2002/2817, K: 2002/3936 sayılı kararıyla, “2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 3’üncü maddesinde dava dilekçesinde bulunması gereken hususların düzenlendiği ve dava konusu kararın aslı veya örneğinin dava dilekçesine ekleneceğinin öngörüldüğü, aynı kanunun 15/5. maddesinde, dilekçenin reddedilmesi üzerine yenilenen dilekçede aynı yanlışlıklar yapıldığı takdirde davanın reddedileceğinin kurala bağlandığı, dava dilekçesinin dairenin 13.5.2002 günlü, 2378 sayılı kararı ile dava konusu işlemin veya kararın dilekçeye eklenmediği ve davanın konusunun ne olduğunun anlaşılmadığı gerekçesiyle 2577 sayılı Kanunun 15/1-d maddesi uyarınca yasal süresi içinde yenilenen dava dilekçesinde yine aynı hususlarda yanlışlık yapılarak dava konusu işlemin dilekçeye eklenmediği ve davanın konusunun net olarak ortaya konulmadığı, 2577 sayılı Kanunun 15/5. maddesi uyarınca yenilenen dilekçede ikinci kez aynı yanlışlıkların yapıldığı gerekçesiyle”³⁵⁴ davanın reddine karar verilmiş,

³⁵¹ DİNÇ, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne göre Silahların Eşitliği”, s.300.

³⁵² Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 07.03.2003 tarihli, 2002/1149 E ve 2003/103 K sayılı kararı.

³⁵³ (Çevrimiçi) <https://www.anayasa.gen.tr/law315-bergama.htm>, 14.12.2017.

³⁵⁴ (Çevrimiçi) <https://www.anayasa.gen.tr/law315-bergama.htm>, 14.12.2017.

Davacı “davanın konusunun hiçbir duraksamaya meydan vermeyecek şekilde açık olduğunu, dava konusu işleme ulaşılamadığının önceki dilekçelerde belirtildiğini, bu konudaki girişimlerin sonuçsuz kaldığını ve dava konusu Bakanlar Kurulu kararına ulaşılamadığını, yargı kararlarına rağmen işletmenin çalışmasını sürdürdüğünü öne sürerek”³⁵⁵ Daire kararını temyiz etmiş,

Davacı “İzmir ili, Bergama ilçesi, Ovacık-Çamköy-Narlıca köyleri mülki hudutları dâhilindeki altın madeninin siyanür liçi yöntemiyle işletilmesine izin verilmesi yolundaki idari işlemlerin açılan davalar sonucu iptal edildiğini, verilmiş yargı kararlarına rağmen mahkeme kararlarının uygulanmaması sonucunu doğuracak şekilde Bakanlar Kurulu tarafından alınan prensip kararıyla faaliyetin devamına izin verildiğinin Sağlık Bakanı’nın basın açıklamasından ve 3.4.2002 tarihli gazetelerdeki haberlerden öğrenildiğini belirterek bakılan davayı açtığı; Danıştay 8. Dairesinin 13.5.2002 günlü, E: 2002/1477, K: 2002/2738 sayılı kararıyla, dava konusu işlemin veya kararın dilekçeye eklenmediği ve davanın konusunun anlaşılamadığı gerekçesiyle dava dilekçesinin reddedildiği; bu karar üzerine davacı İzmir Barosu Başkanlığınca Başbakanlığa, Başbakanlık Personel ve Prensipler Genel Müdürlüğüne, Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğüne, Sağlık Bakanlığına, İzmir Valiliğine, Bergama Kaymakamlığına başvuruda bulunarak Bakanlar Kurulunca alınan prensip kararı talep edilmesine rağmen bu başvuruların cevapsız bırakıldığını”³⁵⁶ belirtmiş,

İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, “Bakanlar Kurulu tarafından adı geçen işletmenin faaliyetinin devamına izin verilmesine ilişkin olarak alınan karar, Resmi Gazete’de yayımlanmamış ve ilan edilmemiş olduğundan kamuoyu nezdinde aleniyet kazanmamış olup hukukun üstünlüğünü savunmak ve korumak işlevine sahip bir meslek örgütü olan İzmir Barosu Başkanlığının, televizyon ve gazetelerde yer alan haberler üzerine söz konusu Bakanlar Kurulu Kararı’nın iptali istemiyle açtığı davada; dava dilekçesine, kendisine yazılı olarak bildirilmemiş ve yaptığı tüm başvurulara rağmen elde edememiş olduğu Bakanlar Kurulu Kararı’nı eklememesinin dava açma hakkının kullanılmasına engel oluşturmaması gerekir. Zira böyle bir fiili imkânsızlık durumunda idari yargı mercilerinin re’sen inceleme yetkisini kullanarak dava konusu Bakanlar Kurulu Kararı’nın varlığını araştırması ve bu araştırma sonucuna göre bir karara varması mümkün bulunmaktadır.

³⁵⁵ (Çevrimiçi) <https://www.anayasa.gen.tr/law315-bergama.htm>, 14.12.2017.

³⁵⁶ (Çevrimiçi) <https://www.anayasa.gen.tr/law315-bergama.htm>, 14.12.2017.

Bu durumda davanın konusunun açık olması ve dava konusu Bakanlar Kurulu Kararı'nın, davacının yaptığı başvurulara rağmen yazılı olarak bildirilmemiş olması karşısında, dava açma hakkının kullanılmasını engel oluşturacak şekilde verilen dilekçe ret kararında ve bilahare yenilenen dilekçede aynı yanlışlıklar yapıldığından bahisle davanın reddine karar verilmesinde usul hükümleri açısından hukuki isabet görülmemiştir³⁵⁷ şeklindeki gerekçe ile silahların eşitliğine ilişkin önemli bir karar vermiştir.

2577 sayılı kanunun 16. maddesinin 5. fıkrası³⁵⁸, “davalara ilişkin işlem dosyalarının aslı veya onaylı örneğinin idarenin savunması ile birlikte, Danıştay veya ilgili mahkeme başkanlığına gönderileceğini” düzenlemiştir. İdarenin, savunmalarının ekinde işlem dosyalarını mahkemeye göndermemelerinin, kanunda hiçbir yaptırımı bulunmaması eleştirilmektedir³⁵⁹.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu³⁶⁰ “silahların eşitliği” ilkesine atıf yaptığı bir kararında bilgi ve belgelere ulaşma hakkı konusunda öncelikle “Anayasa'nın 36. maddesinin 1. fıkrasında, Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” hükmünün düzenlendiğini belirtmiş, bu doğrultuda, “AİHM kararlarında belirtildiği üzere adil yargılanmanın en önemli gereklerinden biri olarak, mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler bakımından davanın tarafları arasında tam bir eşitlik gözetilmesi gerektiğini(silahların eşitliği), buna bağlı olarak da toplanan deliller hakkında taraflara görüş bildirme olanağı tanınması gerektiğini” belirtmiştir.

Yargı kararlarında, AİHM'den farklı değerlendirilen bir konu da disiplin cezaları konusundaki iptal davalarıdır. AİHM, başvuruları, başvuruçulara cezai alanda yöneltilen bir suçlama olmadığından bahisle reddetmekte³⁶¹ “çelişmeli yargılama” ve “silahların eşitliği” kavramları bakımından bu tür davaları çok sınırlı sayıda kendi alanında görse de AİHS'in 6. maddesinde yerini bulan “adil yargılanma

³⁵⁷ (Çevrimiçi) <https://www.anayasa.gen.tr/law315-bergama.htm>, 14.12.2017.

³⁵⁸ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 18 Mayıs 2017.

³⁵⁹ DİNÇ, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre Adil Yargılanma Hakkı**, s.175.

³⁶⁰ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 16.02.2008 tarihli, 2005/3292 E., 2008/1633 K. sayılı kararı.

³⁶¹ Erbek/Türkiye, 04.07.2000, Başvuru No:38923/97, Ravnsborg/İsveç, 23.03.1994, Başvuru No:14220/88.

haklı” Danıştay tarafından disiplin cezalarına ilişkin davalarda da dikkate alınmakta olup disiplin cezaları bir tür idari işlem sayıldığından bu cezalara karşı idari dava yoluna gidilmektedir. Danıştay, kendisine disiplin cezası verilen bir emniyet personeli hakkındaki davada³⁶² “davacının işlediği iddia edilen eylemlerinin karşılığında haklılığını ortaya koyabilecek, disiplin suçunu işlemediğini kanıtlayacak, eylemlerinin karşılığında verilen cezaların eylemle örtüşmediğini ortaya koyacak savunma hakkından yoksun bırakılmış olması ve disiplin cezasının hukuka uygunluk denetimi yerine getirecek yargı yerinin hakkaniyete uygun etkin bir şekilde bu denetimi yerine getirmesi imkânının ortadan kaldırılmış olması hususları birlikte ele alınıp değerlendirildiğinde, davacının işlediği iddia edilen fiillerin Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü’nün ilgili maddeleri kapsamında disiplin suçu oluşturduğu kanaatine varılarak davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmadığı” gerekçesi ile kararı bozmuştur.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20. maddesinin somut olaya ilişkin kısımlarında, “Danıştay ile idare ve vergi mahkemelerinin bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapacakları, mahkemelerin belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü belgenin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilecekleri; taraflardan biri ara kararın icaplarını yerine getirmediği takdirde, bu durumun verilecek karar üzerindeki etkisinin mahkemece önceden takdir edileceği ve ara kararınca bu hususun ayrıca belirtileceği; ancak istenen bilgi ve belgeler devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine ilişkin ise, Başbakan veya ilgili bakanın gerekçesini bildirmek suretiyle söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebileceği”³⁶³ hükmü yer almaktadır. Sözü geçen maddeye 10.6.1994 günlü, 4001 sayılı Kanunla “Verilmeyen bilgi ve belgeleme dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemez.” hükmü eklenmiş ve maddenin 4. fıkrasında yer alan “Getirtilen veya idarece gönderilen gizli belge ve dosyalar taraf ve vekillerine incelettirilemez.” cümlesi ise yürürlükten kaldırılmıştır.

Anılan yasa değişikliğinin gerekçesinde, “Madde ile 2577 sayılı Kanun’un 20. maddesinin 3. fıkrasının sonuna eklenen cümle ile bu fıkra da sayılan haller nedeniyle mahkemeye verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemeyeceği öngörülerek, adalete gölge düşürmesinin önüne geçilmesi ve yargılama

³⁶² Danıştay 12. Dairesinin 2005/6353 E. ve 2006/540 K. sayılı kararı, BAŞLAR, a.g.e., s.150.

³⁶³ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 18 Mayıs 2017.

hukukunun delil sistemi korunmak istenmiştir. Yargılama usulü hukukunda amaç, davaya dayanak yapılan tüm belge ve delillerin tarafların bilgisine sunulması suretiyle gerçeğin ortaya çıkması ve bu suretle hukukun üstünlüğünün sağlanmasıdır. Taraf ve vekillerine incelettirilmeyen belge ve dosyaya dayanılarak karar verilmesi, davacılara gerçek anlamda iddiasını kanıtlama hakkı tanınmadığını gösterdiği gibi adalete de gölge düşürmektedir. Kaldı ki uygulamada gizlilik taşımayan belge ve dosyalara gizlilik damgası vurularak bunların ilgililere incelettirilmesi engellenmektedir. Bu nedenle de kanunun 20. maddesinin 4. fıkrası da yürürlükten kaldırılmaktadır”³⁶⁴ denmiştir.

Öte yandan, “demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenlemek” amacıyla çıkarılmış olan ve uygulama alanı “kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları” olan 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu’nun 4. maddesinde, “herkesin bilgi edinme hakkına sahip olduğu”, 5. maddesinde ise “kurum ve kuruluşların bu kanunda yer alan istisnalar dışındaki her türlü bilgi veya belgeyi başvuranların yararlanmasına sunmak ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere gerekli idari ve teknik tedbirleri almakla yükümlü oldukları”, hükümlerine yer verilmiştir.

4982 sayılı Kanunun bu hükümleri göz önüne alındığında henüz ortada herhangi bir dava olmamasına rağmen, “idari aşamada dahi kişilerin bilgi ve belgelere erişmelerinin bir hak olarak kabul edilmek suretiyle yasal güvenceye kavuşturulduğu, bu hakkın ancak yasada belirtilen hallerde sınırlanabileceği anlaşılmakta, bilgi edinme hakkı demokratik ve şeffaf bir yönetimin gereği olarak kabul edilmektedir”.

“Yukarıda yapılan açıklamaların bütünü, adil yargılanma hakkı, 2577 sayılı Kanunun 20. maddesi ve bu maddede yapılan değişiklik birlikte değerlendirildiğinde, maddede öngörülen istisnai durum haricinde davacılara işlemin dayanağı olan her türlü bilgi ve belgeye ulaşabilme ve bu belgeleri inceleyebilme olanağının tanınması gerektiği sonucuna varılmıştır”.

Danıştay’a göre, “davacılar ancak soruşturma raporunda yer verilen maddi olayı, tanık ifadelerini, inceleme yapanın görüş ve kanaatini, işlemin hukuki dayanağını,

³⁶⁴(Çevrimiçi),<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d19/c062/tbmm19062115ss0409.pdf>, 20.05.2017.

soruşturmacının önerilerini açık ve etraflı bir biçimde öğrenme suretiyle adil yargılanma hakkını kullanabilecektir. İncelenemeyen bir soruşturma raporuna karşı iddia ve savunmada bulunmak zor, hatta imkansızdır”³⁶⁵.

Konuya ilişkin bir Vergi Dava Daireleri Kurulu kararında³⁶⁶ Danıştay, “uygulamada, genellikle vergi tekniği raporuna atıfla düzenlenen vergi inceleme raporlarının mükellefe tebliğ edildiğini, ancak tarh nedenini, matrahın bulunuş yöntemini ve tarhiyatın dayanağına ilişkin bilgi ve belgelerin gösterildiği vergi tekniği raporunun tebliğ edilmediği tespitinden hareketle, ana kuralın vergi tekniği raporunun ihbarname ekinde tebliğ edilmesi olduğunu kabul etmekle birlikte, söz konusu raporun mahkeme tarafından ara kararıyla istenmesi ya da re’sen idarece dava dosyasına sunulması üzerine davacı tarafından incelenmek ve haklılığını ortaya koymaya yönelik delillerini sunmasına imkân vermek suretiyle bu eksikliğin yargılama aşamasında giderilmesinin mümkün olduğunu” belirtmiş ve “bu durumda davacının, yukarıda nitelikleri belirtilen savunma hakkının kısıtlanmadığı ve temel haklarının ihlal edilmediği” sonucuna varmıştır.

Oysa özellikle vergi hukuku uygulamasındaki tarhiyat sonrası uzlaşma hakkı dikkate alındığında bu hakkın kullanılıp kullanılmayacağına karar verilmesi aşamasında vergi tekniği raporu içeriğinin bilinmesi önem arzetymekte olup kanımızca vergi tekniği raporunun dava öncesinde tebliğ edilmeyerek inceleme olanağının engellenmesi bu bakımdan “silahların eşitliği” ilkesinin ihlali niteliğindedir. Yine de ana kuralın vergi tekniği raporunun ihbarname ekinde tebliğ edilmesi olduğunun kararda yer alması bu bakımdan önemli bir gelişme olarak kabul edilebilir.

Karara göre, “dava ve temyiz dosyasının incelenmesinden, davacının görevine son verilmesine ilişkin işlemin dayanağı soruşturma raporunun davacı vekilinin talep etmesine karşın... Dairesince incelettirilmediği, dava konusu işlemin hukuka uygunluğunun denetiminde ise soruşturma raporunda yer verilen hususlara değinildiği anlaşıldığından Daire kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

³⁶⁵ Danıştay 12. Dairesinin 2005/6353 E. ve 2006/540 K. sayılı kararı; Kemal BAŞLAR, “**Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**”, s.150.

³⁶⁶ Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 13.4.2016 tarihli ve 2016/446 E., 2016/488 K.sayılı kararı.

Bu durumda, makul bir süre verilmek suretiyle, davacıya hakkında düzenlenen soruşturma raporunu incelemesi ve istemi halinde raporla ilgili görüşlerini dosyaya sunması olanağı sağlandıktan sonra işin esası hakkında yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir” ve Danıştay idarenin istenen belgeleri mutlaka göndermesi gerektiğini vurgulamıştır.

İdari davalarda deliller, çoğu kez davalı durumunda bulunan idarenin elinde olduğundan davacının, davalı idare karşısında nitelikli bir şekilde dezavantajlı konumda bulunmasını engellemeye yönelik olarak idari yargılama makamlarının kendiliğinden gerekli belgeyi getirebileceği düzenlenmiştir. Buna göre, davacı davasını ispat için idarede bulunan işlem dosyasının getirtilmesini ister ya da mahkeme re’sen gerekli belgeyi getirtme yoluna gider³⁶⁷.

2577 sayılı kanunun 20. maddesinde³⁶⁸ dosyaların incelenmesi düzenlenmiştir. Maddenin 1. fıkrasına göre, “*Danıştay, Bölge İdare Mahkemeleri ile İdare ve Vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilginin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu husustaki kararların, ilgililerce süresi içerisinde yerine getirilmesi mecburidir*”. İlgili yerlerden gelen yanıtların ayrıca taraflara bildirilmediği ve bu şekilde taraflara bildirilmeyen kanıtların karara dayanak yapılması halinde, Sözleşme’nin ihlal edilmiş olacağı haklı olarak savunulmaktadır. Zira yargı yerlerinin kendiliğinden kanıt toplamaları Sözleşme’ye aykırı olmasa da bu kanıtların yanlara iletilmemesi Sözleşme’ye aykırı olacaktır³⁶⁹.

Temyiz aşamasına ilişkin olarak da benzer bir düzenleme yapılmış ve 2575 sayılı kanunun “Evrak Getirilmesi ve Yetkililerin Dinlenmesi” başlıklı 49. maddesinin 1. fıkrasında, “*İncelenmekte olan işler hakkında lüzum görülen her türlü evrak getirilebileceği ve bilgi istenebileceği gibi, tamamlayıcı veya aydınlatıcı bilgiler alınmak üzere ilgili dairelerden veya uygun görülecek diğer yerlerden yetkili memur ve uzmanlar da çağırılabilir*”³⁷⁰ denmektedir.

³⁶⁷ Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Yönetmelik Yargısı**, 37.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020. s. 327.

³⁶⁸ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 18 Mayıs 2017.

³⁶⁹ DİNÇ, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ’ne göre Adil Yargılanma Hakkı**, s.176.

³⁷⁰ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 18 Mayıs 2017.

2577 sayılı kanunun 20. maddesine 10.06.1994 günlü 4001 sayılı kanunun 9. maddesiyle “Verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemez.” hükmü eklenmiş ve maddenin 4. fıkrasında yer alan “Getirtilen veya idarece gönderilen gizli belge ve dosyalar taraf ve vekillerine incelettirilmez.” cümlesi yürürlükten kaldırılmıştır. Bu değişikliğin gerekçesinde, “yargılama usulü hukukunda amacın davaya dayanak yapılan tüm delillerin tarafların bilgisine sunulmak suretiyle gerçeğin ortaya çıkarılması ve delil sisteminin korunması olduğu” belirtilmiştir³⁷¹.

İdari yargıda görülen davalarda, genellikle uyuşmazlık konusunu aydınlatacak bilgi ve belgeler davalı idarenin elindedir. Kanunda belirtildiği üzere, mahkemeler belirlenen süre içerisinde dava bakımından gerekli gördükleri belgelerin gönderilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilmektedirler. Dolayısıyla idarenin yapmış olduğu tüm işlemlerin içeriğini ortaya koyan bilgi ve belgeler hakkında davacının bilgi edinebilmesi ancak konuyla ilgili belgeler mahkeme önünde getirildiğinde mümkün olabilmektedir. Fakat yine kanunun 20. maddesi uyarınca, “istenen bilgi ve belgeler devletin güvenliğine veya yüksek menfaatine veya devletin güvenliği ile birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, başbakan veya ilgili bakan, gerekçesini bildirmek suretiyle söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir. Verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemez”. İdare tarafından gönderilen idari işlemlere ilişkin tüm bilgi ve belgelerin taraflarca incelenebilmesi gerekirken mahkemelere gizlilik kaydıyla iletilmiş olması ve mahkemelerin de buna itibar etmesi neticesinde işlem dosyaları davacılar ya da vekillerine incelettirilmemekte ve bu suretle davacının bu bilgi ve belgelere karşı savunma hakkı kısıtlanmaktadır³⁷².

Türk idare hukuku alanında “silahların eşitliği ilkesi” nin uygulanması açısından değinilebilecek konuların başında, davanın taraflarından birinin kamu görevlisi olması durumunda, bu tarafın bilgi ve belgelere ulaşma hakkının uygulamada genel olarak dikkate alınmaması gelir³⁷³. Halbuki mahkemeye sunulan, dosya içerisinde yer alan ve verilecek kararı etkileyebilme niteliğine sahip tüm bilgi

³⁷¹ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 12.06.2008 tarihli, 2005/3292 E. ve 2008/1633 K. sayılı kararı

³⁷² YAVUZ, a.g.e., s.125; DİNÇ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Adil Yargılanma Hakkı, s.176.

³⁷³ DİNÇ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Adil Yargılanma Hakkı, s.180.

ve belgelere ulaşmak, bağımsız bir devlet kurumundan gelmiş bile olsa hâkimleri yönlendirmek için yapılan önerilere ve bildirilen görüşlere cevap verme imkanına sahip olmak, idari yargıda görülen “medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyumsuzluklarda” tarafların ve özellikle de davacıların, Sözleşme dahilinde güvence altına alınmış hakları kapsamında bulunmaktadır³⁷⁴. Bu durumda, Danıştay’ın ilk ve son derece mahkemesi olarak baktığı ve duruşmasız olarak gördüğü davalarda 2575 sayılı Kanun’un 60/1, 61/1 ve 61/3. maddeleri uyarınca Danıştay Başsavcısı’nın ve savcılarının mahkemeye sunmuş oldukları taleplerin ve 62. maddenin 1. fıkrasına göre, tetkik hâkimlerinin sundukları görüşlerin taraflara tebliğ edilmemesi ve cevap için makul bir süre verilerek söz konusu talep ve görüşlere karşı cevap ve değerlendirme olanağının tanınmamış olması “çelişmeli yargılama ilkesi”nin ve dolayısıyla “silahların eşitliği ilkesi”nin ihlal edilmesi anlamına gelmektedir³⁷⁵. Mevcut uygulamanın Sözleşme’nin 6. Maddesinde belirtilen güvencelerle bağdaşmadığı görülmektedir. Diğer yandan idari yargıya ilişkin usul kuralları, mahkemelerin kendiliğinden araştırma yaparak kanıt toplamalarına izin vermektedir. Bu düzenleme evrensel hukuk ilkelerine ve Sözleşme hükümlerine aykırı olmamakla birlikte mahkemelerce toplanan kanıtların, davanın taraflarına verilmemesi ve taraflarca tartışılmasına imkân verilmeden mahkeme hükümlerine esas alınması adil yargılanma hakkına aykırılık oluşturabilecektir. Dolayısıyla bu sakıncaların giderilmesi için birtakım düzenlemelerin yapılması gerektiği açıktır³⁷⁶.

Yine idari yargı alanında, mülga AYİMK’in 52. maddesinde yer alan ve idare tarafından gönderilen “gizli” belgelerin davacı tarafca incelenmesine izin verilmemesi hükmünü içeren son fıkra, “silahların eşitliği ilkesi”nin ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının tipik bir ihlalini oluşturmakta iken bireyler lehine bir düzenleme yapılmış, 19.06.2010 tarihinden AYİM’in kaldırıldığı 27 Nisan 2016 tarihine kadar yürürlükte olan bu madde³⁷⁷ “*Dava dosyasındaki bilgi ve belgeler taraf ve vekillerine açıktır. Şu kadar ki mahkeme tarafından getirtilen veya idarece gönderilen bilgi, belge ve dosyalardan, başka şahıs ve makamların özel bilgileri ile şeref, haysiyet ve*

³⁷⁴ DİNÇ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Adil Yargılanma Hakkı*, s.180.

³⁷⁵ A.g.e., s.180.

³⁷⁶ A.g.e., s.176; Adem ÇELİK, a.g.m, s.311.

³⁷⁷ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 12.12.2017.

güvenliğinin korunması veya idarenin soruşturma metotlarının gizli tutulması maksatlarıyla taraf ve vekillerine incelettirilmemesi kaydı konulanlar ile personelin özlük dosyasındaki dava konusu haricindekiler taraf ve vekillerine incelettirilemez.

Taraf ve vekillerine incelettirilemeyecek nitelikteki bilgi ve belgeler; bulundukları yer itibarıyla taraf ve vekillerine açık olan diğer evraktan ayrılamaz nitelikteyse, taraf ve vekillerine incelettirilecek suretleri, ilgili bölümleri idare tarafından karartılarak ayrıca gönderilir.

Davacı taraf veya vekili, karartılan veya verilmeyen bilgi ve belgelerin savunmaya esas teşkil edecek unsurlar olduğu iddiası ile mahkemeye itiraz edebilir. Yapılan bu itiraz, mahkeme tarafından incelenerek haklı görülen hususlarda, mahkemenin belirleyeceği çerçevede daha önce karartılan veya verilmeyen bilgi ve belgeler karşı tarafa incelettirilebilir.

Bu hükümlere göre elde edilen ve gizlilik derecesine sahip bilgi ve belgeler, taraf ve vekillerince mahkeme haricinde, diğer bir maksatla kullanılamaz. Aksine davranışta bulunanlar hakkında ilgili kanun hükümleri saklıdır". şeklinde uygulanmış ancak AYİM uygulamada, idarece gönderilen ve personelin özlük dosyasında bulunup dava konusunu ilgilendiren sicil notları, kanaatler gibi hususları ihtiva eden belgelerin bir suretini davacıya göndermek yerine yargılamaya devam ederek kararlar vermeyi sürdürmüştür.

AIHM içtihatları uyarınca ise doğrudan doğruya milli güvenlik ile ilgili uyumsuzluklara ilişkin işlem dosyalarındaki bilgi ve belgeler hariç diğer tüm bilgi ve belgelerin aleni olması gerekmektedir.

Danıştay bazı kararlarında davanın sonucundan etkilenebilecek kişilerin davaya katılımının sağlanmamasını bilgilendirilme hakkına aykırı bulmuştur.

İdari Dava Daireleri Genel Kurulu bir kararında³⁷⁸, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinde, "bu kanunda hüküm bulunmayan hususlarda, hâkimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükûnunu ve inzibatını bozacak hareketlerine

³⁷⁸ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 23.02.2017 tarihli, 2016/1081 E., 2017/820 K. sayılı kararı

karşı yapılacak işlemler ile elektronik işlemlerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağını” belirtmiş, bir kararda da³⁷⁹ “2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 54. maddesinin 1. fıkrasında, Danıştay dava daireleri ve İdari veya Vergi Dava Daireleri genel kurullarının temyiz üzerine verdikleri kararlar ile bölge idare mahkemelerinin itiraz üzerine verdikleri kararlar hakkında, bir defaya mahsus olmak üzere kararın tebliğ tarihini izleyen on beş gün içinde taraflarca kararın düzeltilmesinin istenebileceği; 55. maddesinin 2. fıkrasında, karşı tarafın savunması alındıktan sonra isteklerin inceleneceği; 6. fıkrasında ise, 53, 54 ve bu madde hükümleri saklı kalmak kaydıyla, kararın düzeltilmesinde bu kanunun diğer hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür.

2577 sayılı Kanun’un 55. maddesinin 6. fıkrasında yapılan yollama uyarınca, karar düzeltmede, tekemmül sürecinin aynı Kanunun 48. maddesi uyarınca yapılması gerekmekte olup 48. maddesinin 3. fıkrasında, dilekçenin, ilgisine göre kararı veren mahkemeye, Danıştaya veya 4. maddede belirtilen mercilere verileceği ve kararı veren mahkeme veya Danıştayca karşı tarafa tebliğ edileceği, karşı tarafın tebliğ tarihini izleyen otuz gün içinde cevap verebileceği; 4. fıkrasında, kararı veren Danıştay veya mahkemece, cevap dilekçesi verildikten veya cevap süresi geçtikten sonra dosyanın dizi listesine bağlı olarak, Danıştaya veya kurula gönderileceği belirtilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; davacının karar düzeltme dilekçesinin, mahkemece davalı idare yanında davaya katılana tebliğ edilmeden ve böylece karar düzeltme tekemmülü sağlanmadan dosyanın karar düzeltme incelemesinin yapılabilmesi için Dairemize gönderildiği anlaşılmıştır.

Bu durumda dosyanın, davacının karar düzeltme dilekçesinin davalı yanında davaya katılana tebliğ edilmek suretiyle tekemmülü sağlandıktan sonra karar düzeltme istemi hakkında karar verilebilmesi için Dairemize iade edilmek üzere, Mahkemesine gönderilmesi gerekmektedir”. şeklinde karar vermiş ve davanın taraflarının aynı haklara sahip olması gerektiğini ortaya koymuştur.

Bütün bu kanuni düzenlemelere ve Danıştayın silahların eşitliğini gözeten kararlarına rağmen uygulamada halen aksaklıklar olabilmekte ve davalar Anayasa Mahkemesi önüne taşınabilmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelen

³⁷⁹Danıştay 5. Dairesinin 07.10.2015 tarihli, 2015/4913 E., 2015/7645 K. sayılı kararı

davada³⁸⁰, vergi müfettiş yardımcısı olan başvuru, “kendisi hakkındaki güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlandığından bahisle vergi müfettişliğine atanmama işlemine karşı açılan davada sadece idarece sunulan bilgi ve belgeler uyarınca karar verilmesinin ve hükme esas alınan bilgi ve belgelerin kendisine tebliğ edilmemesi nedeniyle silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin ihlal edildiğini” öne sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi, başvuru, “Maliye Bakanlığı tarafından sunulan belgelerin içeriğinden hüküm verilene değin haberdar olmadığını, başvuru her ne kadar mahkeme kararı ile kardeşleri ve babası hakkında elde edilen bilgilerden kaynaklı olarak atamasının yapılmadığını öğrenmiş ise de kararın gerekçesinin (bkz. § 15) hükme esas alınan belgelerin içeriğini yansıtmaktan uzak olduğunu, bu nedenle kardeşleri ve babası hakkında elde edildiği iddia edilen bilgilerin hangi delillere dayandığı, bu iddianın nasıl ve neden doğduğu konusunda idare tarafından Mahkemeye sunulan bilgi ve belgelere sahip olmayan başvuru ret hükmünün gerekçesi ile (temyiz aşamasında) hükme esas alınan belgelere ilişkin etkin olarak yorumda ve itirazda bulunması adına yeterli imkânı sahip olduğunun söylenemeyeceğini, somut yargılama sürecine bu çerçeveden bakıldığında başvuruya hükme esas alınan belgeleri incelemesi, bu belgelere yönelik yorumda ve itirazda bulunabilmesi için pratik ve etkin imkânların sağlanmadığını, başvuruya hükme esas alınan belgelere yönelik yorumda/itirazda bulunma konusunda etkin ve pratik imkânların sağlanmamasının silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleriyle bağdaşmadığını, bu bağlamda adil bir yargılamanın gerçekleşmediği sonucuna varıldığını belirtmiş ve bu gerekçelerle Anayasa’nın 36. maddesinde hüküm altına alınan adil yargılanma güvencelerinden olan ‘silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin’ ihlal edildiğine” karar vermiştir.

2. Bilgi Edinme Kanunu Bakımından Bilgi ve Belgelere Ulaşma Hakkı

“Demokratik ve şeffaf bir yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenlemeyi” amaçlayan³⁸¹ 09.10.2003 tarihli ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu ile Kamu Kurum ve Kuruluşları ile “Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşlarının faaliyetleri” ile ilgili olarak bilgi edinme hakkı tanınmıştır. Kanuna

³⁸⁰ Anayasa Mahkemesi’nin 03.12.2020 tarihli ve 2018/17680 başvuru nolu kararı, para.1, 40-42(Çevrimiçi), <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, 11.01.2021.

³⁸¹ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 25 Mayıs 2017.

göre, “kurum ve kuruluşlar, kanunda yer alan istisnalar dışındaki her türlü bilgi veya belgeyi başvuranların yararlanmasına sunmak ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere, gerekli idarî ve teknik tedbirleri almakla yükümlüdürler. Ancak istenen bilgi veya belgelerde, gizlilik dereceli veya açıklanması yasaklanan bilgiler ile açıklanabilir nitelikte olanlar birlikte bulunuyor ve bunlar birbirlerinden ayrılabiliyorsa söz konusu bilgi veya belge, gizlilik dereceli veya açıklanması yasaklanan bilgiler çıkarıldıktan sonra başvuranın bilgisine sunulur. Ayırma gerekçesi başvurana yazılı olarak bildirilir”.

“Kurum ve kuruluşlar, bilgi edinme başvurularıyla ilgili cevaplarını yazılı olarak veya elektronik ortamda başvuru sahibine bildirirler. Başvurunun reddedilmesi halinde bu kararın gerekçesi ve buna karşı başvuru yolları belirtilir”. Karara karşı itiraz mercii, 4982 sayılı Kanun’un 14. maddesine³⁸² göre Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu’dur.

4982 sayılı Kanun’un Bilgi Edinme Hakkının Sınırları başlıklı dördüncü bölümünün 15. maddesine³⁸³ göre, “yargı denetimi dışında kalan idari işlemlerden kişinin çalışma hayatını ve mesleki onurunu etkileyecek nitelikte olanlar kanun kapsamına dâhildir, bu şekilde sağlanan bilgi edinme hakkı işlemin yargı denetimine açılması sonucunu doğurmaz”. Kanunun 16. maddesinde³⁸⁴, “açıklanması halinde devletin emniyetine, dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine açıkça zarar verecek ve niteliği itibarıyla devlet sırrı olan gizli dereceli bilgi veya belgelerin bilgi edinme hakkı kapsamına girmediği” belirtilmiş, yine devamı maddelerde, “ülkenin ekonomik çıkarına ilişkin belgelerin, istihbarata ilişkin belgelerin, idari soruşturmaya ilişkin olup kişilerin özel hayatına açıkça haksız müdahale sonucu doğuracak, kişilerin veya soruşturmayı yürüten görevlilerin hayatını ya da güvenliğini tehlikeye sokacak, soruşturmanın güvenliğini tehlikeye düşürecek, gizli kalması gereken bilgi kaynağının açığa çıkmasına neden olacak veya soruşturma ile ilgili benzeri belge ve bilgi kaynaklarının temin edilmesini güçleştirecek bilgi ve belgelerin, adli soruşturmaya ilişkin olup suç işlenmesine yol açacak, suçların önlenmesi ve soruşturulması ya da suçluların kanuni yollarla yakalanıp kovuşturulmasını tehlikeye düşürecek, yargılama görevinin gereğince yerine getirilmesini engelleyecek, hakkında dava açılmış bulunan bir kişinin adil yargılanma hakkını ihlal edecek nitelikteki

³⁸² (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 25 Mayıs 2017.

³⁸³ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 25 Mayıs 2017.

³⁸⁴ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 25 Mayıs 2017.

*bilgi ve belgeler, özel hayatın gizliliğine ilişkin belgeler, haberleşmenin gizliliğini ihlal edecek nitelikteki belgeler, kanunlarda ticari sır olarak belirtilen belgeler, kurumların kamuoyunu ilgilendirmeyen ve kurum içi düzenlemeler hakkındaki belgeler, fikir ve sanat eserlerine ilişkin*³⁸⁵ başvurular hakkında bilgi edinme hakkına sınırlamalar getirilmiştir.

İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun bir kararına konu olayda³⁸⁶ “dava, davacının görevine son verilmesine ilişkin işlem ve bu işleme dayanak Diyanet İşleri Başkanlığı, Sınav, Atama ve Nakil Yönetmeliği’nin ilgili maddesinin iptali ve yoksun kalınan parasal hakların ve özlük haklarının ödenmesi istemiyle açılmıştır. Davacı, gerek idari işlemin tesisi aşamasında gerekse yargılama aşamasında hakkında hazırlanan soruşturma raporunu inceleyemediğini, işleme dayanak olarak alındığı belirtilen hususların gerçeği yansıtmadığını, soruşturmanın nesnel olarak yapılmadığını ileri sürerek kararı temyiz etmekte ve Danıştayın 12. Dairesinin kararının bozulmasını talep etmektedir”.

İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, AİHM kararlarına atıfta bulunarak silahların eşitliği ilkesinin bir gereği olarak taraflar arasında tam bir eşitlik gözetilmesi gerektiğini ve bunun için tarafa toplanan deliller hakkında görüş bildirme olanağının tanınması gerektiğini belirtmiştir. Genel kurul, Anayasa’nın 36. maddesini, 2577 sayılı Kanun’un, “Danıştay ile idare ve vergi mahkemelerinin bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapacakları, mahkemelerin belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü belgenin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilecekleri; taraflardan biri ara kararın icaplarını yerine getirmediği takdirde, bu durumun verilecek karar üzerindeki etkisinin mahkemece önceden takdir edileceği ve ara kararınca bu hususun ayrıca belirtileceği ancak istenen bilgi ve belgeler devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine ... ilişkin ise, Başbakan veya ilgili bakanın gerekçesini bildirmek suretiyle söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebileceği” hükmünün yer aldığı 20. maddesini, anılan maddeye 10.6.1994 günlü, 4001 sayılı Kanun’la “Verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemez.” hükmünün eklendiğini ve maddenin 4. fıkrasında yer alan “Getirilen veya idarece gönderilen gizli belge ve dosyalar taraf vekillerine incelettirilemez.” tümcesinin ise yürürlükten kaldırıldığını, diğer yandan,

³⁸⁵(Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 25 Mayıs 2017.

³⁸⁶ İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 2005/3292 E, 2008/1633 K sayılı karar, (Çevrimiçi), www.emsal.danistay.uyap.gov.tr, 14.12.2017.

“kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinde uygulanacak olan 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu’nun, demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenlemek amacıyla çıkarılmış olup Kanun’un 4. maddesinde, herkesin bilgi edinme hakkına sahip olduğu, 5. maddesinde ise kurum ve kuruluşların bu kanunda yer alan istisnalar dışındaki her türlü bilgi veya belgeyi başvuranların yararlanmasına sunmak ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere gerekli idari ve teknik tedbirleri almakla yükümlü oldukları hükümlerine yer verildiğini” belirtmiş, “idari aşamada dahi kişilerin bilgi ve belgelere erişmelerinin bir hak olarak kabul edilmek suretiyle yasal güvenceye kavuşturulduğu, bu hakkın ancak yasada belirtilen hallerde sınırlanabileceğini, bilgi edinme hakkının demokratik ve şeffaf bir yönetimin gereği olarak kabul edilmekte olduğunu, bu açıklamalar ışığında adil yargılanma hakkı, 2577 sayılı Yasa’nın 20. maddesi ve bu maddede yapılan değişiklik birlikte değerlendirildiğinde, maddede öngörülen istisnai durum haricinde davacılara işlemin dayanağı olan her türlü bilgi ve belgeye ulaşabilme ve bu belgeleri inceleyebilme olanağının tanınması gerektiği” sonucuna varmıştır.

“Davacıların ancak soruşturma raporunda yer verilen maddi olayı, tanık ifadelerini, inceleme yapanın görüş ve kanaatini, işlemin hukuki dayanağını, soruşturmacının önerilerini açık ve etraflı bir biçimde öğrenme suretiyle adil yargılanma hakkını kullanabileceğini, incelenemeyen bir soruşturma raporuna karşı iddia ve savunmada bulunmanın zor, hatta imkânsız olduğunu, dava ve temyiz dosyasının incelenmesinden, davacının görevine son verilmesine ilişkin işlemin dayanağı soruşturma raporunun davacı vekilinin talep etmesine karşın dairesince incelettirilmediğini, dava konusu işlemin hukuka uygunluğunun denetiminde ise soruşturma raporunda yer verilen hususlara değinildiği anlaşıldığından daire kararında hukuka uyarlık bulunmadığını, bu durumda, makul bir süre verilmek suretiyle, davacıya hakkında düzenlenen soruşturma raporunu incelemesi ve istemi halinde raporla ilgili görüşlerini dosyaya sunması olanağı sağlandıktan sonra işin esası hakkında yeniden bir karar verilmesi gerekmekte olduğunu” belirterek daire kararını bozmuştur.

Bilgi Edinme Kanunu’nun genel itibariyle ihtiyacı karşıladığı savunulmakla birlikte bu kanuna asıl eleştiri, bilgi ve belgeye erişim için başvurunun yapıldığı kurumun başvuru sahibine erişimin gerektirdiği maliyet tutarı kadar bir ücreti alabilmesine imkân tanıyan kanunun 10. maddesine yapılmıştır. Bilgi veya belgeye erişimin, tam kamusal hizmet olması ve bu nedenle karşılığının ücret değil vergi

olması gerektiği savunularak bu şekilde bir fiyatlandırma, 1982 Anayasası'nın 73. maddesine aykırı görülmüştür³⁸⁷.

Avukatın kamu kurum ve kuruluşlarından bilgi istemesi konusunda yargı yerleri tarafından yapılan değerlendirmelerde ise avukata, avukatlık görevinin yerine getirilmesi ile sınırlı olarak bilgi ve belgelere ulaşmada yardımcı olunması gerekliliği ortaya konmuş, inceleme imkânı tanınan belgelerden örnek almanın vekâletname sunmaya bağlı olduğu belirtilmiştir³⁸⁸. Konuyla ilgili Danıştay kararına konu olayda³⁸⁹ “istem, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'na göre avukatların kamu kurum ve kuruluşlarından isteyebileceği belgelerin sınırlarının ve içeriğinin ne olacağı konusunda düşülen duraksamanın giderilmesine” ilişkin olup daire kararı;

“1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesinin 4667 sayılı Kanun'la değiştirilen birinci fıkrasında, avukatlığın amacının; hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamak olduğu, aynı kanunla değiştirilen üçüncü fıkrasında ise yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait dernekler, noterler, sigorta şirketleri ve vakıfların avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorunda oldukları, kanunlarındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla bu kurumların avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunmakla yükümlü oldukları, bu belgelerden örnek alınmasının vekâletname ibrazına bağlı olduğu, derdest davalarda müzekkerelerin duruşma günü beklenmeksizin mahkemeden alınabileceğinin hükme bağlanmış olduğu,

Söz konusu düzenleme ile maddede sayılan kurum ve kuruluşlara, avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak, kanunlardaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunmak yükümlülüğü getirilmiş, incelemeye sunulan belgelerden örnek alınması vekâlet ibrazına bağlanmıştır. Ayrıca derdest davalarda müzekkerelerin duruşma günü beklenmeksizin mahkemeden alınabileceği belirtilmek suretiyle, adli makamlarca bir husus hakkında başka dairelere yazılan yazıların duruşma gününden önce avukatlar tarafından mahkemeden alınabilmesine,

³⁸⁷ YAVUZ, a.g.e., s.129; Ahmet EROL, **Dilekçe Hakkı ve Bilgi Edinme Hukuku**, Şen Matbaa, Ankara 2007, s.24.

³⁸⁸ YAVUZ, a.g.e., s.129.

³⁸⁹ Danıştay 1. Dairesinin 10.04.2002 tarihli 2002/26 E. ve 2002/52 K. Sayılı Kararı.

müzekkere ile istenilen hususların takip edilmesi, çabuklaştırılması ve ilgili kuruluşlardan bilgi ve belge toplanması sağlanarak yargılama sürecinin çabuklaştırılmasına ve uyuşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesine yardımcı olunmasına olanak sağlanmak istenilmektedir.

4667 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde ve madde gerekçelerinde de avukatlara görevlerini yerine getirmelerine yardımcı olacak kuruluşlara açıklık getirilerek bu kuruluşlardan bilgi ve belge toplayabilme yetkisinin verildiği belirtilmektedir.

Bu hükümlere göre avukatlar, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde çözümlenmesi, hukuk kurallarının tam olarak, adalet ve hakkaniyete uygun biçimde uygulanması amacıyla görevlerini yerine getirirlerken maddede sayılan mercilere kendilerine yardımcı olma zorunluluğu getirilmiştir. Buradaki yardımcı olma zorunluluğu, avukatlık görevinin yerine getirilmesiyle sınırlıdır. Ayrıca bu kurumlara kanunlarındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunma yükümlülüğü de getirilmiştir. Görüldüğü üzere yasa hükmüyle kanunlardaki özel hükümler saklı tutulmuş ve avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgelerden söz edilmiş bulunmaktadır. Bu durumda avukatın gerek duyduğu bilgi ve belge ifadesinin ne anlama geldiği, bu ifadeye hangi amacı sağlamak üzere yer verildiği üzerinde de durulması gerekmektedir,

1136 sayılı Kanun'un 163. maddesinde, avukatlık sözleşmesinin belli bir hukuki yardımı kapsamı gerektiği, yazılı olmayan anlaşmaların genel hükümlere göre ispatlanacağı, Yalnız Avukatların Yapabileceği İşler başlıklı 35'inci maddesinde, gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmenin, savunmanın, adli işlemleri takip etmenin, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemenin avukatlara ait olduğu belirtilmiştir.

1136 sayılı Kanun'un 2. maddesi ve yukarıda anılan diğer hükümleri ile Medeni Kanun'un 2. ve 3. maddeleri hükümleri dikkate alındığında, avukatlara bilgi ve belge toplayabilme yetkisi veren hükümlerin genel sınırları ortaya çıkmış olmaktadır. Buna göre maddede sayılan kurum ve kuruluşların, avukatlara görevlerinin yerine getirilmesi kapsamında, müvekkilinin hukukunu savunabilmesine, haklarını dava etmesine, yargılama sürecinin çabuklaştırılmasına ve uyuşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesine, adli makamlarca bir husus hakkında başka dairelere yazılan yazıların duruşma gününden önce alınmasına, bu yazılarda istenilen hususların takip edilmesi ve

abuklaştırılmasına ve gerekli bilgi ve belgelerin toplanabilmesine yardımcı olmaları gerekmektedir.

1136 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 3. fıkrasında yer alan 'avukatın gerek duyduğu bilgi ve belge' ifadesinin anlam ve kapsamının da yukarıda belirtilen genel hükümler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmele birlikte, bu ifadede geçen 'gerek' sözcüğünün herhangi bir işin yapılabilmesinin bağlı bulunduğu şey anlamını içerdiği, gerekliliği açıklayan nedenlerin ise gerekçe sözcüğü ile ifade edildiği gözden uzak tutulmamalıdır. Gerek duymak, keyfi, hiçbir nedene bağlı olmaksızın bir şeyi istemek iradesi anlamına gelmemekte, herhangi bir işin yapılabilmesine bağlı bir istemi anlatmaktadır. Böyle olunca, avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri hangi işin yapılabilmesine bağlı olarak incelemek istediğini, gerekliliği açıklayan nedenlerle birlikte belirtmesi ve bu belgelerin incelemesine sunulması yasa hükmü gereğidir.

Burada dikkat edilmesi gereken bir başka husus da incelemeye sunma yükümlülüğüdür. İncelemeye sunma işlevi, bilgi ve belgenin bulunduğu kurum ve kuruluşta, gerektiğinde bir görevli eşliğinde, uygun bir yerde gerçekleştirilmelidir. İncelemeye sunma yükümlülüğünün, bilgi ve belgenin bulunduğu kurum ve kuruluş dışında bir yere veya şehire gönderilmesi suretiyle yerine getirilmesi söz konusu olamayacağından, avukatların gerek duydukları bilgi ve belgelerin veya bunların onaylı örneklerinin ya da fotokopilerinin adreslerine gönderilmesini istemeleri yasanın hükümlerine ve amacına uygun düşmeyecektir. Yasa koyucu, kurum ve kuruluşların bünyesinde inceleme olanağı tanıdığı belgelerden örnek alınmasını vekâletname ibrazına bağlı tutmuştur. Böylece genel sınırları, içeriği yukarıdaki açıklamalarla belirlenen bilgi ve belgelerden, kanunlarındaki özel hükümler saklı tutularak incelemeye sunulması zorunlu olanların avukatlarca yerinde incelenmesinden sonra, bu belgelerden gerekli görülenlerin tarih ve sayısı belirtilerek örnek alınması suretiyle bilgi ve belge toplayabilme amacının sağlanması gerçekleşecektir''³⁹⁰ şeklinde olup kanaatimizce avukatların bilgi ve belgeye ulaşma haklarının içeriğini ve sınırlarını açıklayıcı bir şekilde ortaya koymaktadır.

Bilgi Edinme ve Değerlendirme Kurulunun bir kararında³⁹¹, hastane baştabipliğine, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamında müvekkili adına başvuruda

³⁹⁰ (evrimii),www.emsal.danistay.uyap.gov.tr, 14.12.2017.

³⁹¹ Bilgi Edinme ve Değerlendirme Kurulunun 22.11.2004 E., 2004/176 K. sayılı kararı.

bulunan avukata, bahse konu belgelerin gizlilik kaydı içermesi nedeniyle verilmemesi Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'na aykırı bulunmuştur³⁹².

Bu kararlar, “silahların eşitliği ilkesi”nin yargı yerleri tarafından gözetildiğinin bir göstergesidir.

B. Delil Sunma Yönünden Davanın Taraflarının Durumu

Yargılama hukukunda genel olarak deliller kabul edilebilirlik ve bağlayıcılık yönünden iki gruba ayrılmaktadır³⁹³. Bunlardan birincisi, hâkimin üzerinde değerlendirme yapmadan kabul edeceği kesin deliller, ki belge, senet, ikrar ve yemin bu tür delillerdir, ikincisi ise kural olarak yargıcın değerlendirmesine açık ve olgusal gerçekliğin kanıtlanmasına yönelik araçlardır. Bilirkişi, tanık ve keşif ikinci grup delillerdendir. HMK'ye göre hâkim her iki gruptaki delillere başvurabilmektedir. Ancak 2577 sayılı Kanun'un 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na göndermede bulunduğu 31. maddesinde tanıklıktan söz edilmemesi nedeniyle İdare Mahkemeleri ve Danıştayda tanık dinlenmemektedir. İdari yargı makamları kendileri tanık dinlemedikleri halde, işlem dosyasında mevcut ve davalı idarenin personeli tarafından alınan tanık ifadelerine dayanarak karar verebilmektedirler. Soruşturma açılmasına karar veren kişi veya makamın görevlendirdiği muhakkik, soruşturmacı, ön inceleme gibi adlarla anılan kamu personeli, teftiş kurulu üyesi müfettişler, hakkında soruşturma yapılan kişiyi sorumluluk altında bırakabilecek şekilde ifade veren bir çok tanığı yemin verdirerek dinlemekte, soruşturulan kişinin tanık dinletme taleplerini ise, genelde tutanaklara bile geçirmemektedirler³⁹⁴. Soruşturma veya inceleme dosyasında bulunan tanık ifadelerinin verilecek karar üzerinde etkili olduğu durumlarda, davacının tanık dinletme isteminin kabul edilmemesi “silahların eşitliği ilkesi”ne aykırılık oluşturacaktır³⁹⁵.

Vergi yargılamasında ise, tanık dinlenmesi idari yargılamadan biraz farklı olarak düzenlenmiştir. Vergi Usul Kanunu'nun 3. maddesine göre “...*Vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır. Vergiyi*

³⁹² EROL, a.g.e., s. 180-181.

³⁹³ DEMİRCİOĞLU, a.g.e., s.256

³⁹⁴ DİNÇ, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre Silahların Eşitliği”, s.304.

³⁹⁵ DİNÇ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre Adil Yargılanma Hakkı*, s.180.

doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti yemin hariç her türlü delille ispatlanabilir. Şu kadar ki vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesi ispatlama vasıtası olarak kullanılamaz.” Dolayısıyla ispatla ilgili “B” fıkrasındaki bu ifadenin aksi çıkarımına göre vergiyi doğuran olayla ilgisi açık ve anlaşılır olan tanık ifadesi, vergi yargılamasında delil olarak kullanılabilir³⁹⁶. Vergi Usul Kanunu’nun mükerrer 378. maddesine³⁹⁷ göre “*Danıştay ve vergi mahkemelerinde yapılacak duruşmalarda, sav ve savunmanın gerekli kıldığı durumlarda, mahkeme vergi davasına konu olan tarhiyatın dayanağı incelemeyi yapmış bulunan inceleme elemanları ile mükellefin duruşmada hazır bulundurduğu mali müşaviri veya muhasebecisini de dinleyebilecektir*”.

2577 sayılı Kanun’un 18. maddesinin 3. fıkrasına göre “*duruşmalarda taraflara ikişer defa söz verilmesi gerekir. Taraflardan yalnız biri gelirse onun açıklamaları dinlenir, kimse gelmezse evrak üzerinde duruşma açmadan inceleme yapılır*”. Danıştay bir kararında³⁹⁸ duruşmaya katılan ve söz hakkını kullanarak beyanda bulunmayı isteyen davacı vekillerine bu hakkın tanınmamasını “adil yargılanma hakkı”nın ihlali olarak görmüştür.

Anayasa Mahkemesinin 03.06.2020 tarihli, 2017/32004 Başvuru numaralı kararında,

“Başvurucunun 2015 yılı Jandarma Genel Komutanlığı Dış Kaynaktan Sözleşmeli Subay Temini Sınavı ile Kara Kuvvetleri Komutanlığı Dış Kaynaktan Muvazzaf Astsubay Temini Sınavı’nda başarılı olduktan sonra güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması raporunun (güvenlik soruşturması) olumsuz olduğundan bahiste işlemlerinin sonlandırılmasına karar verildiğini,

Başvurucunun, işlemlerinin sonlandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle Ankara 13. İdare Mahkemesinde (Mahkeme) Jandarma Genel Komutanlığı ve Millî Savunma Bakanlığı (Bundan böyle İdareler olarak anılacaktır.) aleyhine iki ayrı dava açtığını, dava

³⁹⁶ DEMİRCİOĞLU, a.g.e., s.257.

³⁹⁷ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 29 Mayıs 2017.

³⁹⁸ Danıştay, 5. Dairesinin 29.09.2004 tarihli, 2004/291 E, 2004/3370 K Sayılı Kararı, YAVUZ, a.g.e., s.131; Celal KARAVELİOĞLU, **İdari Yargılama Usulü Kanunu (Açıklama ve Son İhtihatlarla)**, 6. Baskı, C: II (Madde 15-65), Karavelioğlu Yayın, Ankara, 2006, s. 1199-1202.

dilekçesinde güvenlik soruşturmasının -kanaatine göre- kendisi ile ilgili olmadığını, babasına ilişkin iddialarla ilgili olabileceğini belirtmek suretiyle iddialarını öne sürdüğünü,

İdarelerin yargılama sırasında Mahkemeye sundukları savunmalarında, dava konusu işlemlerin iptal sebebi olarak başvurunun güvenlik soruşturmasının olumsuz olduğunun belirtildiğini, fakat içeriğine ilişkin bir bilginin yer almadığının tespit edildiğini, başvurunun, İdarelerin savunmalarına karşı verdiği cevap dilekçesinde güvenlik soruşturmasının olumsuz olarak değerlendirilmesine sebep olan bilgilerin ne/neler olduğunun İdarelerin savunmaya ilişkin beyanlarında belirtilmediğini vurguladığını,

Mahkemenin 29/4/2016 tarihli ara kararları ile davalı İdarelerden dava konusu işlem ve işleme dayanak teşkil eden tüm bilgi ve belgelerin gönderilmesinin istenmesi üzerine Jandarma Genel Komutanlığı tarafından 2/6/2016 tarihli. Millî Savunma Bakanlığı tarafından ise 31/5/2016 tarihli ve gizli ibareli belgelerin Mahkemeye sunulduğunu,

Mahkemenin, her iki davayı da İdarelerce dava dosyasına sunulan, başvuru hakkında düzenlenen gizli ibareli belge ekinde güvenlik soruşturmasına ilişkin bilgi ve belgelere dayanarak reddettiğini, Mahkemenin karar gerekçesinde, başvurunun güvenlik soruşturmasının olumsuz olduğunu ifade ettiğini, davalı İdarelerin ülkenin en hassas kurumları olduğuna da vurgu yaparak başvurunun davalı İdareler bünyesinde çalışmasının sakıncalı olup olmadığını belirlemek konusunda İdarelerin geniş takdir yetkisi olduğunu belirttiğini,

Başvurunun, Mahkemenin ret kararına karşı güvenlik soruşturmasının içeriği hakkında kendisinin bilgilendirilmediği için hak arama özgürlüğünün engellendiği ve mahkeme kararının hukuka aykırı olduğu İddiasıyla Ankara Bölge İdare Mahkemesine (Bölge İdare Mahkemesi) istinaf başvurusunda bulunduğunu, Bölge İdare Mahkemesi istinaf başvurularının reddine karar verildiğini”³⁹⁹ sıraladıktan sonra esas hakkında yaptığı değerlendirmede,

“Anayasa’nın 36. maddesi uyarınca herkes iddia, savunma ve adil yargılanma hakkına sahiptir. Anayasa’nın anılan maddesinde adil yargılanma hakkından ayrı olarak iddia ve savunma hakkına birlikte yer verilmesi, taraflara iddia ve savunmalarını mahkeme Önünde dile getirme fırsatı tanınması gerektiği anlamını da içermektedir (Mehmet Fidan, B. No: 2014/14673, 20/9/2017, § 37).

³⁹⁹ Anayasa Mahkemesinin 03.06.2020 tarihli, 2017/32004 Başvuru numaralı kararı, para. 9-14.

Adil yargılanma hakkının unsurlarından biri de silahların eşitliği ilkesidir. Silahların eşitliği ilkesi davanın taraflarının usule ilişkin haklar bakımından aynı koşullara tabi tutulması ve taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması anlamına gelir. Ceza davalarının yanı sıra medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklara ilişkin hukuk davalarında ve idari davalarda da bu ilkeye uyulması gerekir (Mustafa Tuğrul, B. No: 2013/657,28/11/2014, § 32).

Çelişmeli yargılama ilkesi, silahların eşitliği ilkesi ile yakından ilişkili olup bu iki ilke birbirini tamamlar niteliktedir. Zira çelişmeli yargılama ilkesinin ihlal edilmesi durumunda davasını savunabilmesi açısından taraflar arasındaki denge bozulacaktır. Çelişmeli yargılamanın medeni haklara ilişkin davalarda da kabul ediliyor olması, medeni bir hakka ilişkin yargılamada tarafların duruşmada hazır bulunması da dâhil olmak üzere yargılamanın bütününe aktif olarak katılmalarını gerektirir (Tahir Gökatalay, B. No: 2013/1780,20/3/2014. §25).

Derece mahkemeleri nezdindeki yargılamalarda izlenen delil kuralları ve bunların yorumlanması kural olarak belirtilen hususların değerlendirilmesi açısından daha elverişli konumda olan söz konusu mahkemelere aittir. Bununla birlikte delillerin incelenme ve değerlendirilme yönteminin açık bir hakkaniyetsizlik veya keyfilik ihtiva etmesi ya da bu değerlendirmelerin silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri gözetilerek yapılmaması durumunda adil yargılanma hakkının gereklerine uygun bir delil değerlendirilmesinden söz edilemez (İsmail Ediş, B. No: 2012/354. 31/12/2014, § 34).

Öte yandan adil yargılanma hakkının güvencelerinden olan çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkeleri mutlak değildir. Bazı durumlarda birtakım zorunluluklar veya daha üstün değerdeki bir kamusal yarar gözetilerek bu ilkelerin gereklerinin belli ölçüde yumuşatılması ve bunlara aykırı tedbirler alınması mümkündür. Dolayısıyla çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine aykırı işlemlerin yapılması tek başına adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurmaz. Sözü edilen ilkelere aykırı işlemlerin adil yargılanma hakkını ihlal ettiğinden söz edilebilmesi için bu aykırılığın bir bütün olarak bakıldığında yargılamanın hakkaniyetini zedelemiş olması gerekir (Hacı Karabulut, B. No: 2017/1487K 9/10/2019, §32).

Çelişmeli yargılama ve silahtarın eşitliği ilkelerine aykırılığın yargılamanın hakkaniyetini zedeleyip zedelediği değerlendirilirken yargılamanın bütününe bakılması

gerekmektedir. Bu çerçevede çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine aykırılığın sonuçlarının yargılamanın ilerleyen safhalarında giderildiği veya en azından giderilme imkânının bulunduğu hâllerde söz konusu aykırılığın bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetinin zedelediği sonucuna ulaşılamayacak ve bu durumda adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinden söz edilemeyecektir (Hacı Karabulut, § 33).

Başvuru konusu olayda başvuru, sözleşmeli subaylık ve muvazzaf astsubay temini sınavlarında başarılı olmasına rağmen güvenlik soruşturmasının olumsuz olduğu gerekçesiyle işlemlerinin sonlandırılmasına ilişkin işlemlerin iptali talebiyle dava açmıştır. Başka bir deyişle dava konusu işlemin temelinde güvenlik soruşturmasının içeriği yer almaktadır. Başvurucunun güvenlik soruşturmasına ilişkin savunmalarını yapabilmek ve iddialarını ileri sürebilmek açısından güvenlik soruşturmasının içeriğinden haberdar olması büyük önem taşımaktadır. Aksi durumda başvurucunun İdarelerin güvenlik soruşturmasının içeriğine dayanarak tesis ettikleri işlem ve dosya içeriğindeki savunmaları karşısında zayıf ve dezavantajlı bir konuma düşeceği açıktır.

Başvurucu, dava dilekçesinde İdarelerin savunmasına karşı sunduğu cevap dilekçesinde ve davanın reddi üzerine istinaf istemli dilekçesinde güvenlik soruşturması içeriğinden haberdar olmadığını vurgulamıştır. Başvurucunun çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine aykırı bir uygulamaya maruz kaldığı açıktır. Ancak bu aykırılığın adil yargılanma hakkı bakımından bir ihlale yol açığının söylenebilmesi İçin bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedeleyip zedelediği değerlendirilmelidir.

Somut olayda Mahkemece davalı İdarelerden işlemlere esas alınan bilgi ve belgelerin gönderilmesinin talep edilmesine karar verilmesi üzerine başvuru hakkında gizli ibareli bilgi ve belgeler İdareler tarafından dava dosyasına sunulmuştur. Mahkeme de gizli ibareli olarak sunulan belgeleri esas almak suretiyle davanın reddine karar vermiştir. Dava dosyalarının Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi üzerinden incelenmesi sonucunda davalı İdareler tarafından dava dosyasına sunulan gizli ibareli belgelerin başvurucuya bildirildiğine veya incelettirilme imkânı verildiğine dair herhangi bilgi ya da belgeye rastlanmamıştır.

Mahkeme tarafından gizli ibareli bilgi ve belgelerin başka şahıs ve makamların özel bilgileri ile şeref, haysiyet ve güvenliğinin korunması veya idarenin soruşturma metotlarının gizli tutulması ya da benzeri haklı görülebilecek hususlar nedeniyle başvurucuya verilmediğini gösterecek hiçbir argümanın ortaya konulmadığı değerlendirilmiştir. Ayrıca

anılan belgelerin başvuruçunun incelemesine açılmayacağına ilişkin herhangi bir karar alınmadığı ve bu belgelerden başvuruçunun haberdar edilmediği tespit edilmiştir.” şeklinde değerlendirme yapmış ve “belirtilen nedenlerle davalı İdareler tarafından sunulan ve mahkeme kararlarında hükme esas alınan gizli ibareli belgelere karşı başvuruçuya savunma yapma imkânı verilmemesi nedeniyle başvuruçunun silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin ihlal edildiği” sonucuna ulaşmış ve başvuruçunun Anayasa’ nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir”⁴⁰⁰. Bu karar, delil sunma ve mahkemeye sunulan delillerin incelenerek çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerinin nasıl uygulanması gerektiğini göstermesi bakımından Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı da göz önüne alındığında oldukça önemli bir karar olarak nitelendirilebilir.

C. Bilirkişilik Yönünden Davanın Taraflarının Durumu

Danıştay bir kararında bilirkişiliği⁴⁰¹ “hâkime, bir uyuşmazlığı çözmek için gerekli olan özel ve teknik bilgiyi sağlama amacına yönelik bir müessese” olarak tanımlamıştır⁴⁰². 03.11.2016 tarihli Bilirkişilik Kanunu’nda⁴⁰³ da bilirkişi, “ *çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde oy ve görüşünü sözlü veya yazılı olarak vermesi için başvuruçulan gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi*” olarak tanımlanmıştır.

2577 sayılı Kanun’un 31. maddesi⁴⁰⁴ ile idare mahkemelerinde bilirkişilik ile ilgili yapılacak işlemler bakımından Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 275-286. maddeleri arasında düzenlenen hükümlerine atıf yapılmıştır. 6100 sayılı Kanun’un 447’nci maddesi⁴⁰⁵ ile de, diğer kanunlarda 1086 sayılı kanuna yapılan yollamaların bu kanuna yani 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na yapılmış sayılacağı belirtilmiştir. Yine kanunun 31’inci maddesine 03.11.2016 tarih ve 6754 sayılı Kanun’un 22’nci maddesi ile bir fıkra eklenmiştir. Buna göre, “*bilirkişiler, bilirkişilik bölge kurulları tarafından hazırlanan listelerden seçilir ve bilirkişiler hakkında*

⁴⁰⁰ Anayasa Mahkemesinin 03.06.2020 tarihli, 2017/32004 Başvuru numaralı kararı, para. 37-46.

⁴⁰¹ Danıştay 7. Dairesinin 09.05.1996 tarihli, 1994/6125 E. ve 1996/1773 K. sayılı kararı.

⁴⁰² Zehra YAVUZ, a.g.e., s.131.

⁴⁰³ (Çevrimiçi), www.mevuat.gov.tr, 29 Mayıs 2017.

⁴⁰⁴ (Çevrimiçi), www.mevuat.gov.tr, 29 Mayıs 2017.

⁴⁰⁵ (Çevrimiçi), www.mevuat.gov.tr, 29 Mayıs 2017.

Bilirkişilik Kanunu ve 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanır”⁴⁰⁶.

Özel hukuk ve ceza davalarında, tarafların talebi ile bilirkişi incelemesi yapılabilirken, idari davalarda hâkim tüm aşamalarda etkin bir konumda olup tarafların talepleri olsun veya olmasın uyuşmazlığı çözebilmek adına her türlü inceleme ve araştırmayı kendiliğinden yapmaktadır. Bilirkişi incelemesi de mahkeme tarafından kendiliğinden yapılmaktadır. Uyuşmazlığın çözümü amacıyla özel ve teknik bir bilginin gerekip gerekmediğine, yani bilirkişiye başvurulup başvurulmayacağına da hâkim kendiliğinden karar vermektedir. Bu durumun davacı açısından bilirkişi talep hakkı ve bilirkişinin seçimine katkı yönünden sınırlama oluşturduğu ifade edilmektedir⁴⁰⁷.

Danıştay bir kararında⁴⁰⁸, “1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesi ile yollamada bulunulan bilirkişiliğe ilişkin maddelerinden hareketle, bilirkişilik müessesesinin, hâkime, önüne gelen bir uyuşmazlığı çözmek için gerekli olan özel ve teknik bilgiyi sağlamak amacını taşımakta olduğunu, hâkimin bilirkişi raporunu serbestçe takdir ederek bu raporun aksine de karar verebilmesinin mümkün olduğunu, raporun aksine karar verebilmesinin, hâkimin, kendisini bilirkişi yerine koyması anlamına da gelmediğini çünkü bilirkişi raporunun sonucunun, davayı sona erdirecek nitelikte bir karar olmadığını, uyuşmazlığı çözen kararı verme görev ve yetkisinin sadece hâkime ait olduğunu” belirtmiştir.

Danıştay aynı kararında,⁴⁰⁹ “bilirkişi raporundaki açıklamaların, kararda sözü edilen mevzuat değişiklikleri gözetilmeden, yalnızca 19.7.1972 tarih ve 1615 sayılı Gümrük Kanunu dikkate alınarak yapıldığını, sınavda sorulan soruların yürürlükten kaldırılan mevzuata göre hazırlandığının dikkate alınıp bilirkişilerden konunun yeniden değerlendirilmesinin istenmesi gerektiği halde bilirkişilerin bu hususta bir inceleme yapmadıklarını, mahkemenin eksik bilgiye dayalı olarak hazırlanan bilirkişi raporunu esas

⁴⁰⁶ (Çevrimiçi), www.mevuat.gov.tr, 29 Mayıs 2017.

⁴⁰⁷ DERYAL, a.g.e., s. 3, ANAKLI, a.g.e., s. 131.

⁴⁰⁸ Danıştay, 10. Dairesinin 2002/3573 E. ve 2005/367 K. Sayılı Kararı, (Çevrimiçi), www.emsal.danistay.uyap.gov.tr, 14.12.2017

⁴⁰⁹ Danıştay 10. Dairesinin 2002/3573 E. ve 2005/367 K. Sayılı Kararı, (Çevrimiçi), www.emsal.danistay.uyap.gov.tr, 14.12.2017

almak suretiyle davayı reddettiğini, bu nedenle temyize konu mahkeme kararında hukuki isabet bulunmadığını” belirtmiştir.

Danıştay başka bir kararında⁴¹⁰, 2577 sayılı Yasa’nın 31. maddesinin yollamada bulunduğu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uyarınca mahkeme tarafından davacının talep ettiği ayrılma tazminatının miktarının hesaplanması amacıyla bilirkişi incelemesi yaptırıldığını, ancak bu konuda hazırlanan bilirkişi raporunun taraflara tebliğ edilmediğini, taraflara bilirkişi raporuna karşı görüş bildirme ve itiraz haklarını kullanma olanağı tanınmaksızın davanın karara bağlandığını, böylece kanunun emredici kuralına açıkça aykırılık nedeniyle kararın hukuka aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu bir kararında⁴¹¹, “2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 20. maddesinin 1. fıkrasında Danıştay ile İdare ve Vergi mahkemelerinin, bakmakta oldukları davalarda re’sen araştırma ilkesini uygulayacaklarının belirtildiğini ve bu ilke uyarınca idari yargı yerlerinin, iddia ve savunmalarda ortaya konan maddi durumun gerçeğe uygun olup olmadığını serbestçe araştırabileceğini, tarafların hiç değinmedikleri olayları ve maddi unsurları araştırıp maddi olayın çözümü için gerektiğinde bilirkişi incelemesi de yaptırabileceklerini ifade ederek bu nedenle iddialarının doğruluk derecesi yönünden bilirkişi incelemesi yaptırılmaksızın sonuca ulaşılmasını” hukuka aykırı bulmuştur⁴¹². Başka bir davada⁴¹³ da aynı yönde karar vermiş ve “ 2577 sayılı İYUK m.20/1’de, Danıştay ile İdare ve Vergi mahkemelerinin bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapacakları ve aynı kanunun 31. maddesiyle atıf yapılan HMUK md.275’te, mahkemelerin çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar vereceğini, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği, genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda ise bilirkişiye başvurulamayacağının kurala bağlanmış olduğunu, olayda, hazır beton üretiminde kullanılan çimento, su, agrega gibi temel girdilerden hareketle yapılacak randıman incelemesi sonucunda kayıt dışı üretim bulunup tespiti özel ve teknik bilgiyi

⁴¹⁰ Danıştay, 8. Dairesinin, 25.06.1997 tarihli, 1995/3742 E. ve 1997/2289 K. sayılı kararı, (Çevrimiçi), www.emsal.danistay.uyap.gov.tr, 14.12.2017

⁴¹¹ Vergi Dava Daireleri Genel Kurulunun 21.02.1997 tarihli, 1995/209 E. ve 1997/124 K. sayılı kararı.

⁴¹² YAVUZ, a.g.e., s.132.

⁴¹³ Vergi Dava Daireleri Genel Kurulunun 14.10.2005 tarihli, 2005/102 E. ve 2005/118 K. sayılı kararı.

gerektirdiğinden, uyuşmazlığın çözümü için bilirkişi incelemesi yaptırılmamasında hukuka uygunluk görülmediğini”⁴¹⁴ belirtmiştir.

Danıştay bir kararında⁴¹⁵, “bilirkişiliğin, hâkime, önüne gelen bir ihtilaflı çözmek için gerekli olan özel ve teknik bilgiyi sağlamak amacına yönelik bir müessese olduğunu, uyuşmazlığın çözümü için, özel ve teknik bilginin gerekli olup olmadığını, dolayısıyla da bilirkişiye başvurulup başvurulmayacağını hâkimin takdir edeceğini, bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verilmekle, ihtiyaç duyulan teknik bilgi, açıklama ve belirlemelerin bilinmesinin amaçlanmakta olduğunu ve yapılan tespitler sonucu, bilgi ihtiyacı giderilerek karar verme aşamasına gelindiğini,

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 31. maddesiyle atıfta bulunulan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun ilgili madde hükümlerinden de anlaşılacağı üzere, bilirkişinin tarafsız, güvenilir, her iki tarafça da isminde mutabık kalınan kişiler arasından seçilmesi gerektiğini,

Bu duruma göre bağımsız ve tarafsız olan mahkemelerin kararlarının, taraflara ve topluma güven vermesi, onları tatmin etmesi bakımından, mahkeme kararına dayanak oluşturan bilirkişi raporlarının da kanunların öngördüğü usullere göre hâkimlerce seçilmiş, davacı ve davalıyla ilgisi olmayan, tarafsız bilirkişilerce düzenlenmesinin zorunlu olduğunu,

Aksi bir uygulamanın, karara dayanak alınmak üzere mahkemece yaptırılması gereken bilirkişi incelemelerinin taraflarca yaptırılması ve bu suretle karar verilmesinin, yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağı yolundaki temel anayasal ilkeye ters düşeceği gibi toplumdaki yargıya güven duygusunu da zedeleyeceğini,

Olayda, ithal olunan eşyanın dâhil olduğu tarife ve istatistik pozisyonunun belirlenmesi bakımından mahkemece usulü dairesinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak ulaşılabilecek sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken bu yola gidilmeksizin ve davacı tarafından sunulan raporlardaki tespitler ile gümrük idaresince yapılan tahlil sonuçlarının birbirleriyle çelişkili olmaları hususu dikkate alınmaksızın davacı tarafından sunulan

⁴¹⁴ DERYAL, a.g.e., s.40.

⁴¹⁵ Danıştay, 7. Dairesinin 22.4.1999 tarihli, 1998/240 E ve 1999/1652 K Sayılı Kararı, (Çevrimiçi), www.emsal.danistay.uyap.gov.tr, 14.12.2017

raporlara itibar edilerek verilen mahkeme kararının hukuka aykırı olduğunu”⁴¹⁶ belirtmiştir.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, 18.11.2005 tarihli kararında, *“1995 yılı işlemleri incelenen yükümlü şirketin bir kısım hasılatını kayıt ve beyan dışı bıraktığı tespit edilerek adına re’sen salınan ağır kusur cezalı kurumlar vergisi ile hesaplanan fon payını kaldıran Vergi Mahkemesi ısrar kararının Vergi Dairesi Müdürlüğü tarafından temyiz edildiği bir davada*⁴¹⁷, *yazılı yargılama yöntemini benimseyen İYUK m.3-16-20-21. hükümleri gereğince yargılama aşamasında dosyaya taraflarca sunulan ve sunulması kabul edilen belgeler hakkında diğer tarafın görüşünün alınması ve hüküm verirken değerlendirilmesi gerektiğini, 2577 sayılı İYUK m.2/2 fıkrası gereğince, vergi mahkemelerinin, vergi dairesine ait vergi incelemesi ve karşıt inceleme yapma yetkisinin kullanılmasının hukuka uygunluğunu denetlemekle görevli olduklarını, vergi dairesinin yerine geçerek vergi incelemesi ve karşıt inceleme yoluyla defter kayıtlarının ve bu kayıtların dayanağı olan belgelerin gerçek duruma uygunluğunu araştıramayacaklarını, bu bakımdan mahkemece, davacının inceleme elemanına ibraz etmeyip mahkemeye sunduğu fatura örneklerinin davalı vergi idaresine tebliğ edilip uygun bir süre verilerek görüşü alındıktan sonra uyuşmazlığı karara bağlaması gerekirken, yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu tarhiyatın terkinini yolunda verilen kararın hukuka aykırı olduğunu*”⁴¹⁸ belirtmiştir.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, 18.06.2014 tarihli bir kararında, *“incelenen dosyada, davacıya anılan vergi tekniği raporuna atıfla düzenlenen vergi inceleme raporlarının tebliğ edildiğini ancak tarh nedenini, matrahın bulunuş yöntemini ve tarhiyatın dayanağına ilişkin bilgi ve belgelerin gösterildiği davacı hakkında düzenlenmiş vergi tekniği raporunun tebliğ edilmediğini,*

Vergi Usul Kanunu’nun 34. maddesinin, ikmalen ve re’sen tarh edilen vergilerin ilgilisine ihbarnameyle tebliğ edilmesine ilişkin düzenlemesine bağlı olarak, izleyen 35. maddesinin 2. fıkrasında varsa takdir komisyonu kararı veya inceleme raporunun birer suretinin ihbarnameye eklenmesini öngören düzenlemesinin, talep veya dava hakkının gereği gibi kullanılmasını amaçladığını, buradan, mükelleflerin uzlaşma, dava açma ve savunma gibi yasal haklarını kullanabilmeleri için tarhiyatın dayanağı olan ve tarhiyatın yapılma

⁴¹⁶ Danıştay, 7. Dairesinin 22.4.1999 tarihli, 1998/240 E ve 1999/1652 K Sayılı Kararı, (Çevrimiçi), www.emsal.danistay.uyap.gov.tr, 14.12.2017

⁴¹⁷ Vergi Dava Daireleri Genel Kurulunun 18.11.2005 tarihli, 2005/140 E. ve 2005/256 K. sayılı kararı.

⁴¹⁸ DERYAL, a.g.e., s.41.

nedeniyle matrah farkının tespitine ilişkin hesaplamaların nasıl yapıldığına dair açıklamaları içeren takdir komisyonu kararının, vergi inceleme raporunun ve tarhiyata dayanak alınan mükellef adına düzenlenmiş vergi tekniği raporunun ihbarnameye eklenmesi gerektiğini,

Davacının hangi suç ile isnad edildiğini öğrenme ve bu duruma göre savunma yapma hakkı elinden alındığı gibi kendisine ait bilgilerin verilmemesinin, 213 sayılı Kanun'un Vergi Mahremiyeti başlıklı 5. maddesi kapsamında da değerlendirilemeyeceğinden, sadece vergi ve ceza ihbarnamesiyle vergi inceleme raporu tebliğ edilmek suretiyle, işlemlerin dayanağı mükellef adına düzenlenen vergi tekniği raporunun davacıya tebliğ edilmemesinin davacı hakkında tesis edilen işlemi hükümsüz kılacak nitelikte esasa etkili bir şekil hatası olduğu halde, davacının bu konudaki iddiaları gözetilmeden davanın esası incelenerek verilen kararın hukuka aykırı olduğunu”⁴¹⁹ belirtmiştir.

Yukarıda belirtilen kararlar göz önüne alındığında, Danıştay daireleri ile İdari Dava Daireleri ve Vergi Dava Daireleri Genel Kurullarının, tarafın talebiyle bilirkişi incelemesi yapılamamasını göz önünde tutarak, somut olayda bilirkişi incelemesi yapılması gerekip gerekmediği konusunu ve bilirkişi raporuna karşı tarafların eşit koşullarda katılımını sağlamaya yönelik usullere uyulup uyulmadığını titizlikle incelediği görülmektedir.

D. Yasal Görevlilerin Yargılamadaki Rolü

Bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinde savcılık kurumu bulunmamakta olup bu mahkemelerde duruşmalarda savcının düşünce bildirmesi söz konusu değildir⁴²⁰. Bu nedenle, idari yargıda görülen bir davada, davanın tarafı haline gelen yasal görevlilerin üstlendiği rolün “silahların eşitliği ilkesi”ne aykırı olup olmadığı hususunun değerlendirebilmek için idari yargıdaki Danıştay savcısının ve Danıştay tetkik hâkimlerinin yargılamada üstlendikleri rolü incelemek gerekmektedir.

1. Danıştay Savcısının Görüş ve Kanıt sunması

⁴¹⁹ Vergi Dava Daireleri Genel Kurulunun 18.06.2014 tarihli, 2005/304 E. ve 2005/563 K. sayılı kararı.

⁴²⁰ YAVUZ, a.g.e., s.131; KARAVELİOĞLU, a.g.e., s. 1202.

2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 60. maddesine⁴²¹ göre, “ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştayda görülen davalarda, Danıştay Başsavcısı, incelediği dava dosyaları hakkındaki görüşlerini mahkemeye bildirmektedir”. Aynı kanunun 61. maddesinde⁴²² ise “ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştayda görülen davalarda, Başsavcının görevlendirmesi doğrultusunda, savcıların dava dosyaları hakkındaki görüşlerini verecekleri” belirtilmiştir. Maddenin 1. fıkrasında “savcıların, kendilerine havale edilen dosyaları Başsavcı adına inceleyerek, düşüncelerini bir ay içinde gerekçeli ve yazılı olarak verecekleri” düzenlenmiştir. Danıştay savcıları, bu süreleri geçirirlerse durumu sebepleriyle birlikte Başsavcıya bildirirler. 61. maddenin 2. fıkrasına göre, “Danıştay savcıları ilgili yerlerden Danıştay Başkanlığı aracılığıyla her türlü bilgileri isteyebilecekleri gibi işlem dosyalarını da getirebilirler”, 3. fıkrasına göre ise “dava daireleri ile idari ve vergi davaları genel kurullarınca gerekli görüldüğü takdirde, Danıştay savcıları önceden haber verilmek suretiyle düşüncelerini sözlü olarak da açıklayabilirler”.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 18. maddesinin 4. fıkrasına⁴²³ göre, “Danıştayda görülen davaların duruşmalarında savcının bulunması şart olup taraflar dinlendikten sonra savcı yazılı olarak düşüncesini açıklar. Savcının yazılı düşüncesini açıklamasının ardından, taraflara son olarak ne diyecekleri sorulur ve duruşmaya son verilir”. Danıştay Savcılığı, kamu adına mahkemeleri etkilemek maksadıyla oluşturulmuş bir kurum olduğundan 2577 sayılı Kanun'da taraflara savcılık görüşünü yanıtlayma olanağı veren böyle bir düzenleme yapılması “silahların eşitliği ilkesi”nin uygulanması bakımından yerinde olmuştur⁴²⁴.

2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 61/3 maddesinde⁴²⁵ ise “dava dairelerince gerekli görüldüğü takdirde, önceden haber verilmek suretiyle, düşüncelerini sözlü olarak da açıklarlar”. Danıştay savcılarının kendiliğinden topladığı bilgi ve belgeleri de ekleyerek mahkemeye bildirdikleri görüşlerinin davanın taraflarınca öğrenilip tartışılmasına olanak tanınmadan yargılamanın sonuçlandırılması, *Göç/Türkiye* ve

⁴²¹ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 31 Mayıs 2017.

⁴²² (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 31 Mayıs 2017.

⁴²³ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 31 Mayıs 2017.

⁴²⁴ DİNÇ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre Adil Yargılanma Hakkı*, s.176.

⁴²⁵ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 31 Mayıs 2017.

Borgers/Belçika kararlarının gerekçelerine göre, “silahların eşitliği ilkesi”nin ihlalini oluşturabilir⁴²⁶.

2. Danıştay Tetkik Hâkimlerinin Talepte Bulunmaları

Danıştay Kanunu’nun tetkik hâkimlerinin görevlerine ilişkin 62. maddesinin 1. fıkrasında⁴²⁷, tetkik hâkimlerinin; “*Danıştay Başkanının, daire ve kurul başkanlarının kendilerine havale ettikleri işleri inceleyerek daire veya görevli kurula gerekli açıklamaları yapmak, kendi düşünce ve görüşlerini sözlü ve yazılı olarak bildirmek, karar taslaklarını yazmak, gerekli tutanakları düzenlemek ve Danıştay Başkanı, kurul başkanı ve daire başkanının verecekleri diğer görevleri yerine getirmekle görevli oldukları*” düzenlenmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasında⁴²⁸ ise “*her daire ve kurulda, o daire veya kurul başkanı birinci sınıfa ayrılmış bir tetkik hâkimi, memurların görevlerine devamlarını, yetişmelerini ve verimli bir biçimde çalışmalarını, idare, dosya ve diğer yazı işleri ile tebligat işlerinin gecikmeden ve düzenli olarak yürütülmesini, Danıştay Başkanının, daire ve kurul başkanının vereceği diğer işleri yapmakla görevlendirileceği*” ifade edilmiştir.

Bu madde doğrultusunda tetkik hâkimleri duruşmalarda raporlarını okumakta, duruşmasız görülen davalarda talep ve görüşlerini gerekçeli olarak kararlara yazdırmaktadırlar. Görev yaptıkları daireden bağımsız olarak “davanın ya da temyiz isteminin kabulü veya reddi” doğrultusunda görüş açıklayıp istemde bulunmaktadır. Bu da tetkik hâkimlerinin mahkemenin yardımcısı konumunda olmaktan ziyade karar verecek mahkeme önünde istemde bulunan taraf konumuna düşmesine neden olmaktadır. Davalardaki işlevleri açısından Danıştay savcısı ile aynı kurumsal işlevleri üstlenmektedirler. Bu nedenlerle tetkik hâkimlerinin istemleri hakkında uygun bir süre tanınması suretiyle karar verilmeden önce yanıtlanması amacıyla taraflara gönderilmesi “silahların eşitliği ilkesi”ni gerçekleştirme bakımından önem arz etmektedir⁴²⁹.

⁴²⁶ DİNÇ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne göre Adil Yargılanma Hakkı*, s.177.

⁴²⁷ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 31 Mayıs 2017.

⁴²⁸ (Çevrimiçi), www.mevzuat.gov.tr, 31 Mayıs 2017.

⁴²⁹ DİNÇ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne göre Adil Yargılanma Hakkı*, s.178.

Danıştayın tetkik hâkimi görüşü doğrultusunda verdiği bir kararda⁴³⁰, tetkik hâkimi adil yargılanma hakkını Sözleşme’ye atıfta bulunarak, “*AIHS’in 6. maddesinin 1. fıkrasında herkesin gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar karşısında karar verecek olan yasayla kurulup bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davanın yasal bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir*” şeklinde tanımlamış, “*AIHM’ce bu hükme Sözleşme bağlamında, demokratik toplumlarda adaletin hakkaniyete uygun olarak yerine getirilmesi hakkı o denli bir önemli bir yere sahiptir ki 6. maddenin 1. paragrafının kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanması bu hüküm amaç ve hedefine uygun düşmez*” (Delcourt/Belçika, 17 Ocak 1970 tarihli karar, 25. paragraf) diyerek “*Sözleşme’nin 6. maddesi kapsamında tüm taraflara savunma hakkı verilmesi gerektiğini, karşı tarafın davete rağmen gelmemesi halinde, davacıya savlarını aktarması için söz hakkı verilmesinin ve birden fazla vekille temsil edilen davacının vekillerine makul bir süreyi aşmamak ve savunma hakkının kötüye kullanılmasına varmayacak şekilde savunma hakkının tanınmasının bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini*” belirtmiş, Danıştay dairesi de, “*davalı idareye tebligat yapıldığı halde, davalı idareyi temsilen gelen olmaması 2577 sayılı İdari Usul Yargılama Kanunu’na göre duruşma yapılmasına engel bir durum olmadığından, davacının vekillerine yukarıdaki esaslar doğrultusunda söz hakkı tanınması gerekirken, bu hakkın sınırlandırılması şeklinde gelişen olaylar nedeniyle duruşma yapılmamasının, ilgililere söz hakkı tanınmadan ve bu konudaki şikâyet yollarının tükenmesini beklemeden uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmesinin*” hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir.

⁴³⁰ Danıştay 5. Dairesinin 29.09.2004 tarihli, 2004/291 E. Ve 2004/3370 K. sayılı kararı; BAŞLAR, , a.g.e., s.145.

SONUÇ

Uluslararası bir sözleşme olduğu konusunda kuşku bulunmayan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, ülkemizde 1924 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde 10 Mart 1954'te 6366 sayılı kanun ile onaylanmış ve onay belgesinin Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne verildiği 18 Mayıs 1954 tarihinde iç hukukumuza bir kanun olarak girmiştir⁴³¹. 1961 ve 1982 Anayasalarında da benzer bir düzenleme yapılmış ve “usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir” denerek ülkemiz tarafından tanınan ve Sözleşme'de belirtilen hak ve özgürlükler tanınmıştır. Sonrasında bizim için önemli olan gelişme yaşanmış ve 28 Ocak 1987'de Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna bireysel başvuru hakkı tanınmıştır. Bu tanıma üç yıllık süre için kabul edilmiş, Türkiye, 11. Protokolün yürürlüğe girmesine değin(01 Ocak 1998) Komisyon'a bireysel başvuru hakkını, bir başka deyişle Komisyon'un bireysel başvuruları kabul yetkisini üçer yıllık süreler için uzatmıştır⁴³². 25 Eylül 1989 tarihinde ise Türkiye Avrupa İnsan Hakları Divanının yargı yetkisini ilk kez tanımış ve izleyen dönemde bu tanımayı üç yılda bir yenilemiştir⁴³³. Bugüne kadar geçen süre içerisinde Sözleşme 14 Ek protokol (henüz yürürlüğe girmeyen 15. ve 16. Protokoller hariç) ile çeşitli değişikliklere uğramış ve ülkemiz tarafından da bu ek protokoller AİHS Ek Protokolü'nün 2. maddesi ile 4, 7 ve 12 no'lu Protokoller hariç olmak üzere⁴³⁴ Türkiye tarafından onaylanmış ve yürürlüğe girmiştir. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divanı, 1 Kasım 1998'de yürürlüğe giren 11. Ek Protokolle kaldırılmış, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tam zamanlı çalışan bir mahkeme statüsüne kavuşmuş ve AİHM' nin yargı yetkisini tanımak Sözleşme'ye taraf

⁴³¹ Yasemin ÖZDEK, **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye**, İkinci Baskı, KırmızıKalem Yayınları, İstanbul, Aralık 2004, s. 77.

⁴³² A.g.e., s.79.

⁴³³ A.g.e., s.79.

⁴³⁴ Tahir MURATOĞLU “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kuruluşu, Görevleri ve Yargılama Usulü”, **TAAD**, Yıl:7, Sayı:27 (Temmuz 2016), s.313, (Çevrimiçi), www.taa.gov.tr, 25 Nisan 2018.

devletler için zorunlu hale geldiğinden⁴³⁵ Türkiye bu tarih itibariyle AİHM' nin yargı yetkisini zorunlu ve süresiz olarak tanımıştır⁴³⁶.

2004 yılından önce karşıt görüşler⁴³⁷ olsa da doktrinde ve uygulamada Sözleşme'nin iç hukukumuzun bir parçası olduğu, Anayasa'nın 90. maddesine 07 Mayıs 2004 tarihinde yürürlüğe giren 5170 sayılı kanunun 7. maddesi ile eklenen *"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."* hükmünden sonra bunun daha da belirginleştiği ve yargı kararlarında da Sözleşme hükümlerinin ve AİHM kararlarının dikkate alınarak hüküm kurulmaya çalışıldığı açıkça görülmektedir.

Tüm yargı alanlarına kısaca göz atıldığında, geçen yıllar içerisinde temel kanunlar olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 12 Ekim 2004 tarih ve 25611 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak 1 Haziran 2005 tarihinde, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu 17 Aralık 2004 tarih ve 25673 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu 04 Şubat 2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu kanunlarda günümüze kadar uygulamadaki aksaklıkları gidermek adına birçok değişiklik yapılmış, 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu'nda ise yürürlüğe girdiği 1982 yılından beri pek çok önemli değişiklik

⁴³⁵ Kemal GÖZLER, **İnsan Hakları Hukuku**, 2.Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, Ekim 2018, s.499.

⁴³⁶ ÖZDEK,a.g.e., s.81-83.

⁴³⁷ Ayrıntılı görüşler için bkz. Sevin TOLUNER, **Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler**, İÜHF Yayınları, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1973, s.589-596; Seha.L. MERAY, **Devletler Hukukuna Giriş**, 1. Cilt, 3.Baskı, Fakülteler Matbaası, Ankara, 1968, s.131-132; Bekir T.BALTA, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye", **Türkiye'de İnsan Hakları Semineri**, AÜHF Yayınları, Ankara, 1980, s.278; Hüseyin PAZARCI, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, I. Kitap Turhan Kitapevi, Ankara, 2001, s.31-34; Aslan GÜNDÜZ, "Eroding Concept of National Sovereignty:The Turkish Example" **Avrupa Topluluğu Araştırma Dergisi**, Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü, 1/1-2, 1991, s.152; Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, 6.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara,2000, s.381; Ayşe Füsün ARSAVA, **Avrupa Topluluğu Hukuku ve Bu Hukukun Ulusal Alanda Uygulanmasından Doğan Sorunlar**, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1985, s.443, Sait GÜRAN, "Egemenlik Ulusu'ndur Üstünlük Anayasa'dadır", **Anayasa Yargısı Dergisi**, 17. Cilt, sayı 155, 2000, s.43-62; Yılmaz ALİFENDİOĞLU, **Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s.48; Rona AYBAY, "Türk Hukukuna Göre Uluslararası Antlaşmalarla Kanunlar Arasındaki Altlık-Üstlük İlişkisi", **II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi:İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri**, Ankara, 10-14 Mayıs 1993, s.283-286; Kemal GÖZLER, "İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstütlüğü Sorunu", **Türkiye' de İnsan Hakları**, TODAİE, Ankara,2000,s.39

yapılmıştır. Bu kanunların tümü yapılırken gerek ulusal gerek uluslararası alanda temel hak ve özgürlükler alanında yaşanan gelişmeler dikkate alınmış, AİHS de göz önünde bulundurulmuş bu husus yapılan değişikliklerin gerekçelerinde de yer almıştır. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan kanun maddeleri ve mahkeme kararları ile AİHM kararları ışığında “adil yargılanma hakkı” içerisinde kendisine yer bulan “silahların eşitliği ilkesi” her geçen gün daha fazla önemsenmekte ve yargılamanın her safhasında adaletin tam anlamıyla gerçekleştirilebilmesi bakımından gerekli hale gelmektedir. İç hukuk kurallarında birçok değişiklik yapılmasına rağmen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuru ve verilen ihlal kararları dikkate alındığında⁴³⁸ uygulamada özellikle ceza yargılamasında ve özel hukuk yargılamasında hedefe ulaşıldığından ve her yargılamanın hakkaniyete uygun yapıldığından söz etmek mümkün görünmemektedir. Uygulamada karşılaşılan sorunların çözümü ve “silahların eşitliği ilkesi”nin her daim gözetildiği adil bir yargılamanın mümkün olması için bazı yasal düzenlemeler yapılması, ayrıca uygulayıcıların da eğitimine devam edilerek bilinçlendirilmeleri gerekmektedir. Bu kapsamda yapılabilecek düzenlemeler aşağıda açıklanmaya çalışılmıştır.

Ceza yargılamasına bakıldığında, öncelikle iddia makamını teşkil eden Cumhuriyet Savcılığının konumuna bir göz atmak gerekir. Ülkemizde, Cumhuriyet Savcılığı hâkimlikle aynı kanunda düzenlenmiş olup aynı statüye ve özlük haklarına sahiptirler. Hâkimlerle aynı adliye binaları içerisinde çalışmaktadırlar. Dava konusunda duruşma ve karar öncesinde avukatlara asla danışılmamaktadır. Doğrusu bu iken savcılarla bir araya gelinerek verilecek kararlar üzerinde hukuki tartışmalar yapılmaktadır. Duruşma salonuna aynı kapıdan girerek aynı platformda oturmaktadırlar. Kanunda aksi belirtilmesine rağmen uygulamada bazen duruşma bitiminde karar müzakeresi sırasında hâkimlerle birlikte duruşma salonunda kalmaya devam etmektedirler. Dolayısıyla hem kanun önünde hem de uygulamada savcılar, hâkim gibi görülmektedirler. Hâkimler ve Savcılar Kurulunun kararı ile herhangi bir sınava veya ölçüme tabi tutulmaksızın hâkimlik ve savcılık meslekleri arasında geçiş yapılabilmektedir. Oysa avukatlıktan hâkimliğe veya savcılığa geçiş, sınav ve

⁴³⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2019 Yılı İstatistikleri Değerlendirme Notu’ na ulaşmak için bkz. (Çevrimiçi), <http://www.inhak.adalet.gov.tr>, 05.05.2020.

sonrasında verilecek eğitimi başarı ile tamamlama koşuluna bağlanmıştır. 17.10.2019 tarih ve 7188 sayılı Kanunun 5. maddesi ile Hukuk Mesleklerine Giriş Sınavı ve İdari Yargı Ön Sınavı adı altında Noterlik, Avukatlık, Hakimlik ve Savcılık mesleklerine giriş için ortak bir sınav getirilmiş ise de, 2020-2021 öğretim yılında hukuk fakültelerine kayıt yaptıracak öğrenciler bakımından uygulanması gereken bu sınav hakkında maddede belirtilen yönetmelik henüz yayımlanmamış, bu sınavla hukuk eğitimi kalitesinin artırılması ve hukuk mesleklerini icra edecek kişilerin donanımlı bir biçimde yetiştirilmesi amaçlanmış olsa da sayıları artan hukuk fakülteleri, öğretim üyeleri ihtiyacındaki artış göz önüne alındığında kanaatimizce öncelikli olanın daha az sayıda ve nitelikli, adil yargılanma hakkının gereklerini özümsemiş öğrenci yetiştirmek olduğu yeterince dikkate alınmamıştır. Doktrinde kimi yazarlar⁴³⁹ savcılığın kaldırılmasını savunsalar da biz bu görüşte değiliz. Cumhuriyet Savcılığı CMK'deki düzenlemeler ışığında aslında adil yargılanmanın bir teminatıdır. Yapılması gereken savcılık kurumunu avukatlık mesleği benzeri bir düzenlemeye tabi kılmak, yine kamu personeli olsa bile bu mesleği hâkimlik mesleğinden tamamen ayırmaktır. Hâkimler ve Savcılar Kurulu da birbirinden ayrılmalı ve savcı atamalarını da yine bağımsız bir kurul yapmalıdır. Avrupa Birliğine üye bazı ülkelerde yargının yönetiminden sorumlu olan yüksek kurullar ve bu kurulların çalışma usulleri ile görev ve yetkileri hakkında Adalet Bakanlığı tarafından yapılan çalışmalara göre⁴⁴⁰, Almanya, Avusturya, Çekya, Finlandiya, İngiltere ve Lüksemburg'da, hâkim ve savcılarının mesleğe kabul, atama, yer değiştirme, özlük hakları, disiplin işlemleri vb. konularda görevli ve yetkili bir kurul bulunmamaktadır. Ancak, gerek bu ülkelerde, gerek kurul veya konsey adı altında oluşumların bulunduğu Belçika, Danimarka, Estonya, İrlanda, Fransa, Hollanda, İsveç, İspanya, İtalya, Litvanya, Macaristan, Malta, Portekiz, Polonya, Slovenya, Slovakya ve Yunanistan'da hâkim ve savcılıkların mesleğe kabulünden özlük

⁴³⁹ Hasan DURSUN, **Muhakemede Diyalektik ve Silahların Eşitliği**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.183.

⁴⁴⁰ “Hâkimler Ve Savcılar Yüksek Kurulu Örnekleri” isimli çalışmanın detayları için bkz. (Çevrimiçi), <http://www.abgm.adalet.gov.tr/yayinlar/belgeler/e-kutuphane/Baz%C4%B1AvrupaBirliğıÜlkelerindeYargınınYönetimindenSorumluOlanYuksekKurullar.pdf>, 06.05.2020, “Avrupa Birliğı Ülkelerinde Hâkimlik ve Savcılık Yüksek Yargı Organları Yargı Üst Kurulları” isimli çalışma için bkz.(Çevrimiçi), <http://www.abgm.adalet.gov.tr/yayinlar/belgeler/ABÜlkelerindeHâkimveSavcılıkYuksekYargıOrganlarıYargıUstKurullar%C4%B1.pdf>, 06.05.2020.

haklarının takibine kadar bazı konularda hâkimler ve savcılar arasında farklılıklar öngörülmüştür. Örneğin Almanya’ da hâkimlerin statüsü kanunla düzenlenirken bu çerçevede kanuna aykırı olmayacak şekilde hâkimlerin statülerini düzenlemek için eyaletlere kanun yapma yetkisi tanınmıştır. Savcılar açısından ise böyle bir statü tanınmamış olup savcılar Hollanda’da olduğu gibi devlet memuru olarak kabul edilmektedirler. Avusturya, Çekya, Danimarka, Estonya, İrlanda, Hollanda, İspanya, İtalya, İsveç, Litvanya, Malta, Macaristan, Portekiz, Polonya, Slovenya, Slovakya ve Yunanistan’da da kanuni düzenlemeler hâkimlerin bağımsızlığına ve statülerine yöneliktir. Finlandiya’da hâkimler, Adli Atamalar Kurulu’nun önerisi üzerine Bakanlar Kurulunun hazırladığı kararnamenin Cumhurbaşkanı tarafından onaylanması ile atanmaktadırlar. Başsavcı ve yardımcısı dışındaki savcılar ise hükümet tarafından atanmaktadır. Fransa’da atamalar Devlet Başkanı ve Adalet Bakanının da üye olduğu konsey tarafından yapılmasına rağmen hâkim ve savcıların atamaları iki ayrı bölüm halinde ele alınmaktadır. Cumhurbaşkanı ve Adalet Bakanı, disiplin konularında konsey toplantılarına katılamazlar. İngilterede ise siyasi partilerden bağımsız bir Anayasal İşler Departmanı bulunmakta olup savcıların statüsü ve atanma usulleri hâkimlerden ayrıdır. Bu çalışmalarda ele alınan ülkelerdeki ve özellikle Almanya, Hollanda ve İngiltere’de uygulanan sistem hâkimler ve savcılarının mesleğe kabul, atama, özlük hakları, yer değiştirme gibi konularda hâkimlik statüsünden yararlanmamaları gerektiği konusunda örnek teşkil etmektedirler.

Savcılarının da görevlerini her türlü etkiden uzak bağımsız ve tarafsız bir şekilde yapmaları gerekir. Savcılar görevlerini yaparken kamuyu temsil etseler de aynı zamanda savı mahkeme önüne getiren kişilerdir. Dolayısıyla şüpheli aleyhinde ve lehinde tüm delilleri mahkeme önüne getirmekle yükümlüdürler ve bu düzenlemenin devam ettirilmesi gerekir. Yoksa kamu davasının açılmasında tam bir karmaşa yaşanır. Herkesin kurallara bağlı olmaksızın delil toplayabildiği bir ortamda mahkemelerin hangi delili neye göre üstün tutarak karar vereceği sorunu ortaya çıkacaktır. Tabii ki bu saptamalar ceza yargılaması bakımından ele alınmaktadır. Ancak savcılarının soruşturmada etkin bir rol oynayabilmesi için her türlü etkiden uzak ve etkili bir soruşturma yürütmesi gerekir. Bu da ülkemizdeki savcılarının iş yükü de

dikkate alındığında tek başına üstesinden gelinecek bir sorun değildir. Bu durumda, savcılara yardımcı olacak savcı yardımcıları ve adli kolluk gündeme gelebilir. Çok iyi bir hukuk eğitimi almış olsa dahi insanların hayatları hakkında karar vermeye yetkili olan kişilerin aynı zamanda yeterli tecrübeye de sahip olması gerekir. Dolayısıyla, savcılık mesleğinin başında en az 3-5 yıl süre kadar savcı yardımcılığı görevinin ihdas edilmesi önemli olacaktır.

Öte yandan savcılıklara doğrudan bağlı bir adli kolluk birimi bulunmamaktadır. Zaten kovuşturma evresinde ağır ceza mahkemeleri haricinde duruşmalara katılmayan(Cumhuriyet savcılarının asliye ceza mahkemelerinde duruşmalara katılması 2020 adli yılı ile birlikte başlamıştır) ve etkin olmayan savcının soruşturma evresinde de etkin olmaması sanıklar hakkındaki iddialar mahkemeye getirilirken birçok hak ihlaline sebep olmakta, “silahların eşitliği ilkesi” de zarar görmektedir. Yürütme organına bağlı olarak görev yapan idari kolluk, yeri geldiğinde savcının emrinde adli kolluk olarak görev yapmaktadır. Ancak kolluk görevlileri tamamen yürütmenin kontrolünde olup sicil, maaş ve benzeri diğer tüm özlük hakları bakımından savcıların kolluk üzerinde herhangi bir yetkisi yoktur. Savcıya bağlı adli kolluk olması bizce sanıklar bakımından bazı teminatlar da getirebilir. Böylece, delillerin usulüne göre toplanması sağlanabilir, hukuka aykırı deliller soruşturma aşamasında bertaraf edilebilir. Ayrıca avukatlar da soruşturma aşamasına etkin olarak katılabilir. Örneğin bir olay yeri incelemesine katılabilir, delilleri yerinde inceleyebilir. Böyle bir düzenleme savcının lehe olan delilleri toplamadığı iddialarını da çürütecek ve savunma ile iddia makamları arasında denge sağlanacaktır.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nda, Cumhuriyet savcılarına verilen yetkilerin de kanun koyucunun savcıyı hâkimle aynı konumda görmesinden kaynaklı verildiği görülmektedir. CMK’nin 54. maddesinde yer alan savcıların tanıklara yemin verdirmesi, 63. maddesinde yer alan soruşturma aşamasında bilirkişi atanması, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, 76. madde uyarınca, *“bir suça ilişkin delil elde etmek maksadıyla, mağdurun vücudu üzerinde dış ve beden muayenesi yapılabilmesine veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilmesi”*, 83. maddesi uyarınca

savcı tarafından keşif yapılabilmesi, 119. madde uyarınca savcı tarafından arama yapılabilmesi, 127. maddesi uyarınca savcı tarafından el koyma kararı verilmesi, 139. maddesi uyarınca savcı tarafından gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, 140. madde uyarınca, savcı tarafından teknik araçlarla izleme, ses ve görüntü kaydı alma kararının verilmesi, aslında savcının hâkimle aynı statüde görüldüğünün göstergesidir. Bu durumda savcı delil toplarken hâkim gibi davranmakta ancak hâkimin sahip olduğu tarafsızlık duygusuna ve teminatlarına sahip olmamaktadır. Dolayısıyla taraflar arasındaki denge iddia makamı lehine bozulmaktadır. Ancak bu işlemleri yapma yetkisini savcıdan alma veya savunma makamına bu yetkileri tanımanın da çözüm olmayacağı değerlendirilmektedir. Adli kolluk teşkilatının kurulması ve hâkimler ile savcılar aynı ortamda görev yapmaması, bu yetkileri kullanırken savcılar kendilerini hâkim yerine koyma anlayışını yok edecektir.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nda yukarıda açıklanan düzenlemelerle “silahların eşitliği ilkesi”ne azami ölçüde yer verilmeye çalışılmıştır ancak bazı hususlarda halen eksiklikler mevcuttur. Kanunun 202. maddesi “(1) Sanık veya mağdur, meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmiyorsa mahkeme tarafından atanan tercüman aracılığıyla duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar tercüme edilir.

(2) Engelli olan sanığa veya mağdura, duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar, anlayabilecekleri biçimde anlatılır.” şeklinde düzenlenmiş, sadece esaslı noktaların anlatılacağı belirtilmiştir. İddia ve savunmada belirtilen hususların esaslı olup olmadığına kimin karar vereceği ise belirtilmemiştir. Belirtilse dahi kanundaki anlatım sorunlu olurdu. Çünkü bazen başkaları tarafından önemsenmeyecek küçük bir ayrıntı dahi sorunun çözümüne katkı sağlayabilir ve davanın seyrini değiştirebilir. Bu nedenle maddenin, iddia ve savunmanın tüm anlatımlarını içerecek şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

Uygulamada, soruşturma aşamasında şüpheli hakkında savcılıklar tarafından serbest bırakılma veya tutukluluk sonrasında tahliye kararları mağdurlara bildirilmemektedir. Bu karara karşı mağdurların itiraz hakkı da bulunmamaktadır. Oysa mağdur, suç teşkil eden eylemden doğrudan veya dolaylı olarak zarar görmüş

kişidir. Mağdurun yaşam hakkı ve kişinin özgürlük ve güvenlik hakkı bakımından bilgilendirilmesi ve ayrıca bu tür kararlara karşı itiraz hakkının savcıya tanındığı gibi mağdura da tanınması gerekir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na bakıldığında, “adil yargılanma hakkı”na ve “silahların eşitliği ilkesi”ne hizmet edecek düzenlemelerin büyük ölçüde yapıldığı görülmektedir. Özellikle, “hukuki dinlenilme hakkı”nın, kanunun 27.maddesinde tereddüte yer vermeyecek şekilde tanımlanmış ve açıklanmış olması “silahların eşitliği” bakımından önemlidir. *“Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür”*(HMK md.30). Ancak bunu yaparken, tarafların delillerini sunmasına ve delillerin tartışılmasına özen göstermelidir. Hızlı bir yargılama ne kadar önemli ise adaletin sağlanması bakımından objektif olunması ve maddi gerçekliğe ulaşılması da en az o kadar önemlidir.

Dava dışı çözüm yollarının geliştirilmesi açısından 22 Haziran 2012 tarih ve 28331 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak 23 Haziran 2013 tarihinde yürürlüğe giren Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, *“ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde”*(HUAK md.1/2. fıkra) uygulanmaktadır. *“Aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir.”*(HUAK md.1/2.fıkra son cümle)) denilerek bu konu, kanun kapsamı dışında bırakılmıştır. Sonrasında işveren ve işçi arasındaki uyuşmazlıkları çözmek için 25 Ekim 2017 tarih ve 30221 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak 01 Ocak 2018 tarihinde yürürlüğe giren ve 30 Ocak 1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununu yürürlükten kaldıran 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu çıkartılmış ve bu kanunun 3. maddesi ile *“bireysel sözleşmeye veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması”* dava şartı olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla kanunun gerekçesinde belirtildiği üzere, *“6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu uyarınca ihtiyari arabuluculuk kurumu hukuk düzenimizde yer almakla birlikte kanunun üçüncü maddesi ile, dava şartı olarak arabuluculuk kurumu ilk defa hukukumıza girmekte ve maddede yer alan uyuşmazlıklarda*

dava açmadan önce arabulucuya başvurulması bir zorunluluk olarak öngörülmektedir”⁴⁴¹. Kanunla amaçlanan adaletin hızlı bir şekilde gerçekleşmesi, uzun süren davalardan dolayı özellikle işçilerin mağduriyetlerinin önlenmesi, yargı yerlerinin iş yükünün azaltılarak makul sürede yargılamaların bitirilmesi olsa da uygulamada işçiler bakımından sorunlar yaşandığı, taraflar arasında tam bir denge sağlanmadığından işverenlerin maddi güçlerini kullanarak arabuluculuk görüşmelerinde etkili olmaya ve işçileri bir kısım haklarından mahrum etmeye çalıştıkları işçi örgütleri tarafından dile getirilmektedir. Bu tür sakıncaları olsa da uygulama yerleştikçe kanunun daha etkin uygulanacağı ve usul ekonomisine uygun, taraflar arasında dengenin sağlandığı bir duruma ulaşılabileceği kanaatindeyiz. Zaten kanun koyucu bu tür sorunların olabileceğini dikkate alarak bazı konuları kanun kapsamı dışında bırakmıştır. Örneğin, iş kazası ya da meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemleri ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları hakkında arabulucuya başvurulması zorunlu değildir. Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığının verilerine göre kanunun yürürlüğe girdiği 01 Ocak 2018 tarihinden 29 Aralık 2019 tarihine kadar 739255 anlaşmazlık için dava şartı olan zorunlu arabulucuya başvurulmuş, bunların 460090’ı anlaşma ile sonuçlanmıştır⁴⁴². Anlaşılamayan dosya sayısı ise 246797’dir. Yine Türk Ticaret Kanununun 5. maddesine eklenen ve 02 Ocak 2019 tarihinde yürürlüğe giren hüküm gereği arabulucuya başvurunun zorunlu olduğu ticari davalarda, 02 Ocak 2019 ile 19 Aralık 2019 tarihleri arasında, toplam başvuru 146.413 olup bu başvurulardan 73.046 dosya anlaşma ile sonuçlanmıştır. Tüm hukuk davalarını kapsayan ihtiyari başvuruda ise, toplam dosya sayısı 239927, anlaşma sağlanan dosya sayısı ise 217859 olup dosyaların % 97’sine tekabül etmektedir⁴⁴³. Bu da düzenlemenin doğru yönde ilerlediğini göstermektedir. Arabuluculuk kurumunun içinde barındırdığı eşitlik ve tarafasızlık ilkelerinin, yeterli ve iyi yetişmiş insan gücü tarafından doğru bir şekilde uygulandığı takdirde silahların eşitliği bakımından taraflar arasında denge sağlayabilecek bir kurum olduğunu değerlendirmekteyiz.

⁴⁴¹ (Çevrimiçi) <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss491.pdf>, 06.05.2020.

⁴⁴² (Çevrimiçi), www.adb.adalet.gov.tr, 18 Mayıs 2020.

⁴⁴³ (Çevrimiçi), www.adb.adalet.gov.tr, 18 Mayıs 2020.

İdari Yargılama Usul Kanunu'nda ise 3. maddede “Dava konusu kararın ve belgelerin asılları veya örnekleri dava dilekçesine eklenir. Dilekçeler ile bunlara ekli evrakın örnekleri karşı taraf sayısından bir fazla olur.” denmekte, davacının tüm iddialarının davalı idareye bildirilmesi amaçlanmaktadır. Ancak 16. maddenin 5. fıkrasında “Davalara ilişkin işlem dosyalarının aslı veya onaylı örneği idarenin savunması ile birlikte, Danıştay veya ilgili mahkeme başkanlığına gönderilir.” denmiş, davalı idarenin mahkemeye sunduğu belgelerin birer örneğini davacı tarafa gönderme yükümlülüğü düzenlenmemiştir. Dolayısıyla davacı taraf, davalının sunduğu delillere doğrudan ulaşamamakta ancak mahkemeden talep etme hakkı yargılamada her zaman saklı olduğundan inceleme isteğini mahkemeye sunabilmekte, bu da “silahların eşitliği ilkesi”ni ihlal etmektedir. Dolayısıyla bu durum kanunun 20. maddesi ile birlikte ele alınmalı, idare tarafından sunulan bilgi ve belgelerin çokluğu göz önüne alınmaksızın ve teknolojinin imkânlarından da yararlanılarak davacı tarafa, idarenin elindeki bilgi ve belgelere kolay erişim sağlanmalıdır.

Daha önce açıkladığımız üzere, idari yargılama, yazılı usule tabi olup idare mahkemeleri çoğu kez tanık dinletme taleplerini görmezden gelmekte, Danıştay da bu görüşü desteklemekte ve tanık dinletme konusundaki talepleri reddetmektedir. Her idari davada olmasa da bazen davacının iddialarını kanıtlayabilecek tek delili tanık beyanları olmakta bazen de davacının iddialarını tanıklar doğrulamakta ve desteklemektedir. En azından ortaya konan iddiaların desteklenmesi ve doğrulanması için tanık beyanlarına başvurulmasının yolu açılmalıdır. Böylece, iddiaların tek başına belgelerle kanıtlanamayacağı durumlarda, mahkemelerin, sadece idarenin elindeki belgelere dayanarak bir karar vermesinin önüne geçilecek ve birey ile devlet arasında başlangıçta zaten bireyin aleyhine olan eşitsizlik durumu bir nebze olsun giderilebilecektir.

İdari yargılama usulünde yürütmenin durdurulması kurumu ayrı bir yere ve öneme sahiptir. İYUK'un 27. maddesinin 2. fıkrası daha önce “...idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir” şeklinde iken 2 Temmuz 2012 tarih ve

6352 sayılı kanunun 57. maddesi ile değiştirilmiş, “*Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler. Uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerin yürütülmesi, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabilir. (Ek cümle: 21/2/2014-6526/17 md.)* Ancak, kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, naklen atama, görev ve unvan değişikliği, geçici veya sürekli görevlendirmelere ilişkin idari işlemler, uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerden sayılmaz. Yürütmenin durdurulması kararlarında idari işlemin hangi gerekçelerle hukuka açıkça aykırı olduğu ve işlemin uygulanması halinde doğacak telafisi güç veya imkânsız zararların neler olduğunun belirtilmesi zorunludur. Sadece ilgili kanun hükmünün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulduğu gerekçesiyle yürütmenin durdurulması kararı verilemez.” şeklinde düzenlenmiştir. 2012 yılında yapılan değişiklik idare karşısında zayıf durumda olan bireylerin korunması ve taraflar arasında denge sağlanması bakımından yerinde bir değişiklik olmuştur. Ancak, aynı fıkra 2014’te eklenen bölüm, bazı idari işlemleri, uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemler dışında sayarak mahkemelerin takdir yetkisini bu işlemlerde yürütmenin durdurulması bakımından adeta ortadan kaldırmıştır. Bu durumun düzeltilerek uygulanmakla etkisi tükenecek olan işlem kavramının takdirini mahkemelere bırakılması gerekir.

“Silahların eşitliği ilkesi”ni tüm yargı kollarında tam anlamıyla gerçekleştirebilmek için öncelikle yeteri kadar mahkeme olmalı, buralarda görev yapan hâkimler tam donanımlı ve iyi eğitilmiş olmalı, gerekirse hâkim yardımcılığı kurumu getirilerek hâkimlerin tamamen davalara odaklanması sağlanmalı, böylelikle dosya ve duruşma sayıları sınırlanmalıdır. Tarafların talep ve delillerini, yargılamanın en erken aşamasında mahkemeye sunması sağlanmalıdır.

KAYNAKÇA

- ABRAHAM, Henry J. :**The Judicial Process**, 4th edn., New York, Oxford University Press, 1988.
- ACU, Melek :“Bireysel Başvuruya Konu Edilebilecek Haklar”, TBB Dergisi, sayı 110, Ankara, 2014, sayfa 403-434.
- AĞAR, Serkan :“Adil Yargılanma Hakkı Perspektifinden 4811 Sayılı Vergi Barışı Yasası”, **TBB Dergisi**, Yıl 2005, sayı 59, sayfa 327-358.
- AKAD, Mehmet-VURAL
- DİNÇKOL, Bihterin-BULUT,
- Nihat :**Genel Kamu Hukuku**, 16. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2020.
- AKBULUT, Olgun :“Adil Yargılanma Hakkı,” **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Kemal OĞUZMAN’a Armağan, 2002/1, sayfa175- 207.
- AKCAN, Recep :**Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri**, Nobel Yayınları, Ankara, 1999.
- AKILLIOĞLU, Tekin :**İnsan Hakları**, A.Ü.S.B.F İnsan Hakları Merkezi Yay. No.17, Ankara, 1999.
- AKILLIOĞLU, Tekin :**İnsan Haklarının Korunması Alanında Uluslararası Temel Belgeler**, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1995.
- AKILLIOĞLU, Tekin :**İnsan Hakları -I- Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, A.Ü.S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 1995.
- AKIN, İlhan F. :**Kamu Hukuku**, 7. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 1993.
- AKINCI, Müslüm :**İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı**, Turhan Yayınevi, Ankara, 2008.
- AKTAN, Hamdi Yaver :“Yargıtay Uygulamasında Adil Yargılama İlkeleri,” **Adil Yargılanma Hakkı**, Nergiz Yayınları, İstanbul, 2004, sayfa 111- 126.
- ALBRECHT, Peter :“Hâkimin Bakış Açısından Ceza Muhakemesinde Tarafların Birlikte Etkileme Hakları,” Çev. İlker TEPE,

- Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Prof. Dr. Nurullah KUNTER'e Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, sayfa 457- 465.
- ALPAR, Erol :“23 Mayıs 2003 Tarihli Konuşma,” **Adil Yargılanma Hakkı**, Nergiz Yayınları, İstanbul, 2004, sayfa 283-289.
- ALTINSOY, Bülent : Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda İdari Davalara Bakan Yönüyle Kabul Edilebilirlik Kriterleri, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2015.
- ALTIPARMAK, Cüneyd :“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları”, **TBB Dergisi**, Yıl 2006, sayı 63, , sayfa 244-270.
- ALTIPARMAK, Kerem :“Due Process of Law” Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme’, AÜHFD 45(1-4), 1996, sayfa 219-250.
- ALTIPARMAK, Kerem :“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin Uygulama Alanı,” **AÜSBF Dergisi**, Cilt 53/1-4, sayfa 1-6.
- AMBOS, Kai :“AİHM ve Yargılama Hakları,” Çev. Yener ÜNVER, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Prof. Dr. Nurullah KUNTER'e Armağan, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2004, sayfa 15- 64.
- AMBOS, Kai :“Alman Ceza Muhakemesi İçin Avrupa Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülükler,” Çev. Mustafa R.ERDEM, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Prof. Dr. Nurullah KUNTER'e Armağan, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2004, sayfa 29- 152.
- ANAKLI, Ender :“Silahların Eşitliği İlkesi’’, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006.
- ANAR, Erol :**İnsan Hakları Tarihi**, Çiviyazıları, İstanbul, 2000.
- ASLAN, Nasi :**İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri**, Karahan Kitabevi, Adana, 2014.
- ASLAN, Volkan :“Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi”, **İÜHD**, Cilt:3 Sayı:2, 2012.

- AŞÇIOĞLU, Çetin :“Doğru ve Güvenli Yargılanma Hakkımız Var,” **Yargıçlar, Savcılar, Avukatlar Bu Söz Size**, Adalet Matbaacılık, Ankara, 1995.
- ATAR, Fahrettin :**İslam Yargılama Hukukunun Esasları**, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları No. 281, İstanbul, 2013.
- AYBAY, Rona :**Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi**, Türkiye Barolar Birliği (İnsan Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi) Yayınları:113, TBB İHAUM Dizisi: 7, Birinci Baskı, Ankara, Aralık 2006.
- AYDIN, M. Akif :**Türk Hukuk Tarihi**, 16. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- AYDIN, M. Akif :“Osmanlı Hukukunun Genel Yapısı ve İşleyişi”, **Türkler**, (Editör: Kemal Çicek-Salim Koca), C.10, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 2002.
- BALO, Yusuf Solmaz :“Kanunla İhtilafa Düşen Çocukların Yargılanması ve 4963 Sayılı Kanunla Çocuk Mahkemeleri Kanununda Yapılan Değişikliklerin Çocuk Ceza Hukukuna Etkisi”, **Adalet Dergisi**, Ekim 2003, sayı 17.
- BARDAK, Cengiz :**Ceza Muhakemesinde Hazırlık Soruşturması**, Yetkin Basımevi, Ankara, 1996.
- BAŞLAR, Kemal :“**Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**”, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, Mart 2008, s.5
(Çevrimiçi) www.anayasa.gen.tr, 20.04.2018.
- BATUM, Süheyl : **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye**, Kavram Yayınları, Ağustos 1996.
- BEKRİ, M. Nedim :“Adil Yargılanma Hakkının Unsuru Olarak Silahların Eşitliği İlkesi Ve Resmî Bilirkişi Sorunu”, **Adalet Dergisi**, Ocak 2009, sayı 33.
- BİNİŞ, Mine :“Vergi Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yolları ve Türkiye’ de Uygulanabilirliği,” **Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi**, cilt 5 no:2, 2013, sayfa 15-30, ISSN:2146-0817
- BLACKSTONE, Sir William:Commentaries on the Laws of England in Four Books, vol.1[1753](Çevrimiçi)http://files.libertyfund.org/files/2140/Blackstone_1387-01_EBk_v6.0.pdf, 20.07.2018.

- BLOOM, Barbara Lee : **The Organization of American States**, Infobase Publishing, New York, 2008.
- BODENHEIMER, Edgar : **Jurisprudence**, Universal Law Publishing Co.Pvt.Ltd, Delhi, 2001.
- BOZKURT, Enver -
KÖKTAŞ, Arif : **Avrupa Birliği Hukuku**, 7. Baskı, Ankara, Legem Yayıncılık, 2018.
- BOZKURT, Enver : **İnsan Haklarının Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü**, Ankara, Nobel Yayın Dağıtım, 2003.
- BOZKURT, Enver : **Uluslararası İnsan Hakları Hukuku**, 3. Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara, 2018.
- BÜYÜKTAVŞAN
Muhammed Taha : “Kesinlik Sınırı Altındaki İdari Para Cezalarına Karşı İtiraz Yoluna Başvurulamamasının Cezai Konularda İki Dereceli Yargılanma Hakkı Bakımından İncelenmesi” **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl 6, Sayı 12, Aralık 2018, sayfa 279-313.
- CAN Neslihan : “Adil Yargılanma Hakkı Işığında Denetim Muhakemesine Başvuru Hakkı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi • Cilt 24, Sayı 2, Aralık 2018, sayfa 766-783.**
- CANDAN, Turgut : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı, Sempozyum**; 24-25 Ekim 2003, TBB, Ankara, 2006.
- CENGİZ, Serkan-
DEMİR AĞ Fahrettin : **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, TBB, Ankara, 2008.
- CENTEL, Nur –
ZAFER, Hamide : **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 16. Bası, Beta Yayınları İstanbul, 2019.
- CENTEL, Nur : “Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığı”, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2004, sayfa 199-210.
- Council of Europe : “International Protection of Human Rights, Strasbourg, 1989,” Çev. Çavuşoğlu, Naz, İnsan Hakları Avrupa

- Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, A.Ü.S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 1994.
- Council of Europe :**Bireysel Başvuruda İdari Yargıya İlişkin İhlal Kararları**, Haz. Mehmet Sadık YAMLI, Şen Matbaa, Ankara, 2016.
- COŞKUN, Sabri-
KARYAĞDI, Müjgan :**İdari Yargılama Usulü, Örnek İçtihatlar, Yorumlar**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001.
- ÇALIŞKAN, Bilal :“Makul Şüphenin Ötesinde” Adil Yargılanma Hakkı bağlamında AİHM’in Delil Değerlendirmesi”, **Adalet Dergisi**, Eylül 2009, sayı 35, sayfa 1-33.
- ÇEÇEN, Anıl :**İnsan Hakları**, Genişletilmiş Üçüncü Basım, Savaş Yayınları, 2000.
- ÇEÇEN, Anıl :**Türkiye’de İnsan Hakları**, TODAİ Yayınları, Ankara, 2000.
- ÇELİK, Adem :“Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkı ve Silahların Eşitliği İlkesi”, **Adalet Dergisi**, Mayıs 2008, sayı 31, sayfa 302-315.
- ÇELİK, Adem :“Makul Süre İçinde Yargılanma Hakkı”, **Adalet Dergisi**, Ocak 2008, sayı 30, sayfa 128-149.
- ÇELİK, Adem :**Adil Yargılanma Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.
- ÇELİK, Edip :“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türk Hukundaki Yeri ve Uygulaması,” **İHİD**, Prof. Dr. Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı, sayı: 1-3, İstanbul, 1988, sayfa 47-56.
- ÇELİK, Mustafa Selman :“Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru) Kabul Edilebilirlik İncelemesi ve Bu Kapsamda Önemli Zarar”, **Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)**, (Ed. Sevtap Yokuş), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- ÇINAR, Ali Rıza : “Hukuka Aykırı Kanıtlar”, **TBB Dergisi**, Yıl 2004, sayı 55, , sayfa 31-64.
- ÇINAR, Özgür Heval : **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk Hukukuna Etkisi**, İstanbul, 2005.

- ÇİÇEK, Erol : “AİHS m. 6 Adil Yargılanma Hakkı ve Türk Hukukunda Uygulanması”, **TBB Dergisi**, Yıl 2007, sayı 72, sayfa 234-246.
- ÇİÇEK, Erol : “AİHS m. 6 Adil Yargılanma Hakkı ve Türk Hukukunda Uygulanması” **TBB Dergisi**, S: 72, Eylül-Ekim 2007, sayfa 234-246.
- ÇULHA, Rıfat : “Müdafinin İnsan Haklarını Koruma Görevi ”, **TBB Dergisi**, sayı 2002/1, sayfa 129-155.
- ÇULHA, Rıfat : “Avukatın Hazırlık Soruşturmasındaki Rolü”, **Adil Yargılanma Hakkı**, Nergiz Yayınları, İstanbul, 2004, sayfa 213- 238.
- DAS BASU, Durga : **Constitution of India**, 8th edn., Vol. 3, Nagpur: LexisNexis Butterworths Wadhwa, 2009.
- De SMITH S.A. : **Constitutional and Administrative Law**, Penguin Books; 6Rev Ed edition, Londra, 1978.
- DEĞİRMENCİ, Olgun :“Ceza Muhakemesinde Tehlike İçinde Bulunan Tanığın Korunması”, **TBB Dergisi**, Yıl 2009, sayı 83, sayfa 73-122.
- DEĞİRMENCİ, Olgun :“Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları”, **TBB Dergisi**, Yıl 2008, sayı 77, sayfa 33-86.
- DEMİRAĞ, Fahrettin :“Anayasal Bir Kurum Olarak Askeri Yargı ve Anayasa Önerileri”, **TBB Dergisi**, Yıl 2008, sayı 75, sayfa 210-266.
- DEMİRAĞ, Fahrettin :“Hukuk Devleti Adil Yargılanma Hakkı Ve Askeri Yargı”, **TBB Dergisi**, Yıl 2005, sayı 59, sayfa 116-197.
- DEMİRAĞ, Fahrettin :“23 Mayıs 2003 Tarihli Konuşma,” **Adil Yargılanma Hakkı**, Nergiz Yayınları, İstanbul, 2004, sayfa 277-282.
- DEMİRCİOĞLU, Yaşar :**Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- DEMREN DÖNMEZ, Burcu :**Ceza Muhakemesi Hukukunda Çapraz Sorgu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.

- DERYAL, Yahya :**Türk Hukukunda Bilirkişilik**, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- DICEY, A.V. :Introduction to the study of the Law of Constitution, 3rd edn., Londra: Macmillan and Co, 1889. Aktaran MOTT, Rodney: **Due Process of Law**, New York: DA CAPO PRESS., 1973.
- DİNÇ, Güney :“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre Avukatla Savunma Hakkı” **TBB Dergisi**, Yıl 2004, sayı 55, sayfa 165-200.
- DİNÇ, Güney :“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Silahların Eşitliği,” **TBB**, Sayı;57, 2005, sayfa 283- 306.
- DİNÇ, Güney :**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ’ne göre Adil Yargılanma Hakkı**, İzmir Barosu Yayınları, İzmir, 2006.
- DOĞRU, Osman-
NALBANT Atilla :**İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi** (Açıklama ve Önemli Kararlar) 1.Cilt, Avrupa Konseyi, Şen Matbaa, Ankara, 2012.
- DOĞRU, Osman :“İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Savunma Hakkı,” **Hukuk ve Adalet-Eleştirel Hukuk Dergisi**, İstanbul, Legal Yayıncılık, sayfa 325-333.
- DOĞRU, Osman :**İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları-Cilt 3**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- DOĞRU, Osman :**İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları-Cilt 4**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- DOĞRU, Osman :**İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Cilt: 1**, Legal Yayınları, İstanbul, 2004.
- DOĞRU, Osman :**İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Cilt: 2**, Legal Yayınları, İstanbul,2004.
- DONAY, Süheyl :**İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- DURSUN, Hasan :**Muhakemede Diyalektik ve Silahların Eşitliği**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- EFE, Metin : **Anayasa Mahkemeleri Uygulamaları Kapsamında Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Şartları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

EKİNCİ, Hüseyin –

SAĞLAM, Musa

:**Sorularla Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014.

ENGELS, Friedrich

: **Köylüler Savaşı**, Eriş Yayınları, İstanbul, 2003.

ERDOĞAN, Gülnur

:**AİHM Kararları Işığında Medeni Yargıda Adil Yargılanma Hakkı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

ERDOĞAN, Mustafa

:**İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, 7. Baskı, Hukuk Yayınları, Ankara, 2019.

EREM, Faruk

:**CMUK Şerh**, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 1996.

ERGÜL, Ergin

:**Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması**, Yargı Yayınevi, Ankara, 2012.

EROL, Ahmet

:**Dilekçe Hakkı ve Bilgi Edinme Hukuku**, Şen Matbaa, Ankara 2007.

ERŞEN, Serkan

:“Bağımsız ve Tarafsız Mahkemede Yargılanma Hakkı”, **Adalet Dergisi**, Ocak 2009, sayı 33, sayfa 295-313.

ESEN ARNWINE, Selin

: “İspanya’da Bireysel Başvuru Yolu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 52, Sayı 4, Ankara, 2003, sayfa 249-271.

EVİK, Hakan Ali

:“1961 ve 1982 Anayasalarının İnsan Hakları Kavramına Yaklaşımı,” **Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan**, Yay. Haz. Murat Yusuf Akın, İstanbul, 2006, sayfa 935-947.

EVİK, Vesile Sonay

:“Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuk Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı,” **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Nurullah KUNTER’e Armağan**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2004, sayfa 283- 308.

FARBAY, Judith

:**The Law of Habeas Corpus**, Oxford University Press; 3. edition, Londra, 2011.

FENDOĞLU, Hasan Tahsin

: **Türk Hukuk Tarihi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2000.

FENDOĞLU, Hasan Tahsin

:“Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı”, **Ankara**

- Barosu Dergisi**, Sayı: 4, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2013.
- FEYZİÖĞLU, Metin :“Anglo-Sakson ve Anglo-Amerikan Hukuk Düzenlerinde Habeas Corpus Kurumu” **AÜHFD**, Cilt 44, 1995, Sayı 1-4, sayfa 665-688.
- FEYZİÖĞLU, Metin :“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6/3-a Uyarınca İsnadın Bildirilmesi ve Türk Hukuku,” **Adil Yargılanma Hakkı**, Nergiz Yayınları, İstanbul, 2004, sayfa 95- 110.
- FEYZİÖĞLU, Metin :“Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve İnsan Hakları Sözleşmesi,” **AÜHFD**, Cilt:48, 1999, Sayı:1- 4, sayfa 135- 163.
- FEYZİÖĞLU, Metin :**Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, US-A Yayıncılık, Ankara, 1996.
- FEYZİÖĞLU, Metin :**Tanıklık ve Dürüst Muhakeme**, US-A Yayıncılık, Ankara, 1998.
- GEDİK, Fırat : “Hukuk Dünyamızda Bir Yenilik: 5726 Sayılı Tanık Koruma Kanunu, ” **Güncel Hukuk Dergisi**, Şubat 2008/ 2-50, sayfa 12-17.
- GEMALMAZ, Haydar Burak :“AİHM Kararlarında Çapraz Sorgu,” **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Prof. Dr. Nurullah KUNTER’e Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, sayfa 393- 426.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih :**Latin Amerika’da İnsan Hakları**, Kavram Yayınları, 3. Basım, İstanbul 1994.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih :**Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 5. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005.
- GENEL, Erdoğan :“Adil Yargılanma Hakkı ile İlgili Olarak Askeri Yargı **Yargılanma Hakkı**, Nergiz Yayınları, İstanbul, 2004, sayfa 355- 365.
- GOMIEN, Donna-HARRİS,

- David- ZWAAK, Leo :**Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter**, Council of Europe Publishing, Germany, 1996.
- GÖLCÜKLÜ Feyyaz-
GÖZÜBÜYÜK, Şeref :**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, 13. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- GÖLCÜKLÜ, A.Feyyaz-
GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref :**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 5nci Bası, Ankara, 2004.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz –
GÖZÜBÜYÜK, Şeref : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz –
GÖZÜBÜYÜK, Şeref :**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz :“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Adil Yargılama,” **AÜSBFD, İlhan Öztrak’a Armağan**, Ocak-Haziran 1994, C.49, N.1- 2, sayfa 199- 233.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz :AİHD İçtihadına Göre Doğru Yargılanma ve Kanıtların Değerlendirilmesi, **İHMD**, Ekim 1994, Cilt II/Sayı 2, sayfa 2- 10.
- GÖREN, Zafer :“Anayasa Mahkemesine Kişisel Başvuru(Anayasa Şikâyeti)”, **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayınları:30, sayı: 11, Ankara, 1997, sayfa 97-135
- GÖZLER, Kemal :“Askeri Yargı Organlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Uygunluğu Sorunu,” **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt 21-22, 1999-2000, sayfa 77-93.

- GÖZLER, Kemal :**Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Cilt 1. 2.Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, Mart 2020.
- GÖZLER, Kemal :**İnsan Hakları Hukuku**, 2.Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, Ekim 2018.
- GÖZTEPE, Ece :**Anayasa Şikâyeti**, AÜHF Yayınları No:530, AÜHF Döner Sermaye Yayınları No:45, Ankara, 1998.
- GÖZTEPE, Ece :“Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, **TBB Dergisi**, sayı 95, Temmuz-Ağustos 2011, sayfa 13-40.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref :**Yönetmelik Yargı**, 37.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020.
- GRABENWARTER,Cristoph:“Yargılama Güvenceleri-Adil Yargılama Hakkı,” Çev.Osman CAN, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Prof.Dr.Nurullah KUNTER’e Armağan**, Seçkin Yayıncılık, Ankara , 2004, sayfa 181- 244.
- GÜLMEZ, Mesut :“Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri Ve Değeri”, **TBB Dergisi**, Yıl 2004, sayı 54, , sayfa 147-162.
- GÜLMEZ, Mesut :**Farklı Bakış Açılıyla İnsan Hakları Uygulamaları**, A.P.K. Dairesi Başkanlığı yay., Ankara, 2000.
- GÜLMEZ, Mesut :**İnsan Hakları ve Demokrasi Eğitimi**, TODAİE Yayınları, Ankara, 2001.
- GÜLŞEN, Recep :“Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Teknoloji,” **HPD**, S: 7, Temmuz 2006, sayfa 150-157.
- GÜNGÖR, Burak :“Silahların Eşitliği İlkesi ve Çelişmeli Yargılama Hakkı’nın Bireysel Başvuru Usulünde İncelenmesi” **Yayınlanmamış Doktora Tezi**, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2019.
- GÜRAN, Sait :“İfade Hürriyeti Üzerine İdare'nin Yetkileri”, İÜHF yayınlan, İstanbul 1969.
- GÜROL, Candaş :“Tanığın Korunması Müessesesi ve Adil Yargılanma Hakkı”, **TBB Dergisi**, Yıl 2005, sayı 60, sayfa 44-54.
- HANCI, İ.Hamit :**Bilirkişilik ve Çapraz Sorgu**,1. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2003.

HARRİS David, O'BOYLE

Michael, BATES Ed,

BUCKLEY Carla

:**Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Hukuku**(Çevirenler:Mehveş BİNGÖLLÜ KILCI-Ulaş KARAN), Birinci Baskı, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2013,

HOWE, Lowell

:**“The Meaning of “Due Process of Law” Prior to the Amendment of the Fourteenth Amendment**, 18 Cal. L. Rev. (1930), (Çevrimiçi)http://scholarship.law.berkeley.edu/californiala_review/vol18/iss6/1, 18.09.2018.

İNALCIK, Halil,

:**Devlet-i Aliyye**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2009.

İNCEOĞLU, Sibel

:**Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği**, Council of Europe-European Commission, Ankara 2007.

İNCEOĞLU, Sibel

:**İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı - Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler**, Tıpkı Dördüncü Bası, Beta Basım, İstanbul, Mart 2013.

İnsan Hakları

Avukatlar Komitesi

:**“Adil Yargılama Nedir? Yasal Standartlar ve Uygulamaya Yönelik Temel Rehber,” Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3**, Çev. Selman Dursun, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, sayfa 359-392.

JAIN, M.P.

:**Indian Constitutional Law**, 5th edn., Nagpur, LexisNexis Butterworths Wadhwa, 2005.

JAYAWICKRAMA, Nihal

: **The Judicial Application of Human Rights Law - National, Regional and International Jurisprudence**, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

KABOĞLU, İbrahim Ö.

:**Özgürlükler Hukuku**, 7. Baskı, İmge Yayınları, Ankara, 2013.

KALABALIK, Halil

:**İnsan Hakları Hukuku**, 5.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2017.

KALAĞAN, Gökhan

:**“İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Göre Adil Yargılamada Sanığın Hakları”**,

- TERAZİ**, S: 8, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Nisan 2007, sayfa 99-104.
- KAMER, Vehbi Kadri, :“Ülkemizde e Mukayeseli Hukukta Mağdura Yardım”, **TBB Dergisi**, Yıl 2008, sayı 77, sayfa 249-280.
- KAN AYDIN, Çağrı :“Adil Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak Susma Hakkı”, **TBB Dergisi**, Yıl 2010, sayı 91, sayfa 146-180.
- KAPANI, Münci :**İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları**, Yenilenmiş 3. Basım, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1996.
- KAPANI, Münci :**Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara, 2013.
- KAPICI, Ferhat :“Adil Yargılanma Hakkı,” **Adil Yargılanma Hakkı**, Nergiz Yayınları, İstanbul, 2004, sayfa 179- 194.
- KARACA, Süleyman :“Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun Üzerine Bir İnceleme” **Adalet Dergisi**, Nisan 2001, sayı 7.
- KARAKAÇ, Onurdoğan :“Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuruları İnceleme Usulü”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2015.
- KARAKEHYA, Hakan :“Ceza Muhakemesinin Amacı,” **İÜHFİM**, C: LXV, S: 2, Y: 2007, sayfa 121-141.
- KARAVELİOĞLU, Celal :**İdari Yargılama Usulü Kanunu (Açıklama ve Son İçtihatlarla)**, C: II (Madde 15-65), 6. Baskı, Karavelioğlu Yayın, Ankara, 2006.
- KARINCA, Eray :“Zehirli Ağacın Meyvası”, **TBB Dergisi**, Yıl 2012, sayı 99, sayfa 353-356.
- KAŞIKARA, M. Serhat :**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- KAYA, Abdulkadir :“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6/3 Maddesiyle Sanıklara Getirilen Haklar ve Güvenceler,” **Adil Yargılanma Hakkı**, Nergiz Yayınları, İstanbul, 2004, sayfa 393- 397.
- KAYA, Esra-

- YIRTIMCI, Kaan :“CMK’nin Getirdikleri (Genel Değerlendirme),” **Hukuk Gündemi**, S: 2, Ağustos 2005, sayfa 47-57
- KAYHAN, Mehmet :“İdarî Yargıda Gerekçesiz Kararlar, Silahların Eşitliği İlkesi ve Adil Yargılanma Hakkı”, **TBB Dergisi**, Yıl 2006, sayı 65, , sayfa 129-142.
- KAYHAN, Mehmet :Adil Yargılanma İlkesi ve Bilgi Edinme Hakkı, **Güncel Hukuk Dergisi**, Kasım 2005, Sayı:23, sayfa 38- 44.
- KAYILIOĞLU, Cemil :“Ceza Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller,” **Askeri Yargıtay Dergisi**, Yıl 2005, Sayı:17, sayfa 101- 126.
- KAZANCI-EKER, Behiye :“Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması Çerçevesinde Görüntülü ve Sesli İfade Alma,” **HPD**, S: 7, Temmuz 2006, sayfa 158-165.
- KILINÇ, Bahadır :“Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayınları: 57, sayı: 25, Ankara, 2008, sayfa 19-59.
- KILINÇ, Bahadır :“Federal Almanya’da Bireysel Başvuru(Anayasa Şikâyeti) Yolu”, (Ed. Bülent Yücel ve İlker Gökhan Şen), **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, sayı: 15, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2011.
- KİBAR, Recep :Türk Hukukunda Sanık Hakları, Yetkin Yayınları, Ankara,1997.
- KİLİ Suna-
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref :**Türk Anayasa Metinleri**, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., İstanbul, 2000.
- KİREMİTÇİ, Özgür : “Karşılaştırmalı Hukukta Bireysel Başvuru Kurumu”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2015.
- KOCA, Mahmut-
- ÜZÜLMEZ, İlhan :**Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- KOÇAOĞLU, S.Sinan :“Türk Ceza Muhakemesi Sisteminde Silahların Eşitliği İlkesini Gerçekleştirebilmek İçin Bir Reform Önerisi

- (Amerika Birleşik Devletleri Ceza Muhakemesi Sistemine Savunma ve Müdafî Perspektifinden Mukayeseli Bir Bakış)”, **TBB Dergisi**, Yıl 2011, sayı 92, sayfa 238-286.
- KOPARAN, M.Reşat :“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Işığında Adil Yargılanma Hakkı” **Adalet Dergisi**, Temmuz 2002, sayı 12, sayfa 163- 187.
- KUNTER, Nurullah-
YENİSEY, Feridun :**Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta, On Sekizinci Basım, İstanbul, Ekim 2010.
- KURU, Baki :**Medeni Usul Hukuku**, Cilt 1, Yetkin Yayınları, Ankara, Mart 2020.
- KUYAKSİL, Ali :**İnsan Hakları Bilgileri**, Ankara, Eylül Kitap&Yayınevi, 2002.
- KÜNHE, Hans-Heiner-ESER: “AİHM'in Tutuklama Konusundaki Yargısı,” Çev. Oğuz ŞİMŞEK, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Nurullah KUNTER'e Armağan**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2004, sayfa 153- 180.
- LADEWIG, Hans-Meyer :“Adil Yargılanma Hakkı I” Çev. Özlem YENERER ÇAKMUT, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Nurullah KUNTER'e Armağan**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2004, sayfa 245- 264.
- LADEWIG, Hans-Meyer :“Adil Yargılanma Hakkı-II,” Çev.Hakan HAKERİ, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Nurullah KUNTER'e Armağan**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2004, sayfa 81- 98.
- LEIGH, Leonard :“Adil Yargılanma Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Anlaşması,” Çev. Selman DURSUN, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Nurullah KUNTER'e Armağan**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2004, sayfa 335- 351.
- LLOYD, Dennis :**The Idea of Law**, Penguin Books, Londra, 1991.
- LOUCAIDES, Loukis G. :“Questions Of Fair Trial Under The European Convention On Human Rights,” **Human Rights Law Review**, Volume 3, Number I – 2003.

- MADRA, Ömer :**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1981.
- MAVČIČ, Arne :“Tüketilmesi Gereken Veya AİHS Anlamında Geçerli Bir İç Hukuk Yolu Olarak Bireysel Şikâyet”, Mart 2011,Slovenya,(Çevrimiçi)<https://docplayer.biz.tr/1379468-Tuketilmesi-gereken-veya-aihs-anlaminda-gecerli-bir-ic-hukuk-yolu-olarak-bireysel-sikayet-mukayeseli-veche-ve-slovenya-vechesi.html>, 26.07.2021,
- MILLER, Charles :“**The forest of Due Process of law: The American Constitutional Tradition**”, in **NOMOS XVIII, Due Process**, Roland Pennock and Johan Chapman, New York, New York University Press, 1977.
- MOLE, Nuala ve HARBY, Catharina : “Adil Yargılanma Hakkı,” **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü Yayınları, Strasbourg, 2001.
- MOTT, Rodney : **Due Process of Law**, New York: DA CAPO PRESS., 1973.
- MUSULİN, Janko :**Hürriyet Bildirgeleri**, Çev. Necmi ZEKA, İstanbul: Belge Yayınları, 1983.
- MUTUA, Makau :“The African Human Rights System, A Critical Evaluation”(Çevrimiçi)<http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr2000/papers/mutua.pdf>,19.01.2018.
- NASH, Susan :“Non-Disclosure of Prosecution Evidence and Equality of Arms: Edwards and Lewis v. United Kingdom,” **The International Journal of Evidence & Proof**, 2004 (8), sayfa 130-134.
- NEGRI, Stefania :“The Principle of ‘ Equality of Arms’ and the Evolving Law of International Criminal Procedure,” **International Criminal Law Review** 5, 2005.
- NOWAK, Johan, et al. :**Constitutional Law**, St. Paul Minnesota: St. Paul Minn. West Publishing Co., 1978.
- ÖZBEK, Veli Özer : **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.

- ÖZBİLGEN, Erol :**Osmanlı Hukukunun Yapısı**, Nihal Kitabevi, İstanbul, 1985.
- ÖZBUDUN, Ergun :**Türk Anayasa Hukuku**, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.
- ÖZBUDUN, Ergun :**Türk Anayasa Hukuku**, 20. Basım, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.
- ÖZDEK, Yasemin :**Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye - AİHS Sistemi - AİHM Kararlarında Türkiye**, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yayını, Ankara, 2004.
- ÖZEK, Çetin :“İnsan Hakları Kavramında Yeni Anlayış ve Sınırlamalar”, **İÜHFM**, C: LX, S:1-2, Y: 2002, sayfa 135-160.
- ÖZEKES, Muhammet :**Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003.
- ÖZEKES, Muhammet :“Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Hakkın Bazı Güncel Sorunları,” **Adil Yargılanma Hakkı**, Nergiz Yayınları, İstanbul, 2004, sayfa 265-276.
- ÖZEL, Sadullah :İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkı, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Diyarbakır, 2003.
- ÖZGÜLDÜR, Serdar :“Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanun Tasarısı Taslağı,” **Adil Yargılanma Hakkı**, Nergiz Yayınları, İstanbul, 2004, sayfa 331- 354.
- ÖZTÜRK Bahri –
- ERDEM, Mustafa Ruhan :**Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, Ankara, 2008.
- ÖZTÜRK, Bahri :“Avrupa Birliği’ne Uyum Yasalarının Ceza Muhakemesine Etkileri”, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, İstanbul, 2004, sayfa 723-746.
- ÖZYAVUZ, Senem :“Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nde Adil Yargılanma Hakkı,” **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, **Prof. Dr. Nurullah KUNTER'e Armağan**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2004, sayfa 421- 444.

- PACHE, Eckhard :“Adil Bir Yargılanmaya İlişkin Avrupa Temel Şartı,” Çev. Yener ÜNVER, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Nurullah KUNTER'e Armağan**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2004, sayfa 65- 18.
- PACZOLAY Peter :“Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar”(Venedik'te Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor), **Anayasa Yargısı**, Cilt 21, Anayasa Mahkemesi Yayınları: 51, Ankara, 2004, sayfa194-203.
- PAMUK, İsmail :“İHAS'ta Sırf Sanığa Tanınan Haklar ve Askeri Ceza Yargılaması,” **Askeri Yargıtay Dergisi**, Yıl 2003, Sayı:15, sayfa 105- 197.
- PEKCANITEZ, Hakan :“Genel Olarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Tasarısı,” **HPD**, S: 7, Temmuz 2007, sayfa 69-78.
- PENNOCK, Ronald :“**Introduction**”, in, **Nomo's XVIII Due Process**, (ed.) Roland Pennock and Johan Chapman, New York: New York University Press, 1977.
- PENROSE, Mary Margaret : The Emperor's Clothes: Evaluating Head of State Immunity Under International Law”, **Santa Clara J. Int'l L.**, Vol 7, Issue 2, 2010, sayfa 82-110.
- PERDECİOĞLU, İsmail Emrah :“Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru ve Norm Denetimi Kararlarının Uyumlaşma Sorunu: Mülkiyet Hakkı Örneği” **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2018.
- PETERS, Anne :“Adil Yargılanma,” Çev. Mahmut KOCA, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Nurullah KUNTER'e Armağan**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2004, sayfa 121- 128.
- POROY, Mehmet Akif :“İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Başvurucu ve Mağdurluk Statüsü”, **TBB Dergisi**, Yıl 2006, sayı 66, sayfa 121-132.
- REID, Karen :**Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri**, Çev. Bahar Öcal DÜZGÖREN, Scala Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2004.
- REİSOĞLU, Sefa :**Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001.

- RENZIKOWSKI, Joachim :“Adil Yargılanma ve Anonim Tanık, AİHM içtihadı Işığında Tanığın Korunmasında Üç Basamak Teorisi,” Çev. Ali Kemal YILDIZ, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Nurullah KUNTER'e Armağan**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2004, sayfa 265-282
- RESNIC, David :“Due Process and Procedural Justice”, in, **Nomo's XVIII Due Process**, (ed.) Roland Pennock and Johan Chapman, New York: New York University Press, 1977.
- RIDGES, E. W. :“İngiliz Anayasa Hukuku’ 1950, aktaran Mukbil ÖZYÖRÜK,(Çevrimiçi)<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/308/2962.pdf>, 16.11.2018.
- RUSSEL, Franklin :“Due Process of Law”, (Çevrimiçi)<http://www.jstor.org/stable/782385>, 25.09.2018.
- SABUNCU Yavuz - ESEN
- ARNWINE Selin :“Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli-Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu”, **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayınları:51, sayı: 21, Ankara, 2004, sayfa 229-246.
- SAĞLAM, Fazıl :**Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü**, A.Ü S.B.F. Yayınları:506, S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları:4, Ankara, 1982.
- SAĞLAM, Fazıl :“Anayasa Şikâyeti Kurumunun Türk Hukukuna Kazandırılması ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Olanakları”(Ed. Mehmet Turhan ve Hikmet Tülen), **Anayasa Yargısı İncelemeleri-1**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2006, sayfa 72-111.
- SAĞLAM, Musa : “Bireylerin Anayasa Mahkemesi’ne Başvurusu (Bir Reform Önerisi)”, **TBB Dergisi**, sayı 60, 2005, sayfa 139-168.
- SAĞLAM, Musa :“Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde Ülkemizde Bireysel Başvuru (6216 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun)”, **Prof. Dr. Mehmet Akad’a Armağan**, MÜHF, Der Yayınları, İstanbul, 2012, s. 751-772.
- SAVAŞ, Vural –

MOLLAMAHMUTOĞLU,

Sadık : **CMUK Yorumu**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995.

SCHROEDER, Friedrich –

Christian :“Ceza Muhakemesinde ‘Dürüst Yargılama’ İlkesi”
Çev. Cumhur ŞAHİN, **Prof. Dr. Şakir Berki’ye Armağan**, , Konya, 1996, sayfa 269-283.

Secretariat of the Inter-American Court of Human Rights, **Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System** (updated to february 2011), San Jose, Costa Rica, 2011.

SHAPIRO, Alexander H. :“Political Theory and the Growth of Defensive Safeguards in Criminal Procedure: The Origins of the Treason Trials Act of 1696”, **Law and History Review**, Vol. 11, No. 2 1993, sayfa 201-224.

SHELTON, Dinah :**Remedies in International Human Rights Law**, 2nd edition, Great Britain, Oxford University Press, Oxford, 2006.

SHELTON, Dinah :**Regional Protection of Human Rights**, Oxford University Press, New York, 2008.

SILVER, Jay Sterling :“Equality of Arms and the Adversarial Process: A New Constitutional Right,” **Wisconsin Law Review**, 1990, sayfa 1007-1042.

SMITH Rhona K. M. :**International Human Rights Text Book**, Oxford University Press, Oxford, 2005.

SOYASLAN, Doğan :“Adil Yargılanma Hakkı ve Türk Ceza Yargılaması,” **Adil Yargılanma Hakkı**, Nergiz Yayınları, İstanbul, 2004, sayfa 291- 304.

SOYDAN, Billur Yaltı :“İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı-I”, **Vergi Sorunları Dergisi**, Sayı 143, Ağustos 2000, sayfa 151- 167.

SOYDAN, Billur Yaltı :“İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı-II”, **Vergi Sorunları Dergisi**, Sayı 144, Eylül 2000, sayfa 104- 120.

SOYDAN, Billur Yaltı :“İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı-III”, **Vergi Sorunları Dergisi**, Sayı 145, Ekim 2000, sayfa 108- 129.

SÖZÜER, Adem-

ATAHAN Nuran vd

:“Reformlar ve Uygulamalar.” **HPD**, S: 8, Eylül 2006, sayfa 114-152.

STORY, Joseph

:**Commentaries on the Constitution of the United States**, Ronald & John Nowak, (ed.), New York: Carolina Academic Press 1987.

SÜNGÜ, Fatih

:“Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Şartı Olarak Mağdur Kavramı”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019.

ŞAHBAZ, İbrahim

:“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri”, **TBB Dergisi**, Yıl 2004, sayı 54, sayfa 178-216.

ŞAHİN, Cumhur

:Türk Hukukunda Tanık Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi, **GÜHFD**, Haziran-Aralık 2003, Cilt: VI, sayı:1- 2, sayfa 155- 188.

ŞAHİN, Cumhur

:“CMK Uygulamasının Bir Yılı,” **HPD**, S: 7, Temmuz 2006, sayfa 8-10.

ŞAHİN, Cumhur

:“Sanığın Savunmasını Hazırlamak için Gerekli Zamana ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı,” **Adil Yargılanma Hakkı**, Nergiz Yayınları, İstanbul,2004, sayfa 305- 335.

ŞEN, Mahmut

:“İslam Hukuk Geleneği Perspektifinden Yargı Etik İlkeleri”, **Uyusmazlık Mahkemesi Dergisi**, 2015, sayfa 505-534.

ŞENEL, Murat

:**İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008.

ŞİRİN, Tolga

:**Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2013.

TANER, Fahri Gökçen

:**Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği**, 2.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.

TANER, Fahri Gökçen -

- YILDIRIM, Akif : “Suç İsnadına Veya Medeni Hak Ve Yükümlülöklere İlişkin Uyuşmazlıklarda Duruşmaya Video Konferans Yöntemiyle Uzaktan Katılma”, **AÜHF Dergisi**, Cilt 70 sayı:1, 2021, sayfa 229-293.
- TANRIKULU, Sezgin :“Adil Yargılanma Hakkı ve İddianamenin Kabulü - İadesi – Tebliğı”, **TBB Dergisi**, Yıl 2006, sayı 64, sayfa 70-114.
- TANRIVER, Süha :“Hukuk Fakültesi Öğretim Üyeleri (Elemanları) Mahkemelerce Bilirkişilik Görevini Kabule Zorlanabilirler Mi?”, **TBB Dergisi**, Yıl 2011, sayı 92, sayfa 377-383.
- TANRIVER, Süha :“Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, **TBB Dergisi**, Yıl 2004, sayı 53, sayfa 191-215.
- TANRIVER, Süha :“Türk Medenî Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi”, **TBB Dergisi**, Yıl 2006, sayı 65, sayfa 119-128.
- TANRIVER, Süha :**Bilirkişinin Hukuki Statüsü Yükümlölükleri, Yetkileri ve Sorumlulukları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.
- TAŞKIN, Ahmet :“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Adil Yargılanma Hakkı”, **Adalet Dergisi**, Mayıs 2004, sayı 19, sayfa 48- 79.
- TAŞKIN, Cankat :“Müdafinin ve Vekilin Hukuki Yardımı, Sınırları ile Uygulamada Karşılaşılan Sorunların AİHM İctihatları Işığında Değerlendirilmesi” **TBB Dergisi**, Yıl 2007, sayı 69, sayfa 212-240.
- TAZEGÜL, İsmail :“Uluslararası Anlaşmalarla ve 1982 Anayasası İle Tanınan Adil Yargılanma Hakkına Kamu Görevlilerine Uygulanan Mevzuat Hükümleri Bağlamında Eleştirel Bir Bakış”, **Adalet Dergisi**, Mayıs 2009, sayı 34.
- TERZİ Mahir –
- YENAL, Serkan :İnsan Haklarının Afrika’da Hukuki Korunma Sistemi Üzerine Bir İnceleme (Bölgesel Karşılaştırmalar ve Orta Doğu Üzerine Bazı Öneriler), **Avrasya Etüdleri**, Yıl:25, sayı 55, sayfa 47-82.
- TEZCAN, Durmuş –

ERDEM, Mustafa Ruhan –

SANCAKDAR, Oğuz : **AİHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2004.

TİMUR, Taner : **Mutlak Monarşi ve Fransız Devrimi**, Yordam Kitap, İstanbul, 2017.

TURAN, Hilmi Can : “Türk Anayasa Yapısında Bireysel Başvuru”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2012.

TURAN, Hüseyin : “Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ndeki Yeri ve Önemi”, **TBB Dergisi**, Yıl 2009, sayı 84, sayfa 213-230. Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu, TÜSİAD yayınları, İstanbul, 2003.

TÜRMEN, Rıza : “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesinde Düzenlenen Adil Yargılanma Hakkı”, **İnsan Hakları-Konferanslar (14 Nisan 2006–26 Mayıs 2006)**, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 2006.

Uluslararası Af Örgütü : **Adil Yargılanma Hakkı**, Çev. Fadıl Ahmet TAMER-Erol KAPLAN, İletişim Yayınları, İstanbul, 2000.

United Nations : **The African Charter on Human and Peoples Rights**, New York, 1990.

UYAR, Hakan : “İnsan Hakları Çerçevesinde Adil Yargılanma(Fair Trial) ve Sözleşmenin 6/3-d Maddesi Kapsamındaki Tanık Dinletme ve 6/3-e Maddesi Kapsamındaki Tercüman Hakkı”, **Adalet Dergisi**, Mayıs 2004, sayı 19.

UZUN, Cem Duran : “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti): Beklentiler ve Riskler”, **SETA Analiz Dergisi**, Ankara, sayı 50, Şubat 2012, sayfa 1-28, (Çevrimiçi) <http://file.setav.org/Files/Pdf/anayasa-mahkemesine-bireysel-basvuru-yolu.pdf>, 29.07.2021.

ÜNAL, Şeref : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi - İnsan Haklarının Uluslararası İlişkileri**, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara, 2001.

- ÜSKÜL, Zafer :“1982 Anayasası'nda Gerçekleştirilen Değişiklikler,” **Hukuk ve Adalet- Eleştirel Hukuk Dergisi**, sayı 2, Nisan-Haziran 2004, sayfa 190-204.
- ÜZÜLMEZ, İlhan :“Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları” **TBB Dergisi**, Yıl 2005, sayı 58, sayfa 41-72.
- VAN DIJK, Pieter ve
VAN HOOFF, G.J.H. :**Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Kluwer Law International Press, Hague, London, Boston, 1998.
- VERSAN, Rauf :“Adil Yargılama Üzerine” **İstanbul Barosu Dergisi**, C: 64, sayı 12-3, 1990, sayfa 123-129.
- WEIGEND, Thomas :“Avrupa İki Ağızlı mı Konuşuyor” Çev.Veli Özer ÖZBEK, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Nurullah KUNTER'e Armağan**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2004, sayfa 109- 120.
- YALVAÇ, Gürsel : Karşılaştırmalı-Gerekçeli TCK, CMK, CGTİK ilgili kanunlar ve yönetmelikler, 10.Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, Ekim 2010.
- YARSUVAT, Duygun :“Yargı Bağımsızlığı ve Adil Yargılanma Hakkı Sempozyumu (Tebliğler ve Soru Cevap Tutanakları), ” **YÜHFD**, C:II, S: 2, Y: 2005, sayfa 441-492.
- YAVUZ, Zehra :“Silahların Eşitliği İlkesine İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve İç Hukukumuzdaki Dönüştürücü Etkileri”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009.
- YENİSEY, Feridun-
ZİYALAR, Neylan :**Çapraz Sorgu Teknikleri**, 3. Basım, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007.
- YEŞİLOVA, Bilgehan :“Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği”, **TBB Dergisi**, Yıl 2009, sayı 86, sayfa 47-101.
- YILDIRIM, Gökçe :“Adil Yargılanma Hakkı (AİHS Madde 6)”, **Adalet Dergisi**, Mayıs 2004, sayı 19, sayfa 80- 100.
- YILDIZ, Gaye :“Anayasa Hukukunda Bireysel Başvuru”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2012.

- YILMAZ ÖZEL, Nurcan :**Adil Yargılanma Hakkı Kriterlerinin Türk İdari Yargılama Hukuku Açısından Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri**, S.S Onar İdare Hukuku ve İlimleri Arşivi Yayın No:2016/3, 1.Baskı, İstanbul, Aralık 2016.
- YILMAZTEKİN, Ahmet
Ertan :“Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yapılması”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2019/4, sayfa 241-261.
- YOKUŞ SEVÜK, Handan :“Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, **İÜHFM**, C: LXIV, S: 1, Y: 2006, sayfa 49-107.
- YURTCAN, Erdener :“Uyum Yasalarının Ceza Yargılamasına Etkisi: İki Temel Değişiklik-Yargılamanın Yenilenmesinde Yeni Bir Neden ve Tebliğnamenin Bildirimi, ” **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, İstanbul, y.y., 2004, sayfa 1057-1066.
- YURTCAN, Erdener :**Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yorumu**, İstanbul, 2005.
- YÜCE, Ertan –
ANLAR, Umut :“Ceza Yargısında Yeni Usul: Çapraz Sorgu” ,**Hukuk Gündemi**, sayı 2, Ağustos 2005, sayfa 58-63.
- YÜCEL, Mustafa Tören :“Ceza Adaletinde Tanık”, **TBB Dergisi**, sayı 1994/1, sayfa 100-106.
- YÜKSEL, Hatice :“Uluslararası Sözleşmelerde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı”, **Yayınlanmamış Başbakanlık Uzmanlık Tezi**, Ankara, 2010.

ÖZGEÇMİŞ

Akın BOYACI, Maltepe Askeri Lisesi'ni müteakiben Kara Harp Okulu'ndan jandarma subayı olarak mezun olmuş, Jandarma Genel Komutanlığı'na bağlı çeşitli birlik ve kademelerde görev yaparken bir yandan da Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne devam etmiş, buradaki eğitimini tamamladıktan sonra Milli Savunma Bakanlığı tarafından yapılan sınavda başarılı olarak askeri hâkim sınıfına geçirilmiş, İstanbul 3.Kolordu Komutanlığı Askeri Mahkemesi'nde ve Gelibolu 2.Kolordu Komutanlığı Askeri Mahkemesi'nde hâkimlik görevlerinde bulunmuş, 2017 yılında askeri yargının kaldırılması üzerine emekli olarak 2018 yılında avukatlık hayatına başlamıştır. Halen Çanakkale Barosu'na bağlı olarak avukatlık mesleğine devam etmektedir.

Yüksek Lisans eğitimini Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı'nda ve ardından doktora eğitimini İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı'nda tamamlamıştır.