



TÜRK SANAYİCİLERİ VE İŞADAMLARI DERNEĞİ

**AVRUPA İNSAN HAKLARI
SÖZLEŞMESİ VE
ADİL YARGILANMA İLKESİ
IŞIĞINDA HUKUK DEVLETİ VE
YARGI REFORMU**

**ANAYASA HUKUKU, İDARE HUKUKU VE
CEZA HUKUKU AÇISINDAN**

Aralık 2003

(Yayın No. TÜSİAD-T/2003/12-369)

Meşrutiyet Caddesi, No.74 34420 Tepebaşı/İstanbul
Telefon: (0212) 249 07 23 • Telefax: (0212) 249 13 50

© 2003, TÜSİAD

Tüm hakları saklıdır. Bu eserin tamamı ya da bir bölümü, 4110 sayılı Yasa ile değişik 5846 sayılı FSEK. uyarınca, kullanılmazdan önce hak sahibinden 52. Maddeye uygun yazılı izin alınmadıkça, hiçbir şekil ve yöntemle işlenmek, çoğaltılmak, çoğaltılmış nüshaları yayılmak, satılmak, kiralanmak, ödünç verilmek, temsil edilmek, sunulmak, telli/telsiz ya da başka teknik, sayısal ve/veya elektronik yöntemlerle iletilmek suretiyle kullanılamaz.

ISBN : 975-8458-68-X

LEBİB YALKIN YAYIMLARI VE BASIM İŞLERİ ANONİM ŞİRKETİ
Oto Sanayii, Barbaros Cad. No.78 34396 4. Levent-İSTANBUL
Tel: (0212) 282 39 00 Faks: (0212) 280 99 34

ÖNSÖZ

TÜSİAD, özel sektörü temsil eden sanayici ve işadamları tarafından 1971 yılında, Anayasamızın ve Dernekler Kanunu'nun ilgili hükümlerine uygun olarak kurulmuş, kamu yararına çalışan bir dernek olup gönüllü bir sivil toplum örgütüdür.

TÜSİAD, demokrasi ve insan hakları evrensel ilkelerine bağlı, girişim, inanç ve düşünce özgürlüklerine saygılı, yalnızca asli görevlerine odaklanmış etkin bir devletin varolduğu Türkiye'de, Atatürk'ün çağdaş uygarlık hedefine ve ilkelerine sadık toplumsal yapının gelişmesine ve demokratik sivil toplum ve laik hukuk devleti anlayışının yerleşmesine yardımcı olur. TÜSİAD, piyasa ekonomisinin hukuksal ve kurumsal altyapısının yerleşmesine ve iş dünyasının evrensel iş ahlakı ilkelerine uygun bir biçimde faaliyette bulunmasına çalışır. TÜSİAD, uluslararası entegrasyon hedefi doğrultusunda Türk sanayi ve hizmet kesiminin rekabet gücünün artırılarak, uluslararası ekonomik sistemde belirgin ve kalıcı bir yer edinmesi gerektiğine inanır ve bu yönde çalışır. TÜSİAD, Türkiye'de liberal ekonomi kurallarının yerleşmesinin yanısıra, ülkenin insan ve doğal kaynaklarının teknolojik yeniliklerle desteklenerek en etkin biçimde kullanımını; verimlilik ve kalite yükselişini sürekli kılabilecek ortamın yaratılması yoluyla rekabet gücünün artırılmasını hedef alan politikaları destekler.

TÜSİAD, misyonu doğrultusunda ve faaliyetleri çerçevesinde, ülke gündeminde bulunan konularla ilgili görüşlerini bilimsel çalışmalarla destekleyerek kamuoyuna duyurur ve bu görüşlerden hareketle kamuoyunda tartışma platformlarının oluşmasını sağlar.

TÜSİAD Parlamento İşleri Komisyonu altında faaliyet gösteren Siyasi Kriterler Çalışma Grubu çalışmaları çerçevesinde, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu: Anayasa Hukuku, İdare Hukuku ve Ceza Hukuku Açısından" başlıklı çalışma Bahçeşehir Üniversitesi Rektörü Prof. Dr. Süheyl Batum'un koordinasyonunda, Prof. Dr. Süheyl Batum, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Feridun Yenisey, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Doç. Dr. Celal Erkut ve Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Doç. Dr. Sibel Inceoğlu tarafından hazırlanmıştır. Raporun, usul hukuku açısından yapılması gereken değişiklikleri de ele alan genişletilmiş baskısının 2004 yılında yayımlanması planlanmaktadır.

Aralık 2003

ÖZGEÇMİŞLER

Prof. Dr. Süheyl Batum

1955 yılında İstanbul'da doğdu. Orta ve lise öğrenimini Galatasaray Lisesi'nde tamamladı. Paris I (Pantheon Sorbonne) Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde yüksek öğrenimini bitirdi. 1980 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku kürsüsüne asistan olarak girdi. 1985 yılında "Siyasal Katılma Aracı Olarak Referandum" konulu tezi ile doktor, 1990 yılında "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri" başlıklı teziyle doçentlik ünvanını aldı. 1996 yılında Galatasaray Üniversitesi'nde profesörlük ünvanını aldı. Galatasaray Üniversitesi'nde 1997-2000 yılları arasında İletişim Fakültesi Dekanlığı ve 2000-2003 yılları arasında Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı görevini üstlendi. Halen Bahçeşehir Üniversitesi Rektörü olarak görevini sürdürmektedir.

Prof. Dr. Feridun Yenisey

1944 yılında Muğla'da doğdu. Orta ve lise öğrenimini İstanbul Avusturya Lisesi'nde yaptı. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun olduktan sonra, 1971 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukuku kürsüsüne asistan olarak girdi ve "Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu" konulu tezi ile 1978 yılında doktor, "Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri" başlıklı teziyle, 1983 yılında doçent ünvanını aldı. 1989 yılında İstanbul Üniversitesi'nde profesör oldu. 1991-2001 yılları arasında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde görev aldı. Halen Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

Doç. Dr. Celal Erkut

1959 yılında İstanbul'da doğdu. Orta ve lise öğrenimini Galatasaray Lisesi'nde tamamladı. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde yüksek öğrenimini bitirdi. 1982 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku kürsüsüne asistan olarak girdi. 1987-88 yıllarında doktora tezi çalışmalarını Lausanne Üniversitesi Hukuk Fakültesinde sürdürerek, 1989 yılında "İdari İşlemin Kimliği" konulu tezi ile doktor, 1993 yılında "Hukuka Uygunluk Bloku" başlıklı teziyle doçentlik ünvanını aldı. 2000 yılında Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim dalı Başkanı olarak atandı. Halen bu görevini sürdürmektedir.

Doç. Dr. Sibel İnceoğlu

1964 Yılında Ankara'da doğdu. Orta ve lise öğrenimini İtalyan Lisesi'nde tamamladı. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde yüksek öğrenimini yaptı. 1989 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku anabilim dalına araştırma görevlisi olarak girdi. 1997 yılında 'Yaşama Hakkı Karşısında Ötenazi' başlıklı tezi ile doktor, 2003 yılında 'İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı' konulu tezi ile doçentlik ünvanını aldı. Halen Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Anayasa Hukuku anabilim dalında öğretim üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

İÇİNDEKİLER

SUNUŞ	11
GİRİŞ	13
1. MAHKEMEYE BAŞVURMA HAKKI	23
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Belirlediği Temel İlkeler	25
1.1. Dava Açma Hakkına Yönelik Sınırlamalar	26
1.1.1. Doğrudan Sınırlamalar	26
1.1.2. Dolaylı Sınırlamalar	26
1.1.2.1. Avukatla görüşme hakkının tanınmaması	26
1.1.2.2. Adli yardım verilmemesi	27
1.1.2.3. Dava açma süresinin kısa tutulması	28
1.2. Mahkemenin Yargı Yetkisine Yönelik Sınırlamalar.....	28
1.2.1. Tam Bir Yargı Yetkisinin Bulunmaması	28
1.2.2. İdarenin Bazı İşlem ve Eylemlerinin Yargı Denetimi Dışında Olması	29
1.2.3. Dokunulmazlık ve Muafiyetler Tanınması	29
1.3. Hukuki Kesinlik (Hukuk Güvenliği) ve Yargı Kararının Uygulanmaması	30
1.4. Hukuk Düzeninde İstikrar ve Hukuk Güvenliğinin Sürekliliğinin Sağlanması	31
1.5. İç Hukukumuzda Yönelik Yorum ve Öneriler	38
1.5.1. Anayasa Hukuku	38
1.5.2. İdare Hukuku	43
1.5.3. Ceza Hukuku	49
2. YASAYLA KURULMUŞ BAĞIMSIZ VE TARAFSIZ MAHKEMEDE YARGILANMA HAKKI	53
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Belirlediği Temel İlkeler	55
2.1. Mahkemenin Dava Konusunu Kesin Karara Bağlama Yetkisi.....	55
2.2. Mahkemenin Yasa Yoluyla Kurulması.....	55
2.3. Bağımsız Yargıç.....	56
2.3.1. Yargıçların Niteliği	56
2.3.2. Yargıçların Atanma Biçimleri ve Güvenceleri	57
2.3.2.1. Atanma biçimleri	57
2.3.2.2. Görev süreleri ve görevden alınamamaları	57
2.3.2.3. Dış müdahalelerden korunma tedbirleri	58

2.3.3. Mahkemenin Görünümü	58
2.4. Tarafsız Yargıç	59
2.4.1. Dava Yargıcının Farklı Roller Üstlenmesi	60
2.4.2. Mahkemenin Çifte Rol Üstlenmesi	61
2.4.3. Uzmanlık Mahkemeleri	61
2.4.4. Yargıçların Kişisel Menfaatleri ve Davayla Bağlarının Bulunması	62
2.4.5. Aynı Mahkemenin Dava hakkında Yeniden Karar Vermesi.....	62
2.5. Feragat	62
2.6. Kanun Yolları ile Hataların Düzeltilmesi.....	62
2.7. İç Hukukumuzda Yönelik Yorum ve Öneriler	63
2.7.1. Anayasa Hukuku	63
2.7.2. İdare Hukuku	67
2.7.3. Ceza Hukuku	67
3. HAKKANİYETE UYGUN YARGILANMA HAKKI.....	73
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Belirlediği Temel İlkeler	75
3.1. Silahların Eşitliği İlkesi	76
3.1.1. Genel Olarak Karşı Delil Sunma İmkânı	77
3.1.2. Tanık Dinlenmesinde Hak Eşitliği	77
3.1.2.1. Ceza davalarında	77
3.1.2.2. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davalarda	78
3.1.3. Bilirkişi Yönünden Eşitlik	79
3.1.4. Bilgi ve Belgelere Ulaşmada Eşit İmkanlar.....	79
3.1.5. Davanın Tarafı Haline Gelen Yasal Görevlilerin Üstlendiği Rol	80
3.1.6. Yasamanın Müdahalesi.....	80
3.2. Çelişmeli Yargılama İlkesi	81
3.3. Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı	82
3.3.1. Kapsam	82
3.3.2. Duruşmaya Etkili Katılma.....	83
3.3.3. Feragat	83
3.3.4. Duruşmada Hazır Bulunmaya Gerek Olmayan Haller.....	85
3.4. Susma ve Kendini Suçlamama Hakkı	85
3.4.1. Kendini Suçlayıcı Belgeler veya İfadeler Elde Etmek İçin Kişiyi Zorlamama	85
3.4.2. Sanığın Sessiz Kalmasından Sonuç Çıkartmama.....	86
3.5. Delillere İlişkin Temel Kurallar	86
3.5.1. Delillerin Duruşmada Sunuluşu ve Tartışılması	87
3.5.2. Hukuka Aykırı Bir Biçimde Elde Edilen deliller.....	88

3.5.2.1. Özel yaşamın gizliliği ihlal edilerek elde edilen deliller	88
3.5.2.2. İşkence, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele ile elde edilen ifade	88
3.5.2.3. Gizli ajan, ajan provokatör	89
3.5.3. Duruşmada Dinlenmeyen Tanık Delili	90
3.5.4. Delile Ulaşma, Yorum Yapma Hakkı	91
3.5.4.1. Ceza davalarında	91
3.5.4.2. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davalarda	92
3.5.5. Tanık veya Bilirkişi Dinlenmesi Yönündeki Talebin Reddi.....	92
3.5.6. Delile Verilen Ağırlık ve Delilin Değerlendirilmesi	93
3.6. Gerekçeli Karar Hakkı	93
3.6.1. Gerekçenin Öğrenilememesi	94
3.6.2. Gerekçede Tarafların Savlarına Cevap Verilmemesi.....	94
3.6.3. Yetersiz Gerekçe	94
3.6.4. Yasaya Dayanmayan Gerekçe	95
3.7. İç Hukukumuzaya Yönelik Yorum ve Öneriler	95
3.7.1. Anayasa Hukuku	95
3.7.2. İdare Hukuku	95
3.7.3. Ceza Hukuku	102
4. ALENİYET İLKESİ	111
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Belirlediği Temel İlkeler	113
4.1. Aleni Yargılama.....	113
4.1.1. Duruşma Yapılması.....	113
4.1.2. Duruşmanın Açıklığı.....	114
4.1.3. İlk Derece Mahkemesindeki Hataların Üst Makamlar Önünde Düzeltilmesi	115
4.1.4. Feragat	116
4.2. Aleni Hüküm	116
4.3. İç Hukukumuzaya Yönelik Yorum ve Öneriler	117
4.3.1. Genel Olarak.....	117
4.3.2. İdare Hukuku	118
4.3.3. Ceza Hukuku	119
5. MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKI.....	121
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Belirlediği Temel İlkeler	123
5.1. Yargılamada ve Tutuklulukta Makul Süre Ayırımı	123
5.1.1. Tutuklulukta Makul Süre	123
5.1.2. Yargılamada Makul Süre.....	124

5.2. Yargılamada Makul Sürenin Değerlendirilmesi.....	126
5.2.1. Dikkate Alınan Süre	126
5.2.2. Sürenin Makul Olup Olmadığını Değerlendirme Kriterleri	128
5.2.2.1. Davanın karmaşıklığı	128
5.2.2.2. Başvurucunun tutumu	129
5.2.2.3. Yetkili makamların tutumu	130
5.2.2.3.1. Yetkili makamların kusuru ve ihmali	130
5.2.2.3.2. Yapısal sorunlar	131
5.3. İç Hukukumuzaya Yönelik Yorum ve Öneriler	131
5.3.1. Anayasa Hukuku	131
5.3.2. İdare Hukuku	133
5.3.3. Ceza Hukuku	137
6. MASUMİYET KARİNESİ	145
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Belirlediği Temel İlkeler	147
6.1. İç Hukukumuzaya Yönelik Yorum ve Öneriler	151
6.1.1. Ceza Hukuku	151
7. SANIĞIN ASGARİ HAKLARI	153
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Belirlediği Temel İlkeler	155
7.1. Suçlamanın Niteliği ve Nedenlerinden Sanığın Haberdar Edilmesi.....	155
7.2. Savunmanın Hazırlanması için Gerekli Zamana ve Kolaylıklara Sahip Olmak.....	158
7.2.1. Gerekli Zaman	158
7.2.2. Yeterli Kolaylıklar	159
7.3. Sanığın Kendi Kendini Savunması veya Kendi Seçeceği Bir Müdafinin veya Gereğinde Mahkeme Tarafından Tayin Edilecek Bir Avukatın Yardımından Yararlanması	160
7.3.1. Kendi Kendini Savunma.....	160
7.3.2. Savunmada Bir Müdafinin Yardımından Yararlanma	161
7.4. İddia Tanıklarını Sorguya Çekmek veya Çektirmek ve Tanıkların Dinlenmesinde Hak Eşitliği	162
7.5. Sanığa Ücretsiz Olarak Tercüman Sağlanması	163
7.6. İç Hukukumuzaya Yönelik Yorum ve Öneriler	165
7.6.1. Ceza Hukuku	165
EK-1: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.....	171
EK-2: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 2003 Tasarısının İstinaf Konusundaki Düzenlemeleri.....	191

SUNUŞ

Türkiye’de, "Hukuk Devleti" anlayışının ve etkin bir yargılama faaliyetinin on-suz olmaz koşulları olarak kabul edilen hususların eksik olması, hukuk devletine olan güveni sarsmaktadır. Hiçbir şüphe yok ki, yargılama hizmetinin iyi işlemediği kanaati Türkiye’de en yaygın düşüncelerden biridir. Genel olarak toplum yargıdan ve adaletin işleyişinden hoşnut değildir. "Bu ülkede adalet yok" ya da "yapanın yanına kar kalıyor" gibi düşünceler çok yaygın biçimde dile getirilmektedir. Yargıya duyulan güvenin azalması, buna bağlı olarak yargıya saygının azalmasına da yol açmakta, yargının giderek bir ayak bağı gibi algılanmasına yol açmaktadır. Bunun toplumsal yaşamda yol açtığı en büyük tehlikelerden biri, kişilerin uyuşmazlıklarını yargıyla görmekten çok, başka yollara yönelmeleri tehlikesi ve tehdidini getiriyor olmasıdır. Özellikle ekonomik yaşamın ve koşulların gereksinimi olan hızlı ve adil yargılama gerçekleşmeyince, "çek, senet mafyası ve tahsil çeteleri" dediğimiz, yasa dışı gruplar, yol ve yöntemler ortaya çıkmaktadır.

Bu durumun ve buna bağlı olarak yaygınlaşan güven kaybının nedenleri arasında, tabi ki, Türkiye’ye özgü, bir takım ekonomik krizler, yüksek enflasyon, toplumsal alışkanlıklar, belirli konulardaki tepki azlığı, gelenek ve görenekler gibi hususlar bulunmakla birlikte, esas olarak etkili olan unsurlar şunlardır;

- Bazı Anayasal ve yasal kurumların düzenlenişi nedeniyle (Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun oluşum ve işleyiş tarzı gibi), hakim ve savcılarının bağımsızlıklarının ve tarafsızlıklarının tartışma konusu yapılması ve siyasal etki, baskı ve tartışmalar altında kalmaları,
- Yargılamanın çok yavaş işlemesi, buna karşılık uyuşmazlık sayısının ters orantılı olarak artması, çözüme ulaştırılamayan ve mahkemelerde yıldan yıla devredilen dosyalar nedeniyle iş yükünün dayanılmaz biçimde artması,
- Yargılama işlevinin yerine getirilmesi sırasında, gerek hukuk mahkemelerinde, gerek ceza mahkemelerinde, gerek ise idari yargıda tüm önlemlerin (tutuklama işlemleri, soruşturma safhaları, hatta bilirkişilik ve tebligat gibi kurumların) son derece karmaşık ve süreci uzatan nitelikte olması,
- Teknik alt yapı sorunlarının giderilememiş olması, bina, araç, gereç yetersizliklerinin had safhada olması nedeniyle, yargılamanın saygın, adil ve süratli olmadığı görüntüsünün ve inancının yaygınlaşması,

- Personel sorunlarının, eğitim noksanlığının giderilememiş olması, gerek hizmet öncesi, gerek hizmet içi eğitim olanaklarının sınırlılığı yanı sıra, maaşlar, çalışma koşulları gibi nedenlerle kaliteli eleman sağlama ve yetiştirmenin zorluğu.

Bu öncelikli tespitler dikkate alındığında, Türkiye’de, hukuk devletinin temel unsuru olan yargılama sürecine ve "adil yargılanma ilkesine" ilişkin bir çalışmanın yapılması zorunluluk haline gelmiştir. Ayrıca AB’ye uyum sürecinde, İlerleme Raporlarında, en son olarak da 2003 İlerleme Raporu’nda yer alan yargıya yönelik eleştiri ve değerlendirmeler de aynı ihtiyacı ortaya koymaktadır.

Bu nedenle bu çalışmada, Kopenhag Siyasi Kriterlerinde gönderme yapılan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ("AİHS") dayanak alınarak, iç hukukumuzda değiştirilmesi gereken düzenlemeler ortaya konulmaya çalışılmaktadır.

Ancak, belirtildiği üzere, bu çalışma, sadece yargılama sürecinin iyileştirilmesi, bu suretle hukuk devletinin maddi unsurlarının gerçekleştirilmesi için yapılmıştır. Hukuk devleti anlayışının diğer boyutlarını oluşturan "vergi adaleti", "dokunulmazlıklar" gibi konular da, ileride aynı çerçevede ele alınmalıdır.

GİRİŞ

GİRİŞ

Tüm siyasal sistemler, iki temel kavramın varlığı ve bu iki kilit kavramın kendi içlerindeki ya da birbirleri ile aralarındaki ilişkiler yumağının aldığı biçimlere göre belirlenmektedir. Gerçekten de, demokratik olarak kabul edilsin ya da edilmesin, tüm siyasal sistemlerin temelinde varolan ve birbirleri ile ilişkilerine göre siyasal rejimlerin sınıflandırıldığı bu iki kilit kavram, "**Devlet**" ve "**Toplum**" kavramlarıdır.

Bu nedenle, klasik olarak, siyasal sistemlerin incelenmesine ilişkin Anayasa Hukuku ve İdare Hukuku dersleri ya da kitaplarının "devlet" unsuru ile ya da devlet kavramına yol açan "siyasal iktidar ilişkisi" ve bu ilişkinin kökeninde yer alan "yönetenler - yönetilenler" ayırımı ile başlaması doğal kabul edilmiştir.

Günümüzde ise devlet kurumunu, siyasal iktidarın statüsünü, yetkilerini, toplumu oluşturan bireylerin bu kurum karşısındaki konumlarını, temel hak ve özgürlükler rejimini inceleyen Anayasa Hukuku ve İdare Hukuku kitaplarının eski, klasik çizgilerinden farklılaştığı gözlemlenmektedir. Eskiden bu tür kitaplar, devlet ve bu kavramın temelindeki klasik ayırım olan yönetenler - yönetilenler ayırımı ile başlarken, günümüzde, daha farklı olarak, demokratik siyasal sistemin en temel unsuru olması gereken "hukuk" kavramı ile, "hukukun üstünlüğü" ilkesi ve anlayışı ile başlamaktadır.

Bunun nedeni, siyasal iktidarın yetkilerine, devlet organlarının gücüne bir sınır çizme hedefine yönelik felsefi akımlar biçiminde başlayarak, daha sonra siyasal ve sosyal alana yansıyan mücadeleler sonucunda, siyasal sistemlerin ve özellikle devletin yeni bir nitelik kazanmış olmasıdır.

Bugün için, ne siyasal sistemler, ne de devlet kavramı klasik unsurları ile tanımlanamamaktadır. Günümüz devleti, ülke, nüfus ve egemen güç unsurlarının yanı sıra, belirli nitelikleri olan, belirli ölçütlere uygun olmak zorunda olan bir devlettir. Ve bu niteliklerin, ölçütlerin başında da, "**devletin sınırlandırılmış olması, hukukla, hukuk kuralları ile bağlı olması**" gelmektedir.

Kısaca çağdaş devlet, günümüz devleti, belirli bir niteliği, belirli bir özelliği olan; hukukla çevrili, hukukla sınırlı olan devlettir, hukuk devletidir.

Günümüz devletinin bu özelliği, bütün uluslararası hukuk belgelerine de yansımış durumdadır. Nitekim, Avrupa Konseyi Statüsünün Başlangıç Bölümünde de,

bir zamanlar sıkça sözü edilen ve Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Örgütü (o zamanki adıyla Konferansı) bünyesinde kabul edilen Yeni bir Avrupa için Paris Şartında da, "Avrupa hukuk düzeninin Anayasal belgesi" olarak kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde de, çağdaş demokratik devletin üzerine inşa edildiği değerler, temel ilkeler arasında, "çoğulculuk - insan hakları" yanı sıra "hukukun üstünlüğü ilkesini gerçekleştirme", diğer bir söyleyişle hukuk devleti olma zorunluluğu da yer almaktadır.

1. Hukuk Devletinin Unsurları

Devletin hukuk kuralları ile çevrili ve sınırlı olması ya da diğer bir söyleyişle "**Hukuk Devleti**" kavramı neyi, nasıl bir devlet anlayışını ifade etmektedir? Ve bu tür bir devletin, örgütlenmesinde ve işleyişinde uyması gerekli ve zorunlu unsurlar nelerdir?

Günümüzdeki biçimi ve anlamı ile kısaca tanımlama yoluna gittiğimizde, "**Hukuk devleti, tüm faaliyet, işlem ve eylemleri hukuk kurallarına ve Anayasa'ya uyan, bu kurullarla bağlı olan devlet anlamına gelmektedir. Bütün faaliyet ve işlemlerin hukuk kurallarına bağlı olmasını sağlayacak tek ilke ise, bu faaliyet ve işlemlerin yargı yoluyla denetlenmesidir.**"

Nitekim, hukuk devletinin belirlenmesi ve tanımlanması konusunda, Anayasa Mahkemesi de, yıllara yayılan değişik kararlarında¹, benzer unsurları ve tanımını tekrarlamaktadır;

"Hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu, adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendisini zorunlu sayan ve bütün faaliyetlerinde hukuka ve Anayasaya uyan bir devlet olmak gerekir. Hukuk devletinde, yasa koyucu organ da dahil olmak üzere, devletin bütün organları üstünde hukukun mutlak bir egemenliğe sahip olması, yasa koyucunun faaliyetlerinde kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlı tutması gerekir."

"Yasa koyucu organ da dahil olmak üzere, Anayasa ve hukuka uyan devlet, tüm işlem ve eylemleri hukuka uygun olan devlettir".

(1) E.1963/124 K. 1963/243 KT. 11.10.1963 - E.1972/4 K.1972/14 KT. 24.2.1972 - E.1985/31 K.1986/11 KT. 27.3.1986 - E.1988/34 K. 1989/26 KT. 21.6.1989.

Bu anlayışın ve ilkenin amacı, Anayasal sistem içerisinde, devletin ya da (Fransız hukukçu Louis Favoreu'nün deyimi ile) politikanın hukuk kıskacına sokulması² olup, hukuk devletinin vardığı aşamayı belirlemektedir.

Temel unsuru ise, **kişilerin olduğu gibi, yasama organı da dahil olmak üzere, devletin tüm organlarının da faaliyet ve işlemlerinin Anayasa'ya uygun olup olmadıkları hususunda "denetime, yargı denetimine" tabi tutulmaları olmuştur.**

Bu çerçevede, kısaca şunu ifade etmek gerekir.

Çağdaş devletin belirleyici sıfatı olan hukuk devletinin taşıdığı özellikler, şu unsurlara dayanmak zorundadır;

- a) Hukuku, hukuk kurallarını toplumun kendisi, bireyler (ya seçtikleri temsilciler aracılığı ile ya da bazı durumlarda doğrudan doğruya) yaratacaklar ve değiştirebilecekler;
- b) Devletin kendisi de, bu hukukla, bu hukuk kuralları ile bağlı olacak;
- c) Devletin ve bireylerin hukuk kurallarına uygun davranması, sadece kendi vicdanlarına ya da devletin iyi niyetine bırakılmayıp, "bağımsız ve tarafsız yargı organları" tarafından denetlenecek.

Görüldüğü üzere, "**yargı denetimi**" hukuk devletinin en temel unsuru durumuna gelmiştir.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi'ne göre, *"yargı denetimi, hukuk devleti ilkesinin öteki öğelerinin güvencesini de oluşturan temel öğedir. Hatta yargı denetimini ortadan kaldıran bir kural, kişileri bu hukuksal güvenceden yoksun bırakmaktadır, ve bu nedenle hukuk devleti ilkesine aykırı düşer"*³

Aynı yorumu ve yargı denetimini hukuk devletinin en temel unsuru olarak görme yönündeki eğilimi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ("AİHM") kararlarında da görmek mümkündür; *"Hukukun üstünlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmenin temelinde varolan ilkelere biri olup, kişinin hakkına, kamu makamları tarafından yapılan müdahalenin etkili bir denetime tabi tutulmasını ifade eder."*⁴

(2) Nakleden Bakır Çağlar, Anayasa Bilimi, s. 4-5.

(3) E. 1976/43 K. 1977/4 KT.27.1.1977.

(4) Silver ve diğerleri/ İngiltere kararı, 25 Mart 1983, Seri A.no.61.

Aynı biçimde, Mahkeme, diğerk bir ilke kararında⁵, "*mahkemeye başvurma hakkının, adil ve tarafsız bir yargılamanın ve dolayısıyla Hukukun üstünlüğü kavramının kurucu unsurunu oluşturduğunu*" ileri sürmektedir.

2. Yargılama Faaliyetinin Etkin ve Etkili Olmasının Koşulları

1982 Anayasasının 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri başlığı altında, "**Türkiye Cumhuriyetinin ...demokratik ...bir Hukuk Devleti**" olduğu özellikle vurgulanmıştır.

Bu doğrultuda, Anayasayı yorumlamak ve anlam kazandırmakla yükümlü ve yetkili Anayasa Mahkemesi de, yukarıda sözü edilen ve sürekli tekrar edilen kararlarında da, Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğunu vurgulayarak, hukuk devleti ifadesi içinde bulunması gereken tüm unsurların, Türkiye açısından da geçerli olması zorunluluğuna dikkat çekmektedir.

Dolayısıyla, Türkiye'de de, "etkin ve etkili bir yargılamanın ve bunu gerçekleştirecek bir örgütün bulunması" devletin ve toplumun en temel gereksinmelerindedir. Bu niteliği ile, yargılama faaliyeti bir kamu hizmeti, yargılama örgütü de bu hizmetin hukuksal ve maddi cihazıdır.

Yargılama hizmetinin işlememesi, geç ya da kötü işlemesi durumunda, toplumsal yaşayışın ve iç barışın aksayacağı ve giderek kargaşaya dönüşeceği açıktır. O halde, yargılama faaliyetinin ya da diğerk bir söyleyişle, yargı denetiminin etkin ve etkili olmasının sağlanması zorunludur.

Bir hukuk devleti uygulamasında, yargı denetiminin etkin olabilmesinin temel koşulları ise şunlardan ibarettir:

- 1) Bu denetimin her aşamada gerçek ve etkili olması,
- 2) Yargılamanın ve sonuçların (mahkeme kararlarının) güvenceli ve adil olması,
- 3) Yargılamanın her aşamada süratli olması,
- 4) Hukuksal istikrarın (hukuksal ilişkilerde güvenlik ve kesinliğin) sağlanması,
- 5) Her aşamada savunma haklarına en geniş anlamda saygı gösterilmesi,

(5) Golder/ İngiltere kararı, 21 Şubat 1975. Seri A,no.18 - Osman Doğru, İnsan Hakları Avrupa İçtihatları, Beta yay., İstanbul 1996, s.45 vd.

- 6) Taraflar arasında eşitlik ilkesinin korunmasının sağlanması,
- 7) Yine yargılamanın her aşamasında usullerde açıklık bulunması,
- 8) Bu görevi üstlenen organların bağımsızlıklarını ve tarafsızlıklarını koruyacak biçimde düzenlenmiş olmaları.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi de, "*Anayasal güvencelere sahip yani kısaca bağımsız ve tarafsız bir yargı denetiminin, Hukuk Devleti ilkesinin öteki öğelerinin güvencesini de oluşturan temel öge olduğunu*" (E.1976/43 K. 1977/4 KT. 27.1.1977) ifade etmektedir.

3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Yargılama Faaliyeti Açısından Önemi

Hukuk devletinin gerektirdiği (gerçek, güvenceli, süratli ve savunma haklarına en geniş anlamda saygı gösteren, bağımsızlıklarını ve tarafsızlıklarını koruyacak biçimde örgütlenmiş etkin ve etkili bir yargı denetimini sağlayan) maddi ve şekli unsurlar ise, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin değişik maddelerinde (madde 5 - 13) -Ek 6 numaralı Protokol (madde 1), Ek 7 numaralı Protokol (madde 1 - 2 - 3 - 4 - 5)- ve de özellikle 6. maddesinde "adil yargılanma hakkı" başlığı altında düzenlenmiş bulunmaktadır.

Bu doğrultuda, Sözleşmenin 6. maddesinin amacı ve hedefi, adaletin belli bir yargısal sürecin sonucunda dağıtılmasının sağlanması ve güvence altına alınmasıdır. Bu hedef ve amaç, maddenin, gerek ceza yargılaması, gerek hukuk yargılaması alanındaki yargılama usullerine yönelik genel düzenlemelere yer veren, ve bu yargılamaların makul bir sürede, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemeler önünde, aleni bir biçimde ve adil olarak yapılmasını güvence altına alan 1. fıkrasında açıklıkla ortaya koyulmaktadır.

Dolayısıyla, **adil yargılanma hakkı olarak isimlendirilen 6. madde**, esas olarak, yargı denetiminin ve adil ve doğru bir yargılamanın sağlanması için, iki ayrı boyutta düzenleme ve genel ilkeler getirmekte;

- **hem usul alanında** gerekli ilkelere, esaslara, usul kurallarına, savunma haklarına (makul sürede yargılama, çelişmeli yargılama, silahların eşitliği gibi) yer vermekte,

- **hem de kurumsal alanda**, bu denetimi sağlayacak kurumların örgütlenmesine, işleyişine (bağımsızlık, tarafsızlık gibi) ilişkin temel esasları da belirlemektedir.

Bu doğrultuda, Sözleşmeye taraf olan tüm ülkeler gibi Türkiye'nin de, adaletin doğru ve adil biçimde dağıtılmasını sağlayacak kurumsal altyapıyı (tümü ile, hatta binaları, araç ve gereçleri ile kısaca fiziki tüm altyapısı ile adliye teşkilatını ve mahkemeleri) gereği gibi kurmak ve yargılamanın adil ve doğru bir biçimde yapılmasına yönelik olarak, ceza ve hukuk yargılama usulü alanındaki gerekli yasal düzenlemeleri gerçekleştirmek, yükümlülüğü bulunmaktadır.

4. İç Hukukumuza Yönelik Yorum ve Öneriler

Oysa, bu doğrultuda, Türkiye'de etkin yargı denetimine, adil yargılanma hakkının esaslarına yönelik olarak, değişik Anayasal ve yasal kurallar ve uygulamalar; yargılama hukukunun belirli yönleri, yargılama sürecinin değişik evreleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ışığında, Avrupa yargıcı tarafından denetlenmeye başlanmış, ve Mahkeme değişik kararlarında;

"Yargılama süreci içinde makul sürede yargılama yapılmamış olmasını (Mansur, Mitap ve Müftüoğlu, Yağcı ve Sargın kararları ile başlayan kararlar)",

"Mahkemelerin, tutukluluk koşulları konusunda ve tutukluluk halinin devamına karar verirken, yeterli biçimde gerekçelendirmeden, hep aynı, tamamen benzer ifadelerle, neredeyse matbu, kalıplaşmış ifadeler kullanarak kararlar vermelerini (Mansur, Yağcı ve Sargın kararları gibi)",

"belirli olaylarda (hem de yaşam hakkının korunması, özel yaşamın gizliliği ve kişi dokunulmazlığının ihlali gibi konularda), yargı makamlarının gerekli etkin ve tarafsız soruşturma ve incelemeleri yapmamış olmalarını (Akduvar, Aydın, Aksoy, Kaya, Akdeniz, Çiçek, Tanlı, Oğur kararları gibi)",

"adil yargılanma ilkesinin işleyişinde önemli bir rolü ve konumu olması gereken bazı kurumların (Savcılar ya da Adli Tıp teşkilatı gibi), yargılama sürecinde gerekli olan ve yasa ile düzenlendiği biçimde soruşturma ve inceleme görevlerini yerine getirmemiş olmalarını (Akduvar, Aksoy, Kaya, Menteş, Tanlı kararları gibi)",

"DGM'lerin asker üyelerinin atanma usulü, sicil sistemi ve bağlı buldukları komutanlarına karşı sorumluluklarını (İncal, Çıraklar, Zana kararları)",

sözleşmenin, yargılama sürecine ve adil yargılamanın esaslarına ve işleyişine yönelik düzenlemelerine aykırı bulmuştur.

Bu nedenle 2001 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişiklikleri ile, **Anayasanın 36. maddesinde** değişiklik yapılması yoluna gidilmiştir. Anayasanın bu maddesi, daha önceden "hak arama hürriyeti" kapsamında, "herkesin, iddia ve savunma hakkına" sahip olduğunu düzenlerken, 2001 değişiklikleri ile birlikte, adil yargılanma hakkı da, ibare olarak, madde metni içine yerleştirilmiştir.

Bu, çok önemli bir değişiklik olarak kabul edilebilir. Ancak, bazı ülkeler, böyle bir ibare ile yetinmek yerine, Anayasalarında, 1982 Anayasasında da yer alan "kanuni hakim güvencesi" gibi, suç ve cezalara ilişkin esaslar gibi bazı düzenlemeler yanı sıra, adil yargılanma hakkına yönelik ayrıntılı maddelere de yer vermişlerdir.

Örneğin **Bulgaristan** Anayasasının 31. maddesi, "ceza yargılamasına ilişkin esasları", (AİHS'nin 6. maddesinde yer alan bir çok unsura da yer verecek biçimde), ayrıntılı olarak, 7 bent biçiminde düzenlemiştir.

Aynı şekilde, 24 Mayıs 2003 değişikliği ile **İtalyan** Anayasası, adil yargılanma ve savunma haklarına ilişkin bir çok hakka bazı maddelerinde (madde 24- 25- 27 gibi) yer vermenin yanı sıra, 111. maddede de "adil yargılama süreci (duruşmalar safhası)" başlığı ile, bir çok unsuru, anayasal düzeyde güvence altına almıştır.

1990 tarihli **Hırvatistan** Anayasası da, hak arama hürriyetine ilişkin birkaç (27- 28- 29- 30- 31) maddeye yer verirken, özellikle 29. madde "savunma hakkı ve hukuk dışı deliller" başlığı altında, AİHS'nin 6. maddesinde yer alan bir çok unsuru düzenlemektedir.

Bu örneklerle, 1997 tarihli **Macaristan** Anayasasının "adil yargılanmaya" ilişkin 57 inci maddesi ile 1989'da değişen **Portekiz** Anayasasının "ceza yargılamasının güvenceleri" başlıklı 32. maddesi de eklenebilir.

Bu nedenle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde yer alan ve "adil yargılanma hakkının" değişik boyutlarını oluşturan unsurlara ayrıntılı olarak yer veren bir düzenlemenin Anayasada yer alması, daha güvenceli bir yöntem olarak, sağlanmalıdır.

B Ö L Ü M

MAHKEMEYE BAŞVURMA HAKKI

1. MAHKEMEYE BAŞVURMA HAKKI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Belirlediği Temel İlkeler

Mahkemeye başvurma hakkı hukukun temel prensibidir. Her şeyden önce bir dava yoksa, "hakkaniyete uygun, aleni bir yargılamadan ve gecikmeksizin kişinin dinlenmesinden söz etmek", kısaca adil yargılanma hakkının içerdiği güvencelerden yararlanmak olanaksızdır.

Kişinin hak aramasını sağlayacak tedbirlerin alınması ve bu yolu tıkayan engellerin kaldırılması ve hak aramak için mahkeme önüne gidebilme olanağının gerçekleşen, fiilen ve etkili bir biçimde mevcut olması gerekmektedir⁶.

Mahkemeye başvurma hakkı mutlak bir hak değildir. Devlet bu konudaki düzenlemesini yaparken bir takdir alanına sahiptir, fakat mahkemeye başvurma hakkına getirilen sınırlama hakkın özünü zedeleyecek şekilde olmamalıdır, orantılı olmalı, meşru bir amaç gütmelidir. Bu kriterler ilk olarak **Ashingdane davasında**⁷ AİHM tarafından ortaya koyulmuştur.

Özel hukuk uyuşmazlıklarının yanı sıra, idarenin işlem ve eylemleri nedeniyle ortaya çıkan iddialar⁸ açısından da, "mahkemeye başvurma hakkı" geçerlidir.

Mahkemeye başvurma hakkı, doğaldır ki ceza davalarına ilişkin olarak da uygulanabilmektedir. Ancak bu hak, mağdurun her durumda ve koşulda ceza davası açma hakkı olduğu anlamına gelmez. Mahkemeye başvurma hakkının varlığı, mağdura medeni hak ve yükümlülüğüne ilişkin bir iddiası olmadığı müddetçe, şahsi ceza davası açma hakkı vermez, kamu davasına konu olabilecek bir suçun mağduru için de, savcıdan kamu davasının açılmasını talep etme hakkı doğurmaz⁹.

Aynı şekilde, suçlanan kişi açısından mahkemeye başvurma hakkı, o kişiye davasının mutlaka devam etmesini isteme hakkı anlamına gelmez. Suçlanan kişinin

(6) *Geouffre de la Pradelle v. France*, 16.12.1992, para. 34-35; *F.G. Jacobs, The Right to a Fair Trial in European Law*, European Human Rights Law Review, 1999, issue 2, s. 143-144.

(7) *Ashingdane v. U.K.*, 28.05.1985, Ser. A, No. 93, 7 EHRR 528, para. 57.

(8) Örn. *Boden v. Sweden*, 27.10.1987, Ser. A, No. 125, 10 EHRR 367, para. 35; *Hakansson and Stureson v. Sweden*, 21.02.1990, Ser. A, No. 171, 13 EHRR 1, para. 62-63.

(9) Bkz. *Helmers v. Sweden*, 29.10.1991, Ser. A, No. 212-A, 15 EHRR 285, para. 27 ve 29; *Ait-Mouhoub v. France*, 28.10.1998, Reports 1998-VIII, para. 44-45, 57-58.

kendisine yöneltilen isnadın bir yargıç, bir mahkeme tarafından karara bağlanmasını talep etme hakkı anlamına gelir¹⁰.

Bazı idari para cezaları da Mahkemenin suç isnadı kavramını özerk yorumlaması sonucu, ceza hukuku anlamında bir para cezası olarak kabul edilmekte, bunlara karşı da tam yetkili bir mahkemeye başvurma hakkı olması gerekmektedir¹¹.

1.1. Dava Açma Hakkına Yönelik Sınırlamalar

1.1.1. Doğrudan Sınırlamalar

Küçüklere, akıl hastalığı veya zayıflığı olanlara, hükümlülere, müflislere yönelik sınırlamalar meşru amaçlara sahiptir¹². Fakat bu durumda da, daha önce belirtilen Ashingdane kriterlerinin uygulanacağını ve bu kriterlere aykırı olmayan sınırlamaların kabul edildiğini belirtmek gerekir.

Ashingdane kriterlerine uygun sınırlamalar dışında, bir kişiye ilişkin davanın, kendisi tarafından değil de, başka bir kişi veya kurum tarafından açılabilmesi yönünde sınırlamalar getirilmesi, İnsan Hakları Mahkemesi tarafından haklı bulunmamaktadır¹³.

1.1.2. Dolaylı Sınırlamalar

1.1.2.1. Avukatla görüşme hakkının tanınmaması

Bir medeni hak ve yükümlülüğün karara bağlandığı davalarda **avukatla görüşme hakkının geçici süreyle de olsa engellenmesi** veya kişinin avukatıyla gizli görüşme yapma hakkının **elinden alınması mahkemeye başvurma hakkını zedeler niteliktedir**¹⁴.

(10) *Deweer v. Belgium*, 27.02.1980, Ser. A, No. 35-A, 2 EHRR 439, para. 48-49; *Poitrinol v. France*, 23.11.1993, Ser.A, No. 277-A, 18 EHRR 130, para. 38.

(11) Örn. *Schmautzer v. Austria*, 23.10.1995, Ser. A, No.328-A, 21 EHRR 511 para. 34-36; *Pfarrmeier v. Austria*, 23.10.1995, Ser. A, No. 329-C, 22 EHRR 175, para. 40; *Umlauf v. Austria*, 23.10.1995, Ser. A, No.328-B , 22 EHRR 76, para. 37-40; *Mauer v. Austria (no.2)*, 20.09.2000, para. 16.

(12) Bkz. *Golder v. U.K.*, a.g.k., para. 39; Appl no. 12040/86, *M v. U.K.*, 04.05.1987, 52 DR 269; *Campbell and Fell v. U.K.*, 28.06.1984, Ser. A No. 80, 7 EHRR 165.

(13) *Philis v. Greece*, 27.08.1991, Series. A, No. 209, 13 EHRR 741.

(14) *Campbell and Fell v. U.K.*, a.g.k.,para. 113.

Yargılama, başvuruçunun tam olarak yargılamaya katılmasını sağlayacak bir biçimde yapılmalıdır. Avukatla temsil edilmeyen kişilerin davasında, gerçeğin ortaya çıkabilmesi için mahkemelerin daha özenli ve dikkatli bir yargılama yürütmeleri gerekmektedir, **kişinin kendi kusurundan kaynaklanan konularda dahi devlet 6. maddedeki güvenceleri sağlama pozitif yükümlülüğü altındadır**¹⁵.

1.1.2.2. Adli yardım verilmemesi

Yargı sürecindeki masraflar, mahkemeye başvurma hakkının özünü zedeleyecek şekilde bir engel yaratmamalıdır.

Hukuk davalarında ücretsiz avukat yardımı, bazı koşullarda, mahkemeye ulaşma hakkının varlığı açısından, zorunlu kabul edilmektedir. Örneğin davanın duygusal bir katılım gerektirmesi, hukuki ve maddi açıdan ve davada uygulanan usul açısından karmaşıklığı nedeniyle kişinin davasını kendi kendine etkili bir biçimde savunamaması¹⁶ veya iç hukukun avukat ile temsili zorunlu¹⁷ kılması gibi durumlarda başvuruçucu avukat masrafını ödeyemeyecek mali şartlar altında ise, ücretsiz avukat yardımı zorunludur.

Devletlerin sınırlı kaynakları sonucu adli yardım olanağının mevcut olmaması dikkate alınarak, bazı durumlarda, adli yardım verilmemesi haklı ve meşru görülmektedir. Örneğin, adli yardım verilebilmesi için davanın dayanaklarının iyi olması, diğer bir deyişle makul bir başarı şansının olması¹⁸ gibi şartlar aranabilir. Keyfi bir karar sonucu adli yardım verilmemesi söz konusu olmamalıdır.

Adli yardım olmaması durumunda, hukuk davalarındaki çok yüksek dava masrafları mahkemeye etkili ulaşma hakkını ihlal edebilir. Yargı makamlarının davaya bakmak için aldıkları mahkeme masrafları ile başvuruçunun mahkeme kanalıyla iddiasını ispat etme menfaati arasında iyi bir denge sağlanmalıdır. **Dava masrafı çok yüksek tutularak, mahkemeye ulaşma hakkının özü zedelenmemelidir, mahkemeye ulaşma hakkına ölçsüz bir sınırlama getirilmemelidir**¹⁹.

(15) *Kerojarvi v. Finland*, 19.07.1995, para. 42.

(16) *Airey v. Ireland*, a.g.k., para. 24.

(17) *Airey v. Ireland*, a.g.k., para. 26; *Aerts v. Belgium*, 30.07.1998, para. 60.

(18) Appl. No. 8158/78, *X v. U.K.*, 10.07.1980, 21 DR 95; Ayrıca bkz. Appl no. 9353/81, *Webb v. U.K.*, May 1983 session, 6 EHRR 120; Appl. no. 27435/95, *Thaw v. U.K.*, 26.06.1996.

(19) *Kreuz v. Poland*, 19.06.2001, para. 62-67.

1.1.2.3. Dava açma süresinin kısa tutulması

Bir davanın açılmasındaki süre sınırlamaları, diğer bir söyleyişle "**hak düşürücü süreler**", adaletin iyi bir biçimde işlemesi açısından kabul edilebilir sınırlamalardır.

Bu hak düşürücü sürelerin varlığı, bazı meşru nedenlere dayanır. Çok eski iddiaların gündeme getirilmesinin zararları, savunma tarafının geçmiş olaylara ilişkin iddiaları yanıtlama açısından eskimiş delillere ulaşmada zorluklarla karşılaşmasının önlenmesi gibi nedenler, bu tür sınırlamaları haklı kılar. Ayrıca, bu nedenlerin yanı sıra, **hukuki kesinlik ve hukuk güvenliğinin sağlanması** da, bu meşru nedenler arasında kabul edilebilir.

Sürenin sona ermesinden sonra yeni olayların ortaya çıkmasının dava nedeni sayılmaması²⁰ veya sürenin sona ermesinden sonra dava sebebinin öğrenilmesi²¹ halinde mahkemeye başvurma hakkının tanınmaması da mümkündür.

Fakat, öngörülen sürenin **uygulamada davayı açmayı imkansız kılacak şekilde kısa tutulmuş ve katı bir biçimde uygulanmış olmaması** gerekmektedir. Bu durum mahkemeye başvurma hakkının özünü zedeleyebilmektedir²².

Davanın süresi, uygulanan usulün karmaşıklığı ve açık olmaması nedenleriyle bir dava açma süresi aşılmışsa, yine mahkemeye başvurma hakkı ihlal edilmiş kabul edilebilmektedir²³.

1.2. Mahkemenin Yargı Yetkisine Yönelik Sınırlamalar

1.2.1. Tam Bir Yargı Yetkisinin Bulunmaması

Ulusal mahkemenin önündeki yargılama sırasında, davadaki olaylar (questiones facti) ve hukuki konulara (questiones juris) ilişkin tam bir yargı yetkisi (full jurisdiction) bulunmaması, mahkemeye başvurma hakkının ihlalini ortaya çıkarabilmektedir²⁴.

(20) Appl. no. 90707/82, *X v. Sweden*, 06.10.1982, 31 DR 223.

(21) *Stubbings and others v. U.K.*, 22.10.1996, Reports 1996-IV, para. 54-57. Bkz. Sibel Inceoğlu, İnsan Hak. Avr. Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta yay., İst. 2002, s. 130.

(22) *Pérez de Rada Cavanilles v. Spain*, 28.10.1998, Reports 1998-VIII, para. 47-50.

(23) *De Geouffre de la Pradelle v. France*, a.g.k., para. 34-35.

(24) *Terra Woningen BV v. Netherlands*, 17.12.1996, Reports 1996-VI, para. 52-55; Ayrıca bkz. *Pfarrmeier v. Austria*, a.g.k., para. 40; *Umlauf v. Austria*, a.g.k., para. 37-40; *Mauer v. Austria*, a.g.k., para. 16.

Gerçi bazı konularda, verilecek karar medeni hak ve yükümlülükler üzerinde etkili olmasına rağmen, esas hakkındaki asıl kararın mahkemeden çok idare tarafından verilmesinin gerekli olduğu durumlar vardır. Bu durumlarda, idare daha çok bir "yerindelik" değerlendirmesi yapmaktadır²⁵.

Bu nedenle, Avrupa İnsan Hakları mahkemesi, örneğin hekimlerin disiplin yargılamalarına, çalışanın işten çıkarılmasına veya çocuğunu görme hakkına yönelik içtihatlarında (maddi ve hukuki yönden) tam yargılama yetkisine sahip bir mahkemeye başvurma hakkını ararken, idari merci tarafından bir "yerindelik" değerlendirilmesi yapılarak alınan kararlar açısından, daha sınırlı bir yargı denetimini mümkün görmektedir.

Davanın taraflarından birinin iddiasının maddi temelleri, örneğin milli güvenlik içeren bazı belgelerin yargı denetimi dışında tutulması gibi nedenlerle, ulusal mahkeme tarafından incelenemiyorsa, bu durumun mahkemeye etkili başvuru hakkını zedeleyeceği kabul edilmektedir²⁶.

1.2.2. İdarenin Bazı İşlem ve Eylemlerinin Yargı Denetimi Dışında Olması

İdarenin eylem ve işlemlerinin yargı denetimi dışında tutulması, mahkemeye başvurma hakkına aykırıdır²⁷.

Fakat, AİHM'nin **Pellegrin kararındaki** kriterler gereği, *"yargıç ve savcılar ile silahlı kuvvetler mensupları, devletin egemen gücünün kullanılmasına doğrudan katıldıkları için, bunların memurluğa kabul, kariyerleri, çalışma koşulları veya görevden alınmaları, emekliliğe sevkleri gibi konulardaki kararlar 6. maddenin koruması altında değildir"*.

1.2.3. Dokunulmazlık ve Muafiyetler Tanınması

Pek çok Avrupa ülkesinin hukuk sisteminde, kamu makamlarına veya kamu hizmeti gören kişilere karşı dava açılmasını önleyici bazı muafiyetler veya dokunulmazlıklar bulunmaktadır. Bu tür düzenlemeler, kişinin mahkemeye başvurma hakkını engelleyebilmektedirler.

(25) *Zumtobel v. Austria*, 21.09.1993, Ser. A, No.268-A, 17 EHRR 116, para. 31.

(26) *Tinnelly and Mc Elduff v. U.K.*, 10.07.1998, Reports 1998-IV, para. 77-78; *Devlin v. United Kingdom*, 30.10.2001, para. 30-32.

(27) *Pudas v. Sweden*, 27.10.1987, Ser. A, No.125, 10 EHRR 380 , para. 40-41.

Getirilen bu tür ayrıcalıklar, mahkemeye başvurma hakkının özünü zedelememeli, meşru bir amaca hizmet etmeli ve ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır²⁸ (Ashingdane kriterleri). Örneğin, yasama sorumsuzluğu, diplomatik dokunulmazlık veya yabancı devlet muafiyeti²⁹ nedeniyle dava hakkının sınırlanması Ashingdane kriterlerine uygundur.

Buna karşın, polisin suçu önleyici tedbir almamasına karşı dava yolunun kapalı olması mahkemeye başvurma hakkına aykırıdır.

Polise mutlak ve genel bir dokunulmazlık sağlanması, ulusal mahkemenin çatışan diğer kamu yararı konularını gözeterek, polisin ihmalinin ve ortaya çıkan zararın ağırlık ve hafiflik dereceleri arasında ayırım yapmaması, davada ortaya çıkan zararın çok ağır olması gibi durumlarda, mahkemeye başvurma hakkını ihlal etmektedir³⁰.

1.3. Hukuki Kesinlik (Hukuk Güvenliği) ve Yargı Kararının Uygulanmaması

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, hukuk devleti ilkesinin, sözleşmeye taraf devletlerin ortak mirası olduğunu belirtmektedir. Hukuk devletinin temel özelliklerinden biri ise, mahkemelerin bir konuyu kesin hükme bağladıkları durumlarda, bu kararların sonradan sorgulanmamasını gerekli kılan **hukuki kesinliktir**³¹.

Eğer bir hukuk sistemi içinde yargının verdiği ve bağlayıcı olan kesin hüküm, sonradan zarar gören taraf ya da devlet tarafından işlevsiz duruma getirilirse, adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerin bir anlamı kalmaz. Dolayısıyla, mahkemeye başvurma hakkı ortadan kalkmış sayılır³².

Bir mahkeme kararının yerine getirilmesi için kamu gücü kullanılmasını isteyen kişinin bu talebi reddedilmemelidir³³. Mahkeme kararının cebri icra yoluyla yerine getirilmesi hukuken mümkün olmakla birlikte, **yasal boşluklar nedeniyle fiilen**

(28) *Ashingdane v. U.K.*, a.g.k., 58-59; *Fayed v. U.K.*, 21.09.1994, Ser. A. No. 294-B, 18 EHRR 393 para. 75-82.

(29) Appl. No. 25646/94, *Young v. Ireland*, 17.01.1996; *Fogarty v. U.K.*, 21.11.2001, para. 26, 34-39, diğer kararlar ve bilgi için bkz. S. İnceoğlu, a.g.e., s. 142-143.

(30) *Osman v. U.K.*, 28.10.1998, Reports 1998, para. 150-152.

(31) *Brumarescu v. Romania*, 28.10.1999, Ser. A No. 62, para. 61-62.

(32) *Hornsby v. Greece*, 19.03.1997, Reports 1997, para 40; Ayrıca bkz. *Pialopoulos v. Greece*, 15.02.2001, para. 68-70,

(33) *Lunari/İtalya*, 11.01.2001; *Georgiadis/Yunanistan*, 28.03.2000

uygulanamıyorsa, bu durum da mahkemeye başvurma hakkına aykırıdır³⁴. **Kesinleşmiş bir mahkeme kararı sonradan iptal edilip hukuki kesinlik ortadan kaldırılıyorsa da, hakkaniyete aykırılık doğacaktır**³⁵.

1.4. Hukuk Düzeninde İstikrar ve Hukuk Güvenliğinin Sürekliliğinin Sağlanması

Hukuk düzeninde istikrar ve hukuk güvenliğinin sürekliliğinin sağlanması hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir sonucudur.

Devletin sahip olduğu "hükümranlık" yetkileri, devletin bireylerle girmiş olduğu hukuki ilişkilerde kendisine çeşitli üstünlüklerin tanındığı bir hukuki rejim yaratmaktadır. Bu hukuki rejim içinde devlet "**kamu kudreti**" ayrıcalıklarından yararlanmakta ve bireylerin iradesine ihtiyaç duymaksızın ve hatta bazen de bireylerin karşıt iradesine rağmen tek taraflı tasarruflarla bireylerin statülerini değiştirebilmekte; hak ve menfaatlerini etkilemektedir.

Devletin sahip olduğu bu "ayrıcalıklı hareket" üstünlüğü bireylerin temel haklarının güvence altına alındığı "**hukuk güvenliği**" ilkesi ile sınırlıdır. Bu kapsamda da, devlet, hükümranlık yetkilerini kullandığı organları vasıtasıyla hukuk güvenliğini koruyucu her türlü tedbiri almakla yükümlüdür. Hukuk güvenliği ilkesi Fransız ve Türk Kamu Hukuku sistemlerinde, hukukun genel ilkeleri teorisi çerçevesinde ele alınmakla birlikte; daha çok idari yargı içtihatları ile geliştirilmiştir.

İçtihatlarda, hukuksal ilişkilerde istikrarın sağlanmasına yönelik olarak, "**idarenin hukukla bağlılığı**", "**idari işlemlerin geriye yürümezliği**", "**idari işlemler sonucu bireyler üzerinde doğan hakların dokunulmazlığı**", "**kesin hüküm**" ilkeleri hep hukuk güvenliği düşüncesine dayalı ilkeler olarak ifade edilmiştir.

Ancak, içtihatlarda ortaya konulan bu ilkeler, Türk Hukukunda yasa koyucu tarafından pozitif hukuk kuralı haline dönüştürülmemiş ve böylelikle idareyi bağlayıcı nitelikte bir yasal düzenlemenin olmaması nedeniyle de idari tasarrufların "hukuk güvenliği" ilkesine uygun olarak tesis edilip, edilmediği hususu, her tasarruf bakımından idare yargıcının takdir ve değerlendirmesine bırakılmıştır. Bir başka deyişle, hukuk güvenliği düşüncesine dayalı hukukun genel ilkelerinin yasa koyucu tarafından objektif ve genel pozitif norma dönüştürülmemesi, İdarenin ve yargının subjektif uygulama ve değerlendirmelerine yol açmıştır ki, bunun sonucunda da hu-

(34) *Pavese v. Italy*, 05.04.2001; Ayrıca bkz. *Tarducci v. Italy*, 19.04.2001.

(35) *Brumarescu v. Romania*, para. 62.

kuk düzeninde objektif ve sürekli bir istikrar anlayışının hakim kılınabilmesi mümkün olmamaktadır.

Temel hak ve özgürlükler alanında ve hukuk güvenliği ilkesi çerçevesinde önemli olan, bu hak ve özgürlüklerin ve bunlara egemen olan ilkelerin kuramsal düzeyde kalmasının önüne geçilmesi, bunların etkili bir biçimde korunup, güvence altına alınmasıdır. Günümüzde İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi ("AİHS")'nin 5. ve 6. maddelerinde öngörülen hukuk güvenliği prensibinin, devlet ve ulusal mahkemelerce gereği gibi güvence altına alınmaması ve hatta ihmal edilmesi AİHM tarafından bir ihlal nedeni addedilebilmektedir.

Ayrıca, devlet tarafından yapılan müdahale sırasında, bireyin ekonomik haklarının ve sahip olduğu ekonomik değerlerin, hukuk güvenliği ilkesi ihlal edilerek zedelenmesi ve bunun sonucunda ortaya çıkan hak kayıpları, AİHM tarafından "Ek 1 no.lu Protokol'ün 1. maddesinde yer alan mülkiyet hakkının korunmasına" da aykırı görülebilmektedir.

Hukuk güvenliği düşüncesine dayalı temel ilkelerin, devlete yüklediği en önemli ödev hukuksal ilişkilerde istikrarın sağlanması yönünde gerekli düzenlemelerin yapılması ve hak doğuran statülerin belirli kurallar içinde korunmasının teminat alınmasıdır. Özellikle, devletin tasarrufları sonucunda, belirli hukuki statülere giren ve haklar kazanan bireylerin bu haklarının takdire dayalı keyfi uygulamalar neticesinde kaldırılması ya da geri alınması yönündeki devlet tasarruflarının önüne geçilebilmesi için içtihatlarla ortaya konulan ilkelerin temel haklar rejimi ve ekonomik hayatın gerekleri uyarınca yasal düzenleme konusu yapılması büyük önem taşımaktadır.

İdare Hukukunun en temel ilkelerinden birisi "**idari işlemlerin yapıldığı tarihteki mevcut hukuksal statü içinde hukuka uygun olup olmadıklarının değerlendirilmesi**"dir.

Bu ilke çerçevesinde;

a) Bir idari işlem, yapıldığı tarihte tabi olduğu hukuksal düzen içinde mevzuata ve giderek hukuka uygun bir biçimde tesis edilmişse, gerek işlemi tesis eden idare ve gerekse işlemin muhatapları (ya da yararlananları) açısından getirdiği yükümlülükler ve yarattığı haklar saklı kalır ve tüm hukuksal sonuçları doğurur.

b) Eğer bir idari işlem yapıldığı tarihte tabi olduğu hukuksal düzen içinde mevzuata ve giderek hukuka aykırı olarak tesis edilmişse, bu takdirde idare bu işlemini -kamu düzeni ve hukuksal güvenlik ilkeleri çerçevesinde- ancak işlemin tesis edildiği tarihten itibaren 60 günlük bir süre içinde geri alabilir. Fakat, idare, bu işlem neticesinde üçüncü kişiler üzerinde yaratılmış bulunan hakları korumak koşuluyla, bu tür hukuka aykırı işlemlerini her zaman için ileriye yönelik olarak kaldırabilir.

c) Son olarak, eğer bir idari işlem yapıldığı tarihte tabi olduğu hukuksal düzen bakımından mevzuata ve giderek hukuka uygun olarak tesis edilmekle birlikte, daha sonradan hukuk düzeninde oluşan değişiklikler nedeniyle hukuka aykırı duruma gelirse, idare bu tür işlemlerini hiçbir şekilde geri alamaz. Ve ancak yine üçüncü kişiler üzerinde, bu işlemler sonucunda doğmuş bulunan hakları korumak koşuluyla, bu tür işlemlerini ileriye yönelik olarak kaldırabilir.

Yine İdare Hukukunda, idari işlemlerin geri alınıp alınamayacağı konusunda, gerek öğretisi, gerek mahkeme kararları çok farklı teori ve prensiplerden yola çıkarak çeşitli hukuk ilkeleri geliştirmiştir. Bunlardan en önemlisi "hukuka uygun idari işlemlerin geri alınmaması" konusundaki prensiptir ki, bu prensip aynı zamanda "idari işlemlerin geriye yürümemesi" ve "hukuki güvenlik", "hukuki istikrar", "hakkaniyet" gibi çeşitli prensiplerin de doğal bir uzantısıdır ve her şeyden önemlisi "hukuka uygun biçimde hak doğuran işlemler sonucunda oluşan hukuk düzeninin korunması"nın sağlanması amacını taşımaktadır.

Bu bakımdan "hak doğuran hukuka uygun işlemlerin geri alınmaları yani yapıldıkları tarihten itibaren ortadan kaldırılmaları imkansızdır".³⁶ Bir idari işlemin geri alınabilmesi için o işlemin hem yapıldığı tarih itibarıyla hukuka aykırı olması hem de ilgili bakımından hak doğurmamış olması gerekir. **Bu açıdan da, bir idari işlemin geri alınması yasağı bakımından o idari işlemin hak doğurmuş olup olmaması, en az o idari işlemin hukuka uygunluğu kadar önemlidir.**³⁷

Bir başka deyişle, eğer bir idari işlem yapıldığı tarihte ilgililer üzerinde hak doğurmuş ise, artık o işlemin geriye yürür bir biçimde ve doğmuş bulunan hakları da ortadan kaldırıcı şekilde geri alınabilmesi mümkün değildir ve bu bakımdan da işlemin yapıldığı tarih itibarıyla hukuka uygun ya da aykırı olmasının çok fazla önemi de bulunmamaktadır.

(36) Bkz. Turgut TAN, "İdari İşlemin Geri Alınması", Ankara, 1970, sf. 49.

(37) TAN, age., sf. 57.

İdare hukukunda, "kazanılmış haklara saygı" ve "idari işlemlerin geriye yürümemesi" prensipleri de hak doğurmuş, kişisel sonuçlar yaratmış idari işlemlerin etkilerinin bertaraf edilmesinin önlenmesi ve hukuktan beklenen güvenliğin sağlanması amaçlarına yönelik olarak bizzat idare yargıcı ve öğreti tarafından yaratılmış prensiplerdir.

İdari işlemin geriye yürümemesi prensibi, uygulamada İdare edilenlerin kazanılmış haklarını güvenceye almaktadır. Bu konuda, Duran, "idari tasarrufların müktesep hakları korumak ve hukuki münasebetlerde istikrar sağlamak ihtiyacı ve zaruretinden doğmuş bir sosyal hukuk kaidesidir"³⁸; Güneş ise, "sübjektif hak doğuran işlemlerin (bir başka işlemlerle) kaldırılması diye bir şey zaten idare hukukunun bir başka prensibine göre de mümkün değildir. O da idare işlemlerinin geriye yürümemesidir"³⁹ demek suretiyle, kazanılmış haklara saygı ve idari işlemin geriye yürümemesi prensipleri arasında birbirinden ayrılmaz bir bağ kurmuşlardır.

Danıştay'ın da -çeşitli farklı yaklaşımlar içinde olmakla birlikte- esas olarak bu görüşte olduğu söylenebilir ki, Yüksek Mahkemenin "kazanılmış bir hak doğuran idari işlemlerin ortadan kaldırılması yolundaki yeni idari işlemin, "idari işlemlerin geriye yürütülememesi" kuralına aykırı olduğu"nu belirlediği, farklı tarihlerde vermiş olduğu çok sayıda kararı bulunmaktadır.

Öte yandan, "**hukuki işlemlerin kişisel sonuçlarının dokunulmazlığı**" ilkesi ise, ayrıca kazanılmış haklara sadece geçmiş açısından değil aynı zamanda gelecek bakımından da dokunma yasağını ifade etmektedir. Bir başka deyişle, idari işlemin geriye yürümemesi ilkesi, yalnız geçmişte kazanılan statülere yönelmiş olduğu halde, idari işlemin kişisel sonuçlarının dokunulmazlığı prensibi ise geçmişle beraber geleceğe yönelik olarak da kazanılmış statülerin korunmasını sağlayan hukukun genel ilkesidir.

Yapıldıkları tarihte hukuka uygun olan ve hak doğuran idari işlemlerin hiçbir zaman geri alınamayacağını yukarıda belirtmiştik. Buna karşılık, bu nitelikleri taşıyan yani hem hukuka uygun olan hem de hak doğuran işlemlerin ileriye yönelik kişisel sonuçlar doğurmak üzere kaldırılabilmesi de bu kez idari işlemlerin kişisel sonuçlarının dokunulmazlığı prensibi uyarınca mümkün değildir.

(38) Bkz., DURAN Lutfi, "İdare Hukuku Ders Notları", 1964 İstanbul, sf.403.

(39) Bkz.GÜNEŞ Turan, "Türk Pozitif Hukukunda Yürütmenin Düzenleyici İşlemleri", 1965, Ankara, sf.171),

Bu prensibin amacı, hukuka uygun olarak belirli hukuki statüler içine giren, bu statülere bağlı haklardan yararlanma imkanını elde eden kişilerin sürekli bir korumadan istifade etmesidir.

“Hukuk güvenliği prensibi”, meşru biçimde edinilen bu haklara bağlanan kişisel sonuçların mutlak bir korumadan yararlanması gereğini ifade etmekte ve **“idari işlemlerin kişisel sonuçlarının dokunulmazlığı ilkesi”** de, bu tür bir koruma gereğinin yerine getirilmesini sağlamaktadır.

Kural olarak, sadece hukuka uygun biçimde hak doğuran idari işlemlerin doğurduğu kişisel sonuçların dokunulmazlığı suretiyle korunmasını amaçlayan bu ilkelere göre, hukuka aykırı işlemler hak doğurmuş olsalar bile geleceğe yönelik olarak bu tür hakların "kazanılmış" hak olarak değer ifade etmeyeceği ve bu halde bu tür hakların belli süreler içinde geleceğe yönelik olarak kaldırılabilceği, "kural" olarak kabul edilmektedir.

Bu kural çerçevesinde, hukuka aykırı bir işlemin kazanılmış hak doğurabileceğini söylemek kolay olmamakla beraber, hukuka aykırı işlemlerin ilgili lehine yarattığı hukuki durumların ilelebet tartışma konusu yapılması da mümkün değildir. Dolayısıyla belirli bir sürenin geçmesi sonucu bu hukuki durumların korunmasında meşru yararları bulunan ilgililerin korunması, yani bu hukuki durumların dokunulmazlığını kabul etmek gerekir. İşte bu durumda kişisel işlemlerin sonuçlarının dokunulmazlığı belirgin bir şekilde ortaya çıkmaktadır.⁴⁰ Bu son halde, hak doğurmuş olsalar dahi idarenin hukuka aykırı işlemini genel kamu düzeni süresi olan dava açma süresi içinde geri almak suretiyle kaldırabileceği kabul edilmektedir ki, aynı kural Fransız Hukukunda ve Danıştay'ın kararlarında da genel kabul görmektedir. Ayrıca, Danıştay, bazı kararlarında da, bir idari işlem sonucu doğan haktan belirli bir süre yararlanmanın, o hakkı artık bir kazanılmış hak haline dönüştürdüğünü kabul etmektedir.

Bu durumda, "hak" ve "kazanılmış hak" (müesses durum) kavramlarının açıklanması gerekmektedir.

"Hak" kavramı, çok genel bir ifade ile, "kişilere hukuk tarafından tanınan bir menfaat ve ondan yararlanma konusunda verilen bir yetki" olarak tanımlanmaktadır.⁴¹ İdare hukukunda ise, hak kavramı "hukuk kurallarının korunmasını güvence altına aldığı bir menfaat" şeklinde tanımlanabilir.

(40) TAN,age., s.60.

(41) Bkz.VELİDEDEOĞLU-KAYNAR,"Türk Medeni Hukuku",1961,İstanbul, s.42.

"Kazanılmış hak" kavramı ise, İdare Hukuku öğretisinde ve içtihatlarda tam ve açık bir biçimde tanımlanmamıştır. Ancak, söz konusu kavram, Danıştay içtihatlarında *"kazanılmış hak, objektif bir hukuk kuralının kişilere uygulanmasıyla objektif ve genel hukuki durumun kişisel bir işlemde özel hukuki duruma dönüşmesidir"* şeklinde tanımlanmaktadır.

Söz konusu tanımdan da anlaşılacağı üzere, Danıştay, bir hakkın "kazanılmış hak" olup, olmadığını belirlerken; hukuki bir düzenlemenin kişilere sağladığı objektif ve genel durumun, subjektif ve kişiselleşmiş bir duruma dönüşmesi, tamamen kişiye özgü bir hak halini alması; yani hakkın doğumundan kazanılması sürecine geçiş olgusunu aramaktadır.

Bu kapsamda da Danıştay içtihatları çerçevesinde, kazanılmış bir hakkın varlığı her olaya ve konunun özelliğine göre ayrı veriler kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak yine Danıştay içtihatlarında çok açık bir biçimde, kazanılmış hakların korunmasının hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğu; idari işlemlerin geriye yürümezliği ilkesinin de kazanılmış hakların korunması amacını güttüğü ve idarenin faaliyetlerini genel anlamda sınırlayan bir ilke olduğu kabul edilmektedir.

Danıştay yine çeşitli kararlarında, kazanılmış hakkın ancak yasal mevzuata uygun olarak kazanılmış bir hakkın varlığı halinde söz konusu olabileceğini belirlerken; kazanılmış haklar kavramını, idare hukukunun genel prensiplerini uygulayarak değerlendirmiştir. Yüksek Mahkeme, özellikle, "bir hakkın belirli bir süre kullanılması ya da idarece kullandırılması sonucu ilgililer lehine yaratılan durumların kazanılmış hak haline dönüştüğü ve belirli bir süre geçtikten sonra artık tartışılmaz hale gelip korunması gerektiği" hususlarını da bu bağlamda kabul etmiştir.

Buna rağmen, Danıştay içtihatlarında idareyi ve giderek yasa koyucuyu söz konusu hukuk prensiplerinin pozitif hukuk kuralına dönüştürülmesi yönünde ve bağlayıcı nitelikte istikrarlı ve kararlı bir tavırdan söz edebilmek de mümkün değildir. Yüksek Mahkeme, gerek hak doğuran ve hak doğumuna elverişli olmayan idari işlemler, gerek bunların idare tarafından düzeltilmesi, değiştirilmesi, geri alınması veya kaldırılması usulleri bakımından çok büyük önem taşıyan kazanılmış haklar kavramını hiçbir zaman içtihatlarında ön plana çıkarmamış ve hatta kavramı pozitif hukuk düzeninde bağlayıcı bir norma dönüştürmek yönünde tutarlı bir tanım oluşturmaktan da kaçınmıştır denilebilir.

Yargıcın pozitif hukuk düzenine katkı sağlamaktan uzak bu tutumu, konuyla il-

gili olarak idareye her olayın özelliklerine göre çok geniş bir takdir alanı içinde hareket edebilme serbestisi yaratmış ve bunun sonucunda da idare ve dolayısıyla da yürütme organı, sahip olduğu böylesine bir ayrıcalığı kendi iradesi ile terketme yönünde hiçbir zaman istekli olmamıştır.

Hiç şüphesiz, idare yargıcının ve kamu kudretinin bu tutumu hukuk düzeninde hem yargı kararlarında hem de idari tasarruflarda istikrarsızlıkların oluşmasına yol açmış; bireylerin devletin kararlılığına güven duymalarının ve geleceğe yönelik atacakları adımlardan emin olmalarının önünde büyük bir olumsuzluk yaratmıştır.

Bireylerin kendi aralarında kurup, yürüttükleri özel hukuk ilişkilerinde elde etmiş oldukları hakların sona erdirilmesi de -tıpkı ilişkinin kuruluşunda olduğu gibi- karşılıklı ve eşit iradelerin aynı yönde birleşmesi sonucunda mümkün olabilmekte; taraflardan birinin aksine hareketi halinde sözleşme yargıcı hukuki ilişkiye doğrudan müdahalede bulunarak hakkın geçerli kılınması, korunması ya da aynen iadesi yönünde çeşitli zor kullanma yetkilerini de kullanarak hakkın teessüsüne hükmedebilmektedir. Bir başka deyişle, özel hukuk alanında, eşit iradeler neticesinde doğmuş bulunan hakların, hak sahibinin iradesi dışında hukuk düzeninden kaldırılmasını önleyici ve hak sahibi açısından doğan hukuki sonuçların sürekliliğini sağlayıcı çeşitli koruyucu, müdahaleci ve hatta zor kullanıcı enstrüman ve müesseselerin de işlerliğinin bulunduğu bir hukuk anlayışı egemen kılınmış iken; kamu hukuku alanında, idareyi bağlayıcı nitelikteki emredici pozitif hukuk kurallarının düzenlenmemiş olması nedeniyle, idarenin zaten sahip olduğu ayrıcalıkların önü tamamen açılarak, devletin işlemleri neticesinde bireylerin sahip oldukları hak ve statülerin değiştirilmesi ya da kaldırılması konusunda tam bir belirsizlik rejimi hakim kılınmıştır.

Bu nedenle de gerek öğretilerde gerek içtihatlarda en tartışmalı sorunlardan birisi haline gelen kazanılmış haklar ve idari işlemlerin geriye yürümezliği ilkelerinin kapsam ve içeriğindeki belirsizlikler, uygulamada idari işlemlerle bir hak ya da statüden yararlananlar bakımından doğan hukuki sonuçların kaldırılması, değiştirilmesi ya da geri alınması esasları bakımından kendini göstermekte ve bu konudaki belirsizlikler kamu kudreti ayrıcalıkları lehine sonuçlar doğmasına dayanak yapılırken, bireylerin hukuk güvenliği sürekli bir tehdit ile karşı karşıya kalmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Genel Kurulu, 28.10.1999 tarihli **Brumarescu c. Romanya kararında**;

- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin "başlangıç" bölümünde yer alan ilkelerin Sözleşmenin ayrılmaz bir parçası olarak tüm imzacı devletleri bağladığını;

- Sözleşmenin "başlangıç" bölümünde yer alan ilkelerin esas itibarıyla, "hukuki ilişkilerde istikrar" ve "hukuk güvenliği" ilkelerini teminat altına aldığını;

- Hukuk güvenliğini sağlayamayan ve gerekli teminatlarla donatmayan Hükümetlerin, Sözleşmenin başlangıcında yer alan bu ilkeler uyarınca sorumlu tutulması gerektiğini;

- Yargı organlarına başvuru hakkının Hükümetin bir kararı ile ortadan kaldırılmasının ya da **kişisel sonuçlar doğurmuş hukuki ilişkilere bağlı hakların daha sonradan geri alınmasının, hukuki ilişkilerde güvenlik ilkesini ihlal ettiğini** ve hakları bu şekilde ihlal edilmiş kişilerin, Sözleşmenin 6. maddesinin birinci paragrafında teminat altına alınmış haklarından yoksun bırakıldığını; ortaya koymuştur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu yaklaşımı sonucunda, Türk İdare Hukuku bakımından, idari işlemler sonucunda doğan hakların geri alınabilmesi ya da geleceğe yönelik kaldırılabilmesi yönünde idareye bırakılan takdir yetkisini kısıtlayacak düzenlemelerin hayatiyete geçirilmesi büyük önem taşımaktadır. Konuyla ilgili olarak, yasa koyucunun hareketsiz kalması ve yargı yerlerinin içtihatlarının da belirsiz bir nitelik arz etmesi ileride bu konuda yapılacak başvurularda, Mahkemeye, T.C. Devleti'nin bu kapsamda AİHS'nin başlangıç bölümündeki ilkeleri ve dolaısıyla da AİHS'nin 6.maddesinin 1. paragrafını ihlal ettiği yönünde kararlar alınabilecektir.

1.5. İç Hukukumuza Yönelik Yorum ve Öneriler

1.5.1. Anayasa Hukuku

Görüldüğü üzere, "mahkemeye başvurma hakkı", adil yargılanmanın temel unsurudur. Bu çerçevede, sadece, bu hakkı engelleyebilecek tüm sınırlamaların kaldırılmasının yeterli görülmemesi, tam tersine, bu hakkı daha fazla güvence altına alacak anayasal ya da yasal değişikliklerin gerçekleştirilmesi de, "hukuk devletinin" gerçekleşmesi açısından önemlidir.

a) Bu doğrultuda, Anayasamızda yer alan ve "Anayasa mahkemesine başvuru yollarını" düzenleyen 150 ve 151. maddelerde değişiklik yapmak suretiyle, yeni bir

başvuru yolu olarak, "**Anayasa Şikayeti**" yolunun kabul edilmesi yerinde olacaktır.

En önemli örneği Almanya olmak üzere, kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesinde kullanılan ve bir çok ülkeye yayılan, özellikle Doğu Bloku'nun yıkılmasından sonra, demokratik sistemi benimseyen Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinin Anayasalarında da yer almaya başlayan "Anayasa Şikayeti" yolunun yer alması, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında çok temel bir rol oynayabilecektir. Ve 1961 Anayasasından beri Anayasalarımızda yer alan ve hukuk devletinin gerçekleşmesi açısından çok önemli bir işlev gören Anayasa Mahkemesinin işleyişi açısından, çok temel bir eksikliği giderecektir.⁴²

b) Mahkemeye başvurma hakkı ana başlığı altında yer alan alt kavramlardan biri olan **hukuk düzeninde istikrar ve hukuk güvenliğinin sağlanması,** görüldüğü üzere, hukukun temel ilkelerinden biri olarak, Türkiye ve Türk Hukuku açısından da büyük önem taşımaktadır. Özellikle, idarenin bazı işlemlerinde ve eylemlerinde, bu ilkeyi ihlal edebilecek ve güvenceyi ortadan kaldıracabilecek nitelikte düzenlemeler getirebilmesi, söz konusu ilkenin, Anayasal bir koruma altına alınmasını gerekli kılmaktadır.

Söz konusu ilkenin, zaten Anayasamızda ifadesini bulan hukuk devleti ilkesi çerçevesinde, güvence altına alınmış olduğu ileri sürülebilse (ve bu kavramsal olarak haklı görülse) dahi, hukuk güvenliği açısından tartışmalı bazı düzenlemelerin, idari işlemler yanı sıra, son dönemlerde, bazı yasalarda (bankalar ya da ormanlara ilişkin yasa değişiklik tasarıları gibi) ortaya çıkması olgusu da, Anayasa'da bu yönde belirli değişikliklerin yapılmasını haklı göstermektedir. Böylece, hem, yasal düzenlemeler ile, bu ilkenin ihlal edilebilmesinin önüne geçilmiş olacak, hem de idari işlemlerde, hukuk güvenliği, anayasal düzeyde güvence altına alınmış olacak, hukuk düzeni açısından daha etkili bir koruma mekanizması kurulmuş olacaktır.

Bu çerçevede, ilk olarak, Anayasanın 13. maddesinin son cümlesi, aşağıdaki şekilde değiştirilebilir;

"Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve hukuk güvenliği ile ölçülülük ilkelerine aykırı olamaz."

(42) Aynı yönde öneri için Bk. Yargılama Düzeninde Kalite, TÜSİAD yayınları, Kasım 1998, say.48-49

Böylece, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında, hem Anayasal ilkeler, hem devlet biçiminden kaynaklanan sınırlar, hem de hukuksal sınırlar, yapılacak yasal düzenlemelerin çerçevesini çizmiş olacaktır.

Aynı yönde, Anayasanın 125. maddesinin 6. fıkrasından önce gelmek üzere, aşağıdaki fıkranın "5. fıkra" olarak yer alması düşünülebilir;

"İdarenin hiçbir eylem ve işlemi ile bireyin hukuk güvenliğini ortadan kaldıracı sonuçlar yaratılamaz; hukuka uygun olarak elde edilen hakları geri alan nitelikte idari işlem tesis edilemez; idari işlemler geriye yürütülemez."

c) Hukuk devletinin en önemli unsuru, kamusal işlemlerin yargı yoluyla denetlenmesidir. Nitekim, bu nedenle, Anayasa Mahkemesi de, *"yargı denetimi, Hukuk Devleti ilkesinin öteki öğelerinin güvencesini de oluşturan temel öğedir. Hatta yargı denetimini ortadan kaldıran (bir) kural, kişileri bu hukuksal güvenceden yoksun bırakmaktadır, ve bu nedenle Hukuk Devleti ilkesine aykırı düşer"*⁴³ demektedir.

Bu doğrultuda, Anayasada bazı **"denetlenemeyen (dokunulamayan) işlem türü" yaratan düzenlemelerin yeniden ele alınması gereklidir.**

Bu çerçevede,

1) Anayasanın 105. maddesinde yer alan "Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine, Anayasa Mahkemesi dahil, yargı mercilerine başvurulamaz" hükmünün yeniden gözden geçirilmesi zorunludur.

Aynı yönde, Anayasanın 125. maddesi de **"Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemlerin"** yargı denetimi dışında olduğunu açıklıkla belirlemektedir.

1982 Anayasasının ilk şekli olan Danışma Meclisinin hazırladığı Anayasa Tasarısında, Cumhurbaşkanının tek başına imzalayacağı işlemler ayrı ayrı sayılmış, ancak Milli Güvenlik Konseyi'nin verdiği son şeklinde, bu madde, metinden çıkarılmış ve hangi işlemlerin "tek başına" yapılacağı, açıkça belirlenmemiştir.

Buna karşın, gerek Anayasa Mahkemesi (E.1975/183 K.1976/15 KT.16.3.1976 gibi), gerek Danıştay, değişik kararlarında, hangi işlemlerin "tek başına", hangilerinin ise "karşı imza kuralı" ile çıkartılacağını açıklığa kavuşturmuşlardır.

(43) E. 1976/43 K. 1977/4 KT.27.1.1977.

Ancak, yine de, her şeyden önce, bu "**denetlenemeyen işlemlerin**" nelerden ibaret olduğu, aynen 1958 Fransız Anayasasında olduğu gibi, açıkça belirtilmelidir.

İkinci aşamada, Cumhurbaşkanının işlemlerinin, sadece siyasal takdir (diğer bir söyleyişle siyasal tercihinin yönü) açısından denetim konusu olmayacağı, bunun dışında tüm işlemlerin hukuka ve anayasa kurallarına uygunluğunun denetiminin yapılacağı hususu maddelere yerleştirilmelidir.

2) Denetlenemeyen işlemler konusunda atılması gerekli olabilecek ikinci adım, Anayasanın 125. maddesinde yer alan "Yüksek Askeri Şüranın ("YAŞ") kararlarına" ilişkin düzenlemenin ele alınmasıdır. Bilindiği üzere, YAŞ kararlarının yargı denetimine tabi olmaması hususu, çok uzun süre tartışılmış, halen de tartışmaya konu olmaktadır.

Ancak, konu önüne gelen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir çok kararında (yukarıda belirtilenler ve ayrıca Tepeli/Türkiye 2001), "YAŞ kararlarının disiplin hukukuna yönelik olduğu gerekçesi ile, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi kapsamına girmediğini" belirlemiştir⁴⁴.

Bu durumda, YAŞ kararlarının, sadece idari işlem niteliğinde olanlarının denetime açılması yönünde, bir değişikliğin yapılması gerçekleştirilmelidir.

3) Denetlenemeyen işlem türüne bir başka örnek de, Anayasanın 148. maddesinde yer alan "**olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnemelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmayacağına**" ilişkin düzenlemedir.

Her ne kadar, Anayasa Mahkemesi, olağanüstü KHK'lere ilişkin bu kesin denetim yasağını, kararları ile bir ölçüde yumuşatmış olsa da, hukuk devleti anlayışı doğrultusunda, **olağanüstü KHK'lerin açıkça denetime açılması daha uygun olacaktır.**

Anayasanın, Anayasa Mahkemesinin kuruluş, görev ve yetkilerine ilişkin 146 ila 153. maddeleri arasında yer alan düzenlemelerde belirli değişikliklerin yapılması, hukuk devleti anlayışı doğrultusunda, yargı denetiminin etkin ve etkili bir biçimde

(44) Nitekim Yüksek Askeri Şura kararı ile orduyla ilişkisi kesilen bir grup askeri personelin Komisyona başvuruları kabul edilmez bulunmuştur.

varlığını sürdürebilmesi açısından gerekli olup, özellikle "bu denetimi" kısıtlayan belli hükümlerin ayıklanması zorunludur. Bu çerçevede, Anayasanın 148. maddesinde "adil yargılama ilkesinin" temel koşul ve unsurlarının gerçekleşmesi için, şu değişiklikler yapılmalıdır;

- Birinci fıkranın son cümlesi olan "**Ancak, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnemelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz**" düzenlemesi, "yargı denetiminin sağlanması" açısından, madde metninden çıkartılmalıdır.
- Aynı maddenin ikinci fıkrasında yer alan ve "kanunlar ile Anayasa değişikliklerinin "şekil bakımından denetlenmesini" son derece sınırlandıran ve söz konusu işlemler bakımından, Anayasa Mahkemesinin şekil bakımından denetim alanını hukuk devleti anlayışı ile bağdaşmaz ölçüde daraltan düzenlemeler; "**Kanunların ve Anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetlenmesi, Anayasa ve İçtüzükte açıkça belirtilen kurallara uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır**" biçiminde değiştirilmelidir.
- Anayasa Mahkemesinin çalışma ve yargılama usulüne ilişkin 149. maddesi değiştirilerek; **Cumhurbaşkanına, Anayasanın 89. maddesinde yer alan on beş günlük kanunları inceleme süresi içinde, uygulanmasının telafisi güç zararlar ortaya çıkartacağını tespit ettiği kanunları, bu süre içinde Anayasa Mahkemesine göndermek ve Anayasa Mahkemesine de, bu başvuru üzerine, kanunun uygulanmasının telafisi güç zararlar yaratması ve kanunun Anayasaya aykırılığı konusunda ciddi belirtiler görmesi durumunda, kanunun yürürlüğünü durdurma kararı verebilmek** yetkisi tanınmalıdır.
- Ancak bu durumda, "**Anayasa Mahkemesi, kendisine başvurunun yapıldığı günden başlayarak, ilk incelemesini en geç 7 gün içinde yapmalı, esas incelemeye karar verdiği takdirde de, en geç beş ay içinde, esas hakkında kararını vermekle**" yükümlü tutulmalıdır.
- Anayasa Mahkemesi, 7 gün içinde, telafisi güç bir zararın bulunmadığına karar verdiği ya da bu süre içinde herhangi bir karar vermediği takdirde, Cumhurbaşkanı, Anayasa'nın 89. maddesinin kendisine tanıdığı "kalan süre" içinde (on beş günden kalan), incelemesine devam edebilir.

- Bu istisnai yol dışında, yine eski düzenlemede olduğu gibi, kanun yürürlüğe girdikten sonraki başvuru yolları devam etmelidir. Bu istisnai durumun getirilmesinin önemi, gerçekten telafisi güç zararlar ortaya çıkartabilecek kanunların ya da yasal düzenlemelerin zaman kaybetmeksizin, Anayasa Mahkemesinin denetimine açılabilmesidir.
- Yine Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerine ve bir davanın Anayasa Mahkemesi önüne getirilmesi yollarından birine ilişkin olan **152. maddesinin son fıkrası**, aşağıdaki biçimde değiştirilerek, yargı kısıntısının giderilmesi sağlanmalıdır;

"Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmi Gazetede yayımlanmasından sonra "beş yıl" geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz".

4) Bunların yanı sıra, denetlenemeyen işlemler türüne örnek olarak, Anayasamızda yer alan bazı kurumların **özellikle idari nitelik taşıyan kurumların kararlarının denetlenememesi** yönündeki düzenlemeler de değiştirilmeli ve hukuk devleti ilkesi doğrultusunda, yargısal denetime açılmalıdır.

Bu çerçevede, **Anayasanın 79.maddesinde (2.fıkra) yer alan "Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz"** hükmünün;

Aynı şekilde, **Anayasanın 159. maddesinin 4. fıkrasında yer alan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ile ilişkili olan "Kurul kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz"** hükmünün;

Ve yine **Anayasanın 160. maddesinde düzenlenen "Sayıştay"a ilişkin olan "Bu kararlar dolayısıyla idari yargı yoluna başvurulamaz"** hükmünün, değiştirilmesi gereklidir.

1.5.2. İdare Hukuku

a) Herşeyden önce, İdare Hukukunda da, "istikrar ve hukuk güvenliğinin sağlanması" açısından, en kolay ve çabuk biçimde 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesi ya da yeni yasalaştırılan "İdari Usul Yasası"nın 18.maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilerek, sorun çözülebilecek ve hukuk güvenliği güvence altına alınabilecektir;

İdari işlemlerin geriye yürümezliği ilkesi ve idari işlemlere karşı idari başvuru usulleri :

Madde 11:

- 1. Hukuka uygun olarak hak doğuran işlemler, hak sahiplerince bu hakkın kullanılmaya başlanması ile hiçbir şekilde geri alınamaz ve kaldırılamaz. Hak sahiplerinin sahip olduğu haklara bağlı hukuki durumlarda değişiklik yapılması ya da düzeltilmesi ancak hak sahiplerinin bu yöndeki taleplerine bağlıdır.**
- 2. Yapıldığı tarihte hukuka aykırı olan ya da hukuka aykırılığı sonradan anlaşılan genel düzenlemelere dayalı olarak hak sahibi olan kişilerin bu hakları kullanmaya başlamaları halinde de birinci fıkradaki esaslar geçerlidir.**
- 3. Yapıldığı tarihte hukuka aykırı olan ve hak doğuran bireysel işlemler İdare tarafından ancak dava açma süresi içinde ya da bu hakkın kullanılmaya başlanmasından önce geri alınabilir.**
- 4. Yetkisiz makamlarca ya da çok açık biçimde uygulanan yasa hükümlerinin ihlali sonucunda tesis edilen veya ilgilinin hilesi,gerçek dışı beyanı ile elde edilen işlemler hiçbir biçimde hak doğurmazlar. Bu işlemler İdare tarafından tesis edildikleri tarihten itibaren beş yıl içinde geri alınabilir. Türk Ceza Kanunundaki hükümler saklıdır.**
- 5. Haklarında tesis edilmiş bir idari işlem nedeniyle haklarının ihlal edildiğini ileri süren herkes idari dava açmadan önce ve idari dava açma süresi içinde, bu işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılmasını işlemi yapan makamın üstünden; şayet üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdaki isteyebilir. Bu başvuru, idari işlemin icrasını ve işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur. Başvuru, altıncı ve yedinci fıkralarda öngörülen usullerle sonuçlandırılmadan, idari yargı mercilerine başvurulamaz.**
- 6. Beşinci fıkraya göre yapılan başvuruya İdare altmış gün içinde ve gerekçeli bir cevap vermek zorundadır. Bu süre içinde başvurunun yazılı ve gerekçeli bir biçimde reddedilmesi halinde dava açma süresi kaldığı yerden yeniden işlemeye başlar.**

7. **Beşinci fıkraya göre yapılan başvuruya İdare altmış gün içinde herhangi bir yanıt vermezse ya da vermiş olduğu yanıt gerekçesiz ya da kesin olmayan bir yanıt ise, dava açma süresi kaldığı yerden yeniden işlemeye başlar ve bu halde ilgililerin yargı yerlerine başvurması ve yargı yerlerine başvurmuş olduğunu işlemi tesis eden İdare'ye bildirmesi üzerine işlemin icrası durur. İdare yetkili yargı yerine işlemin gerekçesini bildirmeden hiçbir şekilde işlemini icra edemez.**
8. **Çevrenin, genel sağlığın,ormanların,doğal kaynakların,tarihi ve kültürel değerlerin korunması ve imar uygulamaları gibi genel kamu yararını doğrudan ilgilendiren konularda tesis edilen idari işlemlere karşı menfaati ihlal edilen herkes, menfaatinin ihlal edildiğini öğrendiği tarihten itibaren idari dava açma süresi içinde ve idari dava açma hakkını kullanmadan önce işlemi yapan makamın üstünden; şayet üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdaki bu işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılmasını talep edebilir. Bu takdirde işlemeye başlamış olan dava açma süresi durur.Bu tür başvuruların reddedilmesi ya da altmış gün içinde yanıtı bırakılması halinde dava açma süresi kaldığı yerden yeniden işlemeye başlar.**

b) Bunun yanı sıra, idari yargıda dava açma süreleri yeniden düzenlenmeli; özel kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi hiçbir uyuşmazlık bakımından genel dava açma sürelerinden daha kısa bir dava açma süresi kabul edilmemelidir.

AİHM'nin "mahkemeye başvuru hakkının" önemli bir parçası olarak öngörmüş olduğu dava açma sürelerinin kısalığı yönünde yasa koyucunun katı tutumunun bir ihlal nedeni sayılabildiği dikkate alındığında; 2577 sayılı yasa hükümlerinin yeniden düzenlenmeye muhtaç olduğu düşünülmektedir.

İdari yargıya başvurularda Danıştay ve İdare mahkemeleri için ayrı, vergi mahkemeleri için ayrı süreler öngörülmüş olması uygulamada bazı uyuşmazlıkların özellikleri itibarıyla hak kayıplarına yol açmakta; bazen de çeşitli özel kanunlardaki 30 günlük ve hatta 7 günlük dava açma sürelerinin varlığı da yine yargı yoluna başvuru hakkının gereği gibi kullanılmasını güçleştiren ve hatta bazen ortadan kaldıran bir nitelik arz etmektedir.

Bu kapsamda, 2577 sayılı yasanın 7.maddesi yeniden düzenlenmeli ve tüm idari işlemler bakımından tüm mahkemelerde dava açma süresi 60 gün olarak belirlenmeli ve özel kanunlarda daha kısa dava sürelerinin öngörül­düğü uyuşmazlıklar bakımından dahi bu sürenin 60 gün olarak anlaşılması gerektiği hususu hüküm altına alınmalıdır.

Böyle bir süre, kamu düzeninin sağlanması bakımından makul ve kabul edilebilir olduğu gibi, bireylerin yargısal başvuru haklarını "hukuki güvenlik" ilkesi çer­çevesinde kullanabilmelerini de sağlayacaktır.

Buna göre 2577 sayılı yasanın 7. maddesinin ilk fıkrası şu şekilde formüle edi­lebilir: **"İdari mahkemelerde dava açma süresi altmış gündür. Özel kanunlar­da daha kısa sürelerin düzenlendiği hallerde dahi, dava açma süresi altmış gün olarak kabul edilir."**

Ayrıca idari yargıdaki temyiz süreleri de aynı doğrultuda yeniden düzenlenmeli ve 2577 sayılı yasanın 46.maddesi hükmü **"Danıştay dava daireleri ile idare ve vergi mahkemelerinin nihai kararları, başka özel kanunlarda aksine hüküm bulursa dahi, temyiz edilebilir. Temyiz süresi 30 gündür."** şeklinde yeniden formüle edilirken; bu kapsamda da 48. maddenin 6. fıkrasının son cümlesindeki **"...yedi gün içinde..." ibaresi, "...temyiz süresi içinde..."** şeklinde düzeltilmelidir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, yargılama hukukunda şayet bir mahkeme dava­daki olayları ve hukuki konuları aydınlığa kavuşturma bakımından tam bir yargıla­ma yetkisi (pouvoir de plein juridiction) ile donatılmamışsa; mahkemeye başvuru hakkının ihlal edilmiş olduğu kabul edilmektedir ki, buna göre **idari yargılama hukukunda "hak arama özgürlüğü" nün belirli tip davalar açma zorunluluğu ile kısıtlayan düzenlemelerin revize edilmesi gerektiği düşünülmektedir.**

Anayasa'nın 155. maddesinde esas itibarıyla 154. madde ile paralel düzenleme yolunu tercih eden anayasa koyucu, maddenin 2. fıkrasında Danıştay'ın (idari mah­kemelerin) davaları görme görevinin yanı sıra idari uyuşmazlıkları çözme görevinin de bulunduğunu dile getirirken; bize göre, Danıştay ve idari yargı önünde dile ge­tirilecek taleplerin mutlak surette dava yoluyla ve giderek de "idari dava"lar forma­tında olması zorunluluğunu öngörmemiştir.

Buna karşılık, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2.maddesi "İdari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırı" başlıklı düzenlemesinin ilk fıkrasında "ip­tal", "tam yargı" ve "idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlık-

lara ilişkin davalar" olmak üzere üç tip idari dava türü olduğunu düzenlemiş ve kanımızca da tüm idari işlem ve eylemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar dolayısıyla idari yargı önünde dile getirilebilecek her türlü talebin ancak bu üç tip idari dava yoluyla mümkün olabileceğini belirlemiştir. (Böylelikle, anayasa koyucunun iradesi ile yasa koyucunun söz konusu 2. maddedeki iradesinin tam olarak örtüşmediği ve bu kapsamda 2. maddenin anayasa koyucunun iradesine rağmen bir tür kısıtlama getirmiş olduğu ileri sürülebilirse de bu sadece "dava formatı" bakımından bir değer taşıyabilir. Yoksa, dava türlerinin sınırlandırılması idari yargı önünde dile getirilebilecek taleplerin de sınırlandırılması anlamını içermez.)

Yargısal taleplerin kullanılması bakımından yegane sınır "idare yargıcının yetkisinin sınırı"dır. Bir başka deyişle, idare yargıcının veremeyeceği kararlara yönelik talepler, yargısal taleplerin sınırını oluşturmaktadır. Bu talepler ise kanımızca sadece idari işlemin yerinde olmadığı ya da idari işlem tesisi niteliğindeki taleplerdir. Bunun dışında kalan tüm yargısal talepler, hangi dava formatı altında dile getirilirse getirilsin yargıç tarafından dinlenebilir nitelikte talepler olarak değerlendirilmek gerekir.

Bilindiği üzere, iptal davaları idari işlemlerden dolayı menfaatleri zedelenen, etkilenen kişilerce bu işlemlerin hukuk düzeninden tesis edildikleri tarih itibarıyla kaldırılmaları talebiyle açılan ve sonuçları dolayısıyla nesnel etkiler yaratan idari yargıya özgü bir dava türüdür. Bu tür yargısal talepler sonuçları itibarıyla objektif hukuk düzenini ilgilendirdiğinden, talebin esas amacı idari işlemin hukuka aykırılığının tespiti ve bu tespit ile birlikte işlemin hukuk düzeninden silinmesinin sağlanmasıdır. Bu nedenle de, esas itibarıyla bu amacın gerçekleştirilmesine yönelik tüm talepler iptal davalarından beklenen yargısal koruma kapsamında mütalaa edilmek ve gerektiğinde bu bağlamda idari yargı mercilerine bir idari işlemin yokluğunun tespiti, bir düzenleyici işlemin kapsamına kimlerin girip, girmediğinin tespiti ve benzeri konulardaki tespit talepleri yargıç tarafından dinlenebilmelidir.

İptal davasının bu objektif kimliğinin ötesinde tam yargı davalarında dile getirilebilecek talepler ise bugüne kadar gerek öğreti ve gerek içtihatlar da tam anlamıyla yerine oturmuş değildir.

Öğretide tam yargı davaları en dar biçimde salt bir tazminat talebinden ibaret davalar olarak tanımlanırken; en geniş biçimde de İdarenin hukuk kuralları içinde kalmasını ve şayet İdare tarafından bir subjektif hak ihlali varsa ihlal edilen hakkın

iadesini sağlayan etkin bir denetim ve yaptırım mekanizması olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımlardan ilki, ne yazık ki, bugün uygulamada tam yargı davasını tazminat davasından ibaret gören sınırlayıcı bir anlayışın ürünü iken; ikincisi Fransız Kamu Hukukundaki "recours en plein juridiction" deyişiiyle tanımlanan ve **iptal istemleri dışında idari yargı önünde dile getirilen her türlü dinlenebilir talebin yargıç tarafından ele alınıp değerlendirilmesinin amaçlandığı bir yargısal başvuru türüdür.** İhlal edildiği iddia edilen her türlü hakkın iadesine yönelik olarak bir idari işlemin anlamının, kapsamının saptanmasına yönelik uyuşmazlıklardan başlayan ve bir idari işlem ya da eylemden dolayı uğranılan zararın giderilmesine kadar çeşitli taleplerin değerlendirilmesi yönünde bireylerin idare yargıcından haklı beklentilerinin gerçekleştirilebilmesi ancak idare yargıcının tam yargı taleplerinin içeriğine ve receği bu ikinci anlam ve kapsam sayesinde mümkün olabilecektir.

Kanımızca bugün tam yargı davalarının konusunu oluşturacak taleplerin yegane sınırı idare yargıcının veremeyeceği kararlara yönelik taleplerden ibarettir. Bunun dışındaki her türlü sınır, yargıcın kendi yetkisini kendisinin sınırlaması olacaktır.

Bununla birlikte, söz konusu maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesi kanımızca şu şekilde düzenlenmelidir: **"2. Birinci fıkrada belirtilen idari davalar ile diğer davalarda, Danıştay ve mahkemelerin yargı yetkisi idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır..."**

Diğer taraftan yine 2577 sayılı yasanın 3. maddesinin 2. fıkrasının (d) bendi hükmü, tam yargı davaları bakımından uyuşmazlık konusu tam yargı talebinde miktarın gösterilmesini gerekli kılarak, yapılan yargılama sonrasında yargıç tarafından daha fazla bir miktar zararın tespit edilmiş olması halinde dahi, yargıcın "talebi aşan miktarda bir tazminata hükmetmesi" yani tam yargılama yetkisi engellenmektedir. Bu nedenle bir hakkın yerine getirilmesini güçleştirici nitelikteki bu düzenleme yeniden formüle edilmeli ve **"sadece peşin dava harcına esas teşkil etmek üzere"** belirli bir miktar gösterilmesi esası getirilmelidir.

c) İdari yargı kararlarının yerine getirilmesine yönelik düzenlemelerin revize edilmesi gereklidir. İdari yargı kararlarının yerine getirilmesi kanımızca idari yargının etkinliğinin sağlanması bakımından en önemli sorunu oluşturmaktadır. Bu sorunun esası ayrı bir tebliğ konusudur. Ancak, özellikle İdare, yargı merci-leri tarafından verilen yürütmenin durdurulması kararlarını itiraz mekanizmasını kullanmadan önce yerine getirmemekte ve hatta iptal kararlarını dahi temyiz aş-

masında verilecek kararın sonucunu bekleyerek yerine getirmektedir. Bu nedenle yasal düzenlemede bir değişiklik yapmak suretiyle özellikle sübjektif hakların ihlal edildiğini belirleyen yargı kararlarının gereklerinin makul süreler içinde yerine getirilmemesi halinde kamu ajanının kasten hareket ettiği karine teşkil etmelidir.

2577 sayılı yasanın 28. maddesi hükmünde bu yönde yapılacak bir değişikliğin yanı sıra idari yargı mercilerince verilmiş kararların yerine getirilip getirilmemesi ile ilgili olarak tarafların, müdahillerin ve hatta üçüncü kişilerin başvurusunda bulunabilecekleri ve İdarece yargı kararlarının gerekleri doğrultusunda hareket edilmediğinin tespiti halinde "yargısal emir" (*injunction*) de dahil her türlü tedbiri alabilecek şekilde **Danıştay bünyesinde yapılandırılacak yeni ve özel yetkilerle donatılmış bir kurul oluşturulmalıdır.**

Öte yandan, ayrıca bazı yargı kararlarının ne şekilde ya da ne tür işlemler tesis edilmek suretiyle yerine getirileceği hususlarında bazen idare de tereddüde düşebilmektedir. Bu bağlamda örneğin "eksik düzenleme" gerekçesiyle iptaline karar verilen genel düzenleyici işlemlerin yerine yeni bir işlem tesisi; özellikle personel hukukunda bir yargı kararının yerine getirilmesi kapsamında yapılan bir dizi görevden alma işlemleri aleyhine açılan davalarda verilen diğer iptal kararları uyarınca işlem tesisi ve benzeri konularda yargı kararının gereğinin ne yönde yerine getirileceği bakımından İdare ajanlarında oluşan tereddütlerin giderilmesinin de sağlanması ve mevcut yargı kararının gereklerinin hukuka uygun biçimde ne tür işlemlerle yerine getirilebileceği yönünde idare tarafından aynı kurula başvurulabilmesi de mümkün kılınmalıdır.

Bu tür görevler atfedilen Kurul'a yine aynı maddede bir yargı kararının gereğinin yerine getirilmemiş olduğunu saptaması halinde, o yargı kararını yerine getirmeyen kamu görevlilerine "yargısal emir" verme ve gerektiğinde de tekerrür halinde hakkında ceza davası açılmasını talep etme ve ayrıca "para cezasına" da hükmetme yetkileri de tanınmalıdır.

1.5.3. Ceza Hukuku

a) Açılan ceza davalarındaki iddianamelerin, isnad edilen fiili açık ve net olarak belirtmesi gerekir.

Belli bir tarih verilmeden, "yıllar arası işlendiği iddia edilen fiiller gösterilmek" yolu açılan davalar, hukuka aykırıdır. Kamu davası açmak, bir kişiyi aleni duruşmada toplum önüne çıkararak lekeleyici bir usul işlemidir. "Yeterli delil", yani mahkumiyet olasılığının hukuka uygun ve sağlam delile dayanarak ortaya konulduğu bir de-

liller manzumesi bulunmadan dava açmak, insan hakkı ihlalidir. Kanunlar bu konuda açıktır, uygulamanın değiştirilmesi gerekmektedir.

b) Sanığın kimliği belli olmayan veya sanığı belli olmayan faili meçhul olaylar.

Sanığın ismen belli olmadığı olaylarda, olay yerinde DNA delili varsa, "DNA Profili" çıkarılarak, bununla dava açılmalıdır. DNA deliline dayanılarak uzun yıllar sonra fail tesbit edilirse, zamanaşımı sorunu ortaya çıkmayacaktır.

c) Şahsi dava usulü kaldırılmalı, ADR kabul edilmelidir.

Bir ceza davası olan şahsi davada (CMUK 344) suç mağduruna ek bir külfet daha yüklenmekte ve kendi davasını savcı gibi koğuşturması istenmektedir. Bu usul kaldırılmalıdır. Şahsi dava yerine, şikayete bağlı suçların adedinin arttırılması ve koğuşturulması şikayete bağlı suçlarda "uzlaşma" metodunun kabul edilmesi gerekir. Böylece duruşma dışında uyuşmazlıkların halledilmesi mümkün olur. Bu yöntem mağdurun hakkına daha erken kavuşmasını sağlar. Diğer bir yarar, mahkemelerin aşırı iş yükünden kurtulmasıdır. Uyuşmazlıkların Mahkeme Dışında Çözülmesi (*Alternative Dispute Resolution*) AB standartlarından ve Avrupa'da geniş ölçüde uygulanmaktadır.

d) İdare tarafından tayin edilen para cezalarına karşı, mahkemeye başvurma yolu talep halinde kullanılacak şekilde, açık olmalıdır.

Karayolları Trafik Kanunu uyarınca verilen para cezalarının karşı gelme durumunda Sulh Ceza Mahkemesi tarafından incelenmesi yolu açılmalıdır. Diğer özel kanunlardaki idari para cezaları için de, talep halinde bağımsız hakim denetim yolu açık olmalıdır. Varsa, kanunlardaki istisnalar kaldırılmalıdır. Miktarın az olması nedeni ile, mahkemece incelenmesi uygun görülmeyen para cezaları için dahi, ülkede birörnek hukuk uygulanmasının sağlanması amacı ile, işi Yargıtay önüne kadar götürebilecek bir yol yaratılmalıdır.

e) Çocuk ve küçükler ile akıl hastaları hakkındaki koruyucu ve suç sonrası kurallar ile muhakeme usulü yeniden düzenlenmelidir.

Türk Ceza Kanunu Tasarısı ("TCKT") 2002 ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı ("CMUKT") 2003 bu konuları modern hukukun ilkelerine uygun olarak düzenlemiştir. Tasarılar kanunlaşmalıdır. Adliye dışındaki mülki ve idari kuruluşlar ile, sivil toplum örgütlerinin, Çocuk Mahkemesi ve Aile Mahkemesi denetimi altında çalışmalarını sağlayacak yasal düzenlemeler yapılmalıdır.

f) Sanığın müdafii ve mağdurun avukatının eşit koşullar altında haklarını nasıl kullanacakları, Yönetmeliklerinde düzenlenmelidir.

Kanunlarımızda 1992'den beri yapılan ve en son 2003'te tamamlanan süreç ile, yakalanan sanığın müdafii ile ifade alama öncesinde başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşmesi garanti altına alınmıştır. Fakat uygulamada ne zaman, nerede, nasıl görüşecekleri konusunda fikir ayrılıkları doğmaktadır. Yönetmelikle düzenleme yapılması ve düzenleme yapılırken, İngiliz Adli Polis ve Delil Yönetmeliklerinden yararlanılması yerinde olacaktır. Mağdurun avukatının hazırlık soruşturmasında dosya incelemesi ve işlemlere katılması bugün mümkün değildir. CMUKT 2003'deki hükümler yaşama geçirilmeli ve suç mağdurunun hakları kanunda ve ayrıntıları yönetmelikte düzenlenmelidir.

g) Ağır suçlarda sanığın bir müdafinin mevcut bulunması mecburi hale getirilmelidir.

Bugün müdafiden yararlanmak, isteğe bağlıdır. En ağır suçlarda dahi sanık istemezse, müdafii bulunmaz. Bu sistem değiştirilmelidir. Ağır ve önemli suçlarda sanık kendine bir avukatı müdafii olarak tayin etmezse, kendisine Mahkeme veya Baro tarafından bir müdafii tayin edilmesi mecburi olmalıdır. Nitekim Alman ve ABD uygulaması da bu yöndedir.

h) Devletin kamu davası açacağı hallerde, sanık tutuklu ise, davanın belli süreler içinde açılmaması, dava açma hakkının ortadan kalmasını sonuçlandırmalıdır.

Amerikan Hukuku bunu kabul etmiştir, bizde de uygulanmalıdır. Dava zamanasını süresi uzatılmalı, fakat uygulamada tartışmalar ve farklı görüşler yaratan zamanasının kesilmesi kurumu kaldırılmalıdır (TCKT 2002).

i) Maddi ve hukuki hataların giderilmesi imkanını sağlayan "istinaf" kanun yolu kabul edilmelidir.

j) Disiplin hukukunda verilen cezalar suçlara verilen cezalar kadar ağır olmamalıdır.

k) İstihbarat Kanunu Yapılmalıdır.

Milli güvenlik veya istihbarat konuları, kişilerin özel hayat alanına girmeyi gerektirir. Devletin bu alana, toplumu büyük tehlikelerden korumak amacı ile girme-

si hukuka uygundur. Fakat, bu "tahdidin" kanunla yapılması ve devlet tarafından yapılan tahditlerin sonradan denetlenmesi gerekir. İstihbarat Hizmetleri Kanunu hazırlanmalı ve işlemlerin TBMM tarafından sonradan denetlenmesi sağlanmalıdır.

l) Yargının kariyerle ilgili işlemlerinin Danıştay tarafından denetlenmesi, iki yüksek yargı makamının arasında uyumsuzluk yaratır.

m) İtiraz kanun yolu daraltılmalıdır.

İtiraz kanun yolu bugün kural olarak hakimlik kararlarının hepsine karşı kabul edilmiştir. Tek oturumda duruşmayı bitirmek amacı ile, hazırlık soruşturmasının esaslı bir şekilde yapılmasından sonra, iddianamenin reddi yolu ile denetim de sağlanınca, itiraz yolu sadece kanunda açıkça belirtilen hakim kararları açısından kabul edilmelidir (CMUKT 2003).

n) CMUK 305'deki temyiz edilemeyen para cezaları ile ilgili sınır, dar tutulmalıdır.

o) Yasama dokunulmazlığı muhafaza edilmeli, fakat kaldırılmasında siyasi değil, hukuki kriterler kullanılmalıdır. Yeterli suç şüphesi fiili delillerle desteklenmedikçe, TBMM dokunulmazlığın kaldırılması kararı vermemelidir.

p) Gerek kolluk açısından ve gerekse diğer memurlar bakımından, memurların yargılanması önündeki "izin" engeli, "iddianamenin reddi" kurumu kabul edildikten sonra, kaldırılmalıdır.

Halen yürürlükte olan kanuna göre, izin verilmesi veya verilmemesi, suç şüphesinin yoğunluğuna bağlı değildir. Bu sakıncalıdır. Suçu işleyen kim olursa olsun, suç şüphesi "yeterli şüphe" derecesine ulaşırsa, hakkında kamu davası açılmalıdır (takdirilik sistemi benimsenmezse). Yeterli şüphe olmadan kamu davası açılırsa, mahkemenin "iddianameyi red etme" yetkisi bulunmalıdır. Böylece memurlara tanınan garantiler, bütün vatandaşlar bakımından geçerli olacaktır.

r) Takipsizlik kararı verildikten sonra, savcının aynı olaydan dolayı kamu davası açabilmesi için, en az dosyaya yeni bir bilgi girmesi şartı aranmalıdır.

Uygulamada müfettişlerin raporu üzerine, takipsizlik kararlarının kaldırıldığı görülmektedir. Böyle bir uygulama, vatandaşın hukuka olan güvenini sarsar. Yeni delil olmasa bile, en az yeni bir bilginin ortaya çıkması gerekli olmalıdır.

B Ö L Ü M
2

YASAYLA KURULMUŞ
BAĞIMSIZ VE
TARAFSIZ MAHKEMEDE
YARGILANMA HAKKI

2. YASAYLA KURULMUŞ BAĞIMSIZ VE TARAFSIZ MAHKEMEDE YARGILANMA HAKKI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Belirlediği Temel İlkeler

2.1. Mahkemenin Dava Konusunu Kesin Karara Bağlama Yetkisi

Mahkemenin dava konusunu kesin karara bağlama yetkisi olmalıdır. Bir mahkemenin verdiği kararın yerine getirilip getirilmeyeceğine başka bir yetkili merci karar veriyorsa, uyuşmazlığı veya suç isnadını karara bağlayan bir "mahkeme"den söz edilemez⁴⁵.

Bazı konularda, yorum yapma yetkisi olmayan, yorum yetkisini bir idari kuruma bırakan organ da bağımsız bir mahkeme olarak görülemez⁴⁶.

2.2. Mahkemenin Yasa Yoluyula Kurulması

Yasayla kurulmuş mahkeme kuralı gereğince, gerek mahkemelerin kuruluş ve yetkileri, gerekse izleyecekleri yargılama usulü, yürütmenin düzenleyici tasarrufları ile değil, yasa yoluyla ve dava konusu olay ortaya çıkmadan önce saptanacaktır. Böylece kişi veya olaya göre yargılama organı oluşturma yolu kapanacak, olası keyfilikler önlenecektir⁴⁷.

"Yasayla kurulmuş" mahkeme kuralı, sadece belli bir kategorideki **mahkemelerin yargı yetkisi içinde yer alacak konuların belirlenmesini değil, her bir mahkemenin kuruluşu ve yer bakımından yargı yetkisinin belirlenmesi** de dahil olmak üzere mahkemelerin organizasyonlarına ilişkin kuruluşu ifade etmektedir.

Fakat bu zorunluluk, yasanın yargı teşkilatına ilişkin bütün ayrıntıları kapsaması anlamına gelmez. Teşkilata ve yargı yetkisine ilişkin temel kuralların düzenlenmesi yeterlidir. Bazı konularda bir yasal düzenleme ile yürütmeye yetki devredilmesi mümkündür. Ancak, bu durumda da, yasallık ilkesine aykırılık olmaması için, yü-

(45) *Findlay v. U.K.*, 25.02.1997, Reports., 1997-I, para. 76-77, 80

(46) *Beaumont v. France*, 24.11.1994, Ser. A. No.296-B, 19 EHRR 485, para. 38-39.

(47) Bkz. Appl. no. 7360/76, *Zand v. Austria*, 12.10.1978, 15 DR 70 (Kom. Rap.); Appl. no. 8603/79, 8722/79, 8723/79, 8729/79, *Crociani, Palmiotti, Tanassi, Lefebvre D'Ovidio v. Italy* 18.12.1980, 22 DR 219 (Kabuledilebilirlik kararı).

rütme işleminin hukuka aykırı ve keyfi olup olmadığının yargı denetimine tabi olması zorunludur. Aynı şekilde, kuruluş şekli ve görevleri yasayla belirlenmiş bir mahkemenin hangi yerde kurulacağına ilişkin yetki, "ihtiyaçlar gözetilmek şartıyla" yürütmeye bırakılabilir⁴⁸.

Terör suçları veya devlete karşı işlenmiş suçlar gibi bazı suç kategorilerine ilişkin özel mahkemeler kurulması da, yasaya dayandığı ve maddenin diğer şartlarını yerine getirdiği müddetçe olanaklıdır⁴⁹.

Mahkemenin "yasayla kurulmuş" olma ilkesi, aynı zamanda "**yasaya uygun olarak kurulmuş**" olma da demektir. Eğer bir mahkeme kendisini düzenleyen kurallara uygun olarak çalışmıyorsa da, bu ilke ihlal edilmiş olur⁵⁰.

2.3. Bağımsız Yargıç

Mahkemelerin bağımsızlığı, başka her hangi bir kişi, kurum veya organdan emir almamak, yasamanın, yürütme erkinin ve diğer dış etkilerin (ekonomik ve sosyal gruplar dahil) baskısı altında kalmamak, diğer bir deyişle özgür olmak demektir; tarafsızlık ise hakimin yargılama yaparken yan tutmaması, taraflara karşı nesnel olması ve kişiliğinden sıyrılabilmesi demektir.

2.3.1. Yargıçların Niteliği

Mahkeme üyelerinin bağımsızlığı değerlendirilirken, **bu üyelerin sahip olduğu nitelikler, tek başına bir şey ifade etmemekle birlikte, bağımsızlıklarının göstergelerinden biridir.** Örneğin hukukçu, diğer bir deyişle olağan yargı mensubu olması güçlü bir göstergedir⁵¹.

Bununla beraber, mahkeme üyeleri arasında memurların da bulunması tek başına ihlal nedeni değildir. Ancak, yargı yerinin bağımsızlığına ilişkin güvenceler olup olmadığı, yargı işlevini yerine getirirken kamu otoritelerinden talimat alıp almadığı önemlidir⁵².

(48) Appl. no. 7360/76, *Zand v. Austria*, a.g.k. para. 68-73

(49) Appl. no. 8299/78, *X and Y v. Ireland*, 10.10.1980, 22 DR 51, 72-73.

(50) Appl. no. 11879/85, *Rossi v. France*, 06.12.1989, 63 DR 105, 130-131.

(51) *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, 23.06.1981, Ser. A, No. 43, 4 EHRR 1, para. 57-58.

(52) Bkz. *Ettl and others v. Austria*, 23.04.1987 Ser. A, No.117, 10 EHRR 255 ; *Erkner and Hofauer v. Austria*, 23.04.1987, Ser. A, No. 117, 9 EHRR 464; *Poiss v. Austria*, 23.04.1987, Ser. A, No.117, 10 EHRR 231

Yargı makamının kuruluşunda devlet memurunun yer alması, bu yargı yerinin kararına karşı madde 6/1'in gereklerini yerine getiren tam yetkili bir olağan mahkemeye başvurma hakkı varsa da, sorun teşkil etmemektedir⁵³. Ancak, memurların yargı yeri içinde yer almaları durumunda, eğer söz konusu memur veya memurlar, davanın taraflarından birinin astı konumundaysa durum değişmektedir, bu durum yargı yerinin bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda haklı bir endişe yaratabilir.

2.3.2. Yargıçların Atanma Biçimleri ve Güvenceleri

2.3.2.1. Atanma biçimleri

Mahkeme üyelerinin hangi organ tarafından atandığı, tek başına mahkemenin bağımsız olmadığını belirlememektedir. Bu unsurun, diğer unsurlarla birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle AIHM, mahkeme üyelerinin bir bakan veya hükümet kararı veya tavsiyesi ile atanmasını her zaman bağımsızlık ilkesine aykırı bulmamaktadır⁵⁴.

Türkiye’de Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarının yargı denetimine tabi olmaması, bu kurul tarafından yapılan atamaların, tek başına bu nedenden dolayı, bağımsız mahkeme kuralına aykırı olduğunu göstermektedir⁵⁵.

2.3.2.2. Görev süreleri ve görevden alınamamaları

Yargıçların görev sürelerine ilişkin olarak, görev sürelerinin kısıtlılığı, tek başına bağımsızlığın olmadığını göstermemektedir. Özellikle disiplin yargılaması yapan kurullar açısından, üç yıl gibi çok kısa süreler kabul görmektedir⁵⁶.

Fakat, olağan ceza mahkemeleri açısından 4 yıllık görev süreleri dahi, başka sınıncılarla birlikte ele alınarak kısa bulunabilmektedir⁵⁷. Yargı yerinin üyelerinin belirlenmiş görev süreleri içinde, görevlerinden alınamaması da, mahkemenin dış bas-kılardan korunması için önemli bir başka güvencedir⁵⁸.

(53) *British American Tobacco v. Netherlands*, 20.11.1995, Ser. A, No. 331-A, 21 EHRR 409, para. 84.

(54) *Campbell and Fell v. UK*, a.g.k., para 78-79.

(55) Appl. No. 29860/96, *Uslu v. Turkey*, 20.05.1998.

(56) *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, a.g.k., para 57; *Campbell and Fell v. U.K.*, a.g.k., para. 80

(57) *İncal v. Turkey*, 09.06.1998, para. 67-68.

(58) *Sramek v. Austria*, 22.10.1984, Ser. A, No. 84, 7 EHRR 351, para. 38.

2.3.2.3. Dış müdahalelerden korunma tedbirleri

Mahkeme üyelerine idare tarafından talimat, emir verilememesi de, dış müdahalelerden korunma ve bağımsızlık açısından bir güvencedir⁵⁹. Bakanlığın, yargı yerinin işlevlerine ilişkin yol gösterici genel ilkeleri belirlemesi, bir yargılama makamına talimat verme olarak görülmemektedir⁶⁰.

Fakat, hiç unutmamak gerekir ki, yürütmeye verilen genel ve özel af çıkarma yetkisi, yargı işlevini zayıflatacak şekilde kullanılmamalıdır⁶¹.

2.3.3. Mahkemenin Görünümü

Mahkeme üyelerinin atanma biçimleri, görev süreleri, görevden alınamamaları ve dış müdahalelere karşı korunmalarına ilişkin güvencelerin yanı sıra, **bağımsız bir görünüm vermeleri** de gerekmektedir.

Örneğin yargı yeri içinde yer alan memur ya da memurlar, **davanın taraflarından birinin astı konumundaysa**, bağımsızlık konusunda görev süreleri, görevden alınamamaları, kendilerine emir verilememesi gibi yeterli güvencelere sahip olmalarına rağmen, **bağımsız bir görüntü veremediklerinden, tarafsız ve bağımsız mahkeme ilkesine aykırılık oluşur**⁶².

Bir sivil yargılayan mahkemede, yargıç güvencelerine sahip ve hukukçu olmasına rağmen bir polisin⁶³ veya askerin⁶⁴ bulunması da 6. md'ye aykırıdır.

AİHM'ne göre, özellikle *"risk altında olan demokratik toplumlarda, mahkemelerin, her şeyden önce yargılama süreci bakımından sanığa güven duygusu vermeleri gereklidir"*⁶⁵.

AİHM önüne gelen bir dizi davada, DGM'lerde askeri yargıç bulunmasını, bağımsız ve tarafsız mahkeme ilkesine aykırı bulmuştur⁶⁶. **Arı davasında** ve aynı ko-

(59) *Sramek v. Austria*, a.g.k., para. 41.

(60) *Campbell and Fell v. U.K.*, a.g.k., para. 80-79.

(61) 12 YB (Greek case) at 148 (1969) Kom. Rap

(62) *Sramek v. Austria*, a.g.k., para. 41-42.

(63) *Belilos v. Switzerland*, 29.04.1998 Ser. A, No. 132, 10 EHRR 466, para. 67.

(64) *Incal v. Turkey*, 09.06.1998, 67-72.

(65) A.g.k., para. 71.

(66) Örn. *Çıraklar v. Turkey*, 28.10.1998; *Gerger v. Turkey*, 08.07.1999; *Mehdi Zana v. Turkey*, 06.06.2001; *Ocalan v. Turkey*, 12.03.2003, para. 118, yargılamaya askeri yargıç yerine sivil yargıçın katılması geciktiği için (yargılama başladıktan üç ay, mahkumiyet kararı verilmeden bir hafta önce) ihlal kararı verilmiştir.

nudaki diğer davalarda da, iki askeri yargıç ve bir subayın, bir sivil kişiyi yargılayan Sıkıyönetim Mahkemesinde bulunması tarafsız ve bağımsız mahkeme ilkesine aykırı bulunmuştur⁶⁷.

Fakat, askeri yargıçların asker kişileri⁶⁸ özellikle medeni hak ve yükümlülüklerine ilişkin konularda⁶⁹ yargılamaları durumunda, herhangi bir aykırılık ortaya çıkmaz. Örneğin **Yavuz kararında** asker kişilerin yargılanması açısından, askeri yargıçlarımızın güvenceleri yeterli bulunmuş ve başvuru kabul edilmez bulunmuştur.

2.4. Tarafsız Yargıç

Md 6/1 anlamında tarafsızlık, "**davanın çözümünü etkileyecek bir önyargı, tarafgirlik ve menfaatin olmaması, özellikle mahkemenin veya üyelerinden bazılarının taraflara karşı, onların leh ve aleyhinde bir duygu veya çıkara sahip olmaması**" demektir.

Öznel tarafsızlık, mahkeme üyesi yargıcın (veya jüri üyelerinin), birey olarak, mevcut davadaki kişisel tarafsızlığına ilişkindir, **nesnel tarafsızlık** ise, kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenimi dikkate alır; mahkemenin **hak arayanlara güven veren tarafsız bir görünüme** sahip bulunması gereklidir. Bu yönde, tarafsızlığı sağlamak için alınmış olan tedbirlerin, mahkemenin tarafsızlığı konusunda, makul her türlü kuşkuyu ortadan kaldırır nitelikte olması zorunludur.⁷⁰

Öznel tarafsızlığın belirlenmesinde şu soru rol oynamaktadır: **Bir yargıcın (veya jüri üyelerinin) belirli bir davadaki başvurucuya yönelik önyargılı ve taraflı bir tutumu, kişisel bir kanaati var mıdır?** Bu tür "kişisel bir taraflılık" olduğunu gösterecek delil olmadığı ve kanıtlanmadığı müddetçe, mahkeme üyelerinin tarafsız olduğu bir karine olarak varsayılmaktadır⁷¹. Fakat, tarafsızlığa ilişkin görüşünüş ön plana çıkarılarak nesnel tarafsızlık açısından, yargılama sürecinde yargıç tarafından sarf edilen sözler dikkate alınabilir⁷².

(67) *Ari v. Turkey*, 25.09.2001, para. 43-52; 2001 Eylül'ünde bu yönde bir dizi dava sonuçlanmıştır. Örn bkz. *Arap Yalçın and others v. Turkey*, 25.09.2001, para. 39-48; *Fikret Doğan v. Turkey*, 25.09.2001, para. 39-48 vs.

(68) Appl. no. 8209/78, *Sutter v. Switzerland*, 01.03.1979, 16 DR 166.

(69) Appl. No. 29870/96, *Yavuz v. Turkey*, 25.5.2000. B *Findlay v. U.K.*, a.g.k., para. 75-80

(70) *Hauschildt v. Denmark*, 24.05.1989, Ser. A, No. 154, 12 EHRR 266, para. 46-48, *Langborger v. Sweden*, 22.06.1989, Ser. A, No. 155, 12 EHRR 416, para. 32.

(71) *Hauschildt v. Denmark*, a.g.k., para. 46-47; *Fey v. Austria*, 24.02.1993, Ser. A, No. 255, 16 EHRR 387, para 28-29.; *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, a.g.k., para. 58.

(72) Appl. No. 1727/62, *Boeckmans v. Belgium*, 17.02.1965, (1965) 8 YB 410 at 412. Ayrıca bkz. *Remli v. France*, 23.04.1996, Reports 1996-II, para. 46; *Sander v. U.K.*, 09.05.2000, para. 27-28.

Nesnel tarafsızlıkta rol oynayan, yargıcın tarafsızlığına ilişkin her hangi bir meşru kaygıyı, korkuyu bertaraf edecek yeterli güvence sunulup sunulmadığının belirlenmesidir. Nesnel tarafsızlık, tarafsızlığın varolup olmadığına ilişkin görüntü ile ilgilidir⁷³.

2.4.1. Dava Yargıcının Farklı Roller Üstlenmesi

Tarafsız mahkeme ilkesi açısından, özellikle ceza yargılamasında, işin esası hakkında karar veren yargıcın son soruşturma öncesindeki aşamalarda davaya ilişkin roller üstlenip üstlenmediği önem kazanmaktadır. Yargıcın son soruşturma öncesi davayla ilgili verdiği kararlar tek başına tarafsızlık kuşkularını doğrulamamaktadır, önemli olan bu kararların kapsamı ve niteliğidir.

Eğer yargıç son soruşturma öncesi davaya ilişkin bir rol üstlenmiş fakat bu rol davanın son soruşturma öncesinde önemli bir rol değilse, örneğin rutin bir gözetimden ibaret ise, bu durum tarafsızlık ilkesine uygundur. Buna karşın, son soruşturma öncesi aşamada, yargıcın verdiği karar esasa ilişkin ise, aykırılık meydana gelir. Bu konudaki sorun yargıçla savcılık makamı arasındaki mesafenin azalması⁷⁴ veya yargıcın davada aynı zamanda soruşturmacı olarak görev almasından⁷⁵ kaynaklanabilmektedir.

Son soruşturmada görev alan yargıcın, tutuklama kararı gibi bazı önsoruşturma aşaması kararlarını vermesi onun tarafsız olmadığını kabul etmek için tek başına yeterli değildir, önemli olan tutuklamaya ilişkin kararlara dahil olurken yargıcın esasa ne ölçüde girdiğidir.

Üzerinde tartışma olmayan delillerin değerlendirilmesi söz konusu ise veya esasa girmeyi gerektirmeyecek yüzeysel değerlendirmeler yapılmış ise, tarafsızlık zedelenmemektedir. Önemli olan, duruşma yargıcının, duruşma aşamasından önce başvuruçunun suçlu olup olmadığına ilişkin bir görüş oluşturmasını sağlayacak şekilde davaya dahil olmamasıdır⁷⁶.

(73) Bkz. *Hauschildt v. Denmark*, 24.05.1989, Ser. A, No. 154, 12 EHRR 266; *Fey v. Austria*, a.g.k., para. 30

(74) *Piersack v. Belgium*, 01.10.1982, Ser. A, No. 53, 5 EHRR 169, para. 30-31.

(75) *De Cubber v. Belgium*, 26.10.1984, Ser. A, No.86, 7 EHRR 236, para. 29-30; *Yaacoub v. Belgium*, 27.11.1987, Ser. A, No. 127-A, 13 EHRR 418.

(76) Bkz. *Sainte-Marie v. France*, 24.11.1992, Ser. A, No. 253-A, 16 EHRR 116, para. 33; *Hauschildt v. Denmark*, a.g.k. para. 51-52.

Türkiye'ye karşı açılan **Karakoç davasında, tutuklama kararını veren yargıcın davanın esasına girerek başvuruçunun suçluluğu hakkında detaylı değerlendirme yaptıktan sonra son soruşturma aşamasında mahkeme yargıcı olarak görev yapmış olması da tarafsızlık ilkesine aykırı** bulunmuřtur⁷⁷.

Ceza davaları dışında da yargıcın davadan önce dava ile doğrudan bağlantılı bir konumda bulunması tarafsızlığı ihlal edebilmektedir. Örneğin yargıcın daha önce yasama faaliyetine iştirak ederek dava konusu olan düzenlemenin çıkarılmasına katılmış olması, tarafsızlık ilkesini ihlal etmektedir⁷⁸. Mahkeme yargıcının, davalının hakkında dava açılmasını talep eden kişi olması da, tarafsızlığını zedelemektedir⁷⁹.

2.4.2. Mahkemenin Çifte Rol Üstlenmesi

Bir mahkemenin önündeki davaya ilişkin olarak çifte rol üstlenmesi bağımsızlık ve tarafsızlık açasından sorun yaratabilmektedir. Örneğin Danıştay'ın daha önce başvuruçuyu etkileyen düzenlemeye ilişkin olarak, yürütmeye lehte görüş bildiren, ardından da aynı düzenleme hakkında hukuka uygunluk tespiti yaparak yargısal rol üstlenmesi tarafsızlığı üzerinde şüphe yaratmaya elveriřlidir⁸⁰. Türkiye'de Danıştay bünyesinde idari dairelerle dava dairelerinin ayrılmış olması, benzeri bir sorunun Türkiye bakımından söz konusu olmadığını göstermektedir.

2.4.3. Uzmanlık Mahkemeleri

Teknik konularda uzmanlık mahkemeleri olması mümkündür⁸¹. Yargılanan kişi ile mahkeme üyelerinin aynı meslekten olmaları nedeniyle, potansiyel olarak çatışan menfaatlere sahip olmaları ihtimali mevcut olsa dahi, bu durum somut bir veri olmadığı müddetçe, duyulan kuşkuyu tek başına haklı kılmamaktadır⁸².

Zorunlu tahkim ile ilgili olarak da, üyelerinin atanmasında tarafların yetkili olduğu Hakem Kurulu oluşumunda, davanın taraflarının arasında bir eşitliğin olması, bir tarafın avantajlı durumda olması, hem bağımsızlık hem de tarafsızlık güvencesi ile çeliřmektedir⁸³.

(77) *Karakoc v. Turkey*, 24.09.2002, para. 60.

(78) *McGonnell v. U.K.*, 08.02.2000, para. 55-57.

(79) *Werner v. Poland*, 15.11.2001, para. 41-44.

(80) *Procola v. Luxembourg*, 28.09.1995, Ser. A, No.326, 22 EHRR 193, para. 45.

(81) Örn. *British American Tobacco v. Netherlands*, a.g.k.

(82) *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, a.g.k., para. 58; *H v. Belgium*, 30.11.1987, Ser. A, No.127, 10 EHRR 339, para 51-52

(83) Appl no. 8588/79 ve 8589/79, *Bramelid and Malmstrom v. Sweden*, 12.12.1983, 38 DR 18, 40-41, para. 37-40.

2.4.4. Yargıçların Kişisel Menfaatleri ve Davayla Bağlarının Bulunması

Tarafsızlık konusuna ilişkin olarak, mahkeme üyelerinin anlaşmazlık konusuyula ilgili kişisel menfaatlerinin olmaması gerekmektedir, tersi bir durum nesnel tarafsızlık ilkesine aykırılık oluşturur.⁸⁴

Taraflardan biriyle veya anlaşmazlık ile yakın bir bağı olan⁸⁵ veya sarf ettiği ifadeleri ile tarafsızlığını kaybeden⁸⁶ mahkeme üyesinin davadan çekilmesi gerekir. Dava yargıçlarının, dava hakkında görüş bildirerek taraf haline gelen bir yargı mensubu tarafından belirlenmesi de tarafsızlığı ihlal etmektedir⁸⁷.

2.4.5. Aynı Mahkemenin Dava Hakkında Yeniden Karar Vermesi

Tarafsızlık ilkesi, alt mahkemenin kararını bozan üst mahkemenin, davayı başka bir daireye gönderme yükümlülüğü getirmemektedir⁸⁸. Gıyapta yargılama yapan mahkemenin, eski tek taraflı deliller karşısında oluşan görüşü nedeniyle, ikinci yargılama sırasında tarafsız kalamayacağı savı da geçerli değildir⁸⁹.

2.5. Feragat

Genel anlamda usuli haklardan feragat mümkündür fakat, feragat sınırlı olmalıdır ve sadece taraflara bağlı olmayan minimum güvenceler kalmalıdır, feragat edildiği şüpheye yer bırakmayacak bir biçimde tespit edilmelidir⁹⁰. Komisyon tarafsız mahkeme hakkından feragatin mümkün olduğunu belirtmişse de⁹¹, AIHM içtihatlarında, bu konu çok açık değildir⁹².

2.6. Kanun Yolları ile Hataların Düzeltmesi

İlk derece yargılamasında ortaya çıkan adil yargılanma hakkına aykırılık oluşturan hatalar, bir üst mahkemede sunulan yeterli güvencelerle ve uygun bir biçim-

(84) *Holm v. Sweden*, 25.11.1993, Ser. A, No. 279-A, 18 EHRR 79, para. 32-33.

(85) *Langborger v. Sweeden*, 22.06.1989, Ser. A, No.155, 12 EHRR 416, para. 32-35

(86) Bkz. *Remli v. France*, a.g.k., para. 47-48; Aynı yöndeki diğer bir karar için bkz. *Sander v. U.K.*, a.g.k., para. 28-35; Ayrıca bkz. *Gregory v. U.K.*, 25.02.1997, Reports 1997-I, para. 43-49

(87) *Daktaras v. Lithuania*, 10.10.2000, para. 35-38.

(88) *Ringeisen v. Austria*, 16.07.1971, Ser. A, No.13, 1 EHRR 455, para. 97.

(89) *Thomann v. Switzerland*, 10.06.1996, Reports 1996-III, No. 11, para. 35-36.

(90) *Oberschlick v. Austria*, 23.05.1991, Ser. A, No. 204, 19 EHRR 389, para. 51-52; *Ocalan v. Turkey*, a.g.k., para. 116.

(91) Appl. no. 11489/85, *D v. Ireland*, 03.12.1986, 51 DR 117.

(92) *Pfeifer and Plank v. Austria*, 25.02.1992, Ser. A, No. 227, 14 EHRR 47, para. 37-38.

de davanın yeniden dinlenmesi ile giderilebilir. **Fakat, üst mahkeme davayı sadece hukukilik denetimi açısından değerlendiriyorsa ve olaylara veya esasa girmiyorsa, yargılama sürecine ilişkin hatalar üst mahkemedeki yargılamada giderilmiş olmaz⁹³.**

2.7. İç Hukukumuza Yönelik Yorum ve Öneriler

2.7.1. Anayasa Hukuku

Mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı hukuk devletinin en temel unsuru olup, bu husus, Anayasa Mahkemesi tarafından da "*Anayasal güvencelere sahip yani kısaca bağımsız ve tarafsız bir yargı denetiminin, Hukuk Devleti ilkesinin öteki öğelerinin güvencesini de oluşturan temel öge olduğu*" (E.1976/43 K. 1977/4 KT. 27.1.1977) biçiminde ifade edilmektedir.

Nitekim, Avrupa Komisyonunun 2003 tarihli İlerleme raporunun, yargıya ayrılan bölümünde, bağımsız ve tarafsız yargı kavramının önemi vurgulanmıştır.

Bu doğrultuda, Anayasanın değişik maddeleri (madde 138, 139, 140, 159) bağımsız ve tarafsız bir yargının gerçekleştirilmesi amacıyla yönelik düzenlemelerdir.

2003 tarihli İlerleme Raporunun yargıya ayrılan bölümünde, "yargı gücünün bağımsızlığı" ilkesinin Anayasa'da yer almakta olduğu, ancak Anayasanın diğer bazı (özellikle yargı gücü ile yürütme gücü arasında bağlantı oluşturan) maddeleri nedeniyle, bu bağımsızlığın tartışmaya konu olduğu vurgulanmaktadır. Bu noktada, "yargıç ve savcıların, idari görevleri yönünden Adalet bakanlığına bağlı olmaları, Adalet Bakanının ve Adalet Bakanlığı Müsteşarının Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulundaki rolü, Adalet Bakanının yargıçları geçici yetki ile görevlendirebilmesi, yargıçların Adalet Bakanlığı müfettişleri tarafından soruşturulmaları, Kurul'un sekreteryaya hizmetlerinin Bakanlık tarafından yürütülmesi" gibi hususların, uygulamada yargıçların bağımsızlığını etkilediği ileri sürülmektedir.

Bu nedenle, belirli Anayasal ve yasal değişikliklerin yapılması gereklidir.

a) Sözleşme organlarının içtihadı çerçevesinde, "bağımsız ve tarafsız mahkeme" kavramının, tam anlamı ile uygulamaya koyulabilmesi ve buna bağlı olarak, objektif alanda tarafsızlık görüntülerinin dahi bulunmaması için;

(93) Örn. *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, a.g.k., para 51; *Belilos v. Switzerland*, a.g.k., para. 70-72.

Anayasanın 140. maddesinde, "Hakimler ve savcılar adli ve idari yargı hakim ve savcılar olarak görev yaparlar. Bu görevler, meslekten hakim ve savcılar eliyle yürütülür" hükmü yer almaktadır. İlk aşamada, "bağımsızlık ve teminat" hükümlerini güçlendirmek amacıyla, şu değişiklikler yapılmalıdır;

"Hakimler ve savcılar adli ve idari yargı hakim ve savcılar olarak görev yaparlar. Bu görevler, meslekten hakim ve savcılar eliyle, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre yürütülür".

Aynı maddenin 6. fıkrası, "Hakimler ve savcılar idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlıdırlar." demektedir. Ancak, hakimlerin idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlı olmaları ve bakanlığın genelgelerine aykırı davrandıkları gerekçesi ile yine bakanlık tarafından soruşturma başlatılabilmesi, "tarafsızlık ve bağımsızlık" ilkesine, hem hukuken, hem de uygulamada zarar vermektedir. Bu nedenle, hakimlerin, savcılardan bu yönde ayrı düşünülmesi ve Anayasal güvencenin açıkça hakimlere tanınması zorunludur.

Bu çerçevede, 6. fıkranın aşağıdaki şekilde değiştirilmesi uygun olacaktır;

"İdari görevleri yönünden savcılar Adalet Bakanlığına, hakimler ise Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna bağlı olarak görev yaparlar".

b) Bunun yanı sıra, yargı üzerinde, yürütmenin etkisine ve müdahalesine neden olan tüm düzenlemelerin değiştirilmesi, gerek organik gerek işlevsel alanda gerekli değişikliklerin yapılması zorunludur.

Aynı yönde, bağımsızlık için, bu yapının yanı sıra, yüksek kurula bina tahsisi, sekreteryaya hizmetlerinin Adalet Bakanlığından alınarak doğrudan Kurul tarafından sağlanması, üyelerin asli görevleri ile bağlarının kesilmesi, atama taslaklarının Bakanlıkça değil Kurulca hazırlanması hususlarının Anayasa ve yasaya geçirilmesi zorunludur.

Bu doğrultuda, **Anayasa'nın 144. maddesinde**, "Hakim ve savcılarının görevlerini; kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere (hakimler için idari nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı ve ya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma, Adalet Bakanlığının izni ile adalet müfettişleri tarafından yapılır. Adalet Bakanlığı soruşturma ve inceleme işlemlerini, hakkında soruşturma ve inceleme ya-

pılacak olandan daha kıdemli hakim veya savcı eli ile de yaptırabilir." düzenlemesi yer almaktadır.

Bu hüküm, Adalet Bakanlığının, hakimler üzerinde baskı kurabilmesini sağlayabilmekte, soruşturma tehdidi altında, tarafsızlıklarının güvencesiz kalmasına neden olabilmektedir. Bu nedenle, 144. maddede "hakim ve savcılarının bağımsızlık ve teminat hükümleri doğrultusunda görev yapabilmelerini" sağlamak amacıyla, aşağıdaki değişiklikler gerçekleştirilmelidir;

"Hakim ve savcılarının görevlerini; kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere (hakimler için idari nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma, "Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun" izni ile adalet müfettişleri tarafından yapılır. "Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanı" soruşturma ve inceleme işlemlerini, hakkında soruşturma ve inceleme yapılacak olandan daha kıdemli hakim veya savcı eli ile de yaptırabilir.

Adalet müfettişleri, hakim ve savcılar ile bu meslekten sayılanlar arasından Hakimler ve Savcılar Kurulunca atanarak, adli yargı ve idari yargı müfettişleri olarak görev yaparlar. Nitelikleri, atanmaları, atama usulleri, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, yollukları, meslekte ilerlemeleri, görevleri ve görev yerlerinin değiştirilmesi haklarında disiplin koğuşturması açılması ve disiplin cezası uygulanması, görevleri ile ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarmayı gerektiren halleri ve meslek içi eğitimleri ile diğer özlük işleri, hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir."

Anayasa'nın 159. maddesinde yer alan "Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu" bugüne kadar, gerek oluşumu, gerek işleyişi ile, hakim ve savcılarının bağımsızlıklarının ve tarafsızlıklarının tartışma konusu yapılmasına ve hakimlerin siyasal etki, baskı altında kalabildikleri görüntüsünün kamuoyunda yaygınlaşmasına neden olmuştur. Bu çerçevede ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihadı çerçevesinde, "bağımsız ve tarafsız mahkeme" kavramının, tam anlamı ile uygulamaya koyulabilmesi ve buna bağlı olarak, objektif alanda taraflılık görüntülerinin dahi bulun-

maması için, **Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun tamamen yeni baştan düzenlenmesi gereklidir.**

Bu konuda, Adalet Bakanının, Kurul içinde yer almasının, "yargının tarafsızlığı ya da bağımsızlığı" açısından tek başına belirleyici olmaması bir yana, tam tersine yargının sorunlarının çözülebilmesi açısından yararlı olabilecektir. Buna karşılık, Adalet Bakanlığı Müsteşarının da Kurul'da yer alması, "yargı üzerindeki yürütme etkisi" görüntüsünü hakim kılmaktadır.

Bu nedenle yapılacak yeni düzenlemede Kurul'un Adalet Bakanı dışında, tamamen yüksek mahkeme yargıçlarından oluşturulması büyük önem taşımaktadır.

Bu arada, özellikle HSYK içinde yer alan idari yargı hakim ve savcılarının bağımsızlıklarının sağlanması açısından, onlara ilişkin tüm özlük işlerinin, atanmaları, yükseltmeleri gibi işlerde, "**Danıştay Başkanlar Kurulunun**" devreye sokulması ve en azından görüş bildirmesi yönünde bir değişiklik gerçekleştirilebilir.

Bağımsızlık için, bu yapının yanı sıra, **yüksek kurula bina tahsisi, sekreterya hizmetlerinin Adalet Bakanlığından alınarak doğrudan Kurul tarafından sağlanması, üyelerin asli görevleri ile bağlarının kesilmesi, atama taslaklarının Bakanlıkça değil, Kurulca hazırlanması** gibi hususların da Anayasa ve yasalara geçirilmesi zorunludur.

Kurumun, sekreterya ve raportörlük görevleri, Genel Sekreterlik tarafından yürütülmelidir.

159. maddenin son fıkrası değiştirilerek, "**Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de hizmetin aksamaması için Kurul Başkanı, kurulun ilk toplantısında onaya sunulmak üzere, hakim ve savcılar geçici yetki ile görevlendirilir**" biçiminde düzenlenmelidir .

c) Bundan farklı olarak, aynı temel ilkenin korunması açısından, Anayasanın 145. maddesinin, özellikle ikinci fıkrasının değiştirilmesi suretiyle, "askeri yargı" alanında, "**askeri mahkemelerin, asker olmayan kişilerin işledikleri suçlara da bakmaları**" durumunun engellenmesi, "adil yargılanma ilkesi" kapsamında yer alan "bağımsız ve tarafsız yargı" kavramına ve maddede belirlenen istisnaların sadece asker kişiler için söz konusu olması anlayışına daha uygundur.

Nitekim, yürürlüğe girmiş olan ve "7. uyum paketi" olarak adlandırılan "Çeşitli Kanunlarda değişiklik yapılmasına dair 4963 sayılı Kanunun" getirdiği düzenlemelerden biri de (madde 6), bu değişikliğin gerçekleştirilmesine ve Askeri Ceza Kanununun 58. maddesine "Bu hüküm, barışta sivil kişilere uygulanmaz" cümlesinin eklenmesine yöneliktir.

Bundan sonra yapılması gereken, bu yasal değişikliği Anayasa metninde de gerçekleştirmektir. **Bu çerçevede, Anayasanın 145. maddesinin ikinci fıkrasının yürürlükten kaldırılması uygun olacaktır.**

2.7.2. İdare Hukuku

İfade etmek gerekir ki, idarenin ve hatta yerine göre yürütme organının işlemlerinin yargısal denetimini gerçekleştiren idari yargının mensupları –adli yargıya göre- yürütme organına karşı daha da güvenceli bir statüye kavuşturulmalıdır. Bu kapsamda, idari yargı düzeni içinde görev yapan hakimlerin Yürütme organının etkisinden ve telkinlerinden korunabilmelerinin sağlanması için, bunların yükselmeleri ve atanmalarına yönelik işlemlerin taslağının Danıştay bünyesinde hazırlanmasının en güvenceli statüyü sağlayacağı düşünülmektedir. Bu bağlamda, böyle bir yetkinin **Danıştay bünyesinde tüm Daire Başkanlarının yer aldığı Başkanlar Kurulu tarafından kullanılmasının daha doğru olacaktır.**

Bu nedenle 159. maddeye "idari yargı hakimlerinin yükseltilmeleri ve atanmaları, Danıştay Başkanlar Kurulu'nun önerisi üzerine HSYK tarafından yapılır" yönünde yeni bir fıkra eklenmesi uygun olacaktır.

2.7.3. Ceza Hukuku

a) "Geçici yetki" ile hakimlerin Adalet Bakanlığı tarafından yerlerinin değiştirilmesi hakimlik teminatına aykırıdır.

b) DGM'ler muhafaza edilmelidir.

İhtisas mahkemelerinin varlığı gereklidir ve Sözleşmeye aykırı değildir. Devlet güvenlik mahkemeleri terör ve örgütlü suçlarla ilgili davalara bakarlar. Bu mahkemelerin savcılarının diğer savcılara nazaran daha geniş yetki sahibi olmaları doğaldır ve gereklidir. Yetkinin genişliği iki türdür. İlk olarak yer bakımından yetkinin yetkileri daha geniştir. Devlet Güvenlik Mahkemeleri bölgesel nitelikte oldukları için, bunların savcılarının diğer ilçe savcılarından daha geniş bir şekilde çok sayıdaki ilçeyi kapsayan yargı çevreleri vardır.

Yetki genişliğinin diğer yönü görünen fonksiyon ile ilgilidir. Çıkar amaçlı örgüt suçları hakkındaki Kanunun öngördüğü suçlar ile terör suçlarında, telefon dinleme gizli görevli kullanma gibi demokratik diğer bütün devletlerde de kabul edilmiş olan modern yetkiler vardır. Örgütlü suçların araştırılması ve kovuşturulması için bu tür yetkilerin kullanılması gereklidir. Devlet güvenlik mahkemesi savcılarını belirtilen kanunda öngörülen projeli çalışmalarını kollukla birlikte yapabilirler. Belirtilen nedenlerle ilçe başsavcılarında bulunmayan bu yetkiler kişi hak ve özgürlüklerini çok yakından ilgilendirirler. Bu nedenle de ancak savcının talebi ve hakimin kararı ile uygulanabilirler.

Adalet sisteminin harekete geçirilmesi için, somut ve makul bir şüphe olması şarttır. Uygulamada somut ve makul şüphe kavramı net olarak ortaya konmadığı için bazı durumlarda, aşırı yetki kullanıldığı görülmektedir. Ancak bu aşırı yetki kullanımının sorumlusu, tek başına kolluk, tek başına savcı veya tek başına hakim değildir. Gerekli düzeltmenin yapılabilmesi için, sistemde iyileştirmeye gitmek şarttır.

Devlet Güvenlik Mahkemeleri muhafaza edilmelidir. Bölge Adliye Mahkemelerinin onun kararlarına karşı istinaf görevi görmesi ve Yargıtay incelemesinin getirilmesi uygun olacaktır. DGM işlevleri ve görevleri itibarıyla aynı kalmakla birlikte, bu Mahkemelerde görev yapan hakim ve savcılarının diğer adli hakim ve savcılarla aynı hak ve yükümlülüklerle tabi tutulmaları gereklidir. Kaldı ki 6. uyum paketinde "DGM'leriyle diğer mahkemeler arasında fark kalmamıştır" ibaresi yer almaktadır.

Yukarıda belirtildiği üzere, suçlarla etkili bir şekilde mücadele edebilmek için, başsavcılarını koordine edecek bir Türkiye Başsavcılığı makamı yaratılmalıdır. Buna paralel olarak, örgütlü suçlarda Türkiye Başsavcılığı ile beraber çalışacak merkezi bir kolluk gücü oluşturulmalı ve yıllardan beri önerilen "suç kolluğu" gerçekleştirilmelidir. Basit suçlarda ise, savcı-suç kolluğu ayrımı korunmalıdır.

c) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümlerinin duruşmalarda daha hassasiyetle uygulanmasını sağlayacak etik tedbirler alınmalıdır. Askeri Mahkemelerde usul kuralları daha fazla uygulanmaktadır.

d) Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunda Adalet Bakanının bulunması, hakim bağımsızlığına aykırı değildir. Bu tür katılma, Adliyenin işleyişinden sorumlu olan bir bakan için gereklidir.

e) Hakimlerin belli bir yerdeki görev süreleri, 9 yıl olarak belirlenmelidir. Uzun süreli atamalar hakim bağımsızlığın garantilerinden biridir.

f) Basından gelebilecek baskılara karşı da hakimlerin korunması gerekir. TCKT 2002’de öngörülen yargı kararlarını aşğılama suçu yürürlüğe girmelidir.

g) Almanya’da olduğu gibi, mahkemelerin ve savcılıkların çalışma usullerini gösteren bir iç yönetmelik hazırlanmalıdır (RistBV).

h) Af Kanunları veya Şartla Salıverilme Kanunları hakimlerin bakmakta oldukları davaların sonuçlarını etkileyen işlemlerdir. Bu kurumların uygulanması istisna olmalıdır.

i) Duruşma sırasında söz alan tarafların sözü kesilmemelidir.

Müdafaa tarafının duruşmada yeterli bir şekilde temsil edilebilmesi için, sözlülük esasına tam olarak riayet edilmelidir. Eğer yapılan konuşma esas hakkında ise, fikrin sonuna kadar açıklanmasına müsaade edilmelidir. Duruşma sırasında tanıklara "doğrudan soru sorma" ve "çapraz soru sorma" kavramları öğrenilmeli ve uygulanmalıdır. Doğrudan soru sormada sadece "anlattırıcı soru" sorulabileceği için, Başkanın "yönlendirici" sorularda "söz kesmesi" tabiidir.

j) Savcının reddi de düzenlenmelidir.

Tarafsızlık "hakimin" sahip olması gereken bir sıfattır. Esas mesele, hakimin uyuşmazlığın taraflarından biri olmaması ve yargılayacağı olayı fikir oluşturacak derecede önceden öğrenmiş olmamasıdır. Savcının da, "hakimin reddi" veya "çekinmesini" gerektiren sebepler var olduğunda, o davaya katılmaması gerekir.

k) Tutuklama kararı veren hakim, duruşmada yargılamaya katılmamalıdır.

Bunu temin etmek ve özgürleri etkin bir şekilde korumak için, "özgürlükler hakimliği" kurumu yaratılmalıdır. Bunun ilk örneği İtalya ve Fransa’da görülmüştür. Almanya’da da, araştırma hakimi adı altında bir hakimlik makamı vardır.

l) Nöbetçi hakim görev başında olmalıdır.

Özgürlükler hakimi günün her saatinde görev başında olacak şekilde nöbete bağlanmalıdır.

m) Nöbetçi savcı görev başında olmalıdır.

Arama gibi, kişi hak ve özgürlüklerini tahdit eden kolluk işlemi yapılacağı zaman, kolluğun derhal telsizle danışabileceği ve emer alabileceği nöbetçi savcı bulundurulmalıdır.

n) Yargıtay'ın bozma kararından sonra davaya başka bir hakim bakmalıdır.

o) Muhakemenin iadesi istemi ilk kesin hükmü veren hakim tarafından değil, başka bir hakim tarafından incelenmelidir.

p) İhtisas mahkemeleri genişletilmelidir.

Ekonomik suçlar, bankacılık suçları, çıkar amaçlı örgüt suçları, terör suçları ve çocuk suçları gibi belli suç alanlarında uzman mahkemeler oluşturulmalı, bunların hakimleri, savcı ve kolluk görevlileri ihtisas sahibi yapılmalıdır.

r) Hakimin çekinmesi otomatik olarak sonuç doğurmalıdır.

Terör dönemlerinde davaya bakacak hakim bulunamadığı için, çekinmede karar verilmesi yöntemi benimsenmişti. Kanunun eski haline dönülmelidir.

s) Red edilen hakimin istem hakkında karar vermesi doğrudur.

t) Kaçaklar hakkında davayı sona erdirici hükümler konmalı, kaçak gelince, aynı mahkeme duruşmayı "eski hale iade" yöntemi ile yenilemelidir.

Bugün sanık duruşmadan kaçarsa, önemli suçlarda hüküm verilememektedir. Bu durum davaları uzatan bir faktördür. Mehzaz kanunda olduğu gibi, kaçaklar hakkında yokluğunda hüküm verilmesi, fakat geldiği zaman duruşma açılacak şekilde eski hale iade yoluna gidilmesi gerekir. CMUKT 2003 kanunlaştırılmalıdır.

u) Haklardan vazgeçmenin nasıl belgeleneceği yönetmelikle düzenlenmelidir.

Susma hakkından vazgeçme veya müdafiden yararlanma hakkından vazgeçme (mecburi müdafilik halleri dışında) mümkündür. Vazgeçmenin serbest irade ile ve sonuçlarını bilerek yapılmış olması şarttır. Hakların öğretilmesi önemlidir. Her sanığa kendi anlayabileceği bir şekilde bildirim yapılmalıdır. Formlardaki kutuların kolluk memuru tarafından işaretlenmesi yeterli olamaz. Sanığa hakları öğretildikten sonra, anladığını tutanağa el yazısı yazması yöntemi en sağlıklı yöntemdir.

v) İstinaf yolu kabul edilmeli ve esas karardaki hem maddi, hem de hukuki hataların giderilmesi sağlanmalıdır. CMUKT 2003 kanunlaşmalıdır.

AIHM davanın bütününe ele alarak inceleme ve değerlendirme yapar. Esas mahkemesi önünde yapılan bir hata, esasa girerek inceleme yapan bir başka makam tarafından "iyileştirilirse", AIHM'den ihlal kararı verilemez. Mesela, istinafta beraat kararı verilmişse, veya sanık hükmü temyiz etmeyeceğini açıklamışsa, müdafaa hakkının kısıtlanması iddiaları AIHS 6 (3) b, kabule sayan bulunmamaktadır (*inadmissible*) (**X v. UK 19 DR 223 ve X v. UK 21 DR 126**). Çözüm istinaf mahkemeleri kurulmasıdır. Kanun yolunda istinaf asıl, temyiz yolu istisna olmalıdır. Bununla birlikte, istinaf kabul edilirse, hakim dava görüldüğü sırada 6(3)b garantilerinin sağlanmasına özen göstermeli, daha sonra istinafta düzeltilmesini beklememelidir.

CMUKT 2003 tarafından kabul edilen "istinaf" sistemi, dava sürecini kısaltan bir yapıdadır. Bu sistem hakkındaki ayrıntılı açıklamalar için, (Ek 1)'e bakınız.

B Ö L Ü M

HAKKANIYETE UYGUN
YARGILANMA HAKKI

3. HAKKANİYETE UYGUN YARGILANMA HAKKI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Belirlediği Temel İlkeler

Hakkaniyete uygun yargılamanın gerçekleşmesi için, "bir yargılamanın yürütülmesi sırasında alınan önlemlerin, davanın taraflarının savunma haklarını yeterince ve tam olarak kullanmalarına olanak tanıyacak biçimde" düzenlenmiş olması gereklidir⁹⁴.

Devletler savunma haklarını güvence altına alma konusunda çaba göstermeli⁹⁵ ve bu hakları sınırlayan herhangi bir önlem ancak kesinlikle gerekli olduğu takdirde kullanılmalıdır. Bu sınırlamalar içerisinde, daha az sınırlayıcı bir önlem yeterli ise o uygulanmalıdır⁹⁶.

Bu nedenle, ceza davalarında başvuruçunun delil sunmak veya bazı belgeleri istemek gibi kendi inisiyatifine bırakılan konularda dahi, ulusal mahkemeler, gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için madde 6/1'deki yükümlülükleri güvence altına alma sorumluluğu altındadır⁹⁷.

Diğer yandan, maddenin 1. fıkrasında yer alan, kişinin "davasının hakkaniyete uygun dinlenmesi" kavramı, maddenin 2. fıkrasında yer alan masumiyet karinesi ve 3. fıkrasında yer alan sanık haklarıyla doğrudan bağlantılıdır.

3. fıkrada yer alan sanık hakları şöyle sıralanabilir:

a) İsnadın türü ve sebebi hakkında anladığı bir dilde, geciktirilmeksizin ve tam bir şekilde bilgi edinme hakkı;

b) Müdafaayı hazırlamak için yeterli zaman ve imkana sahip olma hakkı;

c) Bizzat veya müdafii eliyle müdafaa hakkı, müdafii tayini için mali imkanlardan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa ücretsiz müdafiden yararlanma hakkı;

(94) Örn. bkz. *Ludi v. Switzerland*, 15.6.1992, Ser. A, No. 238; 15 EHRR 173, para. 49-50.

(95) Bkz. *Colozza v. Italy*, 12.02.1985, Ser. A, No. 89, para 28.

(96) *Van Mechelen v. Netherlands*, 23.04.1997, Reports 1997-III, No. 36, para. 58.

(97) Bkz. *Barbera Messegue and Jabardo v. Spain*, 06.12.1988, Ser. A, No. 146, 11 EHRR 360, para. 75; *Kerojarvi v. Finland*, 19.07.1995, Ser. A, No. 322, para. 42.

d) İddia tanıklarının sorguya çekmek ve müdafaa tanıklarının da aynı şartlar altında dinlenmesinin sağlanmasını isteme hakkı;

e) Bir tercüman yardımından ücretsiz olarak yararlanma hakkı.

Bu haklar sanığın minimum haklarıdır, hakkaniyete uygun yargılama çerçevesindeki haklar ve ilkeler bu sayılanlarla sınırlı değildir⁹⁸. Bu nedenle 2. ve 3. fıkralara uygun yargılamalar, hakkaniyete uygun yargılama ilkesine uygun olduğu anlamına gelmemektedir.

2. ve 3. fıkraların içerdiği güvenceler, her ne kadar, ceza yargılamasında sanığa tanınmış olan haklar ise de, gereğinde özel hukuk davaları alanında da uygulanabilmektedir⁹⁹. Fakat, medeni hak ve yükümlülüğe ilişkin davalar için özel olarak belirtilmiş böyle bir haklar listesi öngörülmediği için, mahkemeye göre, özel hukuk davalarındaki hakkaniyete uygun yargılama gerekleri ceza davalarındaki ile tıpa tıpa aynı değildir. Bu nedenle, unutmamak gerekir ki, ulusal yargı makamları, medeni davalar söz konusu olduğunda, ceza davalarındakinden "daha geniş takdir serbestliğine" sahiptir¹⁰⁰.

3.1. Silahların Eşitliği İlkesi

Yargılamada taraflar arasında **silahların eşitliğinin** veya **hakkaniyete uygun bir dengenin** sağlanması gereklidir.

Bu ilke, mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler bakımından taraflar arasında bir eşitliğin bulunması ve bu dengenin yargılamanın her aşamasında korunması anlamına gelmektedir. Bu ilke, ceza davalarının yanı sıra, hem medeni yargılama hem de idari yargılama usulünü ilgilendirir. Ceza yargılamasında bu ilke, şüphelinin aleyhine bir hukuki durumun yaratılmamasını da kapsar.

Silahların eşitliği ilkesi, mahkeme tarafından şöyle tanımlanmaktadır: "**Silahların eşitliği, davanın bir tarafını, diğer taraf karşısında belirli bir dezavantaj içine sokmayacak şartlar altında, her bir tarafın deliller de dahil olmak üzere, davasını ortaya koymak için makul ve kabul edilebilir olanaklara sahip olması zorunluluğu**" demektir¹⁰¹.

(98) *Deweer v. Belgium*, a.g.k., para. 56.

(99) Bkz. *Albert and Compte v. Belgium*, 10.02.1983, Ser. A, No.58, 5 EHRR 533, para. 30.

(100) *Dombo BeheerBV v. The Netherlands*, 27.10.1993, Series A, NO. 274-A, 18 EHRR 213, para. 32.

(101) *Dombo BeheerBV v. The Netherlands*, a.g.k., para. 33.

Silahların eşitliğinin denetlenmesinde önemli olan, taraflar arasında eşitliğin var olup olmadığının belirlenmesine konu olan işlemin, yargılamada belirleyici olan bir işlem olmasıdır.¹⁰²

3.1.1. Genel Olarak Karşı Delil Sunma İmkânı

Davanın taraflarından birinin iddiası karşısında, diğer tarafa bu iddiaya karşı savunmasının temel dayanağı olan delilleri sunma imkânı tanınmıyorsa, **silahların eşitliği ilkesi** zedelenmektedir.¹⁰³

Eğer taraflardan birinin davadaki mütalaalarını özetleyerek sınırlamasına, genel bir gerekçe kullanmasına izin veriliyor ve bu şekilde diğer tarafın bu mütalaa ve gerekçelere karşı etkili muhalefet etme imkânı ortadan kalkıyorsa, bu durumda da silahların eşitliği zedelenmektedir¹⁰⁴.

3.1.2. Tanık Dinlenmesinde Hak Eşitliği

3.1.2.1. Ceza davalarında

Sanıklar için bir güvence olarak öngörülmüş olan Sözleşmenin 6. maddesinin 3. fıkrasının d bendi sanığa iki hak sağlamaktadır.

Birincisi, **sanığın aleyhine olan tanıkları çapraz sorgulama, diğer bir deyişle iddia tanıklarının aleni duruşmada sanığın huzurunda çelişmeli bir biçimde sorgulama** hakkı, ikincisi ise, kendi tanıklarının da iddia tanıkları ile eşit şartlar altında davet edilmesi ve dinlenmesi ve böylece silahların eşitliğinin sağlanması hakkıdır¹⁰⁵.

Eşitlikle kastedilen sayısal eşitlik değil, "**nitelik eşitliğidir**". Diğer bir deyişle, yargılamanın bütünü göz önüne alınarak, iddia ve savunma dengesinin korunup korunmadığı araştırılacaktır. Bu anlamda, bir konunun ispatı açısından savunma ve iddia makamlarının çağırdığı tanıklara eşit derecede ağırlık verilmemesi, eşit muamele edilmemesi, silahların eşitliğini zedeleyebilmektedir¹⁰⁶.

(102) *Kremzow v. Austria*, 21.09.1993, Ser. A, No. 268-B, 17 EHRR 322, para. 75.

(103) *De Haes and Gijels v. Belgium*, 24.02.1997, Reports 1997-1, para.58

(104) *Hentrich v. France*, 22.09.1994, Ser. A, No. 296-A, 18 EHRR 293, para. 56.

(105) *Engel and others v. Netherlands*, a.g.k., para. 91; *Vidal v. Belgium*, 22.4.1992, Ser. A, No. 235-B, para.33; *Solakov v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, 31.10.2001, para. 57.

(106) *Bönish v. Austria*, 06.05.1985, Ser. A, No.92, 9 EHRR 191, para. 32; *Brandstetter v. Austria*, 28.08.1991, Ser. A, No. 211, 15 EHRR 378, para. 45.

Sözleşmenin 3. fıkrasının d bendi, sanığa istediği kişileri savunma tanığı olarak dinlenmeleri için mahkeme önüne davet ettirmek gibi mutlak bir hak tanımamaktadır. Kendi aleyhine olan tanıkları çapraz sorgulamak da mutlak bir hak değildir.

İç hukuk kuralları, tanıkların kabul edilmesine ilişkin bazı kurallar koyabilir ve özellikle yetkili yargı makamı delilin ilgisiz olduğu nedeniyle tanığın dinlenmesini reddedebilir. Bununla beraber, gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için, bu tanığın dinlenmesinin gerekli olduğu ve dinlenmemesinin savunma haklarına zarar verdiği durumlarda, hakkaniyete uygun yargılanma hakkı ihlal edilmiş olur¹⁰⁷.

Diğer yandan, gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için bir tanığın dinlenmesinin zorunlu olduğunun ileri sürülmesi durumunda, bu tanığın dinlenmesi istemini reddeden mahkeme, kendisini bu sonuca götüren gerekçeleri, kararında göstermek zorundadır¹⁰⁸.

Savunma hakkı kural olarak, sanığa bir iddia tanığının beyanını red ile ona, en geç onun beyanı sırasında, sorular yöneltebilmek için uygun ve yeterli bir fırsatın verilmesini gerektirir¹⁰⁹.

3.1.2.2. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davalarda

Medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin yargılamada da, davanın tarafları tanık dinletmek konusunda eşit imkanlara sahip olmalıdır. Teknik, usule ilişkin bazı iç hukuk kuralları nedeniyle davanın taraflarından biri kendi adına bazı tanıkları dinletemiyor ve bu durum, ona, davanın diğer tarafı karşısında belirgin bir dezavantaj yaratıyorsa, silahların eşitliği açısından ihlal oluşabilir¹¹⁰.

Diğer yandan, bu ilke istenilen bütün tanıkların davada dinlenmesi anlamına gelmemektedir. Tarafların tanıkları arasında farklı muamele yapılmakla birlikte, davada başka delillere de dayanılarak karar verilmişse, bir tarafın tanığına özel bir ağırlık verilmemişse, farklı muamele yargılamanın sonucuna etki edecek nitelikte değil ise, diğer bir söyleyişle bir taraf diğer taraf karşısında önemli bir dezavantaj içine girmemişse, bu durum, silahların eşitliği ilkesine aykırı olmayabilir.

(107) Bkz. *Perna v. Italy*, 25.07.2001, para. 27-31.

(108) *Vidal v. Belgium*, 22.04.1992, para. 34.

(109) *Kostovski v. Holland*, 20.11.1989, Ser. A, No. 166, 12 EHRR 434; *Asch v. Austria*, 26.04.1991

(110) *Dombo Bebeer BV v. Netherlands*, 27.10.1993, Ser. A, No. 274-A, 18 EHRR 213, para. 34-35.

3.1.3. Bilirkişi Yönünden Eşitlik

Taraflar bilirkişi davet etme konusunda aynı imkanlara sahip olmalı ve çağırılan bilirkişiler benzer koşullar altında bulunmalıdır.

Bilirkişilik kurumuna ilişkin olarak, silahların eşitliği ağısından, şunlar söylenebilir:

a) Mahkeme tarafından atanan resmi bilirkişinin, sanığın suçlanmasına neden olan idari bir kuruma bağlı olarak çalışması, tek başına onun tarafsız ve nesnel olmadığını göstermez ve silahların eşitliği ilkesine aykırı olarak görölmez;

b) Fakat belirtilen resmi bilirkişi sanığın suçlanmasında bizzat rol oynamış ise, bu durum kuşku yaratabilir; böyle bir kuşku halinde de, resmi bilirkişinin davada oynadığı role bakmak gerekir,

c) Bilirkişi, eğer sadece yargıç, savunma ve iddia tarafından sorulan sorulara cevap vermiş, bunun ötesinde savunmanın tanığını sorgulamak veya onun görüşleri hakkında yorum yapmak gibi ayrıcalıklı bir rol üstlenmemiş ve savunmanın gösterdiği teknik müşavir de aynı koşullar altında dinlenmişse, silahların eşitliği ilkesine aykırılık oluşmayabilir¹¹¹.

3.1.4. Bilgi ve Belgelere Ulaşmada Eşit İmkanlar

Silahların eşitliği ilkesi, tarafların birbirleri karşısında önemli bir dezavantaj içine girmeyecek şekilde davaya ilişkin bilgi ve belgelere ulaşmak ağısından eşit imkanlara sahip olmasını da içerir. Silahların eşitliği ağısından önemli olan taraflardan birinin diğerine karşı avantaj sağlamamasıdır.

Fakat, eğer ilk derece yargı yerinde cereyan eden bir yargılamada bazı bilgilere ulaşılamamış, bu nedenle taraflardan biri haksızlığa uğramış, fakat bu durum üst yargılama aşamasında bilgilere ulaşılarak düzeltilmiş ise veya başvurucu düzeltebilecek konumda iken düzeltmek için atabileceği adımları atmamışsa silahların eşitliği ihlal edilmemiřtir¹¹².

Ayrıca, davada bir taraf tarafından talep edilen belgeler, karşı tarafın dava sırasında dayandığı belgeler değil ise ya da kendisine asgari düzeyde bilgi verilmiş ise

(111) *Bönish v. Austria*, para. 31-34; *Brandstetter v. Austria*, para. 61-63.

(112) *Schuler-Zraggen v. Switzerland*, 24.06.1993, Ser. A, No. 263, 16 EHRR 405, para. 50-51.

ve başvuru içeriği hakkında az çok bilgi sahibi olmasına rağmen neden bu belgeleri talep ettiğine ilişkin hiçbir yeterli gerekçe gösteremiyor ise, yine ihlal oluşmamaktadır¹¹³.

Ceza davalarında, savcılık tarafından polise yaptırılan ek bazı araştırma ve soruşturmanın, sanığın haberi olmaksızın savcının yorumu ile birlikte mahkemeye sunulması veya medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davalarda, başvuru bilgisi dahilinde olmayan bir raporun mahkemeye sunulması da, silahların eşitliği açısından ihlale neden olmaktadır¹¹⁴.

3.1.5. Davanın Tarafı Haline Gelen Yasal Görevlilerin Üstlendiği Rol

Hukuken tarafsız oldukları öngörülmesine rağmen, **dava sırasında, taraflardan birinin aleyhine görüş bildiren ve bu görüşlerin çürütülme imkanı ortadan kaldırılan yasal görevlilerin, hükmün verilmesinde sahip oldukları etkin rol**, silahların eşitliği ilkesini ihlal etmektedir¹¹⁵.

Eğer davada, iddia makamını temsil eden kişi, mahkeme heyetine bir görüş bildiriyorsa, bir gerekçe veya yorum içermese de, görüş ya da mütalaasının savunma tarafına bildirilmesi gerekir¹¹⁶.

3.1.6. Yasamanın Müdahalesi

Devlet, tarafı olduğu ve devam etmekte olan bir yargılamada kendi lehine bazı sonuçlar sağlayacak şekilde geriye yürür bir biçimde yasa çıkarıyorsa, silahların eşitliği açısından, aykırılık doğabilir¹¹⁷.

Fakat, yasamanın yargılama sürecine müdahale etmeme kuralı mutlak değildir. Ancak;

1. Yasa, henüz taraflar arasında bir yargılama aşaması başlamadan yapılmışsa,
2. Yasamanın, söz konusu yasayı yapmada zorlayıcı bir kamu yararı gerekçesi var ise,

(113) *Bendenoun v. France*, 24.02.1994, Ser. A, No.284, 18 EHRR 54, para. 52-53.

(114) *Kuopila v. Finland*, 27.04.2000, (27.07.2000 Final), para. 38; *Buchberger v. Austria*, 20.12.2001, para. 50-51.

(115) Bkz. *Borgers v. Belgium*, 30.10.1991, Ser. A, No. 214, 15 EHRR 92, para. 24-29; *Slimane – Kaid v. France*, 25.01.2000; *Kress v. France*, 07.06.2001, para. 79-87

(116) *Bulut v. Austria*, 22.02.1996, Reports 1996-II, para. 45.

(117) *Stran Greek Refineries v. Greece*, 09.12.1994, Ser. A, No. 301-B, 19 EHRR 293; *Zielinski and Pradal and Gonzalez and others v. France*, 28.10.1999, Reports 1999-VII, para. 57-61; *Agoudimos and Cefallonian Sky Shipping Co. v. Greece*, 28.06.2001, (28.09.2001 Final), para. 32-35.

3. Söz konusu müdahale öngörülebilir ise, yargılama sürecine yasal müdahale hakkaniyete uygun yargılanma hakkına aykırı olmayabilecektir¹¹⁸.

3.2. Çelişmeli Yargılama İlkesi

Çelişmeli (adversarial-contradictoire) yargılama ilkesi, "**dava sırasında mahkemenin kararını etkilemek amacıyla sunulan delil, mütalaa ve görüşlerin her biri hakkında bilgi sahibi olma ve bunlar hakkında yorum yapma imkanının taraflara tanınması**" olarak özetlenebilir¹¹⁹.

Çelişmeli yargılama ilkesinin diğer bir yönü, ceza davalarına özgü olan 6. maddenin 3. fıkrasının d bendinde yer alan tanıkların çapraz sorgulanmasına ilişkin özel güvencedir. Kişinin kendi aleyhine olan tanıkları çapraz sorgulama hakkı medeni hak ve yükümlülöklere ilişkin davalar için de geçerlidir¹²⁰. Esas davanın sonucunu doğrudan etkileyici nitelikteki, somut norm denetiminin söz konusu olduğu davalarda, çelişmeli yargılama ilkesi anayasa yargısı açısından da uygulanabilmektedir¹²¹.

Çelişmeli yargılama ilkesi, dava dosyasına giren her türlü mütalaanın diğer tarafların bilgisine sunulması ve yorum yapma imkanına sahip olmalarını içerir¹²². Dava dosyasında bulunan ve savunmaya gönderilmeyen görüşlerin içeriğinin önemi yoktur¹²³.

Çelişmeli yargılama ilkesi, mahkemeye sunulan mütalaaların yanı sıra, delillerin de davanın taraflarının bilgisine sunulmasını ve yorum yapma imkanının sağlanmasını içermektedir.

Bu ilke, ilk derece mahkemesinin kanun yoluna başvuru mahkemeye gönderdiği belgeler için geçerli olduğu kadar¹²⁴, ulusal yargılama sisteminin başka bir bağımsız üyesi tarafından kararı etkilemek amacıyla verilen mütalaalar için de geçerlidir. Örneğin savcının, temyiz aşamasında, mahkemeye gönderdiği tebliğname-lerin karşı tarafa gönderilmesi, çelişmeli yargılamanın gereğidir.¹²⁵

(118) *The National & Provincial Building Society, The Leeds Permanent Building Society and The Yorkshire Building Society v. United Kingdom*, 23.10.1997, Reports 1997-VII, para. 112.

(119) *Ruiz-Mateos v. Spain*, 23.06.1993, Ser. A, No.262-A, 16 EHRR 505, para. 63.

(120) Appl. no. 5362/72, *X v. Austria*, (1972) 42 CD 145 in J. Coppel, a.g.e., s. 256.

(121) *Ruiz-Mateos v. Spain*, a.g.k., para. 63.

(122) *Van Orshoven v. Belgium*, 25.06.1997, Reports 1997, para. 41.

(123) *Bulut v. Austria*, a.g.k., para. 49; *K.S. v. Finland*, 31.05.2001, para. 23.

(124) *Niderost-Huber v. Switzerland*, 18.02.1997, 25 EHRR 709, para. 29.

(125) *Goc v. Turkey*, 09.11.2000, para. 34.

3.3. Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı

3.3.1. Kapsam

Duruşmada hazır bulunma hakkı, kendisine suç isnat edilmiş sanıklar için öncelikle geçerli bir haktır.¹²⁶ Sanığın duruşmada hazır bulunması mutlak bir hak değildir, örneğin sanığın duruşma düzenini bozması veya kimliği gizli tutulan tanığın dinlenmesi¹²⁷ ya da tanığın korkutulma kaygısı¹²⁸ gibi özel şartlar bu haktan sapmayı gerektirebilir. Bununla beraber, sanığın keyfi olarak duruşmada hazır bulunmasının engellenmemesi gerektiği gibi, duruşmada hazır bulunabilmesi için uygun bir olanak yaratılması da gereklidir¹²⁹. Sanığın davası görülürken hazır bulunması için, ilgili devlet yeterince gayret içinde olmalıdır¹³⁰.

Sanık duruşmada bulunma hakkından feragat etmediği müddetçe, davanın görüldüğü yer mahkemesinin yargı çevresi dışındaki başka bir mahkeme aracılığıyla sorgulanması veya kendisini yargılayan mahkeme önündeki duruşmada sadece avukatı aracılığıyla temsil edilmesi, duruşmada hazır bulunma hakkına aykırıdır.¹³¹

Medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davalarda da, duruşmada hazır bulunma adil yargılanma açısından gerekli olabilir. Örneğin tarafın kişisel özellikleri ve yaşama biçimi¹³² veya kişisel davranışları mahkemenin kararının oluşmasında doğrudan etkili olabilir.¹³³

Bu nedenle, ceza davasında genel bir ilke olarak kabul edilen duruşmada hazır bulunma hakkı bu tür davalarda da geçerli olabilmektedir; Örneğin ebeveynlerin boşanma sonrası çocuklarını görme haklarına ilişkin veya çocuğun gözetimi ile ilgili davalar veya kişinin şöhretinin korunmasına¹³⁴ yönelik davalar bu türden davalardır¹³⁵.

(126) Bkz. *Monnell and Morris v. United Kingdom*, 02.03.1987, Ser.A, No. 115, 10 EHRR 205, para. 58; *Colozza v. Italy*, a.g.k., para. 27. *Colozza and Rubinat v. Italy*, (Kom Rap.), para.116; *Barbera, Messeque and Jabardo v. Spain*

(127) *Colozza and Rubinat v. Italy*, (Kom Rap.), para. 117

(128) Appl. no. 8395/78, *v. Denmark*

(129) *Colozza v. Italy*, (mahkeme kararı), a.g.k., para. 28. Ayrıca bkz. *FCB v. Italy*, 28.08.1991, Ser. A, No. 208-B, 14 EHRR 909, para. 33 ve 35.

(130) *Colozza v. Italy*, para. 28; *F.C.B. v. Italy*, 28.08.1991, para. 33.

(131) *Zana v. Türkiye*, 25.11.1997, reports 1997-VII, para.69,72

(132) Bkz. Appl. no. 434/58, *X v. Sweeden*, 30 June 1959, (1958-9), 2 Yearbook 354; *X v. Germany* (1963), 6 YB 520, 572,

(133) Appl no. 12217/86, *Muyldermans v. Belgium*, 02.10.1990, Ser. A, No. 214-B, 15 EHRR 209, para.64.

(134) *Helmerts v. Sweden*, 29.10.1991, Ser. A, No. 212-A, 15 EHRR 285, para. 38.

(135) Bkz. Appl. no. 434/58, *X v. Sweeden*, in Appl no. 7370/76, *X v. Switzerland*, 28.02.1977, 9 DR 95, s. 98.

Fakat bu tür özelliklerin olmadığı medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davalarda, duruşma sırasında davanın tarafının bir avukat tarafından temsil edilmesi yeterli olabilmektedir. Duruşmada doğrudan kendisinin bulunmasının gerekli olduğunu göstermek, başvuruçunun sorumluluğundadır¹³⁶.

3.3.2. Duruşmaya Etkili Katılma

Hakkaniyetli bir yargılama için, kendisine suç isnat edilen kişi veya medeni bir yargılamada taraflar, sadece duruşmada hazır bulunmakla yetinmeyecek, **yargılamaya etkili bir biçimde katılabilme olanağına da sahip olacaklardır.**

Stanford – Birleşik Krallık davasında, Mahkeme şöyle demektedir: *"Etkili katılım, genel olarak, sadece sanığın duruşmada bulunma hakkını değil, duruşmayı izleme ve konuşulanları duyma hakkını da içerir. Bu haklar, çelişmeli usul içinde zımni olarak zaten vardır..."*¹³⁷

Çelişmeli yargılamanın medeni haklara ilişkin davalarda da kabul ediliyor olması, medeni bir hakka ilişkin yargılamada tarafların duruşmada hazır bulunmasını, daha genel bir ifade ile, yargılamanın bütününe aktif olarak katılmalarını ifade etmektedir. Örneğin başvuruçunun yargılama makamı tarafından dinlenmemesi, delillere karşı çıkma imkanı verilmemesi, hakkaniyete aykırılık yaratabilmektedir¹³⁸.

3.3.3. Feragat

Davanın tarafı hem ceza davalarında hem de diğer davalarda duruşmada hazır bulunma hakkından feragat edebilir. Feragat, açıkça ifade edilebileceği gibi, kendisine duruşmaya ilişkin etkili bir tebligat¹³⁹ yapılmasına rağmen, davanın tarafının duruşmaya katılmaması ile, zımni olarak da yapılabilir.¹⁴⁰

Fakat, duruşmada hazır bulunma hakkından feragat edilebilmesi için, **feragatın açıkça anlaşılır (kuşkuya yer bırakmayacak) bir biçimde yapılmış olması ve bu hakkın önemine uygun bir biçimde minimum güvencelerin sağlanmış olması** gerekmektedir¹⁴¹.

(136) Appl no. 7370/76, *X v. Switzerland*, a.g.k., s. 98.

(137) *Stanford v. U.K.*, 23.02.1994, para. 26.

(138) *Feldbrugge v. Netherlands*, 29.05.1986, Ser. A, No.99, 8 EHRR 425, para 44.

(139) Tebligatın etkili kabul edilmesi için makul bir süre içinde (*Goddi v. Italy*, 09.04.1984, Ser. A, No. 76, 6 EHRR 457, para. 31) ve sanığın anladığı bir dilde yapılması gerekmektedir, (*Brozicek v. Italy*, 19.12.1989, Ser. A No. 167, 12 EHRR 371, para. 45).

(140) Appl no. 10889/84, *C v. Italy*, 11.05.1988, 56 DR 40, s. 60-61.

(141) *Poitrimol v. France*, 23.11.1990, Ser. A, No. 277-A, 18 EHRR 130, para. 31.

İç hukuka göre, duruşmada hazır bulunmak için, daha önceden belli bir süre içinde veya belli bir aşamada, savunma tarafının, duruşmada hazır bulunmak istediğini mahkemeye bildirmesi gerekiyorken bunu yapmamışsa, davanın özelliğine göre hazır bulunmasının, adaletin gerçekleşmesi için gerekli olup olmadığına bakılmadan, sadece bu tür usuli nedenlere dayanarak duruşmada hazır bulunma hakkı engellenmemelidir¹⁴².

Yargılanan kişinin açlık grevi nedeniyle duruşmada hazır bulunması mümkün olmuyor ise, savunmayı dezavantajlı duruma sokmaksızın, yargıç, yargılamanın durmasını engellemek için sahip olduğu tek aracı meşru bir biçimde kullanma hakkına sahiptir¹⁴³. Ayrıca, mesnetsiz bir biçimde hastalığını ileri sürerek yargılamayı geciktirmeye çalışan bir sanığın gıyabında yargılama yapılması da mümkündür¹⁴⁴.

Yargılanan kişinin mahkemede anadilinde konuşmak istemesi veya usule yönelik itirazlarda bulunması, hiçbir şekilde savunma hakkından zımnen feragat ettiği anlamına gelmemektedir¹⁴⁵, duruşmaya avukatlarının katılmış olması, sanığın duruşmada bulunmayışını telafi etmemektedir¹⁴⁶.

Hapishanede bulunan sanığın duruşma tarihinden haberdar olmasına rağmen, duruşmaya gelmemesi durumunda hapishane yetkililerinin kusuru olup olmadığı araştırılır. Başvurucu duruşmada bulunmayı talep ettiği halde, götürülmemesi, duruşmada bulunma hakkına engel oluşturur. Ancak, duruşmaya gitme talebinin reddildiğini ispat etmek başvurucuya aittir¹⁴⁷.

Sanık açıkça duruşmada hazır bulunma hakkından feragat etmekle birlikte, kendi yokluğunda avukatı tarafından temsil edilmesini istiyorsa, buna engel olunması da 6. maddeye aykırıdır¹⁴⁸.

Sanığın duruşmada bulunmamasından dolayı Sözleşmedeki adil yargılanma hakkı ile bir uyumsuzluk ortaya çıkmasına rağmen, eğer daha sonra sanığın duruş-

(142) *Kremzow v. Austria*, 21.09.1993, Ser. A, No. 268-B, 17 EHRR 322, para. 67; *Michael Edward Cooke v. Austria*, 08.02.2000, para. 42.

(143) Appl. no. 7572/76, 7586/76ve 7587/76, *Ensslin, Baader and Raspe v. Germany*, 08.07.1978, 14 DR 64, s. 115-116.

(144) Appl. no. 4798/71, *X v. UK*, 40 CD 31 (1972),

(145) *Zana v. Turkey*, 25.11.1997, Reports 1997-VII, No. 57, para. 70.

(146) A.g.k., para. 71-72.

(147) *Goddi v. Italy*, a.g.k., para. 29.

(148) *Poitrimol v. France*, a.g.k., para. 38. *Lala v. Netherlands*, 22.09.1994, Ser. A, No. 297-A, 18 EHRR 586, para. 34.

mada hazır bulunması sağlanarak suçlamanın esasına ilişkin yeniden bir yargılama yapılırsa, bu yargılama 6. madde ile çatışma yaratmayacaktır¹⁴⁹.

3.3.4. Duruşmada Hazır Bulunmaya Gerek Olmayan Haller

Kanun yolu aşamasında **sadece hukukilik denetimi yapılıyorsa**, duruşma yapılması veya sanığın avukatı ile birlikte duruşmada bulunması zorunlu değildir, yazılı usul izlenmesi yeterli olmaktadır¹⁵⁰. Üst mahkeme hem hukuk hem de maddi denetim yapsa da, duruşmanın aleni ve yargılanan kişinin huzurunda yapılması gerekmez.

Kanun yolu sisteminin niteliğine, olayların belirlenmesi açısından üst derece ulusal mahkeme yetkilerinin kapsamına, varılacak sonucun ilgili kişi için taşıdığı öneme ve sanığın menfaatlerinin korunma biçimine bakılması gerekmektedir¹⁵¹. Fakat, bu tür bir istisna, ancak, ilk derece yargılaması sırasında sanığın duruşmada bulunma hakkı güvence altına alınmışsa, söz konusu olabilir.

3.4. Susma ve Kendini Suçlamama Hakkı

Ceza davalarında, hakkaniyete uygun yargılanma, kendi mahkumiyetine yardımcı olmama, diğer bir deyişle kendi aleyhine beyan ve delil vermeye zorlanmama hakkını içerir. Kendini suçlamama hakkı, bir ceza davasında iddia makamının sanığa karşı iddiasını, sanığın arzusu hilafına baskı veya eza yöntemleri ile elde edilen kanıtlara başvurmadan ispat etmesi gereğine dayanır.

3.4.1. Kendini Suçlayıcı Belgeler veya İfadeler Elde Etmek İçin Kişiyi Zorlamama

Susma ve kendini suçlamama hakkı, kişinin hem aleyhine olan beyanı yapmama, hem de belgeleri vermeme hakkını içerir.

AIHM kararlarından şu sonuçlara varmak mümkündür:

a) Güvenlik ve kamu düzeni ile de olsa susma ve kendini suçlamama hakkının özüne zarar verilemez (**Heaney ve McGuinness kararı**)¹⁵²;

(149) *Poitrimol v. France*, a.g.k., para. 31.

(150) *Axen v. Germany*, 08.12.1983, Ser. A, No. 72, 6 EHRR 195; *Sutter v. Switzerland*, 22.02.1984, Ser. A No. 74, 6 EHRR 272.

(151) *Kremzow v. Austria*, a.g.k., para. 58, 67.; Ayrıca bkz. *Monnell and Morris v. United Kingdom*, a.g.k., para. 56-58.

(152) *Heaney and McGuinness v. Ireland*, 21.12.2000, (21.03.2001 Final), para. 55-58; *Quinn v. Ireland*, 21.12.2000, (21.03.2001 Final), para. 54-59.

b) *AİHS'deki susma ve kendini suçlamama hakkı geniş bir içeriğe sahiptir, çünkü ticari kayıtları da korumaktadır; sadece ifade vermeyi reddetme hakkını (Saunders kararı)¹⁵³ değil, belge ve ticari kayıtları vermeyi reddetme hakkını da kapsar (Funke kararı)¹⁵⁴;*

c) *Susma ve kendini suçlamama hakkı, hem dava öncesi soruşturma safhasını (Funke kararı) hem de sonrasını kapsar (Saunders kararı).*

3.4.2. Sanığın Sessiz Kalmasından Sonuç Çıkartmama

Sessiz kalmanın mahkemede sanığın aleyhine kullanılıp kullanılmayacağı veya sanığın sessiz kalmasının bazı şartlarda kendi aleyhine olabileceği konusunda, Mahkeme ve Komisyon önüne gelen davalardan şu sonuçları çıkarmak mümkündür:

a) Sanığın susma hakkı mutlak değildir;

b) Bir ceza tehdidi ile konuşturulmaya zorlanmaması gerekir, fakat susmasının kendi aleyhine sonuç çıkarılmasına neden olabileceği konusunda uyarılabilir;

c) Savcılığın sunduğu güçlü ve izah edilmeye muhtaç deliller var ise, bu deliller karşısında sanık tarafından açıklama yapılmaması, deliller değerlendirilirken suçlu olduğu yönünde bir sonuç yaratabilir;

d) Sanığın susması, sorulara cevap vermemesi veya delil göstermemesi, mahkumiyetin tek ve esas dayanağı olamaz, başka delillerin de olması gerekir;

e) Mahkemenin böyle bir sonuç çıkarması durumunda gerekçenin detaylı olması, bu konuda sanığın yeterince açık bir biçimde aydınlatılmış olması, bir üst mahkeme tarafından tekrar incelenmesi gibi güvencelerin olması gerekir¹⁵⁵.

3.5. Delillere İlişkin Temel Kurallar

Hakkaniyete uygun yargılama, ulusal mahkemeler önündeki ceza davalarında veya diğer davalarda belirli delil kurallarının izlenmesini zorunlu kılmaz, her devlet kendi kurallarını kendi koyar¹⁵⁶.

(153) *Saunders v. U.K.*, 17.12.1996, Reports 1996-IV, para.67; aynı zamanda bkz., *Fayed v. U.K.*, 21.09.1994, Ser. A, No. 294-B, 18 EHRR 393, para.61

(154) *Funke v. France*, 25.02.1993, Ser. A, No. 256-A, 16 EHRR 297.

(155) *John Murray v. U.K.*, 08.02.1996, para. 41-42. Appl no. 21656/93, *Hamill v. U.K.*, 02.12.1997, (Kom. Rap.), para. 49. Ayrıca bkz. Appl. no. 22384/93, *Kevin Murray v. U.K.*, 02.12.1997, (Kom. Rap.), para. 58; Appl. no. 23496/94, *Quinn v. U.K.*, 11.12.1997, (Kom. Rap.), para 63; *Condron v. U.K.*, 02.05.2000, (02.08.2000 Final), para. 58,61-66.

(156) *Schenk v. Switzerland*, 12.07.1988, Ser. A, No.140, 13 EHRR 242, para. 45-46; Appl. no. 11941/86, *G v. France*, 05.10.1988, 57 DR 100.

Delillerin kabulü ve değerlendirilmesi de, ulusal mahkemenin konusudur¹⁵⁷. Bununla beraber, devletlerin, dışına çıkmaması gereken bazı zorunluluklar vardır, örneğin bazı temel delil kurallarına uyulmaması yargılamayı hakkaniyete aykırı hale getirebilir.

Bu durumlarda, başvuruçunun yargılamaya etkili olarak katılma imkanının elinden alınıp alınmadığı veya savunmanın konumunun önemli bir şekilde zarar görüp görmediği ya da ulusal mahkemenin değerlendirmesinin keyfi olup olmadığı önem kazanmaktadır¹⁵⁸.

3.5.1. Delillerin Duruşmada Sunuluşu ve Tartışılması

Ceza davalarında kural olarak, savunma aleyhindeki deliller çelişmeli bir usulle aleni olarak, sanığın huzurunda mahkemeye sunulmalıdır.

Son duruşmada savunma ve iddia makamı yazılı delillerin okunmasından ve sunulmasından feragat etme konusunda anlaşmalar dahi, bu anlaşmanın tartışmaya yer vermeyecek bir biçimde yapılmış olması gerekir. Ayrıca, bu feragatten, iddia makamının dosyanın içeriğine ve özellikle bazı tanıkların ifadelerine dayanması halinde dahi, daha sonra savunma tarafının dosyanın içindekilere itiraz etmeyeceği sonucu çıkartılamaz.

Tarafların uzlaşmasıyla deliller dosyaya girse de, mahkeme, delillerin adil bir yargılamayı güvence altına alabilecek şekilde elde edilmiş olup olmadıklarını belirlemek üzere, delile ilişkin unsurlara bakmak zorundadır¹⁵⁹.

Medeni hak yargılamaları ile ilişkili olarak ise, madde 6 devletlere daha geniş bir takdir alanı bırakmaktadır. Örneğin, sorumsuzluğunu kanıtlamaya ilişkin ispat yükünün başvuruçuya yüklenmesi, bir iç hukuk sorunu olarak görülmüş ve bu durumun ancak taraflar arasında bir dengesizlik yaratması durumunda, "adil yargılama ilkesini" ihlal edebileceği belirtilmiştir¹⁶⁰.

Bununla beraber, genel anlamda hakkaniyete uygunluğun sağlanması için, çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine uygun olarak, davanın taraflarına kendi iddialarını ortaya koymak için delilleri de dahil olmak üzere uygun imkanlar

(157) Örn. Appl no. 6172/73, X. v.U.K., 07.07.1975, 3 DR 77; *Schenk v. Switzerland*, a.g.k., para. 45-46.

(158) *Brennan v. U.K.*, 16.10.2001, para. 51.

(159) *Barbera, Messegue and Jabardo v. Spain*, a.g.k., para. 82-83.

(160) Appl. no. 11941/86, *G v. France*, 05.10.1988, 57 DR 100, s. 106-107.

verilmek zorundadır¹⁶¹. Bu imkanların içine tanıkların çapraz sorgulanması da girmektedir¹⁶².

3.5.2. Hukuka Aykırı Bir Biçimde Elde Edilen Deliller

3.5.2.1. Özel yaşamın gizliliği ihlal edilerek elde edilen deliller

Sözleşmenin 6. maddesinde hukuka aykırı bir biçimde toplanan delillerin davada kullanılmayacağına ilişkin özel bir kural yoktur. Hukuka aykırılığın 8. maddede yer alan meskene, haberleşmeye ve özel yaşama saygı hakkı gibi Sözleşmede yer alan bir hakkı ihlal etmesi de, bu durumu değiştirmemektedir. Bununla birlikte, **hukuka aykırı bir delilin bir davada kullanılması, yargılama bütün olarak değerlendirildiğinde o yargılamayı hakkaniyete aykırı hale getirebilmektedir**¹⁶³.

Eğer bir davada üçüncü kişiler tarafından gizlice elde edilmiş hukuka aykırı kayıt tek veya ana suçlayıcı delil ise veya inanırlığı konusunda başvuru tarafından ileri sürülmüş olan makul şüpheler var ve bu şüpheleri giderici güvenceler sağlanmamış ise hakkaniyete aykırılık doğabilecektir¹⁶⁴.

Fakat, bu sonuç, Sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenen özel yaşama saygı hakkına aykırı her delilin, tek delil olarak, ulusal mahkeme tarafından kullanılmasının 6. maddeye aykırı olacağı sonucunu da beraberinde getirmemektedir. Önemli olan iç hukuka aykırı bir biçimde toplanan bir delil olup olmadığı ve güvenilirliğine ilişkin kuşku olup olmadığıdır¹⁶⁵.

3.5.2.2. İşkence, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele ile elde edilen ifade

İşkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ile toplanan delillere dayanılması hakkaniyete uygun yargılamayı ihlal etmektedir¹⁶⁶, davada oynadığı rol önemli değildir, önemli olan delilin işkence veya kötü muamele ile elde edilip edilmediğini saptamak için, iç hukukta yeterli ve güvenceli bir soruşturmanın yapılmasıdır¹⁶⁷.

(161) *Dombo Bebeer B.V. v. Netherlands*, a.g.k., para. 33.

(162) *X v. Austria*, (1972) 42 CD 145 in K. Starmer, a.g.e., s. 375; *Mantovanelli v. France*, 18.03.1987, Reports 1997- II, para. 36.

(163) Appl. no. 12505/86, *Wischniewski v. Germany*, 11.10.1988, 58 DR 106.

(164) *Schenk v. Switzerland*, a.g.k., para. 47-48.

(165) Bkz. *Khan v. U.K.*, 23.05.2000, (04.10.2000 Final), para. 35-40.

(166) *Austria v. Italy*, 6 YB 740 at 782-784 (1963)

(167) *Brennan v. U.K.*, a.g.k., para. 51-52.

Hazırlık soruşturması sırasında, bir ikrar veya sanığın diğer ifadeleri müdafinin olduğu bir zamanda alınmalıdır, eğer müdafinin hazır bulunmuyorsa, son soruşturma aşamasında bu ifadelerin baskı altında alınmadığını kontrol edecek yeterli usuller mevcut olmalıdır.

Komisyon ve AİHM, ikrarın kişinin iradesine dayalı olduğunu ispatlama yükünün savcılıkta olmasını, ikrarın istemli olup olmadığının çelişmeli bir usulle mahkeme önünde incelenmesini yeterli bulmuştur¹⁶⁸. Ayrıca, iç hukukta bu tür kötü muamele iddialarına ilişkin yargıç güvencesinde ayrı bir soruşturma açılması, AİHM tarafından adil yargılanma için bir güvence olarak görülmektedir. Yapılan bu tür bir soruşturma sonucuna göre ikrarın delil olarak kullanılması mümkündür¹⁶⁹.

Bununla beraber, sanığın yargıç önüne çıkarılmadan uzun süre incommunicado (tecrit halinde) gözaltında tutulması nedeniyle şüpheler ortaya çıktığında, ikrara yönelik kuşklar, hakkaniyetsizlik yaratabilmektedir¹⁷⁰.

Bunun dışında, **sanığın müdafii ile görüşmesinin engellenmesi için bazı haklı nedenler olması (terörist faaliyetler gibi), 48 saatten fazla müdafii ile görüşmesinin engellenmesini haklı kılmamaktadır**. Kötü muameleyle ilişkin iddialar mahkemede incelenmesine, sanık hekimle görüşme imkanına sahip olmasına ve kötü muamele gördüğüne dair bedeninde izlere rastlanmamasına rağmen, 48 saatten fazla incommunicado tutulan sanığın, avukatla görüşme imkanı olmadığı süre içinde yaptığı ikrarın mahkumiyetinin temelini oluşturması, madde 6/3-c ile bağlantılı olarak madde 6/1'i ihlal etmektedir¹⁷¹.

3.5.2.3. Gizli ajan, ajan provokatör

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre, gizli ajan ya da provokatör ajan kullanmak suretiyle elde edilen delillerin yargılamada temel alınması, adil yargılanma ilkesine aykırılık oluşturmaz. Örneğin bir hapisaneye konuşmalara kulak misafiri olması için sokulmuş gizli ajan tarafından elde edilmiş delillerin mahkumiyette temel alınması madde 6'nın ihlali olarak görülmemektedir¹⁷².

(168) Appl. no. 9370/81, *G v. UK*, 1983, 35 DR 75; *Brennan v. U.K.*, a.g.k., para. 51-55

(169) *Ferrantelli and Santangelo v. Italy*, 07.08.1996, Reports 1996-III para. 49.

(170) Örn. *Barbera, Messegue and Jabardo v. Spain*, a.g.k., para. 87; Appl. no. 16311-13/90, *Hazar and others v. Turkey*, 11.11.1991, 72 DR 200 (Kabuledilebilirlik kar.); 10.12.1992, 73 DR 111, (Kom. Rap.); Diğer benzer bir dava için bkz. *Erdemli v. Turkey*, 30.10.2001

(171) *Magee v. U.K.*, 06.06.2000, (06.09.2000 Final), para. 41-46. *John Murray – Birleşik Krallık* kararında, Terör suçuna iştirak ettiği şüphesi ile yakalanan Murray 48 saat süre ile müdafii ile görüştürülmemiştir. AİHM, Sözleşmenin ihlal edildiğine karar vermiştir; *Öcalan – Türkiye* kararında da, başvuru 7 güne yakın bir süre müdafii ile görüşmemiştir, md 6'nın ihlal edildiği sonucuna varılmıştır, para. 141-143.

(172) Appl. no. 12127/86, *v. Germany*, October 1987 Session, 11 EHRR 46, s. 84-85.

Fakat, suç faaliyetini **pasif bir biçimde davranarak soruşturan gizli ajan ile bir suçun işlenmesini teşvik etmek gibi bir etki yaratan** provokatör ajan arasında ayırım yapmak gerekir. Suçlanan kişilerin eylemlerini pasif bir biçimde soruşturmayıp, suçun işlenmesini teşvik edici bir biçimde bir etki yaratan polis memurunun topladığı deliller, yargılamayı hakkaniyetsiz hale getirir¹⁷³.

3.5.3. Duruşmada Dinlenmeyen Tanık Delili

Aleyhte olan tanık duruşmada dinlenmeden, sadece yazılı ifadesi delil olarak kabul edilmemelidir¹⁷⁴. Fakat, iddia makamının tanığının duruşmada sanıkla yüzleşmesi veya kimliğinin bilinmesi mutlak bir hak değildir.

Bu konudaki davalar göz önüne alındığında,

a) Tanığın dinlenmesi için çaba harcandığı halde, tanığın dinlenmesinin hukuken¹⁷⁵ veya fiilen imkan dahilinde olmaması (tanığın ölmesi, akli melekelerinin zayıflaması, psikiyatrik tedavi altında olması gibi)¹⁷⁶ durumunda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin esnek bir denetim öngördüğünü, Sözleşmenin ihlal edilmiş sayılabilmesi için "**dayanılan tek delil**" olmasının arandığını¹⁷⁷,

b) Tanığın zarar görme ihtimali nedeniyle, tanık gizli tutulduğunda, Mahkemenin nispeten sıkı bir denetim öngördüğünü, dengeleyici usullerin uygulanıp uygulanmadığını¹⁷⁸ dikkate aldığını ve ihlalin söz konusu olması için "**dayanılan esas veya belirleyici delil**" olmasını aradığını¹⁷⁹,

c) Gizli tutulan kişi bir polis olduğunda ise, istisnai olarak anonim tanık olarak dinlenmesinin mümkün olabileceğini, Mahkemenin bu durumda daha da sıkı bir denetim öngördüğünü ve bu polisin tanıklığının mahkumiyette dayanılan olayların tespitinde sadece "**rol oynamasını**" dahi ihlale neden gördüğünü, söylemek mümkündür¹⁸⁰.

(173) *Teixeira de Castro v. Portugal*, 09.06.1998, Reports-IV, para. 38-39.

(174) Bkz. *Kostovski v. Netherlands*, a.g.k..

(175) *Asch v. Austria*, a.g.k., para. 30. *Luca v. Italy*, 27.02.2001, (27.05.2001 Final), para. 41-45.

(176) *Ferrantelli and Santangelo v. Italy*, a.g.k., para. 52-53; *Baegen v. Netherlands*, 27.10.1995, Ser. A, No. 327-B; Appl. no. 31700/96, *Trivedi v. U.K.*, (1997) EHRLR 521; *MK v. Austria*, (1997) 24 EHRR CD 59

(177) *Artner v. Austria*, 28.08.1992, Ser. A. No. 242-A, para 24

(178) *Doorson v. Netherlands*, 26.03.1996, 22 EHRR 330, para. 70, 75-76

(179) *Kostovski v. Netherlands*, a.g.k., para. 41-42, 44-45; *Windisch v. Austria*, 27.09.1990, Ser. A, No. 186, 13 EHRR 281, para. 30-31; Ayrıca bkz. *Saidi v. France*, 20.09.1993, Ser. A, No. 261-C, 17 EHRR 251

(180) *Van Mechelen v. Netherlands*, 23.04.1997, Reports 1997-III, para. 59-60, 64-65; *Lüdi v. Switzerland*, a.g.k., para 47, 49-50.

3.5.4. Delile Ulaşma, Yorum Yapma Hakkı

3.5.4.1. Ceza davalarında

Savcılığın topladığı, sanığın lehine ve aleyhine olan maddi delilleri son soruşturma aşamasında savunmaya açıklama yükümlülüğü vardır, bunun yapılmaması son soruşturmada bir kusur olduğunu gösterir. **Delilleri açıklama yükümlülüğü, yetkili makamlar tarafından toplanmış veya toplanabilecek bütün belgeler ve olayları kapsamaktadır.**

Savcılık makamının bilgi kaynağını ve zarar görebilecek tanıkları korumak veya milli güvenlik nedenleriyle delilin savunmaya açıklanmaması için mahkemeye başvurması ve bunun ulusal mahkeme tarafından kabul edilmesi mümkündür. Fakat, bu tür savunma haklarını sınırlayan önlemlere ancak kesin olarak gerekli ise izin verilebilir¹⁸¹. Ayrıca, sanığın adil yargılanmasını güvence altına almak için, savunmanın hakları üzerindeki sınırlama ile yaratılan zorluklar, yargısal makamların yürüteceği usuller ile yeterince dengelenmelidir¹⁸².

AİHM önüne gelen davalar göz önüne alındığında şu sonuçlara varılabilir:

a) Savcılık makamı, **son soruşturma aşamasında sanığın lehine ve aleyhine bütün delilleri savunmaya vermek zorundadır**, bunun tersi söz konusu ise, ancak, savunma saklanan delillerin içeriğini tam olarak öğrenerek üst mahkeme önünde kararın bozulmasına yönelik her türlü imkana sahip olmuşsa ihlal oluşmaktadır¹⁸³;

b) Savcılık makamı başkalarının temel haklarını veya önemli bir kamu menfaatinin korunması gibi nedenlerle de olsa, bazı bilgi ve belgeleri savunmaya göstermemek konusunda karar vermeye yetkili değildir. Böyle bir yetki kullanılarak karar alınmış ise, daha sonra sanığın veya sanık avukatının yeterli bilgisi ve katılımı olmaksızın kanun yolu aşamasında bu kararın gözden geçirilmesi, mevcut kusuru gidermemektedir, gizlilik konusunda davayı gören ilk derece mahkemesi yargıcının kararı gereklidir¹⁸⁴;

c) Savunmadan bazı delillerin gizlenmesi kararı ilk derece mahkemesi yargıcı tarafından alınsa da hakkaniyetsizlik doğabilir. Gizlilik kararı alınırken mümkün ol-

(181) *Van Mechelen v. Netherlands*, a.g.k., para. 58.

(182) *Rowe and Davis v. U.K.*, 16.02.2000, para. 60-61.

(183) *Edwards v. U.K.*, 25.11.1992, Ser. A, No.247-B, 15 EHRR 417, para. 33-39.

(184) *Rowe and Davis v. U.K.*, 16.02.2000, para. 60-61

duğu ölçüde, silahların eşitliği, çelişmeli yargılama ve savunma menfaatlerinin asgari düzeyde korunması gerekmektedir. Savunmanın konudan haberdar edilmesi, savunmaya hangi olaylar hakkındaki delillere ilişkin gizlilik kararı alınması gerektiğinin bildirilmesi ve savunmasının çerçevesi konusunda yargıca mütalaa verme olanağının sağlanması, kanun yolu aşamasında bu kararın yeniden kontrolünün mümkün kılınması, önemli güvenceler olacaktır¹⁸⁵.

Uyuşmazlık konusu olaylara ilişkin deliller hakkında savunmaya yorum yapma imkanı verilmelidir¹⁸⁶. Bu deliller tarafsız bir adli görevli tarafından verilmiş olsa da hi, sanığa yorum yapma imkanının verilmesi, hakkaniyete uygun yargılanma hakkının bir gereğidir¹⁸⁷.

3.5.4.2. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davalarda

Delillere ulaşma hakkı medeni hak ve yükümlülükler açısından da önemlidir. AİHM'ne göre, "**davanın tarafı olan devlet, geçerli bir neden olmaksızın, sahip olduğu ve başvuruçuların mahkeme önünde iddialarını ortaya koymalarına yardımcı olacak belgelerin var olduğunu reddeder veya başvuruçuların bunlara ulaşmalarını engeller ise, bu, onlardan hakkaniyete uygun yargılamanın esirgenmesi olur ve madde 6/1'i ihlal eder**"¹⁸⁸.

Hakkaniyete uygun yargılanma ilkesi, AİHM'ne göre, belgelerin ifşa edilmesini gerektirir, böylece başvuruçuların belgelerin davayla ilgisini ve ağırlığını değerlendirerek, kendisine uygun olan yorumu formüle edecektir.¹⁸⁹

Fakat, kanun yolları aşamasında, ilk derece yargılaması sırasında elde edilemeyen delillere ulaşılmışsa, ihlal oluşmayabilmektedir.¹⁹⁰

3.5.5. Tanık veya Bilirkişi Dinlenmesi Yönündeki Talebin Reddi

Davada gösterilmek istenen delilin ilgili olup olmadığına karar vermek konusunda, ulusal mahkemelerin takdir yetkisi vardır¹⁹¹. Fakat, başvuruçunun diğer savunma hakları, adil yargılamadan yararlanmış sayılamayacak ölçüde sınırlandırıldı-

(185) *Jasper v. UK*, 16.02.2000, para. 54-58; *Fitt v. UK*, 16.02.2000, para. 47-50; *P.G. and J.H. v. U.K.*, a.g.k., para. 71-73.

(186) Bkz. *Kuopila v. Finland*, 27.04.2000, para. 38

(187) *Kamasinski – Avusturya*, 19.12.1989, Ser. A, No. 168, 13 EHRR 36, para. 102

(188) *McGinley and Egan v. U.K.*, 09.06.1998, Reports 1998-III, para. 86.

(189) *Kerojarvi v. Finland*, para 39; *Feldbrugge v. Netherlands*, para 44.

(190) *Schuler- Zraggen v. Switzerland*, para 52.

(191) *Barbera Messegue and Jabardo v. Spain*, a.g.k., para. 68; *Bricmont v. Belgium*, 07.07.1989, Ser. A, No.158, 12 EHRR 217, para. 89

ğında, ayrıca savunma tanığı dinletilme isteminin reddi de, adil yargılamaya aykırı olabilir.

Ayrıca, başvuru bazı deliller gösterdiğinde, ulusal mahkeme bu delilleri gerekçesiz reddetmemeli, ret kararına ilişkin olarak yeterli gerekçe göstermelidir¹⁹².

3.5.6. Delile Verilen Ağırlık ve Delilin Değerlendirilmesi

Ulusal mahkemeler delillerin değerlendirilmesi konusunda daha elverişli bir konumdadır, bu nedenle, delillerin değerlendirilmesi ulusal mahkemelerin yetkisindedir.

Bununla birlikte, davanın bütününe bakarak, örneğin delilin çelişmeli olarak veya sanığın hazır bulunduğu duruşmada ele alınıp alınmadığı değerlendirilerek¹⁹³ ya da hakkaniyete uygun yargılamanın diğer özellikleri değerlendirilerek, bir hakkaniyetsizlik oluştuğu sonucuna varılabilir.

Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, ulusal mahkemelere davanın taraflarınca sunulan delil ve iddiaları, davayla ilgili olup olmadığına ilişkin bir önyargı taşımaksızın, iyice inceleme yükümlülüğü de vermektedir¹⁹⁴.

Delillerin takdir ediliş biçimi ya da delillere ispat açısından verilen ağırlık ulusal mahkemenin takdirinde olmakla birlikte, kararın hakkaniyetsiz, keyfi veya mantık kurallarına aykırı bir şekilde verilmemesi gerekir¹⁹⁵. Hakkaniyetsizlik ve keyfilikten neyin anlaşılması gerektiğini saptamak güçtür, bu nedenle yargıcın iddia ve delilleri değerlendirirken sunduğu gerekçe önemli bir gerçek dışılık içermediği müddetçe bir hakkaniyetsizlik veya keyfilikten söz edilemez¹⁹⁶.

3.6. Gerekçeli Karar Hakkı

Kararın gerekçeli olması, gerek daha sonra kanun yoluna başvurmak, gerekse hakkaniyete uygun bir görüntü sunmak açısından, davanın taraflarının menfaatini ilgilendirdiği kadar, demokratik bir toplumda kamunun menfaatini de ilgilendirmekte, mahkemelere güveni sağlamaktadır.

(192) *Vidal v. Belgium*, a.g.k., para. 34; Komisyon da aynı yönde karar vermiştir.

(193) Örn. *Barbera, Messegue and Jabardo v. Spain*, a.g.k., para. 68 ve 81-89.

(194) *Kras ka v. Switzerland*, 19.04.1993, Ser. A, No.254-B, 18 EHRR 188, para. 30.

(195) Appl. no. 7987/77, X v. Austria, 13.12.1979, 18 DR 31, s. 45-46. Appl no. 22909/93, *Waldberg v. Turkey*, 06.09.1995, 82-B DR 25, s. 28.

(196) Bkz. *Schuler-Zraggen v. Switzerland*, a.g.k., para. 66-67.

Gerekçeli karar ilkesi öncelikle (a fortiori) ceza hukukunda uygulanmaktadır¹⁹⁷. Bununla beraber, gerekçeli karar sadece sanıklar için bir güvence değil, aynı zamanda medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davalarda da geçerli olan bir ilkedir¹⁹⁸.

3.6.1. Gerekçenin Öğrenilememesi

Gerekçeli karar ilkesi, özellikle kanun yollarının mevcut bulunduğu durumlarda, hakkaniyete uygun yargılanma kavramının önemli bir unsurunu oluşturur. Eğer kararın gerekçesi yoksa, kanun yolu hayali bir imkan haline gelir. Ulusal mahkemeler kararlarının dayanaklarını yeteri kadar açık bir biçimde göstermek zorundadırlar, ilk derece mahkemesinin gerekçesi öğrenilemeden temyiz için başvuru yapmak zorunda kalınmamalıdır¹⁹⁹.

3.6.2. Gerekçede Tarafların Savlarına Cevap Verilmemesi

Kararın gerekçeli olması ilkesi, davanın taraflarının belirttiği her konuyu özel olarak tartışma, bunların her birine ayrıntılı olarak cevap verme zorunluluğu getirmez²⁰⁰.

Fakat, eğer iç hukuktaki dava sırasında açık ve somut bir biçimde ileri sürülen temel bir savunma davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikte bir içeriğe sahipse, kişiyi tamamen veya kısmen sorumluluktan kurtarabilecek ise, davayla doğrudan ilgilidir ve mahkeme tarafından değerlendirilmelidir. Söz konusu savunmaya ilişkin "açık bir değerlendirmenin", kararın gerekçesinde yer almaması, hakkaniyete aykırı bir yargılama yaratacaktır²⁰¹.

3.6.3. Yetersiz Gerekçe

Dava, ayrıntılı gerekçe verilmeden, sadece ilgili iç hukuk maddesine gönderme yapılarak karara bağlanıyorsa, hakkaniyete uygun yargılanma açısından ihlal oluşacaktır. Özellikle ulusal mahkemenin ilgili iç hukuk hükmünde yer alan ve içeriği belirsiz olan bir kavrama sadece atıf yapmakla yetinerek, yeterince açıklamadan ka-

(197) Appl. 1035/61, *X v. Federal Republic of Germany*, 17 June 1963, (1963)

(198) Örn. *H v. Belgium*, 30.11.1987, Ser. A, No. 127, 10 EHRR 339, para. 53.

(199) *Hadjianastassiou v. Greece*, 16.12.1992, Ser. A, No. 252-A, 16 EHRR 219, para. 33.

(200) *Van De Hurk v. Netherlands*, 19.04.1994, Ser. A, No.288, 18 EHRR 481.

(201) *Ruiz Torija v. Spain*, 09.12.1994, Ser. A, No. 303-A, 19 EHRR 553, para. 29-30; *Hiro Balani v. Spain*, 09.12.1994, Ser. A, No. 303-B, 19 EHRR 566, para. 28.

rar vermesi, hakkaniyete aykırı bir yargılamaya neden olur²⁰². Üst yargılama aşamalarında verilen gerekçenin ise ayrıntılı olması ise gerekmemektedir²⁰³.

3.6.4. Yasaya Dayanmayan Gerekçe

Mahkeme tarafından verilen kararın, yasal olarak geçerli bir gerekçeye dayanması gerekir, yasaya dayanmayan bir gerekçe hakkaniyetsizlik yaratabilir²⁰⁴.

3.7. İç Hukukumuzda Yönelik Yorum ve Öneriler

3.7.1. Anayasa Hukuku

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde yer alan ve "adil yargılanma hakkına" ilişkin olan güvencelerin, sadece olağan yargılama yolları ve usulleri ile sınırlı kalmaması zorunludur.

Bu nedenle, özellikle Anayasa Mahkemesinin, olağan "norm denetimi" (yani belirli kuralların anayasaya uygunluğu denetimi) dışında yaptığı ceza yargılamasında, 6. maddenin koşullarına uygun bir yargılama yapması gerekir. Diğer bir söyleyişle, Anayasa Mahkemesinin, "Yüce Divan sıfatı ile baktığı işlerde" veya "siyasi partilerin kapatılması davalarında", 6. maddenin güvence altına aldığı tüm "savunma haklarına" ve "güvencelere" yer vermesi gereklidir.

Bu çerçevede, Anayasa'nın 149. maddesinin son fıkrası aşağıdaki biçimde değiştirilmelidir;

"Anayasa Mahkemesi önüne gelen işleri dosya üzerinde inceler. Ancak, gerekli gördüğü hallerde sözlü açıklamalarını dinlemek üzere ilgilileri ve konu üzerinde bilgisi olanları çağırabilir.

Yüce Divan sıfatı ile yargılama yaptığı durumlarda ve siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davalarda ise, savunma ve adil yargılama hakları ile Ceza Usul Kanunundaki usul hükümlerine uygun yargılama yapmakla yükümlüdür".

3.7.2. İdare Hukuku

İdari Yargılama Hukuku enstrümanlarının ve yargılama usulünün "silahların eşitliği" prensibine göre yeniden düzenlenmesi meselesi idari yargılama hukukun-

(202) *Georgiadis v. Greece*, 29.05.1997, Reports 1997-III, para. 40-43; *H v. Belgium*, a.g.k., 53.

(203) Appl no. 8769/79, *X v. Germany*, 16.07.1981, 25 DR 241; Appl no. 12275/86, *Les Travaux Du Midi v. France*, 02.07.1991, 70 DR 47, s. 57-58.

(204) *De Moor v. Belgium*, 23.06.1994, Ser. A, No. 292-A, 18 EHRR 372.

da doğrudan doğruya birey haklarının etkin korunması ve özellikle de savunma hakları ile ilgilidir. Bu haklar son derece geniş bir bakış açısıyla değerlendirilmelidir. Buna göre:

a) Bireylerin haklarının teminatı olan geçici yargısal koruma mekanizması yeniden yapılandırılmalıdır.

Bu konuda öncelikle birey haklarının korunması bakımından en önemli ve en hayati müessese olan "**yürütmenin durdurulması**" müessesesinin Anayasa'da düzenlenmiş olduğu 125.maddenin ilgili hükmünde: "İdarî işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir." ifadesi yer almaktadır. Bu hükmün bu şekilde düzenlenmiş olması yargıcın iradesini son derece sınırlandırmaktadır. Çünkü, zaten "idari işlemin hukuka uygun olduğu" karinesi ile yargılamaya başlayan idare yargıcının, bir idari işlemdeki açık hukuka aykırılığı saptaması ve giderek aynı zamanda da bu işlemin telafisi güç zararlara sebebiyet vereceğini tespit etmesi, yargılamanın henüz başında pek mümkün değildir.

Bu nedenle de bu hükmün yeniden düzenlenmesinin sağlanması ve idare yargıcına dava dosyasındaki veriler ile birlikte uyumsuzluğun niteliğini değerlendirerek bir hüküm tesis edebilme inisiyatifi tanınmalıdır. Bu amacın gerçekleşmesinin sağlanabilmesi kapsamında **Anayasa'nın 125. maddesinin beşinci fıkrası** aşağıdaki biçimde düzenlenebilecektir:

"İdari işlemin hukuka aykırı olduğuna ve uygulanması halinde telafisi güç durumların ortaya çıkabileceğine mahkemece kanaat getirilmesi halinde ya da yargılamanın seyrinin gerekli kıldığı durumlarda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir."

Hiç şüphesiz bu düzenleme neticesinde 2577 sayılı yasanın 27.maddesinde de paralel değişikliğe gidilmelidir.

Bugün gerek Anayasa'da ve gerekse 2577 sayılı yasanın 27. maddesinde "**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 formüle edilmiş bulunan hüküm nedeniyle idari yargılama hukukunda yürütmenin durdurulması müessesesinden beklenen faydanın asgari dü-

zeyde olduğu gözlenmektedir. Her ne kadar, son beş yıldır mahkemelerce "idarenin savunması alınincaya kadar yürütmenin durdurulması" ya da "davanın durumuna göre bu aşamada yürütmenin durdurulması" gibi formüllerle anayasal ve yasal kısıtlamalar aşılmaya çalışılmakta ise de, bir yandan uygulamada mahkemeler arasındaki yaklaşım ve değerlendirme farklılıkları ve diğer yandan da bu nitelikteki kararların idare tarafından yerine getirilmesindeki belirsizlik ve keyfilik mevcut kısıtlamaların aşılmasına çözüm getirmemektedir.

Bilindiği gibi, yürütmenin durdurulması müessesesi idari yargının kendine özgü yapısından kaynaklanan ve İdarenin hukuka aykırı işlemleri karşısında açılan iptal davalarında, bireylerin dava sonuçlanana kadar geçici bir yargısal korumadan yararlanmasını sağlayan en önemli yargısal enstrüman olup; ayrıca bugün Avrupa Birliği üyesi ülkelerin iç hukuklarında bu tür yargısal koruma mekanizmalarının düzenleniş biçimi, o ülkenin "hukuk devleti" anlayışının değerlendirilmesinde önemli bir gösterge oluşturmaktadır.

Ülkemizin yürürlükteki düzenlemesinin katı ve yargıca fazla bir inisiyatif tanımayan niteliği tartışmasız olup; özellikle yargıcın yürütmenin durdurulması kararına hükmedebilmesi için açık hukuka aykırılık halinin varlığının şart koşulduğu bir düzenlemede yargıcın yürütmenin durdurulması kararına hükmetmesi neredeyse hem imkansızdır hem de zaten gereksizdir.²⁰⁵ Çünkü yargıcın bir idari işlemin açık-

(205) Nitekim, TESEV adına yürütülen araştırmada da bu hususlarda şu sonuçlara ulaşılmıştır:

* Yürütmenin durdurulması talebi reddedilen 387 dosyadan 320'sinde davanın esas bakımından da red ile sonuçlandığı (%82,7); buna mukabil sadece 62 dosyada (%16) iptal kararı verildiği ve bunun yanı sıra, Yürütmenin durdurulması talebinin kabul edildiği 150 dosyadan 123'ünde(%82) nihai kararın da iptalle sonuçlandığı ve sadece 27 dosyada davanın reddedildiği (%18) görülmüştür. Bu da esas itibarıyla yargıcın yürütmenin durdurulması konusundaki talepleri, ancak "hukuka uygunluk ya da aykırılık" saptamasında bulunduktan sonra değerlendirdiğini somut olarak ortaya koymaktadır.

** Yürütmenin durdurulmasının talep edildiği 576 dosyada yapılan incelemede, talep hakkında ortalama 132 gün sonra karar verildiği görülmüştür. Ayrıca, 570 dosyada yapılan incelemede de yürütmenin durdurulması hakkında karar verildikten sonra, davanın esastan karara bağlanması ortalama 256 gün sürmektedir. Son olarak, 576 dosya üzerinde yapılan incelemede, Yürütmenin Durdurulması taleplerinin davanın açıldığı tarihten itibaren:

- ilk 30 gün içinde karara bağlandığı dosyaların genele oranı sadece %6,8,
- ilk 60 gün içindeki karar oranı %14,4,
- ilk 90 gün içindeki karar oranı %30,4,
- ilk 120 gün içindeki karar oranı %45,
- ilk 150 gün içindeki karar oranı %57,5,

olarak saptanmış; ayrıca, %27,3 oranındaki toplam 150 dosyada bu sürenin 200 günün üstüne çıktığı görülmüştür. Ayrıca yürütmenin durdurulmasının talep edildiği 572 dosyadan sadece 23 dosyada(%4) yargıcın cevap sürelerini kısalttığı ve yine sadece 2 dosyada (%03) tebligatın memur eliyle yapılmasına karar verildiği saptanmıştır ki, tüm bu saptamalardan da anlaşıldığı gibi, bugün yürütmenin durdurulması müessesesinin varlık sebebi bu veriler çerçevesinde tartışılır bir konuma gelmiştir.

ça hukuka aykırılığını tespit edebilmesi ancak dilekçe teatileri neticesinde ortaya çıkabilmekte ve artık bu aşamada ise yargıcın zaten uyuşmazlığı esastan karara bağlama imkanı doğmaktadır.

Bu bakımdan, mevcut sisteme fazla müdahale etmeksizin en azından yargıca daha fazla inisiyatifin tanınacağı yukarıdaki önerinin kabulü ile bu konudaki sistem zaafiyetinin giderilebilmesi mümkün olabilecektir.

Ancak, böyle bir düzenlemenin dahi bazı idari uyuşmazlıklar bakımından birey haklarının güvence altına alınmasında tam anlamıyla bir koruma sağlayamayacağı söylenebilir. Özellikle, idarenin almış olduğu kararları derhal icra edebilme gücüne sahip olması ve bu kararlara karşı açılacak davalarda yürütmenin durdurulması talebi hakkında bir karar verilmesini bekleme zorunluluğu bulunmaması karşısında, bu yeni düzenlemenin de tam bir koruma sağlayacağı söylenemez. Bu nedenle, konuyla ilgili ayrıca bir işlemin uygulanmasının telafisi güç zararlara yol açacağı yolunda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına yönelik idari işlemlere karşı hak ihlali iddiasıyla açılan davalarda, davanın açılmış olmasının işlemin icrasını durdurucu etkiye sahip kılınmasını öngören ve işlemin icrasına ancak mahkemenin hükmedebileceği bir yeni düzenlemenin sorunu kökten çözeceği düşünülmektedir.

Bununla birlikte şayet Alman hukukunda geçerli olan böyle bir sistemin düzenlenmesi kabul görmediği takdirde, kanımızca Fransız hukuk sisteminde 2000 yılında yapılan değişiklik ışığında bu konu hakkında getirilen "refere" yargıç sistemi aynen ya da benzer biçimde düzenlenerek birey haklarının korunmasında önemli bir iyileştirme sağlanabileceği değerlendirilmektedir. Bu sistemde, davanın açılması ile birlikte Mahkemece yetkilendirilmiş olan (genellikle mahkeme başkanı) yargıç dava konusu işlemin uygulanması ile belirli hakların telafi edilemez biçimde ihlal edilebileceği yönünde bir kanaate ulaşırsa kendisine yapılan başvurudan itibaren 48 saat içinde işlemin uygulamaya konulmasını durdurma ve İdare'ye işlemini uygulamaması için talimat verme yetkisine sahip kılınmaktadır. Ancak söz konusu sistemin benimsenmesi halinde anayasanın 125. maddesi ve 2577 sayılı yasanın 27. maddesinin yanı sıra birçok yasadaki değişikliğe gidilmesi gerekecektir.

b) Yargıcın "re'sen yargılama" yetkisine müdahale niteliğindeki "usuli" kısıtlamalar kaldırılmalıdır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20. maddesinde yer alan "Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit ince-

lemeleri kendiliklerinden yaparlar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler" hükmü çerçevesinde benimsenmiş bulunan **"yargıcın re'sen yargılama yetkisi" prensibi uyarınca, yargıcın yargılamanın her aşamasında yargılamanın seyrinin gerektirdiği her türlü kararı alabilme ve her türlü yargılama enstrümanını serbestçe kullanabilme gücü yine aynı yasanın çeşitli hükümleri uyarınca kısıtlanmış ve idare yargıcının bu konuda hareket yeteneği daraltılmaya çalışılmıştır.** Anılan yasa hükmü ile esas itibarıyla idari yargılama hukukunun kendine özgü fonksiyonu göz önüne alınarak; idare yargıcının "uyuşmazlığın hukuki esasının çözümünde, her olayın kendine özgü niteliklerini değerlendirerek konuların en az masrafla, süratli bir biçimde ve tam olarak aydınlanabilmesini teminen yargılama hukukunun her türlü enstrümanını kullanabilme gücü ve yetkisi" ifade edilmekle birlikte yargıcın bu konudaki geniş hareket alanı bu yasadaki diğer hükümlerin ve özellikle de 31. madde hükmünün müdahalesi ile birlikte çeşitli kısıtlamalara maruz kalmıştır.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesi düzenlemesi sonucunda esas itibarıyla idari yargıya özgü yargılama hukuku bakımından uygulanması güç ve hatta imkansız bir takım usuli müesseseler idari yargıya ithal edilmiştir. Söz konusu yasa hükmüne göre: "Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hakimin davaya bak-maktan 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 karşı yapılacak işlemlerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır. Ancak, davanın ihbarı ve bilirkişi seçimi Danıştay, mahkeme veya hâkim tarafından re'sen yapılır".

Anılan yasa hükmü uyarınca, idari yargılama usulünün genel ve müstakil niteliği zedelenerek, yargılama sürecinde tarafların iradelerinin mutlak egemen olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarına özgü çeşitli usuli müesseselerin idari yargılama usulüne de aktarılması sonucunda re'sen yargılama rejimine kısıtlama getirilmiştir.

Özel hukukta, kural olarak, yargılama usulü tarafların subjektif nitelikteki haklarının korunmasının sağlanması amacıyla düzenlenmiş ve esas olarak yargılamaya -en az yargıç kadar- tarafların da egemen olduğu bir yargılama hukuku modeli benimsenmiştir. Oysa idari yargıda, sadece idare yargıcının egemen

olduğu ve bu bağlamda da "re'sen yargılama" usulünün kabul edildiği bir yargılama rejimi söz konusu olup; bu yargılama rejimi altında idare yargıcının "hukukun ne olduğunu belirleme yetkisi"ni kısıtlayacak hiçbir usuli müessesenin uygulanabilme yeteneği olmadığı ifade edilmelidir.

Bu nedenle de, 2577 sayılı yasanın 31. maddesinin "idare yargıcı, idari yargılama hukukuyla bağdaştığı ölçüde ve bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerini uygulayabilir" şeklinde yeniden düzenlenmesi gerektiği düşünülmektedir.

c) İdari yargıda davaya asli müdahale imkanı sağlanmalıdır.

Yine idari yargılama hukukunun özelliği gereği, yargılama faaliyeti idari işlemin hukuka uygunluğu yönünden gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla, bir idari işlem hakkında o işlemin muhatabı dışında ayrıca o işlemde menfaati etkilenen üçüncü kişiler de davacı olabilmektedirler. Genellikle "ruhsat", "izin", "atama" gibi işlemler neticesinde hak sahibi durumuna gelmiş olan işlemin muhatapları, çoğu zaman kendi lehlerine sonuçlar doğurmuş olan idari işlemlerin iptali için dava açılmış olduğundan haberdar dahi olmazlar ve böylelikle de yargılamanın sonucundan en çok etkilenecek olan kendileri olmasına rağmen yargılamaya ya iştirak edemezler ya da ancak çok sonra ve İdare yanında müdahil sıfatıyla davaya katılabilirler Ancak hiçbir zaman taraf sıfatını haiz olamadıklarından ancak yanında davaya katıldığı taraf ile birlikte hareket edebilme ile sınırlı bir savunma hakkına sahiptirler.

Bu durum ise, idari işlemler sonucunda hak elde etmiş kimselerin haklarını idari yargı önünde tam ve gerçek anlamda savunamama etkisi yaratmaktadır. Bu bakımdan, idari yargının özelliğinin de dikkate alınarak, idari işlemlerin muhataplarının o işleme karşı açılmış bir davaya diledikleri takdirde asli müdahil olarak katılabilmelerine imkan sağlayacak bir düzenlemeye gidilmesi gerektiği kanısındayız.

d) İdari işlem dosyası hakkında davacının tam ve zamanında bilgi sahibi olması hakkı sağlanarak bu aşamada davacıya ayrıca yeni bir savunma hakkı tanınmalıdır.

Bilindiği üzere, idari işlemler, muhataplarının iradesine bakılmaksızın ve hatta çoğu kez karşıt iradelerine rağmen, İdarenin tek yanlı iradesi neticesinde hukuk düzeninde etkilerini yaratan hukuki tasarruflardır. Bu tasarruflar İdare'nin kendi iç düzeninde oluşturulurken bir işlem dosyası tanzim edilir. İşlemlerin muhatapları söz

konusu bu işlem dosyasının içeriği hakkında bilgi sahibi değillerdir. Ancak, Mahkemece bu işlem dosyası getirildiğinde işlemin gerekçesi ve içeriğindeki diğer belgeler hakkında bilgi sahibi olabilirler. Ancak, mahkemelerce İdareden getirilen işlem dosyaları çoğu kez davacılar ya da vekillerine incelettirilmemektedir. Bunun en önemli nedeni, İdarece gönderilen işlem dosyasının mahkemelere "gizlilik" kaydıyla iletilmiş olması ve mahkemelerce de bu kayda itibar edilmesinden kaynaklanmaktadır.

Bu bağlamda, işlem dosyası hakkındaki bilgi ve belgelere ulaşamayan davacının bu bilgi ve belgelere karşı savunma hakları da kısıtlanmış olmaktadır.

Bu nedenle, doğrudan doğruya milli güvenlik ile ilgili uyuşmazlıklara ilişkin işlem dosyalarındaki bilgi ve belgeler hariç diğer tüm bilgi ve belgelerin aleni olması gerektiğini kabul eden AİHM içtihatları uyarınca 2577 sayılı yasanın 20.maddesi hükmünün, idari işlem dosyası hakkında davacının tam ve zamanında bilgi sahibi olması hakkının sağlanacağı ve bu aşamada davacıya ayrıca yeni bir savunma hakkının tanınmasının zorunluluğuna işaret edecek tarzda yeni bir düzenlemeye gidilmesi gereği değerlendirilmektedir.

Buna göre, anılan 20. maddenin 3. fıkrasına aşağıdaki son cümle eklenmelidir: **"Danıştay ve mahkemeler, davanın taraflarının, ara kararınca getirilen belgeler ile işlem dosyasındaki bilgi ve belgelere ulaşma haklarını gözetici her türlü tedbiri alır ve bu bilgi ve belgeleri yeni öğrendiğini ileri süren tarafa ayrıca bir savunma hakkı tanır."**

İdari Yargılama Hukukunda duruşmalarda zabıt tutulmaması, şahitlerin, konunun uzmanının ya da bilirkişinin dinletilememesi gibi hususlar da duruşmaya tarafların etkili katılımının sağlanamaması bakımından AİHM tarafından bir ihlal nedeni sayılabilecek niteliktedir.

Bu bakımdan da 2577 sayılı yasanın "Duruşma" başlıklı 17. maddesine 5. fıkradan sonra gelmek üzere, **"6. Duruşma davetiyelerinde taraflara duruşmada dinletmek istedikleri uzman, bilirkişi ya da şahitleri de hazır bulundurmaları bildirilir."** hükmü eklenmeli ve yine "Duruşmalara ilişkin genel esaslar" başlıklı 18. maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmelidir: **"...Duruşmalarda zabıt tutulur ve duruşma sonunda taraflara ve varsa müdahil ya da müdahillere bir nüshası verilir."**

3.7.3. Ceza Hukuku

a) Silahların eşitliği ilkesi, aynı yetkilere sahip olmak anlamını taşımaz. Müdafanın ve mağdurun eşit ağırlıkta yetkilerle donatılması gerekir.

AB temel ilkeleri üç sütundan oluşur: 1) Siyasal haklar, 2) Yargının bağımsız ve teminatlı olması ve 3) İç ve dış güvenlik. Uyum Kanunları ile siyasal haklar ve sanık hakları genişletilerek birinci gerek yerine getirilmiştir. İkinci aşamada yargının bağımsızlığı için çaba sarf edilmelidir. Silahlarda eşitlik sağlanması için, toplumun suçlara karşı korunmasının da güçlendirilmesi gereklidir. Bunun için, terör ve yolsuzla mücadele, asayiş hizmetlerinin kuvvetlendirilmesi düşünülmelidir.

b) Delil ikamesi sebeplerinden biri olarak, CMUK 238. maddede yer alan "davyı uzatmak maksadı" sebebi kanundan çıkarılmalıdır.

c) Duruşmada söz alan kişi, davanın konusu ile bağılı olarak konuşabilir. Belli noktaların ifade edilmesi sırasında itirazlar ileriye sürülebilir. İtiraz karar bağlanarak görüşme devam ettirilmelidir.

d) Duruşma sırasında tarafların tanıklara "doğrudan soru" sormaları, karşı tarafın getirdiği tanığa ise "çapraz soru" sormaları usulü kabul edilmelidir.

Duruşmanın maddi gerçeği ortaya çıkarmaya hizmet etmesi için, bu usul iyi öğrenilmeli ve iyi tatbik edilmelidir. Meslek içi eğitim gereklidir.

e) Adli Tıp Kurumu gibi Adalet Bakanlığına bağılı bir resmi bilirkişilik kurumu, bilirkişi yönünden eşitlik ilkesine aykırıdır.

Savcıların Adalet Bakanlığına bağılı oldukları ve Adli Tıp Kurumunun da aynı Bakanlığa bağılı olduğu bir ortamda, hükümetin delilleri değerlendirme konusunda büyük erk sahibi olduğu izlenimi doğabilir. Bu izlenim adil yargılanma hissini zedeleyebilir. Aynı kuruma bağılı makamların delil değerlendirmeleri kuvvetler ayrılığı prensibine aykırıdır. Araştırma, itham, müdafaa ve yargılama makamlarının ayrı görevler olduğu dikkatlerden kaçmamalıdır.

f) Bilirkişi adaletinin önlenmesi gerekir.

Bilirkişiler konularında uzman olmalıdır. CMUKT 2003 önceden listeler hazırlanmasını ve uzmanlığı kanıtlanan kişilerin bu listelerden seçilmesini öngörmektedir. Tasarı kanunlaştırılmalıdır.

g) Delillerin müşterekliği prensibine mutlaka riayet edilmelidir.

Savcılık elindeki bütün delillerin duruşma öncesinde müdafaa tarafına verilmesi ve yeterli bir süre tanınarak, inceleme ve karşı gelme imkanı verilmesi gerekir. Ek savunma hakkı tanımada özen gösterilmelidir. Kanunda olmasına, Yargıtay'ın hassasiyetle uygulamasına rağmen, AİHM'de aleyhimize sonuçlanan bazı davalarda, ek savunma hakkı verilmemesi ihlal sebebi olmuştur. Uygulama değiştirilmelidir.

h) Memurların Yargılanması Hakkındaki Kanun yürürlükten kaldırılmıdır.

Memur suçlarında idare tarafından izin verme aşamasında yapılan işlemler dosyada kaldığı için, ileride davanın sonucunu etkilemektedir. İlk aşamada sanık durumunda olmayan memur hakkında, hakları kullandırılmadan yapılan işlemlerin ileride kullanılması, hukuka aykırıdır. İdare hem "suçlayan", hem de "delil araştıran" organ konumuna girmektedir.

ı) Görülmekte olan önemli davaların sonuçlarını etkileyecek yasal değişiklik yapmaktan kaçınılmalıdır.

Görülmekte olan davalarda, kanun değişikliği yapılarak mahkemelerin görev alanı, suçun tavsifi veya tedbir kararı ile ilgili hükümler değiştirilmek yolu ile, sonucunu etkileyen değişiklikler, yargıya müdahale niteliği alabilir ve adil yargılanma hakkının unsurlarından olan "silahlarda eşitlik" ilkesi ihlal edilebilir.

i) Yargıtay'daki murafaa genelleştirilmelidir.

Yargıtay'da yapılan duruşmalarda hukuki gerekçelerin sadece ağır cezalı suçlarda sözle açıklanabilmesi kabul edilmiştir (CMUK 318). Bu hüküm değiştirilmeli ve bütün başvuruları kapsayacak şekilde genişletilmelidir. Mevzuatın ve Amerikan uygulaması da böyledir.

j) Başsavcının mütalaasının taraflara tebliğ edilmesi ile ilgili CMUK değişikliği yerindedir.

Ancak, iş yükü bu kadar fazla olan bir kanun yolu mahkemesinin bu tebliği yapması, Yargıtay'dan iş çıkmasını imkansız hale getirmiştir. Dairelerde dosyalar yığılmış halde beklemektedir. İstinaf mahkemeleri kurulmalı ve Yargıtay'a giden işlerin, önemli ilke kararı verilmesi gereken iş olması sağlanmalıdır.

k) Mecburi varestelik kaldırılmalıdır.

CMUK 226. maddesinde düzenlenen mecburi varestelik kuralı, olağanüstü bir dönemde duyulan ihtiyaç ile kanuna girmişti. Zana – Türkiye davasında ihlal kararı verilmesine neden olan bu kuralı Yargıtay kararları ile yumuşatmış ise de, Kanundan çıkarılması yerinde olacaktır.

l) Tedbir kararları verilirken, uygun olan durumlarda, vicahi duruşma yapılmalıdır.

İhtiyati tedbir kararları, tekzip ve cevap hakkının yayınlanması kararları dosya üzerinden alınmaktadır.

m) Uygun durumlarda karşı görüş bildirme imkanı tanınması yerinde olacaktır.

n) Video konferans yöntemi ile tanık dinleme usulü yasal olarak düzenlenmelidir. (CMUKT 2003 kanunlaşmalıdır)

o) Duruşmadan varestede tutulma istisna olmalıdır. Prensip olarak, bütün duruşmalarda sanığın hazır bulunması sağlanmalıdır.

p) Hakların öğretilmesi gerekir.

Gerek duruşmadan varestede tutulma, gerekse diğer haklardan (susma, müdafiden yararlanma vb) vazgeçmede, sanığın vazgeçmenin sonuçlarını anlaması sağlanmalıdır. Hakların nasıl öğretileceği yönetmelikle düzenlenmelidir.

r) Kaçaklar hakkında hüküm konmalıdır.

Duruşmada hazır bulunmayıp kaçmak, davaları uzatan bir sebeptir. Kaçaklar hakkında duruşmayı sona erdiren ve gelince eski hale iadeyi kabul eden bir sistem benimsenmeli, CMUKT 2003 kanunlaştırılmalıdır.

s) Kendi kendisini duruşma ehliyeti bulunmayan bir hale koyanlar için özel hüküm konmalıdır.

Alman Hukukunda bu gibi hallerde sanığa bir mecburi müdafî atanmakta ve duruşmaya devam edilmektedir. Bizde de aynı uygulama yapılabilir.

ş) Vücutun muayenesi ve örnek alma da kendi aleyhine delil vermek demektir.

Bu işlemler rıza ile yapılabilir. Rıza olmayan durumlarda hakim kararı gerekir. Yasal düzenleme bulunmalıdır. CMKUT 2003 kanunlaştırılmalıdır.

t) Susma hakkından aleyhe sonuç çıkarmama, Amerikan Hukukunda olduğu gibi, mutlak olmalı, istisnası olmamalıdır.

u) Hukuka aykırı delillerin Anayasa ile düzenlenmesi, maksadı aşan bir düzenlemedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi özel hayat ile ilgili konularda "hakların dengelenmesi" teorisini uygulamaktadır. Anayasa'daki adil yargılanma hakkı birlikte ele alınmalı ve yasak deliller öyle değerlendirilmelidir. **Khan ve Schenck kararlarında** AİHS m. 8'e aykırılık olduğu halde, delil sağlam olduğu için, yargılamanın "adil" olduğu kabul edilmiştir.

y) Serbest irade ortadan kaldırılarak alınan ifade hukuken geçerli değildir kuralı Kanunlarımızda vardır.

Uygulama değiştirilmelidir: Suçunu kollukta veya savcılıkta ikrar eden bir sanık, gözaltı süresi bitmese de, hemen hakim önüne çıkarılmalıdır. CMUK 242. maddeye göre, hakim önünde verilen ikrar tutanağı duruşmada delil olarak kullanılır.

z) Kolluk ve Savcılıkta alınan ifadenin tutanağının delil olmayacağı Kanuna açıkça yazılmalıdır. 24 saat nöbetçi "Özgürlükler Hakimi" bulundurulmalıdır.

aa) İfade alınırken müdafî hazır bulunmamışsa, sanığın kötü muamele iddiasını ispat etmesine gerek bulunmadığı açıkça belirtilmelidir.

Avrupa Mahkemesi bu gibi durumlarda ispat yükünün yer değiştirdiğini kabul etmektedir.

bb) Mücadele yetkileri istisnai haller için varlığını korumalıdır.

Sanığın yargıç önüne çıkarılmadan uzun süre incommunicado (tecrit halinde) gözaltında tutulması nedeniyle şüpheler ortaya çıktığında, ikrara yönelik kuşku, hakkaniyetsizlik yaratabilmektedir. Sanığın müdafî ile görüşmesinin engellenmesi için bazı haklı nedenler olması (terörist faaliyetler gibi) 48 saatten fazla müdafî ile

görüşmesinin engellenmesini haklı kılmamaktadır. Uyum Kanunları ile sanık hakları genişletilmiş, terörle mücadelenin hemen hemen bütün imkanları, Adliye'nin elinden alınmıştır.

cc) Gizli görevli ve muhbir kullanmanın usulleri yönetmelikle düzenlenmelidir.

Bir hapisyaneye konuşmalara kulak misafiri olması için sokulmuş gizli ajan tarafından elde edilmiş delillerin mahkumiyette temel alınması md 6'nın ihlali olarak görülmektedir. Fakat, suç faaliyetini pasif bir biçimde davranarak soruşturan gizli ajan ile bir suçun işlenmesini teşvik etmek gibi bir etki yaratan ajan provokatör arasında ayırım yapmak gerekir. Suçlanan kişilerin suç teşkil eden eylemlerini pasif bir biçimde soruşturmayıp, suçun işlenmesini teşvik edici bir biçimde bir etki yaratan polis memurunun topladığı delil yargılamayı hakkaniyetsiz hale getirir.

dd) Hazırlık soruşturmasının gizliliğinin kalktığı konusunda şüpheler doğuran CMUK 143 yeniden yazılmalıdır.

ee) Delillerin takdir ediliş biçimi ya da delillere ispat açısından verilen ağırlık milli mahkemenin takdirinde olmakla birlikte, kararın hakkaniyetsiz, keyfi veya mantık kurallarına aykırı bir şekilde verilmemesi gerekir. **Tecrübe kaidesine aykırılık durumlarında Yargıtay'ın maddi meseleyi inceleyebileceği açıklığa kavuşturulmalıdır.**

ff) Tanıklar: Duyduğunu söyleyen kişinin tanık olarak dinlenmesini yasaklayan bir kural, Sözleşme metninde yoktur. Müdafaa hakları sağlanarak ve "güvenilir" olup olmadığı denetlenerek, "dolaylı bilgi" duruşmaya aktarılabilir.

gg) Özel hayatın gizliliği kavramı da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince otonom olarak ele alınmaktadır: kimlik kayıtları, alkol testi, özel yerlerde arama, telefon dinleme, kararlar ile sayılarak özel hayat içine alınmıştır. Özel hayat Kanunla sınırlanır.

hh) Delil elde etmek için, savcı emri ile vücudun muayenesi tedbirine başvurulmaktadır (CMUK 66). Anayasa m. 17 ve m. 20 ile, Sözleşme'nin 8. maddesine aykırıdır. Çare: Delil elde etmek için vücudun muayenesi Kanunla düzenlenmelidir. CMUK 2003 Tasarısındaki yeni düzenlemeler kanunlaşmalıdır.

ii) Kötü muamele yapılarak elde edilen deliller, hüküm verilirken kullanılamaz. Kötü muamelenin önlenmesi için, şüphelinin müdafii ile erken görüşmesi

önem taşır. Yakalandıktan hemen sonra, şüpheli müdafii ile görüşme imkanına kavuşmuşsa, kolluğa verdiği ikrarın güvenilirliği artar. Müdafii hazır bulunmadan verilen ikrarlar açısından, ikrarın serbest irade ile verilip verilmediği konusunda denetim imkanı veren bir usul geliştirilmelidir (**G. v. İngiltere**, 35 DR 75).

jj) Yakalandıktan sonra hiç kimse ile görüştürülmeden (incommunicado) alınan ikrarlar daha özenle değerlendirilmelidir. Bu gibi hallerde sanığın müdafii talep etme hakkından vazgeçtiklerini ispat etmek mükellefiyeti, devlete düşer.

kk) Aktif olarak suça yönelten bir hareket yapan gizli görevli tarafından yapılan tanıklığın tek delil olduğu, ve bireyin bu müdahale olmadan da suçu işleyeceğini gösteren belirtiler mevcut bulunmadan verilen mahkumiyet kararı, "adil yargılanma hakkına" aykırıdır.

ll) Hukuka aykırı deliller teorisinde Türk Hukuku çok sınırlayıcı bir düzenleme içermektedir. Bir delilin duruşma sırasında ikame edilip edilmeyeceğine karar verilirken, Hakim Avrupa Standartlarını uygulamak zorundadır. Türk Hakimi Ceza Usul Kanununu "Sözleşme içtihadına uygun bir şekilde uygulamalıdır".

mm) Gizli görevli olmayan kolluk memurlarının kimliklerinin gizli tutulması: Kolluk memurlarının tanık olarak duruşmada beyanda bulunmaları konusunda, AİHM şu görüştedir: "kolluk memurları devlete bağlı olmak mecburiyetindedirler ve genellikle iddia makamı ile bağlantılıdır. Bu nedenle, kimliklerinin gizli tutulması yolu ile tanıklık yapmaları (gizli görevli olmaları gibi) çok istisnai durumlarda kabul edilebilir. Kolluk memurları yaptıkları görev itibariyle araştırdıkları olayların içinde oldukları için, duruşmaya tanık olarak çıkmaları doğaldır.

nn) Teşhis, hazırlıkta kimlik gizli tutularak alınan ifadenin duruşmada delil olarak okunması gerekir.

Kostovski, kimliklerinin gizli tutulmasını isteyen iki kişi tarafından, "silahlı banka soygununu yapan şüpheli" olarak teşhis edilmiştir. Bu kişilerin kolluğa verdikleri ifadelerin tutanakları, duruşmada delil olarak okunmuş ve Kostovski mahkum olmuştur. Başvurucu, kimlikleri gizli tutulan tanıkların ifade tutanaklarına dayanılarak mahkum edilmesinin, adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir. AİHM bu olayda verdiği kararda; prensip olarak bütün delillerin "sanığın huzurunda" ikame edilmesi gerektiğini vurgulamakla birlikte, hazırlık soruşturması sırasında alınan ifa-

delerin duruşmada okunmasını tamamen yasaklayan bir kuralın da mevcut bulunmadığını söylemiştir. Hazırlıkta alınan ifadelerin duruşmada delil olarak okunabilmesi için, sanığa, muhakemenin herhangi bir aşamasında bu tanığa doğrudan soru sorma veya sordurma hakkı tanınmış olmalı, böylece aleyhinde söylediklerini eleştirme imkanı yaratılmış bulunmalıdır. Kostovski davasında sanığa bu imkan tanınmadığı için, AİHM 6, maddenin ihlal edilmiş bulunduğunu kabul etmiştir.

oo) Fotoğraftan teşhis düzenlenmelidir.

Amsterdam polisi, uyuşturucu madde satıcısı olduğundan şüphelendiği kişilerin fotoğraflarından oluşan bir albüm hazırlamış ve bunu bağımlılara göstererek, bilgi toplamıştır. Kendilerine uyuşturucu satan kişiyi teşhis etmeleri üzerine, Doorson yakalanmış ve sonra mahkum edilmiş, fakat teşhisi yapanların kimlikleri gizli tutulmuştur. Sanık, kimliği gizli tutulan tanıkların hakim tarafından hazırlık ifadeleri alınırken, "müdafiin hazır bulunmamasını", Sözleşmenin 6 (3) (d)'deki hakkını ihlal ettiğini ileriye sürmüştür. AİHM, kimliği gizli tutulan bu tanıklardan alınan ifadelerin tutanaklarının duruşmada delil olarak kullanılmasının, adil yargılanma hakkı bakımından sakıncalı olduğunu kabul etmekle birlikte, "istinaf" aşamasında müdafiin bu tanıklara soru sorma fırsatı bulmuş olduğunu tesbit etmiş, kimlik dışında bütün sorulara cevap verildiğini, mahkumiyet kararının tek dayanağının, "kimliği gizli tutulan tanıkların beyanları" olmadığını ve bu nedenle adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğini belirlemiştir.

pp) Örgütlü Suçlarla Mücadelede Uygun Kurallar Geliştirilmelidir.

Pişmanlık hükümlerinden yararlandığı için, hakkında dava açmama ayrıcalığı tanınmış olan suç ortağının kimliği gizli tutularak verdiği ifadenin duruşmada delil olarak kullanılması, müdafaanın ve "jürinin" durumu bütün açıklığı ile bilmesi şartı ile, Komisyon tarafından Sözleşmenin 6. maddesine aykırı bulunmamıştır.

rr) Örgüt davalarında tanığın kimliğinin sanık tarafından öğrenilmesi veya yürütülmekte bulunan başka hazırlık soruşturmalarının gizli bilgilerinin açıklanmasından korkulduğu durumlarda, kolluk ve adliye, dosyanın bazı kısımlarını sanıktan gizlemek için uygun tedbirler alınmalıdır.

Bazı hallerde, devlet müdafiin dosyayı incelemesini kısıtlayabilir. Sanığa bazı delillerin açıklanması da kısıtlanabilir. (Bunun için adliyenin adil yargılama prensiplerine uygun bir şekilde çalışması için makul bir sebep olmalıdır.) Bu gibi haller-

de, delil savunma açısından önemli olsa dahi, sanıktan gizlenebilir. Bu gibi hallerde savcının sulh hakimine başvurarak gizlilik kararı istemesi gerekir (CMUK 144). Kanundaki yetkiler gerektiği hallerde özenle kullanılmalıdır.

ss) Muhbir, gizli görevli veya suç mağdurunun korunması için tedbirler alınmalıdır.

Örgüt davaları gibi gerekli durumlarda, sanığın müdafaa hakkı ile, muhbir, gizli görevli veya suç mağdurunun korunması gereken menfaatleri arasında ölçülülük ilkesi gereğince bir denge oluşturulması gerekebilir.

şş) Mahkeme kararları gerekçeli olmalıdır.

Sıfır gerekçe, görünürde gerekçe, yetersiz gerekçe, savunmanın anlamsız kılınması şeklindeki gerekçe, form biçiminde gerekçe, formül onama, gerekçesiz karar demektir. Gerekçe akla, hukuka, dosyadaki olaya uygun olmalıdır. Matbu gerekçe kabul olunamaz. Yargıtay Ceza Genel Kurul kararlarında gerekçenin nasıl özellikler taşıması gerektiği ayrıntılı biçimde açıklanmıştır. Bu açıklamalar, Avrupa Mahkemesinin gerekçelerinin ifadesidir. CMUK 32 bu yönde değiştirilmelidir.

B Ö L Ü M

ALENİYET İLKESİ

4. ALENİYET İLKESİ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Belirlediği Temel İlkeler

4.1. Aleni Yargılama

4.1.1. Duruşma yapılması

Aleniyet ilkesi, yargılama sırasında duruşma yapılmasını gerektirmektedir²⁰⁶.

Ceza davalarında, bir sanığın **ilk derece yargılamasında**, duruşma yapılması adil yargılanma hakkının gereğidir ve çoğunlukla taraf ülkelerin hukuklarında tanınmaktadır.

Medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklarda, hukukilik denetiminin yanı sıra, maddi olayı bütün yönleriyle değerlendirme yetkisine sahip, duruşma yapan bir üst yargı yolu olmadığı müddetçe, ilk derece mahkemesinde duruşma yapılması gereklidir.

Davayı hukuki ve maddi yönden karara bağlayan **ilk ve tek derece** yargılamasında ise, istisnai koşullar haricinde, duruşma yapılması gerekmektedir²⁰⁷.

Bazı davaların özel nitelikleri göz önüne alınarak, farklı bir düzenleme yapılması mümkündür. Ekonomi ve verimliliğin gerekleri ile makul sürede davayı sonuçlandırma yükümlülüğünü dikkate alarak, bazı davalara (örn. sosyal sigorta uyuşmazlıklarına ilişkin davalar) ilişkin olarak, **duruşmanın kendiliğinden değil, tarafların talebine bağlı olarak yapılması** yönünde düzenleme yapılabilir. Fakat, böyle bir durumda, duruşma talep edilmesi halinde, duruşma yapılmamasını haklı kılacak istisnai koşullar olmadığı müddetçe, kural olarak duruşma talebinin yerine getirilmesi gerekir²⁰⁸.

İlk derece yargılamasından sonraki kanun yollarında, duruşma yapılması bir zorunluluk değildir²⁰⁹. İlk derece mahkemesinde, aleni duruşma yapılmışsa, hukukilik denetimi yapan mahkemelerde duruşmasız yargılama yapılmasına dair hükümler öngörülebilir²¹⁰.

(206) *Fisher v. Austria*, 26.04.1995, Ser. A, No. 312, 20 EHRR 349, para. 44.

(207) *Fredin v. Sweden* (No. 2), 23.02.1994, para. 22.

(208) *Schuler-Zraggen v. Switzerland*, a.g.k., para. 51, 58; *Werner v. Austria*, 24.11.1997, Reports 1997, para. 46

(209) Örn. *Helmets v. Sweden*, a.g.k., para. 36.

(210) *Axen v. Germany*, a.g.k., para. 28; *Sutter v. Switzerland*, 22.02.1984, Ser. A, No.74, 6 EHRR 272, para. 26-30.

Fakat, üst mahkeme maddi meseleyi tekrar inceliyorsa, diğer bir söyleyişle olayı bütün yönleriyle yeniden ele alıyorsa (istinaf mahkemesi), üzerinde karar vereceği konunun niteliğine göre, duruşma yapılması gerekli hale gelir. Örneğin, söz konusu olan bir istinaf mahkemesi ise ve sanığın masum veya suçlu olduğuna ilişkin bir sorunu karara bağlayacak ise, duruşma yapılması gerekir²¹¹. Ancak, düşük miktarda bir para cezasına konu olan davalarda ise, istinaf aşamasında duruşma yapılmaması mümkündür²¹².

4.1.2. Duruşmanın Açıklığı

Gerek ceza, gerekse diğer davalarda kural olarak duruşma kamuya ve basına açık yapılmak zorundadır²¹³. Zorunlu tahkim içeren uyuşmazlıklarda dahi, hakem kurulunun davayı açık bir biçimde dinlemesi gerekmektedir²¹⁴.

Bununla beraber, aleniyet ilkesi, ne basının bir duruşmadan haberdar edilmesi, ne de basın veya toplumun bilgilenmesi için bir davanın ilan edilmesi pozitif yükümlülüğünü devlete yüklemeyi, duruşmada bulunmalarının engellenmemesi yeterlidir²¹⁵.

Aleniyet ilkesi, sınırsız değildir. **Demokratik bir toplumdaki kamu düzeni, milli güvenlik veya ahlakın korunmasının veya küçüklerin menfaatleri, davaya taraf olanların özel yaşamlarının korunması gerektirdiği zaman veya aleniyetin adaletin selametine zarar vereceği özel koşullarda, mahkemenin kesinlikle gerekli gördüğü ölçüde tamamen veya kısmen basın mensupları ve halk davanın dışında tutulabilir.**

Kapalı duruşma yapılabilmesi için, yukarıda sayılan meşru amaçlardan en az biri olmalıdır²¹⁶. Duruşmanın kapalı yapıp yapılmayacağına karar verilirken, ulaşı-

(211) *Ekbatani v. Sweden*, 26.05.1988, Ser. A, No.134, 13 EHRR 504, para. 26-28, 31-33; Ayrıca bkz. *Helmets v. Sweden*, a.g.k., para. 38-39

(212) *Jan-Ake Anderson v. Sweeden*, 29.10.1991, Ser. A, No. 212-B, 15 EHRR 2180, *Fejde v. Sweden*, 26.09.1991, Ser. A, No. 212-C, 17 EHRR 14, para. 33

(213) Örn. bkz. *Malbous v. Czech Republic*, 12.07.2001, para. 57.

(214) Appl no. 8588/79 ve 8589/79, *Bramelid and Malmstrom v. Sweden*, 38 DR 18, (Kom. Rap.), para. 41. *Scarth v. UK*, 22.07.1999, 1999 EHRLR 332, para. 29.

(215) Appl no. 8512/79, X v. U.K., (1979) 2 Digest 444

(216) *Le Compte, van Leuven and de Meyere v. Belgium*, a.g.k., para. 59; *Diennet v. France*, 26.09.1995, Ser.A, No.315-B, 21 EHRR 554, para. 34; *H v. Belgium*, a.g.k., para. 54

mak istenen meşru amaç ile kapalı duruşma yapılması arasında orantılı bir ilişki olmalıdır²¹⁷.

Bir küçüğe karşı cinsel bir suç işleyen sanığın davasında, halkın duruşma dışında bırakılması mümkündür²¹⁸, küçük sanıklara ilişkin yargılamada, kapalı duruşma yapılması gereklidir²¹⁹. Boşanma davaları²²⁰ veya tıp mesleğinin gizlilik yönünün öne çıktığı disiplin davaları gibi, tarafların özel yaşamının korunması gereken durumlarda, açık duruşma yapılmaması²²¹ mümkündür. Bazı davalarda tanığın güvenliğinin sağlanması için gerekli olduğunda, tanığın kapalı oturumda dinlenmesi de "adaletin selameti" açısından haklı bulunmaktadır²²².

Davanın taraflarından birinin, özellikle de ceza davalarında sanığın, kapalı duruşma yapılmasını talep etmesi halinde ise, mahkemenin, ilgilinin menfaati ile kamu yararı arasında bir dengeleme yaparak kapalı duruşma talebini reddetmesi mümkündür²²³.

4.1.3. İlk Derece Mahkemesindeki Hataların Üst Yargılama Makamları Önünde Düzeltmesi

İlk derece mahkemesinde duruşma yapılmamışsa, bu eksikliğin kanun yolları aşamasında düzeltilmesi mümkün olabilmektedir²²⁴.

Fakat üst yargılama aşamasındaki aleniyet sayesinde, ilk derece yargılamasındaki eksikliğin düzeltilmiş sayılabilmesi için, söz konusu üst yargı mercilerinin işin esasına girerek maddi meseleyi bütün yönleriyle değerlendirme yetkisine sahip olması gerekmektedir²²⁵.

(217) *Campbell and Fell v. United Kingdom*, a.g.k., para. 86-88.

(218) Appl no. 1913/63, *X v. Austria*, 2 Digest 438 (1965)

(219) *T v. United Kingdom*, 16.12.1999, para. 83-87; *V. v. United Kingdom*, 16.12.1999, para. 85-88.

(220) Appl no. 7366/76, *X v. U.K.*, 2 Digest 452 (1977) in

(221) Appl no. 15561/89, *Imberechts v. Belgium*, 25.02.1991, 69 DR 312, s. 316. Appl no. 13562/88, *Guenoun v. France*, 02.07.1990, 66 DR 181, s. 186-187.

(222) Appl no. 8016/77, *X v. UK*, 2 Digest 456 (1980) ve Appl no. 3444/67

(223) *Hakansson and Stureson v. Sweden*, a.g.k., para. 66-67.

(224) *H. v. Belgium*, a.g.k., para. 54.

(225) *Le Compte, van Leuven and de Meyere v. Belgium*, a.g.k., para. 60; *Diennet v. France*, a.g.k., para. 34. Bu yorum, ilk derece yargılaması açısından, yargısal mekanizma içinde yer alan klasik birer mahkemeye ilişkin değildir; bu yorumun yapıldığı kararlar birer yargı yeri olarak kabul edilen mesleki kurul veya disiplin kurullarına ilişkindir, bu kurullar önündeki yargılama sırasında ortaya çıkan aleni yargılama konusundaki eksikliğin tam yargı yetkisine sahip mahkeme önünde yapılan aleni yargılama ile giderilmiş sayılması, bir klasik ilk derece mahkemesi önünde ortaya çıkan bu türden eksikliğin de aynı şekilde üst yargılama merci önünde giderilmiş sayılacağını kesin olarak göstermez. Bkz. *De Cubber v. Belgium*, a.g.k., para. 32-33.

4.1.4. Feragat

Aleni yargılanma hakkından, kişinin kendi açık talebi ile veya zımnen vazgeçebilmesi mümkündür. Feragatın zımnî olduğu hallerde bunun, hiçbir tereddüde yer vermeyecek kadar belirgin olması ve aynı zamanda kamu yararına ters düşmemesi gerekir.

Aleni duruşma yapılması iç hukukta genel kural olarak düzenlenmiş ise, başvuru açıkça feragat ettiğini bildirmediği müddetçe, başvuru talep etmemesi bir feragat olarak kabul edilemez²²⁶. Fakat kural olarak değil de, başvuru talep üzerine duruşma yapılacağı iç hukukta açıkça düzenlenmiş ise, kamu yararına ters düşmediği müddetçe, başvuru talep etmemesi, zımnî feragat olarak kabul edilebilir²²⁷.

Bu durumda, kişinin kuşkuya yer bırakmayacak bir biçimde zımnen feragat ettiğinin saptanabilmesi için, aleni duruşma hakkını kullanma imkanının yasal olarak düzenlenmiş olmasına veya bu yönde iç hukukta yerleşik bir uygulama olmasına rağmen, başvuru tarafından bu imkanın kullanılması için başvurulmamış olması gerekmektedir²²⁸.

İç hukuka göre, mahkeme duruşmanın gerekli olup olmadığına resen karar veriyor ise, artık tarafların açıkça talep edip etmemesinin önemi kalmamakta, başvuru talep etmemesi feragat ettiği anlamına gelmemektedir²²⁹.

Bazı durumlarda ise, özellikle ceza davalarına ilişkin olarak, duruşma talep etmediği için başvuru aleni duruşmadan feragat ettiğinin kabul edilmesi, suçun niteliği ve davanın özellikleri bakımından aleni yargılamaya aykırı olur. Bu tür durumlarda, mahkemenin, böyle bir talep olup olmadığına bakılmaksızın, aleni duruşma yapmaya yönelik pozitif yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır²³⁰.

4.2. Aleni Hüküm

Sadece yargılamanın değil, yargı kararlarının da aleni olması gerekmektedir.

(226) *Baischer v. Austria*, 20.12.2001, para. 26.

(227) *Hakansson and Stureson v. Sweden*, a.g.k., para. 66-67; *Schuler-Zraggen v. Switzerland*, a.g.k., para. 58.

(228) Bkz. *Zumtobel v. Austria*, a.g.k., para. 34; *H v. Belgium*, a.g.k., para. 54; *Werner v. Austria*, 24.11.1997, Reports 1997-VII, para. 48.

(229) *Malbous v. Czech Republic*, a.g.k., para. 58-59.

(230) Bkz. *Kremzow v. Austria*, a.g.k., para. 68; *Botten v. Norway*, 19.02.1996, Reports 1996-I, para. 53; *Michael Edward Cooke v. Austria*, a.g.k., para. 43.

Fakat, ne ilk derece yargılamasında ne de kanun yolu aşamasında biçimsel olarak kararın aleni bir duruşmada tefhim edilmesi zorunluluğu yoktur. Yargılamanın bütünü, amacı ve kendine has özellikleri dikkate alınarak²³¹, kararın alenileşip alenileşmediği, kamu denetimine açık olup olmadığı önem kazanmaktadır. Tefhimden başka yollarla da alenileşmesi (ilgililerin bilgi edinmesi amacıyla kararın mahkeme kalemine bırakılmasını veya kamu denetimini sağlayacak şekilde yayımlanması) mümkün ve yeterlidir²³².

Milli güvenlik veya kamu güvenliği gibi gerekçeler, hükmün aleni olmamasını meşru kılmaz. İlk derece mahkemesinde, milli güvenlik veya kamu düzeni gibi gerekçelerle, açık duruşmanın yapılmaması haklı olsa dahi, hükmün hiçbir kamu denetimi imkanı olmaksızın gizli tutulması, sözleşmeye aykırıdır²³³.

4.3. İç Hukukumuza Yönelik Yorum ve Öneriler

4.3.1. Genel Olarak

Günümüzde Yüksek Mahkeme içtihatlarının bilinmesi, savunma haklarının en önemli unsurlarından birini oluşturmakta ve özellikle de bilgi edinme hakkı ile "şeffaflık" ilkesi açısından bir zorunluluk arz etmektedir. Anayasamızın 153. maddesinin son fıkrasında "Anayasa Mahkemesi kararlarının Resmi Gazete'de yayımlanması ile yürürlüğe gireceği" belirtilmiş ve ayrıca özel kanunlarda Yüksek mahkemelerce verilen içtihadı birleştirme kararlarının Resmi Gazete'de yayımlanacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak, bunun dışındaki Yüksek Mahkeme kararlarının yayımlanmasına ilişkin bir yasal zorunluluk bulunmadığı gibi, bu kararlar ancak Yüksek Mahkemelerin kendi olanaklarının el verdiği ölçüde ve düzensiz olarak özel yayınlar vasıtası ile yayımlanabilmektedir.

Bu durumda ise savunma haklarının yerine getirilmesini sağlayan avukatlar dahi, birçok karardan haberdar olamayabilmektedir.

Bu bakımdan, **Yüksek Mahkemelerin tüm kararlarının, Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılacak resmi bir yayın organı niteliğindeki "Adalet Bakanlığı**

(231) *Preto and others v. Italy*, 08.12.1983, Ser. A, No. 71, 6 EHRR 182, para. 26.

(232) *Werner v. Austria*, a.g.k., para. 57-58; *Szucs v. Austria*, 24.11.1997 Reports 1997-VII, para 46 ve 48; *Axen v. Germany*, 08.12.1983, Ser. A, No. 72, 6 EHRR 195, para. 30-31; *Sutter v. Switzerland*, a.g.k. para. 32-33; *Lamanna v. Austria*, 10.07.2001, (10.10.2001 Final), para. 34.

(233) *Campbell and Fell v. U.K.*, para. 90-92.

ğı Yüksek Mahkeme Kararları Dergisi" ile, en azından ayda bir yayımlanması zorunluluğunu getirecek yasal düzenleme yapılmalıdır.

Bu konudaki yasal düzenlemeye, yeni yasalaştırılan İdari Usul Kanunu'nun "Bilgi edinme hakkı" başlığı altındaki maddesinde yer verilmesi, en çabuk hukuki sonucu doğurabilecek niteliktedir.

4.3.2. İdare Hukuku

a) İdari Yargılama Hukukunda uyuşmazlıkların görülmesi ve çözümlenmesinde yazılı yargılama usulü öngörülmüş olup; yargıç tarafından incelemenin dosyadaki evraklar üzerinden yapılacağı, 2577 sayılı yasanın 1. maddesinde düzenlenmiş bir kuraldır. Bununla birlikte yine yasanın 17., 18. ve 19. maddelerinde idari yargılama hukukunda yapılacak duruşmalara ilişkin ilke ve esaslar da belirlenmiştir. Buna göre, idari yargıda duruşma son derece istisnai bir durumdur ve tüm yargılama safahatı boyunca ancak bir kereye mahsus duruşma yapılabileceği öngörülmüştür.

Her ne kadar yasanın 20. maddesi uyarınca yargıcın her çeşit incelemeyi kendiliğinden yapabileceği hükmünden yola çıkarak; mahkemelerce gerekli görüldüğü takdirde birden fazla duruşma da yapılabileceği söylenebilirse de uygulamada taraflardan herhangi birinin talebinin bulunmaması halinde yargıcın re'sen duruşma açtığı durumlar dahi çok nadirdir. Ancak, iptal davaları bakımından yargılamanın tüm safahatı boyunca tarafların duruşma talebinde bulunmamaları halinde, yargıcın re'sen duruşma kararı vermemiş olması bu uyuşmazlıkların niteliği bakımından kabul edilebilir bir durumdur. Buna karşılık kamusal nitelikteki sübjektif hakların ihlali iddiasının dile getirilmiş olduğu tam yargı talepleri -bazen bu talepler iptal davası formatında yapılmış olsa bile- karşısında, maddi olayların da her açıdan değerlendirilebilmesi için yargıcın tarafların talepleri ile bağlı olmaksızın duruşma açması gerekir. Dolayısıyla da 2577 sayılı yasanın 17. maddesinin 1. ve 3. fıkraları "aleniyet" ilkesi dikkate alınarak bu esaslara göre yeniden düzenlenmelidir.

b) Danıştay kararlarının yayımlanması zorunluluğu getirilmelidir.

2575 sayılı yasanın 40. maddesinde Danıştay İçtihatları Birleştirme kararlarının Resmi Gazete'de yayımlanması zorunluluğu getirilmiştir. Ancak, bunun dışında Danıştay'ın dava dairelerinin kararları bakımından "yayın" zorunluluğu bulunmadığından, doğrudan ya da dolaylı olarak kamu düzenini de ilgilendiren bu kararların çoğu yayımlanmamaktadır.

Oysa idari yargı ve giderek idare hukuku diğer hukuk disiplinlerinden farklı olarak, genel esasları ve ilkeleri içtihatlar yolu ile şekillenmiş bir disiplindir. Bu alanda hukukun ne olduğunu söyleyen yargıcın ne söylediğinin bilinmemesi, bilgi edinme ve dolayısıyla da savunma haklarını ihlal etmektedir. Özellikle idari yargı düzeninde hak sahibinin hakkını ortaya koyması bakımından en önemli savunma silahlarından birisi olan içtihatlar hakkında yeterli ölçüde bilgi sahibi olmaktan alıkonması kanımızca "aleniyet" ilkesinin ve sonuçta da adil yargılanma ilkesinin ihlali sayılabilecektir.

Bu bakımdan da Danıştay kararlarının periyodik biçimde yayımlanmasını sağlayıcı yeni bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu değerlendirilmektedir.

c) AİHM'ne göre her türlü "idari para cezası" dolayısıyla ortaya çıkan uyuşmazlıklar ceza muhakemeleri usulü çerçevesinde değerlendirilmekte ve özellikle de hukukilik denetimi ötesinde maddi olayın değerlendirilmesinde yargıcın tam yargılama yetkilerini kullanması gerektiği kabul edilerek, bu tür uyuşmazlıklarda yargılamanın duruşmalı olarak yapılması prensibi benimsenmektedir. AİHM'nin aynı bakışı "vergi cezaları" bakımından da geçerlidir. Bugün idare ve vergi mahkemelerinin görev alanına bırakılan her iki tür uyuşmazlık bakımından da "idari yargılama hukukundaki duruşma kuralları"nın yetersiz kaldığı ve bu uyuşmazlıklar bakımından ayrık bir düzenlemenin öngörülmesi AİHM'nin bakışı ile uyum sağlanması bakımından önem taşımaktadır.

4.3.3. Ceza Hukuku

Ceza davalarında, bir sanığın ilk derece yargılamasında, duruşma yapılması adil yargılanma hakkının gereğidir ve çoğunlukla taraf ülkelerin hukuklarında tanınmaktadır.

a) Uyuşmazlıkların duruşma dışında çözülmesine imkan tanıyan "uzlaşma" kurumu kabul edilmelidir.

b) Ceza Kararnamesi genişletilmelidir.

c) Aleni duruşma, salon kapasitesi kadar aleniliktir.

Basının ilgisini çeken davalarda büyük salonlara geçilmesi hatalıdır. Dolaylı aleniyet denen, naklen yayın şeklindeki duruşma nakli yasaklanmalıdır. Mahkeme bi-

nalarında ve salonlarında resim çekilmesi yasaklanmalıdır. CMUKT 2003 kanunlaştırılmalıdır. Yeni suç işleme yöntemlerinin yargılandığı duruşmalar da gizli olmalıdır.

d) İstinaf kanun yolunun kabul edilmesi gereklidir.

e) Haklardan vazgeçmenin hangi kurallara uyularak tespit edileceği yönetmelikle belirlenmelidir. Bu konuda İngiliz Yönetmeliği örnek alınabilir.

f) Mecburi varestelik (CMUK 226) kaldırılmalıdır.

Kişinin kuşkuya yer bırakmayacak bir biçimde zımnen feragat ettiğinin saptanabilmesi için, aleni duruşma hakkını kullanma imkanının yasal olarak düzenlenmiş olmasına veya bu yönde iç hukukta yerleşik bir uygulama olmasına rağmen başvuru tarafından bu imkanın kullanılması için başvurulmamış olması gerekmektedir.

B Ö L Ü M

MAKUL SÜREDE
YARGILANMA HAKKI

5. MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Belirlediği Temel İlkeler

5.1. Yargılamada ve Tutuklulukta Makul Süre Ayırımı

5.1.1. Tutuklulukta Makul Süre

Sözleşmenin 6. maddesinde yer alan “makul süre” kavramının yanı sıra, 5. maddenin 3. fıkrasında da makul süre kavramı kullanılmaktadır.

Kişi özgürlüğünü düzenleyen madde 5/3'e göre, 1. fıkranın c bendine uygun olarak yakalanan veya tutuklanan kişi, işlemin denetimi amacıyla hemen bir yargıç önüne çıkarılacak ve tutukluluk durumu makul süreyi aşmayacaktır.

Sözleşme (madde 5/3-c) üç yakalama ve tutuklama sebebi öngörmüştür, bunlar suç işleme şüphesi, suçu önleme, kaçma şüphesidir.

Tutuklulukta makul süre değerlendirilmesinde göz önünde tutulacak zaman diliminin başlangıcı **fiilen tutuklama anı**, sonu da **sanığın fiilen serbest bırakıldığı** veya yargılama sırasında tutukluluk devam etmişse, ilk derece mahkemesinin **mahkumiyet kararının tebliği veya tefhimi** tarihidir²³⁴.

Sanık mahkum olana kadar masum kabul edildiğinden, tutuklu olarak geçen süre makul olmaktan çıktığında, sanığın serbest bırakılması gerekmektedir. Bu nedenle AİHM'ne göre ulusal yargı makamları, tutukluluğun makul süreyi aşip aşmadığına karar verirken, kişi özgürlüğüne saygı ilkesini göz önüne alacaklar ve bu ilkeye istisna getirmeyi meşru kılan bir kamu menfaatinin var olup olmadığına yönelik koşulları araştıracaklardır. Tutukluluğun devamına karar verdikleri takdirde, bu kararın gerekçesinde ilgilinin salıverilme isteminde ileri sürdüğü dayanaklar çürütülecek biçimde açıkça belirtilmelidir. Dolayısıyla tutuklamaya ilişkin kararların **muhtakak gerekçeli olması** ve **matbu gerekçelerin kullanılmaması** gerekmektedir²³⁵.

Sanığın suç işlediğine dair makul kuşku olması ilk tutuklama için yeterlidir. Ancak, tutuklamanın devam edebilmesi için, bu kuşkunun kuvvetlenmesi gerekmektedir.

(234) Gölcüklü – Gözübüyük, a.g.e., s. 238.

(235) *Mansur v. Turkey*, 08.06.1995, Ser. A, No. 321, 20 EHRR 535, para. 53-57.

tedir. Kuvvetli kuşku olması, tutuklamanın devamı için onsuz olmaz (sine qua non) koşul ise de, tek başına yeterli değildir.

Sözleşme organları, tutukluluğun devamına karar verilirken, sanığın kaçma tehlikesi, delilleri karartma veya yok etme, tanıklara baskı yapma, başka bir suç işleme tehlikeleri gibi, kamu menfaatine hizmet eden nedenlerin de varlığını aramaktadır.

Kişi özgürlüğü ile bunun kısıtlanmasına gerekçe olan nedenler arasındaki denge, tutukluluk süresi uzadıkça, özgürlük lehine bozulacaktır ve bu nedenler artık geçerliliklerini kaybedeceklerdir. Bu nedenle, tutuklama süresi uzadıkça, bu nedenlerin hala devam edip etmediği her salıverilme talebinin reddinde yeniden yargı makamlarınca incelenmeli ve yargı kararında belirtilmelidir²³⁶.

Örneğin kaçma tehlikesi başlangıçta yeterli neden oluştursa da, kefalet imkanı olduğundan ve diğer başka önlemler de alınabileceğinden, tutukluluk uzatılırken yeterli neden olmaktan çıkabilmektedir²³⁷.

AİHM'ne göre, sanığın kaçma tehlikesi, sadece 'yargılandığı suç için öngörülen cezanın ağırlığı' temeline dayanılarak da ölçülemez. Böyle bir tehlike başka faktörlere de dayanmalıdır, örneğin sanığın kişiliği, ahlakı, serveti, yurt dışındaki bağları gibi. Mahkeme, tutukluluk süresi uzadıkça kaçma tehlikesinin azalacağını belirtmektedir²³⁸. Kamu düzenin gerekleri gibi genel bir nedene dayanarak tutukluluğun uzatılması, madde 5/3'ün gereklerine uygun değildir²³⁹.

5.1.2. Yargılamada Makul süre

"Makul sürede yargılanma" hakkı, hem medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyumsuzlukların hem de bir suç isnadının karara bağlanması açısından geçerlidir.

Madde 6/1'de yer alan "makul süre" kavramı, bütün yargılama hukukunu ilgilendirdiği için, "tutuklulukta makul süre" (md 5/3) kavramından farklıdır. Madde 5/3 tutuklu kişinin makul süre içinde yargılanma veya yargılama sürerken salıveril-

(236) Bkz. *Ringeisen v. Austria*, 16.07.1971, Ser. A, No. 13, 1 EHRR 455, para. 106-109; *Mansur v. Turkey*, a.g.k., para. 52.

(237) v Bkz. *Neumeister v. Austria*, 07.05.1974, Ser. A, No. 17, 1 EHRR 136; *Stögmüller v. Austria*, 10.11.1969, Ser. A, No. 9, 1 EHRR 155, *Mattznetter v. Austria*, 10.11.1969, Ser. A, No. 10, 1 EHRR 198.

(238) Bkz. *Letellier v. France*, 26.06.1991, Ser. A, No. 207, 14 EHRR 83; *Tomasi v. France*, 27.08.1992, Ser. A, No. 241-A, 15 EHRR 1; *W v. Switzerland*, 26.01.1993, Ser. A, No. 254.

(239) *Letellier v. France*, a.g.k.

me hakkı olduğunu belirtir. Dolayısıyla madde 5/3 yargılamanın makul sürede yapılmasından çok tutukluluk süresinin makullüğüne ilişkindir.

Madde 5/3'den farklı olarak, madde 6/1'deki "makul süre", **kanun yolları da dahil olmak üzere yargılamanın bütününe içerir.** Madde 5/3'ün amacı, kimse- nin "tutuklu olarak çok uzun süre geçirmemesi" iken, ceza davalarında madde 6/1'in amacı, "sanık olan kişinin, akıbetinin ne olacağını bilmediği bir konumda uzun süre kalmamasıdır"²⁴⁰. Bununla beraber, bu iki hüküm arasında çok yakın bir bağ vardır, tutuklu sanığın yargılanmasında bu iki güvence birlikte yer almaktadır. Dolayısıyla, tutuklu yargılanan sanıklar açısından, mahkemelerin özel bir gayret göstermesi ve daha süratle davranması gerekmektedir²⁴¹.

Her olayın kendine özgü farklılıkları olduğu için, yargılama süresinin makul olup olmadığı hususu, davanın özellikleri çerçevesinde değerlendirilmektedir. Makul sürenin ne olduğuna ilişkin belli mutlak bir süre yoktur.

Buna rağmen, sekiz yıl ve üzerindeki süreleri, Mahkeme neredeyse her zaman, Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasına aykırı bulmuştur. Fakat bu durum, daha kısa sürede sonuçlanan davaların, mutlaka Sözleşmeye uygun olacağı anlamına gelmemektedir. Bazı durumlarda, olayın özel şartları nedeniyle altı veya yedi yıllık süreler madde 6/1'e uygun bulunurken²⁴², bazı diğer durumlarda, üç ile beş yıl arasındaki sürelerin makul olmadığına karar verilebilmektedir²⁴³.

Hızlı bir yargılama gerektiren özel olayların mevcut olduğu davalarda ise, istisnai olarak iki yıllık bir süre dahi makul süreye aykırı bulunabilmektedir²⁴⁴, çünkü bu tür istisnai olaylarda, başvurusunun ne tür bir riskle karşılaşmış olduğu da göz önüne alınmaktadır.

Başvurusunun hangi menfaatinin tehlikede olduğu değerlendirilirken, kişi özgürlüğüne özel bir önem verilmektedir²⁴⁵ ve genel olarak ceza davalarının diğer davalardan daha çabuk sonuçlanması beklenmektedir. Ayrıca, eğer başvuru tutuk-

(240) *Stogmüller v. Austria*, 10.11.1969, Ser. A, No. 9, 1 EHRR 155, para. 5.

(241) *Wemboff v. Germany*, 27.06.1968 Ser.A, No. 7, 1EHRR 55 , para. 26.

(242) *Vernillo v France*, 02.02.1991, Ser. A, No. 198, 13 EHRR 880; *Boddaert v. Belgium*, 12.10.1992, Ser. A, No. 235-D, 16 EHRR 242.

(243) *Foti v. Italy*, 10.12.1982, Ser. A, No.56, 5 EHRR 313(üç yıl).

(244) *H v. U.K.*, 08.07.1987, Ser. A, No. 120, 10 EHRR 95.

(245) *Zana v. Turkey*, a.g.k., para. 84.

lu yargılanıyor ise, ulusal makamların davanın yürütülmesinde "özel bir gayret"²⁴⁶ göstermeleri gerekmektedir.

Özel hukuk davalarında, örneğin, çocuğun menfaatlerinin korunabilmesi için bir kuruma verilmesi veya evlatlık verilmesine ilişkin kararlara karşı açılmış davalarda ise, davanın devamı sırasında geçen zaman, esasın belirlenmesinde rol oynayabileceği için, önem kazanmaktadır²⁴⁷.

Ciddi bir hastalığın veya sakatlığın söz konusu olması gibi bazı özel başka nedenlerle de, zaman baskısı ortaya çıkabilmekte ve bu tür davaların daha hızlı bir biçimde sonuçlandırılması gerekmektedir²⁴⁸. Kişinin akıl sağlığına ilişkin²⁴⁹ veya çalışma yaşamına ilişkin²⁵⁰ uyuşmazlıklarda da, devletin, davayı bir an önce bitirmek için gayret göstermesi sorumluluğu bulunmaktadır.

5.2. Yargılamada Makul Sürenin Değerlendirilmesi

5.2.1. Dikkate Alınan Süre

Medeni hak davalarında dikkate alınan süre, **medeni hak veya yükümlülüğe ilişkin uyuşmazlığı karara bağlayacak mahkeme prosedürünün işletilmesi ile başlamaktadır**, diğer bir deyişle davanın yetkili yargılama makamı önüne götürüldüğü tarih esas alınır²⁵¹. Bazı özel durumlarda ise "mahkeme" kavramının İHAM içtihatlarındaki özerk yorumu veya yargılamanın bütünü dikkate alınarak, uyuşmazlığın başlangıç tarihi daha önceki bir tarih olabilmekte, bu nedenle idareye veya iç hukukta idare hukuku içinde değerlendirilebilecek bazı itiraz kurullarına başvuru tarihi ile de, süre başlayabilmektedir²⁵².

Yargılamanın sona erme tarihi, son yargı organının karar verdiği veya karar yolunu kullanmak için öngörülen sürenin sona erdiği tarihtir. Dolayısıyla, kural olarak hükmün kesinleştiği veya kesin hükmün yazıldığı tarih, yargılamanın so-

(246) *Matznetter v. Austria*, 10.11.1969, Ser. A, No. 10, 1 EHRR 92, para. 34. Ayrıca bkz. *B v. Austria*, 28.03.1990, Ser. A, No. 175, 13 EHRR 20, para. 45.

(247) *H v. U.K.*, a.g.k. para. 85.

(248) *X v. France*, 31.03.1992, Ser. A, No.234-C, 14 EHRR 483; *Silva Pontes v. Portugal*, 23.03.1994, Ser. A, No. 286-A, 18 EHRR 156, para. 39.

(249) *Bock v. Germany*, 29.03.1989, Ser. A, No.150, 12 EHRR 247, para. 48.

(250) *Nibbio v. Italy*, 26.02.1992, Ser. A, No. 228-A, para. 18; *Büker v. Turkey*, 24.10.2000, para. 36

(251) *Darnell v. UK*, 26.10.1993, Ser. A, No.272, 18 EHRR 205, para. 21; *Deumeland v. Germany*, 29.05.1986, Ser. A, No.100, 8 EHRR 448, para 77; *Buchholz v. Germany*, 06.05.1981, Ser. A, No.42, 3 EHRR 597, para. 47.

(252) *Poiss v. Austria*, 23.04.1987, Ser. A, No.117, 10 EHRR 231, para. 50-52; *König v. Germany*, 28.06.1978, Ser. A, No.27, 2 EHRR 170, para. 98.

na erdiği tarih olacaktır. Bir mahkeme kararı ancak belli bir süre sonra kesinleşiyor ise, bu tarih de dikkate alınır²⁵³.

Esasa ilişkin davayı takip eden kararın icrası da yargılamanın bir parçasıdır, makul süre değerlendirilmesinde dikkate alınabilir, dolayısıyla kararın icra edildiği tarih, yargılamanın sona erme tarihi olabilir²⁵⁴.

Ceza davalarında ise, "suç isnadı", kamu adına dava açmaya yetkili makamın, işi yargıç (mahkeme) önüne götürmesi anlamına gelmez. İlgilinin "suç işlediğine dair resmi bir iddianın" olması anlamındadır²⁵⁵. Bu nedenle, "makul süre" çoğu zaman, olayın ceza yargıcı önüne götürülmesinden çok önce, polis veya savcılık soruşturmasına başlandığı tarihte²⁵⁶ veya "yetkili makam tarafından, kişinin suç işlediğine dair iddianın resmi bildirim ile" işlemeye başlayabilmektedir²⁵⁷.

Bu doğrultuda, **başlangıç tarihi**, gözaltına alınma tarihi²⁵⁸, tutuklanma günü²⁵⁹ vs. olabilmektedir. Yargılama sürecinde başvurucu sanığın saklandığı süre ise, makul süre değerlendirilirken düşülmektedir²⁶⁰.

Ceza yargılamasının **sona erdiği tarih** ise, suç isnadının veya verilen cezanın kesinleştiği tarihtir²⁶¹. Bu tarih, **son kanun yolunun sonuçlanma veya yazılı kesin hükmün tebliğ edilme tarihine** bakılarak belirlenmektedir²⁶².

Davada uygulanacak kanun hükmünün anayasaya aykırılığı iddiası ile, Anayasa Mahkemesi önüne götürülmüş olması halinde, bu merci önünde geçen süre, Anayasa Mahkemesi uyuşmazlık veya suçlamayı konu alan bir karar veremeyeceğinden ilke olarak hesaba katılmaz²⁶³. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesinin kararı, olağan mahkeme önündeki uyuşmazlığın esasını doğrudan etkiler nitelikte ise,

(253) *Trevisan v. Italy*, 26.02.1993, Ser. A, No. 257-F

(254) *Silva Pontes v. Portugal*, 23.03.1994, Ser. A, No.286-A, 18 EHRR 156, para. 38; Ayrıca bkz. *Di Pede and Zappia v. Italy*, 26.09.1996, Reports 1996-IV, No. 17; *Büker v. Turkey*, a.g.k., para. 34.

(255) *Deweere v. Belgium*, a.g.k., para. 44; *Öztürk v. Germany*, 21.02.1984, Ser. A, No.73, 6 EHRR 409, para. 55.

(256) *Foti and Others v. Italy*, a.g.k., para. 52; *Corigliano v. Italy*, 10.12.1982, Ser. A, No. 57, para. 34; *Eckle v. Germany*, 15.07.1982, Ser. A, No. 51, 5 EHRR 1, para. 75.

(257) *Eckle v. Germany*, a.g.k., para. 73.

(258) *Yagci and Sargin v. Turkey (1)*, 08.06.1995, Ser. A, No. 319, 20 EHRR 505, para. 58.

(259) Örn. Appl no. 9559/81, *Varga-Hirsch v. France*, 09.05.1983, 33 DR 158, s. 214; Appl no. 14723/89, *Erdoğan v. Turkey*, 09.07.1992, 73 DR 81, s. 93

(260) Örn. *Girolami v. Italy*, 19.02.1991, Ser A, No. 196-E, para 13.

(261) *Eckle v. Germany*, a.g.k., para. 77.

(262) *Ferraro v. Italy*, Ser. A, No. 197-A, para. 15

(263) *Sramek v. Austria*, a.g.k., para. 35; *Buchholz v. Germany*, a.g.k., para. 48; *Zumbotel v. Austria*, a.g.k., para. 30.

bu yüksek mahkeme önünde geçen süre de "makul süre" hesabında göz önünde bulundurulur²⁶⁴.

5.2.2. Sürenin Makul Olup Olmadığını Değerlendirme Kriterleri

Aşağıda belirlenen hiçbir kriter tek başına belirleyici değildir, bu üç kriterin toplam etkisi makul sürede yargılanılıp yargılanılmadığını belirlemektedir²⁶⁵.

5.2.2.1. Davanın karmaşıklığı

Davanın karmaşıklığı kriterinin içine, davanın konusunun karmaşıklığı, hukuki meselenin çözümündeki güçlük, delillerin toplanmasında karşılaşılan engel ve karmaşıklık, hastalık veya tutukluluk gibi kişinin özel haline ilişkin unsurlar, maddi olayların karmaşıklığı, sanıkların veya davanın taraflarının ya da isnat edilen suçların veya tanıkların sayısı, davanın uluslararası unsurları, bilirkişi deliline ihtiyaç, yazılı delillerin hacmi gibi, bir çok unsur girmektedir²⁶⁶. Fakat, bu unsurlar tek başına davanın uzamasına neden olmuyor ve başka nedenler de bu unsurlara ekleniyorsa, davanın karmaşıklığı haklı bir gerekçe olmaktan çıkmaktadır²⁶⁷.

Eğer dava konusu olaylar basit ise, ulusal mahkemelerdeki konu (ratione materiae) ve yer (ratione loci) bakımından yetki sorunları nedeniyle davanın uzaması haklı görülmemekte, yetki ve görev sorunları davanın karmaşık olduğunu göstermemektedir²⁶⁸.

Davanın karmaşıklığı kriteri, adaletin yerine getirilmesi ilkesi ile dengelenmektedir. Bu nedenle, bazen yargılamanın altı yıl, sekiz yıl gibi, uzun sürmesi haklı görülebilmektedir²⁶⁹. Fakat, dava karmaşık olmasına rağmen, belli bir noktadan sonra karmaşıklık gerekçesi yeterli olmamaktadır, **örneğin 16 yıl sonra gelen mahkumiyet dava ne kadar karmaşık olsa da makul görülemez**²⁷⁰.

(264) *Deumeland v. Germany*, a.g.k., para. 77; *Poiss v. Austria*, a.g.k., para. 52; *Bock v. Germany*, a.g.k., para. 37; *Ruiz Mateos v. Spain*, 23.06.1993, Ser. A, No. 262-A, 16 EHRR 505, para. 35 ve son; *Giancarlo Lombardo v. Italy*, 26.11.1992, Ser. A, No. 249-C, para. 18.

(265) *Ruotolo v. Italy*, 22.02.1992, Ser. A, No. 230-D, para. 17.

(266) Örn. *Pretto and Others v. Italy*, a.g.k., para. 32; *Francesco Lombardo v. Italy*, a.g.k., para. 22; *H v. U.K.*, a.g.k., para. 72; *Eckle v. Germany*, a.g.k., para 81; *Andreucci v. Italy*, 22.02.1992, Ser. A, No. 228-G,; *Bock v. Germany*, a.g.k., para, 47; *Buchholz v. Germany*, a.g.k., para. 55; *Neumeister v. Austria*, 27.06.1968, Ser. A, No.8, 1 EHRR 91, para. 21; *Wemhoff v. Germany*, 27.06.1968, Ser. A, No.7, 1 EHRR 55, para. 8 ve 62.

(267) *Mansur v. Turkey*, 08.06.1995 Ser. A, No. 321, 20 EHRR 535, para. 64.

(268) *Zana v. Turkey*, a.g.k., para. 13-22 ve 78.

(269) *Boddaert v. Belgium*, 12.10.1992, Ser. A, No.235-D, 16 EHRR 242; *Katte Klitsche v. Italy*, 27.10.1994, Ser. A, No.293-B, 19 EHRR 368 para. 61-62

(270) *Ferrantelli and Santangelo v. Italy*, a.g.k., para. 42.

5.2.2.2. Başvurucunun tutumu

Makul sürede yargılama yükümlülüğünün ihlal edildiği sonucuna varılabilmesi için, devletten kaynaklanan gecikmelerin olması gerekmektedir²⁷¹. **Başvurucunun tutumundan kaynaklanan gecikmelerden devlet sorumlu değildir.** Başvurucunun usuli haklarını kullanması sonucunda yargılamanın uzaması da, devlete karşı ileri sürülebilecek bir hata olarak görülemez²⁷².

Hukuk davalarında her ne kadar işin takibi taraflara ait bir sorun ise de, bu konu mahkemenin davayı gerekli süratle yürütmesi yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz²⁷³. Bununla birlikte ilgilinin de yargılamada sürati sağlamak için kendisine düşeni yapması, geciktirici taktikler kullanmaktan kaçınması, usul kurallarının kendisine verdiği hakları kullanırken, gerekli özeni göstermesi gerekir²⁷⁴.

Ceza davalarında ise, **sanık, adli makamlarla aktif bir işbirliği yapmak zorunda değildir**, iç hukukta kendine sunulan bütün imkanları kullandığı için kusurlu bulunamaz²⁷⁵. Fakat buna rağmen, başvurunun tutumu, yargılamanın uzunluğu tespit edilirken, nesnel bir gerçek olarak dikkate alınmaktadır²⁷⁶. Örneğin davanın hareketsiz kaldığı dönemlerde, sanığın bunu hatırlatmak için inisiyatif almaması, hükümet tarafından bir mazeret olarak ileri sürülememektedir²⁷⁷.

Başvurucu belirli bir süre kaçtıktan sonra, teslim olmuş ise, saklandığı süre, yargılama süresi belirlenirken hesaba katılmamaktadır²⁷⁸. Bir tutuklama müzekkeresine uymayarak veya kaçarak yargılamanın dışında kalan başvurunun yargılamanın süresinden, yargılama belirsiz bir süre için askıda kalsa dahi, şikayet etme hakkı yoktur²⁷⁹.

(271) Örn. *Proszak v. Poland*, 16.12.1997, Reports 1997.

(272) *König v. Germany*, a.g.k., para. 103.

(273) İlgili kararlar: *Buchholz v. Germany*, a.g.k., para. 50; *Guincho v. Portugal*, 10.07.1984, Ser. A, No. 81, 7 EHRR 223, para. 32; *Martins Moreira v. Portugal*, 26.10.1988, Ser. A, No. 143, 13 EHRR 517, para. 46; *Union Alimentaria Sanders SA v. Spain*, 07.07.1989, Ser. A, No. 157, 12 EHRR 24, para. 35.

(274) *Deumeland v. Germany*, a.g.k., para. 80; *Pretto and others v. Italy*, a.g.k., para. 33; *Monnet v. France*, 27.10.1993, Ser. A, No. 273-B, para. 30.

(275) Örn.. *Zana v. Turkey*, para. 79; *Corigliano v. Italy*, 10.12.1982, Ser. A, No. 57, 5 EHRR 334, para. 42; *Yağcı and Sargı v. Turkey*, a.g.k., para. 66.

(276) Örn. *Eckle v. Germany*, a.g.k., para. 82; *Monnet v. France*, a.g.k., para. 30-31

(277) Appl no. 8435/78, *Orchin v. U.K.*, 09.10.1982, 34 DR 5 (Kom. Rap.).

(278) *Girolami v. Italy*, 19.02.1991, para. 13.

(279) Appl no. 27679/95, *A.P. v. Italy*, 24.06.1996; Appl no. 14723/89, *Erdoğan v. Turkey*, 09.07.1992, 73 DR 81, s. 93-94.

5.2.2.3. Yetkili makamların tutumu

Devlet, kendi idari ve yargısal organlarına atfedilebilecek gecikmelerden sorumludur, bu konuda gerekli olan dikkati göstermek ve süratle hareket etmek yükümlülüğündedir.

Yargısal organlar, "davanın hızlı bir biçimde sonuca ulaştırılması" yükümlülüğü ile "adaletin gerçekleştirilmesi" yükümlülüğü arasında bir denge kurmalıdırlar. Bu nedenle, ulusal mahkemelerin davaları birleştirme, delil toplama gibi nedenlerle davayı uzatmaları, belli bir yere kadar makul görülebilir²⁸⁰. Fakat bu tür bir kararın yargılamayı uzatacağı düşünülerek, yargılamanın yürütülmesi sırasındaki diğer aşamalarda, yargılamayı hızlandırmak için daha fazla gayret gösterilmesi gerekmektedir²⁸¹.

5.2.2.3.1. Yetkili makamların kusuru ve ihmali

Yetkili makamların tutumu kriteri açısından, esas olarak, meydana gelen gecikmeden devletin ihmal ve kusuru nedeniyle sorumlu olup olmadığına bakmak gerekir. Ulusal mahkemenin karar verirken geçirdiği süreler, makul süre yükümlülüğü açısından ayrı ayrı değerlendirilir ve kusuru olup olmadığına bakılır²⁸².

Devletler, kamu davasının açılması konusundaki gecikmeler²⁸³ veya davanın daha sonra başka bir mahkemeye gönderilmesi nedeniyle ortaya çıkan gecikmeler²⁸⁴, bir dosyanın veya belgenin bir mahkemeden diğerine gönderilmesinde gecikme veya hükmün yazılmasındaki gecikme²⁸⁵, mahkeme kalemindeki rutin görevler sırasındaki, mahkemenin duruşmayı yürütmesindeki, devlet tarafından delillerin gösterilmesindeki gecikmelerden veya başka bir davanın sonucunun beklenmesi için yargılamanın ertelenmesinden, idari makamlar veya yargısal makamlar arasındaki koordinasyon eksikliğinden meydana gelen gecikmelerden, bilirkişi raporunun sonuçlanmasındaki gecikmelerden sorumlu tutulabilmektedir²⁸⁶.

(280) Appl no. 11224/84, *Ewing v. UK*, 07.10.1987, 56 DR 71, (Kom Rap.), para. 151.

(281) Appl. no. 21624/93, *Reilly v. Ireland*, 22.02.1995, (Kom. Rap.), para. 64-68.

(282) *Zana v. Turkey*, para. 80-82; *Yagci and Sargin v. Turkey(1)*, a.g.k., para. 69

(283) *Eckle v. Germany*, a.g.k., para. 83-84.

(284) *Foti and others v. Italy*, a.g.k., para. 61.

(285) Appl. no. 21624/93, *Reilly v. Ireland*, 22.02.1995, para. 65-66 (Kom. Rap.); Ayrıca bkz. *Bunkate v. Netherlands*, 26.05.1993, Ser. A, No. 248-B, 19 EHRR 477; *Eckle v. Germany*, a.g.k., para. 84.

(286) Örn. *Mansur v. Turkey*, a.g.k., para. 69; *Guincho v. Portugal*, 10.07.1984, Ser. A, No.81, 7 EHRR 223.; *König v. Germany*, a.g.k.; *H v. U.K.*, a.g.k.; *Wiesinger v. Austria*, 24.09.1991, Ser. A, No. 213, 16 EHRR 258; *Martins Moreira v. Portugal*, 26.10.1988, Ser.A, No.143, 13 EHRR 517, para. 60.

5.2.2.3.2. Yapısal sorunlar

Yargılama makamları kendilerine düşen görevi yapmış olmalarına rağmen, yargı sisteminin yapısı²⁸⁷, yargıç açığı, siyasi ortam, milli hukuktaki boşluklar, iş yükünün ağırlığı, idari zorluklar gibi görev dışı başka nedenlerle, makul sürenin aşılması halinde de, devletin sorumluluğu doğmaktadır²⁸⁸.

Yargı sisteminin yapısından kaynaklanan gecikmeler ortaya çıktığında sistemi basitleştirmek devletin görevidir²⁸⁹. Hak arama yollarının çeşitliliği ile makul sürede yargılanma hakkının bir denge içinde tutulması gerekmektedir.

Mahkemenin önündeki dava sayısında, öngörülemeyen, geçici bir yoğunluk varsa ve eğer yetkili makamlar bu sorunun bilincinde olup, çözmek için yeterli gayreti göstermişlerse, makul süre şartı açısından aykırılık oluşturmamaktadır²⁹⁰. Eğer iş yükü yapısal organizasyon sorunu ise, geçici çözümler yeterli değildir, devletin etkili önlemler almayı daha fazla ertelememesi gerekmektedir²⁹¹.

5.3. İç Hukukumuza Yönelik Yorum ve Öneriler

5.3.1. Anayasa Hukuku

Uygulamada, davaların uzamasını haklı gösterebilmek için, belirli nedenlerin, özellikle devletin ekonomik zorlukları, organizasyon bozukluğu, iş yükü fazlalığı gibi yapısal zorlukların ileri sürüldüğü durumlarda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi genel olarak, davanın durumunu, somut koşulları değerlendirmekte, ancak yargılamanın uzaması belirli somut ve haklı koşullara bağlı değilse, genel anlamda ileri sürülen ve yukarıda sözü edilen zorlukları kabul etmemekte ve "makul sürede yargılamanın devletin sorumluluğu olduğunu" açıklıkla ifade etmektedir.

Bu nedenle, Türkiye’de tüm yargısal işleyiş ve buna bağlı olarak yargı örgütü düzenlenirken, davaların mümkün olduğu ölçüde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uygun biçimde, makul sürede görülebilmesi için gerekli tüm düzenlemelerin yapılması;

(287) *Neumeister v. Austria*, 27.06.1968 Ser. A, No.8, 1 EHRR 91, para. 20-21.

(288) *Zimmermann-Steiner v. Switzerland*, 13.07.1983, Ser. A, No.66, 6 EHRR 17 para. 29-32; *Martins Moreira v. Portugal*, a.g.k., para. 53; *Salesi v. Italy*, a.g.k., para. 24.

(289) *König v. Germany*, a.g.k., para. 100; *Büker v. Turkey*, a.g.k., para. 36.

(290) *Buchholz v. Germany*, a.g.k. para. 62-63; *Foti and Others v. Italy*, a.g.k., para 61-77.

(291) *Zimmermann-Steiner v. Switzerland*, a.g.k., para 30-32; *Guincho v. Portugal*, a.g.k., para. 40-41.

a) Bu çerçevede, makul sürede yargılama ilkesinin ihlal edilmesinin ön önemli nedenlerinden biri, yapısal ve maddi eksiklikler nedeniyle, yargılama sürecinin uzamasıdır. Ya da gerekçeli kararın yazılmasının uzamasıdır. Bu yönde, son yıllarda en fazla sıkıntıya düşen kurumların başında Anayasa Mahkemesi gelmektedir. Bu, aynı zamanda, en çok eleştiriye uğrayan kurumlardan birinin de, hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesinde en önemli işlevi gören kurum olan Anayasa Mahkemesi olması sonucunu doğurmaktadır.

Bu nedenle, her şeyden önce, Anayasa yargısını üstlenen **Anayasa Mahkemesinin kuruluş ve buna bağlı olarak yargılama usullerinin değiştirilmesi, yerinde olacaktır.** Anayasa Mahkemesinin önüne gelen davalarda iş yükünün azaltılması, yargılama sürecinin hızlandırılması ve gerekçeli kararların derhal yazılabilmesi için, **Anayasa Mahkemesinin yapılanmasının, Alman modeli çerçevesinde, iki daireden oluşan bir yapılanmaya kavuşturulması düşünülebilir.**

Anayasa Mahkemesinin denetim alanı dışında kalan bazı işlemlerin de denetim kapsamına alınması ve "Anayasa Şikayetinin" kabul edilmesi ile, çok daha fazla artacak bu iş yükünün karşılanabilmesi için, **Anayasa'nın 146. maddesinin değiştirilmesi zorunlu görülmektedir.**²⁹²

Bu doğrultuda, Anayasanın 146. maddesinde yapılacak değişikliklerle, **Anayasa Mahkemesinin en az dokuzar asıl ve üçer yedek üyeden kurulu iki daireden oluşması sağlanabilir. Ayrıca, görev ve yetkileri ile, yargılama usullerine ilişkin 149. maddenin de, bu yönde değiştirilmesi gereklidir.**

b) Bu çerçevede, hem ceza, hem hukuk, hem de idari yargılama alanındaki tüm kurumların (bilirkişilik, tebligat, dosya sayısı gibi) yeniden düzenlenmesi, Hukuk Muhakemeleri Usul Kanununda, Ceza Muhakemeleri Usul Kanununda, İdari Yargılama Kanununda, İcra İflas Kanununda, ayrıca Avukatlık Kanununda ve Tebligat Kanununda değişiklikler yapılması ve bu suretle toplumun yeniden adalete güvenir duruma getirilmesi zorunludur.

Anayasa'nın 141. maddesinin son fıkrasında, davaların makul bir sürede bitirilmesini diğer bir ifade ile "makul sürede yargılama" ilkesinin sağlanması için, aşağıdaki değişiklik yapılmalıdır;

"Davaların en az giderle ve her davada makul süreyi aşmayacak biçimde sonuçlandırılması, yargının görevidir."

(292) Aynı yönde bir öneri için Bk. Yargılama Düzeninde Kalite, TÜSİAD yayınları, Kasım 1998,say.41 ve d.

5.3.2. İdare Hukuku

2575, 2576 ve 2577 sayılı yasalardaki hükümler yargılamanın "makul ve kabul edilebilir" bir süre içinde sonlandırılmasına yönelik olarak yeniden düzenlenmelidir.

İdari yargılamanın daha etkin kılınması bakımından 1995 yılında Adalet Bakanlığı ve TESEV tarafından müştereken yürütülen bir araştırma projesinde varılan "gecikmiş adalet gerçekleşmemiş adalettir" sentezi bugün de aynen ve belki daha da yoğun biçimde güncelliğini korumaktadır.

Hiç şüphesiz ki, adalet idesinin temel hedefi yargılamada adil bir hükme en çabuk şekilde ulaşmak olmalıdır. İdari yargılama hukukunda yargılamanın safahati bakımından öngörülen yargılama usulü hükümlerinin katılığı ile yargılama işlevinin tamamen dışında öngörülen ve çoğu kez yargıcı ve meslek mensupları ile kalemleri bunaltan usuli muameleler yargılamanın tarafları bakımından ise büyük hoşnutsuzluklara yol açmaktadır.

Bu bakımdan, hem yargıcı rahatlatacak hem de yargılamanın taraflarını tatmin edecek nitelikteki aşağıdaki değişikliklere gidilmesi gerektiği düşünülmektedir.

a) İlk inceleme safahatı kaldırılmalıdır.

2577 sayılı yasanın 14.ve 15.maddelerinde öngörülen düzenlemeler idari yargılama usulü hükümlerinin tamamının kamu düzenine ilişkin olması esasına aykırı olduğu gibi, bir idari davanın açılmasından itibaren yaklaşık 20-25 günlük bir süre dava dilekçesinin karşı tarafa tebliğini geciktirmektedir. Üstelik, dilekçelerdeki noksanlıkların tespiti dışında, bu maddelerde yer verilen yargılama usulü kuralları bakımından yapılacak değerlendirme çoğu kez ancak İdareden işlem dosyasının getirilmesi ve/veya idarenin yanıtı ile sağlıklı hale gelmektedir.

b) Dilekçe teatisinin düzenlendiği 16. madde yeniden formüle edilmeli ve "replik" ve "düplik" aşamaları zorunlu olmaktan çıkarılmalıdır.

2577 sayılı yasanın 20.maddesi idare yargıcına yargılamanın taraflarının iradelelerinden bağımsız olarak resen inceleme yetkisi tanımıştır. Bu nedenle, yargıç dava dilekçesi ile İdarenin cevabı neticesinde yargılama konusu uyuşmazlığın aydınlığa kavuştuğu kanısına ulaşırsa artık replik ve düplik aşamalarını tüketmek zorunda bırakılmamalıdır. Kaldı ki, yargılamanın tarafları da zaten diledikleri aşamada uyuş-

mazlığın çözümü konusunda yargıca gerekli bilgi ve belgeleri aktarma hakkına sahiptirler. Bu zorunluluğun kaldırılması da yargıcın inisiyatifi ile yargılama sürecini duruma göre 45 ila 100 gün arasında kısaltabilecek; ayrıca tebligat muameleleri bakımından mahkeme kaleminde de belirli bir rahatlama yaratacaktır.

c) Adalet pulu ihdas edilmelidir.

Bu aşamada, belirtmek istediğimiz son nokta ise, yargılama sırasındaki posta pulu eksiklikleridir. Yargılamanın çeşitli aşamalarında dosyaların çoğunda posta pulu eksikliğinin tespit edilerek, bu eksikliğin tamamlanması için yargılamaya ara verilmiş olduğu bilinmektedir. Bir yandan ülkemizdeki enflasyonist ortamda davanın başından alınmış bulunan posta pulu ücretlerine gelen zamlar ve diğer yandan yargılama hukukunda posta pulu eksikliğinin yargılama sürecini askıya alan bir neden olarak düzenlenmiş olması yargılamanın küçümsenmeyecek ölçüde aksamasına ve uzamasına sebep olmaktadır. Bu durumun ciddi bir aksaklık yarattığı ve özellikle de posta pulu eksikliği dolayısıyla gündeme gelen bu sorunun, ya yeni bir düzenleme ile giderilmesi ya da Adalet Bakanlığı ile Posta İdaresi arasında yapılacak bir protokol çerçevesinde posta ücretlerine gelen zamlardan etkilenmeyen ve posta dağıtımında öncelik taşıyan özel bir "adalet pulu" ihdası suretiyle çözülebilmesi mümkündür.

d) Kısa ve matbu karar esası düzenlenmelidir.

Yargı mercilerince verilmiş bulunan yürütmenin durdurulmasına ve esasa ilişkin kararların formüle edilerek yazılması mevcut iş yükü bakımından oldukça zaman almakta ve ayrıca tebligatla birlikte önemli bir zaman dilimi geçip gitmektedir. Özellikle idari işlemin yürütülmesinin durdurulması ve iptali yönünde verilmiş bulunan yargı kararlarının yerine getirilmesinin gecikmesine yol açan böyle bir durumun giderilmesi gerektiği düşünülmektedir. Bu sorun "kısa karar" formülasyonu ile çözüme kavuşturulabilir. Dava dosyasında verilmiş bulunan hüküm bir "matbu kısa karar"²⁹³ şeklinde hazırlanarak, taraflara ve varsa müdahillere derhal tebligata çıkarılabilir. Böylelikle, uyuşmazlığın tarafları yargı kararının en azından neticesi hakkın-

(293) Kanımızca Esas hakkındaki söz konusu kısa matbu karar aşağıdaki biçimde hazırlanabilir:

"... Mahkememizde/Dairemizde E.../... sayılı dosyada görülmekte olan davanın yargılanması sonucunda tarihinde yapılan müzakere sonucunda idari işlemin hukuka uygun/aykırı olduğu hükmüne varılmıştır. Gereğçeli karar bilabare tarafınıza bildirilecektir. Bilgilerinizi ve mevcut yasal düzenlemeler uyarınca gereğini rica ederiz."

Not: Kanun yollarına başvuru süresi Mahkememizin/Dairemizin gereğçeli kararının tebliği tarihinden itibaren başlamaktadır. (Kanun yollarına başvuru, 2577 sayılı yasanın 28.maddesi hükmünün gereklerini yerine getirme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz)."

da çok daha kısa bir zaman sürecinde (yaklaşık 45 ila 90 gün daha önce) bilgi sahibi olurlar. Dolayısıyla, konuyla ilgili olarak, İdare yargıcının uyuşmazlık hakkında karara vardığında bu kararı "kısa karar" olarak formüle etmesine ve "gerekçeli karar" aşamasına kadar öncelikle bu kısa kararı tebliğe çıkarmasına imkan tanıyacak düzenleme yapılmalıdır.

e) Adli tatile ilişkin hükümler yeniden düzenlenmelidir.

Bugün "çalışmaya ara verme" başlığı altında düzenlenmiş bulunan adli tatil müessesesi, varlık amacı tamamen ortadan kalkmış bulunan ve bir hafta öncesi ile bir hafta sonrasındaki konsantrasyon sorunları ile birlikte yaklaşık iki aylık bir süre ile idari yargılama işlevinin askıya alınmasına yol açan bir düzenleme olup; yargı hizmetlerinin sürekliliğinin sağlanması bakımından yargıçların da diğer memurlar ve kamu görevlileri gibi hizmeti aksatmayacak biçimde izin haklarını kullanmalarının temin edileceği yeni bir düzenlemenin yapılması gerektiği değerlendirilmektedir. Ancak bu düzenlemenin "dosyaların devri" ile birlikte düşünülerek hazırlanması ve yıl başında ve temmuz ayı başında on beşer günlük süreler ile çalışmaya ara verilmesi en uygun çözümü oluşturacaktır.

f) Bazı uyuşmazlıkların öncelikle bağımsız, teminatlı ve uzman yüksek kurullar nezdinde yarı yargısal usuller ile çözümlenmesi sistemi getirilmiştir.

Anayasa'nın 125. maddesinde yer alan "idarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolu açıktır" hükmü, bazı eylem ve işlemler bakımından ortaya çıkacak uyuşmazlıkların ilk önce o işlem ve eylemler konusunda uzmanlaşmış, bağımsız ve teminatlı bir biçimde yapılandırılmış yüksek idari kurullar nezdinde -gerektiğinde "yerindelik" denetimi de yapmak suretiyle- çözümlenmesi yolunda zorunlu idari başvuru usullerinin öngörülmesine ve bu kurullar tarafından verilecek kararların ise tek aşamalı olarak yargısal denetime tabi kılınmasına engel oluşturmamaktadır.

Yasal düzenlemeler yoluyla bazı uyuşmazlıkların bu tür kurullar eliyle incelenerek karara bağlanması yönünde yarı-yargısal usuller ihdası, hem idari yargının iş yükünü oldukça azaltabilecek, hem de bu Kurulların kararlarından da tatmin olmayan bireylere istinaf başvurusu şeklinde yargı yoluna başvuru hakkı da tanınmış olacaktır. Örneğin, ilk ve orta öğrenim uyuşmazlıkları; yükseköğrenim uyuşmazlıkları; mahalli idarelerin organlık sıfatları ve personeli ile ilgili uyuşmazlıklar; emeklilerin hakları konusundaki uyuşmazlıklar vb. konularda yarı-yargısal yetkilerle do-

natılarak, oluşturulabilecek çeşitli kurulların kendi uzmanlık alanındaki işlem ve eylemler dolayısıyla ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda verecekleri gerekçeli kararların başvuru sahiplerini tatmin etmesi ve yargı yoluna istisnaen başvurulması da kuvvetli bir ihtimal olacaktır.

g) Ankara, İstanbul, İzmir gibi iş yoğunluğu fazla olan şehirlerdeki idare mahkemeleri "Danıştay" modeline göre uzmanlık esaslı çerçevesinde yeniden yapılandırılmalıdır.

Bugün İdare mahkemeleri arasında büyük şehirlerdeki mahkemelerde oldukça yoğun bir dava dosyası bulunduğu gerçektir. Bu mahkemelerin görevleri Danıştay'daki "uzman dava dairesi" esaslı çerçevesinde aralarında iş bölümü öngörülerek yeniden yapılandırıldığı takdirde hem bu mahkemelerce Danıştay'ın ilgili dairelerinin içtihatlarının takibi kolaylaşacak hem de bu içtihatlar ışığında bazı uyuşmazlıklar hakkında çok daha çabuk karar verilmesi sağlanmış olacaktır. Dolayısıyla, bu modelin ilk etapta İstanbul, Ankara ve İzmir'de uygulamaya geçirilmesi ve Danıştay'ın çeşitli dairelerinde görev yapmakta olan uzman tetkik hakimleri ya da savcılarının belirli süreler için bu mahkemelere atanmaları yönündeki bir yapılanmanın önemli bir rahatlama sağlayacağı düşünülmektedir.

h) "Karar düzeltme" müessesesi yeniden düzenlenmelidir.

2577 sayılı yasada düzenlendiği biçimi ile idari yargılama sürecinde karar düzeltme aşaması yargılamanın taraflarının ve özellikle de İdarenin hemen her davada başvurduğu bir olağan üstü kanun yoludur. Bu da yargılama sürecinin uzamasındaki önemli bir etkidir. Bu bakımdan, bu müessesenin yeniden düzenlenmesi ve salt kanun yollarının tüketilmesi maksadıyla yapıldığı anlaşılan bu tür başvurularda, başvuruda bulunan tarafa caydırıcı nitelikte para cezası öngörülmesi gerektiği düşünülmektedir.

ı) İdari yargıda davaya katılma taleplerine ilişkin esaslar yeniden düzenlenmelidir.

2577 sayılı yasanın 31. maddesinde davaya müdahale bakımından HUMK hükümlerinin uygulanacağı öngörülmektedir. HUMK hükümlerine göre davaya müdahale talebinde bulunulması halinde yargılama süreci durmaktadır. Oysa idari yargıdaki iptal davaları objektif davalar olup; özellikle genel düzenleyici işlemler ile kamuyu ilgilendiren nitelikteki işlemlere karşı açılan davalara birçok müdahalenin

olabilmesi doğaldır. Ancak her müdahale nedeniyle, yargılamanın askıya alınması ve müdahale talebi hakkında mahkemece bir karar verilinceye kadar da dosya üzerinde herhangi bir işlem yapılmaması hem yargılama sürecini gereksiz yere uzatmakta hem de bazen hakkın suistimaline elverişli bir zemin yaratabilmektedir. Bu nedenle, bu konu iptal davalarının özelliği dikkate alınarak yeniden düzenlenmelidir.

Diğer taraftan, müdahale talepleri hakkında tarafların görüşünün alınması da idari yargının özellikleri ile bağdaşmamaktadır. Dosya üzerinde re'sen inceleme ve değerlendirme yetkisini haiz olan yargıcın müdahale talepleri hakkında da tarafların iradesinden bağımsız olarak doğrudan doğruya kendisinin karar vereceği bir düzenleme getirmek yerinde olacaktır.

5.3.3. Ceza Hukuku

a) Tutuklama istisnadır. Adli Kontrol kabul edilerek, tutuklama kurumu daha az uygulanır hale getirilmelidir. CMUKT 2003 kabul edilmelidir.

b) Tutuklama ile ilgili kuralların uygulanmasında hukuka aykırılık yapılması önlenmelidir.

Tutuklama ceza değil, kişilerin özgürlük ve güvenlik hakkını ilgilendiren bir tedbirdir. Hukuka, Anayasaya, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ve Kanuna aykırı olarak yapılan tutuklamalar, "insan hakkı ihlalidir". Bu hakka, "Habeas Corpus Hakkı" adı verilir. Tutuklama istisnadır. Sadece suçluluğu hakkında kuvvetli belirti, kaçma şüphesi veya delil karartma şüphesi bulunan hallerde hakim kararı ile uygulanabilir. Türk hukukunda mecburi tutuklama hali yoktur ve bu tür, "mecburi tutuklama varmış gibi" yapılan uygulamalar, Anayasaya ve Sözleşmeye aykırıdır. Türk uygulamasında, cinsel suçlarda, ölümlü biten olaylarda ve bazı DGM'lik suçlarda, tutuklama yaygın bir şekilde ve yukarıdaki şartlara riayet edilmeden tutuklama yapılmaktadır. Bunun değişmesi gerekir. Tutuklama uygulamasının kanununun aradığı şartlara uygun olarak değişebilmesi için, toplumdaki bakış açısının değişmesi şarttır.

c) Halka, tutuklamanın ceza değil, yukarıdaki unsurları belirtilen "çok özel şartlar gerçekleştiğinde uygulanabilen bir tedbir" olduğu benimsetilmelidir.

d) Tutuklama kararı yargı kararıdır ve bu nedenle de gerekçeli olmalıdır (Anayasa 141/3, CMUK 32).

Hakim tutuklama kararı verirken, yukarıda belirtilen tutuklama sebeplerinin gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda ayrıntılı gerekçe vermek mecburiyetindedir. Gerekçesiz tutuklama kararı insan hakkı ihlalidir. Nitekim, Mitap ve Müftüoğlu-Türkiye kararında ve benzeri başka kararlarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi formül biçiminde ("104 ncü maddeye göre tutuklanmasına"; "delillerin durumu", gibi kelimeler kullanılarak) verilen tutuklama kararlarının Sözleşmenin ihlali niteliğinde olduğunu belirtmiştir.

e) Adli Kontrol Kurumu kabul edilmelidir.

Tutuklama en son çaredir. Delillerin karartılmasını ve sanığın yargılamadan veya daha sonra mahkum olduğu takdirde cezanın infazından kaçmasını önleyecek başka tedbirler alınabiliyorsa, kişi özgürlüğü kısıtlanmadan, bunlara başvurulması tercih edilmelidir. Fransa, Almanya, İtalya ve Amerika, bu yöntemi tercih etmişlerdir. Sanığın kaçmasını ve delilleri karartmasını önleyecek, tutuklama yerine uygulanabilecek başka tedbirler vardır. Bu tedbirler şöyle sıralanabilir: Hakimin belirleyeceği çevre sınırları dışına çıkamamak, konutundan ancak hakimin belirleyeceği bir sebeple çıkabilmek (ev hapsi), hakimin belirleyeceği bazı yerlere gidememek, savcılığa pasaportunu makbuz karşılığında teslim etmek, sürücü belgesini savcılığa teslim etmek, bazı kişileri ziyaret etmekten kaçınmak, gibi. Bu sıralanan tedbirler, halen TBMM Adalet Komisyonunda bulunan 8.3.2003 tarihli "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısında" Adli Kontrol adı altında yer almaktadır. CMUK 2003 Tasarısı Kanunlaştırılmalıdır.

f) Teminatla salıverme yaygınlaştırılmalıdır.

g) Davalar makul sürede bitirilmelidir.

Duruşmaları uzatan, hazırlık soruşturmasının iyi yapılmamasıdır. İddianamenin reddi kurumu kabul edilerek, yeterli delile dayanan davalar açılması sağlanmalıdır. Duruşma hazırlığında bilirkişi raporlarına ilişkin görüşler vs alınmalıdır. Duruşmada verilen kararlara itiraz istisnai hale getirilmelidir. Böylece duruşmanın imkan nispetinde tek celsede bitirilmesi sağlanmalıdır.

h) "Şüpheli" ve "sanık" ayrımı yapılmalıdır.

Hazırlık soruşturması sırasında, şüphe basit iken, kişinin sıfatı "şüpheli" olmalıdır. Şüphe yoğunlaştığı zaman, kamu davası açılınca, kişi "sanık" statüsüne girmelidir. CMUKT 2003 kanunlaştırılmalıdır.

i) Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı kabul edilmelidir.

Bu hak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuruların öncesinde Sözleşme denetimi yapılması yolunu açacaktır. Ülkemizde insan haklarının yerleşmesi açısından gereklidir.

j) Davaların birleştirilmesi zorlaştırılmalıdır.

Birleştirilen davalar çok sanıklı olur ve karmaşık hale gelir. Bu nedenle, birleştirme istisna olmalıdır.

k) Karmaşık davalar ihtisas isteyen suçlardır. Bu gibi suçlarda hazırlık soruşturması uzman savcılarca yönetilmelidir. Davaların da ihtisas mahkemelerinde görülmesi gerekir.

l) Hazırlık soruşturması uzun, fakat detaylı yapılmalı, sanık mümkün olduğu oranda tutuklanmalı, duruşma celseleri kısa olacak şekilde hazırlıklı olunmalıdır.

m) Örgütlü suçlardaki uzatma taktiklerine karşı, ağır suçlarda ve örgüt davalarında, devlet tarafından atanan mecburi müdafii sistemi benimsenmelidir.

n) Hakim ve savcılara, 24 saat büroda nöbet tutma esası kabul edilmelidir.

Hakim denetimi, hukuk devleti garantisini sağlar. Büyük şehirlerde, kolluk savcısı ve hakime gece ulaşmakta zorluk çekmektedir.

o) Her suç için hangi araştırma işlemlerinin yapılması gerektiği bir "kontrol listesi" olarak hazırlanmalı ve kolluğun bunu işletmesi istenmelidir.

p) Kontrol listesine tanık ifade alınması eklenmelidir.

Özenle yapılmayan hazırlık soruşturması, duruşmaların uzama nedenidir.

q) Uzayan davalar, Adliyenin verimli çalışmasını engellemektedir.

Davaların süresinin kısaltılması AİHS 5. ve 6. maddeleri ile, Siyasi Haklar Sözleşmesinin 14. maddesinin gereğidir. Avrupa Konseyi R (80) 11 numaralı Tavsiye Kararı ile, tutukluluk durumunun kısaltılması ve R (68) 25 numaralı Tavsiye Kararı ile de, basit trafik suçlarında takip edilmesi gereken hızlandırılmış usulü belirtmiştir. R (87)18 numaralı Tavsiye Kararı ise, ceza muhakemesinin hızlandırılması için

yapılan tavsiyelere ayrılmıştır (The Simplification of Criminal Justice, Council of Europe, Legal Affairs, Strasbourg 1988). Avrupa Devletlerinde davaların sayısının artması, muhakeme süresinin uzamasına neden olmuştur. Oysa AİHS m. 5 ve m. 6, BM Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 14, sanıklara makul sürede yargılanma hakkı tanımıştır. Tutuklanan bir sanığın, kuvvetli şüphe altında iken uzun süre yargılanmadan bekletilmesi de insan hakkı ihlalidir. Davaların gecikmesi, asıl suç mağdurunu olumsuz yönde etkilemekte, delillerin zaman içinde kaybolmasına neden olmaktadır. Dava uzadıkça, devlete olan mali yük de artmaktadır. Görüldüğü gibi bununla birlikte, "hızlı" yargılama yaparak, sanığın müdafaa hakkının kısıtlanması da hukuka aykırıdır.

r) Gecikmenin önlenmesine ilişkin olarak:

- **Davayı düşürücü süreler kabul edilmesi:** Amerikan hukukunda "gecikmenin" neden olduğu hukuki sonuçlar, Federal bir kanun olan "*Federal Rules of Criminal Procedure*" ile düzenlenmiştir. Bu kanunun 48 inci maddesine göre, savcılık kamu davasını açmada veya suçlamayı büyük jüri önüne getirmede sebepsiz bir şekilde gecikmede bulunursa (*unnecessary delay*), bu takdirde davaya bakacak olan mahkeme iddianameyi red eder ve bu şekilde davayı düşürür. Bunun dışında, 1974 tarihli "*Speedy Trial Act*" (18 USC)' in §§ 3161-3174 maddelerinde davanın çok hızlı bir şekilde görülmesi için tedbirler alınmıştır. Buna göre, bir kişi cürüm işlemekle suçlandığında, "iddianamenin yakalandığı tarihten başlamak üzere 30 gün içerisinde düzenlenmesi ve mahkemeye verilmesi" gerekmektedir. Ağır suçlarda ilk 30 güne ek olarak, ikinci bir 30 günlük süre daha tanınmıştır. İddianamenin mahkemeye verilmesinden sonra, "sanığın suçunu kabul etmemesi" durumunda (*plea of not guilty*), "iddianamenin verildiği tarihten itibaren 70 gün içerisinde", duruşmanın başlaması gerekmektedir. Sanığın yazılı olarak kabulüne bağlı olarak bu süre 30 güne kadar indirilebilir. Dikkat edilmelidir ki, dava açma süresi 30 gün iken, müdafaanın hazırlanması için öngörülen süre 70 gündür. Böylece, hazırlık soruşturmasının gizliliği içinde müdafaaya verilmemiş olan bütün delillere karşı, avukatlar 70 gün içinde hazırlık yaparak, duruşmaya donanımlı olarak çıkmaktadır. Duruşmaların ise, ertelenmeden yapılması, davanın tek celsede hükme bağlanması sağlanmaktadır. İstisnalar: Kanun bazı süreleri yukarıdaki sınırlamadan hariç tutmuştur. Mesela, sanık akıl hastası olup olmadığının tespiti için, "müşahade altına alınmış" ise, süre duracaktır. Bunun gibi, başka bir suçundan dolayı yargılanmakta ise, bundan doğan gecikmeler

de süreden indirilecektir. Anılan yasanın 3162nci maddesine göre, yukarıda belirtilen sürelerde dava açılmadığı takdirde, kamu davası artık açılmamakta veya açılmış ise, düşmektedir. Bunu sağlamak için, sanığın bir istemde bulunması gerekmektedir. Sanık, "devletin davayı süresinde açmadığını" ispat etmek külfeti altındadır. Hükümet ise, "istisnai hallerin süre uzatmaya neden olduğunu" iddia ettiğinde, bunu ispat etmek mecburiyetindedir.

- **Bu düzenleme örnek alınarak, Türk Hukukunda da davanın belli süreler içinde açılması mecburiyeti konması düşünülebilir.** Türk Ceza Kanunu Tasarısı 2002, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı 2003 ve Ceza ve Tedbirlerin İnfazı Hakkında Kanun Tasarısı 2003 bir bütün olarak kanunlaştığı takdirde, iddianamenin reddi kurumu kabul edileceği için, duruşmanın tek celsede yapılması olgusu, Türkiye'de de gerçekleşecektir. Tutuklulukta geçen süreye de azami süre konulmalıdır. Hazırlık soruşturmasında azami 6 ay, kamu davasında azami 2 yıllık tutuklama süresi mutlak olmalıdır. 7 seneden fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlarda "adli kontrol" veya teminatla salıverme mecburi olmalıdır. CMUK m. 110 değiştirilmelidir.

s) Ceza muhakemesinin "rıza unsuru" ile zenginleştirilmesi gerekir.

Ceza muhakemesinde tarafların kabulü veya rıza unsuru (konsensuale Element) Amerika'da uygulanan taraf muhakemesi sistemine daha uygundur. Fakat rıza Avrupa sistemine de yabancı değildir. Rıza unsuru yerleşince, insan haklarına saygıyı ve muhakemenin bireyselleştirilmesini sağlamak kolaylaşmaktadır. Muhakemede rıza unsuruna yer vermek demek, cezai bir hüküm veya esas hakkında başka bir karar verirken "sadece tarafların" rıza göstermesi ve özellikle sanığın suçu ikrar etmesinin yeterli sayılması demek değildir.

Rızaya dayanan usuller failin topluma yeniden kazandırılmasına katkıda bulunurlar. Bunun dışında rızanın oluşması sürecine mağdur da herhangi bir şekilde dahil edilecek olursa, fail ile mağdurun barışması da imkan dahiline girmektedir (Taeter-Opfer-Ausgleich). Sanık açısından meseleye bakıldığında, serbest iradesi ile suçu kabul ettiği durumlarda, mükafat olarak cezada indirim yapılması mümkündür. Ancak sanığın indirimli cezayı kabul ederken, rızasının serbest olup olmadığı tartışmalıdır.

Amerikan hukukunda, rızanın serbest iradeye dayanıp dayanmadığı ya bir hakim tarafından önceden denetlenmekte (*voluntariness*) veya sonradan, önceden suçu kabul eden sanığın ikrardan dönmek için yaptığı başvuruya ilişkin (*motion for withdrawal of plea of guilty*) tali dava ile garanti altına alınmış bulunmaktadır.

Almanya'da ise hakimin iradenin oluşması sürecine katılması kabul edilmemiştir (BGH, NJW 1991, 1692). Ölüm cezasını veya uzun süreli hürriyeti bağlayıcı cezaları gerektiren ağır suçlarda, ceza muhakemesinde "iradi unsurların" kullanılması sakıncalıdır. Ceza muhakemesine "rıza"ya dayanan unsurlar eklenmesi, ceza muhakemesinin şekil değiştirmesine yol açmakta ve ayrıca devlet tarafından cezalandırma demek olan ceza hukukunun da yöntemlerini değiştirmektedir. Ceza verme yetkisi münhasıran devlete ait bir yetki iken, rıza unsurları ile devletle pazarlık gündeme gelmektedir. Rıza unsurlarının kullanılması sadece basit ve orta ağırlıktaki suçlarda mümkündür, ağır suçlarda kabul edilmemelidir.

Türk Ceza Kanunu Tasarısı 2002 ve Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu Tasarısı 2002 "uzlaşma" modelini kabul ederken, bu sakıncaları ve yararları tartmıştır. Neticede sadece koşuşturulması şikayete bağlı olan suçlarda failin ve mağdurun razı göstermeleri halinde, savcı yönetiminde tarafların avukatları arasında bir uzlaşma prosedürü uygulanması öngörülmüştür.

Yapılan bu düzenlemenin en çok işlenen suçlarda mahkemelerin iş yükünü büyük ölçüde azaltması, fail ile mağdurun barıştırılarak dava yaratan dava tehlikesinin önüne geçilmesi ve mağdurun suçtan doğan zararının hiç bekletilmeden giderilmesi yolu açılmaktadır.

t) İstinaf yolunun kabul edilmesi, davaları kısaltacaktır.

Yeni Ceza Kanunu ve Ceza Usul Kanunu Tasarılarının kabul ettiği sistematik kanunlaştığı takdirde, Davaların büyük bir çoğunluğu uzlaşma ve ön ödeme gibi, mahkeme dışı alternatiflerle sistem dışına çıkarılacaktır. Hazırlık soruşturmalara bugünkünden daha uzun bir süre alacak, fakat, tam yapılacak ve bütün deliller hukuka uygun bir şekilde toplanacaktır. Duruşmalar tek celsede bitecektir. Bütün hükümlere karşı kabul edilen istinaf yolu, davaların büyük bir çoğunluğunu kesin olarak sona erdirecektir.

Temyiz yolu sadece ilke kararları için ve hukuki meseleler için açık tutulmuştur. Neticede, davalar bugüne nazaran daha hızlı ve daha kaliteli olarak hükme bağlanacaktır.

u) Zamanaşımı süreleri yeniden düzenlenmelidir.

Türk Ceza Kanununun sistematigi içerisinde iki türlü zamanaşımı vardır: Dava zamanaşımı ve ceza zamanaşımı. TCK 102'ye göre, bir kişi hakkında işlediği suçun

cezasına göre, Kanunda belirtilmiş olan süre geçtikten sonra, artık kamu davası açılmaz veya açılmış bir dava varsa, bu ortadan kalkar. Buna davanın düşmesi adı verilmektedir. Müebbet ağır hapis cezasını gerektiren suçlarda 20 yıl, 20 yıla kadar ağır hapis cezalarında 15 yıl, 5 ila 20 yıl arasındaki ağır hapis veya 5 seneden fazla hapis cezalarında 10 sene ve benzeri şekilde Kanunda gösterilen süreler vardır.

Dava zamanaşımı süreleri, mahkumiyet hükmü verilmesi ile, kesilir. Kesilmenin anlamı, o tarihten itibaren yeniden işlemeye başlamasıdır. Dava zamanaşımını kesen diğer sebepler, failin yakalanması, tutuklama, celp veya ihzar müzekkeresi kesilmesi ve sorguya çekilmesidir.

Kanunda öngörülen ikinci zamanaşımı türü, ceza zamanaşımıdır. TCK 112'ye göre, hükmün kesinleştiği tarihten veya infazın herhangi bir surette kesintiye uğradığı günden itibaren başlamak üzere müebbet ağır hapis cezalarında 30 sene geçtiği halde, ceza infaz edilememiş ise, bu ceza ortadan kalkar. Kanun 112. maddesinde cezanın ağırlığına göre daha aşağı doğru inen ceza zamanaşımı süreleri öngörmüştür.

Dava ve ceza zamanaşımının kanunlarla düzenlenmesinin sebebi, fiilden itibaren uzunca zaman sürelerinin geçmesi ile, dava açmada veya ceza vermede toplumun yararının azalmasıdır. Sosyal olaylar belli bir dönemde önem ifade ederler. Aradan uzun zaman geçtikten sonra toplumun olaylara bakış açısı değişir ve o fiile ceza vermek de anlamsızlaşabilir. Mesela 50'li yıllarda müstehcenlik çok dar anlaşılmakta iken, bugün toplumun çıplaklığa bakış açısı büyük ölçüde değişmiştir. O dönemde yarı çıplak bir resim yayınladı diye bir kişiye ceza hükmedilmiş ise, bugün o cezanın infaz edilmesi toplumda reaksiyon dahi doğurabilir.

Bununla birlikte bazı ağır ve önemli suçlarda Kanunlarda ve uluslararası sözleşmelerde istisnalar öngörülmüştür. Türk Ceza Kanunu 118 nci maddesine göre, müebbet ağır hapis cezasını gerektiren bir cürümün yurt dışında işlendiği durumlarda ceza zamanaşımı yoktur. Bunun gibi, insanlığa karşı işlenen jenosit saldırı savaşı ve benzeri suçlarda da bazı Sözleşmeler dava ve ceza zamanaşımının kabul etmemişlerdir. Bu tür ağır suçlar kamuoyu tarafından hiçbir zaman unutulmaz ve daima cezalandırılmasında kamu yararı mevcuttur.

Ancak, zamanaşımı sürelerinin geçmişe etkili olacak şekilde uzatılması sakıncalıdır. İnsanlara karşı işlenen suçlarla ilgili Roma Daimi Ceza Mahkemesi statüsü dahi, ileriye yönelik düzenlemeler içermektedir.

B Ö L Ü M

MASUMİYET KARİNESİ

6. MASUMİYET KARİNESİ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Belirlediği Temel İlkeler

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin 2. fıkrası, "**kendisine bir suç isnat edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır**" hükmünü içermektedir.

Burada kullanılan "suç isnadı" kavramı, Sözleşme organları tarafından, 6. maddenin 1. fıkrasında belirtilenle aynı yönde, ulusal nitelendirmelerden bağımsız olarak özerk bir biçimde yorumlanmaktadır. Sözleşme organlarının, isnadın varlığı için üzerinde durduğu kriter, başvuruçunun kendisine yönelik işlem ya da eylemden "gerçekten etkilenip etkilenmediğinin" belirlenmesidir.

Madde 6/2, kanun yolları aşamalarının sonuna kadar uygulama alanı bulacaktır. Söz konusu ilke, bir sanığa karşı yürütülen yargılamanın takipsizliğine karar verilmesi halinde de uygulanmaktadır²⁹⁴.

Masumiyet karinesi, sanığın bir suçu işleyip işlemediğinin kanıtlanması sürecine ilişkin bir konudur. Suça etki eden faktörlerin, örneğin ağırlatıcı sebeplerin göz önüne alınması karineye aykırılık oluşturmaz²⁹⁵. Dolayısıyla, bir mahkemenin sanığın sabıka kayıtlarını yahut diğer bazı faktörleri (yargılama sırasında ileri sürülme se bile) göz önüne alarak karar vermesi, karineye aykırılık teşkil etmez²⁹⁶. Ayrıca masumiyet karinesi, daha önce hüküm giymiş bir kimsenin yeniden yargılanmasında geçerli değildir²⁹⁷.

Masumiyet karinesi, daha çok mahkemedeki yargılama aşamasında önemi ortaya çıkan bir ilkedir. Buna karşın, ceza soruşturması aşamasında, kan testlerinde²⁹⁸, tıbbi araştırmalarda²⁹⁹ ya da resmi mercilere aleyhe delil sunulmasında³⁰⁰ masumi-

(294) *Minelli v. Switzerland*, 25.03.1983, Ser. A. No.62, 5 EHRR 554.

(295) *Engel and others v. Netherlands*, a.g.k., para. 90.

(296) *Engel and others v. The Netherlands* a.g.k. para. 90.

(297) Appl. No. 914/60, *X v. FRG*, 4 YB 372

(298) Appl. No. 8239/78, *X v. The Netherlands*, 16 DR 184 (1978)

(299) Appl. No. 986/61, *X v. FRG*, 5 YB 192 (1962)

(300) *Funke c. France*, bu kararda Gümrük İdaresi memurları Başvuruçunun işyerine gelerek 1977, 1978 ve 1979 yıllarına ait hesapların dökümünü çıkarmasını isterler. Mahkeme ise idarenin bu verileri başka bir kaynaktan elde etme yoluna başvurmaksızın başvuruçudan kendisine isnat edilen suç için kanıt üretmesini istemesini sanığın "susma" ve "kendi suçsuzluğunun kanıtlanmasına katkıda bulunma hakkına" aykırı bulmuş ve 6/1. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

yet karinesi koruma sağlamamaktadır. Benzer bir biçimde solunum testleri, parmak izi, kişinin kendisi ve mülkü üzerinde gerçekleştirilen aramalar ve kimlik tespiti için de, madde 6/2 de yer alan ilke uygulanmamaktadır. Bir sanığın yargılama esnasında tutuklanması ya da bu dönemde bazı kısıtlamalara tabi tutulması da masumiyet karinesini ihlal etmez.

AIHM, masumiyet karinesini şöyle tanımlamaktadır: "**Masumiyet karinesi, diğer bazı gerekliliklerin yanında, bir mahkemenin üyelerinin, sanığın kendisine isnat edilen suçu işlemiş olduğu önyargısıyla yola çıkmamalarını güvence altına alan bir ilkedir. Kanıt yükü iddia makamının üzerindedir ve herhangi bir şüphe halinden sanık yararlanır. Diğer yandan, sanığı savunmasını hazırlayabilmesi ve sunabilmesi için kendisine karşı yürütülen davadan haberdar etme ve suçluluğu kanıtlamak için yeterli derecede kanıt gösterme görevi de, yine iddia makamına düşmektedir**"³⁰¹.

Bu doğrultuda masumiyet karinesinin anlamı, kanıt yükünün iddia makamı olan savcıda bulunması, başka bir deyişle, mahkemenin olayları incelerken, sanık için sadece şüphe duymasıdır. Ancak, bazı durumlarda, bahsedilen kanıt yükünün yargılama esnasında, sanığa geçmesi mümkündür.

Masumiyet karinesi, iç hukukta bir suç hakkında fiili ya da hukuki sorumluluk karinelerinin kabulüne engel oluşturmamaktadır³⁰². Ancak devletlerin bu karineleri uygularken belli sınırlar dahilinde hareket etmeleri gerekmektedir. Buna göre, devletler, söz konusu karineleri uygularken, **bireylerin haklarına getirilebilecek sınırlamaların (hapis ya da para cezaları) ağırlığını göz önünde bulundurmalı, "mahkumiyet kararını vermek için yeterli derecede ağır, açık ve tutarlı bir karine" olmalı, karinenin aksinin ispatlanması mümkün olmalı ve başvuru-cuyu sorumluluktan kurtarabilecek nitelikteki savunma hakları korunmalıdır**³⁰³.

Kanıt standardına gelince, suçun şüpheye yer bırakmayacak şekilde sanık tarafından gerçekleştirilmiş olduğunun bilindiği hallerde suçun ayrıca kanıtlanmasının gerekip gerekmediği konusunda AIHM kararlarında açıklık yoktur.

(301) *Barberá, Messegué and Jabardo v. Spain*, a.g.k. para. 77.

(302) *Salabiaku v. France*, 07.10.1988. *Janosevic v. Sweden*, 23.06.2002, *Västberga Taxi AB and Vulic v. Sweden* 23.07.2002.

(303) *Salabiaku v. France*, a.g.k., para. 28; *Pham Hoang c. France* (25.09.1992) kararında da İHAM, somut olayda, başvuru sahibi aleyhine Fransız mevzuatında öngörülmüş olan karinelerin kendisine savunma hakkı tanındığı için 6/2'ye aykırılık teşkil etmediği sonucuna varmıştır. Ayrıca bkz. *Janosevic v. Sweden*, para. 103,109.

"Kanıt" unsurunun yerine gelmiş sayılması için "suçun sabit olduğunun hukuk önünde yeterince güçlü bir delil temeline" dayanmış olması yeterlidir³⁰⁴. Ancak sanığa aleyhine sunulan delilleri reddetme imkanı tanınmalıdır, ayrıca tabii bazı deliller, örneğin kötü muamele yapmak suretiyle elde edilen ikrar, delil olarak kabul edilmemelidir.

Masumiyet karinesinin bir başka yönü de, bir mahkemenin ya da resmi bir makamın³⁰⁵ bir kimsenin mahkumiyetine karar verilmeden önce, o kimsenin suçlu olduğuna dair bakış açısını ortaya koymaları halinde ortaya çıkmaktadır. Eğer bir yargısal karar, savunma haklarını kullanma imkanı vermeksizin, resmi olarak suçluluk tespit edilmemesine rağmen, başvuruçunun suçlu olduğu düşüncesini yansıtır ve ya ima ediyor ise, maddenin 2. fıkrasındaki masumiyet karinesi ihlal edilmiş sayılabilir. Bir dava, sanığın beraatiyle veya takipsizlik kararıyla sonuçlandığı takdirde, yargılama giderlerinin sanığa yükletilmesi, bu tür ihlale neden olmaktadır³⁰⁶.

Yürütülmekte olan bir ceza soruşturması sırasında, yargılama hakkında, özellikle kamunun ilgilendiği hususlarda, basında yorumlar yapılması, beklenmesi gereken bir olgudur³⁰⁷ ve profesyonel yargıçların bu tür yorumlardan etkilenmeyecekleri, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından varsayılmaktadır. Fakat bu yorumlar devlet organlarından birinin kışkırtmasıyla ortaya çıkmış ise devletin sorumluluğu doğabilecektir³⁰⁸.

Aynı şekilde, yürütülmekte olan bir ceza soruşturması hakkında, yetkililerin kamuoyuna bilgi vermesi engellenemez. Ancak eğer devlet yetkililerinden biri tarafından basına verilen ifadeler, sanığın suçlu olduğu yönünde ise, bu müdahale, masumiyet karinesi açısından, devletin sorumluluğunu doğurur³⁰⁹.

(304) *Austria v. Italy*, 6 YB 740 at 784 (1963) (Kom.Rap.) CM Res DH (63) 3

(305) *Alenet de Ribemont c. France*, 10.02.1995, Ser. A, No. 308, 20 EHRR 557.

(306) *Minelli v. Switzerland*, a.g.k., para. 37, başvuruçunun suçlu olduğu olmadan, davası zamanaşımı nedeniyle sona ermesine rağmen, dava masraflarının bir kısmının başvuruçuya yüklenmesi md 6/2 açısından ihlale neden olmuştur; Ayrıca bkz. *Adolf v. Austria*, a.g.k., para. 39-40.

(307) Appl no. 3444/67, *X v. Norway*, 35 CD 37 (1970)

(308) Appl No. 7572/76, 7586/76 ve 7587/76, a.g.k., s. 112-113.

(309) *Alenet de Ribemont c. France*, a.g.k., para. 38. Mahkeme aynı doğrultuda bir başka yorumunda da "bir kimsenin yargılanarak bir suçtan dolayı hüküm giymesi aşamasından önce, Devlet yetkililerinin beyanlarında kullandıkları ifadelerin seçiminin önemi üzerinde durmuştur *Daktaras v. Lithuania*, 10.10.2000 para. 4

Masumiyet karinesinin, haksız yargılama ve tutuklamadan dolayı açılacak tazminat davalarında da uygulanması mümkündür³¹⁰. Bir ceza davası sonucu alınmış beraat ya da davanın düşmesi kararı, haksız tutuklama ya da yakalamadan dolayı açılacak tazminat davasında da belirleyici faktördür. Sanığın şüphe halinden yararlanarak beraat ettiği esasına dayanılarak tazminat talebinin reddi, masumiyet karinesine aykırıdır.

Bir yargılamanın ardından verilen "beraat kararının kesinleşmesinin ardından, bir daha şüphe haline dayanılması kabul edilemez"³¹¹. Kesin kararın verilmesinden sonra, kişi hakkında şüphe halinin bulunduğu yönünde imada bulunulamazsa da, kesin karar verilirken, suçlu olduğu yönünde kesin saptamalar olmaksızın, şüphe halinin mevcut olduğunu belirtmek mümkündür. Örneğin, sorgu hakiminin, şüphe halinin bulunduğu ancak davanın delil yetersizliğinden dolayı açılmadığına ilişkin yapmış olduğu belirleme masumiyet karinesine aykırı değildir³¹². **Yaşar Kemal Gökçeli - Türkiye davasında** da "kitabın toplatılmasına ilişkin hakim kararı" suçluluk saptaması olarak değil, bir şüphe hali olarak değerlendirilerek ihlal bulunmamıştır³¹³.

Buna karşın, şartlı tahliye edilen başvuru sahibinin kendisine sonradan isnat edilen suçla ilgili davası sürerken, bu davanın sonucunu beklemeden, başvurucu-ya karşı, ulusal mahkemenin, "cezasının askıya alındığı dönemde yeni suçlar işlemek suretiyle, şartlı tahliyesine neden olan beklentileri yerine getirmediğini ileri sürerek" tahliyeyi kaldırma kararı vermesi, masumiyet karinesine aykırıdır³¹⁴.

(310) *Sekanina v. Austria* 25.08.1993, *Asan Rusbiti v. Austria* 21.03.2000, *Lamanna v. Austria* 10.10.2001, *Weixelbraun v. Austria* 20.12.2001, *Vostic v. Austria* 17.10.2002, *Demir v. Austria* 05.11.2002, *Hammern v. Norway* 11.02.2003, *O. v. Norway* 11.02.2003.

(311) *Sekanina c. Autriche*, para. 30; Hammern kararında da, Norveç Ceza Usul Kanununun 444. maddesi uyarınca, sanığının haksız tutuklamadan dolayı tazminat talep edebilmesi için, beraat etmesi ya da kendisine karşı açılan davanın düşmesinin yanısıra, isnadın temelini oluşturan eylemin kendisi tarafından gerçekleştirilmemiş olduğunun %50'den fazla bir olasılık dahilinde ortaya çıkmış olmasının arandığından bahisle yerel mahkeme tarafından tazminat talebi reddedilmiştir. İHAM aynı gerekçe ile kararı 6/2'ye aykırı bulmuştur, *Hammern v. Norway*, para. 47-49 İHAM'ın aynı doğrultuda kararları için bkz. *Asan Rusbiti v. Austria* 21.03.2000, *Lamanna v. Austria* 10.10.2001. Bu son anılan iki kararda, İHAM hükümetin yaptığı, "beraate hükmeden mahkemenin kararında şüphe halinin bulunduğu bahsetmesi halinde sonradan da şüphe halinden bahsedilmesi mümkündür" şeklindeki savunmayı da geçersiz bulmuştur. Zira İHAM'a göre bu tarz bir yorum, "sanığa, hukuka uygun olarak suçluluğu kanıtlanmadan önce yargısal kararlarda ya da resmi mercilerin beyanlarında suçlu olduğu yönünde değerlendirmelerde bulunulmasına karşı koruma sağlamak" şeklindeki masumiyet karinesi ile güdülen genel amaca aykırıdır, bkz. *Rusbiti*, para. 31, *Lamanna*, para. 38.

(312) *Leutscher v. The Netherlands*, 26.03.1996, *Lutz v. Germany* 25.08.1987, *Marziano c. Italie* 28.11.2002

(313) *Yaşar Kemal Gökçeli c. Turquie*, 04.03.2003, para. 47

(314) *Böbmer v. Germany*, 03.10.2002, para. 64-65, temyiz mahkemesi adeta ilk derece mahkemesinin rolünü üstlenerek, (ilk derece mahkemesinde dava halen görülmekte iken) sanığın şüphe halinde bulunduğu değil suçlu olduğu takdirini içeren, bir karar vermiştir.

Bir mahkemenin ceza yargılaması sonucunda, üçüncü bir kişiye ilişkin olarak vermiş olduğu kararda, yargılamanın konusunu oluşturan suçtan dolayı henüz yargılanmamış olan başka bir kişiye atıf yapması ve anılan kişinin söz konusu suça karışmış olduğunu söylemesi, masumiyet karinesine aykırı değildir³¹⁵.

Ayrıca masumiyet karinesi, her ne kadar, medeni yargılama alanında ortaya çıkan bir ilke olarak görülmesi de, bir kişinin, halihazırda görülen bir ceza davasına konu olan suçu işlediğine dair hukuk mahkemesinin beyanda bulunması, masumiyet karinesine aykırı olarak kabul edilir. Çünkü, hukuk mahkemesi, ceza mahkemesinin, cezai sorumluluk alanında vermiş olduğu kararlarla bağlıdır³¹⁶.

6.1. İç Hukukumuza Yönelik Yorum ve Öneriler

6.1.1. Ceza Hukuku

a) Suçsuzluk karinesini korumak amacı ile, "hazırlık soruşturmasının gizliliğini ihlal etme suçu" ihdas edilmelidir.

Bu suç tipi Fransa, İsviçre gibi devletlerde ve TCKT 2003'de vardır. İhdas edilmesi gereken bu suç, genel nitelikte olduğu için, disiplin müeyyidesi ile karşılanmamalı, "suç" olarak düzenlenmeli ve 6. madde garantileri ile korunmalıdır (Weber v. İsviçre, 22 Mayıs 1990, § 33).

b) Duruşmalarda resim çekilmesi ve video kaydı yapılıp yayınlanması engellenmelidir, bu durum, "suçsuzluk karinesi" ile bağdaşmaz.

(315) Appl. no. 18672/91, *Gjerde v. Norway* (1993)

(316) Appl no. 9395/81, *X v. Austria*, 30 DR 227 (1982)

B Ö L Ü M

SANIĞIN ASGARİ HAKLARI

7. SANIĞIN ASGARİ HAKLARI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Belirlediği Temel İlkeler

7.1. Suçlamanın Niteliği ve Nedenlerinden Sanığın Haberdar Edilmesi

AİHS'nin 6. maddesinin 3 (a) bendi uyarınca, kendisine bir suç isnat edilen kimse, **anladığı dilde ve detaylı olarak kendisine yöneltilen suçlamanın nedenleri ve niteliği hakkında en kısa zamanda bilgilendirilme hakkına sahiptir.**

Söz konusu bend, 5. maddenin 2. fıkrasında gözaltına alınan kimseler için öngörülen, "yakalama nedenleri ve hakkındaki her türlü suçlamanın en kısa zamanda anladığı bir dilde kendisine bildirilmesi" güvencesi ile benzerlikler göstermektedir. Ancak her ne kadar, her iki hükmün de, bireyin devlet güçlerinin neden kendisine karşı hareket ettiğini bilme meşru talebine dayandığı iddia edilebilirse de, aslında iki düzenlemenin amacı da birbirinden farklıdır.

5. maddenin 2. fıkrası, yakalanan veya tutuklanan kimsenin tutulmasının hukukiliğini sorgulayabilmesini güvence altına alırken, 6. maddenin 3 (a) bendindeki bilgilendirme hakkı, bireyin savunmasını hazırlayabilmesi için gereklidir. Bu nedenle, md 6/3 (a) gereğince, sanığa verilecek bilgi, kendisinin hangi fiili nedeniyle suçlandığını ve bu fiilin hukuki niteliğinin ne olduğunu içerecektir. Dolayısıyla madde 5/2 uyarınca verilmesi gereken bilgiden çok daha ayrıntılı olacaktır³¹⁷ ve ayrıntının derecesi her somut olayda değişecektir.

Madde 6/3 (a)'nın ne zaman uygulanmaya başlayacağı açık olarak ortaya konulmuş değildir. Ceza kovuşturmasında belirleyici bir rol oynayan iddianamenin sanığa tebliğ edilmesi ile, sanığın, yazılı bir biçimde, suçlamaların maddi ve hukuki temelinden resmi olarak haberdar olduğu kabul edilmektedir³¹⁸.

6/3 (a)'nın, sanığın savunmasını hazırlamasına yardım etme işlevi ve ön soruşturma aşamasındaki hayati rolü, bazı hukuk sistemlerinde, söz konusu bilgilendirmenin, daha önce, kişinin 6. madde anlamında suç isnadının konusu olmaya başladığı anda yapılmasını gerekli kılmaktadır.

(317) Appl no. 8490/79, *X v. Austria*, 12.03.1981, 22 DR 144; Appl no. 10959/84, *Chibchlian et Ekindjian c. France*, 16.03.1989, para. 49.

(318) *Kamasinski v. Austria*, a.g.k., para. 79-81

Bilgilendirmenin "derhal-kısa zamanda³¹⁹" yapılması zorunluluğu, Mahkeme tarafından açıklığa kavuşturulamamıştır, her somut olayda değişmektedir. Fakat, **"kısa zaman"ın başlangıç noktası, kovuşturulmaya geçildiği an, en azından sanığın yargıç önüne gönderildiği an olacaktır**³²⁰. Sanığa, kendisi hakkında kovuşturmaya başladığına dair gönderilen, sanığın işlediğinden şüphe edilen suçlara, uygulanacak Ceza Kanunu hükümlerine, mağdurun ismine, yer ve zaman gösterilmek suretiyle yeteri derecede yer veren "bildirim³²¹", 6/3(a)'nın öngörmüş olduğu "en kısa zamanda bilgilendirilme" gerekliliğine cevap verir niteliktedir³²².

Sanığın kendisine karşı yapılan suçlamanın "mahiyetinden", başka bir deyişle **kendisine isnat edilen suçtan** ve anılan suçun "nedeninden" yani **iddianın dayandığı maddi olgulardan** haberdar edilmesi gereklidir³²³. Ayrıca, bilgilendirme, bu maddi olguların hukuki nitelendirilmesini de içermelidir³²⁴. Sanığa, kendisine yüklenen suçların açık ve tam bir bildirimının (yargı mercilerinin bu konuda yapabileceği hukuki nitelendirme de dahil olmak üzere) yapılması, adil bir yargılanmanın temel şartıdır³²⁵.

Suçlamanın niteliği ve nedeninden haberdar olma hakkı, sanığın savunmasını hazırlama hakkı ışığında da düşünülmelidir³²⁶. Bu nedenle, yargılama sırasında, suçun hukuki niteliğinin değişmesi halinde de, sanığa bildirilmesi gerekmektedir³²⁷.

(319) İngilizce metinde "promptly"(derhal), Fransızca metinde "dans le plus court delai"(en kısa zamanda)

(320) Appl no. 10959/84, *Chichlian et Ekindjian c. France*, 16.03.1989, para. 49. Bu konuda Komisyon da bilinçli olarak kapıyı açık bırakmıştır. Appl. no. 8361/78, *X v. The Netherlands*, 27 DR 37 (1981).

(321) Yargı mercii tarafından suç işlediğinden şüphe edilen kimseyi kendisine karşı tahkikata başladığı konusunda bilgilendirmek, onu tercihinine göre bir avukat belirlemeye ve ikametgah göstermeye davet etmek üzere gönderilen belge, *Brozicek v. Italy*, 19.12.1989, para. 24.

(322) *Brozicek v. Italy*, a.g.k., para. 42.

(323) Appl. no. 524/59, *Ofner v. Avusturya*, 3 YB (1960)

(324) Appl no. 10959/84, *Chichlian et Ekindjian c. France* 16.03.1989 (Kom.Rap.) para. 50, *Gea Catalan c. Espagne*, 10.02.1995, para. 26, *Pélissier et Sassi c. France* 25.03.1999 para.51

(325) *Pélissier et Sassi c. France*, 25.3.1999 para. 52.

(326) *Pélissier et Sassi c. France*, a.g.k. para. 54

(327) Appl no. 10959/84, *Chichlian et Ekindjian c. France* a.g.k., *Pélissier et Sassi c. France* a.g.k., *Sadak, Zana, Dicle et Doğan c. Turquie*, 17.07.2001. *Sadak, Zana, Dicle ve Doğan* kararında, Mahkeme, 21.06.1994 tarihli iddianamede kendilerine Türk Ceza Kanununun (TCK) 125. maddesinden dolayı suç isnadı yapılan sanıklar, 08.12.1994 tarihli son duruşmada suç isnadının değiştirilerek 168. maddeye göre hüküm kurulmasının istendiğini öğrenirler. Mahkeme bu noktada iki değerlendirme yapmıştır. İlki başvuru için başlangıçta isnat edilen 125. maddede yer alan suçun, 168. maddede öngörülen suç şeklinde yeniden nitelendirilebileceğinin öngörülebilir olup olmadığıdır. İkinci değerlendirme ise, suçun hukuki vasfının değiştirilmesinden sonra, sanığın savunma hakkını etkin ve somut bir biçimde kullanmasını sağlayacak olanakların özellikle de ek bir sürenin tanınıp tanınmadığıdır, para. 52, 57.

Sanığa yapılacak bildirimde nelerin belirtilmesi gerektiği, kişinin maruz kaldığı soruşturmaya ve durumun gerekliliklerine göre farklılık gösterir.

Bilgilendirmenin hukuki ve fiili hiçbir hataya yer vermeyecek şekilde gerçekleştirilmesi gereklidir. Ancak sanığın kendisinin de, suçlamayı öğrenmek için sahip olduğu fırsatlardan yararlanması gerekmektedir³²⁸.

Detaylı olarak bilgi verilmesi ibaresi, suçlanan kişiye adil yargılanma (6/3-a) anlamında gerçekleştirilecek bilgilendirmenin, kişi özgürlüğü (5/2) anlamında gerçekleştirilmesi gerekenden daha detaylı olması gerektiğini ifade etmektedir³²⁹. Kişi özgürlüğü sınırlananlar için öngörülen bilgilendirme, "ilksel bir bilgilendirmedir". Tutulan her kimsenin, bunun nedenini bilme hakkına dayanır ve tutulmasının hukukiliğini yetkili mahkeme önünde tartışabilmesi için gerekli olan maddi ve hukuکی özgürlükten yoksun bırakma nedenlerini kapsar³³⁰.

Şüphelilerin yakalanmalarından birkaç saat sonra, ifade verme işlemi sırasında yakalanma nedenlerinin açıklanması ya da sorulan soruların içeriğinden neyle suçlandıklarını anlayabilecek durumda olmaları yeterlidir³³¹ veya yakalandıkları anda içinde buldukları durum, neyle suçlandıklarını açıkça gösterir nitelikte olabilir³³².

Adil yargılanma hakkı çerçevesinde, "**detaylı bildirim**", sanığın savunmasını hazırlayabilmesi için, isnadın dayandığı temel delilden bahsetme zorunluluğu olmaksızın, gerekli olan tüm olguları içermelidir³³³". Sanığın savunmasını hazırlayabilmesi amacıyla, kendisine isnat edilen suçu tamamıyla anlaması için yeterli imkanların verilmesi gereklidir. Dolayısıyla anılan hak, (b) bendindeki gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı ile beraber değerlendirilmelidir³³⁴.

Bir yargılamanın, "adil yargılanma hakkına" uygun olup olmadığı değerlendirilirken, yargılamanın bütünü göz önünde bulundurulur³³⁵. Dolayısıyla, daha önce ih-

(328) Bir mahpus, kendisine yüklenmek istenen disiplin cezası nedeniyle gerçekleştirilen, kendisinin bilgisi dahilinde olan ve suçlama hakkında daha fazla bilgi alabileceği ön duruşmada hazır bulunmamıştır. Mahkemeye göre, başvuru 6/3(a)'da ifadesini bulan haktan yararlanmadığını iddia edemez, çünkü bilgi almak konusunda kendi sorumluluğunu yerine getirmemiştir. *Campbell and Fell v. UK*, a.g.k. para. 96.

(329) Appl. no. 343/57, *Neilsen v. Denmark*, 2 YB 412 at 462

(330) *Fox, Campbell and Harley v. United Kingdom*, 30.08.1990, para. 40

(331) *Murray v. U.K.*, a.g.k. para. 77.

(332) Başvurucular, kimlik kontrolü sırasında gösterdikleri belgelerin sahte olması nedeniyle yakalanmışlardır, *Dikme v. Turkey*, 11.07.2000, para. 54.

(333) Appl. no. 524/59, *Ofner v. Austria*, 3 YB (1960)

(334) *Mattoccia v. Italy*, 25.7.2000, para. 60.

(335) *Sipavicius v. Lithuania*, 21.2.2002, para. 20, *Dallos v. Hungary*, 1.03.2001, para. 30, *Miailbe v. France* 26.9.1996 para. 43, *Imbrioscia v. Switzerland* 24.11.1993, para. 38

mal edilmiş olmasına rağmen, kanun yolları aşamasında 6/3 (a) maddesinin gereklilikleri yerine getirilmiş olabilir³³⁶.

Sanığa anladığı dilde bilgilendirmenin yapılması gereklidir. Yetkili mercilerin elinde, sanığın yeterli derecede dile hakimiyeti olduğunu kanıtlayacak ya da makul bir şekilde temellendirecek bir delil olmadıkça, dil bilmediğini iddia eden sanığa uygun bir çeviri temin etmek zorunluluğu vardır. Fakat bu yükümlülük, tüm dava dosyasının sanığın anladığı dile çevrilmesi anlamına gelmez³³⁷.

Gerekli olan bilgilendirme, **bir çevirmen yardımıyla yapıldığı takdirde**, masrafları 6/3 (e) bendine tabi olacaktır. Yabancı bir sanığa sağlanacak ya da tercüme edilecek bilgilerin zorunlu olarak yazılı yapılması gerekmemektedir. Esas önemli olan, "sanığa isnat edilen suçun bildirilmesinde, gösterilmesi gereken özendir"³³⁸.

7.2. Savunmanın Hazırlanması için Gerekli Zamana ve Kolaylıklara Sahip Olmak

7.2.1. Gerekli Zaman

Savunmanın hazırlanması için yeterli zaman tanınması (AİHS m.6/3-b), sanığı acele-yargılamaya³³⁹ karşı korumak amacını taşımaktadır. Söz konusu güvence, kişiye suç isnat edildiği an başlamaktadır.

Savunma için sanığa verilen sürenin yeterliliği, her olayın kendi öznel koşullarına göre değişmektedir. Bu koşullar, davanın karmaşıklığı³⁴⁰, savunma avukatının bu davadaki iş yükü³⁴¹, yargılamanın gelmiş olduğu aşama³⁴² veya sanığın bizzat savunma yapma kararı³⁴³ gibi pek çok nedenden kaynaklanabilir.

(336) *Dallos - Macaristan* davasında, suçun hukuki niteliği Bölge Mahkemesi önünde değişmiştir. Dava daha sonra Yüksek Mahkeme önüne gitmiştir. Yüksek Mahkeme, hem maddi hem de hukuki açıdan tam bir inceleme yapmıştır. Ayrıca Yüksek Mahkemenin mahkumiyet kararını beraat kararına ikame etme yetkisi vardır. Yeniden nitelendirilmiş suç için sanığın Yüksek Mahkeme önünde savunmasını sunma imkanı bulunması ve "*Bölge Mahkemesi önündeki yargılamadaki hataların Yüksek Mahkeme önünde giderilmiş olması*" nedeniyle olayda ihlal bulunmamıştır, para. 35.

(337) *Brozicek v. Italy*, a.g.k. para. 41; *Kamasinski v. Austria*, a.g.k. para. 79.

(338) *Kamasinski v. Austria*, a.g.k. para.79.

(339) Appl. no. 8463/78, *Kröcher and Möller v. Switzerland*, 26 DR 24 at 53

(340) *Albert and Le Compte v. Belgium*, 10.02.1983 para. 41.

(341) Appl. no. 7909/7, *X and Y v. Austria*, 15 DR 160 (1978)

(342) Appl. no. 5523/72, *Huber v. Austria* (1974)

(343) Appl. no. 2370/64, *X v. Austria*, (1967)

İlk derece mahkemesi önündeki bir yargılamaya konu olan oldukça karmaşık bir davada, duruşmadan **on yedi gün önce gönderilen bildirim**, Komisyon tarafından yeterli süre şartına uygun sayılmıştır³⁴⁴. Bir hapisane disiplin duruşması için beş gün önceden yapılan bildirim yine yeterli addedilmiştir³⁴⁵. Buna karşın, sanık avukatlarının, duruşmaların başlamasından iki hafta önce 17.000 sayfalık dava dosyasını edinebilmeleri ihlal olarak nitelendirilmiştir³⁴⁶.

Kanun yolları aşamasında da, kısa zaman dilimleri yeterli olarak sayılmıştır³⁴⁷. Ancak zaman sınırlamasının kısıtlılığı ile birlikte, aleyhine kanun yoluna başvuru kararın belirsizliği, bir itirazda bulunulmasını ya da temyiz yoluna gidilmesini etkisizleştiriyorsa, ihlale konu olabilmektedir³⁴⁸.

7.2.2. Yeterli Kolaylıklar

Mahkeme, sanığa yeterli kolaylıklar sağlanması kavramını, **Can - Avusturya kararında** şu şekilde açıklamıştır: "**Söz konusu hak, sanığa savunmasını uygun bir biçimde organize etme ve savunmasının dayanaklarını hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın mahkeme önünde ortaya koyma fırsatı vermelidir**"³⁴⁹.

Bir suç isnat edilen herkes, savunmasını hazırlamak amacıyla, kendisine karşı yürütülen soruşturmadan kurtulmasını sağlayacak fırsatları da içeren, kolaylıklara sahip olmalıdır. Bu kapsamda, sanığın beraat etmek ya da cezasından indirim yapılması amacıyla, yetkili merciler tarafından toplanmış ya da toplanabilecek belgelere ulaşmaya hakkı bulunmalıdır. Bu nedenle, Savcılık dosyasına ulaşma talebinin reddi, söz konusu dosya sanığı beraat ettirebilecek yahut cezasından indirim yapılmasına sebep olabilecek ögelere yer verdiği takdirde, 6/3 (b) maddesinin ihlaline sebep olmaktadır.

İlgili belgelere ve ögelere ulaşamadıklarını, onları görmediklerini kanıtlama yükü başvurucudadır. Ulaşma imkanının tanınmadığı rapor veya belgenin içerdiği bilgiler, başka belgelerde tekrar edilmiş ise, ihlale konu olmamaktadır³⁵⁰.

(344) Appl. no. 7909/7, *X and Y v. Austria*, 15 DR 160 (1978)

(345) *Campbell and Fell v. UK*, a.g.k. para. 97-99.

(346) *Ocalan v. Turkey*, 12.03.2003, para. 164-168.

(347) Appl. no. 5523/72, *Huber v. Austria*, 17 YB 314

(348) *Hadjianastassiou v. Greece*, 16.12.1992, para. 32 vd., bkz. "gerekçeli karar" başlığı.

(349) *Can v. Austria A 96* (1985) §53 F

(350) Appl. no. 8403/78, *Jespers v. Belgium*, 14.12.1981, 27 DR 61

Sanık avukatlarının, başvuruca, dava dosyasının bir kopyasını göstermelerinin, duruşmalar başlayana kadar yasaklanması ve ancak duruşmalar başladıktan sonra verilmesi, başvurucaunun savunma haklarının somut olayda ne kadar kısıtlandığına bakılarak değerlendirilmektedir. Dosyadaki incelenecek belgeler çok ise ve belgelerdeki bilgiler hakkında avukatların doğrudan sanıktan bilgi almaları gerekiyor ise, duruşmalardan önce sanığın dosyadaki belgelerin bir kopyasını görememesi, adil yargılanma hakkına aykırılık oluşturmaktadır³⁵¹.

Savunma makamının davasını hazırlamak amacıyla ihtiyaç duyduğu diğer kolaylıklar açısından, savunma avukatına yönelik zaman kısıtlamaları, erteleme talebinin reddi veya fiilin işlendiği yer ve zaman konusunda belirsizlik olması nedeniyle, sanığın o sırada başka yerde olduğunu kanıtlamak için tanık gösterme imkanının ortadan kalkması³⁵² da, yargılamanın adil olup olmadığının değerlendirilmesinde, dikkate alınmaktadır.

7.3. Sanığın Kendi Kendini Savunması veya Kendi Seçeceği Bir Müdafinin veya Gereğinde Mahkeme Tarafından Tayin Edilecek Bir Avukatın Yardımından Yararlanması

Ceza yargılaması sırasında sanık, **kendini bizzat savunma, savunmasında kendi seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanma ve bir avukata sahip olmak için yeterli mali olanağa sahip değilse ve adaletin selameti gerektiriyorsa mahkeme tarafından görevlendirilecek bir avukatın ücretsiz yardımından yararlanma** haklarına sahiptir.

Bu haklar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/3 (c) bendinde sayılmıştır. Savunma yol ve yönteminin seçimi, ilk iki durumda sanığın takdirine bırakılmıştır.

7.3.1. Kendi Kendini Savunma

Sanığın kendi kendini savunabilmesi için, mahkeme önünde bizzat hazır bulunması imkanına sahip olması gerekmektedir. Duruşmada hazır bulunma hakkı AİHS’de açıkça belirtilmese de, bu bendin ve hakkaniyete uygun yargılanma ilkesinin bir gereğidir.

Bu hak, sadece ceza davalarında değil, medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davalarda da uygulama alanı bulabilmektedir.

(351) *Ocalan v. Turkey*, a.g.k., para. 158-163.

(352) *Mattoccia v. Italy*, 25.07.2000, para. 71 (ihlal).

7.3.2. Savunmada Bir Müdafinin Yardımından Yararlanma

Savunmada sanığın önünde bulunan **ikinci yol, bir avukatın yardımından yararlanmaktır**. Avukat ya sanık tarafından seçilecek ya da mali durumunun uygun olmaması durumunda adaletin selameti gerektiriyor ise, mahkeme tarafından re'sen görevlendirilecektir.

Ulusal hukuktaki yargılamanın bütününe ve istinaf veya temyiz mahkemesinin rolüne bakılarak, sanığın, kanun yolları aşamasında da temsili gerekebilir³⁵³.

Hazırlık soruşturmasının polisteki başlangıç aşamalarından itibaren,³⁵⁴ sanığın üçüncü kişilerin duymayacağı bir biçimde müdafinin ile görüşme hakkı vardır³⁵⁵, bu kendi kendini suçlamama hakkının da güvencesini oluşturmaktadır³⁵⁶. Sanığın müdafinin ile sadece ilk görüşmesi sırasında, polis memurunun bulunması dahi savunma haklarını etkili bir biçimde kullanma hakkına aykırı olabilir³⁵⁷. Tutuklu bulunan kimsenin avukatıyla görüşmelerinin sorgu hakimi önünde yapılması yönünde sınırlanması da aykırılık yaratabilmektedir³⁵⁸.

Sanığın duruşmada bizzat hazır bulunmaması durumunda, temsilcisinin de duruşmaya kabul edilmemesi³⁵⁹, 6. maddenin 3 (c) bendine aykırıdır.

Müdafinin ile temsil hakkı sınırsız değildir³⁶⁰. Önemli olan, yargılamaya bir bütün olarak bakıldığında, başvuruçunun müdafinin yardımından etkili bir biçimde yararlanmış olmasıdır.³⁶¹

Sanığın avukatıyla yargılama öncesi aşamada ya da gereklilik halinde daha sonra da görüşebilmesi gerekmektedir³⁶².

Kamu yararı amacıyla, avukatların ziyaretleri sınırlanabilir³⁶³. Ancak, bu tür avukatla görüşmeye ilişkin süre sınırlamaları, "sanığa yüklenen suçların ağırlığı ve kar-

(353) *Monnell and Morris v. U.K.*, a.g.k., para. 56,70.

(354) *John Murray v. U.K.*, a.g.k., para 63; *Magee v. U.K.*, a.g.k., para. 41, 44-46

(355) *Brennan v. U.K.*, a.g.k., para. 58; *Ocalan v. Turkey*, a.g.k., para. 144-151.

(356) *Magee v. U.K.*, a.g.k., para. 45.

(357) *Brennan v. U.K.*, a.g.k., para. 63.

(358) *Lanz v. Austria*, 31.02.2002, para. 33.

(359) *Van Geyselchem v. Belgium*, 21.01.1999; *Van Pelt v. France*, 23.05.2000.

(360) *Can v. Austria*, 12.07.1984, Ser. A, No. 96, (Kom. Rap.).

(361) *Imbroscia v. Switzerland*, a.g.k., para. 41.

(362) *Campbell and Fell v. U.K.* a.g.k.

(363) Appl. no. 8463/78, *Kröcher and Möller v. Switzerland*, 26 DR 24.

maşıklığı" nedeniyle sanığın minimum haklarına aykırı hale gelebilir. Sanığa avukatla ancak belli aralıklarla ve belli bir zaman dilimi içinde görüşme hakkı tanınarak sınırlama yapılabilir, fakat dava karmaşık ise, bu tür süre sınırlamaları da, adil yargılanma hakkının ihlaline neden olabilir³⁶⁴.

Avukatlık mesleğinin bağımsızlığı dikkate alınarak, avukatın davranışı, avukat ile müvekkil arasındaki bir konudur. Devlet, ancak müdafinin etkili temsil konusundaki ihmali açıkça görülüyor veya bilgisine sunulmuş ise, bu ilişkiye müdahale etme yükümlülüğünü taşımaktadır. Devlet adli yardım ile veya sanık tarafından atanmış müdafinin bütün ihmalleri nedeniyle sorumlu değildir³⁶⁵.

Ücretsiz müdafî yardımından yararlanma hakkı da sınırsız, mutlak bir hak değildir. Bu yardım, ancak sanık mali imkanlardan yoksun ise ve adaletin selameti gerektiriyor ise verilir.

Mali imkanlardan yoksun olduğunu ispat görevi, bu yardımı talep eden kişiye aittir³⁶⁶. Adaletin selametinin bu yardımı gerekli kılıp kılmadığı ise çeşitli kriterlere tabidir. Bunlar davanın karmaşıklığı, isnat edilen suçun ciddiliği, karşılaşılan cezanın ağırlığıdır³⁶⁷. Örneğin mahkumiyet kararını temyiz edemeyecek durumdaki yabancıya re'sen ücretsiz avukat atanmaması,³⁶⁸ madde 6/3 (c)'ye aykırıdır.

İç hukukta bir ceza davası olarak kabul edilmemekle birlikte, "suç isnadının", Sözleşme organları tarafından özerk yorumlanması sonucu, "**ceza olarak görülen müeyyide uygulamalarına**" ilişkin yargılamalarda da, müdafî tarafından temsil edilme ve müdafî yardımından ücretsiz yararlanma hakkı geçerlidir³⁶⁹.

7.4. İddia Tanıklarının Sorguya Çekmek veya Çektirmek ve Tanıkların Dinlenmesinde Hak Eşitliği

AIHS'nin 6/3 (d) bendinde belirtilen bu kural, "hakkaniyete uygun yargılanma hakkı" içinde yer alan **çelişmeli yargılama** ve **silahların eşitliği** ilkeleri ile **delil kurallarının** bir uzantısıdır.

(364) *Ocalan v. Turkey*, para. 154-157.

(365) *Imbroscia v. Switzerland*, a.g.k., para. 41.

(366) *Croissant v. Germany*, 25.09.1992, Ser. A, No. 237-B, 16 EHRR 135, para. 37.

(367) *Quaranta v. Switzerland*, 24.05.1991, Ser. A, No. 205, para. 31-38; *Boner v. U.K.*, 28.10.1994, Ser. A, No. 300-B, 19 EHRR 246, para. 44.

(368) *Biba v. Greece*, 26.09.2000.

(369) *Benham v. U.K.*, a.g.k., para. 64; *Perks and others v. U.K.*, 12.10.1999, para. 76.

Bu bent bir yönüyle savunma tanıklarının da, iddia tanıklarıyla aynı düzeyde tutulmasını ve aynı koşullar altında davet edilip dinlenmelerini öngörür.

Diğer yönüyle de, yargılamada yüz yüzelik ve çelişmelilik, özellikle de tanıkların dinlenmesinde çapraz sorgulama güvencelerini gerektirmektedir. Böylece, iddianın dayandığı delillerin neler olduğunu sanık bilecek ve iddia kanıtlarına karşı kendi savunmasını sunacak ve açıkça tartışacaktır.

7.5. Sanığa Ücretsiz Olarak Tercüman Sağlanması

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/3 (e) maddesinde, "**bir suç isnat edilen kimsenin duruşmada kullanılan dili anlamadığı ya da konuşamadığı takdirde, ücretsiz olarak tercüman yardımından yararlanma hakkı olduğu**" belirtilmektedir.

Bu hak sadece "kendisine suç isnadı yapılan kişiler için" tanınan bir haktır³⁷⁰. Dolayısıyla e bendi kişiye henüz suç isnadı yapılmadan uygulanmayacaktır. Buna karşılık 6. maddede tanınan diğer haklar gibi, kanun yolları aşamasında da uygulama alanı bulacaktır.

Sanığa yargılama sırasındaki tüm işlemlerin tercüme edilmesi zorunlu değildir. Adil yargılanma hakkının sağlanması için gerekli olan işlemlerin tercümesi gerekmektedir. AİHM'ne göre, "**mahkemede konuşulan dili anlamayan ya da konuşamayan sanık, adil yargılanma hakkına sahip olmak için anlaması gerekli olan tüm işlemlerin kendisine tercüme edilmesi amacıyla tercüman yardımından ücretsiz olarak yararlanma hakkına sahiptir**"³⁷¹. Sanığa verilen çeviri hizmeti kendisine karşı iddia edilenleri ve savunması gerekenleri içerecek şekilde olmalıdır³⁷².

Ayrıca mahkeme kararının tercüme edilmemesi tek başına adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil etmez. Sanığa söz konusu kararın içeriği hakkında yapılan sözlü ve yeterli bilgilendirme de AİHM tarafından kabul edilmektedir. Sanık, kendisine yapılan sözlü açıklamalar sayesinde kararı ve gerekçelerini yeterince anlamışsa, bu yeterlidir³⁷³.

(370) *Öztürk v. Germany*, a.g.k., para. 47.

(371) *Luedicke, Belkacem and Koç v. FRG*, 28.11.1978, para. 48.

(372) *Kamasinski v. Austria*, a.g.k., para. 74.

(373) *Kamasinski v. Austria*, a.g.k., para. 85.

Yapılan tercüme hizmetinin ücretsiz olması gerekmektedir³⁷⁴. Bir sanığın hüküm giymesinden sonra, diğer masrafların yanı sıra tercüman masraflarının kendisine yüklenmesi adil yargılanma hakkına aykırıdır³⁷⁵. AİHM'ne göre, "**mahkumiyetten sonra hükümlüden tercüme ücretine katlanmasının istenmesi, söz konusu hakkın zaman içerisinde yararlılığının azaltılması ve pratikte ortadan kaldırılması sonucunu doğurmaktadır. Bu tür bir uygulama 6. maddenin 3 (e) bendinin ruhuna aykırıdır. Söz konusu maddenin amacı, mahkemede kullanılan dili anlamayan ya da konuşamayan sanığın bu dili bilen bir sanığa göre maruz kaldığı dezavantajları azaltmaktır**"³⁷⁶.

Tayin edilen tercümanın ehil olması gerekmektedir. Bu hakkın "somut ve etkin" bir biçimde kullanılması gerekmektedir.

Yetkili mercilerin yükümlülükleri arasında, sadece bir tercüman tayin etmek değil, aynı zamanda sağlanan tercüme hizmetinin değerinin sonradan denetimi de bulunmaktadır³⁷⁷.

Hakimin, **sanığın dil bilmemesi halinin kendisine bildirilmesi durumunda**, gerekli önlemleri alma zorunluluğu vardır³⁷⁸. Hakimin (özellikle de başvuruçunun avukatı ile olan iletişim zorluklarından haberdar edildiği andan itibaren), başvuruçunun çeviri kolaylıklarından yararlanma ihtiyacının karşılanıp karşılanmadığına ilişkin olarak, avukatı ile değil, doğrudan başvuruçusu ile muhatap olması³⁷⁹ ve sanığın menfaatlerine "titiz bir özenle³⁸⁰" yaklaşması gereklidir.

Tercüman yardımından yararlanma hakkından feragat mümkündür³⁸¹.

Buna karşın, **mahkemede konuşulan dili anlayan kimse, savunmasını başka bir dilde** (sanığın üyesi olduğu etnik azınlık dili de dahil olmak üzere) yapma yönünde tercüme hizmeti talebinde bulunamaz³⁸².

(374) Ancak Komisyon, ard arda iki duruşmaya katılmayan sanığa tercüman masraflarının yükletilmesine ilişkin olarak vermiş olduğu kararında burada verilecek yardımın (tercüme) ancak hazır bulunan ve dil anlamayan- konuşamayan kimselere yapılabileceğini belirterek başvuruçunun davada hazır bulunmadığı için ücretsiz tercüme hizmetini de talep edemeyeceğini belirtmiştir (*Fedele v. Germany* 9.12.1987)

(375) *Luedicke, Belkacem and Koç v. FRG*, a.g.k. para. 38-50, *Öztürk v. Germany*, a.g.k., para. 57-58.

(376) *Luedicke, Belkacem and Koç v. FRG*, a.g.k., para. 42.

(377) *Kamasinski v. Austria*, a.g.k., para 74.

(378) *Cuscani v. UK*, 24.09.2002, para. 38-39.

(379) *Cuscani v. UK*, a.g.k. para. 38.

(380) *Cuscani* kararında, AİHM, İngiliz iç hukukundaki içtihatlarda (para. 32-33) kullanılan deyimde yer vermiş.

(381) *Kamasinski v. Austria*, a.g.k., para 80.

(382) Appl. no. 10210/82, *K v. France*, 35 DR 203 (1983) ve Appl. no. 11261/84, *Bideault v. France*, 48 DR 232 (1986).

7.6. İç Hukukumuza Yönelik Yorum ve Öneriler

7.6.1. Ceza Hukuku

a) Kamu davası açılmadan önce, şüphelinin ifadesinin alınması mecburi hale getirilmelidir.

b) Sanık-Müdafi Görüşme Hakkı genişletilmelidir.

Baroların yaptıkları araştırmalara göre, gözaltına alınan sanıkların çoğu avukat istememekte ve isteyenler de avukatları ile yeterince görüşemediklerinden şikayet etmektedirler.

Yakalama sırasında hakların bildirilmesi ve sanık-müdafi görüşmesi, CMUK m. 144 ve Yönetmelikler gereği ise de, 6(3) b'deki hak, sanıkla müdafii, hazırlık soruşturması sırasındaki tutukluk aşamasında sınırlama konmamış (*unrestricted*) ve itimat ilişkisinin kurulabileceği bir ortamda (*confidential*) görüşmüş olmaları halinde, yaşama geçirilebilir, sanık-müdafi görüşmesinde davanın temel unsurları hakkında fikir teati edilebilmiş olmalıdır. Bunu sağlayacak şekilde kolluk içi denetimler yapılmalıdır. Eğer müdafi her görüşme öncesinde rutin bir şekilde izin almak zorunda ise, 6(3) b hakkı ihlal edilir. Eğer sanığın müdafii ile görüşmesi "savcının vereceği izne" bağlı tutulursa, bu durum hem 6(3) b'ye, hem de genel adil yargılanma hakkına aykırı olur. Kolluk müdafii sanıkla görüşmesi iznini, her seferinde Savcıya danışmadan verebilmelidir.

Özellikle, tutuklama kararı verildikten sonra veya tutukluluk durumu uzatılıyorsa, artık görüşme izni alınması gerekmemelidir. Tutukevi idaresinin görüşmeyi sağlamak için hakimden karar talep etmesi de, hukuka aykırı olur. İdare görüşmenin dinlenmeden gerçekleşmesini, itimat ilişkisinin kurulmasını, uygun bir ortam hazırlanmasını sağlamak zorundadır.

c) İddianamelerde yer alan ve sanıklara isnat edilen suçların delilleri olan unsurlar, sanıklara da gösterilmelidir.

"Sanığın kendi aleyhindeki delilleri inceleme hakkı vardır": Komisyon **Jaspers-Belçika başvurusunda** (27 DR 61), sanığın hazırlık soruşturmasında yapılan araştırmaların sonuçları hakkında bilgi edinme hakkı bulunduğunu açıklamıştır.

Gerçi sanığın Savcı tarafından hazırlanan dosyayı inceleme hakkı, Sözleşmenin 6. Maddesinde açıkça yer almaz. Fakat, 6(3)b maddesinden, bu hakkın varlığını çı-

karmak mümkündür. Sanık kendisini yöneltilen suçlamadan aklandırmak veya cezasını azaltabilmek amacı ile, yetkili makamlarca (savcılık ve diğerleri) toplanan bütün ilgili unsurları elde etmek hakkına sahip olmalıdır. "Bu hak sadece müdafaayı güçlendirecek hususlar hakkında geçerlidir".

Komisyonun bu görüşü daha sonraki kararlara pek yansımamış iken, **Öcalan-Türkiye davasında** kısmi bir dönüş yapılmıştır. Komisyon **Jaspers v. Belçika** başvurusunu incelerken, yukarıda belirttiğimiz ilkeleri dile getirmişse de, neticede kabul edilebilirlik kararı vermemiştir. Jaspers savcının elindeki belli bir dosyayı incelemek istiyordu, ama bu dosyada savunmasını güçlendirecek veya kendisini aklayacak bir kısım bulunduğunu ortaya koyamamıştı. Bu yüzden, devletin kendisine düşen "müdafaayı güçlendirme görevinin" yerine getirilmediği ortaya çıkmamıştı.

İddianamede yer alan delillerin fotokopileri sanığa verilmeli ve müdafaasını hazırlaması temin edilmelidir.

d) Ağır suçların yargılanmasında mecburi müdafii sistemi kabul edilmelidir: Kişi özgürlüğünü kısıtlayan müeyyide, daima 6. madde garantileri ile korunmalıdır.

Özgürlüğün kısıtlandığı durumlarda, ilke olarak müdafii görevlendirilmelidir. Ağır bir cezayı gerektiren suçların temyiz yargılamasında, sanığın müdafii yoksa, Sözleşmenin 6(3) c maddesi ihlal edilmiş olur. Yüksek Mahkemenin sahip bulunduğu geniş yetkiler karşısında, müdafii bulunmayan sanığın sınırlı savunması ve cezanın ağırlığı bir araya geldiği vakit, Temyiz duruşması sırasında da sanığın müdafii bulunmalıdır, sonucuna varılmıştır (Boner, 28 Ekim 1994, § 44).

e) Örgüt suçlarında avukatların örgüte sanıktan eylem emri götürmeleri endişesi ortadan kaldırılmalıdır.

Bunun için, sanığın müdafii ile görüşmesine sınırlama getirebilir. Bu istisnadır ve çok tehlikeli tutukluların ve terör sanıklarının müdafii ile görüşmesi böyledir. Mesela, **Kröchner ve Möller v. İsviçre** 26 DR 24; başvurusunda, hakim sanıkların üç hafta süre ile ziyaretçi kabul etmelerini yasaklamış ve bu süre zarfında avukatla görüşürken hakim hazır bulunmasını emretmiş, fakat üç hafta sonra denetimi kaldırmıştı. Komisyon bu olayda 6(3) b ihlali bulunmadığına karar vermiştir.

Bonzi-İsviçre başvurusunda (12 DR 185) da, Komisyon dış alemle teması kesilen (*solitary confinement*) ve belirli bir süre için avukatı ile görüştürülmeyen Bonzi'nin, daha sonra avukatla görüşme imkanına sahip olduğu gerekçesi ile, 6(3) b hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Avukata sır saklama mecburiyeti konabilir. Komisyon, Kurup-Danimarka başvurusunda da (42 DR 287), bazı tanıkların kimliklerini sanığa açıklaması yasaklanan müdafii açısından ihlal bulmamış; bu sınırlamanın, başvurusunun müdafaasını hazırlamak için sahip bulunduğu imkanlara, 6(3)b ihlalini oluşturacak bir kısıtlama getirmediği kabul edilmiştir. Ancak, "müdafaayı hazırlamak hakkına" getirilecek herhangi bir sınırlamanın, "mutlaka zorunlu olması" ve mevcut risklerle orantılı olması gerekir.

Müdafii ile sanık görüşmesine, istisnai durumlarda kısıtlama getirilecekse, bunun kanunla yapılması, ve net ve açık bir düzenleme ile, hangi hallerde sınır konulabileceği belli edilmiş olmalıdır (*precise and ascertainable*). Uyum Kanunları ile sağlanan sanık hakları yerinde ise de, toplumun suçlardan korunması için, bu gibi istisnaların Kanunla düzenlemesi gerekir. Aksi halde, toplum içinde yaşanamaz bir anarşi ortamına dönüşür ve devletin toplumu suçlardan korumak yönündeki pozitif görevi ihlal edilmiş olacağı için, gene Sözleşmeye aykırılık oluşabilir.

f) CMUK 144'e göre sanık-müdafii görüşmesinin itimat ortamı içinde, başkalarının duyamayacağı bir şekilde yapılması sağlanmalıdır.

Uygulamada bu görüşme sırasında odada başka görevler yapan başka memurlar da bulunabilmektedir. Müdafii-sanık görüşmeleri için ayrı odalar hazırlanmıştır. Ancak bunlar yeterli sayıda değildir ve her yerde yoktur. Bunların yaygınlaştırılması gerekir. Sanık veya müdafii, "görüşme yapmaları için uygun ortamın hazırlanmadığını" iddia ederlerse, hakim duruşmaya devam edip etmeme konusunda bir karar vermeli ve sanığın haklarının ihlal edilip edilmediğini denetlemelidir, zira, sanığın müdafii ile serbestçe görüşmesi, adil yargılanma hakkının özünü oluşturur (**Campbell and Fell v. İngiltere**, 28 Haziran 1984).

Müdafii ile görüşme hakkı, mektubu da kapsar. Mektupla ilgili konular, 8. Madenin içtihadında da ele alınmıştır. Ancak, AIHM **Domenichini v. İtalya kararında** (15 Kasım 1996), tutuklunun avukatına yazdığı mektubu incelendikten sonra, geç verilmesinde hem 6(3)b, hem de 8. Madde ihlali tespit etmiştir.

g) Diğer Öneriler:

Ölüm cezasının kaldırılmasından sonra, terör suçları için kabul edilen ölünceye kadar müebbet hapis düzenlemesi tekrar gözden geçirilmelidir.

ICC Roma Statüsünde de, 25 yıl sonra tekrar incelenmek üzere hapis cezası verilmesi kabul edilmiştir.

TCK 159 da yer alan hükümetin manevi şahsiyetini tahkir etme suçu, batı demokrasilerinde suç olarak kabul edilmemektedir. AIHM kararları da siyasi eleştiri yolunun açık olması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu suç kaldırılmalıdır.

Uyum kanunları ile yeni bir hukuk sistemi yaratılmıştır. 2001 öncesinde verilen kararlar açısından altı aylık bir başvuru süresi tanınarak, haklarının ihlal edildiğini düşünenlere yeni bir dava hakkı tanınması, AIHM'ye yapılabilecek yeni başvuruları azaltabilir.

EKLER

EK 1. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

20 Mart 1950'de Roma'da imzalanan Sözleşme, 3 Eylül 1952'de yürürlüğe girdi. Türkiye, Sözleşmeyi 18 Mayıs 1954'de onayladı. (R.G. 19 Mart 1954-8662)

Sözleşme metni, 21 Eylül 1970'de yürürlüğe giren 3 no'lu Protokol'un 20 Aralık 1971'de yürürlüğe giren 5 no'lu Protokol'un ve 1 Ocak 1990'da yürürlüğe giren 8 no'lu Protokol'un düzenlemelerine uygun olarak değiştirilmişti ve ayrıca, yürürlüğe girdiği 21 Eylül 1970'ten bu yana 5. maddesinin 3. fıkrasına uygun olarak Sözleşme'nin bir parçası olan 2 no'lu Protokol'un metnini içermekteydi. Protokolların getirdiği bütün bu değişikliklerin veya eklemelerin yerini, yürürlüğe girdiği tarih olan 1 Kasım 1998'den itibaren 11 no'lu Protokol aldı. Bu tarihten itibaren, 1 Ekim 1994'te yürürlüğe giren 9 no'lu Protokol yürürlükten kaldırıldı.

İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)

11. Protokol ile değiştirilen ve yeniden düzenlenen sözleşme metni

(yürürlüğe giriş tarihi 1 Kasım 1998)

İNSAN HAKLARININ VE TEMEL ÖZGÜRLÜKLERİNİN KORUNMASINA İLİŞKİN SÖZLEŞME

Roma, 4.XI.1950

Aşağıda imzası bulunan Avrupa Konseyi üyesi hükümetler,

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948'de ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'ni,

Bu Bildiri'nin, metninde açıklanan hakların her yerde ve etkin olarak tanınmasını ve uygulanmasını sağlamayı hedef aldığını,

Avrupa Konseyi'nin amacının, üyeleri arasında daha sıkı bir birlik kurmak olduğunu ve insan hakları ile temel özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesinin bu amaca ulaşma yollarından birini oluşturduğunu göz önüne alarak,

Dünyada barış ve adaletin asıl temelini oluşturan ve sağlanıp korunabilmesi, her şeyden önce, bir yandan da insan hakları konusunda ortak bir anlayış ve ortaklığa saygı esasına bağlı olan bu temel özgürlüklere derin inançlarını bir daha tekrarlayarak,

Aynı inancı taşıyan ve siyasal gelenekler, idealler, özgürlüklere saygı ve hukukun üstünlüğü konularında ortak bir mirası paylaşan Avrupa devletlerinin hükümetleri sıfatıyla, Evrensel Bildiri’de yer alan bazı hakların ortak güvenceye bağlanmasını sağlama yolunda ilk adımları atmayı kararlaştırarak;

Aşağıdaki hususlarda anlaşmışlardır:

Madde 1

İnsan Haklarına saygı yükümlülüğü

Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme’nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar.

BÖLÜM I

Haklar ve Özgürlükler

Madde 2

Yaşama hakkı

1. Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez.

2. Öldürme, aşağıdaki durumlardan birinde kuvvete başvurma keskin zorunluluk haline gelmesi sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlali suretiyle yapılmış sayılmaz:

- a) Bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması için;
- b) Usulüne uygun olarak yakalamak için veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için;
- c) Ayaklanma veya isyanın, yasaya uygun olarak bastırılması için.

Madde 3

İşkence yasağı

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

Madde 4

Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı

1. Hiç kimse köle ve kul halinde tutulamaz.
2. Hiç kimse zorla çalıştırılmaz ve zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz.
3. Aşağıdaki haller bu maddede sözü geçen "zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma"dan sayılmazlar:
 - a) Bu Sözleşme'nin 5. maddesinde öngörülen koşullar altında tutuklu bulunan kimseden tutukluluğu veya şartlı salıverilmesi süresince olağan olarak yapılması istenen çalışma;
 - b) Askeri nitelikte bir hizmet veya inançları gereğince askerlik görevini yapmaktan kaçınan kimselerin durumunu meşru sayan ülkelerde bu inanca sahip kimselere zorunlu askerlik yerine gördürülecek başka bir hizmet;
 - c) Toplumun hayat veya refahını tehdit eden kriz ve afet hallerinde istenecek her hizmet;
 - d) Normal yurttaşlık yükümlülükleri kapsamına giren her türlü çalışma veya hizmet.

Madde 5

Özgürlük ve güvenlik hakkı

1. Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır. Aşağıda belirtilen haller ve yasada belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılmaz.

- a) Kişinin yetkili mahkeme tarafından mahkum edilmesi üzerine usulüne uygun olarak hapsedilmesi;
- b) Bir mahkeme tarafından, yasaya uygun olarak, verilen bir karara riayetsizlikten dolayı veya yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini

- sağlamak için usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması;
- c) Bir suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul nedenlerin bulunması dolayısıyla, bir kimsenin yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulu durumda bulundurulması;
 - d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulu durumda bulundurulması veya kendisinin yetkili merci önüne çıkarılması için usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması;
 - e) Bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkoliğin, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin veya bir serserinin usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması;
 - f) Bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alı konmasını veya kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geriverme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması;

2. Yakalanan her kişiye, yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama en kısa zamanda ve anladığı bir dille bildirilir.

3. Bu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullara uyarınca yakalanan veya tutulu durumda bulunan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılır; kendisinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir.

4. Yakalama veya tutuklu durumda bulunma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar vermesi ve yasaya aykırı görülmesi halinde kendisini serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

5. Bu madde hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tutulu kalma işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı vardır.

Madde 6

Adil yargılanma hakkı

1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde, veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.

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

3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

- a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;
- b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;
- c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;
- d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;
- e) Duruşmada kullanılan dili anlama dışı veya konuşma dışı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak.

Madde 7

Cezaların yasallığı

1. Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal ve uluslararası hukuka göre bir suç sayılmayan bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemez. Yine hiç kimseye, suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

2. Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir fiil veya ihmal ile suçlanan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir.

Madde 8

Özel hayatın ve aile hayatının korunması

1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.

Madde 9

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü

1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, ancak kamu güvenliğinin, kamu düzenin, genel sağlığın veya ahlakın, ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir.

Madde 10

İfade özgürlüğü

1. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.

2. Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğü-

nün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.

Madde 11

Dernek kurma ve toplantı özgürlüğü

1. Herkes asayiş bozmayan toplantılar yapmak, demek kurmak, ayrıca çıkarlarını korumak için başkalarıyla birlikte sendikalar kurmak ve sendikalara katılmak haklarına sahiptir.

2. Bu hakların kullanılması, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarıyla ve ancak yasayla sınırlanabilir. Bu madde, bu hakların kullanılmasında silahlı kuvvetler, kolluk mensupları veya devletin idare mekanizmasında görevli olanlar hakkında meşru sınırlamalar konmasına engel değildir.

Madde 12

Evlenme hakkı

Evlenme çağına gelen erkek ve kadın, bu hakkın kullanılmasını düzenleyen ulusal yasalar uyarınca evlenmek ve aile kurmak hakkına sahiptir.

Madde 13

Etkili başvuru hakkı

Bu Sözleşme’de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kimseler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir.

Madde 14

Ayrımcılık yasağı

Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa

mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.

Madde 15

Olağanüstü hallerde askıya alma

1. Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, ancak durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası huktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla bu Sözleşmede öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir.

2. Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında, 2. madde ile 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ve 7. maddeyi hiçbir suretle ihlale mezun kılmaz.

3. Bu maddeye göre aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her Yüksek Sözleşmeci Taraf, alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tam bilgi verir. Bu Yüksek Sözleşmeci Taraf, sözü geçen tedbirlerin yürürlükten kalktığı tarihi de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirir.

Madde 16

Yabancıların siyasal etkinliklerinin kısıtlanması

10, 11 ve 14. maddelerin hiçbir hükmü, Yüksek Sözleşmeci Tarafların yabancıların siyasal etkinliklerini sınırlamalarına engel sayılmaz.

Madde 17

Hakların kötüye kullanımının yasaklanması

Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamaz.

Madde 18

Hakların kısıtlanmasının sınırları

Bu Sözleşmenin hükümleri gereğince, sözü edilen hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar ancak öngörülen amaçlar için uygulanabilir.

BÖLÜM II

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Madde 19

Mahkeme'nin kuruluşu

Bu Sözleşme ve protokollarına, Yüksek Sözleşmeci Taraflarca kabul edilen yükümlülüklerle uyulmasını sağlamak için; aşağıda "Mahkeme" olarak anılacak bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulur. Mahkeme devamlı görev yapar.

Madde 20

Yargıç sayısı

Mahkeme, Yüksek Sözleşmeci Taraflar sayısına eşit sayıda yargıçtan oluşur.

Madde 21

Görev için aranan koşullar

1. Yargıçlar üstün ahlaki vasıflara ve yüksek bir hukuki göreve atanmak için gerekli niteliklere sahip veya ehliyetleriyle tanınmış hukukçu olmalıdırlar.
2. Yargıçlar Mahkemeye kendi adlarına katılırlar.
3. Görev süreleri içerisinde, yargıçlar bağımsızlıkları, tarafsızlıkları ve daimi görevin gerekleri ile bağdaşmayan herhangi bir görev üstlenemezler; bu fıkranın uygulanmasından doğan sorunlar Mahkeme tarafından karara bağlanır.

Madde 22

Yargıçların seçimi

1. Yargıçlar, her Yüksek Sözleşmeci Taraf için, o Yüksek Sözleşmeci Taraf tarafından gösterilen ve üç aday içeren bir liste üzerinden Parlamenterler Meclisi tarafından oy çokluğu ile seçilirler.

2. Yeni Yüksek Sözleşmeci Tarafların bu Sözleşme'ye katılmaları halinde Mahkeme'yi tamamlamak ve boşalan üyelikleri doldurmak için aynı usul izlenir.

Madde 23

Görev süreleri

1. Yargıçlar altı yıl için seçilirler. Tekrar seçilmeleri mümkündür. Bununla beraber ilk seçilen yargıçlardan yarısının görev süresi üç yıl sonunda sona erecektir.

2. İlk üç yıllık sürenin sonunda görevleri sona erecek olan üyeler, ilk seçimlerin yapılmasından hemen sonra, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri tarafından kura çekmek suretiyle saptanır.

3. Yargıçların imkan ölçüsünde yarısının her üç yılda bir yenilenmesini sağlamak için, Parlamenterler Meclisi bir sonraki seçime geçmeden önce seçilecek yargıçlardan bir veya birkaçının görev süresinin veya sürelerinin üç yıldan az veya dokuz yıldan çok olmamak şartı ile, altı yıl dışında bir süre olmasına karar verebilir.

4. Birden fazla üyenin görev süresinin söz konusu olduğu durumlarda ve Parlamenterler Meclisi'nin yukarıdaki fıkrayı uygulaması halinde, görev sürelerinin üyelere dağılımı, Genel Sekreter'in, seçimden hemen sonra yapacağı kura sonucu belirlenir.

5. Görev süresi bitmemiş bir yargıcın yerine seçilen yargıç, selefinin görev süresini tamamlar.

6. Yargıçların görev süreleri 70 yaşında sona erer.

7. Yargıçlar, yerlerine başkası seçilinceye kadar görev yaparlar. Yerlerine başkası seçildikten sonra da kendilerine havale edilmiş olan davalara bakmaya devam ederler.

Madde 24

Görevden alınma

Bir yargıç ancak, artık gerekli koşulları taşıma dışına ilişkin diğer yargıçların üçte iki çoğunluk ile alacakları kararla görevden alınabilir.

Madde 25

Yazı İşleri ve hukukçular

Mahkeme'de, görev ve kuruluşu Mahkeme içtüzüğünde belirlenen bir Yazı İşleri bulunur. Mahkeme'ye yazı işlerinde görevli hukukçular yardım eder.

Madde 26

Mahkeme'nin genel kurul halinde toplanması

Genel Kurul halinde toplanan Mahkeme,

- a) Üç yıllık bir süre için Başkanını ve bir veya iki Başkan Yardımcısını seçer, bunların tekrar seçilmeleri mümkündür;
- b) belirli süreler için Daireler kurar;
- c) Mahkeme, Dairelerinin başkanlarını seçer, bunların tekrar seçilmeleri mümkündür;
- d) Mahkeme içtüzüğünü kabul eder;
- e) Yazı işleri Müdürü ve bir veya birden fazla Müdür Yardımcısı seçer.

Madde 27

Komite, Daireler ve Büyük Daire

1. Mahkeme, önüne gelen başvuruları incelemek üzere üç yargıçlı Komiteler, yedi yargıçlı Daireler ve onyediy yargıçlı bir Büyük Daire şeklinde toplanır. Mahkemenin Daireleri belirli bir süre için Komiteleri oluşturur.

2. Başvuruya konu olan Taraf Devlet adına seçilmiş yargıç Daire ve Büyük Dairede vazifeten yer alır; bu yargıcın yokluğunda veya katılması mümkün olmayan durumlarda, anılan Devletin belirleyeceği bir kişi yargıç sıfatıyla Daire ve Büyük Dairede yer alır.

3. Büyük Daire ayrıca Mahkeme Başkanı, Başkan Yardımcıları, Daire Başkanları ve Mahkeme içtüzüğüne göre seçilecek diğer yargıçlardan oluşur. 43. madde uyarınca Büyük Daireye sevk edilen başvuruların incelenmesi sırasında, Daire Başkanı ve başvuruda konu edilen Devletin yargıcı dışında, bu kararı veren Daire yargıçları Büyük Dairede yer alamazlar.

Madde 28

Komitelerin kabul edilemezlik kararları

Bir Komite, 34. madde uyarınca yapılan kişisel başvurunun, daha fazla incelemeyi gerektirmediği hallerde, oybirliği ile kabul edilemezliğine veya kayıttan düşürülmesine karar verebilir. Bu karar kesindir.

Madde 29

Dairelerin kabul edilebilirlik ve esasa ilişkin kararları

1. 28. madde çerçevesinde karar verilmediği takdirde, bir Daire, 34. madde uyarınca yapılan kişisel başvuruların kabul edilebilirliği ve esası hakkında karar verir.

2. Bir Daire, 33. madde uyarınca yapılan devlet başvurularının kabul edilebilirliği ve esası hakkında karar verir.

3. Mahkeme'nin istisnai hallerde, aksine kararları hariç, kabul edilebilirlik konusundaki kararları ayrı olarak alınır.

Madde 30

Yargılanmanın Büyük Daireye gönderilmesi

Daire önünde görülen dava, işbu Sözleşmenin ve protokollarının yorumu konusunda ciddi sorunlar doğuruyorsa ya da sorunun çözümü Mahkeme tarafından önceden verilmiş bir karar ile çelişkili olacak ise, Daire, hüküm vermediği süre içerisinde, taraflar itiraz etmedikçe, yargı yetkisinden Büyük Daire lehine vazgeçebilir.

Madde 31

Büyük Dairenin yetkileri

Büyük Daire,

1. Daireler tarafından 30. madde uyarınca kendisine gönderilen veya 43. maddede uyarınca önüne gelen, 33. veya 34. maddeler uyarınca yapılan başvuruları ve,

2. 47. maddede öngörülen görüş bildirme taleplerini inceler.

Madde 32

Mahkeme'nin yargı yetkisi

1. Mahkeme'nin yargı yetkisi, 33., 34. ve 37. maddeler uyarınca kendisine intikal eden, işbu Sözleşmenin ve protokollarının yorumu ve uygulanmasına ilişkin tüm konuları kapsar.

2. Mahkeme'nin yargı yetkisinin olup olma dışı hakkında ihtilaf durumunda, karar Mahkemeye aittir.

Madde 33

Devlet başvuruları

Her Yüksek Sözleşmeci Taraf işbu Sözleşme ve protokolları hükümlerine vaki ve kendisinin diğer Yüksek Sözleşmeci Tarafa isnat edilebileceğine kanaat getirdiği herhangi bir ihlalden dolayı Mahkeme'ye başvurabilir.

Madde 34

Kişisel başvurular

İşbu Sözleşme ve Protokollarında tanınan hakların Yüksek Sözleşmeci Taraflardan biri tarafından ihlalinden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek kişi, hükümet dışı her kuruluş veya kişi grupları Mahkeme'ye başvurabilir. Yüksek Sözleşmeci Taraflar bu hakkın etkin bir şekilde kullanılmasına hiçbir suretle engel olmayı taahhüt ederler.

Madde 35

Kabul edilebilirlik koşulları

1. Uluslararası Hukukun genel olarak kabul edilen prensiplerine göre, ancak iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve kesin karardan itibaren altı aylık süre içinde Mahkeme'ye başvurulabilir.

2. Mahkeme, 34. madde uyarınca sunulan herhangi bir kişisel başvuruyu aşağıdaki hallerde kabul etmez:

- a) Başvuru imzasız ise veya;
- b) Başvuru Mahkeme tarafından daha önce incelenmiş veya uluslararası diğer bir soruşturma veya çözüm merciine sunulmuş başka bir başvurunun konusuyla esas itibarıyla aynı ise ve yeni olaylar içermiyorsa.

3. Mahkeme, 34. madde uyarınca sunulan herhangi bir kişisel başvuruyu işbu Sözleşme ve Protokolları hükümleri dışında kalmış, açıkça dayanaktan yoksun veya başvuru hakkının suistimali mahiyetinde telakki ettiği takdirde, kabul edilemez bulur.

4. Mahkeme işbu maddeye göre kabul edilemez bulduğu her başvuruyu reddeder. Yargılamanın her aşamasında bu karar verilebilir.

Madde 36

Üçüncü tarafın müdahalesi

1. Daire ve Büyük Daire önündeki tüm davalarda, vatandaşlarından birinin başvuran taraf olması halinde, Yüksek Sözleşmeci Tarafın yazılı görüş sunma ve duruşmalarda bulunma hakkı vardır.

2. Mahkeme Başkanı, adaletin doğru sağlanabilmesi amacıyla, yargılamada taraf olmayan herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Tarafı yazılı görüş sunma veya duruşmalarda taraf olmaya davet edebilir.

Madde 37

Başvurunun kayıttan düşmesi

1. Yargılamanın herhangi bir aşamasında, Mahkeme, aşağıdaki sonuçlara varılması halinde başvurunun kayıttan düşürülmesine karar verebilir.

- a) Başvuru sahibi başvurusunu takip etme niyetinde değilse; veya;
- b) Sorun çözümlenmişse veya;
- c) Başka herhangi bir nedenden ötürü, başvurunun incelenmesine devam edilmesi hususunda artık haklı bir gerekçe görmezse.

Ancak işbu Sözleşme ve Protokollarında tanımlanan insan haklarına riayet gerektiriyorsa, Mahkeme başvurunun incelenmesine devam eder.

2. Mahkeme koşulların haklı kıldığı kanısına varırsa, bir başvurunun eski haline döndürülmesini kararlaştırabilir.

Madde 38

Davanın incelenmesi ve dostane çözüm süreci

1. Mahkeme, kendisine gelen başvuruyu kabul edilebilir bulduğu takdirde,

- a) Olayları saptamak amacıyla, tarafların temsilcileriyle birlikte başvuruyu incelemeye devam eder ve gerekirse, ilgili Devletlerin, etkinliği için gerekli tüm kolaylıkları sağlayacakları bir soruşturma yapacaktır;
- b) İşbu Sözleşme ve Protokollarında tanımlanan şekliyle İnsan Haklarına saygı esasından hareketle, davanın dostane bir çözüm ile sonuçlandırılması için ilgili taraflara hizmet sunmaya hazır olacaktır.

2. "1 .b" hükümlerine göre yürütülen süreç gizlidir.

Madde 39

Dostane çözüme varılması

Dostane çözüme varılırsa, Mahkeme olaylarla ve varılan çözümle sınırlı kısa açıklamayı içeren bir karar vererek başvuruyu kayıttan düşürür.

Madde 40

Duruşmaların kamuya açık olması ve belgelere ulaşabilme

1. Mahkeme istisnai durumlarda aksini kararlaştırmadıkça, duruşmalar kamuya açıktır.

2. Mahkeme Başkanı aksine karar vermedikçe, Yazı İşleri Müdürüne emanet edilen belgeler kamuya açıktır.

Madde 41

Hakkaniyete uygun tatmin

Mahkeme işbu Sözleşme ve protokollarının ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder.

Madde 42

Dairelerin kararları

Dairelerin kararları, 44. maddenin 2. fıkrası hükümleri uyarınca kesinleşir.

Madde 43

Büyük Daireye gönderme

1. Bir Daire kararının verildiği tarihten itibaren üç ay içerisinde, dava taraflarından her biri, istisnai durumlarda, davanın Büyük Daireye gönderilmesini isteyebilir.

2. Büyük Daire bünyesinde beş yargıçtan oluşan bir kurul, dava Sözleşme ve protokollarının yorumuna ya da uygulanmasına ilişkin ciddi bir sorun doğuruyorsa ya da genel nitelikli ciddi bir konu teşkil ediyorsa, istemi kabul eder.

3. Kurul istemi kabul ederse, Büyük Daire bir hüküm ile davayı sonuçlandırır.

Madde 44

Kesin hükümler

1. Büyük Dairenin kararı kesindir.

2. Bir Dairenin kararı aşağıdaki durumlarda kesinleşir.

- a) Taraflar davanın Büyük Daireye gönderilmesini istemediklerini beyan ederlerse veya;
- b) Karardan üç ay içerisinde davanın Büyük Daireye gönderilmesi istenmezse veya;
- c) Kurul 43. maddede öngörülen istemi reddederse.

3. Kesin karar yayınlanır.

Madde 45

Hükümlerin ve kararların gerekçeli olması

1. Hükümler, başvuruların kabul edilebilirliğine veya kabul edilemezliğine ilişkin kararlar gerekçelidir.

2. Hüküm, tamamen veya kısmen yargıçların oybirliğini içermediği takdirde, her yargıç kendi ayrı görüşünü belirtmek hakkına sahiptir.

Madde 46

Kararların bağlayıcılığı ve uygulanması

1. Yüksek Sözleşmeciler Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkemenin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler.

2. Mahkemenin kesinleşmiş kararı, kararın uygulanmasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesine gönderilir.

Madde 47

Görüş bildirme

1. Mahkeme, Bakanlar Komitesi'nin istemi üzerine, Sözleşme ve protokollarının yorumlanması ile ilgili hukuki meseleler üzerinde görüş bildirebilir.

2. Ancak, bu görüşler, ne Sözleşmenin 1. bölümünde ve protokollarında belirlenen hak ve özgürlüklerin içeriği veya kapsamı ile ilgili sorunlara, ne de Mahkeme veya Bakanlar Komitesi'nin Sözleşmede öngörülen bir başvuru sonucunda karara bağlamak durumunda kalabileceği diğer sorunlara ilişkin bulunabilir.

3. Bakanlar Komitesinin Mahkeme'den görüş bildirme talep etmek kararı Komiteye katılmak hakkına sahip temsilcilerin çoğunluğuyla alınır.

Madde 48

Mahkeme'nin görüş bildirme yetkisi

Bakanlar Komitesi tarafından yapılan talebin, 47. maddede belirtilen görüş bildirme yetkisine girip girmediğini Mahkeme kararlaştırır.

Madde 49

Bildirilen görüşün gerekçeli olması

1. Mahkemenin verdiği görüş gerekçelidir.
2. Mütalaa, tamamen veya kısmen yargıçların oybirliğini içermediği takdirde, her yargıç kendi ayrı görüşünü belirtmek hakkına sahiptir.
3. Mahkemenin mütalaa'sı Bakanlar Komitesi'ne bildirilir.

Madde 50

Mahkeme'nin masrafları

Mahkemenin masrafları, Avrupa Konseyi tarafından karşılanır.

Madde 51

Yargıçların ayrıcalık ve dokunulmazlıkları

Yargıçlar vazifelerinin ifasında Avrupa Konseyi Statüsünün 40. maddesinde ve bu madde uyarınca akdedilen anlaşmalarda öngörülen ayrıcalık ve dokunulmazlıklardan yararlanırlar.

BÖLÜM III

Çeşitli Hükümler

Madde 52

Genel Sekreter tarafından yapılan incelemeler

Her Yüksek Sözleşmeci Taraf, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'nin istemesi üzerine, bu Sözleşme'nin bütün hükümlerinin fiilen uygulanmasının kendi iç hukukunca nasıl sağlandığı konusunda açıklamalarda bulunur.

Madde 53

Taninan insan haklarının korunması

Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Tarafın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşmeye göre tanınabilecek insan haklarını ve temel özgürlüklerini sınırlayamaz, ya da onlara aykırı düşecek şekilde yorumlanamaz.

Madde 54

Bakanlar Komitesi'nin yetkileri

Bu Sözleşme'nin hiçbir hükmü, Avrupa Konseyi Statüsü'nün Bakanlar Komitesi'ne tanıdığı yetkileri olumsuz yönde etkilemez.

Madde 55

Diğer çözüm yollarının dışlanması

Yüksek Sözleşmeci Taraflar, bu Sözleşme'nin yorum veya uygulamasından doğan bir anlaşmazlığı, başvuru yoluyla bu Sözleşmede öngörülenlerin dışında bir çözüme bağlamak hususunda aralarında mevcut anlaşma, sözleşme veya bildirimlerden, özel uzlaşma halleri dışında yararlanmaktan karşılıklı olarak vazgeçmeyi kabul ederler.

Madde 56

Ülkesel uygulama

1. Her devlet, onaylama sırasında veya daha sonra herhangi bir zamanda, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne göndereceği bir bildirimle bu Sözleşme'nin, uluslararası ilişkilerinden sorumlu bulunduğu bütün ülkelere veya bunlardan herhangi birine, işbu maddenin 4. Fıkrası saklı kalmak kaydıyla, uygulanacağını beyan edebilir.

2. Sözleşme, bildirimde belirtilen ülke veya ülkelerde, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'nin bu bildirim aldığı tarihten itibaren otuz gün sonra uygulamaya konur.

3. Bu Sözleşmenin hükümleri sözü geçen ülkelerde yerel şartlar dikkate alınarak uygulanır.

4. Bu maddenin birinci fıkrası uyarınca bildirimde bulunmuş olan her devlet,

sonradan herhangi bir zamanda, bildiriminde belirtmiş olduğu ülke veya ülkelerdeki gerçek kişilerin, hükümet dışı kuruluşların veya kişi gruplarının başvuruları konusunda bu Sözleşme'nin 34. maddesine uygun olarak Mahkeme'nin yetkisini kabul ettiğini beyan edebilir.

Madde 57

Çekinceler

1. Bu Sözleşme'nin imzası ve onaylama belgesinin sunulması sırasında her devlet, Sözleşme'nin belirli bir hükmü hakkında, o sırada kendi ülkesinde yürürlükte olan bir yasanın bu hükme uygun olmaması ölçüsünde bir çekince kaydı koyabilir. Bu madde genel nitelikte çekinceler konmasına izin vermez.

2. Bu maddeye uygun olarak konulacak her çekince, sözü edilen yasanın kısa bir açıklamasını içerir.

Madde 58

Feshi ihbar

1. Bir Yüksek Sözleşmeci Taraf, bu Sözleşme'yi ancak Sözleşme'ye taraf olduğu tarihten itibaren geçecek beş yıllık bir süre sonunda ve Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne altı ay önceden haber verilecek bir ihbarla feshedebilir. Genel Sekreter bunu, diğer Yüksek Sözleşmeci Taraflara bildirir.

2. Bu fesih işlemi, feshin geçerli sayıldığı tarihten önce işlenmiş ve yükümlülüklerin ihlali niteliğinde sayılabilecek olan bir fiil dolayısıyla, ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın bu Sözleşme'den doğan yükümlülüklerinden kurtulması sonucunu doğurmaz.

3. Aynı şartlarla, Avrupa Konseyi üyeliğinden çıkan her Yüksek Sözleşmeci Taraf, bu Sözleşme'ye de taraf olmaktan çıkar.

4. Sözleşme, 56' ncı madde gereğince uygulanacağı beyan edilmiş olan ülkelerle ilgili olarak, yukarıdaki fıkraların hükümleri uyarınca feshedilebilir.

Madde 59

imza ve onay

1. Bu Sözleşme, Avrupa Konseyi üyelerinin imzalarına açıktır. Sözleşme onaylanacaktır. Onaylama belgeleri Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne verilecektir.

2. Bu Sözleşme, on onaylama belgesinin verilmesinden sonra yürürlüğe girecektir.

3. Sözleşmeyi daha sonra onaylayacak olan imzacılar için Sözleşme, onaylama belgesinin verilmesinden itibaren yürürlüğe girecektir.

4. Avrupa Konseyi Genel Sekreteri, Sözleşmenin yürürlüğe girdiğini, Sözleşme'yi onaylayan Yüksek Sözleşmeci Tarafların adlarını ve daha sonra gelecek olan onaylama belgelerinin verilişini bütün Avrupa Konseyi üyelerine bildirecektir.

Bu Sözleşme, Avrupa Konseyi arşivlerinde saklanmak ve her iki metin de aynı derecede

geçerli olmak üzere Fransızca ve İngilizce tek bir nüsha halinde 4 Kasım 1950'de Roma'da düzenlenmiştir. Genel Sekreter bunun tasdikli örneklerini imza eden bütün devletlere gönderecektir.

EK 2. CEZA MUHALEMELERİ USULÜ KANUNU TASARISI'NIN (CMUKT, 2003) İSTİNAF KONUSUNDAKİ DÜZENLEMELERİ

1. İstinaf Edilebilen Hükümler

- CMUKT 303/1: İlk derece mahkemelerinden verilen hükümlere karşı istinaf yolu açıktır.
- Tasarının kabul ettiği sisteme göre, ilk mahkemelerden verilen "bütün hükümlere karşı" istinaf yolu kabul edilmiştir.
- Bu düzenleme çağdaş sisteme uygundur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna bağlı 7 Nolu Ek Protokol bütün hükümlere karşı maddi olgu denetimini açan bir kanun yolu açılmasını öngörmüştür.
- AİHM Türkiye hakkında verdiği iki kararda, sadece temyiz yolunun açık olmasını, maddi olgunun tekrar incelenememesini, ihlal gerekçeleri arasında saymıştır.
- Bu doğrultuda olmak üzere, Fransız Ceza Muhakemesi Kanununda 2000 yılı Mayıs ayında yapılan değişiklikler ilgi çekicidir.
- CMUKT 299/2: Tasarı, hükümden önce verilip, hükme esas teşkil eden ve başkaca kanun yolu öngörülmemiş kararlara karşı da, hükümle birlikte istinaf yoluna başvurma yolunu açık tutmuştur.

2. İstinaf Edilemeyen Hükümler (CMUKT 303/3)

- 500 milyon liraya kadar para cezasına dair hükümler, yukarı sınırı iki milyar lirayı geçmeyen para cezasını gerektiren suçlardan verilen beraat hükümleri ve kesin hükümlere karşı istinaf yolu kabul edilmemiştir.

3. İstinaf Davasının Açılması ve Kabul Edilmesi (CMUKT 304/1)

- İstinaf davası açılması için, Tasarıda hükmün tefhiminden itibaren yedi günlük bir süre kabul edilmiştir.
- Sanık istinaf yoluna başvururken "neden göstermek zorunda değildir" (CMUKT 304/4). Temyiz dilekçesinde ise, temyiz nedenlerinin gösterilmesi mecburidir (CMUKT 326).

(383) Pradel Jean, Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Çeviren Ord. Prof. Sulhi Dönmezer, Beta İstanbul 2000, sh. 277.

- C. Savcısı istinafa giderken, "neden ve gerekçe" göstermek zorundadır (CMUKT 304/5).
- İstinaf davası başvuru ile açıldıktan sonra hükmü veren mahkeme tarafından dosya üzerinden bir inceleme yapılacaktır. Bu incelemenin kapsamı; üst mahkemeye başvuru isteminin,
 - a) Süresinde yapılmış olup olmadığı,
 - b) Üst mahkeme kanun yoluna başvurulabilecek bir hüküm olup olmadığı ve
 - c) Başvurunun buna hakkı olup olmadığı noktalarıdır. Üst mahkemeye başvuru için, "istek" yeterli görülmüş, başvuruya ilişkin nedenlerin gösterilmemesi, inceleme yapılmasına engel sayılmamıştır. Buna karşılık, Cumhuriyet savcısı üst mahkeme kanun yoluna başvurursa, başvuru nedenlerini gerekçeleri ile birlikte, yazılı olarak göstermek mecburiyetindedir. Bu düzenlemenin amacı, temyiz başvurusu ile istinaf başvurusu arasında bir fark yaratmaktır. Tasarıya göre, temyiz davası açılırken, gerek savcı ve gerekse sanık, hükmün neden dolayı bozulmasını istediklerini göstermek mecburiyetindedirler. Temyiz dilekçesinde gerekçe ve nokta gösterilmemesi, Yargıtay'ın temyiz isteminin reddi kararı vermesine yol açacaktır. İlk hükmü veren mahkemece 'istinaf yoluna başvuru istemi reddedilmezse', dosya üst mahkeme cumhuriyet başsavcılığına gönderilecek ve tebliğname ile birlikte üst mahkeme ceza dairesine verilecektir.

4. İlk Derece Mahkemesinin Ret Kararı (CMUKT 307)

- Hükmü istinaf edilen mahkeme süre, sıfat ve kabul yönünden ön inceleme yapar ve davayı kabul eder veya reddeder. Ret kararına karşı Bölge Adliye Mahkemesinin karar vermesi istenebilir.

5. İstinaf Davasının Kabul Edilmesi (CMUKT 308)

- Kabul edilen istinaf davası karşı tarafa tebliğ edilir ve 7 gün içinde yazılı cevap istenir.
- Cevap süre içinde gelmezse, ilk derece C. Savcısı dava dosyasını Bölge Adliye Mahkemesine gönderir.

6. İstinaf Savcısının Tebliğnamesi (CMUKT 309)

- İstinaf savcısı tebligat eksikliklerini tamamlayarak, tebliğname ile birlikte Bölge Adliye Mahkemesi ceza dairesine verir.
- Tebliğname taraflara tebliğ olunur.

7. İstinaf Mahkemesinin Ön İncelemesi (CMUKT 310)

- Üst mahkeme ceza dairesi dosya üzerinden ön inceleme yapacak ve öncelikle kendisinin yetkili olup olmadığını araştıracaktır. Yetkisiz olduğunu gördüğünde, yetkili Bölge Adliye Mahkemesine gönderecektir (CMUK 310/1).
- Üst mahkeme ceza dairesi ön incelemesinde, süre, görev ve sıfat bakımından da denetim yapacak ve buna hakkı olmadığı kanaatine varacak olursa, "istinaf başvurusunun reddine" karar verecektir (CMUK 310/2).

8. İstinaf Mahkemesi Tarafından Esasın İncelenmesi (CMUKT 311)

- İstinaf mahkemesi açılan davanın esasını incelerken, hem maddi olgu denetimi, hem de hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığını kontrol etme görevini birlikte üstlenmiştir.
- Maddi meselenin incelenmesi demek, esas mahkemesinin hüküm verirken kullandığı delillerle yeniden temasa geçmesi demektir. İstinaf mahkemesi eğer ilk hükmü yok varsayıp, her şeyi yeni baştan yapacak olsaydı, doktrinde "klasik istinaf" denilen model söz konusu olurdu. Tasarı bu yöntemi kabul etmemiştir.
- Modern hukuk sistemlerinin kabul ettiği istinafta, "sadece tartışmalı olan delillerin yeniden incelenmesi yöntemi" kabul edilmiştir. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 2003 Tasarısı da bu sistemi benimsemiş ve üst mahkemenin önce dosyayı inceleyerek; a) Cumhuriyet savcısının tebliğnamesini ve b) dosya ile birlikte sunulmuş olan delilleri gözden geçirerek, üç türlü karar verme yolunu açmıştır:

a) İstinaf başvurusunun esastan reddi kararı: Üst mahkeme ceza dairesi, dosya üzerinden yaptığı incelemenin sonunda, ilk derece mahkemesinin kararının usul ve esastan uygun bulunduğunu, delillerde eksiklik bulunmadığını ve sübut bakımından değerlendirmenin yerinde olduğunu

gördüğü takdirde "üst mahkeme kanun yoluna başvurunun esastan reddine" karar verecektir (CMUKT 311/1).

b) İstinaf Mahkemesinin bozma kararı: Üst mahkeme ceza dairesi, esas mahkemesi tarafından verilen kararda mutlak temyiz sebebi teşkil eden, bugünkü 308 nci maddede ve CMUKT 320 de yer almış bulunan hallerden birini tespit ederse, adeta bir Yargıtay gibi hareket ederek, hükmün bozulmasına karar verecektir (CMUKT 311/2).

- Bu bozma kararından sonra, esas mahkemesi genel hükümlere göre işlem yapacaktır.
- Ancak üst mahkemenin vereceği bu bozma kararına karşı, esas mahkemesinin ısrar hakkı yoktur (CMUKT 315).

c) İlk derece mahkemesinin hükmünün iptali kararı ve ıslah: Üst mahkeme ceza dairesi, açılan istinaf davasının yerinde olduğunu tespit ederse, ilk derece mahkemesinin kararını bozacak (Tasarıda iptal etme terimi kullanılmıştır) ve duruşmanın yeniden görülmesi için, gerekli hazırlıklara başlayacaktır (CMUKT 311/3).

9. İş Yükünü Azaltıcı ve Adil Yargılamayı Sağlayıcı Tedbirler

- Görüldüğü gibi, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 2003 Tasarısına göre, üst mahkemeye başvuru halinde, bir işin üst mahkeme önünde duruşmaya gelmesine kadar, eleme fonksiyonu gören çeşitli mekanizmalar yerleştirilmiştir: a) Esas mahkemesi ve üst mahkeme "kabule şayanlık açısından" ön denetim yapmakta, b) sonra üst mahkeme dosya üzerinden yeni bir ön inceleme yapmakta ve c) davanın esastan kabul edilmesi açısından da, üst mahkemede yeni bir inceleme daha yapılmaktadır. d) Bütün bu aşamalardan geçen bir başvuru "esaslı" ise, duruşmaya kadar gelebilmektedir.

10. Duruşma Hazırlığı (CMUKT 312)

- Bu aşamaları başarıyla arkasında bırakan bir başvuru açısından duruşma hazırlığı yapılacak ve duruşma günü saptanarak, çağrılar yapılacaktır. Üst mahkeme ceza dairesi bu aşamada dosyayı dikkatle incelemiş olduğu için, eksiklikleri de tespit etmiş bulunacaktır.
- Davayı uzatan sebeplerden önemli biri de sanığın duruşmaya gelmemesidir. Bu olgu göz önünde tutularak (mehaz Alman Kanununa da uygun bir şekil-

de), sanık tarafından açılan istinaf davasında, sanığın duruşmaya gelmemesi, davanın esastan reddi sebebi yapılmıştır (CMUKT 312/1). Ancak, "haklarını öğrenme hakkı" çerçevesinde, bunun önceden sanığa bildirilmesi şarttır.

- Tasarı mahkemeye, duruşma öncesinde gerekli gördüğü tanıkları bilirkişi dinlemek ve keşif yapmak yetkisi vermiştir. Buradaki amaç, istinaf duruşmasının bir tek celsede bitirilebilecek kadar olgun hale getirilmesi, bütün eksik delillerin toplanması, raporların alınması ve delillerin getirtilmesidir (CMUKT 312/2).

11. İstinaf Duruşması (CMUKT 313)

- İstinaf davasındaki duruşma genel hükümlere göre yapılacaktır. Bununla birlikte, istinaf davasına özgü bazı hususiyetler de vardır:
 - a) Duruşmanın genel hükümlere göre açılmasından sonra, raportör üyenin inceleme raporu dinlenecektir (CMUKT 313/1).
 - b) Bu aşamada esas mahkemesinin gerekçeli hükmü de okunacaktır (CMUKT 313/2).
 - c) İlk derece mahkemesinde dinlenmiş olan tanıkların ifadelerinin tutanakları, keşif tutanakları, bilirkişi raporu ve üst mahkeme tarafından duruşma hazırlığı sırasında toplanan deliller, keşif ve bilirkişi açıklamalarının tutanakları okunacaktır (CMUKT 313/3).
 - d) Üst mahkeme gerekli gördüğü takdirde, tanık ve bilirkişiyi duruşmaya çağırarak doğrudan doğruya dinlemek yetkisine sahiptir (CMUKT 313/4). İstinaf duruşmasında tanık dinlemek istisnadır.
- Görüldüğü gibi, üst mahkeme ceza dairesinde yapılan duruşmada temel özellik, esas mahkemesi tarafından verilen hükmün maddi olgu tespiti açısından ve hukukun uygulanması yönünden hukuka uygun olup olmadığının denetlenmesidir. Yeni delil ikame edilmesi ve yeni tanık dinlenmesi mümkündür, fakat istisnadır.
- Üst mahkeme ceza dairesi, duruşmanın sonunda yeni bir hüküm tesis edecektir (CMUKT 314). Çünkü daha evvel esas mahkemesi tarafından verilen hüküm bozulmak, yani "iptal edilmek" (CMUKT 311/3) suretiyle hukuk hayatından kaldırılmış bulunmaktadır.

- Üst mahkeme bu hükmü tesis ederken, "sadece sanık lehine başvurulmuş olduğu hallerde", önceki hükümler belirlenmiş olan cezadan daha ağır cezaya hükmedemeyecektir (CMUKT 314).
- **İş yükünü azaltıcı ve adil yargılamayı sağlayıcı tedbirler:** Davaların büyük bir çoğunluğu istinaf aşamasında sona erecektir. Bölge adliye mahkemesinin hükmü, istisnalar dışında itiraz ve temyize tabi değildir, ilk mahkemenin ısrar yetkisi yoktur (CMUKT 315).

12. Tasarının Temyiz Konusundaki Düzenlemeleri

- Tasarının sistemine göre **temyiz yolu, sadece Bölge Adliye Mahkemelerinin Ceza Dairelerinin hükümlerine karşı kabul edilmiştir.** Bu önemli bir değişikliktir.
- **İş yükünü azaltıcı ve adil yargılamayı sağlayıcı tedbirler:** İlk derece mahkemelerinin hükümleri doğrudan doğruya Yargıtay'a gelmeyecektir. Almanların "*Sprungrevision*" dedikleri, istinafı atlayarak doğrudan doğruya temyize başvurma yöntemi, Komisyonca benimsenmemiştir.
- Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairelerinin verdikleri **bozma kararları (CMUKT 311/2), temyiz edilemeyecektir.** Zira üst mahkemenin bozma kararı bugünkü 308 nci maddede gösterilmiş bulunan hukuka mutlak aykırılık hallerinde verilebilecektir.
- **İş yükünü azaltıcı ve adil yargılamayı sağlayıcı tedbirler:** Temyiz edilemeyen istinaf (Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesi) hükümleri de vardır:
 - a) İstinaf Mahkemesi (Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesi) **beş yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezalar ile, her türlü para cezasına ilişkin** olarak yapılmış olan istinaf başvurularını reddettiğinde (CMUKT 307/2, 310/2), temyiz yolu kapanmaktadır.
 - b) İstinaf Mahkemesi (Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesi) **beş yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezalarda** yaptığı istinaf incelemesinin sonucunda "suç niteliğini ve sonuç cezayı değiştirmeyen" bir hüküm vermişse (CMUKT 314), temyiz yolu kapanmaktadır (CMUKT 317/2). Ancak, üst mahkeme beş yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı içeren ilk mahkeme kararlarında suç tavsifini veya sonuç cezayı değiştirmişse, temyiz yolu açıkmaktadır.

- c) İki seneye kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlarda, ilk derece mahkemesi ile istinaf mahkemesi "suç niteliği yönünden" aynı kararı vermişlerse, temyiz yolu gene kapanmaktadır (CMUKT 317/3). İstinaf mahkemesi suç niteliğini benimseyip, cezayı değiştirmiş olsa bile, temyiz yolu kapanmaktadır.
- d) Para cezalarında da ilk derece mahkemesi ile istinaf mahkemesi aynı tavsifi benimsemişlerse, temyiz yolu kapatılmıştır (CMUKT 317/4).
- e) Müsadere, mülkiyetin devlete geçmesi hükümleri istinafta değiştirilmemişse, temyiz yolu kapanmaktadır (CMUKT 317/5).
- f) 10 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezalardan dolayı verilen beraat kararları ve her türlü para cezalarını gerektiren suçlardan verilen beraat kararlarına ilişkin olarak, İstinaf Mahkemesince (Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesi) verilen beraat kararı ile, istinaf başvurusunun reddi kararları temyiz edilemeyecektir (CMUKT 317/6).
- g) İlk derece mahkemesi ile İstinaf Mahkemesi (Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesi) aynı doğrultuda karar vermişse, davanın ortadan kaldırılması kararı, ceza ehliyetsizliği nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı, tedbir kararı, evlenme nedeniyle davanın ve cezanın ertelenmesi kararı temyiz edilemeyecektir (CMUKT 317/7).
- 2003 Tasarısının benimsediği sistem, Yargıtay'ın önüne gidecek işleri teminata zarar vermeden elemek ve azaltmaktır.
 - İstinaf Mahkemesi tarafından hükümden önce verilip "hükme esas teşkil eden" veya "başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan" kararlar da, hükümle beraber temyiz olunabilecektir (CMUKT 318).

13. Temyiz Nedeni

- Temyiz sebebi hukuka aykırılıktır (CMUKT 319). "Bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması", hukuka aykırılık olarak kabul edilme-ye devam olunmuştur.
- Hukuka kesin aykırılık halleri yürürlükteki kanundaki gibi, muhafaza edilmiştir (CMUKT 320).

- Sanığın yararına olan kurallara aykırılığın sanık aleyhine bozma nedeni olmadığı tekrarlanmıştır (CMUKT 321).
- Temyiz istemi yazılı şekil şartına bağlanmış ve yedi günlük süre korunmuştur (CMUKT 322).
- Temyiz yoluna başvuran Cumhuriyet savcısı veya tarafların, hükmün neden dolayı bozulmasını istediklerini göstermek mecburiyeti getirilmiştir (CMUKT 325).
- Temyiz nedeninin sadece hukuki yöne ilişkin olabileceği açıkça ve net olarak tekrar belirtilmiştir (CMUKT 325/2).

14. Temyiz Davasının Reddi

- Temyiz davasını açan savcı veya sanık temyiz nedenlerini göstermemiş ise, İstinaf Mahkemesi (Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesi) bu temyiz davasını başlangıçta reddedecektir (CMUKT 327/1). Bu karara karşı, Yargıtay'ın karar vermesi istenebilir (CMUKT 327/2).
- Bu düzenleme uluslararası standartlara uygundur. Yargıtay'ın maddi mesele ile uğraşması hem imkansızdır, çünkü her olayın maddi olgusunu incelemeye kalkışan Yargıtay, prensip kararları veremez. Hem de temyiz kanun yolunun varoluş amacına aykırıdır.
- Yargıtay'ın bozma kararı: Yargıtay yaptığı incelemenin sonunda "hukuka aykırılık" tespit ederse ve bu hukuka aykırılık istinaf mahkemesi tarafından verilmiş olan hükmü "başka bir hüküm" haline getirmişse, yani esasa müessir ise, bozma kararı verecektir. Tasarı bu durumu "dilekçede gösterilen hukuka aykırılıkların hükmü etkileyecek nitelikte olması" şeklinde ifade etmiştir (CMUKT 333/2).
- Yargıtay'ın bozma nedenlerini tek tek, ayrı ayrı gösterme mecburiyeti getirilmiştir. Yargıtay'ın bozma nedenlerini ayrı ayrı göstermek mecburiyetinde olması (CMUKT 333/2), bozmada sonra yapılacak olan yargılama aşamasında, Yargıtay tarafından tespit edilmiş bulunan bütün hukuka aykırılıkların esas mahkemesine öğretilmesi, gösterilmesi ve bu şekilde davaların yeni bozma nedenleri sebebiyle uzamasının önüne geçmek amacı ile kabul edilmiştir.
- Bozma sonrası yargılama, istinaf mahkemesi tarafından yapılır (CMUKT 335)

15. Olağanüstü Kanun Yolları

- Tasarının diğer bir özelliği, olağanüstü kanun yollarını ayrı bir kısım halinde düzenlemiştir. Üçüncü kısım da; karar düzeltme (CMUKT 339), Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı (CMUKT 343) ve bugün yazılı emir diye bildiğimiz, "kanun yararına başvuru" (CMUKT 344) ile "yargılamanın yenilenmesi" (CMUKT 346), ayrıca düzenlenerek, sistematik bir kanuna kavuşmamız için gerekli hazırlıklar yapılmıştır.