

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (GENEL KAMU HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

**ADİL YARGILANMA HAKKI VE
YARGILAMADA SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ PROBLEMİ**

Yüksek Lisans Tezi

Tevfik Barbaros Ulutaş

Ankara-2008

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (GENEL KAMU HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

**ADİL YARGILANMA HAKKI VE YARGILAMADA
SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ PROBLEMİ**

Yüksek Lisans Tezi

Tevfik Barbaros Ulutaş

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Mithat Sancar

Ankara-2008

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (GENEL KAMU HUKUKU)
ANABİLİM DALI

**ADİL YARGILANMA HAKKI VE YARGILAMADA
SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ PROBLEMİ**

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı : Mithat Sancar

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

.....
.....
.....
.....
.....
.....

.....
.....
.....
.....
.....
.....

Tez Sınavı Tarihi

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

GİRİŞ.....	1
BİRİNCİ BÖLÜM.....	5
AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE ADİL YARGILANMA HAKKI	5
İNSAN HAKLARI VE ÖZGÜRLÜKLERİ BAĞLAMINDA ADİL YARGILANMA HAKKI.....	5
I. Avrupa Konseyi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	6
II. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Adil Yargılanma Hakkı	8
ADİL YARGILANMA HAKKI KAVRAMI.....	10
ADİL YARGILANMA HAKKININ KAPSAMI	13
1. AİHS md. 6/1:	14
a) Her şahıs (...) gerek medeni hak ve vecibeleriyle ilgili nizalar gerek cezai sahada kendisine karşı serdedilen bir isnadın esası hakkında (...) bir mahkeme tarafından (...) davasının (...) dinlenmesini istemek hakkını haizdir.	14
aa. ...medeni hak ve vecibeler.....	15
aaa. Mahkeme'ye göre medeni hak ve yükümlülük niteliğinde olan işlemler:	16
aab. Kamusal yönü ağır basan ve medeni hak ve vecibe kavramının dışında kalan nizalar.....	17
i) “Hak” kavramı	20
ii) “Niza” (Uyuşmazlık) kavramı	20
ab. cezai sahada (...) serdedilen (...) isnad	21
aba. Suçlama	21
i) “İtham” kavramı	21
ii) “Suç” kavramı	23
ac. Mahkeme önünde hak arama hakkı.....	25
ad. ...kanuni müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından	26
ada. Yasal Mahkeme	27
adb. Müstakil (Bağımsız) Mahkeme.....	29
adc. Tarafsız Mahkeme	30
ae. Makul Bir Süre İçinde.....	33
af. Hakkaniyete uygun dinlenme	34
ag. Aleni surette dinlenme	37
aga. Yargılamada açıklık:.....	37
agb. Yüzyüze yargılama	39
agc. Kararın Açık Duruşmada Okunması	40
İKİNCİ BÖLÜM	42
SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ.....	42
I. Silahların Eşitliği İlkesi	43
II. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Silahların Eşitliği İlkesi	45

A) DELİL SUNMA, TANIK GÖSTERME VE BİLİRKİŞİLİK KURUMUNDAN YARARLANMA İMKANI YÖNÜNDEN EŞİTLİK	49
1) Delil Sunma İmkani Yönünden Eşitlik	49
2) Tanık Dinletme, Sorgulama Yönünden Eşitlik	52
3) Bilirkişi Yönünden Eşitlik	67
B) TARAFLAR ARASINDAKİ USULİ EŞİTSİZLİKLER.....	73
1) Savunmayı hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak	73
2) Tarafların hakları konusunda bilgilendirilmeleri	77
3) Mahkemede fiziki konumlanış	78
4) Sanık üzerinde oluşması muhtemel baskı.....	79
C) BİLGİ VE BELGELERE ULAŞMADA EŞİT İMKANLAR	79
1) Başvurucunun dava dosyasına ulaşması:	82
2) Başvurucunun avukatlarının dava dosyasına ulaşması:	85
D) SAVCININ MAHKEMEDE ÜSTLENDİĞİ ROL	94
E) YASAMA MÜDAHALESİ	103
SONUÇ	107
KAYNAKÇA.....	115
Makaleler:	115
Kitaplar:	116
Tezler:	118
İlerleme Raporları, İstişari Ziyaret Raporları ve Diğer Uluslararası Metinler:.....	118
İnternet Kaynakları:	119
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları:	120
Diğer Mahkeme Kararları:.....	123
ÖZET:	123
Anahtar Kelimeler:.....	123
ABSTRACT:	123
Keywords:	123

GİRİŞ

İnsanlık tarihi, yönetilenler ve yönetenler arasındaki mücadelelerle örülmüştür. İktidar sahipleri iktidarlarını sağlamlaştırma eğilimiyle yönetilenleri her zaman daha fazla baskı altına almaya çalışmışlar, buna karşılık yönetilenler daha fazla özgürlük alanına sahip olmak istemişlerdir. Nitekim, “insanın bu niteliğiyle doğuştan sahip olduğu, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez kutsal hak ve özgürlükler¹” olarak tanımlanabilecek olan insan haklarının tarihi, “İnsan Hakları Mücadelesi” tarihidir, insanların salt insan olma kimliği dolayısıyla sahip oldukları haklar uzun yıllar süren mücadeleler sonucu elde edilmiştir ve bu gelişim insanlık tarihi boyunca da sürecek gibi görünmektedir. Bugün artık tartışmasız kabul ettiğimiz, herkesin eşit ve özgür doğması, hukuk karşısında herkesin “kişi” olması gibi kazanımlar, yüzyıllar süren mücadelelerle bu aşamaya gelmiş bulunmaktadır.

İnsanlığın sürekli ilerlemesi, toplumsal yapıların ve insan gereksinimlerinin gelişmesi, değişmesi insan hakları taleplerinin çeşitlenmesi ve zenginleşmesini beraberinde getirir. Hakların kazanımı, geri dönülmez bir süreci de tanımlar. Hak mücadelesinin tekerleği daima ileriye doğru döner².

XX. yüzyıla kadar uluslararası alanda devletler arası ilişkileri düzenleyen kuruluşlar mevcut değildi ve pek çok kazanım ulusal sınırlar (ya da devlet – hakimiyet sınırları) içerisinde gerçekleşmekteydi. Bu bağlamda insan haklarının düzenlendiği belgelere

1) Sefa Reisoğlu, Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları, Beta, İstanbul 2001, s. 3

2) Erol Anar, İnsan Hakları Tarihi, Çivi yazıları, İstanbul, 2000., s. 24.

genel olarak baktığımızda daha eski tarihli belgelerin ulusal nitelikli belgeler olduğunu görürüz. Oysa özellikle İkinci Dünya Savaşı sırasında yaşananlar, Almanya'da çeşitli halklara ve özellikle Yahudilere yönelik kötü muameleden dolayı yargılanan yetkililerin, bu yaptıklarının Alman ulusal hukukuna uygun olduğu yönündeki -kendi içinde tutarlı- savunuları, insan haklarının salt ulusal nitelikli belgelerle korunamayacağını, uluslararası bir düzenleme ve denetim yapılmasına gereksinim duyulduğunu göstermiştir.³ Bu gereksinim üzerine başta Birleşmiş Milletler düzeyinde hazırlanan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi olmak üzere, pek çok uluslararası metin de ortaya çıkmıştır. İnsan hakları, XX. yüzyıla gelindiğinde uluslararası alanda yaptırım gücü olan ve çok ileri koruma mekanizmalarına sahip bir siyasi ve hukuksal içerik kazanmıştır. 20. asrın ikinci yarısını karakterize eden en önemli sosyo-politik olay “İnsan Hakları”nın belirlenip korunmasına ilişkin uluslararası çabalar⁴.

Bu çabaların önemli yansımalarından biri, Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)tir.

Bu çalışmanın konusu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı'nın “Silahların Eşitliği” ilkesidir. Silahların eşitliği ilkesi adil yargılanma hakkı kapsamında yer alan “Hakkaniyete uygun yargılama” ilkesinin bir uzantısıdır ve bu kavram çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM, Mahkeme) içtihatlarında kendisine yer bulmaktadır. İnsan hakları mücadelesi

3) www.anayasa.gov.tr/eskisite/anayargi/bicak.pdf (Son ziyaret tarihi 06.06.2007)

4) Ahmet Mumcu, İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri, Savaş Yay., Ankara, 1994, s. 104'ten aktaran Sadullah Özel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkı (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Diyarbakır, 2003., s. 1.

tarihinde adil yargılanma hakkı da –diğer hakların kullanılması açısından merkezi önemde olmasından dolayı- önemli bir yer tutmaktadır ve günümüzde ortaya çıkan içtihatlar da tarihsel kazanımların kümülatif bir toplamı sayılabilir.

Çalışmada Adil Yargılanma Hakkı'nın kapsamı ve sınırları, 1. fıkra'daki unsurlar çerçevesinde incelendikten sonra Silahların Eşitliği İlkesi farklı boyutlarıyla işlenecektir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Türkiye tarafından kabul edildiğinden beri sözleşmede öngörölmüş olan yeni haklar ve ilkeler tartışma konusu olmuş olmakla birlikte, Mahkeme'nin yargı yetkisi kabul edildiğinden beri bu tartışmalar ve uygulamaya ilişkin eleştiriler/değişiklikler artış göstermiştir. Ulusal yargıda verilen kararların ve bu kararlar verilirken uygulanan usullerin AİHM tarafından denetlenmesi ve verilen ihlal kararları, Mahkeme'de aleyhine en çok başvuru yapılan ölkelerden biri olan Türkiye'yi olduğu kadar diğer ölkeleri de etkilemiş, Türkiye aleyhine yapılan başvurularda pek çok yeni içtihat ortaya çıkmıştır. Usul açısından temel önemde olan ve Türkiye ile ilgili alınan kararlarda da içtihatlar açısından önemli gelişmeler sağlanan Silahların Eşitliği konusu bu yüzden bu çalışmanın konusu olarak seçilmiştir.

Silahların Eşitliği konusu Adil Yargılanma Hakkı'nın diğer unsurlarından ayrılamayacağından ve esasen Mahkeme tarafından 6. madde kapsamında bulunan ve Adil Yargılanma Hakkı'nın unsurları sayılan ilkeler pek çok kararda birlikte işlenmiş olduğundan, hem Adil Yargılanma Hakkı'nın kapsamındaki Silahların Eşitliği ilkesini daha iyi konumlandırabilmek hem de daha iyi açıklayabilmek için

öncelikle maddede yer alan diğer ilkeler ve özellikle 6/1 fıkrası ile ilgili açıklamalar çalışmanın ilk bölümünde yer almaktadır.

Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde görüleceği gibi AİHS md. 6/2 ve md. 6/3, genellikle md. 6/1'in uzantıları olarak görülmektedir. Bu düzenlemeler Mahkeme'ce "kendileri var olmasalar bile 6/1 var olduğu için uygulanacak" düzenlemeler sayıldığından bu düzenlemelere ayrıca ayrıntılı biçimde değinilmeyecek, silahların eşitliği ilkesi çerçevesinde bu hakların sahip oldukları önemli konum dolayısıyla ve silahların eşitliği başlığı altında gerekli olduğu ölçüde değinilecektir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, Friedrich-Christian Schroeder'e göre "Sözleşmenin 6. maddesinin 2 ve 3. fıkrasında tanınan haklar, 'fair trial' müessesesinin çekirdeğini, özünü oluşturur. Genel 'fair trial' ilkesi ise, kesin bir şekilde sınırlandırılmış olan bu alan dışında kalan hususları kapsar⁵."

Özellikle Silahların Eşitliği ilkesinin işlendiği bölümde, bu ilkenin uygulamasına ilişkin çeşitli alt başlıklar altında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin uygulamaları yanında kimi noktalarda iç hukukumuzla ilişkin düzenlemeler ve uygulamalar da yer almaktadır. İç hukuka ilişkin bilgiler, ilkelere ilişkin çeşitli unsurlar değerlendirilirken değinilmek suretiyle verilmiş, çalışmanın genel sistematigi dışına çıkmamak amacıyla ayrı başlıklarda değerlendirilmemiştir.

5) Friedrich-Christian Schroeder, "Ceza Mahkemesinde 'Fair Trial' İlkesi", IGUL Yayınları No: 4 Adil Yargılanma Hakkı, Nergiz Yayınları, İstanbul, 2004, s. 148.

BİRİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE ADİL YARGILANMA HAKKI

İNSAN HAKLARI VE ÖZGÜRLÜKLERİ BAĞLAMINDA ADİL YARGILANMA HAKKI

Kişilerin haklarını kullanırken sıklıkla karşı karşıya kaldıkları yargı alanı, hakların korunması açısından büyük anlam taşımaktadır ve bu sebeple yargılama sırasında kişilerin yararlanacakları hakların belirlenmesi, diğer hakların uygun biçimde kullanılabilmesi açısından bir zorunluluk olmuştur. Yargı sürecinden yararlananların belli hakları, bu bağlamda çeşitli ulusal ve uluslararası düzenlemelerle koruma altına alınmıştır ve genel bir ifadeyle “Adil Yargılanma Hakkı” olarak ifade ettiğimiz hak çerçevesinde mütalaa edilir.

“Adil Yargılanma” kavramı, “Normal Kanun Yolu⁶” anlamında olan ve temelde Fransız Hukuku’ndaki “procès de loi”den gelen “due process of law” kurumundan kaynaklanmaktadır ve İngiliz Hukuku’na 1354 yılında, 1215 tarihli Magna Carta’dan alınmıştır. ABD Anayasası’na 5 ve 14. ek maddelerle dahil olan kavram, İngiliz Hukuku’nda da sonraki dönemlerde “natural justice” ve “fair trial” kavramlarıyla adlandırılmış ve geliştirilmiştir⁷.

6) Ender Gürol ve Ali Kılıçlıoğlu, Çağdaş İş Dünyası Sözlüğü, Cem Yayınevi, İstanbul, 2006.

7) Friedrich-Christian Schroeder, 2004, s.146.

Dirk Steiner, bu konuda yayınlanmış olan yeni eserlerden biri olan doktora tezinde, Ronald Dworkin ve Robert Alexy'e katılarak, "fair trial" kurumunu, 'tarif edilmesi güç' olarak vasıflandırmakta ve bu ilkenin sadece "ideal şartları oluşturma mecburiyeti" (Optimierungsgebot) olarak anlaşılması gerektiğini belirtmektedir⁸.

Adil Yargılanma Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (İnsan Hakları Ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme – AİHS)'nin 6. maddesinde düzenlenmiştir.

AİHS'in 6(1) maddesiyle "adil yargılanma hakkı", medeni ("civil") hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar (uymazlık; dispute; contestation) ile ceza hukuku alanında kişiye yöneltilen suçlamalar konusunda herkes için koruma altına alınmıştır. Bu çerçevede her kişi, gerek özel hukuk gerekse ceza hukuku alanında davasının; yasal, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından makul bir süre içinde adil ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir⁹.

I. Avrupa Konseyi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AİHS 1949 yılında kurulmuş olan Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan bir uluslararası sözleşmedir. Soğuk savaş döneminin izlerini taşıyan Konsey'in kuruluş sürecinde düzenlenen La Haye Kongresi'nde Konseyin insan haklarına bakışının ilk izleri bulunabilir. Avrupa'nın birleşmesi çağrısında bulunan Kongre, birlik çerçevesinde bir "İnsan Hakları Yasası"nın hazırlanmasını önermiştir. Ayrıca bu

8) Dirk Steiner, Das Fairnessprinzip im Strafprozess, 1995, S. 132ff., 209'dan aktaran, Friedrich-Christian Schroeder, a.g.e., s. 147.

9) Süheyl Donay, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 12, aktaran, Naz Çavuşoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, A.Ü.S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 1994., s. 25.

yasaya saygı gösterilmesini sağlayacak bir mahkemenin kurulması ve taraf devlet yurttaşlarının bu yasadaki haklarının çiğnenmesi durumunda mahkemeye başvuru haklarının mümkün kılınması gereğini ilan etmiştir¹⁰.

Avrupa Konseyi'nin kuruluş anlaşması Avrupa Konseyi Statüsü'dür, Statü'nün 3. maddesinde yer alan “Avrupa Konseyi'nin her üyesi, hukuk devleti ve kendi yargı yetkisi içindeki herkesin insan hakları ve temel özgürlüklerden yararlanma ilkelerini kabul eder ve I. Bölümde belirlenen Konsey amacının gerçekleştirilmesinde içten ve etkin bir biçimde işbirliği yapmayı üstlenir” düzenlemesi, soğuk savaş koşullarında SSCB'nin kendi halkları arasında çekici bir hale gelmesi tehlikesine karşı hak ve özgürlükler alanında bir tampon bölge oluşturmak isteyen Konsey'in yaklaşımını göstermektedir. Nitekim Konsey'in kuruluşundan bir yıl kadar sonra, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB) örnek alınarak hazırlanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde kişisel ve siyasal haklar kendilerine daha kapsamlı yer bulurken, sosyal hakların düzenlenmesinden kaçınılmıştır¹¹. Sosyal haklar kendilerine 18 Ekim 1961'de imzalanan Avrupa Sosyal Şartı'nda yer bulurken, AİHS'nin kapsamı, ilerleyen zamanlarda ek protokollerle geliştirilmiştir. Bugün itibariyle ek protokol sayısı 14'tür.

Türkiye, Avrupa Konseyi'nin en eski üyelerinden biridir; 1949'da kurulan örgüte 13 Nisan 1950'de üye olmuştur. AİHS'yi ise, ilk imzalayan devletler arasındadır:

10) Yasemin Özdek, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye – AİHS Sistemi – AİHM Kararlarında Türkiye, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yayını, Ankara, 2004., s. 11; Ömer Madra, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1981., s. 11.

11) Yasemin Özdek, 2004, s. 20.

Sözleşmeyi, diğer 11 Konsey üyesi ile birlikte, imzaya açıldığı 4 Kasım 1950'de imzalamıştır. 3 Eylül 1953'te yürürlüğe giren AİHS'yi, yürürlüğe girişinden kısa süre sonra, 1954'te onaylamıştır. AİHS, onay belgesinin Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne verildiği 18 Mayıs 1954'te Türkiye için yürürlüğe girmiştir. Türkiye 1., 2., 3., 4., 5., 6., 7., 8., 9., 11., 12., 13. protokolleri imzalamış ancak bu protokollerden 7. ve 12. ve protokoller henüz onaylanmamıştır. 11 No'lu protokolün 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe girmesiyle 9 No'lu protokol yürürlükten kaldırılmış ve onaylama imkanı kalmamıştır¹². Türkiye 4 Numaralı protokolü 19 Ekim 1992'de imzalamış ve 23 Şubat 1994 tarihinde onaylamıştır. 3975 Sayılı Onay Kanunu 26 Şubat 1994 gün ve 21861 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Ancak onay belgesi henüz tevdi edilmediği için, Türkiye halen protokole taraf değildir¹³.

II. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Adil Yargılanma Hakkı

Adil yargılanma hakkı, bu çalışmada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamında ve silahların eşitliği – çelişkili yargılama ilkeleri çerçevesinde değerlendirilecektir. AİHS, 1948 İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nden esinlenerek, adil yargılanma hakkının biçimsel olarak en erken tanımlandığı uluslararası sözleşmedir¹⁴. Bu sözleşmenin onaylanmasına ilişkin olan 19.03.1954 gün ve 6366 sayılı kanunda benimsenen ifade çerçevesinde 6. madde uyarınca;

1. Her şahıs gerek medeni hak ve vecibeleriyle ilgili nizalar

12) http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/aihs_01.html (Son ziyaret tarihi: 28.02.2008)

13) <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhak/pdf01/351-353.pdf> (Son ziyaret tarihi: 28.02.2008)

14) Stefania Negri, "The Principle of ' Equality of Arms' and the Evolving Law of International Criminal Procedure", International Criminal Law Review 5, 2005, s. 514.

gerek cezai sahada kendisine karşı serdedilen bir isnadın esası hakkında karar verecek olan kanuni müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde hakkaniyete uygun ve aleni surette dinlenmesini istemek hakkını haizdir.

Hüküm aleni olarak verilir, şu kadar ki, demokratik bir toplulukta amme intizamının veya milli güvenliğin veya ahlakın yararına veya küçüğün menfaati veya davaya taraf olanların korunması veya adaletin selametine zarar verebileceği bazı hususi hallerde, mahkemece zaruri görülecek ölçüde, aleniyet davanın devamınca tamamen veya kısmen basın mensupları ve halk hakkında tahdidedilebilir.

2. *Bir suç ile itham edilen her şahıs suçluluğu kanunen sabit oluncaya kadar masum sayılır.*

3. *Her sanık ezcümle:*

a) *Şahsına tevcih edilen isnadın mahiyet ve sebebinden en kısa bir zamanda, anladığı bir dille ve etraflı surette haberdar edilmek,*

b) *Müdafaasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara malik olmak,*

c) *Kendi kendini müdafaa etmek veya kendi seçeceği bir müdafinin veya eğer bir müdafî tayin için mali imkanlardan mahrum bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkeme tarafından tayin edilecek bir avukatın meccani yardımından istifade etmek,*

d) *İddia şahitlerini sorguya çekmek, veya çektirmek, müdafaa*

şahitlerinin de iddia şahitleriyle aynı şartlar altında davet edilmesini ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek,

e) Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından meccanen faydalanmak, haklarına sahiptir.”

ADİL YARGILANMA HAKKI KAVRAMI

AİHS'in 6. maddesinin, sözleşmenin İngilizce metninin 11. Protokol ile güncellenmiş son halinde madde başlığı “Right to a fair trial”dır. “Yargılama” anlamında kullanılan “trial” sözcüğünü niteleyen kavramın, “fair” olduğu göze çarpmaktadır. “Adil yargılanma hakkı”ndaki “adil” sözcüğü Türkçe'de “adalet” kavramı ile aynı kökten gelmektedir, oysa sözleşmede İngilizce “adalet” anlamına gelen “justice” kavramı değil, “fair” kavramı kullanılmaktadır, bu kavram adalet değil hakkaniyet anlamına gelir ve madde içerisinde “fair hearing” kavramında da “hearing”i, “dinlenme”yi nitelemek üzere kullanılmıştır. “fair hearing” kavramı, sözleşme Türkçe'ye çevrilirken “hakkaniyete uygun dinlenme” şeklinde çevrilmiştir. Sistematiik olarak “fair hearing”, “right to a fair trial” başlığıyla düzenlenen hakkın unsurlarından biridir ve madde bütününe yapılan atıflarda ve hak tanımlanırken İngilizce çalışmalarda da “adil yargılanma” için genellikle “fair trial”, “adil yargılanma hakkı” için ise “right to a fair trial” kavramı kullanılmaktadır. “Fair trial” kavramının dilimize tam çevirisi de “hakkaniyete uygun yargılama”dır, ancak bu alanda çalışan

Türk hukukçuların fair trial kavramı karşılığında “doğru yargılama¹⁵”, “adil yargılama¹⁶”, “Doğru ve güvenli yargılanma¹⁷” gibi kavramları kullandıkları görülmektedir. Hakkın sujesi “yargılanan” kişi olduğundan “yargılama” değil, “yargılanma” kavramının kullanılması daha uygun olacaktır. Alandaki pek çok çalışmada tercih edilen “adil yargılanma hakkı” kavramı, 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'un 14. maddesi ile 1980 Anayasası'nın 36. maddesine¹⁸ de resmi olarak dahil olduğundan Türkçe çalışmaların çoğunda tercih edilen kavram olmuştur ve bu çalışmada “right to a fair trial” karşılığı olarak “adil yargılanma hakkı”; “Fair hearing” kavramı karşılığı olarak “hakkaniyete uygun dinlenme” kullanılacaktır¹⁹.

Sözleşmenin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesi nispeten ayrıntılı bir düzenleme yapmış olmakla birlikte ilk cümlesinde özet olarak adil yargılanma hakkının tarifini de yapmaktadır. 6. maddenin ilk cümlesinde adil yargılanma hakkı şöyle tarif edilmiştir: *“Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan,*

15) Tekin Akıllıoğlu, İnsan Hakları -I- Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, A.Ü.S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 1995, s. 215.; Altıparmak, Kerem “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin Uygulama Alanı”, AÜSBF Dergisi, Cilt 53/1-4, s. 2.

16) A. Şeref Gözübüyük ve A. Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması – Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 265.

17) Çetin Aşçıoğlu, Doğru ve Güvenli Yargılanma Hakkımız Var! - Yargıçlar, Savcılar, Avukatlar Bu Söz Size, Adalet Matbaacılık, Ankara, 1995, s. 53.

18) T.C. Anayasası Madde 36 – Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.

19) Bu tartışmalar için bkz. Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı – Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, Beta, İstanbul, 2005., s. 3.

yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir.”

6. madde'nin 1. fıkrası devamla hükmün aleniyetini ve aleniyetin istisnalarını düzenlemiş, 2. ve 3. fıkralarda ise “ *bir suç ile itham edilen*” şahısların hakları düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki AİHM bu fıkralardaki güvencelerin genel bir kavram olan adil yargılamanın kurucu unsurları olduğu kanısındadır ve bu fıkralar kapsamındaki bazı davaları sözleşmenin 6/1. fıkrası bakımından incelemeyi tercih etmiştir²⁰. Adil Yargılanma Hakkı, üye devletlerin değil bireylerin haklarını koruyucu bir düzenlemedir, bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi adil yargılanma hakkı'nın, ilgili ihlalin tartışıldığı yargılamayı yapmış bulunan herhangi bir devletin aleyhine ihlal edildiği iddiasını incelemez²¹.

Hukuk ve ceza davalarında ve belirli ölçülerde diğer alanlardaki davalarda genel yargılama ilkelerini belirleyen ve hukuk devletinin temel unsurunu oluşturan adil

20) Colozza ve Rubinat/İtalya, 12.02.1995, başvuru no. 9024/80, para. 26. Çalışma boyunca pek çok yerde AİHM kararlarına atıf yapılacaktır. Bu atıfların bazılarını “Kaynakça”da da yer alan eserlerden ulaşılmıştır, ancak sistematik bütünlük açısından ilgili kararların künyeleri biçimsel olarak tektipleştirilmiştir. Bu noktada belirtilmesi gerekir ki, karar metinleri ve çevirileri için Osman Doğru'nun kitaplarından (Osman Doğru, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Cilt: 1, Legal Yayınları, İstanbul, 2004; Osman Doğru, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Cilt: 2, Legal Yayınları, İstanbul, 2004.) ve “Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi - İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları” internet veritabanından (<http://ihami.anadolu.edu.tr/>) (Son Ziyaret Tarihi 25.08.2007)) yararlanılmıştır.

AİHS ilk düzenlemesinde iki denetim organı öngörmüştür, bu organlar Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (Komisyon) ve Avrupa İnsan Hakları Divanı'dır (Divan). 11 Mayıs 1994'te Strazburg'da imzalanan, kurulmuş olan denetim mekanizmasını yeniden yapılandıran, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun ve Divanı'nın yerini almak üzere daimî bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kuran, Sözleşmeye ek 11 No.lu Protokol 1 Kasım 1998'de yürürlüğe girdikten sonra bu denetim işlevini tek bir denetim organı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sürdürmüştür. Çalışmada atıf yapılan kararlar Komisyon, Divan ya da Mahkeme kararı olabilir, bu organların çalışma usullerindeki devamlılık ve paralellik, bugün Mahkeme'nin önceki kararların devamı niteliğinde kararlar alması ve içtihatlarına büyük ölçüde bağlı olması dolayısıyla kararlara Mahkeme kararı olarak atıf yapılmıştır.

21) Loukis G. Loucaides, "Questions Of Fair Trial Under The European Convention On Human Rights", Human Rights Law Review - Volume 3, Number I - 2003, s. 27.

yargılanma hakkı, insan hakları arasında önemli ve kilit bir rol oynamaktadır. Pek çok diğer hakkın uygulama kazanabilmesi, adil yargılanma hakkının etkin biçimde kullanılabilmesine bağlıdır. Adil yargılanma hakkının demokratik bir toplumda oynadığı rolün önemini vurgulamak isteyen AİHM'e göre “adil yargılanma hakkının demokratik bir toplumda öne çıkan yeri, bu alandaki denetim açısından mahkemeyi, dava konusu usulün gerçeklerini incelemeye sevketmektedir”²².

ADİL YARGILANMA HAKKININ KAPSAMI

6. Madde'de belirlenen hak, Mahkemece önceleri “sağlıklı adalet yönetimi isteme hakkı” deyiimiyle adlandırılmış, sonra adil yargılanma – hakkaniyete uygun yargılama kavramı ile anılmaya başlamıştır²³. 11. protokol, mahkeme içtihatlarından kaynaklanan bu kavramlardan “adil yargılanma hakkı”nı, maddeye başlık olarak eklemiş, bir başka deyişle “adil yargılanma hakkı” kavramına “yasallık” kazandırmıştır²⁴. Bu hakkın iki cephesi vardır, bir boyutuyla “kuruma ilişkin” (mahkemenin tarafsızlığı ve bağımsızlığı vb.) diğer boyutuyla işleyişe ilişkin (hakkaniyete uygun dinlenme vb.) hüküm barındırmaktadır²⁵.

22) Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı – Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, Beta, İstanbul, 2005, s. 4.

23) A. Şeref Gözübüyük ve A. Feyyaz Gölcüklü, 2005, s. 265.; A. Feyyaz Gölcüklü, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde 'Adil Yargılanma’”, AÜSBF Dergisi (İlhan Öztrak'a Armağan), Ocak-Haziran 1994, C. 49, n. 1-2, s. 200.

24) A. Şeref Gözübüyük ve A. Feyyaz Gölcüklü, age. s. 266.

25) Donna Gomien, David Harris ve Leo Zwaak, Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter, Council of Europe Publishing, Germany, 1996, s. 157.

1. AİHS md. 6/1:

6. madde ile sağlanan yargılama usulü ve kuralları güvencesinin kalbi ve kaynağı maddenin 1. fıkrasıdır. Nitekim Mahkemenin yerleşik içtihadı uyarınca, 3. fıkradaki örnek sayım özel güvenceler adil yargılama kuralının değişik ilkeleridir; ve, bu fıkra mevcut olmasaydı dahi uygulama bulacak hükümlerdir²⁶.

a) Her şahıs (...) gerek medeni hak ve vecibeleriyle ilgili nizalar gerek cezai sahada kendisine karşı serdedilen bir isnadın esası hakkında (...) bir mahkeme tarafından (...) davasının (...) dinlenmesini istemek hakkını haizdir.

Maddenin ilk cümlesinde, “gerek medeni hak ve vecibeleriyle ilgili nizalar gerek cezai sahada” demek suretiyle, adil yargılanma hakkının kapsamı belirlenmiştir. Bu kapsam 1. fıkra ile ilgili olmakla birlikte, 2. ve 3. fıkralar, özel olarak ceza yargılaması alanını ilgilendirmektedir. Ancak bu fıkralardaki güvenceler, gerektiğinde uyarılama yapılarak medeni hak yargılamalarında da uygulanacaktır²⁷. Adil yargılama hakkı, medeni nitelikteki yargılamalarda da söz konusu olan bir kavram olmasına rağmen, uygulamada çoğunlukla ceza yargılamasında gündeme gelmektedir. Devlet, toplumsal düzeni sağlama saiki uğrunda yargılama yetkisini kullanırken, suçluluğundan şüphe edilen bireye keyfi uygulamalarda bulunamayacaktır²⁸.

26) A. Şeref Gözübüyük ve A. Feyyaz Gölcüklü, age. s. 266.

27) A. Şeref Gözübüyük ve A. Feyyaz Gölcüklü, 2005, s. 269

28) Karen Reid, A Practitioner's Guide to The European Convention on Human Rights, Sweet&Maxwell, London, 1998., s. 29; aktaran, Sadullah Özel, 2003, s. 7.

aa. ...medeni hak ve vecibeler...

“Medeni hak ve vecibelerle ilgili nizalar” kavramı, gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi/Divanı, gerekse akademik alanda çokça tartışılmıştır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde (Md. 10) ya da Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi’nde (Md. 14) adil yargılanma hakkının uygulanacağı alan belirlenirken “medeni” gibi bir sınıflandırma kullanılmamış, bu kavram AIHS’in hazırlık sürecinde metne dahil edilmiştir. Gerek bu sınıflandırmanın sözleşmeye dahil edilmesi gerekse bununla hedeflenen amaç konusunda hazırlık aşamasına ilişkin tutanaklarda bir bilgi mevcut değildir²⁹. Mahkeme, adil yargılanma ve usul eşitliği kavramlarının özel hukuk yargılamalarına uygulanabilirliğini ilk olarak Dombo Beher/Hollanda³⁰ içtihadında vurgulamıştır. Mahkemenin bu konudaki eğilimi, medeni hak ve vecibelerin, yüksek sözleşmecî tarafların iç hukuklarına göre değil hakkın niteliğine göre belirlenmesi, diğer bir deyişle yargılamaya konu olan hakkın medeni olup olmadığı konusunda değerlendirme yapılırken biçimsel değil maddi ölçüte başvurulmasıdır. Ayrıca mahkemenin önceden belirlediği ve tûmdengelim usulüyle yeni olaylara uygulanan bir ölçüt de söz konusu değildir, her olay kendi özgöl koşulları içinde değerlendirilmektedir. Dolayısıyla ulusal hukukta nasıl düzenlenmiş olursa olsun, yargılama konusu olan hak eğer medeni haklar kapsamında ise, bu maddenin koruması altında olacaktır.

Madde düzenlemesinde “özel hukuk hak ve yükümlölükleri” değil, “medeni hak ve

29) Loukis G. Loucaides, "Questions Of Fair Trial Under The European Convention On Human Rights", İçinde, Human Rights Law Review - Volume 3, Number I - 2003, s. 28.

30) Stefania Negri, 2005, s. 515-516.

vecibeler”den bahsedilmektedir³¹. Bununla birlikte, ticari ilişkiler, aile hukuku ilişkileri, haksız fiilden kaynaklanan tazminat istemleri, sigorta hukuku, iş hukuku, sözleşme hukuku ve medeni hukukun diğer dalları gibi özel hukuk alanındaki uyuşmazlıkların madde kapsamında bulunduğuna şüphe yoktur. Asıl sorun, kamusal niteliği ile dikkat çeken konularda yaşanmaktadır³².

aaa. Mahkeme'ye göre medeni hak ve yükümlülük niteliğinde olan işlemler:

Bu alandaki mahkeme kararları aşağıdaki gibi kümelendirilebilir³³:

- Mülkiyet hakkı ve mamelek ile ilgili olan idari işlemler.
 - Tarım arsisinin birleştirilmesi.
 - Kamulaştırmaya ilişkin nizalar.
- Bir meslek, san'at veya başka bir iktisadi faaliyetin yürütülmesi ile ilgili idari kararlar.
 - Meslek odalarınca verilen men cezası.
- Reşit olmayan çocukları, ana-babadan ayırarak korunması amacı ile idari önlemler alınması.
- Çalışma hayatı, sosyal sigorta, iş sözleşmesinin bozulması, işten çıkarma ile ilgili idari işlemler.
- İdarenin kusurundan doğan zararın tazminine ilişkin nizalar.

31) A. Şeref Gözübüyük ve A. Feyyaz Gölcüklü, 2005, s. 271.

32) Sayılmış olan özel hukuk anlaşmazlıkları ile ilgili çeşitli karar örnekleri için bkz. Kerem Altıparmak, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin Uygulama Alanı”, AÜSBF Dergisi, Cilt 53/1-4, s. 5.

33) Bu kategorilerle ilgili AİHM kararları için bkz. A. Şeref Gözübüyük ve A. Feyyaz Gölcüklü, 2005, s. 271-272.

-İdarenin takdir yetkisini kullanmasından doğan nizalar.

-Evlenme engelleri, evliliğin tanınması veya evliliğe itiraz gibi aile hukukuna ilişkin konular.

aab. Kamusal yönü ağır basan ve medeni hak ve vecibe kavramının dışında kalan nizalar.

Bu konudaki komisyon ve Mahkeme kararlarından bazıları aşağıdadır³⁴.

- Siyasi haklar.

Askerlik yükümlülüğü³⁵.

- Yabancıların ülkeye kabulü, sınırdışı etme. Siyasi sığınma.

- Vergilendirme.

- Kişi özgürlüğünün kısıtlanması.

- Kamu fonlarından yapılan ödemeler.

- Devlet memurluğu statüsüne ilişkin nizalar.

Devlet memurluğu statüsü konusunda AIHM Pellegrin kararında³⁶ bazı ölçütler belirlemiş, devlet memurluğu ile ilgili davalar açısından hangi davaların 6. madde kapsamında yer alacağına ilişkin işlevsel bir ölçüt geliştirmiştir. Bu ölçüt çerçevesinde, sözleşmeli mi kadrolu mu olduğu önem taşımaksızın tüm devlet memurlarının göreve kabul, kariyer ilerlemesi ve görevlerinin sona ermesiyle ilgili

34) Bu kategorilerle ilgili AIHM kararları için bkz. A. Şeref Gözübüyük ve A. Feyyaz Gölcüklü, 2005, s. 272.

35) Nicolussi/Avusturya, 1987, başvuru no: 11734/87; S/İsviçre, 28.11.1991, başvuru no. 13325/87; aktaran, Nuala Mole ve Catharina Harby, Adil Yargılanma Hakkı – Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi'nin uygulanmasına ilişkin kılavuz, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü Yayınları, Strasbourg, 2001, s. 14.

36) Pellegrin/Fransa, 08.12.1999, başvuru no. 28541/95, aktaran, Sibel İnceoğlu, 2005, s. 46 vd.

davaların AİHS 6/1 kapsamında “medeni hak ve vecibe” kapsamında yer alması, ancak bazı uyuşmazlıklar işlevsel açıdan farklı bir konumda bulunduklarından, ilgili maddenin kapsamı dışında kalacakları tespit edilmiştir. “Bu uyuşmazlıklar, devletin veya diğer kamu otoritelerinin genel menfaatini korumaktan sorumlu, kamu otoritesinin temsilcisi olarak hareket ederek, polis veya silahlı kuvvetler mensupları gibi, kamu hizmetinin özel faaliyetlerini yürüten kamu personeli tarafından ileri sürülenlerdir³⁷.” Mahkeme, bu kararda çalışanın görev ve sorumluluklarının niteliğine dayanan işlevsel bir kriter getirmiştir. Genel yarara ilişkin veya kamu hukukunca verilen gücün kullanımına katılmayı içeren görevlerde bulunanlar, devletin egemen gücünün bir kısmını ellerinde tutmaktadır. Bu nedenle devletin, bu memurlardan özel bir güven ve sadakat bağıyla bağlanmalarını istemekte meşru menfaati vardır. Öte yandan “kamu yönetimi” unsuru içermeyen diğer kadrolar bakımından böyle bir menfaat bulunmamaktadır. Bu nedenle Mahkeme, sadece devletin ya da diğer idari makamların genel yararını korumakla görevli kamu gücünü elinde bulunduran sıfatıyla hareket ettikleri ölçüde, görevleri belirli kamu hizmeti faaliyetleri türünden olan kamu görevlilerince çıkarılan uyuşmazlıkların Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının kapsamı dışında bırakıldığına hükmetmiştir³⁸. Mahkeme, Pellegrin kararından sonra Vilho Eskelinen ve Diğerleri/Finlandiya kararında bu ölçütü kısmen değiştiren ve esnekleştiren esaslı bir yorum değişikliğine gitmiştir. Bu yeni içtihadı göre Pellegrin kararında belirlenen ölçüt temel olarak halen geçerli olmakla birlikte, bu ölçütün kategorik olduğu tespit edilmiş, bu kararın, başvurucunun memuriyetinin yetki ve görevleri dikkate alınarak, kamu hukukunca verilen gücün kullanımına doğrudan yahut dolaylı katılımını ve devletin veya diğer

37) Sibel İnceoğlu, a.g.e. s. 49.

38) Vilho Eskelinen ve Diğerleri/Finlandiya, para. 47.

kamusal makamların genel menfaatlerini korumak üzere tasarlanmış görevleri gerektirip gerektirmediğini, her bir olayda ayrı ayrı tesbit etmeye elverişli bir kavram temin etmeyi amaçladığı belirtilmiştir. Vilho Eskelinen ve Diğerleri/Finlandiya başvurusu, polis teşkilatı bünyesinde çalışan altı başvurucunun, idari bir takım düzenlemeler neticesinde özlük hakları ve fiili çalışma koşulları açısından olumsuz bir duruma düşmüş olmaları çerçevesinde ortaya çıkan bir uyuşmazlığa ilişkindir. Bu başvuruda başvuruculardan biri olan Hannu Matti Lappalainen'in polis teşkilatı bünyesinde büro yardımcısı olarak çalıştığı ancak diğer başvurucuların kamu gücünü kullanan polis memurları oldukları gözetildiğinde, hepsinin yakındığı hak ihlali aynı olmasına ve iç hukukta yapabildikleri başvurular açısından aralarında bir fark olmamasına rağmen davalı devletin başvurucuyu Mahkeme önünde Sözleşme'nin 6. maddesindeki koruma kapsamının dışında bırakmak isterken onun devlet memurluğuna dayanabilmesi için, iki koşulun bulunması gerekir. İlk olarak devlet, ulusal hukukta söz konusu memuriyet ya da personel kategorisini mahkemeye başvurmanın açıkça dışında tutmuş olmalıdır. İkinci olarak kapsam dışında bırakma, devletin menfaati için objektif sebeplerle haklı gösterilebilmelidir. Başvurucunun sadece kamu hukukunca verilmiş bir gücün kullanımına katılan bir sektörde ya da bölümde görev yapması, kendiliğinden belirleyici değildir. Kapsam dışında tutmanın haklı gösterilebilmesi için devletin, söz konusu memurun kamu gücünün kullanımına katıldığını ya da Pellegrin kararında mahkemenin kullandığı ifadelerle “özel bir güven ve sadakat bağı”nın bulunduğunu göstermesi yeterli değildir. Devletin ayrıca, olaydaki uyuşmazlığın konusunun devlet gücünün kullanımıyla ilgili olduğunu ya da özel bağı ilişkin şüphe doğurduğunu göstermesi gerekir.

- Medeni hukuk kapsamındaki davalarda yasal yardıma ilişkin konular³⁹.
- Patent başvuruları⁴⁰.

Adil yargılanma hakkı, ulusal maddi hukuklardaki hak ve yükümlülük kavramları için içerik güvencesi getirmez. Maddede açıkça “medeni hak ve vecibelerle ilgili nizalar”dan bahsedildiğinden, “iç hukukta en azından tartışılabilir zeminlerde tanınan (medeni) hak ve yükümlülükler üzerindeki uyuşmazlıklar” kapsama dahildir⁴¹. İç hukuktaki hakkın sözleşme ile güvenceye alınmış olup olmaması önemsizdir.

Md. 6/1'in uygulanması için, iç hukuktaki özel hukuk kişisi veya başvuru ve devlet arasında, sonucu başvurunun medeni hak ve yükümlülüklerini karara bağlayacak olan bir uyuşmazlığın olması gerekmektedir. Bir uyuşmazlık hakkın var olup olmadığına, kapsamına veya icrasına ilişkin olabilir⁴².

42) Jason Coppel, *The Human Rights Act 1998: Enforcing the European Convention in the Domestic Courts*, John Wiley&Sons press, Chichester, New York, Weinheim, Brisbane, Singapore, Toronto 1999, s. 242, aktaran, Sibel İnceoğlu, a.g.e., s. 71.

Mahkeme, niza kavramının yargılama hukukundaki şekli ve dar anlamında değil, fakat geniş ve maddi anlamında yani “iddia” olarak anlaşılması gerektiği kanaatındadır⁴³.

ab. cezai sahada (...) serdedilen (...) isnad

“...cezai sahada kendisine karşı serdedilen bir isnadın esası” tanımı Mahkemece tartışılmış, Mahkeme bu konuda da çeşitli yorum kriterleri uygulanarak nelerin “suç isnadı” sayılacağına ilişkin, ulusal hukuklardan bağımsız bir takım ölçütler getirmiştir. Nitekim suçun ne olduğu konusunda tek referans ulusal hukuk olduğu takdirde devletler bazı ceza soruşturmalarını örneğin disiplin suçu gibi düzenleyerek sözleşmenin uygulanmasından kaçınabileceklerdir. Bu sakıncaları ortadan kaldırmak isteyen mahkeme, “medeni hak ve vecibeler” kavramında olduğu gibi “suç isnadı” konusunda da davanın konusunu esas almış, bütün durum ve ihtimalleri kapsayacak soyut ve genel bir formül vermektense her somut olayı, özel koşulları çerçevesinde değerlendirmiştir.

aba. Suçlama

i) “İtham” kavramı

Bir şahsın suçlanması, bir başka deyişle suçla itham edilmesi, özerk bir kavramdır ve Mahkeme'nin kendi geliştirdiği ölçütler çerçevesinde değerlendirilir. Mahkeme, Deweer/Belçika davasında, et ürünleri satış mağazası sahibi olan başvurucunun durumunu incelerken, bir müfettiş incelemesi sonrasında savcılıkça önödeme teklifi

43) İlgili AİHM kararları için bkz. A. Şeref Gözübüyük ve A. Feyyaz Gölcüklü, 2005, s. 274.

yapılan ve bu teklifi kabul eden başvurucunun, önödeme teklifi ile birlikte suçlanmış olduğuna karar vermiştir. Nitekim, “Mahkemeye göre (...) Sözleşme’nin 6(1). fıkrası bakımından ‘isnad’ terimi, kişiye cezai bir fiil işlediğine dair bir iddianın yetkili makamlar tarafından bildirilmesi şeklinde tanımlanabilir. Komisyon bir çok görüş ve kararında bunu, ‘şüphelinin durumunu esaslı bir biçimde etkileme’, şeklinde ifade etmiştir⁴⁴.”

Aşağıda “itham” örnekleri bulunmaktadır⁴⁵:

- Suç işlediği için bir kişi hakkında tutuklama emri çıkarılması⁴⁶.
- Resmi olarak bir kişiye aleyhindeki davanın bildirilmesi⁴⁷.
- Gümrük suçlarını inceleyen yetkililerin bir kişiden kanıt göstermesini istemesi ve banka hesaplarını dondurması⁴⁸.
- Polise aleyhine ihbar yapılması üzerine savcılık tarafından hakkında dosya açıldıktan sonra kişinin savunma avukatı tayin etmesi⁴⁹.

İsnadın zamanı, suçlamanın hangi aşamada kişiye yöneltileceği gibi hususlar çalışmanın ilerleyen bölümlerinde, “III: Taraflar arasındaki usuli eşitsizlikler” başlığı altında incelenecektir.

44) Deweer/Belçika, 27.2.1980, Başvuru no: 6903/75, para. 46.

45) Nuala Mole ve Catharina Harby, 2001, s. 15.

46) Wemhoff /Almanya, 27.06.1968, başvuru no. 2122/64, aktaran, Nuala Mole ve Catharina Harby, a.g.e., s. 15.

47) Neumeister/Avusturya, 27.06.1986, başvuru no. 1936/63, aktaran, Nuala Mole ve Catharina Harby, a.g.e., s. 15.

48) Funke/Fransa, 25.02.1993, başvuru no. 10828/84, aktaran, Nuala Mole ve Catharina Harby, a.g.e., s. 15.

49) Engel ve diğerleri/Hollanda, 08.06.1976, başvuru no. 5100/71, para. 81., aktaran, Nuala Mole ve Catharina Harby, a.g.e., s. 15.

ii) “Suç” kavramı

Yukarıda, medeni hak ve vecibe açısından iç hukukun referans alındığını, iç hukukta hak olarak tanınmamış bir hak iddiasının medeni hak ve vecibelerin tespiti aşamasında esas alınmayacağını belirtmiştik. Suç kavramı konusunda Mahkeme'nin daha farklı bir ölçütü vardır. Eğer bir fiil iç hukukta suç olarak tanımlanmış ise, artık Mahkeme açısından ve 6/1 çerçevesinde suç olarak kabul edilecektir. Ancak iç hukukta suç olarak tanımlanmamış ise, Mahkeme'nin geliştirdiği özerk suç tanımı açısından değerlendirilmesi gerekecektir. Mahkeme Neumeister/Avusturya⁵⁰ davasında “isnad” kavramının “Sözleşme'deki anlamıyla” anlaşılması gerektiğini belirtmiş, ölçütleri ise Engel ve diğerleri/Hollanda⁵¹ davasında geliştirmiştir. Bu karar çerçevesinde Mahkeme, iç hukukta suç sayılmayan bir fiili yorumlarken üç ölçüte başvuracaktır:

- Suçun iç hukukta hangi alanda düzenlendiği (para. 82)
- Fiilin gerçek niteliği (para. 83)
- Öngörülen cezanın ağırlığı ve niteliği (para. 83)

Bu üç kriter alternatif olarak anlaşılmalıdır, yani bu kriterlerden birinin sağlanması, 6. madde güvencesinin uygulanabilmesi için yeterlidir. Belirli durumlarda ise özellikle ikinci ve üçüncü kriter kümülatif olarak göz önüne

50) Neumeister/Avusturya, 27.06.1986, başvuru no. 1936/63, para. 18; Wemhoff /Almanya, 27.06.1968, başvuru no. 2122/64, para. 39; Ringeisen/Avusturya, 16.07.1971, başvuru no. 2614/65, para. 11

51) Engel ve diğerleri/Hollanda, 8.6.1976, A 22, para 82-83.

alınmaktadır⁵².

Bir eylem ya da ihmalin hem ceza hem disiplin alanında bulunduğu durumlarda problem ortaya çıkar. İdare böyle bir eylemi disiplin hukuku alanında tutarak bireyin haklarını kullanmasını engelleyebilecek midir? AİHM bu sorunu yukarıda belirtilen ölçütlerle çözmektedir, böyle bir durum söz konusu olduğunda elbette ikinci ve üçüncü ölçütler daha öne çıkmaktadır⁵³.

Mahkeme'nin böyle bir özerk kavramı kabul etmesinin sebebi, yine Engel ve diğerleri/Hollanda kararında açıklanmıştır:

Sözleşmeci Devletlere, bir fiili cezai yerine disiplin fiili olarak sınıflandırma, veya 'karma' nitelikte fiil işleyen bir kimseyi cezai alanda kovuşturma yerine disiplin alanında kovuşturma yetkisi bırakılacak olursa, Sözleşme'nin 6 ve 7. maddelerinin temel hükümlerinin uygulanması, Sözleşmeci Devletlerin egemen iradelerine tabi kılınmış olacaktır. Böylesi geniş bir serbestlik, Sözleşme'nin amacı ile bağdaşmayan sonuçlara yol açabilir⁵⁴.

İspanya Anayasa Mahkemesi'nin bir kararına konu olan olayda, cezaevi kurallarının ihlali sonucu verilen disiplin cezasının tutuklunun özgürlüğünden mahrum bırakıldığı koşulları daha ağır hale getirmesi, bu uygulamanın disiplin hukuku değil ceza

52) Cristoph Grabenwarter, "Yargılama Güvenceleri – Adil Yargılama Hakkı (İHAS Md. 6)", (Çev. Yrd. Doç. Dr. Osman Can), Adil Yargılama Hakkı ve Ceza Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004., s. 191.

53) Nihal Jayawickrama, The Judicial Application of Human Rights Law – National, Regional and International Jurisprudence, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, s. 495

54) Engel ve diğerleri/Hollanda, , 8.6.1976, A 22, para 81.

hukuku kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucunu yaratmıştır⁵⁵.

ac. Mahkeme önünde hak arama hakkı

Mahkeme, 6. madde'de hak arama, bir mahkemeye başvurabilme hakkının zımni olarak var olduğu kanısındadır⁵⁶. Gerçekten, bu hak madde kapsamında evleviyetle var olmalıdır, nitekim aksini düşünmek, sözleşmenin doğasına aykırı olacaktır ve sözleşmeciler tarafından, yargıya başvuru usullerinde gereksiz zorlaştırmalar yaparak 6. maddeyi tümünden uygulanamaz hale getirmenin yolu açılabilir.

Golder/İngiltere davasında söz konusu fıkranın, adil yargılama isteme hakkını, yalnızca önceden açılıp görülmekte olan davalara mı inhisar ettirdiği; yoksa, aynı zamanda, bundan da öte, herkese, hak aramak için mahkemeye gidebilme hakkını da tanıyıp tanımadığı tartışılmıştır. Mahkeme'ye göre 1. fıkranın, bir yandan, görülmekte olan bir davada taraflara tanınan güvenceleri ayrıntıları ile belirtmesi; fakat, öte yandan da, bu güvencelerden gerçekten yararlanmayı mümkün kılacak şeyi, yani yargıç önüne gidebilmeyi öncelikle koruma altına almamış olmasını izah mümkün değildir. Dava yoksa, “adil, açık ve gecikmeksizin yapılacak yargılamadan söz etmek (...)”; adil yargılama hakkının içerdiği güvencelerden yararlanmak olanaksızdır. 6. madde sırf açılmış bulunan bir davaya inhisar ettirilirse, bir devlet 1. fıkra hükmüne”(…), aykırı düşmeden, yargılama makamlarını lağvedebilecek veya medeni haklara ilişkin nizaların çözümünü, (isterse) bunların yetkisinden çıkarıp yürütmeye bağımlı mercilere verebilecektir”. Mahkeme'ye göre söz konusu maddenin “(...) 1. fıkrası, herkese medeni hak ve vecibeleriyle ilgili her nizanın bir

55) İspanya Anayasa Mahkemesi, Dava No: 143/1995, aktaran, Nihal Jayawickrama, 2002, s. 496.

56) A. Şeref Gözübüyük ve A. Feyyaz Gölcüklü, 2005, s. 276

mahkeme tarafından çözümü hakkını tanımaktadır. Böylece, anılan madde (bir) **mahkeme önüne gitme** hakkını içermektedir; mahkemeye gidebilme, yani bir medeni hak söz konusu oldukça bir mahkeme önünde dava açabilme hakkı, nizanın mahkemece çözümü hükmünün sadece bir yönünden ibarettir. Mahkeme önüne gitme hakkı elbette sınırsız ve mutlak bir hak değildir ve sınırlamalara tabi olabilir, ancak bu sınırlamalar ilgili hakkın özüne dokunmamalıdır⁵⁷. Sözü edilen bu hakka ayrıca mahkemenin düzen ve kuruluş şekli ile yargılama usulüne ilişkin olarak 6. maddenin 1. fıkrasındaki diğer güvenceler de eklenmiştir. Özetle, sözü edilen unsurların tamamı (bir bütün olarak) adil yargılanma hakkını vücuda getirir⁵⁸.”

Bu hak yalnızca ilk derece yargılaması açısından geçerlidir, AİHS md. 6 mahkeme önünde hak arama hakkı açısından kanun yolları yargılamasına başvurmaya ilişkin bir hak içermez⁵⁹.

ad. ...kanuni müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından...

Bu ifadeyle AİHS, yargılama yapacak olan makamın üç *sine qua non* özelliğini saymıştır.

57 Loukis G. Loucaides, 2003, s. 41.

58) Golder/İngiltere 21.2.1975, başvuru no. 4451/70, para. 23; keza bak. Ashingdane/İngiltere, 28.5.1985, başvuru no. 8225/78, para. 55; keza bkz. Winterwerp/Hollanda, 24.10.1979, başvuru no. 6301/73, para. 60, 74; Le Compte, Van Leuven ve De Meyere/Belçika, 23.06.1981, başvuru no. 6878/75, para. 44; Sporrong ve Lönnroth/İsveç, 23.09.1982, başvuru no. 7151/75, para. 80; Albert ve Le Compte/Belçika, 10.2.1983, başvuru no. 7299/75, para. 24; James ve diğerleri/İngiltere, 21.02.1986, başvuru no. 8793/79, para. 81; Campbell ve Fell/İngiltere, 28.06.1984, başvuru no. 7819/7, para. 105; Zumbel/Avusturya, 29.9.1993, başvuru no. 12235/86, para. 29; Fayed/İngiltere, 21.09.1994, başvuru no. 17101/90, para. 65 ve son.; Ortenberg/Avusturya, 25.11.1999, başvuru no. 12884/87, para. 29 ve son.; Kutsal Manastırlar/Yunanistan, 09.12.1994, başvuru no: 13092/87, para. 79 ve son.; Stran Greek Refineries ve Stratis Andreadis/Yunanistan, 9.12.1994, başvuru no:13427/87, para. 42 ve son., aktaran, A. Şeref Gözübüyük ve A. Feyyaz Gölcüklü, 2005, s. 277.

59) Eckhard Pache, “Adil Bir Yargılanmaya İlişkin Avrupa Temel Hakkı”, (Çev. Doç. Dr. Yener Ünver), Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004., s. 37.

ada. Yasal Mahkeme

Yargılamanın yapılacağı mahkeme, yasayla kurulmuş olmalı ve bu mahkemede görev yapan yargıçlar yasal yollarla atanmış olmalıdır. AİHM, görev yaptığı yere atanmasının yasal temelleri bulunmayan yargıçların diğer niteliklerini araştırmaya gerek görmemekte ve bu durumu diğer koşullar gerçekleşmese dahi 6/1. maddenin ihlali saymaktadır. Nitekim Posokhov/Rusya davasında, başvuru gümrük suçlarına bakan bir mahkemede, hukukçu olmayan yargıçlar tarafından yargılanmış ve bu durumu AİHM önüne getirmiştir. AİHM ise ilgili mahkemeye yargıçların atanması aşamasında yasal bir boşluk olduğunu tespit ettikten sonra yargıçların hukukçu olup olmamasıyla ilgilenmeksizin, yasal mahkeme'de yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır⁶⁰.

“Yasanın öngördüğü mahkeme” koşulu yargılamada **doğal** (yahut kanuni) **yargıç** güvencesini getirmektedir. Bu kural gereğince, bilindiği gibi, gerek mahkemelerin kuruluş ve yetkileri, gerek izleyecekleri yargılama usulü, yasama yolundan kanun ile ve dava konusu olay ortaya çıkmadan önce saptanacaktır. Bu suretle kişi yahut olaya göre yargılama mercii oluşturma yolu kapanacak, olası keyfilikler önlenecektir⁶¹.

“Doğal yargıç, doğal mahkeme” anlayışını kimi kararlarında önce çıkaran AİHM, mahkemelerin gerek kuruluşlarının, gerekse yetki alanlarının ve izleyecekleri usullerin yasayla belirlenmesi koşulunu aramaktadır.

60) Güney Dinç, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre Adil Yargılanma Hakkı, İzmir Barosu Yayınları, İzmir, 2006, s. 16

61) Mah.K., Engel ve diğerleri/Hollanda, 8.6.1976, A 22, para. 89; Sramek/Avusturya, 22.10.1984, başvuru no. 8790/79, para. 36; Zand/Avusturya, 12.10.1978, başvuru no. 7360/76, Barthold/Almanya, 25.03.1985, başvuru no. 8734/79, Bulut/Avusturya, 22.2.1996, başvuru no. 17358/90, para. 29, aktaran, A. Şeref Gözübüyük ve A. Feyyaz Gölcüklü, 2005, s. 280.

Olsson/İsveç kararında mahkeme, "(...)'yasa ile kurulmuş' deyimi, sadece ulusal yasaya değil fakat aynı zamanda bu yasanın niteliğine gönderme yapar, hukuk düzeni ile uyumlu olmasını gerektirir" tespitinde bulunmuştur. Yasa, kamu makamlarının keyfî müdahalelerini önleyici nitelikte olmalıdır. Aynı zamanda mahkemeyi kuran yasa, demokratik bir devletin yetkili bir kurumunca çıkarılmış olmalıdır. Bu durum, AİHS'in "Başlangıç" fıkrasında siyasal demokrasiye yapılan atıftan da anlaşılmaktadır⁶².

Mahkemelerin yasayla oluşturulması koşulunun öngören hükmün amaç ve hedefi, demokratik bir toplumda adli teşkilatlanmanın, yürütmenin takdirine bağlı olmaması, ancak Parlamento tarafından çıkartılan yasalarla düzenlenmesini sağlamaktır. Fakat bu, yasamaya ilişkin yetkilendirmenin adli teşkilata ilişkin konularda kabul edilemez olduğu anlamına gelmez. 6(1) yasama erkinin bu alandaki her bir ayrıntıyı resmi parlamentonun yasasıyla düzenlemesini gerektirmez, yeter ki yasama erki adli teşkilat için en azından bir çerçeve oluşturmuş olsun⁶³.

“Mahkeme” kavramı da AİHM tarafından özerk bir kavram olarak yorumlanmakta, ulusal hukuka göre mahkeme sayılmayan bazı yapılanmalar AİHM kararlarında mahkeme sayılırken, ulusal hukuka göre mahkeme sayılan bazı yapılanmaların da AİHM tarafından mahkeme sayılmadıkları gözlemlenmektedir. Le Compte, Van Leven ve De Meyere/Belçika kararında AİHM, üyelerinin yarısı hekimlerden diğer yarısı yargıçlardan oluşan Tabipler Odası Üst Kurulu ve Temyiz Mahkemesi'ni yasal, bağımsız ve tarafsız yargı yeri saymış, bu anlamıyla adil yargılanma hakkının ihlal

62) Loukis G. Loucaides, 2003, s. 43-44.

63) Ferhat Kapıcı, 2004, s. 181.

edilmediğine karar vermiştir⁶⁴.

1982 Anayasası'nın 142. maddesi, “Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir.” hükmüyle, mahkemelerin yalnızca kanun yoluyla kurulacağını tespit etmiştir.

adb. Müstakil (Bağımsız) Mahkeme

Bir mahkemenin bağımsızlığı, görevini yaparken hiç kimseden emir ve talimat almaması, vermiş olduğu kararlar yüzünden bir baskıya ya da yaptırıma maruz kalmaması, verdiği görüntü açısından da bağımsız olduğu yargısını kuvvetlendirmesi gibi çeşitli unsurlarla ortaya çıkmaktadır. Yargı kararlarının, özel olarak bu kararların muhatapları, genel olarak da kamu nezdinde kabul görme derecesi, yargının tarafsızlığına dair inancın kuvvetine doğrudan bağlıdır⁶⁵. Nitekim Cezaevi Disiplin Kurulları ile ilgili vermiş olduğu bir kararda AİHM'in de tespit ettiği gibi;

Mahkeme, bir organın, özellikle yürütmeden ve davanın taraflarından "bağımsız" olup olmadığını belirlerken (*bk. diğerleri arasında, 23.06.1981 tarihli Le Compte, Van Leuven ve De Meyere kararı, parag. 55*), üyelerinin atanma tarzına ve görev sürelerine (*bk. aynı karar, parag. 57*), dışarıdan gelebilecek baskılara karşı güvencelerinin varlığına (*bk. 01.10.1982 tarihli Piersack kararı, parag. 27*) ve bu organın bağımsız olduğu görüntüsü verip vermediğine (*bk. 17.1970 tarihli Delcourt kararı, parag. 31*) bakmak zorundadır⁶⁶.

64) Güney Dinç, 2006, s.17

65) Mithat Sancar, “Devlet Aklı” Kısacasında Hukuk Devleti, İletişim, İstanbul, 2000., s. 182.

66) Campbell ve Fell/İngiltere, 28.06.1984, başvuru no. 7819/7, para. 78

“AİHM, mahkemenin hem yürütmeden hem de taraflardan bağımsız olması gerektiğini belirtmiştir.”⁶⁷

1982 Anayasası'nın “Mahkemelerin Bağımsızlığı” başlıklı 138. maddesinde, Mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi şu biçimde düzenlenmiştir:

138. Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler.

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

Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz.

Anayasa Mahkemesi'ne göre ise;

Hakimlerin görevlerine ilişkin nesnel (objektif) bağımsızlık, onlara tanınan bir ayrıcalık olmayıp, bunun amacı adaletin her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak dağıtılacağı yolundaki güven ve inancı yerleştirmektir. Çekinme ve endişe duymadan, Anayasa'nın öngördüğü gereklerden başka hiçbir şeye bağlı olmadan yansız tutumla, özgürce karar verme olgusunu sağlayan bağımsızlık, mahkemeler ve hakimler için bütünlük taşıdığından 138. maddenin başlığı "Mahkemelerin bağımsızlığı"dır⁶⁸

adc. Tarafsız Mahkeme

67) Ringeisen/Avusturya, 16.07.1971, başvuru no. 2614/65, para. 95. aktaran, Nuala Mole ve Catharina Harby, 2001, s. 27.

68) Anayasa Mahkemesi'nin 29.04.1993 tarih, 1992/39E. 1993/19K. Sayılı kararı

Tarafsızlık, bağımsızlık ile yakından ilgili bir kavramdır. Yargının tarafsızlığının asgari dışsal teminatı, yargı bağımsızlığıdır⁶⁹. Mahkeme ya da yargıçlar, taraflardan herhangi birinin lehinde ya da aleyhinde bir önyargı, çıkar ya da duyguya sahip olmamalıdır⁷⁰.

Mahkeme, tarafsızlık kavramını **objektif ve subjektif** olmak üzere iki ayrı açıdan ele almaktadır: **Subjektif tarafsızlık**, mahkeme üyesi yargıcın birey sıfatıyla, kişisel tarafsızlığı; **objektif tarafsızlık** da kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenim yani hak arayanlara güven veren, tarafsız bir görünüme sahip bulunması; tarafsızlığı sağlamak için alınmış bulunan tedbirlerin organının tarafsızlığı konusunda makul her türlü şüpheyi ortadan kaldırır nitelikte olmasıdır⁷¹.

Subjektif tarafsızlık iddiası söz konusu olduğunda, önyargının kanıtlanması gerekir. Yargıcın öznel olarak tarafsız olduğu karinesi güçlü bir karinedir ve kanıtlanması zordur⁷².

Nesnellik sınamasında, kişisel tutumundan ayrı olarak, yargıcın tarafsızlığına ilişkin şüphe doğurabilecek soruşturulabilir gerçekler olup olmadığı belirlenmelidir. Bu bağlamda görünüm bile belli bir önem taşıyabilir. Burada yitirilebilecek olan, demokratik bir toplumda

69) Mithat Sancar, 2000., s. 182.

70) A. Şeref Gözübüyük ve A. Feyyaz Gölcüklü, 2005, s. 282.

71) Piersack/Belçika, 01.10.1982, başvuru no. 8692/79, para. 30; De Cubber/Belçika, 26.10.1984, başvuru no. 9186/80, para. 24; Hauschildt/Danimarka, 24.05.1989, başvuru no. 10486/83, para. 45; Padovani/İtalya, 26.02.1993, başvuru no. 13396/87, para. 23-24; Demicoli/Malta, 27.8.1991, başvuru no. 13057/87, para. 39-42; Holm/İsveç, 13.10.1992, başvuru no: 14191/88, para. 52; 25.11.1993, A 279, P 30; keza bk.: süresiz hükümde uygulanacak ceza süresinin İçişleri Bakanınca saptanması “bağımsızlık ve tarafsızlıkla” bağdaşmaz, T./İngiltere, 16.12.1999, başvuru no. 24724/94, Dactaras/Litvanya, 10.10.2000, başvuru no: 42095/98, para. 30 ve son, aktaran, A. Şeref Gözübüyük ve A. Feyyaz Gölcüklü, a.g.e., s. 282.

72) Nuala Mole ve Cathrine Harby, 2001, s. 29.

ve her şeyden öte, ceza davalarında, sanıkta mahkemelerin yaratması gereken güvenilirlik hissidir. Belirli bir davada belirli bir yargıcın tarafsız olmayacağından korkmak için meşru bir neden varsa, bu sanık bakımında önemli de olsa, belirleyici değildir. Belirleyici olan bu korkunun nesnel anlamda haklılığının saptanıp saptanamayacağıdır⁷³.

Mahkeme, gerek organik (mahkemenin kuruluş şekli) ve gerekse fonksiyonel (görevin yerine getirilmesi tarzı) açısından değerlendirilecek olan objektif tarafsızlık ilkesi ile ilgili incelemelerinde pek çok kararda “adaletin yerine getirilmesi yetmez, aynı zamanda yerine getirildiğinin görülmesi de lazımdır” özdeyişine atıfta bulunmuştur⁷⁴. Kişilerin, yargılandıkları makamın tarafsızlığına güvenmeleri gerekmektedir. Mahkemenin yukarıda atıf yaptığımız Fey/Avusturya kararındaki yaklaşımıyla bu gereklilik arasında bir ilişki kurmak gerekirse, salt sanığın mahkemeye/yargıca duyduğu güvensizlik bir önem arz etmemektedir. Mahkemenin organik ve işlevsel koşulları tarafsızlık görüntüsü çiziyor ise artık objektif tarafsızlıktan şüphe edilmeyecektir. Öte yandan “AİHM, hakkında tarafsızlığından korku duyulması için meşru neden bulunan tüm yargıçların çekilmesi gerektiğini açıkça belirtmiştir.” Bu anlamıyla, yargılamanın taraflarından biri ya da ceza yargılamasındaki sanık eğer mahkemenin/yargıcın tarafsızlığından şüphe ediyorsa, bu şüphesini ileri sürebileceği bir mekanizma söz konusu olmalı ve ciddi bir iddia söz konusu ise bu iddia incelenerek karara bağlanmalıdır⁷⁵.

73) Fey/Avusturya, 24.02.1993, başvuru no. 14396/88 para. 30. aktaran, Nuala Mole ve Cathrine Harby, 2001, s. 29.

74) A. Şeref Gözübüyük ve A. Feyyaz Gölcüklü, a.g.e.. s. 283.

75) Nuala Mole ve Cathrine Harby, a.g.e. s. 29.

ae. Makul Bir Süre İçinde

Geciken adalet, adalet değildir. Yargılamanın makul sürede gerçekleştirilmesi, adil yargılanmanın en önemli unsurlarından biridir. AİHM; ceza yargılamasına ilişkin bulunan Wemhoff/Almanya davasında bu ilkenin amacını “Mahkeme bu hükmün esas amacının, sanığın uzun süre isnat altında kalmamasını ve isnadın mümkün olduğunca en kısa sürede karara bağlanmasını sağlamak olduğu görüşündedir⁷⁶.” biçiminde yorumlamıştır.

Makul süre, ceza yargılamasında ilk isnadın ortaya çıktığı, hukuk yargılamalarında ise dava konusu olay yargı mercilerinin önüne getirildiği anda başlar. “Mahkemeye başvurmadan önce, örneğin bir idari makama başvurarak bir karar alma gibi, özel bir durum öngörülmüş ise, süre bu tarihten itibaren de işlemeye başlayabilir⁷⁷.” Atıf yaptığımız Wemhoff/Almanya kararında belirtilen “...isnadın mümkün olduğunca en kısa sürede karara bağlanması...” yorumu, makul sürenin sonunun, kararın kesinleştiği tarih olduğunu göstermektedir.

Mahkeme makul süreyi araştırırken şu ölçütleri dikkate almaktadır:

- i) Dava konusunun niteliği;
- ii) Yargılama sırasında şikayetçinin tutumu;
- iii) Ulusal yargılama makamlarının tutumu.

76) Wemholm/Almanya, 27.06.1968, para. 63.

77) A. Şeref Gözübüyük ve A. Feyyaz Gölcüklü, 2005, s. 285.

Avrupa Komisyonu 2006 İlerleme Raporu⁷⁸’nda yer alan verilere göre Türkiye’de Adil yargılanma ve mağduriyetin etkin şekilde tazmin hakkı bağlamında, ortalama bir ceza davasının uzunluğu 2004 yılında 210 gün iken, 2005 yılında 234 güne, keza medeni hukuk davalarının uzunluğu 2004 yılında 177 gün iken, 2005 yılında 184 güne yükselmiştir. Ceza mahkemelerinde görülmekte olan davaların sayısında kayda değer bir değişme olmamıştır: 2004 yılından 2005 yılına 1.050.754, 2005 yılından 2006 yılına ise, 1.050.250 ceza davası aktarılmıştır.

Medeni hukuk mahkemelerinde görülmekte olan davaların sayısında ise küçük bir artış olmuştur: 2004 yılından 2005 yılına 717.960, 2005 yılından 2006 yılına ise 757.560 dava aktarılmıştır.

af. Hakkaniyete uygun dinlenme

Adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6. madde oldukça kapsamlı bir maddedir, bu maddede yargılamada adaleti sağlamak üzere pek çok unsur yer almıştır. Ancak her yargılamanın kendine özgü koşulları vardır. Bu koşullar önceden netlikle tanımlanamayacağından, madde kapsamında bulunan “hakkaniyete uygun yargılama” kavramı temel alınarak, “Her şahıs... tarafsız bir mahkeme tarafından davasının ... hakkaniyete uygun ... surette dinlenilmesini istemek hakkını haizdir.” ilkesi çerçevesinde, adil yargılanma hakkının önemi ve merkezi konumunu da dikkate alan mahkeme tarafından, maddeye zımnen dahil olduğu düşünülen bazı ilkeler kabul edilmiştir. Nitekim, maddede somut olarak belirlenmiş olan, tarafsız ve

78 Avrupa Komisyonu, TÜRKİYE 2006 İLERLEME RAPORU (COM(2006) 649 Nihai), Avrupa Birliği Genel Sekreterliği Gayriresmi Çevirisi, s. 60.

bağımsız mahkeme, aleni yargılanma⁷⁹, makul sürede yargılanma, masumiyet karinesi gibi ilkelerin tamamına uygun olan bir yargılama dahi maddenin ruhu uyarınca adil olamayabilecektir ve torba hüküm niteliği de taşıyan “hakkaniyete uygun surette dinlenilme” hakkı uyarınca, yargılamada adaleti sağlamak üzere başka ölçütler geliştirilebilmesinin yolu açılmıştır. Hakkaniyete uygun yargılama yapıp yapılmadığının tespiti, yargılamanın sonucundan ve ortaya çıkan hükmün adil olup olmamasından bağımsızdır⁸⁰. Bu anlamıyla Mahkeme, ulusal mahkeme kararının fiil veya hukuk açısından doğru olup olmadığıyla ilgilenmez, yargılama faaliyetinin tüm işlemlerini bir bütün olarak göz önünde tutar ve yargılamanın adil olup olmadığı konusunda bir karar verir⁸¹.

Hakkaniyete uygun yargılanma Mahkemece açıkça tarif edilmiş ve nesnel bir formüle bağlanmış değildir, Mahkeme, önüne gelen her davada pragmatik bir yaklaşımla yargılama faaliyetinin hakkaniyete uygun olup olmadığını incelemektedir. Bu inceleme yöntemi, 6. madde açısından kapsamlı bir içtihat havuzu oluşmasını sağlamıştır. Mahkemenin 6. madde ile ilgili başvurularda yaptığı bu incelemeler sonucu, 6. maddenin zımni gerekleri de denebilecek bir koşullar ve ilkeler listesi oluşagelmıştır. En önemlileri silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama olan bu ilkeler arasında, gerekçeli karar, duruşmada hazır bulunma hakkı, susma hakkı gibi diğer

79) Sibel İnceoğlu, 2005, s. 217.

80) Çetin Aşçıoğlu bu konuda farklı fikirdedir: “Yargılama sonunda verilen kararın içeriği de doğru ve güvenli yargılanma hakkı kapsamındadır. Bu nedenle; mahkeme kararlarının (buyruğunun) gerek hukuk ve gerekse olgu-olay açısından da hakkaniyete uygun olması, başka bir deyimle doğru (adil) olması gerekir. Bu bağlamda neyin doğru ve neyin eğri (adil olup olmadığını) belirlemek, ortaya koymak zaman zaman göreceli tartışmaları da beraberinde getirebilir. Çünkü mahkeme kararının olay-olgu ve hukuk açısından hakkaniyete-adalete (doğruya) ulaşması ve yargılamanın yanlarına güven vermesi, yargılamanın en zor işlemlerinden biridir.” Çetin Aşçıoğlu, 1995, s. 158.

81) A. Şeref Gözübüyük ve A. Feyyaz Gölcüklü, 2005, s. 291.

haklar da mevcuttur⁸². Bir bütün olarak yargılamanın adil niteliği, gerek içeriği ve gerek kapsam ve unsurları bakımından – davanın özel koşullarına bağlı olarak- farklı ve değişik şekilde ortaya çıkabilmektedir.⁸³ Hakkaniyete uygun yargılamanın gerçekleşmesi için, bir yargılamanın yürütülmesi sırasında alınan önlemlerin, savunma hakkının yeterince ve tam kullanılması ile uyumlu olması gereklidir.⁸⁴ Özellikle ceza yargılamasındaki savunma haklarının güvence altına alınması demokratik toplumun temel bir ilkesi olarak görülmektedir ve bu nedenle Mahkemeye göre, 6. md, bu hakları teorik ve hayali değil, *etkili ve pratik* kılacak şekilde yorumlanmak zorundadır.⁸⁵ Mahkeme, Colozza/İtalya⁸⁶ kararında devletin savunma haklarını güvence altına alma konusunda çaba göstermesi gerektiğini belirtmiş, kimliği açıklanmayan polis memurlarının ayrı bir odada ayrı bir yargıca ifade verdikleri ve savunmanın sadece ses bağlantısı yardımıyla memurların ifadelerini duyabildikleri bir davaya ilişkin olan Van Machelen/Hollanda⁸⁷ davasında ise bu kadar sıkı bir tedbir alınmasını haklı kılacak bir neden olmadığını “daha az sınırlayıcı bir önlem yeterli ise” onun uygulanması gerektiğini tespit etmiştir. Hakkaniyete uygun dinlenme hakkının temini için devletin sadece pasif kalması ve bu hakka müdahale etmemesi yeterli değildir, hakkın gerektiği gibi kullanılabilmesi için devletin harekete geçmesi gerekir. Bu nedenle başvurucunun delili sunmak veya

82) Sibel İncoğlu, 2005, s. 219.

83) Barbera, Messegue ve Jabardo/İspanya, 6.12.1998, A 146, P. 67 ve son.; Kostovski/Hollanda, 20.11.1989, başvuru no. 11454/85, para. 39; Helmers/İsveç, 29.10.1991, başvuru no. 11826/85, para. 36, aktaran, A. Şeref Gözübüyük ve A. Feyyaz Gölcüklü,, 2005, s. 290.

84) Örn. Bkz. Ludi /İsviçre, 15.6.1992, A 238, P. 49-50, aktaran, Sibel İncoğlu, a.g.e.,218

85) Artico/Italy, 13.05.1980, başvuru no. 6694/74, para. 33, aktaran, Sibel İncoğlu, a.g.e.,218

86) Colozza ve Rubinat/İtalya, 12.02.1995, başvuru no. 9024/80, para. 28, aktaran, Sibel İncoğlu, a.g.e.,218

87) Van Mechelen/Hollanda, 23.04.1997, başvuru no. 21363/93, para. 58.

bazı belgeleri istemek gibi kendi inisiyatifine bırakılan konularda dahi, milli mahkemeler, gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için md. 6/1'deki yükümlülükleri güvence altına alma sorumluluğu altındadır.⁸⁸

ag. Aleni surette dinlenme

İlk bendi “her şahıs ... davasının ... aleni surette dinlenmesini istemek hakkını haizdir.” biçiminde sonlanan ilk fıkranın ikinci bendinde devamla, aleniyet ilkesi açıklanmış ve bu ilkenin uygulanması açısından bazı istisna olabilecek haller sayılmıştır. Bu istisnalar “zaruri halde” uygulanacaktır ve maddenin düzenlenişinden, zaruretin ulusal mahkemece takdir edileceği anlaşılmaktadır.

1982 Anayasası’nın 141. maddesinin ilk fıkrası aleniyet ilkesini “Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir.” ifadesiyle düzenlemiş, genel ahlak ve kamu güvenliğini istisna olarak gösteren bu düzenlemenin ardından ikinci fıkroda “Küçüklerin yargılanması hakkında kanunla özel hükümler konulur.” ifadesiyle bir istisna daha tanınmıştır.

Aleniyet ilkesi birkaç boyutta karşımıza çıkar⁸⁹:

aga. Yargılamada açıklık:

Axen/Almanya davasında verilen karara baktığımızda Mahkemeye göre,

88) Sibel İncoğlu, a.g.e., 218

89) Güney Dinç, 2006, s. 108 vd.

“Sözleşme’nin 6(1). fıkrasında söz edilen yargısal organlar önündeki bir davanın aleniyeti, davanın taraflarını kamu denetiminin bulunmadığı gizli adalet dağıtımına karşı korur; bu aynı zamanda, ister üst derece olsun isterse alt derece olsun, mahkemelere olan güvenin sürdürülmesini sağlama yollarından biridir. Aleniyet, adalet dağıtımını görünür kılmakla, Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının amaçlarından birini, yani Sözleşme anlamında her demokratik toplumun temel prensiplerinden biri olan adil yargılama güvencesinin gerçekleştirilmesine de katkıda bulunur.

Avrupa Konseyi’ne üye Devletlerin hepsi bu aleniyet prensibine bağlı olmakla birlikte hukuk sistemleri ve yargısal uygulamaları, duruşma yapma ve kararları "açıklama" (pronouncement) konusunda aleniyet prensibinin kapsamında ve yerine getirilme tarzında bazı farklılıklar olduğunu ortaya koymaktadır. Meselenin biçimsel yönü, Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının gerektirdiği aleniyetin temelini oluşturan hedef ile karşılaştırıldığında ikincil bir öneme sahiptir. Demokratik bir toplumda adil yargılamaya verilen yerin önemi, bu alanda yapacağı denetim bakımından, Mahkeme’yi söz konusu usulün gerçeklerini incelemeye zorlamaktadır”⁹⁰

Mahkemenin kararda vurguladığı gibi, yargılama usulleri ülkelere göre farklılık gösterir.

Bu çeşitlilik hem ilk derece yargılamasında hem de istinaf ve temyiz aşamalarında kendisini göstermektedir. Bu nedenle İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, konunun formalite yönünü değil, md. 6/1’in gereği olan aleniyet ile güdülen amacı ön plana çıkararak bu ilkeyi değerlendirmiştir. Asıl önemli olan aleniyet ile istenen amaca ulaşıp ulaşılmadığıdır⁹¹.

90) Axen/Almanya 08.12.1983, başvuru no. 8273/78, para. 25-26.

91) Sibel İnceoğlu, 2005, s. 343

agb.Yüzyüze yargılama

“Mahkeme'ye göre 6. madde, bir bütün olarak okunduğunda sanığa hakkındaki davaya fiilen ve gerçek şekilde katılma hakkını tanımaktadır⁹².”

AİHM'in yerleşik içtihadına göre, duruşmadan feragati haklı kılacak istisnai durumlar olmadığı sürece ilk ve üst derece mahkemedeki yargılamada, Sözleşme'nin 6/1. maddesindeki 'açık yargılanma hakkı', 'yüzyüze yargılanma' hakkının da tanınmasını gerektirmektedir. (Fredin/İsveç, 1990⁹³), (Hakansson ve Sturesson/İsveç, 1990), (Allan Jacobsson/İsveç, 1998)⁹⁴

Yüzyüze yargılama ilkesi, Türkiye'ye karşı yapılmış bir başvuruda değerlendirme konusu olmuştur. Haksız tutuklama tazminatlarına ilişkin 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun kapsamındaki bir uyuşmazlık nedeniyle yapılan incelemede, AİHM ilgili tazminatların duruşma açılmaksızın incelenip karara bağlanmasıyla ilgili olarak şu tespitlerde bulunmuştur:

Mahkeme, başvuru sahibinin talebinin önce Karşıyaka Ağır Ceza Mahkemesi, ardından da temyizde Yargıtay'ın yetkili dairesi tarafından incelendiğini gözlemlemektedir. Yargılamanın hiçbir aşamasında başvuru sahibine ulusal mahkemeler önünde durumunu sözlü olarak açıklama fırsatı verilmemiştir. Her ne kadar Hükümet, başvuru sahibinin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 438. maddesini kullanarak Yargıtay'a duruşma için başvurabileceğini ileri sürse de Mahkeme böylesi bir başvurunun başarı şansı konusunda

92) A. Şeref Gözübüyük ve A. Feyyaz Gölcüklü, 2005, s. 289.

93) Fredin/İsveç, 1990, başvuru no: 12033/86

94) Güney Dinç, 2006, s. 111.

ikna olmamıştır. (...) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 438. maddesinin Yargıtay önünde duruşma talebinde bulunmayı sağlayabileceği farzedilse bile, burada asıl önemli olan, davaya konu olayların tespiti ve ödenmesi gereken tazminatın belirlenmesinden sorumlu olan Karşıyaka Ağır Ceza Mahkemesi önünde başvuru sahibine duruşma fırsatı verilmesinin gerekip gerekmediği hususudur. (...) başvuru sahibinin Yargıtay önünde duruşma talebinde bulunmaması, ilk derece mahkemesi önündeki duruşma hakkından vazgeçtiği şeklinde değerlendirilemez; çünkü Yargıtay ödenmesi gereken tazminat miktarına ilişkin ilk derece mahkemesinin kararını değiştirmeye tam olarak yetkili değildir. (bkz. Mutatis mutandis Diennet/Fransa 26 Eylül 1995, A 325-A, S. 15&34) (...) Mahkeme başvuru sahibinin tazminat talebi üzerine yapılan yargılamada duruşmadan feragat edilmesini gerektiren istisnai bir durumun bulunup bulunmadığını inceleyecektir. (...) Mahkeme'nin görüşüne göre, başvuru sahibine Karşıyaka Ağır Ceza Mahkemesi önünde gözüaltına alınmaktan kaynaklanan acı ve endişenin doğurduğu manevi zararı sözlü olarak anlatma fırsatı verilmeliydi. Başvuru sahibinin yaşadığı olayın esas itibariyle kişisel niteliği ve uygun tazminat miktarının belirlenmesi kendisinin dinlenmesini gerektirmekteydi. (...) Mahkeme duruşmadan feragat etmeyi gerektiren istisnai bir durumun olmadığı ve buna göre 6. maddenin 1. paragrafının ihlal edildiği sonucuna ulaşmaktadır.⁹⁵

agc. Kararın Açık Duruşmada Okunması

Aleniyet ilkesinin bir başka unsuru, kararın açık duruşmada okunmasıdır. İlkenin temelinde “kararın aleni olması” vardır, ancak sözleşmenin orijinal metinlerine bakıldığında, İngilizce metinde “judgement shall be pronounced publicly”, Fransızca metinde “le jugement doit être rendu publiquement” ifadeleri bulunmaktadır. Bu ifadelerden “hükmün duruşmada yüksek sesle okunması” izlenimi alınmaktadır⁹⁶.

95) Göç/Türkiye, 09.11.2000, başvuru no. 36590/97, aktaran, Güney Dinç, 2006, s. 113.

96) Sibel İnceoğlu, 2005, s. 366.

Ancak, diğ er aleniyet ilkelerinde olduğu gibi, ilkenin amacına ulaşması çerçevesinde AİHM ulusal yargı sistemlerinin kendine özgü düzenlemelerinin fiili yargılama usulünü farklı biçimlerde ortaya çıkarmasında sakınca görmemektedir.  nemli olan, maddenin sadece lafzi olarak yorumlanması değil, ruhuyla gerçekleşmesidir.

Nitekim, bazı davalarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ilgililerin bilgi edinmesi amacıyla kararın mahkeme kalemine bırakılmasını veya kamu denetimini sağlayacak şekilde yayınlanmasını aleni hüküm açısından yeterli bulmaktadır⁹⁷ Daha önce de belirtildiği üzere AİHM bu konuda sözleşmeye taraf ülkelerin uyguladıkları usuller arasındaki farklılığa ve usullerin tam olarak nasıl işlediğine bakmamakta, ortaya çıkan sonucun ilgili ilkeyi gerçekleştirip ger ekleştirmediğiyle ilgilenmektedir.

97) Axen/Almanya 08.12.1983, başvuru no. 8273/78, para. 30-31; Sutter/İsviçre, 22.02.1984, başvuru no. 22.02.1984, para. 32-33, aktaran, Sibel İnceoğlu, 2005, s. 366.

İKİNCİ BÖLÜM

SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ

Mahkeme'nin “hakkaniyete uygun yargılama” kavramından çıkardığı en önemli ilke, silahların eşitliği ilkesidir. Bu ilke gereğince mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümler bakımından taraflar arasında (ceza davasında iddia ve savunma, diğer davalarda davacı ve davalı) tam bir eşitlik gözetilmeli, bu denge yargılama boyunca korunmalı, bir başka deyişle, eşit silahlarla mücadele edilmelidir.⁹⁸ Vurgulanmalıdır ki, burada bahsedilen “tam eşitlik” ilkesinin ihlal edilmiş olup olmaması, ortaya çıkan eşitsizliğin yargılamayı fiilen gerçekten gayriadil kılıp kılmadığı ölçütüne göre belirlenecektir. Yargılama sürecinde ortaya çıkan ancak sonuca ve genel olarak yargılama adaletine etkili olmayan bir eşitsizlik, silahların eşitliği ilkesini zedelemeyebilecektir.⁹⁹

İster medeni yargılama ister ceza yargılaması olsun, yargılamanın hakkaniyete uygun biçimde sürmesi için yargıcın (ya da jüri sistemi söz konusuysa jürilerin) bağımsız ve tarafsız olması, delilleri nesnel olarak inceleyebilme ve kararını özgürce verebilme imkanına sahip olması gerekir, ancak bunlar tek başlarına yargılamayı hakkaniyetli yapmazlar, aynı zamanda çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkesine uyulması,

98) Delcourt/Belçika, 17.01.1970, başvuru no. 2689/65, para. 28; Monnel ve Morris/İngiltere, 2.3.1987, başvuru no. 9562/81, para. 62 ve son, aktaran, A. Şeref Gözübüyük ve A. Feyyaz Gölcüklü,, age, s. 291.

99) Kremzow/Avusturya, 21.09.1993, başvuru no. 12350/86, para. 75, aktaran, Feyyaz Gölcüklü, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde 'Adil Yargılama'”, AÜSBF Dergisi (İlhan Öztrak'a Armağan), Ocak-Haziran 1994, C. 49, N. 1-2, s. 219

yargılamanın makul sürede sonlandırılması ve adil yargılanma hakkı kapsamındaki diğer düzenlemelere uyulması gerekir¹⁰⁰.

I. Silahların Eşitliği İlkesi

Eşitlik 6. maddenin doğasında vardır, nitekim bu madde gerek “hakkaniyete uygun dinlenme” hakkı, gerekse kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeni konusunda en kısa zamanda anladığı dilde ayrıntılı biçimde bilgilendirilmek, savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak, savunman edinmek, eğer akçalı olanakları yeterli gelmiyorsa ücreti kamu eliyle ödenen bir savunmanın yardımından yararlanmak gibi haklar açısından davanın tarafları arasında bir farklılık gözetmemiştir. Bu haklardan davanın her iki tarafının eşit biçimde yararlanabilmesi açısından uygun dengenin kurulması silahların eşitliği ilkesinin temelidir, bu temel AİHM’nin silahların eşitliği doğrultusunda geliştirdiği ilkesel kararlarla korunmaktadır. Kamu güvenliği, kamu yararı ile bireysel hak ve güvenceler arasındaki denge, Mahkeme Kararlarında, “eşitlik”, “karşılıklılık”, “orantılılık” gibi sözcüklerle anlatılmaktadır.¹⁰¹

“Silahların Eşitliği” kavramı, ceza muhakemesi hukukunun eski uygulamalarından birini yansıtmaktadır¹⁰² ve şahsi davacı ile sanığın ellerine silah olarak düello

100) Nihal Jayawickrama, 2002, s. 502-503.

101) Güney Dinç, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Adil Yargılanma Hakkı, İzmir Barosu Yayınları, İzmir, 2006, s. 132-133.

102) “Silahların Eşitliği kavramı eski bir kavram olmasına rağmen uluslar arası hukuk literatüründe ve tahkim hukuku içtihatlarında ün kazanmış ardından uluslar arası sözleşmelerde yer almıştır.” Stefania Negri, 2004, s. 523.

yapmaları geleneğinin günümüz hukukuna kavramsal olarak yansımasıdır¹⁰³.

Suç isnad edilen ve suçlayan, zırhlarla kuşanmış olarak en iyi atlarına binerek sopalarını havada tutarak birbirlerine hızla yaklaşırlar ve yaşamları için mücadele ederlerdi. Yarışma şafakta başlar ve yarışmacılardan biri öldüğünde, aşağılanmayı göze alarak pes ettiğinde ya da gece olduğunda adaletin yerini bulduğuna hükmedilir ve yargılama sona ererdi.

Antik örf ve adet hukukunda dövüş yoluyla yargılamanın çileli yöntemi günümüzdekine benzer, gerçeği ortaya çıkarmaya yönelik çekişmeli bir usuldü. Dövüş yoluyla, ilahi müdahale tecelli eder ve yalan söyleyen tarafın cezalandırılmasını temin ederdi. Yarışmacılardan herhangi birinin zırh ya da silahlarıyla diğerine bir üstünlük sağlamaması için sert kurallar vardı. Her biri "bir kat zırh, dizden aşağısını çıplak bırakan kırmızı sandalet giyer, başları zırhsız ve dirseklerinden ellerine kadar kolları çıplak" bulunur ve silah olarak yalnızca "bir arşın uzunluğunda sopa ve dört köşeli deri kalkan" kuşanabilirlerdi.

Çağdaş jüri sistemi nihayet dövüşün ve diğer çileli yöntemlerin yerini aldı ve bugünkü adalet sistemimiz gerçeğin gayretli avukatlar arasındaki mücadeleyle ortaya çıkacağı varsayımı üzerine kuruldu.

Çekişmeli ceza yargılamasının öğeleri ABD Anayasası'nın beşinci, altıncı ve ondördüncü değişiklikleriyle büyük ölçüde kurumsallaştırıldı, artık yargılamanın

103) Friedrich-Christian Schroeder, 2004., s. 146.

dövüş yoluyla yapıldığı günlerdeki "silahların eşitliği"ne rastlamıyoruz. Bu ilke, mahkeme salonundaki dövüşün taraflarının eşit beceri seviyesi ya da kaynaklara sahip olmasını değil, durumlarını açıklamak ve sunmak için eşit silahlarla donanmış olmalarını gerektiriyor¹⁰⁴.

II. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Silahların Eşitliği İlkesi

Mahkeme, “silahların eşitliği” kavramını ilk olarak Neumeister/Avusturya¹⁰⁵ kararında kullanmıştır. Ancak bu kararda silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiğine ilişkin bir hüküm bulunmadığı gibi bu ilkenin tanımı da yapılmamıştır. İlgili davada başvuru tutukluluk aşamasında tutukluluk ile ilgili kararların yazılı salıverilme talepleri üzerine kendisinin ve avukatının yokluğunda ve savcının görüşü alındıktan sonra verilmesinin “silahlarda eşitlik” ilkesine aykırı düştüğünü ve Sözleşmenin 5(4) fıkrasının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme'ye göre ise silahların eşitliği ilkesi 6. maddedeki “hakkaniyete uygun dinlenme” (fair hearing) şartının içinde yer almakta olup, 5. madde bakımından yapılan salıverilme taleplerine uygulanamayacaktır. Görüldüğü gibi bu kararda silahların eşitliği ilkesi açısından bir ihlal tespit edilmemiş ancak böyle bir ilkenin varlığı kabul edilmiştir.

Neumesiter kararı, “5. madde kapsamındaki uygulamalarda silahların eşitliği ilkesi söz konusu olmaz” biçiminde yorumlanmamalıdır. Nitekim, Mahkeme 24.09.2004 tarihli Frommelt/Lihtenştayn kararında, "Madde 5(4) ile ilgili usullerde her zaman

104) Jay Sterling Silver, "Equality of Arms and the Adversarial Process: A New Constitutional Right", Wisconsin Law Review, 1990, s. 1007-1009.

105) Neumeister/Avusturya, 27.06.1986, başvuru no. 1936/63, para. 21-22.

Md. 6(1) de bulunan, ceza yargılamaları ve medeni yargılamalarla ilgili teminatlara uyulması gerekmemesine rağmen, ilgili kişinin en azından bir mahkemeye erişme ve kişisel olarak ya da gerekli ise temsilcisi vasıtasıyla dinlenme hakkı temel önemdedir. Bununla birlikte, sorgulama usulü adil bir nitelik taşımalı ve bireye özgürlüklerinden yoksun olması ile ilgili güvenceleri sağlamalıdır. Özellikle, çelişmeli yargılama yapılmalıdır, örneğin savcılık ve tutuklu arasında, " taraflar arasında silahların eşitliği" ilkesine uyulmalıdır." tespitinde bulunmuştur¹⁰⁶.

Silahların eşitliği ilkesi, Dombo Beheer/Hollanda davasında Mahkemece “(muhalefet halindeki özel menfaatleri içeren uyuşmazlıklarda), 'silahların eşitliği', bir tarafı davanın diğer tarafı karşısında nitelikli bir dezavantaj içine sokmayacak şartlar altında, her bir tarafın delilleri de dahil olmak üzere, davasını ortaya koymak için makul bir olanağa sahip olması zorunluluğu demektir” biçiminde tanımlanmıştır.¹⁰⁷ Mahkeme bu tanımı, De Haes ve Gijssels/Belçika gibi daha sonraki kararlarında da tekrar etmiştir.¹⁰⁸ Silahların eşitliği, davanın tarafları arasında hakkaniyete uygun bir denge olmasını gerektirir ve sadece ceza yargılamasında değil, medeni hak ve yükümlülük ile ilgili diğer yargılamalarda da uygulanır.¹⁰⁹ Mahkeme Ruiz Mateos/İspanya davasında tarafların Anayasa Mahkemesi önündeki durumunu silahların eşitliği ilkesi açısından incelemiş, medeni hak ve yükümlülük ile ceza yargılamasına ilişkin bulunduğu ve bu koşulları sağladığı takdirde anayasa yargısının

106) Frommelt/Lihtenştayn, 24.09.2004, başvuru no. 49158/99, para. 29.

107) Dombo Beheer/Hollanda, 27.10.1993, başvuru no. 14448/88, para. 33. aktaran, Sibel İnceoğlu 2005, s. 221.

108) De Haes ve Gijssels/Belçika, 24.02.1997, başvuru no. 19983/92, para. 53, aktaran, Sibel İnceoğlu, a.g.e., s. 221.

109) Sibel İnceoğlu, a.g.e., s. 220.

da genel olarak adil yargılanma hakkı, özel olarak ise silahların eşitliği ilkesi açısından incelenebileceğini tespit etmiştir.¹¹⁰ Nizasız kaza durumunda da silahların eşitliği ilkesinin uygulanması ya da ihlali söz konusu olabilmektedir. Davanın sonucunu etkiler nitelikteki bir bilgi, belge yahut kanıtın, ilgilinin inceleme ve eleştirisine sunulmadan mahkemece kullanılması yargılamayı gayriadil kılacaktır.¹¹¹ Bu noktada silahların eşitliği ile yakın ilgisi bulunan ve kimi durumlarda silahların eşitliğinin bir unsuru haline gelen ve dava sırasında mahkemenin kararını etkilemek amacıyla sunulan delil ve mütalaalar ya da görüşlerin her biri hakkında bilgi sahibi olma ve bunlar hakkında yorum yapma imkânının taraflara tanınması¹¹² olarak özetlenebilecek olan “çelişmeli yargılama” ilkesi gündeme gelmektedir.

Mahkeme'nin bugüne kadar vermiş olduğu bazı kararlar ışığında silahların eşitliği ilkesi çerçevesinde genel hatlarıyla *uygulamada* karşılaşılan/karşılaşılabilecek olan bazı hak ihlalleri şunlardır¹¹³:

- Ceza davasında sanık ile savcı eşit durumda olacaktır. Savcılıkça mahkemeye sunulan tüm belgeler; karşı görüşünü bildirebilmesi için sanığa verilecek ya da tebliğ edilecektir.
- Temyiz incelemesinde kararın daire tarafından müzakeresi sırasında Yargıtay Başsavcısının hazır bulunması silah eşitliğinin bozulmasıdır.

110) Ruiz Mateos/İspanya, 23.06.1993, başvuru no. 18390/91, para. 54, aktaran, A. Şeref Gözübüyük ve A. Feyyaz Gölcüklü, age. s. 292.

111) Feldbrugge/Hollanda, 29.05.1986, başvuru no. 8562/79, para. 44, aktaran, A. Şeref Gözübüyük ve A. Feyyaz Gölcüklü, age. s. 292.

112) Sibel Inceoğlu, a.g.e., s. 220.

113) İlgili AIHM A. Şeref Gözübüyük ve A. Feyyaz Gölcüklü, 2005, s. 292, 293.

- Ceza ve hukuk davalarında mehiller taraflar için aynı olacaktır.
- Tanıklar aynı koşullar altında dinlenileceklerdir.
- Her ne kadar sunulmak istenen delillerin dava bakımından önemini takdir ile bunları kabul veya red ulusal mahkemenin serbest takdirinde ise de; söz konusu yetkisinin kullanılmasında silahların eşitliği ilkesine riayet gerekir.
- Göç / Türkiye davasında Yargıtay Başsavcılığınca dava dairesine sunulan savcılık mütalaasının, sanığa tebliğ edilmemiş olmasını Mahkeme silahların eşitliği-kuralına aykırı bularak 6. maddenin 1. fıkrası hükmünün çiğnendiğine karar vermiştir.
- Taraflar, hasım tarafça sunulan kanıt ya da belgeleri tartışma olanağına sahip bulunacaklardır.
- Savcılıkça mahkemeye sunulan belgelerin sanığa bildirilmemesi silahların eşitliği ilkesinin ihlalidir.
- (...) görülmekte olan bir davaya, kanun ile müdahale ederek davalı taraf (devlet) lehine durum yaratmak, silah eşitliğine aykırıdır.
- Yargıtay'a sunulan temyiz layihası incelenmeden başvurunun reddi, silahların eşitliği kuralının ihlalidir.
- Raportör-yargıç tarafından, hazırlanan raporun, duruşmadan önce Yargıtay savcısına gönderilmesine mukabil karşı tarafa bildirilmemesi silahların eşitliği kuralının ihlalidir.

A) DELİL SUNMA, TANIK GÖSTERME VE BİLİRKİŞİLİK KURUMUNDAN YARARLANMA İMKANI YÖNÜNDEN EŞİTLİK

1) Delil Sunma İmkani Yönünden Eşitlik

Mahkeme, tanıkların sorgulanması, deliller ve bilirkişiler açısından çelişmeli yargılama ilkesine uyulması gerektiğini açıkça belirtmiştir. Silahların Eşitliği ilkesi, iddia makamının kendi elinde bulunan, sanığın leh ve aleyhindeki tüm delilleri mahkemeye sunmasını da içerir¹¹⁴.

Savunma makamının savcılık delillerine ulaşmasını kamu yararı saikiyle engellemek mutlak surette adil yargılanma koşullarına aykırı değildir. Ancak sanığın çıkarlarını korumak için uygun usullerin uygulanması gerekir. Bu konuda önlem alınmadığı takdirde Adil Yargılanma Hakkı ihlal edilmiş olur¹¹⁵.

Savcılığın elindeki delilleri mahkemeye ve savunmaya sunması ile ilgili olarak, AİHM içtihatlarına paralel ve konunun anlaşılması açısından daha net bir düzenleme Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Usul ve Delil Kuralları md. 68’de yer almıştır¹¹⁶. Buna göre, “Savcı, sanığın suçsuzluğunu gösterecek ya da suçunu hafifletecek ya da diğer savcılık delillerinin güvenilirliğini azaltacak tüm materyali mümkün olan en kısa sürede savunmaya iletmelidir. Bunu ihlal etmemek kaydıyla Savcılık, elinde bulunan ilgili tüm materyali elektronik biçimde, savunmanın

114) Stefania Negri, 2005, s. 517-518.

115) Susan Nash, "Non-Disclosure of Prosecution Evidence and Equality of Arms: Edwards and Lewis v. United Kingdom", The International Journal of Evidence & Proof, 2004 (8), s. 130.

116) Stefania Negri, a.g.e., s. 562.

elektronik olarak arama yapmasını sağlayacak uygun bir bilgisayar programı eşliğinde erişilebilir kılmalıdır¹¹⁷.”

AİHM, Jaspers/Belçika kararında, savcılık ve iddia makamının ellerindeki ya da ulaşabildikleri ve sanığın kendisini temize çıkarabilmesine veya cezasını azaltmasına yardımcı olabilecek nitelikteki tüm malzemeleri açıklamakla yükümlü olduğunu belirtmiştir¹¹⁸.

Savunmanın savcılıktaki delillere ulaşmasının en önemli yolu, dosyaya erişebilmesidir. Suç isnadı altındaki kimse, doğrudan ya da vekili yoluyla¹¹⁹ dosyaya erişebilmelidir. Dosyaya erişme hakkı sınırsız ve mutlak bir hak değildir¹²⁰. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde “savunmayı hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak” hakkı açısından değinileceği gibi kimi durumlarda soruşturma dosyasına şüpheli tarafından erişilememesi, şüpheli lehine alınan ve onun –örneğin- tutuklanmasını engelleyici bir tedbir de olabilmektedir. Soruşturmanın sağlıklı biçimde yürümesi ve adaletin gerçekten tecelli etmesi için soruşturma dosyası üzerinde gizlilik tedbirleri alınabilir, ancak bu karar mutlak surette hakim kararı olmalıdır.

117) Eski Yugoslavya Uluslar arası Ceza Mahkemesi Usul ve Delil Kuralları md. 68

118) Ferhat Kapıcı, “Adil Yargılanma Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesi)”, aktaran, IGUL Yayınları No: 4 Adil Yargılanma Hakkı, Nergiz Yayınları, İstanbul, 2004, s. 184.

119) Mahkeme, bazı özel durumlarda sanığın dosyayı şahsen inceleyebilmesinin önemli olduğunu kabul etmektedir. Bkz. Öcalan/Türkiye, Büyük Daire Kararı başvuru no: 46221/99

120) Cumhuriyet Şahin, “Sanığın Savunmasını Hazırlamak İçin Gerekli Zamana ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı”, IGUL Yayınları No: 4 Adil Yargılanma Hakkı, Nergiz Yayınları, İstanbul, 2004, s. 316

Nitekim, iç hukukumuzda baktığımızda, CMK md. 153/2 uyarınca “Müdafiin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir.” Gizlilik kararının hakim tarafından verilmesi her koşulda doğru bir karar olduğu anlamına gelmeyecektir. Hakim nesnel ölçütlere göre ve dosyanın durumuna göre karar vermelidir, suçun işlenişine ve unsurlarına ilişkin (saik, niyet, kast, taksir gibi) hususlar savunmanın hazırlanması için önemli oldukları ölçüde, gizlilik tedbirinin dışında kalmalıdır¹²¹.

Savcının üzerindeki bu yükümlülüğün, savunma üzerinde bulunmadığı da belirtilmelidir. *Nemo tenetur se ipsum accusare*, hiç kimse kendini suçlamaya zorlanamaz ilkesi gereğince şüpheli/sanık kendi aleyhinde ifade vermeye zorlanamayacağı gibi, yine kendini suçlayıcı delilleri de mahkemeye sunmak zorunda değildir. Bu hak Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin Adil Yargılanma Hakkı’nı düzenleyen 14. maddesinde, hakkında bir suç isnadı bulunan kimsenin, “Kendisini suçlandırıcı tanıklık yapmaya veya bir suçu itirafa zorlanmama” hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 48. maddesine göre tanık, kendisini veya 45 inci maddenin birinci fıkrasında gösterilen kişileri (Şüpheli veya sanığın nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile eşi, kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu, üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları, şüpheli veya sanıkla aralarında evlâtlık bağı bulunanlar.) ceza kovuşturmasına uğratabilecek nitelikte olan sorulara cevap vermekten çekinebilir.

121) Cumhur Şahin, a.g.e., s. 316.

Burada tanınan hakkın daha kapsamlı hali Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiştir. “Suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme” suçunu düzenleyen 281. maddenin birinci fıkrası, gerçeğin meydana çıkmasını engellemek amacıyla, bir suçun delillerini yok eden, silen, gizleyen, değiştiren veya bozan kişinin, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağını, ancak kendi işlediği veya işlenişine iştirak ettiği suçla ilgili olarak kişiye bu fıkra hükmüne göre ceza verilmeyeceğini hükme bağlamıştır.

Medeni yargılama söz konusu olduğunda deliller açısından ceza yargılamasından farklı bir durum gündeme gelmektedir. Mahkemeye göre davacının/davalının lehinde ve aleyhinde tüm delillerin ortaya sürülmesi tıpkı ceza yargılamasında olduğu gibi medeni yargılamada da söz konusudur, ancak ceza yargılamasından farklı olarak, medeni yargılamada çelişmeli yargılama ilkesi, karşı tarafın elinde bulunan ancak mahkemeye sunulmayan delillerin de mahkemeye sunulmasını gerektirmez¹²².

2) Tanık Dinletme, Sorgulama Yönünden Eşitlik

Bu ilke özellikle tanık dinletme açısından gündeme gelmektedir. Sözleşme'nin 6/3(d) bendinde bir sanık hakkı olarak “İddia şahitlerini sorguya çekmek, veya çektirmek, müdafaa şahitlerinin de iddia şahitleriyle aynı şartlar altında davet edilmesini ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek” hakkı düzenlenmiştir. Mahkeme bu hükmü silahların eşitliği ilkesinin bir uzantısı gibi görmekte, bilirkişileri de kapsar şekilde

122) Stefania Negri, 2005, s. 518.

genişleterek, muhtemelen tüm ispat araçlarını da içerebilecek şekilde yorumlamaktadır¹²³. 6/3-d, belki de en açık biçimde çelişmeli yargılamanın düzenlendiği hkmdr ve zorunlu/çekinen tanıklara dayanması ile Anglo-sakson yargılaması ve tanık anlayışını iktibas etmektedir¹²⁴.

Adaletin tecelli etmesinde ve savunma hakkının etkin biçimde kullanılmasında temel taşlardan olan tanık dinletme ve sorgulama hakkı, tarih boyunca pek çok ulusal/uluslararası belgede yer almıştır¹²⁵. Ancak belirtilmelidir ki, yukarıda da vurgulandığı üzere, bu hak sanığa mutlak bir hak sağlamaz ve -dinlenen/dinlenmesi istenen tanıklar da dahil olmak üzere- kanıtların kabul edilebilirliği ve uyuramazlık konusu olayın aydınlanmasında gösterecekleri etki, ulusal mahkemenin takdirindedir. Mahkeme konuyla doğrudan ilgili görmediği ya da davanın çözülmesine etki edeceğine ikna olmadığı tanıkları dinlemeyi elbette reddedebilecek, dinlediği tanıklardan ise hangilerinin ifadesini karara etkili bulacağına kendisi karar verecektir. Nitekim Mahkeme, Engel ve Diğerleri/Hollanda davasında bu durumu şöyle tespit etmiştir:

“Başvurucular, yargılama sırasında tanık dinletme hakkı ile silahlarda eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Mahkeme'ye göre, olayda Sözleşme'nin 6(3)(d) bendine de aykırılık yoktur; çünkü bu bend, sanıkların lehine olan bütün tanıkların dururmayaya

123) İlgili kararlar için bkz. A. şeref Gözübüyük ve A. Feyyaz Gölcüklü, 2005, s. 206.

124) Kai Ambos, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılama Hakları -Silahların Eşitliği, çelişmeli nsoruşturma ve AİHS m. 6-”, (ev. Doç. Dr. Yener nver), Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004., s. 37.

125) Sibel İnceoğlu, 2005, s. 223; Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi md 14/3-e; Amerikan Sözleşmesi md 8/2-f; Afrika Komisyonu 2/E-3; Yugoslavya Kurucu Belgesi md 21/4-e; Ruanda Kurucu Belgesi md 20/4-e; Uluslararası Ceza Mahkemesi Kurucu Belgesi md 67/1-e; aktaran, <http://www.amnesty.org.tr/v0701200602.si> (son ziyaret tarihi 07.06.2007)

getirilmelerini ve sorgulanmalarını gerektirmez. Esas itibariyle bu bend ‘aynı şartlarda’ ifadesinin de işaret ettiği gibi, tam olarak ‘silahlarda eşitliği’ amaçlamaktadır. Bu bend bu şartla, yetkili ulusal makamlara 6. maddenin bütününe egemen olan adil yargılama kavramına uygun düşmesi halinde, gösterilmek istenen delilin konuyla ilgisi bulunup bulunmadığı hakkında karar verme yetkisi tanımaktadır. Bu nedenlerle Mahkeme olayda, tanık dinletme hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır¹²⁶.”

Öte yandan, ulusal mahkemenin gerek dinlenmesi istenen tanıkları dinleme/dinlememe, gerekse dinlenen tanıkların ifadelerini değerlendirme açısından tam bir özgürlüğe sahip olduğu söylenemez.

Sözleşme organları, esas olarak bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme ve gösterilmek istenen delilin ilgili olup olmadığına karar verme yetkisinin milli mahkemelerde olduğunu belirtmekle birlikte, bilirkişi tayin edilmesinin, bir tanık dinlenmesinin veya başka tür delillerin reddedilmesinin, yargılamayı hakkaniyetsiz hale getirebileceğini dikkate almaktadır¹²⁷.

Tanıkların dinlenmesine ya da ifadelerinin değerine ilişkin karar yargı merciince verilebileceği gibi, iç hukukta da bu hususa ilişkin kurallar söz konusu olabilir. Bu yetki sınırsız bir yetki değildir ve Sözleşme organları, yargılamanın hakkaniyete uygun yapıp yapılmadığını denetlerken bir bütün olarak yargılama sürecine bakarlar.¹²⁸

126) Engel ve diğerleri/Hollanda, 08.06.1976, başvuru no. 5100/71, para. 91.

127) Barbera Messegue ve Jabardo/İspanya, 06.12.1988, başvuru no. 10590/8, para. 68; aktaran, Sibel İnceoğlu, 2005, s. 222.

128) Andrew Grotrian, Article 6 of the European Convention on Human Rights, The Right to a Fair Trial, Council of Europe, 1994, s. 55; aktaran, Sibel İnceoğlu, 2005, s. 224

Sibel İnceoğlu'na göre, Yargılama konusu hususun tespiti için dinlemesi zorunlu olan bir tanığın dinlenmesi için çaba harcandığı halde tanık dinlenememişse, dinlenmesi hukuken ya da fiilen mümkün olmamışsa sözleşme organları esnek bir denetim öngörür, ihlal kararı verilmesi için ilgili –olası- tanık ifadesinin “dayanılan tek delil” olması gerekir. Bununla birlikte yazar, “AİHM’in (...) sorgulanamamış tanıklardan alınan ifadelerin delil olarak kullanılmasının savunma haklarına aykırı olup olmadığı veya nasıl kullanılması gerektiğine ilişkin açık ve kesin belirlemesi yoktur, soyut bir tarif vermemektedir. Bu ifadeler tek delil olarak kullanıldığında da mı ihlal gerçekleşecektir, yoksa mahkumiyette esas dayanak olması veya sadece bir rol oynaması mı Sözleşmeye aykırı olacaktır bunu kesin olarak belirlemek güçtür, olayın şartlarına göre belirlenecektir.” Tespitinde bulunmaktadır. Tanık dinlenmiş ancak gizli tutulmuş ise dengeleyici usullerin uygulanıp uygulanmadığına bakılır ve tanık ifadesinin hükme “esas ve belirleyici” olup olmadığı incelenir¹²⁹.

Bu nedenle md 6'nın ihlal edildiğini iddia eden bir kişi, sadece belirli bir tanığı davet edemediğini değil, gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için bu tanığın dinlenmesinin gerekli olduğunu ve dinlenmemesinin savunma haklarına zarar verdiğini de ispatlamak zorundadır¹³⁰.

İddia ve savunma tanıklarının, diğer tarafça uygun biçimde sorgulanması, gerçeğin ortaya çıkması açısından çok önemlidir. Bu imkanı yaratan önemli bir yöntem ise “çapraz sorgulama” yöntemidir. 04.12.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 201. maddesi ile tam olarak çapraz sorgulama

129) Sibel İnceoğlu, 2005, s. 304.

130) Andrew Grotrian, a.g.e., s. 55; aktaran, Sibel İnceoğlu, a.g.e., s. 224

olmasa da¹³¹ bu alandaki beklentileri bir ölçüde karşılayabilecek, “doğrudan soru yöneltme” hakkı düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca, “Cumhuriyet savcısı, müdafî veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat, sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağırılmış diğer kişilere, duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilirler. Sanık ve katılan da mahkeme başkanı veya hakim aracılığı ile soru yöneltebilir.”

Yukarıda, özellikle Engel ve diğerleri/Hollanda davasıyla ilgili olarak değindiğimiz, delillerin davanın esası ile ilgisi konusunda mahkemenin takdir yetkisi olması hususunda iç hukukta da düzenlemeler yapılabilmektedir. Nitekim,

CMUK'un 213. maddesine göre mahkeme başkanının reddetmesine karşın, sanığın, gösterdiği tanık ve bilirkişileri mahkeme aracılığı ile duruşmaya çağırmaya ya da getirdiğinde dinletmeye yetkili bulunması, son derece demokratik bir düzenlemeydi. Mahkeme kaleminde görevli memurlar, daha önce başkanın dinlenebilmesine karar verdiği tanıkları, sanığın ve avukatının istemi üzerine yazılı bildirim göndererek duruşmaya çağırmakla yükümlü bulunmaktaydılar. Yasa, mahkeme başkanına sanığın bu istemini uygulamamak gibi bir hak ve yetki tanımamaktaydı.

CMK'nin 178. maddesinde ise, “Mahkeme başkanı veya hakim, sanığın veya katılanın gösterdiği tanık veya uzman kişinin çağırılması hakkındaki dilekçeyi reddettiğinde, sanık veya katılan o kişileri mahkemeye getirebilir.” denilmektedir. Duruşma getirildiklerinde dinlenecek olan bu kişileri, sanık, CMUK'un 213. maddesinde olduğu gibi, giderlerini ödeyerek mahkemeye doğrudan davet ettirememektedir¹³².

131) Güney Dinç, 2006., s. 156.

132) Güney Dinç, a.g.e., s. 156-157.

Silahların eşitliği ilkesinin bir alt başlığı olarak incelediğimiz delil sunma imkanı yönünden eşitlik ilkesinin bir unsuru olan ve 6/3-d'de yer alan tanık dinletme hakkının sınırsız bir hak olmadığını belirtmiştik. Düzenlemede geçen “aynı şartlar altında” ifadesi de hem sınırsız bir hakla karşı karşıya olmadığımızı, hem de bu ilkenin aslında silahların eşitliği ilkesinin bir uzantısı olduğunu göstermektedir¹³³. Buradaki eşitlik, sayısal eşitlik değil niteliksel eşitliktir. Delillerin ve tanıkların yargılamada gündeme gelmesi, tartışılması, sorgulanması hep gerçeğin ortaya çıkarılması çabasının parçalarıdır. Mahkeme, tez (iddia) ve antitezin (savunma) ileri sürülüp tartışılması bağlamında, adil olup olmadığı yani iddia ve savunma dengesinin korunup korunmadığını araştırmaktadır¹³⁴.

Bu noktada, silahların eşitliği ilkesi ile yakın ilişkide olan ve pek çok durumda silahların eşitliği ile birlikte inceleme konusu yapılan “çelişmeli yargılama” ilkesi tekrar gündeme gelmektedir. İddia ve savunma birbirlerinin tanıklarını sorgulayacak, mahkemeye aynı şartlarda delil ve tanık sunabileceklerdir. Yukarıda bahsettiğimiz, “aynı şartlar altında” ifadesinden yola çıkılarak gündeme gelmiş olan “sınırlamaların da aynı koşullarda yapılması” ilkesi açısından da bu nokta önemlidir, zira silahların eşitliği ilkesine bağlı kalınarak dahi belli bir oranın üzerinde taraflara engelleme getirildiğinde, teknik olarak silahların eşitliği ilkesi açısından olmasa da, çelişmeli yargılama ilkesi açısından adil yargılanma hakkının ihlali gündeme gelebilecektir. Çelişmeli yargılama ilkesinin doğası gereği, delil gösterme/tanık dinletme kadar

133) Engel ve diğerleri/Hollanda, 08.06.1976, başvuru no. 5100/71, para. 91., Vidal/Belçika, 22.4.1992, başvuru no. 12351/86, para. 33., Solakov/Eski Yugoslavya Makedonya Cumhuriyeti, 31.10.2001., başvuru no. 47023/99., para. 57., aktaran, Sibel İnçeoğlu, a.g.e., s. 224.

134) A. Şeref Gözübüyük ve A. Feyyaz Gölcüklü, 2005, s. 307.

karşı tarafın delillerini çürütmek üzere tartışabilme ve tanıklarını sorgulayabilme hakkı da çok önemlidir.

Zana, Dicle ve Doğan/Türkiye davasında başvuruçular, kendilerinin sorgulama imkanı bulamadıkları tanıkların beyanları sonucu mahkum olmuşlardır. İlgili tanıkların ifadeleri hazırlık aşamasında alınmış ancak duruşmalarda bu tanıklar tekrar dinlenmemiş ve savunma tarafından sorgulanamamışlardır. Mahkeme, bu tanıkların ifadesine dayanarak karar verilmiş olmasında AİHS 6/1 ve 6/3-d hükümlerinin ihlalini saptamıştır¹³⁵.

Bu davada devlet görevlileri “kamu tanığı” sıfatıyla mahkemede ifade vermişler, bu durum diğer tanıklar karşısında bu tanıklara biçimsel de olsa bir üstünlük sağlamıştır. Sanık avukatlarının tanıkları sorgulamalarına izin verilmemiştir. 1994 yılında yapılan yargılamada yukarıda da açıklandığı üzere AİHM tarafından ihlal saptanmış olmasına rağmen, ihlal saptanan hususlar 2003 yılındaki yeniden yargılama aşamasında giderilmemiş, tanıkların ifadeleri dahi ayrıntılı biçimde alınmaksızın önceki yargılamadaki ifadelerine göndermelerle yetinilmiştir. Özellikle tanıkların yargılama sürecindeki konumlanışlarına ilişkin olarak, sanıklar vekili Av. Yusuf Alataş tarafından 15.09.2003 tarihinde dosyaya sunulan dilekçedeki şu tespitler konumuz açısından dikkat çekicidir:

1994 yargılamasında DGM Savcısının gösterdiği tanıklar “Savcılık ya da iddia tanığı” yerine HUKUKUMUZDA YERİ OLMADIĞI HALDE “kamu tanığı” olarak adlandırılmak suretiyle, daha baştan sanki bu tanıkların toplumu temsil ettiği, toplum adına konuştuğu,

135) A. Şeref Gözübüyük ve A. Feyyaz Gölcüklü, a.g.e., s. 307.

dolayısıyla da beyanlarının objektif, tarafsız ve gerçek olduğu izlenimi yaratıldı, mahkeme tarafından da bu şekilde kabul edildi. Buna karşılık, savunmanın dinletmek istediği tanıklar daha baştan “savunma” tanığı olarak adlandırılıp, bunların “taraf” tanığı olduğu ve bu nedenle de bağımsız, tarafsız ve gerçekleri ifade etmelerinin mümkün olmadığı izlenimi uyandırıldı; mahkemece de böyle kabul edildi.

2003 yargılamasında da, “kamu tanığı”, “savunma tanığı” ayrımı net bir şekilde sürdürüldü. Mahkeme ilk tensip kararında “iddia ya da Savcılık” tanıklarının değil, “kamu” tanıklarının dinlenmesine karar verdi. Bu tanıkları “İddia” tanıkları yani “taraf tanığı” olarak değil, kamu tanığı, yani toplum adına tanıklık yapanlar olarak dinledi. Bu karşılık, savunmanın gösterdiği tanıkları “savunma tanığı” olarak reddetti, daha sonra da “savunma tanığı” olarak bazılarını dinledi. Tabii, bu tanıklar “savunma tanığı” yani “taraf” tanığı olduğu için, mahkemeyi hiç etkilemedi. Çünkü, “taraf tanığı”nın doğruyu söylemesi beklenemezdi¹³⁶.

Kostovski/Hollanda davasında başvurunun banka soygunu yaptığına dair ifade veren bir tanığın ifadesi, karar öncesinde mahkemede okunmuş ve sanığın bu tanıkları sorgulamasına fırsat verilmemiştir. Bu tanık hazırlık soruşturması aşamasında önce polise başvurmuş ardından sorgu yargıcına ifade vermiştir. Sanıklara ve sanık avukatlarına ilgili ifadenin de bulunduğu belgeler tebliğ edilmiş, ismi gizli olan tanığa hakim aracılığıyla yazılı olarak soru sorulabileceği bildirilmiştir. Başvurucu Kostovski'nin avukatı 14 adet soru hazırlayarak mahkemeye teslim etmiş, ancak sorgu yargıcı, bazıları tanığın bilgileri nasıl elde ettiğiyle ilgili bulunan, bu anlamıyla da tanığını kimliğinin ortaya çıkmasına sebep olabilecek olan sorulardan sadece iki tanesini tanığa sormuş, tanık da bu iki soruyu yanıtlamıştır. Mahkeme, başvuru konusu olayda sanıkların yargılamanın herhangi bir aşamasında

136) Yusuf Alataş, Yargılama ile İlgili Görüşleri ve Yargılananların Serbest Kalması Talebini İçeren Dilekçe, s. 6.

itiraz etme ve soru yöneltme olanağı bulamamış olmalarından hareketle, bu tanıkların ifadeleri yoluyla sanığın mahkum edilmesinin 6. maddeye aykırı olduğunu tespit etmiştir¹³⁷.

İç hukukumuzda tanıkların kimliklerinin gizli kalabileceği koşulları düzenleyen CMK'nın 58. maddesinin 2. bendi uyarınca “Tanık olarak dinlenecek kişilerin kimliklerinin ortaya çıkması kendileri veya yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturacaksa; kimliklerinin saklı tutulması için gerekli önlemler alınır.” Bu düzenleme uyarınca, açık duruşmada dinlenen tanığın kimlik bilgileri açıklanmamaktadır. Aynı maddenin 3. fıkrası ise “hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi, tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından tehlike oluşturacaksa; hakim, hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan da tanığı dinleyebilir. Tanığın dinlenmesinde ses ve görüntülü aktarma yapılır. Soru sorma hakkı saklıdır” hükmünü düzenlemektedir.

Mahkeme, tanık kimliklerinin saklı tutulmasını ve sanık tarafından sorgulanmalarına müsaade edilmemesini ancak “zorunluluk derecesindeki çok haklı gerekçeler” söz konusu olduğunda uygun görmektedir¹³⁸.

Yine tanıkların kimliklerinin gizli tutulduğu ve savunma tarafından -dolaylı yoldan dahi- sorgulanmalarına müsaade edilmediği bir yargılamaya ilişkin bulunan Windisch/Avusturya davasında mahkeme şu değerlendirmeleri yapmıştır:

137) Kostovski/Hollanda, 20.11.1989, Başvuru no. 11454/85, para. 13 vd.

138) Güney Dinç, 2006, s. 160.

“Savunma hakkına uyulması koşuluyla hazırlık soruşturması sırasında alınan tanık anlatımları mahkemece değerlendirilebilir. Ancak savunma, yargılamanın hiçbir aşamasında bu tanıkları sorgulama olanağı bulamamıştır. Kimliklerini bilmemektedir. Doğruyu söyledikleri, güvenilirlikleri konusunda hiçbir bilgileri yoktur. Mahkemeye getirilen bu tanıklara, savunmanın dolaylı sorular yöneltmesi bile, kimliklerinin açığa çıkabileceği kuşkusuyla önlenmiştir. Tanıkların, kendilerine yöneltilen sorular karşısında yüz hareketleri, tepkileri(mimik ve jestleri) izlenerek doğruyu söyleyip söylemedikleri sınanmamıştır. Polisin suçlarla mücadelede halkla işbirliği içerisinde olması önemlidir. Mahkeme de soruşturma aşamasında kimliği açıklanmayan muhbirlerin anlatımlarına dayanılabileceği yolunda kararlar vermiştir.

Ancak bu olayda başvurunun mahkumiyeti ağırlıklı olarak kimliği açıklanmayan tanıkların anlatımlarına dayandırılmıştır. Adil yargılanma güvenceleri feda edilemeyeceğinden, tanıkların sorgulanması açısından Sözleşme'nin 6/3-d bendinin ihlal edildiği kararlaştırılmıştır¹³⁹.”

Çalışmanın "Bilgi ve Belgelere Ulaşmada Eşit İmkanlar" başlıklı bölümünde ve ilgili madde kapsamında tekrar değinileceği gibi, tanıklar açısından da bir takım istisnalar söz konusudur. Mahkeme'nin Jasper/İngiltere kararında belirttiği gibi, "Bir ceza davasında, sanığın haklarıyla dengelenmesi gereken, milli güvenlik nedeniyle veya misilleme riski altında olan şahitleri koruma veya soruşturma metotlarını gizli tutma gerekliliği gibi çekişen menfaatler olabilir. Bazı hallerde, başka bir bireyin temel haklarını saklı tutmak veya önemli bir kamu yararını korumak için bazı kanıtları savunmanın bilgisine sunmamak gerekebilir."

139) Windisch/Avusturya, 27.09.1990., başvuru no. 12489/86, aktaran, Güney Dinç, a.g.e. s. 161.

İç hukukumuzda tanıkların korunması açısından tanık koruma sistemini uygulamaya koyan soka 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu, 05.01.2008 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu kanun uyarınca koruma tedbirleri; ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve alt sınırı 10 yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar, bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen alt sınırı 2 yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar ile terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda tanıklık yapanlar yönünden uygulanacak; işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk ve mağdurlar, mahkemede dinlenenlerin nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile eşi, kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üst soy veya alt soyu, ikinci derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları ve evlatlık bağı bulunanlar ile yakın ilişki içinde olduğu kişiler, tanık koruma kapsamına alınacaktır.

Bu kanun uyarınca, tanık koruma programı kapsamında olan kişilerin, kimlik ve adres bilgileri kayda alınarak gizli tutulması ve kendisine yapılacak tebligatlara ilişkin, ayrı bir adres tespit edilmesi, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan ya da ses veya görüntüsü değiştirilerek özel ortamda dinlenilebilmeleri, tutuklu veya hükümlü olanların durumlarına uygun ceza infaz kurumu ve tutukevlerine yerleştirilmesi, tanık koruma programındaki kişilere, fiziki koruma sağlanması, adli sicil, askerlik, vergi, nüfus, diploma, pasaport, sosyal güvenlik gibi belgeler değiştirilerek yeniden düzenlenmesi, geçici olarak geçimini sağlaması amacıyla maddi yardımda bulunulması; koruma altındaki kişi çalışıyorsa iş yeri ya da iş alanının değiştirilebilmesi, öğrenim görenin devam etmekte olduğu her türlü eğitim ve öğretim kurumunu değiştirmesinin sağlanması ve uluslararası

anlaşmalara ve karşılıklılık ilkesine uygun şekilde, geçici olarak başka bir ülkeye yerleştirilebilmesi, fizyolojik görünümünün estetik cerrahi yoluyla veya estetik cerrahi gerektirmeksizin değiştirilmesi ve buna uygun kimlik bilgilerinin yeniden düzenlenmesi gibi özel koruma tedbirleri getirilmiştir¹⁴⁰.

Nitekim, Silahların Eşitliği ilkesi, suçtan zarar görenlerin ve tanıkların korunması, ulusal güvenlik gibi bazı başka önemli çıkarlarla dengelenmek durumundadır. Ancak suçtan zarar görenlere ve tanıklara sağlanan güvenceler, "sanık haklarıyla uyumlu" olmalıdır. Bu konuda bir başka uluslararası mahkemenin, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin dava dairesinin Savcılık/Nyaramasuhuko davasında vermiş olduğu şu karar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde Silahların Eşitliği ilkesine getirilebilecek istisnaların ölçüsü konusunda da aydınlatıcıdır: "Adaletin düzgün işlemesi açısından suçtan zarar görenlerin ve tanıkların çıkarları ile sanığın hakları arasında uygun bir denge kurulması önemlidir¹⁴¹."

Türkiye'de idari yargı açısından "tanık dinletme hakkı"na baktığımızda, bu hakkın kullanılmadığı görülmektedir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesi'nde usul ile ilgili olarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na (HUMK) atıf yapılmakta, HUMK hükümlerinin hangi unsurlarla ilgili olarak uygulanacağı belirtilmektedir, ancak burada tanıklık konusunda bir atıf yapılmamış olması idari yargıda tanık dinlenmemesi için yeterli bir gerekçe oluşturmamaktadır. Nitekim Türkiye'deki idari yargılama usulü konusunda önemli etkileri bulunan Fransız

140 <http://www.sabah.com.tr/2008/01/04//haber,58C8A89FCBA441E2B84186244051A495.html>
(Son ziyaret tarihi: 28.02.2008)

141) Stefania Negri, 2005, s.519 ve s.562.

Danıştayı, son dönemde içtihat değişikliği yoluyla idari yargıda tanık dinleme yolunu açmıştır¹⁴².

Anayasa'nın 90. maddesi çerçevesinde AİHS'in iç hukukta uygulanabilirliği, son dönemde yüksek yargı organlarında bu sözleşmeye atıf yapılmaya başlanmış olması çerçevesinde, Yargıtay Onursal Başkanı Eraslan Özkaya'nın 2003-2004 Adli Yıl Açılış Konuşması'nda dile getirdiği “Bir davanın hazırlık, soruşturma ve karar aşamasında, iç hukuk kadar evrensel ilkelerin, özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının mutlaka dikkate alınması gerekmektedir. Esasen, bu husus Anayasamızın 90.maddesinin son fıkrası hükmünün gereğidir. Karar gerekçelerinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının göz önünde tutulup tartışılması, hükme derinlik, evrensellik ve güven kazandıracaktır¹⁴³.” İfadeleri de dikkate alındığında, uygulayıcıların iradeleri ve zorlamalarıyla Türkiye'de de en azından AİHS'in öngördüğü “medeni hak ve vecibeler” ile “cezaî sahada serdedilen isnad” ölçütleri kapsamında kalan uyuşmazlıklarda bu yolun kullanılması suretiyle bu sakıncanın giderilmesi olanağı mevcuttur.

Medeni hak ve yükümlülöklere ilişkin davalarda da taraflar arasında tanık dinletme açısından eşitlik olmalıdır. Dombo Beheer/Hollanda davasında başvuruu şirket ile bir banka arasındaki uyuşmazlık ulusal yargıya taşınmış, sözlü olarak gerçekleşen bir uzlaşmaya ilişkin uyuşmazlığın çözümünde, iç hukuktaki “taraflar bizzat tanık olarak

142) Güney Dinç, 2006., s. 178-180.

143) Eraslan Özkaya, 2003-2004 Adli Yıl Açılış Konuşması,
http://www.yargitay.gov.tr/tarihce_aak/0304.html (Son Ziyaret Tarihi: 12.01.2008)

dinlenemezler” ilkesi uyarınca başvuru şirketin yöneticisi dinlenmemiş, ancak banka yöneticisi davanın doğrudan tarafı olmadığından bahisle davada dinlenmiştir. Sadece iki tanığı olan bir uyuşmazlığın çözümünde bu tanıklardan birinin dinlenmesinin mahkemece reddedilmesi silahların eşitliği ilkesine aykırı bulunmuştur¹⁴⁴.

“Başvuru şirket için kredi imkanlarına ilişkin olarak banka ile varılan sözlü anlaşmayı ispatlamak çok önemlidir; sadece iki kişi bu görüşmede yer almıştır. Bunlar başvuru şirketi temsil eden van Reijendam ve bankayı temsil eden van W.'dir; bu anahtar kişilerden sadece birinin, bankanın temsilcisinin, dinlenmesine izin verilmiştir; başvuru şirket kendisini temsil eden kişinin dinlenmesi imkanına sahip olamamıştır; ilgili müzakereler sırasında van Reijendam ve van W tarafların ardına eşit mevkiye sahip kişiler olarak davranmışlardır; bu nedenle her ikisinin de delil sunmasına medenî izin verilmediğini anlamak güçtür; başvuru şirket bu nedenle, banka karşısında nitelikli bir dezavantaj içine girmiştir ve dolayısıyla md 6/1 ihlal edilmiştir¹⁴⁵.”

Söz konusu kararda yer alan “nitelikli dezavantaj” kavramı önemlidir, zira yukarıda da belirtildiği gibi Mahkeme, bir yargılamanın adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediğini tespit ederken yargılamayı bir bütün olarak değerlendirmektedir. Kimi yargılamalarda ilk derece mahkemesinin bazı usul hatalarından dolayı adil yargılanma hakkı zarar görmüş gibi görünse de temyiz aşamasında üst mahkeme tarafından bu hataların giderildiği ve Mahkeme'ce “adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği”ne karar verildiği görülmektedir¹⁴⁶. Taraflardan birinin tanığına farklı

144) Sibel İnceoğlu, 2005., s. 226.

145) Dombo Beheer/Hollanda, 27.10.1993, başvuru no. 14448/88, para. 34-35.

146) <http://www.eskisehirbarosu.org.tr/dergi/05/mad6.doc> (Son ziyaret tarihi: 05.06.2007)

muamele yapılmış dahi olsa, karara etkili olan başka deliller de söz konusuysa, farklı muamele yargılama sonucuna etki edecek nitelikte değil ise, bir taraf diğer taraf karşısında “nitelikli bir dezavantaj” içine girmemiş ise silahların eşitliği ilkesi ihlal edilmiş olmayacaktır¹⁴⁷.

Tanık açısından bir başka önemli husus, çelişmeli yargılama ilkesinin de gündeme geldiği, “tanıkların dinlenmesi aşamasında davanın taraflarına duruşmada hazır bulunma imkanı tanınması”dır.

Örneğin Komanicky-Slovakya¹⁴⁸ kararında, başvuru duruşmaya gelemeyeceğini bildirdiği ve kendi yokluğunda tanıkların dinlenmemesi ve delil sunulmamasını talep ettiği halde başvuru bulunmaksızın delillerin ele alınarak karara varılması ihlal olarak görülmüştür. Başvurucunun yargılamaya tam olarak katılmasının engellenmesi hakkaniyete uygun yargılanma hakkına aykırıdır¹⁴⁹.

Avrupa Birliği Komisyonu tarafından görevlendirilen Kjell Bjornberg ve Paul Richmond tarafından 11-19 Temmuz 2004 tarihli Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi - İstisari Ziyaret Raporu'nda, tanık dinletme hakkı açısından iddia ve savunma makamları arasındaki eşitsizliğe dikkat çekilmiştir:

"Yargıçlar bir karara varmak için odalarına çekildiklerinde, savcılar da onlarla birlikte olmaktadır. Savcı devlet adına tanık çağırmak için mahkemeden izin almak zorunda değildir. Avukatlar ise sadece yargıç uygun bulursa tanık çağırabilirler. Savunmanın beyanları, resmi

147) Sibel İncoğlu, a.g.e., s. 228.

148) Komanicky/Slovakya, 04.06.2002, başvuru no. 32106/96., para. 49-55., aktaran, Sibel İncoğlu, 2005., s. 228.

149) Sibel İncoğlu, a.g.e., s. 228.

kayıtlara yargıç tarafından yapılan bir özete dayalı girmektedir. Savcının beyanları ise harfiyen mahkeme kaydına geçmektedir. Bu, mahkeme önünde iki eşit tarafın mevcudiyeti hususuna ciddi zarar vermektedir¹⁵⁰."

3) Bilirkişi Yönünden Eşitlik

"AİHM kararlarında, bilirkişilik konusu, tanıklarla aynı tanımlar içinde değerlendirilmektedir¹⁵¹." "Taraflar bilirkişi davet etme konusunda aynı imkanlara sahip olmalı ve çağrılan bilirkişiler benzer koşullar altında bulunmalıdır¹⁵²."

Mahkeme bilirkişilik kurumunu resmi bilirkişiler açısından ve iki unsur çerçevesinde incelemiştir. Her ikisi de Avusturya'ya karşı açılmış olan iki davada, Bönish/Avusturya ve Brandsetter/Avusturya davalarında Mahkeme'ce önemli kıstaslar belirlenmiştir. İlk sorun, resmi bilirkişilerin (idari bir mercide görevli bilirkişilerin) tarafsızlığı sorunudur, ikinci sorun iç hukukta bilirkişilere tanıkları/sanıkları sorgulayabilmek gibi ayrıcalıklı hak ve yetkiler tanınmış olması sorunudur.

İlk sorun açısından Mahkeme, yukarıdaki "Tarafsız Mahkeme" başlığında atıf yaptığımız, mahkemenin tarafsızlığına ilişkin Fey/Avusturya kararındaki tespitini, bir ölçüde bilirkişiler için de kullanmaktadır. Oradaki ölçütü bilirkişilere uygulayacak olursak, şöyle denebilir: "Belirli bir davada belirli bir [bilirkişinin] tarafsız

150) <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=112203> (Son Ziyaret Tarihi 11.06.2007)

151) Güney Dinç, a.g.e., s. 155.

152) Pieter Van Hoof ve G.J.H. Van Hoof, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Kluwer Law International Press, Hague, London, Boston, 1998., s. 432., aktaran, Sibel İnceoğlu, 2005., s. 228.

olmayacağından korkmak için meşru bir neden varsa, bu sanık bakımında önemli de olsa, belirleyici değildir. Belirleyici olan bu korkunun nesnel anlamda haklılığının saptanıp saptanamayacağıdır¹⁵³.”

Mahkeme'ye göre, bilirkişilerin idari bir mercide çalışmaları, tarafsız olmaları için yeterli sebep değildir. Resmi bilirkişilik bu anlamıyla Mahkeme'ce kabul edilmektedir. İkinci soruna gelince, ulusal mahkemece görevlendirilen bilirkişinin yargılamada ayrıcalıklı bir rol üstlenmesi, sıradan tanıklar gibi davranmak zorunda olmayıp diğer tanıkları ve sanığı sorgulama yetkisini haiz olması tarafsızlık açısından farklı görünümeler ortaya çıkarabilir¹⁵⁴.

Brandsetter/Avusturya davasında, şarap üreticisi olan başvurucunun mahzenleri Federal Mahzenler Teftiş memuru tarafından denetlenmiş, şarap şartnamesine uymayan örneklerin sahte olduğundan şüphelenilerek başvuru hakkında ceza davası açılmıştır.

Brandsetter, başka numuneleri Viyana'da Federal Gıda Denetim ve Araştırma Enstitüsü görevlisi Niessner'e tahlil ettirmiş, bu tahlilin sonucu şartnameye uygun çıkmıştır. Yargılama aşamasında başvurucunun isteği üzerine, daha önce örnek alınmasına ve rapor hazırlanmasına katılmamış olan Tarım Enstitüsü çalışanı Bandion bilirkişi atanmıştır. Bandion rezerv numuneleri tahlil ettiğinde, Brandsetter hakkında dava açılmasına neden olan, Tarım Enstitüsü sonuçları ile aynı sonuçlara

153) Fey/Avusturya, 24.02.1993, başvuru no. 14396/88, para. 30. aktaran, Nuala Mole ve Cathrine Harby, 2001, s. 29.

154) Sibel İnceoğlu, 2005., s. 229.

ulaşmış, ilk numuneler alınırken özensiz davranıldığı iddiasının da gerçek dışı olduğunu belirtmiştir.

Mahkeme'ce bilirkişi tarafsızlığı üzerine tespit yapılmasına neden olan işlem bu noktada gerçekleştirmiş, Brandsetter'in avukatı, ilk numuneleri alan memur ile aynı kurumda çalışan Bandion'un tarafsız olamayacağını öne sürmüş ve el konulan tanklardan örnek alınarak başka bilirkişilere inceletilmesini talep etmiştir. Mahkeme ise kararını Bandion'un raporu üzerine kurmuş, Brandsetter'i para cezasına mahkum etmiştir.

Mahkeme'ye göre, ilk duruşmada savcılığı ve savunmayı destekleyen iki bilirkişi raporu ortaya çıkmış ve başvurucunun talebi üzerine yeni bir bilirkişi atanmış, bu bilirkişi de ne ilk numuneyi alanlardan, ne de raporu hazırlayanlardan seçilmiştir. “Bir bilirkişinin iddianameye esas olan görüşe sahip uzman ile aynı laboratuvar veya enstitüde çalışması, gerçekten nesnel hareket edemeyeceği kuşkusunu kendiliğinden doğrulamaz¹⁵⁵.”

Bu davada da Bandion bazı deliller konusunda yorum yaparak bilirkişiliğin bir ölçüde ötesine geçmiştir, ancak yargılamada sahip olduğu ayrıcalıklı bir konum yoktur, savcılık tanığı gibi de algılanamayacaktır. “Adil yargılanma hakkı, milli mahkemeye, atanan bilirkişinin görüşü savcılığı desteklediği zaman savunmanın talebi üzerine, başka bilirkişiler atama zorunluluğu getirmemektedir¹⁵⁶.”

155) Brandsetter/Avusturya, 28. 01.1991, başvuru no. 11170/84. para. 43-40, aktaran, Sibel İnçeoğlu, 2005., s. 233.

156) Brandsetter/Avusturya, 28. 01.1991, başvuru no. 11170/84. para. 45-46, aktaran, Sibel İnçeoğlu,

Bönish/Avusturya davasında ise, Alman vatandaşı olan başvuru, Avusturya'da tütülenmiş et üretimi yapan bir şirketin sahibidir. Ulusal hukuk gereği Pazar Bürosu tarafından alınan numune Federal Gıda Denetim Enstitüsü'ne gönderilmiş, yapılan incelemede usulsüzlük tespit edilmiştir.

Bu davada Bönish uzman tanık olarak Veterinerlik Üniversitesi Et Hijyeni ve Teknolojisi Enstitüsü Müdürü Prandl'ı tanık olarak göstermiştir. Müdür sadece savunma tanığı olarak ifade verirken, yargıçla birlikte bilirkişi de tanığı sorgulamıştır. Tanık bilirkişi tarafından sorgulanırken kendisine uyguladığı yöntem sorulmuş, tanık kendi yöntemini anlattıktan sonra bilirkişi bu yöntemin hata payının yüksek olduğunu, oysa enstitü tarafından uygulanan yöntemin hata payının çok düşük olduğunu belirtmiştir. Mahkeme bilirkişinin görüşüne uymuş ve başvuru tanığı ile diğer delilleri ikna edici bulmamıştır¹⁵⁷. Başvurucunun temyiz etmesi sonucu değiştirmemiştir.

Mahkeme, Avusturya Hükümeti'nin “bilirkişilerin nötr ve tarafsız oldukları” yönündeki savunmasına itibar etmemiş, özel bir yetki ile diğer tanığı sorgulayan bilirkişinin yargılamadaki ayrıcalıklı konumunu değerlendirerek bilirkişinin, “sanığa karşı bir tanık” görüntüsü çizdiğini belirtmiştir. Bu noktada 6/3-d fıkrasına atıf yapan mahkeme, enstitü müdürünün dinlenmesi ile savunma tarafından çağrılan kişilerin dinlenmesi arasında eşit muamelenin gerekli olduğunu¹⁵⁸ belirtmiş, bilirkişinin

2005., s. 233.

157) Sibel İnceoğlu, a.g.e., s. 229.

158) Bönish/Avusturya, 06.05.1985, A 92, para. 31-32., aktaran, Sibel İnceoğlu, 2005., s. 231.

anlatımlarının sanık tarafından çağrılan uzman tanığın ifadelerine göre daha büyük ağırlık taşıdığını, dolayısıyla nötrlüğünün ve tarafsızlığının şüpheli olduğunu belirtmiştir¹⁵⁹.

Bu anlamıyla, mahkeme bilirkişisi ile sanığın uzman tanığı arasında eşit muamele bulunmaması, bilirkişinin tanığı yargıç gibi sorgulayabilmesi, uzman tanık delilini sunmak için çağrılınca kadar duruşmaya girememesi ve dışarıda beklerken bilirkişinin duruşmada yer alması, mahkemenin bilirkişi atarken enstitünün bir üyesini atamak zorunda oluşu ve bu bağlamda sanığın bir karşı-bilirkişi elde etme şansının olmayışı dikkate alınmış ve 6. maddenin 1. fıkrasının ihlal edildiğine karar verilmiştir¹⁶⁰.

Belirtilen davalar birlikte değerlendirildiğinde şu sonuçlara varmak gerekmektedir: (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 eşitliğin ilkesine aykırı olarak görülmez; (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 da gösterdiği teknik müşavir aynı koşullar altında dinlenmişse silahların eşitliği ilkesine aykırılık oluşturmayabilmektedir¹⁶¹.

159) Sibel İncoğlu, a.g.e., s. 231.

160) Bönish/Avusturya, 06.05.1985, A 92, para. 33-34., aktaran, Sibel İncoğlu, 2005., s. 231.

161) Sibel İncoğlu, 2005, s. 235.

Silahların Eşitliği ilkesi ile ilgili olarak, savunmanın uzman tanıkları ve mahkemece atanan bilirkişiler konusunun bir başka boyutu, savunmanın uzman tanık çağırması, ya da kendi bilirkişi incelemelerini yaptırabilmesi olanağıdır. Mahkeme Krcmar/Çek Cumhuriyeti kararı¹⁶²nda “Yargılamanın taraflarından her biri mahkeme önündeki delilleri incelemek kadar, bu delillerin varlığı, içeriği ve güvenilirliği konusunda uygun biçim ve uygun bir zaman aralığında, eğer gerek duyulursa yazılı olarak ve önceden yorum yapma olanağına da sahip olmalıdır.” tespitini yapmıştır.

Bu ilke söz konusu olduğunda, avukatlar devlet makamlarının, bir ceza mahkemesinin önünde müvekkillerine karşı kullanılabilecek olan her tür materyali inceleme eğer gerekirse kendi uzmanları/bilirkişilerine inceletme olanağını kendilerine sağlama yükümlülüğü olduğunu ileri sürmektedirler¹⁶³. Savunma hazırlamak için yeterli kolaylıkların sağlanması hakkı sanığın savunmasını hazırlama ve sunuşu sırasında bağımsız bilirkişilerden görüş alma hakkını da kapsar¹⁶⁴.

Mahkeme’ye göre belli koşullar altında sözleşmeci taraflar, sanıklara böyle bir olanak sağlamalıdır. Belirtmek gerekir ki, belli deliller üzerinde iddia makamının/mahkemenin yaptırdığı bilirkişi incelemesinin aynısının savunma tarafından da yaptırılabilmesi, öncelikle fiziken bunun mümkün olmasına bağlıdır. Örneğin, bir kıyafet dokusu üzerindeki küçük bir kan damlasının sadece bir kere incelenebilmesi ve ardından artık incelenemeyecek biçimde yok olması/bozulması

162) Krcmar/Çek Cumhuriyeti, başvuru no: 35376/97, para. 42.

163) Loukis G. Loucaides, 2003, s. 38., ayrıca bkz. Korellis/Kıbrıs, başvuru no:54528/00 para. 33.

164) Doğan Soyaslan, "Adil Yargılanma Hakkı ve Türk Ceza Yargılaması", IGUL Yayınları No: 4 Adil Yargılanma Hakkı, Nergiz Yayınları, İstanbul, 2004, s. 294.

mümkündür. Böyle bir engel söz konusu olmadığında savunma kendi incelemelerini yaptırabilmeli, ancak ortada fiziki bir engel var ise o takdirde en azından iddia makamınca yaptırılan incelemeyi tetkik etmek ve eleştirmek amacıyla kendi bilirkişisini çağırabilmelidir¹⁶⁵.

B) TARAFLAR ARASINDAKİ USULİ EŞİTSİZLİKLER

Silahların eşitliği ilkesinin özünde, yargılamada usul açısından taraflara eşit muamele edilmesi vardır. Yeterli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı da bu ilkeden kaynaklanır. Yargılama öncesinde ve yargılamanın her aşamasında ve üst başvuru yolları da dahil olmak üzere hem sanığa hem avukatına tanınan bu hak, öncelikle tutuklu sanıklar açısından önem arz eden, avukatı ile gizli iletişim kurmasına izin verilmesini de içerir¹⁶⁶. Taraflara eşit muamelenin iki boyutu, öncelikle -özellikle ceza yargılamasında- savunma ve iddiaya kendi savlarını hazırlama ve sunmada eşit fırsatlara sahip olacak şekilde muamele edilmesi, ardından aynı tarafta yer alan sanıklara eşit muamele edilmesidir¹⁶⁷. Bu çalışma ve silahların eşitliği ilkesi açısından önem arz eden, ilk ilkedir.

Taraflar arasındaki usuli eşitsizlik, birkaç farklı boyutta karşımıza çıkabilir:

1)Savunmayı hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak

Bu hak, AIHS 6/3-b'de düzenlenmiş olmakla birlikte silahların eşitliği ilkesi

165) Loukis G. Loucaides, a.g.e., s. 39.

166) Doğan Soyaslan, 2004, s. 294.

167) <http://www.amnesty.org.tr/v0701200602.si> (son ziyaret tarihi 07.06.2007)

açısından önem arz eder. Usul açısından iddia ile savunma arasında mutlak ve net bir eşitlik aranmamaktadır, Mahkeme adil yargılanma hakkı ile ilgili pek çok ilkede olduğu gibi bu konuda da her bir olaya kendi koşulları içerisinde yaklaşmakta, olası usul eşitsizliklerinin bir bütün olarak yargılamayı gayri adil kılıp kılmadığına bakmaktadır¹⁶⁸. Bu değerlendirme yapılırken, dava konusunun ve durumun özellikleri, yargılamanın hangi safhada bulunduğu, davanın niteliği, konunun karmaşıklığı, ilgilinin tutukluluk hali ve içinde bulunduğu durum gibi unsurlar göz önünde tutulmaktadır. Bir cezaevi ayaklanması ile ilgili olan Campbell ve Fell/İngiltere davasında beş günlük süre savunmanın hazırlanması için yeterli bulunmuş¹⁶⁹, öte yandan Öcalan/Türkiye davasında sanık ve avukatlarının 17.000 sayfalık dava dosyasına tam olarak eriştikten sonra duruşmalar başlamadan önce savunma hazırlamak için sadece iki hafta zamanlarının kalması ihlal olarak görülmüştür.

Savunmayı hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak için, öncelikle 6/3-a'da belirlenmiş olan “şahsına tevcih edilen isnadın mahiyet ve sebebinden en kısa bir zamanda, anladığı bir dille ve etraflı surette haberdar edilmek” hakkının tam olarak kullanılabilmesi gerekir.

Bildirimin, sanığa ve avukatına, suçlamanın türüne, kanıtların niceliğine ve niteliğine göre, yargılamanın başlamasından, savunmalarını hazırlamalarına elverişli bir zaman önce yapılması gerekmektedir¹⁷⁰.

168) Sibel İncaoğlu, a.g.e., s. 235.

169) A. Şeref Gözübüyük ve A. Feyyaz Gölcüklü, 2005., s. 301.

170) Güney Dinç, a.g.e., s. 186.

Bununla birlikte, ilgili suçlamanın ve diğer bilgilerin şüpheliye/sanığa hangi aşamada verileceği önemli bir soru işaretidir. Isnad şüpheliye gerektiğinden önce bildirilirse delil karartma ya da kaçma şüphesi ortaya çıkabilir, ilk bakışta şüphelinin lehine gibi görünen bu durum giderek şüphelinin tutuklanmasına yol açabilir. Bu nedenle isnadın şüpheliye gerektiğinden önce bildirilmesi, onun aleyhine olacaktır¹⁷¹. Madde metninde “sanık” değil, “suçlanma” kavramından bahsedilmektedir. Nitekim kişi suç isnadıyla karşılaştığı andan itibaren 6. maddedeki korumalardan faydalanmaya başlayacaktır.

Ayrıca sanığa yapılacak bildirimin içeriği ile isnad edilen suç örtüşmeli, yargılama sürecinde isnad edilen suç değiştiği takdirde bu değişiklik de sanığa bildirilmeli ve ek savunma verme imkânı sağlanmalıdır.

Mahkeme, Pelissier ve Sassi/Fransa¹⁷² davasında, başvuruçuların hileli iflas suçundan yargılanırken yargılama sırasında suçun niteliğinin değişmesi ve başvuruçuların, kendilerine bildirilmeksizin hileli iflas amacıyla suç işlemeye yönelik örgüt kurmaktan mahkum edilmelerini ve cezalarının artmasını iki farklı suç söz konusu olduğundan Sözleşme ihlali kapsamında değerlendirmiş, ancak suç tanımı değişmeksizin yargılama aşamasında ağırlaştırıcı nedenler uygulanarak cezanın artırılmasını suçlamanın doğasında görmüş ve yargılamanın başından beri kendisine yöneltilen suçlamanın niteliğini ve sonuçların bilen sanığın, beklediğinden

171) Friedrich-Christian Schroeder, 2004, s. 157.

172) Pelissier ve Sassi/Fransa, 25.03.1999, başvuru no. 25444/94, aktaran, Güney Dinç, a.g.e., s. 187

daha ağır bir ceza almasında ihlal saptamamıştır¹⁷³.

Bahsedilen davalarda esas olarak ihlal edilen hak 6/3-a ve 6/3-b'de düzenlenen haklar gibi görünse de, ortaya çıkan durum, sanık haklarının hem silahların eşitliği, hem çelişmeli yargılama çerçevesinde, onlarla içiçe geçmiş halde gündeme geldiği bir durumdur. Nitekim iddia makamının dava dosyasına ulaşması her zaman için daha kolaydır ve örneğin suç niteliğinin değişmesinden savcılığın haberdar olmaması söz konusu değildir.

Bir başka örnek olan Kremzow/Avusturya davasında bu durum daha açık olarak görülebilir. Başvurucu Kremzow adam öldürmekten yargılanmakta iken ilk derece mahkemesince verilen karara karşı kanun yoluna başvurmak istemiş, ancak usul gereği kendisine ilgili yola başvurmak üzere kısa bir süre tanınırken Yüksek Mahkeme Yargıcı'nın mütalaası için bir zaman sınırı getirilmemiştir. Bu noktada Mahkeme, silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiği iddiasında olan başvurucu ile aynı fikirde değildir. Yüksek Mahkeme Yargıcı ilgili davadan sonradan haberdar olmaktadır ve dava hakkında bilgi sahibi olmak için daha fazla zamana ihtiyacı vardır. “Ayrıca İHAM'a göre, bu tür bir farklılık ile savunma hiçbir biçimde haksızlığa uğratılmamıştır¹⁷⁴.”

Wynen and Centre Hospitalier Interregional Edith-Cawell/Belçika davasında ise İHAM, Yargıtay'da savunmaya iki aylık süre tanınarak ek savunmasının reddedilmesi karşısında,

173) De Salvador Torres/İspanya, 24.10.1996, başvuru no. 21525/93., aktaran, Güney Dinç, a.g.e., s. 188.

174) Kremzow/Avusturya, 21.09.1993, başvuru no. 12350/86, para. 75., aktaran, Sibel İnceoğlu, 2005., s. 236.

ceza davasına müdahil olan için böyle bir süre öngörülmemesini ihlal olarak görmüştür. Bu ihlal kararının verilmesinde, başvurucunun, davanın karşı tarafının sunduğu iddialara ek savunma yaparak cevap verme hakkının fiilen ortadan kalkması etkili olmuştur. Davanın karşı tarafı beş ay sonra iddialarını sunmuş ve başvurucunun ek savunması süre geçtiği için reddedilerek cevap verme imkanı elinden alınmıştır¹⁷⁵.

2) Tarafların hakları konusunda bilgilendirilmeleri

Usul eşitsizliklerinin bir başka boyutu, tarafların, “eşit” olması gereken usulî silahlarını kullanabilmek için öncelikle bu hakların farkında olmaları gereğidir. Bu durum, özellikle (eğer sanık kendisini vekille temsil ettirmiyorsa) tarafların hukuki bilgileri arasında çok ciddi farkların bulunabildiği ceza yargılamasında karşımıza çıkar.

Şüpheli/Sanık haklarını kullanabilmek için öncelikle bu hakların bilincinde olmalıdır. Suç isnadı altında bulunan kimselere haklarının hatırlatılması gerektiği, 1982 Anayasası’nın 19. maddesinde “Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hakim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir.” Biçiminde düzenlenmiştir. Benzeri düzenlemeler daha ayrıntılı olarak Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 147. maddesi ile, yine 147. maddedeki hakların duruşmada hatırlatılmasını öngören 191. maddesinde de yer almaktadır.

175) Wynen and Centre Hospitalier Interregional Edith-Cawell/Belçika , 05.11.2002., başvuru no. 32576/96, para. 32., aktaran, Sibel İnceoğlu, 2005., s. 236.

Kişilerin usul hukukundan kaynaklanan haklarını kullanmaları için, yine bu haklar arasında bulunan temel önemdeki hak, “müdafî seçme hakkı”dır. Kişi, böylelikle ceza alma tehdidi altında bulunduğu yargılanma sürecinde bir avukatın yardımından yararlanabilmektedir. Kişi müdafî seçecek durumda olmadığı ve bir müdafî yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafî görevlendirilir¹⁷⁶.

3) Mahkemede fiziki konumlanış

İddia ve savunma makamlarının mahkemede konumlanış farklılıkları da usuli eşitsizliklerin bir başka boyutu sayılabilir. Mahkemenin pek çok kararda atf yaptığı “Adaletin yerine getirilmesi yetmez, aynı zamanda yerine getirildiğinin görülmesi de lazımdır.” ilkesi gereği duruşma salonlarının organizasyonu da taraflar arasında bir eşitsizliğe sebep olmamalıdır. Türkiye'deki durum savcı ile hakimin aynı kürsüyü paylaştıkları, savunma makamının ise sanık ve tanıklarla birlikte aşağıda bulunduğu bir duruşma sistemidir. Delil sunma imkanı yönünden eşitlik başlığında atf yaptığımız Avrupa Birliği Komisyonu tarafından görevlendirilen Kjell Bjornberg ve Paul Richmond tarafından 11-19 Temmuz 2004 tarihli *Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi - İstisari Ziyaret Raporu*'nda bu husus da gündeme gelmiş ve Türkiye'deki adliyelerin organizasyonu ve uygulanan prosedürün iddia ve savunma arasında dengeyi sağlayamadığı, somut örneklerin, iddianın savunma karşısında 'ilerletildiğini' ortaya koyduğu tespiti yapılmıştır¹⁷⁷. 13-22 Haziran 2005 tarihlerinde yine Avrupa Birliği Komisyonu tarafından görevlendirilen Kjell Bjornberg ve Ross Cranston tarafından hazırlanan *Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi –*

176 Ceza Muhakemesi Kanunu md. 147/c

177) <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=112203> (Son Ziyaret Tarihi 11.06.2007)

İstişari Ziyaret Raporu'nda aynı konuya tekrar temas edilmiş, hakim ve savcılar duruşma salonuna aynı kapıdan girerken avukatların sanıklar ve halkla aynı kapıyı kullandıkları, yine savcılar hakimlerle aynı kürsüyü paylaşırken avukatların zemin düzeyinde bulundukları belirtilmiş ve bu aykırılıkların giderilmesi tavsiye edilmiştir¹⁷⁸.

4) Sanık üzerinde oluşması muhtemel baskı

Taraflar arasındaki usulî eşitsizliklerin bir başka boyutu, yargılamanın yapıldığı ortamda sanık üzerinde oluşması muhtemel baskıdır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi Gridin/Rusya Federasyonu kararında “mahkeme salonundaki insanlar tarafından oluşturulan ve savunmanın tanıkları sorgulamasını ve savunmasını sunmasını engelleyen düşmanca hava ve baskı ortamının mahkemece engellenememesi” durumunda silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiğini saptamıştır.¹⁷⁹ Bu durum mahkemelerimizde ve yargılamalar sürerken basın-yayın organlarında çıkan haber ve yorumlarla, ülkemizde de sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Silahların eşitliği ilkesiyle usulî eşitsizlikler bağlamındaki ilişkisi, mahkeme salonundaki atmosferi sanığın/savunmanın aleyhine çevirmesi ve savunmanın *ceteris paribus* iddia makamı karşısında dezavantajlı durumda bulunmasıdır.

C) BİLGİ VE BELGELERE ULAŞMADA EŞİT İMKANLAR

Silahların eşitliği ilkesi uyarınca, taraflar, birbirleri karşısında nitelikli bir dezavantaj

178) Kjell Bjornberg ve Ross Carnston, Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi – İstişari Ziyaret Raporu 13 Haziran-22 Haziran 2005 (Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü'nün gayri resmi çevirisi), Avrupa Birliği Komisyonu, Brüksel, 2005., s. 17-18.

179) Nihal Jayawickrama, 2002, s. 505.

içerisine girmeksizin, davaya ilişkin bilgi ve belgelere ulaşma hakkı açısından eşit durumda olmalıdırlar. Adil yargılanma hakkının tam olarak kullanılabilmesi için, çelişmeli yargılama ilkesi uyarınca davanın taraflarının, davaya ilişkin bilgi ve belgelere ulaşma ve bunlar hakkında tartışmalara katılma hakları vardır, ancak silahların eşitliği ilkesi açısından önem arz eden, tarafların bu hakkı eşit biçimde kullanabilmeleridir¹⁸⁰. Dolayısıyla davanın tek bir tarafına dezavantaj getiren kısıtlamalar silahların eşitliği ilkesini ihlal edecektir.

Örneğin, Feldbrugge/Hollanda kararında, İtiraz Kuruluna bağlı olarak çalışan resmi bilirkişinin raporuna başvuru ulaşmamış bunun hakkında yorum yapamamıştır. Davada Mahkeme silahların eşitliği konusunda ihlal bulmamıştır, çünkü bilirkişi tarafsızdır ve davanın diğer tarafı da aynı konumdadır, daha avantajlı bir konumda değildir. Rapor onun aleyhine çıkmış olsa idi o da bu rapora karşı savlarını ortaya koyma, bu raporu çürütme imkanlarına sahip olamayacaktı. Fakat, Mahkeme, tarafların davaya tam olarak katılmalarını sağlayacak bir usul öngörülmediği için md 6/1'e ihlal bulmaktadır¹⁸¹.

Göç/Türkiye davasında başvuru ve hazine, ağır ceza mahkemesi kararını karşılıklı ve birbirlerinden habersiz olarak temyiz etmişler, temyiz dilekçeleri yanlara tebliğ edilmediği gibi¹⁸² Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca dava dairesine sunulan savcılık mütalaası da tebliğ edilmemiş ve sanık bu mütalaaya cevap verme hakkından mahrum bırakılmıştır¹⁸³. Başvurucunun temyiz itirazlarının reddini isteyen Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, hazinenin temyiz isteklerinin de reddini

180) Sibel İncoğlu, 2005., s. 236-237.

181) Sibel İncoğlu, a.g.e., s. 237.

182) www.rightsagenda.org/dosyalar/dokuman/gdinc_temel_hak_ozgurlukler_www.rightsagenda.org.doc (Son Ziyaret Tarihi 11.06.2007)

183) Yasemin Özdek, 2004., s. 212.

istemiş ve bu yansız davranışıyla yerel mahkemece belirlenen tazminatı yetersiz bulunan başvurucunun davasının Yargıtay aşamasında devam etmekte olduğu bir sırada, silahlar eşitlenmiştir¹⁸⁴. Bu davada da Mahkeme silahların eşitliği ilkesinin ihlalini bulmamış, “başsavcılık gibi ulusal hukuk hizmetinin bağımsız bir üyesi tarafından sunulan bir görüş söz konusu olsa bile, bir medeni ya da ceza davasında mahkemenin kararını etkilemek amacıyla gösterilen bütün deliller ya da sunulan görüşler hakkında tarafların bilgi sahibi olma ve yorumda bulunma olanağı anlamına geldiğini” tespit ettiği çelişmeli yargılama ilkesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir¹⁸⁵.

Göç/Türkiye kararından sonra iç hukukta mevzuat değişikliği de gerçekleşmiş, CMUK md. 316'da yapılan değişiklikle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen tebliğnamenin ilgili dairece taraflara tebliğ olunması hükme bağlanmış, bu hüküm 5271 sayılı CMK'nın 297. maddesinde de korunmuştur¹⁸⁶.

AİHM, Öcalan/Türkiye¹⁸⁷ davasında da Öcalan'ın ve avukatlarının dava dosyasındaki belgelere ulaşmalarına izin verilmemesinin 6. maddedeki savunma hakkını ihlal ettiği sonucuna ulaşırken, “silahların eşitliği ilkesi” ile “çelişmeli yargılama ilkesi”ni dikkate almıştır. Mahkeme pek çok durumda silahların eşitliği ilkesine atıf yapmaktansa, “tarafların ceza ya da hukuk yargılamalarında dosyaya

184) Güney Dinç, 2006., s. 143.

185) Göç/Türkiye, 09.11.2000, başvuru no. 36590/97, para. 34., aktaran, Yasemin Özdek, 2004, s. 212.

186) 5271 sayılı CMK md. 297/3: Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen tebliğname, hükmü temyiz etmeleri veya aleyhlerine sonuç doğurabilecek görüş içermesi hâlinde sanık veya müdafii ile katılan veya vekillerine ilgili dairesince tebliğ olunur. İlgili taraf tebliğden itibaren bir hafta içinde yazılı olarak cevap verebilir.

187) Öcalan/Türkiye, Büyük Daire Kararı başvuru no: 46221/99

giren her tür delil ve iddiadan haberdar olma, mahkemeyi etkilemek amacıyla bunlar üzerine yorum yapabilme olanağı olması” anlamına gelen çelişmeli yargılama ilkesine atıf yapmaktadır. Mahkemeye göre, silahların eşitliği ilkesinin ihlali sadece usul eşitliğinin ileri düzeyde ve nitelikli biçimde ihlali anlamına gelmez. Dosyaya dahil olan herhangi bir unsurun, yanıt vermeye ya da yorumlanmaya değer olup olmadığına karar vermek savunmanın görevidir. Bu yüzden iddia makamı tarafından savunma haberdar edilmeksizin mahkemeye görüş bildirilmesi hakkaniyetsiz olacaktır¹⁸⁸.

Öcalan/Türkiye davasında, sanık ve sanık avukatlarının uygun zamanda dava dosyasına erişimleri, dosyayı inceleyip tüm belge ve kanıtların örneklerini almaları, sanık ve avukatı yönünden ayrı ayrı değerlendirilmiştir. AIHM'in önceki yıllarda aralarında Türkiye'nin de bulunduğu birçok ülkeyle ilgili, konumuz çerçevesindeki kararlarının derlemesi niteliğinde olan¹⁸⁹ bu kararın konumuzla ilgili ve aydınlatıcı bölümleri aşağıya aktarılmıştır:

1)Başvurucunun dava dosyasına ulaşması:

İddianame, başvurucuya resmi kanallardan ulaştırılmıştır. Ancak 2 Haziran 1999 tarihli duruşmada Devlet Güvenlik Mahkemesi (DGM), başvurucuya iki görevlinin denetiminde dava dosyasını inceleme ve avukatlara belirli bazı dokümanların fotokopilerini iletme izni vermiştir. Mahkeme, başvurucuya, iddianame dışında dava

188) Stefania Negri, 2005, s. 517.

189) Güney Dinç, a.g.e., s. 191.

dosyasının 2 Haziran 1999 tarihine kadar verilmemesinin madde 6/3'le birlikte madde 6/1'de korunan savunma haklarını ihlal edip etmediğini incelemek zorundadır.

Söz konusu silahlı örgütte (PKK) sahip olduğu konumdan dolayı başvuru, iddia makamı tarafından sunulan delillerin savunma ile ilgisini değerlendirebilecek en muktedir kişilerden biri durumundadır. PKK içinde kimin hangi dereceye kadar eylemlerden sorumluluğu olduğunu belirlemede avukatlarından daha iyi konumlanmış ve daha çok bilgiye sahiptir. Eğer iddia makamının delillerine doğrudan ve yeterli bir süre içinde ulaşabilmiş olsaydı avukatlarının kendi yardımı olmadan gerçekleştirdiklerinin dışında savunmasıyla ilgili argümanları ayırt edebilecekti.

Başvurucunun avukatlarının, dokümanların sayısının çokluğu ve hacminin büyüklüğü ile ziyaretlerine getirilen sayı ve süre kısıtlaması nedeniyle başvurucuya delillerin önemi hakkında bir değerlendirme sunmalarının engellenmiş olabileceği de hesaba katılmalıdır.

Mahkeme, bundan dolayı, başvurucuya, iddianame dışında dava dosyasındaki diğer evraka ulaşmasında uygun bir fırsat tanınmamasının, madde 6/3-b ile birlikte madde 6/1'deki koşulların ihlali olarak, savunmanın hazırlanmasında karşılaşılan güçlükleri arttırdığını kabul etmektedir.

Bu ihlal kararının ardından Büyük Daire'de yapılan incelemede Türkiye'nin bu konuyla ilgili savunması, Mahkeme'nin Kremzow - Avusturya (21.09.1993 tarihli

karar, parag. 52) ve Kamasinski - Avusturya (19.12.1989 tarihli karar, parag. 88) kararlarındaki içtihadına uygun bir durum yaratıldığı, başvurucunun sadece avukatları aracılığıyla dosyayı incelemesinin esasen yeterli olacağı yönünde olmuştur. Bu içtihada göre, bir sanığın dava dosyasını doğrudan inceleme şartı aranmamaktadır. Sanığın temsilcileri aracılığı ile dosyanın içeriğinden haberdar olması yeterlidir. Organize suçlara ilişkin yargılamalarda, bu tür bir hak tanınması adi suç işleyen sanıklar aleyhine bir ayrımcılık oluşturacaktır¹⁹⁰.

Büyük Daire bu konuda mevcut davanın *Kremzow* davasından ayrı tutulması gerektiğini tespit etmiştir; çünkü *Kremzow* davasında başvurucuya 49 sayfayı incelemesi için yirmi bir gün verilmişken, mevcut davada Öcalan’a 17,000 sayfalık dava dosyasını incelemek için yirmi günlük süre verilmiştir. Yine mevcut dava, *Kamasinski* davasından da ayrı tutulmalıdır; çünkü o davada başvurucunun avukatı konuyla ilgili olduğunu düşündüğü tüm belgeleri başvurucuya iletebilme imkanına sahipken, Öcalan’ın avukatları iddia makamının sunduğu deliller üzerinde görüşlerini sunmadan önce müvekkillerine hiçbir belge sağlayamamışlardır¹⁹¹.

Mahkeme’ye göre ayrıca savunma haklarına saygı gereğince, sanığın veya avukatının dava dosyasına ulaşmasına getirilen kısıtlama, delillerin duruşma öncesi sanığa verilmesini ve sanığa avukatı aracılığıyla deliller hakkında görüşünü sözlü olarak sunmasının engellenmemesini gerektirir¹⁹².

190) Öcalan/Türkiye, para. 128.

191) a.g.k. para. 142.

192) a.g.k. para. 140.

2) Başvurucunun avukatlarının dava dosyasına ulaşması:

Mahkeme, iddianamenin başvuruçuya ve avukatlarına 24 Nisan 1999 tarihinde verildiğini saptamıştır. Avukatlar mahkeme dosyasına 7 Mayıs 1999 günü ulaşabilmişlerdir; ancak kendilerine bir kopyası verilmemiştir. Avukatlar evrakın fotokopisini çekme işlemini 15 Mayıs 1999'da tamamlamıştır. Dava dosyasının tamamına bu tarihten sonra sahip olmuşlardır. İki hafta sonra 31 Mayıs 1999'da DGM'deki duruşmalar başlamış, 23 Haziran 1999'da gerçekleştirilen 8. ve son celsede iddia makamının esas hakkında mütalaasına karşı savunma makamının son savunmalarını yapması istenmiştir.

Başvurucunun avukatları 17.000 sayfalık dava dosyasını duruşmalar başlamadan yaklaşık iki hafta önce almıştır. Ziyaretlerindeki sayı ve süre kısıtlamalarının dosyadaki evrakı müvekkillerine 2 Haziran 1999'dan önce bildirmelerini ya da onu dosyanın incelenmesi ve analizi sürecine katabilmelerini imkansız kılması nedeniyle başvuruçunun avukatları kendilerini savunma hazırlamayı özellikle güçleştiren bir konumda bulmuşlardır. Duruşmalar 8 Haziran 1999'da sona ermiş, avukatlara, duruşmalarda konulanlar dahil olmak üzere dosyadaki tüm deliller hakkındaki son sunumlarını yapabilmeleri için 23 Haziran 1999 tarihine kadar süre verilmiştir.

Mahkeme, başvuruçunun avukatlarının dava dosyasına ulaşmalarına geç bir tarihe kadar izin verilmemesinin savunmanın karşılaştığı yukarıda belirtilen güçlükleri kanıtladığını, bunun da başvuruçunun, bir sanık olarak 6. madde kapsamında sahibi

olduğu savunma haklarını güçleştirdiğini kabul etmektedir¹⁹³.

Bu hükmü beş günlük sürenin savunmanın hazırlanması için yeterli bulunduğu Campbell ve Fell/İngiltere davasıyla kıyasladığımızda, mahkemenin dava dosyasının nitelik ve niceliğiyle süre arasında denge aradığı anlaşılmaktadır.

AİHM, son dönemde Türkiye'ye karşı açılan üç davada¹⁹⁴ verdiği kararlarda da, tarafların bilgi ve belgelere ulaşma olanakları bulunmadığından silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu davalarda, başvuruçular Gülhane Askeri Tıp Akademisi'nde sivil memur hemşire olarak çalışmakta iken, kurumunun nizamını bozacak ideolojik ve siyasi faaliyetler yürüttükleri ve yasadışı örgüt sempatisini oldukları iddiasıyla memuriyetten çıkarılmışlardır. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ne başvurarak memuriyetten çıkarma işleminin iptalini talep eden başvuruçulara karşı davalı kurum olan Milli Savunma Bakanlığı ilgili işlemin titiz inceleme ve soruşturmalarla gerçekleştirildiğini bildirmiş ve soruşturma ile ilgili belgeleri, gizli kaydı ile ve kapalı zarf ile Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ne göndermiş, bu belgelere dayanılarak verilen kararlar başvuruçuların talepleri reddedilmiştir.

Mahkeme bu başvurularda her hukuk ve ceza davasının, usule ilişkin yönleri de dahil vicahi bir nitelik taşıması ve de taraflar arasında silahların eşitliğini garanti altına alması gerektiğine değinmiş, bunun, adil yargılanma hakkının temel unsurlarından

193) Öcalan/Türkiye, 2003., aktaran, Güney Dinç, 2006., s. 191.

194) Aksoy(Eroğlu)/Türkiye, 31.10.2006, başvuru no: 59741/00; Güner Çorum/Türkiye, 31.10.2006, başvuru no: 59739/00; Kahraman/Türkiye, 31.10.2006, başvuru no: 60366/00

birini teşkil ettiğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre vicahilik ilkesi uyarınca yargılanma hakkı, taraflar için, karşı tarafın oluşturduğu görüşlerden veya sunduğu kanıtlardan haberdar olma ve bunlar üzerinde tartışabilme olanağını içermektedir.

Bu prensip, tarafların sunduğu görüşler ve belgeler için geçerli olduğu gibi Hükümet komiseri gibi bağımsız bir memur (*Kress*, ve, *APBP-Fransa*, 38436/97 no'lu, 21 Mart 2002 tarihli karar), bir idare (*Krčmář ve diğerleri-Çek Cumhuriyeti*, 35376/97 no'lu 3 Mart 2000 tarihli karar) veya sözkonusu kararı veren mahkeme tarafından sunulan görüşler ve belgeler için de geçerlidir (*Nideröst-Huber*).

AIHS'nin 6 § 1. maddesinin hepsinden evvel tarafların çıkarlarını ve adaletin iyi işleyişinin korunmasını amaçladığının altını çizmek gerekir (Bkz. *mutatis mutandis*, *Acquaviva-Fransa*, 21 Kasım 1995 tarihli karar), bir belgenin kendileri tarafından yorumlanması gerektiği kanaatinde oldukları zaman, bunu ifade etme imkanı taraflara sağlanmalıdır. Özellikle, yargıya tabi kişilerin adaletin işleyişine güvenmesi buna bağlıdır: sözkonusu güvence, diğerleri arasında, dosyadaki her belge hakkında görüş bildirebilme güvencesine dayanmaktadır (Bkz. *Nideröst-Huber*, ve *F.R.-İsviçre*, 37392/97, 28 Haziran 2001 tarihli karar)¹⁹⁵.

Mahkeme ihlal saptadığı bu başvurularda kanıtların aleniyetine ilişkin istisnaları da saymıştır. Mahkemeye göre,

Bir ceza davasında, sanığın haklarıyla dengelenmesi gereken, milli güvenlik nedeniyle veya misilleme riski altında olan şahitleri koruma veya soruşturma metotlarını gizli tutma gerekliliği gibi çekişen menfaatler olabilir. Bazı hallerde, başka bir bireyin temel haklarını saklı tutmak veya önemli bir kamu yararını korumak için bazı kanıtları savunmanın bilgisine

195) Aksoy(Eroğlu)/Türkiye, 31.10.2006, başvuru no: 59741/00 (Dışişleri Bakanlığı Çok Taraflı Siyasî İşler Genel Müdürlüğü gayriresmî çevirisi)

sunmamak gerekebilir. Bununla birlikte, AİHS'nin 6 § 1 maddesi uyarınca, yalnızca, savunma haklarını sınırlandıran mutlak gerekli önlemler meşrudur (*Van Mechelen ve diğerleri-Hollanda*, 23 Nisan 1997 tarihli karar). Üstelik sanığa adil bir yargılanma garantisi edilmek isteniliyorsa, haklarının sınırlandırılmasıyla savunmaya çıkarılan her zorluk hukuki makamların önünde izlenen yargılama usulüyle yeterince telafi edilmelidir (*Doorson-Hollanda*, 26 Mart 1996 tarihli karar, *Van Mechelen ve diğerleri, Fitt, ve Jasper*). AİHM'ye göre, bu tür ilkelerin, özellikle davada kazanılmak istenilen şey ışığında başvuran açısından -ağır disiplin suçlarına dayalı görevden alma- hususuna uygulanması gerekir (Bkz. *mutatis mutandis, Fitt*).

Hükümet'in, başvuranın görevden alınmasına ilişkin idari yargılama usulü sırasındaki soruşturma dosyasının açığa çıkarılmamasını haklı gösterecek hiçbir argümanı sunmadığını not etmek gerekir. Zaten, bu dosya, milli güvenliğe veya misilleme riski altındaki tanıkları korumaya veya soruşturma metodlarını gizli tutma gerekliliğine bağlı zorunluluklarla bu yönde bir uygulamayı haklı çıkarabilecek hiçbir unsur içermemektedir. Öte yandan, bu uygulamada, vicahilik ilkesinin ve silahların eşitliği ilkesinin gereklerini yerine getirmek için başvuranın çıkarlarını korumaya uygun garantiler bulunuyor görünmemektedir. (Bkz. *mutatis mutandis, Fitt, ve Jasper*). Gerçekten de, sözkonusu karar sadece "gizli" olarak nitelendirilmiş soruşturma dosyasına dayalı olarak alınmıştır. Savunma Bakanlığı tarafından iletilen belge ve bilgilerin davanın sonucu hakkında temel bir önemi olduğuna şüphe yoktur. Fakat, ilgilinin yargılama usulünde kazanmayı umduğu şey ve soruşturma dosyasındaki belge ve bilgilerin niteliği dikkate alındığında, başvuranın Yüksek Mahkeme'nin kararını vermesinden önce bunlara yanıt vermesinin olanaksızlığı onun adil yargılanma hakkını hiçe saymıştır (*J.J.-Hollanda*, 27 Mart 1998 kararı)¹⁹⁶.

Bu karar çerçevesinde, soruşturma dosyasının gizli tutulması için (numerus clausus olmamakla birlikte) şu koşullar söz konusu olabilecektir:

196) Aksoy(Eroğlu)/Türkiye, 31.10.2006, başvuru no: 59741/00 (Dışişleri Bakanlığı Çok Taraflı Siyasî İşler Genel Müdürlüğü gayriresmî çevirisi)

- milli güvenlik
- misilleme riski altında olan şahitleri koruma
- soruşturma metotlarını gizli tutma gerekliliği
-

Gözler, Askeri İdari Yargı'daki bu sorunu şu şekilde tespit etmiştir:

Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin incelerken son olarak bu Mahkemenin Kanununun 52'nci maddesinin son fıkrasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesine aykırılığı sorunu üzerinde durmak gerekir.

“Dosya Dışı İnceleme” kenar başlığını taşıyan 52'nci maddenin ilk fıkrası,

“Daireler ve Daireler Kurulu, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapabilecekleri gibi, tayin edecekleri süre içinde, lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden” isteyebileceğini öngörmektedir. Bu maddenin son fıkrası ise,

“görevli daire ve kurul veya kanunsözcüleri tarafından getirtilen veya idarece gönderilen gizli her türlü belge ve dosyalar... taraf vekillerine incelettirilmez”demektedir.

Bu fıkraya göre, idare “gizli” kaydıyla birtakım bilgi ve belgeler Mahkemeye sunmuşsa, Mahkeme bu bilgi ve belgeleri dikkate alacak, yani kararına bunlara dayanarak verebilecek, ama bu bilgi ve belgeleri davacıya göstermeyecektir.

Kanımızca Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 52'nci maddesinin son fıkrası Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında öngörülen “hakkaniyete uygun yargılanma hakkına” aykırıdır. Zira, Sözleşmeye göre, “her şahıs... davasının... hakkaniyete uygun ve aleni surette dinlenmesini istemek hakkını haizdir”.

“Hakkaniyete uygun” bir yargılama için, Avrupa İnsan Hakları Divanının getirdiği bir takım şartlar vardır. Bu şartlardan en önemlisi, tarafların arasında “silahların eşitliği ilkesi”dir. Diğer bir ifadeyle, mahkeme önündeki süreçte taraflar arasında tam eşitlik olmalı ve bu eşitlik yargılama boyunca devam etmelidir. Buna göre yargılama süreci içinde yapılan her işlem (mesela delil ve karşı-delillerin sunulması, iddia ve karşı iddiada bulunma gibi) silahların eşitliği ilkesi açısından değerlendirilir. Örneğin silahların eşitliği ilkesi, Schuler-Zgragen/İsviçre davasında davacının dava dosyasını inceleyebilme ve dosyadan bazı belgelerin fotokopilerini alabilme, mahkeme kararına dayanak teşkil eden bilirkişi raporlarının kendisine gösterilmesi açısından incelenmiştir. (...)

Kanımızca, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 52’inci maddesinin son fıkrası idare tarafından gönderilen “gizli” belgelerin davacıya gösterilmemesi “silahların eşitliği” ilkesinin ve dolayısıyla hakkaniyete uygun yargılanma hakkının tipik bir ihlalidir.

Uygulamada genelde Milli Savunma Bakanlığı birinci cevap dilekçesinin ekinde, söz konusu 52’nci madde kapsamında değerlendirilmek üzere, “gizli” kaydıyla bir takım belgeleri Mahkemeye sunmaktadır. İdare sunduğu bu “gizli” belgelere göre yaptığı işlemin hukuka uygun olduğunu ileri sürmekte ve bu belgelere dayanılarak davanın reddedilmesini istemektedir. Mahkeme de, bu belgeleri davacıya tebliğ etmeden, davacıdan idarenin cevabına cevap vermesini istemektedir. Doğaldır ki davacı bu gizli belge ve bilgileri incelemeyen, idarenin iddialarının delillerini görmeden, idarenin cevabına cevap veremez. Burada davacı, idarenin sunduğu delilleri tartışma ve çürütme imkanına sahip değildir. Dolayısıyla hakkaniyete uygun yargılamanın diğer bir şartı olan “çelişiklik ilkesi” de ihlal edilmektedir (...). Böyle bir durumda, davacının yargılama sürecine gerçek anlamda katılımı söz konusu değildir. Dolayısıyla yargılama sürecinde çelişme sağlanamaz¹⁹⁷.

197) Kemal Gözler, “Askeri Yargı Organlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Uygunluğu Sorunu”, İnsan Hakları Yıllığı, Cilt 21-22, 1999-2000, s.77-93.

AIHM, 13 Şubat 2001 tarihli üç kararında tutukluluk halinde dosyanın incelenmesine getirilebilecek sınırlara değinmiştir.

Garcia Alva/Almanya Başvurusu: Garcia Alva Kokain ticareti yaptığı iddiasıyla yürütülen soruşturma çerçevesinde 7 Nisan 1993'te tutuklanmıştır. Avukatları 8 Nisan 1993'te savcılığa başvurarak dosyayı incelemeyi talep etmişler, kendilerine şüphelinin kolluk ve tutuklama aşamalarındaki ifadeleri, tutuklama kararı, üst arama tutanağı verilmiş ancak dosyadaki diğer belgeler, incelenmelerinin soruşturmayı tehlikeye atacağı gerekçesiyle avukatlardan gizlenmiştir.

Tutuklu şüpheli Alva kendisine başka bir avukat seçmiş ve 4 Mayıs 1993'te bu avukat tarafından tekrar dosya inceleme talebi sunulmuş, dosyanın incelenmesine yine izin verilmemiştir. Avukat tarafından 13 Ağustos 1993'te tanık ifadesinin bazı bölümleri karalanmış olarak dosya incelenebilmiş, dosyanın tamamının incelenebilmesi ise ancak 13 Eylül 1993 tarihinde mümkün olabilmektedir. Böylelikle Alva'nın tutuklanmasının üzerinden beş aydan fazla bir süre geçtikten sonra avukatı dosyanın tamamını inceleyebilmiştir¹⁹⁸.

Mahkeme'ye göre tutukluluk haline ilişkin incelemelerde silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri gözetilmelidir. Her ne kadar başvurucunun avukatı dosyadaki bazı belgelere ulaşabilmişse de görülmektedir ki avukat tarafından incelenememiş olan tanık ifadesi, tutukluluk kararı için kilit önemdedir ve başvuru ya da avukatı tarafından tutukluluk kararının hukukiliğinin ve doğruluğunun

198) Garcia Alva/Almanya, başvuru no:23541/94, para. 13-22.

tartışılması için erişilmesi zorunludur. Şüpheli, tutuklanmasına kaynaklık eden verilere ulaşabilmeli ve bu konularda yorum yapabilmeli, mahkemeyi etkilemeye çalışabilmelidir.

Lietzow/Almanya başvurusunda, başvuru Lietzow, Vordertaunus Lağım Tahliye Departmanı yöneticisi iken bir mühendislik firmasından, ihalelerin o firmaya verilmesinin karşılığı olarak para ve jakuzi aldığı iddiasıyla, rüşvet ve dolandırıcılık suçlamasıyla ve serbest kaldığı takdirde delilleri yok edebileceği, tanıklar üzerinde baskı kurabileceği şüphesi ile 6 Şubat 1992 tarihinde tutuklanmıştır. Başvurucuya tutukluluğunun dayandığı ifadeler genel hatlarıyla ve özet olarak bildirilmiş, ancak tanık ifadelerini inceleme talebi reddedilmiştir. Başvurucunun dosyayı incelemek üzere yaptığı müteakip talepler de reddedilmiş, başvuru 3 Nisan 1992'de ikametini değiştirmemek, dosyayla ilgili kişilerle görüşmemek gibi koşullarla tahliye edilmiş ancak dosyayı incelemesine yine izin verilmemiştir¹⁹⁹.

Schöps/Almanya başvurusuna konu olan olayda, 1992 yılında Essen'de savcılık başvurusunun da aralarında bulunduğu bir grup şüpheli hakkında soruşturma başlatmış, 11 Mart 1993 günü başvuru ve iki şüphelinin, diğer şüphelilerin ve tanıkların ifadeleri telefon dinleme tutanakları ve diğer deliller çerçevesinde suç işlemek için örgüt kurmak, uyuşturucu ticareti ve çok sayıda dolandırıcılık suçlamasıyla tutuklanmalarına karar verilmiş, şüpheli 19 Mart 1993 tarihinde tutuklanmıştır.

199) Lietzow/Almanya, başvuru no:24479/94, para. 8 vd.

Başvurucunun avukatı Mart 1993 ayı içerisinde dosyayı incelemek amacıyla savcılığa başvurmuş ancak soruşturmayı tehlikeye atabileceği gerekçesi ile bu talep reddedilmiştir.

8 Eylül 1993 tarihinde başvuru hakkındaki tutuklama kararı başka gerekçeler de eklenerek değiştirilmiş, tutukluluk hali devam etmiştir. Bu süreç boyunca başvurucunun avukatı dava dosyasına ulaşamamıştır.

Başvurucunun avukatı ancak 22 Kasım 1993 tarihinde, 24 klasörlük soruşturma dosyasının 22 klasörlük kısmına erişebilmiştir. Avukat, ancak 9 Haziran 1994 gününde 132 klasör ve 2 ek klasörden oluşan 16.000 sayfalık soruşturma dosyasına erişebilmiş, o hacimdeki dosyayı bir hafta içinde inceleyerek diğer şüphelinin avukatının incelemesi için iade etmesi istenmiştir²⁰⁰.

Her üç başvuruda da Mahkeme, ilgili uyuşmazlığın 5. madde kapsamında bulunduğunu tespit etmiş; kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılmasının önemine binaen, suç isnadı çerçevesinde 6. maddede öngörülen güvencelerin tutukluluk haline ve soruşturma aşamasındaki işlemlere de uygulanması gerektiğinden hareketle, silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiğini tespit etmiş ve ihlal edilen madde olarak 6. maddeyi değil, "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." hükmünü içeren 5/4.

200) Schöps/Almanya, başvuru no:25116/94, para. 9 vd.

maddeyi göstermiştir²⁰¹.

D) SAVCININ MAHKEMEDE ÜSTLENDİĞİ ROL

Hukuken tarafsız ve nötr oldukları öngörülmesine rağmen, dava sırasında, taraflardan birinin aleyhine görüş bildiren ve bu görüşlerin yürütülme imkanı ortadan kaldırılan yasal görevlilerin dava konusu hükme bağlanırken sahip oldukları etkin rol silahların eşitliği ilkesini ihlal etmektedir²⁰².

Bir yasal görevli olarak savcının mahkemede üstlendiği rol AİHM'de ilk olarak, yerel mahkemede çeşitli cezalara çarptırıldıktan sonra 1965 yılında Belçika Yargıtayı'na temyiz başvurusunda bulunan Emile Delcourt'un temyiz duruşmasında Başsavcı'nın konumuna ilişkin başvurusuyla gündeme gelmiştir. Başsavcı tüm temyiz istemlerinin reddi ve mahkumiyet kararının onanması yönünde görüş bildirmiş, avukatı duruşmaya katılmayan Delcourt ise kendi savunmasını yapmak zorunda kalmıştır.

Duruşmadan sonra yargıçlar karar vermek üzere başka bir salona geçmişler, Belçika'da 1815 yılından beri yürürlükte bulunan bir kraliyet kararnamesi uyarınca başsavcı da oy hakkı olmaksızın bu tartışmaya katılmıştır. Bu kararnamede belirlenmiş olan uygulama, Delcourt'un 1965 yılındaki temyiz duruşmasından iki yıl sonra, 10 Ekim 1967'de yürürlüğe giren Ceza Yargılaması Yasası'nda da muhafaza edilmiştir.

201) Garcia Alva/Almanya, başvuru no:23541/94, para. 39 vd., Schöps/Almanya, başvuru no:25116/94, para. 41 vd., 201 Lietzow/Almanya, başvuru no:24479/94, para. 44 vd.

202) Sibel İnceoğlu, 2005, s. 241.

Delcourt duruşmada kendi aleyhine tavır takınan başsavcının diğer yargıçlarla birlikte başka bir salona geçerek tartışmaya katılmasının savunma hakkına ve özellikle silahların eşitliği ilkesine aykırı olduğu iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurmuş, Komisyon'un kabul edilebilirlik kararının ardından AİHM başvuruyu karara bağlamıştır. AİHM'in kararı özet olarak şöyledir²⁰³:

Başvurucu, Temyiz Mahkemesi Başsavcılığından bir savcının duruşmada mütalaasını bildirdikten sonra heyetin kapalı müzakeresine katılmasının iç hukuka uygun olduğunu, ancak iç hukukta buna imkan veren sistemin Sözleşme'ye aykırı olduğunu iddia etmiştir. Hükümet ise bu sistemin Sözleşme'ye aykırı olmadığını savunmuştur.

Mahkeme'ye göre, kendisinden öncelikle söz konusu Kararnamenin 39. maddesinin Sözleşme'ye uygunluğunun incelenmesi istenmiştir. Komisyon ve Hükümet sadece silahlarda eşitlik ilkesi bakımından sorunu ele almışlar ise de, Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 6(1). fıkrası 'silahlarda eşitlik' ilkesinden ibaret olmayıp bu ilke adil yargılanma hakkı kavramının sadece bir unsurunu oluştur. Bu nedenle Mahkeme sorunu maddenin bütünlüğü içinde incelemiştir.

Mahkeme'ye göre başvuru, Temyiz Mahkemesi önündeki yargılama sırasında diğer taraf ile, yani birinci ve üst derece mahkemelerinin savcılarıyla eşit muamele görmeyi talep etme hakkına sahiptir. Ancak olayda bu taraflar arasında ayrımcı bir muamele yapıldığına dair herhangi bir kanıt yoktur.

Öte yandan Temyiz Mahkemesi savcılığının kovuşturma yapmadığı, bu mahkemeye dava açmadığı veya davalı karakterine sahip olmadığı için, 'davanın tarafı' olarak görülemez. Temyiz Mahkemesi savcılığı ile alt mahkemelerin savcılıkları arasında bir ayrım bulunduğu

203) Güney Dinç, a.g.e., s. 137-138.

iddia edilmiştir ama, bu ayrım yasa metninin incelenmesinden ve sistemin uygulamadaki durumuna yüzeysel bir bakıstan anlaşılamadığı için, bazı dava sahiplerinin Temyiz Mahkemesindeki savcılığı, özellikle yargıçlarla birlikte müzakereye çekilirken gördüklerinde bir muhalif olarak kavramaları anlaşılabilir bir durumdur. Bu sistemin yüzeysel olarak analizi, 'adalet sadece gerçekleştirilmemeli, gerçekleştirileceği de görülmeli' özdeyişine saygı gösterilmediği sonucuna varmaya yol açabilecek nitelikte ise de, bu durum adil muhakeme (fair hearing) hakkının ihlal edildiğini kanıtlamaz.

Mahkeme'ye göre olaya daha yakından bakıldığında şu gerekçelerle adil muhakeme hakkının ihlal edilmediği söylenebilir:

- (a) Temyiz Mahkemesi savcılığı Adalet Bakanlığından bağımsızdır;
- (b) Temyiz Mahkemesine bağlı Başsavcılığın alt derece mahkemelerindeki savcılıklar üzerinde çok sınırlı bir denetim yetkisine sahip olması;
- (c) Temyiz Mahkemesindeki savcının sanığın muhalifi olmaması.

Temyiz Mahkemesi Başsavcılığının görevi mahkemelerden verilen kararların kanuna uygunluğu konusunda görüş bildirmek olduğu halde, birinci ve üst derece mahkemelerindeki savcıların görevi toplumun güvenliğini sağlamak üzere suçların soruşturmasını ve kovuşturmasını yapmaktır. Sanığı haksız yere dezavantajlı bir duruma sokan bir yargılamada iddia makamı yer almasa bile, o yargılama adil sayılamaz.

Temyiz Mahkemesi danışmanı gibi hareket eden Başsavcılığın, sık sık sanık lehine mütalaada bulunduğu da göz önünde tutulacak olursa, uygulamadaki sistemde sanığa adaletsiz bir muamele yapılmadığı söylenebilir. Temyiz Mahkemesi Başsavcılığının kendisi tarafsız ve bağımsız bir konumda olduğu için, Temyiz Mahkemesinin tarafsızlığı ve

bağımsızlığı savcının müzakerelere katılmasından ötürü ters yönde etkilenmez.

Öte yandan bir yasa hükmünün uzun süredir uygulanmakta oluşu uluslararası hukukun gereklerine uygunluğunu haklı göstermemekle birlikte, bazı özel durumlarda uluslararası hukuka aykırılık olmadığını destekleyici bir delil olabilir. Bu nedenlerle Mahkeme, olayda adil muhakeme hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.²⁰⁴

Emile Delcourt'un haklı başvurusu, şaşırtıcı gerekçelerle reddedilmiş olmaktadır. Delcourt/Belçika kararından sonra AİHM aşamalı biçimde doğru ilkelere yönelmiş, Borgers/Belçika kararı ile de yine Belçika uygulamalarından kaynaklanan bir başvuru ile Delcourt/Belçika kararının sakıncaları uzun bir süre sonra da olsa giderilmiştir²⁰⁵.

Mahkeme'nin 02.03.1987 tarihinde Monnel ve Morris/İngiltere davasında verdiği karar, bu içtihat değişikliğinin ilk izlerini taşımaktadır:

İlk olarak, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasındaki adillik kavramına için olan silahlarda eşitlik prensibine (*bk. yukarıda geçen 17.01.1970 tarihli Delcourt kararı, parag. 28*) saygı gösterilmiştir; çünkü, sanıklar gibi iddia makamı da tek yargıç veya Üst Mahkeme heyeti önünde temsil edilmemiştir.

Ancak, ceza yargılamasında silahlarda eşitlik prensibi, "daha geniş bir kavram olan adil yargılamanın unsurlarından sadece biridir"; ayrıca, "bir yargılama, sanığı gayri adil bir şekilde dezavantajlı duruma sokan koşullarda gerçekleşecek olursa, iddia tarafının

204) Delcourt/Belçika, 17.01.1970, başvuru no: 2689/65, para. 27-38.

205) Güney Dinç, 2006, s. 139, 141.

yokluğunda bile, adil olmayacaktır" (aynı karar, parag 28 ve 34)²⁰⁶.

Delcourt kararından Borgers kararına kadar yaşanan içtihat değişikliğinin önemli bir başka adımı, Pakelli/Almanya davasıdır. Lütfü Pakelli Almanya'da yaşayan bir Türk işçidir, Türkiye'den Almanya'ya arabasıyla kaçak olarak haşhaş reçinesi sokarken yakalanmış ve yargılanmıştır. Yerel mahkemede kendisine bir avukat atanmış, aldığı ceza kadar hapiste yatmış, hapisten çıktığında Türkiye'ye dönmüş ancak kararı temyiz etmiştir. Temyiz aşamasında Pakelli kendisine bir avukat tayin edilmesini istemiş, ancak bu isteği mahkemece reddedilmiştir, zira Alman Ceza Usul Kanunu'nun 140(1) madde ve fıkrasında sanıklara avukat tayin edilecek koşullar sayılmıştır, ancak bu koşulların hiç biri Pakelli'ye uymamaktadır. Pakelli'ye, dilerse ücretini kendisinin ödediği bir avukatın yardımından yararlanabileceği bildirilmiş, Pakelli bu yolu seçmemiştir.

Federal Mahkeme temyiz başvurularını incelerken nadiren duruşma yapmayı tercih etmektedir. Özellikle temyiz gerekçeleri kabul edilebilir görüldüğünde duruşma yapılmasına karar verilebilmektedir. Bu anlamıyla esasen duruşma yapılması sanık için olumlu bir durum olsa da Pakelli açısından bir dezavantaj oluşturmuştur. Nitekim Mahkeme'ye göre:

Son olarak ve her şeyden önemlisi, bu davada temyiz yargılamasının duruşma aşaması her iki tarafın da katılımıyla yapılmış değildir. Yazılı aşamada bile, o tarihte hala avukat Rauschenbusch tarafından temsil edilmekte olan Pakelli tarafından yapılan temyize, sadece Heilbronn savcılığı tarafından cevap verilmiş olup, savcılık temyiz sebeplerinin esası

206) Monnel ve Morris/İngiltere, 02.03.1987, başvuru no: 9562/81, para. 62.

hakkında bir görüş ileri sürmemiştir (...). Federal savcılık konusunda ise, temyiz yargılamasındaki rolü ne olursa olsun, Alman hukuku savcılığın görüşlerine karşı temyiz eden başvurucuya itirazda bulunma imkanı vermiştir (...). Buna göre eğer Federal Mahkeme duruşma yapmaya karar vermemiş olsa, Federal savcılık görüşlerini yazılı olarak sunacak ve başvurucuya iletecekti; başvurucu da, haklı olarak işaret ettiği gibi, bu suretle bu görüşü inceleme ve gerekli gördüğü takdirde yanıtlama imkanına kavuşacaktı.

O halde Pakelli'ye, savcılığın iddialarına duruşmada da karşı çıkma imkanı tanınmış olmalıydı. Federal Mahkeme başvurucuya bir müdafî tayin etmeyi reddetmekle kendisini duruşma aşamasında, eğer yargılama tümüyle yazılı olarak yapılmış olsaydı sahip olacağı davanın sonucunu etkileme imkanından yoksun bırakmıştır.

Bu koşullarda, Komisyon gibi Mahkeme de, adaletin yararının başvurucuya Federal Mahkeme önündeki duruşma için hukuki yardım verilmesini gerektirdiğini kabul etmektedir²⁰⁷.

Pakelli/Almanya davasının satır aralarında, Yargıtay'da duruşmasız yürütülen yargılamalarda Başsavcılık tebliğnamesinin sanığa gönderilip yanıtlama olanağının tanınması gerektiği ve duruşmalı incelemelerde sanık ve avukatının son karar öncesinde tebliğnameyi tartışıp yanıtlama hakkına sahip oldukları tespiti de yer almaktadır²⁰⁸.

1991 tarihli Borgers/Belçika davasında Mahkeme, bu konudaki içtihadını, adaletin hakkaniyete uygun bir biçimde yerine getirilmesine ilişkin toplumsal hassasiyetin

207) Pakelli/Almanya, 25.04.1983, başvuru no: 8398/78, para. 39-40.

208) Güney Dinç, 2006, s. 141.

yükselişi, adaletin görünüşünün önemi gibi vurgularla tam olarak değiştirmiştir²⁰⁹.

Mahkemenin gerekçeleri şöyledir:

Yargıtayın ve bu mahkemede yer alan procureur general [Temyiz Mahkemesi Başsavcılığı – bn.] bölümünün bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusundaki, Mahkemenin daha önce verdiği Delcourt kararındaki görüşleri tamamen geçerlidir... Bununla beraber, adil yargılanma gibi geniş bir kavramın özellikleri olan silahların eşitliği ve savunma haklarına saygının Yargıtay önündeki yargılamada saygı görüp görmediğini dikkate almak gerekmektedir. Adil yargılanma kavramı, özellikle adaletin hakkaniyete uygun dağıtımına yönelik toplumsal hassasiyet ve görünümüne verilen önem açısından Mahkemenin içtihatlarında önemli ölçüde gelişme göstermektedir. Yargıtaydaki procureur general'in görevini yerine getirirken ortaya koyduğu nesnelliği kimse sorgulamamaktadır. Bununla beraber, procureur general bölümünün görüşü *Yargıtay yargılamasının tarafları açısından nötr olarak görülemez*.

Procureur general bölümünün görevlisi, bir *sanığın temyiz başvurusunun kabul edilmesi veya reddedilmesini tavsiye ederek onun lehine veya aleyhine görüş bildirmektedir*. Bu davada da Borgers'in başvurusunun reddedilmesi yönünde mütalaa vermiştir... Başvurucu bundan haberdar değildir ve cevap verememiştir... Ayrıca, *tavsiye yetkisine sahip olarak mahkemenin müzakerelerine katılması bu eşitsizliği daha da artırmıştır*... Bu nedenlerle Mahkeme savunma hakları ve silahların eşitliği ilkesinin gerekleri ile bunlara uyulup uyulmadığına ilişkin görünümü dikkate alarak md 6/1'in ihlal edildiği sonucuna varmıştır²¹⁰.

Mahkeme'nin bu içtihat değişikliğinin ardından, yukarıda değindiğimiz İstisari Ziyaret Raporları'nda da silahların eşitliği ile ilgili olarak gerek savcı ile hakimlerin aynı kapıdan duruşma salonuna girmeleri, gerek karar öncesi tartışmalarda savcıların

209) Sibel İncoğlu, 2005, s. 242.

210) Borgers/Belçika, 30.10.1991, başvuru no: 12005/86, para. 24-29, aktaran, Sibel İncoğlu, 2005, s. 242-243.

da bulunması gibi sakıncaların giderilmesi amacıyla ülkemizde Adalet Bakanlığı tarafından başsavcılıklara bir genelge gönderilmiş, bu genelgede şu ifadeler yer almıştır:

Hakimler kararları üzerinde müzakere yapmak amacıyla karar odasına geçtiklerinde savcıların duruşma salonunda kalmaları gerektiğini tavsiye ediyoruz. Hakimler müzakerelerini yürütmek için duruşma salonunda kaldıkları durumlarda, savcı müzakereler sırasında hakimlerle herhangi bir tartışmaya girmemelidir²¹¹.

Avrupa Komisyonu 2006 İlerleme Raporu²¹²,’nda, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun, 10 Ekim 2006 tarihinde kabul ettiği 424 sayılı kararla, Avrupa Savcılar Konferansında kabul edilen Budapeşte İlkelerini tanımış ve yargının tüm birimlerine dağıtmış olduğuna değinmiştir. Bu ilkeler uyarınca savcılar;

- Görevlerini adil, tarafsız, tutarlı ve süratli olarak icra etmeli,
- toplumun genel çıkarı ile birey hakları ve çıkarları arasındaki adil dengeyi bulmaya çalışmalı,
- görevlerini adil bir biçimde, korkusuzca, iltimas ve önyargı olmaksızın gerçekleştirmeli,
- AİHS’in 6. maddesinde ve AİHM İçtihatlarında açıkça kabul edilen adil yargılanma hakkı ilkesini desteklemeli,
- Hukuk ve adil yargılanma ilkesine uygun olarak özellikle sanığa ve

211) <http://www.vatanim.com.tr/root.vatan?exec=haberdetay&tarih=31.07.2006&Newsid=83192&Categoryid=1> (Son Ziyaret Tarihi, 11.06.2007)

212) Avrupa Komisyonu, TÜRKİYE 2006 İLERLEME RAPORU (COM(2006) 649 Nihai), Avrupa Birliği Genel Sekreterliği Gayriresmi Çevirisi, s. 57.

vekiline gerekli bilgiyi vererek silahların eşitliği ilkesini korumalı,

- Adil bir karar için mahkemeye yardım etmeli,
- Tarafsız ve uygun kanıtların meslekî değerlendirmesi temelinde kararlar almak zorundadırlar²¹³.

Çalışmamızın sınırları dahilinde, bir başka deyişle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında olmasa da, savcının rolüne ilişkin, Zimbabwe Yüksek Mahkemesi tarafından verilen bir karar son derece aydınlatıcıdır. Zimbabwe Yüksek Mahkemesi, adil yargılanma hakkının geniş ve yaratıcı bir yorumunun sadece mahkemenin tarafsızlığını değil ancak aynı zamanda yargı sürecinin esaslı bir kısmını oluşturan ve tavrıyla mahkemenin tarafsızlığına da etki eden savcılık makamının da tam anlamıyla tarafsız olmasını kapsadığını kabul etmiştir. Bir savcı kendini adaletin gerçekleşmesine adanmıştır ve bu amaca tarafsız olarak ulaşmaya çalışmalıdır. Şüpheliye/Sanığa karşı soruşturma/dava yürütürken geleneksel dürüstlük kurallarına ve hakkaniyet ilkesine tam olarak uymalıdır. Devleti, daha geniş ölçekte toplumu ve en genel anlamıyla adaletin çıkarlarını temsil ettiğine göre, savcının görevi savunma görevini yürütene göre daha fazla ve daha zahmetlidir. “Doğrunun vekili” olarak mahkemede gerçeğin ortaya çıkarıldığını görme görevi vardır. Mahkemeye konuyla ilgili her türlü delili sunmalı ve bu delillerin gerçek olduğuna emin olmalıdır. Gerçeklere tarafsız gözle yaklaşmalıdır. Eğer şüphelinin/sanığın lehine olan bir durumdan haberdar ise, bunu mutlaka ortaya çıkarmalıdır. Eğer güvenilir bir tanığın ifadelerinin şüphelinin/sanığın suçsuzluğunu ispatlayacağını biliyorsa, şüpheli/sanığın vekili yoksa bu tanığı bizzat çağırmalı, vekili varsa vekili tanık

213) 31 Mayıs 2005'te Avrupa Savcıları Konferansı'nda kabul edilen, "Savcılar İçin Etik Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları, 'Budapeşte İlkeleri'",

konusunda bilgilendirmelidir. Eğer kendi tanığı kendi ispat çabasından uzaklaşmış ise, aksi yönde özel ve inandırıcı bir sebep yok ise, mutlaka mahkemenin dikkatini ilgili çelişkiye çekmeli ya da ifadedeki çelişkili durumu savunma makamına bildirmelidir²¹⁴.

E) YASAMA MÜDAHALESİ

Yasaların geriye yürümezliği ve kuvvetler ayrılığı ilkeleri, özellikle devletin taraf olduğu yargılamalarda yasama müdahalesi yoluyla yargı kararlarına etki edilmesinin engellemesi açısından önemlidir.

Bu konuda AIHM'in önüne gelen en tipik başvuru, Stran Greek Refineries ve Stratis Andreadis/Yunanistan²¹⁵ başvurusudur.

Stratis Andreadis'in sahibi olduğu Stran şirketi, 22 Temmuz 1972'de Yunanistan'da cunta dönemi yaşanırken idareyle Atina yakınlarındaki Magara bölgesinde ham petrol rafinerisi kurma sözleşmesi imzalamıştır. Başvurucu bununla ilgili işlemleri sürdürürken sözleşme iptal edilmiştir. Başvurucu tahkime gitmiş ve masraflarının büyük bir kısmının ödenmesi yönünde karar çıkmıştır. İdare mahkemeye başvurarak bu konuda hakemin yetkisiz olduğunu öne sürmüştü de hem ilk derece hem de istinaf mahkemesinde başvuru haklı görülmüş, uyuşmazlığın tahkime tabi olduğuna karar verilmiştir. Dava Yargıtay aşamasında iken bir kanun çıkarılarak demokrasiye geçilmeden önceki dönemde yapılmış olan gaz ve petrole ilişkin sözleşmelerdeki

214) Nihal Jayawickrama, The Judicial Application of Human Rights Law – National, Regional and International Jurisprudence, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, s. 502.

215) Stran Greek Refineries ve Stratis Andreadis/Yunanistan, 09.12.1994, başvuru no: 13427/87.

tahkim şartının, sözleşmenin iptali ile birlikte geçersiz kalacağı yönünde düzenleme yapılmıştır. Yargıtay bu kanunu göz önünde bulundurarak idarenin lehine karar vermiştir²¹⁶.

Stran Greek Refineries ve sahibi olan Stratis Andreadis AİHM'e başvurarak yasama müdahalesi ile mahkemelerin yargı yetkisinin kaldırıldığını, bu yüzden mahkemeye başvuru haklarının ve silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Hükümet ise yeni bir kanun yaparak yargıya müdahale ettiği görüşünde değildir, “bu yeni yasanın sadece sona ermiş sözleşmeler açısından tahkim şartının geçerliliği konusundaki yasal belirsizliği çözmek için getirilmiş bir yorum” olduğunu savunmaktadır²¹⁷.

Mahkeme'ye göre olayda silahların eşitliği ilkesi ihlal edilmiştir, gerekçesi şöyledir:

Silahların eşitliği ilkesi, özel menfaatlerin söz konusu olduğu bir davada her iki tarafa da diğer taraf karşısında kendisini esaslı biçimde dezavantajlı duruma sokmayacak şartlar altında kendi iddiasını savunabilme imkanı verilmesini ima etmektedir. Adillik şartı taraflar arasındaki yargılamayla sınırlı olmayıp davanın bütününe uygulanması gereken bir şarttır. Sözleşme'nin 6. maddesindeki hukukun üstünlüğü prensibi ve adil yargılanma kavramı, olaydaki gibi bir uyuşmazlığın yargı organı tarafından sonuca bağlanmasını etkilemek amacıyla yasama organı tarafından adalet dağıtımına her hangi bir şekilde müdahale edilmesini önlemektedir. Mevcut olayda Devlet, iç hukukta görülmekte olan bir davanın sonuçlarının kendi lehine çevrilmesinde belirleyici olacak tarzda müdahale

216) Sibel İncoğlu, 2005, s. 246.

217) Sibel İncoğlu, a.g.e., s. 246.

etmiştir²¹⁸.

National and Provincial Building Society ve diğerleri/İngiltere davasında mahkeme bu görüşünü bir ölçüde sınırlamıştır. Başvurucu kooperatifler vergi mevzuatında ortaya çıkan bir çakışma sonucu çifte vergilendirilmiş, başvuruçular arasında bulunmayan Woolwich kooperatifinin açtığı davada idarenin çifte vergilendirmeye neden olan düzenlemeleri hukuka aykırı bulununca idare yeni bir yasa çıkararak idari düzenlemeleri güçlendirmiştir. Woolwich yasadaki önceki dönemde ödediği vergiyi iade almak için dava açmış, bu dava olumlu sonuçlanmış ve Woolwich ödediği fazla vergiyi geri almıştır. Diğer kooperatifler de aynı yolu izlemeye karar verince Parlamento yeni bir yasa ile geçmişe dönük olarak söz konusu vergilerin iadesini ortadan kaldıran bir düzenleme yapmıştır.

AİHM, bu davada karşılaştığı durumun Stran Greek Refineries ve Stratis Andreadis/Yunanistan davasından farklı olduğu kanısındadır. AİHS 6/1'in milli makamların tarafı oldukları ve devam etmekte olan yargılamalara her tür müdahalesini yasaklıyormuşçasına yorumlanamayacağı görüşünü dile getiren Mahkeme, National and Provincial Building Society ve diğerleri/İngiltere davasının, başvuruçular ve devletin 9 yıldır devam eden bir yargılamanın tarafları olduğu ve başvuruçuların elinde icra edilebilir bir yargı kararının bulunduğu Stran Greek Refineries ve Stratis Andreadis/Yunanistan davasından daha zayıf bir müdahale içerdiği kanısındadır ve başvuruçular kooperatifler inter partes bir yargılama aşamasına dahi henüz ulaşmamışlardır. AİHM yasama müdahalesinin meşruiyetine bir başka gerekçe olarak, zorlayıcı kamu yararı saiklerini göstermiştir. Ayrıca Mahkeme,

218) Stran Greek Refineries ve Stratis Andreadis/Yunanistan, 9.12.1994, başvuru no:13427/87.

Parlamento'nun bu hamlesinin öngörülebilir olduğu kanısındadır²¹⁹.

Sibel İnceoğlu'na göre bu iki karar karşılaştırıldığında yasamanın yargılama sürecine müdahale etmeme kuralının mutlak olmadığı görülmektedir ve

- Yargılama henüz inter partes bir yargılama aşamasına ulaşmamışsa;
- Yasamanın zorlayıcı bir kamu yararı saiki var ise;
- Söz konusu müdahale öngörülebilir ise;

yargılama sürecine yasal müdahale, silahların eşitliği ilkesine aykırı olmayabilecektir²²⁰.

219) Sibel İnceoğlu, 2005, s. 248.

220) Sibel İnceoğlu, a.g.e., s. 248.

SONUÇ

Adil Yargılanma Hakkı, AİHS’te düzenlenen diğer tüm insan hakları arasında ayrıcalıklı ve önemli bir konumdadır. Zira diğer hakların korunması için yapılacak olan girişimler arasında yargıya başvuru önemli bir yoldur ve kişiler haklarını korumak için yargıya başvurdıkları ya da sanık olarak yargı karşısına çıktıkları zaman etkili bir koruma altında olmalıdır. Adil yargılanma hakkı demokratik bir toplumda vazgeçilmezdir ve hukukun üstünlüğünün bir görünümüdür.

Diğer haklar arasındaki merkezi konumu, kendisini AİHS’in 13. maddesiyle de belli eder. Bu madde uyarınca, “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.” Maddede, ihlal edilen haklarla ilgili olarak –koşullar uygun ise- yargı yerlerine başvurma hakkı da tanınmaktadır. Yargı yerlerine başvurulduktan sonra adil bir yargılamadan yararlanamayan kişi, temelde, yargı yerine başvurma hakkını da etkili olarak kullanamamış olacaktır.

Mahkeme de, Sunday Times/İngiltere davasında adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6. maddenin AİHS içerisindeki merkezi konumuna atıfta bulunmuştur²²¹.

Her yargılama ayrı bir süreçtir ve ayrı özelliklere, ayrı unsurlara sahiptir. Bu nedenle

221) Sunday Times/İngiltere, 26.04.1979, başvuru no: 6538/74, para. 55.

Adil Yargılanma Hakkı için bütün yargılamaları kapsayacak bir formül ortaya koymak, ardından tüm yargılamaları bu formül çerçevesinde değerlendirmek mümkün değildir. Mahkeme önüne gelen farklı olayları incelerken, özellikle “hakkaniyete uygun dinlenme” ilkesi çerçevesinde içtihatlar geliştirmiş ve bu içtihatlar yoluyla madde metninde doğrudan yazılı bulunmayan farklı ilkeler gündeme gelmiştir. Çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği bu ilkelere dendir. Yargılamaların adil olması ya da hakkaniyete uygun olması tek başına adaleti sağlamayacak olmakla birlikte, hukuki adalete ulaşma amacı doğrultusunda önemli bir görev üstlenmektedir. Fuller, yöntemsel olarak adil olan bir hukuk sisteminin özünde adil olmayacağına inanmadığını söylemektedir. Yöntemsel adalet ile özde adalet arasında mutlak bir bağıllık ve birbirini belirleyicilik olmasa da bir korelasyon kesinlikle vardır.

Mahkeme taraflar arasındaki denge açısından silahların eşitliği ilkesini gündeme getirmekle kalmamış, bu ilkenin gündeme geldiği ilk yargılamalardan itibaren doktrinde de kabul edilen temel bir tanım oluşturmuştur. Ceza hukukunun çok eski uygulamalarından, düellonun bir çözüm usulü olarak uygulandığı dönemlerden günümüze uzanan ve artık tarafların fiziki değil usulî eşitliğini, denliğini gerektiren silahların eşitliği ilkesini açıklamak için kullanılan ve ilk olarak Dombo Beheer/Hollanda davasında karşımıza çıkan "(muhalefet halindeki özel menfaatleri içeren uyuşmazlıklarda), 'silahların eşitliği', bir tarafı davanın diğer tarafı karşısında nitelikli bir dezavantaj içine sokmayacak şartlar altında, her bir tarafın delilleri de dahil olmak üzere, davasını ortaya koymak için makul bir olanağa sahip olması zorunluluğu demektir" tanımından anlaşılacağı gibi, temel önemde olan husus

tarafların davalarını ortaya koymak için makul bir olanağa sahip olmalarıdır. Bahsedilen makul olanak taraflara tanınmamış olduğunda, taraflar arasında herhangi bir tarafın nitelikli bir dezavantaj içine gireceği bir koşul söz konusu olduğunda artık yargılamanın adaletinden ya da hakkaniyetinden bahsetmek mümkün olamayacaktır.

Bu anlamıyla Silahların Eşitliği ilkesini, usul hukukunun temel bazı kurumlarını kapsayan bir temel hak olan Adil Yargılanma Hakkı'nın önemli "unsur"larından biri olarak nitelendirmek mümkündür.

Adil yargılanma hakkı pek çok unsur barındırırken, “hakkaniyete uygun dinlenme” çerçevesinde Mahkeme'nin içtihatlarıyla oluşturulmuş olan silahların eşitliği ilkesi yargılanan taraflar arasında “adil bir denge” oluşturarak tarafların yargıdan eşit ve hakkaniyetli biçimde yararlanmalarının önünü açar. Bu noktada “taraflar” kavramından sadece medeni hak ve yükümlülük uyuşmazlıkları algılanmamalıdır, kişilerin –özellikle- silahların eşitliği ilkesine en çok gereksinim duydukları alan ceza yargılamasıdır. Kendisine suç isnad eden devletin karşısında, yine devletin mahkemesinde yargılanan kişi eğer savunmasını yaparken savcıya nazaran nitelikli bir dezavantaj içerisinde bulunursa, kendisini etkili biçimde savunmak için gerekli mekanizmalardan yararlanamazsa, devlet suç isnad ettikten sonra sanık/zanlının kendisini savunmasına mahal vermeksizin yargılama faaliyetini sürdürürse hem kişiler ciddi haksızlıklara uğramış olacaklar, hem bir bütün olarak yargının kişiler gözündeki itibarı, meşruiyeti ve uyandırması gereken güven zarar görecektir.

Tarafların yargılamada etkinlikleri ve eşitlikleri arttıkça gerçeğin ortaya çıkarılması

kolaylaşacak, adalet ve hakkaniyet daha fazla tecelli edecektir.

Yargılanan kişinin hakları zorunlu nedenlerle ve ortaya çıkması muhtemel zararların önlenmesi amacı ile kısıtlandığında, ortaya çıkması muhtemel zarar ile kısıtlama arasında bir denge olmalıdır. Haklar kısıtlandığında, diğer usul önlemleriyle bu kısıtlamanın hükmü mümkün olduğunca az etkilemesi için tedbir alınmalıdır. Ayrıca bir kısıtlama söz konusu olduğunda, bu kısıtlamanın nedenleri ve zorunluluğu gerekçeli kararda açıklanmalıdır.

Çalışmada atıf yapılan Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Usul Ve Delil Kuralları'nın 68. maddesinde yer alan, savunmanın tüm delil materyaline ulaşabilmesi için, savcılığın, elinde bulunan ilgili tüm materyali elektronik biçimde, savunmanın elektronik olarak arama yapmasını sağlayacak uygun bir bilgisayar programı eşliğinde erişilebilir kılma zorunluluğu gerek iç hukukumuzda gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ya da Mahkeme içtihatlarında yer almamaktadır, ancak bize Adil Yargılanma Hakkı'nın etkin biçimde kullanılabilmesi için kimi zaman devletin pozitif ödevler yükümlenmesi gerektiğine ilişkin güzel bir örnektir. Esasen buna benzer pozitif ödevlerin yüklendiği, örneğin sanığa, ücreti devlet eliyle ödenen bir müdafî atama gibi bazı farklı kurumlara da rastlamaktayız, bunlar da, devletin Adil Yargılanma Hakkı'nın etkin biçimde kullanılmasını teminat altına almak için üstlendiği/üstlenmesi gereken rolün önemini ve bu hakkın "ihlal edilmemiş" olmasının, salt bu hakkın kullanımına "müdahale edilmemiş" olması anlamına gelmeyeceğini anlatmaktadır.

Ulusal hukukumuzda silahların eşitliği ilkesi doğrultusunda bazı düzenlemeler yapılmıştır. Göç/Türkiye kararından sonra Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı Tebliğnamesinin taraflara tebliğ edilmesine ilişkin Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu değişikliği ve bu değişikliğin bir ölçüde yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda korunması, aynı kanunda çapraz sorguya yakın bir düzenleme yapılmış olması gibi değişiklikler bu bağlamda son derece önemlidir. Askeri Yargıtay da kanununda düzenlenmemiş olmasına rağmen Başsavcılık Tebliğnamesi konusunda Yargıtay'a paralel bir uygulama başlatmıştır. Ancak örneğin son dönemde çıkan Aksoy(Eroğlu)/Türkiye, Güner Çorum/Türkiye, Kahraman/Türkiye kararlarında olduğu gibi askeri ve sivil idari yargıda başsavcılık tebliğnamesinin davacı yana gönderilmemesi, idarece gizliliği tespit edilmiş olan belgelerin tarafların incelemesine sunulmaması gibi düzenlemeler varlıklarını devam ettirmektedir. Ayrıca “Mahkemelerin ağır iş yükü duruşmalar için yeterli zaman bırakmamakta; böylelikle çapraz sorgu ilkesinin işletilmesi zarar görmeye devam etmektedir. Buna ilaveten, hakimler ve avukatlar yeni uygulama konusunda eğitime ihtiyaç duymaktadırlar²²².” Avrupa Komisyonu'nun 2006 ilerleme raporunda da buna paralel, “(çapraz sorgu konusunda) avukatlara ve hakimlere özel eğitim verilmesi ve duruşmalar için yeterli zaman ayrılması gerekmektedir. Mahkemelerin kapasitesi iş yükünü kaldırma bakımından zorlanmaktadır²²³.” görüşü benimsenmiştir.

1982 Anayasası'nın 90. maddesi düzenlemesi gereği usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslar arası andlaşmalar kanun hükmündedir. Buna rağmen yukarıda

222) Avrupa Komisyonu, TÜRKİYE 2007 İLERLEME RAPORU (COM(2006) 663), Avrupa Birliği Genel Sekreterliği Gayriresmi Çevirisi, s. 63.

223) Avrupa Komisyonu, TÜRKİYE 2006 İLERLEME RAPORU (COM(2006) 649 Nihai), Avrupa Birliği Genel Sekreterliği Gayriresmi Çevirisi, s. 60.

değinilmiş olduğu gibi Türkiye'nin taraf olduğu sözleşmelere aykırı düzenlemeler halen pek çok hak ihlaline yol açmaktadır. Yargılama faaliyetine ilişkin kuralların titizlikle elden geçirilmesi ve uluslar arası sözleşmelere uygun hale getirilmesi gerekmektedir. Ancak bununla birlikte artık yargı organları herhangi bir alanda iç hukukta sözleşmeye aykırı bir düzenlemenin bulunması ya da düzenleme bulunmaması hallerinde, AİHS'i ve sözleşmenin en yetkili yorum organı olan AİHM içtihatlarını rehber edinerek faaliyetlerini adil yargılanma hakkına uygun yürütmeleri gerekir. Yargılama faaliyetine katılan avukatlar, sanıklar, şüpheliler ve en önemlisi savcılar da mahkemelerden bu yönde talepte bulunmalıdırlar. Avrupa Komisyonu 2006 İlerleme Raporu'nda da "Savcılık makamı ile savunma makamı arasında silahların eşitliği ilkesine uyulmasını sağlayacak önlemler alınmasına ihtiyaç bulunmaktadır²²⁴." tespiti yapılmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan davalar çok büyük sayılara ulaşmıştır. Ne yazık ki, birçoğu aleyhte sonuçlanmaktadır. Bir davanın hazırlık, soruşturma ve karar aşamasında, iç hukuk kadar evrensel ilkelerin, özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının mutlaka dikkate alınması gerekmektedir. Esasen, bu husus Anayasamızın 90.maddesinin son fıkrası hükmünün gereğidir. Karar gerekçelerinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının göz önünde tutulup tartışılması, hükme derinlik, evrensellik ve güven kazandıracaktır.

Kabul edilen uluslararası sözleşmeler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile iç hukuk kuralları arasında çatışma ve çelişki çıktığında, iç hukuk kurallarının uygulanması şeklindeki kimi hukukçuların görüşlerine iştirak etmeyi olanaksız görüyorum. Hemen belirtmek gerekir

224) 2006 İLERLEME RAPORU, s. 60.

ki, uluslararası sözleşme kabul edilmekle, kendisiyle çelişen iç hukuk hükmü açıktan olmasa da örtülü olarak yürürlükten kaldırılmış sayılmalıdır. Uluslararası sözleşme yürürlükte iken, sonradan onun hükümlerine aykırı bir yasanın kabul edilmesi de tek taraflı olarak uluslararası sözleşme hükümlerini ortadan kaldırmak gibi bir durum yaratır. Böylece, bir devlet uluslararası sözleşmenin bağlayıcı hükümlerinden kurtulmuş olur. Oysa evrensel hukuk kurallarına göre bir uluslararası sözleşme başka bir uluslararası sözleşme ile ancak ortadan kaldırılabilir. Esasen anayasaya aykırılığı ileri sürülemez, tek yanlı olarak yürürlükten kaldırılamama gibi özellikleri bulunan uluslararası sözleşmelerin ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinin ulusal yasalarımıza göre konumunu tartışmanın pratikte hiçbir yararı ve gereği de yoktur. Bazı görüş ve bahanelerle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinin göz ardı edilmesi sözleşme hükümlerine ve evrensel hukuk kurallarına ters düşer²²⁵.

Ülkedeki medeni yargılamaların ve ceza yargılamalarının önemli bir kısmının temyizden incelemesini yapan Yargıtay'ın başkanının bu ifadeleri son derece ilerici görüşler içermektedir. Yargıçlar yargılama usulleri konusunda tutucu davranmamalı, AİHM içtihatları doğrultusunda adil yargılanma ilkelerini benimseyerek uygulamaya koymalıdır. Mahkemelerin genel olarak Adil Yargılanma Hakkı'na ve özelde Silahların Eşitliği İlkesi'ne uymaları konusunda en büyük görev avukatlara düşmektedir.

Bir örnek olarak, çalışmanın “Tanık Dinletme, Sorgulama Yönünden Eşitlik” bölümünde değinilen Tanık Koruma Kanunu konusunda, genellikle savunma tarafında bulunan avukatların kanun ile ilgili çekinceleri de dikkat çekmektedir. Karacan ve Uğurlu, "kanunun uygulanması ile inandırıcı ve sağlam bir adalet

225) Eraslan Özkaya, 2003-2004 Adli Yıl Açılış Konuşması,
http://www.yargitay.gov.tr/tarihce_aak/0304.html (Son Ziyaret Tarihi: 12.01.2008)

sağlanmayacağı, tarafların yargılaması, yüzyüzelik, silahların eşitliği gibi adil yargılanma ilkesinin temel taşlarının olmadığı, savunma hakkının gerçekleşmediği, savunmanın yargının kurucu unsuru olmaktan çıkarıldığı, kolluğun güdümünde bir yargı sistemi yaratılacağı" görüşündedirler²²⁶.

Gerçekten, kanunun uygulaması henüz gözlemlenememiş olmakla birlikte, AİHM içtihatlarından uzaklaşan bir uygulamayla karşılaşılması ihtimal dahilindedir ve bu durumda Anayasa'nın 90/son fıkrası uyarınca savunmanın "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." düzenlemesini öne çıkararak AİHM uygulamaları ve içtihatları çerçevesinde, Tanık Koruma Kanunu'nun sınırlarını AİHS rehberliğinde belirlemeleri ve bu belirlemenin esas olmasını sağlamaları mümkün olacaktır.

Avukatlık Kanunu'nun "Avukatlığın Amacı" başlıklı 2. maddesine göre "Avukatlığın amacı; hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır. Avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder." Avukatlar, kendilerine kanunla yüklenen bu görevi titizlikle yerine getirdikleri müddetçe yargılama süreçlerinin daha adil, daha hakkaniyetli yürüyeceğine şüphe yoktur.

226) Gülsüm Karacan, H. Gülümser Uğurlu, "Savuma Hakkı Bir Kez Daha Çiğnendi", http://www.toplumsal hukuk.org/yazi_oku.asp?sayfa_no=150&b=savunma_hakki_bir_kez_daha_ci_gnendi_av_gulsum_karacan_av_h_gulumser_ugurlu (Son Ziyaret Tarihi: 01.03.2008)

KAYNAKÇA

Makaleler:

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

Ambos, Kai, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılama Hakları -Silahların Eşitliği, Çelişmeli Önsoruşturma ve AİHS m. 6-”, (Çev. Doç. Dr. Yener Ünver), içinde, *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004.

Bıçak, Vahit, “Uluslararası İnsan Hakları Normlarını Yorum Organı Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Kararlarının Türk Hukukunun Gelişimine Katkısı” <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anayargi/bicak.pdf> (Son Ziyaret Tarihi 06.06.2007)

Cumhur Şahin, “Sanığın Savunmasını Hazırlamak İçin Gerekli Zamana ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı”, içinde, IGUL Yayınları No: 4 Adil Yargılanma Hakkı, Nergiz Yayınları, İstanbul, 2004,

Doğan Soyaslan, "Adil Yargılanma Hakkı ve Türk Ceza Yargılaması", IGUL Yayınları No: 4 Adil Yargılanma Hakkı, Nergiz Yayınları, İstanbul, 2004,

Eraslan Özkaya, 2003-2004 Adli Yıl Açılış Konuşması, http://www.yargitay.gov.tr/tarihce_aak/0304.html (Son Ziyaret Tarihi: 12.01.2008)

Ferhat Kapıcı, “Adil Yargılanma Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi)”, içinde, IGUL Yayınları No: 4 Adil Yargılanma Hakkı, Nergiz Yayınları, İstanbul, 2004,

Friedrich-Christian Schroeder, “Ceza Mahkemesinde ‘Fair Trial’ İlkesi”, içinde, IGUL Yayınları No: 4 Adil Yargılanma Hakkı, Nergiz Yayınları, İstanbul, 2004,
Gölcüklü, A. Feyyaz “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde 'Adil Yargılanma'*”, *AÜSBF Dergisi* (İlhan Öztrak'a Armağan), Ocak-Haziran 1994, C. 49, n. 1-2, s. 199-223.

Gözler, Kemal, “Askeri Yargı Organlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Uygunluğu Sorunu”, *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt 21-22, 1999-2000, s.77-93.

Grabewarter, Cristoph, “Yargılama Güvenceleri – Adil Yargılama Hakkı (İHAS Md. 6)”, (Çev. Yrd. Doç. Dr. Osman Can), içinde, *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004.

Gülsüm Karacan, H. Gülümser Uğurlu, “Savuma Hakkı Bir Kez Daha Çiğnendi”, http://www.toplumsal hukuk.org/yazi_oku.asp?sayfa_no=150&b=savunma_hakki_bir_kez_daha_cignendi_av_gulsum_karacan_av_h_gulumser_ugurlu (Son Ziyaret Tarihi: 01.03.2008)

Jay Sterling Silver, "Equality of Arms and the Adversarial Process: A New Constitutional Right", Wisconsin Law Review, 1990, s. 1007-1042.

Ladewig, Hans-Meyer, "Adil Yargılanma Hakkı – I", (Çev. Yrd. Doç. Dr. Özlem Yenerer/Çakmut, içinde, *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004.

Loukis G. Loucaides, "Questions Of Fair Trial Under The European Convention On Human Rights", içinde, Human Rights Law Review - Volume 3, Number I - 2003,

Pache, Eckhard, "Adil Bir Yargılanmaya İlişkin Avrupa Temel Hakkı", (Çev. Doç. Dr. Yener Ünver), içinde, *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004.

Stefania Negri, "The Principle of ' Equality of Arms' and the Evolving Law of International Criminal Procedure", içinde, International Criminal Law Review 5, 2005,

Susan Nash, "Non-Disclosure of Prosecution Evidence and Equality of Arms: Edwards and Lewis v. United Kingdom", The International Journal of Evidence & Proof, 2004 (8), s. 130-134.

Yusuf Alataş, Yargılama ile İlgili Görüşleri ve Yargılananların Serbest Kalması Talebini İçeren Dilekçe,

Kitaplar:

Akıllıoğlu, Tekin, *İnsan Hakları -I- Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, A.Ü.S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 1995.

Akıllıoğlu, Tekin, *İnsan Haklarının Korunması Alanında Uluslararası Temel Belgeler*, Bilgi Yayınevi ve SBF İnsan Hakları Merkezi Ortak Yayını, Ankara, 1995.

Anar, Erol, *İnsan Hakları Tarihi*, Çivi yazıları, İstanbul, 2000.

Aşçıoğlu, Çetin, *Doğru ve Güvenli Yargılanma Hakkımız Var! - Yargıçlar, Savcılar, Avukatlar Bu Söz Size*, Adalet Matbaacılık, Ankara, 1995.

Council of Europe, *International Protection of Human Rights*, Strasbourg, 1989.

Çavuşoğlu, Naz, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine*, A.Ü.S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 1994.

Dinç, Güney, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre Adil Yargılanma Hakkı*, İzmir Barosu Yayınları, İzmir, 2006.

Doğru, Osman, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İctihatları* Cilt: 1, Legal Yayınları, İstanbul, 2004.

Doğru, Osman, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İctihatları* Cilt: 2, Legal Yayınları, İstanbul, 2004.

Donay, Süheyl, *İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

Gemalmaz, Mehmet Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Beta, İstanbul, 2003.

Gomien, Donna, Harris, David ve Zwaak, Leo, *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Council of Europe Publishing, Germany, 1996.

Gözübüyük, A. Şeref ve Gölcüklü, A. Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması – Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.

İnceoğlu, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı – Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, Beta, İstanbul, 2005.

Jayawickrama, Nihal, *The Judicial Application of Human Rights Law – National, Regional and International Jurisprudence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002,

Madra, Ömer, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1981.

Mole, Nuala ve Harby, Catharina, *Adil Yargılanma Hakkı – Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi'nin uygulanmasına ilişkin kılavuz*, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü Yayınları, Strasbourg, 2001.

Mumcu, Ahmet *İnsan Hakları & Kamu Özgürlükleri*, Savaş Yay., Ankara, 1994.

Özdek, Yasemin, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye – AİHS Sistemi – AİHM Kararlarında Türkiye*, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yayını, Ankara, 2004.

Reid, Karen, *A Practitioner's Guide to The European Convention on Human Rights*, Sweet&Maxwell, London, 1998.

Reisoğlu, Sefa, *Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları*, Beta, İstanbul, 2001.

Sancar, Mithat, “Devlet Aklı” Kıskaçında Hukuk Devleti, İletişim, İstanbul, 2000.

United Nations, *The African Charter on Human and Peoples Rights*, New York, 1990.

Ünal, Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi – İnsan Haklarının Uluslararası İlişkileri*, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara, 2001.

Van Dijk, Pieter ve Van Hoof, G.J.H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law International Press, Hague, London, Boston, 1998.

Tezler:

Özel, Sadullah, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkı* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Diyarbakır, 2003.

İlerleme Raporları, İstisari Ziyaret Raporları ve Diğer Uluslararası Metinler:

13-22 Haziran 2005 tarihlerinde yine Avrupa Birliği Komisyonu tarafından görevlendirilen Kjell Bjornberg ve Ross Cranston tarafından hazırlanan *Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi – İstisari Ziyaret Raporu*

31 Mayıs 2005'te Avrupa Savcıları Konferansı'nda kabul edilen, *"Savcılar İçin Etik Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları, 'Budapeşte İlkeleri'"*

Avrupa Komisyonu, *TÜRKİYE 2006 İLERLEME RAPORU (COM(2006) 649 Nihai)*, Avrupa Birliği Genel Sekreterliği Gayriresmi Çevirisi,

Avrupa Komisyonu, *TÜRKİYE 2007 İLERLEME RAPORU (COM(2006) 663)*, Avrupa Birliği Genel Sekreterliği Gayriresmi Çevirisi

İnternet Kaynakları:

<http://ihami.anadolu.edu.tr/> (Son Ziyaret Tarihi 25.08.2007)

<http://www.amnesty.org.tr/v0701200602> (Son Ziyaret Tarihi 07.08.2007)

<http://www.amnesty.org.tr/v0701200602.si> (Son Ziyaret Tarihi 07.06.2007)

http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/aihs_01.html(Son ziyaret tarihi 28.02.2008)

http://www.canaktan.org/hukuk/insan_haklari/yirminci-yuzyilda/afrikali_insan.htm
(Son Ziyaret Tarihi 07.08.2007)

http://www.canaktan.org/hukuk/insan_haklari/yirminci-yuzyilda/amerikan_insan_haklari.htm (Son Ziyaret Tarihi 07.08.2007)

<http://www.eskisehirbarosu.org.tr/dergi/05/mad6.doc> (Son Ziyaret Tarihi 05.06.2007)

<http://www.ihm.8m.com/liste.htm> (Son Ziyaret Tarihi 07.08.2007)

<http://www.osmanli700.gen.tr/olaylar/olayt2.html> (Son Ziyaret Tarihi 07.08.2007)

http://www.radikal.com.tr/ek_haber.php?ek=r2&haberno=5985 (Son Ziyaret Tarihi 11.06.2007)

<http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=112203> (Son Ziyaret Tarihi 11.06.2007)

http://www.rightsagenda.org/dosyalar/dokuman/gdinc_temel_hak_ozgurlukler_www.rightsagenda.org.doc (Son Ziyaret Tarihi 11.06.2007)

<http://www.sabah.com.tr/2008/01/04//haber,58C8A89FCBA441E2B84186244051A495.html> (Son ziyaret tarihi: 28.02.2008)

<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhak/pdf01/351-353.pdf> (Son ziyaret tarihi 28.02.2008)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları:

Aksoy(Eroğlu)/Türkiye, 31.10.2006, başvuru no: 59741/00

Artico/Italy, 13.05.1980, başvuru no: 6694/74

Axen/Almanya 08.12.1983, başvuru no: 8273/78

Barbera Messegue ve Jabardo/İspanya, 06.12.1988, başvuru no: 10590/8

Barbera, Messegue ve Jabardo/İspanya, 6.12.1998,

Barthold/Almanya, 25.03.1985 , başvuru no: 8734/79,

Borgers/Belçika, 30.10.1991, başvuru no: 12005/86

Bönish/Avusturya, 06.05.1985, A 92

Brandsetter/Avusturya, 28. 01.1991, başvuru no: 11170/84

British American Tobacco/Hollanda, 20.11.1995, Başvuru no: 19589/92

Bulut/Avusturya, 22.2.1996, başvuru no: 17358/90

Campbell ve Fell/İngiltere, 28.06.1984, başvuru no: 7819/7

Colozza ve Rubinat/İtalya, 12.02.1995, başvuru no: 9024/80

Dactaras/Litvanya, 10.10.2000, başvuru no: 42095/98

De Cubber/Belçika, 26.10.1984, başvuru no: 9186/80,

De Haes ve Gijssels/Belçika, 24.02.1997, başvuru no: 19983/92

De Salvador Torres/İspanya, 24.10.1996,başvuru no: 21525/93

Delcourt/Belçika, 17.01.1970, başvuru no: 2689/65,

Demicoli/Malta, 27.8.1991, başvuru no: 13057/87,

Deweer/Belçika, 27.2.1980, başvuru no: 6903/75

Dombo Beheer/Hollanda, 27.10.1993, başvuru no: 14448/88

Engel ve diğerleri/Hollanda, 08.06.1976, başvuru no: 5100/71

Feldbrugge/Hollanda, 29.05.1986, başvuru no: 8562/79

Fey/Avusturya, 24.02.1993, başvuru no: 14396/88

Fredin/İsveç, 1990, başvuru no: 12033/86

Frommelt/Lihtenştayn, 24.09.2004, başvuru no: 49158/99,

Funke/Fransa, 25.02.1993, başvuru no: 10828/84

Garcia Alva/Almanya, başvuru no:23541/94,

Göç/Türkiye, 09.11.2000, başvuru no: 36590/97

Güner Çorum/Türkiye, 31.10.2006, başvuru no: 59739/00

Hauschildt/Danimarka, 24.05.1989, başvuru no: 10486/83,

Helmerts/İsveç, 29.10.1991, başvuru no: 11826/85

Holm/İsveç, 13.10.1992, başvuru no: 14191/88,

Kahraman/Türkiye, 31.10.2006, başvuru no: 60366/00

Komanicky/Slovakya, 04.06.2002, başvuru no: 32106/96

Kostovski/Hollanda, 20.11.1989, başvuru no: 11454/85

Krcmar/Çek Cumhuriyeti, başvuru no: 35376/97

Kremzow/Avusturya, 21.09.1993, başvuru no: 12350/86

Lietzow/Almanya, başvuru no:24479/94,

Lüdi /İsviçre, 15.6.1992, başvuru no: 12433/86

Monnel ve Morris/İngiltere, 02.03.1987, başvuru no: 9562/81

Neumeister/Avusturya, 27.06.1986, başvuru no: 1936/63

Nicolussi/Avusturya, 1987, başvuru no: 11734/87;

Öcalan/Türkiye, Büyük Daire Kararı, 12.05.2005, başvuru no: 46221/99

Öcalan/Türkiye, 12.03.2003 başvuru no:46221/99

Padovani/İtalya, 26.02.1993, başvuru no: 13396/87,

Pakelli/Almanya, 25.04.1983, başvuru no: 8398/78

Pellegrin/Fransa, 08.12.1999, başvuru no: 28541/95

Piersack/Belçika, 01.10.1982, başvuru no: 8692/79

Ringeisen/Avusturya, 16.07.1971, başvuru no: 2614/65

Ruiz Mateos/İspanya, 23.06.1993, başvuru no: 18390/91,

S/İsviçre, 28.11.1991, başvuru no: 13325/87

Schöps/Almanya, başvuru no:25116/94

Solakov/Eski Yugoslavya Makedonya Cumhuriyeti, 31.10.2001., başvuru no: 47023/99

Sramek/Avusturya, 22.10.1984, başvuru no: 8790/79,

Stran Greek Refineries ve Stratis Andreadis/Yunanistan, 09.12.1994, başvuru no: 13427/87

Sunday Times/İngiltere, 26.04.1979, başvuru no: 6538/74

Sutter/İsviçre, 22.02.1984, başvuru no: 8209/78

T/İngiltere, 16.12.1999, başvuru no: 24724/94,

Van Mechelen/Hollanda, 23.04.1997, başvuru no: 21363/93

Vidal/Belçika, 22.4.1992, başvuru no: 12351/86,

Vilho Eskelinen ve Diğerleri/Finlandiya, 19.04.2007, başvuru no: 63235/00

Wemhoff /Almanya, 27.06.1968, başvuru no: 2122/64

Windisch/Avusturya, 27.09.1990.,başvuru no: 12489/86

Wynen and Centre Hospitalier Interregional Edith-Cawell/Belçika , 05.11.2002., başvuru no:32576/96

X/Avusturya, 1978, başvuru no: 7830/77.

X/Federal Almanya, 1974, başvuru no: 3925/69

Zand/Avusturya, 12.10.1978, başvuru no: 7360/76,

Diğer Mahkeme Kararları:

Anayasa Mahkemesi'nin 29.04.1993 tarih, 1992/39E. 1993/19K

İspanya Anayasa Mahkemesi, Dava No: 143/1995

Zimbabwe Yüksek Mahkemesi, Smyth v. Ushewokunze, 1998, 4 LRC 120

ÖZET:

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde “Adil Yargılanma Hakkı” düzenlenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasında yer alan “Hakkaniyete uygun dinlenme” hakkı, maddenin düzenlediği ilkelerin bir kısmının mahkeme içtihatlarıyla belirlenmesini sağlamış, silahların eşitliği ilkesi bu yolla ortaya çıkmıştır. Silahların eşitliği, AİHM kararlarında “bir tarafı davanın diğer tarafı karşısında nitelikli bir dezavantaj içine sokmayacak şartlar altında, her bir tarafın delilleri de dahil olmak üzere, davasını ortaya koymak için makul bir olanağa sahip olması zorunluluğu” biçiminde tanımlanmaktadır. Bu çalışma, silahların eşitliği ilkesinin tarihsel gelişimini ve unsurlarını incelemektedir.

Anahtar Kelimeler:

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Silahların Eşitliği, Hakkaniyete Uygun Dinlenme

ABSTRACT:

The “Right to a Fair Trial” is regulated in the Article 6 of “European Convention on Human Rights”. The “Right to a Fair Hearing”, which is regulated in the first paragraph of this article, provided determination of some principles by case law of European Court of Human Rights, thus the “Equality of Arms” principle was established. According to the Court, “ ‘equality of arms’ implies that each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case - including his evidence - under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent.” In this thesis, historical background and factors of Equality of Arms Principle are examined.

Keywords:

European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, Right to a Fair Hearing, Equality of Arms