

HUKUKÇULAR ARASI
MAKALE YARIŞMASI



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 250

Hukukçular Arası Makale Yarışması

ISBN: 978-605-5316-84-6

© Türkiye Barolar Birliği
Birinci Baskı: Mart 2014, Ankara

Türkiye Barolar Birliği
Oğuzlar Mah. Barış Manço Cad.
Av. Özdemir Özok Sokağı No: 8
06520 Balgat - ANKARA
Tel: (312) 292 59 00 (pbx)
Faks: 312 286 55 65
www.barobirlik.org.tr
yayin@barobirlik.org.tr

Baskı
Şen Matbaa
Özveren Sokağı 25/B
Demirtepe-Ankara
(0312. 229 64 54 - 230 54 50)

HUKUKÇULAR ARASI
MAKALE YARIŞMASI

Nisan 2014
ANKARA

İÇİNDEKİLER

SUNUŞ.....7

DERECEYE GİREN MAKALELER

Mahmut ŞEN

ADİL YARGILANMA HAKKI
VE YARGININ KURUMSAL BAĞIMSIZLIĞI13

Volkan ASLAN

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA
AJAN PROVOKATÖR VE ADİL YARGILANMA HAKKI25

Elif Gül YILMAZLAR

CUMHURİYET SAVCISININ KONUMLANIŞININ
SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ PRENSİBİNE AYKIRILIĞI39

MAKALELER

Gülden ÇAMURCUOĞLU

ADİL YARGILANMA HAKKI
VE BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ İLİŞKİSİ.....59

Gülşah CAN

TÜRKİYE'DE MAHKEMENİN BAĞIMSIZLIĞINI
VE TARAFSIZLIĞINI SORGULAMAK75

Sıddık Onur ÖZER

YARGILAMA HUKUKUNDA
BİR ADİL YARGILANMA HAKKI UNSURU OLARAK
MAKUL SÜREDE YARGILANMA.....91

Mustafa Serhat KAŞIKARA

YARGILANAN BİR HAK: ÂDİL YARGILANMA HAKKI113

<i>Abdullah ÖMERCİOĞLU</i> <i>ADİL YARGILANMA HAKKI</i> <i>VE BU HAKKIN VERGİ YARGILAMA HUKUKU</i> <i>AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ</i>	129
<i>Erol TATAR</i> <i>TANIK KORUMA TEDBİRLERİ</i>	145
<i>Gülbahar DOĞAN</i> <i>KESİNLEŞEN YARGI KARARLARININ</i> <i>İDARE TARAFINDAN İCRA EDİLMEMESİ</i>	161
<i>Emir KAYA</i> <i>ADİL YARGILAMA PSİKOLOJİSİ</i>	177
<i>Adem AVCI</i> <i>SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ AÇISINDAN</i> <i>İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA</i> <i>TANIKLANDIRAMAMA SORUNU</i>	187
<i>Remzi DEMİR</i> <i>ADİL YARGILANMA HAKKI</i>	205

Seçici Kurul *

Av. Müşür Kaya CANPOLAT

Av. Doç. Dr. Devrim GÜNGÖR

Av. Turgut KAZAN

Av. Münici ÖZMEN

Av. Başar YALTI

Av. Prof. Dr. Duygun YARSAVUT

** Soyadına göre sıralanmıştır.*

SUNUŞ

Bilindiği üzere, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, temel hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukukun gerçek anlamda üstün olduğu demokratik sistemlerde devletin varlık nedeni ise, bireyin doğuştan sahip olduğu temel hak ve özgürlükleri güvenceye almaktır. Devlet, toplumu oluşturan bireylerin bu maksatla kurdukları bir siyasal örgütlenmenin adıdır.

Esasen temel hak ve özgürlükler de, devlet gücünü sınırlar.

Demokrasinin tüm kurum ve kuralları ile geçerli olduğu çağdaş uygulamalarda, temel hak ve özgürlüklerin sınırsız kullanılmaları esas, yasalarca sınırlandırılmaları ise, istisnadır.

İnsan değerini korumayı ve insanın maddi ve manevi gelişmesini amaçlayan üstün kurallar bütünü olarak temel hak ve özgürlükler, bütün ülkelerde devlet-birey ilişkilerinin belirleyicisi, uluslararası düzlemde de dünya barışı ve adaletinin temelini oluşturur.

Hiç kimse, hiç bir kuruluş ya da devlet, “özgürlükleri yok etme” özgürlüğüne sahip değildir; temel hak ve özgürlüklerin yok edilmesini amaçlayan hiçbir kural ya da eylem geçerlilik kazanamaz.

“Hukuka yol gösteren idealler” olarak uluslararası temel hak ve özgürlüklere ilişkin kurallar, iç hukuka göre üstündür. Uluslararası bağlayıcı ölçülere aykırı bir iç hukuk kuralı, bu anayasa da olsa, geçerlilik kazanamaz.

Ülkemizde de, Anayasa’mız dahil, milli kanunlarımızın üstünde yer alan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) 6. Maddesi, hukuk güvenliği ile doğrudan ilişkisi nedeniyle insan hakları- temel hak ve özgürlükler çerçevesinde çok önemli bir yere ve öneme sahip olan “adil yargılanma hakkı”na ilişkin olup, aynen aşağıdaki gibidir:

AİHS Madde 6; Adil yargılanma hakkı

1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.

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

3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

- a. Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

- b. Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;
- c. Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;
- d. İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;
- e. Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak.

Tüm yargıçların, adalet yönetiminin tüm boyutlarıyla Sözleşme standartlarına uygunluğunu sağlamakla yükümlü ve sorumlu olduğunu da hatırlatalım.

Türkiye Barolar Birliği olarak Avukatlar Haftası kapsamında bilimsel çalışmalara verdiğimiz önemin bir gereği olarak düzenlemiş olduğumuz Hukukçular Arası Makale Yarışması'nın konusunu, ülkemizde yaşanan kişi hak ve özgürlüklerine yönelik ihlal ve kısıtlamaları dikkate alarak, "adil yargılanma hakkı" olarak belirlemiştik. Katılımın yüksekliği konu seçiminde isabetli davrandığımızı gösteriyor.

Yarışmaya katılan tüm meslektaşlarımı yürekten kutluyor, seçici kurul üyesi olarak görev alan değerli hukukçulara aynı zamanda Yönetim Kurulumuz adına koordinasyonu üstlenen Başkan Yardımcısı Av. Başar Yaltı'ya en içten teşekkürlerimi sunuyorum.

Saygılarımla.

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

DERECEYE GİREN MAKALELER

HUKUKÇULAR ARASI MAKALE YARIŞMASI

BİRİNCİLİK ÖDÜLÜ

ADİL YARGILANMA HAKKI VE YARGININ KURUMSAL BAĞIMSIZLIĞI

Mahmut ŞEN*

Giriş

Avrupa Birliğine üyelik müzakereleri kapsamında ülkemizde pek çok alanda reform ve Avrupa Birliği müktesebatına uyum çalışmaları yapılmakta; bu çalışmalar, demokratikleşme, hukukun üstünlüğü ve insan hakları gibi alanlarda yoğunlaşmaktadır. Ancak yapılan yeni düzenlemeler sonrasında uygulamadan kaynaklanan sorunlara bulunan yargısal çözümler, kamuoyunda tartışmalara neden olmaktadır. Genel olarak, ülkemizdeki siyasal ve ekonomik sisteminin sağlıklı işleyişi açısından hukuk sisteminin de evrensel ilke ve kurallara uygun olarak örgütlenmesi gerektiği kabul edilmektedir.

Başta İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere, yargı ile ilgili evrensel standartların belirlendiği bütün belgelerde, adil yargılama yapabilecek kapasite ve nitelikte, tarafsız ve bağımsız bir yargı sisteminin varlığı, temel hak ve hürriyetlerin etkili bir korumaya tabi tutulması açısından bir önkoşul olarak kabul edilmiştir¹. Bu kapsamda, ülkemizde de yargı sisteminin evrensel

* Ankara 10. İdare Mahkemesi Başkanı

1 Bu husus Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi nin 6. maddesinde, "Herkes...yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir.", İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 10. maddesinde ise, "Herkes, hak ve yükümlülükleri belirlenirken ve kendisine bir suç yüklenirken, tam bir şekilde davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından hakça ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir." şeklinde ifade edilmiştir.

standartlara uygun olarak, tarafsızlık ve bağımsızlık temelinde örgütlenmesi için 2010 yılı ve sonrasında anayasal ve yasal düzeyde değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin en önemlisi, hakim ve savcılar hakkında mesleğe kabul, ilerleme, terfi, atama, disiplin gibi işlemlerin yerine getirilmesinin yanı sıra yeni mahkemelerin faaliyete geçirilmesi ya da adliye teşkilatının kapatılması gibi kararlar alma ve uygulama yetkisi bulunan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun yeniden yapılandırılmasıdır. Anayasa değişikliği ile, üyelerinin büyük bir çoğunluğu mahkemelerde görev yapan meslektaşları tarafından seçilen, temsile dayalı, çoğulcu, geniş tabanlı, kendine ait bütçesi, sekreteryası ve teftiş kurulu olan idari ve mali özerkliğe sahip bir kurul yapısı hedeflenmiştir². Yapılan bu değişikliklerin hukukun üstünlüğünü sağlamak için doğru yolda atılmış adımlar olduğu uluslararası kurum ve kuruluşlarca ifade edilmesine karşın³ ülkemizde yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı üzerine yapılan tartışmalar bitirilememiştir.

Anayasal değişikliklerinin üzerinden henüz kısa bir süre geçmesine rağmen yasama organı tarafından yürütülen yeni Anayasa çalışmalarında, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun üye seçim yöntemi ve yapısı ile yetki ve görevlerinin tekrar değiştirilmesi gündeme gelmiştir. Bununla birlikte, önerilen seçenek ve modellerde yasama ve yürütme organının yargı mekanizmasının yönetiminden sorumlu olan Yüksek Kurul'un oluşumundaki rolünün artırılması nedeniyle, bu önerilerin toplumun her kesimi tarafından genel kabul gördüğünü söylemek mümkün değildir. Dolayısıyla, değişiklik ihtiyacının ortaya çıktığı durumlarda, Yüksek Kurul başta olmak üzere yargı sisteminin temel bileşenlerinin, tarafsızlık, bağımsızlık ve adil yargılama ilkeleri temelinde evrensel standartlar baz alınarak yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

2 12.9.2010 tarih ve 5982 sayılı Anayasa'nın 159. maddesini değiştiren Kanun'un 23. maddesinin gerekçesi, https://yeniayanayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf erişim tarihi :15.01.2014

3 Avrupa Komisyonu 2011 Türkiye İlerleme Raporu, s.8, <http://www.abgs.gov.tr>

Bu çalışmada, uluslararası belgeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında adil yargılanma hakkı açısından bir gereklilik olan yargının kurumsal bağımsızlığının sağlanabilmesi için yargı kurullarının oluşumu ve görevlerine ilişkin yapılan tespit ve tavsiyeler ele alınmaktadır.

1. Uluslararası Belgelerde Yargı Bağımsızlığı

Hukukun üstünlüğüne dayanan bütün siyasal sistemlerde, kuvvetler ayrılığı ilkesinin tam olarak uygulanabilmesi için yasama ve yürütmenin işlemleri yargı organının denetimine tabi tutulmaktadır. "Denetim ve Denge" (check and balance) sistemi, bütün çağdaş demokrasilerin olmazsa olmazlarından biridir. Bu kapsamda, kural koyan yasama organı ile bu kuralları uygulamak suretiyle üstlenmiş olduğu kamu hizmetlerini yerine getiren yürütme organı ve idarenin, hukukun genel ilkelerine, anayasaya ve kanuna uygun hareket edip etmediğini denetlemek üzere yetkilendirilen yargının, bahsi geçen iki organdan bağımsız olmasının gerekliliği, tüm hukuk sistemlerinde genel kabul gören bir ilkedir.

Yasama ve yürütme organının faaliyetlerinin yargı denetimine tabi tutulması, kişi hak ve hürriyetlerinin de garantisidir. Gerçekten, demokratik bir toplumda kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereği olarak, güçlü idare ve yürütme karşısında yargı, bireylerin temel haklarının korunması açısından bir teminat olarak görülmekte ve bu fonksiyonunu etkili ve verimli bir şekilde yerine getirebilmesi için gerekli olan yetkilerle donatılmaktadır. Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi, hukuk kurallarının tarafsız, bağımsız ve adil bir şekilde uygulanması suretiyle temel hakların korunması ve hukukun üstünlüğünün sağlanmasının yargı organının temel görevi olduğunu belirtmek suretiyle bu durumu teyit etmektedir ⁴.

Yargının bağımsızlığının teminat altına alınması, hak ve özgürlüklerin hiçbir etkiye maruz kalmadan, tamamen hukuki

4 Magna Carta of Judges, <https://wcd.coe.int>, erişim tarihi:21.01.2014

sınırlar içinde gerçekleşen adil bir yargılama sonucu, tarafsız bir biçimde tespit edilmesi için bir önkoşuldur. Bu nedenle bağımsızlık, hakimlere tanınmış bir ayrıcalık değil, hukukun tarafsız bir biçimde uygulanmasının teminatıdır⁵.

Yargı bağımsızlığı ile ilgili öğretilerde kurumsal ve kişisel bağımsızlığa vurgu yapan tanımlara rastlanmaktadır. Bu kapsamda, yargıçların yasama ve yürütme organına ve idareye bağlı olmamaları, bu organlardan bağımsız olmaları ve bu organların yargıçlara emir ve talimat verememeleri ya da tavsiyede bulunamamaları olarak tanımlanabilen⁶ yargı bağımsızlığı, hakimin yargısal faaliyeti yerine getirirken her türlü kurum, kişi ya da müesseseden gelecek dış etkiden azade olması şeklinde de tanımlanabilmektedir⁷. Ayrıca, hakimlerin yargısal faaliyeti yürütürken aynı veya üst düzeydeki meslektaşlarından gelebilecek her türlü etkileme, telkin, talimat ve emirlere karşı korunmasının da gerekli olduğu genel olarak kabul edilmektedir⁸. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereği olarak, kurumsal olarak yargı organının ve kişisel olarak hakimin bağımsızlığı sağlanmadan adil yargılama yapıldığından bahsetmek mümkün değildir.

2. Yargının Kurumsal Bağımsızlığı

Bağımsız olmayan bir yargı sisteminin adil ve hakkaniyete uygun karar vermesi veya verilen kararın kamuoyunda adil olarak algılanması mümkün olmadığına göre, mahkemelerin bağımsız olmasının yanında yargı sisteminin organizasyonu ve yönetiminden sorumlu olacak kurulların yapısının, mali olanaklarının, yetki ve görevleri ile yasama ve yürütme organı

5 Sibel İnceoğlu, Yeni Anayasa'da Bağımsız Bir Yargı İçin Neler Yapmalı? Uluslararası Belgeler Işığında Öneriler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011, 95, s. 236

6 Günday, Metin, İdare Hukuku, s. 46, İmaj Yayınevi, Ankara, 2004

7 Kunter, Nurullah, Muhakeme Hukuku dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 348, İstanbul, 1989.

8 Levent Gönenc, Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri, 2011, s. 3.

ile etkileşiminin de bağımsızlık ilkesine uygun olacak şekilde belirlenmesi gerekir. Öte yandan, adalet hizmetinin tarafsız ve bağımsız yürütüleceğine, yasama ve yürütme organının hiçbir durumda yargısal süreçlere müdahale etmeyeceğine ilişkin kamuoyu inancı ve algısı demokratik bir toplumda önem arz ettiğinden, yargı bağımsızlığına ilişkin temel ilkelerin anayasal düzeyde güvenceye alınması gerekir⁹.

Yukarıda ifade edildiği üzere, temel haklara ilişkin pek çok metinde mahkemelerin ve yargı organının bağımsızlığına ilişkin ilke ve kurallar yer almaktadır. Bu belgeler arasında yer alan Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi 'nin 1 no'lu tavsiye kararında, hakimlerin mesleğe alınmalarından başlayarak terfi, disiplin, atama gibi her türlü özlük işlerini yürütecek olan otoritenin, yasama ve yürütme organından bağımsız, geniş tabanlı, temsile dayanan ve en az üyelerinden yarısının meslektaşları tarafından seçilmiş hakimlerden oluşan kurullar olması gerektiği ifade edilmektedir¹⁰. Yargı kurullarının oluşturulmasının amacı, yargının kendi kendini yönetecek bir yapıya kavuşturulması yoluyla mahkemelerin ve bireysel olarak hakimlerin bağımsızca karar verebilmesini, dolayısıyla hukukun üstünlüğünü sağlamaktır. Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi' nin 10 numaralı tavsiye kararında ise, ifa ettiği görevler ve üye yapısı ülkeden ülkeye değişmekle birlikte kuvvetler ayrılığının bir gereği olarak yargı kurullarının, hakimlerin bağımsızlığını garanti edecek bir tarzda yapılandırılması gerektiği belirtilmiştir¹¹.

9 Nuno Garoupa & Tom Ginsburg, "Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence" (Public Law & Legal Theory Working Papers No. 250, 2008), s. 29 <http://chicagounbound.uchicago.edu/mwg-internal>, erişim tarihi 07.01.2014

10 Opinion no 1 (2001) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) for the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on standards concerning the independence of the judiciary and the irremovability of judges , paragraf 37, 38 <https://wcd.coe.int>, erişim tarihi: 18.04.2013

11 Opinion no.10(2007) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Council for the Judiciary at the service of society, <https://wcd.coe.int>, erişim tarihi 18.04.2013

Venedik Komisyonu'nun yargı bağımsızlığına ilişkin yayınlamış olduğu raporlarda da benzer görüşler dile getirilmektedir. Buna göre, yargı kurullarına hangi kaynaktan hangi otorite tarafından ve hangi yöntemle üye seçileceği, kurulun görev ve yetkilerinin ne olacağı, Adalet Bakanlığı, parlamento ve yürütme organı ile ilişkilerinin hangi temelde olacağı belirlenirken temel amaç olan yargı bağımsızlığı ilkesinin teminat altına alınmasına dikkat edilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, yargı ile ilgili tek otoritenin Adalet Bakanlığı olması kabul edilebilir bulunmamakta, yargı politikasının belirlenmesi ve uygulanmasında Bakanlık yoluyla ya da Yargı Kurullarına üye seçimi yoluyla siyaset kurumunun ve yürütmenin gereğinden fazla müdahil olması da eleştirilmektedir¹².

Venedik Komisyonu tarafından, hakimlerle ilgili kararların, çoğunluğu hakimlerden oluşan, bağımsız ya da özerk kurullar tarafından alınması, meslek taassubunu önlemek için başka mesleklerden de kurula katılımın sağlanması tavsiye edilmektedir. Bu şekilde oluşturulmuş kurullar yoluyla yasama ve yürütme organının yargıya olan etki ve müdahalesi önlenmiş olacak, aynı zamanda hakimler arasındaki meslek içi koruma ve mesleki taassub minimuma indirgenmiş olacaktır.

Yukarıda yer verilen temel metinler dikkate alındığında, yargı kurullarının tüm üyelerinin hakimlerden oluşabileceği gibi farklı kaynaklardan üyelerinde yer aldığı karma yapılı kurullarda kurulabileceği kabul edilmektedir. Bununla birlikte, karma yapılı bir kurul öngörülmesi halinde, kurulun siyasi etkiden uzak olabilmesi için üyelerinin anlamlı bir çoğunluğunun meslektaşları tarafından seçilecek hakim kökenli üyelerden oluşması tavsiye edilmektedir. Kurulun, yetki, görev ve sorumluluklarının yargı ile ilgili olması nedeniyle hakim kökenli üyelerin çoğunlukta olması, yargısal süreçlerde yasama ve yürütmenin etkisini önleyeceğinden bağımsızlık açısından önem taşımaktadır.

12 Venedik Komisyonu'nun cdl(2012)035-27 Nisan 2012 tarihli görüşü, <http://www.venice.coe.int>, erişim tarihi 16.01.2014

Öte yandan, karma yapılı kurullarda hakim üyelerin seçiminde kesinlikle yasama ve yürütme organının etkisi olmamalıdır. Kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince bu iki organdan bağımsız olması gereken hakimin, yargı kuruluna bu kurumlar tarafından aday gösterilmesi ya da seçilmesi halinde destek arayışı içine gireceği, bu hususun ise yargıyı siyasallaştıracağı ifade edilmektedir¹³.

Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi'nin 10 no'lu tavsiye kararında ise, karma yapılı kurulların sorunların farklı bakış açısı ile ele alınmasını sağlama ve hakim kökenli üyelerin aynı açıdan değerlendirme yapmasını engelleme ve kurulun meşruiyet temelini artırma yönlerinden fayda sağlayacağı ifade edilmektedir. Ancak yargı dışından gelecek üyelerin kaynağı, seçecek otorite ve seçim yöntemi belirlenirken yargının bağımsız ve taraf-sızlığına gölge düşürmeyecek yol ve yöntemler belirlenmelidir¹⁴. Bu üyeler parlamento tarafından seçilecekse, gizli oyla 3/5 gibi siyasal partilerin etkisini azaltacak bir çoğunlukla seçilmelidir. Aksi takdirde, bir siyasi partinin adayı gibi bir algının doğması, seçim sonrası o üyenin kararlarını tartışmalı hale getirecektir.

Hakim kökenli olmayan üyeler akademisyen, avukat gibi farklı meslek mensupları arasından seçilebilmekte ise de, bu seçimin aktif olarak politika yapan ya da siyasi görüşleri ile ön plan çıkan, seçildiği zaman tartışmaların odağında olacak kişiler arasından yapılmaması gerekir.

Karma yapılı kurul tercihinde bulunulması halinde doğrudan yargısal konularla ilgili kararların hakim kökenli üyelerden oluşan heyetlerce karara bağlanması, hizmet içi eğitim, stratejik plan ve programların hazırlanması gibi görevlerinde akademisyen ve avukat kökenli üyeler tarafından yerine getirilmesinin uygun olabileceği belirtilmektedir¹⁵.

13 Venedik Komisyonu'nun cdl(2012)035-27 Nisan 2012 tarihli görüşü, <http://www.venice.coe.int>, erişim tarihi 16.01.2014

14 Opinion no.10(2007) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Council for the Judiciary at the service of society, paragraf 19, <https://wcd.coe.int>, erişim tarihi 18.04.2013

15 age, paragraf 45

3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Yargının Kurumsal Bağımsızlığı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi kapsamında iç hukukta yürütülen yargısal süreçlerin adil olup olmadığının denetimini yaparken, öncelikle mahkeme ya da hakimin yeterince bağımsız olup olmadığını tespit etmektedir. Bu konuda AİHM, genel olarak yargı sisteminin, özelden ise uyuşmazlığı karara bağlayan mahkemenin bağımsız olduğundan söz edebilmek için taşıması gereken bazı objektif ve sübjektif kriterler aramaktadır¹⁶. Mahkeme, yargının objektif bağımsızlığına, o ülkenin yargıya ilişkin kurumsal ve anayasal düzenlemelerini değerlendirerek karar vermektedir. Bu noktada, hakimlerin göreve alınma, atanma, yükselme, meslek içi eğitim ve disiplin süreçlerinde yasama ve yürütme organının etkisinin olmaması, bu süreçlerin geniş tabanlı ve hakimlerin yeterince temsil edildiği bağımsız kurullar tarafından yerine getirilmesi, hakimin görev, kadro ve pozisyonunun da kanunla garanti altına alınması gerektiği belirtilmektedir¹⁷.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yargının kurumsal bağımsızlığının konu edinildiği başvurularda demokratik toplumda kuvvetler ayrılığı ilkesinin varlığına ve önemine dikkat çekmektedir. Mahkeme, Sözleşme'nin hiçbir maddesinin güçler arasındaki etkileşimin sınırlarına ilişkin bir düzenleme öngörmediğini belirtmekle birlikte, yargı mekanizmasının yönetiminden sorumlu olan kurum ya da kurulların, yargı bağımsızlığı ilkesini teminat altına alacak şekilde örgütlenmesi gerektiği saptamasında bulunmaktadır¹⁸. AİHM'ne göre, sadece iç hukukta kararı veren mahkeme değil, yargının yönetiminden sorumlu olan kurulların da yasama ve yürütme organının etki ve tesirinden bağımsız olması gerekir. Yargı sisteminin adil

16 AİHM'nin 25 Eylül 2001 tarihli Şahiner-Türkiye Davası, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 15.01.2014

17 John C. Reitz, Export of the rule of law, *Transnational Law & Contemporary Problems*, 429, 2003

18 AİHM'nin 3 Mayıs 2003 tarihli Kleyn ve diğerleri- Hollanda kararı, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi 11.01.2014

yargılanma hakkına uygun örgütlenip örgütlenmediği incelemesini yaparken, yargı kurulunun üyelerinin seçim yöntemi ve dairelerdeki üye kompozisyonu, üyelerin statüleri ve görev süreleri, yürütme organından gelebilecek etki ve müdahalelere karşı üyelere tanınan hak ve garantiler ile kamuoyunda bağımsız olarak algılanıp algılanmadığı gibi hususlar Mahkeme’ce dikkate alınmaktadır¹⁹.

AİHM’in 09/01/2013 tarihli Volkov -Ukrayna kararı’nda²⁰, hakimler ile ilgili disiplin soruşturma ve cezaları hakkında karar veren kurulların üyelerinin yarısından fazlasının meslektaşları tarafından seçilmiş hakimlerden oluşması gerektiği açıkça ifade edilmektedir. Somut olayda, hakim hakkında disiplin cezasına karar veren kurulun üç üyesinin devlet başkanı, üç üyesinin meclis, iki üyenin savcılar arasından atanması ve adalet bakanı ile başsavcının doğal üye olması, kararda meslektaşları tarafından doğrudan seçilmiş hakim kökenli sadece 3 üyenin imzasının bulunması nedeniyle yasama ve yürütme organı tarafından seçilen üyelerin çoğunlukta olması yargı bağımsızlığı ilkesinin ihlali olarak değerlendirilmiş ve söz konusu durumun Sözleşme’nin 6. maddesine aykırı olduğuna hükmedilmiştir.

Mahkeme gerekçesinde, yargılama faaliyetini yürüten hakim hakkındaki disiplin sürecinin kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince devlet yetkisi kullanan diğer organlardan bağımsız yürütülmesi gerektiğini, ancak üyelerinin çoğunluğu yasama ve yürütme tarafından oluşturulan bir kurulun bu şartları sağlayamayacağını belirtmiştir. Öte yandan kurulda doğal üye olan Başsavcı’nun ve Adalet Bakanı’nun da Ukrayna yargı sistemi açısından çok etkili bir konumda oldukları, bu nedenle bağımsızlık için potansiyel tehdit olarak algılanabilecekleri değerlendirmesi yapmıştır.

Kararda ayrıca, Ukrayna Anayasası’nda 2010 yılında yapılan değişiklik sonrasında kurul üyelerinin yarısının, hakim ve

19 AİHM’nin 25 Şubat 1997 tarihli Findlay - Birleşik Krallık kararı, 73, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi 15.01.2014

20 AİHM’nin 09/01/2013 tarihli Oleksandr -Ukrayna kararı, paragraf 109, 110 <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi 13.01.2014

savcılar arasından seçilmesi öngörülmesine karşın, kurul üyelerini seçen organların değişmediği, sadece 3 hakimin meslektaşları tarafından doğrudan seçildiği, yargı içinden seçilen diğer 7 üyenin ise yasama ve yürütme organları tarafından seçildiği, bu nedenle kurul üzerindeki siyaset kurumunun etkisinin azalmadığı vurgusu yapılmış ve yargının kendini yönetmesi (judicial self-governance) ilkesinin önemi üzerinde durulmuştur²¹.

Bu sonuca ulaşırken Mahkeme tarafından, Venedik Komisyonu'nun Ukrayna'da yapılan Anayasa değişikliği hakkında düzenlediği 15-16 Ekim 2010 tarihli istişari görüşe de atıf yapılmış ve demokrasinin tüm kurumları ile yerleştiği ülkelerde, yasama ve yürütme organı tarafından oluşturulan bir kurul yapısının kabul edilebileceği belirtilmiştir. Zira bu ülkelerde devlet gücü ve yetkisini kullanan organlar arasındaki ilişkiler ve yetkilerin sınırları, yüzyıllara dayanan uygulamalar sonucu netleşmiştir. Bununla birlikte, kurumların yetki ve görevlerinin sınırlarına ilişkin tartışmaların devam ettiği ülkelerde, devlet gücü kullanan yasama, yürütme ve yargı organları arasındaki yetkinin sınırlarının anayasal düzeyde açık bir şekilde çizilmesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin gereği olarak yargıya diğer organlar tarafından yapılabilecek baskı ve müdahaleyi önleyecek önlemlerin yine anayasal düzeyde alınması gerektiği belirtilmiştir²².

Sonuç

Bağımsızlık temelinde örgütlenmiş yargısal kurullar, kritik ve tartışmalı konularda karar veren ve bazen toplumun geneli tarafından beğenilmeyen ve eleştiri konusu yapılan kararlara da imza atan hakimin, yargı güç ve yetkisini tarafsız ve bağımsızca kullanabilmesinin teminatıdır.

Bağımsız olmayan bir yargı sisteminin adaleti temin etmesi mümkün olmadığına göre, yargı sisteminin organizasyonu ve yönetiminden sorumlu olacak kurulların yapısının, mali ola-

21 AİHM'nin 09/01/2013 tarihli Oleksandr -Ukrayna kararı, paragraf 111 <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi 15.01.2014

22 AİHM'nin 09/01/2013 tarihli Oleksandr -Ukrayna kararı, paragraf 29 <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi 15.01.2014

naklarının, yetki ve görevleri ile yasama ve yürütme organı ile ilişkilerinin bu amaca hizmet edecek şekilde belirlenmesi gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir ülkenin yargı sisteminin ve kararı veren mahkemenin, Sözleşme'nin 6. maddesinde belirtildiği şekilde bağımsız olup olmadığı hakkında karar verirken Venedik Komisyonu, Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi gibi kurumlarca yayınlanan görüşlere de atıfta bulunmaktadır. Dolayısıyla, içtihatlarının uluslararası kurumların yargı ile ilgili görüş ve önerileriyle uyumlu olmasına dikkat etmektedir.

Ülkemizin uzun yıllardır Avrupa Konseyi'nin üyesi olduğu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı yetkisini tanıdığı göz önüne alındığında, yargının kurumsal bağımsızlığının bu kuruluşlarca belirlenen ilke ve standartlara uygun olarak anayasal güvenceye kavuşturulması gerekir.

Yukarıda belirtildiği gibi, gerek Venedik Komisyonu ve Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi gibi yargıya ilişkin anayasal düzenlemeler konusunda istişari görüş veren kuruluşlar, gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından yargı kurulunun, temsile dayalı, geniş tabanlı, idari ve mali özerkliğe sahip, üyelerinin anlamlı bir çoğunluğu meslektaşları tarafından doğrudan seçilmiş kurullar olması gerektiği ifade edilmektedir. Temel amaç, yargının siyaset kurumundan tam anlamıyla bağımsızlığının sağlanması yoluyla adil ve tarafsız yargılama yapıldığından emin olunmasıdır.

Öte yandan, bağımsızlığını korumak hakim in tek başına üstleneceği bir sorumluluk olmayıp, yasama ve yürütme organının kurumsal bağımsızlığı sağlayacak adımları atmasının yanında, yargı bağımsızlığının öneminin kamuoyuna anlatılması ve mahkemeleri etkileme girişimlerinin önlenmesi gerekmektedir. Hoşa giden kararlar nedeniyle övülen yargı organı ve mahkemelerin, hoşa gitmeyen kararlarında müdahale taleplerinin yükselmesi toplumun yargının konumu ve yargı bağımsızlığının önemi konusunda bilinçlendirilmesinin ne kadar önemli olduğunu göstermektedir.

Kaynakça

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 25 Şubat 1997 tarihli Findlay - Birleşik Krallık kararı, <http://hudoc.echr.coe.int>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 25 Eylül 2001 tarihli Şahiner-Türkiye Kararı, <http://hudoc.echr.coe.int>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 3 Mayıs 2003 tarihli Kleyn ve diğerleri- Hollanda kararı, <http://hudoc.echr.coe.int>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 09/01/2013 tarihli Volkov -Ukrayna kararı, <http://hudoc.echr.coe.int>

Avrupa Komisyonu 2011 Türkiye İlerleme Raporu, <http://www.abgs.gov.tr>

Levent Gönenç, Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri, 2011

John C. Reitz, Export of the rule of law, Transnational Law & Contemporary Problems Transnational Law & Contemporary Problems, 429, 2003

Magna Carta of Judges, <https://wcd.coe.int>

Metin Günday, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 2004

Nuno Garoupa & Tom Ginsburg, "Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence" (Public Law & Legal Theory Working Papers No. 250, 2008), <http://chicagounbound.uchicago.edu/mwg-internal>

Nurullah Kunter, Muhakeme Hukuku dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1989.

Opinion no 1 (2001) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) for the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on standards concerning the independence of the judiciary and the irremovability of judges , wcd.coe.int

Opinion no.10(2007) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Council for the Judiciary at the service of society, wcd.coe.int

Sibel İnceoğlu, Yeni Anayasa'da Bağımsız Bir Yargı İçin Neler Yapmalı?Uluslararası Belgeler Işığında Öneriler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011, 95

Venedik Komisyonu'nun cdl(2012)035-27 Nisan 2012 tarihli görüşü, www.venice.coe.int,

HUKUKÇULAR ARASI MAKALE YARIŞMASI
İKİNCİLİK ÖDÜLÜ

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ
KARARLARINDA AJAN PROVOKATÖR VE ADİL
YARGILANMA HAKKI

Volkan ASLAN*

A. GİRİŞ

Suçla ve özellikle organize suçlulukla mücadele amacıyla geliştirilen yöntemlere her geçen gün yenisi eklenmekte, klasik ceza muhakemesi güvencelerine aykırı nitelikte uygulamaların sayısı günbegün artmaktadır. Ajan provokatör kullanılması da söz konusu mücadele kapsamında sıklıkla başvuru alan yöntemler arasındadır. Bu bakımdan sorgulanması gereken hususlardan biri söz konusu yöntemin uygulanmasının hangi şartlarda hukuka uygun veya aykırı olacaktır. Türkiye de dahil olmak üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı yetkisini kabul etmiş devletler bakımından hukuka uygunluk/aykırılığın belirlenmesinde AİHS ile AİHM içtihadının bağlayıcı olduğu göz önüne alınırsa mevzubahis yöntem bakımından AİHM'nin geliştirmiş olduğu kriterleri belirlemek şüphesiz büyük önem kazanmaktadır.

Aşağıda ayrıntılı olarak görüleceği üzere suçla mücadele amacıyla ajan provokatör kullanılması AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen¹ adil yargılanma hakkını yakından ilgilendirir-

* Araştırma Görevlisi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku ABD

1 "1. Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyumsuzluklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olan-

mektedir. İnsan hakları ile ilgili diğer birçok uluslararası belge² ve yine birçok anayasada düzenlenen³ söz konusu hak genel olarak ceza, idare ve hukuk davalarında yargılamaya ilişkin ilkeleri belirleyerek adil bir karara ulaşmayı güvence altına almayı amaçlamaktadır.⁴ Ceza hukuku yaptırımlarına son çare olarak başvurulduğu göz önüne alındığında,⁵ yaptırımla sonuçlanabilecek bir yargılamada savunmanın haklarını en üst seviyede korumak gerektiğinden adil yargılanma hakkı en önemli etkisini ceza hukuku alanında gösterir. Bu bağlamda ajan provokatör kullanılması sonucunda adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'ne yapılan başvurular 6. maddenin 1. fıkrası çerçevesinde incelenmektedir.

ların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.

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

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

a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek;

*e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak." Yürürlükte bulunan AİHS maddelerinin Türkçesi aksi belirtilmedikçe, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 11. ve 14. Protokoller ile Değiştirilen Metin**, Avrupa Antlaşmaları Serisi, No.5, Strasbourg, Avrupa Konseyi Yayınları, 2010'dan alınmıştır.*

- 2 Örneğin, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, m. 10, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, m. 14, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi, m. 8.
- 3 Örneğin 1982 Anayasasının 36. maddesi uyarınca "*Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*"
- 4 Sibel İnceoğlu, "Adil Yargılanma Hakkı", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Editör: Sibel İnceoğlu, 2. baskı, İstanbul, Beta, 2013, s. 209.
- 5 Bkz: Adem Sözüer, "Türk Ceza Hukuku Reformu", **Türk Ceza Hukuku Reformu Mevzuatı**, Editör: Adem Sözüer, İstanbul, Alfa, 2013, s. 9 vd.

Çalışmamızda ilk olarak ajan provokatör kavramı Türk doktrininde ve Avrupa İnsan Hakları Hukukunda kullanıldığı şekliyle tanımlanacaktır. Sonrasında, konu ile ilgili başlıca AİHM kararları incelenecektir. Kararların incelenmesinin ardından ilgili kararlarda ön plana çıkan hususlar değerlendirilmek suretiyle ajan provokatör kullanılmasının AİHS’nde düzenlenen adil yargılanma hakkına aykırı olup olmadığı veya hangi şartlarda uygun olacağı tespit edilmek suretiyle çalışma sonlandırılacaktır.

B. Ajan Provokatör Kavramı

Türk doktrininde ajan provokatör genellikle bir kimsede suç işleme kararı oluşturan, o kimseyi suça teşvik eden ve sonrasında ele veren kimse olarak tanımlanmaktadır.⁶ Bu bakımdan ajan provokatör, gizli soruşturmacıdan ve gizli/anonim tanıktan farklıdır. Nitekim gizli soruşturmacı yasaların öngördüğü şartlara uyularak, bir örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlar hakkında bilgi toplayan kamu görevlisidir.⁷ Gizli soruşturmacı suç işlendiği konusunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması “ve bu yolla delil toplanması zorunluluğu karşısında”⁸ görevlendirilen, izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlü kamu görevlisi iken ajan provokatörün faaliyeti bir kimseyi suç işlemeye teşvik olduğundan faaliyeti

6 Örneğin: Faruk Erem, “İdarenin ‘Kışkırtıcı Ajan’ Kullanması”, **Onar Armağanı**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1977, s. 273; Ersan Şen, **Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme-Gizli Soruşturmacı-X Muhbir**, 5. baskı, Ankara, Seçkin, 2011, s. 239.

7 Nitekim CMK da soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi halinde, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı kararı ile kamu görevlilerinin gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebileceğini düzenlemektedir (m. 139). Aynı madde uyarınca da soruşturmacının, faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlü olduğu belirtilmektedir.

8 Şen, **Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme-Gizli Soruşturmacı-X Muhbir**, s. 239.

suçun işlenmesine yardım etmek ya da suça azmettirmek niteliğinde olabilir.⁹ Oysa gizli soruşturmacı görevini yerine getirirken suç işleyemez (Bkz: CMK m.139/5). Gizli/anonim tanık ise “kim olduğuna ilişkin tüm bilgileri gizli tutulmak suretiyle tanık olarak dinlenen kişi” olarak tanımlanabilir.¹⁰ Oysa ajan provokatörün sahte kimlik kullanması söz konusu olsa bile kim olduğuna ilişkin bilgilerin sanıklardan gizli tutulması söz konusu değildir. Nitekim ajan provokatör suç işleyeceği düşünülen kimselerle veya örgütlerle çoğunlukla doğrudan bağlantıya geçen kişidir.¹¹

AİHM uygulamasına bakıldığında, ajan provokatörlerin faaliyetleriyle yahut AİHM içtihadında çoğunlukla belirtildiği şekliyle ‘tuzak’ ile, gizli ajanların (**undercover agent**) faaliyetlerinin birbirinden ayrıldığı görülmektedir. Nitekim gizli ajanlar kimliklerini gizleyerek suça katılırken suçun işlenmesini teşvik etmemektedirler. Oysa ajan provokatörler suç işlenmesini teşvik etmekte¹² ve bu yolla, başka türlü suç işlemeyecek bir kimsenin suç işlenmesini sağlamaktadırlar.¹³ Bu bağlamda Mahkemeye göre gizli ajanın faaliyetinin önceden var olmayan

9 Şen, **Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme-Gizli Soruşturmacı-X Muhbir**, s. 239.

10 Yusuf Solmaz Balo, **Uluslararası İlke ve Uygulamalar Çerçevesinde Ceza Muhakemesinde Tanık Koruma (Anonim Tanık)**, Ankara, Seçkin, 2009, s. 28; Tanık kavramı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, Ankara, Us-a Yayıncılık, 1996, tüm kitap; Gizli/anonim tanık kullanılması bazı hallerde AİHM’ne aykırı olurken bazı hallerde olmamaktadır. Bu konu ile ilgili yerleşmiş içtihadı belirlemek için şu kararlara bakılabilir: Kostovski v. Hollanda, Başvuru Numarası: 11454/85, 20 Kasım 1989; Doorson v. Hollanda, Başvuru Numarası: 20524/92, 26 Mart 1996; Van Mechelen ve Diğerleri v. Hollanda, Başvuru Numaraları: 21363/93, 21364/93, 21427/93 ve 22056/93, 23 Nisan 1997; Kok v. Hollanda, Başvuru Numarası: 43149/98, 4 Temmuz 2000; Birutis ve Diğerleri v. Litvanya, Başvuru Numarası: 47698/99 ve 48115/99, 28 Mart 2002.

11 Ajan provokatör kavramı ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz: Erem, “İdarenin ‘Kısırtıcı Ajan’ Kullanması”, s. 271-284; Ersan Şen, Yasemin Yurttaş, “Gizli Tanık, X Muhbir, Gizli Soruşturmacı, Ajan Provokatör”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Y: 3, S: 6, 2008, s. 25-26.

12 David Harris ve diğerleri, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Oxford University Press, 2009, Çevirenler: Mehveş Bingöllü Kılıcı-Ulaş Karan, Avrupa Konseyi, 2013, s. 268; Şen, **Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme-Gizli Soruşturmacı-X Muhbir**, s. 239.

13 Harris ve diğerleri, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, s. 267.

bir suç işleme kastı yaratması durumları ile kişinin zaten suç işleme eğilimi olduğu durumlar arasında bir ayırım yapılmalıdır.¹⁴ Ancak belirtmek gerekir ki AİHM, teşvik sonucu işlenen suç sonucunda mahkumiyet kurulmasından mütevellit yapılan başvurularla ilgili her kararında ajan provokatör terimini kullanmamaktadır. Kimi kararlarda ajan provokatör deyimini geçmekle birlikte¹⁵, kimi kararlarında tuzak ifadesini kullanmakta¹⁶, çoğu kararında ise **incitement** (kışkırtma, tahrik)¹⁷ ifadesini kullanmaktadır. Türk doktrini ve AİHM tarafından ajan provokatöre yüklenen anlam bu şekilde belirlendikten sonra sıra, ajan provokatörle ilgili AİHM içtihadının geliştirildiği başlıca kararları incelemeye gelmektedir. Söz konusu kararlar aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

C. Ajan Provokatör ile İlgili Başlıca AİHM Kararları

1. Teixeira de Castro v. Portekiz

Ajan provokatöre ilişkin ilk olarak *Teixeira de Castro v Portekiz* davasından bahsedebiliriz. Davadaki olgulara bakacak olursak ilgili bölgedeki uyuşturucu kaçakçılığını azaltmak isteyen polis kılık değiştirerek uyuşturucu kullanan bir kimseye temas etmiş ve kimden eroin alınabileceğiyle ilgili bilgisine başvurmuştur. Bu kimsenin başvuru Bay Castro'nun ismini vermesi üzerine, polisler başvuru ile iletişime geçmişlerdir. Sonrasında başvuru başka bir yerden temin ettiği uyuşturucuları getirmiş ve ardından tutuklanmıştır.¹⁸ Başvuru da polisler tarafından suç işlemeye teşvik edildiğini belirterek, söz konusu suç nedeniyle mahkum olduğunu ve bu durumun adil yargılanma hakkının ihlali olduğunu ileri sürmüştür. Başvuru-

14 *Teixeira de Castro v. Portekiz*, Başvuru Numarası: 44/1997/828/1034, 09 Haziran 1998, § 32.

15 Örneğin: *Teixeira de Castro v. Portekiz*.

16 Örneğin: *Rajcoomar v. Birleşik Krallık*, Başvuru Numarası: 59457/00, 14 Aralık 2004.

17 Örneğin: *Ramanauskas v. Litvanya*, Başvuru Numarası: 74420/01, 5 Şubat 2008.

18 *Teixeira de Castro v. Portekiz*, §§ 9-12.

cu ayrıca daha önceden bir mahkumiyeti bulunmadığını da ileri sürerek, polislerin herhangi bir önsoruşturma yapmaksızın, kendi inisiyatifleriyle ve bir mahkeme denetimi olmaksızın hareket ettiklerini belirtmiştir.¹⁹

AİHM'ne göre bir delilin kabul edilebilirliği öncelikli olarak ulusal hukuku ilgilendirmektedir ve bunu değerlendirme yetkisi yine ulusal mahkemelerdedir.²⁰ Mahkemenin Sözleşme altındaki görevi ise tanık beyanlarının delil olarak kabulünün uygun olup olmadığıyla ilgili bir karar vermek değil, delilin elde edilme yöntemi dahil tüm sürecin adil bir şekilde işletilip işletilmediğini belirlemektir.²¹ Uyuşturucu kaçakçılığı gibi suçlarda dahi gizli ajanların kullanılması sınırlandırılmalı ve gerekli güvenceler sağlanmalıdır. Her ne kadar organize suçlardaki artış buna mukabil uygun önlemlerin alınmasını gerektirse de adil yargı yine ön plana çıkmalıdır. 6. maddede düzenlenen adil yargılanma hakkının gereklilikleri, en basitinden en karmaşığına, tüm suçlarla ilgili olarak sağlanmalıdır.²² Haliyle "kamu yararı, polisin kışkırtması sonucunda elde edilen delilin kullanılmasını meşru kılamaz."²³

Mahkeme, başvuruçunun daha önce bir suç kaydı olmasını dikkate alarak Hükümetin başvuruçunun suç işlemeye meyilli olduğuna ilişkin argümanını destekleyecek bir kanıtın bulunmadığını, polis memurlarının pasif bir şekilde suç soruşturmadan ziyade başvuruçuyu suç işlemeye tahrik ettiklerini

19 Teixeira de Castro v. Portekiz, §31.

20 Teixeira de Castro v. Portekiz, § 34; Ayrıca bkz: Ramanauskas v. Litvanya, § 52; Shannon v. Birleşik Krallık, Başvuru Numarası: 67537/01, 6 Nisan 2004; Lucà v. İtalya, Başvuru Numarası: 33354/96, 27 Şubat 2001, § 38; Doorson v. Hollanda, § 67; Van Mechelen ve Diğerleri v. Hollanda, § 50.

21 Teixeira de Castro v. Portekiz, § 34; Ayrıca bkz: Rajcoomar v. Birleşik Krallık; Ramanauskas v. Litvanya, § 52; Shannon v. Birleşik Krallık; Lucà v. İtalya, § 38; Kostovski v Hollanda, § 39; Doorson v. Hollanda, § 67; Van Mechelen ve Diğerleri v Hollanda, § 50.

22 Teixeira de Castro v. Portekiz, § 36; Ayrıca bkz: Ramanauskas v. Litvanya, § 53.

23 Teixeira de Castro v. Portekiz, § 36; Benzer şekilde: Edwards and Lewis v. Birleşik Krallık, Başvuru Numaraları: 39647/98 ve 40461/98, 27 Ekim 2004; Ramanauskas v. Litvanya, § 54; Vanyan v. Rusya, Başvuru Numarası: 53203/99, 15 Aralık 2005, § 46.

belirtmiş ve polis ifadelerinin de başvuru aleyhine ortaya konan ana delil olduğunu ifade etmiştir.²⁴ Tüm bu mülahazalar ışığında AİHM, polis memurlarının faaliyetlerinin gizli ajanların faaliyetinin ötesine geçtiğini zira suç işlenmesini teşvik ettiklerini belirterek, polislerin fiili olmasaydı suçun işleneceğine dair bir belirtinin olmadığını ifade etmiştir. Mahkemeye göre tüm bu hususlar başvuru sahibinin adil yargılanmadan mahrum bırakıldığını göstermektedir ve sonuç olarak AİHS m. 6/1 ihlal edilmiştir.²⁵

2. Ramanauskas v. Litvanya

AİHM'nin yukarıdaki içtihadını benzer başvurularda sürdürdüğünü belirtebiliriz. Bu bağlamda *Ramanauskas v. Litvanya* davasına bakmak yerinde olacaktır. Önceden savcı olarak çalışmakta bulunan başvurucuya yolsuzlukları önleme biriminden bir görevli tarafından üçüncü bir kişinin aklanması için rüşvet önerilmiş, başvuru ilk başlarda rüşveti kabul etmese de üst üste yapılan tekliflere dayanmamış ve kabul etmiştir. Sonrasında yapılan soruşturmanın ardından başvuru savcılık görevinden alınmış ve aleyhine dava açılmıştır. Dava sonucunda da başvuru mahkum edilmiş, mahkumiyet kararına esas olarak, gizli görevlinin beyanları ve görevli ile başvuru arasındaki görüşmelerin gizli kaydı göz önünde bulundurulmuştur.²⁶ Başvuru ajan provokatörlerin müdahalesi olmaksızın hiçbir şekilde işlemeyeceği bir suçu işlemek için teşvik edildiğini ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.²⁷ AİHM, Sözleşme m. 6' da düzenlenen suç işlemeye teşvik yasağının ihlal edilip edilmediğine ilişkin yapmış olduğu incelemede başvuru sahibinin suç işleme eğilimi bulunduğuna ilişkin somut bir kanıt olmaksızın, söylentiler üzerinden açık bir şekilde suç işlemeye teşvik edildiğini ifade ederek somut olaydaki görevlilerin fiillerinin var olan bir suç faaliyetinin pasif bir

24 Teixeira de Castro v. Portekiz, § 38.

25 Teixeira de Castro v. Portekiz, § 39.

26 Ramanauskas v. Litvanya, § § 10-24.

27 Ramanauskas v. Litvanya, § 39.

şekilde soruşturulmasının ötesinde olduğunu ifade etmiştir.²⁸ Mahkemeye göre, somut başvuru bakımından başvurucunun yargılanması esnasında suç işlemeye teşvik edildiğine dair bir itirazda bulunabilmesi ya da benzer bir imkana sahip olması halinde Sözleşme madde 6'ya uygun davranılmış olunacaktır. Bunun dışında savunma haklarının ya da silahların eşitliğinin korunduğuna dair genel önlemlerin gözetilmesi, Hükümetin iddiasının aksine yeterli değildir.²⁹ Suç işlemeye teşvik olmadığını kanıtlama külfeti de iddia makamına düşer.³⁰ Mahkeme sonuç olarak görevlilerin fiillerinin suç işlenmesini teşvik etme niteliğinde olduğunu belirterek ayrıca görevlilerin müdahalesi olmaksızın suçun gene de işleneceğine dair bir belirtinin de bulunmadığı kanaatine ulaşmıştır. Dolayısıyla Sözleşmenin 6. maddesi ihlal edilmiştir.³¹

3. Rajcoomar v. Birleşik Krallık

AİHM'nin iki ihlal kararının ardından, ajan provokatör faaliyetleriyle ilgili olarak belirlediği kriterleri daha iyi anlamak adına; başvurucunun önceden işlemiş olduğu suç nedeniyle hapisanede kalırken ve salıverildikten sonra iletişim halinde olduğu polis muhbiri ve gizli polislerin faaliyetleri sonucunda uyuşturucu satıcılığında mahkum olması üzerine adil yargılanma hakkı ile özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'ne başvurduğu *Rajcoomar v. Birleşik Krallık* davasından bahsedebiliriz. AİHM'ne göre İngiliz hukukunda tuzak savunması her ne kadar önemli bir savunma olmasa da sürecin suistimal edilmesi halinde yargıçların tuzak sonucunda elde edilen bilgileri dosyadan çıkarma görevi bulunmaktadır. Ancak AİHM bu davada başvurucunun suç işlemesi için baskı altına alınmadığını belirterek başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Zira her ne kadar bu olayda gizli polisler uyuşturucu satışının yapılması fikrini ilk olarak ortaya atmış olsalar

28 Ramanauskas v. Litvanya, § § 67-68.

29 Ramanauskas v. Litvanya, § 69.

30 Ramanauskas v. Litvanya, § 70.

31 Ramanauskas v. Litvanya, § § 73-74.

da, başvuruçunun, hapishaneden çıkmasının ardından para kazanmak için en başından beri suç teşkil edecek davranışlarda bulunma arayışında olduğu ve birçok gizli polisle bu niyetle iletişime geçtiği başvuruçunun tarafından inkar edilmemiştir. Mahkeme de suçla mücadelenin önemi göz önünde bulundurulduğunda gizli ajanların kullanımının her durumda sözleşmenin ihlali olmadığına karar vermiştir. Yani Mahkeme bu davadaki faaliyeti ajan provokatörlük olarak değerlendirmemiş, somut olaydaki gizli soruşturmacı kullanılması suretiyle delil elde edilmesini de Sözleşmeye aykırı bulmamıştır.

4. Burak Hun v. Türkiye: Kolluk Adına Çalışan Üçüncü Kişinin Kışkırtması

Kamu görevlisi olmayan ve kolluk adına çalışan bir üçüncü kişinin kışkırtması ile suç işlenir ve suç işleyen kişi mahkum olursa adil yargılanma hakkının ihlal edildiği söylenebilir mi? Bu bakımdan *Burak Hun v. Türkiye*³² davası zikredilmeye değer. Başvuru konusu olayda kolluk adına çalışan ve uyuşturucu alıcısı gibi hareket eden X isimli bir kimse başvuruçuyu arayarak kendisine uyuşturucu temin etmesini istemiş ve başvuruçunun bu teklifi kabul etmiştir. Uyuşturucuyu teslim etmek için X'in arabasında X ile buluşan başvuruçunun uyuşturucular karşılığında seri numaraları önceden tespit edilmiş paraları almış ve hemen ardından polis tarafından suçüstü yakalanmıştır. Sonrasında ise başvuruçunun uyuşturucu satmak suçundan mahkum olmuştur. AİHM'ne başvuran başvuruçunun ajan provokatör tarafından suç işlemeye azmettirildiğini belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AİHM, X'in uyuşturucu temin etmek için başvuruçunun aramasından önce, başvuruçunun suç teşkil eden bir eylem hazırlığında olduğunu ortaya koyan hiçbir bulgu olmadığı gibi polisin güdümüyle hareket eden üçüncü kişinin olayda pasif bir şekilde davranmadığını ve başvuruçunun suç işlemeye teşvik ettiğini belirlemiştir. Haliyle X'in müdahalesi olmaksızın suçun gene

32 Burak Hun v. Türkiye, Başvuru Numarası: 17570/04, 15 Aralık 2009.

de işleneceğini gösteren bir şey bulunmamaktadır. Tüm bu nedenlerle AIHM Sözleşme m.6'da düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.³³ Dolayısıyla suç işlemeye teşvik eden kimsenin kolluk görevlisi olmaması halinde dahi gerçekleştirilen teşvik AIHM tarafından ajan provokatörlük olarak kabul edilebilir.

5. Shannon v. Birleşik Krallık: Üçüncü şahısların kışkırtması

Şimdiye kadar yapmış olduğumuz incelemeden anlamaktayız ki ulusal hukuk, devlet görevlileri ya da bu görevliler adına çalışan üçüncü kişiler tarafından kışkırtılmak suretiyle elde edilen delillerin kullanılmasına müsamaha etmemelidir. Eğer ederse bu bağlamda ulusal hukuk, adil yargılanma hakkı ile bağdaşmıyor demektir.³⁴ Peki, devlet görevlileri dışında üçüncü şahısların kişileri kışkırtması suretiyle suç işlenmesi halinde ajan provokatörlük bakımından zikrettiğimiz delil yasağı yine söz konusu olabilir mi? Bu hususta *Shannon v Birleşik Krallık* davasını incelemekte yarar bulunmaktadır. Başvuru konusu olayda başvurucu bir aktör olup ünlü dizilerde oynamaktadır. Bir gazetecinin söz konusu aktörün uyuşturucu temin ettiğini bilgi kaynaklarından öğrenmesi üzerine gazeteci aktörle irtibata geçerek kendisine uyuşturucu temin etmesini istemiştir. Aktör de bir otel odasına giderek uyuşturucuları kılık değiştirmiş bulunan gazeteciye teslim etmiştir. Sonrasında gazeteci bir makale yayımlayarak aktörün uyuşturucu temin edicisi olduğunu yazmış ve elindeki tüm delilleri (video görüntüleri dahil) polise teslim etmiştir. Sonrasında ise başvurucu mahkum edilmiştir. Başvurucu da gazetecinin tuzak yoluyla elde ettiği delilin kabulü ve bu delil üzerinden mahkum edilmesinin adil

33 Burak Hun v. Türkiye kararının Dışişleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdür Yardımcılığı tarafından yapılmış resmi olmayan Türkçe özeti Mahkemenin internet sitesinde bulunmaktadır. Bkz: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"display":2, "languageisocode":\["TUR"\], "docname":\["burak-hun"\], "documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER", "CHAMBER"\], "itemid":\["001-120527"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{).

34 Bkz: Khudobin v. Rusya, Başvuru Numarası: 59696/00, 26 Ekim 2006, § 133.

yargılanma hakkının ihlali niteliğinde olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucu ayrıca, operasyonun tamamen denetimsiz bir şekilde gerçekleştiğini, ticari amaçlarla yapıldığını ve usuli ya da kanıtlara ilişkin herhangi bir güvence bulunmadığını ifade etmiştir. AİHM yapmış olduğu değerlendirmede başvurucunun üçüncü bir şahıs tarafından sağlanan bilgi üzerinden mahkum olduğunu, gazetecinin polisin talimatı ya da kontrolü altında hareket etmediğini ve yine polisin gazetecinin yürütmüş olduğu faaliyet ile ilgili önceden bilgi sahibi olmadığını not ederek *Teixeira de Castro v. Portekiz* davasından farklı bir durum olduğunu ifade etmiştir. Bu şekilde delil elde ederek mahkumiyet kararı verilmesi de adil yargılanmayı ihlal edebilir nitelikte olmakla birlikte somut olayda başvurucunun bir suç işlemek için tuzağa düşürülmediğini, gazetecinin uyuşturucu temini yolundaki ilgisi karşısında gönüllü olarak suç işlediğini ifade ederek başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.

D. SONUÇ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, diğer teknik kavramlarda olduğu gibi ajan provokatör kavramına da özerk bir anlam yüklemektedir. Dolayısıyla AİHM içtihatları ışığında söz konusu uygulama değerlendirilirken ulusal hukukta kullanılan terminolojiye sıkı sıkıya bağlı kalmak yanıtıcı olabilir.³⁵ Nitekim ajan provokatör deyimini AİHM'nin vermiş olduğu kararlarda nadiren geçmekte, çoğunlukla tuzak, kışkırtma gibi terimler kullanılmaktadır.

AİHM, suçları soruşturmak ve tespit etmek amacı ile delil etme yolundaki kolluk görevinin ne kadar zor olduğunun farkındadır. Zira kolluğun bu görevi yerine getirebilmek için

35 Bu bağlamda Mahkemenin ceza muhakemesi ile ilgili birçok kavramda aynı yaklaşımı sergilediğini söyleyebiliriz. Örneğin AİHM'nin "hüküm" kavramına verdiği anlam ile CMK'nda düzenlenen "hüküm" ile kast edilen şey aynı değildir. Bu konu ile ilgili olarak bkz: Muharrem Özen, Devrim Güngör, Güneş Okuyucu Ergün, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Hukukunda Azami Tutukluluk Süresinin Hesaplanmasına İlişkin Değerlendirmeler", *Ankara Barosu Dergisi*, Y: 68, S: 2010/4, s. 185-187.

özellikle organize suçlar ile yolsuzlukla mücadelede, artan bir şekilde gizli ajan, muhbir ve benzeri yöntemler kullanması gerekmektedir.³⁶ Gizli yöntemlerin kullanılması başlı başına adil yargılanma hakkını ihlal etmez. Ancak söz konusu yöntemlerin polis teşvikleri sonucunda suç işlenmesine de yol açabileceği göz önüne alınırsa gizli yöntemlerin kullanılmasının belirgin sınırlar içerisinde tutulması gerekir.³⁷ Ortada suç işleneceğine dair somut bir bulgu olmamasına rağmen bir kimsenin kolluk görevlileri ya da kolluk adına çalışan yahut kolluğun güdümündeki bir kimse tarafından teşvik edilerek suç işlemesi sonucunda mahkum edilmesi halinde söz konusu faaliyet AİHM tarafından ajan provokatörlük, tuzak ya da 'teşvik' olarak kabul edilmek suretiyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmektedir. Suç işleneceğine dair somut bir belirti olması ve mahkum edilen kimsenin halihazırda suç işleme niyetinde olması halinde ise yapılan faaliyet AİHM tarafından ajan provokatörlük olarak kabul edilmeyerek gizli ajan faaliyeti olarak nitelendirilmektedir. Bu durumda Mahkemenin yapmakta olduğu inceleme ise adil yargılanma hakkının diğer unsurları ile ilgili olmaktadır. Zira Mahkeme, ajan provokatörlerin teşviki sonucu elde edilen delillerin kullanılmasının adil yargılanma hakkını her halükarda ihlal ettiğini kabul ederken gizli ajanlar tarafından elde edilen delillerin kullanılmasının ise adil yargılanma hakkını her zaman ihlal etmediğine karar vermektedir.³⁸ Bu bağlamda AİHM'ne göre, "gizli ajanların faaliyeti suç işlenmesini teşvik etmiş ve söz konusu teşvik olmaksızın söz konusu suçun yine de işleneceğine dair bir bulgu var olmamış ise yapılan faaliyet gizli ajan faaliyeti olmaktan çıkar ve 'teşvik' haline gelir. Böyle bir müdahalede bulunulması ve bu müdahalenin ceza yargılamalarında kullanılması yargılamanın hakkaniyetine onarılmaz bir şekilde zarar verilmesine neden olur."³⁹ Sonuç olarak ortada suç işleneceğine dair bir belirti olmaksızın suç işlenmesine teşvik halinde AİHM farklı ifadelerle de olsa bizim anladığımız an-

36 Bkz: Ramanauskas v. Litvanya, § 49.

37 Bkz: Ramanauskas v. Litvanya, § 51.

38 Harris ve diğerleri, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, s. 268.

39 Vanyan v. Rusya, § 47.

lamda ajan provokatörlüğün bulunduğuna karar vererek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermektedir. Böyle bir faaliyetin bulunmaması halinde ise bir ihlal bulunduğuna kategorik olarak karar verilmemekte, yapılan başvurular adil yargılanma hakkının sağladığı diğer güvenceler ışığında incelenmektedir.

KAYNAKÇA

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 11. ve 14. Protokoller ile Değiştirilen Metin, Avrupa Antlaşmaları Serisi, No.5, Strasbourg, Avrupa Konseyi Yayınları, 2010.

Balo, Yusuf Solmaz: **Uluslararası İlke ve Uygulamalar Çerçevesinde Ceza Muhakemesinde Tanık Koruma (Anonim Tanık)**, Ankara, Seçkin, 2009.

Erem, Faruk: “İdarenin ‘Kışkırtıcı Ajan’ Kullanması”, **Onar Armağanı**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1977, s. 271-284.

Feyzioğlu, Metin: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, Ankara, Us-a Yayıncılık, 1996.

Harris, David ve diğerleri, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Oxford University Press, 2009, Çevirenler: Mehveş Bingöllü Kılıcı-Ulaş Karan, Avrupa Konseyi, 2013.

İnceoğlu, Sibel: “Adil Yargılanma Hakkı”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Editör: Sibel İnceoğlu, 2. baskı, İstanbul, Beta, 2013, s. 209-286.

Özen, Muharrem-Güngör, Devrim- Ergün, Güneş Okuyucu: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Hukukunda Azami Tutukluluk Süresinin Hesaplanmasına İlişkin Değerlendirmeler”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y: 68, S: 2010/4, s. 181-187.

Sözüer, Adem: “Türk Ceza Hukuku Reformu”, **Türk Ceza Hukuku Reformu Mevzuatı**, Editör: Adem Sözüer, İstanbul, Alfa, 2013, s. 7-26.

Şen, Ersan: **Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme-Gizli Soruşturmacı-X Muhbir**, 5. baskı, Ankara, Seçkin, 2011.

Şen, Ersan- Yurttaş, Yasemin: “Gizli Tanık, X Muhbir, Gizli Soruşturmacı, Ajan Provokatör”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Y: 3, S: 6, 2008, s. 21-50

HUKUKÇULAR ARASI MAKALE YARIŞMASI
ÜÇÜNCÜLÜK ÖDÜLÜ

CUMHURİYET SAVCISININ KONUMLANIŞININ
SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ PRENSİBİNE AYKIRILIĞI*

Elif Gül YILMAZLAR**

“Barika-i efkardan mukaddeme-i hakikat doğar.”

Namık Kemal

I. Giriş

Cumhuriyet tarihi incelendiğinde, hazırlık soruşturmasının patronu ve/veya kralı olarak nitelendirilen Cumhuriyet Savcısı(bundan sonra:savcı), günümüzde soruşturmanın imparatoru haline gelmiş¹ ve kovuşturmanın merkezine yerleşmiştir. Ceza yargılamasındaki konumlanışı itibariyle savcı, diyalektiğin olağan seyrinde yürümesini engellemektedir. Tez(iddia), antitez(savunma) ve sentez(hüküm) üçlüsünde; savunma; yetkisiz, olanaksız ve güçsüz bırakılarak dengeler bozulmakta, adil yargılanmanın ilk ve en önemli gereği olan silahların eşitliği prensibi ihlal edilmektedir.

Bu çalışma, palyatif (hastalığı tamamen iyileştirmeyen, yatıştırıcı ve geçici olan) çözümleri tartışmaktan ziyade, ceza yargılamasının temel sorununun saptanmasına yönelik araştırma

* Bu konuda çalışmayı öneren ve her daim yol gösterici olan değerli hocam Yrd. Doç. Dr. Koray Doğan'a ve hiçbir zaman desteğini eksik etmeyen dostum Ümit Yalçın'a teşekkürlerimle.

** Araştırma Görevlisi, Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD

1 Öztürk, s.156

yapmayı amaçlamaktadır. Bu bağlamda, çalışmada, öncelikle, ceza yargılamasının temel sorunu tespit edilecek; sonrasında, adil yargılanma hakkı ve silahların eşitliği prensibinden ne anlaşılması gerektiğine değinilecektir. Daha sonra, ceza yargılamasında savcının konumlanması, kürsüdeki yeri ve soruşturma aşaması ile sınırlı tutularak çalışma nihayetlendirilecektir.

II. Sorunun Tespiti

Çelişik gibi gözükken iki menfaati, yani hem ferdin ve hem de toplumun menfaatini koruyan ceza yargılamasının gayesi, maddi gerçeğe ulaşmaktadır². Nitekim Demokrit'in dediği gibi, "doğru, ancak gerçeğin derinliğinde bulunur." Ceza yargılamasında doğruya, maddi gerçeğe ulaşabilmek ise ancak diyalektik yargılama ile mümkündür.

Diyalektik, farklı görüşlerin çatışması yoluyla gerçeğe ulaşma amacı güden bir tartışma sanatıdır³. En yüksek diyalektik, insan aklının, gerçeği tümünden anlayabilmesidir⁴. Diyalektik yargılama; tez(itham), antitez(savunma), sentez(hüküm) üçlüsünden oluşmaktadır. Zira, diyalektik, karşıtlıklardan doğmaktadır.

Ülkemizde ceza yargılamasının temel sorunu, diyalektiğin gerçekleştirilememesidir. Konulan "tez" e karşı, "antitez" oluşturulamadığı için sağlıklı bir "sentez" oluşmamakta, adalet

2 Zira; savcı, yakalama(CMK m.90, 98), gözaltı(CMK m.91), gecikmesinde sakınca varsa arama(CMK m.119), elkoyma(CMK m.127), iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması(CMK m.135), gizli soruşturmacı görevlendirme(CMK m.139) ve teknik araçlarla izleme(CMK m.140/2) gibi koruma tedbiri işlemleri yapabilmesinin yanı sıra, yemin verdirerek tanık dinlemek(CMK m.54/2), bilirkişiye başvurmak(CMK m.63/3), gecikmede sakınca varsa beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına karar vermek(CMK m.75, 76), gecikmesinde sakınca varsa keşif yapmak(CMK m.83), yer gösterme işlemi yaptırmak(CMK m.85), ölünün adli muayenesini ve otopsi yaptırmak(CMK m.86, 87) ve şüphelinin ifadesini almak gibi yetkilerle donatılmıştır.

3 **Toroslu/ Feyzioglu**, s.7 **Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu**, s.27

4 **Yeşilova**, s.50 Nitekim yazara göre bu tartışma yöntemi, karşıt görüşleri karşılaştırarak, çözümlenerek ve çürütülerek gerçeğe ulaşma çabasından ibarettir.

duygusu zedelenmektedir. Peki, yargılamada diyalektiğinin gerçekleştirilememesinin sebebi nedir? Bu sebebin belirlenebilmesi için, öncelikle ceza muhakemesi sistemlerinin incelenmesinde fayda vardır⁵. Zira, yargılamada diyalektiğin temelini kurulması veya diyalektiğin temelden sarsılması, benimsenen ceza muhakemesi sistemiyle ilişkilidir.

Ceza muhakemesinde itham, tahkik ve karma sistem olmak üzere üç sistem mevcuttur. İtham sistemi, en eski olan, muhakemenin çelişme, sözlülük ve açıklık ilkelerine göre yapıldığı, bir kimsenin cezalandırılabilmesi için diğer bir kimse tarafından suçlanması, itham edilmesi ve itham edenin suçluluğu ispat etmesi esasına dayanan bir sistemdir⁶. Tahkik sisteminin esası ise, toplum menfaatinin fert menfaatinden üstün tutulması ve hakikatin araştırılmasına dayanmaktadır⁷. Muhakemenin her aşamasında yazılılık ve gizliliği esas alan bu sistem⁸ “Bir masumun ceza görmesinden bin suçlunun beraati evladır.” anlayışından oldukça uzaktır. Ferde hiç bir hak tanımayan bu sistem mutlak ve müstebit hükümdarların, otoriter rejimlerin iltifat ettiği bir sistemdir⁹. İşbirliği sistemi olarak da bilinen karma sistem ise, itham ve tahkik sisteminin bazı özellikleri alınmak suretiyle oluşturulmuştur. Rönesans’ın gelmesiyle engizisyon sisteminin sarsılması fakat kilisenin hukuka direnmesiyle tamamen yok edilememesi sonucu bu sistem ortaya çıkmıştır¹⁰.

Ülkemizde benimsenen ceza muhakemesi sistemi, karma sistemdir. Modern devlet anlayışı ve ceza muhakemesinin hu-

5 **Erem**, (Diyalektik Açıdan Ceza Yargılaması), s.1

6 Erem’e göre ceza yargılamasının temeldeki kusurlarını bulmak için, öncelikle yargılama hukukunun geçirdiği değişikliğe tarihi seyri içinde değinmek, daha sonra da yargılama hukukunun esasta neye dayandığını araştırmak gerekmektedir. bkz: **Erem**, (Savunma ve Ceza Yargılamasında Temel Kusurları) s.333

7 **Toroslu/Feyzioğlu** s.40

8 **Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu** s. 68 Tahkik sisteminde yani engizisyon usulünde, savunma hakkı 13.yüzyıldan sonra olabildiğince kısıtlanmış ve müdafî savunma yapan değil, adeta sanığın ikrarını sağlamaya çalışan bir araç haline getirilmişti. **Centel**, (Müdafî) s.21

9 **Toroslu/Feyzioğlu** s.42

10 **Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu**, s.68

kuk devleti anlayışına uydurulması isteği, ilk iki sistemin iyi yönlerinin, artık kabul edilemez olan yönlerinden ayrılması ve iyi yönlerinin karışımı olan yeni bir sistemin ortaya konulması sonucu doğurduğu ileri sürülmüştür¹¹. Ancak itham sistemi ile tahkik sistemini birleştirerek karma sistemi ortaya koymanın bir başarı olmadığı, ortaya çıkanın sadece halita¹² olduğu, engizisyon sisteminin kalın izlerinin varlığını halen koruduğu, hat-ta ceza yargılamasındaki yakınmaların hepsinin kökenin buna dayandığı belirtilmiştir¹³. Gerçekten de itham ve tahkik sistemi birbiriyle çelişkili olan iki sistemdir ve iki ayrı sistemin homojen bir hale getirilmesinin mantığı olmadığı açıktır¹⁴.

Diyalektik yargılamanın temelini ise, itham sistemi oluşturmaktadır¹⁵. Nitekim bu sistem, itham eden ile itham edilen arasında tam bir çekişmeye dayanmaktadır. Savunmanın altın çağını yaşadığı Yunan ve Roma Uygarlığında kabul edilen usul sistemi de itham sistemidir¹⁶. Gerçekten de, Sokrates M.Ö. 399'da kendisini bir halk mahkemesinin önünde sözü kesilmeden ve tam bir özgürlük içinde savunabilmiştir¹⁷. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından uygulanan yargılama sistemi de itham sistemine daha yakındır¹⁸.

11 **Erem**, (Savunma ve Ceza Yargılamasında Temel Kusurları)s.336 Karma sistemin özellikleri şunlardır: 1.Hakimin davaya el koyabilmesi için bir ithamın varlığına ihtiyaç vardır. 2.Hakim tarafların delilleriyle bağlı değildir. 3.Soruşturma aşamasında muhakeme kural olarak yazılı ve gizlidir, çelişme sınırlıdır. 4.Kovuşturma aşamasında sözlülük ve açıklık esastır, tam çelişme vardır. 5.Sanığın hakları siyasi rejime göre değişebilmektedir. **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu** s.70, **Toroslu/ Feyzioğlu** s.43

12 **Leone**, s.10 aktarımıyla **Toroslu/Feyzioğlu** s.43

13 Halita, birden çok öğeden oluşmuş karmaşık bir bütün anlamına gelmektedir. bkz: Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.52e18b8d493e32.15649614

Erişim Tarihi: 13.01.2014

14 **Erem**, (Savunma ve Ceza Yargılamasında Temel Kusurları), s.335-336

15 **Yarsuvat**, s.9

16 **Erem**, (Savunma ve Ceza Yargılamasında Temel Kusurları)s.336

17 **Erem**, (Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi) s. 211 Ayrıntılı bilgi için bkz: **Kocaoğlu**, s.119 vd.

18 **Centel**, (Müdafî) s.21

O halde, ülkemizde ceza yargılamasının temel sorunu, di-yalektiği gerçekleştirecek itham sistemi yerine, birbiriyle çeliş-kili olan itham ve tahkik sistemi birleşiminden ortaya çıkmış karma sistemin benimsenmesidir. Doğruya, maddi gerçeğe ulaşabilmek için “tez”in karşısına “antitez” konmalıdır. İşte, ceza yargılamasında, “antitez”i dışlayarak sağlıklı “tez”in olu-şumunu engelleyen, toplumun adalet duygusunu zedeleyen sebeplerden biri, belki de en önemlisi, savcının yargılamadaki konumlanışına ilişkin düzenlemelerdir. Bu bağlamda, savcılık kurumunun örgüt yapısı ve işleyişi ile ilgili olan, Anayasa ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanununundaki düzen-lemeler şüphesiz konumlanış kapsamındadır. Ancak çalışma-da incelenecek anlamda konumlanış, savcının silahların eşitliği prensibine aykırı olarak soruşturma evresinde donatıldığı yet-kiler ve kürsüdeki yeriyle sınırlıdır.

III. Silahların Eşitliği Prensibi ve Adil Yargılanma Hakkı

Geleneksel otoriter hukuk anlayışından, insan ve insan hak-larını ön planda gözeten özgürlükçü hukuk anlayışına geçiş sürecinde billurlaşan önemli kavramlardan birisi adil yargılan-ma hakkıdır¹⁹. Adil yargılanma kavramının ne olduğu ve te-rimsel olarak nasıl adlandırılması gerektiği²⁰ konusunda görüş birliği yoktur. Zira, adil yargılanma hakkı, tek bir hak olmayıp yargısal haklar demetidir²¹. Bir görüşe göre adil yargılanma, uyuşmazlığın tarafları arasında fiili ve hukuki bir fark gözet-meksizin iddia ve savunmaların eşit ölçülerde ve karşılıklı

19 Soyaslan, s.67

20 Güzel Ali, “ ‘Adil Yargılanma Hakkı’ ve ‘Silahların Eşitliği’ Bağlamında Savcılık ve Savunma” adlı Tebliğ, s.250

21 “Adil yargılanma” yerine, “dürüst yargılanma” denmesi konusunda bkz: Schroeder/ Yenisey, s. Nitekim yargılamanın sonucunun adil olması AİHS 6. ve diğer maddelerinde hedeflenen bir şey olamaz. Ama sözleş-menin ifade ettiği şey, adil sonuca varırken dürüst yollardan gitmektir. bkz: Dönmezer, s.339 “Adil muhakeme” teriminin kullanılması gerektiği konusunda bkz: Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s.55 “Adil yar-gılanma” teriminin doğru olduğu görüşü konusunda bkz: Zabunoğlu, s.316

olarak yapıldığı dürüst bir yargılamadır²². Adil yargılanmayı düzenleyen AİHS m.6 açısından sorgulanan, varılan sonuçtan çok yargılama sürecidir²³.

Adil yargılama hakkının unsurlarının bir kısmı AİHS'te belirtilmiştir. "Silahların eşitliği"ni de kapsayan bir kısım ise, adil yargılama kavramı içinde mündemiç olduğu için AİHM'in içtihat ve yorumlarında kabul edilmiştir²⁴. Gerçekten de silahların eşitliği prensibi, adil yargılanma ilkesinin bir alt görünümüdür ve m.6/1'den zımni olarak ortaya çıkmaktadır²⁵. AİHM'e göre, adil yargılanmanın ilk ve en önemli gereği taraflar arasında silahların eşitliği²⁶, yani mahkeme önünde sahip bulunulan hak ve yükümlülükler bakımından taraflar arasında tam bir eşitliğin gözetilmesi ve bu dengenin yargılama boyunca korunması, başka bir deyişle mücadelenin eşit silahlarla yapılmasıdır²⁷. Silahların eşitliği prensibi, tüm katılanların yargılama sürecinde eşit hareket etmeleri, olabildiğince aynı şartlar altında bulunmaları, söylemek istediklerini anlatmaları ve iddialarını ispatlamalarıdır²⁸.

IV. Ceza Yargılamasında Savcının Konumlanması

a) Kürsüdeki Yeri ve Hakimlerle İlişkisi

Silahların eşitliği prensibinin gerçekleştirilmesi için öncelikle adliye tasarımının buna elverişli olması gerekmektedir. Zira, İngiliz yargıç özdeyişine göre, adaletin yalnızca yerine getiril-

22 Yeşilova, s.50

23 Donay, s.41

24 Centel, s.187

25 "Silahların eşitliği" yerine "hak ve olanakların denkliği" teriminin kullanılması gerektiği hakkında bkz: Güzel, s.250

26 Peters (Koca), s.123

27 Silahlar savaş araçlarıdır. Yargılama ise, bireysel ve kitlesel savaşları önlemeyi amaçlıyor. Çelişkili gibi görünen bu anlatım, yanların, yargılama sürecindeki etkinliklerini vurguluyor. bkz: Dinç, s.284 "Silahların eşitliği" kullanımının eksik ve değerlendirmeye açık olduğu hakkında bkz: Yeşilova, s.53

28 Gözübüyük/ Gölcüklü, s.291

mesi yetmez, aynı zamanda yerine getirildiğinin gösterilmesi gerekir. Adliye tasarımı elverişliliğinden, silahların eşitliği prensibine uygun olarak savcı, sanık ve müdafinin yer olarak konumlanması kastedilmektedir. Ancak ne var ki, iddia makamını temsil eden savcı, hakimlerin yanına otururken; sanık, müdafinden ayrı bir yerde konumlandırılmıştır²⁹.

Savcının kürsüdeki yerine değinmeden önce avukatın duruşma salonundaki yerine ilişkin açıklama yapmakta fayda vardır. Bu kapsamda, duruşmada sanığın müdafinin yanında yer alamaması sorununun değinilmelidir. 18.11.2008 tarihinde Türkiye Barolar Birliği, sanık ve avukatının duruşmada yan yana oturabilmesi için Adalet Bakanlığı'na başvuru yapmıştır. Başvuru üzerine Bakanlık, Uluslararası Sözleşmelerde ve Anayasada açık bir şekilde sanık ve müdafinin duruşmalarda yan yana bulunmasına ilişkin bir düzenleme olmadığını belirtmiştir. Ayrıca CMK m.203 gereği duruşmanın düzenini sağlama görevinin mahkeme başkanı veya hakime ait olduğunu, güvenlik vs. nedenlerle sanığın duruşma salonunda müdafiden ayrı bir yerde bulundurulmasının her somut olaya göre değerlendirilmesi gerektiği, silahların eşitliği ilkesi gereğince mahkeme başkanı veya hakimin sanık ve müdafinin duruşmada yan yana oturması konusunda geniş bir takdir yetkisinin bulunduğu belirtmiştir³⁰. Adalet Bakanlığı'nın bu görüşü haklı olarak eleştirilere matuf olmuştur. Zira; düzenlemenin özüne, ana fikrine bakıldığında savunma hakkı açısından en doğrusunun, hatta kaçınılmaz olanın duruşmada müdafinin ve sanığın yan yana oturması olduğu, savunma hakkının nasıl kullanılacağı, duruşmanın düzen ve disiplinini bozmadığı sürece yargılama makamının müdahale edebileceği bir husus olmadığı, Anayasa ve Uluslararası Sözleşmelerde sanıkla müdafinin yan

29 Bulut/ Avusturya kararı, 22.2.1996, 1996/2 S.359 NR.47 bkz: **Ladewig (Çakmut)**, s.260

30 Bu durumun muhakemenin simetresini bozduğu yönünde bkz: **Akın**, s.184

yana oturmasına engel düzenleme olmadığı belirtilmiştir.^{31 32} Gerçekten de Anayasa, Uluslararası Sözleşmeler ve kanuni düzenlemeler sanık ve müdafinin yan yana oturmasına engel bir düzenleme bulunmamaktadır. Hatta, sanık ve müdafinin yan yana oturması, CMK m.149/3'teki "soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukatın, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz." şeklindeki düzenlemenin bir gereğidir.

Silahların eşitliği prensibini gerçekleştirmek için sanığın müdafinin yanında konumlanması yeterli değildir. Bu prensibinin gerçekleştirilebilmesi için savcının da kürsüden inmesi, sanık avukatlarıyla karşılıklı olarak ve eşit seviyede konumlanması gerekmektedir.

2011 yılında yapılan inceleme sonucu Avrupa Birliği Komisyonu adına hazırlanan "Türk Yargısının Etkinliği ve Ceza Adalet Sistemi" başlıklı rapor, yıllardır olduğu gibi, savcı ve savunma avukatlarının duruşma salonlarındaki yerlerinin eşit seviyede olmasını, duruşma salonuna ayrı kapıdan girmeleri ve savcı odalarının hakim odalarının yerinden tamamen farklı olması gerektiğini vurgulamaktadır³³.

31 Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğünün 24.10.2008 gün ve B.03.0.CİG.0.00.00.05- 659362 2008/1151/54462http://www.barobirlik.org.tr/calisma/haberler/sanikavukatyanana/tara_20081119112444.pdf, Erişim tarihi:11.01.2014

32 Fezyioğlu, s.24-25

33 Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü tarafından pilot illerde yürütülmüş olan Türkiye'de Mahkeme Yönetimi Sisteminin Güçlendirilmesi Projesi kapsamında hazırlanan broşürlerde tutuklu olmayan sanıkların yeri müdafilerinin yanı sıra olarak gösterilmiştir. Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, Duruşma Salonu Nasıl Olmalıdır? Broşürü, http://www.myd.adalet.gov.tr/dokumanlar/bros%C3%BCrler/6%20Duru%C5%9Fma%20salonu%20nas%C4%B1ld%C4%B1r.pdf Erişim Tarihi: 11.01.2014 Bu ileri bir uygulamadır. Ancak yine de eleştirileri gidermemektedir. Zira, neden tutuklu olan ve tutuksuz yargılanan sanık farklı uygulamaya tabi olmaktadır? Tutuklu olan sanık müdafii ile iletişim kurmaya tutuksuz sanıktan daha mı az ihtiyaç duymaktadır? Ayrıca uygulanan bu proje kapsamında savcının konumlanması açısından da bir değişiklik bulunmamaktadır.

AİHM, savcının kürsüdeki yeri ile ilgili olarak tartışılması gereken yeni bir karara imza atmıştır. AİHM Diriöz/ Türkiye kararında, duruşmadaki oturma düzeniyle fiziken savcıya “ayrıcılık” bir konum verildiğini, ancak bu durumun duruşma sırasında sanıkları dezavantajlı bir konuma getirmediğini belirtmiştir³⁴. Savcının duruşma salonundaki konumunun silahların eşitliği prensibini ihlal etmediğini belirten AİHM kararı kanımızca isabetli değildir. Nitekim, ülkemizde yargı geleneğinde savcıya sadece fiziken ayrıcalıklı bir konum verilmemektedir. Savcının, hükmü verecek olan hakimle ilişkisi, avukatın hakimle olan ilişkisi gibi değildir. Zira, hakimler ve savcılar aynı sınava ve eğitime tabi tutulmakta, atamaları tek elden ve aynı şekilde yapılmakta, aynı yerlerde çalışmakta ve aynı lojmanlarda kalmaktadırlar. Tüm bu durumlar birlikte değerlendirildiğinde, uygulamada taraflar arasında tam bir eşitliğin bulunduğu söylenemez. Nitekim Nietzsche’nin “Nedeni olan nasılına katlanır” sözünde de vurgulandığı gibi, amacı olan bir uygulamanın devam etmesi kabul edilebilir, fakat amacı olmayan bir uygulamanın, sembolik olduğu gerekçesiyle silahların eşitliğine aykırı olmadığı savıyla uygulanmaya devam edilmesi kabul edilemez.

B. Soruşturma Evresi

Ceza yargılamasında öncelikle silahların eşitliği prensibinin hangi andan itibaren başladığı belirlenmelidir ki, savcının yaptığı hangi işlemlerin bu prensibe aykırılık oluşturduğu tespit edilebilsin. Bir görüşe göre, bu ilkenin soruşturma evresinde geçerliliği belirsizdir³⁵. Bu görüş çeşitli nedenlerle temellendirilebilir. Nitekim, soruşturma evresi gizlidir, bu aşamada soruş-

34 Ankara Barosu’nun Avrupa Birliği Komisyonu Adına Hazırlanan Türk Yargısının Etkinliği ve Ceza Adalet Sistemi Başlıklı Rapor Hakkında Değerlendirmesi, s.16 <http://www.ankarabarusu.org.tr/Dosyalar/yye/abraporu.pdf> Erişim Tarihi:11.01.2014 Karş. 2005 yılında hazırlanan Avrupa Konseyi Türkiye Cumhuriyeti’nde Yargılama Sisteminin İşleyişi İştisare raporu **Kazan**, s.278

35 Diriöz/ Türkiye No:38560/04 Ayrıca bu karar “Savcının Oturduğu Yer Adaleti Bozar mı?” şeklinde haberlerde de yer almıştır. <http://www.haberturk.com/polemik/haber/747964-savcinin-oturdugu-yer-adaleti-bozar-mi>

turmanın koordinatörü ve sorumlusu olan savcının savunma makamıyla aynı şartlar altında bulunması beklenemez. Kaldı ki, bu evrede suçlulukla mücadele edilememesi ve delillerin kaybolması ve karartılması tehlikesi de söz konusudur.

Konuyu bir başka açıdan değerlendirecek olursak, kovuşturma evresinin temelleri soruşturma evresinde atılmaktadır. Çoğu zaman soruşturma evresinde yapılan işlemler sonucu ulaşılan deliller hükme esas alınmaktadır. Yapılan çoğu işlemde ve verilen kararda şüpheli veya müdafii katılımı engellenirse, savunma soruşturmadan dışlanırsa, maddi gerçeğe ulaşmak ve doğru bir hüküm verebilmek mümkün olabilir mi?

İşte sorun, yukarıda açıkladığımız, bu birbiriyle zıt görünen iki menfaatin dengelenmesi aşamasında çıkmaktadır. Bu noktada, AİHS'te maddenin düzenleniş şekline ve AİHM kararlarına bakılmalıdır. AİHS m.6'da "sanık" ve "dava" kavramları kullanılmaktadır. Ancak bu maddenin uygulanması söz konusu olursa, o takdirde "dava" ve "sanık" kavramlarından 1. ve 3.fıkraya, hükmün öncelikle davanın açılışından yani soruşturmanın tamamlanmasından sonra uygulama alanı bulduğu anlamı verilmemelidir³⁶. AİHM, adil yargılanma açısından muhakemeyi bütün olarak değerlendirdiğinden, soruşturma evresinde silahların eşitliğine ters düşen, sonraki aşamalarda giderilemeyen uygulamalar dolayısıyla da zaman zaman AİHS'in ihlal edildiği sonucuna ulaşmaktadır³⁷. Gerçekten de AİHM, isabetli olarak, Erckle/ Germany kararında, bu madde korumasının, şüphenin kişiye resmi olarak bildirilmesiyle veya Foti/İtalya kararında olduğu gibi, kişinin isnattan ilk ve hatırı sayılır şekilde etkilendiği arama gibi bir takım uygulamaya ilişkin tedbirlerle başladığını belirtmiştir³⁸.

Soruşturma evresinde savcı, yemin verdirerek tanık dinlemek (CMK m.54/2), bilirkişiye başvurmak (CMK m.63/3), gecikmede sakınca varsa beden muayenesi ve vücuttan ör-

36 Peters(Koca), s.123

37 Ambos(Ünver), s.25

38 Centel, s.192

nek alınmasına karar vermek (CMK m.75, 76), gecikmesinde sakınca varsa keşif yapmak (CMK m.83), yer gösterme işlemi yaptırmak (CMK m.85), ölünün adli muayenesini ve otopsi yaptırmak (CMK m.86, 87) ve şüphelinin ifadesini almak gibi yetkilerle donatılmıştır³⁹. Ancak şüpheli ve müdafî, ifade ve sorgu (CMK m.147) hariç pasif durumda bırakılmış ve soruşturmanın dışına itilmiştir⁴⁰. Oysa, bu sayılan araştırma işlemleri ile delil ve delil kaynaklarına ulaşılmaktadır. Bu evrede deliller tartışılmadan ve savunma dışlanarak kovuşturma evresine geçiş silahların eşitliği prensibini ihlal etmektedir. Neden savunma, soruşturma evresinde (kural olarak) tanık dinlenmesi ve bilirkişiye başvurulmasında hazır bulunamamaktadır? Ya da neden, tanıklığın güvenilirliği araştırmak ve şüpheliyle yüzleştirmek bir yana, CMK m.58 gereği gizli tanıklık sistemi⁴¹ getirilmektedir?

AIHM, P.S./ Almanya⁴² ve Van Mechelen vd./ Hollanda⁴³ kararlarında mahkumiyet kararının tamamen veya önemli ölçüde bir tanık ifadesine dayanması ve şüphelinin soruşturma evresinde tanığa soru sorma olanağının bulunmamasını silahların eşitliği prensibinin ihlali olarak görmektedir⁴⁴. AIHM kararları incelendiğinde, silahların eşitliği prensibinin gerçekleşmiş bulunması açısından soruşturma ve kovuşturma evre-

39 *Foti/İtalya*, 10 Aralık 1982 ve *Eckle/Almanya*, 15 Temmuz 1982. Ayrıca, kişinin polis tarafından potansiyel şüpheli olduğuna dalalet eden koşullarda sorgulanması ve ifadelerinin daha sonraki yargılama safahatında kendisine karşı kullanılması durumunda kişi resmi anlamda şüpheli veya sanık sıfatına sahip olmasa da, 6.madde bu sorgulamaya uygulanabilir niteliktedir. (*Aleksandr Zaichenko/ Rusya*, 18 Şubat 2010).bkz: **Vitkauskas/Dikov(Cengiz)**, s.20

40 Savcının, kamu davasının açılıp açılmayacağını belirlemek için yaptığı veya kolluğa yaptırdığı bu işlemlere “araştırma işlemleri” olarak nitelendirilmektedir. bkz: **Toroslu/ Feyzioğlu**, s.159

41 Özellikle, “gecikmesinde sakınca bulunan haller” için, savunmanın dışlanacağına açık olduğu konusunda bkz: **Kazan**, s. 283

42 Gizli tanıklıkla ilgili verilen *Windisch/ Avusturya* davasında, olayda başvuru konunun mahkumiyeti ağırlıklı olarak kimliği açıklanmayan tanıkların anlatımına dayandırıldığından dolayısıyla adil yargılanma güvenceleri feda edilemeyeceğinden silahların eşitliği prensibine aykırı olduğu tespit edilmiştir. bkz: **Ulutaş**, s.61

43 AIHM, 27.4.1997, 1997/3, S.711, NR.49

44 AIHM, 20.12.2001, 33900/96, NR.21vd

leri olarak ayrı ayrı incelemek yerine yargılamanın bütününe bakıldığı ifade edilebilir. Zira, Kostovski/ Hollanda kararında, tanıklara, yargılamanın herhangi bir aşamasında itiraz etme ve soru yöneltme olanağının tanınmamış olması silahların eşitliği prensibine aykırı bulunmuştur⁴⁵. Dolayısıyla AİHM, prensibe aykırılığın hangi aşamada gerçekleştiğinden çok, yargılamanın herhangi bir aşamasında bu aykırılığın giderilmemiş olmasını ihlal olarak nitelendirmektedir. Ancak gereksiz yere dava açılmasını önlemek ve kovuşturmanın sağlıklı ve çabuk bir şekilde yapılabilmesini sağlamak amacıyla, dava açılmadan önce hazırlık yapılması gerekeceğinden⁴⁶ kanımızca, tanıkların dinlenmesi sırasında hazır bulunma hakkının ve tanıkların güvenilirliğini sorgulayıcı işlemlerin silahların eşitliği prensibine uygun olarak soruşturma evresinde yapılmasında yarar vardır.

Soruşturma evresinde savcı, yukarı saydığımız araştırma işlemleri dışında, yakalama(CMK m.90, 98), gözaltı(CMK m.91), gecikmesinde sakınca varsa arama(CMK m.119), elkoyma(CMK m.127), iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması(CMK m.135), gizli soruşturmacı görevlendirme(CMK m.139) ve teknik araçlarla izleme(CMK m.140/2) gibi koruma tedbiri işlemleri de yapabilmektedir. Burada da, örneğin arama ve elkoyma kararların alınmasında CMK'da şüpheli ve müdafii konumuna yer verilmemektedir. Avukatı bilgilendirme zorunluluğu olmadığı gibi katılımını sağlamaya yönelik bir yaklaşımda bulunmamaktadır⁴⁷.

Soruşturma evresinde savcının yapabileceği işlemlerle ilgili olarak özellikle CMK'da "gecikmesinde sakınca varsa" ibaresi önem arz etmektedir. Nitekim bu durumda savcı, hakim kararı alınmaksızın bu işlemleri gerçekleştirebilmektedir. Avrupa Birliği Komisyonu adına hazırlanan raporda, "sanıkların mevcut durumda masumiyetlerine ya da suçluluklarına işaret eden belgelere davanın başında erişebilme hakkı olmalı ve bu hakkın

45 Ladewig(Hakeri), s.96

46 Ulutaş, s.60

47 Toroslu/ Feyzioğlu, s.260

kısıtlanması kesin bir kamu yararını koruma gereğinden kaynaklanmalı ve kısıtlama hakim kararıyla getirilmelidir.”⁴⁸ denilmiştir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı üstün yetkilerle donatılmıştır. Bu durumun kişi hak ve hürriyetine zarar vermemesi için önlemler alınmalıdır. Bunun için CMK’da bahsedilen şüphe derecelerinin netleştirilmesi ve bu tür kararlar alınırken sağlam gerekçelerin olması gerekmektedir.

Bazen de soruşturma evresinde silahların eşitliği prensibinin ihlali, savcının konumlanışından değil de müdafinin sahip olduğu hakların kısıtlanmasından kaynaklanmaktadır. Silahların eşitliği ilkesine aykırı olarak hak kısıtlamalarının biri, dosya içeriğinin incelenmesi aşamasında ortaya çıkmaktadır. Nitekim, CMK m.153/1’de müdafinin soruşturma aşamasında dosya içeriğini inceleyebilmesi ve belgelerden örnek alabilmesi düzenlemiş ve fakat CMK m.153/2’de soruşturmanın amacı tehlikeye düşebilecek ise bu yetkinin kısıtlanabileceği öngörülmüştür. Soruşturmanın etkili olabilmesi için bazı bilgilerin gizli tutulması gerekebilir, ancak bu durum savunma hakkının ihlali sonucu doğurmamalıdır⁴⁹. Nmigon/ Polonya kararında da, soruşturmanın devam etmekte olduğu gerekçe gösterilerek başvuru dosyasını incelemesinin engellendiği, ancak tutukluluktan sonra bu hakkın ona sağlanmasının AİHS m.6’yı ihlal ettiği vurgulanmaktadır⁵⁰. Çalışmanın konusu, savcının konumlanışıyla sınırlı olduğundan şüphelinin sahip olduğu hakların kısıtlanması nedeniyle silahların eşitliği prensibinin ihlal edilmesine daha fazla değinilmeyecektir.

Genel bir değerlendirme yapmak gerekirse, her ne kadar soruşturma evresinde gizlilik esas olsa da, kovuşturmaya temel olan bu evrede şüpheli ve müdafii soruşturmanın dışında bırakmak yargılamanın temeline zarar vermektedir. Orta Asur Yasalarının bir bölümünde “ispatı yapamazsa ve yapmazsa o

48 **Kazan**, s.283

49 Ankara Barosu’nun Avrupa Birliği Komisyonu Adına Hazırlanan Türk Yargısının Etkinliği ve Ceza Adalet Sistemi Başlıklı Rapor Hakkında Değerlendirmesi, s.16

50 **Centel**, s.192

adama sopayla 40 defa vuracaklar ve bir ay kralın işini (hizmetini) yapacak, saçını (veya sakalını) kesecekler ve bir biltu (talent) kalay ödeyecektir.” şeklinde iddiasını ispat etmesini yoksa cezalandırılacağını belirten bir düzenleme mevcuttur. Çok eski bir uygarlığın bile itham eden tarafa bazı yükümlülük kaydı koymasına rağmen, Türk Yargı Sisteminde itham eden tarafın büyük yetkilerle donatılmış bir iddia makamının arkasında yıkımlara sebebiyet vermesi kabul edilemez.

SONUÇ

Ceza yargılaması incelendiğinde, silahların eşitliği prensibinin gerçekleşmesinde en büyük engel, diyalektik yargılamayı gerçekleştirecek bir ceza muhakemesi sistemine sahip olmayışımızdır.

Şu an sahip olduğumuz ceza muhakemesi sistemi; delillerin karartılmasını önleme, suçlularla mücadele ve suç işlenmesinin önlenmesi gibi gerekçelerle iddia makamını güçlendirerek savcıya karmaşık ve ayrıcalıklı bir yapı vererek savunmayı dışlamaktadır. Nitekim savcıların konumlanması son günlerde gündemde de sıkça yer almaktadır⁵¹. Savunmanın dışlanması ise akıllara 1966 yılında ünlü Paris Barosu Başkanı Charpentier söylediği sözü getirmektedir: “..savunmayı kaldırınız, arkasından engizisyon gelir.”⁵²

Diyalektik yargılamanın ancak itham sistemiyle gerçekleşeceğini çalışmada, sorunun tespiti başlığı altında belirtmiştik. Temelde tüm olarak itham sistemine dönülmesi halinde otoriter sistemden hürriyetçi sisteme geçiş yapılabilecektir⁵³. Gerçekten de, iddia ve savunma arasında gerçek rekabete dayanan bir ceza muhakemesi sistemi diyalektiği daha etkin bir şekilde ortaya çıkaracaktır. Konulan “tez” e karşı “antitez” oluşturul-

51 **Ambos(Erdem)**, s.144

52 Nitekim savcıların konumu son günlerde gündemde de tartışılmaktadır. “Savcılara Kamu Statüsü Geliyor” haberi için bkz: <http://www.sabah.com.tr/Gundem/2014/01/04/savcilara-kamu-avukati-statusu>

53 **Erem**, (Sözlü savunma), s.240

labilmesi için tezin süjece çoğulculuğunun giderilmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle, nasıl savunma makamı itham edilen ve müdafii ile tek vücut bir savunma oluşturuyorsa itham eden tarafın da yeknesak bir yapıya bürünmesi gerekmektedir. Elbette bu sistemde savcı güçlendirilecektir. Ancak bu güçlendirme, şimdi olduğu gibi, savcuyu bir yandan “imparator” ilan edip diğer yandan yargılamanın pasif süjesi konumuna getirmeyecektir. Ayrıca, itham sisteminin çeşitli sakıncaları beraberinde getirdiği hep dile getirilmektedir⁵⁴. Bu sakıncaların giderilmesi için itham sisteminden ödünç kurumlar alınıp içselleştirilmesi⁵⁵ sorunun çözümüne yardımcı olabilir.

KAYNAKÇA

Ambos Kai (Çev.Erdem Mustafa Ruhan), (Alman Ceza Muhakemesi İçin Avrupa Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülükler, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Ankara 2004.

Ambos Kai (Çev.Ünver Yener), “Silahların Eşitliği Çelişmeli Ön Soruşturma ve AİHS m. 6”, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Ankara 2004.

Akın İbrahim, Adil Bir Mahkeme, Adil Bir Yargılama, Adil Bir Karar Dediğimizde Bununla Ne Demek İstiyoruz?, Ankara Barosu Dergisi, Y.65, S.3, s.182-185.

Ankara Barosu’nun Avrupa Birliği Komisyonu adına hazırlanan “Türk Yargısının Etkinliği ve Ceza Adalet Sistemi” Başlıklı Rapor Hakkında Değerlendirmesi, [http://www.ankarabarusu.org.tr /Dosyalar/yie/abrapordu.pdf](http://www.ankarabarusu.org.tr/Dosyalar/yie/abrapordu.pdf) sitesinden erişildi.

Adalet Bakanlığı Adalet İstatistikleri, http://www.adliscil.adalet.gov.tr/istatistik_2012/Adalet_ist_2012.pdf sitesinden erişildi.

Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü, http://www.barobirlik.org.tr/calisma/haberler/sanikavukatyanyana/tara_20081119112444.pdf, sitesinden erişildi.

54 Yarsuvat, s.9

55 Kunter, /Yenisey/ Nuhoglu, s.69

Centel Nur, "Adil Yargılanma Hakkı ve Silahların Eşitliği Bağlamında Savcılık ve Savunma", Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyumu, TBB Yayınları, Ankara 2006.

Donay Süheyl, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul 1982

Dönmezer Sulhi, İzmir Barosu Yargı Reformu Sempozyumu, Ekim 2000.

Erem Faruk, Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1997/1-4, s.1-8.

Erem Faruk, Savunma ve Ceza Yargılamasının Temeldeki Kusurları, Faruk Erem Armağanı/ Anılar, Ankara 2001.

Erem Faruk, Sözlü Savunma, Faruk Erem Armağanı/ Anılar, Ankara 2001.

Fezyioğlu Metin, Savunma Hakkına İlişkin İki Soru: Savunma Hakkı Kutsal Mıdır? Duruşma Salonunda Müdafî ve Sanık Yan Yan Oturabilir Mi?, Ankara Barosu Dergisi, Y.67, S.1, 2009.

Gözübüyük Şeref/ Gölcüklü Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2005.

Güzel Ali, "Adil Yargılanma Hakkı ve Silahların Eşitliği Bağlamında Savcılık ve Savunma" adlı Tebliğ, Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyumu, TBB Yayınları, Ankara 2006.

Kazan Turgut, "Adil Yargılanma Hakkı Açısından Silahların Eşitliği İlkesi ve Savcı Karşısında Avukatın Konumu" başlıklı tebliğ, Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyumu, TBB Yayınları, Ankara 2006.

Kocaoğlu Sinan, Tarihi Perspektifi ve Batı Hukukunda Savunma ve Müdafî, Y.68, S.2010/3

Kunter Nurullah/ Yenisey Feridun/ Nuhuğlu Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2009.

Ladewig Hans Meyer (çev. Çakmut, Özlem), Adil yargılanma hakkı 1, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Ankara 2004.

Ladewig(Hakeri), Adil Yargılanma Hakkı 2, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Ankara 2004.

Peters A.(Çev. Koca, Mahmut), "Adil Yargılanma", Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Ankara 2004

Schroeder F.C./ Yenisey Feridun, Ceza Muhakemesi'nde "Fair Trial" İlkesi, İstanbul 1999

Soyaslan Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku,

Toroslu Nevzat/ Feyzioğlu Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2009.

Türk Dil Kurumu Güncel Sözlük, www.tdk.gov.tr den erişildi.

Özbek Veli Özer/ Kanbur M. Nihat/ Doğan Koray/ Bacaksız Pınar/ Tepe İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, İzmir 2013.

Öztürk Bahri, Bir Adli Organ Olarak Savcılık Tebliği, Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyumu, TBB Yayınları, Ankara 2006.

Ulutaş Barbaros, Adil Yargılanma Hakkı ve Yargılamada Silahların Eşitliği Problemi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008.

Vitkauskas Dovydas/ Dikov Grigoriy (Çev: Cengiz Serkan), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitabı, Strazburg 2012.

Yarsuvat Duygun, Ceza Muhakemesi Hukukuna Hakim İlkeler, İtham Sistemi mi? Tahkik Sistemi mi?, <http://www.yarsuvat-law.com.tr/articles/article6.pdf> sitesinden erişildi.

Yeşilova Bilgehan, Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.86, 2009.

Zabunoğlu Yahya, Adil Yargılanma Hakkı ve Adil Yargılanma Görevi, YTD, İnsan Hakları Özel Sayı, S.22, 1998.

Kocaoğlu, s.133 Kocaoğlu'na göre Kıta Avrupasında pek çok ülkede itham sisteminden kurumlar alarak sistemin melezleştirilmesi yoluna gidilmektedir. Buna örnek olarak da İtalya'da çapraz sorgunun bu şekilde içselleştirilmesini vermektedir.

MAKALELER

ADİL YARGILANMA HAKKI VE BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ İLİŞKİSİ

Gülden ÇAMURCUOĞLU*

Giriş

Adil yargılanma hakkı ve basın özgürlüğü demokratik hukuk devletinin olmazsa olmaz iki temel unsurudur. Bununla birlikte çalışmada belirtileceği üzere özellikle kamuoyunun ilgisini çeken yargılamalarda bu iki temel hak ve özgürlüğün karşı karşıya gelmesi söz konusu olur. Çalışma iki temel hak ve özgürlüğün önemine değinilmesinden sonra karşı karşıya gelmesi halini anlatan ve sınırın belirlenmesine değinen üç bölümden oluşmaktadır.

1- Adil Yargılanma Hakkının Gerçekleşmesi İçin Yargı Bağımsızlığının Sağlanması

Yasama ve yürütme organlarının yargı organı tarafından denetlenmesi demokratik bir hukuk devletinde temel hak ve özgürlükler için en önemli güvencedir. Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı demokratik düzenin ve adil yargılanma hakkının temelini oluşturmaktadır. Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının olmadığı yerde adil yargılamadan bahsedilemeyeceği gibi, temel hak ve özgürlüklerin güvence altında bulunduğu, kuvvetler ayrılığından, hukuk devleti ilkesinden, çoğulcu bir siyasal yapının varlığı ve bireyci dünya görüşünün korunmasından da bahsedilemez. Bir ülkedeki hakim bağımsızlığının ölçüsü o ülkenin ne kadar hukuk devleti olduğunu gösterir.¹

* Araştırma Görevlisi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku

1 Muharrem Özen, "Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 68, Sayı: 2010/1, s. 32-33.

Hak arama özgürlüğünün odağını oluşturan ve kuvvetler ayrılığı ve hukuk devletinin zorunlu bir sonucu olan² yargı bağımsızlığı, aynı zamanda çoğulcu bir siyasal yapının ve bireyci dünya görüşünün var olmasını gerektirir. Bunlar da gösterir ki yargı bağımsızlığı bir siyasal gelişme sorunudur. Bağımsız yargı bir siyasal gelişme göstergesidir.³

Kuvvetler ayrılığı ilkesi, yönetimde baskıyı (istibdadı) önlemek amacıyla üretilmiş bir kavramdır ve kuvvetlerin tek bir elde toplanmaması şeklinde formüle edilmiştir.⁴ Ancak, söylenmelidir ki yasama, yürütme ve yargıdan oluşan devletin üç erki aslında kesin çizgilerle hiçbir zaman birbirinden ayırlamaz. Bu kuvvetlerin her birinin birbirinden bağımsız devlet yetkisi olarak kullanılması egemenliğin teklifi ve bütünlüğü ilkesiyle bağdaşmaz.⁵ Egemenliğin teklifi ve bütünlüğünden kast edilen bir devlette birden fazla egemenlik olmayacağı ve yasama, yürütme ve yargı organlarının yetkilerini kendi adlarına değil, egemenden aldıkları yetkiyle ve egemen adına kullandıkları fikrine dayanır.⁶ İşte bu egemenliğin teklifinden dolayı egemenliğin kendilerine düşen kısımlarını kullanan yasama, yürütme ve yargı organları aslında birbirinden nihai olarak ayrılamazlar. Yürütme organı yasamanın içinden çıkar. Yargı organı da yasamanın yaptığı kanunları uygular. Dolayısıyla yasama organı tarafından kanun değiştirildiğinde yargı organı bu yeni kanunu uygulamak zorundadır. Anayasa yargısı yoluyla yasama organı tarafından yapılan kanunların Anayasa'ya uygunluğu denetlenebiliyorsa da aynı yasama organı tarafından bu kez Anayasa değiştirilebilir.

2 Özen, **agm**, s. 32.

3 Cemil Oktay, "Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Yargı Açısından Anlamı ve Türkiye Örneği", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt 1, Yıl 1984, s. 227.

4 Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, 13. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2009, s. 409.

5 Meltem Dikmen Caniklioğlu, **Anayasal Devlette Meşruiyet**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010, s. 57.

6 Kemal Gözler, **Devletin Genel Teorisi**, 3. Baskı, Bursa, Ekin yayınları, 2011, s. 83.

Parlamentar rejimlerde hükümet, içinden çıktığı ve kendisini destekleyen parlamentodaki çoğunluğuna dayanarak uygulayacağı politika için gereken kanunları çıkarabilir. Bu nedenle temsili niteliği bulunuyor olmasına rağmen yasama organı yönetilenler için güvence kurumu olmaktan çıkabilir ve bundan dolayı yönetilenler için bağımsız yargı başlıca güvence haline gelir.⁷

Yargı bağımsızlığının en iyi hangi ülkede gerçekleştirildiğine ilişkin çeşitli görüşler bulunmakla beraber henüz en ideali bulunabilmiş değildir. Yargının bağımsızlığı devamlı olarak aranan bir ilkedir.⁸

Yargı bağımsızlığına nereden müdahale olabileceği ülkeden ülkeye, yani toplumun yapısına göre değişir. Genel olarak müdahalenin gelebileceği yerler; yürütme, yasama ve belediyeler; hükümet görevlileri veya yasama organı üyeleri; siyasal partiler; siyasal ve iktisadi elitler; ordu, paramiliter kuvvetler, gizli servisler, suç örgütleri; yargı hiyerarşisinin kendisi şeklinde sayılabilir.⁹ Aynı ülke içinde yargı bağımsızlığına müdahalenin gelebileceği yerler zaman içinde de değişebilir.

2- Yargı Bağımsızlığının ve Basın Özgürlüğünün Karşı Karşıya Gelmesi

Yasama, yürütme ve yargıya karşı olduğu kadar diğer güçlere karşı da yargı bağımsızlığının gerçekleştirilmesi gerekir ve bu diğer güçlerden en önemlisi de basındır, çünkü basın kitlenin harekete geçirme ve kamuoyu oluşturma gücüne sahiptir. Basına karşı bağımsızlığın sağlanmasının gerekliliği yasa koyucuyu bu noktada basın özgürlüğünün sınırlandırılmasına

7 Teziç, *age.*, s. 414.

8 İbrahim Şahbaz, "AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 25, Yıl 2008, s. 232.

9 Bertrand Favreau, "Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Hangi Düzeyde Uygulamaya Konabilir?", *Uluslararası Anayasa Kongresi Metinler Kitabı 2*, Ed: Murat Yanık, Hüseyin Özcan, Ahmet Akcan, İstanbul, İstanbul Kültür Üniversitesi Yayınları No:171, 2012, s. 294.

götürmektedir.¹⁰ Ancak, ileride tekrar bahsedilecek olmakla birlikte burada söylememiz gerekir ki basın yoluyla yargısız infaz yapılabileceği gibi, adalet mekanizmasındaki bir yanlış işleyiş yine basın yoluyla kamuoyunun gündemine getirilebilir. Adil yargılanma hakkının ihlaline ilişkin bir haber bireylerin bilgi edinme özgürlüğüne kapsamına girer.

Kısaca bilgi edinme ve yayma özgürlüğü olarak tanımlanabilen¹¹ basın özgürlüğü, düşüncenin oluşturulması ve/veya düşüncenin açıklanması için bir araç konumunda olduğundan düşünce özgürlüğüyle ilgilidir.¹² Radyo, televizyon, sinema gibi kitle iletişim araçlarıyla yapılan düşünce açıklamaları, düşünceyi açıklama özgürlüğünün özel bir biçimini oluşturur.¹³ Bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ayrı bir maddede yer almayan basın özgürlüğü ifade özgürlüğünü koruma altına alan 10. Madde kapsamına dahil edilmektedir.

1982 Anayasasının 28. Maddesi basın hürriyetine yer vermiştir. Aynı maddede basın özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin olarak Anayasanın 26. ve 27. Maddelerine gönderme yapılmıştır. 26. Maddenin 2. Fıkrasına göre; *milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği Cumhuriyetin temel nitelikleri ve devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetine ve bağlantılı olarak basın özgürlüğüne sınırlama getirilebilir. Anayasada sayılan sınırlama sebepleri Avrupa İnsan hakları Sözleşmesinin 10. Maddesinde yer alan sınırlama sebeplerine paraleldir.*

10 Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2007, s. 74.

11 Fikret İlkiz, "İfade Özgürlüğü ve Yeni Basın Yasası", İfade Özgürlüğü: İlkeler ve Türkiye, Ed. Tanıl Bora, İstanbul, İletişim Yayınları, 2007, s. 207.

12 Çetin Özek, **Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına**, İstanbul, Alfa Yayınları, 1999, s. 204.

13 Yusuf Şevki Hakyemez, **Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2000, s. 173.

AIHS 10. Maddesinin 2. Fıkrasına göre; *Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.*

Sözleşmenin 10. Maddesinin 2. Paragrafında yer alan sınırlama sebepleri 3 gruba ayrılır; 1)Genel yararın korunmasına dönük sınırlandırma sebepleri (ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü, kamu güvenliği, düzeni koruma, suçu önleme, sağlığı ya da ahlâkı koruma), 2)Kişisel hakların korunmasına yönelik sınırlandırma sebepleri (başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin açıklanmasının önlenmesi), 3)Yargı üstünlüğünün ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla getirilen sınırlandırma.

Bütün bu sayılan sınırlama sebeplerine dayanılarak yapılacak olan sınırlamaların kanunla yapılması ve demokratik bir toplumda zorunlu olma koşulunu taşımaları gerekir.¹⁴

Anayasaya göre basın hürriyetinin sınırlandırılması, 26. Maddenin 2.fıkrası, 27. Madde ve 28. Maddenin 5. Fıkrası hükümleri gereğince olacaktır.

Anayasa madde 28/5'e göre; *Yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesi için, kanunla belirtilecek sınırlar içinde, hakim tarafından verilen kararlar saklı kalmak üzere, olaylar hakkında yayım yasağı konamaz.* Bu hükme göre yayım yasağı konusunda yargıç kararı şarttır. Kural olarak olaylar hakkında yayım yasağı konulamaz. Ancak yargıç kararı ile buna istisna getirilebilir. Yargıç kararıyla yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesi için yasak getirilecek ve bu

14 Ömer Anayurt, *Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004, s. 124; İlkiz, *age.*, s. 209.

Yasağın sınırlarını da yasama organı belirleyecektir. Yasa ile yargıca yayım yasağı yetkisi verilecektir. Ancak bununla bir dava hakkında haber niteliğinde yayın ve yayım yapmanın yasaklandığı anlamının çıkarılmaması gerekir.¹⁵

Yargı bağımsızlığı sağlanmaya çalışılırken temel hak ve hürriyetlerden basın hürriyeti ve ifade hürriyetinin ihlali söz konusu olabilir. Her ne kadar yargı bağımsızlığının sağlanması gibi bir meşru sebebe binaen bu temel hak ve hürriyetler sınırlandırılıyor olsa da burada anayasal ilkelerin ve anayasa tarafından tanınmış hak ve hürriyetlerin karşı karşıya gelmesi söz konusu olmaktadır. Bir tarafta demokratik düzenin ve hukuk devletinin olmazsa olmazı, hak arama hürriyetinin ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının temeli yargı bağımsızlığı ilkesi diğer tarafta ise yine demokratik bir düzen sağlanmasının temel koşullarından ifade hürriyeti ve basın hürriyeti. Bu hukukun genel ilkelerinden hangisine öncelik verilecektir? Bu konuda Anayasa yargı bağımsızlığının sağlanmasına öncelik vermektedir¹⁶ ve ifade hürriyeti ve basın hürriyetinin sınırlandırılması, yargı bağımsızlığının ve adil yargılanmanın sağlanması için meşru bir gerekçe olmaktadır.

3- Öncelik Sorunu

AİHM birden fazla hak ve özgürlüğün çeliştiği durumlarda çelişen hak ve özgürlükler arasında bir denge kurmaya çalışır. Ancak, siyasal nitelik taşıyan yayımlarda ve düşünce açıklamalarında, siyasal eleştirilerde basının özgürlük alanı daha geniş tutulmalıdır.¹⁷ Zira basın özgürlüğü basın yoluyla düşünciyi açıklamak özgürlüğünü de içerir. Bilgi, düşünce dolaşımını gerçekleştiren düşünciyi açıklamak özgürlüğü sayesinde halkın bilgilendirilmesi ve siyasal tercihlerin sağlıklı yapılabilmesi gerçekleşir.¹⁸

15 Bülent Yavuz, **Kuruluş ve İşleyişi Açısından Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 108.

16 Yaşar Salihpaşaoğlu, **Türkiye’de Basın Özgürlüğü**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2007, s. 181.

17 Rıza Türmen, “Demokrasinin Bekçisi: Basın”, **Radikal**, 12 Nisan 2005.

18 Özek, **agm**, s. 205-206.

Yargılamanın selametiyle basın özgürlüğü arasındaki sınır ile ilgili olarak da Mahkeme, verilen bilgilerin yargı otoritesi bakımından kesin bir tehdit oluşturması kriterine değinmektedir.¹⁹ Yargılama bakımından bu şekilde kesin (mutlak) bir tehdit yoksa haberin aktarılmasına engel olunmamalıdır.²⁰ Yine Mahkeme'ye göre, adaletin dağıtılması aydınlatılmış bir halkın işbirliğini gerektirir. Mahkemelerin uyuşmazlığın çözümünde bir forum durumunda olmaları uzmanlaşmış dergilerde, genel basında ya da halk arasında uyuşmazlıkların önceden tartışılmayacağı anlamına gelmez. Basın yayın organları adaletin usulüne göre dağıtılmasına tecavüz etmeyip, kamu yararının bulunduğu diğer alanlarda olduğu gibi, mahkemeler önüne gelmiş sorunlarla ilgili haber ve düşünceleri vermekle yükümlüdürler. Aynı zamanda halkın da bu haber ve düşünceleri edinme hakkı vardır.²¹

Basın özgürlüğü halkın bilgi edinmesi ve dolayısıyla gerçeğin bilinmesi hakkını da kapsar. Adil yargılamanın sağlanması için basın özgürlüğü sınırlandırılırken haber vermek hakkı da sınırlandırılmış olur.²² Haber verme hakkının sınırlandırılması bu bakımdan yürütmenin elini güçlendirir.²³

Toplumun yargılama faaliyetine ilişkin genel bilgisi mahkemelerde duruşmalara katılmalarının ardından oluşan izlenimle değil, basın yoluyla oluşur. Gazete, radyo, televizyon gibi kitle iletişim araçlarıyla halk yargı faaliyetine ilişkin bilgi edinecektir. Bu kitle iletişim araçlarının bilgiyi servis ediş şekli toplumun yargı faaliyetine ilişkin görüşlerine şekil verecektir.²⁴ Radyo, televizyon gibi kitle iletişim araçlarıyla yapılan yayınlar daha kısa sürede daha fazla kitleye ulaşma imkânı

19 Sunday Times v. Birleşik Krallık, BN:6538/74, KT:26.04.1979, p. 66, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57584#{"itemid":\["001-57584"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57584#{), erişim:21.6.2013, p. 66.

20 İbrahim Şahbaz, **Karşılaştırmalı Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s. 181.

21 Sunday Times v. Birleşik Krallık, p. 65.

22 Özek, *age*, s. 207.

23 Özek, *age*, s. 216.

24 Yavuz, *age*, s. 107.

vermektedir.²⁵ Bu durum medyaya kamuoyu oluşturma gücü vermektedir. Ancak, medya kamuoyu oluştururken kamunun menfaatine hareket etmeyerek sermaye kesimleri, baskı grupları, menfaat grupları ya da siyasi kesimlere kamuoyu oluşturmaya çalışabilir.²⁶

Günümüzde sosyal medya veya sosyal ağlar üzerinden kamusal meselelerle ilgili görüşler derhal ifade edilebilmektedir. İnternete düşen bir bilgi anında herkes tarafından edinilebilmektedir.²⁷ Ancak bu durum yanlış veya yanlış bilginin yayılmasını da kolaylaştırabilir ya da yurttaşların bir davayla ilgili görüşlerinin belli doğrultuda etkilenmesine sebep olabilir.

Aynı zamanda medya elindeki gücü kullanarak daha mahkeme kararını vermeden kendi yargılamasını gerçekleştirerek yargılanan kimseyi mahkum edebilir ve bunu kamuoyuna kabul ettirebilir²⁸ ki bu durum masumiyet karinesinin açık ihlali oluşturur. Bununla birlikte unutulmamalıdır ki masumiyet karinesi sadece adli makamları değil, medyayı da bağlar.²⁹

Bu konuda belirtilmelidir ki Türk Ceza Kanununun 286. maddesine göre soruşturma ve kovuşturma işlemleri sırasındaki ses veya görüntülerin yetkisiz olarak kamera kaydına alınması yasaktır. Halkın haber alma hakkının sağlanması açısından yorumlu haber almanın önlenmesi için bu konuda yasal bir değişiklik yapılması gündeme getirilebilir ya da uygulama değiştirilerek kayıt alınmasına yetki verilebilir. Çünkü Amerika Birleşik Devletlerinde federe devlet mahkemeleri ve federal mahkemeler düzeyinde mahkeme salonlarında yalnız sınırlı kısıtlamalar ile kamera kaydı alınmasına izin verilebil-

25 Hakyemez, *age.*, s. 173.

26 Yavuz, *age.*, s. 107.

27 Law Commission, "Balancing freedom of the press with the right to a fair trial", 28 November 2012, <http://lawcommission.justice.gov.uk/news/2073.htm>, erişim: 28.01.2014.

28 Yavuz, *age.*, s. 107.

29 Nur Centel, "Dürüst Yargılama ve Medya Bakımından Demokrasi Kültürü", *AÜ SBFD*, C.:49, Ş:3, 1994, s. 71, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/465/5313.pdf>, erişim:21.6.2013.

mektedir. Hatta bu konuda hukuki meseleler temelinde yayın yapan bir televizyon kanalı dahi kurulmuştur. 1990'ların başında bu televizyon kanalının yayına başlamasından itibaren yasal usul (due process) eksikliğine ilişkin büyük şikayetler de görülmemiştir.³⁰

AIHM'ye göre, yargılamalarda ifade hürriyeti, basın hürriyeti ve adil yargılanma hakkı arasında denge kurulmalıdır. Denge kurulurken bir tarafın hakkı korunurken diğer tarafın hakkı ihlal edilmemelidir. Basın özgürlüğü kısıtlanacaksa sadece somut davalar açısından kısıtlama yapılmalıdır.³¹ Basının yargıcın şerefi ile ilgili olarak yapmış olduğu yayınlara ilişkin davada Mahkeme, yapılan yayınlarda ilgili yargıcın şerefiyle kamuyu ilgilendiren konularda basının haber verme özgürlüğü arasında bir denge kurulması gerektiğinden bahsetmektedir. Eğer eleştiriler yargının işleyişi ile ilgili olan kamusal tartışmaya katkı yapmıyor, esas olarak yargı mensuplarının şöhretine zarar getirmeyi hedefliyorsa Mahkeme'ye göre, artık ifade özgürlüğünün sınırlandırılması yoluna gidilebilir.³²

Özellikle ceza yargılamalarında, sanığın adil yargılanma hakkının sağlanabilmesi için, basın organlarının potansiyel önyargı yaratabilecek yayınlara karşı mahkemelerin bu yayınlara kaldırılmasına ilişkin gereken kanuni güvencelere sahip olmaları gerekir.³³ Sanığın sabıka kaydının açıklandığı ya da sanığın suçluluğu gibi herhangi bir beyan veya fikrin açıklandığı yayınlara³⁴ ilgilinin adil yargılanma hakkının ihlalini doğu-

30 Chandler v. Florida (1981), <http://iml.jou.ufl.edu/projects/Spring01/Woell/Chandler.html>, erişim: 28.01.2014.

31 Yavuz, *age.*, s. 111.

32 Monica Mocvei, **İfade Özgürlüğü: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, İnsan Hakları El Kitapları No:2, s. 116-117.

33 Law Commission, "Balancing freedom of the press with the right to a fair trial", 28 November 2012, <http://lawcommission.justice.gov.uk/news/2073.htm>, erişim: 28.01.2014.

34 Herbert Brownell, Jr., "Fair Trial with a Free Press", Speeches of Attorney General Herbert Brownell, Jr., (Washington D.C., Friday, September 24, 1954), <http://www.justice.gov/ag/aghistorical/brownell/1954/09-24-1954.pdf>, erişim: 28.01.2014.

rabilecek potansiyel yaratırlar. Almanya’da tecavüz suçlamasıyla yargılanmakta olan bir zanlının işlediği suç konu edinen bir televizyon programının yayınlanmasıyla ilgili, söz konusu belgesel programda resim ve isminin tanıtım başlığında kullanıldığını, programın yayınlanması halinde suçsuzluğunu ispatlamasının ve kendini savunmasının olanaksız hale geleceğini öne süren zanlı Federal Anayasa Mahkemesine anayasa şikayetinde bulunmuştur. Federal Anayasa Mahkemesi, böyle bir programın henüz suça ilişkin kesin hüküm ortaya çıkmadan yayınlanmasını, davacının anayasaca garanti edilen haklarının geri iadesi mümkün olmayacak şekilde ihlal edileceği sonucuna varmış ve programın gösterilmesini dava sonuna kadar yasaklamıştır.³⁵

Bununla birlikte AİHM’ye göre yargı otoritesinin sağlanması, yargılamalara ilişkin hiçbir tartışmanın yapılamayacağı anlamına gelmemektedir. Basın, yargılama faaliyetine ilişkin haber ve yorum paylaşımıyla görevli olduğu kadar halk da bu haber ve yorumlara erişme hakkına sahiptir. Bu durum özellikle kabine üyesi gibi kamuya mâl olmuş kişilerin yargılanmalarına ilişkin davalarda öne çıkmaktadır. Özel şahısların yargılandığı davalardan ziyade siyasetçiler gibi kamusal şahsiyetlerin yargılandığı davalar açısından yorum sınırı daha geniş tutulmalıdır. Ancak bu da bu kamusal şahsiyetlerin Sözleşmenin 6. Maddesi kapsamında adil yargılanma haklarının olmadığı anlamına gelmez.³⁶

Yine Mahkemeye göre, yüksek düzeyli memurların ahlaklarını ve siyaset dünyası ile iş dünyası arasındaki ilişkileri ortaya koyan hassas nitelikli davalarla ilgili olarak basının zaman zaman ağır yorumlar yapması demokratik bir toplumda kaçınılmazdır. Yani kamuoyunun ilgisini çeken hassas dava-

35 İlyas Doğan, **Alman ve Türk Anayasa Yargısında Yürürlüğü Durdurma**, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayını No:5, İstanbul, 1997, s. 119.

36 Worm v. Austria, (83/1996/702/894), K.T. 29 Ağustos 1997, p. 50, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58087#{"itemid":\["001-58087"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58087#{), erişim: 28.01.2014.

larda basının zaman zaman ağır yorumlar yapması olağandır. AİHM'ye göre, davaya konu uyuşmazlığın kaynağı yoğun ihtilaf konusu olaylardan kaynaklanıyorsa duruşmanın başlı başına tarafsız bir atmosferde gerçekleştirilmesi beklenemez.³⁷

Ayrıca AİHM davaya bakmakla görevli hakimlerin profesyonel olmalarından yola çıkarak bu hakimlerin davaya yabancı her türlü unsuru bertaraf edebilecek deneyime ve mesleki niteliklere sahip olmalarını önemsemektedir. Mahkeme bir davada, dosyadaki unsurlardan, hakimlerin tarafların argümanlarının ve aleyhteki delillerin değerlendirilmesi aşamasında basındaki bilgilerden etkilendikleri görüşünün doğru olması nedeniyle tarafsızlık ilkesinin ihlalinin gerçekleşmediğine karar vermiştir.³⁸ Yani Mahkeme basının yargılamayı etkilemesine ilişkin olarak hakimlerin etki altında kalma ihtimallerine ve etkilenmenin gerçekleşip gerçekleşmediğine bakmaktadır. Belirtilmelidir ki yargı faaliyetine ilişkin sadece eleştiri mahiyetindeki düşünce açıklamaları değil, övme şeklindeki düşünce açıklamaları da bağımsız yargı faaliyetini etkileyebilir.³⁹

Her haberde bir yorum mevcut bulunmaktadır. Yorumsuz haber yok gibidir. Bu yorumlar da yargılanan kişinin aleyhine ya da lehine olmaktadır. Bu haberlerden hakim ve savcılarının etkilenmeyeceğini söylemek mümkün değildir. Medyanın yargılamalar üzerine etkisini araştırmak için yapılan araştırmalarda karar mekanizmasının etkilendiği ortaya çıkmıştır.⁴⁰ Anglosakson Hukukunun uygulandığı ülkelerde var olan jüri sisteminde de jürinin kamuoyunun görüşlerinden etkilenmesi kuvvetle muhtemeldir. *Marshall v. United States* davasında Mahkeme, jürinin kararının açık oturumda mahkemeye sunulan delillerden oluşması gerektiğini, dış kaynaklardan oluşma-

37 Serkan Cengiz ve diğerleri, , **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği-Council of Europe, 2008, s. 112-113.

38 Serkan Cengiz ve diğerleri, **age.**, s. 112.

39 Feyyaz Gölcüklü, **Haberleşme Hukuku**, Ankara, AÜ SBF Yayını No: 292, 1970, s. 110.

40 Yavuz, **age.**, s. 110.

ması gerektiğini işaret etmiştir.⁴¹ Hukuk sistemimiz açısından davada görevli hakim ve savcılarının yanı sıra tanık ve bilirkişi gibi davada görev alan diğer kişilerin de basında yer alan haber ve görüşlerden etkilenmesi söz konusu olabilir.

Bununla birlikte yargıç ve savcılarının bağımsızlıklarını koruyabilecek donanımda olmaları gerekir. Kendilerini zamanın etkilerinden koruyabilecek yetenekte olmalıdırlar. Anayasa mahkemesinin dediği gibi konjonktürel beklentilere göre değil, hukukun temel ilkelerine göre karar vermelidirler.⁴² Bu bakımdan yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını tehdit eden nedenler sadece dış etkilerden kaynaklanmaz, yargılamayı yapan hakimin iç dünyası da bir tehlikedir. Hakim, içinde yaşadığı zamanın koşullarından etkilenir. Bundan dolayı hakimin, zamanın toplumsal değerlerini tespit edebilecek donanımda olması gerekir. Hakim kendi otokontrolünü sağlayabilecek donanımda olmalıdır.⁴³ Yargıç, karar verirken hiçbir biçimde ve hiçbir nedenle hiç kimsenin etkisi altına girmeyen kimsedir. Yargıcın bu şekilde karar verebilmesi için bu niteliği kazanabilecek biçimde yetiştirilmesi ve anayasal ve yasal düzenlemelerin gerekli ortamı sağlaması gerekir.⁴⁴

Hakimin ne kadar kendi subjektif değerlerinden uzaklaşabileceğine ilişkin olarak bir hakimin bir birey olarak subjektif duygu ve düşüncelerinden sıyrılıp mutlak objektifliğe ulaşmasının mümkün olmadığı söylenmektedir. Buradan yola çıkarak ideal hakim, “yerinde başka bir hakim olsaydı ne karar verecek idiyse o kararı veren kişi” olarak tanımlanmaktadır.⁴⁵

Halkın haber alma hakkını içinde barındıran basın özgürlüğünün kısıtlanması, konusu siyaseti ilgilendiren davalar söz

41 Edward G. Hudon, “Freedom of the Press Versus Fair Trial: The Remedy Lies With the Courts”, **Valparaiso University Law Review**, Volume 1, Number 1, Fall 1966, s.36.

42 AYM Kararı, E:1988/32, K:1989/10, KT: 28.2.1989, RG:22.6.1989-20203, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=853&content=, erişim: 19.6.2013.

43 Yavuz, **age**, s. 46.

44 Şahbaz, **agm**, s. 232

45 Yavuz, **age**, s. 39.

konusu olduğunda büyük önemi haiz olur. Siyasi bir davada kanunu kasten ihlal eden veya bozan bir hakime karşı toplumsal tepkinin oluşabilmesi basın özgürlüğünün uygulanabiliyor olmasını gerektirir. Hadiseler karşısında tepki göstermeyen bir toplum huzursuzluğa uyum sağlar ve son haddine kadar fedakâr olur. Her şeye tevekkül ve tahammül gösteren bir toplulukta insan onurunun korunması ve temel hak ve hürriyetlerin kullanılması tehlikeye girer. Böyle bir toplulukta yeni huzursuzlukların çıkması kaçınılmaz olur. Hatta haksızlıklar karşısında tepki göstermeyen toplumların millet ruhunu kaybettikleri bile söylenebilir.⁴⁶ Çünkü millet kavramının varlığı için millet olma iradesinin, o bir arada olma ve sevinçte ve kederde bir olma duygusunun varlığı gerekir. Bu nedenle basın özgürlüğünün hukuka aykırı bir şekilde kısıtlandığı bir toplumda habere ulaşma kaynakları tıkanmış olacağından yargı gücünün demokrasi ve hukukun üstünlüğüne aykırı bir şekilde kullanılması söz konusu olur. Kuvvetler ayrılığı ilkesine göre yargı gücünü denetleyebilecek bir organ mevcut değildir. Millet adına karar verme yetkisini elinde bulunduran yargı gücü adaletin ortaya çıkarılması ve gerçekleştirilmesi, hukukun genel ilkelerinin uygulanması amaçlarıyla değil de siyasi amaçlarla kullanıldığı takdirde gücün hukuka aykırı kullanımına karşı temel hak ve hürriyetlerin korunması için toplumsal tepkinin doğması gerekir.

Sonuç: Bu çalışmada yargı bağımsızlığının sağlanmasıyla ilgili olarak basın özgürlüğünün kısıtlanabileceğine ve dolayısıyla adil yargılanma hakkı ile basın özgürlüğünün karşı karşıya gelmesine değinildi. Anayasal sistemimizde yargı bağımsızlığının sağlanabilmesi için basın özgürlüğüne kısıtlama getirilebilmektedir. Yani yargı bağımsızlığının gerçekleştirilmesine öncelik ve üstünlük verilmiştir. Keza Ceza Kanunumuzda adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suç tanımına bağlanmıştır (288. Madde). Bununla birlikte çalışmada belirtildiği gibi adil yargılama gerçekleştirilmeye çalışılırken demokratik toplu-

46 Remzi Balkanlı, **Mukayeseli Basın ve Propaganda**, Cilt 1-2, Ankara, Resimli Posta Matbaası, 1961, s. 333-334.

mun temellerinden olan basın hürriyetinin kısıtlanmasında ortam koşulları dikkate alınmalıdır. Yani bir diğer temel hak ve özgürlük için diğeri yok sayılmamalıdır. Kamuoyunun ilgisini çeken davalarla ilgili olarak basın özgürlüğünün daha az kısıtlanması söz konusu olmalıdır, aksi takdirde toplumun haber alma hakkı engellenmiş olur. Basın özgürlüğü ve bilgi edinme hakkı gerçekleşmeden siyasal tercihlerin sağlıklı yapılabilmesi mümkün olmaz ve demokratik bir toplumda yargının işleyişi de dahil olmak üzere aksaklıkların ortaya çıkarılması ve giderilmesi söz konusu olamaz.

KAYNAKÇA

ANAYURT, Ömer. **Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004.

BALKANLI, Remzi. **Mukayeseli Basın ve Propaganda**, Cilt 1-2, Ankara, Resimli Posta Matbaası, 1961.

CANİKLİOĞLU, Meltem Dikmen. **Anayasal Devlette Meşruiyet**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010.

CENGİZ, Serkan ve diğerleri, , **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği-Council of Europe, 2008.

CENTEL, Nur. "Dürüst Yargılama ve Medya Bakımından Demokrasi Kültürü", **AÜ SBF D**, C.:49, S:3, 1994, s. 71, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/465/5313.pdf>, erişim:21.6.2013.

DOĞAN, İlyas. **Alman ve Türk Anayasa Yargısında Yürürlüğü Durdurma**, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayını No:5, İstanbul, 1997.

FAVREAU, Bertand. "Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Hangi Düzeyde Uygulamaya Konabilir?", **Uluslar arası Anayasa Kongresi Metinler Kitabı 2**, Ed: Murat Yanık, Hüseyin Özcan, Ahmet Akcan, İstanbul, İstanbul Kültür Üniversitesi Yayınları No:171, 2012.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz. **Haberleşme Hukuku**, Ankara, AÜ SBF Yayını No: 292, 1970.

GÖZLER, Kemal. **Devletin Genel Teorisi**, 3. Baskı, Bursa, Ekin yayınları, 2011.

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki. **Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2000.

HUDON, Edward G. "Freedom of the Press Versus Fair Trial: The Remedy Lies With the Courts", **Valparaiso University Law Review**, Volume 1, Number 1, Fall 1966.

İLKİZ, Fikret. "İfade Özgürlüğü ve Yeni Basın Yasası", İfade Özgürlüğü: İlkeler ve Türkiye, Ed. Tanıl Bora, İstanbul, İletişim Yayınları, 2007.

MOCOVEİ, Monica. İfade Özgürlüğü: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin **Kılavuz**, İnsan Hakları El Kitapları No:2.

OKTAY, Cemil. "Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Yargı Açısından Anlamı ve Türkiye Örneği", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt 1, Yıl 1984.

ÖZEK, Çetin. **Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına**, İstanbul, Alfa Yayınları, 1999.

ÖZEN, Muharrem. "Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 68, Sayı: 2010/1.

SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar. **Türkiye'de Basın Özgürlüğü**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2007.

ŞAHBAZ, İbrahim. "AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt 25, Yıl 2008.

ŞAHBAZ, İbrahim. **Karşılaştırmalı Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.

ŞAHİN, Cumhur. **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2007.

TEZİÇ, Erdoğan. **Anayasa Hukuku**, 13. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2009.

TÜRMEEN, Rıza. "Demokrasinin Bekçisi: Basın", **Radikal**, 12 Nisan 2005.

YAVUZ, Bülent. **Kuruluş ve İşleyişi Açısından Türkiye'de Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.

DİĞER KAYNAKLAR

Law Commission, "Balancing freedom of the pres with the right to a fair trial", 28 November 2012, <http://lawcommission.justice.gov.uk/news/2073.htm>, erişim: 28.01.2014.

Chandler v. Florida (1981), <http://iml.jou.ufl.edu/projects/Spring01/Woell/Chandler.html>, erişim: 28.01.2014.

Herbert Brownell, Jr., "Fair Trial with a Free Press", Speeches of Attorney General Herbert Brownell, Jr., (Washington D.C., Friday, September 24, 1954), <http://www.justice.gov/ag/aghistorical/brownell/1954/09-24-1954.pdf>, erişim: 28.01.2014.

Sunday Times v. Birleşik Krallık, BN:6538/74, KT:26.04.1979, p. 66, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57584#{"itemid":\["001-57584"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57584#{), erişim:21.6.2013.

AYM Kararı, E:1988/32, K:1989/10, KT: 28.2.1989, RG:22.6.1989-20203, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=853&content=, erişim: 19.6.2013.

Worm v. Austria, (83/1996/702/894), K.T. 29 Ağustos 1997, p. 50, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58087#{"itemid":\["001-58087"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58087#{), erişim: 28.01.2014.

TÜRKİYE'DE MAHKEMENİN BAĞIMSIZLIĞINI VE TARAFSIZLIĞINI SORGULAMAK

BARIŞ BİÇMEK İÇİN ADALET EKMEK GEREKİR*

Gülşah CAN**

Öz: Adil yargılanma hakkı, yargılama sürecinin evrensel hukuk değerlerine ve insan onuruna uygun yürütülmesi ve yargılama sonunda adaletin sağlanması bakımından turnusol kâğıdı işlevi görmektedir. Hukuk devletinin en temel güvencelerinden biri olan adil yargılanmanın, kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız mahkeme önünde yapılması işin doğası gereğidir. Türkiye'de mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığının sorgulanır hale geldiği şu süreçte çözüm yolunun yine 'hukukun üstünlüğü' ve 'demokrasi'den geçtiği yadsınamaz.

Anahtar Kelimeler: insan hakları, adil yargılanma, kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti, bağımsız mahkeme, tarafsız mahkeme

A. ADİL YARGILANMA HAKKI

1. Kavram ve Tanımlar

Türkiye Cumhuriyeti, ... Adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, ...demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.¹ Ülkemizde son dönemde yaşanmakta olan süreç ve gelişmeler

* The Harvest of Peace is sown in Justice

** Stajyer Avukat

1 TC. ANAYASASI II. Cumhuriyetin nitelikleri
MADDE 2.- Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.

dikkatle izlendiğinde, “insan haklarına saygılı hukuk devleti” olarak kabul görmek için anayasal düzenlemeler kadar siyasal kültür ikliminin gelişmesine ihtiyacımız olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Dolayısıyla adil yargılanma hakkı üzerine akıl yürütmeden önce insan hakları ve hukuk devleti tanımlarının doğruya yakın bir tanımının yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Ne var ki, hukuk devleti nedir sorusuna cevap ararken; belki yaşadığımız coğrafyadan, belki solunan havadan kaynaklanmakta, Kelsen’in şu tespiti bizi çevrelemektedir: “Devlet, dokunduğu her şeyi hukuk haline getiren bir kral Midas’tır”.

Devletin sınırsız gücüne karşı çeşitli mekanizmalar üreten günümüz modern demokrasilerinde kabul edildiği üzere hukuk devleti; en kestirme ifadeyle, kendisini hukukla sınırlayan devlet demektir oysa. Devlet iktidarı hukuka dayandığı ölçüde meşrudur. Ve elbette burada hukuktan anlaşılması gereken; devletin kendisini bireylere karşı koruma refleksine hizmet eden yasa ve mevzuat değil, devletin yetkilerinin belirlenmesi, kişilerin hak ve özgürlük alanlarının güvenceye alınması, en önemlisi de bir toplumdaki en üstün ve en kapsayıcı güç olan siyasal iktidarın, bu gücünü kötüye kullanmasının önüne geçilebilmesinin aracı olarak üretilen normlardır.² Bu şiarıda devletin üzerine düşen, insan haklarına saygının yanında, hak ve özgürlüklerin tanınması ve güvenceye kavuşturulmasıdır.

İnsan hakları ise her şeyden önce bir fikirdir.³ İnsan hakları düşüncesinin tarihini insanlık tarihinin başlangıcına kadar götürmek mümkündür.⁴ İnsan hakları; insanın sırf insan olması dolayısıyla sahip olduğu, onurlu bir yaşam sürdürmek için olmazsa olmaz haklardır. Tüm insanların dil, din, dil, siyasi düşünce, dünya görüşü ve cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin yarar-

2 Anayasa Mahkemesi Kararı 27.03.1986 tarih 1985/31 E. 1986/11 K. “... Hukuk devleti; her eylem ve işlemi hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, her alanda adaletli bir düzen kurup, bunu geliştirerek sürdüren... hukuku tüm devlet organlarına hakim kılan, ... yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlettir.”

3 KUÇURADİ Ioanna, “İNSAN HAKLARI: KAVRAMLAR VE ÇEŞİTLERİ” Konferansı

4 Kapani, a.g.m, s.17.

lanabileceği haklar ideal olandır.⁵ Asıl mesele ise Kral Midas'a karşı insan haklarının ideallikten çıkıp hukuksal güvenceye kavuşturulması, pozitif hukukun bir parçası haline getirilmesidir.

Tarihsel gelişim süreci içinde değerlendirildiğinde, makalenin asıl konusunu teşkil eden "Adil Yargılanma Hakkı" günümüz demokratik hukuk devletlerinde kişinin sahip olduğu temel insan haklarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Adil yargılanma hakkı, kişi hak ve özgürlüklerinin teminat altına alınmasının, hukuk devleti kurallarının egemen olmasının ve idarenin keyfiliğinin sınırlandırılmasının ön koşuludur.⁶ Bu yüzyıla gelinceye değin 1215 Magna Carta ile doğan ve tarihsel süreç içerisinde gelişen adil yargılanma hakkı, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 10.maddesinde ve Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 14. maddesinde yer almış, bugün kabul gördüğü anlamıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinde düzenlenmiş ise de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları ile hakkın kapsamı sürekli genişletilmektedir.⁷

5 REİSOĞLU, a.g.e., s. 3; AKILLIOĞLU, a.g.m., s. 7, 8.

6 Aynı yönde Aliefendioğlu, Gölcüklü- Gözübüyük

7 Madde 6: Âdil Yargılanma Hakkı

1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde, veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.

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

3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;

e) Duruşmada kullanılan dili anlama dışı veya konuşma dışı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak."

Hakkın tanımlanmasında İngiltere’de “natural justice” ve “fair trial” kavramları kullanılmıştır.⁸ AİHM kararlarında madde hükmü önceleri “sağlıklı adalet yönetimi isteme hakkı” ile adlandırılmış, adil yargılanma hakkı ifadesi daha sonra kullanılmaya başlanmıştır.⁹

Adil yargılanma hakkı, 3.10.2001 tarihinde yapılan değişiklikle Anayasamıza girmiş, Anayasa’nın, “Kişinin Hakları ve Ödevleri” bölümünde, 36. maddesinde “Hak arama hürriyeti” adı altında yer almıştır.¹⁰

Adil yargılanma hakkı, kararların hukuka uygunluğunun değil, karar sürecinin hukuka uygunluğunun güvencesidir. Yargılama sonucunun adil olması, onun hukuk kurallarına ve vicdana uygun olarak verilmiş olmasını gerektirir. Yapılan yargılama ile ilgili yargılamanın tarafları ve üçüncü kişiler nezdinde sürecin adil olarak yürütüldüğü, “adaletin tecelli ettiği” kanaatinin oluşması, tüm toplumun yargıya güveni açısından olmazsa olmaz bir koşuldur.

2. Adil Yargılanma Hakkının Unsurları

AİHS’nin 6. md/1. fıkrasında adil yargılanma hakkının temel unsurları şu şekilde sıralanmaktadır:

8 **Zabunoğlu’na göre;** “Herkesin meşru tüm araç ve yollardan faydalanmak suretiyle bağımsız ve tarafsız her türlü yargı yerinde haklarını ararken, yargılamanın usul ve esas ilkelerine uygun bir şekilde başlatılıp, yürütülüp, sonuçlanmasını istemek, bu yargılama sürecinin, istisnalar saklı kalmak üzere açık olmasını istemek ve her türlü yargı kararının gerekçeli olarak verilmesini istemek hakkıdır.” adil bir yargılanma” daima “doğru bir yargılama”yı da içerir ve hak arama özgürlüğünün içinde yer alır- **Dönmezer’e göre ise** “doğru yargılama” ifadesi bu hakkı ifade etmek için daha doğru bir tercihtir; “Yargılamanın sonucunun adil olması AİHS’nin 6. maddesinde hedeflenen bir şey olmaz. Sözleşmenin ifade etmek istediği şey şudur: Adil sonuca ulaşırken dürüst yolları kullanacaksınız. Adamı döversiniz, sonra küfredersiniz bir şekilde gerçeği söyletirsiniz, neticede vermiş olduğunuz hüküm; o kişi suçu işlediği için adil olur ve bu sizin tatbikatınıza da uygundur. Ama bu dürüst, doğru bir yargılama değildir.”

9 Feyyaz Gölcüklü, şeref Gözübüyük, a.g.e. s.237.

10 A. Hak arama hürriyeti
MADDE 36.- (Değişik: 3.10.2001-4709/14 md.) Herkes, meşrû 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 kaçınmaz.

1. Yasayla Kurulmuş Yetkili, Bağımsız ve Tarafsız Mahkeme Önünde Yargılanma Hakkı
2. Makul Süre İçerisinde (Gereksiz Gecikme Olmaksızın) Yargılanma Hakkı
3. Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkı
4. Aleni Yargılanma Hakkı (Davaların Aleni Surette Görülmesi ve Kamuya Açık Yargılama)

Makalemizin bundan sonraki kısmında adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından olan Yasayla Kurulmuş Yetkili, Bağımsız ve Tarafsız Mahkeme Önünde Yargılanma Hakkı üzerinde duracağız. Bu çerçevede ülkemizdeki yasal düzenlemeler ile uygulamadaki sorunlara değinmeye çalışacağız.

B. YASAYLA KURULMUŞ YETKİLİ, BAĞIMSIZ VE TARAFSIZ MAHKEME ÖNÜNDE YARGILANMA HAKKI

Adil yargılamanın temel kurumsal güvencesi; yargılamanın, siyasi kurumlar tarafından değil ve fakat kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından yapılmasıdır.¹¹

AİHM, mahkemeye başvurma hakkının hukukun temel prensibi olduğundan bahisle bu hak olmaksızın hakkaniyete uygun, aleni bir yargılamadan ve adil yargılanma hakkının içerdiği güvencelerden yararlanmanın mümkün olmayacağını belirtmiştir.¹² Mahkemeye başvurma hakkı Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında yer alan hakların kurucu unsurunu oluşturmaktadır.

1. Yasayla Kurulmuş Mahkeme¹³

Bu hususta aslında ön koşul yargı yerine başvuru hakkının sağlanmış ve güvenceye alınmış olmasıdır.¹⁴ Avrupa İnsan

11 "Fair Trials Manual Section: Rights at Trial",

12 Golder/Birleşik Krallık Davası, Bşv. No: 4451/70, 21.02.1975

13 (H. / Belçika); 30 Kasım 1987

14 Golder/Birleşik Krallık Davası '...Sözleşme'nin 6(1). maddesinin görül-

Hakları Sözleşmesi'ne göre mahkemenin yasa ile kurulmuş olması gerekir. Bu ise mahkemenin özerk olmasını -yargılama kabiliyetine karar verme yetkisine tek başına sahip olması-, kesin karar mercii olmasını -verdiği kararın tek başına uygulama kabiliyetinin olması gerektiği- ve kanuni dayanağının bulunmasını -yargı yetkisi ve çevresinin kanun yolu ile belirlenmiş olması-ifade etmektedir.¹⁵ Hukuk sistemimizde, sayılan bu koşullar Anayasanın 37. ve 142. maddelerinde karşılığını bulmaktadır.¹⁶

Anayasanın 37. Maddesinde düzenlenen kanuni hâkim ilkesi adil yargılanma hakkının en önemli unsurlarından birisidir. Bu ilke gereği, herkes yasayla önceden kurulmuş bir mahkemede yargılanma hakkına sahiptir. Buna göre, belli bir uyumsuzluk ortaya çıktıktan sonra, kişiye veya olaya özgü veya olağanüstü mahkemelerin kurulması bu ilkeye aykırıdır.¹⁷ Bu sayede bireylerin idarenin keyfi uygulamaları karşısında hukuki güvenlikleri sağlanmakta, hukuki öngörülebilirlik ilkesi hayata geçmektedir.

2- Mahkemenin Bağımsızlığı¹⁸

Hukuk devletinin gereği olarak yargının, yasama ve yürütme organlarının kendilerine yasalarla tanınmış hukuki sınırları aşıp aşmadıklarını denetleyebilmesi ve aşmaları halinde öngö-

mekte olan dava için taraflara tanıdığı güvenceleri ayrıntılı olarak tanımlarken, bu güvencelerden yararlanmayı olanaklı kılan yargı yerine başvurmayı korumaması düşünülemez. Eğer ortada bir dava yoksa, yargılamanın, adil, aleni ve hızlı gerçekleşmesinin de hiç bir anlamı kalmayacaktır.'

15 Yüksel, a.g.e., s.17

16 MADDE 142.- Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir.

Kanunî hâkim güvencesi

MADDE 37.- Hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz.

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

17 International Principles on the Independence and Accountability of Judges, Lawyers and Prosecutors:2004:711

18 Campbell ve Fell - Birleşik Krallık, para.78-82, 28 Haziran 1984

rülen yaptırımları tespit edip uygulayabilmesi için yasama ve yürütmeden bağımsız olması şarttır. Çağdaş demokrasilerde bunu sağlayan mekanizma “kuvvetler ayrılığı” ilkesidir.

Kuvvetler ayrılığı; siyasal iktidarın çeşitli devlet organları arasında bölüştürülmesini ifade eder. Gücün güçle durdurulması felsefesi üzerine kurulmuştur. Kuvvetler ayrılığı ilkesi ile yargının yasama ve yürütmeden bağımsızlaşmasını sağlanarak, siyasal iktidarı kullanma yetkisine sahip olanların, ellerindeki bu gücü söz konusu yetkiye sahip olmayanlar aleyhine kullanmaları önlenmektedir. Hukuk devleti, bireylerin çevresine kurallarla örülmüş şeffaf bir kale inşa eder; devlet, yani siyasal iktidarı kullanan organlar, meşru bir sebep olmadıkça bu kaleye giremezler. Her nasılsa siyasal iktidar bu sınırları aşır bireylerin yaşam alanına haksız bir şekilde müdahale ettiğinde, buna “dur” diyecek olan yargı gücüdür.¹⁹

Bugün bilinen anlam ve unsurlarıyla yargı bağımsızlığı ilkesi, 17. yüzyılda Aydınlanma ve rasyonel hukuk çerçevesinde ya da bunların “sürdüğü tarlada” yeşerip biçimlenmeye başlamış, 18. ve 19. yüzyıllardaki burjuva devrimleri ve anayasacılık hareketleriyle de anayasal belgelere girmiştir.²⁰Batı toplumlarının yargı bağımsızlığı konusundaki duyarlılıkları böyle bir tarih sürecinden geçerek oluştuğu için, yalnızca bu farkındalık bile ilkeyi güvence altına almaktadır.

Böyle bir tarihsel sürecin yaşanmadığı Türkiye’de ise; yargı bağımsızlığı, hukuk metinlerinde düzenlenen bir ilke olmaktan çıkarılarak, tartışmasız hale getirilmelidir. Ne yazık ki, yargı bağımsızlığının uygulanması aşamasında gerek siyasilerin gerekse hukuk uygulayıcılarının söylemleri ile eylemleri çoğunlukla çelişmektedir.

BM Yargı Bağımsızlığının Temel İlkelerine bakıldığında “Yargı bağımsızlığı, ülkenin anayasa veya yasasında yer vermek suretiyle devlet tarafından güvence altına alınacaktır. Yargı bağımsızlığına saygı göstermek ve onu gözetmek bütün resmi ve diğer kurumların görevidir.” denilmiştir. Yargının

19 La Porta, LopezdeSilanes, PopEleches, Shleifer, 2004).

20 Sancar, a.g.m., s.183

bağımsızlığı 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda esas olarak 138. maddede güvence altına alınmıştır.²¹

Günümüz çağdaş demokrasilerinde hâkim, yöneticilerin de taraf olduğu çok karmaşık menfaatleri konu alan uyuşmazlıkla karşı karşıya olduğundan, kendisinin yönetime karşı bağımsızlığının sağlanması zorunludur. “Yargıcın tek efendisi hukuktur.”²² Yargıçlar önlerindeki somut olay hakkında yürürlükteki yasalar çerçevesinde karar verirken “herhangi bir gücün” etkisi veya baskısı altında kalmamalıdır. Bu bağlamda, iki tür bağımsızlıktan söz edilebilir: Dış ve İç bağımsızlık. Dış bağımsızlık, yargı organının öncelikle diğer devlet organlarına karşı yani yasama ve yürütme organına karşı bağımsız olmasıdır. İç bağımsızlık ise, “yargı içi” bağımsızlığı ifade eder. Buna göre, yargıçlar aynı veya üst düzeydeki meslektaşlarının etkileme, telkin, talimat ve emirlerine muhatap olmamalıdır.

Yargının bağımsız ve tarafsız olduğuna toplum tarafından inanılmasının, yargılamanın gerçekten bağımsız ve tarafsız olması kadar önemli olduğuna işaret edilmektedir.²³Bu bağlamda ise, yargı bağımsızlığı ikiye ayrılarak incelenmektedir; de facto (fiili bağımsızlık) de jure (hukuki bağımsızlık). Hukuki bağımsızlık; yargıcı baskı ve müdahalelere karşı koruyacak yasal ve anayasal mekanizmaların kurulmasını gerektirir. Ancak bir ülkede, hukuki bağımsızlık mevcut olsa bile yargıçlar uygulamada yargı bağımsızlığını zedeleyecek uygunsuz etki

21 Mahkemelerin bağımsızlığı

MADDE 138.- Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.

Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere 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.

Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.

22 Barak, a.g.e, s. 78

23 CEELI ConceptPaper,

ve müdahalelere maruz kalabilirler.²⁴Bu çerçevede düzenlenen hâkimlik güvencesi, genelde hâkimlerin bağımsızlığını, özelde ise asıl tehlike olan yürütme organına karşı yargı erkinin etki ve baskıdan uzak faaliyette bulunmasını güvence altına almaya yönelik kurumlardan biridir. Anayasa'nın 139/I.maddesinde hükme bağlanmıştır.²⁵

Themis'in elindeki adalet terazisinin doğru tartabilmesi için hâkimin her türlü etkiden uzak karar verebileceği iklimin ve ortamın sağlanması olmazsa olmazdır. Bu bağlamda çağımızda devletin erklerine karşı olduğu kadar hâkimin kamuoyuna ve medyaya karşı da bağımsızlığının güvence altına alınması zorunluluğu bulunmaktadır.²⁶

3- Mahkemenin Tarafsızlığı²⁷

Yargıcın bağımsızlığı sağlandıktan sonra, yani yargıç "fildişi kulesi"²⁸ne çekilip, hukuk kuralları ve vicdanıyla baş başa kaldıktan sonra, tarafsızlık devreye girer. Bu andan itibaren yargıcın karar aşamasında kendi zihnindeki, vicdanındaki önyargılardan, peşin hükümlerden, engellerden kurtulup, yürürlükteki mevzuatı önündeki olaya uygulaması gerekecektir. Tarafsızlık, tersi kanıtlanıncaya kadar var sayılır. Hâkimin tarafsız olamayacağı hallerde ise onun yerine bir başka hâkimin yargılama faaliyetini üstlenmesini sağlayacak kurumlar vardır. Bu bağlamda ceza ve hukuk yargılamasında tarafsızlık güven-

24 İspanyolca , PLATO O PLOMO yani "gümüş veya kurşun" ibaresi, bu davalara bakan yargıçların karşı karşıya bırakıldıkları iki seçeneği, rüşveti veya şiddeti ifade etmektedir.

25 Anayasa madde 138/1
B. Hakimlik ve savcılık teminatı
Hâkimler ve savcılar azlolanamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınmaz.

26 Rahatlıkla ayırbir makale konusu teşkil edebilecek bu önemli konuya yalnızca atıf yapmakla yetinmek durumundayız.

27 Piersack / Belçika, para.30-32) 1 Ekim 1982

28 Gönenç, s.8 '...Mahkeme salonu, yargıcın "uygunsuz" etki ve müdahalelerden uzak karar verdiği "fildişi kulesi" dir.

celeri getirilmiştir. Tarafsızlık güvenceleri, hâkimin görevden yasaklanması, reddi ve çekinmesidir.²⁹

Tarafsızlığın gerçekten var olup olmadığı kadar, özelde davanın taraflarının, genelde ise kamuoyunun yargıcın tarafsız olduğu konusunda “inanca” sahip olmaları da büyük önem taşır. Tarafsızlık güvenceleri, bu inancın oluşmasına ve sürdürülmesine katkıda bulunur. Bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), tarafsızlık konusunu “subjektif” ve “objektif” boyutuyla değerlendirmektedir. “Subjektif” tarafsızlıktan kasıt, mahkeme üyelerinden hiçbirinin kişisel bir önyargısının olmamasıdır. Aksi yönde güçlü bir kanıt bulunmadıkça bir yargıcın kişisel, yani subjektif anlamda tarafsız olduğu kabul edilir. İkincisi, mahkeme “objektif” açıdan da tarafsız olmalıdır; yani ortaya çıkan meşru şüpheleri bertaraf etmeye yetecek güvenceler sunulmalıdır. Eğer bir yargıcın tarafsız olmadığı konusunda meşru sebepler mevcutsa, o yargıcın davadan çekilmesi gerekir.³⁰

Eğer yargıya yapılan baskı yüzünden yargıç hukuk kurallarını tarafsız bir biçimde uygulamak yerine, farklı kişilere farklı biçimde uygularsa bireylerin hukuk sistemine olan güveni sarılacaktır. Nihayetinde, bir toplumda bireyler hukuk sistemine olan inançlarını yitirdikleri takdirde, o toplumda zaman içerisinde söz konusu hukuk sistemini oluşturan kurallara uyulmasını beklemek ve sağlamak imkânsız hale gelir.

Evrensel hukukta, hak ve özgürlüklerin devlet otoritesine karşı korunması için bağımsız ve tarafsız bir yargı organının varlığı, en önemli güvence olarak görülmüştür. Uygulamada ise pek çok kez, bizzat yargı yerleri hak ihlallerinin kaynağı olabilmektedir. Yargı yerleri siyasal iktidarın denetim ve etkisine girebilmekte, bağımsızlık ve tarafsızlıklarını yitirebilmekte, adil ve hakkaniyete uygun olmayan yargılama yapabilmektedir. Bu bakımdan en temel noktada adil yargılanma hakkıyla aslında kişilerin, yargılama faaliyetini gerçekleştiren mahkemelere karşı da korunması sağlanmaktadır.

29 N.Centel, a.g.e, s.101 vd

30 AİHM kararları, Jayawickrama, 2002: 521523

Ülkemizde adil yargılanma hakkına ilişkin anayasa ve yasalardaki düzenlemelerin büyük oranda evrensel ilkeler ve kabullerle örtüştüğü görülmektedir. Öyleyse sorunun kaynağı olarak uygulayıcı aktörleri göstermekle yanılmış olmayız.

Ülkemizin yakın tarihine bakıldığında ise; yasama, yürütme ve yargı erklerinin ülke sorunlarına bakışta kullandığı gözlükler “ideolojik” mercekli olmuş, dolayısıyla çözüme dair sunulan argümanlarda; ülke gerçeğinden kopuk ve devlet kaynaklı rantın dağıtılmasına yönelik kadrolaşma odaklı olagelmıştır.

Bu bağlamda bugüne dek, resmi ideolojinin bekçileri ile yeni düzenin havarilerinin hedeflerinin insan haklarına saygı ilkesini hayata geçirme; siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırma; adalet anlayışını gerçekleştirme değil, “Bölüşüm Kavgası”na yönelik rantçı siyaset üretmek olduğu düşüncesindeyiz. Ne kadar mükemmel bir hukuk sistemi kurarsanız kurun, o sistemin asli unsurlarının nitelikleri evrensel standartlara uymuyorsa, elde edilecek sonuçta, adalet idealine ulaşmak mümkün olmayacaktır.

Batı toplumları, “kendine yeten”, “otonom”, “özgür” bireyler yetiştirip “birey”i merkeze alırken, bizim toplumumuz bireyin yerine, sosyolojik açıdan “cemaat”i veya “örgütlenmiş cemaat” olan “devlet”i ikame etmektedir. Hayatının her safhasında ve sosyal, siyasal, dini ve ekonomik olmak üzere bütün açılardan bağımlı kişiler yetiştirmektedir.³¹ Bu ideolojik perspektifle yapılan niteliksiz her türlü muhakeme işleminin temelinde bir “meşruiyet” sorunu da ortaya çıkacaktır. Çünkü meşruiyetin kaynağı, sadece devlet aygıtı tarafından yargılama değil; ayrıca kamu vicdanında, aktörlerin, adaleti gereğince tesis edecek mesleki ve kişisel özelliklere sahip olduklarına dair bir inancın var olmasıdır.

Niteliksiz muhakeme aktörleri, adalet kavramını ve bu kavrama duyulan inancı aşındırmakta; süreç içerisinde bireylerin birbirlerine ve devlet aygıtına olan güveni yok olmak-

31 Kocaoğlu, a.g.m. s.26

tadır. Böylesi bir sürecin kaçınılmaz sosyolojik sonucu ise “anomi”dir³² Bugün Türk yargı sisteminin içinde bulunduğu durum ne yazık ki budur.

C. TÜRK YARGI SİSTEMİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

Bugün gelinen noktada siyasi aktörlerin yargı organı üzerindeki etkinliğinin ciddi anlamda sorgulanması gerekmektedir. 2009 yılında Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan Yargı Reformu Stratejisi Taslağı'nın 1.5. maddesinde “*Yargı bağımsızlığının sadece Anayasa ve kanunlarda yazılı bir ilke olarak kalması değil, aynı zamanda toplumsal hayata geçilmesinin hukuk devleti açısından gerekliliği de ortadadır. Bu bağlamda yargı profesyonellerinin, yargı bağımsızlığını içselleştirmeleri ve kültür haline getirmeleri zorunludur.*” ifadelerine yer verilmiştir. Yol haritasını bir çırpıda belirleyen siyasi aktörler, bu konuda somut adımlar atılması gerektiğinde, popülist yaklaşımlarla günü kurtarmaktan öte çözüm üretememektedir. Yasama ve yürütme organları çalışmalarının neticede, yargı kurumlarını oluşturma, çalışma koşullarını belirleme ve yapılarında değişiklik yapma yetkilerini yargı üzerinde bir baskı aracı olarak kullanma sonucuna ulaştığını görüyoruz.

Yargıçların profesyonel kariyerlerine ilişkin tüm kararlar nesnel ölçütlere dayanmalı ve yargıçların seçimleri ve kariyerleri; nitelik, safiyet (integrity), yetenek ve verimlilik ilkeleri ışığında liyakate bağlanmalıdır. Yargıçların seçimleri ve kariyerlerine ilişkin karar alan otorite, hükümetten ve idareden

32 (Anomi” (ing: anomie), bir kuralsızlık ve normsuzluk halidir. Anomi, toplumun sancılı bir kriz ya da ani geçişler yaşadığı bir toplumsal çözülme halidir. Bu çözülmenin iki sosyolojik görünüşü vardır. Bunlardan birincisinde yani makro bağlamda, toplum önceki istikrarlı bir arada yaşama durumundan “birbirine karşılıklı güvenin kalkması” “iç savaş” ya da “şiddete dayanan sınıf çatışması” gibi olaylarda somutlaşacak anormal bir sapmadır. Mikro bağlamda ise çalışma hayatında ve toplumsal yaşamda organik dayanışmanın ortadan kalkması, insanların ufkuunu açıcı değil de, insan doğasının değerini düşürücü bir sanayi ve çalışma ortamının meydana gelmesidir.

bağımsız olmalıdır. Bu otoritenin bağımsızlığını³³ güvence altına almak için, ilgili mevzuatla, örneğin söz konusu otoritenin üyelerinin yargı tarafından seçilmesi ve usule ilişkin konuların bizzat bu otorite tarafından kararlaştırılması güvence altına alınmalıdır.³⁴ Bu işlevi yerine getirmek için kurulmuş olan HSYK bir anlamda 'yargının hükümeti (self government of the justice)' olarak kabul edilebilir. Ülkemizde HSYK'nın şimdiki yapısı dahi yargı bağımsızlığı ile örtüşmezken, yürütme organı kurumun bağımsızlığını ve meşruiyetini ortadan kaldıracak, kurulu Adalet Bakanının dolayısıyla siyasal iktidarın güdümüne sokacak nitelikte yasa değişikliğine hazırlanmaktadır.

Mahkemenin bağımsızlık ve tarafsızlığının ihlal edildiği bir diğer uygulama 1972 yılında 2556 sayılı Hâkimler Kanununda değişiklik yapıncaya kadar uygulama alanı bulan 'coğrafi güvence'nin kaldırılıp 'bölge sistemi'ne geçilmesidir. Coğrafi güvence, hâkimin muvafakati olmaksızın, terfi suretiyle de olsa, mevki ve memuriyetinin değiştirilememesi anlamına gelmektedir. Coğrafi güvence sistemi yerine bölge sisteminin uygulanması, 'gündeme bomba gibi düşen' kararnamelerle hakim ve savcılarının yerlerinin değiştirilmesine olanak sağlamakta, bağımsızlıklarını yürütmenin tehdidi altında bırakmaktadır.

Mahkemenin bağımsızlık ve tarafsızlığına ilişkin bir eleştiri de Avrupa Birliği Komisyonu İstisari Ziyaret Raporu'nda yer almaktadır. Raporu göre " *...bağımsızlık kavramının aksine, yargının mali kaynakları, yürütmenin mutlak iradesine bırakılmaktadır.*" Buradan hareketle yargı organına ve yargı işlerine belli bir bütçe ayrılması siyasal iktidarın yargılama sürecini kontrol etmesine ve keyfi biçimde düzenlemeler yapmasına engel olacaktır.

D. SONUÇ YERİNE

Hukukun üstünlüğü; beraberinde hukuk sürecinin öngörülebilirliği, şeffaflığı ve izlenebilirliğini de getirir. Adalet me-

33 AMK E.1992/37 K.1993/18 T.27/04/1993

34 (Avrupa Konseyi, Tavsiye Kararı, 1. ilke, 2.c.)

kanizmasının asıl amacı da, etkin ve verimli bir yargı süreci sonunda vicdanen verilmiş adil kararlar ile toplumsal barışın sağlanması ve kamu düzeninin korunmasıdır.

Yargıya duyulan güvenin azalması, buna bağlı olarak yargıya saygının azalmasına da yol açmakta; bu ise güç sahiplerinin “kendilerine hizmet etmiyor ise” yargının bir ayak bağı olduğu algısını sebep olmaktadır. Oysa Montesquieu’nun belirttiği üzere “Başvurulacak bir mahkemenin bulunduğu ve adaletin mutlaka gerçekleşeceği inancı, bir toplumda en büyük güven duygusunu sağlar.”

“Hukuk” tan uzaklaşarak (ama koşar adım, ama sürüklenerek, ama iteklenerek) varılacak o yerde, tek bir kişinin dahi huzur ve güvenliğinden bahsedilemeyeceği gerçeği ise güç sahiplerince kanaatimizce idrak edilememektedir.

Elinden değirmenini almaya kalkan krala karşı ihtiyar değirmenciye “... Berlin’de hâkimler var.” sözünü söyleten, yargı bağımsızlığına ve tarafsızlığına duyulan güvendir. Bu güvenin yeniden tesisi için mücadele yine biz hukukçulara düşmektedir.

KAYNAKÇA

Akıllıoğlu, Tekin, “İnsan Hakları I (Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri)

Avrupa Birliği Komisyonu, Yargının Etkililiği Hakkında Dördüncü İstisari ZiyaretRaporları”, http://www.abgm.adalet.gov.tr/alt-menu/istisari_ziyaret.html

Centel, Nur, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı ve Türk Hukuku”, İstanbul, 1998.

Dönmezer, Sulhi, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir: İzmir Barosu, 2000

Friedrich Cristian. Schroeder, Bilimsel Ceza Hukuku, Çev. Feridun YENİSEY, İstanbul: Beta Yayınları, 2002

Gölcüklü, Feyyaz, Gözübüyük, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara: Turhan Kitabevi, 1996

Gönenç, Levent, Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, TESEV Raporu, 2010

Gözübüyük, A.Şeref, Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004

Kapani, Münci, Kamu Hürriyetleri, Ankara: Yetkin Yayınları, 1993,

Kocaoğlu, S. Sinan, Türkiye Cumhuriyeti Yargı Sisteminin Temel Sorunu“Hâkim (& Savcı) Niteliği” ve Bu Hususta Eklektik Bir Çözüm Önerisi, Ankara Barosu Dergisi 2011/ 3

Kuçuradi, Ioanna, “İNSAN HAKLARI: KAVRAMLAR VE ÇEŞİTLERİ” Konferansı, 2011

Özbudun, Ergun (2008), Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara

Özen, Muharrem, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:68, Sayı: 2010/1 ‘Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri’

REİSOĞLU, Safa, Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları, Beta Yay. İstanbul 2001.

Sancar, Mithat, Atılgan Eylem Ümit, Adalet Biraz Es Geçiliyor... :’ Demokratikleşme Sürecinde Hakimler ve Savcılar’, TESEV Yayınları İstanbul, 2009.

“Temel İlkeler”: Birleşmiş Milletler, 7. Suç Sorunları Kongresi, “Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri” <http://www2.ohchr.org/english/law/indjudiciary.htm>

Yüksel, Murat ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı Üzerine Bir İnceleme’, Legal Hukuk Dergisi, Mayıs 2004

Zabunoğlu, Yahya, “Adil Yargılanma Hakkı ve Adil Yargılama Yapma Görevi, ” Yeni Türkiye Dergisi, Yıl:2, S.10, Temmuz-Ağustos 1996

YARGILAMA HUKUKUNDA BİR ADİL YARGILANMA HAKKI UNSURU OLARAK MAKUL SÜREDE YARGILANMA

Sıddık Onur ÖZER*

1. Genel Olarak Adil Yargılanma Hakkı

1.1. Hakkın Doğumu ve Gelişimi

Gerek bölgesel gerekse uluslararası alanda yapılmış birçok sözleşmede düzenlenmiş¹ temel, evrensel ve yerleşik bir insan hakkı olan² adil yargılanma hakkı³, aslı itibarıyla “*Common Law*” çevresinde doğmuş ve geliştirilmiş bir hukuki kurumdur⁴. Esasen “*Fair trial*” olarak ifade edilen bu sözcüğün kökleri, insanlık tarihinin ilk yazılı anayasası olarak bilinen 19 Haziran 1215 tarihli Magna Carta Libertatum’da düzenlenen “*Kimseye hakkı ve adaleti satmayacağız, menetmeyeceğiz ve geciktirmeyeceğiz*” hükmüne dayanıyor olsa da⁵, söz konusu terim,

* Stajyer Avukat

- 1 Hüseyin Turan, *Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ndeki Yeri ve Önemi*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 84, 2009, s. 213
- 2 Canan Ahtıhan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Ceza Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Makul Sürede Yargılanma İlkesi*, (Danışman: Prof. Dr. R. Füsün Sokullu-Akıncı), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2009 (YÖK Ulusal Tez Merkezi) - <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>), s. 3
- 3 Doktrinde Yahya Zabunoğlu yine “*adil yargılanma*” olarak kabul etmekte olup Bahri Öztürk ve Durmuş Tezcan “*adil yargılanma hakkı*”nın yanı sıra “*dürüst işlem ilkesi*”ni kullanıyor olmalarına rağmen, karşı görüşte Sulhi Dönmezer ve Tekin Akılhoğlu “*doğru yargılama*”, Sibel Inceoğlu ise “*hakkaniyetli yargılama*” veya “*hakkaniyete uygun yargılama*” terimlerini kullanmaktadır.
- 4 Süha Tanrıver, *Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 53, 2004, s. 191
- 5 Hakan Pekcanitez, *Medeni Yargıda Adil Yargılama*, İzBD, 1997/2, s. 36; Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, Beta, Onbirinci Bası, 2000, s.30; Süheyl Donay, *İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 1; M. Serhat Kaşıkara, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye*, Ankara, Adalet Yayinevi, Birinci Baskı, 2009, s. 168

17. yüzyılda Hakim Edward Coke tarafından geliştirilmiş ve anılan terimin Amerika'da kurulan devletlerin Anayasalarına ve nihayet Amerika Birleşik Devletleri Anayasasına ek m. 6 olarak intikal ettiği bilinmektedir.⁶

1.2. Hakkın Avrupa Hukukuna Geçiş Süreci

Zaman içinde Birleşmiş Milletler Sözleşmesi⁷ (m. 10) ile her insanın tam eşit olarak ve hakkaniyete uygun ya da adil yargılanma hakkı olduğu ve 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşme⁸ (m. 14) ile yargının eşitliği ifade edilmişse de⁹, yalnızca Avrupa Konseyi¹⁰ ne üye olan devletlerin taraf olabildiği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi¹¹ (Sözleşme) ile güvence altına alınan haklar sadece kişisel ve siyasal haklardan oluşmakta ve Sözleşme, özellikle "adil yargılanma hakkı (m. 6)"ndan bahseden ilk ve en önemli uluslararası belge niteliğini taşımaktadır.¹²

6 Kunter/Yenisey, a.g.e., s. 30

7 "26 Haziran 1945 tarihinde San Francisco'da imzalanmış ve 110. maddeye uygun olarak 24 Ekim 1945'de yürürlüğe girmiştir. Türkiye Antlaşmayı Milletlerarası Adalet Divanı Statüsü'yle birlikte 15 Ağustos 1945'te onaylamıştır. 4801 Sayılı Onay Kanunu 24 Ağustos 1945 gün ve 6902 Sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır." <http://www.tbmm.gov.tr/komision/insanhaklari/pdf01/3-30.pdf>

8 "Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarih ve 2200 A (XXI) sayılı Kararıyla kabul edilip inza, onay ve katılıma açılmıştır. Sözleşme 49. maddeye uygun olarak 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşmeyi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme henüz Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmamıştır." <http://www.tbmm.gov.tr/komision/insanhaklari/pdf01/53-73.pdf>

9 Pekcanıtez, a.g.m., s. 36

10 "Avrupa Konseyi, Avrupalı devletlerin sahip oldukları tarihsel sosyal ve kültürel mirası hayata geçirmek ve geliştirmek için kurdukları, Avrupa'da II. Dünya Savaşı gibi bir hezimetin bir daha yaşanmaması için barışı daimileştirmek ve her alanda işbirliğini geliştirmek üzere oluşturdukları, bir kurumdur." Enver Bozkurt, *Devletler Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, Beşinci Baskı, 2009, s. 194

11 "Uygulanan uluslararası hukuk açısından en eskisi önemlisi olan bölgesel niteliği haiz bu Sözleşme 4.11.1950 tarihinde imzalanmış ve 3.9.1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir." Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, Ankara, Turhan Kitabevi, Dokuzuncu Baskı, 2010, s. 227

12 Adem Çelik, *1982 Anayasası'nda Adil Yargılanma Hakkı*, (Danışman: Prof. Dr. Hasan Tunç), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2006, (YÖK Ulusal Tez Merkezi - <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>), s.16

Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında kendisine yer bulan bu hak¹³, adını İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (*Mahkeme*) kararlarından almış olup *Sözleşme'nin* 11 No.lu Protokolü ile maddeye başlık olarak eklenmiştir.¹⁴ Madde, hakkın doğrudan tanımını yapmak yerine unsurlarını saymakla yetinmiştir.¹⁵ Hatta bu unsurlardan bazıları, açıkça madde metninde yer almıyor olmalarına rağmen Strasbourg organlarınca zımnen maddeye dahil edilmiştir.¹⁶

1.3. Türkiye'nin Kabulü

Sözleşme, Türkiye tarafından 4 Kasım 1950'de imzalanmış, 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı yasa ile iç hukukumuzda dahil olmuştur (RG 19.03.1954, S. 8662).¹⁷ Anayasamız madde 90 fıkra 5 hükmü ile birlikte en azından insan haklarına ilişkin antlaşmaların kanunlardan üstünlüğünü pozitif hukukta kabul etmiş bulunmakla¹⁸, bu konularda iç hukuktaki kanunlarla temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmaların aynı konuda farklı hükümler taşıması halinde çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı kuralını getirmiştir.¹⁹

13 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md. 6/1: "Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyumsuzluklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir." http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/AIHS_tr.pdf

14 A. Seref Gözübüyük, A. Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, Ankara, Turhan Kitabevi, Üçüncü Bası, 2002, s. 266

15 Pekcanıtez, a.g.m., s. 39'da hakkın unsurlarını "a) Kanuni, müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma, b) Makul süre içinde yargılanma, c) Aleni surette yargılanma, d) Hakkaniyete uygun olarak yargılanma" şeklinde saymıştır.

16 Canan Ahtıhan, a.g.e., s. 4

17 Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul, Beta, Dördüncü Bası, 2013, s. 11, 1. dipnot

18 Bozkurt, a.g.e., s. 46

19 Mehmet Kayhan, *İdari Yargıda Gereksiz Kararlar, Silahların Eşitliği İlkesi ve Adil Yargılanma Hakkı*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 65, 2006, s. 130

Türkiye bireysel başvuru hakkını 28.01.1987 tarihinden geçerli olmak üzere kabul etmiş ve 22.01.1990 tarihinden itibaren de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı yetkisini tanımıştır.²⁰

Hali hazırda Anayasamızın 36-38, 125, 138-142'inci maddelerinde söz konusu hakkın kapsamına dahil olan pek çok ilke veya hak bulunmasına rağmen, Türkiye 2001 yılında Anayasa'da yapmış olduğu değişiklik ile adil yargılanma hakkını anayasal bir ilke haline getirerek Anayasamızın bir parçası niteliğine kavuşturmuştur (m. 36)^{21,22}

Genel bir bakış ile adil yargılanma hakkının doğum sürecinden norm olmasına değinilen bu ilk bölümden sonra, sırasıyla bir adil yargılanma hakkı unsuru olarak makul sürede yargılanma hakkı kavramı, önemi ve amacına değinilecek; akabinde, tüm yargılama alanlarında vücut buluşundan ilgili mahkeme kararları ile söz edilecektir.

2. Yargılama Hukukunda (Bir Adil Yargılanma Hakkı Unsuru Olarak) Makul Sürede Yargılanma Hakkı

2.1. Makul Süre Kavramı, Önemi ve Amacı

2.1.1. Makul Süre Kavramı

Esasen geçmişten bugüne hukuki uyumsuzlukların çözüm sürecinde makul sürede yargılama ilkesi, farklı yargılama kültürlerinde yer ve zaman kavramlarından bağımsız olarak varlığını Latince'de "*justitiate dilatio est quaedam negatio*", Fransa'da "*Justice retive, justice fautive*", Birleşik Krallık'ta

20 Fahrettin Demirağ, *Hukuk Devleti Adil Yargılanma Hakkı ve Askeri Yargı*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 59, 2005, s. 147

21 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası md. 36: "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*"

22 Sibel İncoğlu, a.g.e., s. 2

“justice delayed, justice denied” gibi örneklendirebileceğimiz deyişler ile sürdürmektedir.²³

Makul süre, davaların çabuk sonuçlanmasını, özellikle her ne pahasına olursa olsun çabuk bitirilmesini amaçlayan bir ilke değildir.²⁴ Gecikmiş adalet adaletsizlik olarak kabul edildiğinden adil bir yargılamadan bahsedebilmek için bu yargılamanın makul bir sürede olması gerekmektedir.²⁵ Makul süre, önceden belirlenebilen bir süre veya azami bir süre değildir.²⁶ *Mahkeme* de makul süre hakkındaki kararlarını, olaydan olaya değişiklik gösterir şekilde ve her somut olayın özelliklerini kendi içinde değerlendirerek vermektedir.²⁷ Esasen bu terim, her dava ya da iş için ayrı ayrı uygulanması gereken akılcı bir tutumu ifade eder.²⁸

2.1.2. Önemi

Mahkeme vermiş olduğu kararlarda, 6. maddenin 1. fıkrasında güvence altına aldığı hak ve unsurlarının hukuk devleti ilkesini yansıtmakla kalmayıp, bu güvencelerin bağlı olduğu hakkın uygulanmasının demokrasi ilkesinin vazgeçilmez bir unsuru olduğunu göstermektedir.²⁹ Keza, bir ülkede hukukun üstünlüğü ilkesi ve demokrasinin işletilmesi, adil yargılanma hakkı ve bu hakka bağlı unsurların başlıca varlık sebebidir.³⁰

23 Mükerrerem Onur Başar, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Makul Sürede Yargılanma Hakkı*, (Danışman: Prof. Dr. Nevhis Deren-Yıldırım), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2008, (YÖK Ulusal Tez Merkezi - <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>), s. 5

24 Pekcanitez, a.g.m., s. 43

25 Vesile Sonay Evik, *Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı*, Kayıhan İçel (Proje Müdürü), *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınevi, Birinci Baskı, 2004, s. 297

26 Kaşıkara, a.g.e., s. 171; İnceoğlu, a.g.e., s. 373

27 Hans-Meyer Ladewig, (Çev.: Hakan Hakeri), *Adil Yargılanma Hakkı – II*, İçel (Pro. Müd.), a.g.e., s.91

28 Kaşıkara, a.g.e., s. 171

29 Turan, a.g.m., s. 220

30 Turan, a.g.m., s. 219

Toplumun yargı organlarına olan güveninin korunabilmesi, hakkın gerçek sahibine bir an önce tesliminin sağlanması ve uyumsuzluğun taraflarının en kısa süre içerisinde tatmin edilebilmesi açısından yargılamanın makul süre içerisinde bitirilmesi ilkesi son derece önemlidir.³¹ Aksi halde, yargılama makul süre içerisinde bitirilemez ise, tarafların yargıya güveninin sarsılması dolayısıyla bu davanın gecikmesinde yararı olana cesaret vermesi ile ve davanın sonunda hakkını elde eden tarafın; bu gecikme sebebiyle uğramış olduğu hak kaybı boşluğunu doldurmak için kendi adalet anlayışına, yani yasal olmayan bir şekilde zorla hak elde etme yoluna başvuracağı açıktır.³²

Öte yandan, tarafların sunmuş oldukları deliller zamanın tesiri ile kolaylıkla bozulabileceklerinden davaların “makul” bir süre içinde görülmesinde her şeyden önce toplumsal yarar söz konusudur.³³

2.1.3 Amacı

Makul süre içinde yargılanma ilkesi gereğince, devletin yargıya güveni sağlamak ve bu güveni devam ettirmekteki ödevini gecikmeksizin yerine getirmesi gerekir.³⁴ Bununla birlikte, hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olan makul sürede yargılanma hakkının, mahkemenin maddi gerçeğe ulaşma oranını yükselteceği açıktır.³⁵

Mahkeme de denetim çevresindeki devletlere makul sürede yargılama yapma yükümlülüğünün amacının, “bu kişileri yargılama işlemlerinin sürüncemede kalmasına karşı korumak; özellikle

31 Mustafa Gökşen, *AİHM Yargısında Adil Yargılanma Hakkı ve Makul Süre*, (Danışman: Prof. Dr. Mehmet Emin Çağırın), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010, (YÖK Ulusal Tez Merkezi - <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>), s. 26

32 Pekcanitez, a.g.m., s. 41

33 Erol Cihan, Feridun Yenisey, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, Beta, Birinci Bası, 1996, s. 23

34 Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özeker, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, Onikinci Bası, 2011, s.266

35 Veli Özer Özbek ve diğ., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Dördüncü Bası, 2012, s. 62

ceza davalarında, suçlanan kişinin, uzun süre davasının nasıl sonuçlanacağı endişesi ile yaşamasını önlemek" olduğunu ifade etmiştir.³⁶ Bununla kastedilen, bir yandan yapılan yargılamanın, usul ekonomisine uygun bir biçimde cereyanın temin edilmiş bulunmasıdır.³⁷

2.2. Adil Yargılanma Hakkı ve (Ona Bağlı Unsuru) Makul Sürede Yargılanma Hakkının Tüm Yargılama Alanlarında Uygulanabilirliği

Adaletle ulaşma konusunda adil yargılanma hakkı unsurları doktrinde "yargısal korumanın etkililiğine dair gerekler" olarak görülmüş ve bu etkililiği sağlamak adına davaların makul sürede karara bağlanma yükümlülüğü de sayılmıştır.³⁸

Sözleşme, bir ülkenin tür ve derece farklı olmaksızın her mahkemesinde ilgiliye adil yargılanma hakkından yararlanma yükümlülüğü tanınması neticesinde ülkemizde de adli, idari ve askeri yargı yerlerinde yapılan yargılamalarda, ilk ve üst derece mahkemelerinde ilgililerin *Sözleşme*'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının sağladığı güvencelerden yararlandırılması gerekir.³⁹ Hakkın sağladığı yargılama güvenceleri çerçevesinde, özel hukuk ve ceza hukuku yargılamalarındaki mahkeme kararının uygun (=makul) bir sürede verilmesi hakkının yüksek bir anlamı mevcuttur.⁴⁰ *Sözleşme*'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen bu yükümlülük, hem medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıkların hem de bir suç isnadının karara bağlanması açısından mahkemeleri bağlayıcı niteliktedir.⁴¹

36 İnceoğlu, a.g.e., s. 371-372

37 Tanrıver, a.g.m., s. 198

38 Müslüm Akıncı, İdari yargılama hukukunda Savunmada Fırsat Eşitliği, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Temmuz 2010, Yıl:1, Sayı:2, s. 34

39 Demirağ, a.g.m., s.148;

40 Eckhard Pache, (Çev.: Yener Ünver), *Adil Bir Yargılamaya İlişkin Avrupa Temel Hakkı*, İçel (Pro. Müd.), a.g.e., s.74

41 İnceoğlu, a.g.e., s. 371

Hatta *Sözleşme* madde 6 fıkra 1’de özel hukuka ilişkin hak ve yükümlülükler ifadesinin kullanılmamasının gerekçesi, yine Sözleşme bağlamında “*medeni*” teriminin kimi zaman özel hukuk uyuşmazlıkları dışında idare hukukuna ilişkin uyuşmazlıkları da kapsamasıdır.⁴² Keza *Mahkeme* de, idare hukuku bütünü içinde yer alan bazı tasarruflardan kaynaklanan uyuşmazlıkları da, medeni hak ve vecibe niteliğinde niza sayıp, Sözleşme’nin 6. maddesinin uygulanma alanına sokmak suretiyle, İdari Yargıda da adil yargılanma hakkının geçerli olduğuna işaret etmek istemiştir.⁴³ İdari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden istifade etmesi sebebiyle idari işlemlere karşı dava açılması, kendiliğinden bu işlemlerin yürütülmesine engel olmamakta, diğer bir deyişle dava konusu idari işlemlerin yürütmesini durdurmamakta, hatta ve hatta idarenin kendiliğinden ve zor kullanmak yetisi ile bu işlemleri yerine getirebilmesini sağladığından tüm yargılama alanlarında mevcut olan bu yargılama sürecinin yavaşlığı sayılan sebeplerden idari yargı için daha hayati bir önem taşımaktadır.⁴⁴

Mahkeme, Diaz Aparicio/İspanya kararında genel olarak makul sürenin, Anayasa Mahkemesi önünde yapılan incelemeler de dahil olmak üzere, bütün incelemeleri içerdiğini belirtmiştir.⁴⁵ Dolayısıyla benzer hususları **Askeri Yargı** için de söylemek mümkündür. Askeri mahkemelerle disiplin mahkemelerinin hürriyeti bağlayıcı ceza içeren mahkumiyet kararları verebildikleri ve askeri mahkemelerin savaş hali dışında asker olmayan kişileri de yargılamalarının mümkün bulunduğu göz

42 Başar, a.g.e., s. 22

43 Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s. 270-273

44 Hamit Görür, *Adil Yargılanma ve İdari Yargıda Görünümü*, (Danışman: Doç. Dr. Oğuz Sancakdar), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010, (YÖK Ulusal Tez Merkezi - <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>), s. 129

45 Erhan Alp, *Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Askeri Ceza Yargısı: Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, (Danışman: Doç. Dr. Yüksel Metin), Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2013, (YÖK Ulusal Tez Merkezi - <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>) sf. 98’deki dn. 230’dan dolayı atıfla (Bkz.: Gilles DUTERTRE, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, Almanya, Kasım, 2003, s. 174)

önüne alındığında, askeri suçların da 6. madde kapsamına girdiğini, adil yargılanma hakkının askeri suçlar, asker kişiler için ve askeri yargı yeri bakımından da tanınmasında zorunluluk bulunduğunu kabul etmek gerekir.⁴⁶

Kişi, suç ve yargı yeri ayırımının yapılmadığı Anayasamızda da (m. 36/1) herkesin yapılan yargılamalarda *Sözleşme* madde 6 fıkra 1'deki hakka sahip olduğu belirtildiğinden⁴⁷ **Anayasa Yargısı** için de bu hakkın geçerli olacağı şüphesizdir. Keza, AİHM'in Ruiz-Mateos/İspanya davasında vermiş olduğu kararda, başvurucunun aleyhine çıkarılmış olan bir kanun hükmünde kararnameyi anayasaya aykırı olduğu gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi'ne taşınması üzerine; İspanya Hükümeti, her ne kadar Anayasa Mahkemesinin görevinin özel bir niteliği olduğunu ve dolayısıyla huzurundaki yargılamada madde 6 fıkra 1'in uygulanamayacağını belirtmiş olsa da; *Mahkeme* bu davada, Anayasa Mahkemesi önündeki yargılamada da madde 6 fıkra 1'deki güvencelerin geçerli olması gerektiğini tespit etmiştir.⁴⁸ Dolayısıyla mahkemelerin makul sürede yargılama yükümlülüğü Anayasa Mahkemesi için de geçerli olmasına rağmen, Anayasa Mahkemesi'nin yargılama sistematığındeki rolü göz önünde bulundurulduğunda, huzuruna sunulan davaları kronolojik sıradan çok, davanın sosyal ve siyasal içeriği gibi başka birtakım kriterlere öncelik vermesi lüzum olduğundan; Süssman/Almanya kararında olduğu gibi *Mahkeme*, Anayasa Mahkemesi'nin bu farklı özelliklerini dikkate alarak vermiş olduğu kararında üç yıl dört aydan fazla süren yargılama sürecini de *Sözleşme'nin* 6. maddesi 1. fıkrasına aykırı bulmamıştır.⁴⁹

Sözleşmede bizzat ifade ve işaret edildiğinden ötürü, adil yargılanma hakkının hukuk ve ceza yargılaması alanlarında var olacağı şüphesinde olmadığımızdan; hakkın bir unsuru olarak makul sürede yargılanma hakkının hukuk ve ceza yar-

46 Demirağ, a.g.m., s. 149-150

47 Demirağ, sf.148

48 İnceoğlu, a.g.e., s. 76-77

49 Ahtihan, a.g.e., s. 19

gılamasındaki özel görünümünden söz edilerek, Türk hukuk mevzuatındaki yeri gösterilip söz konusu sürenin makul olup olmadığının tespit ve değerlendirilmesi ile bu sürenin başlangıç ve bitiş zamanları üzerinde durulacaktır.

2.2.1. Medeni Yargılamada Makul Sürede Yargılanma Hakkı

Sözleşme madde 6 fıkra 1, “Herkes, (...) medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar (...) makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.” ifadesiyle göstermektedir ki; hukuki dinlenilme hakkını da kapsayarak ondan daha geniş olan söz konusu bu hak, medeni yargılama hukukunda her iki tarafa da tanınmış olup, bir davada hem davacı hem davalıya, yine bir icra takibinde alacaklı ve borçlu taraflara aittir.⁵⁰

Sözleşme ekseninde bir hakkın veya yükümlülüğün medeni nitelikte olup olmadığının belirlenmesinde farklı yaklaşımlar mevcut ise de *Mahkeme* bunlardan, iç hukuk sisteminde bir hak ve yükümlülüğün nasıl düzenlendiğine bağlı kalmamak şartıyla, iç hukuk sisteminde var olan değerlendirmeyi de göz önünde tutarak, hak veya yükümlülüğün medeni niteliği haiz olup olmadığı hususunda müstakil bir değerlendirme yapılması yaklaşımını benimsemektedir.⁵¹ Medeni yargıda makul süre içinde yargılamanın gerçekleşmesine katkı sağlamak mahkemelerin yanı sıra; tarafların da ödevleri arasında yer alır.⁵² Tarafların hakkı, mahkemelerin yükümlülüğü niteliğinde olan makul sürede yargılama aynı zamanda, medeni usul hukukuna hakim olan ilkelerden usul ekonomisi ilkesinin de önemli bir unsurudur.⁵³ Medeni usul hukukunun tanımış olduğu yetkilerin kötüye kullanılarak yargılama faaliyetinin uzamasına sebebiyet verilmesi, dürüstlük kuralına aykırı olacaktır ve himaye görmeyecektir.⁵⁴

50 Pekcanitez/Atalay/Özekes; a.g.e., s.264

51 Başar, a.g.e., s.23

52 Tanrıver, a.g.m., s. 199

53 Pekcanitez/Atalay/Özekes; a.g.e., s. 267

54 Başar, a.g.e., s. 15

2.2.2. Ceza Yargılamasında Makul Sürede Yargılanma Hakkı

Sözleşmenin 6. maddesi 1. fıkrası "(...) cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların (...)" ifadesi ile açıkça göstermektedir ki, cezai yargılamalarda da hakkın mevcut olduğu/olacağı açıktır.

İç hukukta ceza hukuku alanında belirlenen bir suçun isnadı halinde madde 6 fıkrası 1'in güvenceleri devreye girebilmekte ise de, bu tür ceza hukuku anlamında bir suç söz konusu olmadığı hallerde de, *Mahkeme* bazı durumları suç isnadı olarak görebilmekte ve bu nedenle bir disiplin yargılamasını da madde 6'nın kapsamında değerlendirip, buradaki güvencelerin sunulup sunulmadığını araştırabilmektedir.⁵⁵ Nitekim Anayasamızda olduğu gibi *Sözleşme* metninde de yalnızca "sanık"tan söz edilmiş olup, suç ve kişi ayırımı yapılmamıştır.⁵⁶

Sanık olan bir şahsın uzunca bir süre suç isnadı altında kalmaması adına, makul yargılanma hakkı gereğince bizzat sanık kendi statüsü açısından şüpheli durumdan ve istikbali için şüpheler yaratan sanıklık statüsünden de kurtulmuş olacaktır.⁵⁷

Suçlanan bir kişinin uzun süre suçlu olup olmadığı ya da ceza alıp almayacağını beklemesi hakkaniyete uygun düşmeyeceğinden, adil yargılanma hakkının unsurlarından olan "yargılamanın makul sürede bitirilmesi" ilkesinde amaç, uzun süren davalarda tarafsız ve bağımsız olarak kurulan mahkemelerin kişilerin yargılamalarını gereksiz yere uzatmaksızın onları bu belirsiz durumdan mümkün olduğunca kısa sürede kurtarmaktır.⁵⁸

Ceza yargılamasında makul süre sadece kovuşturma safhası için değil pek tabii kişi güvenliği ve hukuk devleti ilkesi

55 İnceoğlu, a.g.e., s. 84

56 Demirağ, a.g.m., s. 148

57 Donay, a.g.e., s. 97-98

58 Kayhan, a.g.m., s. 137

gereğince koruma tedbirlerinin süre ile sınırlandırıldığı soruşturma safhası için de geçerli olmalıdır.⁵⁹

Makul sürede yargılanma hakkı, yargılama makamlarının re'sen gözönünde bulundurmaları gereken bir haktır, dolayısıyla bunun için sanığın herhangi bir talepte bulunması gerekmemektedir.⁶⁰

2.3. Başlıca Türk Hukuk Mevzuatında Mahkemelerin Bir Yükümlülüğü ve Tarafların Hakkı Olarak Makul Sürede Yargılanma

Anayasamız da md 141/4 de *“Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.”* şeklinde ifade ettiği üzere davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını yargının görevleri arasında saymıştır.⁶¹

Kanunkoyucu, HMK'nın 30.md'sinde, HUMK md.77'nin⁶² düzenlediği haktan *“Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür.”* şeklinde bahsederek *“makul süre içinde yargılama yapma yükümlülüğü”* nü kanuna getirmiştir.⁶³

CMK'nın kesiksizlik ilkesini düzenlediği *“Ara verme”* başlıklı 190. md'sine göre ise yargılamanın tek oturumda bitirilmesi kural olarak kabul edilmişken, ilkenin istisnasını her hâlikarda makul sürede yargılanma hakkına zarar vermeyecek şekilde duruşmaya ara verilmesi oluşturur.⁶⁴

59 Özbek ve diğ., a.g.e., s. 62

60 Ahtıhan, a.g.e., s. 12

61 İnceoğlu, a.g.e., s. 370; Kaşıkara, a.g.e., s. 168; Pekcanitez, a.g.m., s. 41; Tanrıver, a.g.m., s. 199

62 1086 sayılı HUMK md. 77 *“Hâkim tahkikat ve muhakemenin mümkün olduğu derecede sürat ve intizam dairesinde cereyanına ve beyhude masrafa meydan verilmemesine dikkatle mükelleftir.”*

63 Kaşıkara, a.g.e., s. 168; Pekcanitez, a.g.m., s. 41; Tanrıver, a.g.m., s. 199

64 Antıhan, a.g.e., 66; Özbek ve diğ., a.g.e., s. 62

2.4. Makul Sürenin Değerlendirilmesi ve Tespiti

Mahkemeyi, Sözleşmenin 6. maddesi 1. fıkrası ihlali bağlamında bireysel başvurularda en fazla meşgul eden güvence ve kendisine sayı itibarıyla en çok dayanılan temel gerekçe, makul sürenin aşıldığı iddiaları oluşturmaktadır.⁶⁵

Makul sürenin ne zaman aşıldığının tespiti oldukça güçtür.⁶⁶ Ne kadarlık bir sürenin makul süre olduğu hususu belirsiz olduğundan, bu konuda kesin bir süre belirlemek doğru değildir.⁶⁷ Çünkü, her somut olayın koşullarına ve özelliklerine göre, makul sürenin ne olduğu değişkenlik gösterir; her bir somut durumda ayrı ayrı değerlendirilmek ve irdelenmek gerekir.⁶⁸

Gecikmeyi değerlendirmede, sadece yargılamada ve temyizdeki işlemlere değil, fakat yargılama sürecinin bütününe bakılır.⁶⁹ Dava makul bir süre içinde bitirilmiş olsaydı dahi sonucun değişmeyecek olması hususu, makul sürede yargılama yapma yükümlülüğü altında olan devlet tarafından bir savunma aracı olarak kullanılamaz; nitekim makul sürenin değerlendirilmesinde dava sonucu önemli ve etkili değildir.⁷⁰

Her olay, kendine özgü farklılıklara sahip olduğu için, *Mahkeme* davanın süresinin makul olup olmadığının değerlendirilmesinde kullanılan kriterleri, “*davanın karmaşıklığı*”⁷¹, *başvurucunun tutumu, yetkili mercilerin tutumu*” olarak belirlemiştir.⁷²

Bir dava olgusal ya da hukuksal sorunlar bakımından özel

65 Tanrıver, a.g.m., s. 200; Cristoph Grabenwarter, (Çev.: Osman Can), *Yargılama Güvenceleri – Adil Yargılama Hakkı (IHAS md. 6)*, İçel (Pro. Müd.), a.g.e., s. 216

66 Pekcanitez, a.g.m., s. 41

67 Özbek ve diğ., a.g.e., s. 62

68 Evik, a.g.m., İçel (Pro. Müd.), a.g.e., s. 298

69 Leonard H. Leigh, (Çev.: Selman Dursun), *Adil Yargılanma Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Antlaşması*, İçel (Pro. Müd.), a.g.e., s. 342

70 İnceoğlu, a.g.e., s. 361

71 Pekcanitez, “*dava konusunun niteliği*” olarak ifade ediyor, a.g.m., s. 42

72 İnceoğlu, s. 373

bir karmaşıklık gösteriyorsa, nispeten daha uzun bir dava süreci meşru olabilir.⁷³ Basit bir tahliye davası ile büyük bir şirketin feshi aynı sürede bitirilemeyeceği gibi⁷⁴, bir çok taşınmazın kamulaştırılması, yurt dışında yapılacak araştırmalar için adli yardıma başvurulması, karmaşık ticari ceza hukuku olaylarının varlığı veya bir çok bilirkişi raporuna gereksinim duyulması⁷⁵ “*davanın karmaşıklığı*”na örnek olarak verilebilir.

Mahkeme, davacının örneğin sürelerle uymamak, iddiasını zamanında ve tam olarak yürütmemek suretiyle “*başvurucunun tutumu*” dolayısıyla yargılamanın uzamış olmasını göz önünde bulundurmaktadır.⁷⁶ Eğer şikayet eden taraf gecikmeye neden olmuşsa veya gecikmeye engel olmamışsa buna göre makul sürenin aşılp aşılmadığı belirlenmektedir.⁷⁷

Makul süre konusunda üçüncü kriter olan “*yetkili mercilerin tutumu*”na göre, devlet kendi idari ve yargısal organlarına atfedilebilecek gecikmelerden sorumludur ki, bu konuda gerekli olan dikkati göstermek ve süratle hareket etmek yükümlülüğündedir.⁷⁸

Mahkeme, yetkili makamların tutumu ve başvurunun tutumunu ayrı ayrı değerlendirerek, hangi tutumun yargılamanın gecikmesi açısından daha hatalı olduğunu saptamaktadır.⁷⁹

Zimmermann ve Steiner/İsviçre davası kararının 24’üncü paragrafında Mahkeme bu kıstaslara ek olarak “(*...)*başvurucular için tehlikede olan şeyin ne olduğuna bakmalıdır.(*...)*”⁸⁰ diyerek olayın başvuru açısından öneminin de bir değerlendirme yapılırken dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir. Nitekim, ceza yargılamalarında başvurunun ceza yargılamasında tu-

73 Grabenwarter, a.g.m., İçel (Pro. Müd.), a.g.e., s. 217

74 Pekcanitez, a.g.m., s. 42

75 Pache, a.g.m., İçel (Pro. Müd.), a.g.e., s. 92

76 Pache, a.g.m., İçel (Pro. Müd.), a.g.e., s. 92

77 Pekcanitez, a.g.m., s. 42

78 İnceoğlu, a.g.e., s. 386

79 İnceoğlu, a.g.e., s. 385

80 Alp, a.g.e., s. 99

tuklanması, özel hukuk davalarında aile hukukuna ilişkin durumlar ile ilgilinin nafakasını etkileyen davalar⁸¹ ve tutuklamada, işten çıkarmadan dolayı açılan iş davalarında⁸² yine özel bir önemin varlığı kabul edilmektedir.

Ceza Yargılamasında, sürenin tayininde etken olan esasların gerek Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (*Komisyon*)⁸³ gerekse de Avrupa Adalet Divanı (*Divan*)⁸⁴ bazı kararlarında “yargılamanın yapılmasına ilişkin nedenler” ile “suça ve sanığa ilişkin nedenler” olarak iki ayrı gruba ayırıp; yargı organları olan mahkemeler ve mahkeme kalemlerinin mevcudiyetinin yetersiz oluşu⁸⁵, fazla iş yükü ve hatalı davranışlarının dahil edildiği ilk grubun yanı sıra, ikinci gruba yargılama konusu olayın çok karmaşık oluşu ve buna bağlı olarak soruşturma dosyasının çok yüklü bulunması, sanıkların sayısı, sanığın (kendisine tanınan yasal hakları kullanmak dışında) gereksiz taleplerde bulunarak soruşturmanın uzamasına bizzat sebebiyet vermesi ve tanık ve sair delillerin coğrafi dağılımı nedeni ile davanın normal sürenin dışına taşması da, makul sürenin tayininde göz önünde bulundurulacaktır.⁸⁶

İdari Yargılamada, sürenin hesaplanmasında, idari işlem süreciyle de birlikte göz önüne alınması gerekebilir.⁸⁷ Bir ön yargılamanın gerekli olduğu hallerde bu süre makul süre hesaplanırken göz önünde bulundurulur.⁸⁸

Gerek iç hukuk yollarının tüketilmesi bakımından anayasal şikayetin yapıldığı gerekse de bir mahkemenin bir yasa hükmünü iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi önüne götür-

81 Grabenwarter, a.g.m., İçel (Pro. Müd.), a.g.e., s. 217

82 Pache, a.g.m., İçel (Ed.), a.g.e., s. 92

83 Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (*Commission; Kommission*), ayrıntılı bilgi için bkz. Pazarıcı, a.g.e., s. 201

84 Avrupa Birliği Adalet Divanı (*A.B.A.D.*), ayrıntılı bilgi için bkz. Pazarıcı, a.g.e., s. 202

85 Pache, a.g.m., İçel (Pro. Müd.), a.g.e., s. 92

86 Donay, a.g.e., s. 102-103

87 Grabenwarter, a.g.m., İçel (Pro. Müd.), a.g.e., s. 216

88 Ladewig, a.g.m., İçel (Pro. Müd.), a.g.e., s. 91

mesi durumlarında, yani **Anayasa Yargısında** da, Anayasa Mahkemesi'nin kararı vereceği zamana kadar geçen süre de yine hesaplanmakta, bu halde davanın açıldığı tarihten Anayasa Mahkemesi'nin kararı vereceği ana kadar geçen süre göz önünde tutulmaktadır.⁸⁹

2.4.1. Sürenin Başlangıcı

Yargılama faaliyetinin makul sürede yapılıp, yapılmadığı değerlendirilirken hangi anın başlangıç anı olarak kabul edileceği önemli bir husus oluşturmaktadır.⁹⁰

Hukuk Yargılamasında, sürenin başlangıcı olarak davanın yetkili yargı makamının önüne götürüldüğü tarih⁹¹, bir diğer deyişle mahkemeye başvuru⁹² ile davanın açıldığı tarih⁹³ esas alınmaktadır. Ancak bazı hallerde mahkemeye başvurmadan önce, uyuşmazlık konusunda karar almaya yetkili idari bir mercie başvuru da sürenin başlangıcı olarak kabul edilmektedir.⁹⁴

Ceza Yargılamasında, makul süre açısından yapılacak değerlendirmede sürenin başlangıcı açısından olayın ceza yargıcı önüne götürülmesinden belki çok önce polis yahut savcılık soruşturmasına başlandığı tarih⁹⁵ veya yetkili makam tarafından kişinin suç işlediğine dair iddianın resmi bildirim⁹⁶ göz önüne alınır. Bunun için de ilgiliye bir suç işlediği şüphesi altında bulunduğu resmen haberdar edilmesi veya ilgilinin yakalanması, tutuklanma kararının bildirim, soruşturmasının başlanması gibi başka herhangi bir suretle haberdar edilmesi gerekir.⁹⁷

89 Ladewig, a.g.m., İçel (Pro. Müd.), a.g.e., s. 91

90 Başar, a.g.e., s.28

91 İnceoğlu, a.g.e., s. 377

92 Pekcanitez, a.g.m., s. 41-42

93 Tanrıver, a.g.e., s. 199

94 Gökşen, a.g.e., s. 62

95 Bahri Öztürk ve diğ., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Dördüncü Baskı, 2012, s. 119

96 Kaşıkara, a.g.e., s. 177

97 Ladewig, a.g.m., İçel (Pro. Müd.), a.g.e., s. 91

2.4.2. Sürenin Bitişi

Yargılamanın sona erme tarihi, son yargı organının karar verdiği veya kanun yolunu kullanmak için öngörülen sürenin sona erdiği tarihtir ki, bu da kural olarak hükmün kesinleştiği veya kesin hükmün yazıldığı tarihe denk gelecektir.⁹⁸

Ceza yargılamasının sona erdiği tarih, suç isnadının veya verilen cezanın kesinleştiği tarih, yani son kanun yolunun sonuçlanma veya yazılı kesin hükmün tebliğ edilme tarihine bakılarak belirlenmektedir.⁹⁹ Mümkün ve olası kanun yolları dahil yargılamanın kesin hükümle sonuçlandığı tarihi sürenin sonu olarak alabiliriz.¹⁰⁰

3. Yaptırım

Farklı ülkelerde farklı yargılama usulleri uygulanmakla ve bu ülkelerin maddi hukukları da az çok farklı olmakla birlikte, *Mahkeme* kararlarında, yukarıda sayılan temel değerlendirme kriterleri ve hakkın unsurları gözetilerek yargılamanın adil olup olmadığı denetlenmektedir.¹⁰¹

Mahkeme, Sözleşmenin madde 6 fıkra 1 hükmünün makul sürede yargılanma unsurunun ihlal edildiğini tespit ettiği takdirde, doğrudan ulusal karara karşı işlemde bulunmayıp¹⁰², kural olarak *Sözleşme* madde 41 uyarınca, sözleşmeye taraf devletin ödemesi gereken tazminat cetveli esas alınarak uzayan süreyle doğru orantılı adil bir tazminat miktarına hükmeder.¹⁰³

98 İnceoğlu, s.378

99 Kaşıkara, a.g.e., s. 177-178

100Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s. 285, Bahri Öztürk ve diğ., a.g.e. , s. 119

101Pekcanitez/ Atalay/Özekes, a.g.e., s. 265

102Kai Ambos, (Çev.: Mustafa R. Erdem), (*Alman*) *Ceza Muhakemesi İçin Avrupa Hukuku'ndan Kaynaklanan Yükümlülükler*, İçel (Pro. Müd.), a.g.e., s. 134

103Ahtıhan, a.g.e., s. 60

Sonuç

Liberal ekonominin egemen olduğu bu üçüncü binyılda, yüzyıllardır bireyciliğin ve özgürlüğün dünyamıza ve bugünüme gelen ayak sesleri artık haklar olarak karşımıza çıkmış olmasına ve insanın yalnızca insan olduğu için sahip olduğu haklara saygı gösterilmesini tüm hakları kendisine karşı koruyan devletten dahi korkusuzca talep edebilmesine rağmen; insanoğlunun var olduğu andan içinde bulunduğumuz bu ana kadar doğan sayısızca yeni hakkın ve evrensel ilkelerin yanı sıra değışmeyen tek şey; zamanın önemidir.

Zaman olgusu; şüphesiz ki, her canlı için önem taşır. Hayat bir süreçtir ve zaman geçtikçe insan sonuna yaklaşır. İşte adil yargılanma hakkının belki de en önemli unsurunu oluşturan makul sürede yargılanma hakkı, bir yandan kısa sürede tez vakitte acelece ve hukukun çiğnenerek yargılanma imkanının önüne geçtiği gibi uzun yargılama süreleri neticesinde sürünce mede kalan davalar sebebiyle, insanların kendilerine isnad edilen suçları inkar yahut sahip oldukları medeni hakların korunması talepleri yerini artık hayatlarına kast etme düşüncelerine kadar varmıştır.

Her ne kadar başlangıçta belki bir fikir belki de ideal olarak ortaya atılan bu soyut olgu, zaman içerisinde düzenlenen normlarla önce tüm yargılama alanlarında hak bünyesine girmiş, sonra sırasıyla devletlerin iç hukuklarınca tanınmış, devletlerarası antlaşmalarla ifade edilmiş, (bununla sınırlı kalmayıp) uygulanmış ve nihayet günümüzde söz konusu hakka ilişkin aksi uygulamaların yaptırım ile karşılanması hakkın somut bir hak olarak karşımıza çıkıp hayatımıza girmesinden de öteye giderek, yalnızca *Sözleşme'nin* tarafı olan ülkeler için değil, demokrasinin ve hukuk devleti ilkesinin egemen olduğunun iddia dahi edildiği tüm coğrafyalarda "*evrensel hukuk ilkesi*" görünümünü almıştır.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

BOZKURT, Enver, *Devletler Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, Beşinci Baskı, 2009

CİHAN, Erol - **YENİSEY**, Feridun, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, Beta, Birinci Bası, 1996

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

GÖLCÜKLÜ, A. Feyyaz - **GÖZÜBÜYÜK**, A. Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, Ankara, Turhan Kitabevi, Üçüncü Bası, 2002

İÇEL, Kayıhan (Proje Müdürü), *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınevi, Birinci Baskı, 2004

İNCEOĞLU, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul, Beta, Dördüncü Bası, 2013

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

KENTER, Nurullah - **YENİSEY**, Feridun, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, Beta, Onbirinci Bası, 2000

ÖZBEK, Veli Özer - **KANBUR**, Mehmet Nihat - **DOĞAN**, Koray - **BACAKSIZ**, Pınar - **TEPE**, İlker, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Dördüncü Bası, 2012

ÖZTÜRK, Bahri - **TEZCAN**, Durmuş - **ERDEM**, Mustafa Ruhan - **SIRMA**, Özge - **KIRIT**, Yasemin F. Saygılar - **ÖZAYDIN**, Özdem - **AKCAN**, Esra Alan - **ERDEM**, Efser, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Dördüncü Baskı, 2012

PAZARCI, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, Ankara, Turhan Kitabevi, Dokuzuncu Bası, 2010

PEKCANITEZ, Hakan - **ATALAY**, Oğuz - **ÖZEKES**, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, Onikinci Bası, 2011

MAKALELER

AKINCI, Müslüm, İdari yargılama hukukunda Savunmada Fırsat Eşitliği, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Temmuz 2010, Yıl:1, Sayı:2

AMBOS, Kai, (Çev.: Mustafa R. Erdem), (Alman) Ceza Muhakemesi İçin Avrupa Hukuku'ndan Kaynaklanan Yükümlülükler, Kayıhan İÇEL (Proje Müdürü), Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, Birinci Baskı, 2004

DEMİRAGÇ, Fahrettin, Hukuk Devleti Adil Yargılanma Hakkı ve Askeri Yargı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 59, 2005

EVİK, Vesile Sonay, Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, Kayıhan İÇEL (Proje Müdürü), Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, Birinci Baskı, 2004

GRABENWARTER, Cristoph, (Çev.: Osman Can), Yargılama Güvenceleri - Adil Yargılama Hakkı (İHAS md. 6), Kayıhan İÇEL (Proje Müdürü), Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, Birinci Baskı, 2004

KAYHAN, Mehmet, İdari Yargıda Gereksiz Kararlar, Silahların Eşitliği İlkesi ve Adil Yargılanma Hakkı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 65, 2006

LADEWIG, Hans - Meyer, (Çev.: Hakan Hakeri), Adil Yargılanma Hakkı - II, Kayıhan İÇEL (Proje Müdürü), Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, Birinci Baskı, 2004

LEIGH, H. Leonard, (Çev.: Selman Dursun), Adil Yargılanma Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Antlaşması, Kayıhan İÇEL (Proje Müdürü), Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, Birinci Baskı, 2004

PACHE, Eckhard (Çev.: Yener Ünver), Adil Bir Yargılamaya İlişkin Avrupa Temel Hakkı, Kayıhan İÇEL (Proje Müdürü), Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, Birinci Baskı, 2004

PEKCANITEZ, Hakan, Medeni Yargıda Adil Yargılama, İzmir Barosu Dergisi, 1997/2

TANRIVER, Süha, Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 53, 2004

TURAN, Hüseyin, *Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ndeki Yeri ve Önemi*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 84, 2009

- TEZLER

ALP, Erhan, *Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Askeri Ceza Yargısı: Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, (Danışman: Doç. Dr. Yüksel Metin), Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2013, (YÖK Ulusal Tez Merkezi - <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>)

AHTIHAN, Canan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Ceza Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Makul Sürede Yargılanma İlkesi*, (Danışman: Prof. Dr. R. Füsun Sokullu-Akıncı), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2009 (YÖK Ulusal Tez Merkezi - <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>)

BAŞAR, Mükerrerem Onur, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Makul Sürede Yargılanma Hakkı*, (Danışman: Prof. Dr. Nevhis Deren-Yıldırım), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2008, (YÖK Ulusal Tez Merkezi - <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>)

ÇELİK, Adem, *1982 Anayasası'nda Adil Yargılanma Hakkı*, (Danışman: Prof. Dr. Hasan Tunç), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2006, (YÖK Ulusal Tez Merkezi - <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>)

GÖKŞEN, Mustafa, *AIHM Yargısında Adil Yargılanma Hakkı ve Makul Süre*, (Danışman: Prof. Dr. Mehmet Emin Çağırın), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010 (YÖK Ulusal Tez Merkezi - <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>)

GÖRÜR, Hamit, *Adil Yargılanma ve İdari Yargıda Görünümü*, (Danışman: Doç. Dr. Oğuz Sancakdar), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010, (YÖK Ulusal Tez Merkezi - <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>)

Yargılanan bir hak: ÂDİL YARGILANMA HAKKI

Mustafa Serhat KAŞIKARA*

“Sorunların çoğu, aslında bildiğimizi sandığımız şeylerden kaynaklanır.”

Nashquaeff

I. Giriş

İnsan hakları, çağdaş toplumun temelidir. İnsan hakları, demokrasinin vazgeçilmez unsurudur. İçinde insan hakları bulunmayan bir rejim, insan haklarını tanımayan bir rejim; *demokrasi* olarak nitelendirilemez. «Demokrasi», «insan hakları» ve «hukuk devleti», modern toplumların *olmazsa olmaz* koşullarıdır. Modern toplumlarda devletin bireye karşı gücünü *hukuk* sınırlamaktadır. «Hukuk devleti», devleti bireye karşı değil, bireyi devlete karşı korurken; «hukuk güvenliği» ve «âdil yargılanma hakkı» da bu korumanın en önemli güvencelerini oluşturmaktadır.

Günümüzde demokratik devlet olmanın vazgeçilmez unsurlarından birisi hâline gelen âdil yargılanma hakkı, hukuk devleti ilkesinin de en önemli gereklerindedir. Hukuk devleti kavramı, şiddet tarafından çevrelenmiş bir dünyada, demokrasi ve insan haklarının insanlık içinde tutunabilmesinin gayretleri bakımından *hayatî* önem taşımaktadır. Âdil yargılanma hakkı **ise, hukuk devleti ve adaletin en önemli koruyucularından birisidir**. Âdil yargılanma kavramı, evrensel adaletin sağlanması amacıyla hem usûlî hem maddî hukuka ilişkin bazı hususlar yerine getirilmesini gerektirmektedir. Bu bağlamda

* Araştırma Görevlisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Uluslararası Kamu Hukuku ABD.

devletler, âdil yargılanma hakkını, ya anayasalarında *temel haklara* ilişkin bölümünde ayrıca belirterek ya da *hukuk devleti* kavramını geniş yorumlayarak güvence altına almaktadırlar.¹

Hukuk devleti kavramının ilk akla getirdiği çağrışım, genellikle devlet gücünün hukuk ile bağılılığıdır. Ancak sıklıkla unutulmuş bir husus vardır ki, o da; hukuk devletinde yasa-koyucunun, yasa hazırlarken göz önünde bulundurması gereken belirli bir *maddî* içeriğin olduğudur. Özellikle Ceza Muhakemesi Hukuku gibi kişi haklarının bazı zorunlu durumlarda sınırlandırıldığı bir hukuk dalına ilişkin düzenlemelerde dikkat edilmesi gereken minimum garantiler vardır. Hukuk devleti ilkesine dayanan bu garantiler, devletlerin kendi millî hukuklarında farklı şekillerde ortaya çıkarlar. Bu garantilerin hiçbirinin temel içeriği herhangi bir şekilde **sınırlanamaz**. Bu açıdan, diğer insan hakları gibi, âdil yargılanma hakkının da hür, demokratik ve hukuka saygılı tüm rejimlerde güvence altına alınması bir zorunluluktur.²

II. Âdil Yargılanma Hakkı Neden Gereklidir?

Âdil yargılanma, *soyut* bir kavram değildir. Âdil yargılanma hakkı, ilk kez açık bir ifade ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesinde ifadesini bulmuş olan temel bir haktır. Bu hak, günümüzde tüm bireylerin, mensubu oldukları devletlerden talep edebilecekleri ve uluslararası alanda güvence altına alınmış olan en temel haklardan birisidir.³ Ulusal bağlamda ülkemiz mevzuatı açısından, 1981 Anayasası'nın 36. maddesinde⁴, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 160. maddesinde güvence altına alınan âdil yargılanma hakkı; uluslararası bağlamda da, AİHS'nin 6. maddesinde, Birleşmiş Milletler Medenî ve Siyasî Haklar

1 **KAŞIKARA, Mustafa Serhat:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Âdil Yargılanma Hakkı ve Türkiye, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 2-3.

2 **KAŞIKARA (2009):** s. 3.

3 **KAŞIKARA (2009):** s. 96.

4 İlgili diğer hükümler ise; Anayasa'nın, yasal yargıç ilkesini düzenleyen 37. maddesi, masumiyet karinesini düzenleyen 38. maddesi ve mahkemelerin bağımsızlığını düzenleyen 138. maddesidir.

Sözleşmesi'nin 14. maddesinde⁵ ve taraf olduğumuz diğer pek çok uluslararası belgede, güvence altına alınmıştır.

Bireylerin âdil yargılanma hakkının varlığı, insanlığın ortak aklının ve değerlerinin, evrensel temel hukuk ilkelerinin bir gereğidir. Mahkemelerin yargılamayı adalet ilkelerine uygun bir biçimde yapıp bitirmeleri için, doğal ve olağan bir gerekliliktir.⁶ Âdil yargılanma hakkı, demokratik bir toplumun üzerine inşa edildiği *hukukun üstünlüğü* prensibinin bir yansıması olarak, yargının yürütümüne dair adliye mekanizmasının oldukça önemli nitelikteki rolünü garanti altına almaktadır. Yine bu hak ile; gerek hukuk yargılamasında yer alan tarafların, gerekse ceza yargılamasında yer alan sanığın (suç isnat edilen şüphelinin), usûlden kaynaklanan hakları, güvenceye kavuşturulmuştur.⁷

Âdil yargılanma hakkının, kişinin medenî hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyumsuzluklarla birlikte, cezaî alanda kendisine yöneltilen suçlamalara ilişkin olarak sahip olduğu bir hak olması nedeniyle, CMK'daki düzenlemeler, âdil yargılanma hakkıyla *doğrudan* ilişkilidir. Bu bağlamda, bir ülkedeki bireylerin, cezaî uyumsuzluklarda âdil yargılanma hakkına sahip olup olmadıkları hususundaki en önemli gösterge, ilgili ülkenin ceza muhakemesi yasasında bu türden ayrıntılı düzenlemelerin yer alıp almadığıdır. Eğer yasa-koyucu, âdil yargılanma hakkını, yargılama yetkisi dâhilinde olan tüm bireyler bakımından geçerli bir hak hâline getirmek istiyorsa, yasayı hazırlarken, baştan sona bu hakkın gereklerine ilişkin ilkeleri göz önünde bulundurmalı ve yasayı bu ilkeler temelinde oluşturmalıdır.⁸

5 Sözleşme yer alan düzenlemeler, AIHS ile *paralel* olmakla birlikte, birtakım *farklılıklar* da içermektedir. Örneğin AIHS'de açıkça ifade edilmeyen ve suçsuzluk karinesinden çıkarılan, «kendisini **suçlandırıcı tanıklık yapmaya veya bir suçu itirafa zorlanmama hakkı**», bu Sözleşme'de açıkça ifade edilmiştir.

6 KAŞIKARA (2009): s. 91; ZABUNOĞLU, Yahya. "Adil Yargılanma Hakkı ve Adil Yargılama Yapma Görevi", Yeni Türkiye Dergisi - İnsan Hakları Özel Sayısı II (Temmuz-Ağustos 1998), s. 936.

7 VITKAUSKAS, Dovydas / DIKOV, Grigoriy: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Çeviren: Serkan CENGİZ, Avrupa Konseyi, Strazburg, 2012, s. 7.

8 KAŞIKARA (2009): s. 95; KARAKEHYA (2007): s. 30. Hatta bazı yazarlarca, somut olarak esas kaynağını CMK'nın oluşturduğu Ceza Muha-

III. Hakkın Pratiği ve Uygulamada Karşılaşılan Problemler

Söz konusu hakkın pratiği –yani, uygulamadaki somut durumu– ele alınırken, sancılı bir hâlin varlığı göze çarpmaktadır. Bunun nedeni, çoğu zaman hakkın yorumlanmasından kaynaklanmaktadır. Uygulamadaki bu durumun önüne geçilebilmesi için, âdil yargılanma hakkı, **amaçsal (teleolojik) yorum** bağlamında yorumlanmalıdır. Bundan kasıt, hakların göstermelik ya da kuramsal olarak korunmasından ziyâde, pratikte etkin şekilde korunabilmesinin sağlanmasıdır. *Lafzî* olmaktan ziyâde, *bağlamsal* nitelikte olan böylesi bir yorumunun doğal bir sonucu olarak «**mahkemeye erişim hakkı**», «**mahkeme kararlarının uygulanması hakkı**», «**mahkeme kararlarının kesinliği hakları**» gibi zımnen kabul edilebilecek pek çok diğer gereklerin de olacağı aşikârdır. Ayrıca, bu hakkın yorumlanmasında, mümkün olduğu ölçüde uluslararası hukuk kurallarının göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Yine, bu hakkın, baskın ekonomik ve sosyal şartları dikkate alan günümüz koşulları ışığında yorumlanması da bir zorunluluktur.⁹ Bu husus, hukukun **statik** bir yapıda **olmadığı**; aksine, sosyal yaşamın gereklerine ve gerektirdiklerine uygun olarak sürekli değişip geliştiği ve böylece hukukun bir nevi *yaşayan bir organizma* olduğuna ilişkin doğal sonuç dolayısıyla söz konusu olmaktadır.

Yargılama süreci, sadece usûlî işlemlerin uygulanmasından ibaret birtakım basmakalıp işlemlerden oluşmayıp, tarafların ve yargıcın görevleri, bunların işlemleri ve aralarındaki ilişkilerden oluşan çeşitli unsurların birbirinin içine geçtiği bir bütünlüğe ve gerçekliğe sahiptir. Bu hâliyle aynı zamanda *entelektüel* bir faaliyettir. Bu nedenle, bütün tarafların ve yargıcın sürece etkin ve nitelikli katılımını gerektirmektedir. Buna rağmen uygulamada, tarafların ve yargıcın yargılamaya etkin katılmamasının nedeni, *aşırı yargıç merkezli yargıla-*

kemesi Hukuku ile âdil yargılanma hakkı arasındaki bu yakın ilişkinin önemi ve belirginliğine dayanılarak, ceza muhakemesi alanındaki en merkezi normun âdil yargılanma hakkı olduğu ileri sürülmektedir.

9 VITKAUSKAS / DIKOV (2012): s. 7.

ma anlayışından kaynaklanmaktadır. Bugünkü uygulamada, yargılamayı yargıcın yapacağı, kararı yargıcın vereceği, yargılamanın yargıca ait bir faaliyet olduğu kabul edilmektedir. Taraf avukatlarının yargılama faaliyetindeki durumları ise, *ikincil* olarak kabul edilmektedir. Bir avukatın, yargılamaya etkin bir biçimde katılarak sorumluluk almak istemesi hâlinde ise, söz konusu ikincil yaklaşım nedeniyle, bu avukat, yargılama esnasında dirençle karşılaşmaktadır. Böylece avukatların yargılamaya etkin katılımı sınırlanmaktadır.¹⁰ Bu da, sağlıklı bir şekilde yargılama yapılabilmesini engellemektedir. Oysaki yargılama sürecinin kendi başına bir gerçekliği vardır ve yargılamanın öznelerinden olan *avukat*, *savcı* ve *yargıçlar*, bu sürece bağımsız olarak katılmaktadırlar. Amaç, yargılama sonunda maddî ve hukukî gerçekliğe ulaşmaktır. Hakikate ise, bütün yargılama faaliyeti öznelerinin birbirleriyle iletişim içinde kolektif katılımı ile ulaşılabilecektir. Yargılama öznelerinin hepsinin bu bakımdan görevleri vardır ve bu görevler, **asıldır**. Yargıcın yargılamayı idare etmesi, karar vermesi; yargıcın görevinin *asil*, diğer yargılama faaliyeti öznelerinin görevlerinin *tâli* olması sonucunu **doğurmaz**. Buna rağmen, durumun böylesine algılanmayıp hatalı şekilde uygulanması, yargılamanın gerekleri bakımından kusurludur ve yargılamaya etkin katılımı sistematik olarak engelleyerek büyük sorunlara yol açmaktadır.¹¹ Bu nedenle, yargılamanın, modern usûllere uygun olarak dinamik bir yapı hâlinde avukatların etkin katılımına olanak verecek ölçüde değiştirilmesi için bir *yaklaşım* ve *anlayış değişikliğine* ihtiyaç vardır. Sonuçta, avukatın, yargılamanın içine aslî unsur olarak dâhil edilmesi yolunda yapılacak zihniyet değişikliğinin olumlu olacağı aşîkârdır.¹²

Uygulamaya baktığımızda, *avukat* ile *hâkim - savcı* arasındaki diğer bir temel sorun da, *astlık-üstlük ilişkisi* olduğuna

10 ALİEFENDİOĞLU (2009): s. 493-499.

11 ALİEFENDİOĞLU (2009): s. 493-499.

12 KAŞIKARA, Mustafa Serhat: "Nereye gidiyoruz?: Avukatsız Bir Yargı Reformu", Yeni Türkiye Dergisi, Yargı Reformu Özel Sayısı, Yıl: 9, Sayı: 52, Mayıs - Haziran, Yeni Türkiye Stratejik Araştırma Merkezi Yayınları, Ankara, 2013, s. 531.

dair yanılıdır. Hâlbuki savunma, iddia ve hüküm kurumları ile birlikte yargının eşit ve bağımsız bir unsurudur. İddia makamını temsil eden savcı, kürsüde yargıçla aynı yerde bulunurken, avukatın, kürsünün altında yer alması, iddia ve savunma arasında *eşitsiz ve hiyerarşik* bir görüntü oluşturmaktadır. Bu aynı zamanda, âdil yargılanma ve **silâhların eşitliği ilkelerine** de aykırı bir durumdur. Çünkü kürsü bağımsızlığı ve tarafsızlığının, iddia makamı karşısında sağlanması esastır. Bu, savunma ve iddia makamının eşit konuma getirilmesi için olmazsa olmaz bir şarttır. Yine, yargılamanın sadece âdil olması yetmez, taraflarca âdil yapıldığının da görülmesi gerekir. Bu nedenle savcıların, kürsüde yargıçlarla yan yana oturması uygulamasına son verilmeli ve mahkemelerde, yargının kurucu unsurlarından olan avukat ile savcı, **eşit olmalıdır**.¹³

Hem savunma hakkıyla hem de silâhların eşitliğiyle birlikte âdil yargılanma hakkıyla doğrudan ilişkili olan diğer bir durum da, sanığın, duruşma anında avukatından uzak bir mekânda bulunmasıdır. Hâlbuki sanık, avukatının yanında olmalıdır. Sanık ve avukatı arasına mesafeler **konulmamalıdır**. Avukat, müvekkiline yakın olmalı ki, gerekli hukukî yardımı, duruşma esnasında doğrudan ve etkili bir biçimde yapabilsin. Fakat ne yazık ki, uygulamadaki durum bunun aksi yöndedir. Kaldı ki, savunma hakkını olumsuz etkileyen bu süregelen duruma yönelik herhangi bir yasal düzenleme de mevcut değildir.¹⁴

Âdil yargılanma açısından büyük önem taşıyan bir diğer konu, Özel Görevli Mahkeme uygulamasıdır. Özel Görevli Mahkemeler’de gerçekleşen gerek sanıkları, gerekse onların avukatlarını çileden çıkaran hukuk dışı savunma hakkı ihlalleri karşısında sessiz kalmak, avukatların yasayla verilmiş görevine ve savunmanın doğasına aykırılık teşkil etmektedir. Hatta bazen avukatlar, savunma hakkını kullanırken sanık durumuna düşebilmektedir. Tam da bu noktada, kafalarda tereddüt

13 KAŞIKARA (2013): s. 532.

14 KAŞIKARA (2013): s. 532.

oluşturan şu soru belirlemektedir: *Acaba, Türkiye’de yargılama adı altında, «düşman ceza hukuku» mu uygulanmaktadır?*¹⁵

Üzerinde durulması gereken bir başka konu, «Bölge Adliye Mahkemeleri» bilmecesidir. Bu bilmecenin cevabı bir türlü verilmek **istenmemektedir**. Yasada açıkça yer alan ve fakat bir **kördüğüm** hâline gelen bu durumun hâlen ne aşamada olduğu ve geleceğinin ne olacağı hakkında yargı muhataplarının herhangi bir bilgisinin olmaması, oldukça düşündürücüdür (!?)¹⁶ Mevcut durumda, bu mahkemelerin yalnızca kâğıt üzerinde varlıklarını göstermesi ve fiilî uygulamasının hâlâ başlamamış olması, kanaatimizce, âdil ve süratli bir yargılamanın yapılmasına engel teşkil eden önemli bir sebep olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁷

Hukukun evrensel ilkeleri ele alındığında, çığırından çıktığı görünen bir durum, bir sorun daha vardır ki, bu da, «torba yasa» uygulamasıdır. Bu durum, hukuk yapım tekniğine **uy-mamaktadır**. Bu uygulama, tam anlamıyla hukukî bir **mani-pülasyondur**; daha açık ifadesiyle, hukuka karşı olmasa bile hukuku tatbik edenlere karşı bir **hiledir**.

Bugün Türkiye’de yargının, gerçekten bağımsız fakat hukuktan bağımsız (!?) kararlar verdiği görülmektedir. Her mahkeme, kendisine göre bir karara imza atmaktadır. Böylesi bir tutum, halkın vicdanında yer alan adalet inancını derinden zedelemektedir. Ülkemizde özellikle son dönemde hukuk alanında yaşananlar, hukuk açısından bir buhran dönemidir.

15 Türkiye’de AİHM kararları ışığında hukukun değil, «düşman ceza hukuku» anlayışının uygulandığını belirten Av. Turgut KAZAN, “*Bu anlayışa göre, tehlikeli sayılan kişilere, yurttaş ceza hukuku, yani çağdaş usûl kuralları uygulanmaz, uygulanamaz. Çünkü onlar ve avukatları düşmandır. Kendülerine savunma ve âdil yargılanma hakkı tanınmaz, tanınmamalıdır. Hepsî düşman ceza hukuku uygulanarak, bertaraf edilmelidir. Türkiye’de yargılama adı altında yapılan budur.*” dedi. Bakınız: “*Avukat Turgut Kazan: Türkiye’de Düşman Ceza Hukuku Uygulanıyor*”, <http://www.devletsifresi.com/avukat-turgut-kazan-turkiyede-dusman-ceza-hukuku-uygulaniyor.html> (Erişim Tarihi: 30.01.2014).

16 ÖZTEK (2013): s. 311: “*Hukuk fakültesi sayısının 100’ü aştığı bir ülkede, bölge adliye mahkemelerinin faaliyete başlamasıyla doğacak hâkim açığının karşılanamayacağı endişesine katılmak mümkün değildir.*”

17 ÖZTEK (2013): s. 308.

Bunun iyileştirilmesi için bazı çözüm önerileri sunulmuştur. Fakat bunların, yalnızca bir öneri olarak kalıp hayata geçirilmemesi, meydana gelebilecekleri daha da kötüleştirebilecektir. Unutulmamalıdır ki, hukuk, herkese lâzımdır ve kimsenin hükümlerinde değildir. Bugün, hukuka, hukukçuya ve genel olarak da yargıya bir sahiplik edasıyla ve iyelik sevdasıyla seslenmek, sakıncalı sonuçlara gebecektir. Bugün, “*benim hukukum*”, “*benim hukukçum*” ve “*benim yargım*” diyenler, yarın farklı bir kompozisyon sonucu sanık sandalyesine getirildiklerinde, sığınacakları tek kapının yine hukuk olacağını asla akıldan çıkarmamalıdır.¹⁸

Tüm bunların yanısıra, karşılaşılan bazı problemler ile neden âdil bir yargılama **yapıl(a)madığına** ilişkin diğer tespitlerimizi ise, şu şekilde sıralayabiliriz:

Yargının, kendisinden kaynaklanan sorunları çok önemlidir. Bunlar, hukuka duyulan saygı ve güvenin azalmasına neden olmakta; toplumda ve kişilerde, hukuk devletinin **gerçekleş(e)meyeceği** inancının oluşmasına yol açmaktadır. Aslında, yargının en önemli sorunu **yargı bağımsızlığı** sorunudur. Bunun için, yargı üzerinde çok büyük bir baskı oluşturan düzenlemelerin değiştirilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan, yargı bağımsızlığına gölge düşürecek nitelikteki düzenlemelerden kaçınılması gerekmektedir. Bunun somut örneklerinden, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun yapısı değiştirilmeli; Adalet Bakanlığı’nun vesayet eli, yargı üzerinden çekilmelidir.¹⁹

18 “*Siyasî dâvalar olabilir; ama dâvaları siyasallaştırmak, hukuku rayından çıkartır.*” Prof. Dr. Sami Selçuk.

19 Konuyla ilgili olarak Sayın **Emre KONGAR**’ın düşünceleri ve tespitleri dikkat çekicidir. **KONGAR**’a göre; “*Hukukun üstünlüğünün sağlanması, yargı bağımsızlığına bağlıdır. Yargı bağımsızlığı için Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’ndan Adalet Bakanı çıkarılmalıdır; Adalet Bakanlığı Müsteşarı çıkarılmalıdır. Adalet Bakanlığı’nun Teftiş Heyeti, Adalet Bakanlığı’ndan alınıp Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’na bağlanmalıdır. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun kendisine ait, ayrı ve bağımsız bir bütçesi olmalıdır.*” Söz konusu tespitler, 21.01.2009 tarihinde NTV’de yayınlanan «Yorum Farkı» adlı programdan derlenmiştir. Konuyla ilgili Türkiye Barolar Birliği’nin değerlendirme ve önerileri için bakınız: “*Türkiye Barolar Birliği’nin Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Değerlendirme ve Önerilerine İlişkin Raporu*”, <http://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyu->

Yargıç ve avukatların yargısal içtihatları ve bilimsel eserleri takip edebilmeleri mutlaka sağlanmalıdır. Yüksek Yargının bütün kararları istisnasız aleniyete kavuşturulmalı ve erişime açılmalıdır.²⁰ Bu, Türk Milleti Adına karar veren yargının bir borcudur.

Toplumsal yapının birer parçası olan yargıç ve avukatların eğitimine ilişkin sorunlar, büyük önem taşımaktadır. Dolayısıyla, bu sorunların düzeltilmesi, hem eğitim alanların hem de toplumun yararına olacaktır. Temel hak ve özgürlüklerin teminatı ve demokratik hukuk devletinin önkoşulu olan bağımsız ve tarafsız yargının kurucu unsurlarından olan savunmayı temsil eden avukatlar, adaletin tecellisine katkıda bulunmak suretiyle toplumsal barışın korunmasına ve devamına hizmet ederek çok önemli ve kutsal bir görev icra etmektedirler. Bu nedenle, yargıç ve savcılar gibi avukatların da gerekli donanımlara sahip olacak şekilde, çok özel olarak yetiştirilecek kişilerden olması gereği açık ve tartışmasızdır. Bir temel hedef olarak meslek içi eğitimin ve meslekî kalitenin yükseltilmesi, yargıç ve avukat stajyerlerine gerek mesleklerinin henüz başındayken gerekse ilerideki meslek yaşamlarında fayda getirecektir. *Hukukun üstünlüğü* ve *hukuk devleti* kavramları, ancak nitelikli ve kendilerini yetiştirmiş hukukçuların özverili uygu-

rular/hsykrapor.pdf (Erişim Tarihi: 30.01.2014). Konuyla ilgili, "TÜSİAD Devlette Etik Altyapı Dizisi" kapsamında, Prof. Dr. Sibel İNCEOĞLU tarafından TÜSİAD Parlamento İşleri Komisyonu'nun faaliyetleri kapsamında hazırlanan "*Devlette Etikten, Etik Devlete: Yargıda Etik*" başlıklı rapor için bakınız: http://www.tusiad.org/_rsc/shared/file/yargida-etik-raporu.pdf (Erişim Tarihi: 30.01.2014). TÜSİAD Yönetim Kurulu Başkanı Muharrem Yılmaz'ın "*Demokratikleşme ve Hukuk Devleti*" konulu konferansta yapmış olduğu Açılış Konuşması'nda: "*Hem 1982 Anayasasına ilişkin hem de 2010 Anayasa değişikliğinde sakıncalarına işaret ettikleri HSYK modelini bir kez daha değiştiren gündemdeki kanun teklifinin, söz konusu çatışmayı yürütmenin yargı üzerindeki etkisini biraz daha artırarak aşmaya çalıştığımı belirterek, 'Böylelikle, kanun teklifi, bağımsızlığı zaten tartışmalı olan HSYK yapısına yeni sorunlar ilâve etmektedir. Çözüm, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını gerçekten sağlayacak bir anayasal reformda yatmaktadır'* şeklinde konuştu.". Konuşma metni için bakınız: <http://www.tusiad.org/bilgi-merkezi/basin-odasi/konusmalar/tusiad-yonetim-kurulu-baskani-muharrem-yilmaz-demokratikleşme-ve-hukuk-devleti-konferansi-acilis-konusmasi> (Erişim Tarihi: 30.01.2014).

20 ÖZTEK (2013): s. 308.

lama ve eylemleriyle yaşama geçirilebilir. Evrensel demokratik ilkeler ve insan haklarını içeren normlar ve yasaların, amacına uygun yorumlanıp uygulanabilmesi, yargılama ve karar sürecinde hukukçuların sağlam hukuk bilgisine, yorum ve değerlendirme gücüne bağlıdır. Hukuksal yorum ve değerlendirme sosyoloji, psikoloji, siyasal tarih, felsefe, iktisat, mantık ve hatta matematik gibi bilim dallarına olan ilgi ve bilgi birikimi ile mümkündür. Ancak bütün bunları özümsemiş ve böylece hukukî perspektiften düşünmeyi öğrenmiş **iyi hukukçular** yetiştirdiğimiz takdirde, *hukukun üstünlüğü* ve *hukuk devleti* kavramlarını yaşama geçirmiş olabiliriz.²¹ Dolayısıyla, aksi yöndeki bir tutumun, sadece hukukun icra edildiği mesleklere yönelik ağır bir saldırı şeklinde olabileceği değil, aynı zamanda vatandaşların hak ve özgürlüklerinin tehlikeye atılmasına neden olabileceği; ve bunun da kamu yararı amacına yönelik olmayacağı, kuşkusuz ortadadır.²²

21 Mahkemeler ancak böylesi bir durumda, *prensip mahkemeleri* hâline gelir. Bunun anlamı, mahkemelerin verdiği kararlar ve oluşturdukları içtihatlarla hak ve özgürlüklerin genişlemesini sağlayarak hukukun gelişmesine katkıda bulunmaktır.

22 **KAŞIKARA (2013):** s. 533; **ÖZTEK (2013):** s. 308. Hukuk felsefesinin amacı nedir dendiğinde, bu amacın, adaleti gerçekleştirmek olduğu ifade edilir. Harfiyen, *"yasa ne diyorsa onun lâfzına uyarım"* anlayışı, hukuk felsefesinin amacına çoğu zaman terstir. Dolayısıyla, bu anlayışın kırılması gerekir. Nasıl ki teknoloji, fizik ve kimya... gibi verilere bağlıysa; hukuk normlarının da sosyal verilere, adalet ve ahlâk duygusuna dayandırılması gerekir. Yani, bir taraftan da duygu ve sezgiye, diğer bir ifadeyle, *vicdan* dediğimiz olaya dayandırmak gerekir. İşte, hukuk felsefesinin temeli bir nevi buna dayanır. Yalnız şunu da belirtmek gerekir ki, burada kastedilen, yasa metnini, yargıç veya savcı aşmalı, fırlatıp bir köşeye atmalı diyerek ütopyik bir düşünce öne sürmek değildir. Yani, vizyonu geniş ve vicdan sahibi olan; dünya kültürünü, kendi ülkesinin kültürünü bilen ve sosyal hayatta olup bitenleri kavrayan bir hukukçudur asıl özlemimiz. Böylesi bir durumda, aslında, yasalara bile ihtiyaç kalmaz. Anglo-sakson Hukuk Sistemi'ne bakınız, durum böyledir. Yargıçların geniş takdir yetkisi vardır. Yargıçlar, kültürlüdür ve adaletin en iyi şekilde tecellisini sağlayan kişiler olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla, burada ifade etmeye çalıştığımız, yargıçların biraz *filozof* olması gerekliliğidir. Yani yargıçın, teknik bir iş yapmadığını anlaması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, yargıç, kendini bir hukuk teknisyeni olarak görmeyip; bir hukukçu, bir hukuk filozofu olarak görüp sorunlara böylesine çözüm arayacaktır. Fakat gerçekte böyle olmadığını ve bundan itinayla çekindiklerini gözlemliyoruz. Bunun temelinde ise, *"acaba terfîm geri mi kalır"*, *"şu mu olur, bu mu olur"*... gibi kaygılar yatmaktadır. Bu kaygıların, en nihayetinde hukukun ruhunu bozmaktadır.

Hukuk biliminin her dalının ayrı bir derya olması dolayısıyla, her bir dalın dahi oldukça karmaşık ve birikimli yapısı dolayısıyla, hukukun tümünü bilmek iddiasında olma, **mümkün olmayan** bir iddiadır. Yargıçlar, artık ihtisaslaşmalıdır. *Her şeyi bilen yargıç* dönemi çoktan geçmiştir. Buna bağlı olarak, ihtisas mahkemelerinin türleri, aşırıya kaçmamak şartıyla, arttırılmalıdır.²³

IV. Sonuç ve Değerlendirme

“Asıl önemli olan, dengenin kimin aleyhine bozulduğudur.”

Nashquaeff

Türkiye’de, hukuk devleti anlayışının ve etkin bir yargılama faaliyetinin olmazsa olmaz koşulları olarak kabul edilen hususların eksik olması, hukuk devletine olan güveni **sarsmaktadır**. Hiç şüphe yok ki, yargılama hizmetinin iyi işlemediği kanaati, Türkiye’de en yaygın düşüncelerden biridir. Yargıya duyulan güvenin azalması, buna bağlı olarak yargıya saygının azalmasına da yol açmaktadır. Âdil yargılanma ilkeleri bakımından Türkiye’deki yasal durum, bugünkü hâlini sürdürmeye devam ettiği takdirde, yargıya karşı sarsılmış olan güvenin, giderek daha da azalması; uluslararası yargı kuruluşlarına başvuruların artması ile birlikte, Yargı Sisteminin ve Siyasal Sistemin, daha fazla açmaza girmesi **kaçınılmaz** görülmektedir.²⁴

Âdil yargılanma hakkının hukukî metinlerde düzenlenmiş olması adaletin, âdil olarak yürütülmesine **yetmemektedir**. Adaletin, her zaman âdil olmadığına ilişkin düşünce, vicdanlarda derin yaralar bırakmaktadır. Devletler, âdil yargılanma hakkının uygulamada da korunabilmesi için gerekli tedbirleri almalıdırlar. Bu nedenle, âdil yargılanma ile birlikte yargıç gü-

23 ÖZTEK (2013): s. 309. Yargıçların -omuzlarındaki mevcut iş yükü de düşünülduğünde- ne yazık ki, hukukî konularda dahi bilirkişiye başvurduğu görülmektedir.

24 KAŞIKARA (2009): s. 220.

vencesinin ve bağımsızlığının *tam ve mutlak* olarak sağlanabilmesi için öncelikle:

Etkin bir hukuk mekanizmasının ve yargı örgütlenmesinin gerçekleştirilmesi, kişilerin yargı yerlerine ulaşma hakkının güvence altına alınması,

Âdil yargılamada etkin rol alabilmeleri açısından, yargı yerlerinin bağımsızlıklarının sağlanması,

Âdil yargılanmaya ilişkin hükümlerin, olağanüstü hâller süreci de dâhil olmak üzere, cezaî, medenî, idarî ve diğer yargılama usûlleri hakkında her zaman uygulanmasının temin edilmesi; âdil yargılanma hakkının, hiçbir koşulda sınırlandırılmayacak haklarla birlikte mütalâa edilmesi,

*Yargıya intikâl eden konular hakkında medyada eksik ve yetersiz bilgilerle yapılan açıklamalar, hem toplumun yargıya olan güvenini sarsmakta, hem de tüm olumsuz koşullara karşın, özveri ile bağımsız ve tarafsız yargılamayı sürdüren pek çok yargıç ve savcının görevini sürdürmesini güçleştirmektedir. Bu yüzden, yargılama aşamasında yazılı ve görsel basının *haber niteliğini aşan yorum ve yönlendirme amaçlı yazı ve yayınları, yasal düzenlemelerle etkin biçimde engellenerek yargıç ve savcılarının görevlerini yoğun etki ve baskı altında kalmadan bağımsız ve tarafsız olarak yapabilme koşullarının sağlanması,**

Savunma hakkının ve savunma dokunulmazlığının güvencelerinin daha sağlam temellere oturtularak iyileştirilmesi; savunmanın, iddia makamı ile eşit ve yargının bir parçası olduğunun kabulü,

“Geciken adalet, adalet değildir” düşüncesinden hareketle; yargılamanın süre, süreç ve kademelerinin (temyiz, istinaf... gibi) mâkul düzeye indirgenmesi için gereken her türlü önlemin alınması; mahkemelerin iş yükünün azaltılması hususunda gereken yasal düzenlemelerin yapılması,

«Adlî kolluk sistemi»nin yeni baştan ele alınarak iyileştirilmesi ve gerekçi bir şekilde hayata geçirilmesi,

*Hukuka aykırı yollardan delil elde edilmemesi ve bu deliller ile hüküm kurulmaması,*²⁵

*Yüksek Yargı kararları da dâhil tüm yargı kararlarının mutlaka **gerekçeli** yazılması ve bu kararlara erişimin kolayca sağlanacağı gerekli ve yeterli altyapıya sahip bir sistemin acilen kurulması ve bunun etkin bir düzenlemeye sokulması,*

«Hak arama hakkı»nın, Yargı Sistemi içinde, tam bir düzenlemeye kavuşturulması ve uygulamanın tüm yasal yollarla denetlenmesi,

İdarenin, yargı kararlarını geciktirmeksizin öncelikle ve ivedilikle uygulaması; verilen yargı kararlarının amacına aykırı ikinci bir idarî işlem tesis edilmemesi için, gereken yasal değişiklik ve düzenlemenin yapılması,

...gerekmektedir.

Âdeta *kanayan bir yara* hâlini alan bu gerekliliklerin tedavisi, olmazsa olmaz nitelikte ve de aciliyettir. Bu konudaki düzenlemelerin, daha fazla geciktirilmesinin, içeride ve dışarıda, ülkemiz açısından ileride telâfisi güç sakıncalar doğuracağı ihtimâlini uzak görmemek gerekir.

Son söz olarak, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının sadece Anayasa ve yasalarda yazılı bir ilke olarak kalması değil, aynı zamanda toplumsal hayata geçirilmesinin hukuk devleti açısından gerekliliğini belirtmek isteriz. Bu bağlamda, **yargı teşkilâtının, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını içselleştirmeleri ve kültür hâline getirmeleri büyük önem taşımaktadır.** Ülkenin bir yargı reformuna ihtiyaç duyduğu bilinen bir gerçektir. Ancak, yargıda reform, sadece yeni adliye binalarının açılmasından, yargıç ve savcı sayılarının artırılmasından ve yargılanmayı hızlandırıcı önlemlerin alınmasından ibaret

25 Böylesine elde edilen delillere «yasak delil» denilmektedir. Bu durum için öğretilerde “Zehirli ağacın meyvesi de zehirli olur!” ifadesi kullanılmıştır. Ayrintılı bilgi için bakınız: **KAŞIKARA, Mustafa Serhat: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Elde Etme Yasakları - İfade ve Sorgulamadaki Yasaklar”**, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı: 10, Ağustos 2009, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 177-208.

bir konu değildir. Savunmayı dışlayan otoriter yargı sisteminin tümünden değiştirilmesi ve yargısal faaliyetin demokratik hâle getirilmesi, reform doğrultusunda gerçekleştirilecek başlıca hedef olmalıdır. Temel sorunların çözümü, karşılıklı gerçekleşen sağlıklı diyalogda ve kararlılıkta yatar. Meslek etiğini²⁶ daha etkili kılmak, yargının bağımsızlığını ve yargı etiğini savunmak, etik dışı tutum ve davranışlara karşı durmak için yasaları değil, **anlayışı değiştirmek** yeterli olacaktır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

ALİEFENDİOĞLU, Hakan: *“Yargılama Süjelerinin Tarihselliği”*, Uluslararası Hukuk Kurultayı 2008 - Adaletin Işığında Hukuk, Cilt:1, 1. Baskı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2009.

BALCI, Muharrem / SÖNMEZ, Gülden: *Temel Belgelerde İnsan Hakları*, İstanbul, 2001.

ÇÖREZ, Özgür: *Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Askerî Yargı (Ceza) Sistemi (Yüksek Lisans Tezi)*, İzmir, 2007.

ERŞEN, Serkan: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı (Yüksek Lisans Tezi)*, Kırıkkale, 2007.

KARAKEHYA, Hakan: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma (Doktora Tezi)*, Eskişehir, 2007.

KAŞIKARA, Mustafa Serhat: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Âdil Yargılanma Hakkı ve Türkiye*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

KAŞIKARA, Mustafa Serhat: *“Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Elde Etme Yasakları - İfade ve Sorgulamadaki Yasaklar”*, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı: 10, Ağustos 2009, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009.

KAŞIKARA, Mustafa Serhat: *“Nereye gidiyoruz?: Avukatsız Bir Yargı Reformu”*, Yeni Türkiye Dergisi, Yargı Reformu Özel Sayısı, Yıl: 9, Sayı: 52, Mayıs - Haziran, Yeni Türkiye Stratejik Araştırma Merkezi Yayınları, Ankara, 2013.

26 *“Nasıl ahlâk olmayınca kişilik olmazsa, meslek ahlâkı olmayınca da o meslek olmaz.”* Yekta Güngör ÖZDEN.

ÖZTEK, Selçuk: “Yargı Reformu ile Adil ve Çabuk Yargılama Arasındaki İlişki”, Yeni Türkiye Dergisi, Yargı Reformu Özel Sayısı, Yıl: 9, Sayı: 52, Mayıs - Haziran, Yeni Türkiye Stratejik Araştırma Merkezi Yayınları, Ankara, 2013.

VITKAUSKAS, Dovydas / DIKOV, Grigoriy: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Çeviren: Serkan CENGİZ, Avrupa Konseyi, Strazburg, 2012. Eserin elektronik sürümünü için bakınız: http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/el_kitaplari/AdilYargilanma.pdf (Erişim Tarihi: 30.01.2014).

ZABUNOĞLU, Yahya: “Adil Yargılanma Hakkı ve Adil Yargılama Yapma Görevi”, Yeni Türkiye Dergisi - İnsan Hakları Özel Sayısı II (Temmuz-Ağustos 1998).

DİĞER KAYNAKLAR

Türkiye Barolar Birliği'nin Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Değerlendirme ve Önerilerine İlişkin Raporu, <http://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykrapor.pdf> (Erişim Tarihi: 30.01.2014).

“Avukat Turgut Kazan: Türkiye’de Düşman Ceza Hukuku Uygulanıyor”, <http://www.devletsifresi.com/avukat-turgut-kazan-turkiyede-dusman-ceza-hukuku-uygulaniyor.html> (Erişim Tarihi: 30.01.2014).

TÜSİAD Yönetim Kurulu Başkanı Muharrem Yılmaz'ın “Demokratikleşme ve Hukuk Devleti” konulu konferansta yaptığı Açılış Konuşması'ndan. Konuşma metni için bakınız: 1) <http://www.tusiad.org/bilgi-merkezi/basin-odasi/konusmalar/tusiad-yonetim-kurulu-baskani-muharrem-yilmaz-in-demokratikleşme-ve-hukuk-devleti-konferansi-acilis-konusmasi> 2) http://www.tusiad.org/_rsc/shared/file/2014-01-14-Muharrem-Yilmaz-Demokratikleşme-ve-Hukuk-Devleti-Konferansi-Konusmasi.pdf (Erişim Tarihi: 30.01.2014).

TÜSİAD Parlamento İşleri Komisyonu'nun faaliyetleri kapsamında hazırlanan “Devlette Etik, Etik Devlete: Yargıda Etik” başlıklı rapor için bakınız: http://www.tusiad.org/_rsc/shared/file/yargida-etik-raporu.pdf (Erişim Tarihi: 30.01.2014).

ADİL YARGILANMA HAKKI VE BU HAKKIN VERGİ YARGILAMA HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Abdullah ÖMERCİOĞLU*

I. GİRİŞ: HUKUK DEVLETİ VE İNSAN ONURU

Modern bir anayasa, özünde her şeyden önce insan ve hukuk devleti olan, bireylerin devlet otoritesi karşısında temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alındığı bir üst norm niteliğinde olmalıdır. Dolayısıyla modern bir devlette insan onuru ve bu onuru güvenceye alan hukuk devleti ilkesi, devletin dinamikleriyle özdeşleşmeli, iç içe geçmelidir.

Anayasa Mahkemesine göre hukuk devleti, insan haklarına saygılı, bu hakları koruyan, toplum yaşamında adalete ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kurmak ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün davranışlarında anayasa ve hukuk kurallarına uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet demektir. Anayasa Mahkemesi bu tanımını ilgili her kararında genellikle tekrarlamaktadır.¹ O halde, hukukun üstünlüğü anlayışında temel değer insan kişiliğinin haysiyetidir.²

İnsan kişiliğinin haysiyeti, başka bir deyişle insan onuru ise, İnsan Hakları Evrensel Bildirisine göre, bütün insanların haysiyet ve haklar bakımından eşit doğması, akıl ve vicdana

* Araştırma Görevlisi, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk ABD

1 Bkz. E. 2002/38, K. 2002/89, k.t. 8.10.2002; E.1985/31, K. 1986/11, k.t. 27.3.1986.

2 Bülent Nuri ESEN, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar* (Ankara: Ayyıldız Matbaası, 1970), s.314.

sahip olmaları olarak gösterilmiştir. Bu tanımdan hareketle insan onuru, doğuştan gelen ve insana insan olduğu için insanca muamele edilmesini gerektiren kurallar bütünü olarak tanımlanabilir.

Genel olarak değerlendirildiğinde adalet ve eşitliği sağlamak dolayısıyla insan onurunu güvence altına alan hukuk devleti kavramının yargılama bakımından tezahürünün adil yargılanma ilkesinde kendini bulduğu söylenebilir.

Bu çalışmada insan onurunun vazgeçilmezliği esas alınarak hukukun üstünlüğü çerçevesinde adil yargılanma hakkı ulusal ve uluslararası kaynaklarıyla incelenecek ve bu hakkın vergi usul hukuku açısından değerlendirmesi yapılacaktır.

II. ADİL YARGILANMA HAKKI

Hukuk devleti ilkesinin bir gerekliliği olarak toplum yaşamında adalete ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kurmak, bireye hem toplum hem de devlet nezdinde adilce davranmak demektir. Bunun hukuksal alanda yansımaları sağlayabilmek adına adil yargılanma hakkı büyük bir öneme sahiptir. Bu hak, adil bir yargılamanın minimum gereklerini güvence altına alır.³

Adil yargılanma ilkesi, sadece soruşturma veya kovuşturma evreleriyle veya bunlara ilişkin kurallarla sınırlı değildir. Buna göre adil yargılanma, merkezinde insan onurunun olduğu, eşit ve hakkaniyete uygun olarak, muhakemenin tümüne ilişkin olan bir ilkedir.

Önemli bir nokta da terminolojide ortaya çıkmaktadır. Adil yargılama, dürüst yargılamadan farklıdır. Şöyle ki dürüst yargılama, gerek şekli gerek maddi açıdan usul kararlarına uygun yargılama yapmaktır. Dolayısıyla adil yargılama, daha

3 Veli Özer ÖZBEK ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2011), s.52.

üst bir ide olarak, kanuna uygun olmasa dahi hukuka uygun⁴ olan yargılama anlamına gelmektedir.⁵

Bu hakkın kapsamının anlaşılması için adil yargılanma ilkesinin uluslararası hukuk ve iç hukukumuz açısından incelenmesi gereklilik arz etmektedir.

A. AİHS BAKIMINDAN ADİL YARGILANMA HAKKI

Adil yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde güvenceye alınmıştır. Buna göre herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. AİHS'ye göre adil yargılanma hakkının kapsamını şunlar oluşturmaktadır⁶:

1. Silahların Eşitliği İlkesi

Bu ilke, şüpheli veya sanığın hakları ve savcının yetkileri arasında bir dengenin sağlanması anlamına gelir. Bu durum mutlak bir eşitlikten ziyade iddia ve savunma makamı arasında denge kurulmasına yöneliktir. Nitekim aynı amaca farklı gayelerle ulaşma çabasında olan iki erkin muhakeme araçlarını kullanma yetkilerindeki fark, ortaya çıkacak olan sentez yani nihai karar üzerinde orantısız bir etkiye sahip olur. Dolayısıyla silahların eşitliği, sanığın aleyhine olan bir durum yaratmamak demektir.⁷

4 Hukuka uygunluktan kasıt temel-evrensel hukuk kurallarına uygunluktur.

5 Yener ÜNVER - Hakan HAKERİ, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Adalet, 2010), s.16.

6 Bkz. ÖZBEK ve diğerleri (2011), s.54; ÜNVER/HAKERİ (2010), s.19; Bahri ÖZTÜRK - Mustafa Ruhan ERDEM, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2007), s.166 vd.

7 Bkz. ÖZBEK ve diğerleri (2011), s.55'den naklen SHRÖDER/YENİSEY/PEUKERT, *Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi* (İstanbul, 1999), s.104.

Silahların eşitliği ilkesi, iddia ve savunma arasında olduğu kadar sanık ve mağdur ile tanıklar bakımından da geçerlidir. Başka bir deyişle sanığa tanınan haklar ile mağdura tanınan haklar arasında da denge olmalıdır. Ancak bu denge, mağdurun ceza hukuku içinde korunmasının gerekleri ile sınırlıdır.⁸ Aynı husus tanıklar için de geçerlidir.

2. Dürüst İşlem İlkesi

Dürüst işlem ilkesi, muhakeme işlemlerinin yapılması sırasında sanık veya şüpheli aleyhine hileli işlemlere girilmesini gerektirir. Böyle bir hileli işlem doğrudan insan onuruna ve adalet duygusuna zarar verecek bir sonuç doğurur. Dolayısıyla özellikle delil toplama aşamasında yapılacak olan işlemler dürüstlük ilkesine uygun olarak yerine getirilmelidir. Bu durum adil yargılanmanın sağlanması adına büyük önem arz eder.

3. Hukuki Dinlenilme Hakkı

Bir diğer anlamıyla meram anlatma hakkı, herkesin mahkeme önünde derdini anlatabilmesi, ne istediğini söyleyebilmesi, gereği gibi dinlenmeden hüküm verilememesi, dilekçe sunma ve aleyhine olan delilleri çürüterek muhakemeyi etkileyebilme hakkıdır. Bu şekilde savunma muhakemeyi kendi doğrultusuna sokmaya çalışarak iddiadan gelen muhakemeyi egale etmeye çalışır.

Bu durum AİHS'nin 6/3-d bendinde, iddianın tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek hakkına sahip olduğunu ayrıca düzenlenmiştir.

4. Bağımsız ve Tarafsız Hâkim

8 Bkz. ÖZBEK ve diğerleri (2011), s.55' den naklen P. RIESS, **Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren** (München: Deutschen Juristentag, 1984), s.47.

Hâkimlerin bağımsızlığı, onların gerek yürütme gerek yasa-
ma organına bağlı olmadıkları, bu organların hâkimlere emir
ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği ve tavsiye-
lerde bulunamayacağı anlamına gelir.⁹

Hâkimlerin tarafsızlığı ise teşkil ettiği makama uygun ola-
rak hâkimin olaylara bağımsız bir şekilde bakması, objektif
davranması ve taraf tutmaması anlamındadır. Hatta AİHM,
daha önce soruşturma işlemlerine katılmış olan hâkimin aynı
işte yargılama yapmasının tarafsızlık ilkesini ihlal ettiğini be-
lirtmiştir.¹⁰

AİHS, muhakemenin adil olabilmesi için hâkimin bağımsız
olmasını ve tarafsız davranmasını vazgeçilmez bir şart olarak
ele almıştır.

5. Savunma Hakkı

AİHM'ye göre, AİHS m.6, ilke olarak işin henüz polis önün-
deki aşamada olduğu durumlarda dahi ilk ifadesinde şüpheli-
nin bir müdafii yardımından yararlanması olanağını gerektir-
mektedir.¹¹ Bu hakkın sınırlanması ancak somut olayda bu tür
sınırlamaları haklı kılan zorlayıcı koşulların bulunması halin-
de mümkündür.¹²

6. Makul Sürede Yargılanma Hakkı

Bu hak, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak ortaya
çıkmaktadır. Nitekim hukuk devleti ilkesi, sanığa itham edi-
len fiilin belirli bir sürede açıklığa kavuşturulmasını gerektirir.
Bunun AİHS'ye yansımaları da suçlamaların makul bir
süre içerisinde görülmesini isteme hakkı olarak belirlenmiş-
tir. AİHM, burada yer alan "makul süre" kavramına uyulup
uyulmadığını değerlendirirken, kişinin suç isnadıyla karşılaş-

9 Baki KURU - Ramazan ARSLAN - Ejder YILMAZ, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı** (Ankara: Yetkin Yayınları, 2010), s.95.

10 Bkz. Baş:2689/65, K. No: 56, k.t. 1.10.1982 (Piersack, Belçika Davası).

11 Bkz. Baş:8692/79, K. No: 11, k.t. 17.1.1970 (Delcourt, Belçika Davası);
Baş:8966/80, K. No: 80, k.t. 9.4.1984 (Goddi, İtalya Davası).

12 ÜNVER/HAKERİ (2010), s.19.

tığı anı belirlemekle başlanması gerektiğine ve nihai hükmün verildiği anda bu sürenin sona ereceğine işaret etmiştir. Sürenin değerlendirilmesinde ise her olay özel şartları içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Bunda adli tatil, evrakların postada geçirdiği süreler ve başvuruçunun geçirdiği sürelerin de önemi vardır.¹³

7. Diğer İlkeler

Silahların eşitliği ilkesi, dürüst işlem ilkesi ve hukuki dinlenilme ilkesi adil yargılanma hakkının özü olarak düşünülebilir. Bağımsız ve tarafsız hâkim, savunma hakkı ve makul sürede yargılanma hakkı da bu özü çevreleyen ikincil ilkeler olarak kabul edilebilir. Maddede uzunca sayılan diğer ilkeler ise adil yargılanmanın sağlanması araçları olarak değerlendirilebilir.

Bunlar kısaca: **1-** Halka açıklık (yargılamanın ve hükmün açıklanmasının aleniliği) ilkesi¹⁴, **2-** Kanuni hâkim tarafından yargılanma hakkı, **3-** Masumiyet karinesi¹⁵, **4-** Şüpheden sanık yararlanır ilkesi, **5-** Suçlamayı öğrenme hakkı, **6-** Muhakemeye yön verme hakkı, **7-** Adli yardım hakkı¹⁶, **8-** Tercüman yardımından yararlanma hakkı olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁷

B. 1982 ANAYASASI BAKIMINDAN ADİL YARGILANMA HAKKI

İç hukukumuz açısından adil yargılanma hakkı ilk kez 2001 değişikliğiyle anayasal güvenceye alınmıştır. Anayasanın Kişinin Hakları ve Ödevleri başlığı altındaki ikinci bölümü XIII/A (m.36) Hak Arama Hürriyeti'ne eklenen ibareye göre herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı merci-

13 Bkz. Baş:8304/78, K. No: 60, k.t. 10.12.1982 (Corigliano, İtalya Davası).

14 Bkz. Baş:7984/77, K. No: 76, k.t. 8.12.1983 (Pretto ve diğerleri, İtalya Davası).

15 Bkz. Baş:8658/79, K. No: 100, k.t. 6.5.1985 (Bönisch, Avusturya Davası).

16 Bkz. Baş:8398/78, K. No: 68, k.t. 25.4.1983 (Pakelli, Almanya Davası).

17 Bkz. Baş:8544/79, K. No: 68, k.t. 21.2.1984 (Öztürk, Almanya Davası).

leri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.

Bu hüküm, her ne kadar adil yargılanma hakkını güvenceye alsada, madde adil yargılanma hakkının içeriği hakkında bir düzenleme içermemektedir. Dolayısıyla Anayasa m.90/son ile birlikte değerlendirilerek AİHS ve bu sözleşmeyi yorumlayan AİHM kararları ışığında ulaşılan kapsam 1982 Anayasasındaki adil yargılanma hakkının kapsamını oluşturmaktadır. Başka bir deyişle, AİHS ile bağlı olan Türkiye açısından adil yargılanmanın çerçevesi kendini AİHS m.6'da bulmaktadır.

III. VERGİ YARGILAMA HUKUKU BAKIMINDAN ADİL YARGILANMA HAKKI

Vergi Hukuku bakımından adil yargılanma ilkesinin anlaşılabilmesi için öncelikle vergi davalarının hukuki niteliğinin tespit edilmesi gerektiği kanısındayız. Nitekim adil yargılamayı sağlayacak olguların tespitinde davanın niteliğinden mütevellit görevli mahkeme ve uygulanacak usul kanununun önemi yadsınamaz. Dolayısıyla bu bölümde öncelikle vergi davalarının hukuki niteliği üzerinde durulacak, daha sonra yapılan ayrıma göre adil yargılanma hakkı ayrıca incelenecektir.

A. VERGİ DAVALARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Vergi uyuşmazlıklarından doğan davalar genel olarak idari dava olarak ele alınır ve idari yargıda görülür. Nitekim vergilendirme yetkisinin kaynağı devletin egemenlik gücünden gelmektedir.¹⁸ Ancak her vergi davası idari dava niteliğinde değildir. Vergi ceza hukuku açısından öngörülen suçlar bakımından görülecek olan davalar, ceza davaları olarak adli yargıya (ceza mahkemesine) tabidir.

18 Doğan ŞENYÜZ - Mehmet YÜCE - Adnan GERÇEK, **Vergi Hukuku** (Bursa: Ekin, 2013), s.73.

Doktrinde idari vergi davalarının, iptal davası mı yoksa tam yargı davası mı olduğuna dair bir fikir ayrımı vardır.¹⁹ Ancak konumuz açısından idari vergi davalarının idari yargıda (vergi mahkemelerinde²⁰) görüleceği hükmü yeterli bir argüman olarak karşımıza çıkmaktadır.²¹ Bu durumda uygulanacak olan yargılama usulü VUK başta olmak üzere, İYUK ve HMK'ya uygun olarak yürütülür.

Vergi ceza davalarında muhakeme yapma görevi ise ceza yargısına aittir.²² Suçun ağırlığına göre belirlenecek olan ceza mahkemesinin yargılama usulü açısından bir önemi yoktur ve mahkeme her halükarda CMK ile bağlıdır.

Görüldüğü gibi vergi davasının niteliği dolayısıyla idari yargıda görülmesi ile ceza yargısında görülmesi arasında uygulanacak muhakeme hukuku açısından bir fark ortaya çıkmaktadır. Usul kanunları çerçevesinde oluşan delil toplama, tanıklık, bildirim, savunma gibi muhakeme işlemlerinde oluşan farklar adil yargılanmanın derecesini de etkilemektedir.

19 Doktrinde vergi davalarının genel niteliği itibarıyla tam yargı davası olduğu görüşü kabul edilmektedir. Çünkü vergi davalarında vergi yükümlüsü, salınan bir verginin esasına ya da tutarına itiraz etmektedir. Bkz. A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Yönetmelik Yargı** (Ankara: Turhan Kitabevi, 2009), s. 266. Öte yandan vergi davasının özü itibarıyla iptal davası olduğunu savunanlar da vardır. Bu görüşe göre menfaat ihlalinin olması ve VUK m.377 dava açmaya yetkili olanlardan hareketle vergi davaları iptal davası niteliği taşır. Bkz. Mustafa AKKAYA, "Vergi Sorumlusunun Vergi Yargısı ve Vergi İdaresi Karşısındaki Konumu" (Ankara: AÜHFD, c.46, sa:1-4, 1997), s.198. Bir diğer görüşe göre ise vergi nihayetinde bir idari işlemdir, dolayısıyla idari yargının gerektirdiği dava türlerinden her biri vergi davasının çeşidi olabilir. Başka bir deyişle vergi davaları talep ve sonucuna göre iptal davası veya tam yargı davası şeklinde nitelendirilebilir. Bu durum doktrinde karma görüş olarak gösterilmektedir. Bkz. Turgut CANDAN, "Vergi Uyuşmazlıkları ve İdari Davalar" (Ankara: **Danıştay Dergisi**, sa:54-55, 1984), s.31-40.

20 Bireysel vergi uyuşmazlıklarını çözme görevi vergi mahkemelerine verilmiştir. Bkz. Doğan ŞENYÜZ, **Vergi Ceza Hukuku** (Bursa: Ekin, 2012), s.360.

21 İlk derece mahkemesi olan vergi mahkemeleri, özel görevli mahkemelerdir. Bunların görevleri, Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri hakkındaki 2576 sayılı Kanun'un 6. maddesinde sayma yoluyla belirlenmiştir. Bkz. GÖZÜBÜYÜK (2009), s. 44.

22 TCK m.5'e göre bu kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır.

B- İDARİ VERGİ DAVALARI BAKIMINDAN ADİL YARGILANMA HAKKI

1. Vergi Mahkemelerinde Uygulanan Usul

Bu usulde başvurular davacılar tarafından yazılı dilekçelerle yerine getirilir; yargılama kural olarak yazılı yapılır.²³ Davalı ise savunma hakkını yine yazılı olarak cevaplar. Mahkeme tarafından dava dilekçesi, savunma dilekçesi ve bunu takip eden karşılıklı cevaplar alındıktan sonra dosyadaki belgeler üzerinden dilekçelerdeki iddia ve cevaplar da dikkate alınarak karar verilir. Mahkeme gerek gördüğü hallerde gerekli bilgi ve belgeyi karar vermeden önce ara karar ile de isteyebilir. Yargılama yapılırken tanık dinlenmez.²⁴ Ancak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde yapılacak “delil tespitleri için tanık dinleme” söz konusu olabilmektedir.²⁵ Vergi Mahkemesinde verilen kararlar, itiraz aşamasında Bölge İdare Mahkemesinde, temyiz aşamasında ise Danıştay’da görülür.

Görüldüğü üzere Vergi Mahkemelerinde usule ilişkin olarak VUK, İYUK ve HMK’nın ilgili maddeleri yürürlük bulmaktadır. Burada işin duruşmasız görülmesinin hukuki dinlenme hakkını sağlamadığı öne sürülebilse dahi bu hakkın dilekçeler yoluyla yerine getirildiği açıktır. Ancak diğer yandan, vergi mahkemelerinde esasa ilişkin olarak tanık dinlenememesi, hukuki dinlenme hakkının uygulanabilirliğini daraltmaktadır.

2. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Adil Yargılanma Hakkı

Adil yargılamayı etkileyebilecek muhakeme işlemlerinin genel olarak HMK’da düzenlendiği görülmektedir. HMK’ya

23 İYUK m.17’ye göre belirli miktarı aşan davalarda taraflar talep ederse ya da mahkemenin re’sen kararı üzerine duruşma yapılabilir.

24 İYUK’ta HMK’ya tanıklık konusunda atıf olmadığından vergi yargılamasında tanık dinlenemeyeceği hakkındaki Danıştay kararı için bkz. 3.Daire E.86/1201, K. 86/2706.

25 **Özkan AYKAR - Kemal ÇAĞLAR - Özkan ERTEKİN, Vergisel İşlemlerde Dava Rehberi** (Ankara: Adalet Yayınevi, 2010), s. 131.

göre hukuki dinlenilme hakkı, aleniyet ilkesi ve dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümü yargılamaya hakim olan ilkelere sayılmıştır.²⁶

Hukuki dinlenilme hakkı, yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içerir. Dolayısıyla adil yargılanma ilkesinin özünü oluşturan meram anlatma ilkesi ve dürüst işlem ilkesi güvence altına alınmıştır. Madde gerekçesinde açıklama ve ispat hakkının silahların eşitliği ilkesini karşıladığı savunulmuştur.

Usul hukuku açısından silahların eşitliği eski bir örnek üzerinden değerlendirildiğinde, 1086 sayılı HUMK döneminde, kamu kuruluşları için daha uzun temyiz ve esas hakkında cevap verme süreleri öngörülmesi ihlal olarak değerlendirilmiştir. Nitekim Anayasa mahkemesi ilgili kararında düzenlemeyi eşitlik ilkesine aykırı bularak mülga etmiştir.²⁷

HMK'da hukuki dinlenilme hakkı "davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler" şeklinde düzenlenmiştir. Maddenin içeriği de yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunması, açıklama ve ispat hakkı, mahkemenin açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesi ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesi olarak öngörülmüştür.

Bu hükmün, özellikle açıklama ve ispat hakkının kullanımının, vergi davaları bakımından zaman zaman uygulamaya dökülemediği görülebilmektedir. Örneğin vergi davalarının temyizi sürecinde Danıştay savcısının düşüncesinin taraflara bildirilmemesi durumunda adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş

26 Bkz. HMK İkinci Bölüm, Yargılamaya Hakim Olan İlkeler (m.24-33).

27 Burada Anayasa Mahkemesi, düzenlemeyi, Anayasa m.10 "eşitlik" uyarınca aykırılıktan dolayı iptal etmiş ve ayrıca m.36 "adil yargılanma hakkı" kapsamında da ihlal olduğunu hükme koymuştur. Bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı E.2001/216, K.2004/120.

olacaktır.²⁸ AİHM'ye göre, temyiz isteminde bulunan tarafa yanıt ve savunma hakkını kullanabilmesi için Danıştay savcısının yazılı düşüncesi tebliğ edilmeksizin temyiz incelemesinin sonuçlandırılmış olması, AİHS'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesine aykırıdır.²⁹

C- VERGİ CEZA DAVALARI BAKIMINDAN ADİL YARGILANMA HAKKI

Vergi Usul Kanununda sayılan vergi suçları daha önce de değinildiği üzere ceza yargılamasının konusunu oluşturur. Uygulama açısından vergi ceza yargılamasında adil yargılanma hakkı bakımından bazı örnekler önem kazanmaktadır.

Hem doktrinde hem de uygulamada karşımıza çokça çıkan argümanlardan biri susma hakkı çerçevesinde defter, kayıt ve belgeleri gizleme suçudur. Bu gizleme fiili vergi kaçakçılığı suçunu oluşturmakta ve VUK m.359 uyarınca on sekiz aydan üç yıla kadar hapis cezası uygulanmaktadır. Bu konu anayasaya aykırılık nedeniyle iki kez anayasa mahkemesine taşınmıştır.³⁰ Aykırılık gerekçesinde mükellefin, defter ve belgelerini vergi denetimi sırasında ibraz etmemesi nedeniyle oluşan eyleminin suç kabul edilmesinin, Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu gibi, AİHS'nin 6. maddesine de uygun bir düzenleme olmadığı ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi kararında, itiraz konusu kuralın, vergi yasalarını iyi biçimde uygulanarak vergi borçlarının tespiti, zamanında ve eksiksiz ödenmesinin sağlanması, böylece devletin gelir kaynaklarının güvence altına alınma amacıyla konulduğunu; dolayısıyla da defter tutma, saklama ve ibraz etme ödevlerine uyulmamasının suç kabul

28 Bkz. AİHM kararları: Baş: 33446/02, k.t. 27.11.2007 (Meral, Türkiye Davası); Baş: 19728/02, k.t. 17.7.2008 (Akgül, Türkiye Davası).

29 Aksi görüş için bkz. Gürsel KAPLAN, "Danıştay Savcısının Düşüncesinin Taraflara Bildirilmemesi Adil Yargılanma Hakkını İhlal Eder Mi?" (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sa: 81, 2009), s. 167-186.

30 İlk kararda susma hakkı hiç tartışılmaksızın anayasaya aykırılık iddiası reddedilirken, ikinci kararda susma hakkı da değerlendirilmiştir. Bkz. ŞENYÜZ (2012), s.425; Billur YALTI, *Vergi Yükümlüsünün Hakları* (İstanbul: Beta Basım Yayım, 2006), s.144-149.

edilmesinin, vergi borcunun tespiti ve sonuçta ödenmesini sağlayarak vergi kaybını önlediğini, kamu hizmetlerinin finansmanı için gerekli fonların toplanması suretiyle kamu yararını sağladığını belirtmiştir. Ayrıca, vergi ile ilgili defter tutma, saklama ve ibraz etme zorunluluğunun kanunlarla yükümlülere verilen bir görev olduğunu VUK'da öngörülen defterlerin tutulmasının ve bu defterlerin istendiğinde ibraz edilmesinin zorunlu kılınmasının, mükellefin Anayasa'nın 38/5'te öngörülen, kendisini suçlama ve bu yolda delil göstermeye zorlanma olarak nitelendirilemeyeceğini, ilgili maddede yer alan susma hakkının kovuşturma ve soruşturma aşaması için geçerli olduğunu vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi sayılan gerekçelerle, ilgili hükmün anayasaya aykırı olmadığına oy çokluğuyla karar vermiştir.³¹

Kanımızca da durum adil yargılanma hakkının ihlali değildir. Şöyle ki, gösterilmesi gereken defter ve belgelerin tutulması zorunlu olması ve noter kayıtları ve sair suretler ile tespiti gerekmektedir. Ayrıca VUK m.253 gereğince bu belgelerin beş yıl saklanma koşulu vardır. Dolayısıyla bu beş yıllık muhafaza ve ibraz süresi geçtikten sonra defter ve belgelerin ibraz edilmemesi gizleme sayılmaz. Vergi ile ilgili kayıtların denetlenmesi amacıyla tutulan belge ve defterlerin ibraz etme zorunluluğuna uyulmamasının suç olarak kabul edilmesiyle suçla itham edilme de birbirinden farklı durumlardır. Buna göre belge gizlemek, işlenilen bir suçtan kaçınmaktır. Noter kanalıyla tespit edilebilen ve süresi boyunca zorunlu olarak saklanan resmi nitelikte bir belgenin maddi gerçeğe ulaşma amacıyla re'sen tahkik yapan yargılama makamından saklanması pek tabii suç unsurunu ortadan kaldırma çabasıdır. Bu durumun adil yargılanma hakkı kapsamında susma hakkını ihlal etmediği açıktır.

Bir başka argüman olarak, 4811 sayılı Vergi Barışı Kanunu, vergi ceza hukukunu ilgilendiren en önemli af düzenlemelelerinden biri olduğu kadar hukuksal anlamda tartışmaya açık

31 Ümit Süleyman ÜSTÜN, "Susma Hakkı Çerçevesinde Defter, Kayıt ve Belgeleri Gizleme Suçu" (Ankara: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.15, sa.3, 2011), s.366.

birçok hükmü de içermektedir.³² Örneğin AİHM'ye göre suç isnat edilen kişinin ceza yargılamasını engellemek için uzlaşmaya gitmesi durumunda özel bir dikkatin gösterilmesi gerekir. Bu çerçevede mahkeme, işyerinin geçici olarak kapatılması sonucu oluşacak maddi kayıp baskısı altında uzlaşmaya giden başvuru sahibinin zorlama altında Sözleşme'nin güvence altına aldığı adil yargılanma hakkından vazgeçtiği sonucuna vararak Sözleşme m. 6/1'in ihlal edildiğini belirtmiştir.³³ Söz konusu bu karar, 4811 sayılı Kanun'un idari yargı yolunu kapatan hükümlerine uygulandığında, vergi borcundan ve cezasından kurtulmak için yargı yoluna başvurmaktan ya da davadan feragat eden bir kişinin bu kararı zorlama altında verdiği söylenebilir ve bu nedenle söz konusu hükümlerin adil yargılanma hakkını ihlal ettiği sonucuna varılabilir.³⁴

IV. DEĞERLENDİRME

İnsan onurunun el üstünde tutulduğu hukuk devleti modelini benimsemiş olan düzenlerde devlet insan için vardır. Dolayısıyla yapılacak olan düzenlemeler de insan içindir. Bu çerçevede insanlar arasında eşitliğin ve adaletin sağlanması kadar insan devlet ilişkisi içinde de eşitliğin ve adaletin sağlanması önem arz eder. Devletin birey karşısında güçlü konumda olması dolayısıyla özel bir koruma ihtiyacının belirmesi ile yargılamanın eşit ve adil olması düşüncesi ortaya çıkmıştır. Adil olmayan bir yargılama sonucunda alınacak karar hem toplumun vicdanının yaralanmasına hem de aleyhine karar alınan kişi bakımından ağır insan hakları ihlallerine yol açabilmektedir.

Bu durumun özelde vergi hukuku ve dolayısıyla idari muhakeme ve ceza muhakemesi açısından değerlendirilmesi yapıldığında asıl olanın mükellef veya vergi sorumlusunun

32 Serkan AÇAR, "Adil Yargılanma Hakkı Perspektifinden 4811 Sayılı Vergi Barişi Yasası" (Ankara: **TBB Dergisi**, sa.59, 2005), s.352.

33 Bkz. Baş:6903/75, k.t. 27.2.1980 (Deweer, Belçika Davası).

34 AÇAR (2005), s.352.

devletin vergileme yetkisi sınırlarında sorumlu olması ve soruşturma/kovuşturma evrelerinde adil bir muhakemenin geliştirilebilmesi olduğu açıktır.

Bu çerçevede değerlendirildiğinde, adil yargılanma hakkının özünü oluşturan silahların eşitliği ilkesi, hem idari vergi davaları hem de ceza vergi davaları bakımından mevcut olan bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır.

Aynı şekilde dürüst işlem ilkesi de mahkemelerin re'sen yargılama yapması ve delil toplanması sırasında taraflara eşit davranılması dolayısıyla işlerlik kazanmaktadır.

Adil yargılanma hakkının özünü oluşturan diğer ilke olan hukuki dinlenilme hakkı bakımından ise vergi yargılaması ile ceza yargılaması arasında bir fark ortaya çıktığı görülmektedir. Vergi yargılamasında her ne kadar bu hak HMK dolayısıyla güvenceye alınmış olsa da temyiz aşamasında savcı mütalaa-sına karşı yanıt ve savunma alınmaması durumu açıkça hukuki dinlenilme hakkına ve dolayısıyla savunma hakkına aykırı hale getirmektedir. Öte yandan vergi ceza yargılamasında bu hakların kanunen tam anlamıyla uygulandığı görülmektedir.

V. KAYNAKÇA

AĞAR, Serkan. "Adil Yargılanma Hakkı Perspektifinden 4811 Sayılı Vergi Barışı Yasası" (Ankara: **TBB Dergisi**, sa.59, 2005).

AKKAYA, Mustafa. "Vergi Sorumlusunun Vergi Yargısı ve Vergi İdaresi Karşısındaki Konumu" (Ankara: **AÜHFD**, c.46, sa:1-4, 1997).

AYKAR, Özkan - ÇAĞLAR, Kemal - ERTEKİN, Özkan. **Vergisel İşlemlerde Dava Rehberi** (Ankara: Adalet Yayınevi, 2010).

CANDAN, Turgut. "Vergi Uyuşmazlıkları ve İdari Davalar" (Ankara: **Danıştay Dergisi**, sa:54-55, 1984).

ESEN, Bülent Nuri. **Anayasa Hukuku Genel Esaslar** (Ankara: Ayyıldız Matbaası, 1970).

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref. **Yönetmelik Yargı** (Ankara: Turhan Kitabevi, 2009).

KAPLAN, Gürsel. “Danıştay Savcısının Düşüncesinin Tarafllara Bildirilmemesi Adil Yargılanma Hakkını İhlal Eder Mi?” (**Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sa: 81, 2009).

KURU, Baki - ARSLAN, Ramazan - YILMAZ, Ejder. **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı** (Ankara: Yetkin Yayınları, 2010).

ÖZBEK, Veli Özer ve diğerleri. **Ceza Muhakemesi Hukuku** (Ankara: Seçkin, 2011).

ÖZTÜRK, Bahri - ERDEM, Mustafa Ruhan. **Ceza Muhakemesi Hukuku** (Ankara: Seçkin, 2007).

RIESS, P. **Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren** (München: Deutshen Juristentag, 1984).

SHRÖDER/YENİSEY/PEUKERT, **Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi** (İstanbul, 1999).

ŞENYÜZ, Doğan - YÜCE, Mehmet - GERÇEK, Adnan. **Vergi Hukuku** (Bursa: Ekin, 2013).

ŞENYÜZ, Doğan. **Vergi Ceza Hukuku** (Bursa: Ekin, 2012).

ÜNVER, Yener. - HAKERİ, Hakan. **Ceza Muhakemesi Hukuku** (Ankara: Adalet, 2010).

ÜSTÜN, Ümit Süleyman. “Susma Hakkı Çerçevesinde Defter, Kayıt ve Belgeleri Gizleme Suçu” (Ankara: **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, c.15, sa.3, 2011).

YALTI, Billur. **Vergi Yükümlüsünün Hakları** (İstanbul: Beta Basım Yayım, 2006).

TANIK KORUMA TEDBİRLERİ

Erol TATAR*

I. GİRİŞ

Suç oluşturan eylemler bazen bireysel, bazen de bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmektedir. Özellikle çıkar amaçlı kurulmuş suç örgütleriyle, terör amaçlı örgütlerin işledikleri suçların soruşturma ve yargılamaları sırasında tanıklar korkmakta ve beyanda bulunmaktan kaçınmaktadır. Tanıkların güvenliklerinin sağlanması, bu örgütlerle etkin şekilde mücadele edebilmek için zorunludur. Tanığın korunmasına ilişkin usul ve tedbirleri düzenleyen 5726 sayılı Yasa, bu gereksinimi karşılamayı amaçlamaktadır.

Tanık nasıl korunacak ve gizlenecektir? Kimler bu korumadan yararlanabilir ve gizli tanık olabilir? Her isteyen gizli tanık olabilir mi?¹ Tanıklık yapanların yüzü değiştirilip, yeni kimlik ve iş olanağı sağlanmakta mıdır?² Korunan tanık nasıl dinlenilmektedir? Neden gizli tanığa ihtiyaç duyulmaktadır? Benzeri sorular çoğaltılabilir. Bu çalışmada akla gelebilecek soruların tümüne cevap verebilme olanağı yoktur. Ancak, kısaca gizli tanık kurumu ve koşullarıyla, tanığın korunması ve uygulanacak koruma tedbirlerinin neler olduğuna; AİHM kararları ışığında mevcut uygulamanın adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediğine değinilecektir.

* 17. Asliye Ceza Mahkemesi Hakimi

1 AİHM eski yargııcı Rıza Türmen, yoldan geçen birinin, ona menfaat temin edileceği söylenerek gizli tanık yapılabileceğini, Türkiye'deki uygulamanın buna müsait olduğunu; bu şekilde pek çok kişinin bulunabileceğini belirtmiştir. Cumhuriyet Gazetesi, 08.11.2012.

2 Emniyet Genel Müdürlüğü, tanık koruma kurulu kararıyla 105'i tanık, 168'i de tanık yakını olmak üzere toplam 273 kişi hakkında koruma tedbiri uygulamaktadır. Koruma kararı alınan 145 tanık ve tanık yakını, yaşadıkları yerlerden başka adreslere yerleştirilmiştir. 12 tanığın estetik ameliyatla görünümü, 109 tanığın ise kimliği değiştirilmiştir. Yurt Gazetesi. 05.10.2013

II. GİZLİ TANIK DELİLİ VE KOŞULLARI³

1. Genel Olarak

Gizli tanık, suç konusu olay hakkında görgü ve bilgisine başvuru, ancak güvenliği nedeniyle kimliği ile şahsi bilgileri saklı tutulan kimsedir. Gizli tanığın varlığı, onun korunmasını da zorunlu kılmaktadır. “Örgütlü Suçlara İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”, taraf devletlere tanık güvenliğini garanti edecek şekilde düzenlemeler yapılması yükümlülüğünü getirmiştir. Gerçeğin ortaya çıkartılmasına katkıda bulunan tanığın devletçe korunması, aynı zamanda Anayasa ve evrensel insan hakları normlarının da gereğidir.

Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi, Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol gibi uluslararası sözleşmeler de tanık korumaya ilişkin hükümler içermektedir.

Bir çok ülke, uluslararası bu sözleşmeler paralelinde düzenlemeler yapmıştır. Almanya, İspanya ve Portekiz gibi bazı ülkeler ayrı tanık koruma yasaları düzenlemişken, Fransa ve Hollanda gibi bazı ülkeler ise bu hükümlere ceza usul yasalarında yer vermiştir. Bunun yanında Belçika ve Lüksemburg’da ise tanık korunması konusunda yasal düzenleme bulunmamaktadır.⁴ Ülkemizde Ceza Muhakemesi Yasasında ve Tanık Koruma Kanunda düzenlemeler yapılmıştır. Tanık Koruma Kanunda⁵ ayrıca tanıkların güvenliklerinin sağlanması amacıyla bazı tedbirlerin alınması da öngörülmüştür.

3 Gizli tanık kurumu ile tanığın korunması için alınacak tedbirler arasında var olan sıkı bağlantı nedeniyle, bu makalede yer yer daha önce yayımlanmış “Gizli Tanık” isimli çalışmamızdan alıntılar yapılmıştır. Gizli tanık, koşulları ve uygulaması hakkında geniş bilgi için bkz., Tatar, E., “Gizli Tanık”, Ankara Barosu Dergisi, 2013/4, s.285

4 Taşçı, A.T./ Taşçı, G., “TANIKLIK: Türkiye’de ve Dünyada Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Tanıklık ve Tanıkların Korunmasıyla İlgili Düzenlemeler”, Ankara Barosu, 2007, s.192.

5 5726 Sayılı Tanık Koruma Kanunu, 26747 sayılı Resmi Gazete’de 05.01.2008 tarihinde yayımlanmıştır.

2. Gizli Tanık ile Korunan Tanık Farkı

Gizli tanık ile hakkında koruma kararı verilen tanık birbiriy-le karıştırılmamalıdır. Gizli tanık, yalnızca bir suç örgütünün faaliyeti kapsamında işlenen suçlarda kullanılan delil türüdür. Korunan tanık ise, gizli olsun olmasın, beyanı nedeniyle ağır ve ciddi tehlike altında bulunup, bu nedenle hakkında koruma tedbiri uygulanan kimsedir. Bu kimse, dinlenen tanık olabileceği gibi, onun yakınları ya da suçun mağduru da olabilir. Gizli tanık ile korunan tanık arasındaki benzerlik, yalnızca dinlenme usulüne ilişkindir.

3. Gizli Tanık Deliline Başvuru Koşulları

Tanık koruma tedbirlerine geçmeden önce, kısaca gizli tanık deliline başvuru koşullarına değinmek yararlı olacaktır.

Yasamızda öngörülen koşullar:

1. Bir Örgütün Faaliyeti Çerçevesinde İşlenmiş Suç olması

Örgütün çıkar amaçlı veya terör amaçlı olmasının önemi yoktur. Ayrıca ceza sınırlaması da bulunmamaktadır. TCK'nun 220. maddesinde belirtilen anlamda bir suç örgütü varsa ve bu örgütün faaliyeti kapsamında suç işlenmişse, bu kovuşturma da gizli tanık delilinden yararlanılabilecektir.

2. Ağır Tehlike Bulunması

Tanığın taraflar huzurunda dinlenilmesi, tanık için ağır tehlike oluşturmalıdır. Ayrıca, bu tehlike başka türlü önlenemiyor olmalıdır.

Tehlike ve niteliği, tanığın algılamasına göre değil, her olayda, yetkili makamca yapılan değerlendirmeye göre belirlenir. AİHM'e göre⁶, tanığın korkusu doğrudan doğruya davalı veya onun ajanlarından kaynaklanmayan genel bir korkuysa, bu

6 Al-Khawaja ve Tahery/İNGİLTERE -AİHM Büyük Dairesi Kararı Tatar, E., "Gizli Tanık", Ankara Barosu Dergisi, 2013/4, s.293.

durumda başka bir delille korkunun varlığının desteklendiğine dair objektif nedenlerin saptanması gerekir. Bu nedenle, tanığın kişisel, soyut, tahmini, kuruntu sayılabilecek algılamalarından çok, somut verilere bakılmalıdır. Bunun için öncelikle tanığın karşılaştığı somut tehdit ve baskılar kolluk görevlilerince belirlenip, yetkili makama sunulmalı; yetkili makam, bu raporları göz önünde tutarak, tanığın korkularının yerinde olup olmadığına karar vermelidir.

Ağır tehlikenin varlığına karar verecek makam, soruşturma ve kovuşturma aşamalarına göre değişmektedir. Soruşturma aşamasında yetkili tek makam, soruşturmayı yürütmekle yetkili Cumhuriyet savcısıdır. Kovuşturma aşamasında ise, ağır tehlikenin varlığına, tanığı dinleyecek olan hâkim veya mahkeme başkanı karar verecektir.

III. KORUMA TEDBİRLERİ VE UYGULAMA KOŞULLARI

1. Tanık Koruma Tedbiri Uygulanacak Suçlar ile Cezalar

5726 sayılı Tanık Koruma Kanununun 3. maddesi hem suç türüne, hem de ceza miktarına göre koşullar öngörmüştür.

1.1. Tanık Koruma Tedbiri Uygulanabilecek Cezalar:

- a. Ağırlaştırılmış müebbet hapis,
- b. Müebbet hapis,
- c. Alt sınırı on yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar.

Belirtilen bu cezaların 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda veya ceza hükmü içeren özel kanunlarda yer almasının önemi yoktur. Bu cezaların öngörüldüğü tüm suçlarda, dinlenen tanık için koruma tedbirleri uygulanabilecektir.

1.2. Tanık Koruma Tedbiri Uygulanabilecek Suçlar:

- a. Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla kurulan bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenip, alt sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar.
- b. Terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar.

Görüldüğü gibi, terör suçları için ceza sınırı bulunmamaktadır. Diğer tüm suçlarda, öngörülen cezaya bakılacaktır. Örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olsa bile, öngörülen cezanın alt sınırı iki yılın altında kalıyorsa veya para cezasını gerektiriyorsa, tanık koruma tedbirleri uygulanamayacaktır.

1.3. Temel Koşul: Ağır ve Ciddi Tehlike

Tanık Koruma Kanunu, 'ağır ve ciddi tehlike' koşulunu koyarak, CMK'nun 58.maddesine göre bir yandan sınırlama getirirken, suç türleri yönünden ise kapsamı genişletmiştir. Örneğin; bireysel insan öldürme suçunda gizli tanık dinlenemeyecektir. Çünkü bir örgütün faaliyeti kapsamında işlenmiştir. Ancak bu suçun kovuşturmasında dinlenen tanık, ağır ve ciddi bir tehlikeyle karşı karşıya ise, hakkında tanık koruma tedbirleri uygulanabilecektir.

2. Uygulanacak Tedbir Çeşitleri

Koruma tedbirlerinin bir kısmı yalnızca adli makamların kararına bağlıken, bir kısmı idari makamlarca alınabilmektedir. Fiziki koruma sağlanması tedbirine ise, hem adli, hem de idari makamlar karar verilebilmektedir.

İdari makamlar, Tanık Koruma Kurulu ile kolluk amiridir. Kararların infazı koruma birimince⁷ yerine getirilir.

7 Koruma birimi: İdari yapısı, çalışma esas ve usulleri ilgili kolluk teşkilâtının bağlı olduğu bakanlıkça belirlenen ve bu Kanun kapsamında haklarında koruma tedbiri uygulanmasına karar verilecek kişilerle ilgili olarak, gerekli koruma tedbirlerini uygulayacak olan kolluk birimlerini ifade eder. (Tanık Koruma Kanunu, m.2)

Hangi koruma tedbirinin uygulanacağı, tehlikenin niteliğine ve tehlikenin nasıl bertaraf edileceğine bakılarak tespit edilir. Bunun dışında korunan kişi veya yakınlarının karşı karşıya kaldığı tehlikenin ağırlığı ve ciddiliği belirlenir. Yargılama konusu suçun önemi, tanığın yapacağı açıklamalar, alınacak tedbirin yaklaşık maliyeti, tanığın psikolojik durumu ve benzer mahiyetteki diğer özellikler de göz önünde bulundurulur.

İdari birimlerce uygulanacak koruma tedbirleri öncesinde, korunacak kişinin talebinin bulunması gerekir. Koruma isteminde bulunan kişi, talebini gerekçelendirmelidir. Yani, koruma kararına dayanak olabilecek hukukî ve fiilî nedenleri göstermelidir.

Yasanın öngördüğü tedbirlerden yalnızca biri uygulanabileceği gibi, birkaçı aynı anda da uygulanabilir. Ancak, tehlike daha hafif bir tedbirle giderilebiliyorsa, yalnızca bu tedbirin uygulanması ile yetinilir.

Tedbirleri, kararı vermeye yetkili makamlara göre, üç gruba ayrırabiliriz:

2.1. Adli Makamlarca Verilebilecek Tedbirler

- Kimlik ve adres bilgilerinin kayda alınarak gizli tutulması ve kendisine yapılacak tebligatlara ilişkin ayrı bir adres tespit edilmesi.

- Duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi ya da ses veya görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi.

- Tutuklu veya hükümlü olanların, durumlarına uygun ceza infaz kurumu ve tutukevlerine yerleştirilmesi.

Bu tedbirlere soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı tarafından, kovuşturma evresinde mahkemece karar verilir. Kovuşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı veya tanık bizzat tedbir uygulanmasını talep edebileceği gibi, mahkeme re'sen

de verebilir. Ancak, karar verilmeden önce kolluk makamları ile diğer birimlerden değerlendirme raporları alınır.

2.2. İdari Makamlarca Verilebilecek Tedbirler

- Kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerin değiştirilmesi ve düzenlenmesi.
- Adlî sicil, askerlik, vergi, nüfus, sosyal güvenlik ve benzeri bilgi ve kayıtlarının değiştirilmesi ve düzenlenmesi.
- Nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, pasaport, evlilik cüzdanı, diploma ve her türlü ruhsat gibi resmî belgelerin değiştirilmesi ve düzenlenmesi.
- Taşınır ve taşınmaz mal varlığıyla ilgili haklarını kullanmasına yönelik işlemlerin yapılması.
- Geçici olarak geçimini sağlama amacıyla maddî yardımda bulunulması.
- Çalışan kişinin iş yerinin ya da iş alanının değiştirilmesi veya öğrenim görenin devam etmekte olduğu her türlü eğitim ve öğretim kurumunun değiştirilmesi.
- Yurt içinde başka bir yerleşim biriminde yaşamasının sağlanması.
- Uluslararası anlaşmalara ve karşılıklılık ilkesine uygun şekilde, geçici olarak başka bir ülkeye yerleştirilmesinin sağlanması.
- Fizyolojik görünümünün estetik cerrahi yoluyla veya estetik cerrahi gerektirmeksizin değiştirilmesi ve buna uygun kimlik bilgilerinin yeniden düzenlenmesi.

Sayılan bu tanık koruma tedbirlerine ilişkin kararlar, Tanık Koruma Kurulu tarafından verilir. Ancak, Kurul re'sen karar veremez. Karar alabilmesi için tanığın bu yönde isteminin bulunması gerekir.

Bu tedbirler kovuşturma evresinde, tanık mahkemede beyanda bulunduktan sonra uygulanabilir. Soruşturma aşamasında veya kovuşturma aşamasında henüz tanık dinlenmeden Kurul bu tedbirleri uygulayamaz. Çünkü, soruşturma ve kovuşturma aşamasında yetki adli makamlara aittir.

2.3. Hem Adli Hem de İdari Makamlarca Verilebilecek Tedbir Türü

Bu tedbir, fiziki korumadır. Hem soruşturma, hem de kovuşturma aşamasında uygulanabilir. Kovuşturma aşamasında, mahkemece alınır. Soruşturma aşamasında bu koruma tedbirini alma yetkisi Cumhuriyet savcısına aittir. Ancak, gecikmesinde sakınca varsa, Cumhuriyet savcısından karar alınmaya kadar, kolluk amirinin yazılı emriyle de fizikî koruma sağlanması tedbiri uygulanabilir.

Bu tedbirin kolluk amirince uygulanabilmesinin bir koşulu da, tanığın istemde bulunmuş olmasıdır. Tanık fiziki koruma talep etmemişse, kolluk amiri bu tedbiri uygulayamaz.

Fiziki koruma tedbiri kolluk amirince alınmışsa, geciktirilmeksizin uygulanan tedbir konusunda Cumhuriyet savcısına bilgi sunulur.

Kovuşturma aşamasında, tanık beyanda bulunduktan sonra, Tanık Koruma Kurulu da, fiziki koruma tedbirine karar verebilir. Kurulun bu tedbiri uygulaması için tanığın istemde bulunmasına da gerek yoktur. Yani, re'sen verebilir. Yukarıda belirtildiği gibi, öncelikle tanık mahkemede beyanda bulunmuş olmalıdır. Henüz beyanı alınmamışsa, fiziki korumaya ilgili hakim veya mahkeme karar verecektir.

3. Koruma Altına Alınabilecek Kişiler

İstemde bulunan veya tehlike altında olan her tanık, koruma tedbirinden yararlanamayacaktır. Koruma tedbiri uygulanabilmesi için, yukarıda belirtildiği gibi, hem suç türüne ve öngörülen cezaya, hem de tehlikeye ilişkin koşulların gerçekleşmiş olması gerekir.

Tanık Koruma Kanununa göre haklarında koruma tedbiri uygulanabilecek kişiler, öncelikle tanıklardır.

Tanıklar dışında koruma tedbiri uygulanabilecekler:

- Bu tanıkların nişanlısı,
- Evlilik bağı kalmasa bile tanığın eşi,
- Kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoy,
- İkinci derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları,
- Evlatlık bağı bulunanlar,
- Tanığın yakın ilişki içerisinde olduğu kişiler,
- Tanık sıfatıyla dinlenen suç mağdurları da bu tedbirlerden yararlanabilecektir.

Korunacak kişiler arasında yer alan “tanığın yakın ilişki içinde olduğu kişiler” kapsamına kimler girecektir? Yoruma göre kapsam genişletilebilir veya daraltılabilir. Kanaatimizce, kapsam belirlenirken, kanun koyucunun amacı göz önünde tutulmalıdır. Amaç, tanığa, gerçeği beyan etmesi durumunda, kendisi ve yakınlarının zarar görmeyeceği güvencesinin verilmesidir. Tanığın, zarar göreceğini düşündüğü ve bu nedenle beyan vermekten çekineceği her yakını bu kapsama almak gerekir. Bu kişi, tanığın aynı evi paylaştığı bir arkadaşı olabileceği gibi, iş ortağı veya bakıcısı da olabilir⁸. Amaç, tanığın korkusuzca gerçeği beyan etmesini sağlamaktır.

4.Koruma Tedbirlerinin Süresi, Değiştirilmesi veya Son Bulması

Yukarıda sayılan koruma tedbirlerinin süresi, gerektiğinde değiştirilmesi veya kaldırılması, yetkili makamlarca kararlaştırılır. Yetkili makam, tedbir kararını veren adli veya idari makamdır.

8 Taşçı, A.T./ Taşçı, G., a.g.m, s.119.

Yetkili makam bu yöndeki kararını, re'sen veya hakkında tedbir uygulanan kişinin istemi üzerine verir. Kararın uygulandığı tarihten başlamak üzere, en geç birer yıl aralıklarla bu konuda değerlendirme yapılır.

Kararı verecek makam, uygulayan koruma biriminden, karar tarihinden itibaren her yıl veya gerektiğinde bu süreyi beklemeden uygulama ve takip raporu ister. Uygulama birimince düzenlenecek raporda, uygulamanın gidişatı ve tehlikenin devam edip etmediği konusundaki bilgiler yanında, tedbir türünün ve süresinin değiştirilmesine veyahut sona erdirilmesine gerek olup olmadığına ilişkin öneriye yer verilir.

Koruma tedbirinin kaldırılması halinde, istem olduğu takdirde, hakkında tedbir uygulanan kişinin şahsi hallerinin, tedbirin uygulanmasından önceki hale getirilmesine de karar verilir.

Tanık koruma tedbirinin kaldırılabilceği durumları şöyle sıralayabiliriz:

- Tanığın koruma kararı verilmesine neden olan olay hakkında yanlış bilgi vermesi veya bildiği hususları açıklamaması,
- Tanığın koruma kararı verilmesine neden olan olay hakkında yalan tanıklık veya iftiradan mahkûm olması,
- Tanığın önceki kimlik bilgileriyle ilgili yanlış beyanda bulunması,
- Tanığın koruma kararında belirtilen tedbirlere aykırı bir davranış içine girmesi,
- Tanığın koruma nedenlerinin ortadan kalkması.

Alınan kararlar, hakkında tedbir uygulanan tanığa gecikmeksizin bildirilir.

5. Koruma Tedbiri Uygulanan Tanığın Dinlenilme Usulü

Hakkında koruma tedbiri uygulanmakta olan tanığın dinlenilmesi gerektiğinde, gizli tanık dinleme usulü uygulanacaktır.

Yasal düzenlemeye göre, gizli tanık “yüz yüze” dinlenilebileceği gibi, gizli de dinlenebilecektir.⁹

İlk yöntemde, yani yüz yüze dinlemede, tanık tarafların huzurunda dinlenildiğinden, ulaşılan kanaat gerçeğe daha yakın olacaktır. Beyanda bulunan tanık gözlemlenebildiğinden ve taraflara soru sorma hakkı¹⁰ tanındığından, adalet duygusu da tatmin edilecektir. Böylece, AİHS'nin 6/3-d maddesinde öngörülen adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olacaktır.

Gizli tanık açık dinlenildiğinde, “tanığın güvenliğinin nasıl sağlanacağı” sorusu akla gelebilir. Tanık Koruma Kanununa göre, tarafların huzurunda dinlenilmesinden ötürü tanığın kendisi veya yakınlarının beden bütünlüğü veya malvarlığı açısından ağır ve ciddi tehlike doğmuşsa, uygun koruma tedbirleriyle tehlike önenebilecektir.¹¹

İkinci yöntem, tanığın gizli dinlenilmesidir; diğer bir deyişle, hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan tanığın dinlenilmesi usulüdür. Bu yöntemde tanık taraflardan gizlenmektedir.

Gizleme iki yöntemle yapılmaktadır.

(1) Tanığın duruşma salonunda bulunmaması: Kamuoyuna mal olmuş davalarda, yalnızca bu yöntemin izlendiğini görüyoruz. Bu usulde tanık duruşma salonunun dışında, adliyenin başka bir odasında veya katında bulunur. Ses ve görüntü aktarımı duruşma salonuna yapılır. Taraflar tanığın sesini ve görüntüsünü canlı olarak algılar. Tanığın tanınmasını engellemek için ses ve görüntüsü değiştirilir. Tanık duruşma salonunda bulunan tarafları, görüntü aktarımı yoluyla görür. Bu yolla, gerekiyorsa mahkeme tanığa teşhis yaptırabilir.

9 Tatar, E., “Gizli Tanık”, Ankara Barosu Dergisi, 2013/4, s.288-290.

10 CMK, m.201.

11 5726 Sayılı Tanık Koruma Kanunu.

(2) Tanığın duruşma salonunda bulunması: Bu usulde tanık duruşma salonunda ve tarafların huzurundadır. Ancak, tanınması engellenmektedir. Bir kabin içinde olabileceği gibi, bir perde veya cam gerisinde ya da özel hazırlanmış bir bölümde olabilir. Ancak her halde tanığın sesi dışarıya değiştirilerek verilir. Ayrıca bulunduğu ortamdaki tanığın tarafları görmesi sağlanır.

6. Gizli Tanık ve Koruma Tedbirleri Konusunda AİHM Büyük Dairesi Kararı: Al-Khawaja ve Tahery/ İNGİLTERE¹²

AİHM kararlarına baktığımızda, bu konudaki tereddütlerin ortadan kalktığını ve temel ilkelerin saptandığını görüyoruz.

Bu davada, **Ali TAHERY** İran vatandaşı olup, 1975 doğumludur. 20 Mayıs 2004 tarihinde, yine İranlı S'yi bıçakla yaralamaktan suçlanmıştır. Sorgulananlardan hiç biri görgüye dayalı beyanda bulunmamıştır. Olaydan iki gün sonra, "T" isimli bir İranlı, bıçaklı eylemi Ali TAHERY'in işlediğini polise verdiği ifadesinde belirtmiştir.

Yargılama sırasında iddia makamı, T' nin çok korktuğu için mahkemeye çıkmak istemediğini, ifadesinin mahkemede okunmasıyla yetinilmesini talep etmiştir. Yargılamayı yürüten yargıç, özel bir camın gerisinde ifade vermesinin bile T' nin korkularını gideremeyeceğini belirterek, ifadesinin okunması talebini kabul etmiştir. T' nin ifadesi, yokluğunda okunmuştur. Yargıç, sorgulanmadığı için T' nin ifadesine güvenilemeyeceği konusunda jüriyi uyarmıştır. Yargılama sonunda başvuran mahkum olmuştur.

AİHM Dairesi, 20 Ocak 2009 tarihli kararında, tanıkların çapraz sorgulanması olanağının yokluğu, karşılıklı etkili bir dengenin bulunmaması gerekçeleriyle ve oybirliğiyle, davada Sözleşmenin 6/3(d) maddesiyle birlikte 6/1 maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

12 <http://aihmn.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=14813>, 26.11.2012

Dava AİHM Büyük Dairesinin önüne gitmiştir. 15.12.2011 tarihinde(Başvuru No:26766/05) verilen kararda, gizli tanık dinlemenin ilkeleri saptanmıştır diyebiliriz.

Bu ilkeleri şöyle sıralayabiliriz:

1. İlke: Sözleşmenin 6/3 maddesi uyarınca, bir sanık mahkum edilmeden önce, onun aleyhindeki bütün deliller, kamuya açık bir duruşmada ve sanığın huzurunda sunulmalıdır. Tanığın taraflarca duruşmada sorgulanmasını sağlamak, devletin görevidir.

2. İlke: Huzurda olmayan bir tanığın ifadesinin delil olarak kabul edilebilmesi için haklı nedenlerin olması gerekir. Haklı nedenlerden birisi, tanığın ölmüş olması; diğeri ise, sanık veya onun adına hareket edenlerden kaynaklı bir korkunun varlığıdır. Yargılamayı yapan mahkeme, bir tanığı korku nedeniyle ifade vermektan affetmeden önce, tanığın imzasının olmaması veya diğere özel tedbirlerin alınması gibi tüm alternatiflerin uygulanabilir olmadığına kanaat getirmelidir.

3. İlke: Mahkumiyet kararı, sorgulanmasına olanak verilmeyen bir tanığın beyanına dayandırılmışsa, bu durum, adil yargılanma hakkını öngören Sözleşmenin 6.maddesine aykırılık oluşturacaktır. Ancak, tanık beyanı zanlıya karşı tek veya kesin bir delilse, mağdurun(kurbanın), davalının(sanığın) ve kamunun yarışan yararları dengede tutulmak suretiyle, bu tanık beyanı karara esas alınabilir. Ne var ki, böyle bir delilin kabulü tehlikelidir. Bu nedenle mahkeme, en ince ayrıntıları içeren, titiz bir araştırma yapmalıdır. Titiz bir soruşturma, terazinin kefelerini dengeleyecektir. Her davada, tanığın ve beyanının güvenilirliğini kontrol edebilmeye olanak verecek ek tedbirler alınmış olmalıdır. Sanığa, tanığın beyanına karşı çıkabilmesine, güvenilirliğini sorgulamasına olanak sağlanmalıdır. Eğer tanığın güvenilirliği ve inanırlığı doğrulanamamışsa, bu tanık beyanı mahkumiyet kararına esas alınamaz.

Bu ilkeler ışığında değerlendirme yapan AİHM Büyük Dairesi şu karara varmıştır: 'T' yaralamayı gördüğünü iddia eden tek tanıktır. Bu nedenle başvurana karşı ağırlığı olan bir delil-

dir. Başvuranın çapraz sorgulama yapmak suretiyle T'nin ifadesinin doğruluğunu test etme olanağı yoktur. Yargıcın jüriyi uarması, yeterli bir dengeleyici sayılmaz. Davada, güçlü, tamamlayıcı başka delilin yokluğu, T'nin ifadesinin nihai nitelik taşıması, jürinin adil değerlendirme yapmasını ortadan kaldırmaktadır. T'nin ifadesini dengeleyici yeterli unsurlar olmadığından, Sözleşmenin 6/3 ve 6/1(d) maddeleri ihlal edilmiştir.

Görüldüğü gibi, AİHM'e göre, asıl olan, tanığın tarafların huzurunda dinlenilmesidir. Tanığın korkuyor olması, onun gizli dinlenilmesine yeterli bir gerekçe olamaz. Alınacak koruma tedbirleriyle korkunun giderilmesi amaçlanmalı; tüm alternatifler kullanılmalıdır. Tanığın gizli dinlenilmesi, en son seçenektir. Bu durumda bile, dengeleyici tedbirlerin alınması gerekir.

IV. SONUÇ

Ceza yargılamasında maddi gerçeğe ulaşmak için, korkmadan beyanda bulunacak tanığa ihtiyaç duyulduğu açıktır. Tanığın korkusu, ancak ona koruma güvencesi vermekle giderilebilir. Tanık Koruma Kanunu, bu amaçla uygulamaya konulmuştur. Ne var ki, Yasa, tanığın taraflardan gizlenerek dinlenilmesine olanak tanımaktadır. Oysa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, artık istikrar kazanmış kararlarında, tanığın tarafların yokluğunda dinlenilmesini adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul etmektedir.

Bu nedenle, uygulamada sıkça gördüğümüz 'tanığın gizli dinlenilmesi' usulünden vazgeçilmeli, öncelikle tanığın aleni ortamda dinlenilmesi tercih edilmelidir. Devlet, koruma tedbirleriyle tanığın güvenliğini sağlayacak güçtedir.

KAYNAKÇA

Cumhuriyet Gazetesi.

<http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=14813>,

Taşçı, A.T./ Taşçı, G., "TANIKLIK: Türkiye'de ve Dünyada Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Tanıklık ve Tanıkların Korunmasıyla İlgili Düzenlemeler", Ankara Barosu, 2007.

Tatar, E. "Gizli Tanık", Ankara Barosu Dergisi, 2013/4.

Yurt Gazetesi.

KESİNLEŞEN YARGI KARARLARININ İDARE TARAFINDAN İCRA EDİLMEMESİ

Gülbahar DOĞAN*

GİRİŞ:

HUKUK DEVLETİ, İKTİDAR SORUNSALI

Devlet ortaya çıktığı tarihten bu yana evrim halinde olan bir organizasyondur. Devleti, toplumlar üzerinde etkili kılan baskı unsuru ise iktidar olarak tanımlanabilir. İktidar, özü itibariyle gücü ihtiva eder. Bu güç, rejimler ve sistemler farklılık gösterse de, temelde, topluluklar halinde yaşayan insanların yönetilmeye rıza göstermelerinden kaynaklanmaktadır.

Hukuk ve din, devletin evrim tarihinde, birbiri içinde çekimlenen iki kurumdur. Devlet, insan yaşamını organize ederken, bu organizasyon kurallarının ihlal edilmesi tehlikesi karşısında caydırıcı güç olarak tanrı figürünü etkili biçimde kullanmıştır. İlkel anlamda ilk devlet oluşumunda yöneticilerin rahip kral, tanrı-kral olması bir gerçekliği anlatır.

“Sorgulanamaz iktidar” anlayışı, meşruluğunu tanrıdan almıştır. Denebilir ki, bu anlayış, günümüze etkinliğini yitirerek ulaşmışsa da, kamunun verdiği gücü adeta kamuya yöneltilmiş bir silah gibi kullanan bir yönetim geleneği tüm şiddetiyle sürdürülmektedir. Kamu düzeni, kamu ahlakı, kamu yararı gibi soyut kavramlar, çoklukla, idare lehine yapılan yorumla, idarenin hukuka aykırı davranışlarının meşruiyet vasıtası haline gelebilmektedir.

* Stajyer Avukat

Yöneticilerin bireysel zaaflarına yenik düştüğü, yönetici kadrosuna hâkim politikaya direnç göstermek bir yana yönetilenler arasındaki baskıyı arttıracak yeni politik argümanlar üretme gayretinde olduğu görülmektedir. Yönetilenlerin ise devleti bireylerin, birey menfaatinin üzerinde görüp kutsallaştırdığı yahut yapılan usulsüzlükleri yönetmenin doğasından sayıp kabullendiği görülmekte, yöneticiye örtülü bir tanrısallık atfedilmektedir.

Kutsal kitapların aynı zamanda, gücünü tanrıdan alan birer yasa niteliğinde olduğunu, tanrının(insan ağzıyla) hukuk yarattığını söylemek yanlış olmaz. Temelde, basitçe ifade etmek gerekirse, yaşama ve mülkiyet hakkını koruyacak, herkesin her an tetikte olmaksızın belli güvenceler altında yaşayacağı bir dünya tasavvuru, insanları, muktedir bir kuruma itaat etmeye ve bu kurumdan doğan baskı unsurunu kabullenmeye itmiştir. Yeryüzünde, insanlık tarihi boyunca, kitleler yöneticiler tarafından yönetilmektedir ve düzen kendi kendini öğütmeye başlamadıkça, kendi çelişikliği içinde varlığını sürdürmektedir

Modern devlet anlayışı, hukukun üstünlüğü ilkesine saygılı devlet olgusunu ortaya çıkarmıştır. Böylelikle bireylerin değil hukukun egemen olduğu sistemler geliştirilmiştir. Hukuk devleti anlayışı beraberinde kuvvetler ayrılığı kavramını da getirmiştir. Böylelikle yasama, yürütme ve yargı birbirini frenleyecek ve denetleyecek mekanizmalarını üretmiştir.

KESİNLEŞEN YARGI KARARININ ADİL YARGI HAKKI İÇİNDE SINIFLANMASI, ANLAMI VE ÖNEMİ

AİHM mahkemeye erişim hakkını adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir parçası olarak görmüştür. Mahkemeye başvurma, kesin hüküm elde etme ve kesinleşen bu kararın uygulanmasını talep etme hakları mahkemeye erişim hakkının içeriğini oluşturmaktadır.

Adil yargılanma hakkı diğer hakları güvence altına almaktadır. Hak ve yükümlülükler ilişkisi uyumsuzluk yargıya taşınacak, adalet ancak yargılamanın da adil olması halinde

tecelli edecektir. Hornsby-Yunanistan kararında ‘...bu fıkra, mahkemeye başvurma hakkının, yani kişisel konularda dava açma hakkının bir yönünü oluşturduğu ‘mahkeme hakkı’nu içermektedir. (Philis para..59) Ne var ki, bir Sözleşmecî Devletin hukuk sisteminin, , nihai ve bağlayıcı bir yargısal kararın davanın taraflarından birinin aleyhine olarak hükümsüz kalmasına imkan vermesi halinde, bu hakkın içi boşalacaktır. Sözleşme’nin 6(2). Fıkrasının uyumsuzluğun taraflarına mahkemenin adilliği, aleniliği ve sürati konusunda usul güvencelerini ayrıntılı bir şekilde tanıdığı halde, yargısal kararın yerine getirilmesini koruyamayacağı düşünülemez.’ şeklinde ifade edildiği üzere, kesinleşen mahkeme kararının uygulanmaması adil yargılanma hakkını, dolayısıyla bu hakkın güvence altına aldığı diğer hakları anlamsızlaştıracaktır.

Belirli bir olayda sözleşmenin 6. Maddesindeki haklardan yararlanabilmek için bu maddenin o olaya uygulanabilir olması gerekir.¹Bu kapsamda uyumsuzluk konusunun medeni bir hak veya yükümlülüğe ilişkin olması gerekmektedir. Hakkın ‘medeni’ olmasından ne anlaşılacağı, bu kapsamda da uyumsuzluğun taraflarından birinin Devlet olması halinde 6. Maddenin uygulanabilir olup olamayacağı hususu önem arz etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, medeni hak ve yükümlülük kavram için genel, soyut bir tanım yapmaktan kaçınmış; her davayı kendi içindeki gerekçelerle değerlendirmiştir.²

Mahkeme, medeni hak ve yükümlülük kavramını yorumlarken ilgili Devletin iç hukukundaki tanımlamalardan bağımsızdır. Ancak bu, iç hukuktaki düzenlemelerin hiçbir şekilde dikkate alınmayacağı anlamına gelmemektedir. AIHS md6(1).

1 ‘...6. maddenin medeni haklar ve yükümlülükler başlığı altında uygulanabilir olması için bir “hakka” veya “yükümlülüğe” dair bir uyumsuzluk olmak zorundadır; söz konusu bu hak veya yükümlülüğün ulusal hukukta bir dayanağı olmak zorundadır ve son olarak söz konusu bu hak veya yükümlülük doğası gereği “medeni” olmak zorundadır’
Dovydas Vitkauskas-Grigoriy Dikov, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi, 1. Baskı, Şubat 2012, sf. 11

2 Nuala Mole-Catharina Harby, Adil Yargılanma Hakkı/ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesi’nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, Council of Europe, Birinci baskı, Ekim 2001, Almanya, sf.19

Fıkrasının uygulanabilmesi için hakkın ve yükümlülüğün içeriğinin belirlenmesi gerekmekte; dolayısıyla zorunlu olarak iç hukuk dikkate alınmaktadır³, dava konusu uyuşmazlığın çözümlenmesinde rehberlik etmektedir.

Medeni hak ve yükümlülük kavramı, genel olarak, özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkları kapsamaktadır.⁴ Devlet ile özel kişi arasındaki uyuşmazlıkta ise durum karmaşık hale gelmektedir. AİHS organları bu tür uyuşmazlıkları bakımından uzun bir süre AİHS 6(1). fıkrasını uygulanabilir bulmamış, daha sonra içtihadını değiştirmiştir. Gelineen noktada devlet-özel kişi arasındaki pek çok uyuşmazlık AİHS 6(1). fıkrası kapsamında değerlendirilmektedir.

Devletin eylem ve işlemlerinin sonuçları itibariyle özel nitelikteki hakları etkilemesi, dolayısıyla, dava konusu uyuşmazlık hakkında verilecek mahkeme kararının özel nitelikteki hakları ve yükümlülükleri belirleyici olması gerekmektedir.⁵

TÜRKİYE CUMHURİYETİ DEVLETİ YÖNÜNDEN KESİNLEŞEN MAHKEME KARARININ UYGULANMAMASI HAKKINDA İNCELEME

Türkiye Cumhuriyeti Karayolları Genel Müdürlüğü ile Yol-İş Sendikası üyesi işçiler arasındaki uyuşmazlığa ilişkin 8.761taşeron işçisinin açtığı davalarda, işçiler lehine kesinleşen

3 İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayınları, Tıpkı Üçüncü Bası, 2008, İstanbul, sf.23, para. 2

4 İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayınları, Tıpkı Üçüncü Bası, 2008, İstanbul, sf.13 para. 3, 14, para.1

5 Osman DOĞRU - Atilla NALBANT bu hususu“...*Mahkeme, iç hukukta 'kamu hukuku'na giren ama sonucu itibariyle özel nitelikteki hakları ve yükümlülükleri belirleyen davaları, Sözleşmenin 6(1). Fıkrası kapsamında görmektedir.*” sözleriyle ifade etmiştir. Doğru, Osman - Nalbant, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Cilt: 1(Açıklama ve Önemli Kararlar), Legal Yayıncılık , 2013, İstanbul, sf. 612, para. 5

mahkeme kararlarının 3 yıldır uygulanmaması, sistematik ve ağır bir insan hakları ihlali niteliğindedir. Bu inceleme ile vaziyetin hassasiyetine dikkat çekilmek istenmektedir.

İNCELEME KONUSU UYUŞMAZLIK:9. İŞ MAHKEMESİ'NDE AÇILAN 2011/876 E. VE 2011/526 K. SAYILI DAVA

T.C. Karayolları Genel Müdürlüğü'nün Şube Müdürlüklerinde, Kamu İhalesi Kanunu md. 4'e göre 'hizmet alımı' amacıyla ihale yapılmaktadır. Her ihale döneminde ihaleyi kazanan taşeron firmalar değiştiği halde, işçiler yeni firmalarda da çalışmaya devam etmekte, böylelikle, Karayolları bünyesinde kesintisiz çalışmaktadır. Sendikal haklarını kullanarak Yol-İş Sendikası'na üye olmuş taşeron işçiler, üyeliklerini Karayolları Genel Müdürlüğü'ne bildirmiş, Yol-İş Sendikası ile Genel Müdürlük arasında akdedilen Toplu İş Sözleşmesi'nden yararlanmak istemiş ancak Karayollarınca kendi işçileri olmadığı gerekçesiyle taşeron işçilerin Toplu İş Sözleşmesi'nden faydalanamayacağı söylenmiştir. Genel Müdürlüğe taşeron işçi tarafından Ankara 9. İş Mahkemesi'nde açılan 2011/876 E. ve 2011/526 K. Sayılı dava ile davacı taşeron işçinin ve Şubede kendisiyle aynı konumda çalışan işçilerin istihdam edildiği günden itibaren Genel Müdürlüğün işçisi olduğu karara bağlanmış; Yargıtay 9. İş Mahkemesi'nin 25.10.2011 tarihli kararıyla onanmıştır. Dava konusu uyuşmazlık, ülke genelinde dokuz bine yakın sayıdaki davaların tek tek makalede incelenmesinin imkânsızlığı karşısında, örnek olarak incelenecektir. Dava, Genel Müdürlük ile taşeron firmalar arasındaki asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunun tespiti ve buna bağlı alacak haklarına ilişkindir.

Yargıtay yerleşik içtihadına göre, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olup olmadığının belirlenmesi için, idarenin alt işveren sıfatıyla hizmet satın aldığı yüklenici firmaların kendileri açısından işyeri oluşturacak ayrı bir organizasyonunun bulunması gerekmektedir. Buna göre yüklenici firma, işçilerini kendi yönetiminde kendi araç ve gereçleriyle

çalıştırmalı; işçilerin seçilip işe alınmasında, görevlendirilmesinde, çalışma sürelerinin belirlenmesinde, işçilere fazla mesai yaptırılmasında, mazeret izni ve diğer izinlerin verilmesine karar verilmesinde ve sair çalışma koşullarını tayininde, işçiler ile akdedilen iş sözleşmesinin feshedilmesinde yetkili olmalıdır. Oysaki dava konusu uyuşmazlıkta; işçilerin emir ve talimatları Karayolları yetkililerinden aldığı, hangi işlerde ve nerede çalışacaklarının Karayollarınca belirlendiği, yüklenici firmaların işyerinde temsilci bulundurmadığı, işyerine gidiş gelişlerde Karayollarına ait taşıtların, araç gereçlerin kullanıldığı; fazla mesai yaptırılmasına, izinlerin belirlenmesine Karayolları yetkililerinin karar verdiği, işçi alımında ve işçinin işten çıkarılmasında söz sahibi olduğu görülmüştür. İş Kanunu md.2(9). Fıkrasının a bendinde hizmet alımına dayanak teşkil edecek sözleşme ve şartnamelere; işe alınacak kişilerin belirlenmesi ve işten çıkarma yetkisinin kamu kurum, kuruluşları ve ortaklıklarına bırakılması yasaklanmış; madde hükmü, taşeron işçilerin işe alınmasında ve işten çıkarılmasında fiiliyatta idarenin yetkili olmasını evleviyetle yasaklamış bulunmaktadır.

Genel müdürlüğün işçisi olmadığı gerekçesiyle, işçilerinin 13. Dönem işletme toplu iş sözleşmesinden faydalanamayacağı söylenmekle, İş Kanunu md. 2(9). Fıkrasının b bendinde yer alan düzenleme muvazaalı ilişkiye dayanılarak uygulanmamakla, taşeron işçilerin sendikal haklarını kullanması engellenmiştir.

Taşeron işçiler, kadrolu işçilerle aynı işte ve aynı koşullarda çalıştığı halde, farklı bir uygulamaya tabi tutulmaktadır. Karayolları Şube Müdürlüklerinin Türkiye illerinde yaygın olarak muvazaalı akdedilmiş asıl işveren-alt işveren sözleşmeleriyle binlerce işçi eşitlik ilkesine, sendikal haklar başta olmak üzere insan haklarına aykırı koşullarda çalışmaktadır.

MAHKEME KARARININ YERİNE GETİRİLMESİ İÇİN YAPILAN ÇALIŞMALAR VE NETİCELERİ

Başlangıçta 6.400 Sendika üyesi adına açılan davalar, 2011'de kesinleşmeye başlamış, 8.761 işçi lehine mahkeme kararları kesinleşmiştir. Anılan kararlarda, Genel Müdürlük ile

taşeron firmalar aralarındaki ilişkinin muvazaalı olduğuna, taşeron işçilerin istihdam edildiği günden itibaren Karayollarının işçisi olduğuna hükmedilmiştir. Bilahare işçiler adına üyesi buldukları Yol-İş Sendikası, kesinleşmiş mahkeme kararlarının icra edilmesi için Şube Müdürlükleri'ne, Karayolları Genel Müdürlüğü'ne, Maliye Bakanlığı'na, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na başvurmuş ve fakat kararlar, icra edilmekten imtina edilmiştir.

Yol-İş Sendikası, Karayolları Genel Müdürlüğü ve Genel Müdürlüğün bağlı bulunduğu Ulaştırma Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı ile gerekli görüşmeleri başlatmıştır. Yapılan görüşmelerde, uzun yıllar yol yapımı ve sair hizmetlerde çalışmış kalifiye işçilere Genel Müdürlüğün ihtiyacı olduğu, ilgili işçilere kadro verilerek mahkeme kararının yerine getirilmesinde kamunun menfaati olduğu hususunda mutabakata varmıştır. Nitekim Ulaştırma Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı'nın Maliye Bakanlığına hitaben "*Karayolları genel Müdürlüğümüz işyerlerinde hizmet alımı yoluyla işçi çalıştırılması sonucunda 2011 yılında yüklenicilere ödenen toplam bedel 192.826.668-TL./yıldır. Bahsi geçen işçilerin 2008 yılında imzalanan 12. Dönem Toplu İş sözleşmesinin eki Ek 1-b skalasının 1-1 Derece-kademe karşılığında çalıştırılmaları halinde, 8761 işçinin maliyeti201.000.820-TL./yıl olacaktır. Sonuç olarak, mahkemelerce Karayolları Genel Müdürlüğü işçisi olduğu tespit edilen bu işçilerin, işten çıkarılması halinde Ek-3 tabloda hesaplanan yaklaşık 674.936.374-TL: tazminat ödenmesi durumunda kalınacağından ...2008 yılında imzalanan 12. Dönem Toplu İş Sözleşmesinin eki Ek 1-b skalasının 1-1 Derece Kademe karşılığında çalıştırılmak üzere **kadro ihdası ile çalışmalara devam edilmesinin...uygun çözüm olduğu görüşünde olup, konunun ...Bakanlığınızca değerlendirilmesi hususunda gereğini arz ederim.**"⁶ şeklinde, kadro talep etmek üzere yazdığı 2.6.2012 tarih ve 00478 sayılı yazıda, yüklenici firmalar eliyle yürütülen işlerin neticeleri itibarıyla kamu menfaatiyle bağdaşır yanı bu-*

6 <http://www.yol-is.org.tr/TR/belge/1-512/karayollari-genel-mudurlugunde-taseron-iscisi-adi-altin-.html#icerik>, son erişim tarihi:29.01.2014

lunmadığı ifade edilmiş; ancak Maliye Bakanlığı'ndan olumlu görüş alınamamıştır.

Yol-İş Sendikası, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığın-
dan, örgütlü bulunduğu Karayolları Genel Müdürlüğü işyer-
leri için, baştan beri Karayolları Genel Müdürlüğü işçisi ol-
dukları Yargıtay kararlarıyla *kesinleşen üyelerini kapsayacak*
şekilde toplu iş sözleşmesi yetkisi talep etmiş, süreç sonunda
Bakanlık tarafından Sendika'ya yetki belgesi verilmiş ve fakat
işçiler kendilerine hala kadro verilmediği için toplu iş sözleş-
mesinden faydalanamamaktadır.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Ulaştırma Denizcilik
ve Haberleşme Bakanlığı, Ekonomi Bakanlığı'nı ilgilendirdiği
için ilgili bakanların bir araya geldiği bir toplantıda mutaba-
kata varması gerekmektedir.⁷Kesinleşen ilk kararın üzerinden
yaklaşık üç yıl geçtiği halde, taşeron işçilerine kadro verilmesi
hakkında somut bir adım atılmamıştır.

İşçiler ile Genel Müdürlük arasındaki uyuşmazlık İş Huku-
kuna dayanmaktadır. Nitekim alt işverenlik kurumu 4857 sayılı
İş kanununda ve Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde düzenlenmiş,
idare ile işçiler arasında çıkan uyuşmazlıklar, tıpkı alt işverenin
özel hukuk kişisi olduğu hallerdeki gibi İş Mahkemeleri'nde
görölmektedir. Davalar taşeron işçilerin esasen genel müdür-
lüğün işçileri olduğuna ilişkin tespit ve alacak davalarıdır. İst-
tihad edildikleri günden itibaren Genel Müdürlüğün işçileri
olduğuna hükmedilmiş olsa da henüz işçilere kadro verilme-
diği için kamu görevlisi olarak adlandırılmaması isabetli ol-
mayacaktır. Mahkeme, devlet ile özel hukuk kişileri arasındaki
çekişmenin olağan iş hukuku meselelerini ilgilendirdiği haller-
de bu davaları "medeni" nitelikte davalar olarak kabul ederek
belirli ölçüde 6. maddenin uygulanabilirliği karinesini kabul
etmiştir.⁸

7 <http://www.yol-is.org.tr/TR/belge/1-512/karayollari-genel-mudurlu-gunde-taseron-iscisi-adi-altin-.html#icerik>, son erişim tarihi:30.01.2014

8 Dovydas Vitkauskas-Grigoriy Dikov, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi, 1. Baskı, Şubat 2012, sf. 16

MEDENİ YARGILAMA AÇISINDAN CEBRİ İCRA YOLU

Özel Hukukta yargı kararının uygulanmaması halinde, icra müdürlükleri vasıtasıyla cebri icra yoluna gidilmektedir. Söz konusu olayda Yargıtay kararları uygulanmamakta, bu cihetle cebri icra yolunun işletilebileceği düşünülebilecektir. Ancak Karayolları Genel Müdürlüğü'nün malları devlet malı niteliğindedir. 2004 sayılı İcra İflas Kanunu md.82(1). Fıkrası, devlet mallarının haczedilemesi yasağını düzenlemiştir. Hükmün lafzından yola çıkıldığında icra takibi başlatılmasında bir engel bulunmamaktadır, nitekim kanun yalnızca devlet malının haczedilemesini yasaklamıştır, icra takibi açılmasını yasaklayan bir hükümse bulunmamaktadır.⁹ Ancak takibin başlatılmasıyla, haczedilen mallarının satışından para elde etmenin amaçlandığı nazara alındığında, açılacak takibin pratikte hiçbir bir faydası olmayacaktır.

Devlet malının haczedilemeyeceğine ilişkin olarak kanun metninde 'Devlet malları...' sözcüklerinin madde metninden çıkarılması için Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açılmıştır.¹⁰ Ancak, devletin borçlarını rızasıyla ödeyeceğinin farz edilmesi, alacaklının kişisel menfaati için devlet mallarının haczedilmesinin kamu menfaatine aykırılık teşkil edeceği ve devletin kendi kudretini kendine karşı kullanamayacağı gerekçeleriyle dava reddedilmiştir. Ancak, uygulamalar göstermektedir ki *devletin kendi rızasıyla kendi borçlarını ödeyeceği inancı, kuramsal bir iyimserlikten öteye geçememektedir.*¹¹ Mahkeme üyelerinden Mustafa Gürol, devlet mallarının devletin özel malları ile devletin kamu malları olarak ikiye ayrıldığını, devletin özel mallarının kamu hizmetlerinin yürütülmesinde doğrudan doğruya bir etkisinin olmadığını, bu nedenle devlet malının

9 Muşul, Prof.Dr. Timuçin, İcra ve İflas Hukuku, Adalet Yayınları, 5Bası, Cilt Bir, 2013, Ankara, sf.591, para. 2

10 Muşul, Prof.Dr. Timuçin, İcra ve İflas Hukuku, Adalet Yayınları, 5Bası, Cilt Bir, 2013, Ankara, sf.590, para. 3, 4

11 Anayasa Mahkemesi 21.10.1992, E.1992/13, K.1992/50(RG.30.06.1993, S.21623, Mustafa Gönül tarafından kaleme alınmış, karşı oy yazısı

haczedilemezliği kuralının yalnızca devletin kamu mallarını kapsayacak şekilde yumuŖatılması gerektiğini ifade etmiŖtir. Bir baŖka husus da özel kiŖi menfaatinin kamu menfaatine üstün tutulamayacağı gerekçesidir. Ancak kamunun menfaatinin ancak bir kamu hizmetinin varlığı ya da onunla bağlantılı olması halinde söz konusu olabileceği savıyla bu gerekçeye karŖı çıkmıŖtır. Yol-İŖ Sendikaları lehine kesinleŖen yargı kararlarının icra edilmemesi bir kamu hizmetine yönelik olmadığı gibi, Anayasanın 138. maddesine de aykırılık teŖkil etmektedir. Anılan karŖı oy yazısında, devletin kendi kudretini kendine karŖı uygulayamayacağı gerekçesinin hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu ifade edilmiŖtir.

İDARİ YARGILAMA AÇISIDAN 17580 SAYILI İYUK'NDA ÖNGÖRÜLEN TAZMİNAT DAVALARI

İdare muhakemesi yönünden ise çok daha karmaŖık bir durum ortaya çıkmaktadır. İdari yargının özel hukuktaki gibi mahkeme kararının uygulanmasını sağlayacak cebri icra yolu bulunmamaktadır. Anayasa'nın 138. maddesinde, kamu görevlisinin yetkilerini kullanırken iŖledikleri kusura iliŖkin tazminat davalarının kendilerine rücu edilmek kaydıyla, ancak idare aleyhine açılabilceğini öngörölmüŖtür. Anayasa ve 657 sayılı DMK'nun 13.maddesinin emredici hükümleri karŖısında, idare hukuku bakımından da özellik ve istisna teŖkil eden bir düzenleme olan İYUK md. 28(4). fıkrası¹² mahkeme kararını yerine getirmeyen kamu görevlisi hakkında idareye

12 Madde 28 - 1.(DeđiŖik:10/6/1994-4001/13 md.) DanıŖtay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına iliŖkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin iŖlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden baŖlayarak otuz günü geçemez. (İptal cümle: **Anayasa Mahkemesi'nin 10/7/2013 tarihli ve E.: 2012/107 K.: 2013/90 sayılı Kararı ile**)

3. DanıŖtay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre iŖlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine DanıŖtay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açılabilir.

4. Mahkeme kararlarının (otuz) ⁽¹⁾ gün içinde kamu görevlilerince kasten yerine getirilmemesi halinde ilgili, idare aleyhine dava açabileceği gibi, kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabilir.

dava açılabilceği gibi **doğrudan kamu görevlisi aleyhine** de dava açılabilceği düzenlenmiştir. Bu hükmün Anayasa'nın 40/3, Madde 129 ve 617 Sayılı DMK md.13'teki düzenlemele- rin İYUK md. 128'deki istisnayı kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmesi, özel hukuk mahkemeleri tarafından verilen ka- rarlar yönünden de aynı güvencenin tanınması gerekmektedir.

CEZA YARGILAMASI AÇISINDAN TCK MD.257 KAMU GÖREVİNİN KÖTÜYE KULLANILMASI SUÇUNDA 'SORUŞTURMA İZİNİ' PROSEDÜRÜ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu md.257'de düzenlenen görevi kötüye kullanma suçuna istinaden kamu görevlisine karşı ceza davası açılabilir. Kanunun gereklerine aykırı hareket ederek, kişilerin mağduriyetine ve kamunun zararına neden olma ya da kişilere haksız bir menfaat sağlama suçunun maddi unsurunu oluşturmaktadır. Kanunda belirtilen üç netice seçimlik olarak gösterilmiştir, bunlardan birinin gerçekleşmesi yeterlidir. Yargı kararının uygulanmaması, işçilerin maddi, manevi mağduriyetine yol açıcı niteliktedir. Kazanç deyimi, kişinin hukuksal durumunda öncekine göre iyileşmeye yol açan her türlü edimi kapsamaktadır. Taşeron işçilerin araç gereçleri idareye aittir, yüklenici firmalar ise her şeyi idarenin üstlendiği bu muvazaalı ilişkide, kamu zararına yol açacak biçimde, haksız kazanç elde etmektedir. Ulaştırma Bakanlığı'nca da tespit edildiği üzere, yargı kararının yerine getirilmemesi kamunun maddi menfaatine aykırıdır. Ancak hayatiyet arz eden bir husus bulunmaktadır ki, suç isnadı altındaki kamu görevlisinin mahkeme tarafından yargılanması gerekmektedir. Kamu görevlisinin işlediği suçlara ilişkin soruşturmanın başlatılması için, bağlı bulunduğu idarenin 'soruşturma izni' vermesi gerekmektedir. Ancak, kararın uygulanmamasında ilgili Bakanlıkların keyfi ve kasıtlı tutumlarının etkili olduğu nazara alındığında, soruşturma izninin verilip verilmeyeceği şaibelidir.

SONUÇ

Türkiye uygulama bulamayan, uyarlanmış, benimsenemeyen bir 'mevzuatlar ülkesi'dir. Yöneticilerin hukuk normlarına kayıtsızlığı, yürütülen politika; toplumun genel itibarıyla, hukuk normlarını yönetenlerin tekelinde kurallar manzumesi olarak görmesinden, yönetmenin, doğası gereği içinde keyfiliği barındırdığının peşinen kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır. Oysaki hukuk kurallarının düzenlenmesinin toplumların ihtiyaçlarının karşılanmasına hizmet ettiği, yönetmenin bir haktan ziyade bir yükümlülük olduğu unutulmaktadır.

Yargı kararını uygulamama, Türkiye'de bir idari pratik haline gelmiştir. Bakanlar Kurulu'nun özelleştirmeye ilişkin davalarda yargı kararının uygulanmaması için ilke kararları aldığı bilinmektedir¹³. İYUK md.28(4). Fıkrası gereğince Yargıtay ve Danıştay önüne gelerek idare veya kamu görevlisi aleyhine sonuçlanmış onlarca dava bulunmaktadır. Bunların büyük çoğunluğunun kamu görevlisinin atanması, göreve kabul edilmesi, disiplin cezası verilmesi ve kariyeri hakkında olduğu, bazı bakanların yargı kararının uygulanmaması yönünde talimat verdiği bilinmektedir.¹⁴

13 KENT, Yrd. Doç. Dr. Bülent, İdari Yargıda Mahkeme Kararlarının Uygulanmasını Güçlendirici Alternatif Mekanizma Olarak Zorlayıcı Para Cezası, 2011/ 4 Ankara Barosu Dergisi, sf. 51, para.1

14 **Yargıtay 4.Hukuk Dairesi 1999/437Esas, 1999/4353 Karar sayılı ve 12.5.1999 tarihli kararında** bir bakanın kararını uygulanmaması yönünde talimat verdiği kamu görevlisi aleyhine açılan davanın özeti şöyledir: *" Davacının Muhabere ve Elektronik Daire Başkanlığı görevinden alınmasına ilişkin olarak İdare Mahkemesince verilen yürütmenin durdurulması kararını hiç uygulamadığı, işlemin iptaline ilişkin kararı ise süresi geçtikten sonra uyguladığı gerekçesiyle Gümrük Müsteşarı konumundaki davalı aleyhine açtığı manevi tazminat davasında; davalının yetkili bulunduğu konuda bakanın "uygulanmasın" şerhine dayanarak davacıyı görevine iade etmemiş olması kendisini sorumluluktan kurtarmaz"*
Yargıtay 4.Hukuk Dairesi, 2003/557 Esas2003/6374 Karar sayılı ve 15.5.2003 tarihli kararında *"Davacı, Tarım Bakanlığı Personel Müdür Yardımcısı iken müşterek kararname ile bu görevden alınıp, daha sonra APK uzmanlığına atanmıştır. Bu işleme karşı açılan davada... yürütmenin durdurulması kararı verilmiş, bu karar... idarece uygulanmış ve davacı eski görevine başlatılmıştır. Ne var ki, kararın uygulandığı gün davalıların imzasıyla davacı Elazığ, Bingöl, Erzurum ve Ağrı illerinde üç ay süre ile geçici olarak görevlendirilmiştir. Yargı kararının uygulandığı gün, doğu illerine üç ay süre ile geçici görevlendirilmiş olması yargı kararının etkisizleştirilmesi amaçlıdır*
Danıştay 2. Daire 2007/1297Esas, 2007/3247 K. Ve 13.7.2007 tarihli karar.

Hukukun üstünlüğü ilkesi gereğince idarenin yargı kararını uygulamamak gibi bir davranışı seçenek olarak dahi görmemesi gerekmektedir. AİHM'nin 19.3.1997 tarihli ve 18357/91 başvuru numaralı Hornsby-Yunanistan kararında idarenin menfaatinin adaletin gerektiği gibi yerine getirilmesiyle örtüş-tüğü ifade edilmektedir.¹⁵ Devlet, kamu görevlisinin hukukun üstünlüğü ilkesini kanıksamasını sağlaması, onu eğitimden geçirmesi gerekir. Hukuku bir prosedürden ibaret kılıp yargı kararını uygulamamayı olağan hale getirmek, hukukun üstün-lüğü ilkesini anayasal zeminde tanıyıp ilkeyi işler kılmaktan imtina eden devletin kendi sistemi içindeki çıkmazıdır.

İş uyuşmazlıklarının makul sürede yargılanması ve ma-kul sürede yerine getirilmesi gerekmektedir. Şu sebepledir ki uyuşmazlığın taraflarından biri geçim kaynağını çalıştığı işten sağlamaktadır. İşçinin taraf olduğu bir yargılamanın makul sü-rede gerçekleşmemesi, temel yaşam ihtiyaçlarını karşılayama-yacak hale gelmesine neden olabilecektir.¹⁶

İdarenin anılan yargı kararlarını uygulamamasının ana se-beplerinden biri henüz dava açmamış yahut derdest davaları olan işçilerin olması, bir işçiye dahi kadro verilmesi halinde bunun emsal teşkil edecek olmasıdır. Türkiye'de kamu sektör-lerinde 600.000'e yakın taşeron işçinin çalıştığı bilinmektedir. Hizmet alımı amacıyla muvazaalı olarak akdedilen sözleşme-lerin çokluğu, binlerce taşeron işçinin ucuz işgücü olarak kul-lanılması bir politikaya dayanmaktadır.

İlgili Bakanlıkların mutabakata varması ve yargı kararları-nın devletin atacağı adımlarla yerine getirileceği ihtimalinde

15 AİHM'nin 19.3.1997 tarihli ve 18357/91 başvuru numaralı Hornsby-Yunanistan Kararı, para.40, "Mahkeme..., idari makamların, hukuka bağlı devlet unsurlarından birini oluşturduğunu ve bu nedenle idari makamların menfaatlerinin adaletin gereği gibi yerine getirilmesiyle örtüştüğünü gözlemlemektedir. İdari makamların yargı kararına uymamaları hatta uymayı geciktirmeleri halinde, davacının yargılama aşamasında kullandığı Sözleşme'nin 6. Maddesindeki güvencelerin bir anlamı kalmayacaktır."

16 "Mahkeme, işle ilgili ihtilafların doğaları gereği işten çıkarılması nedeniyle geçim kaynaklarını yitirecek olan ilgili kişi bakımından doğuracağı tehlikeler karşı-sında hızlı karar verilmesi gerektiği' ne hükmedilmiştir. AİHM, 29921/96 Baş-vuru no., 24 Ekim 2010 t. Bükler-Türkiye kararı, sf.6. para.3

dahi, yargı kararları makul sürede icra edilmemiş olacağından adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Nitekim AİHM içtihatlarında, yargı kararının yerine getirilmemesinin, makul sürede yargılanma ilkesini ihlal ettiği kabul edilmektedir.

8.761 işçi, mahkeme kararının uygulanmaması suretiyle mağdur edilmekte, işçiler, yargı kararının uygulanması için 81 ilde üç yıldır toplantı ve yürüyüş yapmaktadır, devlet ise eylemsizliğini sürdürmektedir. İnsan haklarını ihlal eden eylemsizliğe ve keyfiliğe bir son verilmesi gerekmekte; devletin, meşruluğunu dayandırdığı Anayasa'da öngörülen ilkelere uygun hareket etmesinin bir zaruret olduğunu, vatandaşlarının insanlık onuruna yaraşır bir hayat sürdürmesi için her türlü tedbiri alması gerektiğini hatırlaması gerekmektedir.

Taşeron işçiler, devletin somut adımlar atmaması halinde Anayasa Mahkemesi'ne, bu yol da tüketildiğinde ve hala yargı kararlarının uygulanmamasına devam edilmesi halinde AİHM'ne gidilecek, Türkiye yüklü miktarda tazminata mahkûm edilecektir. Yargı kararını bir idari pratik haline gelmesinin nedenleri sonuçlarıyla değerlendirilerek, önleyici tedbirlerin alınması, iç hukukta radikal değişiklikler yapılması gerekmektedir. Devlet malının haczedilemezliğine istisna getirilmelidir. İYUK md.28(4). fıkrasında yer alan düzenleme özel hukuk mahkemelerini de kapsayacak şekilde Anayasa'da açık ve emredici nitelikte düzenlenmelidir. Nitekim Anayasanın emredici hükmü karşısında İYUK md.28/4 Anayasaya aykırılık teşkil etmekte bu hususun anayasada özel hukuka tabi mahkeme kararlarının uygulanmaması halini de kapsayacak şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

Devlet memurunun işlediği suçlarla ilgili soruşturmanın başlatılması için öngörülen 'izin' prosedürünün keyfi olarak uygulanmasının önüne geçilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Vitkauskas, Dovydas - Dikov, Grigoriy, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi, 1. Baskı, Şubat 2012

Mole, Nuala - Harby, Catharina, Adil Yargılanma Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz), Council of Europe, Birinci baskı, Ekim 2001, Almanya,

İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayınları, Tıpkı Üçüncü Bası, 2008, İstanbul

Doğru, Osman - Nalbant, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Cilt: 1(Açıklama ve Önemli Kararlar), Legal Yayıncılık, 2013, İstanbul

<http://www.yol-is.org.tr/TR/belge/1-512/karayollari-genel-mudurlugunde-taseron-iscisi-adi-altin-.html#icerik>, son erişim tarihi:30.01.2014

Muşul, Prof.Dr. Timuçin, İcra ve İflas Hukuku, Adalet Yayınları, 5Bası, Cilt Bir, 2013, Ankara

KENT, Yrd. Doç. Dr. Bülent, İdari Yargıda Mahkeme Kararlarının Uygulanmasını Güçlendirici Alternatif Mekanizma Olarak Zorlayıcı Para Cezası, 2011/ 4 Ankara Barosu Dergisi

T.C. Anayasası, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 617 Sayılı Devlet Memuru Kanunu, 17580 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu

ADİL YARGILAMA PSİKOLOJİSİ

Emir KAYA*

Adil yargılanma hakkı, adil yargılama psikolojisi ile anlam kazanan, somutlaşma potansiyeli gösteren bir hukuki ilkedir. Nitekim adil yargılanma hakkının tanınması ve yerine getirilmesi için yürütülen çalışmaların tamamı, aslında adil bir yargılama psikolojisi oluşturmaya yöneliktir. Bu oluşturulabilirse adil yargılanma bir sonuç olarak ortaya çıkacak, oluşturulmadıkça da yapay telkin ve tartışmaların konusu olmaya devam edecektir.

Adil yargılama, öncelikle doğal olmalıdır. Yargılama yapan hakim, adil olmaktan başka bir davranışa muktedir olmamalı, iç dinamikleri onu kolaylıkla adaletle yönlendirmelidir. Bu, adalet arayışının her zaman kolay olduğu anlamına gelmez. Fakat arayışı adalet olanın işi, adil yargılamada başarılı olma noktasında elbette arayışı adalet olmayana göre daha kolaydır. Bir hakimin içselleştirdiği arayışı adalet olmalıdır. Bunun için kişinin, hakimlik vasfından evvel, bir insan olarak arayışının adalet olması gerekir. Bunun için de kişi, her şey ama her şeyden önce doğru bir insan algısına sahip olmalıdır.

Doğru insan algısı nedir? Doğru insan algısı, kimseyi hukuken kendinden küçük ya da büyük bilmemektedir. Bir boyutta insanlar arasında ontolojik yahut etik bir üstünlük söz konusu olabilir fakat bu, kati olarak bilinemez, dolayısıyla davranışlara yansıtılamaz. Bu alandaki tüm bilgi iddiaları, varsayımlar ve kabuller, ne kadar yaygınlık gösterirse gösterebilir, isterse yüz milyonlarca insanın kültürüne ve düşünce kodlarına mal olsun, cehaletten başka bir şey değildir. Ve cehalet, tüm haksızlıkların, hukuksuzlukların başıdır.

* Dr., Anayasa Mahkemesi Raportörü

Kendini herkesle eşit bildikten sonra sıra, kendini kimseden ayrı görmemeye gelir. Eğer sanık ve mağdur, hakimden ayrı bir varlık ve düşünce katmanına ve sosyal serencama dahil edilirse, onlara ne olduğu layıkıyla önemsenmez. Gerçekten de empati, öğüt ve zorlamayla istikrar kazanacak bir duygu değildir; kendini muhatabından ayırmama kökünden beslenir. Ortak bir insanlık kaderinin parçası olduğumuz inancını taşımayan herkes, insanlar hakkındaki hassasiyetini yitirir. İşte adil yargılanma hakkı ihlalleri, reel ve etik planda bu yitirmişliklerin karşılığında ve ürünlerinden ibarettir.

Kişi, yukarıdaki ilkelere hangi yoldan isterse varabilir: Bir agnostik ya da skeptik olabilir; bu sayede üst-ast, güçlü-zayıf kalıpları içinde hareket etmez. Ve bir hümanist olabilir; insanlığı hepimizi kuşatan ve tüm zıtlıklarımızı aşan bir kuvvette hisseder. Yahut samimi, anlayışlı bir dindar olabilir; “Kimin ne olduğunu, olacağını Allah bilir.” der, kimseyi yargılamaz. Ve hepimizin Adem ile Havva’nın çocukları olarak bir aile olduğumuzu düşünür, herkese kardeşçe yaklaşır. Yahut başka, bambaşka düşüncelerin etkisinde hareket eder fakat yine aynı sonuçlara ulaşır: 1) Güç mekanizmalarına ve statü göstergelerine dayanmayacağım; özümüzdeki eşitlikten kopmayacağım. 2) Başkasına olan her şeyin, tüm insanlara ve bana olduğunu düşüneceğim; birlik duygusundan kopmayacağım.

Sadece bu iki yaklaşımın yerleşmesiyle adil yargılama psikolojisi doğal olarak tomurcuk verecektir. Zira tersinden bakılırsa, tüm adil yargılanma hakkı ihlallerinin, resmi söylem ve enstrümanlara yaslanma akli ve vicdani tembelliğinden kaynaklandığını ve hakkı göz ardı edilene dokunan zararın bizden uzak düştüğü varsayımıyla beslendiğini söylemek mümkündür. Yine bir basamak daha ileri gitmiş bir patoloji olarak, devlet mekanizmalarının manipülasyonu ve kendimizle özdeşleştirdiğimiz özelliklerin ayrıcalıklı olarak gözetilmesi dile getirilebilir ki bu, açık ve kasti olarak adaletsizlik arayışıdır. Hukuk insanlarının bu kadar ölümcül bir hastalığa yakalanması durumunda yapılacak şey zaten yok gibidir. Biz, konumuz olan olağan ve kasıtsız adaletsizliklere dönelim.

Olağanlaşmış adaletsizlikler, yukarıda özetlenen temel duygu ve düşünce eğilimlerinden mahrumiyetin doğal sonucu olarak ortaya çıkarlar. Mamafih kişinin doğal duygu ve düşüncelerinin hassasiyet ve hakkaniyetle dolu olması ideal olmakla birlikte, adaletin tesisinde tek yol değildir. İnsanın en temel güdülerinden ikisi olan menfaat ve korku duygularının adalet yönüne kanalize edilmesiyle de sonuç alınabilir. Gerçekten de doğal arayışı adalet olmayanlara adaletin tesisi için zerk edilmesi gereken ilaç, menfaat ve korkudur. Bu şekilde, doğallaşmış bir yapaylık halinde adaletsizlikten sakınmak ve adalete yaklaşmak yine mümkün olacaktır. Bu durumu şöyle tasvir edelim:

Polisiniz, savcınız, hakiminiz.. çevresel, toplumsal ve sair pek çok etken altında kendi özüne dokunma fırsatı bulamamış, ömrü boyunca dış etkilere ve hukuki dayanağı olmayan yargılara göre şekillenmek zorunda kalmış. Menfaatini hesaplarken ve korkularından sakınırken, fark etmeden karakteri ve kabiliyetleri bu güdülerin ona çizdiği alana hapsedilmiş. Her şeyden önce kendisi, kesintisiz ve kuşatıcı bir haksızlık mağduru ve kurbanı... Adalet duygusu ve hassasiyetleri zayıf, gelişmemiş, çünkü gelişme ortamı bulamamış. Lakin avantaj-dezavantaj hesabında doğal bir alışkanlık, hatta uzmanlık kazanmış. Olayları özgürce araştırarak bir dedektifi değil, kendisi merkezli bir politik dünyanın stratejistini andırmakta... Böyle bir insana geniş ve yüksek bir adalet duygusu aşlamak çok zordur. Ona adaletin somut göstergelerini açıklamanız, sonra müjdelere ve korkular sunmanız gerekir. Ona, onun dilinden konuşmanız gerekir. Sistemin, "Eylemleri, kararları gerekçeli olmayanı..." şeklinde o şahsı tehdit etmesi; "Kararları temyiz edilmeyeni..." şeklinde ümitlendirmesi gerekir. İşte tüm adalet ve yargı politikasının alt eşiği, mükemmel bir meşru tehdit ve teşvik sistemi kurmaya yönelik olmalıdır. Üst eşik ise yoktur: Gerçekleşmeyecek olan ütopya, buna bir gün ihtiyaç duyulmayacağıdır.

Mükemmel bir meşru tehdit ve teşvik sisteminin neden ve nasıl bir ihtiyaç olduğuna geçmeden önce, tehdit ve teşvikle insanları yönlendirmenin esas itibarıyla rahatsız edici bir tara-

fının olduğu kabul edilmelidir. Lakin gerek genel olarak insan doğasına gerekse ¼lkemizdeki yasal ve siyasal olgulara dair yakından yapılacak gözlemlerin bizi ulaştıracağı sonuç, yargı mensuplarının psikolojisine zaten büyük ölçüde tehdit ve teşviklerin egemen olduğu, mevcut profilin kısa vadede başka bir yönetime uyum sağlayamayacağı yönündedir. Tehdit-teşvik antagonizması dışında, sorumluluk, kendine saygı, gerçeğe saygı, hakka ve hukuka saygı gibi saf değer duygularıyla hareket edecek kamu görevlisi profilinin yetişmekte olan jenerasyonlar için planlanması daha gerçekçi olabilir. Bu bağlamda, çalışmamızda, yargı ve adalet politikasıyla ilgili uzun vadeli toplumsal analizlere, mevcut duruma ilişkin iyileştirme önerilerinden sonra yer verilecektir.

Günümüzde adil yargılama psikolojisinin oluşturulması önündeki en büyük engel mevcut tehdit ve teşviklerdir. Kolluk ve yargı mensupları, muhatap oldukları vatandaşların haklarına odaklanarak düşünce ve eylemlerini şekillendirme alışkanlığından ve zihniyetinden büyük ölçüde yoksundur. Onları sınırlandırabilecek en etkili şey, üstlerinden ve söz sahiplerinden çekinmeleridir. Kürsüsünde yahut dosyasının başındaki bir hakim, aslında ne vatandaşla ne de dosyasıyla kendisini doğrudan muhatap bilmektedir. Vatandaş da, dosya da hakim, savcının, kolluğun.. kendisini kontrol edecek merci ile diyalogunun bir aracından, objesinden ibarettir. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Yargıtay, Danıştay gibi hakimi legal ya da ekstra-legal olarak yargılayacak kontrol mercii memnun olduktan sonra işlem uygun ve tamamdır.¹ Yargı mensuplarının bu yaygın psikolojisi anlaşılmadan adil yargılanma hakkının kurumsal koşulları sağlanamaz.

Yaşı kemale ermiş, alışkanlıkları kemikleşmiş insanları tehdit-teşvik, korku-umut makası dışında bir çizgiye sevk etmenin gerçekçi bir hedef olmadığı ortadadır. Öyleyse mevcut tehdit

1 Yargı kültürünün teknokratlaştırıcı ve bürokratlaştırıcı, diğer bir deyişle deforme edici ve yapaylaştırıcı yönlerinin yüksek yargı bağlamındaki bir tartışması için bakınız: ÜNSAL, Artun. *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi*. Ankara: AÜSBF Yayınları, 1980, s. 205.

ve teşviklerin mahiyetini mercek altına alarak ve meşruiyetini sorgulayarak başka bir yargı politikası ufku çizilmelidir.² Öncelikle bu alandaki temel sorunun, bizzat yargı mensuplarının, kelimenin yalın anlamıyla, adil yargılanma hakkından ve ortamından mahrum olmaları olduğu tespit edilmelidir. Resmen bağımsız olan yargı mensupları, fiilen amil ve amir konumundaki kişilerce ve oluşumlarca mütemadiyen olumlu ve olumsuz olarak yargılanmaktadır. Sosyal yargı olarak adlandırılabilecek, hukuki dayanaktan ve saydam süreçlerden yoksun olan bu yapı içerisinde herkes, tehdit-teşvik arasında kendilerine uygun görülen sonuçlara kavuşmaktadır. Bu sonuçlara verdikleri tepkiler ise gelecekteki sonuçları doğurmaktadır.

Adil yargılanma hakkını hayata geçirecek olan hakim ve savcıların birincil ve öncelikli gündemi, adaletten kendilerini reel ve potansiyel olarak mahrum bırakan kurumsal ve mesleki kültür içerisinde hayatta kalmak, mümkünse iltifat görmektir. Yargısal tutum ve davranışlarını şekillendiren de kendilerinin bu doğrultudaki ihtiyaçlarıdır. Kendileri objektif, istikrarlı ve güven veren bir sistemden mahrum olan, her an bir öngörülemezliğe mağlup olabilecek, vicdani değil, hesabi melekeleri keskinleşen yargı mensuplarının derin ve özgür bir adil yargılama psikolojisine bürünmeleri kolay olmadığı kadar, onlar açısından güncel bir konu da değildir. Altlarında kaldıkları hiyerarşik, kurgusal ve doğru insan algısına engel sistem, onları, dava taraflarının üstüne ve uzağına yerleştirmiştir. Dava taraflarına yakın ve eşit bir tutum geliştirerek adalet zemininde düşünez ve hassasiyetle hareket edemezler.

Türkiye’de yargı kurumlarının, çalışanlarını adaletle ve sadece hukukun temel ilkeleriyle yargılayan, sosyal olarak yargılamayan, adalet duygusunu mesleki ve düşünsel eğilimlere nüfuz ettiren bir profesyonel kültüre hayat veremediği ve adaletsizliğin en fena katalizörü olduğu ortadadır. Madem ki gayrimeşru tehdit ve teşvikler her daim kolluk ve yargı men-

2 YÜCEL’e göre birer insan olan hakimlerin öznelliği tartışmalıdır; dolayısıyla, hakim öznelliğinin nasıl oluştuğu incelenmelidir. YÜCEL, Mustafa Tören. *Adalet Psikolojisi*. Ankara: Afşar Matbaacılık, 2011, s. 232.

suplarının üzerindedir, öyleyse yapılması gereken, yargı bağımsızlığı gibi hoş fakat etkisiz söylemleri tekrarlamak değil, açık, şeffaf, profesyonel, ölçülü, dengeli.. kısaca adil tehdit ve teşvik mekanizmaları kurmaktır. İşte adil yargılanma hakkı ancak ve ancak böyle bir kurumsal oluşum içerisinde anlam bulabilir.

Nitekim mevcut koşullar altında, eğer işlemlerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinden ya da ulusal bir üst yargı kurumundan dönmesi ihtimali (tehdit) olmasa adil yargılanma hakkına ve bu hakkın bileşenlerine pek az kıymet verilecektir. Bu hakkı gündeme getiren de, geliştiren de (büyük ölçüde) çekinmedir. Onun içindir ki bilinçleri körelten ve korku motoruyla dönen bir devlet geleneği içinde, hasbelkader cüretkar ya da heveskar olan bir kamu görevlisi her türlü adaletsizliği yapabilir. Gayrimeşru tehdit-teşvik bağları içinde adaletsiz insanlar korunabilir, adaletli insanlar ezilebilir. Adil yargılanma hakkı ve tüm hukuki ilkeler, bu çerçevede, birer objeden öte anlam taşımazlar. Öyleyse, insanların üzerindeki gayrimeşru (işteki performansla doğrudan alakası olmayan) korku/umut unsurlarını kaldırmak, meşru (nitelik ve performans odaklı) korku/umut unsurları oluşturmak en acil ve hayati bir zorunluluktur. Bu alandaki istismarları yok etmedikçe, bizzat kolluk ve yargı mensupları için adalet sağlanmadıkça onlardan adil davranış beklenemez, usuli uyumdan ibaret göstermelik adalet sudur eder. Zaten Türkiye’de yargının asıl sorunu da budur.

Türk hukukunda adil yargılamanın tesis edilebilmesi için önerimiz iki aşamalıdır: 1) Yöneticiler, mümkün olan en üst seviyeden başlamak üzere, sosyal strateji kabiliyeti değil, adalet vasfıyla mümeyyiz insanlar arasından seçilmelidir. Seçenler de, seçilenler de stratejik düşünerek değil, adalet duygusuyla hareket etmelidir. Adaletle daha yakın bilinenler her hususta tercih edilmelidir. Bu en temel şarttır. 2) Bu şarta uyumla seçilen yahut atanan yetkili kişiler, hakim ve savcılara ve diğer kamu görevlilerine meşru tehdit ve teşvikler uygulayarak onlara adil olmaktan başka seçenek bırakmamalıdır. Adil yargılanma hakkı, bu vizyonla hayata geçirilebilir.

Mükemmel bir meşru tehdit-teşvik sisteminin bazı özellikleri; iş ve performans odaklı olması, sürekli gelişme iradesi göstermesi, bu doğrultuda eleştirilere açıklık, dolayısıyla şeffaflık ve hesap verebilirliktir. Tüm bunların üstünde, çalışanlara, "Layık olduğum yerin altında istihdam edilmem. İşimle ve hakkıyla yargılanırım. Kendimi geliştirir ve işimi çok iyi yaparsam daha da iyi konumlara gelirim." duygusunu ve güvenini tereddütsüz olarak verebilmesidir. Bundan başka düşüncelerin etkisi altında giren kişiler, stratejilere ve diğer verimsiz davranışlara yönelir; iş huzuru ve inanç kaybolur. İşte adil yargılanma hakkı alanındaki kusur ve ihlaller, bunun aksi bir durumun, yargı mensuplarının inançsızlığının ve karamsarlığının bir parçası olarak, gözlerinde insanların ve detlerinin anlamının azalmasının, dosya numaralarına indirgenmesinin sonucudur.

Yargıda meşru bir tehdit-teşvik mekanizması kurulmasına dair ayrıntılı ve başarılı önerileri en iyi o sistemin mağduru olan tarafsız hakim ve savcılar sunabilir. Bu önerileri hayata geçirme iradesini ise saf ve sarsılmaz önceliği adalet olan yargı bürokratları gösterebilir. Bu iki dinamoyla canlanan bir kararlılığın toplumsal karşılığı ise özellikle önemlidir.

Adil yargılama, en temelde ve her şeyden önce, hukukun beslediği ve dayandığı kaynak olan toplumun yargılayıcı eğilimlerinin mümkünse hiç olmaması yahut az olması ile başlar. İnsanların seçimlerinin, alışkanlıklarının ve her türlü özelliğinin bir sosyal yargı malzemesi veri haline dönüştürüldüğü bir toplumda yetişen her insan az ya da çok önyargıdır. Böylesi bir kültür ortamında hayatını bir imaj bilançosu halinde yaşayan herkes, verdiği bu insanlık dışı savaşa isyan edercesine başkalarını yargılamaya yönelir. Yüzeysellik ve özsüzlük baş gösterir. Kimi, bu olguyu manipüle ederek fırsatçı tabiatını mutlu eder; kimi, yargılardan kurtulma yahut hakkındaki yargıyı belirleme kaygısıyla bir türlü kendisiyle yüzleşemez, derinleşemez.

Bireylerin iç dünyalarında farklı çizgiler izleyen yargılayıcı toplum olgusunun patolojik gücü, şüphesiz o toplumun çocuk-

ları olan kamu görevlilerinin düşünce ve muhakemelerini de ele geçirir. Polisin, jandarmanın, savcının, hakimın “insan sarrafı” olduğu, bir cümleden, duruşunuzdan, mimiğinizden, kılık-kıyafetinizden sizi teşhis ettiği, sizin hangi sosyal gruba ve sınıfa dahil olduğunuzu anladığı ve size ona göre muamele ettiği bir ülkede yaşıyorsanız yani insanların zihinleri hukuk altı boyutlarda, daha günlük hayatta sürekli yargılama yönüne kayıyorsa, sosyal olgulardan arınmış steril mahkemeler kurarak adil yargılama süreçlerinin işletilebileceğini varsaymak biraz naif kaçır.

Her şeyden önce, tüm eğitim kanallarımızı ve fırsatlarımızı, birbirimizi yargılamamayı öğrenmeye ve öğretmeye sevk etmemiz gerekmektedir. Ne yaparsa yapsın, ne söylerse söylesin, nasıl davranırsa davranırsın, bir insan hakkında hüküm vermenin bizim işimiz, yetkimiz ve haddimiz olmadığını anlamamız gerekiyor. Bu sağlandıktan sonra, hüküm veren tek güç hukuk olduktan sonra, mahkemelerin ve yargılamaların bir sıra dışılığı ve ağırlığı olacaktır. Aksi halde, özünde hukukçulara yol göstermeye ve hassasiyet kazandırmaya yarayan bir prensip olan adil yargılanma hakkı, teferruatlara kadar inen yaptırımlarla desteklendiği ölçüde işlevsel olacak, pek çoklarıncı ise şeklen bertaraf edilmesi gereken bir külfet olarak duyumsanmaya devam edecektir.

Adil yargılanma hakkının sosyal koşulunu, yargılayıcı olmayan bir toplumsal ve kültürel tabanın varlığı ve güçlenmesi şeklinde tespit ettikten sonra, bireysel bazda adil yargılama psikolojisine de kısaca değinebiliriz. Öncelikle bu psikolojideki bir yargı mensubu veya kamu görevlisi konsantrasyon halindedir. Önündeki konuda neyi, nasıl, niçin araması gerektiğini bilir. İkincil ve bilinçaltı faktörlerin etkisi altına girmez.³ Bu faktörleri hissettiği anda, içsel mekanizmaları devreye girer.

3 Tamamen adalete yoğunlaşmış bir zihnin bile bilinçaltı faktörlerin etkisine girmesi söz konusu iken adalet konsantrasyonu düşük bir zihnin muhakemesinin ne kadar kırılabilir tahmin edilebilir. Ceza yargılamasında telkin örneği için bakınız: EREM, Faruk. *Suç Bilimi Açısından Adalet Psikolojisi*. Ankara: Ajans-Türk Matbaası, 1964.

Belki saf empati ve insanlık duygusundan, belli cehennem korkusundan ve cennet ümidiyle, belki objektif sosyal ve mesleki taltifleri umarak, belki sadece kendisine saygısından.. bir sebepten mutlaka adalet konsantrasyonunu ve gereğini zihninde canlı tutar. Gayrihukuki olarak yargılanmayacağını bilmenin rahatlığı ve berraklığı ile kendisi de rahatlık ve berraklık sunan muhakeme ürünleri ortaya koyar. Konu dışı acabaları ve amaları fark eder; toplumun geneline yararlı olanın, kendisine de uzun vadede geri dönüşü en iyi olacak olanın elindeki işin hakkını vermek olduğunu unutmaz. İhmalkar, duyarsız, otoriter, eleştiriye kapalı, kendisini açamadığını ve aşamadığını gösterir tavırlar sergilemez. Tüm bu özellikleriyle, yargılayıcı olmayan toplum, özenli ve saygılı insan profillerini destekler.

Özetle, adil yargılanma hakkı, adil yargılama psikolojisiyle yoğrulmuş bir toplumda yetişen yargı mensuplarının zorlanmadan, korkmadan ve yapaylaşmadan uygulayabileceği bir hukuki ilkedir. Bu psikoloji ise doğru insan algısı ile sosyal ve gayrihukuki yargılardan özgürlük sayesinde oluşur ve korunur. Bu bağlamda, alışkanlığı yargılamamak olan, insanları birbiriyle eşit olarak ve birlik halinde duyumsayan, bir başkasını yargılamayı hayatın akışı içinde gereksiz ve yanlış bulan, kanuni görev ve yetki çerçevesinde yargılama yapması gerektiğinde ise bunu güç bir iş ve ağır bir sorumluluk olarak gören, zeki ve vicdanlı bir insanı alınız: İşte karşınızda adil yargılanma hakkına doğal uyum halindeki titiz ve doğal bir yargıç! Bu insan tipinin topluma yayıldığı, adliyeler ve kanunlar dışında hiçbir yargılamanın yapılmadığı, yargı mensuplarının zihinlerinin arkasının gayrihukuki yargılarla dolu olmadığı bir ülkede adil yargılama psikolojisini her davada somutlaştırmak ve sergilemek yoluyla bir güven ve huzur ortamı kurmak daha kolay olacaktır. Yargı süreçlerini işletenlere sunulacak birkaç temel ilke ve somut kriter ile bunların nasıl hayata geçirildiğine dair yapılacak sıkı teftişler, görevlilerin ancak bu alandaki performanslarına bağlı olarak karşılaştacakları iyi ya da kötü sonuçlar, dolayısıyla tüm bunların öncesinde görünür işleri haricindeki kaygılardan kurtulmuş olmaları, adil yargılanma hakkına saygının garantörü olan adil yargılama psikolojisinin oluşturulması için yeterlidir.

KAYNAKÇA

EREM, Faruk. *Suç Bilimi Açısından Adalet Psikolojisi*. Ankara: Ajans-Türk Matbaası, 1964.

ÜNSAL, Artun. *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi*. Ankara: AÜSBF Yayınları, 1980.

YÜCEL, Mustafa Tören. *Adalet Psikolojisi*. Ankara: Afşar Matbaacılık, 2011.

SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ AÇISINDAN İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA TANIKLANDIRAMAMA SORUNU

Adem AVCI*

GİRİŞ

1982 Anayasası'nın 36. maddesi "adil yargılanma hakkı"nı düzenlemiştir. Buna göre, "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*" Keza, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) "*Adil Yargılanma Hakkı*"nı düzenleyen 6. maddesinin ilk fıkrasına göre, "*Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yönetilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir.*"

Yukarıdaki yasal hükümlerden de anlaşılacağı üzere, hem iç hukukumuz hem de uluslararası hukuk açısından adil yargılanma hakkı çok önemlidir. Ancak, Türkiye açısından bu durum hiç de iç açıcı değildir. Çünkü Türkiye, 1959-2012 yılları arasında yapılan başvurular ve verilen mahkûmiyetler dikkate alındığında, 2870 mahkûmiyetle, AİHS'i en çok ihlal eden ülke olmuştur. Bu ihlal kararlarının başında 738 kararlı adil yargılanma hakkı gelmektedir. Türkiye, adil yargılanma hakkında bu sayı ile yine diğer ülkelerin önünde ilk sırada yer almış-

* Araştırma Görevlisi, Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ABD

tır¹. Adil bir yargılanmanın tam olarak gerçekleşebilmesi için tarafsız ve bağımsız bir mahkeme, aleni yargılama ve makul süre gibi bazı unsurların temin edilmiş olması yetmemektedir. Aynı zamanda, hakkaniyete uygun bir yargılanmanın sağlanmış olması gerekmektedir. Hakkaniyete uygun bir yargılanmanın sağlanmasının da ilk ve en önemli kriteri silahların eşitliği ilkesidir. Bu bağlamda, çalışmamızda bu ilke açısından idari yargılama hukukundaki “tanıklandırılmama sorunu”² ele alınacaktır.

I. TANIK

Davada taraflar, dayandıkları maddi olayların doğruluğunu ve karşı tarafın dayandığı maddi olayların yanlışlığını ispatlamaya çalışırlar. Bunu ispatlamaya çalışırken de birtakım delillere ihtiyaç duyarlar. İşte, tanık da bu delillerden biridir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu(HMK)’nda bu delil ayrıntılı bir şekilde düzenlenmişken, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu(İYUK)’nda düzenlenmemiştir. Kuru’ya göre tanıklık, “üçüncü kişilerin dava ile ilgili bir vakıa hakkında, dava dışında bizzat edinmiş oldukları bilgiyi mahkemeye bildirmeleridir”³. Muşul’a göre ise tanıklık, “bir olayla ilgili vakıalar hakkında beş duyu ile algılanan gözlemleri, herhangi bir yorum ve ekleme yapmadan olduğu gibi aktarmaktır”⁴. Bu tariflerden yola çıkarak, tanıkla ilgili bir tanım yapacak olursak; bir davayla ilgili olaya ilişkin olarak beş duyu ile algılanan gözlemlerini mahkemeye sunan davanın tarafları dışındaki kişiye “tanık” denir. Kısaca tanık, tanıklık yapan kişiye denir.

1 http://www.inhak.adalet.gov.tr/istatistikler/2012_ist/59_12_taraf.pdf
Erişim Tarihi: 25.01.2014

2 Müslüm Akıncı, İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008, s. 256.

3 Baki Kuru, **Medeni Usul Hukuku**, 22. Baskı, Ankara, Yetkin Y., 2011, s. 431.

4 Timuçin Muşul, **Medeni Usul Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 384.

A. Medeni Yargılama Hukukunda Tanık⁵

Bir maddi vakianın gerçekleşip gerçekleşmediğine hâkimi ikna etmeye yarayan ispat araçlarına delil denir⁶. Medeni yargılama hukukunda deliller, kesin ve takdiri deliller olarak ikiye ayrılır⁷. Kesin deliller; ikrar (HMK m. 188), kesin hüküm (HMK m. 303), senet (HMK m. 199 vd) ve yemin (HMK m. 225 vd) olarak dörde ayrılır. Tanık (HMK m. 240 vd), bilirkişi (HMK m. 266 vd), keşif (HMK m. 288 vd) uzman görüşü ve yasada düzenlenmemiş diğer deliller ise takdiri delilleri oluşturmaktadır⁸. Re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalar haricinde hâkim kesin delillerle bağlıdır. Ancak takdiri deliller, hâkimi bağlayıcı nitelikte değildir, yani hâkim bu delilleri serbestçe takdir eder⁹. Tanık beyanı da, takdiri delillerden olduğu için hâkimi bağlamaz.

B. İdari Yargılama Hukukunda Tanık

HMK'da deliller özel olarak düzenlenmesine rağmen, İYUK'da bu şekilde ayrıntılı olarak ele alınmamıştır. İdari yargıda delil, delil ikamesi ve delil çeşitleri ile ilgili olarak İYUK'un 3/b, 3/3, 16/1-2, 18/5, 20, 21 ve 31. maddelerinde doğrudan veya dolaylı olarak hükümler yer almaktadır¹⁰. İdari yargılama hukukunda tanık delili ise açıkça düzenlenmemiştir. Hatta yargı kararları ve doktrindeki ağırlıklı görüşe göre idari yargıda tanık mevcut mevzuata göre dinlenemez. Bu görüşü savunanların gerekçeleri ve bunların aksi düşüncelerimiz şunlardır:

5 Ayrıntılı bilgi için bkz, Mesut Ertanhan, **Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık**, 1. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005.

6 Muşul, s. 324.

7 Kuru, s. 380.

8 A.e.

9 A.e.

10 Selçuk Hondu, "İdari Yargılama Usulünde Deliller ve Şahit", içinde İl Han Özay, **Gün Işığında Yönetim II Yargısal Korunma**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 292.

1. İYUK Madde 1/2

Bu hükme göre, Danıştay, bölge idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinde yazılı yargılama usulü uygulanır ve bu mahkemeler incelemeleri evrak üzerinde yapar. Görüldüğü gibi, kanun koyucu yazılama yargılama usulünü İYUK'ta açıkça düzenlemiştir. Bunun bir sonucu olarak, taraflar dava açıldığı zaman iddialarını destekleyen bilgileri, belgeleri, delilleri dava dilekçesiyle veya cevap dilekçesiyle mahkemeye sunarlar¹¹. Sözlü yargılama usulünün uygulanabilmesi için bunun kanunda açıkça belirtilmesi gerekir. Nitekim idari yargıda duruşma¹² yapılabilmesinin şartları İYUK m. 17 ve 18'de belirtilmiştir. Ayrıca duruşma, daha önce dilekçe ve savunmalarda yer almış, yazılı iddia, savunma ve delillerin açıklanması amacıyla yapılır¹³.

Diğer ülkelerde olduğu gibi, Türkiye'de de gerek sosyal açıdan gerekse teknolojik açıdan meydana gelen gelişmeler dolayısıyla, hukuki uyumsuzluklarda hem nicelik hem de nitelik açısından büyük farklılıklar ve artışlar olmuştur. 1982 yılında ilk derece mahkemelerinin kurulmasından önce yani Danıştay'ın hem ilk derece mahkemesi hem de temyiz mahkemesi sıfatıyla görev yaptığı dönemde idari davalarda meydana gelen artıştan doğal olarak Danıştay etkilenmiştir. Bu dönemde, Danıştay'da davalara bakan daire sayısı sürekli artırılmasına rağmen iş yükü bir türlü azalmıyordu. Dolayısıyla, böyle yoğun bir dönemde hukuk davalarında olduğu gibi sözlü yargılama kabul edilseydi bu iş yükünün daha da artacağı ve davaların daha da gecikeceği kuvvetle muhtemeldi. İşte, idari yargıda yazılı yargılama usulünün kabul edilmesi bu nedenle gerekli görülmüştü¹⁴. Ancak, gerek 1982 yılında ilk derece mah-

11 Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C:III, 3. Bası, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 1936; Selçuk Hondu, "İdari Yargılama Usulünde Tanık", **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap İdari Yargı**, Ankara, 1-4 Mayıs 1990, s. 264; A.Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, 33. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013, s. 347.

12 Veli Kafes, "İdari Yargılama Usulünde Duruşma", **Adalet Dergisi**, S:38, 2010, s. 132-153.

13 Halil Kalabalık, İdari Yargılama Usulü Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Güncellenmiş 5. Baskı, Konya, Sayram Yayınları, 2013, s. 258.

14 Hondu, İdari Yargılama Usulünde Deliller ve Şahit, s. 291.

kemeleri ve bölge idare mahkemelerinin de kurulması gerekse son yıllardaki yargı reformlarının etkisi sayesinde Danıştay'ın iş yükü hafifletilmiştir. Ayrıca, idari yargıda Danıştay dışında bu mahkemelerin kurulmasıyla idari yargı hizmeti Ankara dışına da götürülmüştür. Yani o dönemdeki, tanık dinlenmesi kabul edilirse mahkeme masraflarının aşırı bir şekilde artacağı çünkü tanıkların Ankara'ya şehir dışından gelmelerinin zor olacağı ayrıca yargılamanın uzamasına neden olacağı gibi bir gerekçe¹⁵ geçerliliğini kaybetmiştir. Dolayısıyla, yazılılık ilkesinin idari yargıda katı bir şekilde uygulanmasının günümüzde pek de gerekmediği kanaatindeyim.

2. İYUK Madde 20/1

İYUK madde 20/1'e göre, *“Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yaparlar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler.”* Bu fıkrada sadece taraflardan söz edildiği gerekçe gösterilerek, idari yargıda tanık dinlenemeyeceği iddia edilmektedir. Belirtmek gerekir ki, söz konusu hüküm idari yargıda re'sen (kendiliğinden) araştırma ilkesinin dayanağı olan bir hükümdür¹⁶. Bu ilkeye göre, idari yargı yerleri maddi olayı belirlemek için her türlü inceleme ve araştırmayı kendiliklerinden yaparak iddia ve savunmalarda ortaya konan maddi durumun gerçeğe uygun olup olmadığını serbest bir şekilde takdir eder, tarafların hiç değinmedikleri olayları ve maddi unsurları araştırıp, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için delil tespitinde bulunabilir¹⁷.

Burada tanıkla ilgili savunulanın aksine, hem mahkemelerin *“davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapar-*

15 Hondu, *İdari Yargılama Usulünde Deliller ve Şahit*, s. 299.

16 Çınar Can Evren, *“İptal Davalarında Kendiliğinden Araştırma İlkesi”*, *Gazi Üniversitesi HFD*, C:XII, S:1-2, 2008, s. 710.

17 Kalabalık, s. 257.

lar" ifadesinden¹⁸ hem de "ilgili diğer yerlerden" ifadesinden bu mahkemelerin tanık da dinleyebileceği kanaatindeyim. Yani, idari yargı hâkimi davayı çözümlerken sadece tarafların getirdiği bilgi ve belgelerle yetinmemeli, gerektiği takdirde üçüncü kişilerden de yeni bilgi ve belgeler isteyebilmelidir¹⁹. Dolayısıyla, bu üçüncü kişilerin kapsamına tanığın girmemesi için herhangi bir sebep mevcut değildir.

3. İYUK Madde 31

İYUK'un 31. maddesi şu şekildedir: "Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hâkimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükûnunu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemler ile elektronik işlemlerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır. Ancak, davanın ihbarı ve bilirkişi seçimi Danıştay, mahkeme veya hâkim tarafından re'sen yapılır. Bu Kanun ve yukarıdaki fıkra uyarınca Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa atıfta bulunulan haller saklı kalmak üzere, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde Vergi Usul Kanununun ilgili hükümleri uygulanır." Görüldüğü gibi, söz konusu hükümde HMK'ya²⁰ atıf yapılmıştır. Doktrindeki ağırlıklı görüşe ve yargı kararlarına²¹ göre İYUK'ta tanık düzenlenme-

18 Ramazan Çağlayan, "İdari Yargılama Usulünde Tanık Delilinin Yeri", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:11, S:3-4, 2003, s. 202.

19 Yücel Oğurlu, "Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Usulünde Re'sen Araştırma İlkesi", **Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 75'inci Yıl Armağanı, C:II, S:2, 1998, s. 123.

20 HMK m. 447/2: "Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yapılan yollamalar, Hukuk Muhakemeleri Kanununun bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılır."

21 "... İYUK'da, yazılı yargılama usulü esas alındığına ve esasen İYUK'un 31. maddesinde HÜMK'un şahadete ilişkin hükümlerine atıf bulunmadığına göre, yükümlüden canlı hayvan satın alan kasabın Vergi Mahkemesince duruşmada şahit olarak dinlenmesinde, şahide yemin teklif edilmesinde ve yemine icabet etmediği nedeniyle yemin teklif edilen hususun ikrar edildiğinin kabulü suretiyle delil olarak değerlendirilerek karar verilmesinde kanun ve usul hükümlerine uyarlık bulunmamaktadır.", Danıştay, 3. Daire, 24.12.1986, E. 1986/1201,

diğinden ve bu hükümde de HMK'daki tanık düzenlemesine atıf yapılmadığından ötürü idari yargıda tanık dinlenemez. Ancak, her ne kadar bu hükümde doğrudan tanık ifadesi yer almasa da HMK'daki "delillerin tespiti"ne atıf yapılmıştır. Delil tespiti, HMK'da 400-406. maddeler arasında düzenlenmiştir. 400. maddenin ilk fıkrasına göre, "*Taraflardan her biri, görülmekte olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş yahut ileride açacağı davada ileri süreceği bir vakianın tespiti amacıyla keşif yapılması, bilirkişi incelemesi yaptırılması ya da **tanık ifadelerinin alınması** gibi işlemlerin yapılmasını talep edebilir.*" İkinci fıkrada ise delil tespitinin talep edilebilme şartı düzenlenmiştir. Buna göre, "*Delil tespiti istenebilmesi için hukuki yararın varlığı gerekir. Kanunda açıkça öngörülen hâller dışında, delilin hemen tespit edilmemesi hâlinde kaybolacağı yahut ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ihtimal dâhilinde bulunuyorsa hukuki yarar var sayılır.*" Görüldüğü gibi, bu hükme göre kanunda açıkça belirtilen haller dışında, delilin hemen tespit edilememesi halinde kaybolacağı veya ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ihtimal dâhilinde bulunuyorsa hukuki yarar var sayılır ve delil tespiti istenebilir²². Delil tespiti amacıyla da keşif yapıp, bilirkişi incelemesinin yaptırılabilmesinin yanı sıra tanık da dinlenebilir.

Dolayısıyla, İYUK'un 31. maddesinden tanık dinlenemeyeceğine ilişkin çıkarılan yorumun²³ aksine, bu hükümden HMK'daki delil tespitine atıfla idari yargıda da tanık dinlenebileceği kanaatindeyim²⁴.

K. 1986/2706, <http://legalbank.net/belge/d-3-d-e-1986-1201-k-1986-2706-t-24-12-1986-danistay-3-daire-karari/616592/1986%201201> Erişim Tarihi: 29.1.2014; Recep Emre Kalkan, "İdari Yargılamada Tanık", **Hukuk Atlası**, Eylül 2011, Y:1, S:2, s.23-24; Müslüm Akıncı, "İdari Yargılama Hukukunda Savunmada Fırsat Eşitliği", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Temmuz 2010, Y:1, S:2, s. 46.

22 Hüseyin Bilgin, "İdari Yargıda Delil Tespiti", **Adalet Dergisi**, S:10, 2002, s. 168.

23 Süheyla Şenlen Sunay, İdari Yargılama Usulüne **Hâkim Olan İlkeler Karşısında İsbat ve Delil Hususları**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1997, s. 61; Hondu, İdari Yargılama Usulünde Deliller ve Şahit, s. 296.

24 İçtihatla hukuk yaratılarak tanık delilinin kabul edilebileceği görüşü için bkz, Çağlayan, İdari Yargılama Usulünde Tanık Delilinin Yeri, s. 203 ve Hasan Dursun, "İdari Yargıda Tanığa ve Tanıklığa Yer Verilmesi Bir Zo-

C. Vergi Yargılama Hukukunda Tanık

Vergi yargılamasında amaç, idari yargılamada olduğu gibi maddi hakikate ulaşmaktır. Yine, vergi hâkimi idari hâkim gibi re'sen araştırma yetkisine sahiptir²⁵. Tanık delili, birtakım yargı kararları²⁶ ve bazı yazarlar²⁷ tarafından aksi belirtilmiş olsa da vergi yargılamasında kullanılan yöntemlere aykırı değildir. Üstelik Vergi Usul Kanunu(VUK)'nun 3 ve mükerrer 378. maddesi gereği vergi yargılamasında bu delilin kullanılabilmesi kabul edilmelidir²⁸.

Söz konusu 3. maddenin B bendine göre, “*Vergiye doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti yemin hariç her türlü delille ispatlanabilir. Şu kadar ki, vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesi ispatlama vasıtası olarak kullanılamaz.*” Bu hükmün mefhumu muhalifine göre, vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunan tanık ifadesi ispat aracı olarak kullanılabilir. Keza, VUK'un 378. maddesine göre, “*Danıştay ve Vergi Mahkemelerinde yapılacak duruşmalarda, iddia ve savunmanın gerekli kıldığı hallerde, mahkeme vergi davasına konu olan tarhiyatın dayanağı incelemeyi yapmış bulunan ince-*

runluluktur”, **Terazi Hukuk Dergisi**, S:28, Aralık 2008, s. 85-102; İdari yargıda tanığın dinlenmemesinin hukuk devleti ilkesine ve adil yargılanma hakkına aykırı olduğu görüşü için bkz, Artuk Ardıçoğlu, “İdari Yargıda Tanık”, **Yaklaşım Dergisi**, Y:18, S:215, Kasım 2010, s. 301.

- 25 Çağdaş Evrim Ergün, “Vergi Yargılamasında Re’sen Araştırma İlkesi”, **AÜHF**, C:55, S:2, Ankara, 2006, s. 67; Tanık delilinin sınırlı olarak uygulanması gerektiği görüşü bkz, Halil İbrahim Turan, “Vergi Hukukunda Tanık Beyanının Delil Niteliği”, **Legal Mali Hukuk Dergisi**, S:71, Kasım 2010, s. 2489-2493.
- 26 Danıştay, 3. Daire, 24.12.1986, E. 1986/1201, K. 1986/2706 <http://legalbank.net/belge/d-3-d-e-1986-1201-k-1986-2706-t-24-12-1986-danistay-3-daire-karari/616592> Erişim Tarihi: 30.1.2014; Danıştay, 8. Daire, 25.2.2004, E. 2003/3369, K. 2004/917 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> Erişim Tarihi: 30.1.2014; Danıştay, 3. Daire, 25.12.1990, E. 1989/3460, K. 1990/3569 <http://legalbank.net/belge/d-3-d-e-1989-3460-k-1990-3569-t-25-12-1990-danistay-3-daire-karari/515187> Erişim Tarihi: 30.1.2014; Danıştay, 7. Daire, 12.11.2003, E. 2000/9469, K. 2003/4692 <http://legalbank.net/belge/d-7-d-e-2000-9469-k-2003-4692-t-12-11-2003-gelir-vergisi-beyannamesinin-verilmemesi/387555> Erişim Tarihi: 30.1.2014
- 27 İlhami Öztürk, “Vergi Yargılamasında Tanıklık Müessesenin Yeri”, **Vergi Sorunları Dergisi**, S:225, Ankara, Haziran 2007, s. 86-89.
- 28 Ergün, s. 66.

leme elemanları ile mükellefin duruşmada hazır bulundurduğu mali müşaviri veya muhasebecisini de dinler.” Bu hükümden de vergi yargılamasında duruşmalı davalarda tanık delilin kullanılabilceği çıkarılabilir²⁹. Ancak, sadece bu iki hükme göre yorum yapıldığında vergi yargılama hukukunda sınırlı olarak tanık delilinin kullanılabilceğini söyleyebiliriz. Ama İYUK madde 31 ile birlikte değerlendirecek olursak, bu durumda vergi yargılama hukukunda da idari yargılama hukuku açısından yaptığımız yorum açısından bir farklılık bulunmamaktadır. Çünkü söz konusu 31. maddenin ikinci fıkrasına göre, “*Bu Kanun ve yukarıdaki fıkra uyarınca Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa atıfta bulunulan haller saklı kalmak üzere, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde Vergi Usul Kanununun ilgili hükümleri uygulanır.*” Buradaki “saklı kalmak” ibaresinden de HMK’ya gittiğimiz zaman, delil tespitinin vergi yargılama hukuku açısından uygulanması gerektiğini söyleyebiliriz. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, delil tespitine ilişkin olarak HMK’nın 400/1. maddesine göre tanık dinlenebilir.

Özetle, idare ve vergi mahkemelerinde görülen bazı davalarda uyuşmazlığın sağlıklı ve adaletli çözümü için tanığın dinlenilmesine ihtiyaç vardır³⁰. Bölge İdare Mahkemeleri de

29 Neslihan Alkan Görkem, “Türk Vergi Yargı Sisteminde Delil”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y:71, S:2013/1, s. 385.

30 “Nitekim davacının savunmaya cevap dilekçesi elindeki aynı okul öğrencisi... noterde verdiği ifadesinde, davacı öğrenci ile birlikte sınavın yapıldığı tarihte sınavın hocasının gelip gelmediği ve sınavın yapılıp yapılmayacağını okuldaki görevlilere sordukları, ancak bir sonuç alamadıkları, saat 17.00-17.30 civarında okuldan ayrıldıklarını belirtmekle davacı öğrencinin iyi niyetli olarak gerekli araştırmayı yaptığı anlaşılmaktadır.”, Konya İdare Mahkemesi, 14.12.1988, E. 1988/592, K. 1988/964, Aktaran: Hondu, **İdari Yargılama Usulünde Deliller ve Şahit**, s. 300; Hondu, İdari Yargılama Usulünde Tanık, s. 267; Bir kişinin idare tarafından ikrazatçılık yaptığı kabul edilmesine rağmen, borç para vermeden elde ettiği faiz gelirini beyan dışı bıraktığı vergi kontrol elemanlarınca yoklama ile tespit edilerek kaçakçılık cezalı gelir vergisi salınmıştır. Söz konusu kişi, yoklama tutanağında adı geçen kişilere parayı faizsiz ve karşılıksız olarak akrabalık ve dostluk ilişkilerine dayanarak verdiği, açtığı iptal davasında iddia etmiştir. Vergi mahkemesi, davanın reddi kararı vermiştir. Bunun üzerine dava itirazen bölge idare mahkemesine gelmiştir. Davacı, borç para verdiği şahısların tanık olarak dinlenmesini, kendisinin bu paraları faizsiz verdiğini ve ikrazatçılık yapmadığını iddia etmiştir: Konya Vergi Mahkemesi, E. 1989/319, K. 1989/326, Aktaran: Hondu, İdari Yargılama Usulünde Deliller ve Şahit, s. 297; Hondu, İdari Yargılama Usulünde Tanık, s. 266-267; Lokantacılık

İYUK'un 45/4. maddesi³¹ gereğince itiraz üzerine bazı durumlarda gerekli inceleme ve tahkikatı kendisi yaparak yeniden karar verebilir. Bu nedenle, bu gibi durumlarda Bölge İdare Mahkemeleri de tanıkların ifadesini almaya ihtiyaç duyabilir. Yine, Danıştay da İYUK m. 24 gereği ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı davalarda tanık ifadelerine gerek duyabilir³².

II. HAKKANİYETE UYGUN YARGILANMA HAKKI

Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (İHEB)'nde ve AİHS'de düzenlenmiştir³³. İHEB'nin 10. maddesine göre, "*Herkesin, hak ve yükümlülükleri belirlenirken ve kendisine herhangi bir suç yüklenirken tam bir eşitlikle bağımsız ve yansız bir mahkeme tarafından hakkaniyetle ve açık bir yargılanmaya hakkı vardır.*" AİHS'nin 6. maddesinin ilk fıkrasına göre ise, "*Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yönetilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir.*" Bu hüküm uyarınca, adil yargılanma için somut ve açık olarak belirlenmiş, tarafsız ve bağımsız bir mahke-

yapan bir mükellefe, komşusu olan bakkaldan 1.1.1988-26.11.1988 tarihleri arasında günde 10 ekmeğin almasına rağmen gider pusulası düzenlemediği gerekçe gösterilerek özel usulsüzlük cezası verilmiştir. Daha sonra mükellef, bölge idare mahkemesine yaptığı başvuruda, yoklamanın yapıldığı gün ekmeğin aldığı fırın dağıtıcısının gelmemesi yüzünden ödünç olarak bakkaldan ekmeğin aldığını, durumun tespiti için bakkalın tanık olarak dinlenmesini talep etmiştir: Konya Bölge İdare Mahkemesi, E. 1989/374, K. 1989/388, Aktaran: Hondu, İdari Yargılama Usulünde Deliller ve Şahit, s. 297-298.

31 "*Bölge idare mahkemesi evrak üzerinde yaptığı inceleme sonunda, maddi vakıalar hakkında edinilen bilgiyi yeter görürse veya itiraz sadece hukuki noktalara ilişkin ise veya itiraz olunan karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise işin esası hakkında karar verir. Aksi halde gerekli inceleme ve tahkikatı kendisi yaparak esas hakkında yeniden karar verir. Ancak, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan itirazı haklı bulduğu veya davaya görevsiz hâkim tarafından bakılmış olması hallerinde kararı bozmakla birlikte dosyayı geri gönderir, bölge idare mahkemesinin bu kararları kesindir.*"

32 Hondu, İdari Yargılama Usulünde Deliller ve Şahit, s. 296.

33 Adem Çelik, *Adil Yargılanma Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku)*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007, s. 81.

me, aleni yargılama ve makul süre gibi birtakım kriterlerden bahsedilmiştir³⁴. Ancak, bunlar adil yargılanma hakkını tek başına temin etmemektedir. Bunların yanında, hükümde de geçen hakkaniyete uygunluğun sağlanması, başka bir ifadeyle davanın “hakkaniyete uygun olarak dinlenilmesi” gerekmektedir. Bu gereklilik, 6. maddenin özünü oluşturmaktadır. Bununla birlikte, bir yargılamanın hakkaniyete uygun olarak yapılıp yapılmadığını anlamak için, bu yargılamanın bütününe bakarak değerlendirmek ve her somut olayı ayrı değerlendirmek gerekir³⁵.

A. Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkının Gereklileri

Yargılama, toplumun genel bir gereksinimidir. Bundan dolayı, yargılama yapılırken sonuç adil olmalı ve getirilen çözüm kamu vicdanını rahatsız etmeyecek bir nitelikte olmalıdır. Ayrıca, yargılama sonunda verilen hüküm doğru olmalı, bunun için de yargılama aşamasında her türlü araştırılmanın yapıldığı hususunda tatmin edici bulunmalıdır³⁶. Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı da bu açıdan çok önemlidir. AIHM'e göre, hakkaniyete uygun yargılanma hakkı çok geniş bir kavramdır. Bu kavram, silahların eşitliği ilkesi, çelişmeli yargılama, gerek-

34 Mahmut Gökpınar, **Adil Yargılanma Hakkının Asgari Gereklileri Karşısında Türk Kamu Hukuku**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008, s. 94; Hakan Karakehya, **Ceza Muhakemesinde Duruşma**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2008, s. 221.

35 Sibel Inceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, 3. Bası, İstanbul, Beta Y., 2008, s. 217-218; “Sözleşme, ceza muhakemesinin soruşturma aşamasında, kimlikleri gizli muhbirler gibi kaynaklara dayanılmasını engellemektedir. Ancak kimlikleri gizlenmiş kişilerin ifadelerinin, bu davada olduğu gibi daha sonra mahkûmiyet için yeterli delil olarak kullanılması ayrı bir konudur. Bu durum, Sözleşme'nin 6. maddesinde yer alan güvencelerle uzlaştırılmaz bir şekilde, savunma haklarına kısıtlamalar getirmektedir. Aslında Hükümet de, başvuruçunun mahkûmiyetinin 'belirleyici ölçüde', kimlikleri gizli kişilerin ifadelerine dayandığını kabul etmiştir. O halde Mahkeme, mevcut davanın şartları içinde, savunma haklarını etkileyen sınırlamaların, Bay Kostovski'nin adil yargılandığının söylenemeyeceği kadar geniş olduğu sonucuna varmaktadır. Buna göre Sözleşme'nin 6(1). fıkrasıyla birlikte ele alınan 6(3)(d) bendi ihlal edilmiştir.”, Kostovski-Hollanda, 20.11.1989, Başvuru No. 11454/85, Karar No. 200, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=200> Erişim Tarihi: 30.1.2014; Osman Doğru ve Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar, C:1, Ankara, Şen Matbaa, 2012, s. 650.

36 Çelik, s. 83.

çeli karar, duruşmada hazır bulunma, susma hakkı gibi hakları kapsamaktadır³⁷. Biz konumuz açısından silahların eşitliği ilkesi üzerinde duracağız.

B. Silahların Eşitliği İlkesi

Bir yargılamada, taraflar arasında silahların eşitliği veya hakkaniyete uygun bir denge sağlanmalıdır³⁸. Silahların eşitliği ilkesi, hakkaniyete uygun yargılanma hakkının³⁹ dolayısıyla adil yargılanma hakkının⁴⁰ gereklerinden birisidir. Hatta bu ilke, hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ilk ve en önemli gereğidir⁴¹. Silahların eşitliği ilkesi, mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler bakımından taraflar arasında tam bir eşitliğin bulunması ve bu dengenin yargılama boyunca korunması, diğer bir ifadeyle mücadelenin eşit silahlarla yapılması olarak tanımlanmaktadır⁴². Bu ilke, ceza ve medeni yargılamaları ilgilendirdiği gibi idari yargılamayı da ilgilendirmektedir⁴³.

37 Oliver Jacot Guillarmod, "Rights Related to Good Administration of Justice", **The European System for the Protection of Human Rights**, ed. R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, Martinus Nijhoff Publ., Dordrecht, Boston, London 1993, s. 393, Aktaran: İnceoğlu, s. 219.

38 TÜSİAD, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu, Anayasa Hukuku, Ceza Hukuku ve İdare Hukuku Açısından**, İstanbul, 2003, s. 76.

39 İnceoğlu, s. 220; Gülşah Kurt Yücekel ve Mehmet Sinan Altunç, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılamasında Silahların Eşitliği İlkesi", **Av.Dr.Şükrü Alpaslan Armağanı**, İstanbul, Can Matbaacılık, 2007, s. 149.

40 M.Serhat Kaşıkara, **Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009, s. 154; Mehmet Kayhan, "İdari Yargıda Gereksiz Kararlar, Silahların Eşitliği İlkesi ve Adil Yargılanma Hakkı", **TBB Dergisi**, S:65, 2006, s. 135.

41 Feyyaz Gölcüklü, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde 'Adil Yargılama'", **AÜSBF Dergisi (İlhan Öztrak'a Armağan)**, C:II, S:2, Ocak-Haziran 1994, s. 218.

42 A.Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, 9. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011, s. 291; Gölcüklü, **Adil Yargılama**, s. 218.

43 TÜSİAD, s. 76.

III. İDARİ YARGIDA TANIKLANDIRAMAMA SORUNUNUN SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ BAKIMINDAN GEREKLİLİĞİ

İdari yargıda hâkim kamu makamlarınca yapılan tasarrufların hukuka uygunluğunu denetler. Bu tasarrufların yapılmasında idare diğer tarafa oranla güçlü konumdadır. Çünkü idari tasarrufa ilişkin bilgi ve belgeler, çoğunlukla idarenin elinde bulunmaktadır. Bundan dolayı, idare hâkiminin sadece tarafların sunduğu delillerle davayı hakkaniyete uygun bir şekilde sonuçlandırması mümkün olmadığından, idari hâkim ancak re'sen araştırma ilkesi ile söz konusu bilgi ve belgelere ulaşabilir⁴⁴. İdari işlemin özelliklerinden biri de, hukuka uygunluk karinesinden yararlanmadır. Çünkü idarenin asıl amacı kamu yararadır ve kamu yararına uygun işlemler de hukuka uygun kabul edilir. Bu bağlamda, aksi mahkeme kararıyla sabit oluncaya kadar işlemin hukuka uygun kabul edilmesine, idari işlemin hukuka uygunluk karinesinden yararlanması denilmektedir⁴⁵. Bu karinenin aksini işlemin ilgisinin, yani dava açan kişinin ispatlaması gerekmektedir⁴⁶. Dolayısıyla, böyle bir iddia sahibi iptal davası açıp, idari işlemi iptal ettirmek zorundadır. Aksi durumda, idarenin işlemi hukuka uygun kabul edildiği için geçerliliğini korumaya devam eder⁴⁷. İdarenin, bu karineden faydalanıyor olması, idarenin kamu gücünü kullanıyor olmasının bir neticesidir. Bundan dolayı, bir anlamda bu karine, idareye verilen bir ayrıcalıktır⁴⁸.

İşte idare, idare edilenlere göre güçlü konumda olduğundan, taraflar eşit konumda değildir. Ancak, idari davalarda, idare vatandaş karşısında ayrıcalıklı bir muameleye tabi tutu-

44 Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Y., 2013, s. 185.

45 Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009, s. 428.

46 A.e.

47 Adem Avcı, "İcrai Olmayan İdari İşlemler", *Tanık Akademik*, S:1, Mart 2013, s. 16.

48 Erdoğan Bülbül, *İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması*, Beta Yayınları, İstanbul 2010, s. 2.

lamaz⁴⁹. Bununla birlikte, ünlü İngiliz hukukçu Albert Venn Dicey'e göre, Fransa'nın idari yargı sistemini benimsediği için, Fransız idari mahkemelerin kişilerle devlet arasındaki uyumsuzluklarda idarenin lehine tavır almak zorunda olduklarını belirtmiştir⁵⁰. Günümüzde, idari yargı sistemini benimseyen ülkelerde idari hâkimlerin karar verirken açıkça bu şekilde karar verdiklerini söyleyemeyiz. Fakat dava açan kişiler, zaten güçlü olan idareye karşı mücadele edecekleri ve yine iptal davası açısından da hukuka uygun olarak kabul edilen bir idari işlemin aksini ispat etmeye çalışacakları için açıkçası idare edilenlerin işlerinin kolay olduğu söylenemez. Dolayısıyla, idari yargıda silahların eşitliği ilkesinin sağlanması son derece önemlidir. Aksi halde, hakkaniyete uygun bir yargılamadan bahsedemeyiz. İşte, bu ilkenin bir yargılamada tam olarak gerçekleşebilmesi için gerektiğinde ve ihtiyaç duyulduğunda tanık delilinin de kabul edilmesi şarttır. Çünkü idari hâkimler öyle olaylarla karşılaşabilir ki tanık delili kabul edilmezse ya usul ekonomisine aykırılık⁵¹ ya da maddi hakikate ulaşmada bir güçlüğü sebep olabilirler. Nitekim Danıştay'ın vermiş olduğu doktora tez savunmasına ilişkin karar⁵², Anayasa madde

49 Akıncı, İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, s. 243.

50 Albert Venn Dicey, **Introduction to the Study of the Law of the Constitution**, 10th edn, London: Macmillan 1959, s. 188-193, Aktaran: Paul Craig, **Administrative Law**, 7th Edition, Sweet&Maxwell, London 2012, s. 5.

51 Kalkan, s. 28.

52 “... doktora öğrencisi olan davacının... yapılan tez savunma sınavında başarısız olduğuna ilişkin Enstitü Yönetim Kurulu'nun... işleminin iptali istemiyile açılan davada; uyumsuzluk konusu olayda, davacının tez savunma sınavında başarılı olduğu ve tutulan tutanağa sehven oybirliğiyle ret kararının yazılmış olabileceği yolundaki iddiaları üzerine ara kararı ile 5 jüri üyesine; ilgilinin doktora tez sınavında başarılı olup olmadığı, oybirliğiyle verilen ret kararının sehven verilip verilmediğinin sorulduğu, cevaben gönderilen jüri üyelerinin ifadelerinden, 3 jüri üyesinin olumlu oy kullandığının anlaşılması karşısında, davacının tezinin kabul edilmesi gerekirken aksine kaydının silinmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal eden ... İdare Mahkemesi'nin... kararının, hukuka aykırı olduğu öne sürülerek... incelenerek bozulması istemidir. Anılan Yasa hükümleri ve yerleşmiş idari yargılama usulü ilkelerine göre; yazılı yargılama yapmak zorunda olan idari yargı yerlerinin kendiliğinden yapacakları her çeşit inceleme için, lüzum gördükleri ve taraflar veya ilgili yerlerden isteyebilecekleri evrak ve bilgiler kapsamında, tanık dinlenmesi ya da ifade alınması şeklinde bir yöntem bulunmamaktadır. Ayrıca, HUMK'a atıfta bulunulan konular arasında da bu yönde bir kural mevcut değildir. Bu durumda, davacının iddiası ciddi bulunuyorsa başarılı olup olmadığı konusunda bilirkişi incelemesi yaptırılarak doğacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken,

141/sona göre davaların en az giderle ve mümkün olan süratle neticelendirilmesi yargının bir göreviyken, usul ekonomisi açısından manidardır.

SONUÇ

Gerek, Anayasa'nın 36. maddesi gerekse AİHS'nin 6. maddesi adil yargılanma hakkının önemine işaret etmektedir. Bu hakkın, tam olarak gerçekleşmesi için de hakkaniyete uygun bir şekilde yargılama yapılması gerekmektedir. Hakkaniyete uygun bir şekilde yargılanma hakkının, en önemli koşulu ise silahların eşitliği ilkesinin teminidir. İşte, diğer yargılama usullerinde olduğu gibi idari yargılama usulünde de silahların eşitliği ilkesinin hayata geçirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, güçlü olan idare karşısında idari yargılamada idare edilenler arasında silahların eşitliğinin temin edilmesi, tanık delilinin idari yargıda da kabul edilmesine bağlıdır. Çünkü bazen maddi gerçeğe ulaşabilmek için tanık delili elzem hale gelebilmektedir. Böyle bir durumda tanık deliline gidilememesi de idareye dava açan kişiler aleyhine bir sonuç doğuracağı aşikârdır. Çünkü zaten idari davaların konusu bir idari işlem, bir eylem veya bir sözleşmedir. Bunlardan özellikle idari işlem, idari işlemin hukuka uygunluk karinesi gereği, aksi ispat edilinceye kadar hukuka uygun kabul edilir. Dolayısıyla, idari yargıda tanık delilinin kabulü davacıların lehine olacaktır. Bu da silahların eşitliği ilkesine hizmet edecektir. Kaldı ki, yargı kararlarının ve doktrindeki baskın görüşün aksine mevcut mevzuat açısından da tanık delilinin dinlenebileceğini savunduk. Ancak tabi ki, yasa koyucu tarafından İYUK'un 31. maddesine "tanık" ifadesi eklenerek ya da tanık delili İYUK'da ayrıntılı olarak düzenlenerek bu sorunun kökten bertaraf edilebilmesi de mümkündür.

idari yargılama usulünde yer almayan bir inceleme ve değerlendirme yöntemine dayalı olarak verilen idare mahkemesi kararında usul hükümlerine ve hukuka uygunluk bulunmamaktadır.", Danıştay, 8. Daire, 25.2.2004, E. 2003/3369, K. 2004/917, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> Erişim Tarihi: 29.1.2014

KAYNAKÇA

Akıncı, Müslüm: *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008.

Akıncı, Müslüm: "İdari Yargılama Hukukunda Savunmada Fırsat Eşitliği", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Temmuz 2010, Y:1, S:2.

Ardıçoğlu, Artuk: "İdari Yargıda Tanık", *Yaklaşım Dergisi*, Y:18, S:215, Kasım 2010.

Atay, Ender Ethem: *İdare Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009.

Avcı, Adem: "İcrai Olmayan İdari İşlemler", *Tanık Akademik*, S:1, Mart 2013.

Bilgin, Hüseyin: "İdari Yargıda Delil Tespiti", *Adalet Dergisi*, S:10, 2002.

Bülbul, Erdoğan: *İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması*, Beta Yayınları, İstanbul 2010.

Craig, Paul: *Administrative Law*, 7th Edition, Sweet&Maxwell, London 2012.

Çağlayan, Ramazan: *İdari Yargılama Hukuku*, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Y., 2013.

Çağlayan, Ramazan: "İdari Yargılama Usulünde Tanık Delilinin Yeri", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:11, S:3-4, 2003.

Çelik, Adem: *Adil Yargılanma Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku)*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007.

Doğru, Osman ve Atilla Nalbant: *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar*, C:1, Ankara, Şen Matbaa, 2012.

Dursun, Hasan: "İdari Yargıda Tanığa ve Tanıklığa Yer Verilmesi Bir Zorunluluktur", *Terazi Hukuk Dergisi*, S:28, Aralık 2008.

Ergün, Çağdaş Evrim: "Vergi Yargılamasında Re'sen Araştırma İlkesi", *AÜHFD*, C:55, S:2, Ankara, 2006.

Ertanhan, Mesut: *Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık*, 1. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005.

Evren, Çınar Can: "İptal Davalarında Kendiliğinden Araştırma İlkesi", *Gazi Üniversitesi HFD*, C:XII, S:1-2, 2008.

Gökpınar, Mahmut: **Adil Yargılanma Hakkının Asgari Gereklere Karşısında Türk Kamu Hukuku**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008.

Gölcüklü, Feyyaz: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde 'Adil Yargılama'", **AÜSBF Dergisi (İlhan Öztrak'a Armağan)**, C:II, S:2, Ocak-Haziran 1994.

Görkem, Neslihan Alkan: "Türk Vergi Yargı Sisteminde Delil", **Ankara Barosu Dergisi**, Y:71, S:2013/1.

Gözübüyük, A.Şeref ve Feyyaz Gölcüklü: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, 9. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011.

Hondu, Selçuk: "İdari Yargılama Usulünde Deliller ve Şahit", içinde İl Han Özay, **Gün Işığında Yönetim II Yargısal Korunma**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.

Hondu, Selçuk: "İdari Yargılama Usulünde Tanık", **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap İdari Yargı**, Ankara, 1-4 Mayıs 1990, s. 264; A.Şeref Gözübüyük, **Yönetimsel Yargı**, 33. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013.

İnceoğlu, Sibel: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma **Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler**, 3. Bası, İstanbul, Beta Y., 2008.

Kafes, Veli: "İdari Yargılama Usulünde Duruşma", **Adalet Dergisi**, S:38, 2010.

Kalabalık, Halil: İdari Yargılama Usulü Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Güncellenmiş 5. Baskı, Konya, Sayram Yayınları, 2013.

Kalkan, Recep Emre: "İdari Yargılamada Tanık", **Hukuk Atlası**, Eylül 2011, Y:1, S:2.

Karakehya, Hakan: **Ceza Muhakemesinde Duruşma**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2008.

Kaşıkar, M.Serhat: **Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009.

Kayhan, Mehmet: "İdari Yargıda Gereksiz Kararlar, Silahların Eşitliği İlkesi ve Adil Yargılanma Hakkı", **TBB Dergisi**, S:65, 2006.

Kuru, Baki: **Medeni Usul Hukuku**, 22. Baskı, Ankara, Yetkin Y., 2011.

Muşul, Timuçin: **Medeni Usul Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.

Oğurlu, Yücel: “Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Usulünde Re’sen Araştırma İlkesi” **Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 75’inci Yıl Armağanı, C:II, S:2, 1998.

Öztürk, İlhami: «Vergi Yargılamasında Tanıklık Müessesenin Yeri», **Vergi Sorunları Dergisi**, S:225, Ankara, Haziran 2007.

Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C:III, 3. Bası, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966.

Sunay, Süheyla Şenlen: İdari Yargılama Usulüne **Hakim Olan İlkeler Karşısında İsbat ve Delil Hususları**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1997.

Turan, Halil İbrahim: “Vergi Hukukunda Tanık Beyanının Delil Niteliği”, **Legal Mali Hukuk Dergisi**, S:71, Kasım 2010.

TÜSİAD, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu, Anayasa Hukuku, Ceza Hukuku ve İdare Hukuku Açısından**, İstanbul, 2003.

Yücekul, Gülşah Kurt ve Mehmet Sinan Altunç, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılamasında Silahların Eşitliği İlkesi”, **Av.Dr.Şükrü Alpaslan Armağanı**, İstanbul, Can Matbaacılık, 2007.

<http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=200>

<http://legalbank.net>

http://www.inhak.adalet.gov.tr/istatistikler/2012_ist/59_12_taraf.pdf

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>

ADİL YARGILANMA HAKKI

Remzi DEMİR*

I. GENEL OLARAK

İnsanların sahip olduğu temel hak ve özgürlükler, insanlık tarihi boyunca yaşanan mücadelelerin sonucudur. Tarihin her döneminde insan toplulukları çeşitli biçimlerde var olmuşlar ve yaşamlarını sürdürebilmek için sosyal ve siyasal örgütler oluşturarak zamanla farklı devlet ve toplum düzenlerini gündeme getirmişlerdir¹. İnsanın insanı sömürmesine karşı ilkel köleci toplumdan bu yana var olan savaşımın yanı sıra, uygarlık tarihinde zaman zaman iktidarı ele geçiren zorba yönetimlere karşı bireyin sosyal, kültürel ve ekonomik hak ve özgürlüklerinin yaratılması ve korunması için ödenen bedeller karşılığında, hukuk güvenliğinin ve özellikle insan haklarının teminatı olan adil yargılanma hakkı hem uluslar arası hukuk, hem de ulusal hukuk sistemlerinde önemli bir kilometre taşıdır.

Adil yargılanma hakkının bireyin hak ve özgürlüklerini güvence altına alınması anlamında hukukça tanındığı ilk belge 1215 yılında imzalanan ve 65 maddeden ibaret Magna Carta Libertatum'dur. 12 Haziran 1776'da kabul edilen 16 maddelik Virginia Haklar Bildirgesi'nde çapraz sorgulama yaptırmak, jüri önünde davanın ivedi biçimde sorgulanmasını istemek hakkı kabul edilirken², Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Bildirgesi'nde de; tarafsız ve bağımsız bir mahkemede yargılanma, suçsuzluk karinesine yer verilmiştir.

* Avukat

1 ÇEÇEN, Anıl; " İnsan Hakları ve İnsancıl Hukuk", Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Cilt: 8, Özel Sayı, İzmir 2013, s.: 810

2 SENCER, R. Feridun; " Adil Yargılanma Hakkı", İzmir Barosu Dergisi, Mayıs 2013, İzmir, s.: 111

Uygarlık tarihinde insanın hak arama savaşımında ulaştığı mevziler arttıkça, insan hak ve özgürlüklerin korunması tün insanlar ve uluslar için vazgeçilmez ve devredilmez temel ilke olarak kabul edilmiştir. Özellikle 20. asrın ikinci yarısından sonra, seçimle iktidarı ele geçirmiş olsalar bile, Hitler ve Mussolini faşizmini yaşayan dünya halkları için insan hakları sorunsalı tarihsel süreçte yalnız ulusal sorun olmayıp, uluslar arası bir ortak değer haline gelmiştir.

İnsan hakları tarihinde bir devrim oluşturan ve insan haklarını somutlaştıran İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS), aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 15 ülke tarafından 4 Kasım 1950'de kabul edilerek Roma'da imzalanmış, 3 Eylül 1952'de yürürlüğe girmiştir. Sözleşme'ye, Avrupa Konsey'ine üye olan devletler taraf olurken, Sözleşme ile güvence altına alınan haklar, sadece kişisel ve siyasal haklardan oluşur. Sözleşme, özellikle "Adil yargılanma hakkı"ndan (İHAS 6.md) bahseden ilk ve en önemli uluslararası belge niteliğini de taşımaktadır. Sözleşme, değişik tarihlerde çıkarılan ek protokollerle (1. 4. 7. 8. 9. ve 11. protokoller) genişletilmiştir. Söz konusu ek protokollerde kabul edilen temel hak ve özgürlükler, uluslararası hukukun güvencesi³ altında olup, getirilen en büyük yenilik bireyin, uluslararası hukukta "hak sahibi" olmasıdır.

II. ADİL YARGILANMA HAKKININ TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ

A.ADİL YARGILANMA HAKKININ TANIMI

İnsan beyninin adalet duygusunu sağlamak, güven ve mutluluk içinde bir yaşamın varlığı için, devletin varlığı öngörülmüştür. İşte bir devletin, yurttaşına ve gerektiğinde tüm insanlar için önemli olan adil yargılanma hakkının sağlanmasını

3 GÖLCÜKLÜ, Feyyaz / GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref, İHAS Ve Uygulaması - İHAM İnceleme Ve Yargılama Yöntemi, Turhan Yay., 7. Baskı, Ankara 2007, s.:11

gerçekleştirmesi önemli bir varlık nedenidir. Devletin ve giderek iktidarın varlık nedeni, hak ve adaleti sağlamaktır. İşte bu haklardan çok önemli olan yargılanma hakkı da kişinin temel haklarından. Bu hakkın sağlanması, devletin varlık nedenlerinden birisidir. Bunun içindir ki, devletin oluşumunda ve fonksiyonlarının kullanılmasında yargının diğer güçlerin etkisi dışında ve bağımsız olması öngörülmüştür. Aslında adil yargılanma hakkının, kişiye tanınan bir hak olması itibarıyla, bu hakkın sadece yargı yoluyla sağlanamayacağı, devletin diğer kişi ve kurumlarının da bu hakkın sağlanması ile yükümlü oldukları⁴ kabul edilmelidir.

Adil yargılanmanın yumuşak karnı, adil yargılanma hakkının ne olduğunun tanımlanmış olmamasıdır. Gerçekten insan hakları hukuku, uluslararası ceza hukuku ve iç hukuk metin ve uygulamalarında bu konuda herhangi bir tanım bulunmamaktadır. Adil bir yargılanma açısından sağlıklı bir değerlendirme yapabilmekse ancak adil yargılanma hakkının kapsamındaki hakların sayılması⁵ ile yapılabilmektedir.

Doktrinde bir hukuk devletinde, güvenceleri sağlanmış, savunma hakkının tam olarak kullanılabilirdiği, uyuşmazlıktan önce kurulmuş mahkemeler önünde ve tabii hâkim tarafından yargılanma olarak tanımlanan⁶ adil yargılanma hakkında mesele ; yargılamanın sonucunun adilliği değil, adil bir karar verilebilmesi için gerekli olan usullerin ve koşulların yerine getirilip getirilmediğidir. Yani yargılama sonucunda varılan sonuç değil, sonuca gidilen yol da problem edilmektedir⁷.

4 KARTAL, Bilal; " Türkiye'de Adil Yargılanma Hakkı", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004, s.443

5 AYDIN, Çağrı K.; " Adil Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak: ' Susma Hakkı'" Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:91, Ankara 2010, s.:148

6 YURTCAN, Erdener; Ceza Yargılaması Hukuku, 11. baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s.: 32

7 İNCEOĞLU, Sibel; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 1. baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul 2002, s.:7

B.ADİL YARGILANMA HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Adil yargılanma hakkını diğer temel haklardan ayıran husus aynı zamanda onun “yargıya” ilişkin ilkeler içermesidir. Diğer haklarda yargıya karşı herhangi bir koruma öngörülmemişken adil yargılanma hakkı ile yargı erki de hukukla sınırlandırılmıştır. Buradaki adalet kavramı da hüküm adilliğinden çok yargılamanın süreç olarak adilliğini⁸ ifade etmektedir.

Adil yargılanma hakkı, AIHS m.6’da yer alan unsurları kapsayan, ancak bunlarla sınırlı olmayan genel nitelikli bir haktır. Adil yargılanma hakkının temel hakların sınıflandırılmasında klasik haklar arasında mı yoksa sosyal haklar arasında yer alacağı ; ya da negatif statü hakkı mı yoksa pozitif statü hakkı mı sayılacağı hususu adil yargılanmanın soyut bir kavram olmadığı düşünüldüğünde fikrimce pek önem arz etmemektedir. İnsanlığın eşitlik, özgürlük ve adalet savaşımının kesintisiz gerçekliği karşısında adil yargılanma hakkının her iki hak gruplarını birlikte barındıran, karma nitelikli bir hak olduğu görüşünde⁹ isabet bulunmaktadır.

III. ADİL YARGILANMA HAKKININ UNSURLARI

A. HABEAS CORPUS HAKKI

Habeas corpus, başkasını alıkoyan bir kişiye, alıkoyduğu kişiyi serbest bırakmasını veya mahkemeye bu alıkoyma için geçerli hukuki sebep göstermesini emretmek suretiyle, alıkoymanın hukukiliğini araştırmayı hedefleyen “ayrıcılık” bir mahkeme emridir . Bireyi hukuka aykırı biçimde haptisten ve alıkoymalardan koruyan güçlü ve etkili bir çare olan habeas corpus emri, bir kişiyi hukuka aykırı olarak alıkoyduğu iddia olunan şahsa yöneltilir ve bu şahsın alıkoyduğu kişiyi alıkoyma gerekçeleriyle birlikte belirlenen saat ve yerde mahkemenin ya da hâkimin huzuruna çıkarmasını öngörür¹⁰.

8 AYDIN, Çağrı K.; a.g.m., , s.:156

9 R. Feridun; a.g.m., s.: 113, bknz. dip not 12

10 FEYZİOĞLU, Metin, “Anglo Sakson ve Anglo Amerikan Hukuk Düzenlerinde Habeas Corpus Kurumu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1995, C. 44, Sayı. 1-4, s.:669

Gözetiminde tutulan kişinin yargıç karşısına çıkartılması önemli bir „Habeas Corpus“ güvencesidir. Ceza Muhakemesi Hukukunda kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı veya Habeas Corpus güvencesi gereği kişinin yargıç karşısına çıkmasının sonucu, hakkında tutuklama nedenleri bulunmakta ise tutuklama kararı ya da aksi durumda kişinin salıverilmesi, yani hakkındaki ceza soruşturmasının tutuksuz sanık olarak sürdürülmesidir. Bu nedenle, tutuklama kararı verip, kişiyi tutukevine göndermeden, bir yargıcın poliste veya jandarmada geçecek gözaltı süresinin uzatılmasına karar vermesi Ceza Muhakemesi Hukukuna aykırı, bu nedenle de olmaması gereken bir işlemdir¹¹.

İnsan Hakları gibi bütün insancıl hukuk corpus'unun özü de cinsiyeti ne olursa olsun her kişinin insanlık onurunun korunmasına dayanır. İnsanlık onuruna saygı genel ilkesi, ...uluslar arası insancıl hukuk ve insan hakları hukukunun varlık sebebidir. Gerçekten de çağımızda bu ilke uluslar arası hukukun bütününe nüfuz edecek kadar önem kazanmıştır¹². Kaldı ki, günümüzde herkesin özgürlük ve güvenliğinin tehdit altında olabileceği bilinen bir gerçekliktir. Bu nedenle çeşitli soruların mutlaka yanıt bulması gerekir. Her eylem “terör” müdür? En basit bir kanuna aykırılığın dahi “terör” olduğuna, soruşturmaların Terörle Mücadele Kanununa göre açılmasına ve gözaltı sürelerinin uzatılmasına hangi güç karar veriyor? Yargı makamları mı, eğer varsa kolluk gücü mü yoksa polis mi? İnsan hakları ve hukukun bizatihi kendisi insan özgürlüğünün korunmasındaki en önemli adımlardan biri olan antik değere sahip Habeas Corpus'u çoktan aştı. Habeas Corpus için, adil yargılanma hakkı için o ülke insanları için bağımsız ve tarafsız yargı lazımdır. Türkiye'de bağımsız ve tarafsız yargı ilkelerinin çağcıl normlara uygun olarak yeniden yazılmasını öneren düşüncede¹³ isabet bulunmaktadır.

11 KESKİN, Serap; “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, İÜHFİM C. LX, S. 1-2, İstanbul 2002, s.:56

12 ÖKTEM, Emre; Terörizm İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları. Derin YAYINLARI, İstanbul 2007, s.: 414

13 İLKİZ, Fikret;” Habeas Corpus ve Ölülerimiz”, Bianetorg, 15 Temmuz 2013

B. SAVUNMA HAKKI

Kamu davasının açılması, Türk Ceza Kanunu tarafından yasaklanmış bir fiilin sanık tarafından işlendiğinin, Cumhuriyet Savcısı tarafından ona isnat olunması demektir. Böylece, mahkemenin huzuruna, yargılanması gereken bir uyuşmazlık getirilmiş olur. İddianın karşısında savunmaya yer verilmediği sürece, maddi ve hukuki sorunun ceza muhakemesinin amacına uygun bir şekilde çözüldüğü kabul edilemez¹⁴. Savunma hakkının, kişi eliyle kullanılabileceği gibi avukat aracılığıyla kullanılması hak kayıplarının önüne geçilmesi açısından önemlidir. AİHS'nin adil yargılanma hakkının asgari koşullarını gösteren m.6/3-c bendinde; sanığın, müdafii tayin etme yetkisi ile belirli koşullarda müdafii den ücretsiz yararlanabilme hakkı bulunduğu belirtilmiştir.

5271 sayılı CMK zorunlu müdafilik sistemini, istisna olmaktan çıkararak adeta kural haline getirecek derecede genişletmiştir. Bu yasaya göre; müdafii bulunmayan şüpheli veya sanığın, çocuk, kendini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz olması (150/2. md.), soruşturma veya kovuşturma konusu suçun cezasının alt sınırının 5 yıldan fazla hapis cezasını gerektirmesi (150/3. md.), resmi bir kurumda kusur yeteneğinin araştırılması için gözlem altına alınmasına karar verilecek olması (74/2. md.), tutuklama talebiyle mahkemeye sevk edilmesi (101/3. md.), davranışları nedeniyle hazır bulunması halinde duruşmanın düzenli olarak yürütülmesini tehlikeye sokan sanığın yokluğunda duruşma yapılması (204/1. md.) ve kaçak sanık hakkında duruşma yapılması (247/3. md.) hallerinde müdafii görevlendirme zorunluluğu bulunmaktadır. Aynı Yasanın, 147. maddesinde; şüphelinin müdafii seçme hakkının bulunduğu, onun hukukî yardımından yararlanabileceği, müdafii ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceğini kendisine bildirilmesi gerektiği, 148. maddesinde; müdafii hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifadenin, hâkim veya

14 FEYZİOĞLU, Metin; "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6/3-a Uyarınca İsnadın Bildirilmesi ve Türk Hukuku", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 55, Ankara 2004, s.: 102

mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamayacağı, 149. maddesinde; şüphelinin, soruşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafinin yardımından yararlanabileceği, avukatın şüpheli ile görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukukî yardımda bulunma hakkının engellenemeyeceği ve kısıtlanamayacağı, 153. maddesinde; müdafinin, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebileceği ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabileceği, şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve şüphelinin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında kısıtlama yapılamayacağı, 154. maddesinde; şüphelinin vekâletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebileceği hükme bağlanmıştır. Kaldı ki, suç niteliğinin değişmesi durumunda ek savunma hakkı verilmesine ilişkin 226. maddesinin 4. fıkrasında, ek savunma hakkına ilişkin yazılı bildirimlerin varsa müdafie yapılacağı belirtildikten sonra “müdafii sanığa tanınan haklardan onun gibi yararlanır” hükmü getirilmiştir.

Savunma hakkına uyulup uyulmadığı konusunda bir başka gösterge de, mahkeme kararının gerekçesidir. Tüm mahkemelerin kararlarında gerekçelerini belirtmeleri iddia ve savunma hakkının kullanılması açısından oldukça vazgeçilmezdir. Mahkemeler tüm sorulara ayrıntılı yanıt vermek zorunda değilse de, davanın sonucunu etkileyecek konularda bu hususları açıklamak zorundadır. Böylelikle mahkemelerin kararlarının keyfiliğinin önüne geçilmekte¹⁵ ve mahkeme kararında hangi delilin niçin ve neden üstün tutulduğunu ve ulaştığı sonucu hangi yasal ve hukuki dayanaklara dayandırdığı gösterilecektir.

C. SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ

Adil yargılamanın temel ilkelerinden olan silahların eşitliği ilkesi, yargılamanın genel anlamda hakkaniyete uygun şartlar

15 KAYNAK, A. Osman ; “ Uluslararası Sözleşmeler Işığında ‘Adil Yargılanma Hakkı’ ve İç Hukukumuzla Karşılaştırması”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 1, Ankara 2007, s.:127

altında sürdürülmesi için gerekli bütün hususları içine alan bir kavramdır. Bu kavramın içinde, yargılamanın tamamı süresince sahip oldukları hak ve yükümlülükler açısından taraflar arasında bir eşitliğin bulunması zorunludur¹⁶. Buna göre bir davaya taraf olan kişi, iddialarını, karşı tarafa nazaran önemli derecede dezavantajlı olmayan koşullarda ileri sürebilme olanağına sahip olmalıdır. Bu husus aynı zamanda yargılama usulünün çekişmeli karakteri konusunda da belirleyici olup, yargılamanın tarafları ileri sürülen tüm delillerden ve mahkeme ve taraflarca verilen tüm beyanlardan haberdar olmalı ve bunları tartışabilmelidir¹⁷.

Ceza yargılamasında amaç, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için, iddia ve savunma arasında hakkaniyete uygun, adil bir dengenin gerçekleştirilmesi olunca, silahların eşitliği kavramı, her somut olayda, uyuşmazlığın niteliğine göre değişimler göstermektedir¹⁸. Gerçekten de, AİHM tarafından verilen Kamasinski / Avusturya kararında¹⁹, sanık veya şüphelinin olmasa bile avukatının dosyaya erişip kendisine yeterince bilgi verebilmesi durumunda, silahların eşitliği ilkesinin ihlal edilmediğine karar verilmiştir. Kaldı ki, Avusturya'da dosya inceleme yetkisi sadece müdafilere aittir.

Silahların eşitliğinin bir başka görünümü de, tarafların delil sunma ve delilleri değerlendirme olanağı yönünden sanık ve vekili ile iddia makamının eşit hak ve yetkilere sahip olmasıdır. AİHM verdiği De Haes ve Gijssels / Belçika kararında, gazete yazdıkları bir yazı nedeniyle kendileri hakkında yargı

16 YÜCEKUL Gülşah - M. Sinan Altunç ; " Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılamasında Silahların Eşitliği İlkesi", Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı, İstanbul Barosu - Türk Ceza Hukuku Derneği, Ankara 2007, s.: 171

17 TANYAR, Z. Çağa; " Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Gizli Tanıklık ve Adil Yargılanma Hakkı", Legal Hukuk Dergisi, cilt : 10, sayı: 114, İstanbul 2012, s.: 37

18 DİNÇ, Güney; "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Savunma Ve Hak Arama Sürecinde Silahların Eşitliği", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004

19 YÜCEKUL Gülşah - M. Sinan Altunç ; a.g.m, s.: 154

mensuplarınca açılan bir davada, yazdıkları yazıyı destekleyecek dokümanları sunmak isteyen gazetecilerin istemini reddeden mahkemenin bu kararı nedeniyle haksız bulmuştur. Böylelikle bir davada taraflardan birinin, karşı tarafın iddialarına karşı delil sunabilmesi için, söz konusu iddialar hakkında bilgi sahibi olması gerekir. Eğer bu olanağı bulamamışsa ve bu yüzden yeterli kanıt sunamamışsa, bu da silahların eşitliği ilkesini ihlal edecektir²⁰.

Silahların eşitliği ilkesi açısından değerlendirilmesi gereken bir husus da gizli tanıklık konumudur. Gizli tanıkların kullanıldığı bir yargılamanın AİHS m.6 düzenlemesine uygun sayılması, savunma makamının adil yargılanma hakkının gereklilikleriyle, ifade verecek tanık ve mağdur haklarının korunması gerekliliği arasında doğru bir denge kurulmasına bağlıdır. Bu denge ilk şartı söz konusu yargılamada gizli tanık kullanımının olayın şartları içerisinde geçerli ve yeterli sebeplerinin bulunmasıdır. Başka bir deyişle, tanığın ifade vermesini engelleyecek nitelikte bir sindirme hareketiyle karşı karşıya bulunması ve bu tehlikenin de ciddi olması gerekmektedir²¹.

D. SUSMA HAKKI

Şüphelinin yargılamanın öznesi ve tarafı olduğu akıldan çıkarılmamalıdır. AİHM içtihatlarında susma ve kendisini suçlamama hakkı, kişinin hem aleyhine olan beyanı yapmama, hem de aleyhine olacak hiçbir belgeyi de hakkını içerir şekilde yer almaktadır. Bu kapsamda idari kurum ya da kişilere, yasal zorlama altında verilen ifadelerin, daha sonra ifade veren kişi aleyhine ceza davasında kullanılması da susma ve kendini suçlamama hakkının ihlalidir. Ayrıca güvenlik ve kamu yararı gerekçesiyle de olsa hakkın özüne dokunulamaz²². Şüphelinin susma hakkını kullanması, suçu kabul ettiği anlamına gelmez

20 YÜCEKUL Gülşah - M. Sinan Altunç ; a.g.m, s.: 157, dipnot 53-77' de yer alan AİHM kararları.

21 TANYAR, Z. Çağa; a.g.m., s.: 43, dipnot: 1-21' de yer alan AİHM kararları

22 AYDIN, Çağrı K.; a.g.m., s.:160

ve susma hakkının kullanılması şüpheli aleyhine “suçluluk karinesi” olarak kullanılamaz. Çünkü susmanın sanık aleyhine delil olarak değerlendirilmesi adil yargılanma ve hukuk devleti ilkelerine aykırı olur²³.

Anayasa’da susma hakkını doğrudan düzenleyen bir maddede yer almamakla birlikte, “Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar” başlıklı Anayasa’nın m.38/5’de “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.” şeklinde düzenlenmiştir. Maddenin kapsamından, bir yandan susma hakkının varlığı, diğer taraftan da sanığın işkenceye maruz kalmasının dolaylı olarak önlenmesi sonucu çıkmaktadır²⁴. Kaldı ki, CMK’nın 147. maddesinin 1. fıkrasının b ve e bentlerinde bu hakkın şüpheli veya sanığa hatırlatılacağını da hüküm altına almıştır²⁵

AİHM’ne göre, susma hakkı her tipteki suçların yargılanmasında geçerlidir ve kamu yararı bu hakkın ihlalini meşru saydırmaz. Ancak, sanığın iradesinden bağımsız olarak, mevcut delillerin toplanılmasında zor kullanılabilir. Örneğin; bir kimseden kan alınabilir, suçsuzluk karinesi, iradenin bulunmaması ve susma hakkı bunu engellemez²⁶.

E. SUÇSUZLUK / MASUMİYET KARİNESİ

Suçsuzluk karinesi, hukuk devleti anlayışıyla birlikte şekillenen ve pozitif hukuka yansımalarıyla birlikte bütün uluslar arası insan hakları belgelerinde ve tüm anayasalarda yer almış bir insan hakkıdır. Kesinleşmiş bir yargı kararı olmaksızın suçlanmama, suçlu gibi teşhir olunmama, suçlu gibi işlem ve

23 KOCAOĞLU, S. Sinan; “Susma Hakkı” Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 1, Ankara 2011, s.:37

24 AYDIN, Çağrı K.; a.g.m., s.:173

25 TOROSLU, Nevzat / FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yay., Ankara 2007, s.:135

26 ÜZÜLMEZ, İlhan; “Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi Ve Sonuçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 58, Ankara 2005, s.:61

davranışlara tabi tutulmama çağdaş ve demokratik yargılamanın²⁷ temel bir ilkesidir. Bu ilkeye göre, bir suçla itham edilen kimse, suçluluğu kanunda öngörülen usulle gerçekleştirilen bir muhakemenin sonunda sabit oluncaya kadar suçlu sayılmayacaktır²⁸.

Suçsuzluk karinesi, sanığın kusuru yeterince ispat edilmeksizin cezalandırılmasını yasakladığı gibi, beraat kararı verildiği hallerde suçu işleyip işlemediği hususunun şüpheli bırakılmasını da engeller. Buna uygun olarak, suçluluğun yeterince ispat edilemediği hallerde “delil yetersizliğinden beraat” kararı yerine “faile isnat edilen fiilin sabit olmadığı”ndan beraat kararı vermek gerekmektedir. Böyle bir karar sanık açısından bir tespit kararı niteliğinde olmayıp²⁹ suçsuzluk karinesinin vücut bulmasıdır. Bu nedenle suçsuzluk karinesi, sanığın kusuru yeterince kanıtlanmadan cezalandırılmasını yasakladığı gibi, beraat kararı verilmesine karşın suçu işleyip işlemediği konusunun açıkça belirtilmeyip, şüpheye yer verecek konumda bırakılmasını da engellemektedir. Suçsuzluk karinesi ihlalleri için 5237 sayılı T.C.K. “gizliliğin ihlali” başlıklı m. 285. madde-sine göre cezai yaptırımlar da kabul edilmiştir.

CMK m. 217 ile hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin hükme esas olamayacağı hükme bağlanmıştır. Böylelikle bu tür deliller yargılamaya katılamayacağı gibi, bunları elde edenlerin de bu eylemlerinin gerektirdiği cezaları görmeleri benimsenmiştir. Kaldı ki, adli sicil kaydının duruşmada okunmasının suçsuzluk karinesine ters düştüğü görüşü³⁰ de oldukça isabetlidir.

27 ANAYURT, Ömer ; “ Adil Yargılanma İlkesi Olarak Masumiyet Karinesi” Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı, İstanbul 2007, s.: 173

28 DÖNMEZER, Sulhi, “Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, Beta Yay., İstanbul 1998, s.: 67

29 FEYZİOĞLU, Metin; “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, AÜHFD, C. : 48, Sayı : 1-4, Ankara 1999s.: 148; ÜZÜLMEZ, İlhan; a.g.m., s.:62

30 YÜCEL, M. Tören; Türkiye’de Yargının Etkinliği, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2008, s.: 93

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi esasen şu iki kararında suçsuzluk karinesini derinlemesine irdelemiştir³¹. Minelli/İsviçre Kararı'nda “..hukuksal açıdan sanığın suçlu olduğu kanıtlanmadan ve özellikle savunma hakları kullandırılmadan verilen bir yargısal kararda kendisinin suçlu olduğu görüşünün yansıtılması, masumluk karinesini ihlal eder”, Barbera Messegue ve Jabardo/İspanya Kararı'nda “Mahkeme üyelerinin görevlerini yerine getirirken, sanığın suç teşkil eden fiili işlediği önyargısından hareket etmemelerini gerektirir; ispat yükümü suçlayana(savcıya) aittir ve sanık şüpheden yararlanır. Buna ilâveten, sanığa kendisi aleyhindeki kanıtların neler olduğunu -bunları göz önünde tutarak savunmasını hazırlaması olanağını temin için- bildirmek ve suçluluk saptamasına dayanak olacak yeterli kanıtları sunmak savcıya düşer”

Medya organlarının bir takım soruşturmalarda kendiliğinden harekete geçip araştırma yapması, suç faillerini bulmaya ve delilleri toplamaya ve değerlendirmeye çalışması, bunları basın ya da televizyon yoluyla yayınlamak, suçluluğu hükmen sabit olmayan bir kişiyi kamu oyuna suçlu olarak takdim etmeleri³² de suçsuzluk karinesini ihlal eder.

F. ŞÜPHEDEN SANIK YARARLANIR İLKESİ

Şüpheden sanık yararlanır ilkesi insan haklarına saygılı hukuk devleti ilkesinin gereğidir. Hakkında suç isnadı yapılmış olsun ya da olmasın herkesin masum kabul edilmesi ilk önce insan hak ve özgürlüklerinin yerleşmişliğini gösterir. Ceza yargılamasında davanın sanığı ile ilgili olarak herhangi bir şüphesinde hakim, bu ilke ile hareket etmesi gerek hukukun evrensel değerlerinin benimsendiğini, gerekse ceza hukuku ilkelerinin özümsemiğini³³ sergileyecektir.

31 ŞİK, Hüseyin; “Suçsuzluk Karinesi” Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, Ankara 2013, s.: 111

32 YARSUVAT, Duygun; “ Kitle İletişim Araçlarının Ceza Adaletine Etkisi” Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul 1998, s.:476

33 MEMİŞ, Pınar; “Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi In Dubio Pro Reo”, Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı, İstanbul Barosu - Türk Ceza Hukuku Derneği, Ankara 2007, s.:496

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) m. 6/ 2 ve CMK m. 217 ile "şüpheden sanık yararlanır" ilkesinin varlığı kabul edilmektedir. Mahkeme, eylemi sanığın gerçekleştirip gerçekleştirmediği konusunda vicdani kanaate varamıyorsa ve eylemi sanığın gerçekleştirmiş bulunduğunu delillere dayanarak ispat edemiyorsa, "şüpheden sanık yararlanır" ilkesi gereği sanığın o fiili gerçekleştirmediği kabul edilir. Muhakemenin sonunda, ortada şüphe kalmışsa, ancak bu şüpheler sanığın mahkûmiyetine yeterli gelmiyorsa, bir başka deyişle delillerin, mantığın ve akıl yürütmenin gösterdiği gerçek, sanığın mahkûm olmasına yetecek bir kanaate ulaşmaya yetmiyorsa beraat kararı verilmektedir³⁴.

G. TABİİ / DOĞAL HAKİM İLKESİ

Adil yargılanma hakkı hem bireyin yurttaşlık haklarının belirlenmesi hem de bireylerin aleyhine gerçekleşen her türlü cezai kovuşturma için geçerlidir. Bu hak, herkesin, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili anlaşmazlıklar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme³⁵ tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkını kapsar.

Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin kaldırılmış gibi yapılıp, bu mahkemelerin uyguladıkları usul kurallarını CMK 250-252 içinde düzenleyip, tabela değişikliği ile özel yetkili mahkemeler kurulurken, usul kurallarının da Terörle Mücadele Kanunu (TMK) içine alınarak bölge ağır ceza mahkemeleri yoluyla tabela değişikliğine gidildiğini belirten yazara göre, adaletin ve adil yargılanma hakkının sağlanabilmesi bakımından TMK'nın

34 YAYLA, Mehmet; "Ceza Yargılamasında İspat İçin Yenilmesi Gereken Şüphe; Türkiye ve Amerika Birleşik Devletleri Sistemlerinin İncelenmesi", Ankara Barosu Dergisi, Sayı : 3, Ankara 2013, s.:304

35 PALM, Elisabeth; " AİHM Kararları ve AB Düzenlemeleri Işığında Basın Özgürlüğü, Adil Yargılanma Hakkı, Soruşturma ve Yargılama İlişkileri" , Çağdaş Demokrasilerde Yargı ve Medya İlişkileri Uluslar Arası Sempozyum, 24-25 Mayıs 2010, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2011, s.: 24

tamamen kaldırılması gerekmektedir³⁶. Aynı fiillere ilişkin tek ceza kanunu, tek usul kanunu, tek infaz kanunu ve işbölümü esasına uygun görev yapan mahkemelerin tabii hâkim ve yargılama birliği ilkelerine uygun düşeceğini belirten bu görüşte isabet bulunmaktadır.

Özel yetkili mahkemelerin, geçmişte gerek sıkıyönetim gerekse devlet güvenlik mahkemeleri gibi evrensel hukuk ilkelere aykırı uygulamalarıyla, temel hak ve özgürlükler, basın ve ifade özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü, düşünceyi yayma özgürlüğünün yanı sıra büyük hukuk ihlallerine neden olabilecek uygulamalarla tartışılır hale geldiği³⁷ isabetle belirtilmiştir.

H. MAKUL SÜRE İÇİNDE YARGILANMA HAKKI

Adil Yargılanma hakkının en önemli unsurlarından birisi de ' yargılamanın makul süre içerisinde bitirilmesi ilkesidir. Bir yargılamanın adil olabilmesi, her şeyden önce yargılamanın makul bir sürede bitirilmesini gerektirir. Bu ilke yargı organlarına olan güvenin korunabilmesi, hakkın gerçek sahibine zamanında teslim edilebilmesi ve uyuşmazlığın taraflarının en kısa süre içerisinde tatmin edilebilmesi açısından son derece önemlidir³⁸. Makul bir süre içinde ve adli bir karar yoluyla kişinin suçlandığı eylem nedeniyle oluşan çekişmenin en kısa zamanda karara bağlanmasını güvence altına alan makul süre şartı, ceza yargılamasında suçlamanın yapılması (itham) ile başlar ve kararın kesinleşmesiyle biter³⁹.

Davaların hızla sonuçlandırılması, tutuklu kişilerin makul süre içinde yargılamayı isteme hakları, anayasal norm olarak

36 KARDAŞ, Ümit; " Tabii Hakim İlkesi ve ÖYM/TMK", Hukuki Haber, 10 Temmuz 2012

37 TURAL, Mehmet ; 12 Eylül'de Hem Kürt, Hem Alevi, Hem Solcu Bir Hakim Olmak, Postiga Yayınları, İstanbul 2011, s.: 160

38 KAŞIKARA, M. Serhat ; "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi Çerçevesinde Makul Süre İçerisinde Yargılanma Hakkı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 84, Ankara 2009, s.: 243

39 ALTIPARMAK, Cüneyd; "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 63, Ankara 2006, s.: 248

hukuk sisteminde yer almış, hızlı yargılama kavramı, adaletin bir ihtiyacı olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6 ve Anayasa'nın m. 141/ son'da belirtilmiştir. Bu çerçevede, makul sürenin saptanması açısından tarafların davranışı ve davanın karmaşıklığı önemli unsurlardır. Bu surette saptanacak makul süre içerisinde bitirilemeyen davalar için Yargıtay'ca bir süre sınırı verilmesi ve davanın bu sürede de bitirilememesi halinde dava nakline karar verilmesi ve makul süre ihlalleri halinde de maddi ve manevi tazminat olanağını öneren görüşte⁴⁰ isabet bulunmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2 yıldan fazla süren herhangi bir yargılama için, davanın karmaşıklığı ışığında hem yargı görevlilerinin hem de dava taraflarının gayretini kontrol etmek için davayı daha detaylı bir şekilde incelemektedir, fakat iki yıldan az süren davalarda bu şekilde detaylı bir inceleme yapılmamaktadır⁴¹.

Yargılama süresinin makul olup olmaması, AİHM içtihadında ortaya konan ölçütler, özellikle de davanın karmaşıklığı, başvuranın ve yetkili makamların tutumları göz önüne alındığında, davanın özel koşulları altında değerlendirilmektedir. Örneğin Yağcı ve Sargın / Türkiye 16419 / 90 ve 16426 / 90 sayılı davasında AİHM cezai yargılamanın süresinin makul olmadığını hükmederek, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini belirtmiştir⁴².

40 YÜCEL, M. Tören; a.g.e., s.: 233

41 "AİHM İçtihatları Temelinde Avrupa Konseyi Üye Devletlerinde Yargılama Süreleri hakkında CEPEJ Raporu", Çev. HENDEK, Hasan Küresel Bakış, Yıl: 3, Sayı: 10, Ankara 2013, s.: 158

42 TEZCAN, Durmuş/ McBRIDE, Jeremy/ ERGÜL, Teoman/ DEMİRAĞ, Fahrettin/ CENGİZ, Serkan ; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008, s. :252 ' AİHM, Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin 22 Ocak 1990'dan itibaren on altısı bütünüyle delillerin bildirilmesine ilişkin olan yirmi duruşma düzenlendiğini kaydetmektedir. Söz konusu davanın, belgelerin miktarı göz önüne alınsa bile, karmaşık olduğu kabul edilmez. ..Duruşmalarda Yağcı, Sargın ve avukatlarının tutumlarından, iç hukukun sağladığı kaynaklardan yararlandıklarından, engelleyici bir sonuç çıkarılmadığını kaydettirmektedir... 22 Ocak 1990 ve 9 Temmuz 1992 tarihleri arasında mahkeme düzenli aralıklarla davaya ilişkin yalnızca yirmi duruşma düzenlemiştir. Duruşmalardan yalnızca bir tanesi, yarım günden fazla sürmüştür. Ayrıca, TCK m.141-143 mad-

Uzun süren tutukluluk süreleri de hukuk sistemimiz için kanayan bir yaradır. Yargılamanın tutuksuz yapılması asıldır. Ancak adli kontrol önlemlerinin bile uygulanmaksızın, kişilerin özgürlüklerinin kesin hüküm olmaksızın daraltılması hem iç hukuka hem de adil yargılanma hakkına aykırılık oluşturmaktadır. Türkiye Barolar Birliği'nin yaptığı bilimsel bir araştırmada⁴³ 2010 yılının Mart Ayı esas alındığında ceza ve tutukevlerinde bulunanların % 51'i tutukludur. Bu veriler, tutuklama tedbirine çok yaygın biçimde başvurulduğunu, geçici bir tedbirden çok peşin ceza anlayışına yaklaşıldığını göstermektedir⁴⁴. Özellikle CMK'nun 100. maddesinin üçüncü fıkrasında sayılan suçlar bakımından, bu suçların işlendiği yönünde kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması halinde, tutuklama nedeninin varsayılabileceği belirtildiği halde, uygulamada bu maddenin yanlış yorumlandığı görülmektedir. Halbuki bulunması halinde, tutuklama nedeninin varsayılabileceği öngörülmüştür. Öncelikle fıkra da sayılan suçlar bakımından da bu suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphenin bulunması ve bu durumun somut olgularla kanıtlanması gerekir. Kaldı ki, üçüncü fıkra da bu koşula açıkça yer verilmiştir⁴⁵.

Anayasa Mahkemesi, 04 Aralık 2013 tarihinde verdiği kararla, aynı zamanda parlamenter olan gazeteci yazar Mustafa Balbay'ın başvurusunu kabul ederek, "...tutukluluğun makul süreyi aştığı iddiasıyla ilgili olarak Anayasa'nın 67. maddesinin birinci fıkrasıyla bağlantılı olarak 19. maddesinin yedinci fıkrasının ihlal edildiğine..." karar vermiş, ancak ".. adil yargılanma hakkı ile ifade hürriyetinin ihlal edildiği iddiaları yönünden 'başvuru yollarının tüketilmemiş olması' nedenleriyle kabul edilemez" olduğuna karar vermiştir.

delerini fesheden Terörle Mücadele Yasası yürürlüğe girdikten sonra bile başvuranların beraatine karar verilmesinden önce 6 ay beklenmesi de makul süre şartını ihlal etmiştir.'

43 Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi Tutuklama Raporu, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2010, s.: 18

44 KATOĞLU, Tuğrul; " Tutuklama Tedbirine İlişkin Sorunlar" Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 4, Ankara 2011, s.:19

45 TOROSLU, Nevzat / FEYZİOĞLU, Metin, a.g.e., s.:217

IV. SONUÇ

İnsan hakları tarihinde bir devrim oluşturan ve insan haklarını somutlaştıran İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS), aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 15 ülke tarafından 4 Kasım 1950'de kabul edilerek Roma'da imzalanmış, 3 Eylül 1952'de yürürlüğe girmiştir. Sözleşme'ye, Avrupa Konseyi'ne üye olan devletler taraf olurken, Sözleşme ile güvence altına alınan haklar, sadece kişisel ve siyasal haklardan oluşur. Sözleşme, özellikle "Adil yargılanma hakkı"ndan (İHAS 6.md) bahseden ilk ve en önemli uluslararası belge niteliğini de taşımaktadır. Sözleşme, değişik tarihlerde çıkarılan ek protokollerle (1. 4. 7. 8. 9. ve 11. protokoller) genişletilmiştir. Söz konusu ek protokollerde kabul edilen temel hak ve özgürlükler, uluslararası hukukun güvencesi altında olup, getirilen en büyük yenilik bireyin, uluslararası hukukta "hak sahibi" olmasıdır.

Adil yargılanmanın yumuşak karnı, adil yargılanma hakkının ne olduğunun tanımlanmış olmamasıdır. Demokratik bir hukuk devletinde, güvenceleri sağlanmış, savunma hakkının tam olarak kullanılabilmesi, uyuşmazlıktan önce kurulmuş mahkemeler önünde ve tabii hâkim tarafından yargılanma olarak tanımlanan adil yargılanma hakkında mesele ; yargılamanın sonucunun adilliği değil, adil bir karar verilebilmesi için gerekli olan usullerin ve koşulların yerine getirilip getirilmediğidir. Adil yargılanma hakkı, AİHS m.6'da yer alan unsurları kapsayan, ancak bunlarla sınırlı olmayan genel nitelikli bir haktır.

Kamu davasının açılması, Türk Ceza Kanunu tarafından yasaklanmış bir fiilin sanık tarafından işlendiğinin, Cumhuriyet Savcısı tarafından ona isnat olunması demektir. Adil yargılamanın temel ilkelerinden olan silahların eşitliği ilkesi, yargılamanın genel anlamda hakkaniyete uygun şartlar altında sürdürülmesi için gerekli bütün hususları içine alan bir kavramdır. Şüphelinin yargılamanın öznesi ve tarafı olduğu akıldan çıkarılmamalıdır. AİHM içtihatlarında susma ve kendisini suçlamama hakkı, kişinin hem aleyhine olan beyanı yapmama, hem de aleyhine olacak hiçbir belgeyi de hakkını içerir şekilde yer almaktadır. Bu kapsamda idari kurum ya da kişilere, ya-

sal zorlama altında verilen ifadelerin, daha sonra ifade veren kişi aleyhine ceza davasında kullanılması da susma ve kendini suçlamama hakkının ihlalidir. Ayrıca güvenlik ve kamu yararı gerekçesiyle de olsa hakkın özüne dokunulamaz.

Kesinleşmiş bir yargı kararı olmaksızın suçlanmama, suçlu gibi teşhir olunmama, suçlu gibi işlem ve davranışlara tabi tutulmama çağdaş ve demokratik yargılamanın temel bir ilkesidir. Bu ilkeye göre, bir suçla itham edilen kimse, suçluluğu kanunda öngörülen usulle gerçekleştirilen bir muhakemenin sonunda sabit oluncaya kadar suçlu sayılamayacaktır. Medya organlarının bir takım soruşturmalarda kendiliğinden harekete geçip araştırma yapması, suç faillerini bulmaya ve delilleri toplamaya ve değerlendirmeye çalışması, bunları basın ya da televizyon yoluyla yayımlayarak, suçluluğu hükmen sabit olmayan bir kişiyi kamu oyuna suçlu olarak takdim etmeleri de suçsuzluk karinesini ihlal eder.

Mahkeme, eylemi sanığın gerçekleştirip gerçekleştirmediği konusunda vicdani kanaate varamıyorsa ve eylemi sanığın gerçekleştirmiş bulunduğunu delillere dayanarak ispat edemiyorsa, “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi gereği sanığın o fiili gerçekleştirmediği kabul edilir. Davaların hızla sonuçlandırılması, tutuklu kişilerin makul süre içinde yargılamayı isteme hakları, anayasal norm olarak hukuk sisteminde yer almış, hızlı yargılama kavramı, adaletin bir ihtiyacı olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6 ve Anayasa'nın m. 141/ son'da belirtilmiştir. Bu çerçevede, makul sürenin saptanması açısından tarafların davranışı ve davanın karmaşıklığı önemli unsurlardır.

Hukukun herkese, hatta kim olduklarının, buldukları ülkenin ve yaşadıkları tarihin önemi olmaksızın, yönetilenler kadar yönetenlere de gerekli olduğu yadsınamaz. Adil yargılanma hakkı, en az yaşama hakkı kadar özüne dokunulamaz bir mutlak haktır. Bu vazgeçilmez hakkın yaşatılabilmesi, insan haklarının ödünsüz savunulduğu demokratik toplumlarda mümkündür. Başkalarının adil yargılanma hakkına karşı yapılan hak ihlallerinde sesini çıkartmayanların, günü geldiğinde kendilerinin de aynı durumlarla karşılaşmayacaklarının gü-

vencesi olamaz. Bilinçli yurttaşların ve demokrasi kültürünün egemen olduğu toplumlarda, her bireyin diğerinin yaşama ve adil yargılanma hakkı ihlal edilirken duyarsız kalmaması bir erdem ve onur gereğidir. Nazi Almanyası'ndan günümüze yankılanan Martin Niemöller'in seslenişi insanlığa her şeyi anlatmaktadır.

“Önce sosyalistleri topladılar, sesimi çıkarmadım; çünkü ben sosyalist değildim. Sonra sendikacıları topladılar, sesimi çıkarmadım; çünkü sendikacı değildim. Sonra Yahudileri topladılar, sesimi çıkarmadım; çünkü Yahudi değildim. Sonra beni almaya geldiler; benim için sesini çıkaracak kimse kalmamıştı.”

KAYNAKÇA

ALTIPARMAK, Cüneyd; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 63, Ankara 2006

ANAYURT, Ömer ; “ Adil Yargılanma İlkesi Olarak Masumiyet Karinesi” Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı, İstanbul Barosu – Türk Ceza Hukuku Derneği, Ankara 2007

“ AİHM İctihatlari Temelinde Avrupa Konseyi Üye Devletlerinde Yargılama Süreleri hakkında CEPEJ Raporu”, Çev. HENDEK, Hasan Küresel Bakış, Yıl: 3, Sayı: 10, Ankara 2013

ÇEÇEN, Anıl; “ İnsan Hakları ve İnsancıl Hukuk”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Cilt: 8, Özel Sayı, İzmir 2013, s.: 810

DİNÇ, Güney; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Savunma Ve Hak Arama Sürecinde Silahların Eşitliği”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004

DÖNMEZER, Sulhi, “Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Nurullah

Kunter'e Armağan, Beta Yay., İstanbul 1998

YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 11. baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005

FEYZİOĞLU, Metin, “Anglo Sakson ve Anglo Amerikan Hukuk Düzenlerinde Habeas

Corpus Kurumu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1995, C. 44, Sayı. 1-4,

FEYZİOĞLU, Metin; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6/3-a Uyarınca İsnadın Bildirilmesi ve Türk Hukuku”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 55, Ankara 2004

FEYZİOĞLU, Metin; “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, AÜHFĐ, C. : 48, Sayı : 1-4, Ankara 1999

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref, İHAS Ve Uygulaması - İHAM İnceleme Ve Yargılama Yöntemi, Turhan Yay., 7. Baskı, Ankara 2007.

İLKİZ, Fikret;” Habeas Corpus ve Ölülerimiz”, Bianetorg, 15 Temmuz 2013

İNCEOĞLU, Sibel; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 1. baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul 2002,

KARDAŞ, Ümit; “ Tabii Hakim İlkesi ve ÖYM/TMK”, Hukuki Haber, 10 Temmuz 2012

KARTAL, Bilal; “ Türkiye’de Adil Yargılanma Hakkı”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004

KAŞIKARA, M. Serhat ; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesi Çerçevesinde Makul Süre İçerisinde Yargılanma Hakkı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 84, Ankara 2009

KATOĞLU, Tuğrul; “ Tutuklama Tedbirine İlişkin Sorunlar” Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 4, Ankara 2011,

KAYNAK, A. Osman ; “ Uluslararası Sözleşmeler Işığında ‘Adil Yargılanma Hakkı’ ve İç Hukukumuzla Karşılaştırması”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 1, Ankara 2007

KESKİN, Serap; “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, İÜHFĐM C. LX, S. 1-2, İstanbul 2002

KOÇAOĞLU, S. Sinan; “ Susma Hakkı” Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 1, Ankara 2011

MEMİŞ, Pınar; “Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi In Dubio Pro Reo”, Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı, İstanbul Barosu – Türk Ceza Hukuku Derneği, Ankara 2007

PALM, Elisabeth; “ AİHM Kararları ve AB Düzenlemeleri Işığında Basın Özgürlüğü, Adil Yargılanma Hakkı, Soruşturma ve Yargılama İlişkileri” , Çağdaş Demokrasilerde Yargı ve Medya İlişkileri Uluslar Arası Sempozyum, 24-25 Mayıs 2010, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2011

SENCER, R. Feridun; “ Adil Yargılanma Hakkı”, İzmir Barosu Dergisi, Mayıs 2013, İzmir

ŞIK, Hüseyin; “Suçsuzluk Karinesi” Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, Ankara 2013

TANYAR, Z. Çağa; “ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Gizli Tanıklık ve Adil Yargılanma Hakkı”, Legal Hukuk Dergisi, Cilt : 10, Sayı: 114, İstanbul 2012

TEZCAN, Durmuş/ McBRIDE, Jeremy/ ERGÜL, Teoman/ DEMİRRAĞ, Fahrettin/ CENGİZ, Serkan ; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008

TOROSLU, Nevzat / FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yay., Ankara 2007.

TURAL, Mehmet ; 12 Eylül’de Hem Kürt, Hem Alevi, Hem Solcu Bir Hakim Olmak, Postiga Yayınları, İstanbul 2011

TURAN, Hüseyin; “ Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ndeki Yeri Ve Önemi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 84, Ankara 2009

Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi Tutuklama Raporu, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2010

ÜZÜLMEZ, İlhan; “Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi Ve Sonuçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 58, Ankara 2005

YARSUVAT, Duygun; “ Kitle İletişim Araçlarının Ceza Adaletine Etkisi” Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul 1998

YAYLA, Mehmet; “Ceza Yargılamasında İspat İçin Yenilmesi Gereken Şüpheler; Türkiye ve Amerika Birleşik Devletleri Sistemlerinin İncelenmesi”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı : 3, Ankara 2013

YÜCEKUL Gülşah - M. Sinan Altunç ; “ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılamasında Silahların Eşitliği İlkesi”, Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı, İstanbul Barosu - Türk Ceza Hukuku Derneği, Ankara 2007

YÜCEL, M. Tören; Türkiye’de Yargının Etkinliği, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2008

