

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE "ADİL YARGILAMA"

Prof. Dr. Feyyaz GÖLCÜKLÜ*

1.- "İnsan haklarını ve ana hürriyetleri korumaya dair Sözleşme"nin 6. maddesi uyarınca

"1. Her şahıs gerek medenî hak ve vecibeleriyle ilgili nizalar gerek cezaî sahada kendisine karşı serdedilen bir isnadın esası hakkında karar verecek olan kanunî, müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makûl bir süre içinde hakkaniyete uygun ve alenî surette dinlenmesini istemek hakkını haizdir.

Hüküm alenî olarak verilir, şukadar ki demokratik bir toplulukta âmme intizamının veya millî güvenliğin veya ahlâkın yararına veya küçüğün menfaati veya davaya taraf olanların korunması veya adaletin selâmetine zarar verebileceği bazı hususî hallerde, mahkemece zaruri görülecek ölçüde, aleniyet davanın devamınca tamamen veya kısmen basın mensupları ve halk hakkında da tahdidedilebilir.

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

3. Her sanık ezcümle:

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

b) Müdafaasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara malik olmak,

c) Kendi kendini müdafaa etmek veya kendi seçeceği bir müdafii veya eğer bir müdafi tayin için malî imkânlardan mahrum bulunuyor ve adaletin selâmeti gerektiriyorsa, mahkeme tarafından tayin edilecek bir avukatın meccani yardımından istifade etmek,

d) İddia şahitlerini sorguya çekmek veya çektirmek, müdafaa şahitlerinin de iddia şahitleriyle aynı şartlar altında davet edilmesini ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek,

* Avrupa İnsan Hakları Divanı yargıcı

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

1) Kavram

2.- Madde hükmü, önceleri, "sağlıklı âdalet yönetimi" isteme hakkı genel deyimi ile adlandırılan (Bkz. Div. K., Delcourt/Belçika, 17.1.1970, A 11, s. 15, 25 ve 28), sonra da "âdil yargılama" (hakkaniyete uygun yargılama) kavramı ile belirlenen bir hakkı (Bkz. Div. K. Golder/İngiltere, 21.2.1975, A 18, s. 13 ve 15-16, § 28 ve 33) güvence altına almaktadır. Biraz sonra görüleceği gibi bu hak, birden fazla ve çeşitli unsurları içeren bir bütündür. Bu unsurlardan bir kısmı maddede açıkça belirtilmiş; diğer bazıları ise, kavramın zorunlu sonuçları sıfatıyla, madde hükmüne zımnen dahil unsurlar olarak Divan'ca saptanmıştır.

3.- Âdil yargılama kavramının demokratik toplumda işgâl ettiği önemli yer hem bu hakkın pratik mülâhazalara feda edilmesinc (Div. K. Kostovski/Hollanda, 20.11.1989, A 166, s. 21, § 44) hem de genel kuralı içeren 1. fıkra hükmünün dar yorumuna engeldir (Bkz. Div. K. Golder/İngiltere, s. 15, 25; De Cubber/Belçika, 26.10.1981, A 86, s. 16 ve 18, 30 ve 32)

4.- 6. madde, Divan'a göre, aynı zamanda, demokratik yönetimin temel öğelerinden biri olan hukukun üstünlüğü ilkesini de içermektedir (Div. K., Golder/İngiltere, s. 16-17, § 34-35; Sunday Times/İngiltere, 26.4.1979, A 30, s. 34, § 55; Colozza et Rubinat/İtalya, 12.2.1983, A 89, s. 16, § 32).

5.- Âdil yargılama kavramı adli mekanizmanın yalnız işleyişini değil, bunun, aynı zamanda, organizasyonunu da kapsar. (Div. K., Golder/İngiltere, s. 15-16, § 33).

6.- Sözleşme, kişinin âdil yargılama isteme hakkını "medenî hak ve vecibelerle ilgili nizalar" ve "cezaî sahada serdedilen bir isnadın esasına" (yani medenî hak davaları ile ceza davalarına) inhisar ettirmek suretiyle söz konusu hakkı kısmen sınırlı tutmuştur. Örneğin idarî davalar yahut disiplin hukuku veya anayasaya aykırılık iddiaları, kural olarak, bu madde uygulamasının dışındadır. Bununla beraber hemen belirtmek isteriz ki, Komisyon ve Divan'ın "otonom kavramlar" doktrini uyarınca, maddedeki "medenî hak" ve "suç isnadı" deyimleri maddî kriter esas alınmak suretiyle geniş şekilde yorumlanmış; böylece, örneğin, şeklen kamu hukuku düzeyinde yer alan pekçok ihtilâf özü bakımından medenî haklara ilişkin niza telâkki edilerek madde kapsamına sokulmuştur. Bu noktaya ileride tekrar döneceğiz.

7.- Biraz önce belirttiğimiz gibi, maddenin genel kuralı koyan 1. fıkrası âdil yargılama kavramını oluşturan unsurlardan bir kısmını açıkça saymış bulunmaktadır. Bunlar, davanın a) kanunla kurulan, b) bağımsız ve tarafsız, c) mahkeme önünde, d) makûl sürede, e) açık duruşmada görülmesidir. Ne var ki fıkranın birinci cümlesinde davanın, aynı zamanda, "(...) hakkaniyete uygun surette (...)" dinlenmesi de istenmiştir. İşte Strasbourg denetim organları, bu ibareden hareketle, âdil yargılama kavramının,

** Bu sözleşme 4.11.1950 tarihinde Roma'da imzalanmış; 3.9.1953 tarihinde yürürlüğe girmiş; 8.5.1954 tarihinde de Türkiye tarafından onaylanmıştır (10.3.1954 tarih, 6366 sayılı Kanun Resmi Gazete : 19.3.1954, Sayı 8662; Düstur, C. 35, s. 1567).

fıkra da açıkça sayılanlar yanında zımnî unsurları da içerdiği sonucuna varmışlardır. Divan içtihadında rastlanan "dava hakkı" (veya, mahkeme önünde hak arama özgürlüğü), "tarafklar arasında silâh eşitliği", "yargılamada çelişiklik" (vicahilik yahut yüzyüzelik gibi (Bkz. Div. K. Delcourt/Belçika, 17.1.1970, A 4 s. 15, § 28; Airey/İrlanda, 9.10.1979, A 32, s. 13, § 24; Dewer/Belçika, 27.2.1980, A 35, s. 25, § 49; Silver et autres/İngiltere, 25.3.1983, A 61, s. 31, § 81; Zumbotel/Avusturya, 21.9.1993, A 268-a, § 27 ve son).

8.-¹ 1. fıkranın ikinci cümlesinde, açık duruşmaya getirilen istisnalar gösterilmiştir. Maddenin 2. fıkrasında ceza yargılaması hukukunun evrensel temel kuralı "suçsuzluk karinesi", 3. fıkrasında da sanığın hakları yer almaktadır.

9.- 3. fıkranın sanığa tanıdığı haklar (ya da güvenceler), 1. fıkra ile konulan âdil yargılama normunun "(.....) bazı özel uygulama şekilleri (.....)", diğerk bir deyimle genel kuralın uzantısı veya doğal sonuçlarıdır. Fıkra başında "(.....) ezcümle (.....)" denilmek suretiyle, yapılan sayımın sınırlı olmadığı, örnek niteliği taşıdığı belirtilmek istenmiştir (Divan'ın bu konudaki pekçok kararları arasından tarih itibariyle yenileri Hadjianastassiou/Yunanistan, 16.12.1992, A 252, § 16, ve Melin/Fransa, 22.6.1993, A 261-a, § 21). Sanığa tanınan söz konusu güvenceler, esasında, âdil yargılama kavramına dahil unsurlardan oldukları cihetle, 3. fıkra hükümleri uygulanırken 6. madde ile güdülen asal amacın gözden kaçırılmaması, dalların bağlı bulunduğu ortak gövdenin daima göz önünde tutulması gerekir (Div. k., özellikle bkz. Artico/İtalya, 13.5.1980, A 37, s. 15, § 32; Goddi/İtalya, 9.4.1984, A 76, s. 11, § 28; Asch/Avusturya, 24.4.1991, A 203, s. 10, § 25; İsrò/İtalya, 19.2.1991, A 194-a, s. 12 § 31; Delta/Fransa, 19.12.1990, A 191, s. 15, § 34). Bu nedenledir ki Divan, 6. maddenin 2 veya 3. fıkralarının ihlâl edildiği iddialarını, tek başına bu fıkralar açısından değil, fakat maddenin, genel kuralı içeren, 1. fıkrasıyla bağlantılı olarak ele alıp sonuca varmaktadır (Bkz. Div. K. Deweer/Belçika, 27.2.1980, A 35, s. 9 § 56; Pakelli/Federal Almanya 25.4.1983, A 64, s. 18 § 42; Unterpertinger/Avusturya, 24.11.1986, A 110, s. 14, § 29; Bricmont/Belçika, 7.7.1989, A 158, s. 28, § 75; Kostovski/Hollanda, 20.11.1989, A 166, s. 19, § 39; Windisch/Avusturya, 27.9.1990, A 186, s. 9, § 23; Delta/Fransa, s. 15, § 34; Artner/Avusturya, 28.8.1992, A 242-a, s. 6, § 19 ve nihayet Hadjianastassiou/ Yunanistan, § 31; Melin/Fransa, § 21).

Söz konusu güvenceler her ne kadar ceza davasında sanık için öngörölmüş iseler de, gereğinde *mutatis mutandis*, medenî hak yargılamasında da uygulama bulacaklardır (Bkz. *mutatis mutandis* Div. K. H/Fransa, 24.10.1989, A 162, s. 23, § 60 ve aynı davada Komisyon mütalâası, s. 36-37, § 87-88).

10.- Âdil yargılama güvencesini gerçek kılmak için Sözleşme'ye taraf devletler gerekli önlemleri almak zorundadırlar (Div. K. Barberà, Messegue et Jabardo/İspanya, 6.12.1988, A 146, s. 33 § 78). Örneğin yargılamanın makûl sürede bitirilmesi için yeter sayıda mahkeme kurulması yahut yargıç görevlendirilmesi gibi. Alacakları önlemlerin şekli ve niteliği konusunda üye devletler her ne kadar geniş bir takdir marjına sahip iseler de yapılan seçimin isabetinde ölçüt, öngörülen önlemlerin güdülen amacı gerçekleştirmede yeterli olup olmadıklarıdır (Div. K. Buchholz/Federal Almanya, 6.5.1981, A 42, s. 16, § 51; Zimmermann et Steiner/İsviçre, 13.7.1983, A 66, s. 12, § 29; De Cubber/Belçika, 26.10.1984, A 86, s. 20, § 35; Colozza et Rubinat/İtalya, 12.2.1985, A 89, s. 15, § 30).

11.- Geçerken belirtelim ki hasım bulunmayan hâllerde dahi sanık, yargıç veya mahkeme önünde, savunması bakımından nahak yere güç ve elverişsiz bir durumda bırakılmışsa, diğer bir deyimle karşı iddia ve savunma olanakları kısıtlanmışsa Divan'a göre 6. madde hükmü gene çiğnenmiş olacaktır (Div. K. Delcourt/Belçika, 17.1.1970, A 11, s. 18, § 34; Monnell et Morris/İngiltere, 2.3.1987, A 115, s. 23 ve son., § 61 ve son.).

12.- 7 No.lu ek Protokol'un 2. maddesi bir yana, Sözleşme taraf devletleri çok dereceli bir yargılama usulü kabulüne mecbur kılmış değildir. Bununla beraber bir devlet istinaf ya da temyiz yargılamasını da öngörmüş ise 6. madde hükmüne bu merciler önünde de -bunların kendilerine has yargılama özellikleri hesaba katılmak kaydıyla (Bkz. Div. K. Pakelli/Federal Almanya, 25.4.1983, A 64, s. 14, § 29; Fretto et autres/İtalya, 8.11.1983, A 71, s. 12 ve son., § 23-28; Axen/Federal Almanya, 8.12.1983, A 72, s. 12 ve son., § 27-32; Fejde/İsveç, 29.10.1991, A 212-c, s. 67, § 26; Kremzow/Avusturya, 21.10.1993, A 268-b, s. § 58)- riayet olunacaktır. Kabul gerekir ki ilk dereceyi izleyen sonraki derece yargılamaları da sanığın durumunu etkileyecektir ve kesinleşmemiş bir mahkûmiyet veya beraat kararının için "esasını" çözüme bağladığı söylenemez.

Maddenin ilk fıkrasındaki "(...) esası hakkında (...)" ibaresi davanın maddî yönü yanında hukukî yönünü de içermektedir (Div. K. Delcourt/Belçika, s. 12-16, § 22-26; Keza bkz. Neumeister/Avusturya, 27.6.1968, A 8, s. 41, § 19; Wemhof/Belçika, 27.6.1968, A 7, s. 26, § 18; Ringeisen/Avusturya, 16.7.1971, A 13, s. 45, § 110; Engel et autres/Hollanda, 8.6.1976, A 22 s. 36, § 85; Adolf/Avusturya, 26.3.1982, A 49, s. 18, § 40; König/Federal Almanya, 28.6.1978, A 27, s. 33, § 98; Buchholz/Federal Almanya, 6.5.1981, A 42 s., 15, § 48; Artico/İtalya, 13.5.1980, A 37, s. 15 ve son., § 31-37; Goddi/İtalya, 9.4.1984, A 76, s. 13, § 32; Minelli/İsviçre, 25.3.1983, A 62, s. 19, § 39-40; Sutter/İsviçre, 22.2.1984, A 74, s. 13, § 28).

13.- Komisyon veya Divan 6. madde hükmünün ihlâl olup olunmadığını araştırırken ulusal hukuk düzeyinde yargılamanın bütününe gözönünde tutmaktadır. Gerçekten yargılamanın belli bir safhasında ihmâl edilen bir hususun sonraki safhalarda telâfi edilmiş olması her zaman mümkündür (Preto/İtalya, 8.12.1983, A 71, s. 12-13, § 27; Adolf/Avusturya, s. 19, § 41; Albert et Le Compte/Belçika, 10.2.1983, A 58, s. 19, § 36; Le Compte, Van Leuven et De Meyere, 23.6.1981, A 43, s. 23, § 51; Axen/Federal Almanya, s. 12, § 27; De Cubber/Belçika, s. 16, § 31-33; Granger/İngiltere, 28.3.1990, A 174, s. 17, § 44; Öztürk/Federal Almanya, 21.2.1984, A 73, s. 21, § 56; Zumbotel/Avusturya, 29.9.1993, A 268-a, § 35).

6. maddenin uygulama alanına dahil davalarda, olağan yargılama makamlarınca verilecek kararların esasını etkilemeleri halinde, söz konusu madde hükmü anayasa mahkemelerini de bağlamaktadır. Bu durumda, elbetteki, anayasa mahkemeleri önünde görülen davaların özel niteliği gözönünde tutulacak ve değerlendirme bu açıdan yapılacaktır (Bkz. Div. K. Buchholz/Federal Almanya, s. 15, § 47-48; Sramek/Avusturya, 22.10.1984, A 84, s. 17, § 35; Deumeland/Federal Almanya, 29.5.1986, A 100, s. 26, § 77; Poiss/Avusturya, 23.4.1987, A 117, s. 103, § 51-52; Bock/Federal Almanya, 29.3.1989, A 150, s. 17-18, § 36-37 ve özellikle Ruiz-Mateos/İspanya, 23.6.1993, A 262, § 55 ve son.).

14.- Nihayet hatırlamak isteriz ki Sözleşme'ye ek 7. No.lu Protokol ile taraf devletlere istinaf (ikinci derece) yargılaması kurma yükümü getirilmiştir. 1.11.1988

tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan bu Protokol Türkiye tarafından imzalanmış fakat henüz onaylanmamıştır. Bu konuya ileride değineceğiz.

2. Uygulama alanı: "Medeni hak ve vecibelerle ilgili nizalar"; "Suç ithamı"

15.- Hükmün madde bakımından uygulama alanının sınırlı tutulduğunu; âdil yargılama hakkının "medeni hak ve vecibelerle ilgili nizalar" ile "suç ithamı"na (ceza davaları) ilişkin yargılamalara inhisar ettirildiğini biraz önce belirtmiştik. Bu kavramlar da, Sözleşme'deki diğer kavramlar gibi, ulusal nitelime ve değerlendirmelerden bağımsız otonom kavramlardır (Div. K. König/Federal Almanya, 26.6.1978, A 27, s. 29, § 88; Deweer/Belçika, 27.2.1980, A 35 s. 22, § 42; De Cubber/Belçika, 26.10.1984, A 86, s. 18, § 32). Strasbourg denetim organları bu kavramları yorumlarken maddî kritere başvurmuş, yani yargılamaya konu teşkil eden hak yahut iddianın cevherini (dava konusu) esas almıştır (Div. K. König/Federal Almanya, s. 30 ve 32, § 90 ve 95; Le Compte, Van Leuven et De Meyere/Belçika, 23.6.1981, A 43, s. 20-22, § 44-48; Deweer/Belçika, s. 22, § 42; Francesco Lombardo/İtalya, 26.11.1992, A 249-b, § 15 ve son.; Giancarlo Lombardo/İtalya, 26.11.1992, A 249-c, § 13 ve son.; Zander/İsveç, 25.11.1992, A 279-b, § 37). Adı geçen kavramları anlamlandırırken Divan tüm durum ve ihtimalleri kapsayacak soyut ve genel bir formül vermekten ziyade, her somut olayı kendi özel şartları içinde değerlendiren bir sonuca varmaktadır.

A. "Medeni hak ve vecibelerle ilgili nizalar"

16.- Bireyler arasındaki yahut özel kişi ile özel kişi sıfatıyla hareket eden (özal hukuka tâbi) kamu tüzel kişileri arasındaki özel hukuk ilişkisi ve nizalarının medeni hak ve vecibelerle ilgili nizalar olduğu kuşkusuzdur. Haksız fiilden doğan her türlü tazminat davaları, mülkiyet hakkı, eşya, miras yahut aile hukuku ilişkileri gibi (Div. K. Golder/İngiltere, 21.2.1975, A 18, s. 16-17, § 34; Airey/İrlanda, 9.10.1979, A 32, s. 12, § 21; Campbell et Fell/İngiltere, 28.6.1984, A 80, s. 47-48, § 105-107; Winterwerp/Hollanda, s. 28, § 73; Buchholz/Federal Almanya, 6.5.1981, A 42, s. 15, § 46; Sporrang et Lönnroth/İsveç, 23.9.1982, A 52, s. 29, § 79; Zimmermann et Steiner/İsviçre, 13.7.1983, A 66, s. 10, § 22; Guincho/Portekiz, 10.7.1984, A 81, s. 13, § 28; Rasmussen/Danimarka, 28.11.1984, A 87, s. 12, § 32; keza bkz. Kom. R. Goisis/İtalya, 1.7.1992, no. 15310/89).

17.- Asıl tereddüt ve güçlük kamu hukukundan kaynaklanıp bireyi etkileyen tasarruf ve işlemler konusunda belirmiştir. Örneğin, idarenin, kanun tarafından, kişinin hak ve menfaatlerini etkileyen tasarruflarda bulunmakla yetkili kıldığı hallerde -başka bir deyişle kamu hukuku düzeyinde yer alan karar ve işlemler konusunda- olduğu gibi. Tarım alanı satış sözleşmesinin, geçerlik için, ayrıca yetkili idarî makam tarafından da onaylanması gerekirken bu makamın adı geçen sözleşmeyi onaylamaması ve böylece satışın hükümsüz sayıldığı Ringeisen/Avusturya davasında Divan, "medeni hak" kavramını klâsik anlamdaki "özel hukuk nizaları"na aşar şekilde, geniş surette yorumlamış, nizanın "şekli" kaynağına değil, biraz önce belirttiğimiz gibi, "konusu"na bakarak 6. madde hükmünün bu olayda uygulanabilirliğine karar vermiştir. Divan'a göre 6. madde "(...) sonucu itibarıyla, özel nitelikteki hak ve vecibeyi etkileyen (tayan eden) her türlü yargılamayı kapsamaktadır; nizanın çözümünde uygulanacak mevzuat ile bu nizayı çözmek için yetkili kılınan organın niteliği (6. madde uygulamasında) hiç de önemli değildir" (Ringeisen/Avusturya, 16.7.1971, A 13, s. 39, § 94. Bu konuyla ilgili

öteki davalar için bkz. König/Federal Almanya, 28.6.1978, A 27, s. 30, § 89-90; Sramek/Avusturya, 22.10.1984, A 84, s. 17, § 34; keza Helmers/İsveç, 29.10.1991, A 212-a, s. 14, § 29-30).

18.- Önüne gelen davalarda Divan, kamu hukuku düzeyinde yer almasına rağmen bazı tasarrufları, yukarıda değinilen gerekçe ile, medenî hak ve vecibe niteliğinde niza sayarak 6. maddenin uygulama alanına sokmuştur. Divan içtihadında, bir özel hukuk tasarrufunun, geççerlik için, idarenin izin yahut denetimine tabi tutulmuş bulunması bu tasarrufun özünü, yani medenî hak niteliğini ortadan kaldırmaz. Ulusal hukukun "kamusal" saydığı bir tasarruf denetim organı Divan tarafından 6. madde bağlamında değerlendirilirken önce, söz konusu tasarruftan doğan hakkın içeriği veya bu tasarrufun sonuçları ele alınarak "kamusal" veya "özel" nitelikten hangisinin ağır bastığı araştırılmakta ve böylece bir sonuca varılmaktadır (Div. K. König/Federal Almanya, 31-32, § 92-95; Feldbrugge/Hollanda, 29.5.1986, A 99, s. 25, § 74; Duemeland/Federal Almanya, 29.5.1986, A 100, s. 25, § 74; H./ Belçika, 30.11.1987, A 127, s. 37 ve son., § 45 ve son.).

19.- Divan'a göre mülkiyet hakkı alanında sonuç doğuran idarî tasarruflara (Div. K. Winterwerb/Hollanda, 24.10.1970, A 33, s. 28, § 73; Gillow/İngiltere, 27.11.1986, A 109, s. 26, § 68; Lithgow et autres/İngiltere, 8.7.1986, A 101, s. 70, § 192; James et autres/İngiltere, 21.2.1986, A 98, s. 46, § 81; Baraona/Portekiz, 8.7.1987, A 122, s. 18, § 44; Erkner et Hofauer/Avusturya, 23.4.1987, A 117, s. 60, § 62; Poiss/Avusturya, 23.4.1987, A 117, s. 102, § 48; Ettl et autres/Avusturya, 23.4.1987, A 117, s. 16, § 32; Sporrang et Lönnroth/İsveç, 23.9.1982, A 52, s. 29, § 79; Boden/İsveç, 27.10.1987, A 125, s. 40-41, § 32; Allan Jacobsson/İsveç, 28.6.1990, A 180, s. 12, § 30; Skarby/İsveç, 28.6.1990, A 180, s. 36-38, § 26-30; Hakansson et Sturesson/İsveç, 21.1.1990, A 171, s. 19, § 59; Powell et Rayner/İngiltere, 21.2.1990, A 172, s. 15 ve son., § 34 ve son.; Philis/Yunanistan, 27.8.1991, A 209, s. 29 ve son., § 58 ve son.; Ruiz-Mateos/İspanya, 23.6.1993, A 262-a, § 32 ve 54 ve son.; Papamichalopoulos et autres/Yunanistan, 24.6.1993, A 260-b, § 45); bir meslek, san'at veya başka bir iktisadî faaliyetin yürütülmesi ile ilgili idarî kararlara (Div. K. König/Federal Almanya, 28.6.1978, A 27, s. 31, § 93; Le Compte, Van Leuven et De Meyere/Belçika, 23.6.1981, A 43 s. 20, § 44; Albert et Le Compte/Belçika, 10.2.1983, A 58, s. 15, § 28; Van Marle et autres/Hollanda, 26.2.1986, A 101, s. 11-12, § 35; Benthem/Avusturya, 23.10.1985, A 97, s. 14 ve son., § 30 ve son.; Pudas/İsveç, 27.10.1987, A 125, s. 13 ve son., § 30 ve son.; Tre Traktörer AB/İsveç, 7.7.1989, A 159, s. 16 ve son., § 36 ve son.); reşit olmayan çocukların (ana-babadan ayrılarak) korunması amacıyla alınan çeşitli önlemlere (Div. K. O., H., W., B., et R./İngiltere, 8.7.1987, A 120-121; Olsson/İsveç, 27.3.1988, A 130, s. 38, § 88-91; Ericksson/İsveç, 22.6.1989, A 156, s. 27, § 73; Olsson/İsveç 2, 27.11.1992, A 250, § 96); çalışma hayatı düzeyinde ve iş hukukundan kaynaklanan (emeklilik, sosyal sigorta, sosyal yardım ödenekleri, iş sözleşmesinin feshi, işten çıkarma vb. gibi) bazı idarî tasarruflara (Div. K. Feldbrugge/Hollanda, s. 12-13, § 26-29; Deumeland/Federal Almanya, s. 23-26, § 60-73; Francesco Lombardo/İtalya, § 14-17; Giancarlo Lombardo/İtalya, § 13-16; Salesi/İtalya, 26.2.1993, A 257, § 19; Schuler-Zgragen/İsviçre, 24.6.1993, A 263, § 467; keza bkz. Kom. R. Figus Milone/İtalya, 1.7.1992, no 13686/88 ve İstituta di Vigilanza/İtalya, 1.7.1992, no 13567); idarenin kusurundan doğan zararın tazminine (Div. K. Editions Périscope/Fransa, 26.3.1992, A 234-b, § 40; X./Fransa, 30.3.1992, A 236, § 30) ilişkin nizalar medenî hak ve vecibelere ilişkin niteliktedirler. Komisyon, çevreyi kirlettiği iddia olunan bir işletmeye faaliyet

izni veren idarî tasarrufun iptali için açılan davayı medenî haklara ilişkin görmüştür (Kom. R. K. Lennard et Gunny Zander/İsveç, 14.10.1992, no. 14282/88, § 36 ve son.)

(Bu konularda keza bkz. Div. K. Obermeier/Avusturya, 28.6.1990, A 179; H./Fransa, 24.10.1989, A 162-a; X./Fransa 31.3.1992, A 234-c; Tomasi/Fransa, 27.8.1992, A 121; İdarenin, sahip bulunduğu takdir hakkını kullanması sonucu doğan nizalar konusunda bkz. Kom. R. Kaplan/İngiltere, 17.7.1980, no. 7598/76, DR 21, s. 5 ve aynı konuda Divan'ın farklı kararı Le Compte, Van Leuven et De Meyere/Belçika, 23.6.1981, A. 43; keza bkz. Belilos/İsviçre, 29.4.1988, A 132; ve Kom. K. K./Federal Almanya, 3.3.1988, no. 10855/84, DR 55, s. 51; Wallin/İsveç, 8.3.1988, no 11450/85, DR 55, s. 142).

20.- Komisyon ve Divan uygulaması ile kapsamı bir hayli genişletilmiş de olsa "kamusal" niteliği ağır basan bazı tasarruflara ilişkin nizalar söz konusu kavramın dışında tutulmuşlardır. Bu cümleden olmak üzere Sözleşme organları siyasi haklar (Kom. K. X./İngiltere, 7.11.1978, no. 8208/78, DR 16, s. 163; Priorello/İtalya, 6.5.1985, no. 11068/84, DR 43, s. 195); devlet memurluğuna kabûl ve memurluk rejiminin düzenine ilişkin bir kısım tasarruflar (Kom. K. X./İngiltere, 8.10.1980, no. 8496/79, DR 21, s. 168; Leander/İsveç, 10.4.1983, no. 9248/81, DR 34, s. 78; X./Portekiz, 1.3.1983, no. 9877/82, DR 32, s. 258; P./Portekiz, 13.12.1984, no. 10582/83; DR 40, s. 271) yabancıların ülkeye kabulü ya da sınır dışı edilmeleri yahut siyasi sığınma ile ilgili işlemler (Kom. K. Uppal et autres/İngiltere, 2.5.1979, no 8244, DR 17, s. 149; X., Y., Z./İngiltere, 6.7.1982, no. 9285/81, DR 29, s. 205; Agee/İngiltere, 17.12.1976, no. 7729/76, DR 7, s. 164; Div. K. Skarby/İsveç, 28.6.1990, A 180-b); vergilendirme (Kom. K. X./Avusturya, 8.7.1980, no 8903/80, DR 21, s. 246; Van Sydow/İsveç, 12.5.1987, no. 11464/85, DR 53, s. 85; keza bkz. Div. K. Salabiaku/Fransa, 7.10.1988, A 141); kişi özgürlüğünün kısıtlanması (Kom. K. S./Fransa, 6.5.1985, no. 10406/83, DR 42, s. 133; K./Federal Almanya, 10.12.1985, no. 11352/85, DR 45, s. 273; Div. K. Baraona/Portekiz, 8.7.1987, A 122, s. 16 ve son., § 36 ve son; Kom. R. Van Der Leer/Hollanda, 14.7.1988, no. 11509/85, § 121 ve Koendjibharie/Hollanda, 12.10.1989, no. 11487/85, § 78; Div. K. Neumeister/Avusturya 27.6.1968, A 8, en droit s. 43-44, § 24; İrlanda/İngiltere, 18.1.1978, A 25, s. 89, § 235; Guzzardi/İtalya, 6.11.1980, A 39, s. 40, § 108); kamu fonlarından yapılan bazı ödemeler (Kom. K. X./İsveç, 9.7.1980, no. 8341/78, DR 20, s. 161; Rotenstein/Federal Almanya, 10.12.1984, no. 10612/83, DR 40, s. 276) konusundaki nizaların maddede belirtilen nitelikte olmadığına karar verilmiştir.

21.- Maddede hak ve vecibelerle ilgili "nizalar"dan sözedildiğine göre bu madde hükmünün uygulanmasında aranacak diğer iki koşul da: ortada bir "hak" ve bu hakkı konu alan bir "niza"nın bulunması gereğidir (Bkz. Editions Périoscope/Fransa, 26.3.1992, A 234-b, s. 64-65, § 37-38).

Ulusal hukukça "hak" olarak tanınmayan, diğer bir deyimle ulusal merciler önünde hak sıfatıyla ileri sürülüp (...) makûl zeminde savunulamayan (...) bir iddia 6. madde düzeyinde ele alınamaz (Div. K. Ringeisen/Avusturya, 16.7.1971, A 13, s. 29, § 87; Sramek/Avusturya, 22.10.1984, A 84, s. 17, § 34; James et autres/İngiltere, 21.2.1986, A 98, s. 46, § 81; Ashingdane/İngiltere, 28.5.1985, A 93-1, s. 23 ve son., § 53 ve son.; Powell et Rayner/İngiltere, 21.2.1990, A 172, s. 16, § 36).

22.- Sözleşme'nin Fransızca metninde yer almakla beraber İngilizce metinde mevcut olmadığı noktasından hareketle Divan, niza kavramının yargılama hukukundaki şekli ve dar anlamda değil, fakat geniş ve maddî anlamda yani "iddia" olarak anlaşılması gerektiği kanaatindedir (Div. K. Le Compte, Van Leuven et De Meyere/Belçika, 23.6.1981, A 43, s. 20-21, § 45; Albert et Le Compte/Belçika, 10.2.1983, A 58, s. 14, § 27).

23.- Niza, hakkın mevcudiyeti konusunda olabileceği gibi kapsamı veya kullanım yahut yararlanma şekliyle de ilgili bulunabilir (Div. K. Le Compte, Van Leuven et De Meyere/Belçika, 23.6.1981, A 43, s. 22, § 49); davanın maddî yönü yanında hukukî yönüyle de alakalı olabilir (Div. K. Sporrang et Lönnroth/İsveç, 23.9.1982, A 52, s. 31, § 86; Albert et Le Compte/Belçika, 10.2.1983, A 58, s. 16 ve 19, § 29 ve 36).

24.- Nihayet 6. maddenin diğer bir uygulanabilirlik koşulu da "niza"nın gerçek ve ciddi ("savunulabilir") olması (Div. K. Sporrang et Lönnroth, s. 30, § 81) ve sonucunun, uzak ve dolaylı şekilde değil, fakat dolaysız ve doğrudan doğruya ilgilinin medenî hakkına ilişkin, yani iddia konusu hak bakımından belirleyici nitelikte bulunması lâzımdır (Div. K. Le Compte, Van Leuven et De Meyere/Belçika, s. 21, § 47; Albert et Le Compte/Belçika, 10.2.1983, A 58, s. 15, § 28; Ringeisen/Avusturya, 16.7.1971, A 13, s. 39-40, § 96-97; Buchholz/Federal Almanya, 6.5.1981, A 42, s. 15, § 47-48; Sramek/Avusturya, 22.10.1984, A 84, s. 17, § 35; keza Benthem/Hollanda, 23.10.1985, A 97, s. 14-15, § 32-33; James et autres/İngiltere, 21.2.1986, A 98, s. 46-47, § 81; Van Marle et autres/Hollanda, 26.2.1986, A 101, s. 12, § 36-37; Bøden/İsveç, 27.10.1987, A 125-b, s. 40-41, § 32; Allan Jacobsson/İsveç, 25.10.1989, A 163; s. 20, § 68-70; Powell et Rayner/İngiltere, 21.2.1990, A 172, s. 16-17, § 36; Mats Jacobsson/İsveç, 28.6.1990, A 180-a, s. 12-14, § 31-33; Bock/Federal Almanya, 29.3.1989, A 180, s. 18, § 37).

B. "(...) cezaî sahada serdedilen bir isnad (...)".

25.- 6. maddenin uygulanacağı öteki alan da ceza yargılaması, yani birey aleyhine suç sebebiyle kovuşturmaya geçilmiş bulunulmasıdır. Divan fransızca ve ingilizce resmî metinler arasındaki ifade farkının ("bien-fondé de tout accusation en matière pénale"; "in the determination of any criminal charge") farklı durumlara işaret etmekle beraber (Div. K. Lutz/Federal Almanya, 25.8.1987, A 123, s. 22, § 52), ingilizce deyim in daha kapsamlı olduğunu belirtmiştir (Div. K. Delcourt/Belçika, 17.1.1970, A 11, s. 14).

26.- Daha önce de değindiğimiz gibi Sözleşme'deki anlamında "suç isnadı" (suçlama) deyimini de ulusal nitelemelerden bağımsız otonom bir kavramdır (Div. K. Adolf/Avusturya, 2.3.1982, A 49, s. 15, § 30; Wemhoff/Belçika, 27.6.1968, A 7, s. 26, § 19; Engel et autres/Hollanda, 8.6.1976, A 22, s. 34, § 81; König/Federal Almanya, 28.6.1978, A 27, s. 29, § 88; Guzzardi/İtalya, 6.11.1980, A 39, s. 40, § 108; Deweer/Belçika, 27.2.1980, A 35, s. 22, § 47). Divan'a göre bir "suçlama"nın varlığı konusunda önemli olan husus suçlamanın şekli yahut zamanı ya da suçlayan makamın sıfatı değil, fakat isnadın içeriği yani konusudur. Duruma göre bireyin bir suç işlediğinden şüphelenilmesi, böyle bir şüphe ile yakalanması veya tutuklanması, hakkında bir polis ya da hazırlık soruşturması açılmış bulunması ilgilinin durumunu etkileyeceğinden "suç isnadı" niteliğindedir (Div. K. Wemhoff/Federal Almanya, 27.6.1968, A 7, s. 26-27, § 19; Deweer/Belçika, s. 24, § 44-46; Ecle/Federal Almanya, 15.7.1982, A 51, s. 33 ve 35, § 73 ve 77; Foti/İtalya, 10.12.1982, A 56, s. 18, § 52; Messina/İtalya, 26.2.1993, A 257-b, § 25; keza bkz. Neumeister/Avusturya, 27.6.1968,

A 8, s. 41, § 18 ve Ringeisen/Avusturya, 16.7.1971, A 13, s. 45, § 110; Immbrioscia/İsviçre, 24.11.1993, A 275, § 36. Aynı konuda bkz. Engel et autres/Hollanda, s. 38-39, § 91; Ludicke, Belkacem et Koç/Federal Almanya, 26.11.1978, A 29, s. 20, § 48; Campbell et Fell/İngiltere, 28.6.1984, A 80, s. 44-45 Can/Avusturya, 30.9.1985, A 96, s. 10, § 17; Lamy/Belçika, 30.3.1990, A 151, s. 18, § 7; Delta/Fransa, 19.10.1990; A 191-a, s. 16, § 36; Quaranta/İsviçre, 24.5.1991, A 205, s. 16-18, § 28-36; S./İsviçre, 28.11.1991, A 220, s. 14-16, § 46-51).

27.- Bu vesileyle belirtmek isteriz ki Sözleşme'ye taraf devletler herhangi bir fiili suç haline getirmekte serbesttirler; yeterki ulusal mevzuatın suç saydığı fiil, Sözleşme ile koruma altına alınmış hak yahut özgürlüklerden birinin normal kullanımı olmasın (Div. K. Engel et autres/Hollanda, 8.6.1976, A 22, s. 34, § 81). Ulusal mevzuatın suç saydığı fiil Sözleşme uygulamasında da suçtur. Buna mukabil ulusal kanunun suç olarak nitelmediği bir fiil (örneğin disiplin kabahatü); Sözleşme'deki anlamında pekâlâ suç teşkil edebilecek ve bu sıfatla 6. maddenin uygulama alanına girebilecektir. Gerçekten Sözleşme organları bir fiilin 6. madde uygulamasında suç işlemi görüp görmeyeceğini, bu fiilin: a) ulusal hukuktaki niteliğini; b) zati niteliğini (örneğin disiplin kabahatlerinde olduğu gibi, sınırlı bir meslek grubunu yahut toplumun tümünü ilgilendirmesi); ve nihayet, söz konusu fiil için öngörülen müeyyidenin niteliğini (ceza) ve ağırlık derecesini (örneğin hapis cezasının süresi gibi) gözönünde tutarak bir sonuca varmaktadırlar (Div. K. Engel et autres/Hollanda, s. 33-35, § 80-82; Le Compte, Van Leuven et De Meyere/Belçika, 23.6.1981, A 43, s. 19, § 42; Campbell et Fell/İngiltere, 28.6.1984, A 80, s. 35 ve son. § 68-73; Öztürk/Federal Almanya, 21.2.1984, A 73, s. 17-18, § 47 ve son.; Lutz/Federal Almanya, 25.8.1987, A 123, s. 41 ve son., § 50 ve son.; De Cubber/Belçika, 26.10.1984, A 86, s. 18, § 32; Weber/İsviçre, 22.5.1990, A 177, s. 17 ve son., § 30 ve son.; keza Kom. K. X./Avusturya, 3.3.1983, no. 8998/80, DR 32, s. 150).

28.- Suç isnadının "esas"ı deyimi de suçlamanın hem maddi (fiil), hem de hukuki (kanun hükmü) yönden "esas"ının (Div. K. Delcourt/Belçika 17.1.1970, A 11, s. 13, § 24; Deweer/Belçika, 27.2.1980, A 35, s. 24, § 48) yanında, sorumluluğun saptanması ve cezanın tayinini de (Div. K. Eckle/Federal Almanya, 15.7.1982, A 51, s. 35, § 77) kapsamaktadır.

("Suç isnadının esasına" ilişkin olmadıkları nedeniyle 6. maddenin uygulama alanı dışında görülen durumlar için Bkz. Lawless/İrlanda, 1.7.1961, A 3, s. 51, § 12; Neumeister/Avusturya, 27.6.1968, A 8, s. 43, § 23; Matznetter/Avusturya, 10.11.1969, A 10, s. 35, § 13; Guazzardi/İtalya, 6.11.1980, A 39, s. 40, § 108; ve pek çok Kom. K. arasında Zamir/İngiltere, 13.8.1982, no. 9174/80, DR 29, s. 153; H./İspanya, 15.12.1983, no. 10227/82, no. 10227/82, DR 37, s. 93; Kirwood/İngiltere, 12.3.1984, no. 10479/83, DR 37, s. 158; M./Federal Almanya, 5.8.1985, no. 10059/82, DR 43, s. 5).

3) Hak arama

(Bir mahkemeye başvurma olanağına sahip olma hakkı)

29.- Divan, 6. maddenin ana kuralı koyan birinci fıkrasındaki "Her şahıs (...) bir mahkeme tarafından davasının (...) dinlenmesini istemek hakkını haizdir" hükmünden hareketle söz konusu maddede "hak arama", diğer bir deyimle bir mahkemeye başvurabilme olanağına sahip olma hakkının zımnen yer aldığını

belirtmiştir. Divan bu sonuca varırken Sözleşme'nin "metni ve içeriği" ile "konu ve amacı"na, "hukukun üstünlüğü" kuralına ve "hukukun genel ilkelerine" dayanmaktadır. Gerçekten Golder/İngiltere davasında söz konusu fıkranın, âdil yargılama isteme hakkını, yalnızca önceden açılıp görülmekte olan davalara mı inhisar ettirdiği; yoksa, aynı zamanda, bundan da öte, herkese, hak aramak için mahkemeye gidebilme hakkını da tanıyıp tanımadığı tartışılmıştır. Divan'a göre "(...) 1. fıkranın, bir yandan, görülmekte olan bir medenî hak davasında taraflara tanınan güvenceleri ayrıntıları ile belirtmesi; fakat, öte yandan da, bu güvencelerden gerçekten yararlanmayı mümkün kılacak şeyi, yani yargıç önüne gidebilmeyi öncelikle koruma altına almamış olmasını izah mümkün değildir. Dava yoksa, âdil, alenî ve gecikmeksizin yargılamadan söz etmek (...)", âdil, yargılama hakkının içerdiği güvencelerden yararlanmak olanaksızdır. 6. madde sırf açılmış bulunan bir davaya inhisar ettirilirse bir devlet 1. fıkra hükmüne "(...) âykırı düşmeden, yargılama makamlarını lâğvedebilecek veya medenî haklara ilişkin nizaların çözümü, (isterse) bunların yetkisinden çıkarıp yürütmeye bağımlı mercilere verebilecektir". Söz konusu maddenin "(...) 1. fıkrası, diyor Divan, herkese medenî hak ve vebiceleriyle ilgili her nizanın bir mahkeme tarafından çözümü hakkını tanımaktadır. -Böylece, anılan madde 'mahkeme önünde hak arama' hakkını içermektedir; mahkemeye gidebilme, yani bir medenî hak söz konusu oldukça bir mahkeme önünde dava açabilme hakkı (nizanın mahkemece çözümü hükmünün) sadece bir yönünden ibarettir. Sözü edilen bu hakka, ayrıca, mahkemenin düzen ve kuruluş şekli ile yargılama usulüne ilişkin olarak 6. maddenin 1. fıkrasındaki (diğer) güvenceler de eklenmiştir. Özetle, sözü edilen unsurların tamamı (bir bütün olarak) âdil yargılama hakkını vücuda getirir" (s. 12 ve son., § 23 ve son.; Div. K. Ashingdane/İngiltere, 28.5.1985, A 93, s. 24, § 55; keza bkz. Winterwerp/Hollanda, 24.10.1979, A 33, s. 28-29, § 74 ve son. ve § 60; Le Compte, Van Leuven et De Meyere/Belçika, 23.6.1981, A 43, s. 20, § 44; Sporrang et Lönnroth/İsveç, 23.9.1982, A 52, s. 29 ve son., § 80 ve son.; Albert et Le Compte/Belçika, 10.2.1983, A 58, s. 16, § 24; Silver et autres/İngiltere, 25.3.1983, A 61, s. 31 ve son., § 80 ve son.; James et autres/İngiltere, 21.2.1986, A 98, s. 46, § 81; Ericsson/İsveç, 22.6.1986, A 156, s. 29, § 81; Campbell et Fell/İngiltere, 28.6.1984, A 80, s. 47, § 105; Zumbotell/Avusturya, 29.9.1993, A 268-a, § 29 ve son.).

Kısaca, mahkeme önünde hak arama yolunun fiilen yahut hukuken, geçici de olsa, kapatılması veya kullanımını imkânsız kılar ölçüde, koşullara bağlanıp sınırlanması 6. madde hükmünün çiğnenmesi demektir (Div. K. özellikle bkz. Airey/İrlanda, 9.10.1979, A 32, s. 12, § 22; ve Deweer/Belçika, 27.2.1980, A 35, s. 24-25, § 48-49).

Sözleşme ferde teorik ve hayali değil, fakat gerçek ve fiilen kullanılabilir güvenceler sağladığından, hak aramak için mahkeme önüne gidebilme olanağının da gerçekten ve fiilen mevcut bulunması gerekir. Bu olanağın kâğıt üstünde teorik olarak hukuken varolup somut olayda, bazı nedenlerle -ilgilinin kusuru olmaksızın- etkili şekilde kullanılmaması halinde 6. madde hükmü gene çiğnenmiş olacaktır (Bkz. Div. K. Geouffre de la Pradelle/Fransa, 16.12.1992, A 253-b, § 35; Hennings/Almanya, 16.12.1992, A 251-a, § 26; keza bkz. Div. K. Philis/Yunanistan, 27.8.1991, A 209, s. 21, § 61; ve *mutatis mutandis*, Mellaher et autres/Avusturya, 19.12.1989, A 169, s. 24, § 41).

Komisyonu göre mahkeme emrini (saniğin tutukluluk için teslim olması) yerine getirmeyen hükümlünün, vekâleten bir avukat aracılığıyla yargıtaya (davanın hukukî yönden incelenmesi amacıyla) başvuruda bulunmasını yasaklayan uygulama 6. maddenin

1. fıkrasına aykırıdır (Kom. R. Bernard Poitrimol/Fransa, 3.9.1992, no. 14032/88, § 61 ve sonp; ve Div. K. Poitrimol/Fransa, 23.11.1993, A 277-a, § 38).

30.- Kural olarak hem medenî hak ve vecibeler, hem de bir suçla itham halinde geçerli olan bu hakkın kullanımı, sahip buldukları farklı nitelikler nedeniyle, söz konusu bu iki alanda, elbetteki, farklı şekiller alacaktır. Ezcümle ceza davasında bir nizanin çözüm için birey tarafından mahkeme önüne götürülmesinden ziyade, suç işlendiği iddiasının behemahâl bir yargıç tarafından sonuca bağlanması istenmektedir (Div. K. Deweer/Belçika, 27.2.1980, A 35, s. 24 ve son., § 48 ve son.).

31.- Dava hakkının gerçekten mevcudiyeti için, önüne gidilen yargılama makamının tam kazaî yetkiye, yani iddiayı hem fiil, hem de hukuk açısından inceleyip davanın "esası" hakkında karar verme yetkisine sahip bulunması lâzımdır (Div. K. O./İngiltere, 8.7.1987, A 120 s. 27, § 63 ve W./İngiltere, 8.7.1987, A 121, s. 35, § 81; Pudas/İsveç, 27.10.1987, A 125-a, s. 24, § 41; Bodèn/İsveç, 27.10.1987, A 125-b, s. 48, § 35).

32.- Hak arama özgürlüğü mutlak, yani koşulsuz ve sınırsız değildir. Özellikle söz konusu hakkın suistimalini önlemek amacıyla, devletler, gerekli tedbirleri almakta serbesttirler. Bununla beraber dava hakkının kullanımına getirilen sınırlamaların amaca uygun ve amaçla orantılı olması, hakkın özüne dokunmaması gerekir. Devletlerin bu konuda sahip buldukları takdir yetkisi Strasbourg organlarının denetimi altındadır (Div. K. Golder/İngiltere, 21.2.1975, A 18, s. 18-19, § 37-38; Ashingdane/İngiltere, 28.5.1985, A 93, s. 24, § 57; Monnell et Morris/İngiltere, 2.3.1987, A 115, s. 23, § 59; Lithgow et autres/İngiltere, 8.7.1986, A 102, s. 70 ve son., § 93 ve son.; Geouffre de la Pradelle/Fransa, 16.12.1992, A 253-b, § 28; Philis/Yunanistan, 27.8.1991, A 209, s. 20, § 59; Kom. K. Wallen/İsveç, 16.5.1985, no. 10877/84, DR 43, s. 184; H./İngiltere, 2.12.1985, n. 11559/85, DR 45, s. 281; X./İngiltere, 10.7.1980, no. 8158/78, DR 21, s. 95; Webb/İngiltere, 11.5.1983, no. 9359/81, DR 33, s. 133; Walter/İsveç, 2.12.1985, no. 11122/84, DR 45, s. 246; Bricmont/Belçika, 15.7.1986, no. 10857/84, DR 48, s. 106; ve Div. K. Airey/İrlanda, s. 12-14, § 22 ve 26).

33.- Bilindiği gibi Sözleşme tarafından güvence altına alınmış bulunan hak ve özgürlüklerin gerçekten korunmuş olmaları için, devletin bunlara müdahaleden kaçınması, diğer bir deyimle bunların kullanımını engellememesi yetmemekte; fazla olarak kullanımlarını sağlayacak uygun tedbirleri alması da gerekmektedir. Sözleşme bağlamında üstlenilen bu genel yükümlün icabını devletler incelemekte bulunduğumuz konuda da yerine getirecekler; bireyin hak aramasını sağlayacak tedbirleri alacaklar, mahkeme yolunu haksız şeklide tıkayan gereksiz engelleri ortadan kaldıracaklardır (Bkz. Airey/İrlanda, 9.10.1979, A 32, s. 12, § 22; Winterwerb/Hollanda, 24.10.1979, A 33, s. 29, § 75; Campbell et Fell/İngiltere, 28.6.1984, A 80, s. 47 ve son., § 105 ve son.; Bu konuda özellikle bkz. Recommendation No. R 33 1 du Comité des Ministres aux Etats membres relative à l'accès effectif au droit et à la justice des personnes en situation de grande pauvreté - janv. 1993, CM/Dél/Déc (93) 484 ter).

4) ADİL YARGILAMANIN UNSUR VE KOŞULLARI

A. "Kanunî, müstakil ve tarafsız bir mahkeme" tarafından

a.- "Mahkeme"

34.- 6. maddenin 1. fıkrasından başka 2. ve 5. maddelerde de yeralan "mahkeme" deymi Divan içtihadında: kanunla kurulan; yürütme organı ve taraflar önünde bağımsız ve tarafsız; ve yargılama usulü güvencesine sahip bir makamı ifade etmektedir. Niza ya da suçlamanın, bu niteliklere sahip bir organ önünde görülmesi 6. maddenin bireye sağladığı âdil yargılama güvencesinin temel ve yapıcı unsurlarından biridir (Div. K. De Wilde, Ooms et Versyp/Belçika, 18.6.1971, A 12, s. 41, § 78; Ringeisen/Avusturya, 16.7.1971, A 13, s. 39, § 95).

35.- Sözleşme'deki anlamında "mahkeme" kavramının öteki nitelikleri ise bu organın "yargısal rol" ve "adli fonksiyona" sahip bulunması; diğer bir deyimle, görevine dahil konularda, belli bir usul izleyerek ve hukuk kurallarına dayanarak, gereğinde devlet zoruyla yerine getirilmesi mümkün (cebri icra veya infaz) (Div. K. Sramek/Avusturya, 22.10.1984, A 84, s. 17, § 36; Benthem/Avusturya, 23.10.1985, A 97, s. 17, § 40) kararlar verme yetkisini elinde tutmasıdır (Div. K. Belilos/İsviçre, 29.4.1988, A 132, s. 29, § 64) Yalnızca "mütalâa" vermekle yetkili kılınmış makamlar mahkeme değildir (Div. K. Benthem/Avusturya, 22.5.1984, A 78 s. 17, § 40; De Jong, Baljet et Van den Brink/Hollanda, s. 23-24, § 48). Organın, yukarıda belirtilen nitelikleri taşımak kaydıyla, genel ve olağan yargılama mercileri grubu dışında yer alması (Div. K. De Wilde, Ooms et Versyp/Belçika, s. 41, § 78; Le Compte, Van Leuven et De Meyere/Belçika, 23.6.1981, A 43 s. 24, § 55) veya yargısal fonksiyon yanında başka görevler de yürütmekte olması kendisinin mahkeme sayılmasına engel olmaz (Div. K. Campbell et Fell/İngiltere, 28.6.1984, A 80, s. 39, § 76; H./Belçika 30.11.1987, A 127-b, s. 34 § 50; Engel et autres/Hollanda, 8.6.1976, A 22, s. 37, § 89; Ringeisen/Avusturya, 16.7.1971, A 13, s. 39, § 95; Etl et autres/Avusturya, 23.4.1987, A 51, s. 17 ve son., § 36 ve son.). Hükümet yahut bir bakanın mahkeme sayılması mümkün değildir (Benthem/Avusturya, s. 17, § 38; Oerlemans/Hollanda, 27.11.1991, A 219, s. 27, § 67-68; Zumbotel/Avusturya, 29.9.1993, A 268-a, § 29).

Tam kaza yetkisine, yani dava konusu olayı hem fiil, hem de hukuk açısından inceleme yetkisine sahip bulunmayan merciler de mahkeme sayılamazlar (Div. K. Belilos/İsviçre, s. 31, § 70; Zumbotel/Avusturya, § 31-32).

b) "Kanunî" mahkeme

35.- "Kanunun öngördüğü mahkeme" koşulu yargılamada doğal (yahut kanunî) yargıç güvencesini getirmektedir. Bu kural gereğince, bilindiği gibi, gerek mahkemelerin kuruluş ve yetkileri, gerekse izleyecekleri yargılama usulü, yürütmenin düzenleyici tasarrufları ile değil, fakat yasama yolundan kanun ile ve dava konusu olay ortaya çıkmadan önce saptanacaktır. Bu suretle kişi yahut olaya göre yargılama mercii oluşturma yolu kapanacak, olası keyfilikler önlenecektir (Div. K. Engel et autres/Hollanda, 8.6.1976, A 22, s. 37, § 89; Sramek/Avusturya, 22.10.1984, A 84, s. 17, § 36; Pfeifer et Plankl/Avusturya, 25.2.1992, A 227, s. 16, § 39; Kom. K. Zand/Avusturya, 12.10.1978, no. 7360/76, DR 15, s. 170; Crociani etc./İtalya, 18.12.1980, no.

8603/79, DR 22, s. 147; Kom. R. Barthold/Almanya, 12.3.1981, no. 8734/79, DR 26, s. 145).

Komisyon'a göre kuruluş şekli ve madde bakımından yetkisi (görev) kanun tarafından belirlenmiş olan mahkemenin, yer bakımından yetkisini tayinin yürütmeye bırakılmış olması 6. maddeye aykırı değildir (Kom. K. Zand/Avusturya, 12.10.1978, no. 7360, DR 15, s. 70).

c) "Bağımsız" mahkeme

"Bağımsızlık" başka bir kişi yahut organdan emir almamak, özellikle yürütme erki ve tarafların etki alanı dışında olmak demektir. Divan, bir mahkemenin bağımsızlığını araştırırken, üyelerinin atanma ve görevden alınma usulüne, görev süresine, üyelere emir verme yetkisine sahip bir makamın mevcut olup olmadığına, üyelerin her türlü etkiden korunmasını sağlayacak önlemlerin alınıp alınmadığına ve nihayet, mahkemenin, global bir değerlendirme ile, "bağımsız bir görünüm" verip vermediğine bakmaktadır (Bkz. Div. K. Engel et autres/Hollanda, s. 37, § 89; Campbell et Fell/İngiltere, 28.6.1984, A 80, s. 39 ve son., § 78-81; Langborger/İsveç, 22.6.1989, A 155, s. 15 ve son., § 30 ve son.; Sramek/Avusturya, 22.10.1984, A 84, s. 18 ve son., § 38 ve son.; Ringeisen/Avusturya, 16.7.1971, A 13, s. 39, § 95; Piersack/Belçika, 1.10.1982, A 53, s. 13, § 27; Lithgow et autres/İngiltere, 8.7.1986, A 102, s. 73, § 202; Ettl et autres/Avusturya, 23.4.1987, A 117, s. 18, § 38; Belilos/İsviçre, 29.4.1988, A 132, s. 30, § 67).

36.- Yukarıda belirtilen ilkeler ışığında Divan, örneğin mahkeme üyelerinin bir bakan yahut hükümet kararı veya tavsiyesi ile atanmasının her zaman ve muhakkak bağımsızlık yokluğu anlamına gelmediğine (Div. K. Campbell et Fell/İngiltere, 28.6.1984, A 80, s. 39, § 78; Sramek/Avusturya, 22.10.1984, A 84, s. 18, § 38; Lithgow et autres/İngiltere, 8.7.1986, A 102, s. 73, § 202); Hollanda Yüksek Askerî Mahkemesi'nin (Div. K. Engel et autres/Hollanda, 8.6.1976, A 22, s. 37, § 89); disiplin suçlarını istinaf derecesinde yargılayan Belçika Hekimler Odası'nın (Div. K. Le Compte, Van Leuven et De Meyere/Belçika, 23.6.1981, A 43, s. 24, § 57; Albert et Le Compte/Belçika, 10.2.1983, A 58, s. 17, § 31); İngiltere'de cezaevleri disiplin kurulu görevi yürüten Cezaevi Müfettişler Komitesi'nin (Div. K. Campbell et Fell/İngiltere, s. 39, § 77); Yukarı Avusturya Gayrimenküllere İlişkin Ticarî İşlemler Bölge Komisyonu'nun (Div. K. Ringeisen/Avusturya, 16.7.1971, A 13, s. 39, § 95; Ettl et autres/Avusturya, 23.4.1987, A 117, s. 18, § 38) 6. maddenin 1. fıkrasındaki anlamında "mahkeme" olduğuna karar vermiştir. Buna mukabil bir memurun üye olarak katıldığı bir "yargı makamı" önünde, amirinin davacı olarak görev üstlenmesi, bu merciin, yeterli bağımsızlık görüntüsü vermediği için, "mahkeme" sayılmasına engeldir (Div. K. Sramek/Avusturya, s. 20, § 42; Belilos/İsviçre, 29.4.1988, A 132, s. 30, § 67; Keza bkz. Div. K. Langborger/İsveç, 22.6.1989, A 155, s. 16, § 35).

d) "Tarafsız" mahkeme

37.- Bağımsızlık kavramıyla da yakından ilgili olan (Div. K. Langborger/İsveç, s. 16, § 32; Sramek/Avusturya, 22.10.1984, A 84, s. 18, § 38; Holm/İsveç, 25.11.1993, A 279, § 29) "tarafsızlık" davanın çözümünü etkileyecek bir önyargı yokluğu; özellikle mahkemenin (veya mahkeme üyelerinden bazısının) taraflar düzeyinde, onların leh ve aleyhinde bir duyguya ya da "çıkara" (Langburger/İsveç, s. 16, § 35) sahip

olmaması demektir (Div. K. Piersack/Belçika, 1.10.1992, A 53, s. 14, § 30; Holm/İsveç, 25.11.1993, A 279, § 32).

Divan, tarafsızlık kavramını, objektif ve sübjektif olmak üzere iki ayrı açıdan ele almaktadır: Sübjektif tarafsızlık, mahkeme üyesi yargıcın birey sıfatıyla, kişisel tarafsızlığı; objektif tarafsızlık da kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenim yani hak arayanlara güven veren, tarafsız bir görünüme sahip bulunması, tarafsızlığı sağlamak için alınmış bulunan tedbirlerin organın tarafsızlığı konusunda makûl her türlü şüpheyi ortadan kaldırır nitelikte olmasıdır (Div. K. Piersack/Belçika, 1.10.1982, A 53, s. 14, § 30; De Cubber/Belçika, 26.10.1984, A 86, s. 13, § 24; Sramek/Avusturya, 22.10.1984, A 84, s. 18-20, § 37-42; Hauschildt/Danimarka, 24.5.1989, A 154, s. 21, § 45; Padovani/İtalya, 26.2.1993, A 257, § 23-24; Fey/Avusturya, 24.2.1993, A 255, § 27-28; Demikoli/Malta, 27.8.1991, A 210, s. 18-19, § 39-42; Adolf/Avusturya, 26.3.1982, A 49, s.18-19, § 40-41; Kom. R. Carl G. Holm/İsveç, 13.10.1992, no. 14191/88, § 52 ve son ve Div. K. § 30 ve son.)

38.- Sübjektif tarafsızlık aksi sabit oluncaya kadar var sayılır (Hauschildt/Danimarka, s. 51, § 46; Padovani/İtalya, 25; Fey/Avusturya, § 29). Tarafsızlığından makûl şüpheye düşülen yargıcın davaya bakmaktan çekilmesi gerekir.

39.- Objektif tarafsızlığa gelince, bu konuda mahkemenin verdiği görünüme bakmak gerekir. Burada önemli olan husus demokratik bir toplumda mahkemelerin vatandaşa, özellikle ceza davasında sanığa verdikleri güven hissidir. Divan, pekçok kararında, "adaletin yerine getirilmesi yetmez, aynı zamanda yerine getirildiğinin görülmesi de lâzımdır" özdeyimine atıfta bulunmuştur. Objektif tarafsızlık değerlendirmesi organik (mahkemenin kuruluş şekli) ve fonksiyonel (görevin yerine getirilmesi tarzı) açısından yapılmaktadır (Div. K. Delcourt/Belçika, 17.1.1970, A 11, s. 17, § 31; Piersack/Belçika, 1.10.1982, A 53, s. 14, § 30; De Cubber/Belçika, 26.10.1984, A 86, s. 14 § 26). Mahkemelere duyulan güvenin, büyük ölçüde, kurumun, üyelerden soyutlanarak, bir bütün olarak verdiği nesnel görünüme bağlı olduğu kuşkusuzdur (Div. K. Brandstetter/Avusturya, 28.8.1991, A 211, s. 21, § 44). Bu nedenledir ki Divan, bir davada şahsen iddia makamını işgâl etmemekle beraber kovuşturmayı yürüten savcılık grubu başkanı kişinin sonradan, aynı davada, duruşma yargıcı sıfatıyla mahkemede yer almasını (Div. K. Piersack/Belçika, s. 15, § 31); ilk soruşturmada görevli sorgu yargıcının daha sonra mahkeme üyesi olarak esas hakkındaki karara katılmasını (Div. K. Pfeifer et Plankl/Avusturya, 25.2.1992, A 227, s. 16, 36); bir siyasi parti ile sıkı ilişki içinde olan kişilerin jüri üyesi olarak yargılamaya katılmalarını (Holm/İsveç, 25.11.1993, A 279- a, § 32-33) objektif bağımsızlıkla bağdaşmaz görmüştür.

Tarafsızlık tartışmasında teorik ve soyut durumun değil, fakat pratikte ve özellikle somut olayda sistemin nasıl işleyip uygulandığına bakmak gerekir (Div. K. Hauschildt/Danimarka, 24.5.1989, A 154, s. 21, § 45; ve Kom. R. Erik Hans Nortier/Hollanda, 9.7.1992, no. 13924/88, § 61 ve son ve Div. K. 24.8.1993, A 267, § 33 ve son.)

40.- Bununla beraber bir yargıcın duruşmadan (son soruşturma) önce sanık hakkında ilk soruşturmanın açılması; savcının talebi üzerine tutuklama kararı vermesi; kovuşturma ile ilgili bazı hususların saptanması amacıyla bilirkişi tayin etmesi; yahut değişik kaynaklardan -örneğin bir bankadan- alelâde bilgi istemesi ve benzeri gibi doğrudan doğruya suçlamaya veya sanığın fiilden sorumluluğuna ilişkin bulunmayan bazı önlemler

alması, objektif araştırma ve saptamalarda bulunup kararlar vermesi, Divan'a göre, muhakkak kendisinin objektif tarafsızlığı konusunda şüphe uyandıran işlemler olmadığından aynı yargıcın, bilâhère, işin esası hakkında karar veren mahkemede yermalması 6.maddeye aykırı düşmez. Bu gibi durumlarda önemli olan husus alınan tedbir (tutuklama gibi) yahut kararların kapsamı ve niteliği, yani bunların, sanığın suçluluğu konusunda bir önyargı anlamı taşıyıp taşımadığıdır. (Bu konularda özellikle bkz. Hauschildt/Danimarka, 24.5.1989, A 154, s. 21 ve son., § 49 ve son.; Fey/Avusturya, 24.2.1993, A 255, § 30; Padovani/İtalya, 26.2.1993, A 257, § 27; Saint-Marie/Fransa, 16.12.1992, A 253-a, § 32; Nortier/Hollanda, 24.8.1993, A 267, § 33: bu davada Komisyon aksi mütalâada bulunmuştur).

B. "Makûl bir süre içinde"

a- Genel olarak

41.- Davaların yargılama makamları önünde zaman içinde uzayıp gitmesi, sürüncemede kalması, pekçok ülkede şikâyetlere neden olmaktadır. Gecikmiş adâlet adaletsizlik olduğuna göre, âdil yargılama taahhüdünde bulunmuş Sözleşme'ye taraf devletlerin bu duruma çare bulmaları kaçınılmaz bir zorunluluktur. "6. maddenin 1. fıkrası, diyor Divan, (...) devletleri, kendi hukuk sistemlerini, mahkemelerin bu fıkra gereklerinden herbirini yerine getirecek şekilde düzenlemeye mecbur tutmaktadır" (Bu vecibeyi belirten pekçok karar arasında özellikle bkz. Div. K. Tutsa/İtalya, 27.2.1992, A 231-d, s. 41 § 57; Francesco Lombardo/İtalya, 26.11.1992, A 240-b, s. 8, § 23; Giancarlo Lombardo, 26.11.1992, A 249-c, s. 7, § 21; Bunkate/Hollanda, 26.5.1993, A 248-b, § 20-23).

Geçerken belirtmek isteriz ki özellikle Divan önüne gelen davaların büyük çoğunluğu, 6. madde düzeyinde, "makûl süre" hükmüyle ilgilidir.

42.- Divan, yargılamanın makûl süre içinde tamamlanmasını emreden hükmün amacını, daha ilk kararlarında açık bir dille belirtmiştir: "(...) Tüm hak arayanlar için geçerli olan bu hükmün amacı, bu kişileri yargılama işlemlerinin sürüncemede kalmasına karşı korumak; özellikle ceza davalarında, suçlanan (yahut herhangi bir nedenle mahkeme kararı bekleyen) kişinin, uzun süre, davasının nasıl sonuçlanacağı endişesi ile yaşamasını önlemektir (Div. K. Stögmüller/Avusturya, 10.11.1969, A 9, s. 40, § 5; Guincho/Portekiz, 10.7.1984, A 81, s. 16, § 38; Bock/Federal Almanya, 29.3.1989, A 150, s. 23, § 48).

43.- Öncelikle işaret gerekirken her dava konusu, her olay için geçerli, her ihtimali kapsayan standart bir "makûl süre" tespitinin imkânsızlığı ortadadır. Nitekim Strasbourg organları bu konuda pragmatik davranmakta; "makûl süre"yi takdirde her somut olayın ayrıntılı özelliklerini gözönünde tutup değerlendirerek sonuca varmaktadır (Div. K. Buchholz/Federal Almanya, 6.5.1981, A 42, s. 15-16, § 49; Erkner et Hofauer/Avusturya 23.4.1987, A 117, s. 62, § 66; Dobertin/Fransa, 25.2.1993, A 256-d, § 42 ve son; Monet/Fransa, 27.10.1993, A 273-a, § 27).

b- Sürenin başlangıcı ve sonu

44.- Medeni hak davalarında süre, ilke olarak, davanın yetkili yargılama makamı önünde götürüldüğü tarihte başlayacak ise de (Div. K. Buchholz/Federal

Almanya, 6.5.1981, A 42, s. 15, § 47-48; Poiss/Avusturya, 23.4.1987, A 117, s. 103, § 50), bazı özel durumlarda girişimin niteliği gözönünde tutularak -örneğin, niza konusunda karar almaya yetkili bir idarî makama başvuru gibi- daha önceki bir tarihte süre başlangıcı olarak kabul edilebilecektir (Div. K. Golder/İngiltere, 21.2.1975, A 18, s. 14-15, § 32; König/Federal Almanya, 28.6.1978, A 27, s. 33, § 98; Erkner et Hofauer/Avusturya, 23.4.1987, A 117, s. 61, § 64).

45.- Ceza davalarında ise durum daha farklıdır. Fıkradaki "suçlama" deyimini, Divan'ın "otonom kavramlar" doktrini uyarınca teknik hukuki anlamda, yani kamu davacısının işi yargıç (ya da mahkeme) önüne götürmesi şeklinde değil; ilgilinin, "suç işlediği şüphesi altında" olması anlamındadır (Div. K. Deweer/Belçika, 27.2.1980, A 35, s. 23, § 44; Öztürk/Federal Almanya, 21.2.1984, A 73, s. 21, § 55). Bu itibarla "makûl süre" çoğu zaman olayın ceza yargıçı önüne götürülmesinden belki çok önce, polis yahut savcılık soruşturmasına başlandığı tarihte, işlemeye başlayabilecektir (Div. K. Foti/İtalya, 10.12.1982, A 56, s. 18, § 52; Corigliano/İtalya, 10.12.1982, A 57, s. 13, § 34; Eckle/Federal Almanya, 15.7.1982, A 51, s. 34, § 75).

46.- Sürenin sonu ise, mümkün ve olası kanun yolları dahil, yargılamanın kesin hükümle sonuçlandığı tarihtir (Div. K. Engel et autres/Hollanda, 8.6.1976, A 22, s. 37, §89; Poiss/Avusturya, 23.4.1987, A 117, s. 103, § 50; Eckle/Federal Almanya, 15.7.1982, A 51, s. 34, § 77; Monet/Fransa, 27.10.1993, A 273-a, § 26).

47.- Davada uygulanacak kanun hükmünün, anayasaya aykırılık iddiası ile, anayasa mahkemesi önüne götürülmüş olması halinde, bu merci önünde geçen süre -anayasa mahkemesi niza yahut suçlamayı konu alan bir karar vermeyeceğinden- ilke olarak, hesaba katılmayacaktır (Div. K. Sramek/Avusturya, 22.10.1984, A 84, s. 17, § 35; Buchholz/Federal Almanya 6.5.1981, A 42, s. 15, § 48; Zumbotel/Avusturya, 29.9.1993, A 268-a, § 30). Bununla beraber anayasa mahkemesinin kararı asıl davanın esasını doğrudan doğruya etkiler cinsten ise, bu yüksek mahkeme önünde geçen sürenin de "makûl süre" hesabında gözönünde tutulmaması için sebep yoktur. Unutmamak gerekir ki 6. madde tüm yargılama mercilerini, hiçbir ayırım gözetmeden, fakat yargılamanın nevi ve niteliği gözönünde tutulmak kaydıyla, bağlamaktadır (Div. K. Deumeland/Federal Almanya, 29.5.1986, A 100, s. 26, § 77; Poisis/Avusturya, 23.4.1987, A 117, s. 103, § 52; Bock/Federal Almanya, 29.3.1989, A 150, s. 18, § 37; Ettl et autres/Avusturya, 13.4.1987, A 117, s. 17, § 34-35; Ruiz Mateos/İspanya, 23.6.1993, A 262-a, § 35 ve son.; Giancarlo Lombardo/İtalya, 26.11.1992, A 249-c, § 18; keza mutatis mutandis Foti et autres/İtalya, 16.12.1982, A 56, s. 21, § 63 ve Martins Moreira/Portekiz, 26.10.1988, A 143, s. 19-21, § 55-60; Kom. R. Figus Milone/İtalya, 1.7.1992, no. 16586/88; Istituto di Vigilanza/İtalya, 1.7.1992, no. 13567/88).

48.- Dava sonunda verilen kararın yorumu için mahkemeye yapılan başvurunun inceleme süresi, Komisyon'a göre "makûl süre" hesabına dahil edilmemek gerekir (Kom. R. Famille Ruiz Mateos/İspanya, 14.1.1992, no. 12952/87, s. 14, § 45).

c- Makûl süre değerlendirmesinde ölçütler

49.- Divan yargılamada makûl süreyi araştırırken üç ölçüt kullanıyor: i) dava konusunun niteliği; ii) yargılama sırasında şikâyetçinin tutumu, ve

nihayet, iii) ulusal yargılama makamlarının tutumu. Bu üç ölçütten herbirinin değerlendirilmedeki etki derecesi her somut olayda değişebilmektedir.

50. **Dava konusunun niteliği**, gerek hukukî meselenin çözümündeki güçlük, gerekse dava ile ilgili kanıtların toplanmasında karşılaşılan engel ve karmaşık durumlar (Div. K. Foti et autres/İtalya, 10.12.1982, A 117, s. 20, § 58; Olsson 2/İsveç, 27.11.1992, A 250, s. 34 ve son., § 100 ve son.; Boddaert/Belçika, 12.10.1992, A 235-d, § 35 ve son.; Poiss/Avusturya, 23.4.1987, A 117, s. 104, § 57; Lechner et Hess/Avusturya, 24.3.1981, A 118, s. 16-17, § 42; Preto et autres/İtalya, 8.12.1983, A 71, s. 14, § 32; Francesco Lombardo/İtalya, 26.11.1992, A 249-b, s. 7-8, § 22-23); yahut hastalık veya tutukluluk gibi ilgilinin özel haline ilişkin hususlardır. (Div. K. H./İngiltere, 8.7.1987, A 120, s. 62-63, § 85; Bock/Federal Almanya, s. 22, § 47; Buchholz/Federal Almanya, 6.5.1981, A 42, s. 16-17, § 52; X./Fransa, 31.3.1992, A 234-c, § 32; Tomasi/Fransa, 27.5.1992, A 241-a, § 81; Abdoellah/Hollanda, 25.11.1992, A 248-c, s. 12, § 24).

51.- Makûl sürenin aşılığından yakınan yani Sözleşme organları önünde şikâyetçi durumundaki kişinin (davacı, davalı, sanık) yargılamadaki davranış ve tutumuna gelince. Hukuk davalarında, her ne kadar, işin takibi taraflara ait bir sorun ise de, Divan'a göre bu husus mahkemenin davayı gerekli süratle yürütmesi yükümünü ortadan kaldırmaz (Div. K. Buchholz/Federal Almanya, 6.5.1981, A 42, s. 16, § 50; Guincho/Portekiz, 10.7.1984, A 81, s. 14, § 32; Baraona/Portekiz, 8.7.1987, A 122, s. 19, § 48). Bununla beraber ilgilinin de yargılamada sür'atini sağlamak için kendine düşeni yaptığını kanıtlaması gerekir (Div. K. Preto et autres/İtalya, 8.12.1983, A 71, s. 14, § 33; Martins Moreira/Portekiz, 26.10.1988, A 143, s. 17, § 46; Capuano/İtalya, 25.6.1981, A 119, s. 19 ve son., § 59 ve son); Monet/Fransa 27.10.1993, A 273-a, § 27-30).

52.- Ceza davasında sanık adli makamlarla aktif bir işbirliği yapmak zorunda değildir. Şikâyetçinin, kendisine açık kanun yollarını sonuna kadar kullanması ve bu yüzden yargılanmasının uzaması halinde makûl sürenin aşılmasından kendisinin sorumlu tutmak mümkün değil ise de Divan, benzeri durumlarda, sanığın kötü niyetli manevralarını da hesaba katmaktadır (Div. K. Capuano/İtalya, 25.6.1981, A 119, s. 12, § 28; Eckerle/Federal Almanya, 15.7.1981, A 51, s. 36, § 82; Corigliano/İtalya, 10.12.1982, A 57, s. 15, § 42; Preto et autres/İtalya, 8.12.1983, A 71, s. 15, § 34; Poiss/Avusturya, 23.4.1987, A 117, s. 104, § 57; Baraona/Portekiz, 8.7.1987, A 122, s. 20, § 53; Deumeland/Federal Almanya, 29.5.1986, A 100, s. 27, § 80; Lechner et Hess/Avusturya, 23.4.1987, A 118, s. 19, § 49).

53.- **Görevli makamların tutumu** konusunda ise Divan, vaki gecikmeden devleti ancak ihmâl veya kusuru nedeniyle sorumlu tutmaktadır (Div. K. B./Avusturya, 28.3.1990, A 175, s. 19, § 54; H./Fransa, 24.10.1989, A 162-a, s. 21-22, § 55; Monet/Fransa, 27.10.1993, A 273-a, § 32-34). Bununla beraber yargılama makamlarının, kendilerinden bekleneni yapmış olmasına rağmen görev dışı başka nedenlerle -yargıç açığı, siyasi ortam, ulusal hukuktaki boşluklar, iş yükünün ağırlığı vb. gibi- makûl sürenin aşılması halinde durumdan devlet gene sorumlu tutulmaktadır (Div. K. Zimmermann-Steiner/İsviçre, 13.7.1983, A 66, s. 11, § 24; Martins Moreira/Portekiz, 26.10.1988, A 143, s. 18 ve son., § 52 ve son.). Daha önce de işaret edildiği gibi devlet, 6. madde gereklerinin yerine getirilmesini sağlayacak tüm tedbirleri almakla yükümlüdür

(Div. K. Milasi/İtalya, 25.6.1987, A 119, s. 46, § 18; Pugliese 2/İtalya 24.5.1991, A 206-a, s. 13, § 34).

54.- Son olarak konuya ilişkin birkaç noktayı daha belirtelim. Yargılamanın sürüp gittiği durumlarda, makûl sürenin aşıldığı iddiası ile Komisyon'a başvurulduğu zaman iç başvuru yollarının tüketilmesi şartı (mad. 26) aranmaktadır.

Makûl süre değerlendirilmesinde dava sonucu önemli ve etkili değildir. Diğer bir deyimle, dava makûl süre içinde bitirilmiş olsaydı dahi sonucun değişmeyeceği hususu devlet lehine bir defî teşkil etmez (Div. K. H./İngiltere, 8.7.1987, A 120, s. 61, § 81).

Kamu davasının zaman aşımıyla düşmüş olması (Div. K. Bagetta/İtalya, s. 31, § 18) veya kovuşturmanın "takipsizlik" kararıyla sonuçlanmış bulunması (Div. K. Maj/İtalya, 19.2.1991, A 196-d, s. 43, § 13-15) "makûl süre" hükmünün ihlâline engel teşkil etmez (keza bkz. Div. K. Viezzer/İtalya, 19.2.1991, A 196-b, s. 21, § 15-17).

Bu son iki husus da göstermektedir ki yargılamada makûl sürenin aşılmaması hükmünün amacı hakkın bir an önce teslimi yanında ilgilileri uzayan bir yargılamanın maddî ve manevî sıkıntularından korumaktır.

"Tutuklulukta makûl süre" (mad. 5/3) ile "yargılamada makûl süre"nin birbirinden bağımsız olduğunu bir kez daha hatırlatalım.

("Makûl süre" hükmü konusunda keza bkz. Div. K. Woukam Moudefo/Fransa, 11.10.1988, A 141-b; Messina/İtalya, 26.2.1993, A 257; Pizzetti/İtalya, 26.2.1993, A 257; De Micheli/İtalya, 26.2.1993, A 257; Trevisan/İtalya, 26.2.1993, A 257; Billi/İtalya, 26.2.1993, A 257; Funke/Fransa, 25.2.1993, A 256-a).

C. "Alenî surette"

55.- 6. maddenin 1. fıkrası niza yahut suçlamanın "alenî surette" dinlenmesini, yani davanın taraflar huzurunda yapılacak açık duruşma ile görüleceğini emrediyor. Bilindiği gibi, yargılama hukukunun evrensel ilkelerinden birini oluşturan bu hükmün amacı yargılamada "saydamlık" başka bir deyimle adâlet dağıtımında, adli mekanizmanın işleyişinde kamu denetimini sağlamak, "keyfiliğe" müsait gizli yargılamayı önlemektir. Yukarıda da işaret edildiği gibi yargılamada âdil bulunduğu gösterilmek suretiyle bir yandan mahkemelere olan güven korunacak, öte yandan da gizlilikten kaynaklanabilecek haksız keyfî işlemler önlenerek 6. maddenin amacı "âdil yargılama" gerçek kılınacaktır (Div. K. Pretto et autres/İtalya, 8.12.1983, A 71, s. 11, § 21; Axen/Federal Almanya, 8.12.1983, A 72, s. 12, § 25; Sutter/İsviçre, 22.2.1984, A 74, s. 12, § 26; Campbell et Fell/İngiltere, 28.6.1984, A 80, s. 43, § 90).

56.- Yargılama da, açık duruşmanın kapsam ve uygulama şekli Avrupa Konseyi üyesi devletlerin mevzuatında farklı düzenlemelere konu olmuştur. Bu çeşitlilik hem mahkeme önünde yer alan yargılama safhasında, hem de esas hakkındaki nihai kararın okunması düzeyinde kendini göstermektedir. Bu saptamadan hareket eden Divan'a göre sorunun bu şekil yönü, "aleniyet" ile güdülen amaç bakımından ikinci derece bir öneme sahiptir. Asıl önemli olan husus, somut uygulama da gözönünde tutulmak kaydıyla, "açık duruşma" yolundan ulaşılmak istenilen amacın gerçekleşip gerçekleşmediğidir (Div. K. Pretto et autres/İtalya, 8.12.1983, A 71, s. 11, § 22; Axen/Federal Almanya,

8.12.1983, A 72, s. 12, § 26; Sutter/İsviçre, 22.2.1984, A 74, s. 12, § 27; Campbell et Fell/İngiltere, 28.6.1984, A 80, s. 43, § 91).

57.- Daha önce de belirttiğimiz gibi 6. madde hükmü, her ne kadar, yargılamanın her derecesinde geçerli ise de (Div. K. Ekbatani/İsveç, 26.5.1988, A 134, s. 12, § 24 ve Kremzow/Avusturya, 21.9.1993, A 268-b, § 58), istinaf ve temyiz incelemelerinde söz konusu madde gerekleri daha bir yumuşaklıkla uygulanabilecektir. Bu nedenledir ki istinaf yahut temyiz derecelerinde "açık duruşma" gereğine riayet olunup olunmadığı hususu, ilk derece mahkemesi kararına yapılan itirazın konusu ve önemi ve aynı zamanda, muhakeme faaliyetinin bütünü gözönünde tutulmak suretiyle (yani herbir derece mahkemesinin yargılamada oynadığı role bakılarak) ele alınacaktır (Div. K. Deweer/Belçika, 27.2.1980, A 35, s. 25, § 49; Artico/İtalya, 13.5.1980, A 37, s. 14-15, § 30; Kremzow/Avusturya, § 59 ve son.). Bu cümleden olmak üzere Divan istinaf (yahut temyiz) incelemesinin davanın yalnızca hukukî yönüne inhisar etmesi veya başvuru sahibinin geçerli bir istinaf (ya da, temyiz) nedeni göstermemesi halinde, bu merciler önünde, ilgilinin de katılacağı bir açık duruşmaya gerek görmemiştir (Div. K. Pretto et autres/İtalya, 8.12.1983, A 71, s. 12 ve son., § 27 ve son; Axen/Federal Almanya, 8.12.1983, A 72, s. 12-13, § 28; H./Belçika, 30.11.1987, A 127-b, s. 36, § 54; Sutter/İsviçre, 22.2.1984, A 74, s. 13, § 30; Monnell et Morris/İngiltere, 2.3.1987, A 118, s. 22, § 56; aynı konularda, keza bkz. Div. K. Weber/İsviçre, 22.5.1990, A 177, s. 20, § 39-40; Helmers/İsveç, 29.10.1991, A 212-a, s. 16-17, § 36-42; Jan Ake Andersson/İsveç, 29.10.1991, A 212-b, s. 45-46, § 27-30; Fejde/İsveç, 20.10.1991, A 212-c, s. 68, § 31-34). Buna mukabil ilk derece yargılamasını izleyen derecelerde inceleme, davanın hukukî yönü yanında maddî yönünü de içeriyorsa; yahut sanığın sorumluluğunun tespiti bu derecelerde de söz konusu ise, ilgilinin katılımı ile açık duruşma yapmak gerekecektir (Div. K. Colozza et Rubinat/İtalya, 12.2.1985, A 89, s. 14-15, § 27-29; Ekbatani/İsveç, s. 7 ve 14, § 25 ve 30; keza Le Compte, Van Leuven et De Meyere/Belçika, 23.6.1981, A 43, s. 25, § 59; Albert et Le Compte/Belçika, 10.2.1983, A 58, s. 18, § 34; Kamasinski/Avusturya, 19.12.1989, A 168, s. 44-45, § 106).

58.- 6. maddenin 1. fıkrasının temel hükümlerinden biri olan "açık duruşma"dan ilgili sarıh bir beyan ile yahut zimnen vazgeçebilecektir. Vazgeçmenin zımni olduğu hallerde bunun, hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde belirgin olması ve aynı zamanda, kamu yararına da ters düşmemesi gerekir (Div. K. Deweer/Belçika, 27.2.1980, A 35, s. 215 ve son. § 49 ve son.; Hakansson et Struesson/İsveç, 21.2.1990, A 171-a, s. 20, § 66; Schuler-Zraggen, 24.6.1993, A 263, § 58; Zumbotel/Avusturya, 21.9.1993, A 268-a, § 34).

Açık duruşma hükmüne getirilen istisnalar fıkranın ikinci cümlesinde gösterilmiştir. Fakat mahkeme kararı, muhakkak, maddedeki deyimini ile, "alenî olarak verilecektir". Divan, cezaevi içinde yapılan disiplin suçu yargılamasının kamu düzeni ve güvenlik nedeniyle; meslek odası tarafından yapılan aynı tür yargılamanın da meslek sırrı ve özel hayatın korunması mülâhazalarıyla gizli yapılmasının, fıkradaki meşruluk hallerine dayanarak, madde hükmünü ihlâl eder bulmamıştır (Div. K. Campbell et Fell/İngiltere, 28.6.1984, A 80, s. 42 ve son., § 86 ve son.; Albert et Le Compte/Belçika, 10.2.1983, A 58, s. 18 ve son., 34 ve son.; H./Belçika, 30.11.1981, A 127-b, § 54; keza bkz. Engel et autres/Hollanda, 8.6.1976, A 22, s. 37, § 89).

59.- Divan'a göre "hükümün muhakkak açık duruşmada verilmesi", mahkeme kararının her zaman ve muhakkak açık duruşmada okunacağı anlamına gelmez.

Sözleşme'ye taraf devletler, sözü edilen hükmün konu ve amacına uygun olmak kaydıyla ve yargılama usulünün özelliklerine göre bu "aleniyet" in şeklini kendileri takdir ve tayin edeceklerdir. Örneğin, mahkeme kararının, ilgililerin bilgi edinmesi amacıyla mahkeme kalemine bırakılması ve kolayca görülebilecek şekilde mahkeme binasının uygun bir yerine asılması halinde de "aleniyet" sağlanmış olacaktır (Div. K. Pretto et autres/İtalya, 8.12.1983, A 71, s. 12, § 25-26; Axen/Federal Almanya, 8.12.1983, A 72, s. 13-14, § 30-31; Sutter/İsviçre, 22.2.1984, A 74, s. 14, § 32-33; Campbell et Fell/İngiltere, 28.6.1984, A 80, s. 43, § 91).

D. "Hakkaniyete uygun (adil) olarak"

60.- Birinci fıkrada yer alan bu "(...) hakkaniyete uygun olarak" ibaresi 6. maddenin özünü oluşturmaktadır; ve Divan bu kavramdan hareketledir ki "adil yargılama"nın zımni gereklerini saptamıştır.

61.- Divan'a göre genel ve geniş kapsamlı bir kavram olan "hakkaniyet" in ilk ve önemli gereği taraflar arasında "silâhların eşitliği"; diğer bir deyimle, mahkeme önünde sahip olunan hak ve vecibeler bakımından taraflar arasında tam bir eşitliğin bulunması ve bu dengenin bütün yargılama boyunca korunmasıdır (Div. K. Delcourt/Belçika, 17.1.1970, A 11, s. 15, § 28; Monnel et Morris/İngiltere, 2.3.1987, A 115, s. 21-24, § 62 ve son.; Ekbatani/İsveç, 26.5.1988, A 134, s. 14, § 30).

Silahların eşitliği çerçevesi içinde yer alabilecek durumlar her somut olayın özel koşullarına bağlı olarak değişebilmektedir. Kısaca muhakeme faaliyeti içinde raslanan her işlem (örneğin, kanıt ve karşı kanıtların sunulup tartışılması; ilgilinin yargıç yahut mahkeme önünde bizzat hazır bulunması; iddia, karşı iddia ve mütalâada bulunabilme olanağı vb. gibi) davanın özelliğine göre bu açıdan bir değerlendirmeye konu olabilecektir (Bkz. Div. K. Colazza/İtalya, 12.2.1985, A 89, s. 14-15, § 27-28; H./Belçika, 30.11.1987, A 127-b, s. 35, § 53; Bricmont/Belçika, 7.7.1989, A 158, s. 29, § 76 ve son. ve bu davada Kom. R., § 137; sanık ve müdahil arasında silâh eşitliği; Kremzow/Avusturya, 21.9.1993, A 268-b, § 73 ve son.). Örneğin silâhların eşitliği ilkesi Ruiz- Mateos/İspanya davasında tarafların anayasa mahkemesi önündeki durumu (§ 54 ve son.); Schuler-Zgragen/İsviçre davasında da davacının dava dosyasını inceleyebilme ve dosyadan bazı belgelerin fotokopilerini alabilme, mahkeme kararına dayanak teşkil eden bilirkişi raporlarının kendisine gösterilmesi (§ 50) açısından ele alınmıştır (Keza bkz. Div. K. Feldbrugge/Hollanda, 29.5.1986, A 99, s. 17-18, § 44; Adolf/Avusturya, 26.3.1982, A 49, s. 17-18, § 38-41; De Cubber/Belçika, 26.10.1984, A 86, s. 19, § 33; Edwards/İngiltere, 16.12.1992, A 247-b, § 34-39).

62.- Yargılamanın hakkaniyete uygunluğu incelemesi, ulusal mahkeme kararının fiil veya hukuk açısından doğru olup olmadığını araştırma anlamında değildir. Komisyon'a göre Strasbourg denetim organlarının görevi ulusal mahkeme kararının, maddî ve hukukî açıdan, doğruluğunu bir üst derece mahkemesi gibi denetlemek değil, fakat muhakeme faaliyetinin tüm işlemleri bir bütün halinde gözönünde tutularak yargılamanın adil surette yapıp yapılmadığı konusunda bir karar vermektir (Kom. K. X./İngiltere, 7.7.1975, no. 6172/73, DR 3, s. 77; H./İngiltere, 4.7.1983, no. 10000/82, DR 33, s. 247; keza bkz. Div. K. mutatis mutandis Windisch/Avusturya, mad. 50, 28.6.1993, A 255-d, § 5 ve 11; ve Piersack/Belçika, mad. 50, 26.10.1984, A 85-b, s. 15-16, § 11).

Divan'a göre adil yargılama açısından silâhların eşitliği denetlenmesinde önemli olan husus "eşitlik" araştırmasına konu olan işlemin yargılamadaki önemidir. Divan, silâhların eşitliği ilkesine riayet edilip edilmediğini araştırırken, somut olayda şikâyet konusu "eşitsizliğin" yargılamayı fiilen gerçekten gayri adil kılıp kılmadığına bakmaktadır (Div. K. Kremzow/Avusturya, 21.9.1993, A 268-b, § 75).

63.- Biraz sonra da görüleceği üzere iddia ve savunma kanıtlarının mahkemeye sunulduğu, bunların mahkemece kabul veya reddi ve ispat değerlerinin takdiri, her ne kadar, ulusal mevzuat uyarınca ulusal mahkemenin yetkisinde ise de, yargılamanın bütünü bağlamında bu işlemlerin adil niteliğini, gereğinde, takdir Komisyon ve Divan'ın denetimi altındadır. Bu husus, özellikle sanığın iddia kanıtlarını tartışıp çürütebilme olanağına sahip bulunup bulunmadığı (yargılamada 'vicahilik' -çelişiklik- ilkesi) ve gıyabî yargılama konularında büyük önem kazanmaktadır (Bu konularda bkz. Div. K. Schenk/İsviçre, 12.7.1988, A 140, s. 29, 46; Unterpertinger/Avusturya, 24.6.1986, A 110, s. 15, § 33; Barberà, Messegue et Jabardo/İspanya, 6.12.1988, A 146, s. 31-33, § 68 ve 78; Bricmont/Belçika, 7.7.1989, A 158, s. 30, § 81; Kostovski/Avusturya, 20.11.1989, A 166, s. 20, § 41; Kamasinski/Avusturya, 19.12.1989, A 168, s. 43, § 102; Ruiz-Mateos/İspanya, 23.6.1993, A 262-a, § 63 ve son.).

Silâhların eşitliği ilkesi, adil yargılamada "vicahilik" kuralı yolundan, dolaylı etkisini nizasız kazada dahi göstermektedir: Davanın sonucunu etkiler nitelikteki bir bilgi, belge yahut kanıtın, ilgilinin inceleme ve eleştirisine sunulmadan mahkemece kullanılması yargılamayı gayriadil kılacaktır (Div. K. Feldbrugge/Hollanda 29.5.1986, A 99, s. 17, § 44).

64.- "Gerekçeli karar" kuralı da bazı hallerde, özellikle kanun yollarının mevcut bulunduğu durumlarda, adil yargılama kavramının önemli bir unsurunu teşkil etmektedir (Div. K. H./Belçika, 30.11.1987, A 127-b, s. 35, § 53; Hadjianastassiou/Yunanistan, A 252, s. 16, § 32 ve son.).

Komisyon gerekçeli karar hükümlüye tebliğ edilmediği için ilgili tarafından gerekçe göstermeden yapılan temyiz başvurusunun bu nedenle reddi halinde, sanığın gerçek ve etkili bir savunmadan mahrum kıldığı ve sonuç olarak 6. maddenin 3. fıkrasının (b) ve (c) bentleriyle bağlantılı olarak 1. fıkra hükmünün çiğnendiği kanaatindedir (Kom. R. Pierre-André Melin/Fransa, 9.4.1992, no. 12914/87, § 50-51. Bu olayda Divan'ın aksi yöndeki kararı için bkz. Melin/Fransa, 22.6.1993, A 261-a, § 24; Bu konularda bkz. mutatis mutandis Div. K. Artico/İtalya, 13.5.1980, A 37, s. 16, § 33; Goddi/İtalya, 9.4.1984, A 76, s. 12, § 30).

Bununla beraber "gerekçeli karar" koşulunun mutlak olmayıp gerek davanın, gerekse yargılama merciinin (jüri mahkeme, ikinci derece yargılaması gibi) özelliği bakımından istisnalara maruz kalabileceği de belirtilmiştir (Kom.K. Frestone Tire etc./İngiltere, 2.4.1973, no. 5460/72, Ann. 16, s. 152).

65.- Komisyon, kaçakçılık suçundan kovuşturulan bir kişinin, gümrük mevzuatı uyarınca yetkililere teslim etmeye mecbur tutulduğu ve suç kanıtı niteliğindeki bazı belgeleri görevlilere vermekten kaçınması; bu nedenle de kendisinin hapis cezasına çarptırılmasını, gümrük suçları ve gümrük mevzuatının özelliği gerekçesiyle 6. maddeye aykırı bulmamıştır. Divan ise, bu konuda farklı kanaattadır. Divan'a göre gümrük yetkililerinin sadece varolduğunu tahmin edip başka yoldan ele geçiremedikleri suç

kanıtlarının bizzat zanlı tarafından kendilerine teslimini istemeleri ve bu isteği yerine getirmeyen kişinin cezalandırılması Sözleşmedeki anlamında her "sanığın" sahip bulunduğu "susma" ve "kendi mahkûmiyetine yardımcı olmama" hakkının, ve böylece 6. maddenin 1. fıkrası hükmünün ihlâlidir (Div. K. Funke/Fransa, 25.2.1993, A 256-a, § 43 ve son.).

66.- 6. maddenin 1. fıkrası konusunda son olarak belirtelim ve haurialatım ki maddenin 2. ve 3. fıkralarında yer alan hükümler adil yargılama normunu koyan 1. fıkranın uzantısı ve kavramını bazı özel uygulama şekillerinden ibarettir. "Ezcümle" kelimesi ile başlayan 3. fıkradaki sayım sınırlı olmayıp önemli örnek unsurlardan ibarettir. 3. fıkranın içerdiği güvenceler, her ne kadar, ceza yargılamasında sanığa tanınmış bulunan haklar ise de, gereğinde, *mutatis mutandis* özel hukuk davaları alanında da uygulanacaklardır (Div. K. Deweer/Belçika, 27.2.1980, A 35, s. 30, § 56; Albert et Le Compte/Belçika, 10.2.1983, A 58, s. 16-17, § 30).

4. SUÇSUZLUK KARİNESİ

67.- 6. maddenin 2. fıkrasını oluşturan ve bir anlamda sanığa tanınan bir güvence niteliğindeki suçsuzluk karinesinin ceza davasındaki asıl ve en önemli sonucu, iddiayı, makûl şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispatın, iddiacıya (yani suçlayana) ait bulunduğu; kural olarak sanığın, suçsuzluğunu ispatla yükümlü olmadığıdır. İlkenin neticesi ise, sanığın şüpheden yararlanacağı; iddianın ispatlanamaması halinde davanın beraatla neticeleneceğidir. Biraz sonra görüleceği gibi Strasbourg denetim organları söz konusu karineyi bu sınırın çok ötesine taşıyan bir içtihat oluşturmuşlardır.

68.- Suçsuzluk karinesi gereği, her ne kadar "iddiayı ispat müddeiye düşer" ise de makûl sınırlar içinde kalmak ve sanığın savunma hakkını ihlâl etmemek kaydıyla, bazı durumlarda, kanunun fiilî veya hukukî "sorumluluk karinesi" kabulü 2. fıkra hükmüne aykırı düşmez. Benzeri hallerde sanık, beraatini sağlamak için kanunun koyduğu bu karineyi çürüten, bir anlamda fiilden sorumlu olmadığını kanıtlayan deliller getirmekle yükümlü kılınmaktadır (Div. K. Salabiaku/Fransa, s. 16, § 28; keza bkz. Kom. K. X./Federal Almanya, 13.7.1970, no. 4124/69, Rec. 35, s. 132; X./İngiltere, 19.7.1972, no. 5124/71, Rec. 42, s. 135; Lingens et Leitgeb/Avusturya, 11.12.1981, no. 8803/79, DR 26, s. 171). Bu gibi durumlarda Divan ve Komisyon, deyim yerinde ise, "sorumluluk karinesinin", somut olaydaki şekliyle, suçsuzluk karinesi ve daha genel düzeyde, adil yargılama kavramıyla bağdaşır biçimde uygulanıp uygulanmadığını denetlemektedir (Div. K. Salabiaku/Fransa, 7.10.1988, A 141-a, s. 14 ve 17, § 25 ve 30; Pham-Hoang/Fransa, 25.9.1992, A 243, § 33 ve son.).

69.- Hükümde de açıkça belirtildiği gibi adı geçen karine ancak bir suçlamanın varlığı halinde, yani ceza davasında sonuç doğurur (Div. K. Deweer/Belçika, 27.2.1980, A 35, s. 15, § 30; Öztürk/Federal Almanya, 21.2.1984, A 73, s. 17, § 47; Amaj/İngiltere, 27.10.1986, A 108, s. 22, § 63). Fakat etkisi ceza davasının yalnızca sonucuyla sınırlı değildir; suçlama anından itibaren muhakeme faaliyetinin tüm safhaları yanında (Div. K. Minelli/İsviçre, 25.3.1983, A 62, s. 15, § 27; Lutz/Federal Almanya 25.8.1987, A 123, s. 25, § 59), gereğinde, asıl dava ile yakından bağlantılı öteki davaları da (örneğin, beraatla sonuçlanan bir davaya dayanarak, bu dava sırasında maruz kalınan tutukluluk nedeniyle açılan tazminat davası gibi) etkiler (Div. K. Englert/Federal Almanya, 25.8.1987, A 123-b, s. 54, § 35; Sekanina/Avusturya, 25.8.1993, A 266-a, § 19).

70.- Komisyon suçsuzluk karinesinin, sanık için bir güvence olarak, yalnızca suçlamanın esası hakkında karar verecek ceza yargıcı önünde değil, fakat bütün resmî makamlar düzeyinde de netice doğurduğunu belirtmektedir (Kom. K. X./Federal Almanya, 6.10.1982, no. 9295/81, DR 30, s. 227). Böylece hakkındaki suç kovuşturması kesin mahkûmiyet hükmüyle sonuçlanmamış kişiye başka resmî görevlilerin suçlu gözüyle bakıp bu şekilde davranmaları 2. fıkra hükmünün çiğnenmesidir (Kom. K. X./Avusturya, 6.10.1981, no. 9077/80, DR. 26, s. 211; X./Hollanda, 17.12.1981, no. 8361/78, DR 27, s. 49; R.F. et S.F./Avusturya, no. 10847/84, DR. 44, s. 238; Kruse/İsviçre, 3.10.1978, no. 7986/77, DR 13, s. 73).

71.- 6. maddenin 2. fıkrası, 5. maddeye uygun olarak tutuklanan, fakat herhangi bir nedenle hakkında mahkûmiyet hükmü verilmemiş olan sanık lehine otomatik bir tazminat hakkı doğurmaz (Div. K. Sekanina/Avusturya, 25.8.1993, A 266-a, § 22). Suçun kovuşturmaya değer bulunmaması (Div. K. Adolf/Avusturya, 26.3.1982, A 49, s. 17-19, § 35-41) yahut ölüm ya da zamanasını (Div. K. Englert/Federal Almanya, 25.8.1987, A 123, s. 54, § 37; Nölkenbockhoff/Federal Almanya, 25.8.1987, A 123, s. 79, § 37) nedeniyle davanın düşmesi; veya delil yetersizliğinden beraat kararı verilmesi hallerinde ilgilinin, bu davalar sırasındaki tutukluluğu sebebiyle istediği tazminatı reddeden veya yargılama giderlerini sanığa yükleyen mahkeme kararlarında alelâde şüpheden öte kendilerinin "suçluluğunu" ima ve telkin eder yönde gerekçelerin yerılması 2. fıkra hükmüne aykırıdır (Div. K. Sekanina/Avusturya, 25.8.1993, A 266-a, § 25 ve son.; keza bkz. Campbell et Fell/İngiltere, 28.6.1984, A 80, s. 43 ve son. § 93-94. Deweer/Belçika, 27.2.1980, A 35, s. 30-31, § 56; Albert et Le Compte/Belçika, 10.2.1982, s. 17-20, § 30, § 39-40).

72.- Suçsuzluk karinesi "ceza"ya değil "suç"un varlığı, yani "suç işlemiş olmak" durumu ile ilgili bulunduğundan, fıkra hükmü, mahkemenin soyut cezayı saptarken, sanığın kişiliğini yahut geçmişini (adli sicil kayıtlarındaki sabıka durumu gibi) gözönünde tutmasına engel değildir (Div. K. Englert/Federal Almanya, 25.8.1987, A 123, s. 38, § 90; Albert et Le Compte, 10.2.1983, A 58, s. 20, § 40); keza savcılıkça yapılan suç nitelemesi yahut mahkemece suç saiki konusunda yapılan değerlendirme ve saptamalar da adı geçen karinenin uygulama alanı dışındadır (Div. K. Kremzow/Avusturya, 21.9.1993, A 268-b, § 76-77).

73.- 2. fıkrada kişinin "(...) suçluluğu kanunen sabit oluncaya kadar (...) " suçsuz sayılacağı söyleniyor. Suçun, kanuna aykırı şekilde elde edilen bir delille ispatlanmış olması halinde, sanığın suçluluğu, acaba, hükümde söylendiği gibi, Sözleşme açısından, "kanunen" saptanmış sayılacak mıdır? Soruya dolaysız bir yanıt teşkil etmemekle beraber, Divan'a göre Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6. madde ile adil yargılamayı güvence altına almakta; fakat Sözleşme'nin koruma altına aldığı hak ve özgürlükleri çiğnememek kadıyla, bir delilin hukuken geçerliliği konusunda hüküm içermemektedir. Bu husus öncelikle ulusal mevzuat ve makamların yetkisindedir. Bu tespitten hareketle Divan, adil yargılama ilkesinin doğrudan ihlâli söz konusu olmadığı sürece, kanuna aykırı yoldan elde edilen bir delilin yargılamadaki hukukî değeri, yani fiili ispatta geçerliliği, konusunda in abstracto ve ilke teşkil eder bir genel kural koymanın mümkün olmadığını ifade etmiştir (Div. K. Schenk/İsviçre, 12.7.1988, A 140, s. 29-30, 45; Salabiaku/Fransa, 7.10.1988, A 141-a, s. 15, § 28).

74.- 5. maddenin 1. fıkrası kapsamında kalmak koşuluyla, suçsuzluk karinesi sanığın tutuklanmasına engel değildir (5. madde açısından suçsuzluk karinesi konusunda özellikle bkz. Div. K. Guzzardi/İtalya, 6.11.1980, A 39, s. 37, § 100; Wemhoff/Federal Almanya, 27.6.1968, A 7, s. 22, § 5; Neumeister/Avusturya, 27.6.1968, A 8, s. 37, § 4; Stögmüller/Avusturya, 10.11.1969, A 9, s. 49, § 4; ve 6. maddenin 3/e fıkrası açısından Ludicke, Belkacem et Koç/Federal Almanya, 28.11.1978, A 29, s. 17, § 41).

75.- Davanın esası yani sorumluluk konusunda bir karar verilmeksizin kovuşturmanın herhangi bir nedenle son bulması halinde sanığa, sırf şüphe üzerine, bir ceza yahut tedbir uygulanması 6. maddenin 2. fıkrası hükmünün ihlâlidir (Div. K. Minelli/İsviçre, 25.3.1983, A 62, s. 15-16, § 30; Englert/Federal Almanya, 25.8.1987, A 123, s. 55-56, § 40; Lutz/Federal Almanya, 25.8.1987, A 123, s. 26, § 63; Nölkenbockhoff/Federal Almanya, 25.8.1987, A 123).

5. ADİL YARGILAMADA SANIĞIN HAKLARI

76.- 6. madde konusunda daha önce belirtmiş olduğumuz hususları, önemi nedeniyle, bir kez daha hatırlatmak isteriz. Şöyleki bu madde bir bütün olarak adil yargılamanın asgari şartlarını göstermektedir. Temel kavram maddenin 1. fıkrasındadır. 3. fıkra sınırlı olmayan bir sayımla suç kovuşturmasında sanığa tanınan hakları, yani savunmanın güvencelerini sıralamaktadır; bunlar ana kavram adil yargılama ilkesinin bazı özel yönlerinden ibarettir ve ana kavram ile sıkı şekilde bağlantılıdır. Bu nedenledir ki Divan, özellikle, maddenin 3. fıkrasını konu alan davalarda iddiayı çoğu zaman 1. fıkra ile bağlantılı olarak ele alıp karar vermekte; bazan da, sorunu sadece 3. fıkranın ileri sürülen bendi açısından inceledikten sonra, iddianın ayrıca 1. fıkra açısından da incelenmesine gerek bulunmadığını belirtmektedir (Bu anlamdaki pek çok karar arasından bkz. Div. K. Luedicke, Belkacem et Koç/Federal Almanya, 28.11.1978, A 29, s. 17, 20, 21, § 42, 45, 55; Deweer/Belçika, 27.2.1980, A 35, s. 30, § 56; Artico/İtalya, 13.5.1980, A 37, s. 15, § 12; Pakelli/Federal Almanya, 25.4.1983, A 64, s. 18-19, § 42; Albert et Le Compte/Belçika, 10.2.1983, A 58, s. 17, ve 20-21, § 39, 41; Öztürk/Federal Almanya, 21.2.1984, A 73, s. 17, § 47; Goddi/İtalya, 9.4.1984, A 76, s. 11, § 28; ve nihayet Schuler-Zraggen/İsviçre 24.6.1993, A 264, ve Kremzow/Avusturya, 21.9.1993, A 268-b, davaları).

A. Suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa bir zamanda, anlaşılan dilde ve ayrıntılı olarak sanığın haberdar edilmesi (mad. 6/3-a)

77.- Hükmün amacı sanığın kendini etkili ve yararlı şekilde savunabilmesini sağlamaktır ve bu bent hükmü fıkranın (b) bendi ile de bağlantılıdır.

78.- Suçlama konusunda sanığa verilecek bilgi, kendisinin hangi fiili nedeniyle suçlandığını ("isnadın sebebi") ve bu fiilin hukukî nitelemesinin ("isnadın mahiyeti")ne olduğunu içerecektir ve şüphesiz, 5. maddenin 2. fıkrası uyarınca (tutuklama halin de) verilmesi gereken bilgiden çok daha ayrıntılı olacaktır (Kom. K. X./Avusturya, 12.3.1981, no. 8490/79, DR 22, s. 144; Kom. R. Chichlian et Ekindjian/Fransa, 16.3.1989, no. 10959/84, § 49) Sonradan ortaya çıkan değişiklikler de dahil olmak üzere ayrıntının derecesi her somut olayda değişebilmekle beraber, bunların, hiçbir fiili yahut hukuki hataya yer vermeyecek şekilde olması gerekir (Kom. K. X./Belçika, 9.5.1977, no. 7628/76, DR 9, s. 169; Div. K. Campbell et Fell/İngiltere, 28.6.1984, A 80, s. 44, § 96).

79.- Bilginin "kısa bir zamanda" verilmesi hükmü elbette ki görecelidir ve her somut duruma göre değerlendirilecektir. Bu husus, savunmanın hazırlanmasına imkân vermek amacını güttüğüne göre "kısa zaman"ın başlangıç noktası, muhakkak ki kovuşturmaya geçildiği an; hiç olmazsa sanığın yargıç önüne gönderildiği an olacaktır (Kom. R. Chichlian et Ekindjian/Fransa, § 49 ve son.; Div. K. *mutatis mutandis* Kremzow/Avusturya, 21.9.1993, A 268-b, § 48-50 ve § 56).

80.- Sözleşme, bu "bildirimi" belli bir şekilde bağlamış değildir. Amaç, etkili savunmayı sağlamak olduğuna göre, seçilen bildirim şeklinin bu amaca uygun olması yeterlidir.

Verilecek bilgilerin "sanığın anlayacağı dilde" olması, tüm dava dosyasının sanığın anladığı dile çevrilmesi anlamına gelmez (Div. K. Kamasinski/Avusturya 19.12.1989, A 168, s. 35, § 74; Brozicek/İtalya, 19.12.1989, A 167, s. 18, § 41; keza bkz. Çolak/Federal Almanya, 6.12.1988, A 147, s. 12-13, § 30-31 ve aynı davada Kom. R. § 132 ve son.).

B. Savunmanın hazırlanması için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak (mad. 6/3-b)

81.- Savunmanın hazırlanabilmesi için tanınacak "gerekli zaman ve kolaylıklar" değerlendirmesi, yargılama faaliyetinin bütünü, dava konusunun ve durumun özellikleri (muhakeme faaliyetinin hangi safhada bulunduğu, davanın niteliği ve konunun karmaşıklığı; ilgilinin, tutukluluk hali gibi, içinde bulunduğu durum vb. gibi) gözönünde tutulmak suretiyle yapılacaktır. Bu bent hükmünün uygulanmasında somut olayın taşıdığı özellikler, başka alanlarda olduğundan çok daha fazla önem kazanmaktadır. Divan, bir cezaevindeki ayaklanma sebebiyle başlatılan bir kovuşturmanın söz konusu olduğu Campbell et Fell/İngiltere davasında (s 44-45, § 97-99) beş günlük süreyi ilgililerin savunmalarını hazırlamaları bakımından yeterli bulmuş, fakat buna karşılık, aynı olayda, sanığa savunmasını hazırlamak için gerekli öteki kolaylıkların sağlanmadığına karar vermiştir (Keza bkz. Div. K. Engel et autres/Hollanda, 8.6.1976, A 22, s. 38, § 91; Albert et Le Compte, 10.2.1983, s. 20, § 41; Kremzow/Avusturya, 21.9.1993, A 268-b, § 48 ve 50, 52, 56).

82.- Bent hükmü uyarınca sanığa sağlanacak kolaylıklar, bilgi sahibi olmak için dava dosyasının incelenmesi olanağı, savunmada bulunabilmek için duruşma gereği (Div. K. Schuler-Zgragen/İsviçre, § 50, ve son.; Ludi/İsviçre, 15.6.1992, A 238, § 47 ve son.) sanığın avukatıyla serbestçe görüşebilmesi; gerekçeli mahkeme kararının sanığa usulünce tebliği (Melin/Fransa, 22.6.1993, A 261-a § 24; Geouffre de la Pradelle/Fransa 16.12.1992, A 253-b, s. 42-43, § 33-35) gibi pek çeşitlidir (Keza bkz. *mutatis mutandis* Brandstetter/Avusturya, 28.8.1991, A 211 s. 27-28, § 64-69).

Bununla beraber sözü edilen "kolaylıklar" mutlak nitelikte de değildirler. Dava konusu somut olayın ihtiyaç gösterdiği hâllerde, savunmayı imkânsız kılmamak ve makûl sınırlar içinde kalmak kaydıyla, bunların, özellikle zaman içinde sınırlanması bent hükmüne aykırı değildir (Div. K. Bricmont/Belçika, 7.7.1989, A 158, s. 31-32, § 90-93). Kamasinski/Avusturya davasında (s. 39, § 88), Divan, sanık avukatının dava dosyasını inceleme hakkına, belli bir ihtiyaç nedeniyle sınır getirilmesini bent hükmünün

ihlâli olarak görmemiştir (Keza bkz. Schuler-Zgragen/İsviçre, 24.6.1993, A 264, § 52; Edwards/İngiltere, 16.12.1992, A 247-b, 34-35, § 34-39).

c. Sanığın "kendi kendini savunması" yahut "kendi seçeceği bir müdafinin veya (gereğinde) mahkeme tarafından tayin edilecek bir avukatın (...) yardımından (...) yararlanması (mad. 6/3-c)

83.- Dar anlamda "savunma hakkı"nın, yani "tez"e (iddia; suçlama) "antitez" (savunma) ile karşı çıkma olanağının, bir "sentez" (hüküm) ile son bulacak ceza yargılamasında yargılamayı adil kılan temel unsurlardan biri olduğu şüphesizdir (Div. K. Monnell et Morris/İngiltere, 2.3.1987, A 115, s. 21, § 53; Quaranta/İsviçre, 24.5.1991, A 205, s. 16, § 27; Pham-Poang/Fransa, 25.9.1992, A 243, s. 23, § 39).

84.- Genel olarak Sözleşme'nin amacı, özellikle "(...) adil yargılama hakkının demokratik bir toplumda oynadığı önemli rol (...) gereği, söz konusu bent sanığa "teorik ve hayali" değil, fakat "somut ve gerçek" bir savunma sağlamayı hüküm altına almaktadır (Div. K. Artico/İtalya, 13.5.1980, A 37, s. 15-16, § 33; Goddi/İtalya, 9.4.1984, A 76, s. 11, § 27; Van der Mussela/Belçika, 23.11.1983, A 70, s. 19-20, § 39; F.C.B./İtalya, 28.8.1991, A 208-B, s. 21, § 33 ve T./İtalya, 12.10.1992, A 245-c, § 29). Bu cümleden olmak üzere sanık, kendisi için hak teşkil eden üç olanağa sahiptir: **Kendini bizzat savunma**; savunmasında kendi seçeceği bir savunucunun yardımından yararlanma; ve bir avukata sahip olmak için gerekli malî olanaktan mahrum ise ve adâletin selâmeti gerektiriyorsa mahkemeye görevlendirilecek bir avukatın bedava yardımını elde etmek (Div. K. Pakelli/Federal Almanya, 25.4.1983, A 64, s. 15, § 31; Campbell et Fell/İngiltere, 28.6.1984, A 80, s. 45, § 99; keza bkz. Engel et autres/Hollanda, 8.6.1976, A 22, s. 38, § 91; Kom. K. X./Federal Almanya, 5.7.1977, no. 7318/75, DR 9, s. 50).

85.- Komisyon'a göre maddenin (c) bendi "(...) savunmanın .. (mahkeme önünde).. uygun surette temsili sağlanmadan yargılamayı, ilke olarak, yasaklamaktadır" (Kom. R. Bernard Poitrimol/Fransa, 3.9.1992, no. 14032/88, § 46 ve son. ve § 58 ve bu davadaki Div. K. 23.11.1993, A 277-a, § 34).

Savunma yol ve yönteminin seçimi ilk iki durumda sanığın takdirine bırakılmıştır. Üçüncü ihtimâl söz konusu oldukça ihtiyacı, malî imkânsızlık şartıyla bağlantılı olarak, mahkeme takdir edecektir.

a) Kendi kendini savunma

86.- Sanığın kendi kendini savunabilmesi için mahkeme önünde bizzat hazır bulunması, bu imkâna sahip olması gerektiği şüphe götürmez. Her ne kadar Sözleşme sanığa mahkeme önünde şahsen yer almak hakkını açıkça tanımış değil ise de, 3. fıkra hükümlerinden bir kısmının yerine getirilebilmesi için sanığın muhakkak duruşmada şahsen bulunması gerekecektir. Gerçekten, incelemekte olduğumuz (c) bendindeki "kendi kendini savunma" hakkı bu hükümlerden biridir. Bu konuda Divan, 3. fıkra "(...) her ne kadar sarahaten öngörmemekte ise de, sanığın duruşmaya katılması olanağı bütünüyle 6. maddenin konu ve amaçlarından kaynaklanmaktadır" diyor (T./İtalya, 12.10.1992, A 245-c, § 26 ve 28-29; keza bkz. Div. K. Colozza/İtalya, 12.2.1985, A 89, s. 14, § 27; Brozicek/İtalya, 19.12.1989, A 167, s. 19, § 45).

87.- 6. madde hükümlerinin, mevcut oldukları takdirde, yargılamanın her derecesinde uygulanacağını daha önce belirtmiştik. Bu nedenledir ki sanığın mahkeme önünde şahsen hazır bulunması hususuna, kural olarak, istinaf ve temyiz yargılamalarında da riayet edilecektir. Bununla beraber bu gerek, istinaf ve temyiz derecelerinde, her zaman muhakkak, ilk derece yargılamasındaki kadar önemli olmayabilecektir (Div. K. Kamasinski/Avusturya, 19.12.1989, A 162, s. 44, § 106; Fejde/İsveç, 20.10.1991, A 212-c, s. 68, § 31). Böylece ilk dereceyi izleyen derece yargılamalarında sanığın bizzat duruşmaya katılması gerekip gerekmediği sorununu çözmek için, ezcümle, söz konusu olan derece yargılamasının "(...) sahip bulunduğu özellikleri ve bahusus, bu merci tarafından karara bağlanacak meselelerin ışığında, sanığın menfaatlerinin istinaf mahkemesi (yahut, yargıtay) önünde nasıl temsil edilip savunulduğunun incelenmesi lazımdır (...)" (Div. K. Kremzow/Avusturya, § 58-59, 63 ve § 67-68; keza bkz. Div. K. Axen/Federal Almanya, s. 13, § 28; Sutter/İsviçre, s. 13, § 30; Pardo/Fransa, 20.9.1993, A 261-b, § 27).

88.- Duruşmada hazır bulunmak için kendine düşeni yerine getirmeyen sanığın, bu hakkından zimnen vazgeçtiği düşünülerek gıyabında yargılamaya devam edilebilir. Fakat söz konusu hakkın savunma ve dolayısıyla, adil yargılamadaki önemi nedeniyle, bu "vazgeçme"nin tereddüde yer vermeyecek derecede açık olması ve aynı zamanda, kamu yararına aykırın bulunmaması gerekir (Div. K. Colozza/İtalya, 12.2.1985, A 89, s. 14, § 28; Pfeifer et Plank.../Avusturya 25.2.1992, A 227, s. 16, § 37).

89.- Kendi kusuruyla savunma hakkını şahsen kullanmaktan mahrum kalan sanık konusunda (ç) bendi hükmü çiğnenmiş olmaz (Div. K. Melin/Fransa, § 24-24. Aynı davada Komisyon aksi kanaat belirtmiştir).

90.- Sanığın kaçak olduğu yahut başka bir nedenle kendisine ulaşmanın mümkün bulunmadığı durumlarda ulusal mevzuatın gıyapta yargılanmayı kabul etmesine bu bent hükmü engel değildir. Fakat bu gibi hâllerde, sanığı durumdan haberdar etmek için (mad. 6/3-a), resmî görevlilerin her yolu ciddi surette denemiş ve her türlü tedbiri almış olmaları gerekir (Div. K. Colozza/İtalya, 12.2.1985, A 89, s. 14-16 § 28-33; F.C.B./İtalya, s. 21, § 33; T./İtalya 12.10.1992, A 245-c, s. 42, § 28-29; (Gıyapta yargılama konusunda Bkz. Résolution (75) 11 du Comité des Ministres (21 mai 1975) Sur les critères à suivre dans la procédure de jugement en l'absence du prévenu)

b) Savunmada bir avukatın yardımından yararlanma

91.- Savunmada sanığın önünde açık bulunan ikinci yol bir avukatın -ya da ulusal mevzuat uyarınca meslekten başka bir savunucunun- yardımından yararlanmaktır. Avukat ya ilgili tarafından serbestçe seçilecek; ya da daha önce belirttiğimiz diğer iki şartın varlığı koşuluyla, mahkemece re'sen görevlendirilecektir (Div. K. Engel et autres/Hollanda, 8.6.1976, A 22, s. 38-39, § 91; Monnell et Morris/İngiltere, 2.3.1987, A 115, s. 25, § 67; Granger/İngiltere, 28.3.1990, A 174, s. 24, § 47).

92.- Söz konusu bent hükmüyle sanığa sağlanan haklar mutlak olmayıp, gereğinde, bazı sınırlamalara tabi tutulabileceklerdir. Bu bent hükmü bağlamında önemli olan husus sanığın, yargılamanın bir safhası bakımından değil fakat bütünü içinde, fiilen ve gerçekten bir avukatın yardımından, gerektiği şekilde yararlanıp yararlanmadığıdır (Kom. R. Can/Avusturya, 12.7.1984, § 52 ve son.; I./İsviçre, 14.5.1992, no. 13972/88, 61;

Kom. R. Biondo/İtalya, 8.12.1983, DR 64, § 37; Rosa Tripodi/İtalya, 14.10.1992, no. 13743/88, § 28-29, 36, 41).

Ulusal mevzuatça, özellikle üst derece mahkemeleri önünde, bir avukatla sanığın zorunlu temsilinin öngörülmüş olması (Kom. K. 11.12.1972, no. 5730/72, Digest c. 2, s. 826); yahut sanığa adli yardım yolundan, gerekli görülüp, iradesine aykırı surette birden fazla avukat tayini Sözleşme'ye aykırı değildir; bu son durumda, özellikle vekâlet ücretinin hükümlüye yüklendiği sistemlerde, mahkemenin geçerli ve yeterli gerekçelere sahip bulunması lâzımdır (Div. K. Croissant/Federal Almanya, 25.9.1992, A 237-b, s. 32 ve son, § 28-32). Zorunlu avukat tayininin (dava sonucunun sanık için ağır ve önemli olması; cezanın cinsi ve miktarı; dava konusunun fiil ve hukuk açısından karmaşıklığı vb. gibi) işin özellikleri gözönünde tutularak kovuşturmanın hangi safhasında gerekli olduğunu takdir mahkemeye aittir (Kom. K. W./İsviçre, 13.7.1983, no. 9022/80, DR 33, s. 21; Div. K. Pham-Hoang, 25.9.1992, A 243, s. 23, § 33 ve son.; Quaranta/İsviçre, 24.5.1991, A 205, s. 16, § 31 ve son.).

93.- Divan (ve Komisyon), Imbrioscia/İsviçre davasında sanığa, sahip bulunduğu hakların (konuşmak zorunda olmadığı, isterse avukatını çağırabilmeleri vb. gibi), tutuklama anında kendisine bildirilmemesini ve sanığın duruşmadan önce yapılan sorgulamalarına, kendisiyle devamlı temas halinde bulunan, sorgu zabıtları dahil dava dosyasının muntazam inceleme olanağına sahip avukatının re'sen davet edilmemiş olmasını, savunmayı zora sokan ve dava sonucunu etkileyen bir durum yaratmadığı; yargılamada, ilgilinin, bent hükmüne uygun olarak, bir avukatın yardımından gerçek şekilde yararlandığı gerekçesiyle 6. maddenin (c) bendine aykırı bulmamıştır (Div. K. 24.10.1993, A 275, § 37 ve son.).

94.- Mahkemece tayin olunan avukat konusunda sanık, hemen hemen bir seçim ve tercih hakkına sahip değil ise de, savunma "teorik ve hayali" değil, fakat "gerçek ve etkili" olmak zorunda bulunduğundan, görevin, gerektiği gibi, yerine getirilmediği hâllerde mahkemenin duruma müdahalesi ya da yeni bir avukat tayin etmesi gerekir (Div. K. Artico/İtalya, 13.5. 1990, A 37, s. 15-18, § 23 ve § 33-37; Goddi/İtalya, 9.4.1984, A 76, s. 11 ve son., § 27 ve son.; Kamasinski/Avusturya, 19.12.1989, A 168, s. 32-33, § 65).

95.- Devletin "savunuculuk" görevini düzenleyen hükümler koyması (c) bendine aykırı değildir (Kom. K. X./İngiltere, no. 9285/78, DR, s. 242). Komisyon, sanıklarla suç ortaklığı halindeki avukatın savunuculuk görevinden yasaklanmasını, serbestçe avukat hakkının ihlâli olarak görmemiştir (Kom. K. Ensslin etc./Federal Almanya, 8.7.1978, no. 7572/76 etc, DR 14, s. 64).

96.- Re'sen görevlendirilen avukata ödenecek ücretin, malî durumu düzelmiş hükümlüye yargılama giderleri arasında yüklenmesi, Komisyon'a göre, bent hükmüne aykırı düşmez (Kom. K. X./Federal Almanya, 6.5.1982, no. 9365/81, DR 28, s. 229; P./İsviçre, 4.7.1983, no. 9419/81, DR 33, s. 153).

97.- Divan'a göre de 6. maddenin 3. fıkrasında yer alan öteki hakların (örneğin 'e' bendindeki hak: Bkz. Luedicke, Belkacem et Koç/Federal Almanya, 28.11.1978, A 29, s. 16-17, § 40) aksine, (c) bendindeki ücretsiz adli yardım mutlak değildir. Bu yardım sanığa ancak avukat ücreti ödeme olanağına sahip bulunmadığı zaman, savunmasız kalmasını önleme için, yapılacaktır. Alman sisteminde olduğu gibi, sanığın malî durumu ile ilgili

olmaksızın, adâlet hizmeti yararına sanığa re'sen avukat tayini halinde, vekâlet ücretinin hükümlüden devletçe geri istenmesine, yargılamanın adil niteliğine gölge düşürmemek kaydıyla, 6. madde engel olmaz. Benzeri sistemlerde, adli yardım kanalından ödenen avukat ücretinin sanıktan tahsili konusunda sanığın avukat tayini sırasında değil, fakat mahkûmiyet hükmünden sonraki malî durumu önemlidir (Bkz. Div. K. Croissant/Federal Almanya, 25.9.1992, A 237-b, s. 34 ve son., § 33 ve son.).

D. Tanıkların dinlenmesinde hak eşitliği (mad. 6/3-d)

98.- Maddenin 3. fıkrasının (d) bendi, bir anlamda, adil yargılama açısından delillerin değerlendirilmesi, kısaca ispat konusuna ilişkin bir ilkeyi koymaktadır. Bent hükmüne göre savunma tanıkları da suçlama (iddia) tanıklarıyla aynı düzeyde bulunacak, aynı koşullar altında davet edilip dinleneceklerdir.

99.- Divan'a göre bu bent hükmü genel kural "adil yargılama" kavramı içinde yeralan silâhların eşitliği ilkesinin bir uzantısıdır (Bkz. Div. K. Neumeister/Avusturya, 27.6.1968, A 8, s. 43, § 22; Decourt/Belçika, 17.1.1970, A 11, s. 15, § 28; Monnell et Morris/İngiltere, 2.3.1987, A 115, s. 23, § 61-62; Ekbatani/İsveç, 26.5.1988, A 134, s. 14, § 30; Brandstetter/Avusturya, 28.3.1991, A 211, s. 27, § 66; Borgers/Belçika, 30.10.1991, A 214-b, s. 31, § 24; keza Kom. K. X./İsviçre, 11.3.1982, no. 9000/80, DR 28, s. 127). Bu tespitten hareketle Divan, portesi bakımından sınırlı görünen bu hükmü, bilirkişileri de kapsar şekilde genişleterek, muhtemelen tüm ispat araçlarını da içerebilecek şekilde yorumlamaktadır (Div. K. Bönish/Avusturya, 6.5.1985, A 92, s. 15, § 32).

100.- Bununla beraber, özellikle "olanak eşitliğini" amaçlayan (d) bendinin, istediği kişileri savunma tanığı olarak dinlenmeleri için mahkeme önüne davet ettirmek gibi mutlak bir hak tanıdığı söylenemez. "(...) Taraflar arasında eşitlik gözetilmek koşuluyla, diyor Divan, bu fıkra sunulan bir delilin yararlı ve gerekli olup olmadığının, 6. maddenin bütününe egemen adil yargılama kavramına uygun düşer ölçüde takdirini yetkili ulusal makamlara bırakmıştır" (Div. K. Engel et autres/Hollanda, 8.6.1976, A 22, s. 38-39, § 91; Unterpertinger/Avusturya, 24.11.1986, A 110, s. 15, § 33; keza bkz. Campbell et Fell/İngiltere, 28.6.1984, A 80, s. 45-46, § 100-101, Bricmont/Belçika, 7.7.1989, A 158, s. 31, § 89)

101.- Divan'a göre "(...) Sunulan delillerin kabul edilebilirliği konusunda karar yetkisi öncelikle bir iç hukuk sorunudur ve toplanan delillerin ispat gücünü takdir de, ilke olarak, ulusal mahkemelerin yetkisindedir. Divan'ın işlevi, ispat araçlarının sunulmuş tarzı da dahil olmak üzere, yargılamanın, bütünü bakımından, adil olup olmadığını araştırmaktır" (Div. K. Barberà, Messegué et Jabardò/İspanya, 6.12.1988, A 146, s. 31, § 68; Kostovski/Fransa, 20.11.1989, A 166, s. 19, § 39; Windish/Avusturya, 27.9.1990 A 186, s. 10, § 25; Delta/Fransa, 19.12.1990 A 191-a, s. 15, § 35; Isgrò/İtalya, 19.2.1991, A 194-a, s. 12, § 31; Asch/Avusturya, s. 27, § 26; Brandstetter/Avusturya, 28.8.1991, A 211, s. 23, § 52; Edwards/İngiltere, 16.12.1992, A 247-b, s. 34-35, § 34; Saidi/Fransa, 20.9.1993, A 261-c, § 43. Sözleşme açısından delillerin geçerliği ve kabul edilebilirliği konusunda bkz. Div. K. Schenk/İsviçre 12.7.1988, A 140, s. 29, § 46). Soyut ifadeyi kolay olan bu ayırımın, uygulamada, delillerin ispat gücünün tayin konusunda ulusal yargıcın sahip bulunduğu takdir hakkını Strasbourg organlarının denetimi altında tuttuğu açıktır. Komisyon ve Divan'ın elinde bulundurduğu "delillerin ileri sürülüş ve kabulü şeklinin adil niteliğini takdir yetkisi" ile "sunulan bir delilin, gerçeğin ortaya

çıkmasında yararlı ve gerekli olup olmadığını serbestçe takdir ve böylece söz konusu delilin davada kullanılmasını kabul veya red hususunda ulusal yargıcın karar yetkisini", özellikle vicdanî delil sisteminde, birbirinden ayırmak her hâlde pek kolay olmayacaktır (Bkz. Div. K. Vidal/Belçika, 22.4.1992, A 235-b, s. 32-33, § 33-34 ve Kom. R. V./Belçika, 14.1.1991, no. 12351/86, § 48 ve son.).

102.- 6. madde uygulamasında Divan muhakeme faaliyetinin bütününe gözönünde tutarak gerekli değerlendirmede bulunduğu için (Bkz. Div. K. Delcourt/Belçika, 17.1.1970, A 11, s. 14-15; Monnel et Morris/İngiltere, 2.3.1987, A 115, s. 21, § 54; Ekbatani/İsveç, 26.5.1988, A 134, s. 12, § 24; Milasi/İtalya, 25.6.1987, A 119, *mutatis mutandis*, s. 37, § 31; Barberà, Messegué et Jabardò/İspanya, 6.12.1988, A 146, s. 29, § 61) bent hükmü iddia ve savunma tanıkları arasında bir "sayısal" eşitlik değil, fakat bir "nitelik" eşitliği aramaktadır; başka bir deyimle, bütünü gözönünde tutulduğunda, yargılamanın, tez (iddia) ve antütez (savunma) ileri sürülüp tartışılması bağlamında, adil olup olmadığı yani iddia ve savunma dengesinin korunup korunmadığı araştırılacaktır (Div. K. Brandstetter/Avusturya, 28.8.1991, A 211, s. 21-22, § 45-46; *mutatis mutandis*, Bönisch/Avusturya, 6.5.1985, A 92 s. 15-16, § 32-33; Borgers/Belçika, 30.10.1991, A 214-b, s. 31-32, § 26 ve son.).

103.- Mahkemece çağırılıp dinlenecek iddia ve savunma tanıkları arasında fark gözetilen Divan'a göre "(...) savunma hakkı, kural olarak, sanığa, bir iddia tanığının beyanını red ile ona, engeç beyanı sırasında, sorular yönetebilmek için uygun ve yeterli bir fırsatın verilmesini gerektirir; buna mukabil "(...) Divan, bir kişinin tanık olarak dinlenilmemiş bulunması halinde bu durumun 6. maddeye aykırılığına, ancak, istisnâî durumlarda karar verecektir (...)" (Div. K. Kostovski/Hollanda, 7.7.1989, A 166, s. 20, 41; Asch/Avusturya, 26.4.1991, A 203, s.10, § 27; *mutatis mutandis* Unterpertinger/Avusturya, 24.10.1986, A 110, s. 14-15, § 31; Bricmont/Belçika, 7.7.1989, A 158, s. 31, § 89; ve Kom. R. H./Fransa, 4.3.1988, no. 10073/82, § 88 ve V./Belçika, 14.1.1991, no. 12351/86, § 48).

104.- Komisyon'a göre bir savunma tanığının dinlenmesi istemini reddeden mahkeme, kendisini bu sonuca götüren gerekçeleri, kararında, göstermek zorundadır; aksi uygulama (d) bendinin ihlâlidir (Kom. R. Bricmont/Belçika, 15.10.1987, § 152-153; bu konuda yargıç Thor Vilhjalmsson'un Engel et autres/Hollanda davasındaki farklı oy yazısına bkz.).

105.- Nihayet belirtelimki Divan içtihadında "tanık" ve "tanık beyanı" kavramları, ulusal mevzuat ve düzenlemelerde taşıdığı anlamlardan bağımsız, otonom kavramlardır (Div. K. Kostovski/Hollanda, 20.11.1989, A 166, s. 19-20, § 166; Windisch/Avusturya, 27.7.1990, A 186, s. 23-24, § 23; Delta/Fransa, 19.12.1990, A 191-a, s. 15, § 34; Isgrò/İtalya, 19.2.1991, A 194-a, s. 12, § 33; Asch/Avusturya, 26.4.1991, A 203, s. 10, § 24; Bönisch/Avusturya, 6.5.1985, A 92, s. 15, § 31-32). Bu nedenle bazı ülkelerde bazı kişilerin (örneğin kral yahut din adamları gibi) tanıklığı konusunda raslanan özel düzenlemeler Sözleşme'ye aykırı değildir (Bkz. Div. K. Bricmont/Belçika, 7.7.1989, A 158, s. 29, § 77; Barberà, Messegué et Jabardò/İspanya, 6.12.1988, A 146, s. 31, § 68; Kom. K. X./Belçika, 16.10.1980, no. 8876/80, DR 23, s. 234).

106.- (d) bendinin başka bir sonucu da yargılamanın "vicahiliği"dir; yargılamada yüzyüzelik yahut "çelişiklik" ilkesi, özellikle tanıkların dinlenmesinde "çapraz sorgulama" ile önem kazanmaktadır. Bu suretle, genel olarak, iddianın dayandığı

kanıtların neler olduğunu sanık bilecek ve böylece suçlama kanıtları karşı iddialara (savunma) açık olarak tartışılacaktır. Bu husus esasında silâhların eşitliği ilkesinin bir gereğidir de (Div. K. Barberà, Messguè et Jabardò/İspanya, 6.12.1988, A 146, s. 33, § 78; Brandstetter/Avusturya, 28.8.1991, A 211, s. 27-28, § 44; ve *mutatis mutandis* Bricmont/Belçika, 7.7.1989, A 158, s. 29, ve son., § 78 ve son.; Feldbrugge/Hollanda, 29.5.1986, A 99, s. 17-18, § 44; Kom. K. G. Struppat/Federal Almanya, 16.7.1963, no. 2804/66, Ann, c. 11, s. 400 ve son.; X./İsveç, 30.6.1959, no. 434/58, Ann. c.2, s. 371-373; X./Avusturya, 8.5.1962, no. 1092/61, Ann., c. 5, s. 211; Div. K. Saidi/Fransa, 20.9.1993, A 261-c, § 43).

107.- Bir tanığın daha önce polis yahut sorgu yargıcı gibi öteki adli veya kazai merciler önündeki beyan ya da ifadesinin, sonradan duruşma sırasında okunması, aslında Sözleşmeye (mad. 6/3-d) aykırı değildir; yeter ki bir ipsat aracı olarak bunlardan yararlanılırken savunma hakkı çiğnenmemiş; yani yukarıda da belirtildiği gibi, sanık, kovuşturmanın veya yargılamanın herhangi bir safhasında tanığa soru yönelmek (yüzleşme) yahut onun beyanlarını çürütmek olanağına sahip kılınmış olsun (Div. K. Unterpertinger/Avusturya, 24.11.1986, A 110, s. 14-15, § 31; Kostovski/Hollanda, 20.11.1989, A 105, s. 20, § 41; Isgrò/İtalya, 19.2.1991, A 194-a, s. 12, § 34; Saidi/Fransa, 20.9.1993, A 261-c, § 43). Bu nedenledir ki Divan Unterpertinger/Avusturya davasında (s. 14-15, § 30 ve son.) polise sanığın gıyabında ifade veren iki tanığın bilâhare tanıklıktan çekilerek (sanığın karısı ve üvey kızı) duruşmaya katılmaması üzerine kendilerinin polise verdikleri ilk ifadeleri okunarak mahkûmiyet kararı verilmesini; Kostovski/Hollanda davasında da (s. 16-17, § 41 ve son.) polis ve sorgu yargıcına ifade veren ve kimlikleri sanıktan gizlenen (anonim) iki tanığın duruşmada okunan eski ifadelerine dayanılarak sanığın mahkûm edilmesini -sanığa, tanık beyanlarını tartışıp çürütmek, onlara gerekli soruları gerekli zamanda ve uygun şekilde yönetmek olanağı verilmediği gerekçesiyle- 6. maddenin 3. fıkrasının (d) bendine aykırı bulmuştur (keza bkz. Saidi/Fransa, 20.9.1993, A 261-c, § 43-44). Divan'a göre, bu davalarda savunma hakkına getirilen sınırlamalar ilgililerin adil surette yargılandıklarını kabule imkân vermeyecek derecede ağırdır. Benzeri hâllerde Divan için önemli olan husus sanığın mahkûmiyetinin isabetli olup olmadığı, yani ulusal mahkeme kararının fiil ve hukuk düzeyinde doğru olup olmadığı değil; fakat yargılamanın bütünü bakımından, delil ikame ve getirilen delillerin tartışılmasının adil şekilde yapılıp yapılmadığı; sanığı, iddiaya nazaran daha elverişsiz ve kendini savunmasız bir durumda bırakıp bırakmadığıdır (keza bkz. Windisch/Avusturya, 27.9.1990, A 186, s. 10-11, § 28-29).

108.- Hasım tarafın bilgi ve karşı mütalâasına sunulmayan bir ispat aracının davanın çözümünde kullanılmasını yasaklayan yargılamanın vicahiliği ilkesi, esasî itibarıyla yüzyüze bir tartışmayı sağlamak için tüm delillerin, özellikle tanıkların, sanığın hazır bulunduğu bir açık duruşmaya getirilerek ele alınıp incelenmesini, muhakkak gerektirmekte midir? Divan, "(...) adil yargılama kavramı, ilke olarak, ilk derece yargılamasında sanığın duruşmada hazır bulunmasını gerektirir (...)" diyor. Daha önce de değindiğimiz gibi Divan'a göre, maddede açıkça söylenmemekle birlikte, 6. maddenin konusu ve amacı gözönünde tutulduğu; özellikle 3. fıkranın (c), (d) ve (e) bentleri 1. fıkranın ışığında okunduğu zaman sanığın açık duruşmada mutlaka yer alması gerektiği sonucuna varılacaktır. Zira sözü edilen bent hükümlerinin gereği, ancak, sanığın duruşmada hazır bulunması halinde yerine getirilebilecektir (Bkz. Div. K. Colozza et Rubinat/İtalya, 12.2.1985, A 89, s. 14-16, § 27-28 ve 32; Monnele et Morris/İngiltere, 2.3.1987, A 115, s. 22, § 58; Barberà, Messeguè et Jabardò/İspanya, 6.12.1988, A 146, s. 33-34, § 78; Ek. Botani/İsveç, 26.5.1988, A 134 s. 12, § 25; Kostovski/Hollanda,

20.11.1989, A 166, s. 20, § 41; Windisch/Avusturya, 27.9.1990, A 186, s. 10, § 26; İsgro/İtalya, 19.2.1991, A 194-a, s. 12, § 34; Asch/Avusturya, 26.4.1991, A 203, s. 10, § 27).

109.- Bu husus, özellikle, vicdani delil sisteminde, yargıcın ispat araçlarıyla doğrudan teması ve "duruşmalardan edineceği samimi kanaata göre" karar vermesi durumunda daha da önem kazanmaktadır. Kostovski davasında Divan, tanıkların kural olarak mutlaka açık duruşmada dinlenmesinin gerekmediğini belirttiikten sonra, (bu olayda) iddia tanıklarının "(...) duruşmaya getirilmemiş olmaları mahkemeyi, bunların sorgulama sırasındaki davranışlarını incelemekten ve böylece inandırıcılıkları konusunda dolaysız kanaat edinmekten alıkoymuştur (...)" diyerek yargılama boyunca savunmanın maruz kaldığı kısıtlamaların duruşma (son soruşturma) safhasında da telâfi edilmediği ve böylece bent hükmünün çiğnendiği sonucuna varmıştır (s. 20-21, § 41-43).

110.- Delillerin açık duruşmada taraflar önünde tartışılıp değerlendirilmesi gereği, yargılama hukukunun üç temel ilkesi ile bağlantılıdır: gıyapta yargılama daima bir istisnadır; ikinci olarak yargılamanın yüzyüzeliği adil yargılamanın temel öğelerinden biridir; nihayet 6. maddeni 1. fıkrasında öngörülen "açık duruşma" hak dağıtımının gizli oyunlara alet olmasını önleyecektir. Bu son noktada Divan, açık duruşma "(...) mahkeme önünde hak arayanları kamunun denetiminden uzak, gizli adalete karşı korumakta ve mahkemelere olan güvenin mahafazasında da en önemli araçlardan birini oluşturmaktadır. (Açık duruşma) adalet yönetimine getirdiği saydamlıkla 6. maddenin 1. fıkrası ile güdülen amacın, yani hakkaniyete uygun bir yargılamanın gerçekleşmesine yardımcıdır" diyor (Div. K. Pretto et autres/İtalya, 29.6.1982, A 71, s. 11, § 21; Axen/Almanya, 8.12.1983, A 72, s. 121, § 25; Sutter/İsviçre, 22.2.1984, A 74, s. 12, § 26; Fejde/İsveç, 29.10.1991, A 212-c, s. 68-69, § 31; Jañ-Ake Andersson/İsveç, 29.10.1991, A 212-b, s. 45, § 27; Helmers/İsveç, 29.10.1991, A 212-a, s. 16, § 367).

111.- Bir kez daha hatırlatalım ki Divan içtihadında "açık duruşma" ilkesi mutlak olmayıp, yargılamanın adil niteliğini bozmamak kaydıyla istisnalara konu olabilecektir: Tanıkların her zaman açık duruşmada dinlenmeleri gerekmez; hazırlık soruşturması veya ilk soruşturma sırasında zabıt veya sorgu yargıçlığı tarafından sağlanan tanık ifadelerinin, savunma hakkına saygılı olmak koşuluyla, son soruşturma sırasında kullanılmasına (d) bendi hükmü engel değildir.

112.- Bazı maddî (veya hukukî) imkânsızlıklar nedeniyle tanığın duruşmada hazır bulundurulması yahut güvenlik nedeniyle, sanıkla yüzleştirilmesi mümkün olmayabilir. Böyle durumlarda mahkeme, sağlıklı bir karar vermek için başka ispat araçlarına sahip ise mesele yoktur. Aksi hâlde, (d) bendi açısından nazik bir durumun ortaya çıkacağını kabûl gerekir. Böyle bir durumda mahkeme, yüzyüzeliğin getirdiği güvenceleri ve savunma hakkının vazgeçilmez gereklerini somut durumun gösterdiği özelliklere göre, çeşitli yollar ve imkânlardan yararlanarak, sanığa sağlamaya çalışacaktır.

6. madde hükmünün istinaf ve temyiz dereceleri için de geçerli olduğunu daha önce belirtmişük. Gene daha önce belirtmişük ki yüzyüze açık duruşma, istinaf ve temyiz yargılamalarında, ilk derece yargılamasındaki kadar bir öneme sahip bulunmayabilecektir. Bu nedenledir ki ilk dereceyi izleyen yargılama safhalarında vicahi açık duruşma yokluğunun (d) bendi hükmünün ihlâli anlamına gelip gelmediğine karar vermek için davanın, çözümü gereken meselenin, özelliklerini ve muhakeme faaliyetlerinin bütünü

gözönünde tutmak gerekir (Bkz. Div. K. Ekbatani/İsveç, 26.5.1988, A 134, s. 13, § 27-28; Helmers/İsveç, 29.10.1991, A 212-a, s. 15, § 31-32).

E. Sanığa bedava tercüman sağlanması (mad. 6/3-e)

113.- 3. fıkranın son bendi yargılamada kullanılan dili anlamayan ya da konuşamayan sanığa bir tercümanın yardımından bedava yararlanma hakkını tanıyor. Mahkeme dilini anlayan ve konuşabilen sanığa, savunmasını arzuladığı başka bir dilde yapması için, tercüman sağlanmaz (Kom. K. K./Fransa, 7.12.1983, no. 10210/82, DR 35, s. 207). Amaç 6. maddenin bütününe egemen adil yargılamayı gerçekleştirmek; sanığın, dil yetersizliği nedeniyle, kendini etkili şekilde savunmaktan aciz kalmasını önlemektir. Yargılama dilini anlamama yanında, örneğin sağır-dilsizlik gibi fizikî bir arızanın neden olduğu imkânsızlık halinde de sanığa aynı olanak sağlanacaktır.

114.- Hükümde "duruşma" dilinden sözedilmiş olması bu hakkın yalnızca son soruşturma safhasında varolduğu anlamına gelmez. Duruşma dili kovuşturmanın bütünü için geçerli olduğundan sanık bedava tercüman hakkına baştan sona, tüm kovuşturma boyunca, kesin hükme kadar savunmaya yönelik yani "(...) kendisinin adil şekilde yargılanmasını sağlayacak (...)" tüm işlemler bağlamında sahiptir (Div. K. Luedicke, Belkacem et Koç/Almanya, 28.11.1978, A 29, s. 20, § 48-49; Öztürk/Almanya, 21.2.1984, A 73, s. 22, § 58; Kamasinski/Avusturya, 19.12.1989, A 168, s. 36 ve son., § 76 ve son.).

115.- Hükümün amacı sanığa kendini savunma imkânı sağlamak olduğuna göre, ancak savunma için gerekli ve yararlı çevirinin yapılması yeterlidir dava dosyasındaki tüm evrakın, savunmadaki fonksiyonuna bakılmaksızın, tercümesi fıkra hükmünün emri değildir (Div. K. Kamasinski/Avusturya, 19.12.1989, A 168, s. 35, § 74 ve s. 38, § 78).

Kısaca, (d) bendi uygulamasında fiili ve somut durum gözönünde tutulacak, mevcut koşullar değerlendirilip sanığın yargılama dilini ne ölçüde anladığı araştırılacaktır.

116.- Bentte "bedava yardım"dan söz edildiğine göre tercüme için ödenen bedel, mahkûmiyet halinde dahi, öteki yargılama giderlerine eklenerek sanıktan istenemez (Div. K. Luedicke, Belkacem et Koç/Almanya, 2.11.1978, A 29, s. 16 ve son., § 40 ve son.; Öztürk/Almanya, 21.2.1984, A 73, s. 23, § 58).

6. "ADİL YARGILAMA" ve SÖZLEŞME'YE EK 7. No.lu PROTOKOL

117.- 22.11.1984 tarihli 7. No.lu Protokol adil yargılama doktrinine yeni unsurlar ilâve etmiş bulunuyor. (Söz konusu Protokol Türkiye tarafından 14.3.1985 tarihinde imzalanmış fakat henüz onaylanmamıştır).

1.11.1988 tarihinde yürürlüğe giren bu Protokol'un 2. maddesine göre:

"1. Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan sorumlu bulunan her şahıs bu sorumluluk kararını yahut mahkûmiyet hükmünü daha üst derecede bir mahkemeye incelemek hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılması, kullanabilme şartları da dahil olmak üzere, kanunla düzenlenir.

"2. Bu hakkın kullanılmasına, kanunun öngördüğü hafif suçlar bakımından ya da ilgilinin ilk derecede en yüksek dereceli mahkeme tarafından yargılanmış olması halinde veya beraatini müteakip bu karara karşı bir kanun yoluna başvurulması üzerine sorumluluk ve mahkûmiyet kararı verilmesi hallerinde istisna getirilebilir".

118.- Hatırlanacağı gibi, 6. madde hükümlerini incelerken bu maddenin taraf devletlere iki dereceli yargılama mecburiyeti getirmediğini söylemişük. Şimdi 7 No.lu Protokol'un 2. maddesi ile devletler yalnız ceza davaları için böyle bir yükümlülük altına girmiş bulunmaktadır. Bu husus hem "sorumluluğun saptanması" (özellikle anglosakson sisteminde ve jürili mahkemelerde), hem de "mahkûmiyet hükmü" bağlamında yeralan bir gerektir. İkinci derece yargılamasının düzenlenmesi şekli ve koşulları ulusal mevzuata bırakılmıştır.

119.- Maddenin 2. fıkrasında kurala getirilebilecek istisnalar sayılıyor. Bunlar, dava konusu suçun hafif cinsten olması (kabahatler gibi); sanığın ilk derecede en yüksek merci tarafından yargılanmış bulunması (bazı yüksek devlet görevlilerinin özel yetki kuralları uyarınca Yargıtay ya da Yüce Divan tarafından ilk derecede yargılanmış olmaları gibi); ve nihayet, sanığın beraati halinde bu karara karşı gidilen kanun yolu incelemesinde bu kararın bozularak, bu merci tarafından, doğrudan doğruya sanık hakkında sorumluluk ve mahkûmiyet kararı verilmiş olmasıdır. Bu son durumda davanın zaten iki derecede incelenmiş olduğu söylenebilir.

120.- Söz konusu Protokol'un 3. maddesi, adli hata halinde, bazı koşullarla, sanığa tazminat ödenmesini emrediyor. Bu madde uyarınca:

"Yeni ve sonradan ortaya çıkan bir delilden adli bir hataya düşüldüğünün anlaşılması üzerine, kesin ceza mahkûmiyetinin iptâl edilmesi ya da ilgilinin affa uğraması halinde bu mahkûmiyet sonucu bir cezaya çarptırılan kişiye, bilinmeyen delilin zamanında ortaya çıkmamış olmasından tamamen veya kısmen kendisinin sorumlu bulunduğu hususunun kanıtlandığı hâller dışında, ilgili devletin yürürlükteki kanunu veya usulü uyarınca tazminat ödenir".

Hüküm her ne kadar doğrudan doğruya muhakeme faaliyeti ile ilgili değil ise de, hatalı bir yargılama sonunda verilen hatalı kararın, bir anlamda telâfisi yolunu açmaktadır.

121.- Tazminat ödenmesi koşulları maddede açık bir dil ile belirtilmiştir. Bunlar: Mahkûmiyet hükmünün kesinleşmiş olması, yani mevcut bir kanun yolu ile düzeltilmesi yolunun kapalı bulunması; yeni ve sonradan ortaya çıkan bir kanıttan adli hataya düşüldüğünün açıkça anlaşılması, yani ilgilinin suçsuzluğunun şüpheye yer bırakmayan biçimde ortaya çıkması; ve nihayet bu saptamaya dayanılarak mahkûmiyet hükmünün iptâl edilmiş yahut affedilmiş olmasıdır. Yeni delilin zamanında ortaya çıkmamış olmasından ilgilinin tamamen veya kısmen sorumlu bulunması durumunda ise tazminata yer yoktur.

122.- Nihayet, anılan Protokol'un 4. maddesi hükmünden olarak:

"1. İşlediği suç yüzünden bir devletin ceza ve ceza yargılaması usulü kanununa uygun olarak yargılanıp kesin hükümlerle beraat eden yahut mahkûm olan kişi, aynı suç sebebiyle aynı devlet mahkemeleri tarafından tekrar kovuşturulamaz yahut cezalandırılmaz.

"2. Yukarıdaki fıkra hükümleri, yeni ve sonradan ortaya çıkan delillerin yahut önceki işlemlerde vaki esaslı bir usul hatasının verilen hükmü etkiler nitelikte olması halinde davanın yeniden açılmasını engellemez.

"3. Sözleşme'nin 15. maddesine dayanılarak bu maddeye aykırı hiçbir tedbir alınmaz."

123.- Madde ceza hukukunun temel ilkelerinden olan non bis in idem, yani bir suç nedeniyle iki kez yargılanma yasağı kuralını koymakta; hukuk güvenliği ve kesin hüküm otoritesini sağlamaktadır.

124.- Madde aynı fiil sebebiyle iki kez yargılama yasağı kuralını ulusal mevzuat alanına inhisar ettirmiştir. Bu duruma göre kişi, işlediği iddia olunan belli bir suç nedeniyle yabancı devletlerin ceza mevzuatı uyarınca tekrar tekrar yargılanabilecektir. Bunun nedeni ceza ve özellikle suç kavramının izafi ve büyük ölçüde yöresel olmasıdır. Her alanda bir standartlaşmanın söz konusu olduğu Avrupa devletleri camiasında böyle bir hükmü yadsımamak mümkün değildir.

Kural, belli koşullarla (ve zaman aşımı hali saklı kalmak üzere) "yargılamanın yenilenmesi"ne engel olmamaktadır.

Nihayet, hiçbir durumda ve hiçbir nedenle söz konusu kural, Sözleşme'nin 15. maddesi yolundan askıya alınmayacaktır.

(Non bis in idem kuralı konusunda keza bkz. Convention européenne sur l'extradition, 13.12.1957; Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs, 28.5.1970; Convention européenne sur la transmission des procédures répressives, 18.5.1972).

KISALTMALAR

- Div. K. : Avrupa İnsan Hakları Divanı Kararı, Seri A
- Kom. K. : Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Kararı
- Kom. R. : Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Raporu
- DR : Décisions et Rapports - Decisions and Reports (Avrupa İnsan Hakları Komisyonu karar ve rapor özetleri) Cilt, Sayfa.
- Digest. : Digest of Strasbourg case-law
- Rec. : Recueil des droits de l'homme (Avr. İnsan Hakları Komisyonu karar ve rapor özetleri)
- Ann. : Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme - Yearbook of the European Convention of Human Rights.
- c. : Cilt
- s. : Sayfa
- Son : Sonrakiler
- § : Paragraf