



# ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

**SAYI : 5**  
**AĞUSTOS 2004**

Eskişehir Barosu  
Kütüphanesine Aittir.  
İki Eylül İş Merkezi K.7 Tel: 233 97 98

Eskişehir Barosu  
Kütüphanesine aittir.  
No:

---

## ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

DÖRT AYDA BİR YAYIMLANIR

**SAHİBİ :** Eskişehir Barosu adına Baro Başkanı Av.Oğuz Sezer ARSLAN

### MESLEK ANDIMIZ

Kanuna, Ahlaka, Mesleğin Onuruna ve Kurallarına Uygun  
Davranacağıma Namusum ve Vicdanım Üzerine And İçerim.

**SORUMLU MÜDÜR :** Av.Altan ULUTAŞ

**İDARE YERİ :** Eskişehir Barosu Adliye İçi No:59 ESKİŞEHİR

**YAYIN KURULU :** Av. Hüseyin Fahri ÜNLÜ  
Av. Mustafa ERYILMAZ  
Av. Mehmet İNCİ  
Av. Mehmet YÜKSEL  
Av. Yusuf YILDIRIM  
Av. Reşit Dinç ERKARA  
Av. Aydın ÜNLÜCE  
Av. Yaşar KARAGÖL  
Av. Tuba SUSOY  
Av. Mustafa AVCI  
Av. Barış GÜNAYDIN  
Av. Çilem SAKLAVCI

Dergide yayınlanan yazılar yazarların kişisel görüşünü yansıtır. Gönderilen yazının hiçbir yerde yayımlanmamış olması gereklidir. Gönderilen yazılar yayınlansın veya yayımlanmasın geri verilmez. Yayımlanan yazılar için, gerekçe gösterme zorunluluğu yoktur. Dergide yayınlanan yazıların ayrı baskı yapılması isteği yayın kurulunun yazılı onayına bağlıdır.

## İçindekiler

|                                                                                                      |   |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------|---|-----|
| Av.Oğuz Şezer Arslan                                                                                 | : |     |
| Merhabalar                                                                                           |   | 01  |
| CUM. BAŞSAVCISI Gökhan Karaburun :                                                                   |   |     |
| Aihs.Nin Kişi Özgürlüğü Ve Güvenliğine İlişkin 5. Madenin İncelenmesi                                |   | 02  |
| As. Tic. Mah. Başkanı M. Gündüz İpek :                                                               |   |     |
| Görevinden Ötürü Resmi Sıfatı Olan Memura Hakaret                                                    |   | 12  |
| Askeri Savcı Erol Er                                                                                 | : |     |
| Aih Sözleşmesi Işığında Aleni Yargılanma Hakkı Ve Basın                                              |   | 24  |
| Av.Güney Dinç                                                                                        | : |     |
| Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Savunma ve Hak Arama Sürecinde Silahların Esitliği |   | 31  |
| Av.Nevzat Kozluca                                                                                    | : |     |
| Yeni Bir Bayilik Türü"Franchising"                                                                   |   | 45  |
| Nuala Mole ve Catharina Harby                                                                        | : |     |
| Adil Yargılanma Hakkı                                                                                |   | 48  |
| Yargıtay Kararları                                                                                   | : | 104 |
| Kaynakça                                                                                             | : | 108 |

**Dizgi :Naci Coşkun**

Merhabalar;

Yeni bir adli yıl başlangıcı öncesinde dergimizin 5.sayısı ile yine birlikteyiz.

Alelacele <sup>4.5</sup>Yasa değişikliklerinin beklenen ihtiyaçlara yanıt verip vermeyeceğini gösterecek olan zaman ,Türk halkının istekleri yerine AB'ye girme uğruna yapıldıkları izlenimini silemeyecek nitelikte olduğunu gözleyecek ne yazık ki.

Tabi bizlerde izleyeceğiz zaman'la birlikte.Türk insanının alt yapısını-ekmeğini,özgürlüğünü,çiçeğini-.geliştirmeden,değiştirmeden çıkartılan Yasa'ları ,alt yapısı modernize edilmeden insan hayatını hiçe sayılarak sefere konan hızlandırılmış trene benzetiyorum nedense. Çalışma hayatını daha verimli hale getirmek için yapılacak çeşitli düzenlemeler varken 10 günlük bir adli tatil kısaltmasının kimseye yararlı olmayacağı da yakında ortaya çıkacaktır.Mekan ve imkanların genişletilmesi,yargıyı oluşturan sav,savunma,karar organlarında çalışanların sosyal ve maddi olanaklarının çoğaltılması,geçim sıkıntısı olmadan yapılacak bir yargılamanın daha adil olacağının düşünülmemesinin tabi ki bir sebebi de vardır.Yürütme erkini elinde tutanların güçlü bir yargı istememelerinde yatmaktadır bütün neden.Politik edimlerden arınmak isteyen Yargının içinde,en başında ,politikacının kendisi vardır Türkiye'de.Anayasa'daki Yargı içine savunmanın alınmamasının kökeninde de bu vardır. Demokrasinin varlığının temeli olan kuvvetler ayrılığında, idare etmenin keyfine varanlara yer yoktur aslında.Asıl olan ülke ve insanıdır.İnsanlar arasında iletişimin denizler kurularak,gökler delerek gerçekleşmeyeceğine inanan bizleri kurgulanmış,heyecansız bırakmaya kimsenin hakkı yoktur.

Tüm bunları yazmamın,değişik tarz ve ifadelerle başkalarının yazmasındaki ortak talep, hukuk devletinin tam anlamıyla hayata geçirilme isteğidir.

Değerli okurlar;

Her yazımda geçmiş yazılarıma bakıp,hep iyi gitmeyen yönleri eleştirdiğimi görüp acaba ben mi kötümserim eleştirisini yöneltiyorum kendime.Türkiye'ye baktığımda ise yazılarımin doğruluğunu görüyorum. Güleç yüzlü bir yaşam dileklerimle saygılar sunuyorum.

**Av.Oğuz Sezer Arslan**

## **AİHS.NİN KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİNE İLİŞKİN 5. MADDENİN İNCELENMESİ**

**\* GÖKHAN KARABURUN  
CUMHURİYET BAŞSAVCISI  
ESKİŞEHİR-2004**

### **AİHS M.5 KİŞİNİN ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİK HAKKI**

#### **A) Tanım ve İçerik**

5.Md.'de düzenlenen hak emsalsiz bir haktır.Bireyin Devlete karşı özgürlüğünü güvence altına alır.AİHM, kişi özgürlüğünü demokratik bir toplumun en önemli ve vazgeçilmez hakkı olarak niteler. Bu nedenle de bu hakkın kısıtlanması istisnai,objektif gerekçesi olan ve kesinlikle gerekenden uzun süreli olmayan hallerde mümkün olabilir.

5/1 md. özgürlüğün esas olduğunu vurgular ve özgürlüğe yönelik müdahalenin hukuki ve kanunla belirlenen yöntemlerle yapılması gerektiğini düzenler.

5/2-5 bentleri ise, özgürlüğü kısıtlar, kişiye tanınan hukuki güvenceleri belirler.

Özgürlüğün kısıtlanması durumu fiziki bir müdahaleyi kapsar. Kişinin zorla getirilmesi, biyolojik materyal alınması,yakalanması gibi olaylar 5.md.deki hakkın sınırlandırılması anlamındadır.

Bu bağlamda adil yargılanma hakkını düzenleyen sözleşmenin 6.md.si (adil yargılanma hakkı) ile 5.md.de arasında iç içelik de mevcuttur.

Madde de,kişi özgürlüğü ile birlikte kişi güvenliğinden de bahsedilmektedir. Özgürlük ve güvenlik deyimleri bir bütün olarak ele alınması zorunlu olup, "güvenlik" kelimesi özgürlüğe yapılacak tüm keyfi muamelelere karşı kişinin korunmasını ifade eder. Güvenlik hakkı mutlak-tır; özgürlük hakkı ise 5/1 (a) ve (f) bentleri uyarınca sınırlandırılabilir.

Bu nedenle kişi güvenliğinin sağlanabilmesi için 5.md. kapsamında alınacak her kararın önceden varolan ulusal mevzuata hem esas,hemde şekil

yönünden uygun olması (kanunilik) gerekir. (kom.kararı AGEE/İngiltere,17.12.1976;D yer/İngiltere,09.10.1984)

5.md.de uygulama alanı bakımından kişisel durumu ne olursa olsun (çocuk,hasta,tutuklu,ergin v.s.) herkes bu hakkın yararlanıcısıdır.(Nielsen/Danimarka 28.11.1988)

Ancak 5.md.,kişi özgürlüğünün devlet organlarınca kısıtlanması halinde uygulanabilecektir.Ana-babanın sahip olduğu velayet hak ve yetkileri sınırsız olmamakla beraber,bu hakka dayanarak,yetkili doktor ve ilgili servislerin tavsiyesi üzerine oğlunu tedavi amacıyla psikiyatri kliniğine kapatan annenin neden olduğu özgürlük kısıtlamasında kamu yönetimi sorumlu tutulmamıştır.

Yine şartlı salıverilen bu hükümlünün belirli aralıklarla polise başvurmasının istenmesi veya bir yabancıнын seyahat özgürlüğünün ülke içinde belirli bir şehir sınırları ile kısıtlanması gibi durumlarda da 5.md. anlamında özgürlük kısıtlaması yoktur.

Kişinin normal yaşamını sürdürmesini olanaksız hale getirecek şekilde özgürlüğünden yoksun bırakılması ise ulusal yasaya uygun olsa bile 5.md.de kapsamında görülmektedir.

Örneğin;Guzardi/İtalya olayında, İtalyan makamları şikayetçiyi azami yasal süre olan iki yıl tutuklu bulundurduktan sonra 16 ay süre ile küçük ve ıssız bir adada polis denetiminde ikamete zorlaması ulusal yasalara uygun olmasına rağmen mahkemece keyfi bulunarak 5.md. ihlali tesbit edilmiştir.

## B) KISITLAMA İŞLEMİNİN HUKUKA UYGUNLUĞU

Kişi özgürlüğünün sınırlandırılması işleminin (gözaltı,tutuklama vs.) ulusal hukuka ve Avrupa İnsan Hakları sözleşmesine uygun olması ve keyfi olmaması anlamına gelir. Subnasyonal (ulusalüstü) bir kavram olarak yorumlanmalıdır.

Hukuka aykırı yakalama ve tutuklamaya karşı, ulusal mevzuatta 466 sayılı yasa ile tazminat hakkı sağlanmıştır. Ancak, bu yasaya göre tutulmanın hukuka aykırı olduğunun tespiti için, takipsizlik kararının ya da ceza davasının kesinleşmesi gerekir. Oysa, Strasbourg mahkemesi yargıla-

ması devam ederken de, hukuka aykırılık tespiti yapabilmektedir.

**AİHS'ye göre istisnai nitelikteki yakalama/tutulma nedenleri :**

5/1.a-Mahkemece verilmiş bir mahkumiyet kararının infazı için

5/1.b-Kişinin hukuka uygun bir mahkeme kararına uymasını sağlamak ya da hukukun öngördüğü bir yükümlülüğü yerine getirmesini sağlamak için

5/1.c-Makul şüpheyeye dayalı olarak, bir kimsenin;

- suç işlendiğinden şüphe duyulması üzerine
- suç işlemesini önlemek için
- suçu işledikten sonra kaçmasını önlemek için

5/1.d-Küçüğün eğitiminin izlenmesi amacıyla

- hukuka uygun bir kararla tutulması,
- kendisini yetkili makamlar önüne çıkarılması için tutulması

5/1.e-Genel sağlığın korunması amacıyla

5/1.f-Yabancıların ülkeye girişinin önlenmesi,sınır dışı veya iadesi amacıyla

Herhangi bir özgürlükten mahrumiyet uygulamasında hukuki zemin,bu mahrumiyet devam ettiği sürece muhafaza edilmelidir. Pek çok kez, ilk başta hukuka uygun olmakla birlikte, özgürlükten mahrumiyet uygulamasında hukuki zeminin bir süre sonra ortadan kalkmış olması sebebiyle ihlaller tesbit edilmiştir.

Örneğin Quinn-Fransa davasında, daha önce tamamen Fransız kanunlarına uygun olarak alıkoyulmuş olan bir kişi için mahkeme tahliye kararı vermiştir.Ancak, mahkemenin bu kararından on bir saat kadar sonra başvuru sahibinin alıkoyulma hâlâ devam etmiş ve kendisine ne mahkeme kararı bildirilmiş,ne de kararın infazı ile ilgili herhangi bir harekete geçilmiştir. Öyle anlaşıyor ki bu süre zarfında savcılık,mahkemenin tahliye kararın uygulanmasından kaçınmaya yol açacak şekilde,söz konusu kişinin başka bir ülkeye iade edilmesiyle ilgili işlemlerle uğraşmıştır.AİHM, böyle bir mahkeme kararına uyulmasında bir miktar gecikme olabileceğine işaret etmiş, ancak yine de bu davada söz konusu olan gecikmenin 5.Maddede öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi anlamına geldiği kararına varmıştır.

Türk hukukunda kişi özgürlüğünün yasal kısıtlama nedenleri CMUK'nda ve daha ayrıntılı olarak da 2559 Sayılı Polis Vazife ve Selahiyet kanununda düzenlenmiştir. Kanunun 13.maddesinde 7 bent halinde sayılan yakalama nedenleri genel çizgileri ile sözleşmenin 5 (1) maddesinde

öngörülen hallerle uyum halindedir. Hatta, söz konusu maddenin A,D,E ve F bentlerinde belirtilen nedenler, sözleşme hükümlerinin değişik ifadelerle bir tekrarı niteliğindedir.Maddenin geri kalan diğer hükümlerinde de Sözleşme ile çelişkili herhangi bir konu bulunmamaktadır.

### **C) MAKUL ŞÜPHE**

"Makul şüphe"(m.5/1-c) kavramı, söz konusu kişinin suçu işlemiş olabileceği konusunda objektif bir gözlemciyi iknaya yeterli olgu ve bilgileri mevcudiyetini gerektirir (Labita/İtalya 6.4.2000,Erdagöz/Türkiye 22.10.1992,Fox,Campbel ve Hatley/İngiltere 30.08.1990,Murray/İngiltere 28.10.1994) Ancak şüphenin,kamu davası açmayı gerektirecek bir yoğunluğa ulaşmasına gerek yoktur. (Hüseyin-Devrim Berktaş/Türkiye 01.03.2001)

Burada önemli olan olgu ve bilgilerin mevcudiyetinin bulunması, keyfi olunmamasıdır.

Mahkeme,İrlanda'nın da İngiltere'ye karşı açtığı davada; kişinin hakkında suç işleme şüphesi olmaksızın sadece "düzenin ve barışın korunması amacıyla" yakalanmasını ise 5.md.ye aykırı bulmuştur. (Brogon ve diğerleri/İngiltere,29.11.1988)

Yine mahkeme İtalyan hükümetinin,örgütlü suçlarla mücadele çerçevesinde, hiçbir somut suç şüphesi bulunmadan potansiyel suç tehlikesini ortadan kaldırmak amacıyla yakalama yapmasını,bu tür suçlara karşı mücadelesini anlayışla karşılamakla beraber, sözleşmeye aykırı bulmuştur.

### **D) Ulusal Hukukumuzda yakalama sebepleri ve şüphe türleri :**

Yakalama ve tutuklama gerekçeleri ulusal mevzuatımızda değişik yasalarla düzenlenmiştir.

#### **Tutuklama için.**

Anayasa md.19 ve CMUK 104/1'de ; "suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler" deyimini kullanıştır.

CMUK 127/1'de "meşhut cürüm sırasında rastlanan veya meşhut cürümünden dolayı takip olunan şahsın fırası umulur veya hemen hüviyetini tayin mümkün olmazsa"

Tutuklama müzekkeresi olmaksızın dahi şahıs herkesin muvakketen

yakalayabileceği belirtilmiştir.

PVSK m.13/A'da ; "Suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan diğer hallerde suç işlendiğine veya suça teşebbüs edildiğine dair hakların- da kuvvetli iz,eser,emare veya delil bulunan şüpheliler'den söz edilmektedir.

Yakalama,Gözaltına alma ve ifade alma (YGİ Yön.) yönetmeliğinin 4.maddesinde ise; "Kamu güvenliğine,kamu düzenine veya kişinin vücut veya hayatına yönelik var olan bir tehlikenin giderilmesi için denetim altına alınması gereken veya suç işlediği yönünde hakkında kuvvetli iz,eser,emare ve delil bulunan kişinin gözaltına alma veya muhafaza altına alma işlemlerinden önce hakim kararı olmaksızın özgürlüğünün geçici olarak ve fiilen kısıtlanarak denetim altına alınması" olarak yakalama tarif edilmektedir.

AİHM'ne göre yakalama ; makul ve orta zekalı bir kişinin kendisinin serbest olmadığını hissetmesidir.

Ayrıca her türlü yakalamada sebep söylemesi ve haklarını mutlaka hatırlatılması gerekir.Uygulamada bu hususla ilgili karşılaşılan ve ihlale yol açan sorunlar açısından değerlendirme yaptığımızda;

- 1) Keyfi yakalama; Kolluğun eğitimi ile engellenmesi mümkün bir ihlaldir.
- 2) a) Gözaltı kayıtlarının düzensizliği ( Çakıcı,Timurtaş,Bilgin ve Kurt/Türkiye davaları) Özellikle YGİ Yön.'nin 25/2 md.si uyarınca C.Savcılarının denetim görevini yapması ile bu ihlal türü sorun olmaktan çıkarılabilir.
- b) Gözaltında 24 saatin aşılması ; C.Savcılığında ve sorgu hakimliğinde ifadelerin başlama ve bitiş saatlerinin yazılması ile engellenebilir.
- 3) GBT araştırması veya kişi hakkında kayıtlarda yakalama emri gözüktüğünden bu evrak ulaşınca kadar bir süre (uzun süre) özgürlükten yoksun bırakılma hali.

Bu da teknolojik alt yapının ve kayıtların sağlıklı işlenmesi ile önlenecektir.Ayrıca her halde 24 saatlik bekletme süresi geçirilmemelidir.

4) Sanıktan delile ulaşma yönteminin benimsenmesi  
Gözaltı ile beraber deliller elde edilmeye çalışıldığı için gözaltı süreleri gereksiz yere uzamaktadır. Ancak çağdaş soruşturma teknikleri benimsendikçe bu yönteme başvuru gitgide azalmaktadır.

**E) İSNADIN BİLDİRİLMESİ :**

CMUK'nda, yakalanan kişiye yakalama nedenlerinin bildirilmesi gerektiği konusunda açık bir düzenleme yoktur. Sanığa aleyhindeki isnatlar CMUK 135 md. uyarınca sadece "sorgu ve ifadeden önce" bildirilebilmektedir.

Ancak AİHM'nin, Dikme-Türkiye davasında suç isnadının 2-19 saat içinde yapılmasının yeterli olduğunu belirtmiştir.

466 SK'nun 1.md.si yakalama ve tutuklama sebeplerinin ve aleyhindeki isnatların sanığa bildirilmemesini tazminat ödenmesini gerektiren bir haksız yakalama ve tutuklama nedeni saydığından ve Anayasamızın 19/4 md.si de bu paralelde hükümler içerdiğinden, PVSK'nın 13/5 md.sinde "yakalanan kişilere,yakalama sebebi herhalde yazılı ve mümkün olmazsa sözlü olarak derhal; toplu suçlarda ise en geç bu kişiler hakim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir." Hükümü konmuş keza YGİ. Yön. 6/5 md.de bu şekilde düzenlenmiştir.

**F) MAKUL SÜRE :**

1) Gözaltında makul süre ; Yakalanan kişinin hakim önüne çıkarılması AİHM'ne göre 4 günü aşamaz. ( Brogan ve diğerleri/İngiltere 29.11.1988) Bizim mevzuatımızda da An. Md.19/5 ve CMUK 108 ila 128.maddeler bu çerçevede düzenlenmiştir.

Brogan kararına göre;4 gün 6 saati aşan bir gözaltı süresinin ulusal mevzuata düzenlenmiş olması ihlali ortadan kaldırmaz.

2) Tutuklukta makul süre :

AİHM'ne göre tutukluluk süresinin makul olup olmadığı konusunda esas alınan süre, "kişinin özgürlüğünün fiilen kısıtlandığı tarihte başlayıp ilk derece mahkemesinin esas hakkındaki kararı tarihinde biten dönem için yer alan tutukluluk süresidir."

İlk derece mahkemesinin mahkumiyet hükmünden sonra da tutukluluk hali devam ediyorsa bu durumda AİHM'nin m.5/3 değil 5/1-a uygulanacak ve bu süre de makul sürenin denetlenmesinde toplam süreye ilave edilecektir.

AİHM'ye göre, ulusal mahkemelerin somut olayda tutuklamanın makul süreyi aşp aşmadığını belirlerken, masumluk karinesini de göz önünde bulundurarak, kişi özgürlüğünün sınırlanmasını meşru kılan tüm koşulları araştırıp incelemeleri ve bunun gerekçesini de kararlarında açıkça

göstermeleri gerekir. AİHM'ye göre, tek başına suç işleme şüphesi tutuklama için zorunlu bir koşul ise de, belirli bir aşamadan sonra bu tek başına tutuklamaya gerekçe oluşturmaz. Ulusal mahkemelerin tutuklamanın devamına karar verirken, dayandıkları gerekçenin hala bu tedbiri gerekli kılıp kılmadığını kararlarında belirtmeleri zorunludur. Uygulamada bazen olduğu gibi, gelişigüzel basmakalıp gerekçelerle verilen tutuklamanın devamına ilişkin kararlar AİHS m.5'in ihlali niteliğindedir.

Strasbourg mahkemesinin tutukluluğun devamı için öngördüğü ana kriterler özetle şöyledir.

- Makul süre, gün,ay,hafta veya yıl cinsinden sabit bir süreyedönüştürülmeye elverişli bir kavram değildir.
- Makul kuşkunun sürmesi, belirli bir zaman geçtikten sonra tutukluğu devam ettirmek için yeterli değildir. Sanık hakkında suç işlendiğine dair ciddi belirtilerin bulunmaması ilgili faktör olmasına rağmen tek başına uzun bir süre devam eden tutukluluğu haklı göstermez.
- Cezanın ağır olma ihtimali tutuklama için yeterli değildir.
- Masumiyet karinesinin göz önünde bulundurulması gerekir.
- Tutukluluk uzadıkça kaçma tehlikesinin düşeceği akılda tutulmalıdır. Çünkü; tutukluluk süresinin verilebilecek cezadan düşülmesi ihtimali sanığın mahkumiyetini daha az korku ile bakmasına yol açar ve kaçma isteğini zayıflatır.
- İstisnai durumlarda kamu düzeninin bozulması tutuklama için yeterli sebep olmasına rağmen, bu tutuklama sebebi sanığın salıverilmesi durumunda kamu düzeninin fiilen bozulacağını gösteren olayların bulunması halinde haklı görülebilir ve bu sebebe dayanan tutuklama sadece kamu düzeninin gerçekten tehdit altında bulunduğu sürece devam edebilir.
- Tanıklara veya şerik sanıklara baskı yapma tehlikesi, tutuklamayı haklı gösterebileceği halde bu sebebe dayanan tutuklama sadece bu riskin gerçekten varolduğunu göstermesi halinde haklı görülebilir.
- Mahkeme 5/3 son hükmünün, tutukluğunun devamına karar verilmesi, sadece sanığın kaçması ve bu suretle duruşmaya gelmemesi kaygısına dayandığı zaman salıverilmesinin, mümkünse duruşmaya gelmesi için teminata bağlanabilmesini düzenlediğini vurgular.

Tutuklamanın makul süreyi aşmasını önlemek için CMUK'ta 1992 yılında yapılan değişiklikle tutuklamaya üst sınır getirilmiştir. Bununla birlikte şayet suç 7 yıldan fazla özgürlüğü bağlayıcı cezayı gerektiriyorsa ve tutuklama süresi de 2 yılı geçmişse, tutuklama süresinin uzatılması konusunda hakime takdir yetkisi verilmiştir. Ancak bu durumda da,

mahkemelerin tutuklamanın devamına karar verebilmeleri için, AİHM'nin kararlarını mutlaka göz önünde bulundurmaları, yargılamayı yaparken "durumun gerekli kıldığı süratle" hareket etmeleri zorunludur. Bu da gösteriyor ki, tutuklama süresi ne kadar uzarsa, onun haklılığını ortaya koymak için daha fazla inandırıcı gerekçe göstermek gerekir.

#### G-YAKALAMA VE TUTUKLAMANIN YASALLIĞINI DENETİMİ :

AİHS'nin 5/4 m.deki düzenleme ile,tutuklanan kişinin "kısa bir zamanda" tutuklamaya itiraz ya da tahliye talebinde bulunma hakkı güvence altına alınmıştır. Bu bend 5/3 den farklı olarak talebin yargıç tarafından dosya üzerinden incelenebileceğini belirtir.5/3'de ise kişi derhal yargıç önüne çıkarılması güvence altına alınmıştır.

Burada kişinin yakalanması veya tutuklanmasına göre iki hali birbirinden ayırmak gerekir;

Kişi polis tarafından yakalanarak gözaltına alınmışsa, habeas corpus ilkesi gereğince,özgürlüğünü kısıtlanmasının yasal olup olmadığını incelet-tirmek üzere mutlaka mahkemeye başvurma hakkına sahiptir. Örneğin, şartlı salıverilmiş ve daha sonra İngiliz hukukunda öngörülen,toplum için tehlike arzeden tehlikeli suçlular ve akıl hastalarına karşı önlemler çerçevesinde tekrar tutuklanan şikayetçilere yeniden tutuklanmalarına karşı yargı yoluna başvuru imkânının tanınmamasını, AİHM, Sözleşmesinin 5/4 maddesine aykırı bulmuştur.

Buna karşılık, kişi görülmekte olan bir ceza davası dolayısıyla mahkemece tutuklanmışsa tutukluluk kararı ilke olarak,hakkındaki nihai hükümle beraber kanun yollarına başvuru dolayısıyla üst mahkemede incelenecektir.

Habeas Corpus denetimini yapacak Mahkeme, tarafsız ve bağımsız bir statüye sahip olmalıdır. Mahkeme, tutuklu sanığa kendisini savunma ve salıverilmesini haklı gösterecek delillerini sunma imkanı tanımak ve gerekirse duruşma yapmak zorundadır. AİHM, İsviçre'yle ilgili Sanches-Reisse davasında, habeas corpus prosedürünün de duruşmalı olarak yapılması gerektiğini belirtmiştir. Sözleşme, bu hüküm çerçevesinde sanığa avukatıyla temas hakkı tanımamıştır. Ancak, örneğin tutuklunun çok genç olması gibi bazı durumlarda, kendisinin bir avukat tarafından temsili gerekebilir. Sanık ve avukatına dosyayı inceleme fırsatı verilmelidir. AİHM, Belçika'yla ilgili Lamy davasında, savcı ve hakimin dosyayı ayrınıltılı bir şekilde incelemelerine rağmen, savunmaya bu fırsatın verilmeyerek kendilerine sadece sözlü bazı bilgiler verilmekle yetinilmesini Sözleşmeye

aykırı bulunmuştur.

Yakalama ve tutuklamanın yasallığının gözden geçirilmesi prosedürü kısa bir süre içinde tamamlanmalıdır. Sözleşmede veya Komisyon ve Mahkeme kararlarında "kısa süre" kavramının kesin bir tanımı yapılmadığı için bu süre her olayın kendine özgü şartlarına göre değerlendirilmelidir. Örneğin, De Jong, Baljet ve Van Den Brink olayında, şikayetçilerin Mahkeme önüne çıkarılmadan 6-11 gün arasında gözaltında tutulmaları, AİHM tarafından çok uzun ve sözleşmeye aykırı bulunmuştur.

Konu Türk hukukunda, 18.11.1992 tarih ve 3842 Sayılı kanunun 9.maddesinde düzenlenmiştir. Kanunun, CMUK'un 128.maddesinde değişiklik yapan 9.maddesinde polis tarafından yakalanarak özgürlüğü kısıtlanan kişinin, hükümde öngörülen 24 saat veya 4 günlük süreler sonunda, özgürlük kısıtlanmasının kanuna uygunluğu denetlenmek üzere Sulh Hakimi önüne çıkarılacağı belirtilerek, habeas corpus hakkı tanınmıştır.

Söz konusu maddenin 3.fıkrasına göre, Sulh Hakimi, yakalama önleminin kanunda öngörülen usullere göre alınıp alınmadığını ve somut olayın özelliklerine göre yerinde sayılıp sayılmayacağını araştırdıktan sonra, "yakalamayı gerektiren bir hal görmez veya yakalama sebepleri ortadan kalkmış bulunursa" yakalanan kişinin bırakılmasına karar verir.

Milletlerarası Sözleşmelerde yakalanan kişiye tanınan habeas corpus hakkı, Türk hukukunda kişinin avukatı ve yakınlarına da tanınmıştır. Böylece Türk hukukundaki düzenleme, konuya ilişkin Milletlerarası standartlardan daha ileri bir düzeye ulaşmıştır. Gerçekten hükmün son fıkrasına göre, "yakalama işlemine karşı, yakalanan kişi veya müdafii veya kanuni mümessili veya birinci veya ikinci derecede kan hısımları veya eşi hemen serbest bırakılmayı sağlamak için sulh hakimine başvurabilirler.

Ayrıca, Sözleşmede özgürlük kısıtlanmasının kanuna uygunluk denetiminin kısa bir süre içinde yapılması öngörüldüğü halde, Türk hukukundaki yeni düzenlemede, söz konusu inceleme için kesin bir süre konulmuştur. Böylece, "kısa bir süre" gibi çeşitli yorumlara açık belirsiz bir kavram yerine kesin bir süre konularak, özgürlüğü kısıtlanan kişinin mağdur olması önlenmiştir.

Kişi tutuklanmış ve fakat henüz ceza davası açılmamışsa, CMUK'un 112.maddesine göre, hazırlık soruşturması sırasında tutukluluk halinin devam edip etmeyeceği, Cumhuriyet savcısının talebi üzerine en geç otuzar günlük süreler içerisinde Sulh Hakimi tarafından gözden geçirilir ve tutukluluk nedenleri ortadan kalkmışsa, kişi salıverilir. Tutukluluk halinin bu şekilde periyodik sürelerle incelenmesi özgürlüğünden yoksun kılınan kişi için şüphesiz çok büyük bir güvencedir.

**H) TAZMİNAT HAKKI :**

Sözleşme'nin 5.madde 5.paragrafında, bu madde hükümlerine aykırı olarak gerçekleştirilmiş bir yakalama veya alıkoyma işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı olduğu belirtilmiştir. Bu tür bir hakkın tanınmamış olması durumunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde dava açma hakkı doğar. 5. Madde 4.Paragraf gibi bu paragraf da, Sözleşme'nin 13.maddesinde belirtilen, Sözleşme tarafından teminat altına alınmış hak ve özgürlüklerin ihlâli halinde kişinin etkili başvurma hakkına ilişkin daha genel bir yükümlülüğün net bir tezahürüdür.

Uygulamada, tazminat normal koşullarda mali bir tazminat şeklindedir.Ödenecek tazminatın miktarının belirlenmesine ilişkin ulusal bazda farklılıklar olabilse de bu tür bir tazminat belirlenirken net kaybın dikkate alınması konusunda farklılık olmamalıdır. Tazminat miktarını belirlemeden önce, ulusal mercilerin 5.Madde hükümlerinin ihlalden kaynaklanan zararlara ilişkin kanıta ihtiyacı olabilir. AİHM, kişi 5.Madde hükümlerinin ihlali sebebiyle mağdur olmuşsa da "tazmin edilecek herhangi bir maddi ya da gayrı-maddi zararının olmaması halinde bir "tazminat doğmayacağı" kanaatine varmıştır. (Wassink-Hollanda davası)

Konu Türk hukukunda, Kanun dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesine ilişkin 07.05.1964 tarih ve 466 Sayılı Kanunla düzenlenmiştir.

Bu düzenlemenin Sözleşme ile tam bir uyum içinde olduğunda kuşku yoktur. Ancak uygulamada eleştirilen husus mahkemelerimizin ödenecek maddi ve özellikle manevi tazminat miktarlarını çok düşük tuttuğu ve uğranılan zararların tam anlamıyla karşılanamadığıdır. Uygulama bu doğrultuda sürdürüldüğü ve çok düşük meblağlara hükmedildiği takdirde, ilgililerin Sözleşmenin 41.maddesi çerçevesinde AİHM'ne başvurarak zararlarını adil tatmin (Justsatisfaction) yöntemiyle karşılamaları kaçınılmaz hale gelebilir.

## GÖREVİNDEN OTURU RESMİ SIFATI OLAN MEMURA HAKARET

\* M. Gündüz İpek,

Asliye Ticaret Mahkemesi Başkanı

### 1- Giriş.

Türk Ceza Kanununun ikinci kitabının üçüncü bab'ında devlet idaresi aleyhine işlenen cürümler düzenlenmiştir. Üçüncü bab'ın dokuzuncu faslı ise resmi sıfatı haiz olanlar aleyhinde cürümleri oluşturmaktadır.

Memura hakaret suçunu düzenleyen Türk Ceza Kanununun 266'ncı maddesi de dokuzuncu fasılda, resmi sıfatı haiz olanlar aleyhinde cürümler içinde yer almaktadır.

1889 İtalyan Ceza Kanunu sistemini benimseyen Ceza Kanunumuz, devletin korunması yönünden korunacak değerleri, devletin şahsiyetine karşı suçlar, hürriyet aleyhine cürümler, devlet idaresi aleyhinde cürümler ve adliye aleyhine cürümler olarak dörde ayırmaktadır.(1) Devlete karşı suçlar kavramı içinde yer alan devlet idaresi aleyhine cürümler devletin idari yararlarının korunması amacıyla düzenlenmiştir. Devlet idaresi aleyhine cürümler de, her tür suç bir "fasıl olarak" kabul edilmiştir. (2) Devlet idaresi aleyhine cürümler arasında 7-11'inci fasıllarda kişilerin devlet idaresine karşı işlediği cürümler düzenlenmiştir. dokuzuncu fasılda, resmi sıfatı haiz olanlar aleyhine cürümler içinde, 266'ncı maddede memuru tahkir suçunu oluşturmaktadır.

Memuru tahkir suçu, genel hakaret ve sövme suçlarından ayrı ve özel tahkir durumları olarak düzenlenmiştir bu düzenlemeye neden, özel tahkir durumlarında, eylemin, mağdurun şerefini zedelemesinin dışında başka bir hukuki yararı da zedelemesidir.(3)

### 2- Hüküm.

Memuru tahkir suçunu Türk Ceza Kanununun 266'ncı maddesi şöyle düzenlemektedir:

Bir kimse resmi sıfatı haiz olan bir memurun huzurunda ve ifa ettiği vazifeden dolayı şeref veya şöhretine veya vakar ve haysiyetine kavlen veya fiilen taarruz ve hakarete bulunursa, aşağıda gösterilen suretlerle cezalandırılır:

1- Hakaret ve taarruz asker veya jandarma efradından veya iki veya üçüncü bendlerde meskûr memurlardan gayri memurinden biri aleyhinde ise iki aydan sekiz aya kadar hapis ve iki yüz elli liradan, beş yüz liraya kadar ağır para cezasıyla mahkum edilir.

2- Hakaret ve taarruz asker veya jandarma subaylarından veya polis komiserlerinden veya amirlerinden yahut il genel meclisi veya belediye

meclisi üyelerinden biri aleyhinde ise üç aydan iki seneye kadar hapis ve beş yüz liradan bin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.

3- Hakaret ve taarruz Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri ile temsil sıfatını veya emir ve idare yetkisini haiz rüesadan veya hakim ve cumhuriyet savcılarıyla bunların yardımcıları veya sorgu hakimlerinden biri aleyhinde vaki olursa altı aydan otuz aya kadar hapis ve bin liradan iki bin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.

Eğer birinci fıkradaki hakaret fiili madde-i mahsusa tayin ve isnadiyle vaki olursa:

Bir numaralı bentteki halde beş aydan üç seneye kadar hapis ve beş yüz liradan üç bin liraya kadar ağır para cezasına;

İki numaralı bentteki halde altı aydan üç seneye kadar hapis ve bin liradan üç bin liraya kadar ağır para cezasına;

Üç numaralı bentteki halde yedi aydan üç seneye kadar hapis ve bin beş yüz liradan üç bin liraya kadar ağır para cezasına hükmolunur. (Asliye)

(Altıncı fıkra iptal: Anayasa Mahkemesinin 19.12.1972 tarihli ve E. 1971/50, K. 1972/60 sayılı kararı ile)

(Yedinci fıkra iptal: Anayasa Mahkemesinin 19.12.1972 tarihli ve E. 1971/50, K. 1972/60 sayılı kararı ile)

(Ek Fıkra: 07.01.1981 tarih-2370 sayılı kanunun 3. madde ile). Bu maddede yazılı taarruz ve hakaret fiilinin resmi sıfat ve memuriyet sona ermiş olsa bile ifa edilen görevden dolayı ve huzurda işlenmesi halinde de yukarıdaki fıkralar ve bendlerdeki cezalara hükmolunur.

### 3- Korunan Hukuki Değer.

Korunan hukuki değeri önce, hükmün yer aldığı bütün içinde genel olarak belirtmek sonra da, özel bir biçimde sadece TCK 266. madde ile gerçekleştirilmek istenen amacı belirlemek gerekir.

#### a) Genel Olarak

TCK 266. madde hükmü resmi sıfatı haiz olanlar aleyhine cürümler başlığını taşıyan fasılda yer almaktadır.

Bu bölümde düzenlenen hükümler de, Devletin idari yararları korunmaktadır. Devlet, bir ülkedeki bütün ilişkileri ve düzeni ifade eden bir kavramdır. Bu ilişkilere ve düzene karşı işlenen suçlar da devlete karşı işlenmiş olarak kabul edilebilir.(4)

Suç sayılan eylemlerle bazı durumlarda doğrudan devletin varlığı, düzeni, fonksiyonları, maddi yapısı ile ilgili yararları ihlal edilir. Genellikle devletin hukuki bir varlık olarak yararları, devletin siyasal yararları, idari yararları ve adli yararları olarak üçe ayrılabilir.(5) Devletin idari yararları, devletin idari yapısının otoritesi ve idari fonksiyonların işlerliği ile ilgili

yararlarıdır.(6) Devletin yararlarını korumayı sağlayan normlar, yapının himayesine yönelik normlar, siyasal, idari ve adli hizmet ve fonksiyonları gören organların korunmasına yöneliktir.(7)

Kanunların ve siyasal tercihlerin öngördüğü gereklerin uygulanması ve yerine getirilmesi, idari fonksiyonları oluşturmaktadır.(8) İdari fonksiyonlar ise devletin kamu hizmetlerini gören kadroları tarafından gerçekleştirilir. Bu yönden idari fonksiyonlara karşı cürümler de fail veya mağdur olarak genellikle memur söz konusu olmaktadır.(9) Bu durumlarda suç sayılan eylem, amaç-saik veya suçtan zarar görenin niteliği nedeniyle, devletin korunması gereken yararlarını zedelemektedir. Burada gerçekte korunan hukuki değer doğrudan suçtan zarar gören kişi veya şey olmayıp, bu kişi veya şeylerin temsil ettiği devlete ait yararlarıdır.(10)

#### **b) Özel Olarak**

266. maddedeki suç ile korunmak istenilen hukuki değer kişisel olmayıp, devlet otoritesinin ve kamu hizmetinin endişesiz görülmesini teminden ibarettir.(11)

Memuru tahkir suçunda, işlenen fiil, hakaret olduğu halde, fiil memurun görmekte olduğu görev ile ilgili olduğundan, ihlal edilen hukuki değer, devletin idari yararları, fonksiyonların kurala uygun görülebilmesi yararlarıdır. Bu durumda devletin korunan değeri, suçtan zarar görenin kişisel yararından üstün tutulmakta ve korunmaktadır.(12)

Memuru tahkir fiili memurun huzurunda ve gördüğü vazife ile ilgili ise, memurun kişisel şeref ve haysiyeti değil, onun kişiliğinde temsil etmekte olduğu memuriyetin, ifa ettiği fonksiyonun, genel olarak devletin prestiji zedelenmiştir. Burada amaç ve korunan hukuki değer, devlet idaresinin tahkir ve tecavüzden uzak bir biçimde işleyişidir.(13)

#### **4- Fail.**

266. madde, " bir kimse" tabirini kullanmıştır. Buna göre herhangi bir kimse suçun faili olabilir. Failin başka bir memur olması da mümkündür.(14)

#### **5- Mağdur.**

Memura hakaret suçunun mağduru, idari fonksiyonları icra eden memurdur. Bu suç, resmi sıfatı haiz olan memurlara karşı işlenebilir.(15) Ceza Kanununa göre, mağdurun resmi sıfatı haiz olan memur olması gerekmektedir. İdari fonksiyonları icra eden memur resmi sıfatı haiz olacağına göre 266. maddede kullanılan tabirin amacı hususunda tereddütler doğabilir. Resmi sıfatı haiz memur kavramından, Türk Ceza Kanunun 483 ve 279. maddeleri incelendiğinde bir sonuca gidebilmek mümkündür. Türk Ceza Kanununun 483. maddesi hidematı ammeden biri ile muvazzaf bulu-

nan şahıslara karşı ifa ettikleri memuriyetten dolayı huzurda işlenen hakaret suçunu düzenlemektedir. Türk Ceza Kanununun 279. maddesinin birinci fıkrasında kamu vazifesi gören kimse memur olarak belirtilmektedir. İkinci fıkrada ise ceza tatbikatında kamu hizmeti görmekle muvazzaf olanlar sayılmaktadır.

Memuru tanımlayan Türk Ceza Kanununun 279. maddesinin birinci fıkrası iki ayrı durum için kamu vazifesi ve kamu hizmetini ölçü olarak kabul etmiştir. Bu maddede kamu vazifesi, kamu hizmetinden ayrık tutulmuştur. Kamu vazifesi kavramı 279. maddenin birinci fıkrasında belirtilen memur kavramına esas teşkil eder. 279. maddenin ikinci fıkrasında iki gruptan oluşan kamu hizmeti ile muvazzaf olanlar içinde, kamu hizmeti kavramı esas alınmıştır.(16) Buna göre 483. maddede belirtilen kişiler 279. maddenin bir ve iki numaralı bentlerinde tanımlanan memurlar değildir. 483. maddede belirtilen kişiler 279. maddenin üçüncü fıkrasında tarifi yapılmış kişiler olup, kamu hizmeti görürler. (17) Ceza Kanununun 279 ve 483. maddeleri göz önüne alındığı takdirde, 266. maddedeki resmi sıfatı haiz olan memur kavramına, amme hizmeti görmekle muvazzaf olanların dahil edilmediği anlaşılmaktadır.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi 266. maddenin uygulanmasında mağdurun Türk Ceza Kanununun 279. maddesi açısından memur niteliğinin göz önüne alınacağını belirtmektedir. Kararda özetle şöyle denilmektedir:

Ortaokul hademesi olan mağdur F.G. nin Türk Ceza Kanununun 279. maddesi açısından ceza kanunu uygulanmasında memur bulunmadığı gözetilmeden sanık hakkında hakareten dolayı 266. madde ile ceza verilmesi bozmayı gerektirmiştir. (18)

Anılan daire bir başka kararında da özetle şöyle demektedir:

Müftü ceza kanununun uygulanmasında memur sayıldığından camide vaiz görevini yaptığı sırada kendisine hakaret eden sanık hakkında Türk Ceza Kanununun 266. maddesinin uygulanması gerekir.(19)

Ceza Kanunumuz bazı durumlarda mağdurun sıfatına göre suç başka nitelikte kabul etmiştir. Örneğin devlet başkanına huzurda hakaret ayrı olarak Türk Ceza Kanununun 158. maddesinde düzenlenmiştir.

Görevinden dolayı veya görevi sırasında avukatlara karşı işlenen suçlar hakkında, hakimlere karşı işlenen cürümlere ait hükümler uygulanır.(Avukatlık Kanunu madde 57). Avukatlık görevi ile ilgili olmadığı takdirde fiil adi hakaret niteliğindedir.

Ceza kanununun 280. maddesine göre de, hakaret daha önce ifa edilmiş bir görevden dolayı eski memura (veya TBMM üyesine) karşı işlenirse suç yine resmi sıfatı haiz olanlar aleyhinde cürüm olarak kabul

edilecektir.(20) Memur görevden ayrılmasına karşın daha önce ifa ettiği görevden dolayı hakaret durumunda yine korunmaktadır. Türk Ceza Kanununun 266. maddesine 2370 sayılı yasanın üçüncü maddesi ile ek fıkra eklenerek taarruz ve hakaret fiili resmi sıfat ve memuriyet sona erse dahi ifa edilen görevden dolayı ve huzurda işlenmesi durumunda aynı cezalara hükmolunacağı yansıtılmıştır. Bu durumda memurun görevden ayrılmasına karşın ifa ettiği görevden dolayı hakaret durumunda genel olarak korunması yoluna gidilmiştir.

Memurun atanmasında bazı usulsüzlüklerin olması durumunda, resmi sıfatı haiz olan memura hakaret suçunun kalkıp kalkmayacağı ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre usulsüzlük memur ile bağlı olduğu kurumun iç işlemleri ile ilgilidir. Dışa karşı memur resmi sıfatı haizdir.(21) Diğer bir görüşe göre ise memurun atanmasında atamayı geçersiz duruma getiren önemli bir usulsüzlük (örneğin belirli bir öğrenim koşulu) olduğunda suç kaldırması gerekir. Aksi durumda kanuna aykırı atamalar ceza kanunu ile korunmuş olur.(22)

Ceza Kanununun 266. maddesinin üç ayrı bendinde muhtelif memur çeşitleri gösterilerek, memurun sıfatına göre değişik cezalar düzenlenmiştir.(23)

Birinci grup TBMM üyeleri, temsil sıfatını veya emir ve idare yetkisini haiz rüesa veya yargıç ve cumhuriyet savcıları ile bunların yardımcıları ve sorgu yargıçlarından oluşmaktadır. (uygulamada sorgu yargıçlığı kaldırılmıştır)

Mağdur sayısının çokluğu doğrudan TBMM'ne hakaret biçiminde sayılmayacaktır.(24) Temsil veya emir ve idare yetkisini haiz olan memur " rüesa" dan sayılır.(25) Bu tabirin kapsamına, vali, kaymakam, nahiye müdürleri ve belediye reisleri gibi memurlar dahildir.

İkinci grup subay, komiser veya zabıta amirleri, umumi meclis ve belediye meclisi üyelerinden oluşmaktadır. Subay, komiser ve zabıta amiri kamu düzenini korumakla mükellef olduğundan, böyle bir görevin ifasından dolayı kendilerine karşı hakaret işlenmişse bu madde uygulanır.

Polis komiser yardımcıları ise bu gruba girmemektedir. Yargıtay'ın bir kararında özetle şöyle denilmektedir:

09.04.1957 gün ve 18/10 sayılı içtihadı birleştirme kararına göre polis komiser muavinlerinin komiserlere vekalet ederken hakarete maruz bulunmaları halinde hakaretin komiserlere karşı işlenmişcesine ceza verilemez, bu nedenle sanığın Türk Ceza Kanununun 266. maddesinin bir sayılı bendi yerine ikinci bendi ile cezalandırılması yasaya aykırıdır.(26) Üçüncü grup ise erler ile iki grubun haricinde kalan memurlardan oluşmaktadır.

İfa ettiği  
rk Ceza  
si ile ek  
ona erse  
da aynı  
görevden  
da genel

umunda,  
acağı ise  
kurumun  
Diğer bir  
a getiren  
nda suç  
anunu ile

muhtelif  
ar düzen-

ve idare  
bunların  
da sorgu

niçiminde  
iaiz olan  
ymakam,

neclis ve  
ıta amiri  
in ifasın-  
ır.

Yargıtay'ın

rina göre  
te maruz  
za verile-  
bir sayılı  
Üçüncü  
maktadır.

Yargıtay üçüncü gruba dahil olan kişilerle ilgili bir kararında özetle şöyle demektedir:

Sanığın sarhoşluk nedeniyle karakola götürmek isteyen polis ve bekçiye hakarete bulunduğu ve eylemin Türk Ceza Kanununun 266/1. maddesine uyduğu düşünülmeden aynı kanunun 268/son maddesi ile ceza tayini isabetsizdir.(27)

#### **6- Maddi Unsur.**

Resmi sıfatı haiz olan memurun huzurunda ve ifa ettiği vazifeden dolayı şeref ve şöhretine veya vakar ve haysiyetine kavlen veya fiilen taarruz ve hakaret suçunun maddi unsurunu oluşturur.

Taarruz veya hakaret tabiri, hakaret ve sövme anlamında kullanılmıştır. Suçun cebir, şiddet ve tehdit ile işlenmesi Türk Ceza Kanununun 269. maddesinde ve memura etkili eylem Türk Ceza Kanununun 260. maddesinde ayrıca düzenlenmiştir.(28)

Fiilen taarruz ise hareketlerle hakarettir. Hakareti içerir her türlü hareket ve jest bu tabirin kapsamına girer.(29)

Yargıtay'ın konu ile ilgili bir kararında özetle şöyle denilmektedir:

Ayrıca cebr-i şiddet olmaksızın apulet koparmanın fiilen hakaret olacağına binaen, suçun mukavemet olduğuna dair tebliğnamedeki mütalaa yerinde değildir.(30)

Başka bir kararda ise özetle şöyle denilmektedir:

Memura karşı görevi sırasında ve ifa ettiği görevden dolmayı memurun masasına elini vurarak "ben size gösteririm" diye söylemek fiili hakarettir.(31)

Hakaret ve sövmeyi oluşturan sözün memurun şahsına yönelik olması suçun niteliğini etkilemez. Bu durumda genel hakaret ve sövme suçuna dönüşmez. Örneğin "siz kötü bir insansınız" demek gibi. (32)

#### **a) Hakaretin Huzurda olması Koşulu**

Hakaretin huzurda olması gerekir. Mağdurun, faili görmesi şart olmayıp, hakaretin duyulması veya bu nitelikteki fiillerin görülmesi yeterlidir.(33)

Hakaret doğrudan mağdurun duyarak öğrenebileceği şekilde işlendiğinde huzurda işlenmiş sayılmalıdır. Fiilin doğrudan mağdurun yüzüne karşı işlenmesi şart değildir.(34) Zira kanun, vazifeden dolayı hakaretlerde, memura hitap edilen veya hitap edildiği anlaşılan telgraf, telefon, mektup, resim veya herhangi bir yazı vasıtasıyla işlenmesini, huzurda işlenmesinin aynı saymıştır.(TCK 268/3. madde)(35) Ancak yazının memurun şahsına hitap etmesi gerekmektedir. Yargıtay bir kararında özetle şöyle demektedir:

Valilik makamına hitaben yazılmış yazıdan dolayı sanığın şikayetçi mal müdürüne karşı olan hakaretinin Türk Ceza Kanununun 482, 273. maddeleri kapsamına girer nitelikte olduğu gözetilmeksizin 266. maddesi ile hüküm tesisi yasaya aykırıdır.(36)

Failin fiili mağdur tarafından duyulmamış veya görülmemişse, gıyabında yapılmışsa fiilin huzurda olması koşulu oluşmaz. Örneğin, memurun çalıştığı yerin duvarına hakareti içerir bir beyanname asılması gibi. (37) Ancak bazı durumlarda böyle bir fiilin mağdura hitap edildiği anlaşılan bir yazı olarak da kabulü mümkündür. (38)

#### **b) Hakaretin Vazife İle İlgili Olması Koşulu**

Adi hakaret veya mahsus madde tayin ve isnadı suretiyle hakaretin memurun vazifesi ile ilgili olması gerekir. Vazife ile ilgisi iki şekilde olabilir. Birinci şekilde, fiil mağdurun ifa ettiği vazifeden dolayı işlenebilir. (TCK 266. madde) İkinci şekilde, fiil sadece vazife sırasında işlenebilir. (TCK 267. madde) Kanun bunlardan birincisinde daha etkin ve yoğun suçluluk görmektedir. Birincisinde vazifenin ifası ile fiil arasında doğrudan doğruya ve yakın bir ilişki mevcuttur. İkinci durumda ise vazife suçun işlenmesine neden olmuştur.(39)

Memura hakarete neden olan işlem veya hareketin mağdurun vazifesine dahil olan hususlardan olması gerekir.(40) Vazifeden dolayı hakaret durumunda vazifenin ifa edildiği an ile fiilin ifa edildiği anın aynı olması mutlaka gerekmez. Fakat vazifenin ifası ile hakaret arasındaki ilişkiyi ortadan kaldıracak kadar uzun bir süre geçmişse, vazife ile ilgili olmak koşulu gerçekleşmez. (41)

Kanun daha önce ifa ettiği vazifeden dolayı hakarete muhatap olan mağdurun suç sırasında memuriyet sıfatının kalkması durumunda da memuru korumuştur. (TCK madde 280 ve TCK 266 maddeye 2370 sayılı yasanın 3. maddesi ile eklenen fıkra)

Suçun vazifenin ifasından dolayı olmayıp da, vazife sırasında işlenmiş olması durumunda ceza indirilmektedir. (TCK 267. madde) Bu indirim suçun vazife sırasında işlenmesini hafifletici neden saymaya yeterli değildir. Burada suçun niteliği değişmektedir. (42) Vazifeden dolayı hakaret fiili memurun vazifesi sırasında da olabilir. Vazifeden dolayı hakaret ile vazife sırasındaki hakareti fiilin nedenine göre ayırmak mümkündür. (43)

Vazife haricinde kalan nedenlerle, tarafların kişisel ilişkilerine dayanan bir nedenle hakaret durumu vazifeden dolayı hakareten ayırdır.(44)

#### **7- Suçun İşlenmesi İle İlgili Sorunlar.**

Memura hakaret eylemi işlenişi yönünden bazı özellikler taşır.

**a) Kalkışma**

Hakaret neticesi harekete bitişik suçlardandır.(45) Biçimsel suçlar olarak nitelendirilen suçlarda, yani neticenin eylemden madde olarak ayrılması suçlarda kalkışmanın olabileceği kabul edilmemektedir. Bu suçlarda suçun tamamlanması, bitmesi fiilin işlenmesi ile gerçekleşir.(46) Örneğin, hakarete sadece maddenin isnadı yeterlidir.(47) Fakat hakaret mektup veya telgraf ile olursa durum değişir. (48) biçimsel suç olan memura hakaret suçu da kalkışmaya elverişli değildir. Zira eylem ile netice arasında veya kalkışmayı düşünebilmek için mantıki bir esas olan eylem ile zarar arasında bir ayrılma veya mesafe yoktur.(49) Burada hareketin maddi neticesi olan hadise ayrılmamaktadır. Örneğin, sözle hakaret suçlarında hakareten ayrı olarak maddi bir netice olmadığından suç failin hareketi ile tamamlanır.(50)

**b) Faal Nedamet**

Neticesi harekete bitişik suçlar kalkışmaya elverişli olmayan suçlardır. Bu nedenle neticesi harekete bitişik suçlar da faal nedamet söz konusu olmadığı suçlardır. Memura hakaret suçunda da faal nedamet söz konusu değildir.(51)

**c) Genel Hakaret İle Memura Tecavüzün İçtimai**

Genel hakaret ve sövme takibi şikayete bağlı olmak gibi özelliği ile memura tecavüzden ayrılır. Memura madde-i mahsusa tayin ve isnadı ile huzurda ve ifa ettiği vazifeden dolayı hakarete fikri içtimai kabul edilip edilmeyeceği tartışmalıdır.(52) Bir düşünceye göre madde-i mahsusa tayin ve isnadı suretiyle hakaret işlenirse en ağır cezayı gerektiren hükme göre TCK 79. madde de değerlendirilerek ceza verilmelidir.(53) Diğer bir düşünceye göre idareyi temsil eden memurdur. Bu sıfatı haiz kişiye zarar vermeden suçun işlenmesi olanaksızdır. Bu zararda devlet idaresine karşı işlenen suçlar içinde göz önüne alındığında ayrıca başka bir suç sayılması doğru değildir.(54) Kanunumuzda fikri içtima açık bir hükümle düzenlenmiştir. Ancak resmi sıfatı haiz olan memura tecavüzde zedelenen husus kanunun ve devlet idaresinin otoritesidir. Bu nedenle tecavüzün mahsus madde tayin ve isnadı suretiyle olup olmamasının etkisinin bulunmaması gerekir. Nitekim mehz kanun memura tecavüzde bir ayırım yapmaksızın, her ne suretle olursa olsun, memura tecavüzü cezalandırmıştır. (55) Failin cezalandırılmasının nedeni idari fonksiyonların ve devlet otoritesinin zedelenmesidir. Memura zarar vermeden suçun işlenmesi de mümkün olmadığından devlet otoritesinin zedelendiği değerlendirilip, failin bağımsız iki suçun cezası ile cezalandırılması olanaksızdır.

**8- Manevi Unsur.**

Memura hakarete cürmi kast olmalıdır. Ceza Kanunumuzda hakaret suçunun oluşması için failde genel kastın bulunması yeterli sayılmıştır.(56) Hakarete cürmi kast konusunda görüş ayrılığı vardır. Birinci görüşe göre hakaret suçunun oluşması için failde genel kastın bulunması yeterlidir. İkinci görüşe göre hakaretin oluşması için genel kast yeterli olmayıp, failde özel bir kast aranmalıdır . bu bir tahkir kastı, mağdura zarar verme düşüncesi olmalıdır. Bu nedenle fail şaka amacıyla veya savunma saiki ile hareket emişse hakaret suçu gerçekleşmeyecektir.(57) Kast ile failin amacının karıştırılmaması gerekmektedir. Nitekim Ceza Kanunumuz memura hakaret suçunun oluşması için failde genel kastın varlığını yeterli görmüştür. Kastın oluşması için failin mağdurun memurluk sıfatını bilerek suçu işlemesi gerekir. 266. maddede gösterilen üst memur çeşitlerinden birine dahil olduğunu bilmeden failin hakaret eylemini ika etmesi halinde ceza arttırılmamalıdır.(58) Kanunumuzun mehzaz kanunun ilk tercümesinde suçun memurluk sıfatı bilinerek işlenmiş olması belirtilmiştir. Ancak genel kastın bulunması yeterli olduğuna göre bu hususun açıkça belirtilmesine gerek yoktur. (59) Failin kastı ceza uygulamasında göz önünde tutulur. Genellikle failin maddi eylemi kastı gösterir. Ancak maddi eylemin bulunması kastı araştırmayı engellemez. (60)

Memurun hakarete razı olması suçu ortadan kaldırmaz. Örneğin işi zamanında yetiştiremezse hakarete razı olduğunu söylemesi gibi.(61) Burada korunan hukuki yarar memurun kişisel şerefi değil devlet idaresinin tahkir ve tecavüzlerden uzak bir biçimde işlemesidir.(62)

Genel hakaret suçunda uygulanan savunma dokunulmazlığı (TCK 486/1. madde) memura hakaret suçlarında 266, 267 ve 268. maddelerde belirtilen durumlar olduğunda uygulanmaz. TCK 481. maddede de isnat edilen eylemin gerçek olduğunu ispat istemi 266, 267 ve 268. maddelerde belirtilen haller ayrık tutularak kabul edilebilecektir.

## 9- Ceza ve Suçu etkileyen Nedenler.

### A) Ağırlaştırıcı Nedenler

Hakaretin mahsus madde tayin ve isnat edilerek işlenmesi, cebir ve tehdit ile olması halinde ceza arttırılır.

### a) Madde-i Mahsusa Tayin ve Isnat Edilerek İşlenen Hakaret Eylemi

Hakaret kanunun deyimi ile, bir madde-i mahsusa tayin ve isnat edilerek işlenirse ağırlatıcı neden olmaktadır. ( TCK 266/2. madde) Genel hakaret suçlarında sövme ve madde-i mahsusa tayini suretiyle hakaret ayırımı yapılmıştır. Tahkir eden iddiaların fiili nitelik göstermesine göre değerlendirilmiştir. Memura hakaret düzenleyen 266. maddede ise mahsus madde tayin ve isnat edilerek hakaret için daha ağır ceza düzenlenmiştir.

**b) Cebir Ve Tehdit İle İşlenen Hakaret Eylemi**

Memura hakaret cebir ve şiddet ve tehdit ile icra olunmuş ise faile verilecek ceza arttırılır. (TCK 269. madde) memura hakaret fiilinin şiddet ve cebir veya tehdit ile işlenmesi durumunda ceza arttırılmaktadır. (63) ancak 269. maddede, cebir ve şiddet ve tehdit ile denilmiş olup, şiddet ve tehdit unsurları "veya" ile ayrılmamıştır. Maddede şiddet ile tehdidin "ve" ile birbirine bağlanması, suçun oluşması için bu unsurların birlikte meydana gelmesi gerektiğinin kabul edilmesine neden olmuştur. (64) Yargıtay konu ile ilgili bir kararında özetle şöyle demektedir:

Tehdit ile birlikte olmadıkça, yalnız cebir ve şiddet ile yapılan hakarete TCK'nın 269. maddesi uygulanamaz. (65)

Yargıtay başka bir kararında da aynı görüşü belirtmektedir:

Memura karşı vaki hakaret, cebir ve şiddet ve tehdit ile birlikte işlenmedikçe TCK'nın 269. maddesinin uygulanması mümkün değildir. Olayda cebir ve şiddetin mevcut olmadığı göz önüne alınmadan sanığa 266/1 madde ile tayin edilen cezanın 269. madde ile arttırılması isabet-sizdir. (66)

Ancak kaynak yasanın 195. maddesinde cebir, şiddet, tehdit sözcükleri arasında "veya" ile bağlantı yapıldığından Yargıtay'ın bu konudaki görüşünde de değişiklik olmuştur. Genel Kurul konuyla ilgili bir kararında özetle şöyle demektedir:

Türk Ceza Yasasının 269. maddesinde öngörülen cebir, şiddet ve tehdit fiillerinden birinin gerçekleşmesi maddenin uygulanması açısından yeterlidir. Türk Ceza Yasasının 269. maddesinden öngörülen maddi (cebir-şiddet) ve manevi (tehdit) cebirin bir arada bulunması gerekmemektedir. Birinin gerçekleşmesi yeterli sayılmalıdır. Çünkü bir bağlaç olan ve sözcüğü, çoğu zaman veya anlamını da vermektedir. Türk Ceza Yasasında 449. maddede bunun örnekleri vardır. (67)

Bu duruma göre ve sözcüğünü veya olarak kabul etmek ve suçun oluşması için fiillerden birinin gerçekleşmesinin yeterli görülmesi gerekir.

Memura şiddet ve tehdit ile yapılan hakaret, memura karşı işlenen şiddet veya mukavemet

suçlarından ayrıdır. (TCK 254 ve 258. maddeler) Memura şiddet veya mukavemet suçlarında, şiddet veya mukavemetin vazife ile ilgili bir hususun yerine getirilmesini veya getirilmemesini sağlamak amacına yöneliktir. Halbuki şiddet ve tehdit ile işlenen hakarete daha hasmane bir duygu hakimdir. (68)

**B) Hafifletici Ve Kaldırıcı Nedenler**

Türk Ceza Kanununun 272. maddesine göre memur, memuriyet

hududunu tecavüz ederek veya keyfi hareketleri ile, hakaret fiilinin işlenmesine neden olmuşsa cezanın indirilmesi veya tamamen kaldırılması mümkündür. Memurluk sınırının aşılması veya keyfi hareket halinde memurun vazifesinin korunması mümkün değildir.(69) Bu hüküm savunma hakkının korunması amacıyla kabul edilmiştir.

Böylece memurların yetki sınırlarını aşmaları durumunda kişi özgürlüğü güvence altına alınmıştır.(70)

Memurların yetki sınırlarını aşmalarında kast unsurunun olması gerekip gerekmediği konusunda farklı iki görüş vardır. Bir görüşe göre cezanın kaldırılması veya indirilmesi için memurun yetki sınırını kasten aşması gerekir.(71) Diğer bir görüşe göre memurun yetki sınırını kasten aşp aşmadığının failce araştırılması ve anlaşılması olanağı yoktur, memurun objektif haksızlığı yeterlidir. (72) Bu madde savunma hakkını ve kişi özgürlüğünü güvence altına almak amacıyla kabul edildiğine göre memurun objektif haksızlığının yeterli kabul edilmesi kastın araştırılmaması gerekir.

Memurun yetki sınırlarını aşması ve keyfi işlemlerinin sınırı konusunda tereddüt edilebilir. Bu durumda fiilin suç olmaktan mı çıkacağı, yoksa resmi sıfatı haiz memura hakaret fiili ortadan kalkıp kişiye hakaret olarak mı nitelendirileceği sorunu ortaya çıkmaktadır.(73) Bir görüşe göre resmi sıfatı haiz memura hakaret fiili ortadan kalkmış olup, bir kişi olarak memura hakaret vardır. Memurun yetki sınırını aşması ve keyfi işlem kamu ile ilgili hususlardır ve kişiler arasındaki ilişkilere etki etmez. (74)

Bu durumda fiilin suç olmaktan çıkması gerekir. Zira idari fonksiyonları icra eden memur icra ettiği görev dolayısıyla hakarete muhatap olmuştur. Yetki sınırlarının aşılması failin hakaret eylemini işlemesine neden olmuştur. Failin eylemi ile memurun vazifesi arasında ilişki vardır. Mağdurun memur sıfatı olmasa fail ile muhatap olması da söz konusu olmayacaktır. Nitekim ceza kanununun 272. maddesi, cezanın indirilebileceği gibi büsbütün kaldırılabilceği hükmünü getirerek, fiilin suç oluşturmayacağını kabul etmiştir.(75) Yetki sınırının aşılması ve keyfi işlemlerde memura mukavemet halinde dahi cezanın indirilmesi veya kaldırılmasını haklı gören kanunun (TCK 258/4. madde) aynı durumda sözle işlenen suçlarda aynı hükmü kabul etmemesi de olanaksızdır.(76)

Failin fiiline memurun sebebiyet vermesi gerekir.(77) Bu durumda yer, zaman unsurları ve olayın aynı şahıslar arasında olması gibi hususların gerçekleşmesi gerekir. Ancak, yer ve zaman bakımından ayniyet şart değildir. Bu hususların hakim tarafından takdir edilmesi gerekir. Zira memurun keyfi hareketi ile failin hareketi arasında aranan koşul illiyet

bağıdır. Illiyet bağı zaman ve yerden ayrı olarak da mevcut olabilir.(78)

Yargıtay, bu konu ile ilgili bir kararında özetle şöyle demektedir:

Tanıkların, müştekinin daha önce sanığın oğluna hakareti içerir sözler sarf ederek kendisini arabaya bindirdiği yolundaki şahadetleri, sanık hakkında TCK'nın 272. maddesinin uygulanmasını gerektirir.(79)

Memurun keyfi işlemi ile suçun dengeli olması da gerekmektedir.(80)

#### 10- Suçun Kovuşturulması.

Türk Ceza Kanununun 266. maddesindeki suçun kovuşturulması için mağdurun kişisel dava ikame etmesi gerekmemektedir. Diğer hakaret suçlarında kişisel dava ikame etme koşulu bulunmaktadır. Kovuşturmanın 266. maddedeki suçlar için savcı tarafından kamu davası biçiminde açılıp, yürütülmesi kabul edilmiştir.(81) Maddede korunan hukuki yarar memurun kişisel şeref hakkı olmayıp, devlet idaresinin tahkir ve tecavüzlerden uzak bir biçimde işlemesidir. (82) Bu durumda memurların kendilerine karşı işlenen hakaret nedeniyle kişisel dava açmaları öngörülürse vazifenin aksaması ve memurun takip külfetine katlanması gerçekleşecektir.

## AIH SOZLEŞMESİ IŞIGINDA ALENİ YARGILANMA HAKKI VE BASIN

\* Askeri.Savcı EROL ER

Genel olarak, yargılamamın aleni olması, yargılamaya katılması zorunlu olan kişilerin dışında kalanların da yargılamaya katılma olanağına sahip olmaları anlamına gelir.(1)Bu ilke, tarafların mahkeme huzurunda, açık duruşmada dinlenilmelerini ve kararın açıkça verilmesini (okunmasını) içermektedir. Geniş anlamda aleniyet ise, tarafların dosya da mevcut her türlü bilgi ve belgeyi görebilmeleri, davanın gizlilikten kaynaklanabilecek keyfî bir tutumla görülmesini önlemek amacına yöneliktir.(2)

Aleniyetin amacı, bir yandan sanığın kendisine karşı suç işlemiş olduğu ammeye hesap verilmesini sağlamaktır. Çünkü, sanık suç işlemekle kamu düzenini bozmuştur. Diğer yandan, amme adına yapılan yargılamanın doğru, hukuka uygun bir şekilde yapılıp yapılmadığının kontrolünü sağlamaktır. Gerçekten, yargılamayı izleyenler aynı zamanda mahkeme , savcılık ve müdafaa makamlarının hukuka uygun şekilde hareket edip etmediklerini kontrol etmektedirler.(3)

Tarihsel gelişme, ceza muhakemesinin kapalı kapıların arkasında yapılmasının insan hakları (ve dolayısıyla sanık hakları) açısından korkunç sonuçlar doğurduğunu ortaya koymuştur. Bu tahkik sisteminin bir uygulamasıdır. Çünkü, muhteşem tabir edilen kraldan bağlı yargıç, kraldan başka hiç kimseye hesap vermek zorunda değildir. Duruşmanın aleniliği ilkesi ise, kaynağını,itham sisteminden almaktadır özellikle de aydınlanma dönemi düşünürleri duruşmaların halka açık olarak yapılmasını yazdıkları eserlerinde ısrarla talep etmişlerdir.(4) Aleniyet yargılamaya hiç kimsenin katılmamasına rağmen, duruşmanın açık sayılmasına da neden olmaktadır. Diğer bir deyişle, yalnızca duruşmaya katılmaları zorunlu olan kişilerin mevcudiyeti açıklığı sağlanmaya yeterli değildir. Çünkü, bunlar zaten yapılan duruşmanın unsurlarıdır. Bunlarsız yapılan bir duruşma adil yargılanma hakkını ortadan kaldırır veya silahların eşitliği ilkesini ihlal eder. Bunların bulunduğu ve fakat başkasının alınmadığı duruşmalar ise açık olmayan duruşmalardır. Açık duruşma, aynı zamanda üçüncü kişiler ve kamunun dilediğinde duruşmayı izleyebilme olanağını da belirler.(5) Açıklık, kontrolü sağlayarak insanları gizli yargılamalara karşı koruduğu,adaletle yargılanmayı gerçekleştirdiği mahkemelere güveni sağladığı için demokratik rejimlerin vazgeçilmez prensiplerindendir. Bu suretle, Adaletin dağıtılması işinin halk tarafından kontrolü temin edilerek

sanık içinde esaslı bir güvence elde edilmiş olur. Aleniyet sayesinde toplum adliye idaresi hakkında kanaat elde eder, hakimi yaptığı iş dolayısıyla her türlü şüpheden korur tanıkları, bilirkişileri ve diğer kimseleri adaletin tecellisine dürüst şekilde katılmaya mecbur eder.(6) Bu ilke, yargıçlar bakımından ise hukuka bağlı ve hukuka uygun karar verme, yargıçlık sorumluluğu altında davranma duygusunu geliştirir.(7) Böylece hakim, vicdani kanaatin oluşturduğu duruşmayı yönetirken daha dikkatli ve titiz davranır. Hükmünü gerekçelendirirken de duruşmanın herkes tarafından takip edildiğini göz önünde tutarak, ona göre sağlam gerekçeler yazacaktır.(8)

Bu ilkede esas olan,"duruşmaya katılabilme olanağının bulunması"dır. Herhangi bir nedenle duruşmaya katılmamış olması hali açıklığı engellemez. Örneğin duruşmanın kamunun ilgisini çekmemiş olmaması, mahkemenin icra edildiği yerin kapısının soğuk nedeni ile kapatılmış olması, yargılamanın yapıldığı yerin uzak olması gibi nedenler duruşmaya kimsenin katılmamasına neden olmuş olsa dahi bu hususlar açıklık ilkesinin gerçekleşmediği anlamında değildir.(9)

Alenilik ilkesiyle ilgili olarak başta taraf olduğumuz uluslararası sözleşmeler olmak üzere çeşitli düzenlemeler mevcuttur:

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 10. maddesinde "Kendisine bir suç yüklenen herkesin, savunması için gerekli tüm güvencelerin tanındığı bir açık yargılanmaya hakkı vardır"ibaresi yer alırken, kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi m.14 "herkesin yasayla kurulmuş, yetkili, bağımsız ve yansız bir mahkeme tarafından adil ve açık olarak yargılanmaya hakkı vardır" denilmektedir. (10)

Keza, İnsan Hakları Temel özgürlükleri Koruma Sözleşmesi'ne 6 maddesinin 1.fıkrasında "herkesin herhangi bir suçlama karara bağlanırken yasayla kurulmuş ve yansız bir mahkeme tarafından makül süre içinde ve açık yargılanmaya hakkı" olduğu belirtildikten sonra ,aynı maddenin 2. fıkrasında "belirli bazı koşulların bulunması halinde açıklığın kaldırılabilceği" hususu düzenlenerek bir takım istisnalar sıralanmıştır. Buna göre: demokratik bir devletin kamu düzeninin, ulusal güvenliğinin, ahlak kurallarının veya küçüğün yararlarının veya duruşmaya tarafların özel yaşamlarının gerektirdiği veya adaletin selametine zarar verecek özel durumlarda ve mahkeme tarafından buna gerek görüldüğü ölçüde,açıklığın adalet yararlarını zedeleyecek nitelikte olması nedeniyle basın ve halk için duruşma

salonuna giriş tamamen veya kısmen yasaklanabilir.(11)

Buradaki düzenlemede dikkati çeken ana unsur ilk cümlede yer alan, aleniyete ilişkin sınırlamaların "demokratik bir devlet" kriteri içine konulmasıdır ki, bu da sınırlamaları bir açıdan daraltmaktadır çekten,kamu düzeni,ulusal güvenlik ve ahlak anlayışı demokratik bir devlet ölçüsü içinde olacaktır Başka bir deyişle, mahkemece gizlilik kararı verilirken, bu gizliliğin hiçbir şekilde demokratik devlet kuralarına ters düşmesi mümkün olamayacaktır. Bütün bu kurumlar demokratik devletle bağdaştığı sürece ve ölçüde davanın gizli yapılmasına neden olabilecektir.(12)

Anılan sözleşmenin alenilik ilkesini düzenleyiş maksadına tekabül eden "gerçeğe ulaşmasına katkıda bulunmak" şeklindeki esas fonksiyonu ise bireysel yararların göz önünde bulundurulması gereğinin bir sonucu olarak diğer başka şekillerde de sınırlamalara maruz kalmıştır. Bu Veçhile eğitim düşüncesi gençlikle ilgili davalarda aleniyetin kaldırılmasını mümkün kılmaktadır ki, aslında gençliğe ilişkin duruşmaların gizli yapılması yükümlülüğü anlamına gelen bu husus, AİHM sözleşmesinin 6 maddesinde yalnızca bir takdir yetkisi şeklinde düzenlenmiştir.(13)

Yukarıda belirttiğimiz hususları değerlendirirken göz önünden kaçırılmaması ana unsur,"açıklık", ilkesinin yalnızca duruşma yani son soruşturma safhasına münhasır olduğudur;yoksa, soruşturmanın her safhasında böyle bir aleniyet AİH Sözleşmesi'nde öngörülmüş değildir. Nitekim 6. madde "duruşma salonu", "davalının açık olarak dinlenmesi" kavramlarını kullanarak açıklık ilkesinin son soruşturma için geçerli olacağını belirtmektedir. Bu durumda, açıklık ilkesinin sanıklık statüsünün elde edildiği andan itibaren değil ve fakat son soruşturmanın başlangıcından hükmün kesinleştiği ana kadar, yani sanık statüsünün bitimine kadar devam ettiğini kabul etmek gerekir.(14)Ancak istinaf ve temyiz incelemeleri bakımından, bu zorunluluğa daha toleranslı bir yorum getirilmektedir. İstinaf ve temyiz incelemelerinde ilk derece mahkemesine yapılan itirazın konusuna göre ilkeye riayet edilip edilmeyeceği önem taşımaktadır. İstinaf ve temyiz incelemesi sadece hukuki yönleri inhisar ettirilmiş ise, duruşma yapılmasına gerek görülmemiştir. Bunun yanında istinaf ve temyiz incelemelerinde davanın maddi yönü de inceleme,kapsamı içinde ise, ilgilinin katılımı ile duruşma yapılması gerekmektedir.(15)

Yine bu sözleşme hükümlerine göre, duruşmanın açıklığı ilkesinin yalnızca medeni haklara ilişkin uyuşmazlıkların çözümlendiği yargı organları önünde görülen duruşmalarla, ceza yargılamalarında uygulama alanı bulduğunu belirtmek gerekir. Bu nedenledir ki, idari organların bir uyuşmazlığı çözmeleri halinde dahi, sözleşmenin 6 maddesinin 1.fıkrasında ki tanım uygulanmaz. Bu açıdan, İsviçre'nin sözleşmeye yaptığı "idari organlar önünde görülen uyuşmazlıkların çözümü usulünde açıklık, ilkesinin uygulanmayacağına ilişkin ihtirazi kayıt beyanında yersizdir. Ancak idari organ, bir yargı faaliyetinde bulunuyorsa, başka bir deyişle eğer yargılama yapıyorsa o takdirde 6. maddedeki ilkeler uygulanacaktır.(16)

AİH Sözleşmesi kapsamında aleniyet kavramını "basın-yayın kurumları" bakımından ele alacak olur isek açıklık, isteyeninin görmesi ve duyması kadar aynı zamanda duyduklarını başkalarına yayabilmesi özgürlüğünü de içerdiğine göre, Sözleşme'nin 6. maddesinde basın ile halkın bağlacı ile birbirlerine bağlandıklarını görmekteyiz. Acaba 6. maddede öngörülen koşullar bulunmasına rağmen, duruşmanın kapalı, kamuya açık olması veya tam aksi basına açık, kamuya kapalı olması olanağı var mıdır? Örneğin: bir duruşma salonunun çok küçük olması nedeniyle içeriye hiç dinleyici alınmamasına rağmen ,Tv kameraları ile anında canlı yayın yapılabilmektedir. Veyahut duruşma salonuna hiçbir surette basın mensubu alınmamasına rağmen halk duruşmaya katılabilmektedir. Basın mensuplarının duruşmaya alınmaması ise zorunlu olarak bunun yayın organlarında neşredilmesinde fiilen engellemektedir. Eğer, aleniyeti duruşmaya katılmaları zorunlu olanların dışında kişilerin katılması olarak anlar ve bu katılmayı da alarak yorumlarsak, soyut olarak duruşma salonuna girebilmenin ve fakat basına izlettirmeme ile bunun sonucu olarak yayınlamamanın açıklığı engellemeyeceği sonucuna varırız. Buna karşılık 6.maddeki "basın ve kamu (halk)" kavramlarını birbirine bağlayan "ve" bağını "veya" olmadığı biçiminde yorumlarsak, açıklığın her ikisinin de aynı zamanda ve birlikte tanınması gerektiğini kabul etmemiz gerekir ki doğrusu da ikincisidir. Gerçekten, açıklığı engelleyecek nedenlerin bulunmaması halinde basın ve halkın duruşmaya katılmasını ile bunun yayınlanmasını engellenemez. Bununla beraber, yasaklama sebeplerinden biri sadece halkın duruşmaya katılmasını engelliyorsa, duruşma salonuna dinleyici alınmaz. Ancak basın mensupları, daha sonra yayın unsuru gerçekleştirebilmek için duruşmaya kabul edilebilir. Örneğin sanığın güvenliği veya bir tanığın güvenliği nedeni ile duruşmaya halkın katılımı yasaklanabilir. Ancak, basının duruşmada hazır bulunması böyle bir güvenliği bozmayacağından ve sonuç

a tekabül  
nksiyonu  
r sonucu  
u Veçhile  
rılmasını  
zli yapıl-  
n 6 mad-

önünden  
yani son  
anın her  
değildir.  
lenmesi"  
çerli ola-  
tatüsünün  
şlangıcın-  
ine kadar  
e temyiz  
um getir-  
kemesine  
inem taşı-  
ısar ettir-  
ıda istinaf  
ımı içinde

olarak adaletin de selametine zarar vermeyeceğinden yasaklama bunlar için geçerli değildir. Buna göre, yasaklama nedenleri bulunmadığı takdir de basın ve halkın duruşmaya katılmalarına izin vermek zorunludur. Buna karşın engelleyici nedenler halk veya basından hangisi için geçerli ise, yasaklama yalnızca onlar hakkında olmalıdır. Bu sonuca varılmasının temel nedeni aleniyetin sanık için büyük bir güvence teşkil etmesidir ve bu güvence olanaklar elverdiğince ortadan kaldırılmamalıdır. "Zira açıklığı gerçekleştiren unsurlar halk ve basındır". Basının temel görevi halkı aydınlatmaktır; işte bu aydınlatma eğer adaletin selameti bakımından zorunlu ise, yasaklama yalnızca onlar için olmalıdır. Buna karşılık yasaklayıcı nedenler geçici bir sebebe, örneğin sanık ve tanığın güvenliğine ilişkinse, duruşmalara dinleyici almamak ve fakat basın aracılığı ile yayınına izin vermek gerekir.(17)

Basın mensuplarının duruşmaya katılmalarının bir sınırı olmalı mıdır? Başka bir deyişle, duruşmaya katılan basın mensupları burada geçenleri canlı olmak ve anında halka nakledebilirler mi? Örneğin Alman hukukunda, duruşma salonuna fotoğraf makinası , TV kamerası, sinema makinası vs'nin sokulması yasaklanmıştır. Amerika'da ise durum, federal düzeyde ve eyaletlerde farklıdır. Federal hukuk bunu 1994 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu (Federal Rules of Criminal Procedure)'nda düzenlemiştir. Bu kanunun 53. maddesi: duruşma devam ederken salonda fotoğraf ve film çekimini yasaklamaktadır. 1996 yılında toplanan kurul (Judicial Conference) yaptığı bir yorumla bu maddenin uygulanmasını yumuşatmıştır. Bununla her eyaletin üst mahkemesi, "temyiz davasındaki savunmanın" yayınlanmasına izin verip vermemekte serbest bırakılmışsa da, yine federal mahkemelerin esas mahkemesi sıfatı ile baktığı davalarda kameralar duruşma salonuna alınmamaktadır(18)Bu hususta AİH Sözleşmesi'nde ise herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Sanığın masum sayılma hakkı ile dürüst yargılanma haklarının garanti altına alınması amacıyla mahkeme müdafie, taraflara, tanıklara hatta kovuşturma makamlarına görülmekte olan davayla ilgili basına bilgi verme ve açıklama yasağı getirebilir. Buna karşın, aleni duruşmadaki sözler ve açıklanmış belgeler için ise herhangi bir yayın yasağı konulamaz.(19)Burada asıl sorun duruşmanın düzeni ile adil yargılama kavramları arasındaki hassas dengeyi koruyabilmektir. Duruşmanın düzeninin bozulmamasına rağmen örneğin sanığın moralinin bozulmasına, onun kamuoyu önünde suçlu gibi teşhir edilmesine neden olan çekim ve yayınlara izin verilmemelidir. Bu koşulların yaratılmadığı bir ortam içinde ise film çekimine ve yayına engel

unlar için  
taktır de  
tur. Buna  
çerli ise,  
ılmasının  
idir ve bu  
a açıklığı  
evi halkı  
kimından  
ık yasak-  
venliğine  
le yayını-

rı olmalı  
rı burada  
n Alman  
ı, sinema  
n, federal  
ihli Ceza  
la düzen-  
ı salonda  
an kurul  
lanmasını  
vasındaki  
akılmışsa  
davalarda  
sta AİH  
ın masum  
alınması  
a makam-  
ma yasağı  
ş belgeler  
un duruş-  
s dengeyi  
n örneğin  
şibi teşhir  
elidir. Bu  
ına engel

olmamak şeklindeki bir yaklaşım doğru olacaktır.(20)

Nitekim, Anayasada 28. maddesinde "basının hür olduğunu" ifade ederken aynı zamanda, bunun Anayasada belirtilen gayelerle kanun tarafından sınırlandırılmasını kabul etmiştir. Bu gayeler arasında yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesi de vardır. Bunun içindir ki, Basın Kanunu ceza koğuşturmasının başlaması ile son kararın yargı halini almasına kadar hakim ve mahkemenin hüküm karar ve işlemleri hakkında mütalaa yayınlanmasını yasaklamıştır."Hakimleri tesir altında bırakmamak için konulan bu yasak, duruşma da olan bitenin hikaye edilmesini yasaklamadığından açıklık prensibine de aykırı değildir."(21)

Yargılama açısından basın ve haber alma özgürlüğü ancak şu şartlar altında kısıtlanabilir:

Eğer açık duruşmalarda cereyan eden muhakeme milli güvenliğe genel ahlaka kişilerin haysiyet şeref ve haklarına dokunacak veya işlemeye kışkırtacak mahiyette ise, mahkeme bunları önlemek amacı ile bu amacın gerektirdiği ölçüde muhakemenin kısmen veya tamamen yayınlanmasını yasaklar ve kararını açık olarak tefhim eder (CMUK m.377/3). Bu yasağın müeyyidesi ise, ağır para cezasıdır.

Ayrıca, intihar olaylarının okuyanları etkilemeyecek biçimde yayınlanmaması (5680 Sayılı Basın Kanunu m.32) ile evlenmeleri yasaklanmış kişiler arasındaki cinsi münasebetlere dair haber ve yazılar ile umumi adap ve aile nizamı aleyhindeki belirli cürümlere ait haber ve yazıların yayınlanmasında mağdurların kimliklerini açıklayan bilgi ve resimlerin, on sekiz yaşını doldurmamış suç fail ve mağdurların kimliklerinin açıklanması ve resimlerinin yayınlanması suç teşkil etmektedir (Basın Kanunu m.33)

Yargılamada aleniyet ilkesinin öncelikle 1982 Anayasası'nın 141. maddesinde düzenleme bulunduğunu görmekteyiz. Buna göre, "Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir"

Aynı şekilde, CMUK'un 373. maddesinde de "duruşmaların aleniyeti ve gizli yapılabileceği haller" başlığı altında "duruşmaların herkese açık olduğu, ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin

olarak gerekli kıldığı hallerde duruşmanın bir kısmının veya tamamının gizli olmasına mahkemenin karar verebileceği" hükmü yer almaktadır. Yine aynı maddenin 2. fıkrasına göre, mahkeme tarafından duruşmanın gizli yapılmasına karar verildiğinde bu kararın ve sebeplerinin aleni olarak tefhim olunacağı, keza duruşmanın gizli yapıldığı halde dahi hükmün tefhiminin aleni yerine getirileceği belirtilmektedir.

Aleniyet ilkesinin mahkeme tarafından hukuka aykırı olarak ihlali CMUK m. 308/6'ya ve ASYUK' m. 207/ bend f'ye göre mutlak bozma sebebi teşkil etmektedir. Bununla birlikte, CMUK'nun söz konusu düzenlemesinde "şifahi bir duruşma neticesinde verilen hükümde aleni muhakeme kaidesinin ihlali"nden söz edilmesi bir ifade bozukluğu olarak yorumlanmalıdır. Aksi takdirde sanki yazılı duruşma yapılabileceği, hakimlerin müzakerelerinin aleni olacağı ya da sadece hükmün tefhiminin aleni olmasının yeteceği gibi herhangi bir anlam ifade etmeyen sonuçlara ulaşılır.

ımamının  
adır. Yine  
ının gizli  
ni olarak  
ün tefhi-

rak ihlali  
ık bozma  
su düzen-  
de aleni  
ğu olarak  
i, hakim-  
ının aleni  
a ulaşılır.

## AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI ISIĞINDA SAVUNMA VE HAK ARAMA SÜRECİNDE SİLAHLARIN ESİTLİĞİ

\* Av.Güney DİNÇ

### I - TEMEL İNSAN HAKLARININ ÖZÜ : DENGİ

Hukukta, her zaman bir " baskın taraf " var olmuştur. İnsanlık tarihi bu örneklerle örülmüştür. Monarşi, halk egemenliği, sınıfsal diktatörlükler, ekonomi dışı şiddet ve günümüzün sınır tanımayan uluslararası tekelleri gibi...

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde oluşan hukukun belirgin özelliği ise, "baskın taraf" egemenliğinden uzaklaşma yönünde gelişmesidir. Yeni bir anlayışın ürünü olan sözleşme hukukunu tek bir sözcükle tanınamamak olanaklıdır. "Denge".

Bir kez daha geriye dönüp insanlık tarihine bakarsak, "denge" sözcüğünün ne denli yeni ve heyecan verici bir gelişme olduğunu kolaylıkla görebiliriz.

Doğanın temeli, dengeye dayanıyor.

Denge, insanın doğaya dönüşüdür.

Denge, insanın kendine dönüşüdür.

Denge, hukukun insan dönüşüdür.

Böylesine görkemli bir hukuku üretmek kolay bir iş değildir. Değişimi ve yenilenmeyi, sözde değil, özde gerçekleştirmek gerekiyor. Oysa, insan Hakları alanında büyük çelişkiler yaşanıyor. Sözleşme kapsamındaki kimi ülkeler, insan Hakları belgelerini kendi yurttaşlarıyla ilgili kurallar düzeyinde algılayıp, öyle uyguluyorlar.

İnsan haklarının evrenselliğine gölge düşürülmemelidir. Ortadoğu'da, Liberya'da, Irak'ta' sırada bekletilen diler ülkelerde sürdürülen yağmacı saldırganlıklar karşısında, bireysel hukuk alanında gerçekleştirilen kazanımlara sığınarak, insan haklarının korunup geliştirildiğine inanamayız.

İnsanlığın kendi kendisini yok etmesini önlemek için, 21 yüzyıl, yeryüzünde yaşayanların tümü için, insan haklarının işlerlik kazandığı bir çağ olmak zorundadır.

### II - AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNE GÖRE

## SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ:

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesi ADİL YARGILANMA HAKKI 'nın temel koşullarını belirlemektedir.

6.maddenin kapsadığı konular çok geniştir. Bu nedenle yaygın bir uygulama alanı bulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının büyük bir bölümü de 6.maddenin yorumu ve açılımıyla ilgilidir.

Sunuşumuzun konusunu oluşturan "silahların eşitliği" ilkesi 6.maddenin 1.bendinin ilk tümcesinde değerlendirilmiştir;

m.6/1

"1 . Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir... "

'Hakkaniyete uygun yargılama", silahların eşitliğini zorunlu kılar. Yargı organı önünde sahip oldukları hak ve yükümlülükler açısından taraflar arasında tam bir eşitliğin kurulması ve bu dengenin bütün yargılama aşamalarında sürdürülmesi gerekir.

Ayrıca 6.maddenin 3.bendinin (a) fıkrasında yer alan 'sanığın bilgilendirilme hakkı" ile aynı bendin (d) fıkrasındaki "tanık dinletme ve tanıkları sorgulama hakkı" silahların eşitliği ilkesinin uygulanışıyla doğrudan bağlantılıdır.

Kamu güvenliği, kamu yararı ile bireysel hak ve güvenceler arasındaki denge, Mahkeme Kararlarında "eşitlik", "karşılık", "orantılık" gibi sözcüklerle anlatılmaktadır.

" Mahkemeye göre genel ve geniş kapsamlı bir kavram olan 'hakkaniyet' in ilk ve önemli gereği, taraflar arasında 'silahların eşitliği' , diğer bir deyimle, mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler bakımından taraflar arasında tam bir eşitliğin sağlanması ve bu dengenin bütün yargılama boyunca korunmasıdır." (M.K. Del court / Belçika 1970, Monnel ve Morris /İngiltere 1987, Ekbatani /İsveç 1988 ) (1)

Amaç, sav ve savunma arasında hakkaniyete uygun, adil bir dengenin

gerçekleştirilmesi olunca, silahların eşitliği kavramı, her somut olayda, uyumsuzluğun niteliğine göre değişimler göstermektedir. Örneğin, yargılama işlemleri arasında yer alan kanıt ve karşı kanıtların sunulup tartışılması, ilgilinin yargıç önüne çıkarılma istemi, dava dosyasının özgürce incelenip gerekli görülecek belgelerden örnekler alabilme olanağı, bilirkişi raporlarının yanlara gönderilmesi ve yargılama sürecindeki bir kamusal organ-  
dan da gelse, yargıçların kararını etkilemeyi amaçlayan her türlü görüş ve açıklama konusunda bilgilendirilip bunları yanıtlama olanağının taraflara tanınması silahların eşitliği kapsamında değerlendirilen uygulamalardır.

Bu araştırmamızda, sav ve savunma arasındaki dengelerin ele alındığı "Tebliğname" konusunda Türkiye'de ve Avrupa'da izlenen gelişmeleri ve ulaşılan aşamaları, Avrupa konusunda Türkiye yargısından örneklerle özetlemeye çalışacağız.

### III - TÜRKİYE 'DE TEBLİĞNAME SORUNU

Ceza mahkemelerinde kimi zaman yargıçlar ve savcılar, aynı kürsüyü paylaşmanın alışkanlıklarından da yararlanarak birlikte hareket ettiklerini izlemekteyiz. Sonuçlanma aşamasına gelen davalarda duruşma salonunun boşaltılarak, yargıç ve savcının biraz sonra açıklanacak olan kararın ayrıntılarını birlikte tartıştıkları görülebilmektedir. Bu tür uygulamalar, özellikle avukatları tedirgin eder. Yargılama sürecinden dışlandıkları ve savunma çabalarının boşa gittiği inancına kapılırlar.

Yargıtay'daki yerleşik uygulama, savunmanın etkinliği açısından daha da önemli sakıncalar içermektedir. Ceza davalarının Yargıtay'daki incelenmesi sırasında duruşmaların nasıl yapılacağı CMUK' un 319. maddesinde aşağıda yazılı olduğu biçimde düzenlenmiştir.

"Yargıtay'da duruşma rapörtör tarafından işin açıklanması ile başlar. Bu azanın duruşmadan önce raporunu tanzim ve imza ile dosyaya koymuş olması lazımdır.

Raportör üyelerin açıklamasını müteakip Cumhuriyet Başsavcısı, sanık ve müdafii iddialarını beyan ve bunları izah için söz alırlar. Bunlar arasında temyizi talep etmiş olan taraf önce dinlenir. Son söz sanıktır."

CMUK' nda, duruşma açılmayan durumlarda Yargıtay incelenmesinin hangi koşullarda yürütüleceği, sanıklarla nasıl ve ne tür iletişim kurulacağı

konularında herhangi bir düzenleme yer almamıştır.

Yargıtay'da duruşma yapılmayan davalarda, sanıkların gelişmeleri izleme olanağı bulunmamaktadır. Yargısal işlemlerin belli bir takvimi yoktur. Temyiz edilen dava dosyasının, tebliğname'nin hazırlanması için Başsavcılıkta ne kadar süre bekleyeceği, karar için Mahkemeye ne zaman gönderileceği, hangi oturumda temyiz isteminin karara bağlanacağı, ilgililerce izlenip bilinmemektedir.

11 Ocak 2003 günlü ve 4778 sayılı yasanın 2. maddesiyle CMUK' nda gerçekleştirilen değişime kadar, sanıklar ve avukatları, genellikle Yargıtay incelemesi tamamlanıp, dava dosyasının yerel mahkemeye gönderilmesinden sonra, Başsavcılık tebliğnamesinin içeriğini öğrenebilmekteydiler.

Ancak bu aşamadan sonra savunma adına yapabilecekleri fazla bir şey kalmıyordu.

#### IV - AVRUPA İNSAN HAKLARI YARĞISINDAN ÖRNEKLER

Savcılığın ceza davalarındaki konumu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde ilk kez 1970 yılında Delcourt-Belçika davasında tartışıldı. Yerel mahkemede çeşitli cezalara çarptırılan Emile Delcoud adındaki sanığın 1965 yılında Belçika Yargıtayı'ndaki duruşmasında Başsavcı, tüm temyiz istemlerinin reddi ve mahkumiyet kararının onanması doğrultusunda görüş bildirmişti. Avukatının gelmediği duruşmada Delcoud, kendi savunmasını yapmak zorunda kalmıştı.

Duruşmadan sonra karar vermek üzere başka bir salona geçen yargıçların arasında Başsavcı da bulunuyordu. Belçika'da 1815 yılından beri yürürlükte olan bir Kraliyet Kararnamesi'ne göre; Başsavcı, oy hakkı olmaksızın Yargıtay yargıçlarının karar öncesindeki tartışmalarına katılıp görüşlerini açıklayabiliyordu. Bu duruşmadan iki yıl sonra, 10 Ekim 1967'de yürürlüğe giren Yeni Ceza Yargılama Yasası'nın 1109. maddesinde de aynı işleyiş sürdürülmüştü.

İç hukuk yollarının tükenmesinden sonra Delcoud, Başsavcının Yargıtay'daki tartışmalara katılıp görüş bildirmesinin savunma hakkına ve özellikle "silahların eşitliği" ilkesine aykırı düştüğü gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurdu.

Başsavcının Yargıtay'a verdiği görüşlerden bilgisi olmadığını, son sözün kendisine tanınmadığını ileri sürerek AİHS 'nin 6. maddesinin 1. bendinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının çiğnendiğine karar verilmesini istedi.

Komisyonun kabul edilebilirlik kararının ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, uyuşmazlığı sonuçlandıran 17 Ocak 1970 günlü ve 11 sayılı kararını verdi.

AİHM 'nin yorumuna göre;

"Yargıtay Başsavcılığı, kovuşturma yapmadığı, dava açmadığı, davacı niteliğine sahip olmadığı, için, mahkeme önünde taraf olarak kabul edilemez... Yargıtay Başsavcılığı ile alt mahkemelerdeki savcılıklar birbirinden farklı kurumlardır. Ancak yasalara ve uygulamaya bakıldığında, bu farklı işleyişin kolayca ayırtına varılamamaktadır. Görünümü nedeniyle kimi sanıkların Başsavcılığı, kendilerinin karşıtı gibi algılamaları ve özellikle Yargıtay'ın kapalı oturumundaki tartışmalara katıldığını izleyince, böylesi kuşkulara kapılmaları doğaldır.

Bu yapılanmaya yüzeysel olarak bakıldığında 'adaletin özde yerine getirilmesi yeterli değildir, görüntüde de adalet yerine getirilmelidir' biçimindeki özdeyişe uyulmadığı sonucuna varılabilir. Ancak bu durum, tartışılan olayda adli yargılanma hakkının çiğnendiği anlamına gelmemektedir.

Yargıtay Başsavcılığı bağımsız bir kurum olduğundan, Başsavcılıktan bir savcının Yargıtay müzakeresinde yer alması, Yargıtay'ın bağımsızlığını ve yansızlığını olumsuz yönde etkilemez...

Yargıtay Başsavcılığı tarafından duruşmanın sonucunda sunulan tebliğnamenin önceden taraflara verilmemesi, başsavcılık görevinin özelliği ile açıklanabilir.

Sözleşmenin 6. maddesi, Belçika'nın en yüksek mahkemesine bağlı olan, ona yardım ve danışmanlık görevi yapan bağımsız bir kurumun tümüyle hukuksal nitelikteki görüşlerine sanık tarafından yanıt verilmesini anımsatma yoluyla bile gerekli kılmamaktadır " (2)

Böylece Emile Delcourt'un çok Haklı nedenlere dayanan başvurusu,

şaşırtıcı gerekçelerle reddedilmiş: oluyordu.

Eğer bu anlayış günümüzde de geçerliliğini sürdürseydi, Strasbourg yargısı güvenilirliğini ve yaratıcılığını büyük ölçüde yitirebilirdi. Delcourt/Belçika kararını İzleyen gelişmeler, çağdaş, hukukun, feodalizm kalıntısı durağan kurumlarla birlikte yürütülemeyeceğini belgelemesi bakımından önem taşıyor. AIHM, yanlış kararından aşamalı bir biçimde dönerek, doğru ilkelere yönelmekte gecikmedi.

AIHM, 2 Mart 1978 günü sonuçlanan Monnel ve Morris / İngiltere davasında ise konuyu eşit temsil olgusu kapsamında değerlendirdi ve aşağıdaki kararı verdi:

"Üst mahkemeye yapılan başvuru üzerine yürütülen kısa yargılama sürecinde iddia makamlarda yer almadığından, bu yargılamada başvuru-  
nun veya avukatının bulunmaması nedeniyle silahlarda eşitlik ilkesi bakımından adil yargılanma hakkı ihlal edilmemiştir."

Bu süreç içinde, Pakelli/Almanya davası önemli bir başlangıç oluşturuyor. Almanya'da işçi olarak çalışırken, bir suç nedeniyle tutuklanıp yargılanan Lütfi Pakelli'ye yerel mahkemedeki ceza davası sırasında adli yardım yoluyla avukat atanmıştı. Verilen hapis cezası kadar tutuklu kalan Pakelli, kararın kesinleşmesini beklemeden Türkiye'ye döndü.

Pakelli'nin Yargıtay'daki duruşma için, giderleri devletçe karşılanmak üzere avukat istemi ise, Alman Ceza Yargılama Yasasının 350. maddesinin 2. ve 3. bentlerine dayanılarak; tutuksuz samığa Yargıtay'daki duruşma için avukat görevlendirme zorunluluğu bulunmadığı gerekçesiyle reddedildi. Alman Anayasa Mahkemesine kadar taşınan bu uyuşmazlıkla Pakelli'nin, savunmasını yapmak üzere Yargıtay'daki duruşmaya katılabileceği gibi, dilerse, giderlerini kendi ödeyeceği bir avukatın yardımından da yararlanabileceği, Türkiye'de yaşamasının ise yasal koşulları değiştirecek bir neden olmadığı görüşüne varıldı. Avukatının ve kendisinin bulunmadığı duruşmadan sonra Yargıtay, Pakelli'nin cezasını onadı.

AIHM 'nin 25 Nisan 1983 tarihinde sonuçlanan Pakelli/Almanya kararında, araştırmamızı doğrudan ilgilendiren aşağıdaki gerekçeler yer aldı:

"Bu dava, Federal Mahkemenin duruşma açılmasına gereksinim duyduğu

ender uyusmazlıklardan birisidir. Temyiz edilen ceza davalarının ancak yüzde onunda duruşmalı inceleme yapılmaktadır. Pakelli'nin temyiz gerekçelerinin kabul edilebilir nitelikte görülmesi, Federal Mahkemedeki sözel yargılarla yöntemini benimsemeye zorlamıştır...

Federal Mahkeme eğer duruşma karar vermeseydi, savcılık yazılı açıklama sunmakla yetinecek, bunun bir örneği de sanığa iletilecekti. Böylece sanık, temyiz aşamasında savcılığın görüşlerini öğrenip yanıtlama olanağı bulacaktı. Sözel yargılama yönteminin benimsendiği bu davada, başvurucuya savcının duruşmada açıkladığı savlarını inceleyip, tartışmak fırsatının verilmesi gerekiyordu. Federal Mahkemenin duruşma açmasına karşın, Sanığa savunman atanmaması davanın sonucunu etkileyebilecek nitelikte önemli bir eksikliktir. Yargıtay incelemesi duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden yürütülseydi, yanlar arasındaki eşitlik bozulmayacağından, dava, belki de başvurucunun istemleri doğrultusunda sonuçlanabilirdi."

AIHM, Yargıtay'daki sözel yargılama aşamasında Pakelli'ye ücreti devletçe karşılanacak bir avukatın atanmamasının Sözleşmenin 6. maddesinin 3/c bendine aykırı düştüğüne karar verdi. Bu sonuç nedeniyle, olayın bir kez de 6. maddenin 1. bendi kapsamında değerlendirilmesine gerek görülmedi. (3)

Pakelli/Almanya kararı, Yargıtay'da duruşmasız yürütülen yargılamalarda Başsavcılık tebliğnamesinin sanığa gönderilip yanıtlama olanağının tanınması gereğini ortaya koyduğu gibi, duruşmalı incelemelerde sanık ve avukatının son karar öncesinde tebliğnameyi tartışıp yanıtlama hakkına sahip bulunduklarını benimsemiş oluyordu.

Brandstetter/Avusturya davasının 28.8.1991 günlü kararında da AIHM, çekişmeli yargılamanın, iddia ve savunmanın diğer tarafın verdili görüşler ve gösterdikleri kanıtlar hakkında yorum ve açıklama belirtme olanağına sahip bulunmaları gerektiğinden, iç hukukta çeşitli biçimde kullandırılacak bu imkandan, dava konusu olayda iddia makamının verdiği müta-laayı başvurucunun bilememesi nedeniyle çekişmeli yargılama bakımından adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini kararlaştırdı.

AIHM 22 Haziran 1993 günlü Borgers/Belçika kararında tebliğname konusunu, adil yargılanma hakkının temelinde bulunan "silahların eşitliği" ve "çekişmeli yargı" ilkeleri kapsamında değerlendirdi. Yargılamada "..görüntüye yüklenen önem ve halkın adil yargılanma güvencelerine karşı

artan duyarlılığı ışığında başvurucuya, kamu adına görev yapan savcılığın mütalaasını yanıtlama olanağının sağlanmamasını, Sözleşmenin 6/1.maddesinin ihlali olarak niteledi.

Kararın gerekçesine, özellikle Başsavcının Yargıtay yargıçlarının karar vermeden önceki müzakerelerine katılmasının savunma ile iddia arasındaki eşitsizliği arttırması nedeniyle silahlarda eşitlik ilkesi bakımından adil yargılanma hakkının ihlali olduğu..."belirtildi.

Böylece, Delcourt/Belçika kararının sakıncaları, yine Belçika uygulamalarından kaynaklanan bir uyuşmazlık nedeniyle büyük ölçüde giderilmiş oluyordu.

Aynı konudaki son iki örnek de Türkiye'den geldi. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Incal/Türkiye davasının 25 Şubat 1997 günlü ve 22678/93 sayılı sonuç raporunda, yerel mahkemece verilen hapis cezasının Yargıtay'da duruşma açılmaksızın onanmasına ilişkin Türkiye'deki yerleşik uygulamayı değerlendirdi.

Komisyon raporunda: ..kural olarak ceza ve hukuk davalarındaki yanların, yargıçların verecekleri kararları etkilemek amacıyla bağımsız bir organ tarafından bile olsa, yargıca sunulan tüm kanıt ve görüşleri öğrenmek ve bunları tartışmak olanağına sahip bulunmaları .. " gerektiği belirtildi. "Yargıtay'daki davalarda geçerli olan yargılama yöntemleri (CMUK), Başsavcılık tebliğnamesinin onama ya da bozmaya yönelik etkinliği de göz önünde tutularak, çekişmeli bir yargının varlığından söz edebilmek için, ilgiliye yargılama bitmeden önce yanıtlama hakkının tanınması gerektiği .. " üzerinde duruldu. "Başvuru konusu olayda ise, yerel mahkemenin mahkumiyet kararının onanmasını isteyen Başsavcılık Tebliğnamesine karşı sanığa savunmalarını sunma fırsatının verilmemesi, Sözleşmenin 6/1. maddesi ile güvence altında tutulan ve adil yargılanmanın temel öğelerinden olan karşıt konumdakilerin eşit koşullarda çekişmesi ilkesine aykırı düştüğü" yargısına varıldı.

Strasbourg Yargısı'nın önceki yapılanmasına göre son karar vermek durumunda bulunan AİHM ise, aynı başvuru nedeniyle Devlet Güvenlik Mahkemelerinin yapılanmasını ve TCK 312/2. maddesine dayanan mahkumiyet kararını Sözleşme ihlali olarak nitelendiğinden, diler bir çok başvuruda yaptığı gibi, bu saptamalarla yetinerek, ayrıca "Yargıtay'da izle-

savcılığın  
6/1.mad-

nen yöntemsal süreçle ilgili..." istemlerin karara bağlanmasına gerek görmedi. (4)

gıçlarının  
ile iddia  
bakımın-

AIHM 'nin bu konudaki son değerlendirmeleri de, Mehmet Göç/Türkiye kararında yer aldı. Ulusal yargı önündeki uyuşmazlık 466 sayılı Kanundışı Yakalanan ve Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkındaki Yasaya dayanıyordu. 466 sayılı yasanın 4 maddesine göre, "Mahkeme, Cumhuriyet Savcısının yazılı görüşü üzerine, duruşma yapmaksızın kararını" veriyor. Yargıtay aşamasında ise, CMUK 'nun genel kuralları uygulandığından, dosya üzerinden yürütülen incelemede, son söz Yargıtay Başsavcılığının oluyor.

Belçika  
ik ölçüde

Yasanın öngördüğü özel düzenlemeye göre, tazminat istemini içeren bir uyuşmazlık, adli ya da idari yargıya bırakılmaksızın ceza mahkemelerince incelenip karara bağlanıyor.

n Hakları  
22678/93  
cezasının  
i yerleşik

Başvuru konusu olayda, yakınmacı ve Hazine, karşılıklı ve birbirlerinden habersiz olarak, Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararını temyiz ediyorlar. Temyiz dilekçeleri karşı taraflara gönderilmediği gibi, Yargıtay Ceza Dairesi, Başsavcılığının onama istemli tebliğnamesi doğrultusunda, her iki yanın temyiz istemlerini reddederek yerel mahkeme kararının Onanmasına karar Veriyor.

larındaki  
şimsiz bir  
öğrenmek  
belirtili.  
(CMUK),  
iği de göz  
mek için,  
erektiği ..  
n mahku-  
ine karşı  
6/1. mad-  
elerinden  
ne aykırı

AIHM 'nin 9 Kasım 2000 günlü ve 36590/97 sayılı Göç/Türkiye kararında, bu işleyiş özetle şöyle değerlendirildi:

"Mahkeme, Başsavcının tebliğname içeriğinin dikkate alınıp başvuru-  
rucuya tebliğnameye karşı farklı bir görüş sunma olanağının sağlanma-  
masını, hak ihlali olarak değerlendirmiştir. Hızlı bir süreç içerisinde çabuk  
sonuçlandırılması amaçlanan davalarda, ulusal yargı lama düzeninin bağım-  
sız bir üyesince ileri sürülmüş bile olsa (örneğin Cumhuriyet Başsavcısı  
gibi) adil yargılanma hakkı, İlkesel olarak hukuk ya da ceza yargı lamasının  
yanlarına, sunulan tüm görüşler ve gösterilen tüm kanıtlar hakkında bilgi  
sahibi olma ve yorumda bulunma olanağının verilmesini amaçlamaktadır.  
"

nek duru-  
Güvenlik  
dayanılan  
er bir çok  
y'da izle-

Başvurucunun temyiz itirazlarının reddini isteyen "Cumhuriyet  
Başsavcısının hazinenin de temyiz isteklerinin reddi yolunda öneride  
bulunduğu bir gerçektir. Bu yansız yaklaşım, yerel mahkemece belirlenen

tazminatı yetersiz bulan başvurunun davasının Yargıtay aşamasında devam etmekte olduğu bir sırada, yanların silahlarının eşitlenmesi sonucunu getirmiştir.

Aslında başvurunun ulusal mahkemeler önünde duruşma hakkına sahip olmadığı dikkate alınacak olursa, bu tür bir mütalaanın kendisine iletilmesi, adil yargılanmanın doğal gereğidir.

Açıklanan nedenlerle başvuru, Yargıtay önündeki yargılamada, başarı olanaklarını zayıflatacak her tür sunumdan bilgi edinmek hakkına sahiptir. Bu nedenlerle Cumhuriyet Başsavcısı'nın Yargıtay'a sunduğu tebliğnamesinin başvurucuya tebliğ edilmemesi, Sözleşmenin 6/1. maddesinin ihlalidir." - (5)

Tebliğname konusunda ihlali saptayan AIHM 4. Daire, 466 sayılı yasaya göre tazminat istemlerinin yüz yüze ve sözel yargılama yapılmaksızın dosya üzerinden sonuçlandırılmasının Sözleşmenin 6. maddesine aykırı düştüğüne ilişkin başvuru istemleri konusunda bir karar verilmesine gerek görmedi.

4. Daire'nin Kararı Sözleşmenin 73. maddesi doğrultusunda incelenmeye değer bulunan tarafların itirazlarının bir karara bağlanması için Büyük Kurul önüne getirildi.

Büyük Kurul, duruşmalı yapılan incelemeden sonra, 11.7.2002 günü açıkladığı kararında, 466 sayılı yasanın duruşma yasağı koymasını, temyiz edilen davalarda başsavcılık tebliğnamesinin taraflara tebliğ olunmamasını oyçokluğu ile Sözleşmenin 6.maddesine aykırı buldu. Böylece "silahların eşitliği" konusu, Türkiye Uygulamalarından kaynaklanan bir kararın temyizi sonucunda Büyük Kurulun kararı ile, Avrupa içtihadına dönüşmüş oldu.

## V SONUÇ VE ÖNERİLER

Avrupa Konseyine üye ülkeler, Sözleşmenin 46. maddesi uyarınca, AIHM 'nin kendileriyle ilgili kararlarını uygulamakla yükümlü bulunuyorlar. Kararların ulusal hukuktaki etkileri, başvuru sahiplerinin karşılanmasıyla sınırlı kalmıyor. Çözüme bağlanan sorun ulusal yasaların Sözleşme 'ye aykırılığından ileri gelmişse, böyle durumlarda yasaların da yenilenerek Sözleşmeye uyarlanması gerekiyor AIHM 'nin kararlarından yalnız Türkiye ile ilgili olanlarının değil, tüm kararların ulusal hukukla

şamasında  
nesi sonu-

cına sahip  
e iletilme-

da, başarı  
a sahiptir.  
şu tebliğ-  
maddesinin

lı yasaya  
lmaksızın  
ine aykırı  
erilmesine

elenmeye  
in Büyük

günü açık-  
u, temyiz  
mamasını  
"silahların  
arın temy-  
müş oldu.

ca, AİHM  
unuyorlar.  
ı karşılan-  
Sözleşme  
enilenerek  
an yalnız  
hukukla

karşılaştırılarak, gelecekte benzer uyuşmazlıklar içerisine düşmemek için, yasaların ivedilikle gözden geçirilmesi zorunluluk taşıyor.(6)

Göç Türkiye Davası sonuçlarının ulusal hukuka yansımaları, IV. Uyum Paketi adıyla da anılan 11 Ocak 2003 günlü ve 4778 sayılı yasanın 316. maddesine eklenen "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca düzenlenen tebliğname taraflara ilgili dairece tebliğ olunur." tümcesi ile kısmen sağlanmış oldu. Ancak yasayı uygulayacak olanların bilgisi dışında gerçekleşen değişimin ardından gelen tepki ve eleştiriler, günlük basından yargının zirvesine kadar, birçok kişinin güncel, gelişmeleri izlemekte yetersiz kalabildikleri gerçeğini gözler önüne serdi.(7)

Yöntem yasaları hızla değiştirilmelidir. Bu konudaki çalışmaların özellikle aşağıda değinilecek yasalar üzerinde yoğunlaştırılması ulusal hukukun demokratikleşmesini sağlamakla birlikte, uluslararası düzlemde yeni yeni sorunlarla karşılaşılması olasılığını önemli ölçüde azaltabilecektir.

#### a) CMUK ve 466 sayılı Yasa Değişimi

Göç florkiye davası Büyük Kurul Kararı nedeniyle ulusal hukukta yapılacak dejiyimler, CMUK 316. madde ile sınırlanılmalldır.

CMUK 'nun 319. maddesine yeni bir paragraf eklenerek, Yargıtay da duruşma, açılmayan temyiz istemlerinin nasıl incelenip sonuca götürüleceği ayrıntılı biçimde düzenlenmelidir.

Yukarıdaki önerilerimiz, 466 sayılı yasaya göre verilen tazminat kararlarının temyizi aşaması için de geçerlidir. Ayrıca 466 sayılı yasaya göre yürütülen inceleme sırasında en az bir kez duruşma açılması yoluyla "yüzyüze" yargılamanın gerçekleşmesi, AİHS 'nin 6/1. maddesinde öngörülen "vicahilik" koşuluna uygun düşecektir.

#### b)İdari Yargılama Yöntemlerinde Gereken Değişimler

AİHS 'nin 6. maddesinin 1. bendinde korunan haklar ".. medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili .." uyuşmazlıklar için de geçerlidir.

AİHM, Sözleşmeyi yorumlarken, kendisini ulusal tanımlar ve yargısal yapılanmalarla sınırlanamamaktadır. Davaların ve davalarda tartışılan Hakların niteliğine bakmaktadır.

Türkiye'de geçerli olan adli ve idari yargı ayrımı, AİHM 'nin, Sözleşmenin 6. maddesinin 1. bendine göre yürüttüğü denetim sırasında dava türlerini

belirleyecek bir ölçüt olarak benimsenmeyecektir. "Bireyler arasındaki, yahut özel kişi ile özel hukuka tabi kamu tüzel kişileri arasındaki, özel hukuk ilişki ve nizalarının, medeni hak ve vecibelerle ilgili nizalar olduğu kuşkusuzdur. Asıl tereddüt ve güçlük kamu hukukundan kaynaklanıp bireyi etkileyen tasarruf ve işlemler konusunda belirmiştir... Divan (AIHM) içti-hadında, bir özel tasarrufun geçerlik için idarenin izin ya da denetime tabi tutulmuş bulunması, bu tasarruftun özünü, yani medeni hak niteliğini odadan 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 araştırılmak-ta ve böylece bir sonuca varılmaktadır.

Kısaca özetlersek, Danıştay da ve idare mahkemelerinde görülen davaların çok büyük bir bölümü de, doğrudan doğruya "medeni hak ve yükümlülük-lerle ilgili" uyuşmazlıklardan oluşmaktadır.

Dosyaya sunulan kararı etkileyebilecek tüm bilgilere ulaşmak, bağımsız bir kamu organından da gelse yargıçları yönlendirmeyi amaçlayan önerileri yanıtlama olanağına sahip olmak, idari yargıda görülen "...medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklarda." tarafların ve özellikle davacıların, Sözleşmenin 6/1. maddesinin güvencesi altında bulunan Hakları arasında yer almaktadır.

Konuya bu açıdan bakıldığında, Danıştay da ilk ve son derece mahkemesi olarak duruşmasız incelenen davalarda 2575 sayılı yasanın 60/1, 61/1 ve 3 maddeleri uyarınca Danıştay Başsavcısı'nın ve savcılarının Mahkemeye sun-dukları istemlerinin, 62/1.maddeye göre tetkik hakimlerinin görüşlerinin, yanıtlayabilmeleri için uygun bir süre belirlenerek taraflara gönderilmeme-si, Sözleşmenin 6/1 maddesindeki güvencelerle bağdaşmamaktadır.

İdari yargılama yasaları, mahkemelerin kendiliğinden kanıt toplamalarını olanaklı kılmaktadır. Bu doğaldır, ancak mahkemelerce elde edilen kanıt-ların davanın yanlarıncı bilinip tartışılmadan kararlara dayanarak yapıl-ması, adil yargılanma ilkesine aykırıdır.

2575 sayılı yasanın 61/2., 49/1. ve 2577 sayılı yasanın 20/1. maddeleri uyarınca mahkemelerce getirtilen bilgi ve belgelerin davanın yanlarıncı değerlendirilmesi sağlanmadan mahkemelerce kanıt olarak kabulü, "yargılamada silahların eşitliği" ilkesine ve yukarıda özetlediğimiz AIHM 'nin örnek kararlarına uygun düşmemektedir.2575 ve 2577 sayılı yasaların

değiştirilmesi yoluyla bu sakıncaların da giderilmesi gerekmektedir.

#### c) Uygulamaya Dönük öneriler

"AIHM ile devletler arasında çelişkili bir ilişkiler yumağı vardır. Sözleşmedeki hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlamak, öncelikle devletlerin sorumluluğudur. Birçok devletin sözleşmeyi imzalarken ya da onaylarken koyduğu çekinceler yanında, Sözleşme'nin uygulamasında da ulusal makamların, değişik ölçülerde de olsa belirli bir isteksizlik sergiledikleri görülmektedir. Bu isteksizlik kimi zaman sözleşme maddelerinin ve AIHM kararlarının ulusal makamlarca dikkate alınmaması, kimi zaman ulusal yasalara öncelik verilmesi, kimi zaman da kararların uygulanmasındaki gecikmeler şeklinde ortaya çıkmaktadır. Oysa, bir insan haklarını koruma mekanizması yaratmanın altında yatan temel düşüncenin ortak standartlar üzerinde bir anlaşma sağlamak olduğu kuşkusuzdur."(9)

AIHM kararlarının önemi, Türkiye'de de kısa sürede anlaşılammamaktadır. Kararlar, yasama, yürütme ve yargı organları açısından bağlayıcı nitelik taşımaktadır. Ancak ulusal yasalarda hiç değinilmeyen ya da farklı düzenlemeler içeren konularda Mahkemenin Türkiye uygulamalarını yorumlayan kararlarının yargı organlarınca nasıl değerlendirileceği sorunu belirsizliliği korumaktadır.

Uyumlu bir işlerlik sağlanabilmesi için uyum paketleri birbirini izlemekte, başta anayasa olmak üzere ilgili yasalarda değişiklikler yapılmaktadır. Siyasal iktidarların değişmesine karşın yasama organının çağdaş hukuka yönelik çalışmaları, gerçekleştirilen yasal yenilikler toplumun diğer kesimlerince de, Türkiye'nin İnsan Hakları doğrultusundaki kararlılığı olarak algılanmalıdır. Bu yasaların içini doldurmak, özellikle yargının görevi olmaktadır.

Yargı, çağdaş yorumlarla hukuk Üretiminde yasama ve yürütmeye yol gösterecek canlı ve devingen bir birikimin odağında yer almaktadır. Yaşamın her titreşimi, yargıya yansımaktadır.

Anayasanın 138. maddesinde bağımsızlıkları vurgulanan yargıçların, "Anayasaya kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre." karar verecekleri belirtilmiştir.

Anayasa ve yasaların hiç değinmediği, hele açık yasaklar koymadığı alan-

larda, "hukuka uygunluk ölçüttür, adil yargılanma ilkeleri doğrultusunda geliştirilecek demokratik ve çağdaş yorumlara elverişli bir düzenlemedir. Yasalarda beklenen değişimler gerçekleşmese bile, yargının gücünsün, evrensel hukukun vazgeçilemeyecek temel ilkelerini birçok alanda Türkiye'ye kazandırmaya yeterli geleceğine inanıyorum.

öğrultusunda  
zenlemedir.  
n gücünsün,  
çok alanda

## YENİ BİR BAYILIK TURU "FRANCHİSİNG"

Av.Nevzat Kozluca

"Bir ürün yada hizmet üzerinde imtiyaz hakkı olan özel ya da tüzel kişinin bir başka üretici ya da tacire bu ürün veya hizmeti belirli bölge ve süre ile sınırlı olmak üzere üretmek yada satmak hakkını bir bedel karşılığında vermesidir."(1)

Yapılan "franchising sözleşmesi"ile marka ve patent sahibi bir kişi (franchise veren-franchisör),kendi belirlediği işletme yöntemleri doğrultusunda sahibi bulunduğu hizmet veya ürünün bir başka kişi (franchise alan) tarafından belirlenen bölgede ,belirlenen süre ile sunumuna ,üretilmesine olanak tanır. Görüldüğü üzere burada belirleyici olan "franchisör" dür. Yıllara dayalı deneyim ,isim yapmış bir ürün sahibi olarak,imtiyaz verdiği bölgede aynı koşullarda orijinal olarak hizmet veya ürünü sunmaktadır. "franchise alan" bağımsız bir işletmeci olarak kendisine sağlanan bu olanak karşısında 3 tür ödeme yapar. İsim hakkı veya imtiyaz hakkı olarak "giriş bedeli" öncelikli olarak ve sadece bir kez sözleşmenin yapılması ile birlikte ödenir. Bundan sonra sözleşme süresince aylık veya yıllık olarak ciro üzerinden (% 5-10 arası) "lisans bedeli" ödenir. Bir de ,bu hizmetin sunumunda kullanılması "franchise veren" tarafından zorunlu kılınca araç ve gereçin satışından elde edilen "malzeme bedeli" vardır.

Bu sözleşme ile "franchise veren",kendi ürün veya hizmetini "franchise alan"ın kullanımına sunma ve bunlardan yararlanmasını sağlama ,aynı bölgede bir başkasına bu hakkı vermeme gibi yükümlülükler üstlenmektedir."Franchise alan"ise belirlenen ücretleri ödeme ,saptanmış işletme yöntemlerini ve malzemelerini kullanma,hizmet veya ürünü pazarlama ,dağıtma "franchisör"ün menfaatlerini gözetme sadakat borcu bulunmaktadır.(2)

Borçlar ve ticaret hukukumuzda yer almayan bu sözleşme türü ,şube ,acente , komisyoncu ,vekil ve bayilik benzeri olmakla birlikte yukarıda sıralanan özellikleri nedeniyle ayrı bir bağıttır. Uluslararası boyutuyla ülkemizde ilk olarak 1986 yılında Mc Donaltds firmasıyla girmiştir. Bunu takiben ,otelcilik ,bilgisayar ,eğitim,sağlık ,dağıtım ,reklam ve daha birçok alanda bu tür sözleşmeler akdedilerek yabancı ürün ve hizmetlerin ülkemizde üretimi pazarlaması ve dağıtımını gerçekleştirmiştir. Ancak uluslararası sözleşmelerin ,Hazine Dış Ticaret Müsteşarlığına bağlı YSGM(Yabancı Sermaye Genel Müd.) tarafından onayı gerekmektedir. Bu onayın yasal dayanağı 1986/10353 sayılı kararname ve buna bağlı olarak çıkarılan 1986/1 nolu tebliğdir. Buna göre YSGM işin sadece ekonomik boyutuna

dikkate alır ve sözleşmenin istihdam yaratması ,kaliteli mal ve hizmet sunması ve rekabeti artırmasını gözetir.

Ulusal düzeyde akdedilen sözleşmelerin yazılı olması yeterlidir. Sözleşmelerde Şu hususların bulunması gerekmektedir.(3)

- 1-Franchisör'a Tanınan Haklar : Franchise alanın kayıtlarını inceleme ,işyerlerini kontrol etme, hizmeti denetleme ve sözleşmenin bitiminden itibaren bir süre rekabet yasağı koyma vb.
- 2-Franchise Alana Tanınan Haklar: Kullanılacak olan isim ,marka ticaret unvanı bekirler.
- 3-Franchise Alana Verilecek Destek: Yönetici ve çalışanların eğitimi ,kullanılacak araç ,gereç ve malzemelerin verilmesi, dekorasyon ,pazarlama desteği ,reklam kampanyaları, işletme sistemleri vb.
- 4- Sözleşme süresi: Genellikle 10-20 yıl arasındır.
- 5- Faaliyet süresi: Coğrafi bölge net olarak belirlenir.
- 6- Franchise Bedeli:Çeşitli ödemelerin biçim ,tarih ve miktar olarak yazılması gereklidir.

"Franchising" çok çeşitli alanlarda uygulanabilmekte ve her iki taraf için kazanç sağlamaktadır."Franchise" veren açısından ürününü fazla bir yatırım yapmadan değişik bölgelerde üretme ve pazarlama olanağı sunarken ,franchise alan' için belli bir bedel karşılığında tanınmış bir markayı satarak uzun yıllar gereken müşteri edinme ve tanınma gayreti olmaksızın ticaret yapabilmektedir.KOBİ'ler (Küçük Orta Büyüklükte İşletmeler) için sayısız olanaklar sunan bu yöntemin bölge ekonomilerine de büyük katkıları olmaktadır. Ürün ve hizmetin tüketiciye en etkin şekilde ulaşmasını sağlayan "franchising" i komşu ilimiz Afyon'dan bir örnek vererek çok daha belirgin biçimde anlatalım. Bildiğimiz üzere Afyon'da "ikbal" tesisleri mevcuttur. Gıda konusunda marka olan "ikbal" firması ile koç grubu arasında "franchising sözleşmesi" akdedilmiş ve Koç'a ait Opet akaryakıt istasyonlarında "İkbal" büfeleri açılması kararlaştırılmıştır. Böylece ,deneyim ve uzmanlık gerektiren bir hizmetin yurdun birçok yerinde tüketiciye sunulması imkanı doğmuştur. Keza ,15-20 bin dolar tutarında "isim hakkı" ödenmek suretiyle İstanbul'da 40'dan fazla "ikbal" açılmış, buralarda satılan sucuk ,et döner,kaymak vb. gibi ürünler ,Afyonda çeşitli imalathanelerde üretilerek bu ilimize yılda 15 milyon dolar girdi sağlamıştır.(4)

Hukukumuzda girmesi kaçınılmaz olan bu sözleşmenin uygulamada yaygın olarak kullanılmaya başladığını ve bu nedenle hukuk çevrelerinde

izmet sun-  
yeterlidir.

leme ,iřy-  
en itibaren

rka ticaret

řitimi ,kul-  
,pazarlama

arak yazıl-

er iki taraf  
ü fazla bir  
a olanağı  
nınmış bir  
ma gayreti  
lükte řřlet-  
nilerine de  
kin şekilde  
örnek ver-  
Afyon'da  
firması ile  
'a ait Opet  
ştırılmıştır.  
dun birçok  
bin dolar  
zla "ikbal"  
r ,Afyonda  
dolar girdi

uygulamada  
evrelerinde

U DERGİSİ

yakından tanınması gerektiğini düşünüyorum. Çeşitli alanların çeşitli özel-  
likleri bulunmakla beraber çizmeye çalıştığım hukuksal çerçevede genel bir  
görüş oluşturmaya ve sunmaya çalıştım.

Av. Nevzat KOZLUCA  
Osmangazi Üniversitesi  
Hukuk Müřaviri

**6.Madde****\*Nuala Mole ve Catharina Harby****Adil yargılanma hakkı**

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

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

3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

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

Yukarıdakilerden görülebildiği gibi, bireyin medeni hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi veya suçlanması durumunda 6. Madde açık ve adil yargılama hakkını teminat altına alır. AİHM ve daha önceleri Komisyon bu hükmü, demokrasinin işleyişinde temel öneme sahip olmasına dayanarak geniş anlamıyla yorumlamışlardır. Delcourt Belçika'ya karşı davasında, AİHM'nin kararında şöyle denmiştir:

Demokratik bir toplumda, Sözleşme anlamı kapsamında, adil bir adalet

idaresi hakkı o denli önemli bir yere sahiptir ki 6. Madde (1)'in kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanması bu hükmün amaç ve hedefine uygun düşmez.

6. Maddenin birinci paragrafı hem medeni hem de ceza yargılamalarına uygulanır, ancak ikinci ve üçüncü paragrafların sadece ceza davalarına uygulanabileceği belirtilmiştir. Ancak, bu kitapçıkta daha sonra açıklanacağı gibi, belirli şartlarda bu paragraflar medeni yargılamalara da uygulanabilir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin tüm maddelerinde olduğu gibi, 6. Madde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarında yorumlanmıştır. Bu içtihatlarda Sözleşmede tanınan hakların içeriği tanımlanır; ve bu kitapçıkta Komisyon ile AIHM'nin kararları tartışılmakta ve incelenmektedir. Bu aşamada 6. Maddenin içtihatlarına ilişkin bir uyarıda bulunalım. Tüm iç hukuk yolları tüketilmeden AIHM hiçbir başvuruyu kabul edilir bulmadığına göre, 6. Maddenin ihlâli iddiasındaki tüm davalar Strazburg'a ulaşmadan önce en yüksek ulusal mahkemeye varmış olacaktır. AIHM sıkça 6. Maddeye ilişkin hiçbir ihlâl bulmaz, çünkü yargılamanın "bir bütün olarak" adil olduğu kanaatine varır, zira yüksek mahkeme zaten daha alt seviyedeki mahkemenin hatalarını düzeltmiştir. Dolayısıyla, daha alt mahkemelerdeki yargıçlar da yanlış bir kanıya kapılarak, belli bir yargılama hatasının Strazburg'daki organlar tarafından, bir yüksek mahkemece düzeltildiği için, Sözleşme ihlâli olarak nitelendirilmemesini Sözleşme standartlarına uygun davranıldığı gibi algılayabilirler. Oysa, alt mahkemedeki görevli yargıç baktığı davalarda 6. Maddeye uygunluğu sağlamakla yükümlüdür ve hataların bir üst mahkeme tarafından düzeltilebileceği ihtimaline güvenmemelidir.

## 2. Yargıcın sorumluluğu nedir?

Aşağıdaki şema duruşmaya başkanlık eden tüm yargıçların 6. Madde kapsamındaki bütün garantilerin sağlanmasını temin etmelerinde yararlı olacaktır. Tüm yargıçlar duruşmanın başında bu garantilerin korunmasını sağlamaktan sorumlu olduklarını kendilerine hatırlatmalı ve sonuçta bu görevi yerine getirip getirmediğini kontrol etmelidir. Aşağıda yargıcın sorumluluklarına bazı örnekler bulunmaktadır, bunların ayrıntıları daha sonra ele alınacaktır. Ancak, bu konu tüm kitapçık okunurken daima akılda bulundurulmalıdır, zira yargıçlar burada söz konusu edilen tüm konulardan sorumludur.

Özellikle ceza davalarında, yargıç sanığın vekillerince yeterli şekilde temsil edilmesini sağlamakla sorumludur. Yargıcın bir sorumluluğu da muhtaç sanıklar için doğru hükümleri uygulamaktır. Yargıç eğer yasal temsilciye gerek olduğu halde, dava vekili bulunmadığını düşünürse davanın görülme-

sine devam etmeyi reddedebilir.

Yargıç silahların eşitliği ilkesinin uygulanmasını sağlamakla sorumludur, bunun anlamı da tüm taraflara savlarını sunmak için makul imkânlar verilmesi, bir tarafın diğeri karşısında önemli bir dezavantaj yaşamamasının önlenmesidir. Krçmâr ve diğçerleri Çek Cumhuriyetine karşı davasında AİHM şöyle demiştir:

Yargılanmanın tarafına mahkeme önünde kanıtlara aşinalık kazanacak, mevcudiyetlerine,, içeriklerine ve hakikiliklerine ilişkin görüşünü gerektiği takdirde yazılı ve önceden bildirebilecek olanak, şekil ve zaman açısından uygun bir biçimde sağlanmalıdır.

Bir diğçer konu da savcılık makamı duruşmaya gelmezse yargıcın sorumluluğunun ne olduğudur. Eğer yargıç davada sadece savcılığın dosyasındaki bilgilere dayanarak bir karara varırsa, bu doğrudan Sözleşmenin ihlâli olmaz, ancak yetersiz bir uygulamadır ve aşğıdaki sorunlara yol açabilir:

Örneğın, savunmaya dosyanın tüm bölümlerini görme fırsatı tanındı mı? Yargıç, sanığın hakkındaki tüm suçlamalardan ayrıntılı olarak bilgilendirilmesini temin etmek zorundadır. Yargıç ayrıca savunmaya savcılık dosyasından hangi sonuçlara vardığını da bildirmelidir. Özellikle bunlar kararlaştırmada önem taşıyorlarsa, bu çıkarsamalara ilişkin iddiaların sunulması için fırsat tanınması açısından mutlaka bildirilmelidirler. Pélissier ve Sassi Fransa'ya karşı davası buna örnektir. Bu davada başvuru- cular "hileli iflas" suçunu işlemekle suçlanıyordu. Ceza mahkemesindeki iddialar bu suçla sınırlıydı ve savcılığın Temyiz Mahkemesine yaptığı başvuruda, hiçbir adli yetkili başvuru- cuları hileli iflasa "yardım ve yatak- lık" ile suçlamamıştı.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi başvuru- cuların hileli iflasa yardım ve yataklık kararının Temyiz Mahkemesi tarafından bozulabileceğini bilmediklerini tespit etti. Ayrıca, hileli iflasa yardım ve yataklık suçunun, hileli iflas suçu ile arasındaki farkın hükümet tarafından öne sürüldüğü gibi katılım derecesinden ibaret olmadığına, aralarında daha fazla farklılık bulunduğuna dikkati çekti. AİHM vardığı sonuçta, yetkisi kapsamında tartışmasız hakkını kullanarak gerçekleri tekrar tanımlayan Temyiz Mahkemesinin, başvuru- culara bu konuda etkin ve pratik bir şekilde ve özel- likle yeterli süre zarfında savunma hakkı imkânını kullandırması gerektiği- ni belirtmiştir.

Dolayısıyla, AİHM Sözleşmenin 6. Madde (3) a ve b fıkralarının (suçlama hakkında yeterli şekilde bilgilendirilmek hakkı ve savunma hazırlamak için yeterli zaman ve olanağa sahip olma hakkı) ihlâl edildiğini bulmuş, bunu da 6. Madde (1) kapsamında tanımlanan genel adil yargılanma hakkı ile bağ-

sorumludur,  
ikânlar ver-  
aşamasının  
davasında

kazanacak,  
nî gerektiği  
n açısından

ın sorumlu-  
osyasındaki  
nenin ihlâlî  
ol açabilir:  
tanındı mı?  
olarak bil-  
aya savcılık  
likle bunlar  
ı iddiaların  
lmelidirler.  
da başvuru-  
emesindeki  
sine yaptığı  
n ve yatak-

yardım ve  
abileceğini  
ık suçunun,  
öldüğü gibi  
la farklılık  
kapsamında  
an Temyiz  
lde ve özel-  
sı gerektiği-

ın (suçlama  
ırlamak için  
uş, bunu da  
kkı ile bağ-

daştırmıştır.

Yargıcın sorumluluklarına ilişkin olarak doğabilecek bir başka mesele duruşma öncesi tutuklu bulunan bir sanık kötü muamele görmüş gibi görünüyorsa yapılması gerekenlerdir. AİHM tarafından belirtildiği üzere bir birey polis veya devletin diğer güçleri tarafından ciddi şekilde kötü muameleye tabi tutulduğuna dair bir iddiada bulunursa, 1. Madde kapsamındaki Devletin yetki sahasında bulunan herkesin Sözleşmeden doğan hak ve özgürlüklerini teminat altına almak genel görevi ile bağdaştırılarak okunan 3. Madde uyarınca etkin bir resmi soruşturma gerektiği görülür. Bu soruşturma, sonucunda sorumluların belirlenebileceği ve cezalandırılabilceği nitelikte olmalıdır. Böyle yapılmadığı takdirde, temel önemi haiz bir konu olan işkencenin yasaklanması uygulamada etkisiz kalacak ve Devlet güçleri kendi kontrollerindekilerin haklarını zımni bir dokunulmazlıkla ihlâl edebileceklerdir. Ayrıca, Selmouni Fransa'ya karşı, davasında, AİHM bir bireyin gözaltına alınırken sağlıklı olduğu ancak salıverildiğinde yaralı bulunduğu durumda, Devletin bu yaraların nasıl oluştuğuna ilişkin inandırıcı bir açıklama getirme sorumluluğu olduğunu belirtmiştir. Böylesine bir açıklama yapılmadığı takdirde, 3. Madde kapsamına giren sarıh bir konu doğar. Bu konu çerçevesinde, İşkence ve diğer Zalimce, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezalara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi gibi diğer uluslararası araçlar da akılda bulundurulmalıdır. Sözleşme uyarınca, diğer yükümlülüklerin yanı sıra her bir Devlet kendi yetki sahasındaki topraklarda işkence uygulamalarını önlemek için gereken tüm etkin yasal, idari, adli ve sair önlemleri almalıdır. Bu madde hiçbir zaman askıya alınamaz.

Yargıç kanıtların kabul edilebilirliğine karar verme sorumluluğuna sahiptir. Bu noktada yargıç, Ceza Muhakemesi Usulü Kanununu Sözleşmenin içti-hadı ile tutarlı bir şekilde uygulamalıdır. Polis muhbirlerinin ya da "kışkırtıcıların" kullanımına olduğu kadar devlet güvenliği adına bilginin gizlenmesi gibi konulara da özenle yaklaşılmalıdır.

Yargıç çeviri için yeterli koşulların sağlanmasından sorumludur.

Yargıç masumiyet karinesini korumak görevini yerine getirmek amacıyla basında aksine yayınları önlemek için uygun bir emir çıkarabilir. Ancak, basını tamamen yasaklamak yerine, yargıç basının neyi haber yapıp neyi yapamayacağını açıklığa kavuşturmalıdır. Son olarak, yargıcın kararın uygulanmasına ilişkin sorumluluğu da olabilir. Devlet kararların uygulanmasını sağlamakla sorumludur. Eğer adli sistemde başka bir yetkiliye bu sorumluluk verilmemişse, bu yargıcın sorumluluğuna girer.

### 3. Yargılamanın hangi aşamasında 6. Madde uygulanır?

6. Madde kapsamındaki garantiler sadece mahkemedeki yargılama sürecine uygulanmaz, bu süreçten önce ve sonraki aşamalarda da uygulanır. Ceza davalarında, garantiler polis tarafından gerçekleştirilen duruşma öncesi soruşturmaları da kapsar. AİHM İmbrosia İsviçre'ye karşı davasında makul süre garantisinin bir itham olduğu anda başladığına, dolayısıyla da bir dava duruşma aşamasına getirilmeden önce, özellikle de bunlara uymaktaki ilk eksiklik nedeniyle yargılanmanın adillğine ciddi bir önyargı oluşabilecekse 6. Maddenin - özellikle 3. paragrafının - şartlarının geçerli olacağını belirtmiştir.

AİHM de Sözleşmenin 8. Maddesine ilişkin davalarda - aile hayatı hakkı - yargılamanın idari aşamalarında da 6. Maddenin uygulanacağını kararlaştırmıştır.

6. Madde temyiz hakkı sağlamaz. Ancak, bu hak ceza davalarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7 No.lu Protokolünün 2. Maddesi ile tanınmıştır.

Her ne kadar 6. Madde temyiz hakkı sağlamasa da, AİHM içtihadında bir Devlet eğer kendi iç hukukunda böylesine bir temyiz hakkı tanırsa, bu yargılamaların 6. Maddede bulunan garantilerin kapsamında olduğu belirtilir. Ancak, garantilerin nasıl uygulanacağı bu tür yargılamaların özelliklerine göre düzenlenmelidir. AİHM'nin içtihadına göre, iç hukukun yasal sıralaması uyarınca yürütülen yargılamalar bir bütün olarak ele alınırken, temyiz merciinin yasal görevleri ve uygulamaları ile yetkileri ve ilgili tarafların menfaatlerinin ne kadar temsil edildiği ve korunduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Dolayısıyla, belirli türde bir temyiz veya itirazların ele alınış şekliyle ilgili bir hak bulunmamaktadır.

AİHM ayrıca 6. Maddenin anayasa mahkemesinde görülen davalara da, eğer dava sonucu doğrudan bir medeni hak ya da yükümlülük konusunda belirleyici özellik taşıyorsa, uygulanacağını belirtmiştir.

6. Madde ayrıca bir kararın infazı gibi duruşma sonrası uygulamaları da kapsar. AİHM Hornsby Yunanistan'a karşı davasında, eğer Sözleşmeye taraf Devletin yasal sistemi nihai, bağlayıcı bir kararın taraflardan birinin aleyhine işletilmeden kalmasına müsaade ediyorsa 6. Madde kapsamındaki mahkeme hakkının hayali olmaktan öteye geçemeyeceği belirtilmiştir.

6. Maddenin yargılamayı bir bütün olarak kapsadığı kesindir. Yasa koyucu tarafından yargılamanın sonucunu değiştirecek nitelikte bir yasanın yürürlüğe koyulmasıyla yapılan müdahalenin silahların eşitliği ilkesini ihlâl edebileceği AİHM tarafından belirtilmiştir.

#### **4. Medeni hak ve yükümlülükler nelerdir?**

na sürecine  
nır.

uşma önce-  
ı davasında  
layısıyla da  
de bunlara  
bir önyargı  
ının geçerli

yatı hakkı -  
ğını karar-

nda Avrupa  
si ile tanın-

hadında bir  
tanırsa, bu  
duğu belir-  
rın özellik-  
ukun yasal  
e alınırken,  
ri ve ilgili  
göz önünde  
razların ele

avalara da,  
konusunda

lamaları da  
şözleşmeye  
dan birinin  
apsamında-  
rtilmiştir.  
asa koyucu  
anın yürür-  
ı ihlâl ede-

6. Madde medeni hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesinde herkesin adil duruşma hakkını garanti eder. Bu maddenin yazılışından açıkça anlaşılacağı üzere, bu madde bireyin taraf olabileceği tüm yargılamaları kapsamaz, sadece medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili olanlarla sınırlıdır. Dolayısıyla, bu tümcenin anlamının belirlenmesi önem taşır. Medeni hak ve yükümlülüklerin neler olduğuna ilişkin AİHM ve Komisyon tarafından oluşturulmuş yüklü bir içtihat vardır. Bu tümcenin Sözleşme organlarınca yorumlanması ilerici özelliktedir. Eskiden 6. Madde kapsamı dışında düşünülen sosyal güvenlik hakkı gibi konular artık genel anlamıyla medeni hak ve yükümlülükler olarak nitelendirilen kapsamın içine alınmıştır.

AİHM medeni haklar ve yükümlülükler kavramının özerk olduğunu ve sadece davalı Devletin iç hukukuna gönderme yaparak yorumlanamayacağını açıklığa kavuşturmuştur. Ancak, AİHM özel hukuk ile kamu hukuku arasındaki farkın dışında bu tümce için bir soyut tanım oluşturmaktan kaçınmıştır. Bunun yerine, AİHM her davayı kendi içindeki gerçeklere göre değerlendirmiştir.

Gene de, AİHM'nin içtihadından çıkarılabilecek bazı genel kurallar vardır. Öncelikle, bir davanın bir medeni hakkın belirlenmesine ilişkin olup olmadığının değerlendirilmesinde, sadece söz konusu hakkın özellikleri ele alınır. AİHM'nin Ringeisen Avusturya'ya karşı davasında belirttiği gibi:

Konunun kararlaştırılmasında belirleyici olan yasanın türü (medeni, ticari, idari hukuk, vs.) ve konunun çözümlenmesinde yetkili kılınan merciin (normal mahkeme, idari kurul, vs) özellikleri pek de belirleyici sayılmaz.

Bundan hareketle, söz konusu hak ya da yükümlülüğün iç hukuktaki özellikleri belirleyici değildir. Bu kural özellikle bir birey ile devlet arasındaki ilişkileri konu alan davalarda önem kazanır. Böyle bir durumda, AİHM söz konusu yetkili kamu merciinin özel bir şahıs olarak mı hareket ettiğinin yoksa egemen yetkisini mi kullandığının sonucu etkilemeyeceğini belirtmiştir. 6. Maddenin uygulanabilirliğinin belirlenmesindeki kilit nokta yargılama sonucunun özel hukuk hak ve yükümlülükleri için belirleyici olup olmadığıdır.

İkinci olarak, hakkın doğasına ilişkin Avrupa'da aynı olan bir kavram göz önünde bulundurulmalıdır.

Üçüncü olarak, AİHM bu medeni haklar ve yükümlülükler kavramının özerk olduğunu belirtse de, ilgili Devletin yasaları önemsiz değildir. AİHM König Federal Almanya Cumhuriyeti'ne karşı davasında şöyle demiştir:

Bir hakkın Sözleşmede ifade edildiği anlamıyla medeni olarak görülüp

görülmeyeceği, söz konusu hakkın ilgili Devletin iç hukukundaki yasal sınıflandırılmasına göre değil, esasa ilişkin içeriği ve etkilerine göndermeyle belirlenmelidir.

AİHM, Osman Birleşik Krallığa karşı davasında ulusal hukukta genel bir hak mevcut ise, mahkemeler bu hakkı belirli bir davada tanımayı reddettiğinde, Sözleşme tarafı Devletin 6. Maddedeki adil yargılama garantilerinin uygulanmasından kaçınamayacağını belirtir.

Yukarıda belirtildiği üzere, AİHM her bir davaya kendine özgü şartları içinde yaklaşmaya karar vermiştir. AİHM'nin medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin bulduğu davalardan örnekler aşağıdadır.

### **Medeni hak ve yükümlülükler**

- AİHM öncelikle, özel şahısların kendi aralarındaki ilişkileriyle ilgili hak ve yükümlülüklerini tüm davalarda medeni hak ve yükümlülükler kapsamında değerlendirmiştir. Özel şahısların kendi aralarındaki ilişkilerinde hakları, örneğin sözleşme hukuku, ticaret hukuku, tazminat hukuku, aile hukuku, çalışma hukuku ve mülkiyet hukuku çerçevesinde daima medeni haklar kapsamında ele almıştır.

- Bir davada özel bir şahıs ile devlet arasındaki ilişkilerle ilgili bir durum söz konusu olduğunda daha sorunsal bir alan oluşur. AİHM bu hak ve yükümlülüklerden birçoğunu medeni kapsamında tanımıştır. Mülkiyet, AİHM tarafından 6. Maddenin uygulama kapsamındaki alanlardan biri olarak değerlendirilmiştir. İstimlak, konsolidasyon ve planlama davaları ile imar izinleri ve diğer emlak izinlerinin ilgili mülke ilişkin mülkiyet haklarını doğrudan etkileyen aşamaları ve ayrıca sonucu mülkün kullanımı ve faydalanılma durumunu etkileyen daha genel kapsamlı davalarda adil yargı garantileri uygulanır.

- 6. Madde ayrıca ticari faaliyette bulunma hakkını içerir. Bu alandaki davalarda, bir restoranın alkol ruhsatının iptali, sağlık kliniği işletme ruhsatı ve özel okul işletme izinlerinin verilmesi gibi konularda davalar bulunmaktadır. Tıp veya hukuk gibi bir mesleği icra hakkı da 6. Madde kapsamına alınmıştır.

- AİHM ayrıca aile hukukuna ilişkin hak ve yükümlülüklerin söz konusu olduğu davalarda 6. Maddenin uygulanacağını kararlaştırmıştır. Bu alandaki örnekler arasında çocukların koruma altına alınması, anne babanın çocukla görüştürülmesi, evlat edinmek veya bakımını üstlenmek ile ilgili kararlar bulunur.

- Yukarıda belirtildiği üzere, daha önceki içtihadında, AİHM sosyal yardımı

laki yasal  
e gönder-

genel bir  
yı reddet-  
a garanti-

şü şartları  
cümülülük-

ilgili hak  
ıklar kap-  
şkilerinde  
cuku, aile  
na medeni

bir durum  
ou hak ve  
Mülkiyet,  
ardan biri  
avaları ile  
ciyet hak-  
lanımı ve  
adil yargı

alandaki  
etme ruh-  
lar bulun-  
kapsamı-

öz konusu  
bu alanda-  
e babanın  
c ile ilgili

al yardımı

kapsayan yargılamaların 6. madde kapsamına girmediğini belirtmiştir. Ancak, sonuçta bir sosyal sigorta kurumu sağlık sigortasından faydalanma, sosyal yardım (malullük) ve Devletten emeklilik durumu gibi kararlar alınıyor ise yargılamanın 6. Madde kapsamına gireceği AİHM tarafından artık açıklığa kavuşturulmuştur. Malulen emeklilik hakkındaki Schuler-Zraggen İsviçre'ye karşı davasında AİHM genel anlamıyla: "...hukuktaki gelişmeler...ve muamelenin eşitliği ilkesi uyarınca 6. Madde (1)'in günümüzde sosyal yardım dahil olmak üzere sosyal sigortanın tüm alanlarına uygulanacağı görüşünü benimsemek gerekir." Sosyal sigorta planı kapsamında katkı paylarını ödeme yükümlülüğünü yerine getirmeye ilişkin davalar da 6. Madde kapsamına girer.

- 6. Maddedeki garanti sözleşmeler, idari yargılamalar veya ceza yargılamalarından doğan zararlara ilişkin kamu idaresine açılan davaları kapsar. Ceza yargılamasında beraatin ardından 5. Madde (5) kapsamında hukuka aykırı alıkoyma için tazminat talebinde bulunulan davalarda 6. Madde uygulanır. Vergi olarak ödenen paraların geri alınması hakkı da 6. Madde kapsamındadır.

- Ayrıca, özel bir şahıs tarafından bireyin itibarına saygı gösterilmesi hakkı da medeni hak olarak değerlendirilir.

- Son olarak, AİHM anayasa veya kamu hukukuna ilişkin davaların sonuçlarında medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin belirleyici bir nitelik bulunuyorsa, bunların da 6. Madde kapsamındaki adil yargılama teminatları kapsamına gireceğini belirtmiştir.

### **Medeni hak ve yükümlülük kapsamına girmeyenler**

Komisyon ve AİHM'nin her bir davayı kendine özgü koşulları içinde karara bağlama yaklaşımı uyarınca, Strazburg organları hukukun bazı alanlarının 6. Madde (1) kapsamında olmadığını belirtmiştir. Yani, Sözleşme kapsamındaki bir hakka ilişkin ihtilâflar otomatik olarak 6. maddenin korumasında değerlendirilmeyecektir. Ancak 13. Madde (etkili başvuru hakkı) uygulanacak ve bu kapsamda 6. Madde (1)'de bulunanlara benzer başvurusal veya yargısal önlemler gerekebilecektir. Aşağıda medeni hak ve yükümlülük olarak görülmeyen konulara örnekler bulunmaktadır.

- Genel vergilendirme konuları ve vergi değerlendirmeleri.

-Göç ve milliyet konuları.

-Askerlik yükümlülüğü.

-AİHM zabıtlarının bildirimiyle ilgili davalar. Buna örnek olarak Atkinson Crook ve the Independent Birleşik Krallığa karşı davası gösterilebilir, bu davada iki gazeteci ve bir gazete 6. Madde kapsamındaki "mahkemeye

erişim" hakkının ihlâl edildiği şikayetinde bulunmuşlardı çünkü haber yapmak istedikleri bir davanın hüküm duruşmasının kapalı oturumda yapılma kararına itiraz edememişlerdi. Komisyon başvuruçuların hüküm duruşmasıyla ilgili haber yapmasının iç hukuk kapsamında bir "medeni hak" doğurduğuna ilişkin ibare olmadığına ve dolayısıyla da başvuruçuların şikayetlerinin 6. Madde manası kapsamında bir medeni hak teşkil etmediğine karar vermiştir.

- Kamu görevine seçilme hakkı.
- Eğitimin Devlet tarafından karşılanması hakkı.
- Pasaport vermeyi reddetmek.
- Medeni hukuk kapsamındaki davalarda yasal yardıma ilişkin konular.
- Tıbbi tedavinin devlet tarafından karşılanması hakkı.
- Doğal afet kurbanlarına tek taraflı bir kararla Devlet tarafından yardım edilmesi.
- Patent başvuruları.
- İdari makamlarla kamu hukuku kapsamında tanınan yetkilerin kullanıldığı görevlerde bulunan çalışanlar arasındaki ihtilâflar, ör. Silahlı Kuvvetler veya Polis.

##### 5. Bir suçla itham edilmek ne demektir?

##### "İtham" ne demektir

6. Madde ayrıca bir şahısla ilgili olan suç isnadının kararlaştırılmasında adil yargılamayı garanti eder. Peki, "suçla itham" ne demektir?

"İtham" Sözleşme kapsamında özerk bir kavramdır ve iç hukuktaki "itham" tanımından bağımsız olarak uygulanır. Deweer Belçika'ya karşı davasında AİHM "itham" sözcüğünün şekil değil öz açısından değerlendirilmesi gerektiğini belirterek görünenin ötesine bakarak söz konusu davanın gerçeklerini soruşturma zorunluluğu hissetmiştir. Daha sonra AİHM "itham" konusunda aşağıdaki tanımları getirmiştir:

bir yetkili makam tarafından bir bireye suç işlediğine dair bir iddianın bildirilmesi,

veya

[şüphelinin] büyük ölçüde etkilendiği bir durum.

Yukarıdaki davada, başvuruçunun bazı fiyatlandırma yönetmeliklerini ihlâl ettiğine dair bir ihbar üzerine savcı, dükkanının geçici olarak kapatılmasını kararlaştırmıştı. Belçika hukuku kapsamında, ceza davası başlatılmadı çünkü başvuruçucu dostane çözüm önerisini kabul etti. Ancak, yine de AİHM başvuruçunun bir suçla itham edildiği kanaatine vardı.

haber yap-  
la yapılma  
im duruş-  
deni hak"  
urucuların  
ak teşkil

Aşağıda "itham" örnekleri bulunmaktadır:

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

### "Suç" ne demektir

onular.

an yardım

ullanıldığı  
Kuvvetler

AIHM'nin Engel ve diğerleri Hollanda'ya karşı davasında belirttiği üzere, taraf Devletler kendi iç hukuklarında meseleleri cezai, disiplin veya idari olarak nitelendirmekte serbesttirler; yeter ki bu ayrımın kendisi Sözleşmeye ters düşmesin. Sözleşme haklarının normal kullanımı, örneğin konuşma özgürlüğü veya ifade özgürlüğü bir suç teşkil edemez.

Buna ilişkin olarak, AIHM bir ithamın 6. Madde kapsamında "suça ilişkin" olup olmadığını belirleyecek kıstaslar geliştirmiştir. Bu ilkeler daha sonra içtihatlarla desteklenmiştir.

Burada geçerli olan üç husus vardır: iç hukuktaki sınıflandırma, suçun türü ile cezanın türü ve ağırlığı.

### İç hukuktaki sınıflandırma

asında adil

ki "itham"  
davasında  
ndirilmesi  
davanın  
a AIHM

iddianın

Eğer itham, davalı Devletin iç hukukunda suç olarak sınıflandırılmışsa, yargılamada 6. Madde otomatikman uygulanacağından, aşağıda belirtilen hususlar dikkate alınmaz uygulanmaz. Ancak eğer itham suç olarak sınıflandırılmamışsa, bu 6. Madde kapsamında adil yargılanma garantilerinin uygulanmasında belirleyici olmayacaktır. Eğer durum böyleyse, Sözleşme Devletleri işlenen suçları suç kapsamından çıkararak ya da sınıflandırmalarını değiştirerek adil yargılama garantilerinin uygulanmasından kurtulabilirler. AIHM'nin Engel ve diğerleri Hollanda'ya karşı davasında belirttiği gibi:

Eğer işlenen bir fiili ceza yerine disipline ilişkin olarak sınıflandırmak veya "karma" bir suçun failini ceza yerine disipline ilişkin olarak yargılamak Sözleşme Devletlerinin kararına bırakılırsa, o zaman 6. ve 7. Maddelerin temel hükümlerinin işleyişi egemen iradeler tarafından yönlendirilebilir. Bu denli esnetilen bir kapsam Sözleşmenin amaç ve hedefine uymayan sonuçlara yol açabilir.

erini ihlâl  
atılmasını  
şlatılmadı  
yine de

## Suçun türü

Bu başlık altında iki alt kıstas bulunur: A- ihlâl edilen normun kapsamı ve B- cezanın amacı.

### A-İhlâl edilen normun kapsamı

Eğer söz konusu norm, örneğin bir meslek grubu gibi sadece belirli bir kişi grubuna uygulanıyorsa, bu normun cezaya değil disipline ilişkin olduğunu gösterir. Ancak, eğer norm genel bir etki yaratıyorsa, o zaman 6. Madde uyarınca cezai olabilir. Weber İsviçre'ye karşı davasında, başvurucu hakaret sebebiyle bir ceza davası açmış ve şikayetini kamuoyuna duyurmak için de bir basın toplantısı düzenlemişti. Bu nedenle, soruşturmanın gizliliğini ihlâl ile itham edilmişti. Daha sonra verilen hükme karşı itirazı açık duruşma yapılmaksızın reddedildiğinde, başvurucu 6. Maddenin ihlâli şikayetinde bulundu. Bu durumda, AİHM konunun cezai bir nitelik taşıyıp taşımadığını kararlaştırmak zorunda kaldı:

Disiplin cezaları genellikle belli gruplara mensup kişilerin icraatlarıyla ilgili belirli kurallara uymalarını sağlamak için oluşturulmuştur. Ayrıca, Taraf Devletlerin büyük çoğunluğunda süren bir soruşturmaya ilişkin bilgi açıklanması böylesi kuralların dışında bir fiil teşkil eder ve çeşitli hükümler kapsamında cezalandırılabilir. Herkesten çok soruşturmanın gizliliği ile bağlanmış bulunan yargıçlar, avukatlar ve mahkemelerin işleyişiyle yakından bağlantılı olan kişiler, tüm cezai müeyyidelerden bağımsız olarak, meslekleriyle ilgili disipline ilişkin önlemlere tabidirler. Oysa, taraflar, mahkemelerin yetkisine tabi kişiler olarak yargılamaya sadece katılırlar, dolayısıyla da adli sistemin disiplin suçu kapsamına girmezler. Ancak 185. Madde tüm halkı etkileyebileceğinden, tanımlanan fiil ve buna ilişkin cezai müeyyide, ikinci kıstas uyarınca "suç" kapsamına girer.

Dolayısıyla, hüküm bir veya daha fazla belirli görevi olan kişi grubuyla sınırlı kalmadığı için, tabiatı itibarıyla münhasıran disiplinle ilgili değildir. Benzerlik taşıyan Demicoli Malta'ya karşı davasında parlamentonun iki mensubunu ağır bir dille eleştiren bir makale yayınlayan bir gazeteci hakkındaki dokunulmazlığın ihlâli davasına parlamentonun iç disiplinine ilişkin bir konu olarak bakılmamıştı, çünkü ilgili hüküm tüm halkı etkileyebilecek güce sahipti.

Ancak, Ravensborg İsveç'e karşı davasında, AİHM uygulanan para cezalarının başvurunun mahkemedeki yargılamaya taraf sıfatıyla verdiği ifadelere ilişkin olduğuna dikkat çekmiştir. AİHM'de davanın

yürütülmesinde asayişin temin etmek amacıyla alınan önlemlerin suç isnadından çok disipline ilişkin müeyyideler olduğu kanaatine varılmıştır. Bu durumda 6. Maddenin uygulanamayacağı kararlaştırılmıştır.

### B-Cezanın amacı

Bu kıstas cezai müeyyideleri saf idari müeyyidelerden ayırmakta kullanılır. Öztürk Federal Almanya Cumhuriyetine karşı davasında AİHM Almanya'da suç kapsamından çıkarılmış olan bir dikkatsiz araç sürme davasını incelemiştir. Ancak, AİHM bu suçun 6. Madde kapsamında halen "suç" kapsamına girdiğini açıklığa kavuşturmuştur. Bu normda halen bir cezayı gerektiren suç niteliğinin göstergeleri bulunmuştur. Ayrıca, "karayolu kullanan herkese" uygulandığı için, uygulaması genel kapsamlı olup sadece belli bir gruba yönelik değildir (bkz. yukarıda) ve cezalandırıcı ve caydırıcı türden bir müeyyide (para cezası) gerektirmektedir. AİHM ayrıca taraf Devletlerin büyük çoğunluğunda küçük trafik ihlallerinin suç kapsamında değerlendirildiğini belirtmiştir.

### Cezanın türü ve ağırlığı

Bu başlık cezanın amacıyla karıştırılmamalıdır (bkz. yukarıda). Cezanın amacı 6. Maddenin uygulanmasını gerektirmiyorsa, o zaman AİHM adil yargılama garantisinin uygulanmasını sağlayabilecek olan tür ve ağırlık kıstaslarına bakacaktır.

Özgürlüğünden mahrum bırakılma ceza olarak uygulandığında, normu disiplininden ziyade suç kapsamına sokar. Engel ve diğerleri Hollanda'ya karşı davasında, AİHM şöyle demiştir:

Hukukun üstünlüğüne inanan bir toplumda, özgürlükten mahrum bırakılma ceza olarak "suç" kapsamında uygulanırken, istisnası cezanın tür, süre ve infaz açısından bu kapsama girmeye yeterli olmadığı durumlardır. Söz konusu durumun ciddiyeti Taraf Devletlerin gelenekleri ve kişinin fiziksel özgürlüğüne gösterilen saygıya Sözleşme tarafından atfedilen önem bunu gerektirir.

Benham Birleşik Krallığa karşı davasında, AİHM kararında "özgürlükten mahrum edilmek söz konusu ise, ilke olarak adaletin tecellisi için yasal temsilci bulundurulmalıdır" denmektedir.

Campbell ve Fell Birleşik Krallığa karşı davasında AİHM özel af öncesi üç yılın yitirilmesinin, her ne kadar İngiliz hukukunda hak olmaktan çok ayrıcalık kapsamına girse de, göz önünde bulundurulması gerektiğini çünkü mahkumun salıverilmeyi bekleyebileceği bir noktadan sonra da mahku-

miyetin devamına neden olduğunu bildirmiştir.

Yukarıda Engel ve diğerleri Hollanda'ya karşı davasından yapılan alıntıda belirtildiği gibi, her özgürlükten mahrum bırakılma durumu 6. Maddenin uygulanmasını gerektirmez. AİHM iki gün hapis cezasını, cezai hüküm kapsamına girmek için süre olarak yetersiz bulmuştur.

Hapis tehdidi de 6. Maddenin uygulanır hale gelmesine yol açabilir. Engel Hollanda'ya karşı davasında başvurulardan birinin neticede özgürlükten mahrum bırakılma kapsamına girmeyen bir ceza alması AİHM'nin değerlendirmesini etkilememiş, yani netice, başta tehlikeye atılanın önemini bastıramamıştır.

Söz konusu ceza hapis veya hapis tehdidi değil de sadece para cezalarından ibaretse, AİHM bunların zarara karşılık maddi tazminat niteliğinde mi yoksa esas itibarıyla kusurun tekrarlanmaması için caydırıcı ceza niteliğinde mi olduğuna bakar. Sadece ikinci durum söz konusuysa, suç kapsamında değerlendirme yapılır.

#### **6. Açık duruşma hakkı nelerden oluşur?**

6. Madde herkese gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda açık bir duruşmada karar verilmesi hakkını garanti eder. Yine, 6. Maddede genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir, denmektedir.

Açık duruşma adil yargılama hakkının asli boyutudur. AİHM'nin Axen Federal Almanya Cumhuriyetine karşı davasında belirttiği gibi:

Adli kurumların baktığı davaların 6. Madde (1)'de söz edilen kamusal niteliği davacıları adaletin gizlice, kamuoyu denetimi olmaksızın idaresine karşı korur; ayrıca, gerek üst gerekse alt mahkemelere güvenin devamını sağlayan bir yöntemdir. Adaletin idaresini görünür kılarak, kamuya açmak 6. Madde(1)'in hedeflerinden birinin, yani adil yargılamanın başarılmasına katkıda bulunarak Sözleşme kapsamında tüm demokratik toplumların temel ilkelerinden biri olan bu garantiyi sağlar.

Açık bir duruşma genellikle 6. Madde (1)'in gereklerini birinci derece veya bidayet mahkemeleri önünde yerine getirmek için gerekir. Ancak, teknik konularda bazen açık duruşma gerekli olmayabilir.

Eğer açık duruşma birinci derecede yapılmamışsa, bu bir üst mahkemede

açık duruşma yapılarak düzeltilebilir. Ancak, temyiz mahkemesi davanın esasını göz önünde bulundurmazsa ya da konunun tüm boyutlarını değerlendirecek yetkiye sahip değilse, 6. Madde ihlâl edilmiş olur. Diennet Fransa'ya karşı davasında, AİHM disiplinle ilgili bir kurumda hiç açık duruşma yapılmadığı takdirde, tıbbi temyiz merciindeki duruşmanın açık olarak yapılmasının bu durumu düzeltmediğini, çünkü bu merciin tam yetkili bir adli kurum olarak görülmediğini, dahası, verilen cezanın söz konusu görevi suiistimale nispetle uygun olup olmadığını değerlendirecek yetkisinin bulunmadığını belirlemiştir. Eğer birinci derece safhasında bir açık oturum yapılmamışsa, bunun haklılığını gösterecek istisnai sebepler olmalıdır.

Açık duruşma hakkı genel olarak, istisnai şartlar yoksa, sözlü duruşma hakkını da kapsar.

Temyiz mahkemesinde sözlü duruşma yapılmasına ilişkin genel bir gerek yoktur. Örneğin Axen Federal Almanya Cumhuriyetine karşı davasında, AİHM ceza davalarında ilgili temyiz mahkemesi itirazı sadece hukuki gerekçelere dayanarak reddederse, sözlü duruşmanın gereksiz olduğunu kararlaştırmıştır. Ancak, temyiz mahkemesinin hem gerçekler hem de hukuk açısından değerlendirme yaparak, itham edilen kişinin suçlu mu masum mu olduğuna karar vereceği durumlarda, sözlü duruşma gereklidir. Medeni hukuk kapsamındaki davalarda, temyiz aşamasında sözlü duruşmanın gereksiz olduğu belirlenmiştir. K. İsviçre'ye karşı davasında başvuru ile evine ek inşaat çalışması için sözleşme yaptığı bir firma ile uzun süren bir dava söz konusu olmuştu. Birinci derece mahkeme başvuru aleyhine ve firma lehine karar vermiş, Temyiz Mahkemesi de kararı onaylamıştı. Daha sonra başvuru Federal Mahkemeye başvurmuş, ancak bu merci itirazı duruşma olmaksızın ve yazılı mütalaa istemeksizin reddetmişti.

Komisyonun değerlendirmesi şöyleydi:

Ayrıca, başvurunun Federal Mahkeme yargıçları tarafından medeni hukuka ilişkin başvurusunun görüşülmediği ve açık duruşmada oylanmadığı şikayetine ilişkin olarak, Sözleşmede böyle bir hakkın bulunmadığı görülmüştür.

Bu konuyla ilgili olarak, aşağıda 10. bölümde Adil duruşma altında - duruşmada sanığın mevcut olma hakkına bakınız.

Bazı davalarda başvurunun açık duruşma hakkından feragat etmesi mümkündür. Håkansson ve Stureson İsveç'e karşı davasında AİHM'nin belirttiği üzere:

Açıkça görülüyor ki bu hükmün ne yazılışı ne de ruhunda kişinin kendi

özgür iradesiyle, hassaten veya zımnen, duruşmasının açık yapılması hakkından feragat etmesini önleyecek bir şey yoktur...Ancak, feragatin sarıh bir şekilde yapılması ve hiçbir önemli kamu menfaatine aykırı düşmemesi gerekir.

Deweer Belçika'ya karşı davasında başvuru bir ceza davasının para cezası ödeyerek mahkemede çözümlenmesini kabul etmiştir. Aksi takdirde, ceza yargılaması sürerken işyerinin kapalı kalması söz konusuydu. AİHM bu şekilde duruşmadan feragat edilmesinin, yani başvuru bir ceza davasını ödemeyi kabul etmesinin, zaruret dolayısıyla saflığını yitirdiğine ve bunun da 6. Madde (1)'in ihlâli anlamına geldiğine karar vermiştir.

Yukarıda sözü geçen Håkansson ve Stureson İsveç'e karşı davasında, AİHM başvuru bir ceza davasının zımnen açık duruşma hakkından feragat ettiklerini çünkü İsveç yasalarında açıkça bu ihtimal belirtildiği halde, böyle bir duruşma için talepte bulunmadıklarını kararlaştırmıştır.

AİHM cezaevi disiplinine ilişkin duruşmaların kapalı yapılabileceğini belirtmiştir. Campbell ve Fell Birleşik Krallığa karşı davasında, AİHM, bu davalar açık duruşmalarda görülürse ortaya çıkabilecek kamu asayisi ve güvenlik sorunlarının dikkate alınması düşünüldüğüne gerektiğini bildirmiştir. Bu da Devletin yetkili mercilerine orantısız olarak ağır bir yük getirecektir. AİHM tamamen yasaklamanın haklı çıkarılmamasına rağmen, koşullara bağlı olarak mesleki disipline ilişkin davaların kapalı yürütülebileceğini kararlaştırmıştır. Açık bir duruşmanın gerekli olup olmadığına karar verirken göz önünde bulundurulması gereken faktörler, mesleki sırlar ve müşterileri ya da hastaların özel hayatlarıdır.

B. Birleşik Krallığa karşı davasında AİHM, çocukların velayetiyle ilgili davalarda bazı mahkemelerdeki yargılamalar hem basın hem de halka kapalı yapılırken, başka mahkemelerde çocuklarla ilgili benzer duruşmaların hem basına hem de taraf olmayan yakın aile bireyleri gibi kamuoyunun bazı kesimlerine açık olması ile ilgili bir davayı kabul edilebilir bulmuştur. Bu davayla ilgili olarak 24 Nisan 2001 tarihinde verdiği kararda, AİHM hiçbir ihlâl bulmamıştır.

#### **7. "Hükümün açık oturumda verilmesi" ne demektir?**

6. Madde hükümün açık oturumda verileceğini belirtir. Bu hüküm duruşmaların açık yapılmasını (bkz. yukarıda) gerektiren kuralda müsaade edilen istisnaların hiçbirine tabi değildir. Ancak, bunun amacı da kamuoyu kontrolü sağlayarak adil yargılamaya katkıda bulunmaktır.

AİHM "hükümün açık oturumda verilmesi" ifadesinin her zaman hükümün mahkemede yüksek sesle okunması anlamına gelmediğini belirtmiştir.

ç yapılması  
k, feragatin  
atine aykırı

n para ceza-  
si takdirde,  
ydu. AİHM  
1 para ceza-  
tirdiğine ve  
ştir.

davasında,  
t ettiklerini  
, böyle bir

labileceğini  
, AİHM, bu  
ı asayiş ve  
bildirmiştir.  
getirecektir.  
n, koşullara  
labileceğini  
ğına karar  
ki sırlar ve

vetiyle ilgili  
n de halka  
nzer duruş-  
reyleri gibi  
ıvayı kabul  
01 tarihinde

küm duruş-  
saade edilen  
nuoyu kon-

an hükmün  
belirtmiştir.

U DERGİSİ

Pretto ve diğerleri İtalya'ya karşı davasında AİHM şunu bildirmiştir: her davada davalı Devletin iç hukukuna göre " hükmün" verilmesi esnasındaki açık oturum koşullarının söz konusu yargılamanın kendi özellikleri ışığında ve 6. Madde (1)'in hedef ve amacı uyarınca değerlendirilir.

Bu davada AİHM, temyiz mahkemesinin kısıtlı yetkisine istinaden, kararı mahkeme kalemine teslim edilerek, kararın tam metnine herkesin ulaşabilmesinin sağlanması ile "hükmün açık duruşmada" verilmesi şartının yeterli bir şekilde yerine getirildiğini kararlaştırmıştır.

Ayrıca, AİHM Axen Federal Almanya Cumhuriyetine karşı davasında daha alt mahkemelerin hükümlerini açık oturumda verdikleri düşünüldüğünde, Yüksek Mahkeme tarafından hükmün açık oturumda sesli bildiriminin gereksiz olduğunu kararlaştırmıştır.

Ayrıca, Sutter İsviçre'ye karşı davasında, AİHM bir askeri temyiz mahkemesinin kararının açık oturumda bildirilmesinin gerekli olmadığını, çünkü bu karara kamuoyunun erişiminin başka yollardan sağlandığını, özellikle de hükmün bir nüshasının mahkeme kaleminden temin etme imkânından faydalanılabileceğini ve zaten daha sonra resmi içtihat derlemelerinin de yayınlandığını belirtmiştir.

Yukarıda sözü geçen davaların tümü adli sistemin daha yüksek kademelerindeki duruşmalarında verilen hükümlerle ilgili olup, AİHM tarafından ihlâl olmadığı kararlaştırılan örneklerdir. Ancak Werner Avsuturya'ya karşı ve Szucs Avsuturya'ya karşı davalarında ne birinci derece ne de temyiz mahkemelerince hüküm açık oturumda verilmemiş olduğundan, hükümlerin tam metinleri kalemelerde halka açık bir şekilde bulunmadığından ve erişim sadece "meşru ilgisi" olanlarla kısıtlı tutulduğundan, AİHM 6. Maddenin ihlâl edildiğini kararlaştırmıştır.

Ayrıca, AİHM, Campbell ve Fell Birleşik Krallığa karşı davasında cezaevi disiplinine ilişkin duruşmada Ziyaret Heyeti hükmünü açık duruşmada duyurmadığı ve kararı kamuoyuna açıklamak için hiçbir adım atmadığı için ihlâl bulmuştur.

### 8. Makul bir süre garantisinin anlamı nedir?

6. Madde herkese makul bir süre için duruşma garantisi verir. AİHM garantinin amacının "mahkemedeki yargılamanın tüm taraflarını...çok uzun usul gecikmelerine" karşı korumak olduğunu belirtmiştir. Garanti ayrıca "adaletin etkinliğini ve inanılabilirliğini zedeleyebilecek gecikmeler olmaksızın sağlanmasının önemini altını çizer." Makul süre şartı, dolayısıyla, makul bir süre içinde ve adli bir karar yoluyla kişinin medeni hukuka ilişkin olarak ya da itham edildiği suç nedeniyle içinde bulunduğu güvensiz duru-

mun giderileceğini teminat altına alır: bu ilgili kişinin menfaatine olduğu kadar yasal kesinlik için de gereklidir.

Göz önünde bulundurulacak olan süre medeni hukuk davalarında yargılamanın başlatılması, ceza davalarında ise suçlamanın yapılması ile işlemeye başlar. Mümkün olan en yüksek mahkemede yargılama sona erdiğinde, yani karar nihai hale geldiğinde sürenin işleyişi durur. AİHM, yargılamanın süresini Taraf Devletin bireysel başvuru hakkını tanıdığı tarihten itibaren inceler ancak söz konusu davanın o tarihte hangi durum ve aşamada olduğu da dikkate alınır.

AİHM, içtihadında belirli bir süre değerlendirmesinde neyin makul olduğunu tanımlarken şu faktörlerin göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtir: davanın karmaşıklığı, başvurunun davranışı, Devletlerin adli ve idari makamlarının davranışı ve başvuru için neyin yitirilebileceği.

AİHM davanın kendi özel şartları içinde değerlendirme yaptığı için, mutlak bir süre belirlememiştir. Bazı durumlarda AİHM doğrudan yukarıdaki kriterlere gönderme yapmak yerine genel bir değerlendirme yapar.

### **Davanın karmaşıklığı**

Bir davanın karmaşık olup olmadığını değerlendirirken davanın tüm boyutları göz önünde bulundurulur. Karmaşıklık hem davanın gerçekleri hem de yasal meselelerle ilgili olabilir. AİHM'nin önem verdikleri arasında, temin edilmesi gereken maddi deliller, suçlanan kişi ve tanık sayısı, uluslar arası unsurlar, davanın başka davalarla birleştirilmesi ve usule başka kişilerce yapılan müdahale bulunur.

Çok karmaşık olan bir davada bazen yargılama haklı olarak uzayabilir. Örneğin, Boddaert Belçika'ya karşı davasında, altı yıl üç ay gibi bir süre AİHM tarafından gayrı makul bulunmamıştır, çünkü zor bir cinayet soruşturması ve iki davanın paralel yürütülmesini gerektiriyordu. Ancak, çok karmaşık davalarda bile gayrı makul gecikmeler olabilir. Ferantelli ve Santangelo İtalya'ya karşı davasında, AİHM on altı yıllık süreyi gayrı makul bulmuştur; oysa karmaşık ve zor bir cinayete ilişkin olan bu davada ayrıca çocukların dahil olmasının yarattığı hassas sorunlar bulunmaktaydı.

### **Başvurucunun davranışı**

Eğer başvuru bir gecikmeye neden olmuşsa, bu şikayetini kesinlikle zayıflatır. Ancak, başvurunun kendi savunmasını yapmak için çeşitli mevcut usullerden sonuna kadar faydalanmış olması, kendisine karşı kullanılamaz. Başvurucunun sonuçta hüküm giymesine yol açabilecek yargılamaları hızlandırmak için faal bir şekilde işbirliği yapması gerekmez. Başvurucular eğer yargılamayı hızlandırmaya çalışırlarsa, bu onların lehine

etine olduğu

nda yargıla-  
ile işlemeye  
iğinde, yani  
argılamanın  
ten itibaren  
ada olduğu

eyin makul  
sı gerektiği-  
letlerin adli  
ebileceği.  
için, mutlak  
yukarıdaki  
ar.

tüm boyut-  
leri hem de  
nda, temin  
uluslar arası  
ka kişilerce

uzayabilir.  
ibi bir süre  
ayyet soruş-  
Ancak, çok  
erantelli ve  
üreyi gayri  
ı bu davada  
nmaktaydı.

i kesinlikle  
için çeşitli  
e karşı kul-  
cek yargıla-  
gerekmaz.  
ların lehine

değerlendirilecektir ancak yargılamanın hızlandırılması için teşebbüste bulunulmamış olması mutlaka belirleyici değildir.

AIHM Unión Alimentaria Sanders S.A. İspanya'ya karşı davasında başvuru-  
runcunun görevinin sadece "kendisiyle ilgili usul aşamalarını yerine  
getirirken özenli davranması, geciktirme amaçlı taktikler kullanmaktan  
kaçınması ve iç hukukta bulunan yargılamanın kısaltılmasını sağlayacak  
imkânlardan yararlanmak" olduğunu belirtmiştir.

Mülkiyet haklarına tecavüz etme ihtimali olan çalışmaların durdurulması-  
yla ilgili bir başvuru olan Ciricosta ve Viola İtalya'ya karşı davasında başvuru-  
rucu en az 17 kez duruşmanın ertelenmesini talep ettiği, diğer tarafın yap-  
tığı altı talebe de itiraz etmediği için AIHM 15 yılın gayri makul olmadığı-  
na karar vermiştir. Oysa, başvuru-  
cuların da davayı yanlış mahkemeye getir-  
erek ve dava başvurusundan ancak dört ay sonra lâyihasını tevdi ederek  
gecikmeye katkıda bulunduğu Beaumartin Fransa'ya karşı davasında; ilk  
duruşmayı beş yılı aşan bir süre sonra yapan Fransız mahkemesi ve kendi  
lâyihasını sunması 20 aydan fazla süren davalı bakanlık, yani yetkililer  
AIHM tarafından daha kusurlu bulunmuştur.

#### **Yetkililerin davranışı**

Makul süre garantisine uyulup uyulmadığını değerlendirmekte yalnızca  
Devlete atfedilebilecek gecikmeler göz önünde bulundurulabilir. Ancak,  
Devlet tüm idari ve adli makamlarının neden olduğu gecikmelerden sorum-  
ludur.

Yargılamanın uzun sürmesine ilişkin davalarda, AIHM adaletin doğru  
idaresi ilkesini gözetmiş ve ulusal mahkemelerin açılan davalarda uygun bir  
şekilde ele alma görevine sahip olduğunu belirtmiştir. Belirli nedenlerden  
dolayı veya kanıt toplama amacıyla erteleme kararları önem taşıyabilir.  
Ewing Birleşik Krallığa karşı davasında üç davanın birleştirilmesinden  
dolayı oluşan gecikme keyfi ya da gayri makul veya adaletin usulünce  
idaresinde usulsüz bir gecikmeye neden olacak nitelikte bulunmamıştır.

AIHM adli yetkililerin yargılamayı mümkün olduğunca hızlandırma  
çabalarının başvuru-  
cunun 6. Madde kapsamındaki garantilerden yararlan-  
masını sağlamak açısından önem taşıdığını açıklığa kavuşturmuştur.  
Dolayısıyla, ulusal mahkemenin özel bir görevi de yargılamada rolü olan  
herkesin gereksiz gecikmeleri önlemek için azami çaba göstermesini sağla-  
maktır.

Strazburg organları tarafından Devlete atfedilebileceği kararlaştırılan  
gecikmelerin arasında, hukuk davalarında, bir başka davanın sonucunun  
beklenmesi amacıyla davanın ertelenmesi, mahkemenin duruşmalardaki

tutumu veya Devlet tarafından kanıtların sunulması ya da oluşturulması nedeniyle meydana gelen gecikmeler veya mahkeme katipliği ya da başka idari makamların neden olduğu gecikmeler sayılabilir. Ceza davalarındaki gecikmeler arasında davaların mahkemeler arasında devredilmesi, iki veya daha fazla sanığın birlikte duruşmaya çıkarılması, kararın sanığa duyurulması ve temyiz başvurularının yapılması ile temyiz davalarının görülmesi bulunur.

AIHM Zimmerman ve Steiner İsviçre'ye karşı davasında Devletlerin, "yasal sistemlerini mahkemelerin 6. Madde (1)'de yer alan şartlara, makul bir sürede yargılama dahil olmak üzere, uyacak şekilde düzenlemek" ile görevli olduğunu belirtmiştir.

Yukarıdaki davada, AIHM gecikme nedeninin, Devletin mahkeme sisteminde uzun süredir devam eden iş yükü yığılması olduğu tespitinde bulunarak, 6. Madde kapsamındaki makul süre garantisinin Devlet bu durumu çözümleyecek yeterli önlemleri uygulamaya koymadığı için ihlâl edildiğini kararlaştırmıştır. Yeterli önlemlerin arasında ek yargıç ya da idari personel atanması da bulunmaktadır. Ancak, bu yığılmanın sadece geçici ve istisnai olduğu durumlarda Devlet tarafından gerekli çözümleyici çalışmalar da makul bir süratle yapılmışsa ihlâl bulunmayacaktır. Bu değerlendirmeyi yaparken AIHM ilgili Devletin siyasi ve sosyal geçmişini göz önünde bulundurmaya hazırdır.

### **Başvurucu neleri yitirebilir?**

Makul süre garantisinin yerine getirilmesinin değerlendirilmesinde başvurunun neleri yitirebileceği göz önünde bulundurulduğundan, ceza davalarının, özellikle de sanık tutuklu yargılanıyorsa, genel olarak hukuk davalarından daha süratli yürütülmesi beklenir. 6. Maddede bulunan makul süre şartı 5. Madde (3)'de bulunan makul süre şartıyla yakından bağlantılıdır. AIHM yargılama usulsüz olarak uzadığı takdirde, tutukluluğun da hukuka uygun olmaktan çıkacağını açıklamıştır. Süre makul olmaktan çıkmışsa, artık tutukluluk da 5. Madde (3)'de öngörülen amaçla bağdaştırılmaz. AIHM pek çok davada, en son da Jablonski Polonya'ya karşı davasında, bir yargıç tarafından tutuklu yargılamaya müsaade çıkartılmasında davanın yargılama safhasına gelmesi için gereken süreye ilişkin olarak uygulanması gereken ilkeleri belirlemiştir. Kişinin bir suç işlediğine ilişkin nesnel olarak doğrulanabilir gerçeklere dayanması gereken makul bir şüphe 5. Madde (1) c ve 5. Madde (3) kapsamında alıkoyma için daima gerekli bir unsurdur. Ancak, sadece bunun bulunması tutuklu yargılanmak için, kişinin

ısturulması  
a da başka  
valarındaki  
si, iki veya  
a duyurul-  
görülmesi

Devletlerin,  
ara, makul  
ilemek" ile

eme siste-  
tinde bulu-  
bu durumu  
âl edildiği-  
ları person-  
ici ve istis-  
lışmalar da  
lendirmeyi  
öz önünde

nde başvu-  
ıdan, ceza  
arak hukuk  
ınan makul  
an bağlan-  
luluğun da  
naktan çık-  
ağdaştırıla-  
şı davasın-  
rtılmasında  
şkin olarak  
ğine ilişkin  
ıl bir şüphe  
gerekli bir  
çin, kişinin

suçüstü yakalandığı durumlarda bile yeterli değildir. Bu durum, 6. Madde (2) ihlâli demektir (bakınız aşağıda, masumiyet karinesi). Özgürlükten mahrumiyetin nesnel olarak doğrulanabilecek gerekçelerle desteklenmesi gerekir, örneğin kişinin kaçabileceği, ya da tanıklar veya kanıtlara müdahale edebileceği korkusu gibi. 5. Madde(3) de bulunan düzenli gözden geçirme teminatları, tutukluluğun uzatılmasına onay veren yargıcın her seferinde özgürlükten mahrumiyeti gerektiren ilgili ve yeterli nedenin varolmayı sürdürdüğü konusunda tatmin olmasını gerektirir. Esas tutukluluk kararını verildiğinde bunların bulunuyor olması, davanın henüz duruşma aşamasına gelmemiş olması ve gecikmenin makul olması yargıcın tatmin olması için yeterli değildir. Tabii ki yargıç gecikmelerin makul olmadığı kanaatindeyse, tutukluluk kendiliğinden yasallığını yitirecek ve tutuklunun salıverilmesi gerekecektir. Tüm koşullarda, tutukluluğun uzatılmasına gerekçe olarak yargıçların yeterli ölçüde tatmin olduklarını ve alıkoymadan daha az ağır ancak savcının endişelerini giderebilecek nitelikte alternatif bir yöntem bulunmadığını göstermeleri gerekir (örneğin hareket özgürlüğünü kısıtlayan bir önlem). Jablonski Polonya'ya karşı davasında AİHM, başvurunun davranışının yargılamanın uzamasına katkıda bulunduğunu tespit etmesine karşın, toplam sürenin uzunluğunun (beş yılı aşkın) sadece buna bağlanamayacağını, yetkililerin sorumluluğu üstlenmesi gerektiğini belirlemiştir. Bu davada hem 5. Madde hem de 6. Madde ihlâl edilmiştir.

6. Madde kapsamında medeni yargılamalara ilişkin makul süre şartına dönersek, bunlarda da yetkililer tarafından hızlandırma şartı aranacağını, bunun özellikle davanın başvuru için hayati olduğu ve/veya belirli bir niteliği veya geri döndürülemezliği bulunduğu söz konusu olacağını görürüz. Aşağıda bazı örnekler bulacaksınız:

- Çocuk velayeti davaları. AİHM Hokkanen Finlandiya'ya karşı davasında "... velayet davalarının hızla görülmesi esastır" demiştir. Ignaccolo-Zennide Romanya'ya karşı davasında AİHM, çocuklarla ilgili davalarda kararların sadece sürenin dolmasına göre verilmemesi gerektiğini belirtmiştir.
- İşverenle anlaşmazlıklar. AİHM Obermeier Avusturya'ya karşı davasında şunu bildirmiştir: "...işvereni tarafından açığa alınmasının haksız bir karar olduğunu düşünen bir çalışanın kişisel menfaati gereği bu önlemin yasalığına ilişkin derhal adli bir karar alınmalıdır."
- Bedensel zarar davaları. AİHM Silva Pontes Portekiz'e karşı davasında, başvuru bir trafik kazasındaki ciddi yaralanmadan dolayı tazminat talebinde bulunuyorsa, özellikle özen gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir.
- Süratin esas olduğu diğer davalar. X Fransa'ya karşı davasında, başvuru-

cu nakledilen kan virüslü olduğundan, HIV virüsü kapmış ve Devlete karşı tazminat davası açmıştı. Başvurucunun durumu ve ömür beklentisini göz önünde bulunduran, AİHM iki yıl süren yargılamanın gayri makul uzunlukta olduğu kanaatine varmıştır. Ulusal mahkemeler duruşmaların hızlandırılması doğrultusunda yetki kullanmamıştır. Ayrıca A ve diğerleri Danimarka'ya karşı davasında AİHM'nin kanaatine göre "...yetkili idari ve adli makamlar bu tür anlaşmazlıklarda, AİHM içtihadının 6. Madde(1) kapsamında gerektirdiği istisnai özen ile davranmak için olumlu bir yükümlülük altındaydılar."

### **9. Bir mahkemenin (1) bağımsız (2) tarafsız olması için ne gerekir?**

6. Madde kapsamında herkesin davasının yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından görülmesi hakkı vardır. Bağımsız ve tarafsızlık şartları birbirine bağlıdır, ve AİHM tarafından sıkça birlikte değerlendirilir.

### **Bağımsızlık**

Normalde, mahkemelerin bağımsız olduğu düşünülecek ve ulusal yargıçlardan ender olarak bir mahkemenin bağımsız olup olmadığına ilişkin karar vermeleri beklenecektir, buna tek istisna adli olmayan organların kararlarını değerlendirmelerinin istendiği durumlardır. Bu durumlarda, mahkeme olmayan kurumlar medeni hakları veya ceza kapsamındaki ithamları belirleyecek işleve sahip olduklarından, bağımsızlık ve tarafsızlık ilkesine uymaları gereklidir.

Bir mahkemenin bağımsız olup olmadığına karar verirken, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi aşağıdaki hususları göz önünde bulundurur:

- üyelerinin atanma biçimi,
- görev süreleri,
- dışarıdan baskılara karşı garantilerin varlığı ve
- kurumun bağımsız bir görünüme sahip olup olmadığı meselesi.

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

### **Oluşum ve atama**

AİHM, bir mahkemede adli veya hukuki açıdan nitelikli üyelerin bulunmasının bağımsızlığa ilişkin güçlü bir gösterge olduğunu kararlaştırmıştır. Sramek Avusturya'ya karşı davasında AİHM, ilgili mahkemenin (Bölge Emlak Alım-Satım Dairesi) bağımsız olmadığını bulmuştur. Hükümet, bu

yargılamada bir taraf olduğu gibi, hükümetin temsilcisi de mahkeme tetkik sorumlusunun hiyerarşide üstü konumundaydı.

Bir mahkemenin üyelerinin yürütme tarafından atanıyor olması tek başına Sözleşme ihlâli demek değildir. 6. Madde ihlâli olabilmesi için, başvuru- nun atama uygulamasının bütünüyle tatminkarlıktan yoksun olduğunu ya da belirli bir mahkemenin oluşumunun davanın sonucunu etkileme girişimi gibi bir amaca yönelik olabileceğini göstermesi gerekir.

Ayrıca, eğer bir mahkemenin üyeleri sabit süre için atanıyorsa, bu da bir bağımsızlık garantisi olarak algılanır. Le Compte Belçika'ya karşı davasında Danıştay üyelerinin sabit altı yıllık görev süreleri oluşu, bir bağımsızlık garantisi olarak görülmüştür. Campbell ve Fell Birleşik Krallığa karşı davasında Cezaevi Ziyaret Heyeti üyeleri üç yıl için atanmışlardı. Bu süre kısa bulunmakla beraber görevin ücret karşılığı yapılmadığı ve gönüllü bul- makta zorlanıldığı göz önünde bulundurularak, 6. Madde ihlâli olmadığı kararlaştırıldı.

### Görünüm

Bağımsızlık görünümüyle ilgili kuşkuların bir ölçüde nesnellik temeline dayandırılması gereklidir. Belilos İsviçre'ye karşı davasında, kimi küçük suçlarda yargıç sıfatıyla hüküm veren yerel "Polis Kurulu" tek bir kişiden oluşuyordu ki o kişi de kendi sıfatıyla hareket eden bir polis memuruydu. Her ne kadar, emirlere tâbi olmasa, yemin etmiş bulunsa ve görevinden al- namasa da, bu kişi sonradan emniyetteki görevine döneceği için ve emniyet güçlerinin, üstlerinin emrinde ve arkadaşlarına sadık bir üyesi gibi görülebilecek olduğundan, bu durum bir mahkemenin yaratması gereken güvenilirlik hissini zedeleyecektir. Polis Kurulunun bağımsızlığına ve teşk- ilatlandırılmasındaki tarafsızlığa ilişkin meşru kuşkular olduğundan 6. Madde(1)deki şartlar yerine getirilmemiştir.

### Diğer yetkililere itaat

Mahkeme adli olmayan hiçbir organ tarafından değiştirilemeyecek bağlayıcılıkta karar verme yetkisine sahip olmalıdır. Divan-ı Harp ve diğer askeri disiplin kurumları bu bağlamda 6. Maddeyi ihlâl eder nitelikte bulun- muştur. Yürütme, üyelerin genel anlamda görevlerini yerine getirmekte uygulanacak kuralları belirleyebilir ancak bu kurallar gerçekte davaların nasıl karara bağlanacağına ilişkin talimatlar niteliğinde olamaz.

### Tarafsızlık

AIHM Piersak Belçika'ya karşı davasında şöyle demiştir:

Her ne kadar tarafsızlık normalde önyargılı veya peşin hükümlü olmamak anlamına gelse de, bunun Sözleşmenin 6.Madde (1) kapsamında varlığı ya da yokluğu, çeşitli yöntemlerle sınanabilir. Bu bağlamda, öznel yaklaşım, yani belirli bir yargıcın belirli bir davadaki şahsi hükmünün değerlendirilmesi ile yargıcın bu anlamda tüm meşru şüpheleri bertaraf etmeye yetecek teminat sağlayıp sağlamadığını belirlemek üzere nesnel yaklaşım arasındaki farka işaret edilebilir.

Öznel tarafsızlığa karar vermek için AIHM fiili peşin hüküm kanıtı arar. Aksine ilişkin kanıt bulunana dek, usulünce atanmış bir yargıç kişisel olarak tarafsız kabul edilir. Bu çok güçlü bir karinedir ve uygulamada kişisel peşin hükmün kanıtlanması çok zordur. Starzburg'da sıkça şikayet olduğu halde henüz böyle bir iddia başarıya kavuşamamıştır.

Nesnellik sınamasına gelince, AIHM Fey Avusturya'ya karşı davasında şunları belirtmiştir:

Nesnellik sınamasında, yargıcın kişisel tutumundan ayrı olarak ile hiç karıştırılmadan tarafsızlığına ilişkin şüphe doğurabilecek soruşturulabilir gerçekler olup olmadığı belirlenmelidir. Bu bağlamda görünüm bile belli bir önem taşıyabilir. Burada yitirilebilecek olan, demokratik bir toplumda ve her şeyden öte, ceza davalarında, sanıkta mahkemelerin yaratması gereken güvenilirlik hissidir. Bu da belirli bir davada belirli bir yargıcın tarafsız olmayacağından korkmak için meşru bir neden varsa, bu sanık bakımından önemli olsa da belirleyici değildir. Belirleyici olan bu korkunun nesnel anlamda haklılığının saptanıp saptanamayacağıdır.

AIHM, hakkında tarafsızlığından korku duyulması için meşru neden bulunan tüm yargıçların çekilmesi gerektiğini açıkça belirtmiştir.

Tarafsızlığı temin edecek ulusal usullerin olması da burada geçerlidir. Sözleşme her ne kadar yargılama taraflarının tarafsızlığa itiraz edebilecekleri mekanizmalar bulunduğunu açıkça ifade etmese de, bunlar bulunmadığı takdirde 6. Madde ihlallerinin oluşması ihtimali daha yüksektir. Bir sanık tarafsızlık meselesini gündeme getirirse, "tamamen esastan yoksun" olmadığı takdirde mutlaka soruşturulmalıdır.

Bu konu Strazburg mahkemelerinde sıkça ırkçılık bağlamında gündeme gelmiştir. Aşağıdaki davaların her ikisinde de belirlenen ilkeler diğer önyargı ya da tarafsızlık eksikliği türlerine eşit olarak uygulanır.

Remli Fransa'ya karşı davasında jüri üyelerinden birinin "Ne varmış, ben ırkçıyım işte" dediğini bir üçüncü şahıs işitmişti. Ulusal mahkeme kendi dışında cereyan ettiği öne sürülen olayları resmi olarak ele alamayacağına

karar vermişti. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, ulusal mahkemenin tarafsızlığı doğrulamak için hiçbir kontrol yapmadığını, böylelikle de başvurucuyu Sözleşme şartlarına ters düşecek bir durumu düzeltme fırsatından yoksun bıraktığını belirtmiştir. AİHM bu davada 6. Maddenin ihlâl edildiğini şaptamıştır.

Ulusal mahkemenin peşin hüküm iddiası karşısında açıkça gerektiği gibi soruşturma yaptığı ve söz konusu yargılamanın adil olduğuna karar verdiği davalarda, AİHM sonuçları sorgulamakta çekimser davranacaktır. Gregory Birleşik Krallığa karşı davasında jüri tarafından yargıca üzerinde "Jüride ırk ağır basıyor görüntüsü var. 1 üye azledilecek" yazılı bir not gönderilmişti. Yargıç notu hem savunmaya hem de iddia makamına göstermişti. Ayrıca, jüriyi davayı kanıtlara göre değerlendirmeleri ve tüm önyargıları bir yana bırakmaları konusunda uyarmıştı. AİHM bunun 6. Madde açısından yeterli olduğunu kararlaştırdı. Savunma avukatının jürinin azledilmesi için bastırmamasını ya da açık mahkemede dönüp jüriye devam edip edemeyeceklerini ya da sadece kanıtlara dayalı bir karar verebilecek nitelikte olup olmadıklarını sormaması, AİHM tarafından anlamlı bulundu. Asliye mahkemesi hakimi açık, ayrıntılı ve güçlü bir ifadeyle jüriye zihinlerini "her şekil ve türdeki düşünce ve önyargıdan arındırmaları" talimatını vermişti. AİHM bu davayı Remli Fransa'ya karşı davasıyla karşılaştırırken şöyle demiştir:

O davada, asliye mahkemesi yargıçları kimliği belirli bir jüri üyesinin ırkçı olduğunu söylerken işitildiği iddiasına karşılık tepkisiz kalmışlardır. Elimizdeki davada ise, yargıç jüride ırkçılığa ilişkin her ne kadar muğlak ve belirsiz de olsa tamamen temelsiz olduğu söylenemeyecek bir iddia ile karşı karşıya kalmıştır. Bu koşullar altında, yargıç mahkemenin Sözleşme 6. Madde (1) uyarınca tarafsız bir mahkeme olarak oluşturulup oluşturulmadığını kontrol edecek yeterli adımları atmış ve bu bağlamdaki şüpheleri giderecek yeterlilikte teminat sağlamıştır. Daha sonraki Sander Birleşik Krallığa karşı davasında ise AİHM, yargıcın jüri arasında ırkçılığa ilişkin benzer bir kanıtı tepkisi yetersiz kalınca 6. Madde ihlâli olduğuna karar vermiştir. AİHM şunları belirtmiştir: yargıcın, jüri üyelerinin önyargılarını bir yana bırakarak davayı sadece kanıtlara dayalı değerlendirebileceklerine ilişki muğlak güvenceler aramaktan daha katı bir tepki vermesi gerekirdi. Bunu yapamayarak, yargıç mahkemenin tarafsızlığına ilişkin nesnellığe dayalı veya meşru şüpheyi giderecek yeterli teminatı sağlamamıştır. Bu durumda, başvurucuyu mahkum eden mahkemenin nesnel bakımdan tarafsız olmadığı kanaatine varılmıştır.

#### **Yargıcın değişik görevleri**

Tarafsızlığa ilişkin içtihadın çoğunda, yargıcın yargılama sırasında usulen çeşitli görevler yüklendiği görülür. Piersack Belçika'ya karşı davasında başvuru yargılayan yargıç daha önce başvuru davasını soruşturan ve kendisine karşı davayı açan dairenin bir üyesiydi. AİHM 6. Madde ihlâli buldu.

Hauschildt Danimarka'ya karşı davasında AİHM, mahkeme başkanı yargıcın aldığı tutuklu yargılama kararları dolayısıyla ihlâl bulmuştur. Bu özel bir vasaftır, çünkü tutukluluk için dokuz kez karar veren yargıç, her seferinde başvuru davasının suçuyla ilgili "özellikle güçlü bir şüphe" var olduğuna değinmiştir. AİHM bununla, duruşmada karara bağlanacak meselelerin örtüşmesine ve başvuru davasının korkusunun haklı olduğuna karar vermiştir.

Diğer bir örnek olan Ferrantelli ve Santangelo İtalya'ya karşı davasında başvuru davasının birlikte yargılandığı sanıkları başka bir yargılamada mahkum eden yargıç, temyiz mahkemesinin başkanı olduğu için AİHM 6. Madde ihlâli bulmuştur. Bu hükümde başvuru davalarına ve davayla ilgilerine çok sayıda göndermede bulunulmaktaydı. Ayrıca, temyiz mahkemesinin başvuru davalarının mahkumiyeti doğrultusundaki kararı başvuru davalarının birlikte yargılandığı sanıklara ilişkin önceki hükümlerden çok sayıda alıntıya yer vermektedir. AİHM bu koşulları başvuru davasının temyiz mahkemesinin tarafsızlığındaki eksiklikle ilgili korkularını nesnel bakımdan haklı çıkarmaya yeterli olduğunu tespit etmiştir.

Oberschlick No.1 Avusturya'ya karşı davasında temyiz mahkemesindeki davada yer alan üç yargıcın daha önce birinci derece mahkemesindeki yargılamaya da katılmış olması değerlendirilmiştir. AİHM bunun tarafsız mahkeme hakkını ihlâl anlamına geldiğine karar vermiştir.

De Haan Hollanda'ya karşı davasında temyiz mahkemesine başkanlık eden yargıçtan kendisinin sorumlu olduğu bir karara yapılan itiraz hakkında karar vermesi istenmişti. AİHM başvuru davasının, başkanlık görevindeki yargıcın nesnel tarafsızlığına ilişkin korkusunun haklı olduğuna ve 6. Madde ihlâli bulunduğuna karar vermiştir.

İsviçre'ye karşı yakın tarihli bir davada başvuru davasının beş yargıçtan oluşan bir mahkeme heyeti tarafından yargılandığı bir davada AİHM, 6. Madde (1) ihlâli bulmuştur. Yargıçlardan ikisi, aynı başvuru davasının açtığı başka bir davada karşı tarafın vekilliğini yapan kişilerdi ve yarı-zamanlı olarak yargıçlık yapıyorlardı. AİHM yarı-zamanlı adli göreve ilişkin yasa ve uygulamaların genel olarak 6. Maddeye uygun bir çerçeveye oturtulabileceğini ancak bu davada sadece yargılamanın yürütülüş şeklinden dolayı

la usulen  
lavasında  
soruştur-  
5. Madde

başkanı  
uştur. Bu  
n yargıç,  
r şüphe"  
ğlanacak  
na karar

lavasında  
mahkum  
5. Madde  
çok sayı-  
ışvurucu-  
te yargı-  
yer ver-  
n tarafsız-  
ıkarmaya

nesindeki  
i yargıla-  
tarafsız

nlık eden  
hakkında  
revindeki  
na ve 6.

an oluşan  
Madde (1)  
başka bir  
ılı olarak  
yasa ve  
urtulabile-  
en dolayı

endişe verici bir durum oluştuğunu belirtmiştir. Her ne kadar başvurunun davası ile iki hukukçunun dava vekili olarak görev yaptığı diğer dava arasında maddi bir bağ bulunmasa da, zaman bakımından fiili bir çakışma söz konusu olmuştur. Dolayısıyla, başvurunun söz konusu yargıcın hâlâ kendisini karşı taraf olarak görmeyi sürdürebileceğine ilişkin endişelerinin haklı olduğuna ve bu durumun yargıcın davaya gereken tarafsızlıkla yaklaşmayacağına dair meşru korku doğurabileceğine karar verilmiştir.

Yargıcın daha önce başvuru ile ilgisinin olması tek başına 6. Madde (1) ihlâli için yeterli değildir. Ancak, yukarıdaki davalarda tanımlandığı şekilde yargıcın dosya bilgisinin ötesinde birtakım özelliklerin özel vasıfların bulunması gerekir.

### Tekrar yargılama

Eğer bir karar temyizde bozulur ve dava dosyası birinci derece mahkemeye yeni bir karar için iade edilirse, aynı kurum, aynı heyetle veya başka bir heyetle davayı karara bağlayacağı için 6. Maddede otomatik bir ihlâl söz konusu olmaz. Thomann İsviçre'ye karşı davasında başvuru kendisini giyabında mahkum eden aynı mahkeme tarafından tekrar yargılanmıştı. AİHM bunun 6. Madde ihlâli anlamına geldiğini düşünmedi çünkü yargıçlar ilk sefer hüküm verirken ellerinde yeterli kanıt bulunmadığının bilincindeydiler ve bu defa davayı daha kapsamlı ve nizalı olarak baştan ele alacaklardı.

### Uzman mahkemeler

AİHM, uzman teknik bilginin gerekli olduğu durumlarda, özel yargı organlarınca duruşma düzenlenmesi için geçerli neden bulunduğunu belirtmiştir. Bunun için söz konusu alanda uygulamacı olan mahkeme üyeleri atanabilir, örneğin tıp disiplini mahkemeleri gibi. Mahkeme üyeleri ile taraflardan biri arasında doğrudan bağlantı bulunduğu durumlarda bu üyelerin çekilmesi gerekir. Meşru bir şüphe gündeme getirildiğinde, adli üyelerin varlığı ya da adli başkanın eşitlik durumunda belirleyici oya sahip olması yeterli bulunmayabilir. Langborger İsveç'e karşı davasında, Konut ve Kiracılık Mahkemesinde bir duruşma söz konusuydu. Bu mahkeme heyeti, iki profesyonel yargıç ile emlak sahipleri ve kiracılar derneği tarafından atanmış iki emlak bilirkişisinden oluşuyordu. Heyette yer alan iki emlak bilirkişisinin başvurunun itiraz ettiği hükmün korunmasını isteyen iki dernek ile yakın ilişkisi vardı. Başvurunun, bu iki üyenin kendisinin tersine bir çıkarı olduğuna ilişkin meşru korkusu haklı bulunurken, adli başkanın eşit-

lik durumunda belirleyici oy hakkına sahip olması, yeterli bulunmadı.

### Jüriler

Yukarıdaki ilkeler jüriye de eşit olarak uygulanır.

### Feragat

AİHM bir sanığın bağımsız ve tarafsız mahkeme hakkından hangi ölçüde feragat edebileceğine ilişkin sarih ilkeler belirlememiştir. Ancak AİHM, bu tür bir feragat imkânının kısıtlı olması ve asgari teminatların muhafaza edilmesi gerektiğini, bunların sadece taraflara bağlı olamayacağını belirtmiştir. Feragat kesin bir dille oluşturulmalıdır. Taraflar tarafsızlıkla ilgili kuşkuvar konusunda bilgilendirilmiş olmalı, kendilerine konuyu gündeme getirecek fırsat verilmiş olmalı ve taraflar mahkemenin oluşumundan memnun kaldıklarını beyan etmiş olmalıdır. İtiraz edilmemesi tek başına, feragat anlamına gelmez. AİHM Pfeiffer ve Plankl Avusturya'ya karşı davasında soruşturma yargıcı olan ve yargıçlık yapma niteliğine sahip olmayan iki mahkeme yargıcına itiraz etmenin feragat sayılmak için yeterli bulunmadığını kararlaştırmıştır. Oberschlick (No.1) Avusturya'ya karşı davasında temyiz mahkemesine başkanlık yapan yargıç önceki yargılamaya katılmış olduğu için Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre bu görevde bulunamazdı. Başvurucu, yargıcın varlığına itiraz etmemiştir, ama diğer iki yargıcın da benzer şekilde bu davada görev yapamayacağı gerçeğinden habersizdi. AİHM başvurucunun tarafsız mahkeme hakkından feragat etmediğini kararlaştırdı.

### Yasayla oluşturulmuş

Mahkemenin yasayla oluşturulmuş olması şartına ilişkin olarak Komisyon, Zand Avusturya'ya karşı davasında şunları belirlemiştir:

6. Madde (1)'de bulunan mahkemelerin "yasayla oluşturulması" koşulunu öngören hükmün amaç ve hedefi, demokratik bir toplumda adli teşkilatlanmanın Yürütmenin takdirine bağlı olmaması, ancak Parlamento tarafından çıkartılan yasalarla düzenlenmesini sağlamaktır. Fakat, bu yasama konusunda yetkilendirmenin adli teşkilata ilişkin konularda kabul edilemez olduğu anlamına gelmez. 6. Madde (1) yasama erkinin bu alandaki her bir ayrıntının resmi Parlamento Yasasıyla düzenlenmesini gerektirmez, yeter ki yasama erki adli teşkilat için en azından bir çerçeve oluşturmuş bulunsun.

madı.

## 10. "Adil yargılama" kavramının içinde neler bulunur?

6. Madde herkesin adil yargılanma hakkı olduğunu belirtir. Bu ifade, hukukun doğru işleyişi için gereken pek çok boyutu barındırır; örneğin, mahkemeye erişim hakkı, sanığın duruşmada hazır bulunması, kendi aleyhine tanıklık yapmama özgürlüğü, silahların eşitliği, nizalı dava hakkı ve gerekçeli karar gibi.

Yargıcın görevi, bir ihtilâfın tüm taraflarının Sözleşmede kendilerine tanınan "adil yargılanma" hakkından faydalanmasını sağlamaktır.

### Mahkemeye erişim

6. Maddenin metninde mahkemeye erişim hakkına ilişkin açık bir teminat bulunmamakla beraber, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu hükmün, herkesin medeni hak ve yükümlülüklerine ilişkin tüm iddialarını mahkeme önüne getirmesi hakkını teminat altına aldığını belirlemiştir. 6. Madde kapsamında bulunan mahkeme hakkı içinde mahkemeye erişim hakkı, yani medeni konularda mahkemelerde dava açma hakkı, sadece bir tek boyut oluşturur.

Golder Birleşik Krallığa karşı davasında AİHM şöyle karar vermiştir:

6. Madde (1) eğer sadece mahkemede açılmış bulunan bir davanın yürütülüşüyle ilgili olarak anlaşılırsa, Taraf Devletlerden biri, metni ihlâl etmeksizin, mahkemelerini ortadan kaldırabilir veya bazı hukuk davalarında mahkemelerin yargı yetkisini ellerinden alarak, bu yetkiyi Hükümete bağlı organlara devredebilir... AİHM'nin kanaatine göre, 6. Madde (1) uyarınca taraflara süregelen bir davada tanınan yargılama teminatları ayrıntılarıyla tanımlanırken, öncelikle bu teminatlardan faydalanılmasına imkân tanıyan mahkemeye gitme hakkının koruma altına alınmamış olması düşünülemez. Adli yargılamaların adil, açık ve süratli olması özellikleri, adli yargılama olmadıkça hiçbir değer taşımaz.

Ancak, mahkemeye erişim hakkı mutlak bir hak değildir. Golder Birleşik Krallığa karşı davasının niteliği dolayısıyla Devlet tarafından bir düzenleme gerektirdiği (bunun da gerek toplum gerekse bireylerin ihtiyaçları ve kaynaklarına göre zaman ve yer açısından değişiklik gösterebileceği) ancak böyle bir düzenlemenin hakkın özüne asla hâlel getirmemesi ya da Sözleşmede yer alan diğer haklarla ihtilâfa düşmemesi gerektiği de AİHM tarafından ayrıca belirtilmiştir.

İçtihadında, AİHM bir kısıtlamanın sadece aşağıdaki durumlarda 6. Maddeye uygun olacağını belirtmiştir:

- eğer meşru bir amacı varsa

ve

- eğer kullanılan araçlarla ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir orantısallık ilişkisi varsa.

Golder Birleşik Krallığa karşı davasında bir cezaevi yetkilisine karşı şahsi iftira davası açmak isteyen bir mahkumun avukatı ile görüşmesine izin verilmemişti. AİHM bunun 6. Maddenin ihlâli olduğuna karar verdi; çünkü mahkemeye erişim hakkının yalnızca bulunması yetmez, etkin olması da gerekir. AİHM ayrıca bir mahkumun avukatıyla duruşma salonu dışında gizlilik içinde görüşmemesinin, etkin bir şekilde mahkemeye erişim hakkının ihlâli olduğunu belirledi.

Bazı davalarda mahkemeye erişim hakkı davacının niteliği nedeniyle tanınmayabilir. Mahkeme, reşit olmayanların, akli dengesi olmayanların, müflislerin ve sadece zarar verme amaçlı açılan davaların davacılarına uygulanan sınırlandırmaların meşru bir amaca sahip olduğunu bildirmiştir. Canea Katolik Kilisesi Yunanistan'a karşı davasında, bir mahkeme başvuran kilisenin Yunanistan yasalarında tüzel kişiliği bulunmadığını tespit etmiştir. Bunun sonucunda, mülkiyet hakları iddiası ile açılan dava reddedilmiştir. Ancak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu kararın mahkeme hakkının esasını zedelediğini, dolayısıyla da 6. Maddenin ihlâl edildiğini belirtmiştir. AİHM, ayrıca başvurucunun davada doğrudan ilgisi bulunduğu halde, yasal yargılamanın sadece başka bir kuruluş tarafından üstlenilebilmesinin de ihlâl teşkil ettiğini belirlemiştir. Philis Yunanistan'a karşı davasında mesleği mühendislik olan bir başvuru yaptı; işin ücretini istiyordu. Bu takibat sadece Yunanistan Teknisyenler Odası tarafından yapılabilirdi. AİHM bu usul, her ne kadar mühendisler az bir masraf karşılığında deneyimli hukuki temsilden faydalanma imkânı sağlıyor da olsa, bu usulün başvurucunun kendi iddiasını takip etme ve kendi adına hareket etme olasılığının elinden alınmasını haklı çıkarmaya yetmeyeceğini belirtmiştir.

Airey İrlanda'ya karşı davasında yoksul bir kadının kocasından ayrılmak amacıyla dava açması için yasal yardım sağlanması talebi reddedilmişti. AİHM şöyle bir karar verdi:

Ya hukuki temsilcinin zorunlu oluşu (bazı Taraf Devletlerin iç hukuku çeşitli dava türlerinde böyle bir zorunluluk içerir) ya da usul veya davanın karmaşıklığı nedeniyle bu yardımın etkin bir şekilde mahkemeye erişim imkânı açısından kaçınılmaz olduğu kanıtlanırsa, 6. Madde(1) kapsamında bazen Devlet avukat yardımı sağlamak zorunda kalabilir.

AİHM, bu davada başvurucunun adli ayrılık kararı için başvurmak amacıyla Yüksek Mahkemeye etkin erişim hakkından faydalanmadığını belir-

lemiştir.

Mahkemeye erişim hakkı, davanın gerçekleştirilebilmesini etkin bir biçimde engelleyen bir dokunulmazlık olduğunda da bazen ihlâl edilebilir. Osman Birleşik Krallığa karşı davasında polisin soruşturma ya da önleyici görev yapması kapsamında ihmal nedeniyle yargı dokunulmazlığına sahip olmasına ilişkin bir kamu politikasına ilişkin değerlendirmesinde AİHM, muafiyet kuralının meşru sayılabileceğini, zira bu muafiyetin polisin asayiş-i koruma ve suçu önlemedeki etkisini korumaya yönelik olduğunu belirtmişti. Ancak, birbiriyle çakışan kamu menfaatlerine ilişkin ileri tahkikat yapılmaksızın kuralın bu davaya uygulanması, polisler soruşturmaları ve suçun önlenmesi esnasındaki davranışları ve ihmalleri için genel bir dokunulmazlık sağladığından, bireyin isabetli davalarda iddiasını esasa göre karara bağlatma hakkına, haklı sebebe dayanmayan bir kısıtlama getirmektedir. AİHM bu davada 6. Maddenin ihlâl edildiğine karar vermiştir.

Ancak, Ashingdane Birleşik Krallığa karşı davasında akıl hastalarının kötü niyet ya da yetersiz bakım gerekçeleri olmaksızın personel ya da sağlık görevlilerine karşı hukuk davası açmalarını yasaklayan bir tüzükte bulunan dokunulmazlığa ilişkin değerlendirmesinde, AİHM davada uygulanan kısıtlamaların sorumlu yetkililerin yükümlülüğünü sınırlandırmakla birlikte başvuru mahkemeye gitme hakkının esasını engellemediğine ya da orantısallık ilkesini ihlâl etmediğine karar vermiştir. AİHM, yine de bu davada başvuru mahkemeye gitme hakkının esasını açabileceğini belirtmiştir.

Eğer söz konusu yerel mahkeme ilgili davanın esas ve yasal içeriğinde tam yetkili değilse AİHM, mahkemeye erişim hakkı ihlâli bulabilir. İhlâl olup olmadığını araştırırken, ihtilafın konusu ve yetkisi sınırlı bile olsa mahkemenin ihtilaf konularını yeterli bir şekilde değerlendirip değerlendiremeyeceği, karara nasıl varıldığı ile dava ya da başvurunun arzulan ve gerçek dayanakları dahil olmak üzere ihtilafın içeriği AİHM tarafından göz önünde bulundurulacaktır.

Bryan Birleşik Krallığa karşı davasında ele alınan mesele, planlama izninin ihlâli nedeniyle uygulanan icra takibiydi. AİHM, her ne kadar Yüksek Mahkemeye başvuru hakkı kimi yasa maddeleriyle sınırlandığından davanın esasına ilişkin yetkisi kısıtlı da olsa bunun 6. Maddenin ihlâli anlamına gelmediğini belirtti. Vatandaşların davranışlarının düzenlenmesinde yetkililerin takdirini kullanmasına tipik bir örnek teşkil ettiği düşünülen planlamanın özel nitelikleri AİHM tarafından vurgulanmıştır. Dolayısıyla, Yüksek Mahkemenin inceleme kapsamı yeterli bulunmuştur. Ancak, Vasilescu Romanya'ya karşı davasında, yerel mahkemelerin

Komünist rejim sırasında el koyulan mülkün iadesine ilişkin talebi inceleme yetkisi olmadığı için AİHM, 6. Maddenin ihlâl edildiğini belirlemiştir. Romanya Yüksek Yargı Mahkemesinin iç usul hukuku uyarınca yaptığı ve aslında hiçbir mahkemenin başvurusunun iddiasını inceleme yetkisi olmadığı hükmünü veren yorumu AİHM tarafından kabul edilmiştir. Sadece Başsavcılıkta işlem yaptırılabilirdi. Strazburg Mahkemesi Başsavcılığın 6. Madde (1) kapsamında bağımsız bir mahkeme olmadığını kararlaştırdı.

### **Duruşmada bulunmak**

AİHM, ceza davalarında sanığın duruşmalarda hazır bulunması gerektiğini kararlaştırmıştır. 6. Madde (1) ve (3) c-e fıkralarının amaç ve hedefi sanığın mevcudiyetini öngörmektedir.

Hukuk davalarında gelince, tarafların yargılamada hazır bulunma şartı sadece bazı davalar için geçerlidir; örneğin taraflardan birinin şahsi davranışının değerlendirileceği davalar gibi.

Sanığın veya taraflardan birinin gıyabında duruşma yapılması ceza davalarında belirli istisnai koşullarda, yetkililer gerekenleri yaptıkları halde ilgili kişiye duruşmayı haber veremedikleri takdirde ve bazı hastalık durumları söz konusu ise adaletin idaresini sağlamak için kabul edilebilir.

Taraflardan biri bir şifahî duruşmada hazır bulunma hakkından feragat edebilir, ancak feragatin kesin ve "önemiyle mütenasip asgari teminatlarla donatılmış olması" gereklidir. Fakat, ceza davasında bir sanık hakkından feragat etse bile hukuki temsilci bulundurmalarına izin verilmelidir.

F.C.B. İtalya'ya karşı davasında başvurusunun vekili mahkemeye müvekkilinin yurtdışında tutuklu bulunduğunu bildirmesine karşın, İtalya'daki mahkeme sanığı gıyabında tekrar yargılamıştır. AİHM, başvurusunun hazır bulunmaktan feragat etme isteğine ilişkin bir ifadede bulunmadığını belirtmiş ve Hükümetin İtalyan yetkililerine adresini vermemek gibi kasıtlı geciktirme taktiklerine başvurulduğu iddiasını kabul etmemiştir. İtalyan yetkililer başvurusunun yurtdışında yargılanmakta olduğunu biliyorlardı, dolayısıyla savunma haklarından etkin bir şekilde faydalanılmasını sağlamak için gereken özen ile durumu berraklaştıracak ileri adımlar atılmaksızın duruşmaya devam edilmiş olması bağdaşmamaktadır.

Kişinin temyiz aşamasında hazır bulunma hakkı duruşmanın türü ve kapsamına bağlıdır. AİHM, sanığın duruşmada hazır bulunmasının temyiz duruşmalarında esas duruşma kadar hayati olmadığını düşünmektedir. Temyiz mahkemesi hukuki bir inceleme yapıyorsa, sanığın duruşmada

in talebi  
ini belir-  
uyarınca  
inceleme  
dirmiştir.  
ahkemesi  
madığını

erektiğini  
fi sanığın

ma şartı  
in şahsi

ası ceza  
ları halde  
hastalık  
dilebilir.

agat ede-  
ninatlarla  
akkından  
ir.

hkemeye  
n, İtalya'-  
urucunun  
madığını  
ibi kasıtlı  
r. İtalyan  
iyorlardı,  
ını sağla-  
atılmak-

i ve kap-  
n temyiz  
mektedir.  
arışmada

hazır bulunması gerekli olmaz. Ancak, eğer temyiz mahkemesi davanın esasını da değerlendiriorsa durum farklı olacaktır. Sanığın hazır bulunma hakkı olup olmadığını tespit derken AİHM, önce neyin yitirilebileceğini ve temyiz mahkemesinin esası belirlemek için sanığa gerek duyup duy-  
madığını göz önünde bulundurur.

Kremzow Avusturya'ya karşı davasında başvuru hukuka ilişkin bir duruş-  
manın dışında tutulmuştu ve AİHM de avukatın katılmasına ve başvuru  
namına savunma yapmasına imkân sağlandığı için kişinin kendisinin hazır  
bulunmasının 6. Madde (1) ve 6. Madde (3) c uyarınca gerekli olmadığına  
karar vermiştir. Ancak AİHM, başvuru, mahkûmiyet kararının ağır-  
laştırılarak ömür boyu hapis cezasına ve bu cezanın özel bir cezaevinde  
çekilmesine çevrilmesine ilişkin kararın görüşüldüğü ve jürinin tespit  
edemediği suç sebebine dair karar verilen bir duruşmanın dışında tutulmuş  
olmasının ihlâl teşkil ettiğini belirlemiştir. AİHM başvuru, karak-  
terinin, akli durumunun ve sebeplerinin değerlendirilmesi dava açısından  
önem taşıdığından, ve başvuru, yitirebilecekleri epeyce çok olduğun-  
dan, başvuru, avukatının yanı sıra duruşmada hazır bulunabilmesi  
ve duruşmaya katılabilmesi gerektiğini belirtmiştir.

### **Kendi aleyhine tanıklık etmemek**

AİHM ceza davalarında adil yargılama hakkı içinde "suç işlemiş olmakla  
itham edilen herkesin...sessiz kalmak ve kendi aleyhine tanıklık etmemek"  
hakkı bulunduğunu belirtmiştir.

Saunders Birleşik Krallığa karşı davasında AİHM şunları belirtmiştir:

AİHM, her ne kadar Sözleşmenin 6. Maddesinde özellikle belirtilmemiş de  
olsa, sessiz kalma ve kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkının 6. Madde  
kapsamındaki adil yargılama kavramının esasını oluşturan ve genel olarak  
kabul edilen uluslararası standartların özünde bulunduğunu anımsatır.  
Bunun maksatları arasında sanığın yetkililerce uygunsuz bir şekilde zorlan-  
maya karşı korunması yoluyla adaletin tecellisindeki hatalı uygulamaları  
önlemek ve 6. Maddenin hedeflerini yerine getirmek bulunmaktadır...  
Kişinin kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkı, özellikle bir ceza davasında  
savcılık makamının sanığın iradesi hilafında tehdit veya tazyik yöntem-  
leriyle elde edilmiş kanıtlara başvurmadan sanığa karşı iddiasını kanıtla-  
maya çalışmasını öngörür. Bu bağlamda söz konusu hak, Sözleşmenin 6.  
Madde (2) kapsamında bulunan masumiyet karinesiyle yakından bağlan-  
tılıdır.

Kendine karşı tanıklık etmemek hakkı öncelikle sanığın sessiz kalma

isteğine saygı gösterilmesiyle ilgilidir. Sözleşmeye Taraf Devletlerin hukuki sistemlerinde ve başka yerlerde yaygın olarak anlaşıldığı üzere, bu hak ceza yargılamalarında sanıktan cebren elde edilmiş olabilecek malzemenin kullanılmasını kapsamamakla beraber, şüphelinin isteğinden bağımsız olarak mevcudiyeti bulunan, arama emri sonucunda ele geçirilen evrak, tükürük, kan ve idrar örnekleri ile DNA testi için alınan bedensel dokuların kullanılması mümkündür.

Bu davada, bir şirket müdürünü yasa gereği cezai yaptırım olarak şirketin devredilmesine ilişkin devlet müfettişlerinin sorularını yanıtlamak durumunda kalmıştı. Sorgulama kayıtları daha sonra deşifre edilerek hüküm giydiği bir duruşmada başvurucuya karşı kanıt olarak kabul edilmişti. AİHM bu durumun 6. Maddenin ihlâli olduğu kanaatine vardı.

AİHM gerek sorgulama gerekse duruşma sırasında sanığın sessizliğinin ters anlamda yorumlanmasına izin veren kurallara ilişkin farklı bir görüş benimsemiştir. John Murray Birleşik Krallığa karşı davasında AİHM, "sessiz kalma hakkının" mutlak bir hak olmadığını belirlemiştir. Her ne kadar bir sanığın mahkumiyetini sadece ya da esasen sessizliği ya da sorulara yanıt vermeyi reddetmesine dayandırmak bu dokunulmazlık ile bağdaşmasa da, bu imtiyaz bariz bir şekilde açıklama gerektiren durumlarda sanığın sessiz kalışının göz önünde bulundurulmasını önlemez. AİHM bu davada uygulanan yasanın 6. Maddeyi ihlâl etmediğine karar verdi. Başvurucu doğrudan tehdit altında kalmamış, ne para cezası ne de hapisle tehdit edilmiştir. AİHM sonuç çıkartılmasının bir sanığın hareketleri veya davranışına ilişkin masumane bir açıklama getirememesinden kaynaklanan çıkarsamanın sağduyulu ifadesi olduğunu kararlaştırmıştır. Adillik ilkesine uyum yeterince teminat altına alınmıştı, ayrıca ispat yükü genel olarak, söz konusu çıkarsamanın dikkate alınabilmesi için geçerli bir dava oluşturması gereken savcılık makamına aitti.

Oysa, AİHM Condron Birleşik Krallığa karşı davasında jürinin bir başvurunun sükûtundan ters anlam çıkartıp çıkarmayacaklarına karar vermede, 6. Maddenin ihlâlîni önlemek amacıyla bir asliye mahkemesi hâkimi tarafından yönlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

### **Silahların eşitliği ve nizalı dava hakkı**

Adil duruşma hakkının içinde silahların eşitliği ilkesi de bulunur. Bunun anlamı bir davaya taraf olan herkesin karşı taraf karşısında kendisini önemli bir dezavantajlı konumda bırakmayacak şartlarda, iddialarını mahkemeye sunabilmesi için makul bir fırsata sahip olabilmesidir. Taraflar

arasında adil bir denge kurulmalıdır.

Adil yargılama hakkında nizalı dava hakkı da bulunur, yani prensipte bir ceza ya da hukuk davasında tarafların gösterilen tüm delillerden ve sunulan tüm mütalaalardan haberdar olması ve görüş bildirebilme olanağı bulunmalıdır. Bu bağlamda adaletin adil idaresi görünümüne özellikle önem verilmelidir.

Bu ilkeler hem ceza hem de hukuk davalarına uygulanır.

Ceza davalarında, 6. Madde (3)'de yer alan bazı özel teminatlarla örtüşmekle beraber, bu ilkeler yargılamanın sadece o boyutlarıyla kısıtlı değildir. Örneğin AİHM, Bönisch Avusturya'ya karşı davasında savunma tarafından çağrılan bir uzman tanığa savcılık ya da mahkeme tarafından çağrılan tanıklarla aynı imkânların tanınmamasının, 6. Madde (1) ihlâli olduğunu belirlemiştir.

Ayrıca, Komisyon Jaspers Belçika'ya karşı davasında silahların eşitliği ilkesi 6. Madde (3) b ile birlikte değerlendirildiğinde, savcılık veya soruşturma makamının ellerindeki ya da ulaşabildikleri ve sanığın kendisini temize çıkarabilmesine veya cezasını azaltmasına yardımcı olabilecek nitelikteki tüm malzemeleri açıklamakla yükümlü olduğu şeklinde anlaşıldığını belirlemiştir. Bu ilke aynı zamanda bir savcılık tanığının inandırıcılığına halel getirebilecek malzemeyi de kapsar. Foucher Fransa'ya karşı davasında AİHM, kendi kendini savunmak isteyen bir sanığın savcı tarafından dava dosyasına erişiminin engellendiği ve dosyada bulunan evrakın birer nüshasının sanık tarafından alınmasına izin verilmediği için sanığın savunmasına yeterince hazırlanamamasının 6. Madde (3) ile birlikte okunduğunda, silahların eşitliğinin ihlâli anlamına geldiğini kararlaştırmıştır.

Rowe ve Davis Birleşik Krallığa karşı davasında iki başvurucu ile cinayet, vahim bedensel yaralanmaya sebebiyet veren saldırı ve üç soygun olayı ile itham edilen üçüncü bir kişinin yargılanması söz konusuydu. Savcılık iddiasını büyük ölçüde başvuruclarla birlikte oturan az sayıda kişiden oluşan bir grubun ve başvuruclardan birinin kız arkadaşının tanıklığına dayandırmıştı. Bu üç kişi itham edildikleri suçlardan hüküm giymişler, Temyiz Mahkemesi de hükümleri onaylamıştı.

Başvurucların birinci derece mahkemedeki duruşması sırasında savcılık, yargıca haber vermeksizin bazı kanıtları kamu menfaati gerekçesiyle açıklamamaya karar vermişti. Başvurucların temyiz başvurusunda bulunmaları üzerine savcılık, savunmaya elde bazı bilgiler olduğunu bildirmiş, ancak bu bilgilerin nevîni açıklamamıştır. Ayrıca, Temyiz Mahkemesi iki kez, savcılık tarafından savunmanın gıyabında ve tek tarafın katıldığı duruşmalarda sunulan ve açıklanmayan bu kanıtları incelemiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ilgili kanıtın açıklanması hakkının mutlak bir hak olmadığına işaret ederek tanıkların korunması ya da cezaî soruşturmalarda polis tarafından kullanılan gizli yöntemlerin açığa çıkarılması gibi menfaat çakışmaları olabileceğini vurgulamıştır. Ancak, savunmanın haklarını kısıtlayan yegâne önlemler, 6. Madde kapsamında müsaade edilen mutlaka gerekli durumlardan oluşmaktadır. AİHM gizlenen bilginin öneminin savcılık tarafından tespit edilmesinin gerek nizalı dava gerekse silahların eşitliği şartlarıyla uyuşmadığını kararlaştırmıştır. Temyiz mahkemesi huzurunda gerçekleştirilen usul, neden olunan haksızlığı düzeltmek için yeterli değildir. Bunun nedeni de açıklanmayan malzemenin davayla muhtemel ilişkisini anlamak için o mahkemedeki yargıçların ilk duruşmanın zabıtlarına dayanması ve sadece savcılık tarafından kendilerine sunulmuş şekline göre değerlendirme yapmak durumunda olmasıdır. Bunların ışığında AİHM, 6. Madde (1) ihlâline karar vermiştir.

Hukuk davalarında, 6. Madde kapsamında bazı durumlarda taraflara tanıkların çapraz sorgulama hakkı tanınması gerekir. Taraflardan birinin ulusal mahkemeye Devletin vekili tarafından sunulan yazılı lâyihaya yanıt vermesinin önlenmesi durumunda da silahların eşitliği ilkesi ihlâl edilmiş olur. *Dombo Beheer B.V. Hollanda'ya karşı* davasında limitet şirket olan başvuru, bir bankaya karşı, kendisiyle banka arasında belirli kredi imkânların sağlanmasına dair şifahi bir anlaşma bulunduğunu kanıtlamak üzere hukuk davası açmıştı. İddia edilen anlaşmaya varılan toplantıda sadece iki kişi hazır bulunmuştu, birisi başvuruğunun diğeri ise bankanın temsilcisiydi. Ancak yerel mahkeme sadece bankayı temsil eden kişinin tanık olarak dinlenmesine izin vermişti. Başvuru şirketin kendisini temsil eden kişiyi çağırmasına imkân tanınmamıştı, çünkü mahkeme bu kişiyi başvuru şirketle özdeşleştirmişti.

Ancak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, söz konusu müzakereler sırasında her iki temsilcinin de eşit şartlarda hareket ettiğini, her ikisinin de ilgili tarafların namına müzakere yetkisiyle donatılmış olduğunu belirlemiş ve neden her ikisinin de tanıklık etmesine izin verilmediğini anlamakta zorlandığını belirtmiştir. Bu nedenle başvuru şirket banka karşısında önemli ölçüde dezavantajlı bir duruma düşmüş, dolayısıyla da 6. Madde (1) ihlâli oluşmuştur.

Ancak AİHM, *Ankerl İsviçre'ye karşı* davasında 6. madde (1) ihlâli olmadığını kararlaştırmıştır. Bu dava da tanık çağırma ile ilgiliydi ve başvuru bir mahkemenin eşinin yemin ederek özel hukuk davasında kendisini destekleyici ifade vermesine izin vermemesinin silahların eşitliği ilkesinin ihlâli olduğunu, çünkü karşı tarafın yeminli ifade veren bir tanık göstere-

nin mut-  
aî soruş-  
karılma-  
sı, savun-  
müsaade  
bilginin  
gerekse  
Temyiz  
aksızlığı  
zemenin  
ların ilk  
adilerine  
masıdır.

ra tanık-  
n ulusal  
anıt ver-  
niş olur.  
n başvu-  
kânların  
e hukuk  
iki kişi  
siydi.  
urak din-  
n kişiyi  
rucu şir-

sırasın-  
de ilgili  
emiş ve  
akta zor-  
a önem-  
(1) ihlâli

1) ihlâli  
e başvu-  
endisini  
ilkesinin  
göstere-

bildiğini belirterek şikayetçi olmuştu.

AİHM, başvurunun eşinin yeminli ifade vermesinin dava sonucunu nasıl etkileyebileceğini anlayamadığını belirtmiştir. Zira, mahkemenin Bayan Ankerl'in ifadesini dikkate alacağı kesin olmadığı gibi, mahkemenin karşı tarafın tanığının ifadesine özellikle bir ağırlık vermesi söz konusu olmamış, ayrıca mahkeme kararını sadece ilgili ifadelere değil, başka delillere de dayandırmıştır.

AİHM, Devletin resmi yasama meclisi tarafından başvurunun davası ulusal mahkemelerde görülürken, başvurunun davayı kaybetmesini temin edecek bir yasal düzenlemenin kabul edilmesinin silahların eşitliği ilkesinin ihlâli olduğuna karar vermiştir.

Son olarak Van Orshoven Belçika'ya karşı davasında, bir tabiple ilgili disiplin davası söz konusuydu. Başvurucu kendisinin meslek odası kaydının silinmesine ilişkin bir karara itiraz etmiş, ancak başvuru mahkeme tarafından reddedilmişti.

Şikayetinde, temyiz mahkemesinde görülen davanın hiçbir aşamasında başsavcı tarafından sunulan lâyihalara yanıt vermesine imkân tanınmadığını ve bunların kendisine iletilmediğini belirtmiştir.

AİHM, başvurunun yitirecekleri ve başsavcının sunduğu lâyihaların içeriği düşünüldüğünde, Bay Van Orshoven'in duruşmanın sona ermesinden önce bu lâyihalara yanıt vermesine imkân tanınmamasının nizalı dava hakkının ihlâli olduğuna karar vermiştir. AİHM bu hakkın, bir davadaki her iki tarafın da sunulan deliller ve mütalaalara ilişkin bilgilendirilmesi ve görüş belirtme imkânına sahip olması anlamına geldiğini vurgulamıştır. Bu kapsamda 6. Madde (1) ihlâl edilmiştir.

### Gerekçeli karar hakkı

6. Madde uyarınca yerel mahkemeler hem ceza hem de hukuk davalarında kararlarının gerekçelerini belirtmelidir. Mahkemeler tüm sorulara ayrıntılı cevap vermek zorunda değildir, ancak davanın sonucunu temelden etkileyecek bir lâyiha varsa mahkeme kararında özellikle bunun üzerinde durmalıdır. Hiro Balani İspanya'ya karşı davasında, başvuru mahkemeye belirli ve süratli cevap gerektiren bir mütalaa sunmuştu. Mahkemenin bu talebi cevaplandırmamış olması, meseleyi ele almayı ihmal mi ettiği yoksa talebi reddetmeyi mi düşündüğü, eğer böyleyse reddetme nedenlerinin ne olduğunu anlamayı imkânsız hale getirmiştir. Bunun 6. Madde (1) ihlâli teşkil ettiği kararlaştırılmıştır.

AİHM tarafından ele alınan konulardan biri de ceza davalarında jüriler

tarafından sunulan gerekçeli karar olmayışıdır. Komisyon Avusturya'ya karşı bir davada ihlâl bulunmadığına, zira jüriye yanıtlamaları için ayrıntılı sorular yöneltildiğine, dava vekilinin değişiklik için başvurabileceğine ve bu denli berraklığın gerekçelendirme eksikliğini kapatabileceğine karar vermiştir. Buña ek olarak, başvuru yargıcın yasaya ilişkin olarak jüriyi yanlış yönlendirdiğini ileri sürerek kararın iptali için başvurabilirdi ve bunu zaten yapmıştı.

### **11. Reşit olmayanlara ne gibi özel haklar uygulanır?**

AIHM uzun süre önce Sözleşmede yer alan adil yargılanma haklarının yetişkinleri olduğu kadar çocukları da kapsadığını kararlaştırmış ve Nortier Hollanda'ya karşı davasında da ceza yasası kapsamındaki eylemlerden yargılanan çocukların 6. Madde kapsamındaki teminatlardan yararlanamamasına ilişkin hiçbir önerinin kabul edilemez olduğunu belirtmiştir.

Yaşı küçük suçluların haklarına ilişkin davalara en önemli örnek, T ve V Birleşik Krallığa karşı davasıdır; bu davada 10 yaşındaki iki erkek çocuk, iki yaşında bir erkek çocuğu bir alışveriş merkezinden kaçırmış, öldüresiye dövmüş ve ezilmesi için tren raylarının üzerine bırakmıştı. Bu dava Birleşik Krallık'ta kamuoyunda büyük tepki ve öfke uyandırmıştı. Çocuklar cinayetle itham edilmişler, ithamın türünden dolayı bir yetişkin mahkemesinde yargılanmışlardı. 1993 yılında süresiz hapis cezası aldıklarında on bir yaşındaydılar.

AIHM'ye yaptıkları başvuruda diğer şikayetlerinin yanı sıra, davalarının işleyişine etkin katılımında bulunamadıkları için adil yargılanma hakkından mahrum bırakıldıklarını da belirtmişlerdir. AIHM, Taraf Devletler arasında asgari cezaî sorumluluk yaşının ne olması gerektiği konusunda berrak bir ortak standart bulunmadığını belirtmiş ve başvuruçulara cezaî sorumluluk atfedilmesinin tek başına 6. Madde ihlâli teşkil etmediğini bildirmiştir. AIHM ayrıca, şunları da eklemiştir:

Ancak, AIHM bir suçla itham edilen bir çocuğun değerlendirilmesinde yaşı, olgunluk düzeyi ile zihni ve hissi yeterliliklerinin tam anlamıyla göz önünde bulundurulması ve yargılamayı anlaması ve bu sürece katılma yeteneğinin artırılması için önlem alınması gerektiği konusunda Komisyon ile aynı görüştedir. Ağır bir suçla yargılanan küçük bir çocuğun medya ve kamuoyunun büyük ilgisini çektiği düşünüldüğünde, duruşmaların, sanığın gözünün korkmasını engelleyecek şekilde yürütülmesi gereklidir.

AIHM şöyle devam etmiştir:

AIHM başvuruçunun davasının üç haftayı aşkın bir süre açık duruşma şeklinde Kraliyet Mahkemesinde görüldüğünü dikkate almıştır. Başvuruçunun yaşının küçük olması nedeniyle özel önlemler alınmıştır: örneğin, yargılama usulü kendisine açıklanmış, önceden mahkeme salonunu görmeye götürülmüş ve sanıkların çok yorulmalarını engellemek için duruşma süreleri kısa tutulmuştur. Yine de, Kraliyet Mahkemesinin formalite ve gelenekleri zaman zaman on bir yaşında bir çocuğa anlaşılabilir ve ürkütücü görünmüş olsa gerek; ayrıca mahkemede yapılan bazı değişiklikler, özellikle de sanıkların olan biteni görmesini sağlamak için yükseltelen sanık sırasının, dava esnasında başvuruçunun rahatsızlığını artırdığı, çünkü kendisini basın ve kamuoyunun ilgi odağı haline getirdiğini gösteren kanıtlar bulunmaktadır.

Buna ek olarak, başvuruçunun olgunluk düzeyi dolayısıyla durumu anlayabilmesinin ve avukatlarına bilinçli talimatlar verebilmesinin çok şüpheli olduğuna ilişkin psikiyatrik kanıtlar bulunmaktaydı. AIHM kararında şunlar yer alır:

Burada, her ne kadar başvuruçuların avukatları, Hükümetin ifadesiyle, "fısıltı mesafesinde" oturtulmuş olsalar da, başvuruçunun gergin mahkeme salonu ve kamunun sürekli ilgisi nedeniyle duruşma sırasında korkmadan avukatlara danışabilmesi ve hatta olgunluk düzeyinin düşüklüğü ve ruhi durumundaki bozukluk düşünüldüğünde, mahkeme salonunun dışında bile avukatlarıyla işbirliği yaparak avukatlarına savunması için gereken bilgiyi verebilmiş olması hiç de olası görülmemektedir.

Bu durumda AIHM başvuruçunun kendisi aleyhindeki ceza yargılamasına katılamadığına ve 6. Madde (1) uyarınca adil yargılamadan mahrum bırakıldığına karar vermiştir.

AIHM Singh ve Hussain Birleşik Krallığa karşı davalarında, reşit olmayanlara erken salıverme ihtimali olmaksızın ömür boyu hapis cezası verilmesinin, 3. Madde (işkence, insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele veya cezaya tâbi tutulmamak) kapsamında ihlâl doğurabileceğini belirtmiştir.

## **12. Kanıtların kabul edilebilirliğine ilişkin durum nedir?**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kanıtların kabul edilebilirliğine ilişkin kendi görüşlerinin, ulusal mahkemelerin bu doğrultudaki görüşlerinin yerini alamayacağını sıkça belirtmiş, ancak yine de yargılamanın adil olup olmadığını kararlaştırırken kanıtların ele alınış biçimini önemli bir konu olarak incelemiştir. Kanıtlara ilişkin kurallar dolayısıyla, tüm Taraf Devletlerde yerel mahkemeler için büyük önem taşımaktadır.

Ancak Sözleşme bazı önemli ilkeler belirlemiştir. Bu ilkelerin büyük bir bölümü, tanıklara ilişkin 17. Bölümde bulunmaktadır.

Yasadışı elde edilen kanıtların kabulü tek başına 6. Madde ihlâli anlamına gelmez, fakat AİHM Schenk İsviçre'ye karşı davasında, bu durumun belli bir davanın esasına göre haksızlığa yol açabileceğini belirtmiştir. Bu davada, bir kayıt söz konusuydu, yasadışı olmasının nedeni de soruşturma yargıcının talimatının olmayışydı. AİHM 6. Madde (1):ihlâli bulunmadığına karar vermişti, çünkü savunma kayıta itiraz etme hakkına sahipti ve sanığın mahkûmiyetini destekleyen başka kanıtlar da vardı. Khan Birleşik Krallığa karşı davasında, başvuru kuzeni ile aynı uçakta Birleşik Krallığa varmış, kuzeninin üzerinde eroin bulunmuştu. Başvurucunun üzerinde eroin bulunmamıştı. Beş ay sonra başvuru eroin satışı dolayısıyla soruşturulan bir arkadaşını ziyarete gitmişti. Arkadaşının bilgisi dışında, evine bir dinleme cihazı yerleştirilmişti. Polis başvuru ile arkadaşı arasındaki bir konuşmanın kaydını almış, burada başvuru uyuşturucu kaçakçılığına karıştığını itiraf etmişti. Başvuru yakalanmış, itham edilmiş ve nihayetinde uyuşturucu suçundan hüküm giymişti.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine özel hayatın korunmasına ilişkin 8. Maddenin ihlâli ve 6. Maddenin ihlâlâline ilişkin iddiayla başvuruda bulunulmuştu. AİHM 8. Madde ihlâli bulmuştur, çünkü gizli dinleme cihazlarının kullanılmasına yetki veren hiçbir hukuki sistem mevcut değildi. Takip yöntemi Bakanlığın İç Tüzüğüne uygun olmakla beraber, AİHM bunların hukuki bağlayıcılığı olmadığına ve herkesin kullanımına açık olmadığına karar vermiştir. Dolayısıyla, 8. Madde kapsamında müdahalenin haklılığı için gereken "yasa olma niteliğinden" yoksun bulunmuşlardır. 6. Madde iddiasına ilişkin olarak, AİHM başvuru kişinin kaydın gerek hakikiliğine gerek kullanımına ilişkin itiraz etmek için pek çok fırsata sahip olduğuna dikkat çekmiştir. Başvuru hakikiliğe itiraz etmemiş, ancak kullanıma itiraz etmiştir. AİHM, başvuru kişinin bu itirazında başarısız olmasının mahkemenin değerlendirmesinde bir fark yaratmadığını vurgulamıştır. Dolayısıyla, AİHM 8. Maddenin ihlâliyle elde edilen malzemenin kullanımının, 6. Maddede bulunan adillik şartlarıyla çakışmadığını kararlaştırmıştır.

Yerel hukukun ihlâliyle elde edilen kanıtların, bir kişinin suçlu bulunmasında tek ve esas kanıt olarak kullanılmasının Sözleşmenin 6. Maddesinin ihlâli olup olmadığı AİHM tarafından henüz kararlaştırılmamıştır.

"Ajan provokatör" kullanımı başka bir meseledir. Teixeira de Castro Portekiz'e karşı davasında, iki sivil polis memuru eroin alıcısı kılığında küçük uyuşturucu satıcılığından şüphelenilen bir kişiye yaklaşmıştı. Başka

bir kişi aracılığıyla temas kurulan başvuruyla eroin temini konusunda anlaşılmıştı. Kendisi de uyuşturucuyu başka bir kişiden almıştı. Uyuşturucuyu polis memurlarına teslim ederken yakalanmıştı.

Başvurucu, sivil giyimli polis memurları tarafından daha sonra hüküm giydiği bir suç işleme için kışkırtıldığını belirterek, adil yargılanmadığı şikayetinde bulunmuştur.

AIHM, tanıkların ifadelerinin doğru bir şekilde kanıt kabul edilip edilmediğini belirlemek gibi bir görevi olmadığını, esas sorumluluğunun, kanıtların elde ediliş yöntemleri de dahil olmak üzere yargılamayı bir bütün halinde adillik açısından değerlendirmek olduğunu belirtmiştir. Tebdili kıyafet ajan kullanımının kısıtlı olması ve uyuşturucu kaçakçılığıyla mücadeleyle ilişkin davalarda bile yeterli teminat bulunması gerektiğine dikkat çekmiştir. 6. Madde kapsamındaki genel adillik şartları en basitinden en karmaşığın tüm suç türleri için geçerlidir. Suçla mücadelede kamu menfaatinin gözetilmesi, polisin provokasyonu yoluyla kanıt elde edilmesi ni haklı çıkartmaz.

AIHM, bu davada iki polis memurunun başvuru suç işleme kapasitesini esasen pasif bir biçimde soruşturmakla kalmadıklarını, aksine suçun işlenmesini kışkırtacak şekilde kişiyi etkileme yoluna gittiklerini düşünmüştür. AIHM ayrıca, yerel mahkemelerin kararlarında başvuru esasen iki polis memurunun ifadelerine dayanarak hüküm giydiğinin belirtildiğine dikkat çekilmiştir.

AIHM, dolayısıyla polis memurlarının hareketinin tebdili kıyafet ajanların görev tanımını aştığını, zira suç provoke ettiklerini ve memurların müdahalesi olmaksızın suçun işleneceğini gösteren hiçbir şey bulunmadığını belirtmiştir. Bu durumda, 6. Madde (1) ihlâline karar verilmiştir.

Başkasından işitilen bilgilerin tekrar beyanından ibaret kanıtların kabulü prensipte adil yargılama garantilerine aykırı değildir, ancak çapraz sorgulama olanağı tanınmaz ve karar tamamen veya esasen böylesi kanıtlara dayandırılırsa, yargılama adil olmaktan çıkabilir. Unterpetinger Avusturya'ya karşı davasında, başvuru eşine ve üvey kızına iki ayrı sefer bedensel zarar vermekle itham ediliyordu. Başvuru suçlu olmadığını beyan etmişti. Polis, duruşmadan önce eşinin ve üvey kızının ifadelerini almıştı. Ancak, duruşmada, bu iki kişi yakın akrabaları hakkında ifade veremeyi reddetme hakkını kullanmak istemişlerdi.

Bunun üzerine, kadınların duruşmadan önce verdikleri ifadelerin mahkemede yüksek sesle okunması doğrultusundaki savcılık talebi kabul edilmişti.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ifadelerin bu şekilde okunmasının tek

başına Sözleşmenin ihlâli anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir. Ancak, kullanılış biçimlerinin savunma haklarıyla bağdaşması gereklidir. Ayrıca, başvurucunun hüküm giymesinde başlıca dayanağın eşi ve üvey kızının ifadeleri olduğu da belirtilmiştir. Yerel mahkeme bu ifadelere sadece bilgi maddesi muamelesi yapmanın ötesine geçerek o zaman kadınlarca yapılan suçlamanın doğruluğunun ispatı olarak görmüştür. Başvurucunun yargılanmanın hiçbir aşamasında duruşmada ifadeleri yüksek sesle okunan kişileri sorgulama imkânına sahip olmadığından hareketle, 6. Madde (1) ile 6 (3) d maddesindeki ilkeler uyarınca adil yargılanmadığına karar verilmiştir.

Polis muhbirleri, tebdili kıyafet ajanlar ve suç kurbanlarından elde edilen kanıtların kullanımında, bu kişileri misillemelerden veya tanınmaktan korumak için bazen önlem alınması gerekebilir. Doorson Hollanda'ya karşı davasında AİHM, "adil yargılama ilkeleri uyarınca ilgili davalarda savunmanın menfaatlerinin ifade vermek üzere çağırılan tanıkların veya mağdurların menfaatleriyle dengeli bir şekilde gözetilmesi gerekir" demiştir. Bu davada Amsterdam'da uyuşturucu kaçakçılığıyla mücadele için polis, uyuşturucu satıcısı olduğundan şüphelendiği kişilerin fotoğraflarını toplamıştı. Polis, başvurucunun uyuşturucu kaçakçılığı yaptığına dair ihbar almış ve fotoğrafını uyuşturucu bağımlılarına göstermiş, onlar da kendisini tanıdıklarını ve başvurucunun uyuşturucu satıcısı olduğunu söylemişlerdi. Bu kişilerden birçoğunun kimliği gizli tutulmuştu. Başvurucu tutuklanmış ve ardından uyuşturucu suçlarından hüküm giymişti.

Başvurucu, bazı tanıklardan kendisi aleyhine ifade alınması, bu tanıkların dinlenmesi ve bunların ceza yargılamasında dayanak alınmasının, 6. Madde uyarınca savunma hakkını ihlâl ettiğinden yakınmıştı. Birinci derece mahkemede yargılanması sırasında, ismi gizli tutulan iki tanığın avukatının gıyabında soruşturma yargıcı tarafından sorgulandığını vurgulamıştı.

AİHM, dava sırasında kimliği gizli tutulan tanıkların kullanılmasının Sözleşme uyarınca meselelere neden olabileceğinden, savunmanın haklarını teminat altına alacak karşı önlemlerin alınması gerekebileceğini belirtmiştir. AİHM temyiz aşamasında tanıkların kimliklerini bilen bir soruşturma yargıcı tarafından savunma avukatının mevcudiyetinde sorgulandığına dikkati çekmiştir. Avukata savunmanın menfaatine olacağını düşündüğü soruları tanıklara sorma fırsatı tanınmış, sadece tanıkların kimliklerini ifşa edebilecek sorulara izin verilmemiş, sorulan sorular da yanıtlanmıştır. AİHM ayrıca, ulusal mahkemenin kararını sadece veya belirleyici bir ölçüde kimliği gizli tutulan tanıkların ifadelerine dayandırmadığını, dolayısıyla da 6. Maddenin ihlâl edilmediğini belirlemiştir.

Kostovski Hollanda'ya karşı davasında, kimliklerinin gizli kalmasını

isteyen iki kişi tarafından başvurunun bir banka soygununa karışmış olduğu. poliste tespit edilmişti. Bu kimliği gizli tutulan iki tanığın verdiği ifadeler, başvurunun silahlı soygundan hüküm giydiği duruşmada yüksek sesle okunmuştu.

Başvurucu AİHM'ye, kimliği gizli tutulan iki tanığın ifadesinin kanıt olarak kullanılması sebebiyle adil bir şekilde yargılanmadığı şikayetinde bulunmuştur.

AİHM prensipte tüm kanıtların sanığın mevcudiyetinde sunulması gerektiğini belirtmiştir. Ancak yargılama öncesi elde edilen ifadelerin kanıt olarak kullanılması tek başına 6. Maddeyle bağdaşmaz değildir, yeter ki savunma haklarına saygı gösterilmiş olsun. Bu haklar uyarınca sanığa yargılamanın herhangi bir aşamasında bir tanığa itiraz etme ve soru yöneltme hakkı tanınmalıdır. Mevcut davada bu hak tanınmadığı için, AİHM 6. Maddenin ihlâl edildiğine karar vermiştir.

Tanıkların polis memuru olduğu durumlar farklı mütalaa edilir. Çünkü: Bu kişiler Devletin yönetimindeki yetkililere genel anlamda itaatle yükümlüdür ve genellikle savcılıkla bağlantıları vardır...bu kişilerin kimliği gizli tanık olarak kullanımı sadece özel durumlarla kısıtlı olmalıdır. Ayrıca, eşyanın tabiatı gereği görevleri dolayısıyla... kamuya açık mahkemelerde tanıklık etmeleri gerekebilir.

Komisyon yargılama dokunulmazlığı sağlanması karşılığında ifade veren bir suç ortağının kabul edilmesinin gerek savunma gerekse jüriye bu durum tamamıyla anlatıldığı sürece 6. Madde ihlâli olmadığı kararlaştırmıştır.

Kötü muamele sonucu elde edilen kanıtlar ceza yargılamalarında kanıt olarak kullanılamaz. G. Birleşik Krallığa karşı davasında Komisyon, avukata erken ulaşma hakkının itiraftan elde edilen kanıtların güvenilirliğini sağlamakta önemli bir tedbir olduğunu belirtmiştir. Bir itham hukukî görüşten faydalanmaksızın sadece sanığın itirafına dayandırılırsa, bu tür kanıtların kabul edilebilirliğinin incelenebileceği bir usul bulunmalıdır.

AİHM Barberá, Messegue ve Jabardo İspanya'ya karşı davasında, sanıkların kimseyle görüştürülmeden tutulduğu sırada elde edilen itirafları incelemiştir. AİHM özellikle yetkililerin başvurucların yasal yardım hakkından feragat ettiklerini açıkça gösteremedikleri durumlarda böyle itirafların kullanılmasına karşı çekincesini belirtmiştir.

### 13. Masumiyet karinesini ihlâl edebilecek hareketler nelerdir?

6. Madde(2) uyarınca bir suçla itham edilen herkes yasalara göre suçluluğu ispat edilene dek masum kabul edilir. Ancak bu ilke, Sözleşme tarafından "cezai" kabul edilen hukuk davaları için, örneğin mesleki disiplin yargılamaları için de geçerlidir.

Barberá, Messegué ve Jabardo İspanya'ya karşı davasında AİHM masumiyet karinesi ilkesine ilişkin olarak şunları belirtir:

...gereğince görevlerini yerine getirirken bir mahkemenin mensupları diğer ilkelerin yanı sıra, sanığın itham edilen suçu işlediği varsayımı ile işe başlamalıdır; ispat yükü savcılığa aittir, ve tüm şüpheler sanığın lehine kullanılmalıdır.

Ancak 6. Madde (2) genel anlamda suçun kanıtlanması yükümlülüğü savcılıkta kaldığı sürece ispat yükünü savunmasını oluşturmak üzere sanığa devreden kurallara yasaklama getirmez. Ayrıca, 6. Madde (2) mutlaka yasa veya gerçeklere dayalı varsayımları yasaklamaz, ancak ispat yükünün devredildiği bir kural veya sanığın aleyhinde bir varsayım olduğu takdirde bunun "yitirilebileceklerin önemini dikkate alan ve savunmanın haklarını koruyan makul sınırlar" içinde kalması gerekir. Birleşik Krallık ile ilgili eski bir davada, Komisyon bir hayat kadını ile yaşadığı veya onu kontrol ettiği kanıtlanan bir adamın hayatını ahlakdışı kazançlarla sürdürdüğü varsayımını kabul edilebilir bulmuştur. Salabiaku Fransa'ya karşı davasında, başvurucuya teslim edilen dolu bir sandığın içinden uyuşturucu çıkmış, ve bir sorumluluk varsayımı söz konusu olmuştu. Yerel mahkemeler değerlendirmeye özgürlüğünü korudukları ve davanın esasını dikkate aldıkları için, hükümlerden birini de bozulması dolayısıyla AİHM ihlâl bulmamıştır.

6. Madde (2) ceza yargılamalarına bütün olarak uygulanır ve yargıçlar tarafından yargılamanın durdurulmasına ilişkin sunulan görüşler veya sanığın beraat etmesi, masumiyet karinesinin ihlâli sayılacaktır. Minelli İsviçre'ye karşı davasında, başvurucunun yargılanması yasal zaman aşımı dolayısıyla durdurulmuştu. Ancak yerel mahkeme bu kişinin yargılama masraflarının bir kısmını ve mağdur olduğu iddia edilen kişiye tazminat ödemesine hükmetmişti, sanki süre aşımı olmasa, muhtemelen başvuru hüküm giyecekmiş gibi karar verilmişti. Bu durumda 6. Madde (2) ihlâl edilmişti, çünkü yerel mahkemenin kararı masumiyet karinesiyle bağdaşmamaktaydı.

Masumiyet karinesi ilkesinin bağlayıcılığı sadece mahkemeleri değil, diğer Devlet organlarını da kapsar. Allenet de Ribemont Fransa'ya karşı davasında, başvuru poliste gözaltındayken üst düzey bir polis memuru tarafından basın toplantısında bir cinayetin azmettiricisi olarak gösterilmişti. AİHM,

başvurucu "bir suç işlemiş olmakla itham ediliyorsa", 6. Madde (2) hükümlerinin mahkemelerin dışındaki diğer kamu yetkilileri için de geçerli olduğu kararına varmıştır. Suçluluk duyurusu polis memuru tarafından hiçbir nitelendirme ya da çekince olmaksızın yapılmış ve yetkili bir mahkeme tarafından gerçekler incelenmeden önce kamuoyu başvurunun suçlu olduğuna inanmaya teşvik edilmiştir. Bunun masumiyet karinesinin ihlali olduğuna karar verilmiş ve daha sonra başvurunun bir yargıç tarafından delil yetersizliği nedeniyle salıverilmesi bu durumu düzeltmemiştir.

Masumiyet karinesi yargılama öncesi olduğu kadar beraat sonrasında da gözetilmelidir. Sekanina Avusturya'ya karşı davasında AİHM, beraat kesinleştikten sonra yerel mahkemelerin başvurunun suçuna ilişkin şüphelere dayanmasının artık kabul edilemez olduğunu kararlaştırmıştır.

#### **14. 6.Madde (3) a kapsamında yöneltilen suçlamalardan en kısa zamanda ve anlaşılır bir dille haberdar edilmek ne demektir?**

6. Madde (3) a-e içinde yer alan asgari teminatların listesi çok kapsamlı değildir. Bu teminatlar, adil yargılanma hakkının belirli boyutlarını içerir. AİHM, 6. Madde (1) ve 6. Madde (3) arasındaki ilişkinin "özelden ziyade genel olduğunu" kararlaştırmıştı. Dolayısıyla, bir ceza yargılaması, 6. Madde (3) kapsamındaki asgari teminatları yerine getirirse bile adil yargılanmanın gereklerini yerine getiremeyebilir.

6. Madde (3) a kendisine bir suç isnat edilen herkesin suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmesi gerektiğini belirtir. 6. Madde (2) gibi bu madde de Sözleşme kapsamında "cezaî" kabul edilen, mesleki disiplin yargılamaları gibi hukuk davalarına da uygulanır.

Bu hüküm sanığa suçlama yöneltildiği zaman veya yargılamanın başlangıcında bilgi verilmesini amaçlar. Bu madde ile 5. Madde (2) arasındaki ilişkiye gelince: ikincisi genellikle daha az ayrıntı gerektirir ve diğeri kadar katı değildir.

De Salvador Torres İspanya'ya karşı davasında, başvuru yerel mahkemenin suçlamada söz edilmeyen ağırlaştırıcı bir koşula dayanarak cezasını ağırlaştırdığından yakınmıştı. Ancak, AİHM bir ihlâl bulmadı çünkü bu koşul başvurucuya yöneltilen suçlamanın doğal unsurlarından biriydi ve yargılamanın başından beri kendisi tarafından biliniyordu. Oysa, Chichlian ve Ekindjian Fransa'ya karşı davasında itham, esaslı bir şekilde farklı bir sınıflandırmaya sokulmuş olduğundan Komisyon ihlâl bulmuştur. Başvurucular ilgili ulusal kanunun bir bölümünde yer alan bir kambiyo

suçundan beraat etmiş, ama sonra temyiz aşamasında başka bir bölümde yer alan bir suçtan hüküm giymişti. Komisyon, maddi gerçeklerin başvuru-  
cular tarafından daima bilindiğine, ancak temyiz duruşmasında suçun  
sınıflandırmasının değiştirileceğine ilişkin bir bilginin başvuru-  
cılara ilgili yetkililer tarafından bildirildiğini gösteren hiçbir kanıt bulunmadığına karar  
vermiştir.

Suçlama ile ilgili bilginin sanığın anladığı bir dilde olması gerekir. Brozicek İtalya'ya karşı davasında sanık Almandı ve dille ilgili zorluk çek-  
tiğini açıkça yerel mahkemede ifade etmişti. Avrupa İnsan Hakları  
Mahkemesi, İtalyan yetkililerin başvuru-  
cunun yeterli İtalyanca bildiğini  
belirlemediği sürece ki durum bu değildi, tebligatı tercüme ettirmeleri  
gerektiğine karar vermiştir. Benzer şekilde AIHM Kamasinski  
Avusturya'ya karşı davasında, mahkemede konuşulan dili bilmeyen bir  
sanığa iddianamenin anladığı bir dilde yazılı tercümesi verilmediği sürece  
bu durumun sanık için bir dezavantaj oluşturacağını belirtmiştir.

Kişinin hüküm giydiği suçun itham edildiği suç olması esastır. Pélissier ve  
Sassi Fransa'ya karşı davasında, sanıklar sadece hileli iflas ile itham edilmiş  
ancak hileli iflas suçu işlemek için komplo kurmaktan hüküm giymişlerdi.  
AIHM bu iki suçun unsurları farklı olduğundan Sözleşmenin ihlâl  
edildiğine karar vermiştir.

#### **15. 6. Madde (3) b uyarınca yeterli zaman ve kolaylık ne demektir?**

6.Madde (3) b kendisine bir suç yöneltilen herkesin savunmasını hazırla-  
mak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olma hakkı bulunduğunu  
belirtir. Bu koşul kimi hukuk davalarına da uygulanır.

Bu hüküm çerçevesinde yargıcın anahtar görevi, bu gereklilik ile duruş-  
maların makul bir süre içinde sonuçlandırılması zorunluluğu arasında  
doğru dengeyi yakalamaktır. Bu hüküm ayrıca 6. madde (3) c, yani bir  
avukatın yardımından ve ücretsiz avukat hizmetinden yararlanma hakkıyla  
yakından bağlantılıdır.

Bu noktaya ilişkin hükümlerle ilgili şikayetler, ceza yargılamalarında daha  
sonraki temyiz aşamasında beraat eden veya yargılamanın daha ileri aşı-  
malarında yer almayacağını beyan eden bir sanık söz konusu olduğunda  
kabul edilmez bulunmuştur. Yargıcın görevi yine de bu teminatın baktığı  
davada yerine getirilmesini sağlamak ve kusurun temyizde giderilmesine  
güvenmemektir.

Zamanın yeterliliği, davanın tüm koşullarına bağlı olarak, davanın kar-  
maşıklık düzeyi ve yargılamada ulaşılan aşama da göz önünde bulunduru-  
larak saptanacaktır.

Esas unsurlardan biri de savunma avukatının hazırlıklarını gereğince yapmasına izin vermeye yeterli bir süre önce atanmış olmasıdır.

Bu ilke sanığın avukatının tutuklu yargılanan tüm müvekkillerine davanın tüm unsurlarını görüşmek için kısıtlamasız ve mahremiyet içinde ulaşabilmesinin sağlandığı varsayımını ima eder. Avukatın ziyaret için rutin olarak yargıç ya da savcılıktan önceden müsaade almasını gerektiren bir sistem bu fıkranın ihlâli anlamına gelir. Yargıçlar tüm taraflara tutuklu yargılanma kararını verirken ya da tutukluluk süresini uzatırken avukat ziyaretleri için kendilerinden müsaade alınmasına gerek OLMADIĞINI açıkça belirtmelidirler. Eğer ayrıca savcı avukat ziyaretlerini izne bağlamak isterse, bu sadece bu hükmün ihlâli sayılmakla kalmayıp tüm yargılamanın adilliği sorgulanır hale gelir. Bu bağlamda cezaevi yetkilileri avukat ziyaretlerine kolaylık sağlamak için yargıçtan müsaade isteyemezler. Ayrıca cezaevi yetkililerinin, avukat ziyaretlerinin mahremiyetini sağlayacak ve cezaevi yetkililerinin görüşmeyi işitemeyeceği yeterlilikte tesisleri temin etmesi gereklidir.

Sanık veya avukatlarının yeterli imkânların sağlanmadığını iddia ettiği durumlarda, yargılamanın 6. madde (3) b ihlâl edilmeksizin sürdürülüp sürdürülemeyeceğine karar verme sorumluluğu yargıca aittir. Bunu yaparken yargıç, sanığın savunmasını hazırlarken avukatıyla özgürce iletişim kurma hakkının, adil yargılama kavramı içinde mutlaka merkezi olarak görülmesi gerektiğini göz önünde bulunduracaktır.

Ancak istisnai şartlarda bazı kısıtlamalara müsaade edilir. Kröcher ve Möller İsviçre'ye karşı davasında, istisnai ölçüde tehlikeli sınıfına giren ve çok ciddi terör suçlarıyla itham edilen mahkumların tutulmasına ilişkin bir kabul edilebilirlik kararı söz konusu olmuştur. Yargıç, sanıkların üç hafta avukatlarıyla görüşmemelerine karar vermiş, bu süre zarfında sanıklar avukatlarıyla sadece adli denetim altında yazışabilmişlerdir. Avukat ziyaretlerine izin verildikten sonra ziyaretler takip edilmemiştir. Komisyon bu durumun 6. Madde (3) b uyarınca ihlâl teşkil etmediğini belirtmiştir. Diğer davalarda sanığın hücre hapsinde tutulması, hiç kimseyle görüştürülmemesi ve belirli sürelerle avukatıyla görüşmesinin engellendiği durumları da ihlâl kabul etmemiştir, zira sanığın diğer zamanlarda avukatıyla görüşmesi için yeterli olanak sağlanmıştı. Kurup Danimarka'ya karşı davasında, savunma vekilinin bazı tanıkların kimliğini müvekkiline ifşa olmasını engelleyen bir yükümlülük altına alınmasının ihlâl teşkil etmediği belirlenmiştir. Bu kısıtlamanın, başvurucunun savunma hazırlama hakkını 6. Madde (3) b veya d fıkralarına ihlâl teşkil edecek ölçüde etkilemediği tespit edilmiştir.

Böylesi tüm kısıtlamaların yine de gereğinden daha katı olmaması ve belirlenen riskle aynı oranda olması gerekir.

Bir avukatla görüşme hakkı mektup yoluyla yazışma hakkını da içerir. Bu davalardan çoğu Sözleşmenin 8. Maddesi (yazışmaya saygı gösterilmesi hakkı) ve 6. Madde (3) b kapsamında incelenmiştir. Domenichini İtalya'ya karşı davasında AİHM, başvurucunun avukatına yazdığı mektupların cezaevi yetkilileri tarafından denetlenmesinin, özellikle bir mektubunun avukatına ulaşması geciktiği için gerek 8. Madde gerekse 6. Madde (3) b kapsamında ihlâl teşkil ettiğini kararlaştırmıştır.

Sözleşme uyarınca sanığın veya tutulan kişinin avukatlarıyla iletişim kurmasına her tür müdahalenin yasa kapsamında "kesin ve soruşturulabilir" nitelikte olması, yani bu tür müdahalelere hangi koşullarda başvurulabileceğinin açıkça belirtilmiş olması gerekir.

Başvurucunun kanıtlara erişim hakkı konusunda, Komisyon Jaspers Belçika'ya karşı davasında şöyle karar vermiştir:

...Komisyon, kendisine bir suçlama yöneltilen herkesin faydalanacağı "kolaylıkların" arasında, kişiyi savunmasını hazırlamak için yargılama esnasında yürütülen soruşturmaların sonuçlarıyla ilgili bilgilendirilmek de bulunduğu görüşündedir. Ayrıca Komisyon, her ne kadar savcılık dosyasına erişme hakkı Sözleşmede açıkça ifade edilmese de bu hakkın 6. Maddenin 3.b fıkrasından anlaşılabileceğini daha önce açıklığa kavuşturmuştur...Ancak soruşturma talimatının kimin tarafından ve ne zaman verildiği ve kimin yetkisinde yapıldığının pek önemi yoktur.

Komisyon şunları da belirtmiştir:

Kısaca, 6. Maddenin 3.b fıkrası sanığın, kendini temize çıkartmak veya cezasını hafifletmek amacıyla, yetkili makamlar tarafından toplanan veya toplanabilecek tüm ilgili unsurlara erişme olanağına sahip olması gerekir. Komisyon bu hakkın savunmaya yardımcı olan veya olabilecek kolaylıklarla sınırlı olduğunu eklemiştir.

Bu ilke uygulamada oldukça dar kapsamlı olarak yorumlanmıştır. Yukarıda sözü geçen Jaspers Belçika'ya karşı davasında başvurucu cumhuriyet savcısının özel bir dosyasına erişemediğinden yakınmıştır. Komisyon ise, bu dosyada sanığın kendisini temize çıkarmak veya cezasını hafifletmeye yarayacak bir şey bulunduğu takdirde, bu durum her ne kadar erişim imkânı sağlanmaması yoluyla 6. Madde (3) b ihlâline yol açabilse de başvurucudan ilgili dosyada bu doğrultuda bir bilgi bulunduğu dair kanıt temin edilemediğinden, Komisyonun Hükümetin yükümlülüklerini yerine getirmediğini varsaymaya hazır olmadığını belirtmiştir.

Ayrıca, AİHM bir devletin sanığın avukatının dosyaya erişim hakkını sınır-

landırabileceğini kararlaştırmıştır. Adaletin idaresinin menfaatine ilişkin sağlam bir neden bulunduğu takdirde, kanıtların başvurusuya ifşa edilmesine getirilen sınırlandırmalar, kanıtın savunma için önemli olabileceği ihtimalinin var olduğu durumlarda bile kabul edilebilir bulunmuştur.

**16. 6.Madde (3) c kapsamındaki avukat tutma ya da avukat yardımı alma hakkına neler dahildir?**

6.Madde (3) c, sanığın kendi kendini veya kendi seçtiği avukatı aracılığıyla savunması ve avukat tutacak maddi gücü olmadığında adaletin selameti gerektiriyorsa, görevlendirilecek bir avukatın yardımından ücret ödemek-sizin yararlanabilmesini öngörür.

AİHM kişinin kendisini şahsen temsil etme hakkının mutlak bir hak olmadığını belirlemiştir. Croissant Almanya'ya karşı davasında, bir sanığın yerel mahkemedeki yargılama esnasında bir avukatın yardımından faydalanma hakkının 6.Madde (3) c ile bağdaşmaz olmadığını belirtmiştir.

Sanığın para ödemeksizin avukat yardımından yararlandırılmasının sadece teorik ve hayali olmaması pratik ve etkin olması gerekir. Artico İtalya'ya karşı davasında AİHM, yetkililerin para ödemeksizin görevlendirilen bir avukatın tüm eksikliklerinden ve savunmayı yürütüş şeklinden sorumlu tutulamayacağını belirtmesine karşın, şunları vurgulamıştır:

...6. Madde (3) c kapsamında "atama" değil "yardımdan" söz edilir. Ayrıca, sadece atama yapılması da etkin yardımın gerçekleştiği anlamına gelmez çünkü yardım amacıyla görevlendirilen avukat ölebilir, ciddi bir hastalık geçirebilir, uzun süre iş görmekten alıkoymulabilir veya üstlendiği görevleri azaltmak isteyebilir. Böyle bir durumdan haberdar edildikleri takdirde yetkililerin bu avukatı ya değiştirmesi ya da yükümlülüğünü yerine getirmesini sağlaması gerekir.

Kamasinski Avusturya'ya karşı davasında da AİHM şöyle demiştir:

... 6. Madde (3) c uyarınca, yetkili ulusal mercilerin müdahalesi, sadece, ücretsiz temin edilen bir dava vekilinin etkin temsilde başarısız olduğu açıksa ya da başka bir şekilde bu duruma yeterli bir dikkatleri çekilirse gerekir.

Sanığı yerel mahkemede temsil eden avukatın davaya yeterince hazırlanmak için yeterli zaman ve imkân bulamadığının bariz olduğu durumlarda, mahkemeye başkanlık yapan yargıcın görevi, olumlu önlemler alınmasını sağlayarak avukatın sanığa karşı yükümlülüklerini yeterli ölçüde yerine getirebilmesini temin etmektir. Böylesi durumlarda genellikle davanın bir süre tehiri istenecektir.

Komisyon, avukat seçme hakkının sadece sanığın avukatın ücretini ödeme

gücünün olduğu durumlarda oluştuğunu belirlemiştir. Buna göre, ücretsiz yasal yardımdan faydalanan bir sanık dava vekilini seçme hakkına sahip olmadığı gibi, bu konuda kendisine danışılması da gerekmez. Hal böyleyken bile seçme hakkı mutlak değildir: Devlet avukatların mahkemede bulunmalarını düzenleme hakkına sahiptir ve bazı durumlarda bazı kişilerin ehliyetlerini hariç tutabilir.

Bir sanığın ücretsiz avukat yardımına hak kazanması iki koşula bağlıdır. Öncelikle, sanığın avukata ödeme yapacak yeterli maddi gücü olmaması gerekir. Bu meseleye ilişkin Sözleşme kurumlarına çok fazla başvuruda bulunulmamıştır, ancak anlaşıldığı kadarıyla, sanığın ödeme gücü olmadığını göstermesi için gereken kanıtların çıtası çok yüksek tutulmalıdır.

İkinci koşul da ücretsiz avukat sağlanmasının adaletin selameti için gerekli olmasıdır. Burada bir dizi ilgili unsur bulunur. AİHM sanığın kendisinin yardım almaksızın davayı ne kadar yeterli bir şekilde sunabileceğini göz önünde bulunduracaktır. Hoang Fransa'ya karşı davasında AİHM, karmaşık meseleler söz konusu olduğunda, sanık da davayı sunacak ve uygun iddiaları geliştirecek hukuki eğitime sahip değilse ve sadece deneyimli bir avukatın davayı hazırlayabilmesi mümkünse, adaletin selameti için davaya resmi olarak bir avukatın görevlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

AİHM ayrıca davanın karmaşıklığını da göz önünde bulunduracaktır. Son olarak, muhtemel yaptırımın derecesi de ücretsiz avukat sağlanmasında ilgili bir unsurdur. AİHM, Benham Birleşik Krallığa karşı davasında şöyle demiştir: "özgürlükten mahrumiyet söz konusu ise, adaletin selameti amacıyla prensipte para ödemedi avukatın yardımından faydalandırılır." Ayrıca, AİHM bu davada yargılamanın anlaşılabilir olmadığını vurgulamıştır.

Perks ve diğerleri Birleşik Krallığa karşı davasında AİHM, Benham Birleşik Krallığa karşı davasındaki kararını yinelemiştir. Bu davada belediye harcını (kelle vergisi) ödememek suçundan hapsedilen çok sayıda başvuru söz konusuydu. AİHM, başvuru sahiplerinin için risk oluşturan cezanın ağırlığı ve uygulanan yasanın karmaşıklığı ışığında, adaletin selameti amacıyla adil bir yargılama olabilmesi için, başvuru sahiplerinin para ödemedi bir avukat yardımından faydalandırılmış olması gerektiğine karar vermiştir.

Ücretsiz yasal yardım meselesine ilişkin unsurlar değişebileceğinden ücretsiz avukat talebinin reddedildiği durumların incelenmesi gerekir. Granger Birleşik Krallığa karşı davasında, kararlaştırılması gereken konulardan birinin ne denli karmaşık olduğu gerçek anlamda ancak temyiz aşamasında

açıklığa kavuşmuştur. AIHM adaletin selameti için o noktadan itibaren ücretsiz avukat yardımının sağlanmış olması gerektiğine ve esas kararın incelenmesindeki eksiklik ışığında 6. Madde (3) c ihlâli olduğuna karar vermiştir.

AIHM 6. Madde (3) c ihlâlini tespit etmek için ücretsiz avukat yardımından yararlanılamamasının fiili bir önyargıya yol açtığını kanıtlamanın gerekli olmadığını vurgulamıştır. Böyle bir kanıt gerekmesi, bu madde hükmünü büyük ölçüde esastan yoksun bırakacaktır.

Özel hukuk davalarında ücretsiz avukat yardımından faydalanma hakkı Sözleşmede açıkça belirtilmemekle birlikte, AIHM tarafından adaletin selametinin gerektirdiği durumlarda sağlanması gerektiği kararı verilmiştir. Avrupa Konseyine üye bazı ülkelerde (ör. Kıbrıs) hukuk davalarında ücretsiz avukat sağlanması öngörülmemekle beraber, bazı davalarda devlet tarafından hibe cinsinden ödeme yapılabilmektedir. Ücretsiz avukat yardımından faydalanmamanın Sözleşme ihlâli oluşturup oluşturmadığına davanın esasına göre karar verilecektir.

Kişinin avukat ücretini ödeme gücü yoksa adaletin selameti için yasal yardım ile birlikte yoksulluk belgesi gerekip gerekmediği kararı yargıç tarafından değerlendirilir.

#### **17. 6.Madde (3) d kapsamındaki tanık bulundurmak ve sorgulamak hakkı nasıl yorumlanmalıdır?**

6.Madde (3) d sanığın iddia makamının tanıklarını sorguya çekmek veya çekirmek, savunma tanıklarının da iddia makamı tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanması talebinde bulunmak hakkını öngörür. Burada değinilen konulardan bazıları kanıtlarla ilgili 12. bölümde de yer almaktadır.

Genel ilke uyarınca, sanıkların kendi davaları için ilgili olduğunu düşündükleri tüm tanıkları çağırma ve sorgulamalarına, ayrıca savcı tarafından çağırılan veya ifadesi dayanak alınan tüm tanıkları sorgulamalarına izin verilmelidir.

Bu hüküm sanığa tanık çağırmak veya yerel mahkemeleri belli bir tanığı dinlemeye zorlamak için mutlak bir hak sağlamaz. İç hukuk tanıkların kabul edilebilirliğine ilişkin koşulları belirler ve yetkili merciler vereceği ifadenin ilgili olmadığı ortaya çıkarsa bir tanığın çağırılmasına izin veremeyebilirler. Başvurucu bu durumda belli bir tanığın dinlenmemesinin davasında önyargıya neden olduğunu göstermek durumundadır. Ancak, tanıkların çağırılması ve dinlenmesine ilişkin usuller savcılık ve savunma tanıkları için aynı olmalı ve silahların eşitliği ilkesi gözetilmelidir.

Prensipte, savcılığın dayanak aldığı tüm kanıtların sanığın hazır bulunduğu açık bir duruşmada karşıt iddia ileri sürme imkânı sağlanarak sunulması gerekir. Bu durumda savcılık, sanığın veya suç ortaklarının misillemesinden korktuğu için tanık olarak gelmeyen bir kişinin yazılı ifadesini sunarsa sorun oluşur.

Savcılığın sanık tarafından çapraz sorgulanmayan bir tanığın ifadesini dayanak almasına sadece istisnai durumlarda izin verilir. Yargıcın savcılık dosyasına istinaden, ancak savcının hazır bulunarak sanık tarafından getirilen itirazları yanıtlamadığı bir durumda yöneltilen suçlama hakkında karar vermesi, bu hükmün ihlâl edilmesi riskine yol açabilir. Tabii ki yargıç kendi tarafsızlığından taviz vermeksizin savcının iddiasını savunamaz.

Sözleşmeye Taraf Devletlerin birçoğunda bazı tanıkları, örneğin aile bireyleri gibi, ifade vermekten azleden kurallar bulunmaktadır. AİHM, Unterpetinger Avusturya'ya karşı davasında, bu tür hükümlerin 6. Madde (1) ve 6. Madde (3) d ile bariz bir uyumsuzluğu olmadığını belirtmiştir. Ancak AİHM, bu davada yerel mahkemenin başvurusunun eski eşi ve üvey kızının ifadelerini bilgi amaçlı olarak değil o zaman kadınların getirdiği suçlamaların kanıtı olarak ele almıştı. Başvurucunun mahkûmiyet kararı esas olarak bu ifadelere dayandırılmış ve dolayısıyla da savunma hakları yeterince teminat altına alınmamıştı.

Bir tanık ciddî bir şekilde hastalanır ya da ölürse de sorun oluşabilir. Savunmanın haklarını dengeleyecek unsurlar bulunmadığı sürece AİHM, bu durumun başkasından işitilen bilgilerin tekrar beyanından ibaret kanıtları dayanak alma kapsamına gireceğini belirlemiştir. Sağlığın bozulması konularında ise, AİHM başkasından işitilen bilgilerin tekrar beyanından ibaret kanıta başvurmayı önleyecek alternatiflerin mevcudiyetini ciddiyetle göz önünde bulunduracaktır. Bricmont Belçika'ya karşı davasında Belçika Prensi başvurularda suçlama yöneltmiş ama sağlık sebepleri dolayısıyla ifade vermemiştir. AİHM kararında şöyle der:

Davanın şartları uyarınca, savunma haklarının kullanılması - adil yargılamanın temel parçalarından biri olarak - prensipte, başvuruçuların şikayetçinin sözlerinin tüm boyutlarına bir yüzleştirme veya sorgulama sırasında açık duruşmada veya gerekirse müştekinin evinde itiraz edebilme fırsatına sahip olmasını gerektirir.

Hakiki bir misilleme korkusu bazı koşullarda başkasından işitilen bilgilerin tekrar beyanından ibaret kanıtları dayanak almayı haklı çıkarabilir. Ancak savunma haklarını korumak için dengeleyici önlemlerin bulunması gerekebilir.

Saïdi Fransa'ya karşı davasında başvuruç, uyuşturucu kaçakçılığı suçun-

unduğu  
ulması  
mesin-  
sunarsa

adesini  
savcılık  
n getir-  
la karar  
ç kendi

e birey-  
AİHM,  
Madde  
tmıştır.  
ve üvey  
etirdiği  
t kararı  
hakları

ışabilir.  
AİHM,  
t kanıt-  
zulması  
nından  
ldiyetle  
Belçika  
ayısıyla

yargıla-  
cuların  
gulama  
tebilme

lgilerin  
Ancak  
gereke-

suçun-

ERGİSİ

dan kimliği gizli tutulan üç kimlik tespiti tanığının başkasından işitilen bilgilerin tekrar beyanından ibaret ifadesiyle hüküm giymişti. AİHM şöyle karar verdi:

AİHM uyuşturucu kaçakçılığına karşı mücadelenin yadsınamaz zorluklarının -özellikle de kanıt elde etme ve sunma konusunda - ve uyuşturucu sorununun toplumda açtığı yaraların tamamen farkındadır, ancak bu tür endişeler kendisine suçlama yöneltilen herkesin savunma haklarının kısıtlanmasını haklı çıkarmaz.

AİHM 6. Madde (3) d kapsamında ihlâl bulmuştur, çünkü kimlik tespiti kanıtı başvuruçunun hüküm giymesinin tek dayanağını oluşturmaktaydı.

Genel kural olarak, başkasından işitilen bilgilerin tekrar beyanından ibaret kanıtların kullanılmasında misilleme korkusunun öne sürülürken, bunun sanığın belirli bir tehdidine bağlanması gerekmez. AİHM Doorson Hollanda'ya karşı davasında, iki tanık hiçbir zaman başvuruç tarafından tehdit edilmemiş olduğu halde, uyuşturucu satıcılarının kendileri aleyhine ifade veren kişilere karşı sık sık tehdit ve fiili şiddete başvurduğunu belirtmiştir.

Kimliği gizli tutulan tanıklara ilişkin başka bir sorun da savunmanın tanığın güvenilirliğini sorgulayamamasıdır. AİHM Kostovski Hollanda'ya karşı davasında şöyle karar vermiştir:

Savunma sorgulamak istediği kişinin kimliğini bilmezse, bu kişinin önyargılı, düşmanca veya güvenilmez olduğunu gösterebileceği en temel bilgilerden yoksun kalır. Bir sanığı suçlayan tanıklık veya başka beyan türleri gerçek dışı düzenlenmiş veya sadece hatalı olabileceği gibi, savunma eğer bu ifadenin sahibinin güvenilirliğini sınayabileceği veya itibarına şüphe düşürebileceği bilgilerden yoksun kalırsa bunları aydınlatma ihtimali çok düşük olacaktır. Böyle bir durumda varolan tehlikeler çok belirgindir.

Adil yargılamanın temini için kullanılması gereken dengeleyici usuller davadan davaya değişiklik gösterir. Önemli unsurlar arasında sanığın veya avukatının bir tanığın sorgulanması sırasında mevcut olup olmadığı, soru sorup sormadığı ve asliye mahkemesi hakiminin tanığın kimliğini bilip bilmediği bulunur. AİHM Van Mechelen ve diğerleri Hollanda'ya karşı davasında şunları belirtmiştir:

Demokratik bir toplumda adaletin adil idaresi hakkının yeri düşünüldüğünde, savunma hakkını kısıtlayıcı bir önlem kesinlikle gerekli olmalıdır. Daha az kısıtlayıcı bir önlem yeterliyse, o zaman o önlem uygulanmalıdır.

Son olarak, yeterli dengeleyici usul bulunsa bile, bir mahkûmiyet kararı

sadece veya belirleyici ölçüde kimliği gizli tanıklara dayandırılmaması gerektiği de unutulmaması gereken önemli bir noktadır.

### **18. 6. Madde (3) e kapsamındaki tercüman hakkı neleri içerir?**

6.Madde (3) e'de sanığın duruşmada kullanılan lisanı anlamadığı veya bilmediği takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanma hakkı bulunduğu öngörülmüştür.

Luedicke, Belkacem ve Koç Federal Almanya Cumhuriyeti'ne karşı davasında AİHM, bu hüküm uyarınca sanığa tercüman ücretini ödemesinin emredilmesinin kesinlikle yasak olduğunu, çünkü bu hükmün "ne şartlı bir af, ne geçici bir muafiyet ne de askıya alınma olmayıp, tamamen ve kesin bir muafiyet veya ibra" içerdiğini belirtmiştir. AİHM ayrıca bu ilkenin kapsamına "yargılamada kendisi aleyhine kullanılan ve adil yargılamadan faydalanması için anlamasının gerekli olduğu belgeler ve ifadelerin" de dahil olduğunu belirtmiştir. Brozicek İtalya'ya karşı davasında, bir Alman vatan-daşı İtalya'da yargılanmaktaydı. AİHM 6. Madde (3) a uyarınca bu duruma da ilişkin bir karar vererek "başvurucunun kendisine yöneltilen suçlamaları bildiren yazının içeriğini anlayacak derecede İtalyanca bildiği tespit edilmediği sürece" suçlamayı oluşturan belgelerin Almanca lisanında sağlanması gerektiğini belirtmiştir.

Ancak Kamasinski Avusturya'ya karşı davasında AİHM, daha kısıtlayıcı bir yaklaşım izleyerek 6.Madde (3) e duruşma öncesi ifşa edilen belge niteliğindeki malzemelere uygulansa bile, bu madde uyarınca tüm bu belgelerin yazılı çevirilerinin gerekli olmadığını belirtmiştir. Ancak AİHM rağmen, burada savunma vekilinin başvurucunun ana diline hakim olduğuna dikkat çekmiştir. AİHM yardımın, "sanığın kendisi aleyhindeki iddiaları bilmesi ve mahkeme önünde olayları kendi anlatımıyla aktararak kendini savunabilmesini sağlamasına yeterli olması" gerektiğini belirtir.

Yetkili makamların yükümlülüğü sadece bir çevirmen atamakla bitmez, ayrıca kendilerine bunun gerektiği bildirilirse, çevirinin yeterliliğinin de bir dereceye kadar denetimini kapsayabilir.

Çevirmen hakkı, normal iletişim yöntemi olarak örneğin işaret dilini kullanan işitme özürlüleri de kapsar.

Öztürk Federal Almanya Cumhuriyeti'ne karşı davasında, başvurucunun bu konuya ilişkin olarak yöneltilen suçlamanın ceza kapsamına girip girmediği incelenmiştir, zira Alman yetkili mercileri başvurucunun çevirmen ücretini ödemesini istemişlerdi.

## 19. Üst denetime ilişkin sorunlar nelerdir?

Kimi Devletlerin yasal süreçlerinde ortak bir özellik de bir mahkeme tarafından verilen ve temyiz hakkı bulunmayan kararlara ilişkin olarak "üst denetim" veya "protesto" başlatılabilmesidir. Örneğin, bu uygulama Rusya Federasyonu'nda bulunur. Ayrıca hiçbir temyiz yapılmadığı durumlarda da temyiz süresinin aşıp aşılmadığına bakılmaksızın uygulanabilir. Başkanlar ya da Yüksek Mahkeme başkanı tarafından üst denetim talebinde bulunulabilir. Yetkileri aynıdır ve talepleri savcınıninkiyle aynı prosedüre tabidir.

Savcı bu hakkı tarafların veya diğer ilgili kişilerin talebi doğrultusunda veya kendi inisiyatifıyla kullanabilir.

Bu bir görev değil haktır, ve savcının takdiriyle kullanılır. Bir hakkın kullanımı - ya da kullanılmasının reddedilmesi yargı denetimine tabi değildir ve davanın tekrar açılması için sonsuz kereler kullanılabilir.

Yargıçların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ilişkin olarak bu konuda birçok noktayı bilmesi gereklidir.

AİHM henüz Rusya Federasyonu'ndan bir davada bu usulün uygulanmasının Sözleşmeyle bağdaşp bağdaşmadığına ilişkin bir karar vermemiştir. Ancak Romanya'daki benzer bir prosedürün ihlâl olduğu kararlaştırılmıştır. Brumarescu Romanya'ya karşı davasında Başsavcı her an bir çok mesnede dayanarak herhangi bir adli kararın iptali için Yüksek Mahkemeye başvurma hakkına sahipti. AİHM bunun 6. Madde (1) ihlâli olduğunu kararlaştırdı ve şöyle dedi:

Hukukun üstünlüğünün temel özelliklerden biri de yasal kesinliktir ve diğer koşulların yanı sıra, mahkemelerin belli bir konuda ulaştığı nihai kararın yani hükmün sorgulanmaması gerekir.

Nihai adli karar tebliğ edildikten ve mevcut adli itirazlar yapıp karara bağlandıktan sonra, yargıçlar savcının bir davanın tekrar açılmasına ilişkin taleplerini kabul etmede veya kendileri bir üst denetim işlemi başlatmada Brumarescu Romanya'ya karşı davasındaki ilkeler uyarınca, Sözleşmenin ihlâline yol açılabileceği için isteksiz davranmalıdır. Rusya Federasyonu'nun adli sisteminde, adaletin idaresinde yargıcın görevi ile savcının görevinin karışıyor olması Sözleşmeye uyum konusunda ciddi güçlüklerle neden olmaktadır.

Üst denetim yetkisi kullanılarak aksi takdirde nihaileşecek olan adli bir işlemin incelenmeye alınmasının daima Sözleşme ihlâli olup olmayacağı henüz açıklığa kavuşturulmamıştır, ancak bu bağlamda yargıcın karşısına başka bir sorun daha çıkmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yasal işlemlerin herhangi bir boyutuna ilişkin şikayette bulunacak bireylerin öncelikle tüm iç hukuk yollarını tüketmiş olması ve sonraki altı ay içinde şikayette bulunması gerekir.

Üst denetim usulü Strazburg kurumları tarafından pek çok ülkede kamu denetçisinin (ombudsman) görevine benzer bir işlem olarak görülür ve AIHM tarafından "etkin telafi" kapsamına sokulmaz. Bu usul, Anglo-Sakson hukuk düzeninde idari davaların adli denetime tabi tutulduğu ve AIHM tarafından etkin telafi olarak nitelendirilen sistemle karşılaştırılabilir.

Bir savcı ya da yargıca üst denetim hakkının kullanılması için talepte bulunulması sadece bu talep tek başına 6. Maddenin ihlâlüne yol açtığı için değil, aynı zamanda talebin değerlendirilmesi takdir yetkisine bağlı olduğu ve bir telifinin etkin sayılabilmesi için ilgili işlemlerin ilgili kişinin kendisi tarafından başlatılması gerektiği için, AIHM tarafından Sözleşmenin 35. Maddesi kapsamında etkin telafi olarak kabul edilmemektedir.

Eğer savcı adli yargılamadaki taraflardan sadece birinin yargılamaya ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine şikayette bulunmak istediği veya üst denetim başarısız olduğu takdirde başvurmayı istediği bir davada üst denetime gitme talebinde bulunursa, yargıcın savcının talebine onay verdiği takdirde şikayetçi tarafın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurusu için tanınan altı aylık sürenin aşımına neden olabileceğini düşünerek davranması gerekir. Bu konuyu hem avukatlar hem de savcı gözden kaçırabileceği için, yargıç tarafların dikkatini nihai "etkin" karar tarihine çekmeli ve bu tarih itibarıyla altı ay dolmadan önce Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine şikayet başvurusunda bulunulması gerektiğini anımsatmalıdır.

T.C  
YARGITAY  
7. HUKUK DAİRESİ

ESAS KARAR  
2004/892      2004/1195

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasındaki dava sonucunda verilen hükmün ,Yargıtayca duruşmalı olarak incelen mesi davalı tarafından istenilmekte ,duruşma için tebliğ edilen 21.1.2004 günü belirlenen saatte temyiz eden davalı vekili Avukatı geldi.Gelenin huzuru ile duruşmaya başlandı.Duruşmada hazır bulunan tarafın sözlü açıklamaları dinlendi.Duruşmanın bittiği bildirildi. Tetkik hakiminin raporu okundu.Dosyadaki belgeler incelendi. Tetkik hakiminin açıklamaları dinlendi. Gereği görüşüldü:

Davacılar , anneleri adına kayıtlı iken ,kendileri tarafından satın alınıp ,davalının açtığı muvazaa sebebine dayalı iptal davası sonucu 1/5 payının iptaline ve davalı adına tesciline karar verilen 401 ada 13 sayılı parsel üzerindeki 4 katlı betonarme ,6 daire ve dükkandan oluşan binanın kendileri tarafından yapıldığını ,bu durumun 1.Asliye Hukuk Mahkemesinin 2000/243 E-2001/770 K.sayılı ilamı ile de belirlendiğini öne sürerek sözkonusu binanın kendilerine ait olduğunun tespiti ve bu durumun tapu kaydına şerh verilmesi istemi ile dava açmışlardır. Mahkemece 1.Asliye Hukuk Mahkemesinin 2000/243 E-770 K.sayılı ilamı ile binanın davacı tarafa aidiyetine karar verilmiş olduğu gerekçesi ile yeniden tespit istekme hukuki yarar bulunmadığından davanın reddine karar verilmiş;hüküm davalı ve vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava tarafların paydaş bulundukları taşınmaz üzerindeki mutesatın aidiyetinin tespitine ilişkindir. Mahkemece taşınmaz üzerindeki mihdesat niteliğindeki binanın Eskişehir 1.Asliye Hukuk Mahkemesinin 2000/243 esas 2001/770 karar sayılı kesinleşen ilamı ile tespiti istenen muhdesatın davacılar aidiyetine karar verilmiş olduğu gerekçe gösterilerek davacıların yeniden aynı konuda tespit davası açmakta hukuki yararları bulunmadığı gerekçe gösterilerek davanın reddine karar verilmiştir.Kural olarak kesin hüküm mahkemece ,istek olamasa bile resen gözetilmesi gerekli olumsuz

dava koşullarındandır.Aynı konuya ilişkin sonraki günlü uyuşmazlıkların önceki günlü kesin hükme göre çözümlenmesi zorunludur.Ne varki ,görölüp sonuçlanan ve kesinleşen hükmün dayanağı davanın muhdesatın bulunduğu zemine yönelik olup muhdesatı kapsamadığı dosya içeriği ile saptanmıştır.Hal böyle olunca taraflar arasında koşulları usulün 237. maddesi hükmün de tanımlanan biçimde kesin hükmü varlığından söz edilemez.Öte yandan taşınmazın taraflar arasında derdest ortaklığın giderilmesi davasına konu olduğuda dikkate alındığında davacıların dava açmakta hukuki yararları bulunduğu kuşkusuzdur.Bu nedenlerle tarafların iddia ve savunmaları doğrultusunda delilleri sorulup saptanmalı ,toplanan ve toplanacak tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonuca göre bir karar verilmesi gerekirkırn .Az yukarıda açıklandığı şekilde hukuki yarar bulunmadığından söz edilerek davanın reddine karar verilmesi isabetsiz, davalının temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde bulunduğundan kabulü ile hükmün **bozulmasına** ;

Yargıtay duruşmasında vekille temsil edilen davalı yararına takdir ve tespit edilen 375 milyon lira vekalet ücretinin davacılardan alınarak davalıya verilmesine,30.3.2004 gününde oy birliği ile karar verildi.

|         |           |                 |                |        |
|---------|-----------|-----------------|----------------|--------|
| Başkan  | Üye       | Üye             | Üye            | Üye    |
| A.Alyaz | Ö.Ş.Erkam | T.Büyükkaymakçı | İ.H.Asarlıoğlu | S.S.Uz |

T.C  
YARGITAY

2. HUKUK DAİRESİ

SAYI:

ESAS KARAR  
2003/9582 2003/10874

İNCELENEN KARARIN

MAHKEMESİ : Çifteler A.H

TARİHİ : 27.2.2003

NUMARASI :40-19

DAVA TÜRÜ :Boşanma

TEMYİZ EDEN :Taraflar

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

1-Tarafların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2-Mahkemece “.... davacı kadın için 2001/53-157 sayılı ilamla hükmedilen aylık 150.000.000. TL. tedbir nafakasının kararın kesinleşmesine kadar devamına ....” karar verilmiştir.Kadın lehine aylık 150.000.000.tl. tedbir nafakasının hükmedildiği ilam ,davalı kocanın 11.4.2001 tarihinde açtığı boşanma davası olup ,reddedilmiş ve karar 26.2.2002 tarihinde kesinleşmiştir. “..... aylık 150.000.000.TL. tedbir nafakası da ,kararın kesinleşmesine kadar geçerli olmak üzere hükmedilmiştir. Red kararı 26.2.2002 tarihinde kesinleştiğine göre ,o davada hükmedilen tedbir nafakasıda kendiliğinden ortadan kalkmıştır. İş bu boşanma davası ise kadın tarafından 18.4.2002 tarihinde açılmıştır. Bu davanın açıldığı tarihte ,kadın lehine hükmedilmiş ve devam edegelen bir tedbir nafakası mevcut değildir.Bu yön gözetilmeden tedbir nafakasıyla ilgili yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

3- Davacı kadın ,davalı tarafından bozdurulup harcanan ziynet (altınlar) Karşılığında maddi tazminat istemiştir.Bu tür istekler boşanmanın fer'i (eki) değildir.ve Türk Medeni Kanununun 174/1. maddesinde sözü edilen maddi tazminatla alakası yoktur.İstek harca tabidir. Nisbi harç alınmadan ziynetlerinesası hakkında hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

4- Taraflar tesbit edilen ekonomik ve sosyal durumlarına, paranın alım gücüne ,kişilik haklarına ,özellikle aile bütünlüğüne yapılan saldırının ağırlığına ,manevi tazminat isteyenin boşanmaya yol açan olaylarda ağır yada eşit kusurlu olmadığı anlaşılmasına nazaran \* kadın yararına hükmolunan manevi tazminat azdır.

Türk Medeni Kanununun 4. maddesindeki hakkaniyet ilkesi ile , Borçlar Kanununun 44. ve 49 . maddeleri nazara alınarak daha uygun miktarda manevi tazminat (TMK.174/2) takdiri gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ:Temyiz olunan kararın yukarda 2,3ve 4. bentte gösterilen sebeplerle BOZULMASINA ,bozma dışında kalan temyize konu kısımlarının 1. bentte gösterilen sebeble ONANMASINA, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, oybirliği ile karar verildi.16.7.2003 çrş.

|                |            |                    |            |           |
|----------------|------------|--------------------|------------|-----------|
| Başkan         | Üye        | Üye                | Üye        | Üye       |
| A.İhsan Özüğür | Hakkı Dinç | Necdet Gürbüz Türk | Necati Söz | A.V.Aksoy |

**KAYNAKLAR:****AİHS.NİN KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİNE İLİŞKİN  
5. MADDENİN İNCELENMESİ**

GÖKHAN KARABURUN  
CUMHURİYET BAŞSAVCISI

- 1-) Avrupa İHS ve uygulaması - Prof.Dr.Ş.Gözübüyük,Prof.Dr.Feyyaz Gölcüklü,Ankara 2003 (4.bası)
- 2-) Avrupa İHS, İnsan Hakları Uluslar arası İlkeleri - Dr.İnr.Şeref Ünal-TBMM Yayınları
- 3-) Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu- Prof.Dr. Durmuş Tezcan-Yrd.Doç.Dr.M.R.Erdem-Yrd.Doç.O.Sancakdar- Ankara 2002 (1.bası)
- 4-) AİHM.İçtihatları Cilt 1- Osman Doğru
- 5-) Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı - İ.H.el kitapları no:5 (Monica Mocavei)
- 6-) İHAS M.5 Özgürlük ve Kişi Güvenliği - Av.Mehmet Terzi - İzmir 20.03.2002 - Seminer bildirisi

**GÖREVİNDEN ÖTÜRÜ RESMİ SIFATI OLAN  
MEMURA HAKARET**

M. Gündüz İpek, Asliye Ticaret Mahkemesi Başkanı

- (1) özek,Devlete karşı suçlar,İstanbul. 1976,77
- (2) Özek, 81
- (3) Erman, hakaret ve sövme cürümleri, İstanbul 1950, 3
- (4) Özek, 25
- (5) Özek, 26
- (6) Özek, 27
- (7) Özek, 27
- (8) Özek, 50
- (9) Özek, 51
- (10) Özek, 28
- (11) Dönmezer, memurlara hakaret ve ispat hakkı, Milliyet Gazetesi 8 Kasım 1971, 2
- (12) Özek, 29
- (13) Erman, a.g.m, 2
- (14) Erem, Toroslu, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler (ders Kitabı),

- Ankara 1973, 180
- (15) Erem, 180
- (16) Erman, Ceza tatbikatında ve Takibatında memur, SBOD, C.2, 1947/1-2, 243
- (17) Dönmezer, Kişilere ve mala Karşı Cürümler İstanbul 1977, 10. bası
- (18) Y4CD, 16.02.1974, 13528/1420 (YKD,C.1, 1975/2,119
- (19) Y4CD, 0905.1975, 988/137 (Akdağ, TCK, Ankara 976, 392)
- (20) Erem, 181
- (20) Erem, 181
- (21) Erem, 181
- (22) Erem, 181
- (23) Dönmezer, a.g.y, Milliyet Gazetesi
- (24) Erem, 181
- (25) Erem, 181
- (26) Y4CD, 19.12.1975, 6823/6885 (Akdağ, a.g.e, 390)
- (27) Y4CD, 18.09.1975, 4590/4632 (Akdağ, a.g.e 391)
- (28) Erem, 183
- (29) Erem, 183
- (30) Y4CD, 09.04.1952, 4144/3700 (Özütürk, TCK Şerhi ve Tatbikatı, C.1, İstanbul 1970, 1049)
- (31) CUH, 26.12.1949, 406/5-2604, (Özütürk, 1052)
- (32) Erem, 183
- (33) Erem, 183
- (34) Dönmezer, a.g.e 218
- (35) Erem, 184
- (36) Y4CD, 28.10.1975, 5547/5586(Akdağ 391)
- (37) Erem, 183
- (38) Erem, 184
- (39) Erem, 183-184
- (40) Erem, 184
- (41) Erem, 184
- (42) Erem, 184
- (43) Erem, 184
- (44) Erem, 184
- (45) Dönmezer, a.g.e, 195
- (46) Akgüç, İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri, genel kısım, Padova 1965, Adalet Bakanlığı Yayınları No: 10 Ankara 1971, 117
- (47) Dönmezer, a.g.e, 195
- (48) Akgüç, 117

- (49) Akgüç 117  
(50) Akgüç 55  
(51) Bayraktar , Faal Nedamet, İÜHFM, C.33, 1968 3-4, 141  
(52) Erem, 184  
(53) Erem, 184  
(54) Erem, 184  
(55) Erem, 185  
(56) Erem, 186  
(57) Dönmezer, a.g.e. 216  
(58) Erem, 186,  
(59) Erem, 186  
(60) Erem, 186  
(61) Erem, 186  
(62) Erman, a.g.m, 2  
(63) Akdağ, 397  
(64) Erem, 188. aynı görüşte Akdağ, 393  
(65) Y4CD, 11.09.1975, 4121/4452 (Akdağ 397)  
(66) Y4CD, 10.12.1975, 6638/6689 (Akdağ 397)  
(67) 25.03.1997 tarih-4/27-60 CGK kararı  
(68) Erem, 188  
(69) Erem, 189  
(70) Akdağ, 400  
(71) Erem, 189  
(72) Erem, 189  
(73) Erem, 189  
(74) Erem, 189  
(75) İpek, Yargıtay Dergisi, Ekim 1978, C.4, 464  
(76) Erem, 189  
(77) Erem, 190  
(78) Erem, 190  
(79) Y4CD, 18.04.1975, 2125/2156 (Akdağ, 401)  
(80) Akdağ, 400  
(81) Dönmezer, a.g.y 49  
(82) Erman a.g.m (Milliyet Gazetesi), 2
- YARARLANILAN ESERLER
- Akdağ. S : Emsal İçtihatlarla Türk Ceza Kanunu Ankara, 1976  
Akgüç.A : İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri, Genel Kısım  
Padova 1965, Pisapia. Adalet Bakanlığı Yayınları No: 10 Ankara 1971  
Bayraktar.K : Faal Nedamet İÜHFM, Cilt 33, 1968/3-4

- Çağlayan.M.M : Türk Ceza Kanunu Ankara, 1970
- Dönmezer.S : Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul 1977, 10. baskı
- Dönmezer.S : Türk Ceza Kanunu 266. maddesinin son iki fıkrasını iptal eden anayasa Mahkemesi kararı üzerine İÜHFM Cilt 38, 1973/1-4
- Dönmezer.S : Memurlara Hakaret ve İspat Hakkı, Milliyet Gazetesi 8 Kasım 1971
- Erem/Toroslu : Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler Ders Kitabı Ankara, 1973
- Erman.S : Hakaret ve Sövme Cürümleri, İstanbul 1950
- Erman.S : Ceza Tatbikatında ve Takibatında Memur, SBCB, Cilt 2 1947/1-2
- Erman.S : İspat Hakkı Ortadan Kalkıyor, Milliyet Gazetesi 08.11.1971
- İpek. M.G : Resmi Sıfatı Haiz Olan Memura Görevinden Dolayı Hakaret, Yargıtay Dergisi C.4 Ekim 1978
- Özek.Ç : Devlete Karşı Suçlar, İstanbul 1976
- Öztürk.N : Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, İstanbul 1970 Yargıtay Kararları Dergisi

### **AİH SÖZLEŞMESİ İŞİĞİNDA ALENİ YARGILANMA HAKKI VE BASIN**

\* As.Savcı EROL ER

- 1Donay süheyl insan hakları açısından sanığın hakları ve Türk hukuku,ist.1982,s59
- 2 AKILLIOĞLU Tekin ,insan hakları -1 kavram kaynakları ve kurma sistemleri, AÜSBF İnsan hakları merkezi yayını,Ank.1995,s.315
- 3 Soyaslan ,doğan ,ceza mahkemeleri usulü hukuku Ank.2000,s.288
- 4 Öztürk -Bahri-Erdem Mustafa -ÖZBEK Veli Özen ,uygulamalı ceza muhakemeleri Usulü,Ank 2000,s.138
- 5GİRİT Hasan ,adil yargılanma hakkı ve uluslararası antlaşmalar,kurumlar
- 6EREM Faruk ,Diyalektik Açıdan Ceza yargılaması hukuku Ank.1986,S.283
- 7YURTCAN,Erdener,Ceza yargılaması Hukuku S.bası,ist.1994,s.397
- 8FEYZİOĞLU ,metin Askeri Yargıtayın 85.kuruluş yıldönümü Sempozyumu (6-7 Nisan 1999)
- 9 DONAY,s60

- 10 KIBAR ,recep ,Türk hukukunda Sanıkhakları ,Ank.1997,s.18
- 11 GÖZLÜGÖL ,S.123-124
- 12 DONAY ,S.62.
- 13 RUPİNGİHeinrich ,ceza muhakemesinde İnsan Haklarının korunması - Adil bir Ceza Muhakemesinin Temel Şartları.
- 14 donay s.63
- 15 korkusuz MRefik ,uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasasında temel Hak ve Özgürlükler ,İst .1998,s.112
- 16 DONAY S.58
- 17 DONAY ,S.65-66
- 18 KUNTER- YENİSEY ,S413
- 19 YENİSEY ,Feridun “ispat ve fair trial ilkesi”
- 20 donay ,s66-67
- 21 KUNTER YENİSEY,s.413-414
- 22 Metin ,Vicdani Kanaat kavramı ve Mahkumiyet Kararı verilebilmesi için Şüphenin Yenilmesi Zorunluluğu ,askeri Yargıtayın 85. kuruluş yıldönümü sempozyumu (6-7 nisan 1999)Bildirileri,Ank.1999 s.293

### **AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI ISIĞINDA SAVUNMA VE HAK ARAMA SÜRECİNDE SİLAHLARIN ESİTLİĞİ**

Av.Güney DİNÇ

- 1Feyyaz göllükçü-A.Şeref Gözübüyük Avrupa insan Hakları Sözleşmesi ve uygulaması ,Ankara 1994 S.
- 2 İnsan Hakları Kararları Derlemesi ,cilt 1,dr. Osman Doğru Çevicisi ,istanbul Barosu yayını ,s. 101 ,İstanbul 1998
- 3 Güney Dinç ,İnsan haklarına uzanmak ,s.121 ,say Yayınları ,İstanbul ,1986
- 4Açık Sayfa Dergisi ,Özel Eki Türkiye Karşı İncal davası ,41/1997/825/1031(Emre Öktem Çevirisi),İstanbul ,Haziran 1998/1
- 5İzmir Barosu Dergisi ,Ocak 2001,sayı 1.s.107,Göç/türkiye Kararı (Nilgün Tortop Çevirisi)
- 6Güney Dinç ,Anlatım ve Örgütlenme Özgürlüğü Alanında Avrupa İnsan Hakları Yargısı ve Türkiye ,Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı ,TBB yayını No:12 ,Ankara 2001,S.199-219
- 7Mehmet Nur Terzi “İnsan Hakları Hukuku Bu Ülke İçin Eksra Large” İzmir Barosu Bülteni ,Sayı 134,İzmir Ayrıca ,Yasaya Yönelik Tepkiler Açısından ,17 Ocak 2003 Günlü Hürriyet Gazetesi
- 8 Feyyaz Göllükçü -A.Şeref Gözübüyük ,Avrupa İnsan Hakları

\* Eskişehir Barosu  
Kütüphanesine Aittir.  
İki Eylül İş Merkezi K.7 Tel:233 97 98