

T.C.
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİNE İLİŞKİN
AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ
KARARLARI
VE
İÇ HUKUKUMUZDAKİ DÖNÜŞTÜRÜCÜ
ETKİLERİ**

Hazırlayan
Zehra YAVUZ
2501060652

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Aydın GÜLAN

İSTANBUL – 2009

SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİNE İLİŞKİN AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI VE İÇ HUKUKUMUZDAKİ DÖNÜŞTÜRÜCÜ ETKİLERİ

Zehra YAVUZ

ÖZ

Çalışmamızın konusu, 18 Mayıs 1954 tarihinde taraf olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin denetim mekanizması olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Silahların Eşitliği İlkesine ilişkin kararları ve bu kararların iç hukukumuzdaki dönüştürücü etkileridir. Çalışmanın amacı, silahların eşitliği ilkesine ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını inceleyerek konuya ilişkin üretilen ilkeleri saptamak ve silahların eşitliği ilkesinin ve Türkiye aleyhine verilen kararların gereğini yerine getirmek için, iç hukuk mevzuatımızda yapılmış ve yapılması gerekli düzenlemeleri, doktrinin açıklamaları ve Yüksek yargı makamlarının bu konudaki içtihatları ışığında saptamaktır. Bu bağlamda, konu, ceza hukuku, özel hukuk ve idari yargılama hukuku yönünden ayrı ayrı ele alınmış, gerek görülen noktalarda Usul kanunlarının konu ile ilgili eski hükümlerine de karşılaştırmalı olarak yer verilmiş; ayrıca hukukumuzun konu ile ilgili düzenlemeleri yer yer eleştirel bir bakış açısı ile incelenerek, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ışığında, çeşitli önerilerde bulunulmuştur.

DECREES OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS CONCERNED WITH THE PRINCIPLE ON EQUIVALENCE OF INSTRUMENTS AND THEIR CONVERSION IMPACT ON OUR NATIONAL LEGISLATION

Zehra Yavuz

ABSTRACT

The subject of our study is the decrees of European Courts of Human Rights which is the controlling mechanism of European Convention on Human Rights that we have become party thereof concerned with the Principle on Equivalence of Instruments and their conversion impact on our national legislation. The aim of the study is to determine the principles related to the issue by examining the decrees of European Court of Human Rights concerned with the principle on equivalence of instruments, and to determine the regulations that are or will be made in our national legislation under the light of doctrine explanations and opinions of the appellate courts on this issue in order to execute the requirements of decrees against Turkey and to observe the principle on equivalence of instruments. In this context, the issue is handled in the aspects of criminal law, private law and administrative hearing law individually, and at the points where necessary, the previous provisions of the judicial code about the issue have been taken in the comparative manner, in the addition, the regulations of our legislation about the issue have been reviewed at the critical view point and various recommendations have been made under the light of the Decrees of European Courts of Human Rights.

ÖNSÖZ

Silahların eşitliği ilkesi; Sözleşme organları tarafından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, “*adil yargılanma hakkı*”nı güvence altına alan 6. maddesinin 1. Fıkrasının özünü oluşturan “*hakkaniyete uygun olarak dinlenilme*” ilkesinin zımni unsurları arasında kabul edilen bir ilkedir. Türkiye, Avrupa İnsan Hakları sözleşmesine taraf olmakla sözleşmeye uygun hareket etme yükümlülüğü altına girmiş ve 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren 11 No.lu protokolle birlikte ayrıca bir tanıma beyanına gereksinim olmaksın Sözleşme'nin öngördüğü denetim sistemini kabul etmiştir. Şu halde Sözleşme'nin denetim mekanizması tarafından, Türkiye'nin Sözleşme'yi ihlal ettiğinin saptanması, ülkemizin uluslararası alanda sorumluluğunu doğuracaktır.

Silahların eşitliği ilkesine ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ve iç hukukumuzdaki dönüştürücü etkileri ismini taşıyan bu çalışmamızın amacı; ülkemiz açısından önemini yukarıda izah etmeye çalıştığımız silahların eşitliği ilkesine ilişkin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından üretilen belli başlı ölçütleri ortaya koymak ve iç hukukumuzda, ceza muhakemesi, hukuk usulü muhakemeleri ve idari yargılama usulü kanunlarımızdaki mevcut düzenlemenin ve bu düzenlemelerin uygulamasının silahların eşitliği ilkesine uygunluğunu ve bu uygunluğu sağlamak için yapılan ve yapılması gereken değişiklikleri incelemektir.

Çalışmada, silahların eşitliği ilkesine yönelik Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları incelenmeden önce genel olarak adil yargılanma hakkına ve bu hakkın silahların eşitliği ilkesiyle bağlantısına ilişkin bilgiler verilmiştir. Silahların eşitliği ilkesinin tanımı, bu ilkeyi ileri sürebilecek kişiler, uygulama alanı ile uygulanma zamanı irdelenmiştir. Daha sonra ise bilgi ve belgelere ulaşma hakkı, delil sunma hakkı, bilirkişilik kurumunda silahların eşitliği ilkesine yönelik Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının ve yasal görevlilerin yargılamadaki rolünün incelemesine geçilmiştir. Bu inceleme; ceza hukuku, idare hukuku ve özel hukuk yargılaması bakımından ayrı ayrı yapılmıştır. Son olarak ise, ceza usul ve hukuk usulü ve idari

yargılama usulünde bilgi ve belgelere ulaşma hakkı, delil sunma hakkı, bilirkişilik kurumu ve yasal görevlilerin yargılamadaki rolü incelenmek suretiyle silahların eşitliği ilkesine uygunluğu ve bir önceki bölümde yer verdiğimiz Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının iç hukuk mevzuatımızda ve uygulamamızda meydana getirdiği değişiklikler, mevcut hukukumuzdaki kurallar ışığında değerlendirilerek; bu konuda ülkemiz mevzuatında yer alan eksikliklere dikkat çekilmiştir. Bu inceleme sırasında doktrinin konu hakkındaki görüşlerinden, Yargıtay ve Danıştay'ın konu ile ilgili içtihatlarından yararlanılmış; gerek görülen yerlerde Eski ve Yeni Usul Kanunlarımız, karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır.

Beni bu konuda çalışmaya yöneltten ve çalışmanın her aşamasında değerli görüş ve yardımları ile bana destek olan danışman hocam Sayın Aydın GÜLAN'a sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Ayrıca tez çalışmam sırasında, bana iki yıl süre ile Yurt İçi Yüksek Lisans Burs Programından burs sağlayan, ülkemizde bilimin ve bilim adamlarının gelişmesinde en büyük katkıya sahip olan kuruluşlardan birisi olan TÜBİTAK'a da, sonsuz teşekkürlerimi bir borç bilirim.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ.....	v
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	xii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ADİL YARGILANMA HAKKI VE SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ.....	5
1. ADİL YARGILANMA HAKKI.....	5
1.1. Genel Olarak	5
1.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Adil Yargılanma Hakkı	10
2. ADİL YARGILANMA HAKKI VE SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİNİN BAĞLANTISI	14
2.1. Silahların Eşitliği İlkesi ve Hakkaniyete Uygun Dinlenilme İlkesi.....	14
2.2. Silahların Eşitliği İlkesi ve Çelişmeli Yargılama İlkesi.....	15
3. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ.....	17
3.1. Silahların Eşitliği İlkesinin Tanımı	18
3.2. İlkenin Öznesi, Uygulanma Alanı ve Uygulanma Zamanı	20
3.2.1. İlkenin Öznesi	20
3.2.2. Uygulanma Alanı	21
3.2.2.1. Özel Hukuk Uyuşmazlıklarında Medeni Hak ve Yükümlülükler....	22
3.2.2.2. Cezai Alanda Yöneltilen Suçlama	24

3.2.3.Uygulanma Zamanı.....	25
3.2.3.1.Ceza Hukuku Yargılamasında Uygulanma Zamanı.....	25
3.2.3.2. Özel Hukuk Yargılamasında Uygulanma Zamanı	26
3.2.3.3. İdare Hukuku Yargılamasında Uygulanma Zamanı	26

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN BİREYSEL ŞİKÂYET BAŞVURULARINDA SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ EKSENİNDE ÜRETTİĞİ ÖLÇÜTLER VE İLKELER

27

1. BİLGİ VE BELGELERE ULAŞMADA SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ 27

1.1. Ceza Yargılamasında Bilgi ve Belgelere Ulaşmada Silahların Eşitliği İlkesi	27
1.1.1.Savunma Makamının Bilgilendirilme Hakkı	31
1.1.2.Savunma Makamının Dosyayı İnceleme Hakkı.....	34
1.1.2.1.Tutuklu Hallerde Dosyayı İnceleme Hakkı.....	35
1.2. Özel Hukuk Yargılamasında Bilgi ve Belgelere Ulaşmada Silahların Eşitliği İlkesi	36
1.3. İdare Hukuku Yargılamasında Bilgi ve Belgelere Ulaşmada Silahların Eşitliği İlkesi	40

2. DELİL SUNMA YÖNÜNDEN DAVANIN TARAFLARININ DURUMU....

44

2.1.Ceza Hukuku Yargılamasında Delil Sunma Yönünden Davanın Taraflarının Durumu.....	44
2.1.1. Tanık Dinlenmesinde Hak Eşitliği İlkesi	44
2.1.1.1.AİHS Md. 6/1 ile 6/3-d Bağlantısı	45
2.1.1.2. Sözleşmedeki Tanık kavramı	46
2.1.1.3.İlkenin Sağladığı Haklar	47
2.1.1.3.1.Savunma Tanıklarının Eşit Şartlar Altında Davet Edilmesi ve Dinlenmesi	48

2.1.1.3.2.Sanığın Aleyhine Olan Tanıkları Çapraz Sorgulama.....	51
2.1.1.3.2.1. Çapraz Sorgu Hakkı Hata! Yer işareti tanımlanmamış.	
2.1.1.3.2.2. Çapraz Sorguda Sözleşmeyi İhlal Eden Nedenler	53
2.1.1.3.2.2.1. Çapraz Sorgu Talebi.....	53
2.1.1.3.2.2.2.Anonim Tanıklar ve Muhbirler	54
2.1.1.3.2.2.3. Ajan Provokatör Hata! Yer işareti tanımlanmamış.	
2.1.1.3.2.2.4. Kimliği Bilinen Tanığın Duruşmada Dinlenmediği Durumlar	58
2.1.1.3.2.2.5. Tanık Dinlenirken Sanığın Dışarı Çıkarılması.....	60
2.1.1.3.2.3. Çapraz Sorgu Bakımından Devletin Yükümlülüğü	61
2.2. Özel Hukuk Yargılamasında Delil Sunma Yönünden Davanın Taraflarının Durumu.....	61
2.3. İdare Hukuku Yargılamasında Delil Sunma Yönünden Davanın Taraflarının Durumu.....	63

3. YASAL GÖREVLİLERİN YARGILAMADAKİ ROLÜ 65

4. BİLİRKİŞİ YÖNÜNDEN DAVANIN TARAFLARININ DURUMU 70

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİNE İLİŞKİN AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ İÇ HUKUKUMUZDAKİ DÖNÜŞTÜRÜCÜ ETKİLERİ..... 76

1. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ İÇ HUKUKA ETKİSİ..... 76

2. İÇ HUKUKTA SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ 79

2.1. Türk Ceza Hukuku Yargılamasında Silahların Eşitliği İlkesi..... 79

2.1.1. Bilgi ve Belgelere Ulaşmada Silahların eşitliği ilkesi..... 80

2. 1.1.1.Savunma Makamının Bilgilendirilme Hakkı 80

2.1.1.2. Savunma Makamının Dosya İnceleme Hakkı.....	83
2.1.2. Delil Sunma Yönünden Davanın Taraflarının Durumu.....	87
2.1.2.1.Savunma Tanıklarının Eşit Şartlarda Davet Edilmesi ve Dinlenmesi	87
2.1.2.2. Doğrudan Soru Yönelme	90
2. 1.2.3.1. Doğrudan Soru Yönelmenin Uygulanabileceği Aşama.....	Hata!
Yer işareti tanımlanmamış.	
2.1.2.3.2.Tanığa Sorulabilecek Soruların Niteliği	Hata! Yer işareti
tanımlanmamış.	
2.1.2.3.3.Doğrudan Soru Yönelme Aşamasında Sözleşmeyi İhlal	
Edebilecek Durumlar	94
2.1.2.3.3.1.Tanığın Korunması	94
2.1.2.3.3.2. Tanık Dinlenirken Savunmanın Hazır Bulunması Kuralı ve	
İstisnaları	97
2.1.3. Bilirkişi Yönünden Davanın Taraflarının Durumu.....	102
2.1.4. Yasal Görevlilerin Yargılamadaki Rolü.....	107
2.2. Türk Özel Hukuk Yargılaması Bakımından Silahların Eşitliği İlkesi	111
2.2.1. Bilgi ve Belgelere Ulaşmada Silahların Eşitliği İlkesi.....	111
2.2.1.1. Bilgilenme Hakkı	111
2.2.1.2. Dosyayı İnceleme.....	115
2.2.2. Delil Sunma Yönünden Davanın Taraflarının Durumu.....	115
2.2.3. Bilirkişi Yönünden Davanın Taraflarının Durumu	118
2.3. Türk İdare Hukuku Yargılamasında Silahların Eşitliği İlkesi.....	122
2.3.1. Bilgi ve Belgelere Ulaşmada Silahların Eşitliği İlkesi.....	123
2.3.1.1. Bilgi Edinme Kanunu Bakımından Bilgi ve Belgelere Ulaşma	
Hakkı	127
2.3.2. Delil Sunma Yönünden Davanın Taraflarının Durumu.....	130

2.3.3. Bilirkişi Yönünden Davanın Taraflarının Durumu	131
2.3.4. Yasal Görevlilerin Yargılamadaki rolü	134
2.3.4.1. Danıştay Savcısının Görüş ve Kanıt sunması	134
2.3.4.2. Danıştay Tetkik Hâkimlerinin Talepte Bulunmaları.....	135
SONUÇ	136
KAYNAKÇA	143

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
A. g. e.	: Adı Geçen Eser
A. g. k.	: Adı Geçen Karar
A. g. m.	: Adı Geçen Makale
A. g. t.	: Adı Geçen Tez
AİHK	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AK	: Avrupa Konseyi
A.k.	: Aynı Karar
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
A.y.	: Aynı Yer
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Aş.	: Aşağı
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C:	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	: Çeviren
E	: Esas
EİHB	: Evrensel İnsan Hakları Bildirisi
f.	: Fıkra
GÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Haz.	: Hazırlayan
HD	: Hukuk Dairesi

HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
HPD	: Hukuki Perspektifler Dergisi
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İHİD	: İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K	: Karar
k.	: Karar
Kom. K.	: Komisyon Kararı
md.	: Madde
MK	: Medeni Kanun
MSHS	: Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi
Para.	: Paragraf
R.G.	: Resmi Gazete
S:	: Sayı
s.	: Sayfa
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TC	: Türkiye Cumhuriyeti
TÜSİAD	: Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği
Vd.	: Ve Devamında
Y:	: Yıl
Yay. Haz.	: Yayına Hazırlayan
Yuk.	: Yukarı
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

GİRİŞ

Silahların eşitliği ilkesi, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda kabul edilmiş bir ilkedir. Tezimize konu oluşturan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde, açıkça silahların eşitliği ilkesi başlığı altında bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Sözleşme organları, taraf devletin, Sözleşme'nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddesini ihlal ettiği iddiasıyla kendilerine yapılan bireysel şikâyet başvurularında 6. maddede adil yargılanma hakkının bir gereği olarak düzenlenen "*hakkaniyete uygun dinlenilme*" ilkesinden hareketle silahların eşitliği ilkesini üretmiştir. Sözleşme organlarının içtihatlarıyla ortaya konulan bu ilke, adil yargılanma hakkının tamamlayıcı bir parçasıdır ve eşitlik ilkesinin özel bir biçimini oluşturmaktadır, buna göre her bir tarafa, kendi olgularını kanıtlarıyla birlikte, diğer tarafın aleyhine sonuç doğurmama koşuluyla, sunma imkânı tanınması gerekir. Silahların eşitliği ilkesi, sözleşme organlarının içtihatlarıyla gelişen bir ilkedir.

Sözleşme'ye 18 Mayıs 1954 tarihinden itibaren taraf olan ülkemizde de silahların eşitliği ilkesi başlığı altında bir düzenleme yoktur. Ancak 1982 Anayasası'nın adil yargılanma hakkını düzenleyen 36. maddesi ve Ulusalüstü İnsan Hakları Sözleşmeleri'ni kanunlarımızdan bile daha üstün tutan 90. maddesi, ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olmanın, devlete yüklediği yükümlülükler dikkate alındığında silahların eşitliği ilkesine ilişkin Sözleşme organlarıncaya verilen her karar, aleyhine başvuru Taraf Devlet Türkiye olmasa bile, ülkemiz açısından çok önemlidir ve bu ilkeye uygun hareket etmemek, ülkemizin Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku bağlamında sorumluluğunu doğuracaktır.

Bu çalışmada, silahların eşitliği ilkesine ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları; bilgi ve belgelere ulaşma hakkı, delil sunma hakkı yönünden davanın taraflarının durumu, bilirkişilik kurumunda davanın taraflarının durumu ve yasal görevlilerin yargılamadaki rolü bakımından ele alınmaktadır. Silahların eşitliği ilkesi bir yönüyle Anayasa hukukunu ve Disiplin hukukunu da ilgilendiren bir konu olmasının yanında bu çalışmada, silahların eşitliği ilkesi ceza yargılaması, hukuk

yargılaması ve idare hukuku yargılaması bakımından irdelenerek ele alınmaya çalışılmıştır.

Tezimiz, üç ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, Uluslararası ve Bölgesel İnsan Hakları Hukuku belgelerinde ve bu belgelerden biri olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde genel olarak adil yargılanma hakkına ilişkin düzenlemelere bakılmış, adil yargılanma hakkının silahların eşitliği ilkesiyle bağlantısı ortaya konulmaya çalışılmış ve son olarak silahların eşitliği ilkesinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarındaki tanımlandırılışına, kimler tarafından ileri sürülebileceğine, uygulanma alanına ve uygulanma zamanına değinilmiştir. Burada, öncelikle silahların eşitliği ilkesinin adil yargılanma hakkının bir parçası olduğu hakkaniyete uygun dinlenilme ilkesi ve çelişmeli yargılama ilkesi ile bağlantılandırılarak açıklanmakta, daha sonra adil yargılanma hakkı ile silahların eşitliği ilkesi arasında kurulan bağlantıdan yola çıkarak silahların eşitliği ilkesinin öznesi, ilkenin uygulanacağı alan ve yargılamanın hangi aşamasında bu ilkenin gözetilmesi gerektiği konuları, ceza yargılaması, özel hukuk yargılaması ve idare hukuku yargılaması bakımından ayrı ayrı ortaya konulmaktadır.

Tezimizin ikinci bölümünde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bireysel şikâyet başvuruları ekseninde silahların eşitliği ilkesine yönelik olarak ürettiği ilkeler ve ölçütler Türkçeye çevirisi yapılmış kararlar ışığında ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu nedenle silahların eşitliği ilkesine ilişkin kararlar, bilgi ve belgelere ulaşma hakkı, delil sunmada davanın taraflarının durumu, bilirkişilik ve yasal görevlilerin yargılamadaki rolü bakımından ele alınmıştır. Bilgi ve belgelere ulaşma hakkı ve delil sunmada davanın taraflarının durumu bakımından silahların eşitliği ilkesine yönelik olarak verilen kararlar; ceza hukuku, özel hukuk, idare hukuku yargılaması bakımından ayrı ayrı incelenmiştir.

Ceza yargılaması hukukunda bilgi ve belgelere ulaşma hakkı bakımından verilen kararlar irdelenirken konu, savunma makamının bilgilendirilme hakkı ve dosyayı inceleme hakkı yönünden değerlendirilmiştir. Tarafların delil sunma hakkı bakımından yaptığımız incelemede ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.

maddesinin 3. fıkrasının d bendinde yer alan “*Tanık Dinlenmesinde Hak Eşitliği*” ilkesinden yola çıkılarak bu ilkenin silahların eşitliği ilkesiyle bağlantısı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ve doktrin ışığında ortaya konulmaya çalışılmış, ceza yargılamasında bu hakkın anlamı açıklanmıştır. Savunma makamının; tanığının eşit şartlar altında davet ettirme ve dinletme ve aleyhine olan tanıkları çapraz sorgulama hakkı, kapsam ve sınırları ile ortaya konulmaya çalışılmış, bu haklara zarar verebilecek durumlar incelenmiştir. Bu nedenle Anonim Tanıklar ve Muhabirlerin dinlenmesinde, Ajan Provokatör kullanılmasında, kimliği bilinen fakat duruşmaya katılmaktan ve sorgulanmaktan kaçınan tanıkların ifadelerinin değerlendirilmesinde ve tanık dinlenirken samığın dışarı çıkarılmasında, silahların eşitliği ilkesine aykırılık olup olmadığı meselesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ışığında araştırılmıştır. Daha sonra Silahların eşitliği ilkesi bakımından bilirkişilik kurumu ve yasal görevlilerin yargılamadaki durumuna ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına göz atılmıştır. Tezimizin bu bölümünde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin hangi durumlarda silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiğine karar verdiği ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Tezimizin üçüncü ve son bölümünde ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin silahların eşitliği ilkesine yönelik olarak vermiş olduğu kararların iç hukukumuzdaki dönüştürücü etkileri irdelenmiştir. Bu nedenle ilk olarak, genel olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının iç hukukumuzdaki etkisi ve iç hukukumuz bakımından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının önemi incelenmiştir. Daha sonra, silahların eşitliği ilkesinin iç hukukumuzdaki etkilerinin irdelenmesine geçilmiştir. Konu Türk ceza yargılaması, özel hukuk ve idare hukuku yargılaması bakımından ayrı ayrı incelenmiştir.

Türk ceza yargılaması bakımından bilgi ve belgelere ulaşma ve delil sunma hakkı yönünden mevcut düzenlemelere bakılmış bu yasal düzenlemelerle, eski yasal düzenlemeler karşılaştırılmak suretiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına uygunluk, doktrin ve Yargıtay kararları ışığında incelenmiştir. Aynı inceleme bilirkişilik kurumu ve yasal görevlilerin yargılamadaki rolü yönünden de yapılmıştır. Tanık dinlenmesinde hak eşitliği bağlamında yaptığımız incelemede 5726 sayılı

Tanık Koruma Kanunu'nun silahların eşitliği ilkesine uygunluğu da bu bölümde tartışılmıştır.

Bu bölümde ikinci olarak, özel hukuk yargılamasında bilgi ve belgelere ulaşma hakkına, tarafın delil sunma hakkına ve bilirkişilik kurumuna ilişkin 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki mevcut düzenlemeler, doktrin ve Yargıtay kararları ışığında incelenerek silahların eşitliği ilkesine uygunluğu tartışılmıştır. Bu aşamada Hukuk Usulü Muhakemeleri Tasarısı'na da değinilmiştir.

Son olarak üçüncü bölümde, idare hukuku yargılamasında tarafın bilgi ve belgelere ulaşma hakkına, delil sunma hakkına ve bilirkişilik kurumuna ilişkin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'ndaki mevcut düzenlemeler, doktrin ve Danıştay, İdari Dava ve Vergi Daireleri Genel Kurulları kararları ışığında incelenerek silahların eşitliği ilkesine uygunluğu tartışılmıştır. Bilgi ve belgelere ulaşma hakkına yönelik yapılan incelemede 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu da incelenmiştir. Yasal görevlilerin yargılamadaki rolü bağlamında Danıştay Savcısının görüş ve kanıt sunmasının ve Danıştay tetkik hâkimlerinin talepte bulunmalarının, silahların eşitliği ilkesine aykırı olup olmayacağı hususu, bu konudaki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları, doktrin ve Danıştay, İdari Dava Daireleri ve Vergi Dava Daireleri Genel Kurulları kararları ışığında incelenerek tartışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

1. ADİL YARGILANMA HAKKI VE SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ

1.1. ADİL YARGILANMA HAKKI

1.1.1. Genel Olarak

Amerikan hukuk düzeninde “*fair trial*” tabiriyle ortaya çıkmış ve Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin vermiş olduğu kararlarla Amerikan hukuk düzenine yerleşmiş¹ olan adil yargılanma hakkı, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin hukuka aykırı ve keyfi olarak kısıtlanmasından veya bunlardan yoksun bırakılmasından korunmasını ifade eden Uluslararası İnsan Hakları Hukuku normudur.² Usuli bir hak olan adil yargılanma hakkı, “*bireyin etkin korunmasının asgari güvencesi*” olarak kabul edilmektedir. Adil yargılanma hakkının amacı, kişinin tabii ve bağımsız bir hakim önünde aleni olarak, savunma hakları kısıtlanmadan delillerini serbestçe ileri sürdüğü ve tartışabildiği, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin bulunmadığı, makul süre içerisinde kanun yolları açık bir yargılamayı sağlamaktır.³

¹ Duygun Yarsuvat , “Yargı Bağımsızlığı ve Adil Yargılanma Hakkı Sempozyumu (Tebliğler ve Soru Cevap Tutanakları) ”, **YÜHFD**, C:II, S: 2, Y: 2005, s. 443. Ayrıca 15 Aralık 1791 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Anayasası’nın 5 ve 14 No.lu ek maddeleri ile “*bütün ceza davalarında sanık suçun işlendiği eyalet ve daha önce yasaca saptanacak bölgenin tarafsız bir jürisi tarafından, hızlı ve kamuya açık yargılanmak, suçlamanın türü ve nedeni konusunda bilgi sahibi olmak, kendi aleyhindeki tanıklarla yüzleştirilmek, kendi lehinde tanıklar sağlamak için tanıkların zorla mahkemeye getirilmesi ve savunma için bir avukat tutma hakkına sahip olacaktır.*” düzenlemesi yapılmıştır. Bu bilgi için Bkz.: Ender Anaklı, “Silahların Eşitliği İlkesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006, s. 5.

² İnsan Hakları Avukatlar Komitesi, “Adil Yargılama Nedir? Yasal Standartlar ve Uygulamaya Yönelik Temel Rehber”, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Çev. Selman Dursun, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004, s. 360.

³ Burcu Dermen Dönmez, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Çapraz Sorgu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s.58-59.

İlk olarak 1948 yılında, Evrensel İnsan Hakları Bildirisi tarafından adil yargılanma hakkının tanınmasının ardından, gerek uluslararası gerek bölgesel gerekse insancıl hukuk belgelerinde adil yargılanma hakkına yer verilmiştir.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10.12.1948 tarihinde ve 217 A(III) sayılı kararla kabul edilen Evrensel İnsan Hakları Bildirisi⁴ nin 8, 9, 10 ve 11. maddelerinde adil yargılanma hakkına ilişkin prensiplere yer verilmiştir. 8. madde, temel hak ve özgürlükleri ihlale uğrayan bireyler için etkili kanun yolu hakkını sağlarken; 9. madde keyfi gözaltı, tutuklama ve sürgünü yasaklamaktadır; 11. madde ise ceza davalarında masumiyet karinesini ve sanığın savunması için gerekli tüm garantileri temin etmektedir. Ulusalüstü insan hakları belgeleri arasında yer alan Evrensel İnsan Hakları Bildirisi, tüm sanık haklarını içermediği gerekçesi ile eleştirilere maruz kalmışsa da Avrupa İnsan Hakları sözleşmesine örnek oluşturması açısından önem taşımaktadır.⁵

Bu bağlamda aşağıda değineceğimiz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 1. fıkrasına karşılık gelen Bildiri'nin 10. maddesinde⁶ ;

“Herkes, haklarının ve yükümlülüklerinin ve kendisine karşı herhangi bir suç isnadının (hukuksal) karara / (sonuca) bağlanmasında, tam bir eşitlikle, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından adil ve aleni/(açık) olarak yargılanma hakkına sahiptir.”

İfadesi yer almaktadır.

⁴ Bu bilgi için Bkz.: Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri- Cilt IV**, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2003, s. 4. Bundan sonra kısaca EİHB ya da Bildiri olarak nitelendirilecektir.

⁵Hans-Meyer Ladewig, “Adil Yargılanma Hakkı-I”, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Çev: Özlem Yenerer Çakmut, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004, s. 245. İlgili maddelerin anlamlarından yola çıkarak maddede açıkça sayılanların yanında adil yargılanma hakkının belirli zimni icaplarının olduğu yorumunun yapılabileceği de savunulmaktadır. Bu bilgi için Bkz.: Senem Özyavuz, “Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde Adil Yargılanma Hakkı: Sanık Haklarına Genel Bir Bakış”, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004, s. 429-430.

⁶ Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 9.

Ulusalüstü insan hakları belgelerinden bir diğeri olan ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 16.12.1966 tarihinde 2200 A (XXI) sayılı karar ile kabul edilip, 23.03.1976 tarihinde yürürlüğe giren Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin ise 14. ve 15. maddelerinde⁷ adil yargılanma hakkına ilişkin prensiplere ayrıntılı bir şekilde yer verildiğini görülmektedir.

⁷ A.g.e. s. 57 ve 75-79. Bundan sonra BM/MSHS olarak nitelendirilecektir. BM/MSHS Md. 14:

“1. Herkes mahkemeler ve yargı yerleri önünde eşit olacaktır. Herkes kendisine herhangi bir suç isnat edildiğinde ya da bir hukuk davasında haklarının ve yükümlülüklerinin karara bağlanmasında, yasayla kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından adil ve aleni bir yargılanma hakkına sahip olacaktır. Basın ve davayı izleyecek olanlar, demokratik toplumda (genel) ahlak, kamu düzeni yahut ulusal güvenlik gerekçeleriyle ya da tarafların özel yaşamlarının (korunması) yararı bunu gerektirdiğinde yahut mahkeme aleniyetin adalete zarar vereceği özel şartların bulunduğu görüşüne vardığında, kesin biçimde bu şartların gerektirdiği ölçüde olması kaydıyla, duruşmaların tamamının ya da bir bölümünün dışında tutulabilir. Ancak küçüklerin-gençlerin menfaatlerinin ya da evlilik uyumsuzluklarına yahut çocukların velayetine ilişkin davaların aksini gerektirmesi durumu hariç, bir ceza yahut hukuk davasında verilen herhangi bir hüküm aleni olacaktır.

2. kendisine suç isnat edilen her kişi, yasa uyarınca suçluluğu kanıtlanana dek masum sayılma hakkına sahip olacaktır.

3. kendisine suç isnat edilen her kişi bu suçlamanın karara bağlanmasında, tam bir eşitlikle şu asgari güvencelere sahip olacaktır.

(a) kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeni hakkında derhal ve anladığı dilde ayrıntılı olarak bilgilendirilmesi;

(b) savunmasını hazırlamak için gerekli/(uygun) zamana ve olanaklara/(kolaylıklara) sahip olması ve kendi seçeceği avukatla görüşebilmesi/ (iletişim kurabilmesi) ;

(c) gereksiz gecikme olmaksızın yargılanması;

(d) yargılamada bizzat hazır bulunması ve kendisini bizzat ya da kendi seçtiği avukat yardımı ile savunması, avukatı yoksa bu hakkı olduğu hususunda bilgilendirilmesi ve adaletin yararının gerektirdiği her durumda kendisine bir avukat tayin edilmesi ve avukattan yararlanmak için yeterli ödeme gücü bulunmuyorsa bu yardımın kendisine ücretsiz olarak sağlanması;

(e) aleyhindeki tanıklara soru sorabilmesi/ (tanıkları sorgulayabilmesi) ya da sordurabilmesi / (tanıkları sorgulatabilesi) ve lehindeki tanıkların, aleyhindeki tanıklarla aynı koşullar altında, mahkeme önüne çıkmalarının ve dinlenilmelerinin/ (sorgulanmalarının) sağlanması;

(f) mahkemede kullanılan dili anlamadığı ya da konuşamadığı hallerde, bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanması;

(g) kendi aleyhinde tanık yapmaya ya da suçu itiraf etmeye zorlanmaması,

4. küçüklerin-gençlerin yargılanmasında takip edilecek usul, onların yaşlarını ve topluma yeniden kazandırılmalarını geliştirmenin/(teşvikin)arzuya şayan olduğunu dikkate alan nitelikte olacaktır.

5. bir suçtan ötürü mahkûm edilen herkes, mahkûmiyet kararının ve verilen cezanın, kanun uyarınca daha yüksek bir yargı yeri tarafından incelenmesi hakkına sahip olacaktır.

6. Bir kişi bir suçtan ötürü nihai bir kararla mahkûm edilmiş olup da hakkındaki hüküm daha sonra adli hata yapıldığını kesin biçimde ortaya koyan yeni yahut yeni olarak tespit edilen bir olgu/(kanıt) nedeniyle bozulmuş ya da affedilmiş olduğunda, bilinmeyen olgunun zamanında ortaya çıkarılmamasında kısmen ya da tamamen kendisine yüklenebilecek kusuru/(sorumluluğu) bulunduğu kanıtlanmadıkça, böyle bir hüküm sonucunda mustarip /(maruz) kaldığı cezadan ötürü bu kişiye kanun dairesinde tazminat ödenecektir.

⁷Hiç kimse, bir ülkenin yasalarına ve ceza yargılaması usulüne uygun biçimde daha önce kesin olarak mahkûm edilmiş ya da beraat etmiş bulunduğu bir suçtan ötürü yeniden yargılanmayacak yahut cezalandırılmayacaktır.” demektedir.

BM/ MSHS Md. 15:

Bildiri ile karşılaştırması yapıldığında, BM/MSHS'nin 14. maddesinin 1. fıkrasının, Bildiri'nin 10 ve 11. maddelerine karşılık geldiği görülmektedir, yargı önünde eşitlik ile hukuk ve ceza davalarında yetkili ve bağımsız yargı yeri tarafından adil ve aleni yargılanma hakkına ilişkin diğer fıkraları ise, adil yargılanma hakkının Bildiri'de kaleme alınmamış olan boyutlarını tanımlamakta ve özellikle ceza davalarında suçlanan kişinin asgari haklarını sıralamaktadır. Tanıkların dinlettirilmesi, kendisine isnat edilen suça ve ayrıntılarına ilişkin bilgilendirilme hakkı, savunma hakkı, savunmayı hazırlama hakkı, bu asgari haklar arasında yer almaktadır. 15. madde ise suçta ve cezada kanunilik ilkesini koruma altına almaktadır.⁸

Bölgesel düzeyde yani Amerikalılar-arası sistemde temel insan hakları belgesi olarak düzenlenen ve Bogoto'da Dokuzuncu Uluslararası Amerikan Devletleri Konferansı'nda 02.05.1948 tarihinde kabul edilen Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi'nin⁹ 18. maddesinde de, adil yargılanma hakkı düzenlenmiştir. Buna göre,

“Her kişi, yasal haklarına saygı gösterilmesini temin etmek üzere mahkemeye başvurabilir. Keza, her kişiye herhangi bir temel anayasa hakkını ihlal ederek ona zarar veren kamusal makamların tasarruflarına karşı onu koruyacak olan, mahkemeler önünde basit ve kısa usuller sağlanmış olmalıdır.”

Amerikalılar-arası sistemde temel insan hakları belgelerinden bir diğeri olan ve 22.11.1969 tarihinde San Jose'de kabul edilip 18.07.1978 tarihinde yürürlüğe

“1. Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal ya da Uluslararası hukuka göre bir suç teşkil etmeyen bir eylem ya da ihmalden ötürü suçlu bulunmayacaktır. Bir suça, işlendiği zaman verilebilecek ola cezadan daha ağır bir ceza verilmeyecektir. Bir suçun işlenmesinden sonra, yasa ile bu suç için daha hafif bir ceza öngörülür ise, suçlu bundan/(daha hafif cezadan) yararlanacaktır.

2. bu maddedeki hiçbir hüküm, işlendiği zaman uluslar topluluğu tarafından tanınan hukukun genel ilkelerine göre suç sayılan bir eylem ya da ihmalden ötürü bir kişinin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel teşkil etmeyecektir.”

⁸ Özyavuz, **a.g.m.**, s. 431.

⁹ Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri-Cilt III**, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2003, s. 5 ve 9.

giren Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ¹⁰ 8. maddesinde de adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır.

Keza, Bölgesel insan hakları belgeleri arasında yer alan ve Afrika Birliği Örgütü sisteminde temel insan hakları belgelerinden biri olan ve 27.06.1981 tarihinde Nairobi'de kabul edilen ve 21.10.1986 tarihinde yürürlüğe giren Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı¹¹ nın 7. maddesinde de adil yargılanma hakkına yer verilmiştir.

¹⁰Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri-Cilt III**, s. 23.

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Md. 8:

“Her kişi kendisine yöneltilen herhangi bir suç isnadının kanıtlanmasında ya da medeni çalışmaya ilişkin, mali yahut başka herhangi bir mahiyetteki haklarının ve yükümlülüklerinin belirlenmesinde, usulüne uygun güvencelerle ve makul süre içerisinde, daha önceden yasa ile kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından yargılanmaya hak sahibidir.

1. Bir suç isnat edilen her kişi, yasaya uygun olarak suçluluğu kanıtlanmadığı sürece masum sayılma hakkına sahiptir. Dava sırasında her kişi, tam bir eşitlikle, aşağıdaki minimum güvencelere sahiptir:

a. sanığın, yargı yeri ya da mahkeme önünde kullanılan dili anlamıyor ya da konuşamıyor olması halinde, ücretsiz olarak bir tercüman ya da çevirmenin yardımını alma hakkı;
b. sanığa isnat edilen suçlamaların ayrıntılı olarak önceden bildirilmesi
c. savunmasını hazırlaması için elverişli zaman ve olanaklar
d. sanığın bizzat ya da kendi seçeceği bir avukatın yardımını alarak kendini savunması hakkı ve avukatı ile serbestçe ve özel olarak/(mahremiyet sağlanarak) iletişimde bulunması hakkı;
e. sanık bizzat savunma yapamıyor ya da yasanın öngördüğü zaman dilimi içinde sanığın avukatı meşgul ise, iç hukukun öngördüğü şekilde ödeme yapılınsın ya da yapılmasın, devlet tarafından temin edilecek bir avukatın yardımını almaya ilişkin devredilmez hak;
f. savunmanın, mahkemede hazır bulunan tanıkları sorgulama ve olgulara ışık tutabilecek olan uzmanların ya da diğer kişilerin, tanık sıfatı ile, hazır bulunmalarının temini;
g. kendi aleyhine tanıklık yapmaya ya da suçlu olduğunu kabul etmemeye zorlanmama hakkı,
h. hükmün bir yüksek mahkemede temyiz edilmesi hakkı

2. Sanık tarafından yapılacak bir suç itirafı, bu sadece herhangi bir biçimde bir baskı olmaksızın yapılmış ise geçerli sayılacaktır.

3. Temyize tabi olmayan bir hükümle beraat eden bir sanık, aynı nedenden ötürü bir yeni yargılanmaya tabi tutulmayacaktır.

4. Ceza davaları, adaletin yararını koruyabilmek için gerekli olabilecek istisnalar dışında, aleni olacaktır.

¹¹ Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri- Cilt III**, s. 229.

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı Md. 7:

“1. Her birey davasının(taleplerinin) dinlenmesine hak sahibidir. Bu hak aşağıdaki hususları kapsar.
a. yürürlükteki sözleşmeler, yasalar, düzenlemeler ve gelenekler ile tanınan ve güvence altına alınan temel haklarını ihlal eden tasarruflara karşı yetkili ulusal organlara başvurma hakkı;

b. yetkili bir mahkeme ya da yargı yeri tarafından suçluluğu kanıtlanana dek masum sayılma hakkı;
c. kendi seçeceği bir avukat tarafından savunulması hakkı dahil olmak üzere, savunma hakkı; d. tarafsız bir mahkeme ya da yargı yeri tarafından makul bir süre içerisinde yargılanma hakkı

2. Hiç kimse, işlendiği zaman yasal olarak cezalandırılabilir bir suç oluşturmayan bir eylem ya da ihmalden ötürü cezalandırılmaz. İşlendiği zaman o hususta herhangi bir hüküm öngörülmemiş bulunan bir suç için hiçbir ceza verilemez. ”

Avrupa Topluluk Hukuku'nda, Temel Haklar Antlaşması'nda “topluluk temel hakkı” olarak açıkça (mahkeme tarafından) adil yargılanma talebi güvence altına alınmıştır. Temel Haklar Antlaşması'nın 47. maddesi,

“Her şahıs, ihtilafının bağımsız, tarafsız ve önceden kanun aracılığıyla kurulmuş mahkemede adil yargılama içinde, aleni olarak ve uygun bir sürede yargılanması hakkına sahiptir.”

Demek suretiyle adil yargılanma hakkını garanti altına almıştır. Bu düzenleme, genel itibariyle aşağıda değinilecek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine paralel olmakla birlikte, iki açıdan farklılık gösterdiği söylenebilir. Bunlardan ilki, Temel Haklar Antlaşması'nın VI. bölümündeki adil bir yargılanmaya ilişkin topluluk temel hakkının sadece sivil hukuka veya ceza hukukuna ilişkin ihtilafları değil topluluk hukukunun uygulanma alanındaki bütün ihtilafları kapsamaktadır. İkincisi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin derecesi ve geçerlilik gücü Sözleşme devletlerinde değişiklik gösterirken, topluluk hukukunun bütün üye devletlerde ulusal hukuk karşısında uygulanma önceliğine sahip olmasıdır.¹²

1.1.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Adil Yargılanma Hakkı

Bölgesel bir örgüt olan Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan ve 04.11.1950 tarihinde Roma'da kabul edilip 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde,¹³ Taraf Devletlerin Sözleşme'ye uygun hareket edip etmediğinin denetimi için denetim mekanizmaları oluşturulmuştur. Bu bağlamda Sözleşme'nin denetim mekanizması, 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren 11 No.lu protokol öncesinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi iken, sözü geçen protokol sonrası, Sözleşme'ye Taraf Devletlerin

¹² Eckhard Pache, “Adil Bir Yargılanmaya İlişkin Avrupa Temel Hakkı ”, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Çev. Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004, s. 68–69.

¹³ Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri-Cilt I**, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2003, s. 7–8. Bundan sonra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, AİHS ya da Sözleşme olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise Mahkeme ya da AİHM olarak ifade edilecektir.

Sözleşme'yi ihlal ettiği noktasındaki bireysel şikâyet başvurularını, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Karara bağlamaktadır.

Türkiye, Sözleşme'ye 18 Mayıs 1954 tarihinde taraf olmuştur. 11 No.lu protokolün yürürlüğe girmesinin ardından tanıma beyanına gerek olmaksızın Sözleşme'ye Taraf Devletler; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bireysel şikâyet başvurusunu kabul etmiş olduklarından, Türkiye'nin Sözleşme'yi ihlal ettiği yönünde yapılan bireysel şikâyet başvuruları Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından incelenmektedir.¹⁴

Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesi şu şekilde kaleme alınmıştır.

“ 1. Her kişi, (özel hukuk uyumsuzluklarında) medeni hak ve yükümlülüklerinin yahut (ceza hukuku alanında) kendisine yöneltilen herhangi bir suçlamanın karara bağlamasında yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından, makul süre içerisinde, adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir. hüküm aleni oturumda açıklanacaktır; ancak bir demokratik toplumda ahlak, kamu düzeni yahut ulusal güvenlik için, çocukların ve gençlerin menfaatleri ya da tarafların özel yaşamının korunması bunu gerektirdiğinde, ya da aleni yetin, adaletin tecellisine zarar verebileceği özel koşulların bulunması halinde, mahkemenin görüşüne göre kesin biçimde gerekli olduğu ölçüde, basın ve halk/ (dinleyiciler) duruşmanın tamamından ya da bir bölümünden çıkartılabilir.

2. kendisine bir suç isnat/ (itham) edilen her kişi, yasa uyarınca suçluluğu kanıtlanana dek masum sayılacaktır.

3. kendisine bir suç isnat/(itham) edilen her kişi, asgari olarak aşağıdaki haklara sahiptir:

(a) kendisine yöneltilen suçlamanın mahiyeti ve nedeni hakkında, anlayabileceği dilde ve ayrıntılı olarak derhal bilgilendirilmiş olmak;

¹⁴Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Haklarının Genel Teorisine Giriş**, 5. Bası, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005, s. 433.

(b) savunmasını hazırlamak için yeterli zamana ve kolaylıklara/(olanaklara) sahip olmak;

(c) savunmasını bizzat yahut kendi seçimiyle belirlediği bir avukattan/ (hukuki yardımdan) yararlanmak suretiyle yapmak yahut, avukattan /(hukuki yardımdan) yararlanmak için yeterli ödeme gücünden yoksun olması ve adaletin tecellisinin bunu gerektirmesi halinde, ücreti kendisi tarafından ödenmeyecek olan bir avukat/ (hukuki yardım) temin etmek;

(d) aleyhindeki tanıkları sorguya çekmek ya da çektirmek ve lehindeki tanıkların, aleyhindeki tanıklarla aynı koşullar altında hazır bulundurulmalarına ve sorgulanmalarına hak sahibi olmak;

(e) mahkemede kullanılan dili anlamıyor ya da konuşmıyor ise, bir çevirmenin yardımından ücretsiz olarak yararlanmak.” Hakkına sahiptir.

Sözleşme'nin bu maddesi, adil yargılanmayı düzenleyen BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 10. maddesinden farklı bir ifadeye sahiptir. Bildiri, “*haklar ve yükümlülükler*”den bahsetmekte ancak bu hak ve yükümlülüklerin niteliğine ilişkin bir tanım vermemektedir. Dolayısıyla Bildiri'nin, bütün hak ve yükümlülükler açısından adil yargılanma hakkı güvencesi getirdiği savunulmaktadır.¹⁵

Sözleşme'de ise “*medeni*” nitelemesi yapılmaktadır. Aynı nitelemeye BM/MSHS' de rastlamaktayız. Her iki Sözleşme'de de adil yargılanma hakkının güvence alanına ilişkin böyle bir nitelemenin yapılması tartışmalara yol açmıştır.

Bildiri'ye kıyasla Sözleşmelerde, adil yargılanma hakkının koruma alanını daraltmak amacının güdüldüğü savunular olduğu gibi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yapıldığı dönem itibarıyla, Kamu Hukuku-Özel Hukuk ayrımı gelişmemiş olması nedeniyle 6. maddeye “*medeni*” kelimesinin eklenmesinin

¹⁵ Sibel Inceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı: Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak Ve İlkeler**, İkinci Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2005, s. 13–18.

Bildiri'nin sağladığı haktan, daha dar bir hak sağlamadığını da savunanlar bulunmaktadır.¹⁶

Sözleşme'nin denetim mekanizması olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, adil yargılanma olgusunu, genelde eşitlik ve denge kavramları üzerine oturtmaktadır.¹⁷

26.04.1979 tarihli *Sunday Times v. U.K.* kararında¹⁸, adil yargılanma hakkının Sözleşme'nin ve hukukun en temel kuralı olduğunu ve bu nedenle geniş yorumlanması gerektiğini belirtmiştir.

Ancak Sözleşme'nin kapsamına yönelik iki sınırlama mevcuttur. Birincisi adil yargılanma hakkı, sadece usul hukukuna uygunlukla ilgili bir kavramdır. Bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, olaylara ilişkin yaptığı değerlendirmeyi, ulusal mahkemelerin değerlendirmesi yerine koyamaz ve adil yargılanma hakkı yönünden görevi yargılama usullerinin, kendi bütünlüğü içerisinde adil olup olmadığını araştırmakla sınırlıdır. İkincisi, ulusal hukukta kabul edilmiş olan bir yargılama usulü sisteminin, usul hukukuna uygunluğu sağlayacak şekilde işletilemeyeceğinin kesin olduğu varsayılmadıkça, AİHM, bu sistemin yetersiz olacağına, soyut olarak karar veremez.¹⁹

AİHS bünyesinde yer alan adil yargılanma kavramı, AİHM'in içtihatlarıyla gelişmektedir.²⁰

¹⁶ **A.y.**

¹⁷ Güney Dinç, **Adil Yargılanma Hakkı**, İzmir, İzmir Barosu Yayınları, 2006, s. 132.

¹⁸ *Sunday Times v. U.K.*, 26.04.1979, Ser. A, No.30, 2 EHRR 272; Appl. No. 6538/74, para. 55. Karar için Bkz.: Durmuş Tezcan, "Adil (Dürüst) Yargılanma Hakkının Uygulama Alanı Açısından İdari Uyuşmazlıkların Konumu", **Yıldızhan Yayla'ya Armağan**, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2002, s. 469.

¹⁹ Leonard H. Leigh, "Adil Yargılanma Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Antlaşması", **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Çev. Selman Dursun, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004, s. 336-337.

²⁰ Özyavuz, **a.g.m.**, s. 428-429.

1.2. ADİL YARGILANMA HAKKI VE SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİNİN BAĞLANTISI

Adil yargılanma ilkesinin silahların eşitliği ilkesiyle bağlantısını ortaya koyabilmek bakımından, Sözleşme'nin yine 6. maddesinde güvence altına alınmış, hakkaniyete uygun dinlenilme ve çelişmeli yargılama ilkelerini de irdelemek ve bu üç ilke arasında bağlantı kurmak gerekmektedir.

1.2.1. Silahların Eşitliği İlkesi ve Hakkaniyete Uygun Dinlenilme İlkesi

Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının özünü oluşturan “*hakkaniyete uygun olarak dinlenilme*” ilkesi, tüm önemli olgu ve hukuksal sorunları yeterli biçimde açıklayabilme ve bu konuda delil ileri sürebilme, yargılamaya katılan kişilerin görüşlerinden ve toplanan tüm delillerden bilgi sahibi olabilme olanağını içerir.²¹ Bu ilkenin kapsamı, 6. maddede sayma yolu ile belirtilmediğinden, hakkaniyete uygun dinlenilme ilkesine uygunluğun gerekleri, yargılama sürecinin özelliklerine göre farklılık gösterebilmektedir.²²

AİHM, bir kişinin davasının hakkaniyete uygun olarak dinlenip dinlenilmediği değerlendirmesini, yargılama sürecini bir bütün olarak göz önüne alarak yapmakta ancak hakkın sınırlarını kesin olarak belirtmeyerek; yargılamanın hakkaniyete uygunluğunu ihlal eden her işlemi bu kurallar içinde değerlendirmektedir.²³ İşte bu yoldan hareketle Mahkeme, konuya ilişkin içtihatlarıyla, sözleşmede açıkça silahların eşitliği sözcüklerinden oluşan bir tanım yer almamasına rağmen hakkaniyete uygun yargılama kavramına dayanarak

²¹ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Ankara, Seçkin yayınları, 2004, s. 335–338.

²² İsmail Pamuk, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Sırf Sanığa Tanınan Haklar ve Askeri Ceza Yargılaması”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2000, s. 33; Feyyaz Gölcüklü, Şeref Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 5. Bası, Ankara, y.y., 2004, s. 290.

²³ İsmail Pamuk, **a.g.t.**, s. 32-36; Gölcüklü/Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 291-295.

silahların eşitliği ilkesinin, daha geniş bir kavram olan adil yargılanma hakkının zımni unsurlarından biri olduğunu ortaya koymuştur.²⁴

Silahların eşitliği ilkesi 6. maddenin 1. fıkrasında öngörülen adil yargılama gereğinin merkezi bir tamamlayıcı parçasıdır ve aynı zamanda eşitlik ilkesinin özel bir biçimini oluşturmaktadır, buna göre silahların eşitliği ilkesi her bir tarafa, kendi olgularını kanıtlarıyla birlikte, hasmının aleyhine sonuç doğurmama koşuluyla, sunma şansı tanınması gerekliliğini ifade eder.²⁵ Dolayısıyla, birbirlerine karşı duran tarafların usul hukuku bakımından, kural olarak eşit konumda olmaları sağlanmalıdır.

Karşı tarafın, kendi olgularını sunma hakkından fiili olarak yararlanıp yararlanmadığına bakılmamaktadır. Önemli olan, bu olanağın karşı taraf tarafından kullanılabilir olup olmadığıdır.²⁶

1.2.2. Silahların Eşitliği İlkesi ve Çelişmeli Yargılama İlkesi

Yukarıda kısaca değinmiş olduğumuz Hakkaniyete Uygun Dinlenilme Hakkı'nın gereklerinden bir diğeri de “çelişmeli yargılama ilkesi”dir. Burada kısaca çelişmeli yargılama ilkesi ile silahların eşitliği ilkesi arasındaki bağlantıyı ortaya koymak amaçlanmıştır.

Çelişmeli yargılama ilkesi, tarafların, dava sırasında ulusal mahkemenin kararını etkilemek amacıyla sunulan delil ve mütalaalar ya da görüşlerin her biri

²⁴ Feyyaz Gölcüklü, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde "Adil Yargılama"”, **AÜSBFD**, C: 49, S: 1-2, Y: 1994, s. 218; Gölcüklü/ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 266-267; Dinç, **a.g.e.**, s. 133; Adem Çelik, **Adil Yargılanma Hakkı**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007, s. 82. Hakkaniyete uygun yargılamanın gereği olarak belirlenen diğer zımni unsurlar; çelişmeli yargılama ilkesi, duruşmadan hazır bulunma hakkı, susma ve kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkı, gerekçeli karar hakkı ve delil kurallarıdır. Bu bilgi için Bkz.: Çelik, **a.g.e.**, s. 84.

²⁵ *Dombo Beheer BV v. Netherlands*, 27.10.1993, Ser. A, No. 274-A, 18 EHRR 213; Appl. No. 14448/88, para. 33; *Ankerl v. Switzerland*, 23.10.1996, Reports 1997-II; Appl. No. 17748/91, para. 38. Kararlar için Bkz.: Christop Grabenwarter, “Yargılama Güvenceleri-Adil Yargılanma Hakkı (İHAS md. 6)”, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Çev. Osman Can, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004, s. 215; Gölcüklü/Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 291.

²⁶ **A.y.**

hakkında bilgi sahibi olması ve bunlar hakkında yorum yapma imkânına sahip olmasıdır.²⁷

Çelişmeli yargılamada karşıtlar, ceza yargılamasında kendisine bir suç yüklenen kişi ile onu suçlayan kamu görevlisi ve suçtan etkilenen kişidir; medeni ve hukuki uyuşmazlıklarda ise davacılar ve davalılardır.²⁸

Çelişmeli yargılama ilkesi de silahların eşitliği ilkesi gibi Sözleşme’de açıkça düzenlenmemiştir.

Davanın sonucunu etkiler nitelikteki bir bilgi, belge veya delilin tarafların incelemesine sunulmadan ulusal mahkemece hükme esas tutulması yargılamanın hakkaniyete uygunluğunu şüpheye düşüreceğinden, çelişmeli yargılama ilkesi Sözleşme’nin 6. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir.²⁹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi çeşitli kararlarında, adil yargılanma hakkının, yargılamanın çelişmeli olmasını da gerektirdiğini ifade etmiş³⁰ ve silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin, iç içe geçmiş kavramlar olduğunu belirtmiştir.³¹

Çelişmeli yargılama ilkesi bakımından önemli olan tarafların bilgi, belge ve mütalaalardan haberdar olmasıdır. Ancak silahların eşitliği ilkesinden konuya bakıldığında, tarafın hangi görüş bildirme olanaklarına sahip olduğu da önem arz eder. Bu nedenle her zaman çelişmeli yargılamanın ihlali silahların eşitliği ilkesinin ihlalini sonuçlamaz. Bir taraf diğer taraftan bilgi yönünden bir üstünlüğe sahipse ve

²⁷ *Ruiz Mateos v. Spain*, 23.06.1993, Ser. A, No. 262-A, 16 EHRR 505, Appl. No. 12952/87, para. 67. Bu bilgi için Bkz.: Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu**, İstanbul, TÜSİAD yayınları, 2003, s. 81; İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 249-251; Grabenwarter, **a. g. m.**, s. 215.

²⁸ Dinç, **a.g.e.**, s. 133-134.

²⁹ Pamuk, **a.g.t.**; s. 34; Kai Ambos, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılama Hakları, Silahların Eşitliği, Çelişmeli Önsoruşturma ve AİHS md. 6 ”, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3 , Çev. Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004, s. 27.

³⁰ *Ruiz Mateos v. Spain*, **a.g.k.**, para. 63. Bu bilgi için Bkz.: İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 249.

³¹ *Niderost-Huber v. Switzerland*, 18.02.1997, 25 EHRR 709; Appl. No. 18990/91, para. 23-24, 30. Bu bilgi için Bkz.: İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 249-250; Çelik, **a.g.e.**, s. 88.

buna dayalı olarak daha geniş açıklama hakkı kullanılabiliriyorsa, bu durum silahların eşitliği ilkesini ihlal edecektir.³² Ayrıca çekişmesiz yargı dahi olsa davanın sonucunu etkiler nitelikteki bir bilgi, belge ya da kanıtın, ilgilinin inceleme ve eleştirisine sunulmadan ulusal mahkemece kullanılması yargılamayı gayri adil kılacağından, silahların eşitliği ilkesinin etkisini çekişmesiz yargıda da göstermesi mümkündür.³³

Dolayısıyla çelişmeli yargılama ilkesi, taraflara, her türlü delil, görüş ve mütalaa hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma hakkının verilmesini gerektirirken, silahların eşitliği ilkesi tarafların delil, görüş ve mütalaalar hakkında bilgi sahibi olmalarında ve bunlara karşı yorum yapmalarında eşit olmalarını gerektirir.

Ancak yargılama sırasında taraflardan birinin diğerine karşı avantajlı duruma geldiği hallerde, gerçek anlamda bir çelişme gerçekleşmez.³⁴ Bu nedenle çelişmeli yargılamanın gerçekleşebilmesi için yargılama sırasında taraflar arasında silahların eşitliği ilkesine uyulması gerekmektedir.

1.3. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ

Bu başlık altında silahların eşitliği ilkesinin tanımı, uygulama alanı, başlangıç zamanını ve ilkeyi, Sözleşme kapsamında ileri sürebilecek kişileri ortaya koymak amaçlanmaktadır.

³²Graberwarter, **a.g.m.**, s. 215-216.

³³Feldbrugge v. Netherlands, 29.05.1986, Ser. A, No. 99, 8 EHRR 425, para. 44. Bu bilgi için Bkz.: İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 292.

³⁴Hakan Karakehya, “Ceza Muhakemesinin Amacı”, **İÜHFİM**, İstanbul, Legal Yayıncılık, C: LXV, S: 2, 2007, s. 130.

1.3.1. Silahların Eşitliği İlkesinin Tanımı

Sözleşme organları³⁵, bireysel şikâyet başvurularını karara bağlarken silahların eşitliği ilkesini de kavram olarak ortaya koymuşlar ve zamanla tanımını yapmışlardır.

Silahların eşitliği kavramı, Sözleşme organları tarafından ilk kez, 27.06.1968 tarihli *Neumeister v. Austria* kararında kullanılmıştır. Bu karardan sonra silahların eşitliği ilkesi, sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrası kapsamında yer alan bir ilke olmuştur.³⁶ Karara konu olayda Avusturya vatandaşı olan başvuru Fritz Neumeister hakkında, 1959 tarihinde, dolandırıcılık yaptığı iddiası ile soruşturma başlatılmış ve başvuru suç ortaklarından birinin başvurusunun aleyhinde ağır ithamlarda bulunması nedeniyle 12 Temmuz 1962 tarihinde tutuklanmıştır. Kefaletle salıverilmesi için değişik zamanlarda yaptığı dört başvurular sonucunda 6 Kasım 1963 de kefaletle salıverilmiştir. Başvurucunun yargılaması 9 Kasım 1964 tarihinde başlamış ve 2 Temmuz 1968 de başvurusunun 5 sene ağır hapis cezasıyla mahkûm edilmesiyle sonuçlanmıştır. 12 Temmuz 1963 tarihinde Komisyon'a başvuran başvuru, Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. ve 4. fıkralarının yanı sıra tutuklama kararının verilmesi sırasında savcının dinlendiği fakat kendisinin veya müdafinin dinlenmediği iddiasıyla sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasının da ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme silahların eşitliği ilkesinin ihlali noktasındaki incelemesinde, isnadın esası hakkında karar verilirken bu kuralın geçerli olduğunu ancak tutuklama kararının verilmesinde bu mecburiyetin bulunmadığına karar vermiş ve olayda silahlarda eşitlik ilkesinin zedelenmediğini kabul etmiştir.

Kanımızca Mahkeme bu kararında tarafın da dinlenmesi gerekliliğini kabul etmekle birlikte, bu gerekliliğin yargılama aşamasını kapsadığını ancak koruma tedbiri olarak öngörülen tutuklama aşamasını kapsamadığını kabul etmiştir. Ancak bu karardan daha sonra dönmüştür.

³⁵ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ni ifade etmektedir.

³⁶ *Neumeister v. Austria*, 27.06.1968, Ser. A, no.8, 1 EHRR 91; Appl. No. 1936/63, para. 22. Bu bilgi için Bkz.: İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 220.

Silahların eşitliği ilkesinin tanımı ise ilk kez 27.10.1993 tarihli *Dombo Beheer BV v. Netherlands* kararı ile yapılmıştır. Bu karara konu olayda bir banka ile müşterisi arasında ticari krediler nedeniyle uyuşmazlık çıkmış ve iç hukuk yollarının tüketilmesinin ardından başvuru, AİHM'e başvuruda bulunmuştur. Sözleşme organlarınca silahların eşitliği ilkesi, “*muhalafet halindeki özel menfaatleri içeren uyuşmazlıklarda, bir tarafı davanın diğer tarafı karşısında nitelikli bir dezavantaj içine sokmayacak şartlar altında, her bir tarafın delilleri de dâhil olmak üzere, davasını ortaya koymak için makul bir olanağa sahip olması zorunluluğu*” olarak tanımlanmış ve bu tanıma AİHM'in daha sonraki kararlarında da yer verilmiştir.³⁷

Sözleşme organlarının kararlarına göre, mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler bakımından taraflar arasında gerekli olan silahların eşitliği ilkesinin, yargılamanın her aşamasında korunması gerekmektedir. Ancak bu eşitlikle ifade edilmek istenen iddia ve savunmanın aynı yetkilere sahip olması değil; eşit ağırlıkta yetkilerle donatılmasıdır.³⁸

Silahların eşitliği ilkesi bu nedenle ayırım yasağını düzenleyen 14. madde ile bağlantılıdır. Tüm katılanlar, yargılama sürecinde eşit şekilde hareket edecekler ve özellikle eşit çerçevede bilgi edinecekler, olabildiğince aynı şartlar altında bulunacaklar, söylemek istediklerini anlatacaklar ve iddialarını ispatlayacaklardır.³⁹

Aşağıdaki kararda görüleceği üzere iddia ve savunma makamları arasında uygulanan eşitsizlikçi muamele, diğer tarafın bu sözünü ettiğimiz faaliyetlerini gereği gibi yerine getirmesini engelleyecek derecede yargılamayı gayri adil hale getirirse, taraflar arasındaki silahların eşitliğini bozar.

³⁷*Dombo Beheer BV v. Netherlands*, **a.g.k.**, para. 33. Bu bilgi için Bkz.: İnceoğlu, **a. g. e.**, s. 221; Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği, **a.g.e.**, s. 76; Erol Çiçek, “AİHS M. 6 Adil Yargılama Hakkı ve Türk Hukukunda Uygulaması”, **TBB**, S: 72, Eylül-Ekim 2007, s. 236.

³⁸*Delcourt v. Belgium*, 17.01.1970, Ser. A, No. 11, 1 EHRR 355; Appl. No.2689/65, para. 28. Bu bilgi için Bkz.: İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 220; Gölcüklü / Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 291; Gölcüklü, **a.g.m.**, s. 218; Dinç, **a.g.e.**, s. 135; Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği, **a.g.e.**, s. 102; Karen Reid, **Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri:Uygulayıcılar İçin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Rehberi**, Üçüncü Kitap, Çev. Bahar Öcal Düzgören, İstanbul, Scala Yayıncılık, 2000, s. 90.

³⁹Pache,**a.g.m.**, s. 73; Dinç, **a.g.e.**, s. 135; Dönmez, **a.g.e.**, s. 57; Ladewig, “Adil Yargılama Hakkı-I”, s. 260; Leigh, **a.g.m.**, s. 353-354.

21.09.1993 tarihli *Kremzow v. Austria* kararında ise AİHM, silahların eşitliği ilkesine uygun davranılıp davranılmadığının tespiti için, somut olaydaki eşitsizliğin yargılamayı gerçekten ve fiilen adaletsiz kılıp kılmadığına bakmıştır. Buna göre, adil yargılama açısından silahların eşitliği ilkesinin denetlenmesinde önemli olan husus eşitlik araştırmasına konu olan işlemin yargılamadaki önemi, yani yargılamada belirleyici olmasıdır. Bu nedenle yargılamada silahların eşitliği ilkesinin sağlanıp sağlanmadığı AİHM tarafından her somut olaya göre incelenip sonuca bağlanmaktadır. Mahkeme, davanın hukuk veya ceza davası, idari ya da anayasa yargısı olmasına göre ya da davanın görülme şekline göre belirleyeceği incelemenin sonunda, savunma hakkının çekirdek alanına bir tecavüz saptarsa ve bu tecavüz duruşmada telafi edilemeyecek ise yargılamanın gayri adil hale geldiğini kabul etmektedir.⁴⁰

1.3.2.İlkenin Öznesi, Uygulanma Alanı ve Uygulanma Zamanı

Yukarıda genel hatlarıyla ortaya koyduğumuz tanımından hareketle, silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürebilecek kişiler, bu ilkenin uygulanabileceği alan ve uygulanma zamanını da ortaya koymak gerekir.

1.3.2.1.İlkenin Öznesi

Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinde “*her kişi, medeni hak ve yükümlülüklerinin yahut kendisine yöneltilen herhangi bir suçlamanın karara bağlanmasında...adil...yargılanma hakkına sahiptir*” ibaresi yer almaktadır.

Bu nedenle Sözleşme'nin 6. maddesinin sağladığı güvenceleri gerek gerçek ve gerekse tüzel kişiler ve kişi toplulukları ileri sürebilir. Taraf yargılamasının söz konusu olduğu uyuşmazlıklarda, davanın tarafları (davacı, davalı, asli müdahil, ferî müdahil) bu hakkı ileri sürebilir. Ceza yargılamasında ise kendisine karşı suçlamada

⁴⁰ *Kremzow v. Austria*, 21.09.1993, Ser. A, No. 268-B, 17 EHRR 322; Appl. No. 12350/86, para. 75. Bu bilgi için Bkz.: Gölcüklü, **a.g.m.**, s. 219; Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği, **a.g.e.**, s. 77, Gölcüklü/ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 291-292; Ambos, **a.g.m.**, s. 41; İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 235.

bulunulan kişi, Sözleşme'nin 6. maddesine dayanabilir. Ancak mağdur, tank, bilirkişi veya müdahil bu hakka sahip değildir.⁴¹

Silahların eşitliği ilkesi, Sözleşme'nin 6. maddesinin sağladığı güvencelerden biri olduğuna göre, ancak yukarıda belirttiğimiz kişiler bu hakkın ihlal edildiğini ileri sürebilecektir.

1.3.2.2.Uygulanma Alanı

Adil yargılanma hakkı, hem bir özel hukuk uyuşmazlığında kişinin “*medeni hak ve yükümlülükleri*”ni belirlemeye, hem de ceza hukuku alanında o kişiye karşı “*yöneltilen herhangi bir suçlama*”nın karara bağlanmasında uygulanabilir. Dolayısıyla silahların eşitliği ilkesi de medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin özel hukuk uyuşmazlıklarında ve ceza hukuku alanında kişinin kendisine yöneltilen herhangi bir suçlama söz konusu olduğunda uygulanabilecektir. Bir kişiye yöneltilen bir suçlama yoksa ya da uyuşmazlığın niteliği medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin değilse adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiası madde kapsamı içinde görülmeyerek değerlendirilmeyecektir.⁴²

Bu nedenlerle özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından “*medeni hak ve yükümlülükler*” kavramı ile kişinin kendisine karşı “*yöneltilen herhangi bir suçlama*” kavramının ne anlama geldiğinin saptanması, silahların eşitliği ilkesinin uygulama alanını belirlemek açısından önem arz etmektedir.

Sözleşme organları, adil yargılanma hakkının uygulama alanını tespit ederken Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesindeki “*medeni hak ve yükümlülükler*” ile “*yöneltilen herhangi bir suçlama*” kavramlarını, özerk (otonom) yani aleyhine başvuruda bulunulan devletin iç hukukuna bakmadan

⁴¹Tezcan/ Erdem/ Sancakdar, **a.g.e.**, s. 311-312.

⁴² İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 220; İnsan Hakları Avukatlar Komitesi, **a.g.m.**, s. 360.

yorumlamaktadır. Böylece Sözleşme'nin 6. maddesinde yer alan kavramlar, Sözleşme'ye Taraf Devletler için bir Avrupa anlamına sahip olmaktadır.⁴³

1.3.2.2.1. Özel Hukuk Uyuşmazlıklarında Medeni Hak ve Yükümlülükler

“*Medeni haklar ve yükümlülükler*” kavramı, genel olarak özel hukuk uyuşmazlıklarını kapsamaktadır.⁴⁴ Sözleşme organlarına göre, Sözleşme'nin 6. maddesinin özel hukuk uyuşmazlıklarında kullanılabilirliği için öncelikle ulusal hukukta dayanağı olan bir hak olmalıdır. Bu hak üzerinde ciddi bir uyuşmazlık olmalı ve hak medeni hukuka ilişkin bulunmalıdır.⁴⁵ Ancak mahkemenin sınırlandırma ölçütleri net olmadığından bu ölçütleri tek tek saymak mümkün değildir.⁴⁶

Bu kavramın açık bir tanımı Sözleşme içtihatlarında yer almamakla beraber, haksız fiilden ya da bir sözleşmeden kaynaklanan geleneksel özel hukuk uyuşmazlıklarının yanı sıra kişinin hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi açısından sonuç doğuran bütün idari tasarrufların da madde kapsamına girdiği kabul edilmektedir. Zira mahkemeye göre somut olayda ister hukuki, ister ticari ve isterse idari kanunlar uygulansın ve somut olaya idari makam veya mahkemeden hangisi bakarsa baksın, konu özel bir hak ve yükümlülüğü ilgilendiriyorsa 6. madde uygulanır.⁴⁷

Sözleşme organlarının kararlarına göre esas itibariyle, “*Medeni hukuksal pozisyonlar üzerinde etki doğuran olaylar*”da, “*Medeni hukuksal ve kamu hukuksal yönleri arasında tartma yoluyla sınıflandırmanın olanaklı hale geldiği olaylar*”da ve

43 İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 12; Ladewig, **a.g.m.**, s. 247; Çiçek, **a.g.m.**, s. 235; Gölcüklü /Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 269.

44 İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 13; Gölcüklü/ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 270; Gölcüklü, **a.g.m.**, s. 203-206.

45 Grabenwarter, **a.g.m.**, s. 184-190. Ladewig, **a.g.m.**, s. 246; Gölcüklü/ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 274.

46 Ladewig, **a.g.m.**, s. 247- 249; Şeref Ünal, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri** , Ankara, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, 1995, s. 167.

47 Ünal, **a.g.e.**, s. 166-167; Tezcan, “Adil (Dürüst) Yargılanma Hakkının Uygulama Alanı Açısından İdari Uyuşmazlıkların Konumu ”s. 469; Tezcan/ Erdem /Sancakdar, **a.g.e.**, s. 317-322.

“*uyuşmazlık konusu hakkın maddi doğasının ele alındığı olaylar*”da, Sözleşme’nin 6. maddesi uygulanabilir.

“*Medeni hukuksal pozisyonlar üzerinde etki doğuran olaylar*” sınıflandırmasına; meslek, kazanç özgürlüğü ve gayrimenkul hakkının koruma kapsamındaki mülkiyet ve sözleşmeye dayanan hukuksal ilişkiler girmektedir.⁴⁸

“*Medeni hukuksal ve kamu hukuksal yönleri arasında tartma yoluyla sınıflandırmanın olanaklı hale geldiği olaylar*”; esas itibariyle sosyal güvenlik hukukundaki uyuşmazlıklardır. Sosyal güvenlik kaynaklı bir edim, sözleşmeye dayanan ücretin bir ikamesi veya uzatımı olarak nitelendirildiği için sözleşmenin 6. maddesinin uygulanabileceği kabul edilmektedir.

Memur hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar da bu grup içinde değerlendirilmektedir. Burada memurun işlevi tartıma katılmaktadır. Buna göre, kamu görevlilerinin, devletin ya da diğer kamu hukuku tüzel kişilerinin genel çıkarını koruma amaçlı üstün yetki sahipleri olarak yaptıkları işlemlerde, Sözleşme’nin 6. maddesi uygulanamaz. Ancak konusu emeklilik haklarına ilişkin davalar istisna teşkil eder. Zira kamu görevlisinin emekliye ayrılması, onunla devlet arasındaki özel ilişkiyi sonlandırmaktadır.⁴⁹

“*Uyuşmazlık konusu hakkın maddi doğasının ele alındığı olaylar*”da, konusu mali bir değer olan ya da yine mali değerlerle ilgili ihlallere dayandırıldığı iddia edilen yargılamalar, idari makamların yetki durumları dikkate alınmaksızın 6. maddenin koruma kapsamına girer. Sadece mali değerdeki bir hak üzerinde doğuracağı etki değil, aynı zamanda yargılama konusu hakkın kendisi de artık bu olay grubu içinde kabul edilmektedir. Mali değer ölçütü, diğer iki unsurla birlikte genel bir unsur olarak hizmet eder.

48Grabenwarter, **a.g.m.**, s. 185.

49Grabenwarter, **a.g.m.**, s. 186.

Dolayısıyla Sözleşme'nin uygulanabileceği alan, esas olarak, konusu niteliği itibariyle parasal olan ve parasal hakların ihlali iddiasının bulunduğu durumlardır.⁵⁰

Sözleşme'nin 6. maddesinin 2. ve 3. fıkralarının medeni nitelikteki hak ve yükümlülükler bakımından uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır.

Birinci görüş, Sözleşme'nin 6. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında yer alan hakların sadece ceza davalarında söz konusu olabileceğini savunmaktadır. Bu görüşün gerekçesi 6. maddenin 2. ve 3. fıkra metinlerinde açıkça kendisine bir suç isnat edilen kişiden bahsetmesidir.⁵¹ Diğer görüş ise sözleşme organlarının içtihatlarında, 3. fıkra da yer alan hakların, 6. maddenin 1. fıkrasında yer alan “*adil*” ibaresinin minimum içeriği olduğunu, yani birbirini tamamladıklarını belirtmesinden hareketle, 6. maddenin 3. fıkrasının normun metninde yazılı olanın aksine, medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklarda yargılamaya katılanlar için de gerekli uyarlamalar yapılarak uygulanabileceğini savunmaktadır.⁵² Sözleşme'nin dinamik, yani içtihatlarla gelişen yapısı göz önüne alındığında, normun metninde farklı yazsa dahi, 3. fıkranın medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklarda da uygulanması gerektiği kanısındayız.

1.3.2.2.2. Cezai Alanda Yöneltilen Suçlama

Sözleşme'nin 6. maddesinde sözü geçen “*Herhangi bir suçlama(suç isnadı)*” kavramının ne olduğu 27.02.1980 tarihli *Deweer v. Belgium* kararıyla tanımlanmıştır. Buna göre, kişinin kendisine yöneltilen “*herhangi bir suçlama*” terimi; kişiye, cezai bir fiil işlediğine dair bir iddianın yetkili makamlar tarafından bildirilmesidir.⁵³

⁵⁰ Leigh, **a.g.m.**, s. 337.

⁵¹ Haydar Burak Gemalmaz, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Çapraz Sorgu”, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004, s. 395; Ünal, **a.g.e.**, s. 189; Süheyl Donay, **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 11–12.

⁵² Gemalmaz, **a.g.m.**, s. 396; Gölcüklü/ Gözübüyük, **a.g.e.**; s. 268; Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği, **a.g.e.**, s. 76.

⁵³ Ladewig, **a.g.m.**, s. 250; Ünal, **a.g.e.**, s. 167; Anaklı, **a.g.t.**, s. 22. Tezcan /Erdem/ Sancakdar, **a.g.e.**, s. 322-324. Genel olarak bu yazarlar “isnat” terimini kullanmışlardır. Biz, orijinal metninde olduğu gibi “herhangi bir suçlama” terimini kullanacağız.

AİHM, her somut olayda, suç niteliğini kendisi belirleyerek yetkili olduğuna karar verdikten sonra, konuyu 6. madde kapsamında değerlendirmektedir.⁵⁴ Dolayısıyla Mahkeme, ulusal hukukun ceza hukuku anlamında bir suç olarak görmediği halleri de, kişiye yöneltilen “*herhangi bir suçlama*” olarak görebilmektedir.⁵⁵

AİHM, kişiye yöneltilen “*herhangi bir suçlama*” olup olmadığını belirlerken suçlamanın şekli, zamanı veya suçlayan makamın sıfatına değil, suçlamanın içeriğine(konusuna) ve söz konusu içeriğin(konunun), şüphelinin durumunu esaslı bir biçimde etkileyip etkilemediğine bakmaktadır. Örneğin, bireyin suç işlediğinden şüphelenilmesi, bu şüphe ile yakalanması veya tutuklanması, hakkında bir hazırlık soruşturması açılması, ev, işyeri veya üstünün aranması ilgilinin durumunu etkileyeceğinden suç isnadı niteliğinde görülmekte, mutlaka ilgiliye resmi olarak dava açılması aranmamaktadır.⁵⁶

1.3.2.3.Uygulanma Zamanı

Silahların eşitliği ilkesinin hangi zaman diliminde uygulanabileceğini bilmek, Sözleşme’ye Taraf Devletin bu ilkeye uygun hareket edebilmesi bakımından önemlidir.

1.3.2.3.1.Ceza Hukuku Yargılamasında Uygulanma Zamanı

Ceza hukuku alanında kişiye yöneltilen “*herhangi bir suçlama*”nın ne anlama geldiğini saptamak, silahların eşitliği ilkesinin ceza yargılaması alanında hangi andan itibaren dikkate alınması gerektiğini de ortaya koymaktadır.

Mahkeme’ye göre bir ceza davasında makullüğü incelenecek olan yargılama süresinin başlangıcı, kişiye ilk kez bir suçlamanın yöneltildiği /suç isnat edildiği

⁵⁴ Inceoğlu, **a.g.e.**, s. 83-103.

⁵⁵ Gölcüklü / Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 276.

⁵⁶ Anaklı, **a.g.t.**, s. 22; Grabenwarter, **a.g.m.**, s. 195; Anne Peters, “Adil Yargılama (m. 6.f.1 ve 2)”, **Adil Yargılama Hakkı ve Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Çev. Mahmut Koca, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004, s. 121; Gölcüklü / Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 275-276.

tarihtir. İsnadın/suçlamanın kesin olarak karara bağlandığı ana kadar da silahların eşitliği ilkesinin gözetilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla kişinin suçlanması ile başlayan hakları temyiz aşamasında da devam edecektir. Zira temyiz kararın kesinleşmesini engellemektedir.⁵⁷

Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'nün önsoruşturma aşamasındaki şüpheli haklarına ilişkin 55. maddesi de silahların eşitliği ilkesinin ceza yargılamasından önce başlaması gerektiği görüşünü desteklemektedir.⁵⁸

1.3.2.3.2. Özel Hukuk Yargılamasında Uygulanma Zamanı

Özel hukuk yargılamasında, dava dilekçesinin mahkemeye verilmesi ile silahların eşitliği ilkesinin uygulanması başlar ve olayı sona erdiren karara ve olayın başka türlü sona erdirilmesine kadar geçerli olur. Taraflardan birisinin yürümekte olan bir yargılamaya dâhil olması halinde, bu kişi için bu an esas alınır.⁵⁹

1.3.2.3.3. İdare Hukuku Yargılamasında Uygulanma Zamanı

Dava dilekçesinin mahkeme kalemine verilmesi ile kesin hüküm ve olayın başka türlü sona erdirilmesine kadar silahların eşitliği ilkesinin uygulanması gerekmektedir.⁶⁰

⁵⁷ Anaklı, **a.g.t.**, s. 22; Peters, **a.g.m.**, s. 122; İnsan Hakları Avukatlar Komitesi, **a.g.m.**, s. 363; Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği, **a.g.e.**, s. 155; Donay, **a.g.e.**, s. 24-33 ve s. 50.

⁵⁸ Ambos, **a.g.m.**, s. 26; Leigh, **a.g.m.**, s. 340; Peters, **a.g.m.**, s.121.

⁵⁹ Anaklı, **a.g.t.**, s. 99; Hans-Meyer Ladewig,; “Adil Yargılanma Hakkı-II”, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Çev. Hakan Hakeri, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004, s. 90; Grabenwarter, **a.g.m.**, s. 195.

⁶⁰ Anaklı, **a.g.t.**, s. 119.

İKİNCİ BÖLÜM

2. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN BİREYSEL ŞİKÂYET BAŞVURULARINDA SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ EKSENİNDE ÜRETTİĞİ ÖLÇÜTLER VE İLKELER

Silahların eşitliği ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında bilgi ve belgelere ulaşma, delil sunma, bilirkişilik ve yasal görevlilerin yargılamadaki rolü bakımından tartışılmıştır. Bu nedenle bu bölüm altında ceza yargılaması, özel hukuk ve idare hukuku yargılaması bakımından silahların eşitliği konusu belirttiğimiz çerçeve ile sınırlı olarak irdelenecektir.

2.1. BİLGİ VE BELGELERE ULAŞMADA SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında, bilgi ve belgelere ulaşma hakkı, silahların eşitliği ilkesinin bir gereği olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle, bu başlık altında; ceza yargılaması, özel hukuk yargılaması ve idare hukuku yargılamasında bilgi ve belgelere ulaşma hakkına ilişkin AIHM kararlarını inceleyeceğiz.

2.1.1. Ceza Hukuku Yargılamasında Bilgi ve Belgelere Ulaşmada Silahların Eşitliği İlkesi

Silahların eşitliği ilkesi, tarafların birbirleri karşısında önemli bir dezavantaj içine girmeksizin davaya ilişkin bilgi ve belgelere ulaşabilme bakımından eşit imkânlarla sahip olmasını gerektirir.¹

¹ İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı: Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, s. 236; Türk Sanayicileri ve İşadamları

AİHM, kural olarak, iddia ve soruşturma makamlarına, sanığa savunmasını yapmasında yardımcı olacak, delil mahiyetindeki her türlü bilgi ve belgeyi, şüphelinin/sanığın faydalanmasına açma yükümlülüğü getirmektedir.²

Mahkeme, bu hakka ilişkin yapmış olduğu değerlendirmelerde, şüphelinin/sanığın bilgi ve belgelere ulaşma hakkı engellenmişse, söz konusu engellenmenin yargılamanın daha sonraki aşamalarında telafi edilmiş olup olmadığına ya da şüpheliye/sanığa söz konusu engellemeyi telafi etme imkânının tanınmış olup olmadığına bakmaktadır.

25.11.1992 tarihli *Edwards v. U.K.* kararı,³ bu saptamamıza dayanak olmuştur. Karara konu olayda, gasp ve soygun suçlarından yargılanması sonucu 10 yıl hapis cezasına mahkûm olan başvuru Bay Edwards, kendi lehine ve aleyhine olan bütün delilleri iddia makamından alamadığı iddiası ile şikâyetçi olmuştur. Mahkûmiyetinin dayandığı deliller, başvuru polise verdiği ayrıntılı ifadelerdir. Ancak başvuru yargılama esnasında bu ifadelerin polis tarafından uydurulduğunu, masum olduğunu belirtmiştir. Gasp eylemine maruz kalan mağdur, polise verdiği ifadeye başvurucuya benzeyen soyguncuyu tarif etmiş, saldırganı yeniden görse tanıyabileceğini belirtmiş, fakat mağdur duruşmaya çağrılmamış, polise verdiği ifade duruşma esnasında okunmuştur. Başvurucunun şikâyeti üzerine kovuşturmayı yapan polisler hakkında açılan soruşturmanın, disiplin cezasına gerek olmadığına dair kararlar sonuçlanması üzerine başvuru, kanun yolları aşamasında da bazı bilgilerin polis tarafından kendisinden gizlendiğini ileri sürmüştür ancak üst mahkeme başvuruyu bu kusurların mahkûmiyete etki edecek derecede olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Başvurucunun sözleşmenin ihlal edildiği noktasındaki dayanağı da polisin iki bilgiyi kendisinden saklamış olmasıdır. Bunlardan bir tanesi mağdurun ifadesinde başvurucuyu görse tanıyacağını beyan etmişken, polis fotoğraflarında tespit

Derneği, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu**, s. 79.

²*Rowe ve Davis v. U.K.*, 16.02.2000; Appl. No. 28901/95, para. 60 ve *Fitt v. U.K.*, 16.02.2000, Appl. No. 29777/96, para. 44. Bu bilgi için Bkz.: Pamuk, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Sırf Sanığa Tanınan Haklar ve Askeri Ceza Yargılaması”, s. 55.

³*Edwards v. U.K.*, 25.11.1992, Ser. A. No.22, 1 EHRR 647, para. 36. Karar için Bkz.: Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği, **a.g.e.**, s. 91; İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 305-307.

edemediğine dair bilgidir. Bir diğeri ise olay yerinde başka parmak izlerinin bulunduğuna ilişkin bilgidir. Bu bilgiler saklandığı için dava sırasında tanıkların inanılırlıkları üzerine gitme imkânı olmamıştır.

AİHM, kararında bu eylemlerin bir kusur olduğunu kabul etmekle birlikte, olay ortaya çıktıktan sonra polisler hakkında soruşturma açıldığını ve ulusal mahkeme kararının istinaf mahkemesinde incelendiğini, başvurunun burada ikna etmeye yönelik olarak polislerin tanıklığı da dâhil birçok imkânı varken kullanmadığını, bu nedenle ulusal mahkeme önündeki kusurların üst yargılama sırasında giderilmesine imkân verildiğini göz önünde tutarak, adil yargılanma hakkını ihlal edilmediğini belirtmiştir.

16.02.2000 tarihli *Rowe ve Davis v. U.K.* kararında⁴ ise AİHM, bilgi ve belgelere ulaşma hakkının engellenmiş olmasının yargılama aşamasında telafi edilemediği sonucuna ulaşmıştır. Karara konu olayda savcılık ilk derece yargılamasında, yargıca danışmadan maddi delillerin bazılarını açıklamama kararı vermiştir, istinaf mahkemesi aşamasında ise ilgili açıklanmamış deliller bu kez mahkeme tarafından gözden geçirilerek, açıklamama kararı verilmiştir. Başvuruculara göre, savcının hâkim kararı olmaksızın delilleri açıklamamasındaki kusuru, kanun yolu aşamasında giderilmemiştir. Delillerin açıklanmaması, savunmanın savlarını ortaya koymasına engel olmuştur ve Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrası ve 3. fıkrasının b ve d bentlerini ihlal etmiştir.

Mahkeme'ye göre, başvurunun yargılaması sırasında, savcılığın hâkimi bilgilendirmeksizin kamu menfaatine dayanarak bazı ilgili delilleri saklama kararı alması ve gizlenen bilginin savunma için önemini değerlendirmeye kalkışması, Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlaline neden olmuştur. İstinaf mahkemesinin, gizli tutulan delilleri gözden geçirmiş olması hakkaniyetsizliği gidermez zira istinaf mahkemesi de delillerin niteliği konusunda savunmaya bilgi vermemiştir. Zaten istinaf mahkemesi hâkimleri ilk derece mahkemesi hâkiminden farklı olarak gizli delillerin davayla muhtemel ilgisini anlamak açısından, kraliyet mahkemesi önündeki

⁴ *Rowe and Davis v. U.K.* , **a.g.k.**, para. 61-66. Karar için Bkz.: İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 307-309.

duruşmanın kayıtlarına ve savcılık tarafından söylenenlerle bağımlıdırlar. Ayrıca ilk derece mahkemesi önünde gerektiğinde çapraz sorgulama ile anahtar tanıkların inanılabilirliğini çürütmenin mümkün olduğu, savunmanın farklı yöntemler seçebileceği ve yeni konuların ortaya çıktığı bir aşamada gizli delilin önemini değerlendirerek, yargılama süresince delilin açıklanması ihtiyacını takip edebilirdi. Oysa İstinaf mahkemesi aşamasında sanığın bu imkânları bulunmamaktadır.

Rowe ve Davis v. U.K. davasında, *Edwards v. U.K.* davasından farklı sonuca ulaşılmıştır. Zira savcının verdiği gizlilik kararının kanun yolu aşamasında gözden geçirilmesi, kanun yolu aşamasında delillerin mahkûmiyet üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesi yapılamıyorsa, yargılama aşamasında aykırılığı telafi etmez.⁵ Kanımızca da AİHM açısından önemli olan, üst mahkeme önündeki yargılamada, üst mahkemeye (olayda istinaf mahkemesi) yargılamanın adil olup olmadığını ortaya koymak bakımından değerlendirme yapma yetkisi verilmiş olup olmadığıdır.

Şüpheliye/sanığa mutlak bir güvence sağlamayan bilgi ve belgelere ulaşma hakkı, yargılamanın adil olmasını sağlayacak tedbirler alınırca, ulusal güvenlik gerekçeleri, misilleme tehlikesine karşı tanıkların korunması ve polisin suçların takibinde izlediği yöntemlerin gizlenmesinin gerekliliği ile sınırlanabilir.⁶ Böyle durumlarda sanığın bilgi ve belgelere ulaşma hakkına sınırlamalar getirilebileceği hususu Mahkeme'nin 16.02.2000 tarihli *Jasper v. U.K.* kararında belirtilmiştir.

Bu kararda, iddianın elinde dava ile ilgili, savunmanın bilgisine sunulmamış bilgi ve belgelerin bulunmasının tek başına bent hükmünün ihlal edildiği anlamına gelmeyeceği belirtilmiştir. Mahkeme'ye göre, aynı zamanda bu bilgi ve belgelerin savunma için tek ve özel oldukları hususundaki ve bu durumdan sanığın savunmasının bir zarara uğradığının ortaya konması gerekmektedir.⁷ Kanımızca AİHM, ulaşılamayan bilgi ve belgenin savunma için tek ve özel olması durumunda,

⁵Görüş için Bkz : İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 309-310. Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği, **a.g.e.**, s. 91.

⁶*Jasper v. U.K.*, 16.02.2000; Appl. No. 27052/95, para. 54-56. Aynı yönde kararlar için Bkz.: *Doorson v. Netherlands*, **a.g.k.**, para. 70; *Fitt v. U.K.*, **a.g.k.**, para. 47-49. Kararlar için Bkz.: İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 310; Pamuk, **a.g.t.**, s. 57.

⁷ Pamuk, **a.g.t.**, s. 56-57.

yargılamanın hiçbir aşamasında telafi edilemeyecek şekilde savunma hakkının zarara uğradığını kabul etmektedir.

Öğretide; Mahkeme'nin bu davada *Rowe ve Davis v. U.K.* davasından farklı sonuca ulaşmasının nedeni olarak, *Jasper v. U.K.* davasında savcılık makamının bazı delillerin gizli tutulması için ilk derece mahkemesi yargıcından yetki istemiş olması ve ilk derece mahkemesi hâkiminin savunmadan saklanan delilleri inceleyerek savunma makamını delillerin içeriğini açıklamadan bilgilendirmiş olması, görülmektedir.⁸ Kanımızca da AİHM, delillerin içeriğinin mutlak olarak açıklanmasını aramamakta, delillerin içeriği açıklanmasa bile savunma yapabilecek kadar şüpheliye/sanığa, hâkim tarafından bilgi verilmesini zararın doğmasını önlemede yeterli görmektedir.

Ancak bilgi ve belgeye ulaşma hakkına getirilen sınırlama kaçınılmaz nitelikte değilse, bu şekilde sınırlı bilgi verme ihlali önlemeye yetmeyecektir. Zira 23 Nisan 1997 tarihli *Van Mechelen and others v. Netherlands* kararına göre, bilgi ve belgelere ulaşma hakkına sınırlama getirilebilmesi için, bu sınırlamanın kaçınılmaz olması gerekmektedir.⁹

Savunma tarafından talep edilen belgeler kendisini suçlayan karşı tarafın dayandığı belgeler değilse pek doğaldır ki ihlal oluşmayacaktır.¹⁰

2.1.1.1.Savunma Makamının Bilgilendirilme Hakkı

Bilgi ve belgelere ulaşma hakkı, kişinin kendisine yöneltilen suçlamanın ne olduğunu öğrenmesi hakkını da kapsamaktadır. Zira Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının a bendine göre, kendisine bir suç isnat/itham edilen her kişinin, kendisine yöneltilen suçlamanın mahiyeti ve nedeni hakkında derhal bilgilendirilme hakkı

⁸ Inceoğlu, **a.g.e.**, s. 309-310.

⁹ Pamuk, **a.g.t.**, s. 57-58. *Van Mechelen and others v. Netherlands*, 23.04.1997, Reports 1997-III; Appl. No. 21363/93, 21364/93, 21427/93, 22056/93, para. 58.

¹⁰ *Bendenoun v. France*, 24.02.1994, Ser A., No. 132, 10 EHRR 466; Appl. No. 12547/86. Karar için Bkz.: Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği, **a.g.e.**, s. 80.

vardır. Bu nedenle bilgi ve belgelere ulaşma hakkı ile savunma makamının bilgilendirilmesi birbiriyle bağlantılı kavramlardır.

Silahların eşitliği ilkesi gereği, kişinin kendisine yöneltilen suçlama konusunda bilgilendirilmesi, savunmasını hazırlamaya yeterli olacak şekilde olmalıdır.¹¹

Mahkeme kararlarında, bilgilendirmenin nasıl yapılacağı konusunda özel bir şekil öngörülmemiştir. Önemli olan hukuksal bakış açısının değişmesi veya olaylarda bir değişiklik olması halinde şüphelinin bilgilendirilmesidir.¹² Sözleşme organları, sanığın isnat hakkında iddianame ile bilgilendirilmesi dışında; polis tarafından verilen, suçlamaya konu eylemin tarihini ve yerini içeren belgeyi, iddianamede yanlış yazılmış bile olsa cezanın ağırlaştırıcı nedenlerinden dolayı sorgu hâkimi tarafından savunmasının alınmasını, duruşmalarda suçlama ile yapılan bilgilendirmeyi yeterli görmüştür.¹³

AİHM, savunmanın bilgilendirilmesi gereken konunun (isnadın sebebi), savunmaya yapılan suçlamanın temelindeki maddi gerçeklikler yani suçlamanın dayandırıldığı fiiller ve bu fiillerin hukuki nitelendirmesi olduğunu kabul etmektedir. Bu konuda savunmayı bilgilendirmek için savunmanın sormasına gerek yoktur, bilgilendirme resen yapılmalıdır.¹⁴

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun *Nielsen v. Denmark* kararı, bilgilendirmenin nasıl olması gerektiğini ve savunmanın bilgilendirilmemesinin ne zaman ihlale yol açacağını ortaya koymasından önemlidir.

¹¹ Leigh, "Adil Yargılama Nedir? Yasal Standartlar ve Uygulamaya Yönelik Temel Rehber"; s. 376. Gölcüklü / Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, s. 300; Ünal, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri**, s. 193; Tezcan /Erdem/ Sancakdar , **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, s. 358.

¹² Ladewig, "Adil Yargılama Hakkı-II ", s. 95. Gölcüklü / Gözübüyük , **a.g.e.**, s. 300.

¹³ Pamuk, **a.g.t.**, s. 44.

¹⁴ Pamuk, **a.g.t.**, s. 39-41; Gölcüklü / Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 300.

Bu karara¹⁵ konu olayda; başvuru, hipnozu da içerecek şekilde pek çok yöntem kullanarak gasp, adam öldürme gibi suçları işlemekten mahkûm edilmiştir. Başvuru hipnoz kullandığına dair iddiaların iddianamede yer almadığını ve buna ilişkin delillerin de yargılama sırasında ortaya konulmadığını belirterek, 6. maddenin 3. fıkrasının a bendinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Sözleşme organlarına göre, işlendiği ileri sürülen suçun genel bir tanımlamasının sanığa özet halinde verilmesi dahi 6. maddenin 3. fıkrasının a bendinin gereksinmelerini karşılamayacaktır. Ayrıca isnatlar hakkında yanıltıcı bilgi vermek de 6. maddenin 3. fıkrasının a bendini ihlal edecektir.

Dolayısıyla AİHM, 6. maddenin 3. fıkrasının a bendinin gereklerini yerine getirebilmek için isnadın dayandırıldığı maddi olaylar ve bunların hukuki vasıflandırılmaları hakkında yeterli ve yanıltıcı olmayan bilgiler verilmesini aramaktadır.¹⁶

Sözleşme metninde bilgilendirmenin kişinin “*anlayabileceği dilde*” yapılması gerektiği belirtilmiştir. Bu tabir bizi, maddenin 3. fıkrasının e bendine götürmektedir. Buna göre kişi mahkemede kullanılan dili anlamıyor ya da konuşamıyorsa bir çevirmenin yardımından yararlanabilir. Bilgilendirilme hakkı, yargılama öncesi aşamayı da kapsadığına göre maddenin e bendinin sağladığı hak yargılama öncesi aşama için de geçerli olan bir haktır.¹⁷ Ancak kanımızca kişinin anlayabileceği dilde bilgilendirilmesi hakkı, kişinin kendi dilinde konuşma hakkını ifade etmemektedir.¹⁸ Kişi, bilgilendirilme yapılan dili anlıyor fakat siyasi nedenlerden dolayı konuşmuyorsa, yapılan bilgilendirilme geçerli sayılmalıdır.¹⁹

¹⁵ Kom.Kararı; *Nielsen v.Denmark*, Appl. No. 343/57. Karar için Bkz.: Pamuk, **a.g.t.**, s. 41-43.

¹⁶ **A.g.t.**, s. 44.

¹⁷ Aynı görüş için Bkz.: Ambos, **a.g.m.**, s. 40.

¹⁸ Karşı görüş için Bkz.:Pamuk, **a.g.t.**, s. 47.

¹⁹ Aynı görüş için Bkz. Grabenwarter, **a.g.m.**, s. 241.

Bilgilendirmenin derhal yapılması gerekliliği, öğretilerde sanığa savunmasını hazırlaması için yeterli olacak süreyi verebilecek bir zaman diliminde bilgilendirme şeklinde anlaşılmaktadır.²⁰

2.1.1.2.Savunma Makamının Dosyayı İnceleme Hakkı

Dosya inceleme hakkı Sözleşme’de açıkça ifade edilmemesine karşın; silahların eşitliği ve hakkaniyete uygun dinlenilme ilkeleri ile Sözleşme’nin 6. maddesinin 3. fıkrasının b bendinde düzenlenen savunma hazırlamak için yeterli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı ile bağlantılandırılarak koruma altına alınmış bir haktır. Öğretilerde, 3. fıkranın a bendinde düzenlenen bilgilendirilme hakkından hareketle de savunmanın dosya inceleme hakkı olduğu sonucuna ulaşılabileceği savunulmaktadır. Bu görüşe göre, geniş kapsamlı aydınlatma, savunmaya dosyayı inceletme ile mümkün olacaktır.²¹

Sözleşme organları, konuyla ilgili kararlarında 6. maddenin 3. fıkrasının b bendinin belirli durumlarda dava dosyasına sanığın ve onun yasal temsilcisinin makul bir şekilde ulaşma hakkını ifade ettiğini açıkça kabul etmiştir. Şu halde bu hak, hem şüpheliye/sanığa hem de onun savunucusuna tanınmıştır. Ancak şüphelinin/sanığın savunucusunun dava dosyasını inceleme imkânına sahip olduğu durumda, ayrıca şüphelinin/sanığın dava dosyasını incelememesi 6. maddenin 3. fıkrasının b bendini ihlal etmez.²²

Başvurucunun dava dosyasına erişiminin geciktirilmesi, silahların eşitliği ilkesinin ihlaline de neden olmaktadır. 12.03.2003 tarihli *Öcalan v.Turkey* kararı bunun bir göstergesidir.²³ Bu davada savcılık tarafından toplanan delillerin duruşmalar başlamadan önce başvuran tarafından şahsen incelenmesine izin verilmemesi ihlal olarak nitelendirilmiştir. Ayrıca başvurucunun avukatlarının da

²⁰ Bu görüş için bkz. Pamuk, **a.g.t.**, s. 46; Anaklı, **a.g.t.**, s. 30.

²¹ Pamuk, **a.g.t.**, s. 58; Ambos, **a.g.m.**, s. 30.

²² Pamuk, **a.g.t.**, s. 59; Ambos, **a.g.m.**, s. 31-32; Gölcüklü / Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 301.

²³ *Ocalan v. Turkey*, 12.03.2003, Appl. No. 46221/99 para.143. Bu bilgi için Bkz.: Anaklı, **a.g.t.**, s. 27; Gölcüklü/ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 301; Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği, **a.g.e.**, s. 158; Ünal, **a.g.e.**, s. 1-61.

dava dosyasına ulaştıktan sonra duruşmanın başlangıç tarihine kadar hazırlanmak için yeterli sürelerin olmaması da ihlale neden olmuştur. Söz konusu olayda savunma avukatlarına 17.000 sayfalık dava dosyasına tam olarak erişmelerinden itibaren duruşmaya kadar sadece iki haftalık süre tanınması Sözleşme'nin ihlali olarak nitelendirilmiştir.

Ancak Sözleşme organlarının içtihatlarıyla tanınan dosyayı inceleme hakkı, mutlak geçerli bir hak değildir. 18.3.1997 tarihli *Foucher v. France* kararı ile soruşturmanın amacının tehlikeye sokulmasını önlemek veya tanıklar bakımından tehlike doğmasını önlemek amacıyla, savunmanın dosyayı inceleme hakkının, savunma hakkını esaslı surette engellemedikçe, sınırlandırılabilceği ifade edilmiştir.²⁴ Kanımızca, bu karar ile bazı durumlarda sınırlandırmanın mümkün olduğu ortaya konmuş olmakla birlikte bu hallerde dahi savunma hakkının esaslı şekilde engellenmesinin mümkün olamayacağını da altı çizilmiştir.

2.1.1.2.1. Tutuklu Hallerde Dosyayı İnceleme Hakkı

Tutukluluğun kontrolü için gerekçelendirilmeye ilişkin önemli bilgilere ancak dosyanın incelenmesiyle ulaşılabilceğinden şüphelinin tutuklu olduğu hallerde dosyayı inceleme hakkı çok daha fazla önem taşımaktadır.²⁵

AİHM, 13 Şubat 2001 tarihli Almanya ile ilgili verdiği 3 ayrı kararına konu olayda da başvuruçular, tutuklu iken müdafilerin yaptığı dosyayı inceleme talepleri, savcılık tarafından tamamen veya kısmen soruşturmanın amacını tehlikeye düşüreceği gerekçesiyle reddedilmiştir. *Lietzow v. Germany* kararına konu olayda müdafî olayın bir özetini içeren ve delillere gönderme yapan tutuklama müzekkeresini inceleyebilmiş, iki iddia tanığının ifadesini incelemesi reddedilmiştir. *Schöps v. Germany* kararına konu olayda müdafî tüm dosyayı başlangıçta inceleyememiş, ardından 24 klasörlük dosyanın 22 klasörünü inceleme izni verilmiş

²⁴ *Foucher v. France*, 18.03.1997, Appl. No. 22209/93, para. 140. Karar için Bkz.: Serkan Cengiz v.d., **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, Ankara, TBB, 2008, s. 175.

²⁵ Ambos, **a.g.m.**, s. 32.

fakat 132 klasörden oluşan diğer hazırlık dosyasını inceleme izni verilmemiştir. *Garcia Alva v. Germany* kararına konu olayda ise müdafii asıl iddia tanıklarının ifadelerini tutukluluktan dört ay sonra bazı bölümleri karalanmış olarak inceleyebilmiş, dosyanın tamamını ise aylar sonra inceleyebilmiştir. AİHM bu kararlarda, müdafiiin "müvekkilinin tutuklunun hukuka uygunluğunu tartışma konusu yapabilmesi bakımından önemli olan dokümanlara ulaşması engellenirse" bu hakkın ihlal edilmiş olacağını vurgulamıştır. Dolayısıyla müdafiiin tutuklama kararına dayanak oluşturan delil araçlarını incelemesi vazgeçilmezdir.²⁶

Kanımızca Mahkeme, savunma makamının dosyayı inceleme hakkına yönelik olarak şüphelinin/sanığın tutukluluk durumuna özgü özel bir kural öngörmemiştir. Yukarıda değindiğimiz 18.03.1997 tarihli *Foucher v. France* kararı ile zaten şüpheli/sanık tutuklu olmasa bile bazı özel durumlar nedeniyle sınırlandırma yapılmış olması halinde dahi şüphelinin/sanığın savunma hakkının esaslı şekilde ihlal edilemeyeceğini ortaya koymuştur. Tutuklu hallerde tutukluluğu tartışmaya yarayacak belgelere ulaşamamak da savunma hakkını esaslı surette ihlal edecektir.

2.1.2. Özel Hukuk Yargılamasında Bilgi ve Belgelere Ulaşmada Silahların Eşitliği İlkesi

18.02.1997 tarihli *Niderost- Huber v. Switzerland*²⁷ konu olayda Bay Armin Niderost-Huber'in, İsviçre hukukuna göre kurulmuş bir Limited Şirket olan aile şirketindeki yönetim görevlerine, 9 Aralık 1985'de kendisine bir bildirimde bulunulmadan son verilmiştir. Başvurucu, 29 Temmuz 1986'da şirket aleyhine dava açılmıştır. Schwyz Bölge Mahkemesi, 22 Eylül 1988 de başvurucu aleyhine karar vermiş ve Kanton Mahkemesi başvurucu tarafından yapılan başvuruyu reddetmiştir. Başvurucu daha sonra Kanton Mahkemesi'ne 12 Ekim 1990'da yaptığı üst başvuru ile Federal Mahkeme'ye müracaat etmiştir. Kanton Mahkemesi, 22 Ekim tarihinde

²⁶ *Shislikov v. Bulgarien*, Urt. V. 9.1.2003, para. 77, *Nikolow v. Bulgarien*, Urt. V. 30.01.2003, para. 97. Karar için Bkz.: Anaklı, **a.g.t.**, s. 25; Ambos, **a.g.m.**, s. 33.

²⁷ *Niderost-Huber v. Switzerland*, 18.02.1997, 25 EHRR 709; Appl. No. 18990/91. Kararın tam metin çevirisi için Bkz.: Osman Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları-Cilt 3**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2008, s. 641-648.

bu başvuruyu dava dosyası ve başvurucuya ileilmeyen bir sayfalık görüş ile birlikte Federal Mahkemeye yollamıştır. Federal Mahkeme, başvuruyu kanton mahkemesini haklı bularak esastan reddetmiştir.

AİHM önüne gelen bu olayda, başvurucu, Federal Mahkeme'nin vermiş olduğu kararda Schwyz Kanton Mahkemesi'nin görüşünün çok etkili olması ve Federal Mahkeme'nin kararında, Kanton Mahkemesi'nin görüşünden bazı bölümlere yer verilmiş olması nedeniyle Kanton Mahkemesi'nin görüşünün kendisine gönderilmesi gerektiğini aksi davranışın silahların eşitliği ve adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini belirtmiştir. Hükümet ise Kanton Mahkemesi'nin tartışma konusu görüşlerinin daha önce 19 Haziran 1990 tarihli kararında açıkça ve ayrıntılı olarak söylenenlerden farklı bir görüş içermediğini ve bu nedenle görüşün başvurucuya gönderilmemiş olmasının başvurucunun durumunu hiç bir şekilde olumsuz etkilemediğini ileri sürmüştür.

AİHM bu davada Kanton Mahkemesi'nin görüşünün Federal Mahkeme önündeki uyuşmazlığın her iki tarafına da yani başvurucuya ve davalı şirkete ileilmemiş olması nedeniyle silahların eşitliği ilkesinin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır. Tarafsız bir mahkeme olan Kanton Mahkemesi de taraflardan birinin muhalifi değildir. Ancak adil yargılanma hakkı kural olarak davacının taraflarına dosyaya sunulan tüm deliller ve görüşler hakkında bilgi sahibi olma ve bunlar üzerinde yorum yapma imkânına sahip olmasını da içerdiğinden adil yargılanma hakkı ihlal edilmiştir.

Kanımızca, tarafların her ikisine de bilgi ve belgelere ulaşma ve bunlara yorum yapma hakkı tanınmamış olması nedeniyle çelişmeli yargılama ilkesini ihlal eden bu karar aynı zamanda silahların eşitliği ilkesi ile çelişmeli yargılama ilkesinin birbirinden ayrılış noktasını da ortaya koymaktadır.

Bu karara ilişkin değinmek istediğimiz diğer konu, ulusal mahkemenin konumuna ilişkindir. Aşağıdaki bölümlerde inceleyeceğimiz üzere Başsavcılık Tebliğnamesi'nin gönderilmemesi silahların eşitliği ilkesine aykırı görülmektedir.

Oysa Tebliğname de tarafların her ikisine de gönderilmemekte, bu konuda bir ayırım yapılmamaktadır. Buna rağmen silahların eşitliği ilkesine aykırı görülmesinin sebebi savcının yani devletin yasal görevlisinin davanın mahkemeyi etkileyen bir rol oynamasıdır. Ulusal mahkemeler ise, başsavcılığın aksine tarafın muhalifi konumunda değildir.

29 Mayıs 1986 tarihli *Felbrugge v. Netherlands* kararında²⁸ ise, başvuru, itiraz kuruluna bağlı olarak çalışan resmi bilirkişinin raporuna ulaşamamış bu nedenle bunun hakkında yorum yapamamıştır. Mahkeme bu davada silahların eşitliği ilkesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Bu sonuca ulaşmasının nedeni olarak, bilirkişinin tarafsız olmasını ve davanın diğer tarafının da aynı konumda olmasını yani rapora ulaşamamasını göstermiştir. Zira rapor karşı tarafın aleyhine çıkmış olsaydı, karşı taraf da rapora karşı savlarını ortaya koyma imkânına sahip olmayacaktı. Ancak Mahkeme, malullük aylığı kesilen başvurucuya, dosyasındaki uzman raporlarına ulaşma ve yorum yapma imkânının tanınmamasını, yargılamaya etkili katılımı engelleyici nitelikte görmüştür.

Yukarıda ifade ettiğimiz iki karardan kanımızca çıkacak sonuç şudur: Hukuk yargılamasında taraflardan her ikisinin de yargılamaya ilişkin bilgi ve belgelere ulaşamaması, silahların eşitliği ilkesini değil çelişmeli yargılama ilkesini ihlal eder.²⁹

Belgelere ulaşmak açısından yargılamanın her aşamasında taraflar arasında tam bir eşitlik olması gerekmediğini ortaya koyan 24.06.1993 tarihli *Schuler-Zraggen v. Switzerland* kararına³⁰ konu olayda, başvuru, geçirdiği bir hastalık nedeniyle kendisine sigorta tarafından 1976 yılında bağlanan malullük aylığı, Malullük Sigortası Kurulu tarafından 1985 yılında yapılan inceleme neticesi kesilmiştir. Başvuru bu karara itiraz kurulu önünde itiraz etmiş ve Malullük

²⁸*Felbrugge v. Netherlands*, 29 Mayıs 1986, Ser. A, No:99, 8 EHRR 425; Appl. No. 8562/79. Kararın tam metin çevirisi için Bkz.: Osman Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları-Cilt 2**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2004, s. 34-43.

²⁹Aynı görüş için Bkz.: İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 237.

³⁰*Schuler-Zraggen v. Switzerland*, 24.06.1993, Ser A. No.263, 16 EHRR 405; Appl No. 14518/89, para. 50-51. Karar için Bkz.: İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 237-238; Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği, **a.g.e.**, s.79.

Sigorta Kurulundaki tıbbi dosyasını incelemek istemiştir. İstemi reddedilince istemini yazılı olarak tekrarlamamıştır. İtiraz kurulu dosyayı incelemenin belgeleri almak veya fotokopi almak demek olmadığını, başvuru konusunun itiraz konusu dosyayı incelemesinin yeterli olduğunu belirtmiştir. Başvurucu itiraz kurulunun bu kararı üzerine Federal Sigorta Mahkemesi'ne başvuruda bulunmuş, Federal Mahkeme dosyanın itiraz kuruluna gönderildiğini ve döndüğünde bütün belgeleri inceleyebileceğini belirtmiştir. Başvurucu dosyasını incelemiş ve pek çok belgenin fotokopisini almıştır. Ancak başvuru AİHM'e yaptığı başvurusunda davanın karmaşıklığı nedeniyle belgeleri bir uzmana göstermek zorunda olduğunu bu nedenle dosyayı ellerinde tutan idari birimlere tanınan imkânların aynısının kendisine tanınması gerektiğinden ve ayrıca ciğerleri ile ilgili tıbbi raporun dosyada olmamasından şikâyetçi olmuştur. Hükümet federal sigorta mahkemesi aşamasında bütün belgelere ulaşıldığını, Doktor F'ye ait raporun dosyanın önemli bir parçası olmadığını savunmuştur.

AİHM, bu başvuruda yargılamayı bir bütün olarak dikkate almış ve yargılamanın hakkaniyete uygun olduğu sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme'ye göre başvuru itiraz kurulu önündeki yargılamada belgelere yeterince ulaşamamış olsa da Federal Sigorta Mahkemesi önünde tüm belgeler kendisine sunulmuştur. Dr. F'nin raporu ise İtiraz Kurulu ve Federal Mahkeme önüne de gelmemiştir.

Bu karardan haklı olarak İnceoğlu söyle bir sonuca varmıştır: İlk derece yargı yeri önündeki yargılamada bazı bilgilere ulaşamadığından taraflardan biri haksızlığa uğramış fakat bu durum üst yargılama aşamasında bilgilere ulaşılarak düzeltilmişse ve ya başvuru düzeltebilecek konumda iken düzeltebilecek adımları atmamışsa ihlal oluşmaz.³¹

19.07.1995 tarihli *Kerojarvi v. Finland* kararında³² savaş sırasında ortaya çıkan bedensel sağlık sorunları nedeniyle kendisine aylık bağlanması talebinde bulunan başvurucuya Finlandiya Sigorta Mahkemesi'nde bulunan savaş zamanına

³¹ İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 238; Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği, **a.g.e.**, s. 92.

³²*Kerojarvi v. Finland*, 19.07.1995, Ser A, No. 322, para. 39. Karar için Bkz.: İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 313–314.

ilişkin tıbbi raporların verilmemesini AİHM, hakkaniyete uygun yargılanma ilkesine aykırı bulmuştur. Zira Mahkeme'ye göre belgelerin ifşa edilmemesi, başvuruçunun belgelerin davayla ilgisini değerlendirme imkânını elinden almıştır.

Mahkeme'nin bu davada *Schuler-Zgragen v. Switzerland* kararından farklı sonuca ulaşmasının nedeni, başvuruçuya kanun yolları aşamasında ilk derece yargılaması sırasında elde edilemeyen delillere ulaşma imkânının tanınmamış olmasıdır.³³

2.1.3. İdare Hukuku Yargılamasında Bilgi ve Belgelere Ulaşmada Silahların Eşitliği İlkesi

İdari uyuşmazlıklar sözleşmenin 6. maddesinde ayrı bir başlık altında düzenlenmemiş olmasına rağmen adil yargılanma ilkesi, Sözleşme organlarının içtihatları sayesinde, idari yargılamada da etkili olmaktadır.³⁴

Vergi cezalarının sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrası kapsamına dâhil olabileceğine dair ilk karar 24 Şubat 1994 tarihli *Bendenoun v. France* davasıdır.³⁵ Bu davaya konu olayda; Ulusal bir araştırma merkezi, başvuruçusu Michel Bendenoun'un şirketi tarafından ithal edilen mallar üzerinde inceleme başlatmış ve bu araştırma neticesinde başvuruçusu tutuklanmıştır. Başvuruçusu, inceleme boyunca bütün belgelere ulaşma imkânına sahip olmuş ve bazı tutanakların kopyasını da tedarik etmiştir. Araştırma merkezi yetkilileri incelemeye ilişkin görüş dosyasını vergi idaresine göndermiş, vergi idaresi de dosyayı savcılığa intikal ettirmiş ve savcılık vergi kaçakçılığı davası açmıştır. Ayrıca, başvuruçuya vergi tarhiyatı ile bu vergilere bağlı cezaları içeren ihbarnameler ile tebliğ edilmiştir. Başvuruçusu, ek vergi tarhiyatı ile vergi cezalarını konu alan tüm işlemlere itiraz etmiş, idare tarafından

33A.y.

³⁴ Ambos, **a.g.m.**, s. 67; Tezcan, "Adil (Dürüst) Yargılanma Hakkının Uygulama Alanı Açısından İdari Uyuşmazlıkların Konumu", s. 469. Tezcan, sözleşmenin 6. maddesinde idari uyuşmazlıklara ayrıca yer verilmemesini, Anglo-sakson hukukunda adli-idari yargı ayrımı olmamasına bağlamaktadır.

³⁵ *Bendenoun v. France*, **a.g.k.** Karar için Bkz., Ali Hakan Evik, "1961 ve 1982 Anayasalarının İnsan Hakları Kavramına Yaklaşımı", **Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan**, Yay. Haz. Murat Yusuf Akın, İstanbul, y.y., 2006, s. 965; İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 238-240; Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği, **a.g.e.**, s. 79.

reddedilince, idare mahkemesinde dava açmıştır. Bu davada hazine cevap dilekçesine eklediği belgeler dışındaki bir dosyaya atıfta bulunmuş, başvurunun avukatı bu dosyanın tamamının mahkemeye ve kendilerine verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme bunun üzerine dosyayı savcılıktan talep etmiş, savcılık soruşturmayı gerekçe göstererek dosyayı göndermemiş ancak hazinenin ceza davalarında katılan taraf olduğunu ve dava dosyasına ulaşabildiğini ve bu nedenle hazinece uygun bulunursa bir kopyası için başvuruda bulunabileceğini belirtmiştir. Başvurucunun avukatının müteakip taleplerine ve mahkemenin bu yönde çabalarına rağmen dosya elde edilememiştir.

AİHM kararında, başvurunun defalarca talep ettiği belgelerin, vergi yetkililerinin dayanak olarak kullandığı belgeler olmadığını, hazinenin başvurunun suçunu ortaya koymak için dört tutanak kullandığını ve başvurunun sunulan bu tutanaklar içinde suçunu kabul ettiğini saptamıştır. Bu nedenle şikâyet başvurunun hasmının dayandığı belgelerle değil, idari mahkemelerdeki dosyalara girmeyen belgelerle ilgilidir.

AİHM' e göre adil yargılanma hakkı hazineye dosyadan davacıya belirli belgeleri veya dosyanın tamamını verme yükümlülüğü yüklemes. Yapılması gereken asgari düzeyde, ilgili kişiye talebi ile ilgili özel delillerin en azından özet olarak verilmesidir. AİHM, başvurunun, hakkındaki iddianın aksini ispat edememesinin nedeni olarak dosyanın kopyasını elde edememiş olmasını gösteren bir delil sunmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bu nedenle de silahların eşitliği ilkesi ihlal edilmemiştir.

Dolayısıyla talep edilen belgeler karşı tarafın dava sırasında dayandığı belgeler değilse, kendisine asgari düzeyde bilgi verilmişse ve başvuru içeriği hakkında az çok bilgi sahibi olmasına rağmen neden bu belgeleri talep ettiğine ilişkin hiçbir yeterli gerekçe gösteremiyorsa ihlal oluşmayabilir.³⁶

³⁶ Bu görüş için bkz. İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 240.

24.11.1994 tarihli *Beaumont v. France* kararına konu olayda; kamulaştırma nedeniyle Fransız hükümetinden alması gereken haklarını alamadığını düşünen Fransız vatandaşı idare mahkemesinde Fransa Dış İşleri Bakanlığı'na karşı dava açmıştır. Görevsizlikle dosyanın gönderildiği Danıştay, uyuşmazlığın çözümünde rol oynayan protokolün nasıl yorumlanacağı konusunda güçlüklerle karşılaşınca, bu hususu Dışişleri Bakanlığı'ndan sormuş ve gelen yanıtı dayanarak başvurusunun davasını reddetmiştir. AİHM, Danıştay'ın davanın tarafı olan bakanlıktan görüş istemesinin yanı sıra bakanlık görüşünün başvurucuya iletilmemiş olmasını ve başvurucuya yanıtlanma olanağı verilmemiş olmasını ihlal nedeni olarak görmüştür.³⁷

26.11.1996 tarihli *McGinley and E.E. v. U.K.* kararına³⁸ konu olayda silahlı kuvvetlerde görev alan ve bazı nükleer silah denemelerinde bulunan başvuru sahipleri daha sonra sağlık nedenleri dolayısıyla emekliye sevk edilmişlerdir. Kendi hastalıkları ile nükleer denemelerin arasında bağ olduğu gerekçesiyle aylıklarının artırılması talebiyle dava açmışlar ancak talepleri reddedilmiştir. Başvuru sahipleri, sağlık problemlerinin pasifik nükleer denemelerine maruz kalmalarından kaynaklandığını mahkemeye önünde savunabilmeleri için gerekli kayıt ve belgelere, milli güvenlik nedeniyle kamuya açık olmadıkları için ulaşamadıklarını iddia etmişlerdir. Hükümet ise herhangi bir belgeye ulaşmalarının engellenmediğini savunmuştur.

Mahkeme'ye göre, davanın tarafı devletin bu tür gizli belgelerin olduğunu doğru olmayan biçimde reddetmesi veya başvuru sahiplerinin bu belgelere ulaşmasını engellemesi hakkaniyete uygun yargılanma ilkesini ihlal eder. Ancak mevcut olayda başvuru sahipleri, ulusal mahkemelerden bu belgelerin ifşa edilmesi yönünde emir vermesi için başvuru yapmamış olduklarından sözleşmenin ihlalden bahsedilemez.

Kararda sözleşmenin ihlal edilmediği sonucuna varılmışsa da hangi durumda sözleşmenin ihlal edilmiş sayılacağı ortaya konulmuştur. Buna göre, davanın tarafı

³⁷ *Beaumont v. France*, 24.11.1994, Ser A, No. 296-B, 19 EHRR 485, Appl. No. 15287/89 Karar için Bkz.: Dinç, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 171-172.

³⁸ Kom. Kararı, *McGinley and E.E. v. U.K.*, 26.11.1996, Appl. No. 21825/94 karar için Bkz.: İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 311-313.

olan devletin geçerli bir neden göstermeksizin sahip olduğu ve başvuruçuların mahkeme önündeki iddialarını ortaya koymalarını sağlayacak belgeleri vermeyi reddetmesinin silahların eşitliği ilkesini ihlal edeceği vurgulanmıştır.³⁹

31 Ekim 2006 tarihli *Aksoy/(Eroğlu) v. Turkey* davasına⁴⁰ konu olayda, bir disiplin soruşturmasının ardından, askeri bir hastanede sivil hemşire olarak çalışan başvuran görevinden alınmıştır. İlgili tarafından yapılan iptal başvurusu, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Bununla birlikte, 20 Ağustos 1999 tarihli cevaben vermiş olduğu savunmalarında Milli Savunma Bakanlığı, 1602 sayılı Kanun'un 52. maddesine uygun olarak idari soruşturma dosyasını Yüksek Mahkeme'ye gizlilik kaydı ile iletmiştir. Yüksek Mahkeme'nin kararından, başvuranın talebinin Milli Savunma Bakanlığı tarafından "gizli" damgalı bir zarfın içine konulmuş bilgi ve belgelere ve idari soruşturma kapsamında elde edilen ifadelerle dayanılarak reddedildiği ortaya çıkmaktadır. Başvuran, soruşturma sırasında savunma hakkına saygı gösterilememesine itiraz etmiş ancak bu itirazı sonuçsuz kalmıştır. Hükümet'in, başvuranın görevden alınmasına ilişkin idari yargılama usulü sırasındaki soruşturmanın açığa çıkarılmamasını haklı gösterecek hiçbir delil sunmamıştır. Mahkeme, söz konusu kararın sadece "gizli" olarak nitelendirilmiş soruşturma dosyasına dayalı olarak alındığını saptamıştır. Silahların eşitliği ilkesine uygun davranma, başvuruçunun Milli Savunma Bakanlığı'nın sunmuş olduğu bilgiler hakkında yorumda bulunma olanağını gerektirmekteydi.

Dolayısıyla gizlilik kararı haklı bir gerekçeye dayanmalıdır.

³⁹ Aynı görüş için Bkz.: İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 311.

⁴⁰ *Aksoy(Eroğlu) v. Turkey*, 31.10.2006, Appl. No. 59741/00. Kararın tam metin çevirisi için Bkz.: www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/aksoyl_eroğlu.doc. Aynı yönde kararlar için Bkz.: *Kahraman v. Turkey*, 31 Ekim 2006, Appl. No. 60/36600. Bkz.: <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/karaman.doc> (çevrimiçi), 21.04.2009; *Güner Çorum v. Turkey*, 31 Ekim 2006, Appl. No. 59739/00. Bkz.: <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/gunercorum.doc> (çevrimiçi), 21.04.2009.

2.2. DELİL SUNMA YÖNÜNDEN DAVANIN TARAFLARININ DURUMU

Ceza, hukuk ve idare hukuku yargılamasında, taraflara delil sunma yönünden tanınan imkânlar, silahların eşitliği ilkesini ihlal edebilmektedir. Bu başlık altında hangi durumlarda silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiğini ortaya koymaya çalışacağız.

2.2.1.Ceza Hukuku Yargılamasında Delil Sunma Yönünden Davanın Taraflarının Durumu

Delil kurallarını ulusal mahkemeler kendileri koyar ve delillerin kabul edilmesi ve tartışılması konusunda takdir yetkisi de ulusal mahkemelere aittir.⁴¹ Ancak ceza yargılamasında şüpheliye/sanığa iddialara karşı delil sunma imkânı tanınmaması silahların eşitliği ilkesinin ihlaline neden olabilmektedir. Bu başlık altında konu, Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının d bendi bakımından ele alınacaktır.

2.2.1.1. Tanık Dinlenmesinde Hak Eşitliği İlkesi

Avrupa insan hakları sözleşmesinin 6. maddesinin 3. fıkrasının d bendi şu şekildedir:

“ 3. kendisine bir suç isnat/(itham) edilen her kişi;

d) Aleyhindeki tanıkları sorguya çekmek veya çektirmek ve lehindeki tanıkların, aleyhindeki tanıklarla aynı koşullar altında hazır bulundurulmalarına ve sorgulanmalarına,

Hak sahibidir.”⁴²

⁴¹ Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği, **a.g.e.**, s. 87.

⁴² Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri-Cilt I**, s. 8.

2.2.1.1.1. AİHS Md. 6/1 ile 6/3-d Bağlantısı

Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının sanığa tanıdığı haklar ve güvenceler, 1. fıkrada genel olarak düzenlenen adil yargılanma hakkının bir uzantısı ve doğal sonucudur.⁴³ Öğretide; Sözleşme'nin bu fıkraları arasındaki ilişki, tamamlayıcılık/bütüncülük ve özel hüküm-genel hüküm ilişkisi yönünden ele alınmıştır.⁴⁴

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinin 3. fıkrasında yer alan haklar, 6. maddenin 1. fıkrasında yer alan "adil" ibaresinin minimum içeriğidir, yani birbirini tamamlarlar.⁴⁵

6. maddenin 1. fıkrası ile 3 fıkrası arasında özel hüküm-genel hüküm ilişkisi de kurulmuştur. Buna göre Sözleşme'nin 6. maddesinin hem 1. fıkrasında hem de 3. fıkrasında somut olarak gösterilen güvenceler, kişinin adil yargılanma hakkının korunmasına hizmet ettiklerinden aynı hukuksal çıkarı/değeri korumaktadırlar. Bu nedenle Mahkeme, 1. fıkranın ihlal edildiğini saptadığında ayrıca 3. fıkranın ihlali iddiasını incelememektedir.⁴⁶ Bu duruma verilen örneklerden biri 6 Mayıs 1985 tarihli *Bönish v. Austria* davasıdır. Mahkeme bu davada iddiaları, 3. fıkrayı dikkate almakla birlikte 1. fıkra açısından ele almış ve 1. fıkranın ihlal edildiğini saptadığı için 3. fıkranın ihlali iddiasını incelemeyi gereksiz bulmuştur.⁴⁷ Aynı durum pek tabiidir ki Sözleşme'nin 1. fıkrası ile 3. fıkrasının d bendi arasında da söz konusudur.

⁴³Dönmez, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Çapraz Sorgu**, s. 59; Gölcüklü / Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 268 ve 299.

⁴⁴Gemalmaz, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Çapraz Sorgu", s. 395.

⁴⁵**A.y.** Sözü geçen karar şudur: *Bönish v. Austria*, 06.05.1985, Ser. A, No.92, 9, EHRR 191, para. 29. Karar hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz.: aş. Birlikçilik yönünden davanın taraflarının durumu, s. 71-72.

⁴⁶Gemalmaz, **a.g.m.**, s. 396-397.

⁴⁷**A.y.**; Gökhan Kalağan, "İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Göre "Adil yargılama"da Sanığın Hakları", **TERAZİ**, S: 8, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Nisan 2007, s.100. Bu karardan hareketle Gemalmaz tarafından, adil yargılanma hakkı içinde söz konusu olan özel-genel hüküm ilişkisinin AİHM'in diğer haklar arasında kurduğu özel-genel hüküm ilişkisinden farklı olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bu görüşe göre mutlak olan önce özel hüküm bakımından inceleme yapılması iken mahkemenin genel hüküm olan Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrası açısından inceleme yapmasının nedeni, farklı maddeler arasında değil de aynı maddenin farklı fıkraları arasında bir ilişki kurulmasıdır.

20.11.1989 tarihli *Kostovski v. Netherlands* kararında Mahkeme, sözleşmenin 6. maddesinin 3. fıkrasındaki güvencelerin, 1. fıkrasında düzenlenen adil yargılanma hakkının özel yönleri olduğundan bahisle başvuruçunun şikâyetlerini 6/3-d bendi ile 6/1 fıkrasını birlikte alarak incelemiştir.⁴⁸

Dolayısıyla Mahkeme, Sözleşme'nin 3. fıkrasının d bendini silahların eşitliği ilkesinin özel bir görünümü ve aynı zamanda silahların eşitliği ilkesinin tamamlayıcısı olarak görmektedir.⁴⁹

2.2.1.1.2. Sözleşme'deki "Tanık" kavramı

Geçmişte meydana gelmiş bir olayın, yargılama sırasında temsilini sağlayan bir takım araçlar olmaksızın, maddi sorunun çözümü imkânsızdır. Bu araçlar delil araçlarıdır. Delil araçlarından birisi de tanık beyanıdır.⁵⁰

Mahkeme, 10.06.1996 tarihli *Pullar v. U.K.* kararı ile 6. maddenin 3. fıkrasının d bendindeki "tanık" teriminin kendine özgü, otonom bir Sözleşme anlamına sahip olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda, Sözleşme anlamında tanığın, "sanığa yöneltilen suçlama hakkında bilgi veren herhangi bir kişi" olduğu söylenebilir.⁵¹

Yazılı veya sözlü beyanları mahkeme önüne delil olarak getirilen fakat mahkemede sözlü beyanda bulunmayan kişi de 6. maddenin 3. fıkrasının d bendi bağlamında "tanık" olduğu 15.06.1992 tarihli *Ludi v. Switzerland* ve 28.08.1992 tarihli *Artner v. Austria* kararlarında belirtilmiştir. Duruşmada bizzat ifade vermeyen kişinin uygulamada tanık olarak kabul edilmesinin ana kuralı, o kişinin yargılama

⁴⁸**A.g.m.**, s. 395; Rauf Versan, "Adil Yargılama Üzerine", **İBD**, C: 64, S: 1-2-3, Y: 1990, s. 126-129. Diğer örnekler için Bkz.: *Unterpertinger v. Austria*, 24.11.1986, Ser. A, No: 110, 13 EHRR 175; Appl. No. 9120/80, para. 33; *Bricmont v. Belgium*, 07.07.1989, Ser. A, No. 158, 12 EHRR 217; Appl. No. 10857/84, para. 89; *Delta v. France*, 19.12.1990, Ser. A, No. 191-A; Appl. No.11444/85 para. 37. 49 Friedrich Christian Schroeder, "Ceza Muhakemesinde "Dürüst Yargılama" İlkesi", **Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan**, Çev. Cumhur ŞAHİN, Konya, y.y., 1996, s. 147, 148 ve 167; Anaklı, **a.g.t.**, s. 13; Grabenwarter, **a.g.m.**, s. 183; Ünal, **a.g.e.**, s. 166; Leigh, "Adil Yargılanma Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Antlaşması", s. 337; İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 221.

⁵⁰Metin Feyzioglu, **Tanıklık ve Dürüst Muhakeme**, Ankara, US-A Yayıncılık, 1998, s. 9-12.

⁵¹ *Pullar v. U.K.*, 10.06.1996, Reports 1996-III; Appl. No. 22399/93, para. 45. Karar için Bkz.: Gemalmaz, **a.g.m.**, s. 399; Grabenwarter, **a.g.m.**, s. 237; Tezcan /Erdem /Sancakdar, **a.g.e.**, s. 368.

öncesi aşamadaki yazılı ve sözlü beyanlarının duruşmada delil olarak yeniden değerlendirilmeye alınmasıdır. Söz konusu kişinin ifadesinin duruşmada ya da hazırlık soruşturmasında polis tarafından alınmış olmasının tanıklık statüsünün kazanılması bakımından önemi yoktur. Önemli olan Sözleşme'nin 6/3-d bendinin amaçları bakımından söz konusu kişinin verdiği ifadenin niteliğidir.⁵²

İfadenin yazılı ya da sözlü olması ve hatta video ve/veya ses kayıtlarından oluşması⁵³ tanığın statüsü bakımından bir sorun doğurmayacağı 02.07.2002 tarihli *S.N. v. Sweden* kararında açıklığa kavuşturulmuştur.

27.02.2001 tarihli *Luca v. İtaly* kararında belirtildiği üzere suç ortakları ve olaya katılan kimseler de, ifadeleri yargılamada kullanıldığı veya mahkûmiyet için önemli ölçüde temel oluşturduğu müddetçe tanık olarak mütalaa edilebilirler.⁵⁴ Ancak suç ortağına dokunulmazlık tanıyarak diğer sanık hakkında delil temin edilmesi ve davada kullanılması hakkaniyete uygunluk açısından şüphe uyandırır.⁵⁵

Aşağıda çapraz sorgu kavramı anlatılırken bazı özel nitelik arz eden tanıkların durumu da irdelenecektir. Tanık teriminin savunma veya iddia tarafından çağrılan bilirkişileri de kapsayacağı hususuna ise bilirkişilik kurumunu anlatırken değineceğiz.

2.2.1.1.3.İlkenin Sağladığı Haklar

Sözleşmenin 6. maddesinin 3. fıkrasının d bendi kendisine suç isnadında bulunan kişiye, kendi tanıklarının da iddia tanıkları ile eşit şartlar altında davet

⁵² *Artner v. Austria*, 28.08.1992, Ser. A., No. 242-A; Appl. No. 13161/87, para.19; *Ludi v. Switzerland*,15.06.1992, Series A, No.238, 15 EHRR 173; Appl. No. 12433/86, para. 44. Kararlar için Bkz.: Ambos, **a.g.m.**, s.29; Pamuk, **a.g.t.**, s. 89.

⁵³ *S.N. v. Sweden*, 02.07.2002, Appl. No. 34209/96, para. 45. Karar için Bkz.: Gemalmaz, **a.g.m.**, s. 400.

⁵⁴ *Luca v. İtaly*, 27.02.2001, Appl. No. 33354/96, para 41. Bkz.: Gemalmaz, **a.g.m.**, s. 400.

⁵⁵ Kom. Kararı, *X v. U.K.*, 06.10.1976, Appl. No. 7306/75. Karar için Bkz.: Cengiz v.d., **a.g.e.**, s. 164.

edilmesi ve dinlenmesi ve böylece silahların eşitliğinin sağlanması ile sanığın aleyhine olan tanıkları çapraz sorgulama hakkı sağlamaktadır.⁵⁶

2.2.1.1.3.1.Savunma Tanıklarının Eşit Şartlar Altında Davet Edilmesi ve Dinlenmesi

28.08.1991 tarihli *Brandstetter v. Austria* ve 30.10.1991 tarihli *Borgers v. Belgium* kararlarında ortaya konulduğu üzere savunma tanıklarının eşit şartlarda dinlenmesinden kasıt, sayısal eşitlik değil, yargılama faaliyetinin bütününde iddia ve savunma dengesini koruyacak nitelik (olanak) eşitliğidir.⁵⁷

08.06.1976 tarihli *Engel and others v. Netherlands* kararında da, Sözleşme'nin kişiye, tüm tanıklarını dinletme olanağı vermediği ortaya konulmuştur. Dolayısıyla tanık dinletme mutlak bir hak olmayıp, silahların eşitliği ilkesine uygun olmak kaydıyla sınırlanabilmektedir.⁵⁸ Bu sınırlamalar, tanıkların davet edilmesi ve dinlenmesi hususunda iç hukuka göre belirlenen kurallar çerçevesinde, ulusal mahkemelerin takdirine bağlıdır. Mahkeme sadece kendisine suç isnat edilen kişinin, tanıklarının davet edilmesinin zorunlu olduğunu, onların ifadesine başvurmaksızın gerçeğin ortaya çıkamayacağı konusunda adli makamlarda yeterli kanaat uyandırıp uyandıramadığına bakar. Ancak bu noktada, AİHM, tanıkların beyanlarının delil

⁵⁶İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 224-225; Gölcüklü, **a.g.m.**, s. 227; Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği, **a.g.e.**, s. 77.

⁵⁷*Brandstetter v. Austria*, 28.08.1991, Ser A, No. 211, 15 EHRR 378, para. 43-53; *Borgers v. Belgium*, 30.10.1991, Ser. A, No. 214, 15 EHRR 92, para. 24-29. Kararlar için Bkz.: Gölcüklü, **a.g.m.**, s. 228; Gölcüklü / Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 307; İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 233-234.

⁵⁸Örneğin, AİHM, K.T. 26.04.1991, *Asch v. Austria*, 26.04.1991, Ser. A, 203; Appl. No. 12398/86, para. 28; *Finkensieper v. Netherlands*, 08.06.1984, Appl. No. 19525/92, para. 57. Bu Bilgi için Bkz.: İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 225; Ünal, **a.g.e.**, s. 204; Gölcüklü, **a.y.**; Gölcüklü/ Gözübüyük, **a.y.**; Grabenwarter, **a.g.m.**, s. 237. Tanık dinlenmemesinin ihlal olarak görüldüğü davalar için Bkz.: *Kostovski v. Netherlands*, 1989; *Asch v. Austria*, 1991; *Unterperinger v. Austria*, 1986; *Bricmont v. Belgium*; Kom. Kararı, *H. v. France*, 1988, *V v. Belgium*, 1991. Bu bilgi için Bkz.: Gölcüklü, **a.g.m.**, s. 228; Gölcüklü/Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 307; *Engel and others v. Netherlands*, 08.06.1976, Ser. A, No. 22, 1EHRR 647, para. 91. Karar tam metin çevirisi için Bkz.: Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları-Cilt 1**, s. 137-160.

olarak kabulünün uygunluğu hakkında kural koymaz, sadece sınırlamaların sözleşmeye uygun olup olmadığını tespit eder.⁵⁹

Yukarıda bahsettiğimiz içtihatlarını tekrarlamakla birlikte AIHM, 22.04.1992 *Vidal v. Belgium* ve 07.08.1989 tarihli *Bricmont v. Belgium* kararlarında ulusal mahkemenin, dinlenilmesi istenen tanıkları dinlememesi halinde, tanıkları dinlememesini gerekçelendirmek zorunda olduğunu ortaya koymuştur.

Bricmont v. Belgium kararına⁶⁰ konu olayda başvuru, Bay Bricmont, 1 Haziran 1983'de ölen Belçika Krallığı'nın varisi ve Flanders kontu olan Belçika prensi Charles'ın 1969–1977 yılları arasında avukatlığını ve vekilliğini yapmıştır. Bu işte bazı durumlarda Bayan Bricmont da yardımcı olmuştur. Bay Bricmont ile prens arasındaki her türlü ilişki 18 Ocak 1977 tarihinde sona ermiştir. Prens'in yeni genel vekili Bay Gilson De Rouvreux, Bay Bricmont'un belgelerde tahrifat yaptığı, sahte belge düzenlediği, güveni kötüye kullandığı ve mülkleri zimmetine geçirdiği iddiasıyla, 9 Ağustos 1977 tarihinde Brüksel savcılığına şikâyette bulunmuştur. Prens de zarar gören sıfatıyla bu şikâyete katılmıştır. Bay ve Bayan Bricmont 27 Ocak 1978 tarihinde soruşturma yargıcı tarafından sorgulanarak kendilerine suç isnadında bulunulmuştur. Netice itibarıyla yargılama neticesinde mahkûm edilen Bay ve Bayan Bricmont, 13 Şubat 1984 tarihinde Komisyon'a başvuruda bulunarak Sözleşme'nin 6. maddesinin 1 fıkrası ile 3. fıkrasının b ve d bentlerinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Başvurucular prensin yeminsiz olarak ifade alınmasının olağan bir usul olmaması nedeniyle yargılamayı gayri adil hale getirdiğini iddia etmişlerdir. Mahkeme, devletin üst düzey şahsiyetlerinden ifade alınmasını düzenleyen özel kuralların Sözleşme'nin 6. maddesini ihlal etmediğini zira bunun objektif sebepleri olduğunu belirtmiştir.

Başvurucuların ikinci iddiası kendileri ile prens arasında bütün isnatlar bakımından yüzleştirme yapılmamış olmasının yargılamayı gayri adil hale getirdiğidir. Mahkeme, bu iddiaya ilişkin olarak kural olarak yüzleştirme

⁵⁹ *Doorson v. Netherlands*, a.g.k., para. 67. Karar için Bkz.: Pamuk, a.g.t., s. 89-90.

⁶⁰ *Bricmont v. Belgium*, a.g.k. Kararın tam metin çevirisi için Bkz.: Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İctihatları-Cilt 3**, s. 89-115.

yapılmasının savunma hakkının bir gereği olduğunu belirtmekle birlikte üst mahkemede başvuruçuların mahkûm edilmesinde prensin suçlamalarına ne ölçüde dayanıldığıнын tespit edilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Üst mahkeme suç isnatlarının beşinden üçünde büyük ölçüde şikâyetçi prensin beyanlarına dayanmıştır, bu nedenle yüzleştirme yapılmamış olması 6. maddedeki savunma haklarını ihlal etmiştir.

Başvuruçular üçüncü olarak en iyi şekilde karar bilgi verebilecek olan bazı kişilerin tanık olarak dinlenmemiş olmasından şikâyetçi olmuşlardır. Mahkeme, bu iddiaya ilişkin olarak başvuruçuların söz konusu tanıkların dinlenmesini isteyip istemediğine bakmış, dinlenmesini istemedikleri tanıklar yönünden ihlal görmemiş, dinlenmesini istedikleri fakat buna rağmen dinlenmeyen tanıklar bakımından ise mahkemenin bir gerekçe gösterip göstermediğine bakmıştır. Dolayısıyla bir savunma tanığının dinlenmesi istemini reddeden ulusal mahkeme, kendisini bu sonuca götüren gerekçeleri, kararında göstermezse, Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının d bendi ihlal edilmiş olur.

Mahkeme'nin aynı sonuca ulaştığı *Vidal v. Belgium* kararına konu olayda ise, yargılamanın iadesi için dava dosyası kendine gönderilen mahkeme dava dosyasındaki delillere dayanarak savunmanın dinlenilmesi talep ettiği dört tanık da dâhil hiçbir tanığı dinlemeksizin sanığı mahkûm etmiştir. Mahkeme kararında yerel mahkemenin gerekçe göstermemesine değinmiştir.⁶¹

13 Temmuz 2006 tarihli *Popov v. Rusia* davasında ise Mahkeme, sanığın tanık dinleme talebinin, tanıkların sanığın akrabası olması nedeniyle reddedilmesini değerlendirmiş ulusal mahkemenin savunma tanıklarının ifadelerinin önemine dikkat etmeden tanığı dinlemeyi reddetmesini silahların eşitliği ilkesine aykırı bulmuştur.⁶²

⁶¹Pamuk, **a.g.t.**, s. 92; Bkz. *Vidal v. Belgium*, 22.04.1992, Ser. A, No. 235-B; Appl. No. 12351/86. Pamuk, bu davayı Mahkeme'nin ciddi bir suçlamadan dolayı dört yıl hapis cezasına çarptırılan bir sanık lehine deliller getirebilecek bir tanığın dinlenmemesi kararının bizzat sorgulandığı bir dava olarak değerlendirmektedir. Bu bilgi için Bkz. Pamuk, **A.y.**

⁶²*Popov v. Rusia*, 13.07.2006, Appl. No. 26853/04, para. 184,185 ve 188. Karar için Bkz.: Cengiz v.d., **a.g.e.**, s. 137.

Kanımızca bu davadan çıkan sonuç, tanığın sanığın akrabası olmasının, tanığın dinlenmesini reddetmek için yeterli bir gerekçe olmadığıdır.

Sözleşme'ye Taraf Devlet, 6. maddenin 3. fıkrasının d bendine göre bir savunucunun belirli bir tanığı davet ettirmemesinden dolayı sorumlu tutulamaz. Ancak ulusal mahkeme savunma tarafından uygun bir şekilde davet ettirilen tanıkların duruşmada hazır edilmelerini sağlayacak adımlar atmalıdır. Bir savunma tanığı mahkemenin kontrolü dışında bir nedenden dolayı duruşmaya gelemez veya sanıkça talep edilen zamandan başka bir zamanda duruşmaya çağrılırsa bu durum, savunmanın ortaya konmasını etkilemediği sürece 6. maddenin 3. fıkrasının d bendini ihlal etmez.⁶³

2.2.1.1.3.2.Sanığın Aleyhine Olan Tanıkları Çapraz Sorgulama

İngiliz hukuk sisteminde geliştirilmiş olan çapraz sorgu, etkisini Kıta Avrupa'sı sistemlerinde de hissettirmeye başlamıştır.⁶⁴ Bu bölümde çapraz sorgu ve çapraz sorgu aşamasında hangi durumlarda silahların eşitliği ilkesine aykırı olabileceği incelenecektir.

Çapraz sorgu hakkı, kendisine suç isnadında bulunulan kişinin aleyhinde olan tanıkları bizzat veya bir savunman aracılığıyla sorgulaması olup bu hakkın uygulanmasında kendisine suç isnadında bulunulan kişiye, silahların eşitliği ilkesi gereği savcılık/iddia makamı ile eşit imkânlar verilmesi gerekmektedir.⁶⁵

Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının d bendi, ispat konusunda bir düzenlemeyi içerdiğinden, çapraz sorgu da ispat amacıyla yapılır. Bu nedenle, kural

⁶³Kom. Kararları, *F v. U.K.*, Appl. No. 18129/91; *X v. Germany*, Appl. No. 3566/68, Appl. No. 4078/69; *X v. Austria*, Appl. No. 4228/70, *X v. U.K.*, Appl. No. 5506/72. Kararlar için Bkz.: Pamuk, **a.g.t.**, s. 91-92.

⁶⁴Cengiz v.d., **a.g.e.**, s. 139.

⁶⁵Gemalmaz, **a.g.m.**, s. 393; Tezcan/Erdem/Sancakdar, **a.g.e.**, s. 364; Olgun Akbulut, “ Adil Yargılanma Hakkı (AİHS m. 6)”, **GÜHFD**, S: 1, Y: 1, Ocak 2002, s.191; Dönmez, **a.g.e.**, s. 26.

olarak bütün kanıtlar, aleni bir duruşmada sanığın huzurunda ortaya konulmak zorundadır.⁶⁶

Ancak duruşma öncesi aşamada da tanıkların sanık veya savunmanı tarafından sorgulanmasına engel bir durum yoktur. Zira Mahkemeye göre önemli olan, 20.11.1989 tarihli *Kostovski v. Netherlands* ve 19.12.1990 tarihli *Delta v. France* kararlarında belirtildiği üzere sanığa, tanık beyanlarını, alındıkları anda veya daha sonraki bir zamanda sorgulayabilme imkânı verilmesidir.

Dolayısıyla poliste ve hazırlık soruşturmasında aleyhteki tanıkların sorguya çekilmesine izin verilmemesi, duruşma/dava sırasında bu tanıkların sorguya çekilmesi mümkün olduğu sürece sözleşme bakımından bir sorun doğurmamaktadır.⁶⁷ Yani önemli olan çapraz sorgunun yapılma zamanı değil, çapraz sorgunun yargılama aşamasında yapılmış olup olmadığıdır.

Tanığa, sanık tarafından sorulabilecek soruların niteliği konusunda, çapraz sorgu hakkını düzenleyen madde metninde bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak bu durum sanığa, tanığa istediği soruları sorabilme hakkını vermemektedir. Delillerin sunulması ve değerlendirilmesi konusunda takdir yetkisine sahip olan ulusal mahkeme, sorulacak soruların niteliğini belirlemede de takdir yetkisine sahip olacaktır. Ancak uyuşmazlık halinde, iç hukuktaki bir yargılama esnasında sanığa sorulacak soruların, gerçeği ortaya çıkarmaya yönelik olup olmadığı hakkında nihai nitelikteki kararı AİHM verecektir.⁶⁸

Son olarak ekleyelim ki tanığa soru sormanın, mutlaka müdafii huzurunda yapılması gerekmemektedir. Şüpheli haklarını bizzat yeterli ölçüde koruyabilirse, soru sorma süreci, müdafinin yokluğunda da gerçekleştirilebilir.⁶⁹ AİHM; 19.02.1991 tarihli *İsgrö v. İtaly* davasında verdiği kararında, sanığa yapılan

⁶⁶Kararlar için Bkz.:Gemalmaz, **a.g.m.**, s. 401. bu kaynaktaki konu ile ilgili kararlar için bkz. *Kostovski v. Netherlands*, 20.12.1989, Ser. A, No: 166, 12 EHRR 434; Appl. No. 11454/85, para. 41; *Delta v. France*, **a.g.k.**, para. 36.

⁶⁷Gemalmaz, **a.g.m.**, s. 401;Gölcüklü/ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 307; Ünal, **a. g .e.**, s. 205.

⁶⁸**A.y.**

⁶⁹Ambos, **a.g.m.**, s. 38.

yüzleştirmeler sırasında tanığa soru sorma ve sunduğu delillerin güvenilirliğini sorgulama imkânının verildiğini, zira tanığın kimliğinin sanık tarafından bilindiği, sanığın vekilinin ulusal mevzuat çerçevesinde bu imkândan yoksun bırakılmasının bent hükmünün ihlali anlamına gelmeyeceğini, sanığın avukatı gibi iddia makamının da çapraz sorguya alınmadığını belirterek bent hükmünün sağladığı güvencelerden sanığın yeterince yararlandığına karar vermiştir.⁷⁰

2.2.1.1.3.2.1. Çapraz Sorguda Sözleşmeyi İhlal Eden Nedenler

Bu başlık altında, çapraz sorgu aşamasında hangi hususların ihmali halinde silahların eşitliği ilkesinin ihlal edileceği ortaya konulmaya çalışılacaktır.

2.2.1.1.3.2.1.1. Çapraz Sorgu Talebi

Çapraz sorgunun yapılması için her şeyden önce sanığın veya avukatının bu yönde bir talepte bulunmuş olması gereklidir.

Kostovski v. Netherlands kararında Mahkeme, çapraz sorgu talebinin şüpheye yer bırakmayacak derecede olmasını aramışsa da savunma hakkının etkili şekilde kullanılabilmesi için, sanığın veya savunmanın aleyhindeki tanıkların ifadelerine karşı çıkmasını dahi, çapraz sorgu talebi olarak kabul etmek gerektiği savunulmaktadır.⁷¹ Kanımızca ulusal mahkemenin sanığın çapraz sorgu yapma isteği hususunda bir kanı edindiği anda buna izin verip gerekli olanağı yaratmasında engel bir durum yoktur.

Bir sanığın veya avukatının tanıkları, elverişli olanaklar bulunmasına rağmen, çapraz sorgulamaya tabi tutmayı istememesi halinde, tanıklara soru sorulmasından vazgeçilmesinin, şüpheye yer bırakmayacak derecede açık olması gerekir. Zira Sözleşme Organlarına göre, sözleşme tarafından güvence altına alınıp da feragatine izin verilmiş olan bir hakkın kullanılmasından feragatin varlığı, “hiç kuşkuya yer

⁷⁰İsgrö v. İtaly, 19.02.1991, Appl. No. 11339/85, para. 36. Karar için Bkz.: Pamuk, **a.g.t.**, s. 94.

⁷¹ *Kostovski v. Netherlands*, **a.g.k.**, para. 42. Bu bilgi için Bkz.: **A.g.m.**, s. 408.

bırakmayacak’’ tarzda ortaya konulmalıdır.⁷² Soru sormaktan vazgeçme isteği açık olduğu müddetçe, Mahkeme’nin 19.12.1989 tarihli *Kamasinski v. Austria* kararında belirttiği üzere, başvuruçunun aleyhindeki tanıkları sorgulamak isteğini duruşmada yerine getirmeyen ve bu yönde talepte bulunmayan avukat ile ilgili şikâyetler taraf devletlerin sorumluluğunu doğurmaz.⁷³

2.2.1.1.3.2.1.2.Kimliği Gizli Tanıklar

Ceza yargılaması süreci genellikle ihbar üzerine başlar ve ihbarları yapan muhbirlerin kimlikleri çoğu kez gizli tutulur. Bazı yargılamalarda da tanıkların isimleri sanığa söylenmez ve dosyaya isimleri belirsiz olarak girerler. Tanık ve muhbirlerin isimlerinin gizli tutulmasının amacı, söz konusu tanık ve muhbirleri korumaktır.⁷⁴

20.11.1989 tarihli *Kostovski v. Netherlands* kararına⁷⁵ konu olayda, Bay Slobadan Kostovski, 1979 yılında bir kuyumcu dükkânını silahla soymaktan aldığı altı yıl hapis cezasının yargılama sürecinde, iki kimliği gizli kişi tarafından verilen ifadeleri içeren raporların, Utrecht Bölge Mahkemesi ve Amsterdam Üst Mahkemesi tarafından delil olarak kullanılmasının Sözleşme’nin 6. maddesini ihlal ettiğinden şikâyetçi olmuştur. Bu iki kişi, polis tarafından ve biri ayrıca soruşturma yargıcı tarafından başvuruçunun yokluğunda dinlenmiş ve başvuru talep etmesine rağmen duruşmada dinlenmemişlerdir.

Savunma tarafı, ifadeleri alan polis memurlarından birini ve her iki soruşturma yargıcını Utrecht Bölge Mahkemesi ve Amsterdam Üst Mahkemesi önünde sorgulayabilmiştir. Savunma tarafı ayrıca, kimliği gizli tanıklardan sadece birine,

⁷²*Barbera Messegue and Jabardo v. Spain*, 06.12.1988, Ser. A., No. 146, 11 EHRR 360; Appl. No. 10590/83. Kararın tam metin çevirisi için Bkz.: Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları-Cilt 2**, s. 720-747.

⁷³*Kamasinski v. Austria*, 19.12.1989, Ser. A No. 168, 13 EHRR 36; Appl. No. 9783/82, para. 91. Bu bilgi için Bkz.: İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 149-153, 203-204, 253-260, 348-351; Gemalmaz; **a.g.m.**, s. 408.

⁷⁴ Gemalmaz; **a.g.m.**, s. 409.

⁷⁵ *Kostovski v. Netherlands*, **a.g.k.** Karar için Bkz.: Versan , **a.g.m.**, s. 126-129; Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları-Cilt 3**, s. 160-175; Versan, **a.g.m.**, s. 126-130; Gölcüklü, **a.g.m.**, s. 230.

soruşturma yargıcı vasıtasıyla dolaylı olarak yazılı sorular da sorabilmiştir. Ancak savunma tarafının bu yollardan herhangi biriyle sorabileceği soruların niteliği ve kapsamı, ifade verenlerin kimliklerinin gizliliğinin korunması konusundaki karar gereğince bir hayli kısıtlıdır. Savunma tarafı, ifade verenin güvenilirliğini test edebilmesine veya söyleyebileceklerinin inanılabilirliği üzerine kuşku çekebilmesine imkân verebilecek bilgiye sahip değilse, tanığın önyargılı, düşmanca davranan ve güvenilmez özellikleri varsa bunları ortaya koyamayacaktır. Dahası sözü edilen kimliği gizli kişilerin hazır bulunmaması yargılamayı yapan her iki mahkemenin de, bu kişilerin güvenilirlikleri hakkında kendi izlenimlerini oluşturmalarını önlemiştir. Bu koşullarda savunma tarafının karşılaştığı engellerin, yargısal mahkemeler tarafından izlenen usullerle dengelendiği söylenemez.

Hükümet mevcut davada ifade veren söz konusu kişilerin, misillemeye uğramaktan korkmak için haklı sebeplerinin bulunduğunu belirtmiştir. AİHM, örgütlü suçla mücadelenin önemini hafife almamaktadır. Ancak hükümetin bu savunması mahkemeye göre güçten yoksun olmamakla birlikte belirleyici değildir. Sözleşme, ceza muhakemesinin soruşturma aşamasında, kimliği gizli muhbirler gibi kaynaklara dayanılmasını engellemektedir ancak kimlikleri gizlenmiş bu kişilerin ifadelerinin bu davada olduğu gibi daha sonra mahkûmiyet için yeterli delil olarak kullanılması Sözleşme'nin 6. maddesinde yer alan güvencelerle uzlaştırılmaz bir şekilde savunma haklarına sınırlamalar getirmektedir. Bu nedenle mahkeme mevcut davanın şartları içinde, savunma haklarını etkileyen sınırlamaların Bay Kostovski'nin adil yargılandığının söylenemeyeceği kadar geniş olduğu sonucuna varmış ve Sözleşmenin ihlal edildiğini belirtmiştir.

Yukarıda belirttiğimiz kararda görüldüğü üzere, AİHM, kimliği belirsiz tanıklar ve muhbirlerin ifadelerinin alınmasını ve bunlara dayanarak işlem yapılmasını hatta bu kişilerin savunmanın huzurunda çapraz sorgulanamamasını yasaklamamakta, ancak bu hallerde savunma hakkının dengeleyici usullerle korunması gerektiğini vurgulamaktadır. Ancak Mahkeme burada kimliği belirsiz kişilerin ifadeleriyle/ihbarlarıyla yargılamanın başlatılmasını konusunu ve bu

kişilerin ifadelerinin yargılamada yeterli kanıt/tek kanıt olarak kullanılmasını birbirinden aşağıda da değineceğimiz üzere birbirinden ayırmıştır.⁷⁶

20 Mart 1996 tarihli *Doorson v. Netherlands* kararında da AİHM yukarıdaki içtihadını sürdürmüştür. Mahkeme'ye göre sivil tanıklar sanıktan gelen bir tehdit veya tehlike altındaysa, duruşmada ifade vermektan ve bizzat sanık tarafından sorgulanmaktan meşru olarak kaçınabilirler. Yani kimliklerinin gizli tutulmasında meşru bir yarar görülebilir. Buna karşılık sanığın savunma hakları başka usullerle dengelenmeli, zarar görmemelidir. *Doorson v. Netherlands* kararında, anonim tanıklardan birinin ifadesinin sanığın avukatının huzurunda alınması ve soru sorma imkânına sahip olması savunma hakkını dengeleyici bir unsur olarak görülmüştür.

Ancak AİHM, *Ludi v. Switzerland* kararında, sanığın haklarını dengeleyici usuller yeterli bir şekilde uygulansa bile, başvurucunun (yani sanığın) mahkûmiyeti hiçbir şekilde sadece veya ağırlıklı (tek veya yeterli delil olarak), kimlikleri gizli tutulduğu için sanıkça sorgulanamayan anonim tanıkların ifadesine dayandırılmayacağını vurgulamıştır.

23.04.1997 tarihli *Van Mechelen and others v. Netherlands* kararında AİHM, gizli polislerin devletin yürütme organına olan bağılılıkları ve savcılık ile olan yakın ve sıkı ilişkileri nedeniyle ancak istisnai /olağanüstü koşullarda anonim tanık olarak kullanılmaları gerektiğini ifade etmiştir.⁷⁷ Bununla birlikte mahkeme *Ludi v. Switzerland* vakasındaki kararını teyit ederek, sanığın hakları bir şekilde korunduğu müddetçe gizli polislerin kimliğinin saklı tutulmasını kabul etmektedir.⁷⁸

Mahkeme'nin, bu tip hallerde, ilk olarak, anonim tanığın sanıkça sorgulanmasının engellenmesi yerine alınabilecek bir önlem olup olmadığını veya bunun tanığa gerçekten zarar verip vermeyeceğine bakmaktadır. İkinci olarak, duruşmaya çıkmaktan kaçınan tanığın verdiği ifadelerin sanığın mahkûm

⁷⁶Gemalmaz, **a.g.m.**, s. 410.

⁷⁷ *Doorson v. Netherlands*, **a.g.k.**, para. 66–80; *Ludi v. Switzerland*, 15.06.1992, Ser. A, No. 238, 15 EHRR 173, para. 49; *Van Mechelen and others*, **a.g.k.**, para. 56. Kararlar için Bkz.: Gemalmaz, **a.g.m.**, s. 411; Tezcan/ Erdem/ Sancakdar, **a.g.e.**, s. 365-366;

⁷⁸ Gemalmaz, **a.g.m.**, s. 411; Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği, **a.g.e.**, s. 90.

edilmesinde “yeterli kanıt/dayanılan esas ve belirleyici delil” oluşturup oluşturmadığına bakar.⁷⁹

28 Şubat 2006 tarihli, *Krasniki v. Czech Republic* davasında AİHM, tanıkların kimliklerinin gizli tutulması konusundaki kararı onaylayan üst mahkemenin, talepte bulunan mahkemenin gerekçelerinin ciddiyeti ve doğruluğuna ilişkin bir değerlendirme yapmamış olmasına dikkat çekmiştir.⁸⁰ Dolayısıyla AİHM, tanığın kimliğin gizlenebilmesi için, ciddi ve doğru gerekçeler sunulmasını aramaktadır.

Gizli polislerin anonim tanık olarak dinlenmesinde AİHM, polislerin görevlerinin içeriğini de değerlendirmektedir. Mahkeme, 9 Haziran 1998 tarihli *Teixeira De Castro v. Portugal* davasında, sanığın mahkûmiyetinin dayanağı olan iki gizli polisin konumunu değerlendirmiş ve gizli görevlerinin ötesine geçecek şekilde girişimlerde bulunan ve başvuru suçu işlemeye teşvik eden davranışlar gösteren bu polislerin provokasyonu olmasaydı, başvuru suçu işleyeceğine dair herhangi bir veri olmaması sebebiyle, sözleşmenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Polisin teşviki sonucu işlenmiş suçla ilgili olarak elde edilmiş delillerin kamu yararı amacı ile dahi kullanılmayacağını ifade etmiştir.⁸¹

27 Ekim 2004 tarihli *Edwards and Lewis v. U.K.* davasında ise,⁸² başvuru suçu işlemek için gizli polis memurları tarafından tuzağa düşürüldüklerinden şikâyetçi olmuşlardır. AİHM, bu olayda, ulusal mahkemenin bu iddiaya karşı, sanığın gerçekten polisin uygunsuz tahriki sonucu mağdur olup olmadığı konusunda karar verebilmesi için, polis operasyonunun nedeni, sanığın suça karışmasının niteliği ve derecesini ve polis tarafından yapılan bir tahrik ya da baskının niteliğini irdelemesi gerekirken bunu yapmamış olmasına dikkat çekmiştir.

⁷⁹ Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği, **a.g.e.**, s. 90; Ladewig, **a.g.m.**, s. 263-264; Gemalmaz, **a.g.m.**, s. 411-412. Gemalmaz’a göre, aslında, Sözleşme, tanık menfaatlerini açıkça içermemektedir. Ancak tanıkların korunması gerekli olan durumlarda, savunma hakkı ile tanığın korunmasının gerekliliği arasında bir denge kurulması gerekmektedir.

⁸⁰ *Krasniki v. Czech Republic*, 28.02.2006, Appl. No. 51277/99, para. 81, 82 ve 83. Karar için Bkz.: Cengiz v.d., **a.g.e.**, s. 139.

⁸¹ *Teixeira de Castro v. Portugal*, 09.06.1998, Reports 1998-IV; Appl. No. 25829/94, para. 36–39. Karar için Bkz.: Gemalmaz, **a.g.m.**, s. 411-412; Ladewig, **a.g.m.**, s. 264; Türk Sanayicileri ve İşadamları, **a.g.e.**, s. 89.

⁸² *Edwards and Lewis v. U.K.*, 22.07.2003, para. 46, 47, 48. Bkz.: Cengiz v.d., **a.g.e.**, s. 157–158.

Kanımızca, AİHM, ajan provokatör kullanımını yasaklamamakla beraber, ulusal mahkemenin, sanığın polis tarafından tuzağa düşürüldüğüne dair iddiasını belli noktalardan incelemesi gerektiğine işaret etmektedir. Ayrıca, bu kararda ifade edilen “uygunsuz tahrik” kavramının, 9 Haziran 1998 tarihli *Teixeira De Castro v. Portugal* davası da göz önünde tutulduğunda, polisin kişiyi “suç işlemeye teşvik edecek eylemler” de bulunması olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Ulusal mahkemelerin uygunsuz tahrik iddiası hakkında inceleme yapması gerektiğine ilişkin diğer bir karar ise 26 Ekim 2006 tarihli *Khudobin v. Rusya* kararıdır.⁸³ Bu davada da AİHM, ulusal mahkemenin, başvuruçunun polis tarafından tuzağa düşürüldüğü iddiası hakkında, tuzak mı yoksa kanuni bir tahkikat mı olduğu yönünde inceleme yapmamasını hakkaniyete aykırı bulmuştur.

2.2.1.1.3.2.1.3. Kimliği Bilinen Tanığın Duruşmada Sorgulanmaması

Duruşmada tanıkların dinlenmesinin belirli hukuksal ya da fiili nedenlerden dolayı olanaksız olması durumunda da tanığı sorgulama olanağı ortadan kalkabilir.⁸⁴ Hukuksal nedenlere, ifadeden kaçınma hakları, bir tanığın dinlenmesinin yasaya aykırı olduğu durumlar örnek verilebilir. Sorgulamanın olanaksızlığının fiili nedenlerine örnek olarak ise, tanığın ölümü, hastalığı, ikamet adresinin bilinmemesi, davete rağmen duruşmaya gelmemesi, tanığın bulunduğu ülkenin dinlenme konusunda hukuksal yardımına yanaşmaması ya da tanıkların davet edilmesine yönelik o devletle hukuksal yardım anlaşmasının olmaması ya da uygulanmaması gösterilebilir. Sözleşme’ye taraf devletin hukuk düzeninde belirli kişi gruplarının, örneğin parlamenter dokunulmazlığa sahip kişilerin zorla mahkemece celp edilmesinin olanaksız olduğu durumlar da fiili engel olarak görülebilir.⁸⁵ Tanığın yargılama aşamasında sorgulanmaması Sözleşme’nin 6. maddesini ihlal edebilmektedir.

⁸³*Khudobin v. Rusya*, 26.10.2006, Appl. No. 59696/00, para. 137. Karar için bkz. **A.g.e.**, s. 158.

⁸⁴Grabenwarter, **a.g.m.**, s. 237.

⁸⁵Grabenwarter, **a.g.m.**, s. 238; Gölcüklü, **a.g.m.**, s. 231; Gölcüklü / Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 310; Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği, **a.g.e.**, s. 90.

Tanığın yargılama aşamasında sorgulanamaması nedeniyle sözleşmenin ihlal edildiği iddialarında, AİHM, tanıkların sanıkça sorgulanmasının gerçekten imkânsız olup olmadığı veya sanık tarafından sorgulanmasının tanığa gerçekten zarar verip vermeyeceği ve duruşmaya çıkmaktan kaçınan tanıkların verdikleri ifadelerin sanığın mahkûm edilmesinde “yeterli kanıt” oluşturup oluşturmadığı hususlarına bakmaktadır.⁸⁶

24.11.1986 tarihli *Unterpertinger v. Austria* kararına konu olayda, başvuru Bay Unterpertinger, mahkûmiyetiyle sonuçlanan eşini ve üvey kızını yaralaması nedeniyle açılan ceza davasında, sadece eski eşiyile üvey kızının poliste verdikleri ve duruşmada okunan ifadelerine dayanılarak mahkûm edilmesinden şikâyetçi olmuştur. Başvurucuya göre bu iki bayan yakın akraba sıfatıyla duruşmada ifade vermeyi reddettiklerinden, yargılamanın hiçbir aşamasında kendilerini sorgulama ve sorgulatma imkânı bulamamıştır ve üst mahkeme de bu kişilerin güvenilirliklerini tereddüde düşürme imkânı vermemiştir, zira tanık olarak dinletmek istediği kişileri tanık olarak dinlemeyi reddetmiştir. Bu nedenle Sözleşme'nin 6/1 fıkrasıyla 6/3-d bendinin ihlal edildiğini iddia etmiştir.⁸⁷

Mahkeme, iç hukuk mevzuatı gereği şikâyetçilerin ifade vermeyi reddetmesini, söz konusu iç hukuk düzenlemesi, hakkında suç isnadı bulunan kimse ile kendi ailesinden bir tanığın karşı karşıya gelmesinin doğurabileceği sorunları engellemeyi amaçladığı ve Avrupa Konseyi'ne üye birçok devletin iç hukukunda da bu şekilde düzenlemelere yer verildiği için ulusal mahkemenin şikâyetçilerin poliste verdikleri ifadeyi okumasını Sözleşme'ye aykırı görmemiştir. Fakat bu ifadelerin delil olarak kullanılması yine 6. maddede yer alan savunma hakkına uygun olacak usullerle dengelenmelidir. Fakat başvuru sahibinin mahkûmiyetinin temelinde söz konusu tanığın ifadelerine dayanmaktadır ve ulusal mahkeme, polisçe alınan tanık ifadelerini

⁸⁶ Gemalmaz, **a.g.m.**, s. 412-413. Yeterli kanıt ibaresiyle ifade edilmek istenen ya birden çok kanıt arasında ulusal mahkemenin sorgulanamayan tanık beyanına dayanarak veya bir başka deyişle sorgulanamayan tanık beyanını esas alarak karar vermesi ya da sorgulanamayan tanık beyanının ulusal mahkeme önündeki tek kanıt olmasıdır.

⁸⁷ *Unterpertinger v. Austria*, 24.11.1986, Ser. A, No: 110, 13 EHRR 175; Appl. No. 9120/80, para. 33. Kararın tam metin çevirisi için Bkz.: Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları-Cilt 2**, s. 178-186; Ünal, **a.g.e.**, s. 204; Gölcüklü/ Gözübüyük , **a.g.e.**, s. 308-309.

yöneltilen suçlamanın gerçek ispatıymışçasına ele almıştır, bu nedenle sözleşmenin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁸⁸

Bu kararda haklı sebepler nedeniyle duruşmada sorgulanamayan tanık ifadelerinin hükme esas alınmasında savunma hakkına uygun olacak usullerle dengeleme yapılması gerekliliği vurgulanmaktadır.

Buna karşılık 28 Ağustos 1992 tarihli *Artner v. Austria* davasında Mahkeme, sorgulanamayan tanık ifadesinin ulusal mahkeme önünde tek kanıt olmaması ve ulusal mahkemenin sırf bu ifadelere dayanmamış olması sebebiyle sözleşme madde 6'nın ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.⁸⁹ Kanımızca Mahkeme, duruşmada sorgulanamayan tanığın ifadesinin hükme tek başına esas alınmamasını savunma hakkına uygun olan bir denge unsuru olarak görmektedir.

AİHM, 17 Temmuz 2001 tarihli *Sadak and others v. Turkey* davasında, hükümetin tanıkların hayatlarını tehlikeye maruz kalacağı gerekçesiyle sanıklar tarafından sorgulanmalarına izin verilmediği şeklindeki savunmasını, yeterince gerekçelendirilememesi nedeniyle geçersiz bulmuş ve duruşmaya gelmeyen tanıkların ifadelerine önemli derecede dayanılmasını, Sözleşme'nin ihlali olarak kabul etmiştir.⁹⁰ 19 Haziran 2003 tarihli *Güneş v. Turkey* davasında ise, başvurucuyu fail olarak teşhis eden jandarma görevlilerinin, sanık veya avukatı tarafından sorgulanmayıp yol güvenliği gerekçesiyle istinabe yoluyla ifadelerinin alınmasını sözleşmeye aykırı bulmuştur.⁹¹ 07.02.2002 tarihli *S.N. v. Sweden* davasında ise AİHM, cinsel istismar mağduru küçüğün yargılama sırasında sanıkla muhatap edilmemek istenmesini, sözleşmeye uygun bulmuştur.⁹²

2.2.1.1.3.2.1.4. Tanık Dinlenirken Sanığın Dışarı Çıkartılması

⁸⁸Ünal, **a.g.e.**, s. 204; Gölcüklü / Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 308-309

⁸⁹*Artner v. Austria*, **a.g.k.**, para. 22-24. Bu bilgi için Bkz. Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 415; Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği, **a.g.e.**, s. 90.

⁹⁰*Sadak and others v. Turkey*, 17.07.2001, para. 67. Bu bilgi için Bkz.: Gemalmaz, **a.g.m.**, s. 413; Dönmez, **a.g.e.**, s. 60-61; Gölcüklü / Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 307.

⁹¹*Güneş v. Turkey*, 25.09.2001, (25.12.2001 Final), para. 88, 96. Karar için Bkz.: Cengiz v.d, **a.g.e.**, s. 94; Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 413;

⁹²*S.N. v. Sweden*, 02.07.2002, para. 47, 52. Karar için Bkz.: **A.y.**

Sanığın tanıkların dinlenmesi sırasında hazır bulunma hakkı bulunmakla birlikte, bazı durumlarda, avukatı hazır bulunmak şartıyla sanığın duruşmadan çıkarılabileceği, kabul edilmektedir. Örneğin *Kurup v. Denmark* kararında Komisyon, Danimarka hukukuna göre, tanıkları tehdit eden sanığın salondan çıkarılmasında sözleşmeye aykırılık görmemiştir.⁹³

2.2.1.1.3.2.2. Çapraz Sorgu Bakımından Devletin Yükümlülüğü

Çapraz sorgu hakkı bakımından, devletin pozitif yükümlülüğü söz konusudur. Zira madde bendinden anlaşılacağı üzere devletin öncelikle çapraz sorgu hakkına ilişkin yasal bir düzenleme yapması gerekir. Bunun yanı sıra sorgulanacak tanıkları, sorgulayacak sanığı ya da savunmanını duruşmada hazır bulundurmalı ve sanığa, tanıkları sorgulama imkânı ve fırsatı vermelidir.⁹⁴

Sadak and others v. Turkey davasında AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1 ve 3. fıkraları, devletlere özellikle sanığın aleyhindeki tanıkları sorgulamasını sağlamak hususunda pozitif yükümlülükler yüklediğini ve gerekli pozitif önlemlerin alındığının da ispat yükünün taraf devlette olduğunu açıkça ifade etmiştir.⁹⁵

2.2.2. Özel Hukuk Yargılamasında Delil Sunma Yönünden Davanın Taraflarının Durumu

27.10.1993 tarihli *Dombo Beheer BV v. Netherlands* davasında⁹⁶ başvuru, Hollanda'da kayıtlı bir şirkettir, bir bankayla uyuşmazlığı vardır. Başvuru şirketi, şirketin yöneticisi ile bankanın ilgili bölümünün yöneticisinin sözlü uzlaşması ile şirketin kredisinin yükseltilmesine karar verildiğini, fakat bankanın daha sonradan bunu yapmaktan vazgeçmesi üzerine, taahhüt altına girdiği için zarara uğradığını iddia etmektedir. Yargılamalar sırasında, tarafların bizzat kendilerinin tanık olarak

⁹³Kom. Kararı, *Kurup v. Denmark*, Appl. No. 11219/84. Karar için Bkz.: Pamuk, **a.g.t.**, s. 95;

⁹⁴Gemalmaz, **a.g.m.**, s. 407; Gölcüklü / Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 268.

⁹⁵*Güneş v. Turkey*, **a.g.k.**, para. 95. Karar için Bkz.: Gölcüklü, **a.g.m.**, s. 300; Gemalmaz, **a.g.m.**, s. 407.

⁹⁶*Dombo Beheer BV v. Netherlands*, **a.g.k.**, para. 34-35. Bu bilgi için Bkz.:Gölcüklü/ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 292; Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği, **a.g.e.**, s. 78; İnceoğlu , **a.g.e.**, s. 226-227.

dinlenemeyeceği kuralına dayanılarak, şirketin eski yöneticisinin mahkemede tanıklık yapmasına izin verilmemiş, fakat bankanın ilgili bölümünün yöneticisinin, yargılamanın resmen ve fiilen tarafı olmadığı temelinden hareketle tanık olarak dinlenmesine izin verilmiştir. Başvurucu AİHM önünde silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Mahkeme'ye göre, başvurucu şirket için kredi imkânlarına ilişkin olarak banka ile varılan sözlü anlaşmayı ispatlamak çok önemlidir; sadece iki kişi bu görüşmede yer almıştır, bu kişilerden sadece birinin, banka temsilcisinin, dinlenmesine izin verilmiştir; başvurucu şirket kendisini temsil eden kişinin dinlenmesi imkânına sahip olamamıştır; bu nedenle, banka karşısında nitelikli bir dezavantaj içine girmiştir. Bu davada tanıkların dinlenmesinde eşit imkânlar sunulmaması ihlal nedeni olarak görülmüştür.

23.10.1996 tarihli *Ankerl v. Switzerland* davasında ise AİHM, somut olayın *Dombo Beheer BV v. Netherlands* davasından farklılığını dikkate alarak, tanıklara yönelik farklı muamelenin başvurucuyu nitelikli bir dezavantaj içine sokmadığı kanaatine ulaşmıştır.⁹⁷

Ankerl v. Switzerland kararına konu olayda,⁹⁸ başvurucunun kiraladığı bir dairenin tahliye edilmesi ile ilgili bir sorun yaşanmıştır. Başvurucu, kiraya verenin tahliye talebine rağmen daha sonra, bina yönetiminden sorumlu şirket yöneticisi ile kira ilişkisinin devam ettiği yönünde sözlü bir anlaşmaya vardıklarını belirtmekte, bu sözlü anlaşmayla ilgili olarak da eşini tanık olarak göstermektedir. İç hukuktaki yargılama sırasında, başvurucu ve bina sahibi deliller göstermişlerdir, binanın yönetiminden sorumlu şirketin eski ve yeni yöneticileri yemin ettirilerek dinlenmiş, başvurucunun eşi ise yemin ettirilmeden dinlenmiştir. Başvurucu, ulusal mevzuat gereği eşinin yemin ettirilmeden, sadece bilgi amaçlı dinlenmesinden şikâyetçidir.

Mahkeme'ye göre, bu davada, her ne kadar başvurucunun eşi olan Bayan Ankerl, yeminli ifade veremediyse de ulusal mahkeme tarafından dinlenmiştir. Ulusal mahkeme delilleri değerlendirirken Bayan Ankerl'in ifadelerini ikna edici

⁹⁷Inceoğlu, **a.g.e.**,s. 227.

⁹⁸*Ankerl v. Switzerland*, **a.g.k.**, para. 35 ve 38. Karar için Bkz.: **A.g.e.**, s. 228;

bulmama yetkisine sahiptir. Ayrıca, ulusal mahkemenin kararından diğer tanığın tanıklığına yeminli olduğu için özel bir ağırlık verildiği görülmemektedir. Ayrıca, ulusal mahkeme ifadeler dışındaki başka delillere de dayanmaktadır. Bu nedenlerle silahların eşitliği ilkesi ihlal edilmemiştir.

Bu karara göre, tarafların tanıkları arasında farklı muamele yapılırsa da, başka delillere de dayanılarak karar verilmiş ve bir tarafın tanığına özel bir ağırlık verilmemişse, farklı muamele yargılamanın sonucuna etki edecek nitelikte değildir, bu nedenle bir taraf diğeri karşısında önemli bir dezavantaj içine girmez.

Silahların eşitliği açısından, tanıkların dinlenmesi aşamasında davanın taraflarına duruşmada hazır bulunma imkânının tanınması da gerekmektedir. Örneğin, 04.06.2002 tarihli *Komanicky v. Slovakia* kararında, başvuru duruşmaya gelemeyeceğini bildirdiği ve kendi yokluğunda tanıkların dinlenmemesi ve delil sunulmamasını talep ettiği halde başvuru bulunmaksızın delillerin ele alınarak karara varılması ilkenin ihlali olarak görülmüştür.⁹⁹

2.2.3. İdare Hukuku Yargılamasında Delil Sunma Yönünden Davanın Taraflarının Durumu

10.02.1983 tarihli *Albert ve Le Compte v. Belgium* kararı,¹⁰⁰ Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının d bendinin, idare hukuku yargılamasında da uygulanabileceğini ortaya koymaktadır. Karara konu olayda, tabipler odası kurulunun kararı ile mesleğini uygulamaktan men edilen hekimlerin, başvuru bildirdiği savunma tanıklarının dinlenmemesi şikâyet konusu olmuştur. Mahkeme, idari yargılama hukukunda maddenin 3. fıkrasının d bendinin uygulanamayacağını belirtmek yerine somut olayda tanık dinlememesi hususunu 6. maddenin 3. fıkrasının

⁹⁹*Komanicky v. Slovakia*, 04.06.2002, (04.09.2002 Final); Appl. No. 32106/96, Para. 49-55. Bu bilgi için Bkz.: A.y., Gölcüklü/ Gözübüyük, a.g.e., s. 305.

¹⁰⁰*Albert and Le Compte v. Belgium*, 10.02.1983, Ser. A, No. 58, 5 EHRR 533; Appl. No. 7299/75, 7496/76. Karar Özeti için Bkz.: Dinç, a.g.e., s. 179-180; Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları-Cilt 1**, s. 537-547.

d bendine ihlal olup olmadığı noktasında incelemiş ve istemin reddedildiğine dair yeterli kanıt olmaması nedeniyle sözleşme ihlalinin olmadığına karar vermiştir.¹⁰¹

Daha önce silahların eşitliği ilkesinin uygulama alanını saptarken, Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının d bendinin özel hukuk ve idare hukuku yargılamasında da uygulanabileceğine dair görüşlerin olduğunu belirtmiştik. Keza yukarıda açıklamaya çalıştığımız özel hukuk yargılamasına ilişkin kararlarında da AİHM, tanık dinlenmesi bakımından eşit imkânlar sunulup sunulmadığını değerlendirmiştir. Dolayısıyla her ne kadar madde metninden, tanık dinlenmesinde hak eşitliği ilkesinin sadece ceza yargılaması bakımından uygulanacağı gibi bir anlam çıkmakta ise de, sözleşmenin dinamik yani Sözleşme organlarının içtihatlarıyla yenilenen ve gelişen niteliği göz önünde tutulduğunda, bu ilkenin özel hukuk ve idare hukuku yargılamasında uygulanabilmesi gerekir.

18.03.1997 tarihli *Mantonavelli v. France* kararına¹⁰² konu olayda hastanenin ihmali nedeniyle kızlarının öldüğünü iddia eden başvurucular, bu iddiaları için atanan bilirkişiyle hastane görevlilerinin rapordan önce görüşmesi ve bu görüşmelerden iç hukukta yükümlülük olduğu halde kendilerine haber verilmemesinden şikâyetçi olmuşlardır. Ayrıca bilirkişi başvurucuların bilmediği bazı belgelere dayanarak raporunu hazırlamıştır. AİHM'e göre, mevcut olayda bilirkişilerin cevaplaması gereken soru mahkemenin belirlemesi gereken soru ile aynı olmasına rağmen mahkemenin bilgisi dâhilinde olmayan teknik bir konu olduğundan, idare mahkemesi hukuken bilirkişi raporu ile bağlı olmasa da bilirkişi raporu mahkemenin esasa ilişkin değerlendirmesinde baskın bir etkiye sahiptir. Oysa bilirkişi tarafından yapılan görüşmelere başvurucuların katılmaları engellenmiştir. Bu nedenle başvurucular, davanın diğer tarafı lehine delil veren kişiyi çapraz sorgulama hakkına sahip olamamışlardır. Bu nedenle başvurucular temel delil üzerinde yorum yapma olanağına sahip olmamıştır.

¹⁰¹ **A.y.**

¹⁰² *Mantonavelli v. France*, 18.03.1997, Reports 1997-II, para. 33-36. Bu bilgi için Bkz.: İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 314–315.

Bu karar tarafların delil sunma ya da sunulan delili tartışma bakımından eşit imkânlarla sahip olmasını vurgulaması nedeniyle önem arz etmektedir.

2.3. YASAL GÖREVLİLERİN YARGILAMADAKİ ROLÜ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde yasal görevlilerin yargılamadaki rolü ilk kez 17.01.1970 tarihli *Delcourt v. Belgium* davasında¹⁰³ tartışılmıştır. Bu davada yerel mahkemede çeşitli cezalara çarptırılan Emile Delcourt adındaki sanığın 1965 yılında Belçika Yargıtay'ındaki duruşmasında Yargıtay Başsavcısı, tüm temyiz istemlerinin reddi ve mahkûmiyet kararının onanması doğrultusunda görüş bildirmiştir. Duruşmadan sonra karar vermek üzere başka bir salona geçen yargıçların yanında başsavcı da müzakerelere girmiştir. Belçika'da 1815 yılından beri yürürlükte olan bir Kraliyet kararnamesine göre başsavcı oy hakkı olmaksızın Yargıtay yargıçlarının karar öncesindeki tartışmalarına katılıp görüşlerini açıklayabilmekteydi. Delcourt başvurusunda bu durumun savunma hakkına ve silahların eşitliği ilkesine aykırı düştüğünü, başsavcının Yargıtay'a verdiği görüşlerden bilgisi olmadığını, son sözün kendisine tanınmadığını ileri sürmüştür.

Mahkeme, Yargıtay başsavcılığının, kovuşturma yapmadığını, dava açmadığını, davacı niteliğine sahip olmadığını ve bu nedenle mahkeme önünde taraf sayılamayacağını ve Yargıtay Başsavcılığı ile Alt mahkemelerdeki savcılıkların birbirinden farklı kurumlar olduğunu bu nedenle başsavcılıktan bir savcının Yargıtay müzakeresinde yer almasının Yargıtay'ın bağımsızlığını ve yansızlığını olumsuz yönde etkilemeyeceğini belirterek bu başvuruyu reddetmiştir.

25.04.1983 tarihli *Pakelli v. Germany* davasında Almanya'da işçi olarak çalışan ve bir suç nedeniyle tutuklanıp yargılanan Lütfi Pakelli'ye yerel mahkemedeki ceza davası sırasında adli yardım yoluyla avukat atanmıştır. Verilen hapis cezası kadar tutuklu olan Pakelli, kararın kesinleşmesini beklemeden Türkiye'ye dönmüştür. Ancak Yargıtay aşmasındaki adli yardım talebi, yasal

¹⁰³*Delcourt v. Belgium*, a.g.k., para. 29–35. Bu bilgi için Bkz.: Dinç, a.g.e., s. 137-138; İnceoğlu, a.g.e., s. 242.

sebeplerle reddedilmiş ve Yargıtay duruşmasına ne Pakelli ne de avukatı katılabilmiş bu şekildeki bir inceleme ile Yargıtay cezayı onamıştır. AİHM bu davada, Yargıtay'da duruşmasız yürütülen yargılamalarda Başsavcılık Tebliğnamesi'nin sanığa gönderilip sanık tarafından yanıtlanması olanağının tanınması gerektiğini, duruşmalı incelemelerde ise sanık ve avukatının son karar öncesinde Tebliğname'yi tartışıp yanıtlama hakkının olduğunu vurgulamıştır.¹⁰⁴

30.10.1991 tarihli *Borgers v. Belgium* kararına¹⁰⁵ konu olayda sahtecilik suçundan yargılanan ve mahkûm edilen başvuru Borgers, kararı temyiz etmiş, temyiz aşamasında Yargıtay, müzakerelere sonradan katılmış olan Procureur General (kanun sözcüsü) tarafından sunulan mütalaayı dinlemiştir. Kanun sözcüsü hukuki bilirkişi konumundadır, yani iddia makamı konumunda değildir. Başvurucunun ise kanun sözcüsünün mütalaasına karşı cevap hakkı bulunmamaktadır. Hükümet iddia makamı rolü üstlenmeyen kanun sözcüsünün tarafsız ve nötr olduğunu iddia etmektedir.

AİHM, kanun sözcüsünün bağımsız ve tarafsız olduğunu kabul etmekle birlikte kanun sözcüsünün yargılamanın tarafları açısından nötr olmadığını ifade etmiştir. Zira kanun sözcüsü, sanığın temyiz talebinin kabul veya reddi konusunda Yargıtay'a tavsiyelerde bulunarak, sanığın lehine ve aleyhine görüş bildirmektedir. Başvurucu ise bu mütalaalardan haberdar değildir ve cevap verememiştir. Ayrıca kanun sözcüsü, tavsiye yetkisiyle birlikte müzakerelere de katılmakta ve bu durum eşitsizliği artırmaktadır. Bu nedenle silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

22.02.1996 tarihli *Bulut v. Austria* kararına¹⁰⁶ konu olayda yüksek mahkeme savcısı temyiz başvurusunun reddedilmesini gerektiğini belirtmiş fakat gerekçe göstermemiştir. Hükümet gerekçe göstermemiş olması nedeniyle savcılık

¹⁰⁴ *Pakelli v. Germany*, 25.04.1983, Appl. No. 8398/78, para. 39. Kararın tam metin çevirisi için Bkz.: Dinç, **a.g.e.**, s. 141; Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları-Cilt 1**, s. 599-609.

¹⁰⁵ *Borgers v. Belgium*, 30.10.1991, Ser. A, No. 214, 15 EHRR 92; Appl. No. 12005/86 para. 24–29. Karar Özeti için Bkz.: İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 242-243.

¹⁰⁶ *Bulut v. Austria*, 22.02.1996, Reports 1996-II; Appl. No. 17358/90, para. 45,48 ve 49. Bu bilgi için Bkz.: Anaklı, **a.g.t.**, s. 29; İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 244-245.

mütalaasının tamamen usuli nitelikte olduğunu ve bu nedenle savunma tarafına gönderilmesi gerekmediğini iddia etmiştir. AİHM ise, savcılık mütalaasında gerekçe göstermese dahi başvurunun temyizine karşı açık bir tavır aldığını ve bu noktadan sonra mahkemeye sunulan mütalaanın tepki vermeye değer olup olmadığını değerlendirmenin savunmanın işi olduğunu gerekçe göstererek silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

25.01.2000 tarihinde *Slimane- Kaid v. France* kararında¹⁰⁷ ise Raportör yargıç tarafından hazırlanan raporun duruşmadan önce Yargıtay savcısına gönderilmesi fakat başvuru sanığa gönderilmemesi silahların eşitliği ilkesine aykırı görülmüştür. 12.10.2004 tarihli *Chesnay v. France* kararında da AİHM, tetkik hâkimin raporunun duruşma öncesinde başsavcılığa bildirilmiş iken başvurucuya ve avukatına bildirilmemesini silahların eşitliği ilkesine aykırı bulmuştur.¹⁰⁸ Dolayısıyla tetkik hâkimlerinin raporlarının da taraflara iletilmesi gerekmektedir.

27.04.2000 tarihli *Kuopila v. Finland* kararına¹⁰⁹ konu olayda ise dava sırasında başvurunun talebi üzerine, savcılık tarafından polise yaptırılan ek bazı araştırma ve soruşturmaların, sanığın haberi olmaksızın savcının yorumu ile birlikte mahkemeye sunulmasının silahların eşitliği ilkesine aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bu noktada mahkemenin bu delilleri dava konusu ile ilgisiz görmesi ve kararında buna hiç değinmemesi de önem arz etmez. Zira AİHM'e göre, savcılık ek soruşturma raporlarının davayla ilgili olmadığına ilişkin görüşünü mahkemeye sunarak mahkemeyi etkilemek istemiştir. Dolayısıyla uyuşmazlık konusu olaylara ilişkin olarak savunmaya yorum yapma imkânı tanınmaması silahların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil eder.

İdari yargılamaya ilişkin 07.06.2001 tarihli *Kress v. France* kararında Fransız Yargıtay'ında yapılan duruşma sırasında hükümet komiserinin yargılamadaki işlevi mütalaasının yargılamadan önce taraflara tebliğ edilmemesi ve tarafların cevap

¹⁰⁷ *Slimane-Kaid v. France*, 25.01.2000. Karar için Bkz.: İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 243.

¹⁰⁸ *Chesnay v. France*, 12.10.2004, Appl. No. 56588/00, para. 20–21. Karar için Bkz.: Cengiz v.d., **a.g.e.**, s. 200.

¹⁰⁹ *Kuopila v. Finland*, **a.g.k.**, para. 38. Karar için Bkz.: İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 311. Aynı yönde bir karar için Bkz.: *Kamasinski v. Austria*, **a.g.k.**, para. 102.

verme imkânın olmaması ve oy verme hakkı olmamakla birlikte Fransız Danıştay'ının müzakerelerine katılması yönlerinden tartışılmıştır. AIHM, Hükümet komiserinin mütalaasını tarafların talep edebilme imkânının olması ve mütalaaya müzakereler için ek savunma yöntemiyle cevap verebilme imkânına sahip olmaları nedeniyle mütalaanın taraflara gönderilmemesinin çelişmeli yargılama ilkesini ihlal etmediğine karar vermiştir. Ancak hükümet komiserinin oy vermese bile müzakerelere katılması, tarafların savlarının kabul veya reddedilmesi yönünde beyanda bulunması nedeniyle bir tarafı tutuyormuş gibi görünebilir ve bu tarafın kendisini eşit olmayan bir konumda hissetmesine neden olabilir. Bu nedenle sözleşmenin 6. maddesi ihlal edilmiştir.¹¹⁰

9 Kasım 2000 tarihli *Göç v. Turkey* kararında başvuru Mehmet Göç, Yargıtay Cumhuriyet Savcısı'nın, başvuru temyiz talebine ilişkin Tebliğnamesi'nin kendisine bildirilmemesinden ve bu nedenle cevap verme olanağının bulunmamasından şikâyetçi olmuştur. AIHM, Yargıtay Cumhuriyet Savcısı'nın rolünün başvuru tarafından yapılan temyiz taleplerine ilişkin olarak mütalaada bulunmak olduğunu ve bu mütalaanın Yargıtay'ı etkileyici nitelikte olduğunu belirtmiştir. Başsavcısının karşı taraf olan hazinenin temyiz başvurusuna yönelik olarak da mütalaada bulunması şeklindeki tarafsız yaklaşımı temyiz aşamasında taraflar arasında silahların eşitliğini sağlasa da başvuru kendisi için ilk derece mahkemesi tarafından hükmedilen tazminat tutarına ilişkin itirazı sürmektedir. Dolayısıyla başvuru Yargıtay önündeki başarı şansını etkileyen her türlü mütalaadan haberdar edilmesi gerekirken aksi davranış sözleşmenin 6. maddesini ihlal etmiştir.¹¹¹

07.03.2006 tarihli *Hocaogulları v. Turkey* davasında¹¹² başvuru, diğer şikâyetlerinin yanı sıra, Yargıtay Başsavcılığı'nın Tebliğnamesi'nin kendisine

¹¹⁰*Kress v. France*, 07.06.2001, Appl. No. 39594/98, para.76. Karar için Bkz.: İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 244.

¹¹¹Dinç, **a.g.e.**, s. 142-144.

¹¹² *Hocaogulları v. Turkey*, 07.03.2006, Appl. No. 77109/01. Karar için Bkz. <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/hocaogullari.doc>; (çevrimiçi), 20.06.2009; *Oyman v. Turkey*, 20.02.2007, Appl. No. 39856/02. Karar için bkz. <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/oyman.doc> (çevrimiçi), 20.06.2009.

iletilmemesinden şikâyetçi olmuştur. AİHM, *Göç v. Turkey* kararına göndermede bulunarak, Başsavcılık Tebliğnamesi'ne karşı görüş bildirmemenin çekişmeli yargılama hakkını ihlal edeceğini belirtmiştir. Mahkeme, başvurucunun ikinci derece mahkemesi önünde silahların eşitliği ilkesi talebini haklı bulmuş ve Yargıtay'ın önündeki görüşten hakkaniyete uygun yeterince bilgilendirilme hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Kanımızca bu başlık altında incelemiş olduğumuz kararlarda, davanın tarafı olan ulusal mahkemedeki şikâyetçi ve sanık arasında eşitliğin sağlanmasının Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlalini önlemeye yetmediği ortaya konmuştur. Yargılamadaki konuları nedeniyle davanın tarafı haline gelen savcı, Raportör hâkim gibi yasal görevliler her iki tarafın da temyiz talebine ilişkin olumlu ya da olumsuz mütalaa vermeleri, taraflara eşit davranıldığına bir göstergesi ise de temyiz talebine yönelik mütalaaları ile üst mahkemeyi etkilemeleri nedeniyle tarafın muhalifi haline gelmektedirler. Bu nedenle mütalaaaya cevap verme imkânı tanınmaması silahların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil eder.

Davanın tarafı haline gelen yasal görevlilerin soruşturma aşamasındaki ayrıcalıklı rolleri de ihlal nedeni olarak görülebilmektedir. 26 Temmuz 2001 tarihli *Ilijkov v. Bulgaria* davasında soruşturma evresinde tutukluluğun incelenmesi aşamasında savcı ve tutuklu arasında tarafların eşitliği ilkesinin yeterince sağlanmaması ihlal nedeni olarak görülmüştür. İddia makamının, hâkimlere, başvurana bildirilmeyen iddiaları yöneltme imkânı olması yargılamanın çekişmeli olmasını engellemektedir.¹¹³ 5 Temmuz 2005 tarihli *Osvath v. Hungary* davasında ise, AİHM başvurucunun gözaltına süresinin uzatılmasında, savcının uzatma taleplerinin başvurucuya tebliğ edilmemiş olmasına dikkat çekmiştir.¹¹⁴

¹¹³*Ilijkov v. Bulgaria*, 26.07.2001, Appl. No. 33977/96, para. 103–104. Karar için Bkz.: Cengiz v.d., **a.g.e.**, s. 57.

¹¹⁴*Osvath v. Hungary*, 05.07.2005, Appl. No. 20723/02, para. 18. Karar için Bkz.: **A.y.**

2.4. BİLİRKİŞİ YÖNÜNDEN DAVANIN TARAFLARININ DURUMU

Aşağıda ayrıntılı olarak değinileceği üzere *Bönish v. Austria* kararında AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının d bendini yorumlarken 1. fıkra ile birlikte değerlendirme yapmış ve bu eşitliği bilirkişileri de kapsar şekilde genişletmiştir. Bu nedenle taraflar bilirkişi davet etme konusunda da aynı imkânlarla sahip olmalı ve çağırılan bilirkişiler benzer koşullar altında bulunmalıdır.¹¹⁵

6 Mayıs 1985 tarihli *Bönish v. Austria* kararına konu olayda et işlerinde uzmanlaşmış bir firmanın sahibi olan başvuru Helmut Bönisch, Krizmanich GmbH firmasından bir fabrika satın almıştır. Gerek Bay Krizmanich gerekse Bönisch'in fabrikaya sahip olduğu dönemlerde, o tarihte yürürlükte olan mevzuata göre et işletme tekniğinden kaynaklanan suçları işlediği kuşkusıyla Federal Gıda Kontrol Enstitüsü tarafından soruşturma makamlarına ihbar edilmiştir. Bönisch bu ihbarlar nedeniyle Viyana İl Ceza Mahkemesi önünde ve Viyana Bölge Mahkemesi önünde yargılanmış ve bu mahkemeler esas itibariyle Federal Gıda Kontrol Enstitüsü Müdürünün bilirkişi raporuna dayanarak, itiraz konusu teknikle işlenen sağlığa zararlı olduğunu ve ilgili iç hukuk mevzuatını ihlal ettiği sonucuna varmışlardır. Başvurucunun bu mahkûmiyet kararlarına karşı mevcut davanın konusu olmayan üst başvuruları da aleyhine sonuçlanmıştır. Bönisch 18 Haziran 1979 tarihinde komisyona yaptığı başvuruda başka şeylerle birlikte aleyhine açılmış olan davanın sözleşmenin 6. maddesinin iki hükmünü ihlal ettiğini iddia etmiştir. Bunlar adil yargılama yapılmadığı için Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrası ve enstitü bilirkişileri ile sadece bir tanık olarak dinlenen savunma bilirkişisi arasında eşitsizlikçi muamele nedeniyle Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının d bendidir. Hükümete göre Avusturya hukukunda bir bilirkişi mahkemenin kendisi tarafından atanan mahkemeye karşı nötr ve tarafsız olan bir yardımcıdır. Başvurucuya göre ise Enstitü Müdürü klasik anlamda bilirkişi olarak görülemez zira iç hukuk mevzuatına göre bu bilirkişi Federal Gıda Kontrol Enstitüsü'nde görevlidir ve bu nedenle sanık

¹¹⁵ Gölcüklü/Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 306; Gölcüklü, **a.g.m.**, s. 227; Dinç, **a. g. e.**, s. 132-133; İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 228.

aleyhine tanık konumundadır. AİHM, bu bağlamda yaptığı incelemede Enstitü Müdürü tarafından raporun soruşturma makamlarına sevki neticesinde başvuru aleyhinde ceza davası açılmış olmasını ve daha sonra aynı Enstitü Müdürü'nün iç hukuk mevzuatı gereği bilirkişi olarak atanarak tespit ve görüşlerini açıklamasını dikkate alarak Enstitü Müdürü'nün mevcut davadaki görünümünün daha çok sanık aleyhine tanık konumunda olduğu sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme'ye göre Silahlarda eşitlik ilkesi, Müdürün dinlenmesinde ve savunma makamı tarafından çağrılan kişilerin dinlenmesinde eşit muamele yapılmasını gerektirir. Oysa olayda Müdüre resmen mahkemeye nötr ve tarafsız bir yardımcılık yapma görevi verilmesi, Müdürün beyanlarının sanık tarafından çağrılan uzman tanığın beyanlarından daha fazla ağırlık taşımaya neden olmuştur. Müdür bilirkişi sıfatıyla tüm duruşmalara katılabilmiş, yargıcın izniyle sanığa ve tanığa sorular sorabilmiş ve verdikleri ifadeler hakkında yorum yapabilmıştır. Mahkeme somut olayda mevcut olmayan istisnalar haricinde enstitüsü müdüründen başka bir bilirkişiye başvurmadığından savunmanın karşı-bilirkişi atanmasını sağlaması imkânı da olamamıştır. Bu nedenlerle sözleşme ihlal edilmiştir.¹¹⁶

24.10.1989 tarihli *H. v. France* kararına konu olayda ise ilkökul vekil öğretmeni başvuru Bay H, 1961 tarihinde rahatsızlanmış ve 28 Ocak 1963 tarihinden itibaren vekil öğretmenler listesinden çıkarılmıştır. Başvuru hastanede kendisine yapılan iğnenin zararlı sonuçları nedeniyle hastanenin sorumlu olduğuna dair karar alabilmek için hastane aleyhine avukatı vasıtasıyla idare mahkemesinde dava açmıştır. İdare mahkemesi davayı iğne ile zarar arasında nedensellik bağı olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Başvuru bunun üzerine yüksek idare mahkemesine başvurmuş ancak bu temyiz başvurusu da reddedilmiştir. Başvuru kendisinin adli yardım aldığı bir davada ve talep etmiş olmasına rağmen bir bilirkişi atanmamış olması nedeniyle sözleşmenin ihlal edildiğinden şikâyetçi olmuştur. Hükümet ise adil yargılama gereklerinin davayı görmekte olan bir mahkemeye sırf taraflardan biri istedi diye bir bilirkişiden görüş alınmasına veya başka bir soruşturma işlemin yapılmasına karar verme yükümlülüğü yüklenmediğini

¹¹⁶ *Bönish v. Austria*, a.g.k., para. 28–35. Kararın tam metin çevirisi için Bkz.: Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları-Cilt 1**, s. 864–872.

savunmuştur. Komisyona göre bir bilirkişi atanması talebi reddedilmeden önce nedensellik bağı araştırıldığı için talebin reddi nedeniyle idare mahkemesi suçlanamaz. Tartışmalı bir ilaç tedavisi ile ilgili bir olayda yüksek idare mahkemesinin bilirkişiden görüş almaması ilk başta eleştiriye açık dahi olsa iğnenin sonuçları konusunda tarafların sunduğu belgeler idare mahkemesinde mevcuttur. Yüksek idare mahkemesi mevcut olayda mevcut delilleri yeterli görmekte haklıdır ve bu nedenle adil yargılanma hakkı ihlal edilmemiştir.¹¹⁷

28.08.1991 tarihli *Brandstetter v. Austria* davasına konu olayda¹¹⁸ ise, Federal Mahzenler Teftiş Memuru tarafından başvuru Brandstetter'in mahzenleri denetlenmiş, beyaz şarap tankından örnekler alınmış, iki karşı örnek de başvurucuya bırakılmış ve iki tank mühürlenmiştir. Alınan iki resmi örnek federal tarım kimya araştırma enstitüsüne gönderilmiştir. Tarım Enstitüsü raporuna dayanarak başvuru hakkında ceza davası açılmıştır. Başvuru, davaya hazırlanmak amacıyla, karşı örnekleri Viyana'da federal gıda denetim ve araştırma enstitüsü görevlisi Niessner'e analiz ettirmiş, doğal extract ve mineral maddelerin gerekenin altında olmadığı kanaatine varmıştır. Dava sırasında başvuru, bir bilirkişi atanmasını talep etmiştir. Mahkeme tarım enstitüsünde çalışan Bandion'u atamıştır. Bandion, resmi örneklerin analizine ve raporun hazırlanmasına katılmamıştır. Bandionun analizleri tarım enstitüsü sonuçları ile aynı olmuştur. Başvuru bu kez el konulan tanklardan örnek alınıp başka bilirkişilere inceletilmesine talep etmiştir. Fakat mahkeme, Bandion'un görüşlerine dayanarak şarabı bozmak gerekçesiyle para cezasına hükmetmiştir. Brandstetter'in temyiz başvurusu da başarılı olmamıştır. Çünkü bilirkişinin atanması sırasında taraflı olabileceği konusunda itiraz etmemiş raporu görünce itiraz etmiştir.

Bu olayla ilgili olarak başvurucuya iki dava daha açılmıştır. Bunlardan ilki başvuru Avusturya devletine usuli hatalar nedeniyle tazminat davası açmasının ertesinde kendisine karşı açılan ceza davasıdır. Tazminat davasında, başvuru mühürlü tanklardan örnek alınmasını istemiştir. Tarım enstitüsü görevlisi Flack bilirkişi olarak atanmıştır. Flack raporunda yeni örneklerle tarım enstitüsünün analiz

¹¹⁷Kom. Kararı, *H v. France*, 24.10.1989, Appl. No. 10073/82, para. 56-70. Karar Özeti için Bkz.: Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları-Cilt 3**, s. 134-154.

¹¹⁸*Brandstetter v. Austria*, a. g. k., para. 40-43. Karar için Bkz.: İnceoğlu, a.g.e., s. 231-235.

ettiği resmi örnek arasında farklar olduğunu belirtmiştir. Bunun nedeni doğal extract miktarını artırıcı özellikte alkol, gliserin ve mineraller gibi maddelerin tanklara ilave edilmesi olarak gösterilmiştir. Bunun üzerine başvurucu hakkında ceza davası başlatılmış, bu davada Flack bilirkişi olarak atanmış ve Niessner'in tank olarak dinlenmesi kabul edilmiştir. İkinci bilirkişi atanması reddedilmiştir. Başvurucu suçlu bulunmuştur.

AİHM'in önüne gelen davada, başvurucu konumuzla ilgili olarak, 6. maddenin 1 fıkrası ile birlikte 3. fıkrasının d bendinin ihlal edildiğini belirtmektedir. Başvurucuya göre, iç hukuktaki ilk davada tarım enstitüsü görevlisi Bandion bilirkişi olarak atanmıştır. Silahların eşitliği ilkesine aykırı olarak başka bilirkişinin atanması reddedilmiştir. Hükümet, bilirkişinin usul kanununun genel kurallarına göre atandığını, amacının resmi örnek ile karşı örneğin karşılaştırması olduğunu belirtmiştir.

AİHM'e göre, ilk duruşmada bir savcılık görüşünü destekleyen, bir de savunmayı destekleyen iki ayrı rapor ortaya çıkmış, savunma bir bilirkişinin atanmasını istemiştir. Mahkeme buna izin vermiş ve Bandion'u atamıştır. Bandion ne resmi örnek analizini yapanlardan, ne de raporu hazırlayanlardan biridir. AİHM'e göre başvurucu, bilirkişi tarım enstitüsü görevlisi olduğu için bazı endişelere kapılmıştır. Fakat bu endişeler önemli olmakla birlikte kesin değildir. Önemli olan, görünüş nedeniyle ortaya çıkan kuşkuların nesnel olarak haklı olup olmadığıdır. AİHM, burada nesnel haklılık olmadığı görüşündedir. Çünkü bir bilirkişinin iddianameye esas olan görüşe sahip uzman aynı laboratuvar veya enstitüde çalışması, gerçekten nesnel hareket edemeyeceği kuşkusunu kendiliğinden doğrulamaz. Aksi halde, birçok davada bilirkişi tavsiyesi alma olanakları kabul edilemez bir biçimde sınırlanır. Ayrıca savunma birinci duruşmada ilgili bilirkişi atanırken itiraz etmemiş, ikinci duruşmada da sözlü ifadesi alınıp, rapor alınması istenirken de itiraz etmemiştir. Ancak Bandion raporunu sunduktan sonra, enstitü ile yakın bağı nedeniyle itiraz edilmiştir. Bandion'un tarım enstitüsüne bağlı bir çalışan olması, tek başına savcılık tanığı olduğunu göstermemektedir. Bandion'un delillerin değerlendirilmesi gibi konularda yorum yaparak kendi işlevinin ötesine bir ölçüde

geçtiği doğru olmakla birlikte, bu durum yargılamada sahip olduğu konunun savcılık tanığı olduğu sonucuna götürmez. Buna bağılı olarak mahkemenin başka bir bilirkişi atanmasına yönelik savunma talebini reddetmesi silahların eşitliğı ilkesinin ihlal edilmesi olarak görülemez. Adil yargılanma hakkı, ulusal mahkemeye, atanan bilirkişinin görüşü savcılığı desteklediğı zaman savunmanın talebi üzerine, başka bilirkişiler atama zorunluluğı getirmemektedir. Bu nedenle AİHM'e göre, 6. maddenin 3/d hükmü ile bağılantılı olarak 1. fıkrası ihlal edilmemiştir.

Başvurucu son olarak da delilleri tahrif etmekten dolayı hakkında açılan davaya ilişkin şikâyetçi olmuştur. Başvurucuya göre, silahların eşitliğı ilkesine aykırı olarak, Flack ilk başta kendisine karşı kuşku yöneltmiş, daha sonra da bu davada bilirkişi olarak yer almıştır. AİHM'e göre, silahların eşitliğı değerlendirilirken, hem yargılama sırasında bilirkişinin bulunduğu konum, hem de görevlerini yerine getirme biçimi değerlendirilmelidir. Konumu açısından, Flack'in raporundan kaynaklanan bir tahrif etme davası söz konusudur. Ayrıca Flack, başvurunun tankından yeni örnekler alınmasını denetleyen kişidir ve örnekler arasında fark olduğunu görmüştür. Bu durumda başvurunun bilirkişinin nesneliliğı konusundaki endişeleri haklı görülebilir. Fakat bu durum Flack'in duruşmada dinlenmesinin sözleşmeye aykırı olduğu sonucunu doğurmaz. Silahların eşitliğı ilkesi çerçevesinde, Flack'in görüşlerini reddetmek için savunma tarafından çağrılan kişilerin, kapasitesi ne olursa olsun, Flackla aynı şartlar altında sorgulanması gerekir. Bu açıdan bakıldığında, Flack, duruşmaya gelmiş ama hâkim bir rol oynamamıştır. Bu nedenlerle md. 6/3-d ile bağılantılı olarak, madde 6/1'in ihlali söz konusu değildir.

Sözleşme organları, bu kararlarıyla, ulusal mahkeme tarafından atanan resmi bilirkişinin sanığın suçlanmasına neden olan idari kuruma bağılı olarak çalışmasının tek başına onun tarafsız ve nesnel olmadığını göstermeyeceğini ve silahların eşitliğı ilkesine aykırı olarak görülemeyeceğini belirtmiştir. Ancak sözleşmeye aykırılığın tespitinde, resmi bilirkişinin davada oynadığı role bakmak gerekir. Bilirkişi sadece yargıç, savunma ve iddia tarafından sorulan sorulara cevap vermişse, bilirkişi tarafsız ve nötr kalmıştır. savunmanın tanığını sorgulamak veya onun görüşleri hakkında yorum yapmak gibi ayrıcalıklı bir rol üstlenmişse o zaman bilirkişinin artık nötr

kaldığından söz edilemez.¹¹⁹ Kanımızca burada durum davanın tarafı haline gelen yasal görevlilerin üstlendiği rolün değerlendirilmesinde AİHM tarafından dikkate alınan unsurlar doğrultusunda değerlendirilmelidir. Bilirkişi, konumu gereği davada tarafsız ve nötr olmalıdır. Ancak bu konumunu aşacak şekilde yargılamada rol alması bilirkişilik kurumuna terstir ve bilirkişiyi tarafın muhalifi haline getirir. Üstelik bir de bu bilirkişinin raporunun kararda dayanak yapılması ve bu rapora karşı delil sunma imkânının tanınmaması, tarafı yargılamanın bütünü ele alındığında telafi edilemeyecek şekilde dezavantajlı konuma sokar ve bu durum silahların eşitliği ilkesine aykırı olur.

2 Ekim 2001 tarihli *G.B. v. France* davasında¹²⁰ AİHM, ulusal mahkeme karşısında bilirkişinin yazılı görüşünden farklı bir görüş belirtmesini tek başına adil yargılanma hakkına aykırı görmemekle birlikte aynı zamanda birdenbire fikrini tamimiyle değiştirmiş olmasının ve sanığın bu değişiklikten sonra ek bilirkişi raporu talebinin reddedilmesinin sözleşmeyi ihlal ettiğine karar vermiştir.

2 Haziran 2005 tarihli *Cottin v. Belgium* kararında ise mahkeme, başvuruçunun bilirkişi incelemesine katılımının engellenmesini çapraz sorgu hakkının tanınmamış olması bakımından değerlendirmiş ve ihlal kararı vermiştir.¹²¹

¹¹⁹İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 235; Gemalmaz, **a.g.m.**, s. 400-401.

¹²⁰*G.B. v. France*, 02.10.2001, Appl. No. 44069/98, para. 68–70. Karar için Bkz.: Cengiz v.d., **a.g.e.**, s. 150.

¹²¹*Cottin v. Belgium*, 02.06.2005, 48386/99, para. 32. Karar için Bkz. **a.g.e.**, s. 150-151.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİNE İLİŞKİN AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ İÇ HUKUKUMUZDAKİ DÖNÜŞTÜRÜCÜ ETKİLERİ

3.1. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ İÇ HUKUKA ETKİSİ

Modern devlet anlayışı ile beraber devletlerin başlıca görevi haline gelen insan hakları, uluslararası hukukun en başta gelen konusu olmuştur.¹²² Bu bağlamda hazırlanan Ulusalüstü İnsan Hakları Belgeleri'nden biri olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin diğer Ulusalüstü İnsan Hakları Belgeleri'ne nazaran özelliği, uluslar arası nitelikte yargısal bir denetim sistemi oluşturmasıdır.¹²³ Dolayısıyla Sözleşme, silahların eşitliği ilkesini tanınmasının yanı sıra bu ilkeyi denetim sistemi ile güvence altına almıştır.

Sözleşme'ye Taraf Devletler kendi iç hukukuna dayanarak Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülüklerinden kurtulamamaktadır. Bununla birlikte Sözleşme, hiçbir Taraf Devlete Sözleşme'nin öngördüğü kuralları, iç hukuka aktarma ve uygulama yükümlülüğü getirmemektedir. Ancak Avrupa İnsan hakları Mahkemesi'nin verdiği kararlar bağlayıcıdır.¹²⁴ Şu halde Sözleşme'ye Taraf Devletlerin ve dolayısıyla Türkiye'nin, Sözleşme'den doğan yükümlülüklerini yerine getirmesi gerekmektedir. Bu yükümlülükler, ihlalin durdurulması, ihlalin sonuçlarının giderilmesi ve ihlalin tekrarının önlenmesidir. Taraf Devletler, ihlalden

¹²² Anıl Çeçen, **İnsan Hakları**, Genişletilmiş Üçüncü Basım, Savaş Yayınları, t.y., s. 102-132; Çetin Özek, "İnsan Hakları Kavramında Yeni Anlayış ve Sınırlamalar", **İÜHFİM**, C: LX, S:1-2, Y: 2002, s. 135.

¹²³ Süheyl Batum, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri**, İstanbul, y.y. 1993, s. 58-60; Donay, **İnsan Hakları Açısından Samiğin Hakları ve Türk Hukuku**, s. 2.

¹²⁴ Bu sonuca ulaşılmasının nedenleri için bkz.: Özgür Heval Çınar, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk Hukukuna Etkisi**, İstanbul, y.y. 2005, s. 113-116. Gölcüklü/Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 20-22.

sonra doğan yükümlülüklerini, geçici tedbirler olarak, bireysel ve genel yöntemler aracılığıyla yerine getirmektedir.¹²⁵ Bu yükümlülüğü yerine getirmek için hangi yöntemi seçeceği ise Taraf Devletlerin takdirindedir. Sözleşme hükümlerini uygulamak istemeyen Taraf Devlet, Avrupa Konseyi üyeliğinin askıya alınması ile karşılaşabilir ve hatta üyelikten ihraç edilebilir.¹²⁶

İhlal giderici genel yöntemlerden arasında mevzuat değişiklikleri ve ulusal mahkemelerin sözleşmenin ihlalinin tekrarlanmaması için içtihat değişikliğine gitmesi yöntemi yer almaktadır. Uygulamaya bakıldığında, genellikle Taraf Devletlerin hüküm doğrultusunda ulusal mevzuat ve uygulama değişikliğine gittikleri görülmektedir.¹²⁷ Türkiye'nin uygulaması da bu şekildedir.

Türkiye'de 7.5.2004 tarihinde 5170 sayılı kanun ile 1982 Anayasası'nın 90. maddesinin son fıkrasına yapılan ilave ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin Uluslararası antlaşmalarla kanunların farklı hükümler içermesi nedeniyle ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda Uluslararası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı düzenlenmiştir. Şu halde ulusal mahkemelerin verdikleri kararlarda yalnızca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerini değil, aynı zamanda Sözleşme hükümlerinin yorumu niteliğindeki AİHM kararlarını da göz önünde bulundurması anayasal bir zorunluluktur.¹²⁸

03.10.2001 tarihine 4709 sayılı kanununun 14. maddesiyle 1982 Anayasası'nın 36. maddesinin 1. fıkrasına "*adil yargılanma*" ibaresi eklenmiştir. Buna göre,

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde, davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

1982 Anayasası'nın 11. maddesine göre, Anayasa tüm kurum ve kişileri bağladığı için artık disiplin soruşturmaları dâhil tüm soruşturma ve kovuşturmalarda,

¹²⁵Çınar, **a.g.e.**, Sf. 117-128.Gölcüklü/ Gözübüyük,**a.g.e.**, Sf. 124-128.

¹²⁶ Kemal Başlar, **Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, Ankara, Şen Matbaa, 2007, s. 17.

¹²⁷Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Haklarının Genel Teorisine Giriş**, s. 716.

¹²⁸ Başlar, **a.g.e.**, s. 6.

adil yargılanma hakkına uygun hareket edilmesi gerekmektedir.¹²⁹ Dolayısıyla silahların eşitliği ilkesinin diğer bir anayasal güvencesi bu maddedir.

Anayasanın 36. maddesine, bu kavramın eklenmesiyle birlikte 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 445. maddenin 11. fıkrasına ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri usulü Kanunu'nun 311. maddesinin 1. fıkrasına ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 53. maddesine yeni bir yargılamanın yenilenmesi nedeni eklenmiştir.¹³⁰ Bu düzenlemeler de AİHM içtihatlarına iç hukukta normatif bir değer kazandırmıştır.¹³¹

Şu halde silahların eşitliği ilkesine aykırı olarak verilmiş bir ulusal mahkeme hükmü olduğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarıyla kesinleşirse bu yargılamanın yenilenmesi sebebi olacaktır. Bu değişiklik, silahların eşitliği ilkesi bakımından önemli bir güvence sağlamaktadır.

Sözleşme'nin öngördüğü denetim sistemine başvuru için öncelikle iç hukuk yollarının tüketilmesi gerektiğinden, Türk Yüksek Yargı Organları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygunluğu denetleyecek olan birincil düzeyde organlar konumundadırlar ve yukarıda belirttiğimiz nedenler doğrultusunda hüküm tesis ederlerken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni ve Sözleşme'nin yorumlanmasına ilişkin AİHM kararlarını resen dikkate almaları gerekmektedir.¹³²

Uygulamada, Yargıtay kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türkiye'yi bağlayıcı norm olarak kabul edip uygulandığı görülmektedir.¹³³

¹²⁹ Bahri Öztürk, “Avrupa Birliğine Uyum Yasaların Ceza Muhakemesine Etkileri”, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, İstanbul, y.y., 2004, s. 731; .Zafer Üskül, “ 1982 Anayasası'nda Gerçekleştirilen Değişiklikler”, **Hukuk ve Adalet-Eleştirel Hukuk Dergisi**, S: 2, Nisan-Haziran 2004, s.194.

¹³⁰ Öztürk, **a.g.m.**, s. 731; Osman Doğru “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Savunma Hakkı”, **Hukuk ve Adalet-Eleştirel Hukuk Dergisi**, İstanbul, Legal Yayıncılık, s. 326; Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 718-722. Gemalmaz , yapılacak yeni yargılamada AİHM içtihatlarının yeterince dikkate alınmamasının yeni bir ihlal nedeni olcağının atına çizmektedir.

¹³¹ Başlar, **a.g.e.** , s. 6.

¹³² **A.g.e.**, s. 17.

¹³³ **A.g.e.**, s. 74.

Danıştay'da da Sözleşme'de korunan haklara doğrudan atıfta bulunmaktadır.¹³⁴ Öyle ki Danıştay'ın 8. Dairesi, henüz Anayasa'nın 90. maddesinde sözü edilen değişiklik yapılmadan önce dahi uluslararası sözleşmeleri iç hukukun bir parçası olarak kabul ederek, yargı yerlerini bağladığı sonuca ulaşmıştır.¹³⁵

3.2. İÇ HUKUKTA SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ

Konu; ceza hukuku, özel hukuk ve idare hukuku yargılaması bakımından ele alınacaktır.

3.2.1. TÜRK CEZA HUKUKU YARGILAMASINDA SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ

Bu başlık altında Türk ceza yargılamasının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına uygunluğu, mevcut 5271 sayılı kanun, mülga 1412 sayılı kanun ve yargı kararları ışığında incelenmeye çalışılacaktır.

Ceza yargılamasının amacı maddi gerçeğe ulaşmaktır. Bunun için ise iddia, savunma ve yargılama makamları arasında ortak bir faaliyet yürütülmesi gerekir. Bu faaliyeti yürütmenin temel yöntemi, çelişme yöntemidir. Çelişmeli yargılamanın istenilen şekilde gerçekleşebilmesi için yargılama sırasında taraflar arasında bir eşitliğin söz konusu olması gerekir. Bu nedenle silahların eşitliği ilkesi maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına hizmet etmektedir.¹³⁶

¹³⁴ **A.g.e.**, s. 141; Turgut Candan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı** ,Sempozyum; Ankara 24-25 Ekim 2003, Ankara, TBB Yayınları, 2006, s. 77-80.

¹³⁵ Danıştay, 8. Daire, 27.12.1993, 992/1521 E ve 1993/4374 K sayılı karar. Karar için bkz. Candan, **a.g.e.**, s. 57, Dipnot 3.

¹³⁶ Hakan Karakehya, “Ceza Muhakemesinin Amacı”, **İÜHFİM**, C: LXV, S: 2, , s. 128–130.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin sağlanabilmesi için birçok düzenlemeye yer verilmiştir.¹³⁷

Türk ceza hukuku yargılaması bakımından silahların eşitliği ilkesine uygunluğun değerlendirilmesi sürecinde sıklıkla karşılaştığımız şüpheli ve sanık kavramlarına ulusal hukukumuzun yüklediği anlamlar, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2. maddesiyle ile Sözleşme'ye paralel olarak tanımlanmıştır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Tasarısı'nın gerekçesinde¹³⁸ basit şüphe ve kuvvetli şüphe ayrımının insan hakları açısından taşıdığı önemin dikkate alınarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesine ilişkin AİHM içtihatlarının göz önünde tutulması suretiyle hakkında soruşturma yapılan kişinin şüpheli olarak nitelendirildiği belirtilmiştir. İddianamenin kabulünden sonra şüphelinin aldığı sıfat ise sanıktır. Zira 2. maddede kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar suç şüphesi altında bulunan kişi sanık olarak ifade edilmiş, kovuşturma evresinin de iddianamenin kabulüyle hükmün kesinleşmesine kadar süren evre olduğu belirtilmiştir. Bu kavramlar silahların eşitliği ilkesinin hangi andan itibaren ve ne zamana kadar uygulanacağını ortaya koymak bakımından önem arz etmektedir.

3.2.1.1. Bilgi ve Belgelere Ulaşmada Silahların Eşitliği İlkesi

Bu başlık altında konu savunma makamının bilgilendirilme hakkı ve dosyayı inceleme hakkı yönünden ele alınacaktır.

3.2.1.1.1.Savunma Makamının Bilgilendirilme Hakkı

5271 sayılı kanunda şüphelinin ve sanığın haklarını öğrenebilmesi bakımından çeşitli düzenlemeler yapılmıştır.

¹³⁷Çelik, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 92.

¹³⁸Gürsel Yalvaç, **Karşılaştırmalı-Gerekçeli TCK, CMK, CGTİK ilgili kanunlar ve yönetmelikler**, 5. Baskı, Ankara, Adalet Yayınları, 2009, s. 564. Bundan sonra kısaca Tasarı olarak nitelendirilecektir. Not olarak ekleyelim ki 5271 sayılı kanunun gerekçesi yoktur. Bu nedenle 5271 sayılı kanunun tasarısını dikkate alıyoruz.

5271 sayılı kanunun 90. maddesinin 4. fıkrasında, yakalanan kişinin kaçmasını ve kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirler alındıktan sonra yakalanan kişiye kanuni haklarının derhal bildirileceği kaleme alınmıştır. Bu fıkranın Sözleşme metninden farkı; bilgilendirmenin, alınacak tedbirlerden sonra yapılacak olmasını düzenlemesidir. Bilgilendirilme hakkı bakımından önemli olan husus, kendisine suç isnadında bulunulan kişiye savunma yapmasına yetecek kadar süre verilmesi olduğundan¹³⁹ bu düzenlemenin Sözleşme'ye aykırı olmadığı kanısındayız.

147. maddesinde ise şüpheli veya sanığın ifadesinin alınmasında öncelikle kendisine isnat edilen suçun anlatılacağı bildirilmiştir.

148. maddesinde; sanığın kendisine yapılan suçlama konusunda bilgilendirilmeksizin elde edilecek deliller, yargılamada kullanılması yasak deliller arasında sayılmıştır ve bu deliller hükme esas alınmaz.¹⁴⁰

5271 sayılı kanunun 176. maddesine göre iddianamenin kabulünün ardından iddianame ve duruşma gününün sanığa çağrı kâğıdı ile birlikte tebliğ edilmesi gerekmektedir. Maddenin 4. fıkrasında savunmasını hazırlamak için yeterli zamana sahip olmasını sağlamak bakımından çağrı kâğıdının tebliği ile duruşma günü arasında en az bir hafta süre olması gerektiği düzenleme altına alınmıştır. Bu süreye uyulmamışsa usul kanununun 190. maddesinin 2. fıkrası gereği sanığa duruşmaya ara verilmesini isteme hakkı olduğu hatırlatılmalıdır. Kural duruşmaya ara vermeksizin devam edilmesidir. Buna ancak zorunlu hallerde ve sözünü ettiğimiz bu süreye uyulmamasında istisna tanınması, sanığın haklarını öğrenmesi ve savunmasını hazırlaması için yeterli zamana sahip olmasının kanun koyucu tarafından son derece önemsendiğini ortaya koymaktadır. Ancak bu sürenin asgari haddin verilmesi, bazı davalar bakımından savunma hazırlamak için yeterli gelmeyebilir. Yukarıda değindiğimiz Öcalan kararında¹⁴¹ AIHM, 17.000 sayfalık dava dosyası için iki hafta süre tanınmasını yeterli bulmayarak silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiğini

¹³⁹ Bkz.: yuk. s. 33.

¹⁴⁰ Öztürk, **a.g.m.**, s. 735-737; Cengiz Bardak, **Ceza Muhakemesinde Hazırlık Soruşturması**, Ankara, Yetkin Basımevi, 1996, s. 277.

¹⁴¹ Bkz.: yuk. s. 34.

belirtti. Bu nedenle kanımızca, somut olaydaki dava dosyasının kapsamına göre, hâkim, iddianamenin tebliğinden itibaren savunma hazırlamaya yetecek bir süre sonraya duruşma günü koymalıdır.

Yargıtay, suç isnadında bulunan kişinin bilgilenme hakkına uygun davranılmamasını savunma hakkını kısıtlayıcı bir neden olarak görmektedir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, sanığın talebine rağmen mahkemenin sanığa duruşma günü bildirmeden mahkûmiyetine karar vermesini, savunma hakkının kısıtlanması niteliğinde görmüştür.¹⁴² Yargıtay Ceza Dairesi ise bir kararında sanığın son oturuma girmeden mazeret dilekçesi vererek savunma için duruşmanın saat 11'e bırakılmasını veya kısa bir mühlet verilmesini istediği halde, CMUK 251. madde gereğince bu talebi hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmeden hüküm tesisinin savunma hakkını kısıtladığını ifade etmiştir.¹⁴³

Sanığın mahkemeden uzaklaşmasını düzenleyen 5271 sayılı kanunun 195. maddesinin Tasarıdaki gerekçesinde savunma hakkının Sözleşme' ye uygun şekilde sağlanmış olması amacıyla sanığın, iddianamede yer alan iddialar hakkında gerekli açıklamaları hâkim huzurunda yapma olanağının sağlandığı vurgulanmıştır.¹⁴⁴

5271 sayılı kanunun 198. maddesi sanık hazır bulunmaksızın yapılan duruşmada eski hale getirme isteminin bulunma koşullarını düzenlemiştir. Buna göre, sanık kendi istemi üzerine duruşmada hazır bulunmak zorunluluğuna tabi tutulmamış ve avukatı ile temsil etmek yetkisini kullanmamış olduğu takdirde, duruşma yapılmış ve adli işlemler yerine getirilmiş ise karar ve işlemlerin tebliğinden itibaren bir hafta süre içerisinde sürenin geçmesinden doğan nedenleri

¹⁴² Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 08.10.1979 tarihli 303/444 sayılı kararı. Karar için Bkz.: Recep Kibar, **Türk Hukukunda Sanık Hakları**, Ankara, Yetkin yayınları, 1997, s. 52.

¹⁴³ Yargıtay 7. CD, 16.05.1977, 476/514 Karar Sayılı Kararı. Karar için Bkz.: Kibar, **a.g.e.**, s. 52-53.

¹⁴⁴ Yalvaç, **a.g.e.**, s. 831.

gidermek için eski hale getirme isteminde bulunulabilir.¹⁴⁵ Zira sanığın duruşmada hazır bulunması iddia ve savunmanın karşılıklı olmasının gereğidir.¹⁴⁶

5271 sayılı kanunun 226. maddesinin 1. fıkrasında, suç niteliğinin değişmesi halinde sanığın, savunmasını yapabilmesi için bu durumdan haberdar edilmedikçe iddianamede gösterilen kanun maddelerinden başka bir maddeyle mahkûm edilemeyeceği, 3. fıkrasında istem halinde ek savunma için süre verileceği ve 4. fıkrasında ise bu haklardan sanığın müdafininin de yararlanacağı düzenlenmiştir.¹⁴⁷ Bu düzenleme, suçun hukuksal niteliğinin değişmesi halinde savunmanın bilgilendirilmesi gerekliliğine uygun düşen bir düzenlemedir.

5271 sayılı kanunun 202. maddesinde soruşturma ve kovuşturma aşamasında, meramını anlatabilecek derecede Türkçe bilmeyenlerin tercümandan yararlandırılacağı düzenlenmiştir. Tercüme konusu, “*iddiaya ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar*”dır. Bütün belgelerin çevirisi zorunlu olmayıp, kişinin savunmasını yapmaya yetecek kadar belgenin kişinin anlayabileceği dile çevrilmesi kanımızca yeterli olacaktır.¹⁴⁸ AİHM, bilgilendirmenin kişiye yöneltilen suçlamanın dayanağı eylem ve bu eylemin hukuki tasnifine yönelik olması gerektiğini belirtmiştir.¹⁴⁹ Kanımızca bu hususlarda bilgilendirme yapmanın amacı da kişinin savunmasını yapmasını sağlamaktır. O halde kişinin savunmasını yapmaya yetecek kadar bilginin tercüme edilmesi yeterli olmalıdır.

3.2.1.1.2. Savunma Makamının Dosya İnceleme Hakkı

5237 sayılı kanunun 157. maddesinde soruşturma evresinin gizliliği ilkesi benimsenmiştir. Adil yargılanmanın gerçekleşmesiyle birlikte suçsuzluk karinesinin sağlam tutulabilmesi için soruşturma evresinin gizli olması gerektiği madde

¹⁴⁵Yalvaç, **a.g.e.**, s. 835.

¹⁴⁶Donay, **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, s. 42–43.

¹⁴⁷Anaklı, **a.g.t.**, s. 32.

¹⁴⁸Aynı görüş için bkz.Grabenwarter, **a.g.m.**, s. 232. Ayrıca Bkz.: yuk. 33.

¹⁴⁹Bkz.: yuk. s. 32.

gerekçesinde belirtilmiştir. Gerekçenin devamında, avukatın belirli istisnalarla soruşturma dosyasını incelemek olanağına sahip olduğu da belirtilmiştir.¹⁵⁰

5271 sayılı kanunun 153. maddesi, savunma hakkı ve silahların eşitliği ilkesi bakımından büyük önem taşıyan avukatın dosyayı inceleme ve dosyadan örnek alma yetkisini düzenlemektedir. Bu düzenleme esas itibariyle 1412 sayılı mülga kanunun 143. maddesine paraleldir. Ancak 1412 sayılı mülga kanundan farklı olarak, 5271 sayılı kanunda 153. maddenin 4. fıkrası ile iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren tüm dosya içeriği ve muhafaza altına alınmış delilleri hiçbir kısıtlama olmaksızın inceleyebileceği ve tüm tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabileceği belirtilmiş ve bu suretle müdafinin bu yetkilerinin kısıtlanabileceği evre ile herhangi kısıtlamanın olmadığı evre birbirinden ayrı düzenlenmiştir.¹⁵¹

Kanımızca 153. maddenin 4. fıkrasında 5353 sayılı kanunun 23. maddesiyle müdafinin yetkilerinin iddianamenin mahkemeye verildiği tarihten itibaren kısıtlama olmaksızın kullanabilmesinin değiştirilerek iddianamenin kabulünden başlatılması, iddianamenin mahkemeye verildiği tarih ile kabul edildiği tarih arasında da kısıtlamaların söz konusu olabileceğini göstermektedir.

5271 sayılı kanunun 153. maddesindeki düzenlemenin önemi, Cumhuriyet savcısının araştırma evresinde dosya elinde bulunduğu için her türlü bilgiye sahip olması karşısında savunmaya eşit haklar verilmesine imkân tanımaktır. Bu nedenle yeni düzenlemeyle, avukatın dosyayı inceleyebilme ve dosyadan örnek alma hakkı, kural olarak delillerin araştırılması yönünden bir tehlike arz etmediği hallerde mümkün kılınmıştır, yani aleniyet kuralı gizlilik istisnadır.¹⁵²

Şüphelinin savunma hakkının sağlanmasının, soruşturma dosyasının bütünüyle avukatın incelemesine açmakla olanaklı olacağı ve bu nedenle 153. maddesinin 2. fıkrasındaki, avukatın dosyayı inceleyip belgelerden örnek alma hakkının,

¹⁵⁰Dinç, a.g.e., s. 151; Yalvaç, a.g.e., s. 778-779.

¹⁵¹Adem Sözüer v.d., “ Reformlar ve Uygulamalar”, **HPD**, S: 7, Temmuz 2007, s. 130.

¹⁵²Yalvaç, a.g.e., s. 774-775.

Cumhuriyet savcısının istemi ve sulh ceza yargıcının kararıyla kaldırabileceği şeklindeki düzenlemenin AİHM kararlarına aykırılık teşkil edeceği savunulmaktadır.¹⁵³

Kanımızca, savunmanın dosyayı inceleme hakkı, bilgi ve belgelere ulaşma hakkı ile bağlantılandırılarak Sözleşme kapsamında değerlendirildiğine göre, Mahkeme'nin yukarıda değindiğimiz *Rowe and Davis v. U.K.* davası ve *Foucher v. France* kararı göz önünde tutulduğunda Mahkeme'nin müdafinin dosyayı inceleme yetkisinin sınırlandırılmasını başlı başına sözleşmeye aykırı görmediği görülecektir. Zira *Rowe and Davis v. U.K.* davasında¹⁵⁴ AİHM; savcının soruşturma evresinde, hâkim kararı olmaksızın savunmadan bazı delilleri saklamasını bilgi ve belgelere ulaşma hakkına dolayısıyla silahların eşitliği ilkesine aykırı bulmuştur. *Foucher v. France* davasında¹⁵⁵ ise savunma hakkına esaslı surette zarar vermemek kaydıyla sınırlamalar yapmanın mümkün olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla AİHM için önemli olan, *Jasper v. U.K.* davasında¹⁵⁶ ortaya koyduğu üzere bilgi ve belgelere ulaşma hakkına getirilen sınırlamanın (müdafinin dosyayı inceleme yetkisinin sınırlandırılması) yargılamanın herhangi bir aşamasında telafi edilmesidir. 5271 sayılı kanununun 153. maddenin 2. fıkrasıyla getirilen sınırlama ise, hâkim tarafından dosyanın içeriği hakkında şüphelinin savunma yapabileceği kadar bilgi verilmesi ve 13 Şubat 2001 tarihli *Lietzow v. Germany*, *Garcia Alva v. Germany* ve *Schöps v. Germany* kararlarında¹⁵⁷ ifade edildiği üzere, özellikle tutuklu şüphelinin bulunduğu durumlarda daha hassas davranarak, tutuklamaya dayanak belgeler hakkında bilgi verilmek suretiyle müdafinin tutukluluğun hukuka uygunluğunu tartışabilme imkânı verilmesi halinde telafi edilebilir nitelikte olacaktır. 153. maddenin 3. fıkrasında soruşturma evresinde dahi incelenmesi engellenemeyecek belgeler sayılmıştır. Bu belgeler kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanaklar, bilirkişi raporları ve yakalanan kişinin veya şüphelinin hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklardır. Soruşturma evresinde bu tutanıklara ulaşabilme

¹⁵³ Dinç, a.g.e., s. 152.

¹⁵⁴ Bkz.: yuk. s. 29–30.

¹⁵⁵ Bkz.: yuk. s. 35.

¹⁵⁶ Bkz.: yuk. s. 30–31.

¹⁵⁷ Bkz.: yuk. s. 35–36.

savunma hakkının kullanılmasında yeterli olacaktır. Zira delillerin asıl tartışıldığı evre olan kovuşturma aşamasında tüm dosya içeriğine ulaşılabilmekte ve böylece kısıtlama, yargılama aşamasında telafi edilmektedir. Ancak dosya içeriğine ulaşma konusunda getirilen bu sınırlamanın *Van Mechelen v. Netherlands* kararı¹⁵⁸ dikkate alındığında, kaçınılmaz olması gerektiğini de akıldan çıkarmamak gerekir. Aksi halde, hâkim tarafından savunma yapmaya yetecek kadar bilgi verilse dahi ihlal önlenemez.

Şüpheli ve sanığın dosyayı incelemesi konusunda ise 5271 sayılı kanunda düzenleme yoktur. Tartışmalı olmakla birlikte Dinç'e göre bu durum savunma hakkına aykırı olsa da şüpheli ve sanığın dosyayı incelemekten alıkonulmuş olduğu anlamına gelir. Zira kimlerin dosyayı inceleyebileceği konusunda yapılan düzenlemede şüpheli ve sanıktan bahsedilmemiştir¹⁵⁹ Yargıtay 8. Ceza Dairesinin görüşü de bu yöndedir.¹⁶⁰ Kanımızca da 153. madde sadece müdafinin dosyayı inceleme yetkisine ilişkindir. Zira 5237 sayılı kanunun 153. maddesine ilişkin Tasarıdaki düzenlemede¹⁶¹ katılanın da dosyayı inceleyebileceğine yer verilmişken, kanunlaşan metine bu hususun eklenmemesi soruşturma evresinin 157. maddede ifade edilen gizliliğinin sadece müdafii açısından kalktığını göstermektedir. Ancak bu durum AİHM kararlarına¹⁶² aykırıdır.

Avukatın sadece dosyayı inceleyebilmesi ve dosyadan örnek alabilmesi yeterli değildir, avukat soruşturma evresindeki tüm işlemlere katılabilmelidir ancak bunun için avukatın yapılacak işlemler ve bu işlemlerin yapılma zamanı bakımından bilgilendirilmesi gerekmektedir. Ancak bizim uygulamamızda avukatın davet edilmesi söz konusu değildir. Ancak avukat kendiliğinden gelirse usul kanununun

¹⁵⁸ Bkz.: yuk. s. 31.

¹⁵⁹ Sözüer v.d., **a.g.m.**, s. 123-124.

¹⁶⁰ Yargıtay 8. C.D.'nin 1995/2929 E, 1997/780 K sayılı Kararı. Bu kararında Yargıtay, 1412 sayılı mülga kanunun 143. maddesinde sadece müdafiiye hazırlık soruşturması dosyasının incelettirilebileceğinin belirtildiğini, 143. maddenin değişikliğinden önce, hazırlık soruşturmasının gizliliği ilkesinin müdafii için de geçerli iken, yeni düzenleme ile sadece müdafii açısından gizlilik ilkesinin kaldırılmış olduğunu dolayısıyla madde kapsamı dışında kalanlar için gizlilik esasının korunduğunu belirtmiştir. Yargıtay'a göre, kanunun sadece sanık müdafiiye tanıdığı bu hakkın, kıyas yolu ile genişletilerek müşteki ve vekiline de tanınması, kanun koyucunun amacına ters düşer.

¹⁶¹ Yalvaç, **a.g.e.**, s. 773-774.

¹⁶² Bkz.: yuk. s. 34.

85. ve 120. maddelerinde olduğu gibi katılımı önlenmez ve 169. madde uyarınca düzenlenen tutanağa da adı yazılır ve imzası alınır. Bu noktadaki sıkıntı, kovuşturma evresinde değerlendirilecek olan en önemli kanıtların sanığın ve avukatının katılımına olanak sağlanmayan yöntemlerle toplanması halinde, yargılama aşamasında bu delillerin tartışılması imkânı yaratılmazsa silahların eşitliği yönünden ihlallerin söz konusu olabileceği olmalıdır.¹⁶³ Ancak başlı başına soruşturmada delil toplanması sürecine sanık ve avukatın davet edilmemesinin bilgi ve belgelere ulaşma hakkına aykırı olmadığı kanaatindeyiz.

3.2.1.2. Delil Sunma Yönünden Davanın Taraflarının Durumu

5271 sayılı CMK ile iddianamenin sanığa tebliğinden itibaren, sanığın savunma delillerinin toplanması konusunda aktif bir konuma getirilmesi, gerektiğinde kendisinin bildirdiği tanıkları yanında getirerek dinlenmesinin sağlanmasına ilişkin hükümler, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve yargının hızlanması yönünden önemli olduğu gibi silahların eşitliği açısından da önem arz etmektedir. Bu nedenle bölüm başlığı altında delil sunma yönünden sözleşmenin 6. maddesinin 3. fıkrasının d bendindeki tanık dinlenmesinde hak eşitliği ilkesine paralel olarak tanıklık kurumu irdelenecektir.

3.2.1.2.1.Savunma Tanıklarının Eşit Şartlarda Davet Edilmesi ve Dinlenmesi

Tanık, beş duyusu ile edindiği bilgileri ispat konusunda hâkime açıklamak zorunda olan kişidir.¹⁶⁴ Tanıklık, olayın tanığı olmuş ya da olduğu varsayılan kişinin, delilleri değerlendirip karar verme konusundaki yetkili makama olayla ilgili bildiklerini anlatmasıdır.¹⁶⁵ Tasarının gerekçesinde tanıklığın toplumsal bir görev

¹⁶³Dinç, **a.g.e.**, s. 153-154.

¹⁶⁴ Bardak, **a.g.e.**, s. 284. Faruk Erem, **Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu(şerh)**, Ankara, Dayınlarlı Yayınları, 1996, s. 98.

¹⁶⁵Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, Ankara, US-A Yayıncılık, 1996, s. 400.

olduğu ve kişilerin tanıklık görevini yerine getirmekle yükümlü oldukları belirtilmiştir.

Tanıklık ödevinin anayasal temelini 1982 Anayasası'nın 38. maddesinin 5. fıkrası oluşturmaktadır. Madde, tanıklıktan çekinme anayasal bir hak haline getirilirken aynı zamanda çekinme halleri dışında kalan durumlarda tanıklığın kural olduğu sonucunu ortaya koymuştur.¹⁶⁶

Tanık olay hakkındaki bilgisini doğrudan edinmiş olabileceği gibi dolaylı da edinebilir.¹⁶⁷ Ancak tanığın dolaylı olarak edindiği bilgilerin delil değerinin daha az olabileceği savunulmaktadır.¹⁶⁸

Tanık taraf değildir; uyuşmazlığın çözümünde takdiri bir delil aracıdır.¹⁶⁹

Tanık beyanının elde edilmesi için ilk aşama tanığın dinlenmesidir. İkinci aşama ise daha sonra inceleyeceğimiz tanığa soru sorma aşamasıdır.

5271 sayılı kanunun tanıkların dinlenmesiyle ilgili düzenlemeleri, silahların eşitliği açısından önemli yenilikler getirmiştir. Öncelikle tanıkların dinlenmek için çağrılmasını düzenleyen kanunun 43. maddesinde Sözleşme'ye paralel bir şekilde tanıkların çağrılması usulü belirlenmiştir.¹⁷⁰ Tanık kural olarak önce meşruhatlı davetiye¹⁷¹ ile çağrılır ve usulüne uygun bu davetiyeye rağmen duruşmaya geçerli mazereti olmaksızın gelmeyen tanıklar, 44. maddeye göre zorla getirilir. Tutuklu işlerde çağrı kâğıdı ile davetiye yapılmaksızın zorla getirme kararı verilebilir ve yine tutuklu bir iş olmasa bile hâkim, bir tanığın, hemen dinlenilmesini gerekli görüyorsa görevlilere yazılı olarak tanığın duruşma günü hazır edilmesini emredebilir. Bu

¹⁶⁶A.y.

¹⁶⁷A.y.

¹⁶⁸Bardak, **a.g.e.**, s. 284.

¹⁶⁹Feyzioğlu, **Tanıklık ve Dürüst Muhakeme**, s. 9-12; Bardak, **a.g.e.**, s. 267; Erem, **a.g.e.**, s. 98-99.

¹⁷⁰Yalvaç, **a.g.e.**, s. 610-611.

¹⁷¹Tanığa gelmemesinin yasal sonuçlarının bildirildiği davetiyedir.

düzenlemeler, tanığın dinlenmesi için devlet tarafından uygun adımların atılması gerekliliğini arayan Sözleşme Organlarının kararlarına uygun düşmektedir.¹⁷²

5271 sayılı kanunun 43. maddesinin 5. fıkrasıyla tanık dinleme yetkisi, hâkim, mahkeme ve savcılara verildiğinden artık kolluğun kişileri tanık sıfatıyla dinleme yetkisi yoktur. Ancak bu düzenleme ile savcının da tanığı dinleme ve bu nedenle zorla getirme yetkisine sahip olduğu görülmektedir.¹⁷³ Feyzioğlu, soruşturma aşamasındaki iddia makamı ile savunma makamı arasındaki bu eşitsizliğin duruşma aşamasında sanığa dilediği tanığı duruşmaya getirme hakkı verilerek ve Cumhuriyet savcısına tanıkları duruşmaya beraberinde getirme yetkisi tanınmamasıyla giderildiğini ve bu nedenle Sözleşme'ye aykırılık olmadığını haklı olarak ifade etmektedir.¹⁷⁴

5271 sayılı kanunun 181. maddesinin 1. fıkrasında, tanıkların dinleneceği günün, yargılamada gecikmeye neden olup olmayacağına bakılmaksızın, taraflara bildirilmesi gerekliliği ifade edilmiştir. Bu düzenleme, 5271 sayılı kanunla amaçlanan silahlarda eşitliğin sağlanması yolu ile savunmanın güçlendirilmesini amaçlamaktadır.¹⁷⁵

AİHM; *Bricmont v. Belgium* ve *Vidal v. Belgium* davalarında¹⁷⁶, tanıkları dinlenmesinde takdir yetkisinin ulusal mahkemeye ait olduğunu belirtmekle birlikte, ulusal mahkemenin tanığı dinlememesini gerekçelendirmesi gerektiği ifade edilmiştir. 5271 sayılı kanunun “*delillerin ortaya konulması ve reddi*” başlıklı 206. maddesinin 2. fıkrasında, ortaya konulması istenilen bir delilin; kanuna aykırı olarak elde edilmiş olması, delil ile ispat edilmek istenilen olayın karara bir etkisinin olmaması ve istemin sadece davayı uzatmak amacıyla yapılmış olması halinde reddolunabileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla hâkim, bir tanığın dinlenilmesini

¹⁷² Bkz.: yuk. s. 50–51.

¹⁷³ Esra Kaya; Kaan Yırtımcı, “CMK’nın Getirdikleri (Genel Değerlendirme)”, **Hukuk Gündemi**, S: 2, Ağustos 2005, s. 49.

¹⁷⁴ Feyzioğlu, **Tanıklık ve Dürüst Muhakeme**, s. 28.

¹⁷⁵ Yalvaç, **a.g.e.**, s. 816-817.

¹⁷⁶ Bkz. Yuk. s. 48–50.

reddettiğinde, bu maddedeki hangi neden dolayısıyla reddettiğini gerekçelendirmek zorunda olduğu gibi bu nedenler yoksa tanığın dinlenmesini reddedemeyecektir.

Maddenin 3. fıkrasında ise Cumhuriyet Savcısı ile müdafii birlikte rıza gösterirlerse, tanığın dinlenmesinden veya herhangi bir başka delilin ortaya konulmasından vazgeçilebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile de iddia ve savunma makamı arasında karşılıklılık sağlanmıştır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, AİHM kararları doğrultusunda delilden vazgeçme konusunda beyanın, şüpheye yer bırakmayacak şekilde, açık olması gerekliliğidir.

Tanığın, naip hâkim tarafından veya istinabe yoluyla dinlenmelerini düzenleyen 180. maddenin 5. fıkrasında, teknik donanım varsa dinlemenin görüntülü ve sesli iletişim tekniğiyle yapılması düzenlenmiştir. Tanıkların dinlenmesi bakımından teknolojinin kullanılması kural olarak takdiri olmakla birlikte 52. maddenin 3. fıkrasına göre mağdur çocukların ve duruşmaya getirilmesi mümkün olmayan ve tanıklığı maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunlu olan kişilerin tanıklığında görüntü ve ses kaydının alınması zorunludur.¹⁷⁷

Bu düzenlemelerin amacı savunmanın tanığını eşit şartlarda davet ettirmesini sağlamak ve aleyhine olan tanıklara soru sorabilmesine zemin hazırlamaktır.

3.2.1.2.2. Doğrudan Soru Yönelme

Tanıkların dinlenmesine ve tanığa soru sormaya ilişkin asıl düzenleme, 5271 sayılı kanunun 201. maddesinde “*doğrudan soru yönelme*” başlığı altında düzenlenmiş olup 1412 sayılı mülga kanunda bu maddeye paralel bir düzenleme bulunmamaktadır. Eski düzenlemelere bakıldığında çapraz sorgu kavramına en yakın düzenleme, “*tanıklarla bilirkişinin savcı ve sanık tarafından dinlenmeleri ve istizahları*” başlığı altında düzenlenen 1412 sayılı mülga kanunun 232. maddesidir.¹⁷⁸ Mülga kanunun 233. maddesinde; sanık, tanık ve bilirkişilerin sorgusu

¹⁷⁷ Recep Gülşen “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Teknoloji”, **HPD**, S: 7, Temmuz 2006, s.152.

¹⁷⁸ Dönmez, **a.g.e.**, s. 280. 1412 sayılı mülga kanunun 232. maddesinde “*Cumhuriyet savcısı ile sanık*

dâhil tüm yargılama işlemlerinin yapılması ve duruşmanın idaresi hâkime verilmiş, savcının, sanığın ve müdafinin tanık ve bilirkişilere soru sorması yargılamada asıl yetkili ve etkili olan mahkeme başkanının izin vermesi şartına bağlanmıştır. 5271 sayılı kanundaki düzenlemede ise sadece savcı ve müdafinin gösterdiği tanık ve bilirkişilerin dinlenilmeleri sırasında değil, bütün tanıkların ve bilirkişilerin, sanığın, katılanın ve duruşmaya çağrılmış olan diğer kişilerin dinlenilmelerinde de doğrudan soru yöneltme yöntemi uygulanabilecektir. Bir tarafın gösterdiği tanığın diğer tarafça sorgulanması için, 1412 sayılı kanunun 232. maddesinden farklı olarak, yargılama taraflarının anlaşarak mahkemeden birlikte talepte bulunmaları gerekmemektedir; bunun için soru sorma hakkı bulunan yargılama sùjelerinden birinin, soru sormak istediği kişi ister kendi tanığı, ister karşı tarafın tanığı olsun, bu hakkını kullanmak istemesi yeterlidir. Bu düzenlemeye göre, sadece savcı ve müdafii değil, vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat, sanık ve katılan da soru sorma hakkına sahiptir. Ancak sanık ve katılan bu hakkını mahkeme başkanı aracılığıyla kullanabilecektir.¹⁷⁹

5271 sayılı kanundaki bu düzenlemenin, çapraz sorgu sistemini getirmiş olup olmadığı tartışmalıdır. Bununla birlikte usul kanununun 201. maddesinin, AİHS 6/3-d bendindeki tanıma büyük ölçüde yaklaştığı haklı olarak belirtilmektedir.¹⁸⁰

tarafından gösterilen tanıklarla bilirkişinin dinlenmelerini ve istizahını, Cumhuriyet savcısı ve müdafinin anlaşarak vaki talepleri üzerine mahkeme reisi kendilerine tevdi eder. Bu takdirde savcı tarafından gösterilen tanıkları ve bilirkişiyi dinlemek ve istizah etmek hakkı savcıya aittir. Sanık tarafından gösterilen tanıklar ve bilirkişinin dinlenmesinde istizahında aynı rüçhan(öncelik) müdafie aittir.” Şeklinde bir düzenleme getirilmiştir.

¹⁷⁹ Kaya/ Yırtımcı, **a.g.m.**, s. 62; Dönmez, **a.g.e.**, s. 71; Sözüer v.d., **a.g.m.**, s. 119-120; Feridun Yenisey, Neylan Ziyalar, **Çapraz Sorgu Teknikleri**, 3. Basım, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, s. 52-53.

¹⁸⁰ Dönmez'e göre, çapraz sorgu sisteminde tanıkların dinlenmesi ve soru sorulması diye iki ayrı işlem bulunmamaktadır. Doğrudan soru yöneltme hakkı, dar anlamda çapraz sorgu da değildir. Çünkü hem katılan vekili, hem savcı, hem de müdafii CMK 216'da belirlenen sıra çerçevesinde ilgili kişilere soru sorabilmektedir. Ayrıca, bizim sistemimizde savcının haricinde katılan vekili de ayrıca mağduru temsil edebilmekte ve doğrudan soru yöneltme hakkını kullanabilmektedir. Bununla birlikte yeni düzenlemenin çapraz sorgu sistemine benzer yönleri de bulunmaktadır. Özellikle katılan vekili, savcı ve müdafinin; sanık, tanık, bilirkişi ve duruşmaya katılan diğer kişileri doğrudan dinlemesi ve soru sorması bakımından benzeşir. Bu bilgi için bkz. Dönmez, **a. g. e.**, Sf. 283; Aynı görüş için bkz. Kaya/ Yırtımcı, **a.g.m.**, sf. 55-62; Çelik, **a.g.e.**, s. 167. Ancak Canak'a göre 5271 sayılı kanundaki sistem çapraz sorgudur. Zira maddenin içinde denetleyici özellik vardır ve maddede ayrıca çapraz sorgu ibaresinin olması gerekmez. Bu bilgi için bkz. Erkan Canak, **Çapraz Sorgu**, İstanbul, Vedat kitapçılık, 2008, s. 1.

Gerek hükmün kanun sistematığı içerisinde kovuşturma aşamasında düzenlenmiş olması, gerekse şüpheli kavramını içermemesi nedeniyle, doğrudan soru yöneltmenin, kovuşturma aşamasına yönelik olduğu söylenebilir.¹⁸¹ Zaten kural olarak, soruşturma evresinde yüzleştirme yapılmayacağı 5271 sayılı kanunun 52. maddesinin 2. fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre, tanıkların soruşturma evresinde şüpheli ile yüzleştirilmesi, ancak yüzleştirme yapmanın kovuşturma aşamasına kadar geciktirilmesinde sakınca varsa veya kimlik belirlenmesi için zorunlu ise mümkündür. Tasarının gerekçesinde¹⁸² soruşturma evresinin, delillerin toplandığı ve esasta gizliliğin egemen olduğu, kovuşturma evresinin ise delillerin tartışılıp değerlendirilmesinin yapıldığı evre olduğu vurgulanarak bu nedenle tanıkların birbirleriyle veya sanıkla yüzleştirilmelerinin kural olarak kovuşturma evresinde yapılacağı belirtilmiştir

Delillerin toplanması ve dava dosyasına girmesi sırasında özellikle müdafî ve katılan vekilinin etkisiz kalmaması için doğrudan soru yöneltme hakkının, kovuşturma aşaması dışında soruşturma aşamasında da kıyas yapmak suretiyle kullanılması gerektiği savunulmaktadır. Bu sava gerekçe olarak, doğrudan soru yöneltmenin amacının delillerin daha sağlıklı bir ortamda ve çok yönlü tartışılması olduğu, oysa duruşmanın ceza yargılamasının en son duraklarından biri olduğu gösterilmektedir.¹⁸³

Kanımızca; AİHM içtihatlarına göz atıldığında, özellikle *Kostovski v. Netherlands* ve *Delta v. France* davalarında¹⁸⁴ önemli olanın yargılamanın bir aşamasında çapraz sorgunun (ulusal düzenlememizdeki doğrudan soru yöneltme) yapılmış olmasının olduğunu görüyoruz. Dolayısıyla mahkeme doğrudan soru yöneltmenin soruşturma evresinde yapılmasını aramamaktadır. Ancak elbette soruşturma evresinde doğrudan soru yöneltmesini engelleyen bir içtihat yoktur.

¹⁸¹ Dönmez, **a.g.e.**, s. 289.

¹⁸² Yalvaç, **a.g.e.**, s. 622-623.

¹⁸³ Dönmez, **a.g.e.**, s. 289-290.

¹⁸⁴ Bkz.: yuk. s. 51-52.

Tanıklara ne tür soruların sorulabileceği meselesinde kanunda açık hüküm yoktur. Sözleşme’de de bir açıklık bulunmamaktadır. Duruşmada soru sormayı düzenleyen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü’nün ¹⁸⁵ 68. maddesine göre,

“1. Herhangi bir yargıç, devlet temsilcilerine, tarafların avukatlarına veya danışmanlarına, başvuruca, tanıklara ve uzmanlara ve daire önündeki duruşmaya gelen herhangi bir kişiye soru sorabilir.

2. Tanıklar, uzmanlar ve 42. maddenin birinci fıkrasında belirtilen diğer kişiler, daire başkanının denetiminde devlet temsilcileri ve tarafların avukatları veya danışmanları tarafından sorgulanabilirler. Sorulan bir sorunun konuyla ilgisi bulunmadığı şeklindeki itiraz hakkında daire başkanı karar verir.”

Görüleceği üzere, Mahkeme İçtüzüğü’nde, AİHM tarafından yapılacak duruşmalı davalarda sorulacak soruların şekline ilişkin herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Sadece sorulan sorunun konuyla ilgisi olmadığı yönündeki itiraz hakkında, Daire başkanının karar vereceği ifade edilmiştir. Bu nedenle konuyla ilgili olmak ve gerçeği ortaya çıkarmak amacıyla Sözleşme kapsamındaki hakları ihlal etmeyecek şekilde her türlü sorunun AİHM önünde gerçekleştirilen duruşmalarda sorulmasının mümkün olduğu, bunun sonucu olarak 5271 sayılı kanunun 201. maddesi kapsamında da her türlü sorunun sorulabileceği savunulmaktadır.¹⁸⁶ Kanımızca da 5271 sayılı kanunun 201. maddesi kapsamında her türlü soru sorulabilir. Bu soruya itiraz söz konusu olduğunda değerlendirmeyi hâkim yapacaktır. 5271 sayılı kanuna ilişkin tasarının gerekçesinde¹⁸⁷, madde metnindeki itirazın teknik anlamda itiraz olmayıp hâkimin bu konuda karar vermesi için yapılan bir karşı gelme olduğu vurgulanmıştır. Hâkim sorulan soruya yöneltilen itirazın çözümünde 5271 sayılı kanunun delillerin ikamesi hususundaki istem ve kararlara ilişkin 214. maddesindeki usule göre hareket edecektir. Bu nedenle, delil serbestisi ilkesi çerçevesinde, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla hareket edecektir.

¹⁸⁵Bundan sonra Mahkeme İçtüzüğü olarak nitelendirilecektir.

¹⁸⁶Dönmez, **a.g.e.**, s. 96-97.

¹⁸⁷Yalvaç, **a.g.e.**,s. 837-838.

3.2.1.2.2.1.Doğrudan Soru Yönelme Aşamasında Sözleşmeyi İhlal Edebilecek Durumlar

Bu başlık altında doğrudan soru yönelme aşamasında tanığın korunması amacıyla alınan tedbirlerin ve sanığın tanığın dinlendiği duruşmada bulunmamasının Sözleşme ve AİHM kararları bakımından değerlendirilmesi yapılmaya çalışılacaktır.

3.2.1.2.2.1.1.Tanığın Korunması

Tanıklık bir kamu görevi olduğundan tanık kural olarak açıklamada bulunma yükümlülüğü altındadır. Ancak, gizli soruşturmacı, anonim tanık ya da muhbir olarak kovuşturma makamları ile işbirliği içinde olan tanıklar açısından genellikle tanıklık etme yükümlülüğünde istisnalar getirilmektedir.¹⁸⁸

1412 sayılı mülga kanunda tanıkların korunmasına ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. 5271 sayılı kanunun 58. maddesinde ise bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak tanıkların korunması hususu düzenlenmiş ve maddenin 4. fıkrası gereğince, 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu¹⁸⁹ yayınlanmıştır.

Tanığın kim olduğunun açıkça ortaya konulması tanığın beyanının değerlendirilmesinde çok önemli olmasına rağmen Tanık Koruma Kanunu ile sanığın kimliğinin gizlenmesine imkân tanınmasının nedeni, temel olarak bir davada tanık olarak bilgisine başvuru kişilerin ve yakınlarının hayatını, beden bütünlüğünü ve malvarlığının korunmasını sağlamaktır.¹⁹⁰ 5271 sayılı kanunun tasarısının gerekçesinde¹⁹¹ yapılan düzenlemeyle, tanık beyan delilinin daha kolay ve güvenli bir şekilde elde edilmesinin amaçlandığı ve tanığın korunmasının Evrensel İnsan Hakları Normlarının bir gereği olduğu vurgulanmıştır.

¹⁸⁸ Cumhuriyet Şahin, “Türk Hukukunda Tanık Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi ”, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, İstanbul, 2004, s. 804–805.

¹⁸⁹ 27.12.2007 tarihinde kabul edilmiş ve 5 Ocak 2008 tarih ve 26747 sayılı R.G. ile yayınlanmıştır.

¹⁹⁰ Fırat Gedik, “Hukuk Dünyamızda Bir Yenilik: 5726 Sayılı Tanık Koruma Kanunu ”, **Güncel Hukuk Dergisi**, Şubat 2008/ 2–50, s. 13.

¹⁹¹ Yalvaç, **a.g.e.**, s. 627-629.

Tanık koruma kanununun, tanık koruma tedbirlerini düzenleyen 5. maddesinin 1. fıkrasının b bendinde, “*tanığın duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlar olmadan dinlenmesi*” ya da “*tanığın sesinin ve görüntüsünün değiştirilerek duruşmada dinlenmesi*” tanık koruma tedbiri olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin, 5271 sayılı kanunun 201. maddesinde düzenlenen doğrudan soru sorma hakkını sanık yönünden işlevsiz hale getirdiği ileri sürülmektedir. Sanığın, yüzünü bile görmediği bir tanığın ifadesi nedeniyle mahkûm olması savunma hakkının ve silahların eşitliği ilkesinin ciddi bir ihlali olarak nitelendirilmektedir.¹⁹²

Tanık koruma kanununun 9. maddesinde ise haklarında koruma tedbiri kararı alınan tanıkların dinlenmelerinde uygulanacak usuller düzenlenmiştir. Buna göre haklarında tedbir kararı alınan tanıkların duruşmada dinlenmesi sırasında 5271 sayılı kanunun 58. maddesinin 2. ve 3. fıkraları uygulanacak yani tanığın kimliğinin saklı tutulması için, tanığa ait kişisel bilgiler Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından muhafaza edilecek ve hazır bulunanların huzurunda tanığın dinlenmesi tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddi gerçeğin ortaya çıkması açısından tehlike oluşturacaksa hâkim hazır bulunma hakkı olanlar olmadan tanığı dinleyebilecektir. Hazır bulunma hakkı olanlar olmadan tanık dinlenecekse, tanığın dinlenmesi sırasında ses ve görüntülü aktarma yapılacaktır. Bu halde soru sorma hakkı saklıdır ancak Tanık Koruma Kanunu’nun 5. maddesine göre, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 201. inci maddesinin uygulanmasında, tanığa sorulacak soruların bu Kanun kapsamında tanık hakkında uygulanan tedbirlerle orantılı ve amaca uygun olması gerekir. Bu amaçla, hâkim, sorulan soruların tanığa sorulmamasına karar verebilir veya tanığı dinlerken dolaylı dahi olsa tanığın kimliğini ortaya çıkaracak soruların sorulmasına izin vermez.

Tanık koruma kanununun 9. maddesinin 2. fıkrasına göre, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 58 inci maddesinin 3. fıkrasının uygulanmasına mahkemece karar verilmesi hâlinde, dinleme sırasında tanığın görüntü veya sesi değiştirilerek

¹⁹²Gedik, **a. g.m.**, s. 15-16. Bu eleştiriyi yöneltenler arasında, 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu’nun yasalaşma sürecinde CHP grubu adına konuşan Ali Rıza Öztürk de yer almaktadır. Öztürk, Tasarı’nın Ceza yargılamasının temel ilkesi olan doğrudan doğruyalık ilkesini iyice sınırlandırdığını ve savunmayı zayıflattığını belirtmiştir

tanınması engellenebilir. Bunların yerine tanığın, duruşma salonunda fiziksel görünümünü engelleyecek tarzda mahkemece tayin ve tespit edilecek bir usule göre, dinlenmesine de karar verilebilir. Ancak Tanık Koruma Kanunu'nun 9. maddesinin 4. fıkrasına göre, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlar bulunmadan tanığın dinlenmesi hâlinde, tanık tarafından verilen beyanlar, hâkim tarafından Ceza Muhakemesi Kanununun 58. maddesinde belirtilen sınırlamalara uymak koşuluyla, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlara açıklanır. Kanımızca bu düzenleme ile sanık ve müdafinin tanığa soru sorma imkânının sağlanması, silahların eşitliği ilkesini güvence altına alan bir uygulamadır.¹⁹³

Tanık koruma tedbiri olarak kimlik ve adres bilgilerinin kayda alınarak gizli tutulması ve kendisine yapılacak tebligatlara ilişkin ayrı bir adres tespit edilmesi ya da duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi ya da ses veya görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi tedbiri uygulanmışsa, Tanık Koruma Kanunu'nun 9. maddesinin 8. fıkrasına göre bu şekilde korunan tanığın beyanı tek başına hükme esas teşkil etmez ve aynı maddenin 10. fıkrasına göre tanığın korunmasına ilişkin hükümler savunma hakkını kısıtlayıcı şekilde uygulanamaz.

Tanık koruma kanununun Sözleşme'nin 6. maddesini ihlal etmemesi için 5. ve 9. maddeleri üzerinde yeniden çalışılması gerektiği ve 10. fıkra da savunma hakkının kısıtlanamayacağı belirtilmesinin; 7. fıkra da, bu kanuna göre alınan tanık ifadelerin duruşmada hazır bulunanlar huzurunda verilmiş ifade hükmünde olduğunun düzenlenmesi karşısında bir anlam ifade etmeyeceği savunulmaktadır.¹⁹⁴

Kanımızca Mahkeme, incelediğimiz *Kostovski v. Netherlands, Doorson v. Netherlands, Ludi v. Switzerland, Van Mechelen and others v. Netherlands* kararlarında¹⁹⁵ tanığın kimliğinin gizlenmesini başlı başına sözleşmeye aykırı görmemektedir ancak bu tanık beyanının tek başına hükme esas alınmaması

¹⁹³Bkz. Aynı görüş için, Behiye-Eker Kazancı, "Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması Çerçevesinde Görüntülü ve Sesli İfade Alma", **HPD**, S: 7, Temmuz 2006, s. 159.

¹⁹⁴ **A.y.**

¹⁹⁵ Bkz.: yuk. s. 54-56.

gerektiğini ifade etmektedir. Tek başına delil olarak ele alındığında ise ihlal kararı vermektedir.¹⁹⁶ Dolayısıyla Sözleşme'nin aradığı güvencenin 5726 sayılı kanunda sağlandığı kanaatindeyiz.

5271 sayılı kanunun 139. maddesinde gizli soruşturmacı görevlendirilmesi düzenlenmiştir. Gizli soruşturmacı atanması için soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi gerekir. Gizli soruşturmacı atama kararını hâkim verir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı da bu kararı verebilmektedir. Gizli soruşturmacı sadece kanunda öngörülen katalog suçlar bakımından kullanılabilir.¹⁹⁷

AİHM, *Teixeira De Castro v. Portugal* davasında belirttiği üzere¹⁹⁸ gizli soruşturmacının teşviki sonucu işlenmiş bir suçla ilgili olarak elde edilmiş delillerin kamu yararı amacı ile dahi kullanılmasını kabul etmemektedir. Şu halde 139. maddenin 5. fıkrasında, gizli soruşturmacının görevini yaparken suç işleyemeyeceğine dair yapılan düzenleme, yerinde bir düzenlemedir. Bu durum dışında Mahkeme gizli soruşturmacı kullanılmasını Sözleşme'ye aykırı görmemektedir. Ancak suç işlemeye teşvik edecek hareketlerde bulunduğu iddiasının ulusal mahkeme tarafından incelenmesini aramaktadır.

3.2.1.2.2.1.2. Tanık Dinlenirken Savunmanın Hazır Bulunması

Kuralı ve İstisnaları

Türk ceza yargılamasında kural, tanığın duruşma da yani savunmanın huzurunda dinlenmesidir. Soruşturma evresinde tanık dinlenirken; şüpheli, mağdur, müdafî ve vekilin hazır bulunmasını, “*tanığın duruşma sırasında hazır bulunamayacağı*” veya “*oturduğu yerin uzaklığı nedeniyle hazır bulunmasının güç olacağı*” anlaşılmasına bağlayan 84. maddesinin 2. fıkrası, soruşturma evresinde tanık dinlenirken savunmanın hazır bulunacağı istisnai durumları

¹⁹⁶ Aynı görüş için Bkz.: Kaya/ Yırtımcı, **a.g.m.**, s. 51.

¹⁹⁷ Kaya/ Yırtımcı, **a.g.m.**, s. 54.

¹⁹⁸ Bkz.: yuk. s. 57.

belirtmekle kanımızca aynı zamanda tanığın duruşmada dinlenmemesinin de istisnai olduğunu göstermektedir.

5271 sayılı kanunun 210. maddesinin birinci fıkrasında ise bir olayın delilinin bir tanığın kişisel bilgisinden ibaret olması durumunda, bu tanığın duruşmada mutlaka dinlenilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu düzenleme AİHM'in tanık beyanının hükme esas tek delil olduğu durumlarda mutlaka duruşmada dinlenmesi gerektiğine ilişkin kararlarına paralel bir düzenleme olup, Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının d bendine uygun düşmektedir.¹⁹⁹

Yargıtay'ın 5. Ceza Dairesi,²⁰⁰ olayın tek kanıtının bir tanığın bilgisinden ibaret olması ve mahkûmiyet hükmünün bu tanığın hazırlıktaki beyanlarına dayandırılmış bulunmasını, delillerin doğrudan doğrualığı prensibine aykırı bularak söz konusu tanığın duruşmada dinlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla Yargıtay da tanıkların duruşmada dinlenmesi kuralına uyulup uyulmadığını denetlemektedir.

Danıştay 10. Dairesi ise,²⁰¹ Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğünün 9.7.1996 tarih ve 8-59 sayılı Genelgesinin Sevkle ilgili Esaslara İlişkin II. fıkrasının 3 numaralı bendinin iptali isteminde, tutuklu sanığın mahkeme önüne çıkmasının engellenmesini, sanığın hazır bulunması gereğini, adil yargılanma hakkının ikincil görüntüsü olan "silahların eşitliği" yani iddia ve savunmanın eşit olması ilkesi içinde değerlendirerek hukuka aykırı bulmuştur.

Delilleri takdir yetkisine ilişkin olarak 1412 sayılı mülga kanunun 254. maddesinin 1. fıkrasında yer alan düzenleme, 5271 sayılı kanunun 217. maddesinin 1. fıkrasında da ifade edilmiştir. Bu düzenlemelere göre hâkim kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir.²⁰² Ceza

¹⁹⁹Anaklı, **a.g.t.**, s. 62.

²⁰⁰Yargıtay 5. CD, 2004/8741 E, 2005/151 K sayılı karar. Kaynak gösterilmeyen tüm kararlar için açıklamalı kanun ve içtihat programından(Akip) yararlanılmıştır.

²⁰¹ Danıştay 10. Daire, 3.11.1998, 1996/7166 E ve 1998/5511 K.

²⁰²Feyzioğlu, **Tanıklık ve Dürüst Muhakeme**, s. 79.

Genel Kurulu²⁰³ sanığın olay nedenine ilişkin aşamalarda savunmalarında isimleri geçen ve hazırlık soruşturması sırasında emniyet tarafından alınan ifadelerinde imzaları bulunmayan tanıkların imza eksikliklerinin giderilmesine ve son soruşturmada(kovuşturmada) dinlenilmelerine gerek bulunup bulunmadığı hususundaki uyuşmazlıkta öğretiyeye atıf yapmıştır. Buna göre öğretilde hâkim olan görüş, asıl olanın, tanıkların mahkemede dinlenilmesi olduğunu ifade etmektedir. Bu görüşü savunan Kunter ve Yenisey bunun gerekçesini; *"Polis tarafından yapılan hazırlık soruşturmasında kelimenin teknik anlamı ile "tanık" yoktur. Tanık, mahkeme önünde ifade veren kişidir. Bu nedenle, ileride tanık olabilecek kişilerin belirlenmesi, bir ayıklama, eleme yapılması için hazırlık soruşturması sırasında kişilerin ifadeleri alınır. Ayrıca hazırlıkta alınan polis ifadesinin amacı ipucu elde etmek ve bunu sürdürmektir."* şeklinde ifade etmiştir. Ceza genel kurulu, kararında bunları tartıştıktan sonra CMUK 232 ve 233. maddelerdeki düzenlemelerin, hem yargılama makamı hem de yargılamanın diğer süjelerinin, 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç örgütleriyle Mücadele Yasasında olduğu gibi kimi yasalarda öngörülen ayrık durumlar dışında, tanıklık yapan kişinin kimliği ve bir kısım özelliklerini kuşkuya yer bırakmayacak biçimde bilmelerini ve böylelikle tanıklığının güvenilirliğini denetleyebilmelerini sağlamayı amaçladığını vurgulamıştır. Sonuç olarak Ceza Genel Kurulu, sanığın savunmasında geçen hususların sözü edilen tanıkların son soruşturma(kovuşturma) sırasında dinlenilerek denetlenmesi gerektiğini ve öte yandan, tanığın hazırlıktaki kolluk ifadesinde imzasının bulunmamasının, ifadelerin tanığa aidiyetinin saptanmasına engel olduğunu belirterek Yerel Mahkeme direnme hükmünün bozulmasına karar vermiştir.

Tanığın duruşmada dinlenmesi kuralının amacı delillerin tartışılması ve tanığa soru sorularak çelişkilerin giderilmesi suretiyle maddi gerçeğe ulaşmaktır. Savunma makamının duruşmada bulunmaması ise tanığın dinlenmesi aşamasına katılamamasına neden olmaktadır. Ancak 5271 sayılı kanunda tanık dinlenirken savunmanın hazır bulunamayacağı istisnai düzenlemeler mevcuttur. Bu istisnai düzenlemelerden biri, Devlet sırrı niteliğindeki belgelerle ilgili tanıklık bakımından getirilmiştir.

²⁰³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2001/1–289 E, 2002/148 K sayılı karar.

1412 sayılı mülga kanunun 49. maddesinin 1. fıkrasına göre, devlet memurlarının sahip oldukları devlet sırrı hakkında tanıklık yapabilmeleri amirin izni olması şartına bağlanmıştı. 5271 sayılı kanunun 47. maddesinde ise, cezasının alt sınırı 5 yıl veya daha fazla hapis olan suçlar bakımından, devlet sırrına vakıf olan tanığın dinlenebileceği ancak bu tanığın dinlenmesinde sadece mahkeme, hâkim veya heyetinin olacağı hatta zabıt kâtibinin dahi bulunamayacağı düzenlenmiştir. Maddeye göre, tanığın dinlenmesinin ardından, hâkim veya mahkeme başkanı, bu tanığı beyanlarından kovuşturmayı aydınlatacak kadarını tutanağa kaydettirecektir.

Öğretide, 47. maddeye göre dinlenen tanığa, savunmanın soru sorma hakkının elinden alınması ve tutanağa kaydettirilmeyen bilgiyi savunmanın öğrenmesinin mümkün olmaması savunma hakkını kısıtlayıcı ve adil yargılanma hakkını zedeleyici nitelikte görülmüştür.²⁰⁴ Anaklı ise, tutanağa kaydedilen bilgilerin taraflara okunmasının savunma dengesini koruyan bir unsur olduğunu belirtmektedir.²⁰⁵ Kanımızca da bu düzenleme devlet sırrı niteliğinde olsa dahi bilgileri yargılama aşamasına taşımakta ve tutanağa kaydedilen bilgiler sayesinde savunma hakkı ile devlet sırlarının açıklanmaması arasında bir denge kurulmuş olmaktadır. Ancak devlet sırrı niteliğindeki belgelerin yargılama aşamasına taşınması sadece alt sınırı 5 yıl ve 5 yıldan fazla hapis cezası ile yargılanan sanıklar bakımından söz konusudur. Bu dengenin, alt sınırı 5 yıldan az hapis cezası ile yargılanan sanıklar bakımından da kurulmaması bir eksikliklerdir.

Sanığın tanığın dinlenmesinde hazır bulunamayacağı durumlardan bir diğeri de 5271 sayılı kanunun 200. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, sanığın yüzüne karşı suç ortaklarından birisinin veya bir tanığın gerçeği söylemeyeceğinden endişe edilirse, mahkeme, sorgu ve dinleme sırasında o sanığın mahkeme salonundan çıkarılmasına karar verebilir. Ancak bu durumda duruşma salonundan çıkarılan sanığa, tekrar içeriye alındığında tutanaklar okunur ve gerektiğinde içeriği anlatılır.

²⁰⁴Kaya/ Yırtımcı, a. g. m., Sf. 49.

²⁰⁵Anaklı, a. g. t., Sf. 69-70.

Sanığın bu aşamadan sonra soru sorma hakkının bulunduğu kanımızca açıktır.²⁰⁶ Zira bu hakkın varlığı için madde metninde açıkça soru sorma hakkının olduğunun belirtilmesi gerekmemektedir. Sanık duruşma salonuna tekrar alındığında tutanakların okunmasının ve anlamazsa içeriğinin anlatılmasının amacı, kanımızca, sanığı bilgilendirerek suç ortağına ya da tanığa soru sormasını sağlamaktır.

Duruşmanın düzen ve disiplinini sağlamak için de sanık duruşmadan çıkarılabilmektedir. Ancak bu durumda 5271 sayılı kanunun 204. maddesine göre, sanığın müdafii yoksa mahkemenin barodan bir müdafii görevlendirmesi gerekmektedir. Oturuma yeniden alınmasına karar verilen sanığa ise yukarıda da ifade ettiğimiz gibi yokluğunda yapılan işlemler anlatılır. Bu durumda sanığın yokluğunda yapılan duruşmaya müdafinin alınması, silahların eşitliği ilkesine aykırılığı önlemektedir.²⁰⁷

5271 sayılı kanunun 228. maddesine göre, bir hukuk kuralının uygulanmaması ya da yanlış uygulanması hukuka aykırılık oluşturur. Savunmanın yokluğunda tanık dinleme yukarıda belirttiğimiz istisnalar dışında, temyiz nedeni olacaktır. Zira tanığa soru sorma hakkına ilişkin düzenlemeler de bir hukuk kuralıdır.²⁰⁸

Nitekim Yargıtay da savunmanın hazır bulunmadığı hallerde duruşma yapılmaması gerekliliğini kararlarıyla ortaya koymaktadır.

Yargıtay'ın 11. Ceza Dairesi, 1412 sayılı kanunun 223/son (5271 sayılı kanun 193/2) maddesinin beraat kararı yönünden "*dosya kapsamına göre ilk bakışta eylemin suç oluşturmayacağına anlaşılması hali*" ile sınırlı olarak uygulanabileceği, sanığın sorgusu yapılmadan mevcut kanıtlar tartışılarak delil takdiri suretiyle beraat kararı verilmesinin mümkün bulunmadığı gözetilmeden

²⁰⁶Anaklı, Madde metninden ilk başta tanığa soru sorma hakkının varlığının anlaşılmadığını ileri sürmektedir. Bu görüş için bkz. Anaklı, **a.g.t.**, s. 67.

²⁰⁷Anaklı, **a.g.t.**, s. 67; Ünal, **a. g.e.**, s. 205-206.

²⁰⁸**A.g.t.**,s. 65.

sorgusu yapılmayan sanığın delil takdirine girilmek suretiyle beraatine karar verilmesini bozma nedeni olarak görmüştür.²⁰⁹

Kanımızca 5271 sayılı kanunun 193. maddesinde kanunun ayırık tuttuğu haller dışında hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılamaması tasarının gerekçesinde²¹⁰ de belirtildiği üzere kovuşturma evresinde delilleri tartışmak ve sanığa kendini savunma hakkı vermektir. Sanığın hazır bulunmadığı bir duruşmada tanık dinlemek ya da diğer delilleri tartışmak da sanığın aleyhindeki tanıklara soru sorma hakkını elinden alması nedeniyle silahların eşitliği ilkesine aykırıdır. Yargıtay'ın bu konuda vermiş olduğu karar bu nedenle yerindedir. Zira mahkûmiyet dışında verilebilecek kararlar 5271 sayılı kanunun 223. maddesine göre beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesidir. Eylemin ilk bakışta suç oluşturmadığının anlaşılması hali hariç verilen her kararda hâkim delil değerlendirmesi yapmaktadır. Sonuç itibariyle beraat kararı verilse dahi, delillerin değerlendirilmesine sanığın katılmaması silahların eşitliği ilkesine aykırı olacaktır.

3.2.1.3. Bilirkişilik Kurumu Yönünden Davanın Taraflarının Durumu

Ceza muhakemesine konu olayı, çözüme kavuşturulması bakımından önem taşıyan, açıklığa kavuşturulması ya da tespiti uzmanlığı, özel ve teknik bilgiyi gerektiren hususlarda, hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet Savcısı tarafından görüşüne başvurulmuş kişiye “*bilirkişi*” denir. Bilirkişilik, delillere ulaşmak için bir araç olmasının yanında, delillerin içeriğini öğrenme ve delilleri değerlendirme aracıdır.²¹¹ Bilirkişiliğin kendisinin bir delil olmadığı ancak bilirkişi incelemesi sonucu elde edilen iz, emare ve eserin delil olduğu yani, bilirkişinin delilleri

²⁰⁹ 11. Ceza Dairesi, 2001/6073 E, 2001/6743 K sayılı karar.

²¹⁰ Yalvaç, **a.g.e.**, s. 829.

²¹¹ Handan Yokuş Sevik, “ Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik ”, **İÜHFİM**, C: LXIV, S:1, Y: 2006, Sf. 49–50; Cengiz v.d., **a.g.e.**, s. 147; Bardak, **a.g.e.**, s. 346. Bardak, bilirkişinin ispat aracı olarak kabul edilmesi halinde bunun hakim delilleri takdir görevini bilirkişiye bırakması anlamına geleceğini haklı olarak belirtmektedir.

değerlendirme aracı olduğu tasarının gerekçesinde vurgulanmıştır.²¹² Bu nedenle biz de bilirkişilik kurumunu delil sunma başlığı altında değil ayrı bir başlık altında incelemeyi uygun bulduk.

Bilirkişi tanık değildir.²¹³ Ancak bir kişinin hem tanık hem bilirkişi olmasına engel bir durum yoktur. Ancak bu halde tanıklık sıfatı daha ağır basacaktır.²¹⁴

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun birinci kitabın üçüncü kısmının ikinci bölümünde 62–73. maddeler arasında bilirkişilik kurumu düzenlenmiştir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 63. maddesinin 1. fıkrasına göre, çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verilebilir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözülmesi olanaklı konularda ise bilirkişi dinlenemez. 63. maddenin 2. ve 3. fıkralarına göre, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına, hâkim, mahkeme ve cumhuriyet savcısı resen karar verebilir. 63. maddenin 1. fıkrasına göre, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanuni temsilcisinin istemi üzerine de bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verilebilir. 1412 sayılı kanunun 212. maddesinde ise sadece sanığın, bilirkişinin davetini istemesi öngörülmüştü. 1412 sayılı kanundan farklı olarak bilirkişinin görevlendirilmesini isteme hakkı, katılan ve vekiline, şüpheliye, şüpheli veya sanığın kanuni temsilcisine de tanınmıştır.²¹⁵

Aşağıda açıklayacağımız, 5271 sayılı kanunun 177, 178 ve 179. Maddelerinden anlaşılacağı üzere, mahkemeden 67. maddede sözü edilen uzman kişinin celbini isteme ve bu istemin reddedilmesi üzerine mahkemeye getirme hakkının sanığa ve katılana tanınması silahların eşitliği ilkesinin bir uygulaması olarak değerlendirilmektedir.²¹⁶

²¹²Yalvaç, **a.g.e.**, s. 633-634.

²¹³Erem, **Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu(şerh)**, s. 99.

²¹⁴Yargıtay 2. CD, 27.04.1948,1948/4359 sayılı karar.

²¹⁵Sevük, **a.g.m.**, s. 51-56.

²¹⁶Cengiz v.d., **a.g.e.**, s. 147; Kaya/Yırtımcı, **a.g.m.**, s. 50.

Sanık veya katılan, 5271 sayılı kanunun 177. maddesine göre, savunma hakkının gereği olarak, bilirkişinin davetini mahkeme başkanı veya hâkimden isteyebilir. 178. maddeye göre ise talebi reddedilirse duruşma sırasında bilirkişiyi duruşmaya getirebilir. Bu bilirkişinin ödev ve yetkileri, yetkili makamın görevlendirdiği bilirkişiden farklı olmadığından, sanık tarafından getirilen bilirkişi de yemin eder. Silahların eşitliği ilkesine uygun olarak sanık 179. maddenin 1. fıkrası gereği, doğrudan davet ettireceği veya duruşma sırasında getireceği bilirkişilerin ad ve adreslerini, Cumhuriyet savcısına makul bir süre içinde bildirmekle yükümlüdür. 1412 sayılı CMUK'un 212. maddesinde de sanığın duruşma hazırlığında bilirkişi davet edilmesini talep edebileceği, 213. maddesinde ise sanığın bilirkişiyi doğrudan doğruya davet ettirebileceği gibi, önceden talepte bulunmaksızın dahi o kimseyi getirebileceği düzenlenmişti. Öğretide, savunma hakkının tam olarak kullanılması ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından soruşturma sırasında sanığın bilirkişiye başvurabilmesinin önemi belirterek, 1412 sayılı kanunda açıkça düzenlenmemekle beraber sanığın hazırlık soruşturmasında da mülga kanunun 212, 213 ve 232. maddeleri kıyasen uygulanmak suretiyle bilirkişiye başvurabileceği ileri sürülmekteydi. 5271 sayılı kanunun 63. maddesinin 1. ve 3. fıkrasındaki yeni düzenlemeler karşısında kıyasa gerek kalmaksızın soruşturma esnasında da şüphelinin bilirkişiden yararlanma hakkı söz konusudur. 3. fıkraya göre soruşturma evresinde bilirkişi atanması yetkisi Cumhuriyet savcısına verildiğinden şüpheli, müdafii veya kanuni temsilcisi Cumhuriyet savcısından bilirkişi görevlendirilmesi isteminde bulunabilecektir.²¹⁷ Bu durumun nedeni olarak tasarıda, soruşturmanın noksansız yapılmasının sağlanması gösterilmiştir.

Kovuşturma aşamasında ise 5271 sayılı kanunun 178. maddesi ve 179. maddesinin 2. fıkrası maddeleri uyarınca, sanıktan başka, Cumhuriyet savcısı ve katılan da bilirkişi davet ettirebilir. Cumhuriyet savcısı, silahların eşitliği ilkesine uygun olarak, iddianamede gösterilen veya sanığın istemi üzerine davet edilen bilirkişiler dışında gerek mahkeme başkanı veya hâkim kararıyla, gerek kendiliğinden başka kimseleri davet ettirecek ise bunların ad ve adreslerini sanığa makul süre içinde bildirmekle yükümlüdür. Mahkeme başkanı veya hâkim katılanın

²¹⁷Sevük, a.g.m., s. 56-57.

gösterdiği uzman kişinin çağrılması hakkındaki dilekçeyi reddettiğinde, katılanın uzman kişiyi doğrudan mahkemeye getirebilmesi de silahların eşitliği ilkesine uygun bir düzenleme olmuştur.

Cumhuriyet savcısı, kamu davasını açmaya yer olup olmadığı bakımından yeterli şüpheye ulaşmak için (CMK md. 160 ve 170/2) delilleri değerlendirme aracı olarak bilirkişinin oy ve görüşüne gereksinim duyarsa bilirkişi incelemesi yaptırabilir. 1412 sayılı mülga kanunun 66. maddesinin 2. fıkrasına göre, Cumhuriyet savcısı hazırlık soruşturmasında gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bu yetkiye sahip olup, 5. fıkraya göre, hazırlık soruşturmasında muayeneleri gereken kimselerin muayenelerinin ise Cumhuriyet savcısının talebi ile yapılacağı düzenlenmişti. 5271 sayılı kanundaki düzenleme ile Cumhuriyet savcısının bilirkişi atama yetkisinin, hâkim ile aynı düzeye getirilmesinin nedeni soruşturmanın noksansız ve en kısa sürede yapılmasını sağlamaktır. Öğretide Şahin, soruşturmada savcıya bilirkişi atama yetkisinin verilmesini, iddia ve savunma makamları arasındaki dengeyi iddia makamının lehine değiştirerek, savcılığı yargılama makamına yaklaştıracığı için uygun bulmamaktadır.²¹⁸

5271 sayılı kanunun 64. maddesinin 3. fıkrasında Kanunların belirli konularda görevlendirdiği resmî bilirkişilerin öncelikle atanacağı ancak kamu görevlilerinin, bağlı buldukları kurumla ilgili davalarda bilirkişi olarak atanamayacağı belirtilerek bir tarafın diğer taraf lehine dezavantajlı bir duruma düşmesi engellenmiştir. 1412 sayılı kanunun 66. maddesinin 3. fıkrasındaki kanun tarafından görevlendirilmiş resmi bilirkişi varsa, özel sebepler olmadıkça başkasının bilirkişi tayin edilemeyeceği düzenlemesi ile de bağlı buldukları kurumla ilgili olarak bilirkişilik yapmama sağlanabilirse de 5271 sayılı kanunda yapılan düzenleme taraflar arasındaki usuli eşitlik açıkça güvence altına alınmıştır.

5271 sayılı kanunun 66. maddesinin 5. fıkrasında gerekli olması halinde bilirkişinin mağdur, şüpheli veya sanığa mahkeme başkanı, hâkim veya Cumhuriyet savcısı aracılığıyla soru sorabileceği, hâkim veya savcının bilirkişiye doğrudan soru

²¹⁸ A .g.m., s. 58.

sorma imkânı da tanıyabileceği düzenlenmiştir. Ancak bilirkişi hekim ise muayenede zorunlu saydıkları hususları izin aranmaksızın doğrudan sorabilirler. Bu düzenlemenin amacının “*bilirkişinin raporunu hazırlaması için gerekli olan ve uzmanlığına girmeyen bir durumun aydınlatılması olduğu*” tasarının gerekçesinde vurgulanmıştır.²¹⁹

5271 sayılı kanunun 67. maddesinin 5. fıkrasında, bilirkişi incelemeleri tamamlandığında, yeni bilirkişi incelemesi yapılması veya itirazların bildirilmesi için istemde bulunabilmelerini sağlamak üzere Cumhuriyet savcısına, katılana, vekiline, şüpheliye veya sanığa, müdafiiine veya kanunî temsilciye süre verileceği ve istemin reddi halinde üç gün içinde hâkim veya mahkemenin bu kararını gerekçelendirmesi gerektiği, 68. maddesinde ise resen veya talep üzerine bilirkişinin dinlenmek üzere çağrılabilmesi düzenlenerek taraflara delilleri tartışabilme imkânı verilmiş olmaktadır. 1412 sayılı kanunun 76. maddesinde sadece hâkimin verilen raporu yeterli görmemesi halinde yeni bir bilirkişi raporu isteyebileceğinden bahsedilmiş, taraflara bu imkân verilmemiştir. 5271 sayılı kanunda düzenlemesi yapılan bilirkişinin dinlenmek üzere duruşmaya çağırılması ise 1412 sayılı kanunda hiç değinilmeyen bir husustur.

Tüsiad’a göre, Adli Tıp Kurumu gibi Adalet Bakanlığına bağlı bir resmi bilirkişilik kurumu, bilirkişilik yönünden eşitlik ilkesine aykırıdır. Zira hem savcıların hem Adli Tıp Kurumu’nun, Adalet Bakanlığı’na bağlı olduğu düşünüldüğünde hükümetin delilleri değerlendirme konusunda büyük erk sahibi olduğu izlenimi adil yargılanma hissini zedeleyebilir.²²⁰ Ancak AİHM; *Bönisch v. Austria, Brandstetter v. Austria* ve *H. v. France* kararlarıyla²²¹ resmi bilirkişilerin sanığın suçlanmasına neden olan idari kuruma bağlı olarak çalışmasını tek başına silahların eşitliği ilkesine aykırı görmediğini belirtmiştir. 14.04.1982 tarihinde kabul edilen 2659 sayılı Adli Tıp Kanunu’nun 2. maddesinde Adli Tıp Kurumu’nun görevinin Adli Tıp ile ilgili konularda bilimsel ve teknik görüş bildirmek olduğunu belirtilmiştir. Adli Tıp Kurumu’nun savunmanın tanığını sorgulamak veya sanığın

²¹⁹Yalvaç, **a.g.e.**, s. 641-642.

²²⁰Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği, **a.g.e.**, s. 102.

²²¹ Bkz.: yuk. s. 70-75.

görüşleri hakkında yorum yapmak gibi bir ayrıcalıklı rolü de olmadığından, Adli Tıp Kurumu'nun resmi bilirkişi olmasının Sözleşme'ye başlı başına aykırı olmadığı kanaatindeyiz.²²²

Bilirkişi konusunda bir diğer yenilik ise 5271 sayılı kanununun 68. maddesi ile getirilmiştir. Buna göre bilirkişinin görevi mütalaasını yazı olarak mahkemeye sunmakla bitmeyecek, mahkeme resen veya ilgililerin istemi üzerine bilirkişiyi duruşmaya çağırıp raporu hakkında açıklama yapmasını isteyebilecektir. 201. madde uyarınca taraflara bilirkişinin raporundaki sonuca nasıl vardığını tartışma imkânı verilmiştir.²²³

Bilirkişinin ret edilmesi yönünde taraflara tanınan hak da silahların eşitliği ilkesinin bir güvencesidir.

3.2.1.4. Yasal Görevlilerin Yargılamadaki Rolü

Yargıtay temyiz incelemesini yapmadan önce, yargılamadaki kolektifliği de sağlamak için, başsavcılığın da mahkemenin son kararı hakkındaki görüşünü almaktadır. İşte başsavcının görüşünü açıkladığı bu belgeye “*tebliğname*” denir.²²⁴

1412 sayılı mülga kanununun 316. maddesinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca temyiz talebine yönelik görüşlerini içerir tebliğnamenin düzenleneceği öngörülmüş ancak bu tebliğnamenin taraflara tebliği düzenlenmemiştir. Bu nedenle taraflar ancak Yargıtay incelemesi tamamlanıp, dava dosyasının yerel mahkemeye gönderilmesinden sonra, başsavcılık tebliğnamesinin

²²²Ancak bu eleştiriler dikkate alınmış ve 2659 sayılı Adli Tıp Kurumunun bazı maddelerinde değişiklik yapılması hakkında kanun teklifi hazırlanmıştır. Teklif 12.05.2009 tarihinde Komisyon Başkanlığı'na sunulmuştur. Buna göre Adli Tıp Kurumu'nun Adalet Bakanlığı'na bağlı olmaktan çıkarılarak adli görevleri bakımından bağımsız hale gelmesi hedeflenmektedir. Bu bilgi için Bkz: http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=74442, (Çevrimiçi), 25. 05. 2009.

²²³Kaya/ Yırtımcı, **a.g.m.**, Sf. 50.

²²⁴Erdener Yurtcan, “Uyum Yasalarının Ceza Yargılamasına Etkisi: İki Temel Değişiklik-Yargılamanın Yenilenmesinde Yeni Bir Neden ve Tebliğnamenin Bildirimi ”, **Prof. Dr. Çetin ÖZEK Armağanı**, İstanbul, 2004, s. 1064.

içeriğini öğrenebilmekteydiler. Bu durum silahların eşitliği ilkesine aykırı sonuçlar yaratmaktaydı.

09.11.2000 tarihli *Göç v. Turkey* kararının ulusal hukuka uyarlanması amacıyla 11.01.2003 günü yürürlüğe giren 4778 sayılı yasa ile CMUK'un 316. maddesine, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca düzenlenen tebliğnamenin taraflara tebliğ edileceğine ilişkin bir cümle eklenmiş fakat bu düzenlemenin yetersiz kalması üzerine, CMUK'un 316. maddesi 27.03. 2003'de yürürlüğe giren 4829 sayılı yasa ile bir kez daha değiştirilerek, tebliğnamenin, aleyhlerine sonuç doğurabilecek görüş içermesi durumunda sanığa, davaya katılana, kişisel davacıya ve bu kişilerin savunmanlarına gönderileceği belirtilmiştir.

Tebliğnamenin gönderilmesi, davanın yanlarını bilgilendirmekle sınırlı kalmamaktadır. Amaç *Göç v. Turkey* davasında karara bağlandığı gibi, ulusal yargılama düzeninin yasa ile yetkilendirilen bir kurumundan da gelse, mahkemeyi etkilemek için sunulan görüşlerin, davanın yanlarıncı tartışılmasına olanak sağlamaktır. Bu nedenle 316. maddenin 3. fıkrasında, tebliğnameyi, yanıtlama süresinin tebliğinden itibaren 7 gün olduğu belirtilmiştir.²²⁵ Nitekim 5271 sayılı Ceza Muhakemesi kanununun 297. maddesinde de aynı hükme yer verilmiştir.

5271 sayılı kanun ile yargılama düzenine, Bölge Adliye Mahkemesi aşaması da eklenmiş ve Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Savcısının görevini düzenleyen 278. maddenin 1. fıkrasında dava dosyasının, Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığına geldiğinde incelenerek yazılı düşüncüyü içeren bir tebliğname ile Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesine verileceği ve Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen bu tebliğnamenin ilgililere de tebliğ olunacağı belirtilmiştir.

Ancak düzenlemede tebliğnamenin neden taraflara gönderildiğine değinilmediği gibi tarafların tebliğnameyi yanıtlayabileceklerine ve yanıt süresine dair bir açıklık da bulunmamaktadır. Dinç'e göre, 5271 sayılı kanunun Bölge Adliye

²²⁵Ceza Genel Kurulu, 2005/7-166 E, 2005/165 K Sayılı Kararı. Yurtcan, **a.g.m.**, s. 1064-1065; Dinç, **a.g.e.**, s. 146; Öztürk, "Avrupa Birliğine Uyum Yasaların Ceza Muhakemesine Etkileri", s. 731; Çınar, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk Hukukuna Etkisi**, s. 156-157.

Mahkemesi'nde inceleme ve kovuşturmayı düzenleyen 280. maddesinde de Bölge Adliye Mahkemesi'nin Cumhuriyet Başsavcılığı'nın Tebliğnamesini, dosyayı ve dosya ile birlikte sunulmuş olan delilleri inceledikten sonra kararını vereceği yazıldığına göre demek ki davanın yanlarının Tebliğnameyi yanıtlamaları kanun açısından gerekli bir işlem olarak görülmemektedir. 5271 sayılı kanunun 278. ve 280. maddelerine göre tebliğname, taraflara salt bilgilendirilme amacıyla gönderilmiş olmaktadır. Bu işleyiş silahların eşitliği ilkesine aykırı düşmektedir.²²⁶

Tebliğnamenin ilgililere gönderilmesi her ne kadar yasada belirtilmese de bu tebliğnameye cevap verilebileceği hususunu zımni olarak içinde barındırması gerektiği düşünülebilir. Zira AİHM kararlarında tebliğnamenin taraflara gönderilmesi amacının tarafların bu tebliğnameye ilişkin açıklama ve görüşlerini bildirme haklarının bulunmasından kaynaklanmaktadır.²²⁷ Ancak Yargıtay aşamasındaki süreci ifade eden 297. maddenin 3. bendinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen tebliğnamenin, hükmü temyiz etmeleri veya aleyhlerine sonuç doğurabilecek görüş içermesi hâlinde sanık veya müdafii ile katılan veya vekillerine ilgili dairesince tebliğ olunacağı belirtildikten sonra, ilgili tarafların tebliğden itibaren bir hafta içinde yazılı olarak cevap verebileceği açıkça belirtilmiştir. Bu husus göz önüne alındığında istinaf aşamasında taraflara tebliğnameye cevap hakkı tanınmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Yargıtay aşamasında tebliğnamenin kararı temyiz edene gönderilmesi gerekli ve doğru bir düzenleme olmakla birlikte karşı tarafın temyizinin ve tebliğnamenin davanın diğer tarafı açısından aleyhine sonuç doğurabilecek görüş içerdiğini daire adına, kim tarafından, ne zaman ve nasıl bir inceleme sonucunda saptanacağı hususundaki belirsizlik doktrinde eleştirilmektedir.²²⁸

Yargıtay'ın, bu konuya ilişkin aşağıdaki kararları irdelendiğinde tutarlılık olmadığı görülecektir.

²²⁶Dinç, **a.g.e.**, s. 149-150.

²²⁷Bkz. yuk. s. 68.

²²⁸Bu görüş için bkz. **A.y.**

Yargıtay Ceza Genel Kurulu²²⁹ bir kararında sanıkların beraatine ilişkin ilk hükmün katılanlar vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine Özel Dairenin, katılana tebliğ etmesine karşın, sanıklar aleyhine görüş içeren Yargıtay C.Başsavcılığı tebliğnamesini sanıklar ve müdafisine tebliğ etmeksizin ve varsa cevaplarını bildirmelerini beklemeksizin inceleme yaparak hükmü bozmuş olmasının, 1412 sayılı 316. maddesine aykırılık oluşturmakta olduğunu kabul etmekle birlikte bu durumu savunma hakkının telafi edilemez biçimde ihlali olarak görmemiştir. Ancak kurul üyelerinden biri karşı oyunda kanımızca da haklı olarak, bu düzenlemenin Anayasanın 90. maddesiyle bir iç hukuk kuralı haline gelen AİHS'in 6. maddesine aykırı olduğunu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 09.11.2000 tarihli *Göç v. Turkey* kararı ile benzer kararları nedeniyle ulusal mevzuata eklendiğini ve bu düzenlemelerin, emredici bir hukuk normu olduğunu belirtmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun bir başka kararı ise, kurul üyesinin karşı oyu doğrultusundadır.²³⁰

En çok tartışılan konulardan birisi de, Cumhuriyet Savcısının taraf sayılıp sayılmadığı konusudur. Konuya ilişkin açık bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Ancak hâkimin tarafsızlığını güvence altına almak üzere, 5271 sayılı Usul Kanunu'nda hâkimin görevden yasaklanması, hâkimin reddi ve hâkimin çekinmesi kurumlarına yer verilmişken savcılık kurumu bakımından bu tür düzenlemeler bulunmamaktadır. Savcının tarafsızlığının hâkimlerin tarafsızlığını sağlamaya yönelik bu kurumlarla sağlanmasının, adil yargılanma hakkının gereği olduğu savunulmaktadır Buna mukabil savcı sadece sanığın aleyhine olan hususları değil, lehine olan delilleri de toplamaktadır. Bu durumun savcının tarafsız olduğunun göstergesi olduğu da savunulmaktadır.²³¹ Kanımızca savcının tarafsız olup olmamasının, silahların eşitliği ilkesine uygun hareket edilip edilmediğinin tartışılması bakımından önem arz etmez. Zira AİHM kararlarında ifade edildiği üzere savcı tarafsız olsa dahi, tebliğnamede açıkladığı görüş ile bir tarafa muhalif

²²⁹Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2006/6–192 E, 2006/311 K sayılı karar.

²³⁰Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 26.09.2006, 6–204/197 sayılı karar; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2005/7–166 E, 2005/165 K sayılı

²³¹ Tartışmalar için bkz. Nur Centel, “Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığı”, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, İstanbul, 2004, s. 202–208; Cengiz v.d., **a.g.e.**, s. 13.

kalıyorsa, tebliğnamenin gönderilmemesi silahların eşitliği ilkesini ihlal edebilecektir.

3.2.2. TÜRK ÖZEL HUKUK YARGILAMASINDA SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ

Özel hukuk yargılamamızda geçerli olan usul kanunu 18.06.1927 tarihinde kabul edilmiş olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunudur.²³² Bu bölümde, bu kanundan yola çıkarak silahların eşitliği ilkesine uygun davranılıp davranılmadığı ortaya konmaya çalışılacaktır.

3.2.2.1. Bilgi ve Belgelere Ulaşmada Silahların Eşitliği İlkesi

Konu bilgilenme hakkı ve dosyayı inceleme hakkı yönünden ele alınacaktır.

3.2.2.1.1. Bilgilenme Hakkı

Hakkaniyete uygun dinlenilme ilkesi, tarafların yargılamanın başından sonuna kadar yargılamadan ve yargılamanın seyrinden tam olarak haberdar edilmesini gerektirir. Bu hakkın usul kanunumuzdaki en önemli görünümü, tarafları iddia ve savunmalarının dinlenmesi için kanuni şekillere uygun olarak davet edilmedikçe hüküm verilemeyeceğini öngören, 73. maddedir.²³³ Silahların eşitliği ilkesi ise, davalıya savunma hakkı tanınması bakımından dava dilekçesinin davalıya tebliğ edilerek kendisine karşı bir dava açılmış olduğunun bildirilmesini gerektirir.²³⁴ Bu madde sayesinde yargılama aşamasındaki gelişmeler yanların bilgisine sunulmakta,

²³²18.06.1927 tarihinde kabul edilerek 02, 03, 04.07.1927 tarih ve 622, 623, 624 sayılı R.G.'de yayınlanmıştır.

²³³Muhammet Özkes, **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003, s. 86. Kuru'nun haklı olarak ifade ettiği üzere usul kanunumuzun 73. maddesi aynı zamanda kural olarak duruşma yapmanın zorunlu olduğunu da ortaya koymaktadır. Bu bilgi için Bkz.: Baki Kuru v.d., **Medeni Usul Hukuku**, Değiştirilmiş 18. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s. 352.

²³⁴Yaşar Demircioğlu, **Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları Ve Adil Yargılama Güvenceleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s. 149; Dinç, **a.g.e.**, Sf. 164.

karşılıklı tartışma olanakları açık tutulmakta ve silahların eşitliği ilkesine uygun davranılmış olmaktadır.²³⁵

1086 sayılı Usul Kanunu'nun bu maddesi aynı zamanda taraf teşkilinin önemini ortaya koymaktadır. Taraf teşkili sağlanması silahların eşitliği ilkesinin garantisidir. Bu nedenle duruşma gün ve saatinin belirlenip taraflara usulüne uygun bir biçimde tebliğ edilmesi ve bu gün ve saatten önce her iki tarafın da rızası olmaksızın duruşma yapılamaması gerekir.²³⁶

Yargıtay²³⁷ bir kararında kararında, yerel mahkemenin 28.10.2005 tarihli celsede, duruşma gününü 26.12.2005 günü saat: 16'ya bırakmasına rağmen, aynı gün saat 15.30'da duruşma açarak hüküm kurmasını savunma hakkının kısıtlanması niteliğinde olduğundan adil yargılanma hakkı ve hukuki dinlenilme hakkına aykırı bulmuş ve mutlak bozma nedeni yapmıştır. Keza çeşitli kararlarında²³⁸ mahkemece belirlenen duruşma günü ve dava dilekçesinin tebliğinin, usulüne uygun olmadığını ve usulüne uygun tebliğ yapmadan, davalının yokluğunda yapılan yargılama sonunda sorumluluğuna hükmetmenin, usul kanununun 73. maddesine aykırı olması nedeniyle savunma hakkını kısıtladığını belirterek yerel mahkeme kararını bozmuştur.

HUMK md. 215'e göre, taraflara duruşma çağrı kâğıdının tebliği ile duruşma günü arasında en az 10 gün olmalıdır. HUMK md. 477'ye göre, sözlü yargılama usulünde ise bu süre iki gündür. Ancak acele hallerde hâkim, resen veya iki taraftan birinin talebi ile bu süreyi azaltabileceği gibi gereğinde uzatabilir.

Usul kanununda, duruşma yapılmasının zorunlu olmadığı düzenleme altına alındığı hallerde, taraflar çağrılmadan dosya üzerinde karar verilmesi mümkündür. Bu durumlar genellikle acele ve geçici nitelikte işler olup istisnaidir. Bu hallere örnek olarak ihtiyati tedbir (HUMK md. 105/2) ve ihtiyati haciz (İİK md. 258/II)

²³⁵Dinç, **a.g.e.**, s. 164.

²³⁶Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 155-165, Özekes, **a.g.e.**, s. 87.

²³⁷Yargıtay, 19. HD, 2006/2957 E ve 2006/10185 K sayılı karar.

²³⁸11. H.D.'nin 2003/11477 E, 2003/11000 K; 2003/1983 E, 2003/8183 K; 2003/4976 E, 2003/9376 K; 2003/9615 E, 2003/10455 K sayılı kararlar da aynı yöndedir.

kararı verilmesi gereken halleri ya da delil tespiti (HUMK md. 372) yapılması gereken durumları gösterebiliriz.²³⁹ Bu durumlarda karşı tarafın karardan veya tespitten haberdar edilmesi ve karara karşı tarafa itiraz imkânı tanınması taraflar arasındaki dengeyi korumaktadır.

Bilgilenme hakkı, sadece davadan haberdar olmayı değil aynı zamanda yargılamaya esas oluşturan vakalardan da haberdar olmayı gerektirmektedir. Bu nedenle, tarafların davanın başında ellerindeki dava malzemesinin hepsini mahkemeye sunmaları gerekir.²⁴⁰ Bu ise dilekçeler teatisi ile sağlanmaktadır. Buna göre, davacı taraf dilekçesinde, dilekçesinin vakalandırılmamış olması sebebiyle reddini önlemek için iddiasına dayanak olan tüm vaka ve delilleri (HUMK 179/3, 180), davalı taraf da cevap layihasında itirazına esas teşkil eden hususları bildirmek zorundadır. (HUMK 195/1). Dava dilekçesi ile birlikte iddiada bulunma hakkının kullanılmasının ardından, davalının cevaplarına karşı davacı tarafından karşı iddia ve savunmaları içeren replik (cevaba cevap) dilekçesi verilir. (HUMK md. 209), davacının cevap layihasındaki savunma ve karşı iddialarına yönelik olarak davalı düplik dilekçesi verebilir.(HUMK md. 210).

HUMK 195'e göre, davalı ilk itirazları ile birlikte esas hakkındaki cevabını ve varsa karşı delillerini, dava dilekçesinin kendisine tebliğinden itibaren on gün veya hâkim tarafından bir süre tayin edilmiş ise o süre içinde mahkeme kalemine bildirmek ve bir örneğini davacıya tebliğ ettirmek zorundadır.²⁴¹ Ancak maddenin 2. fıkrasında bu on günlük süre 8.1.1943 tarih ve 4353 sayılı kanun ile bazı kamu kuruluşları hakkında otuz gün olarak kabul edilmiştir. Bu şekilde taraflar arasında cevap süresinin farklı olması silahların eşitliği ilkesine aykırıdır.²⁴²

²³⁹ Anaklı, **a.g.t.**, s. 104; Özekes, **a.g.e.**, s. 212-220; Kuru v.d., **a.g.e.**, s. 353.

²⁴⁰ Özekes, **a.g.e.**, s. 91; Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 140-146.

²⁴¹ İstisnalar için bkz. 1086 Sayılı HUMK Md. 197.

²⁴² Anayasa Mahkemesi 02.12.2004 Tarih ve 2001/216E. 2004/120 K. Sayılı kararında, HUMK 432, maddesinin birinci fıkrasının ikinci tümcesinin (8.1.1943 sayılı kanuna tabi kamu kuruluşları hakkında otuz gündür.) iptaline karar vermiştir. Bu maddede, kanunda belirtilen kuruluşlara onlarla davalı olan taraflara nazaran 30 gün temyiz süresi tanınmaktadır. İptal kararının gerekçesi olarak Anayasa md. 10 ve 36 gösterilmiştir. Buna göre itiraz konusu kuralda, bir hukuk davasında taraf olma durumu nedeniyle hukuki itibarıyla eşit oldukları açık olan 4353 sayılı yasa kapsamında kamu idare ve

Davaya verilecek cevapta gerekli zaman ve kolaylıklardan faydalanılmasında; yargılama faaliyetinin bütünü, dava konusunun ve durumunun özellikleri, karmaşıklığı gibi durumlar göz önünde bulundurulurken belirlenmektedir. Örneğin, dava konusunun karmaşıklığı nedeniyle kanuni süresi içinde cevap verilebilmesi mümkün değilse ve ayrıntılı araştırmalar yapılması gerekiyorsa cevap süresinin uzatılması 1086 sayılı usul kanununun 198. maddesine göre mahkemeden talep edilebilir.²⁴³

Hukuk yargılamasında mahkemeleri harekete geçiren birinci etken davacılarıdır. Ancak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 72. maddesinde hâkim iki taraftan birinin talebi olmaksızın resen bir davayı tetkik ve halledemez dediğinden davalı da yargılamanın sürekliliği bakımından davacıya paydaş konuma getirilmekte, 185. madde ile karşılıklılık sağlanmaktadır.²⁴⁴ HUMK 213, 222, 230 ve 279. maddeleri yargılama aşamalarının taraflarının katılımıyla çözümlendiğini göstermektedir.²⁴⁵

Bir davada silahların eşitliği ilkesinin sağlanmasında en önemli güvencelerden biri de usul kanununun 71. maddesidir.²⁴⁶ Özellikle davasını usulüne uygun olarak takip etme yeteneğinden yoksun olan sağır-dilsizler gibi kişiler bakımından diğer taraf karşısında dezavantajlı duruma düşmesini önlemede güvence sağlayan 71. maddeye göre, hâkim iki taraftan birinin davasını usulüne uygun olarak yürütebilecek ehliyetinde olmadığını anlarsa hâkim o tarafa kendisine bir vekil tutmasını emredebilir.

kuruluşları ile davanın diğer tarafını teşkil eden diğer kişi ve kuruluşlar arasında, temyiz süreleri bakımından farklı düzenlemeler öngörüldüğü, bu durumun ise davada hakkaniyete uygun bir dengeyi varlığına engel teşkil ettiği, bu bakımdan silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiği, dolayısıyla kuralın Anayasa'nın 36. maddesinde ifadesini bulan adil yargılanma ilkesine de aykırı düştüğü sonucuna varıldığından iptaline karar verilmiştir. Aynı durum HUMK md. 195 içinde geçerli olmakla beraber, bu hüküm Anayasa'nın geçici 15. maddesi kapsamında kaldığından yetkisizlik kararı verilmiştir. Bilgi için bkz. Çiçek, "AİHS M. 6 Adil Yargılanma Hakkı Ve Türk Hukukunda Uygulaması", s. 237.

²⁴³ Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 150.

²⁴⁴ Dinç, **a.g.e.**, s. 164.

²⁴⁵ **A.g.e.**, s. 165.

²⁴⁶ Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 163-164.

3.2.2.1.2. Dosyayı İnceleme

Bilgilenme hakkı dava dosyasının incelenmesi hakkını da kapsamaktadır. Taraflar ve vekillerinin, dava dosyasını incelemesi engellenemez.²⁴⁷ Zira iddialara cevap verebilmesi dosya içerisindeki bilgi ve belgelere ulaşması ile mümkün olmaktadır.

Ancak resmi bir makam, dosyada yer alacak bir belgeyi gizlilik kaydıyla göndermişse bu halde bu belgenin hükme dayanak yapılmaması gerektiği savunulmaktadır.

Usul kanunumuzun 155. ve 157. maddelerinden hareketle, dosyanın incelenmesi çerçevesinde tarafların dosyadaki belgelerin asıllarını görmeleri, fotokopi almaları mümkündür. Ancak yargılamanın sağlıklı yürütülmesi için dosyadaki bilgi ve belgelerin korunması için gerekli önlemler alınabilir.²⁴⁸

Kanımızca tarafların, belgeleri saklamalarını ya da kaybetmelerini önlemek için mahkemenin önlemler alması, örneğin senedin aslını kasada muhafaza etmesi silahların eşitliği ilkesini ihlal etmez.

3.2.2.2. Delil Sunma Yönünden Davanın Taraflarının Durumu

İç hukukta tarafların delillerin sunulabileceği zaman dilimi yargılama usulüne göre değişmektedir. Basit yargılama usulünün düzenlendiği usul kanununun 510. maddesine göre delillerin ilk duruşma sırasında hemen verilmesi zorunlu olup, tarafların hâkim tarafından korunmakla yükümlü bulunduğu menfaatlerinin olması halinde, hâkim tarafından her zaman delillerin tamamlanması emredilebilir. Ancak HUMK 166–174 maddeleri arasında düzenlenen eski hale getirme nedenlerinin

²⁴⁷Özekes, **a.g.e.**, s. 92.

²⁴⁸**A.g.e.**, sf. 94.

mevcut olayda bulunması halinde ve taraf talepte bulunmuşsa ilk duruşmada gösterilmeyen deliller de gösterilebilmektedir.²⁴⁹

Yazılı yargılama usulünde delillerin sunulması yukarıda bahsettiğimiz dilekçeler teatisi ile olmaktadır. Bu aşamadan sonra taraflar delil sunmamaktadır. Sözlü yargılama usulünde ise yazılı yargılama usulünden farklı olarak deliller sözlü olarak tahkikat aşamasının bitimine kadar sunulabilir. Tarafların belli bir aşamaya kadar delillerini sunabilmesi, fakat bundan sonra karşı tarafın rızası olmaksızın ya da ıslah yapılmadan sunamamasında silahların eşitliği ilkesine aykırılık yoktur. Zira bu durum her iki taraf için de geçerli olan yasal bir düzenlemedir.²⁵⁰ Ancak, davalının delillerine başvurulmadan yalnız davacı delillerine dayanarak hüküm verilmesi, delil ikamesi dilekçesinin reddedilmesi, silahların eşitliği ilkesini ihlal edecektir. Zira her iki tarafın da aynı şartlar altında delil sunma hakkı vardır.²⁵¹

Tanık, davanın tarafları dışında 3. bir kişi olup, dava ile ilgili bir vaka hakkında, dava dışında bizzat edinmiş olduğu bilgiyi mahkemeye bildiren kişidir.²⁵² Tanık ifadeleri hukuk yargılamasında takdiri delil durumundadır.

Usul kanunumuzun 253. maddesine göre kural olarak tanıklık etmek zorunludur. Geçerli bir mazereti olmaksızın usulüne uygun tebligata rağmen gelmeyen tanık zorla getirilir ve gelmemesinin sebep olduğu giderler kendisine yükletilir. Usul kanununun 271. maddesine göre ise mahkemeye geldiği halde cevaptan veya yeminden kaçınan tanığın disiplin cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Ancak tanıklıktan çekinilebilecek haller vardır ve bunlar kanununun 245. ve 246. maddelerinde düzenlenmiştir ve bu yasal düzenleme sözleşmeye aykırılık teşkil etmez.

Davada tanıklar taraflarca gösterilir. Yargıtay bir kararında²⁵³ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göndermede bulunarak Usul Kanunu'nun 75. maddesinin 3.

²⁴⁹Anaklı, **a.g.t.** s. 114.

²⁵⁰**A.g.t.**,s. 115-116.

²⁵¹Demircioğlu, **a.g.e.** , s. 177.

²⁵²Kuru vd., **a.g.e.**, s. 441.

fıkrasını değerlendirmiştir. Buna göre somut olayda davacıya delillerini gösterme imkân tanındığı halde davalıya bu imkânın tanınmaması bozma nedeni yapılmıştır.

Usul hukukumuzda tanık dinleme, Usul kanununun 288 ve 290. maddeleri arasında düzenlenen senetle ispat zorunluluğunun dışında kalan işlemler bakımından mümkündür. Hâkim delillerin değerlendirilme aşamasında, kesin bir delille ortaya konulan vakayı hakikat kabul etmek zorundadır ve bunu değerlendirme yetkisi yoktur. Usul kanunumuzun 240. maddesine göre, kanuna göre kesin delil sayılan senet, ikrar, yemin ve kesin hüküm haricindeki deliller ise hâkim tarafından serbestçe değerlendirilir. AİHM'e göre, delillerin kabulü ilk önce iç hukuk kurallarına bağlıdır. Bu nedenle kesin delillerle ispatın arandığı durumlarda, takdiri delillerle ispatın yasaklanması meselesi bir tercih sorunudur ve aynı zamanda kanunda yumuşatıldığı haller de bulunmaktadır, bu nedenle silahların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil etmez.²⁵⁴

Tanıkların dinlenmesi, ayrı ayrı yapılır; usul kanununun 265. maddesine göre, ayrı dinlenen tanıklar gerekirse yüzleştirilebilir ve 267. maddesine göre, taraflardan her biri bu esnada tanığa soru sorma hakkına sahiptir. Soruların gerçekliği konusunda taraflar arasında çıkacak anlaşmazlığı hâkim çözmektedir. Tanığın istinabe yoluyla dinlenmesinde sorulacak sorulara da hâkim karar vermekle birlikte tarafların tanıklığı tamamlamak ve açıklattırmak için yeni soru sorma hakları bulunmaktadır.²⁵⁵

Hastalık veya sakatlık nedeniyle gelemeyen tanık, Usul kanunumuzun 255. maddesine göre bulunduğu yerde dinlenir. Bu durum silahların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil etmez.

Usul kanununun 267. maddesine göre davaya bakan mahkemenin yargı çevresi dışında olan tanıkların istinabe suretiyle dinlenmesine karar verilebilir. Ancak 257. maddeye göre, silahların eşitliği ilkesine uygun olarak tanığın dinleneceği gün ve saatin taraflara bildirilmesi gerekir.

²⁵³Yargıtay 2. HD, 2004/11405 esas, 2004/12644 sayılı karar.

²⁵⁴Demircioğlu,, **a.g.e.**, s. 180-184. İstisnalar için Bkz.: HUMK md. 287-294.

²⁵⁵Anaklı, **a.g.t.**,s. 110

İstinabe yapılan işlem için bilgi verilmesi sadece tanıkların istinabe yoluyla dinlenilmesi bakımından getirilmiş olup, diğer istinabe yoluyla yapılabilecek işlemler için de aynı düzenlemenin yapılması gerektiği haklı olarak savunulmaktadır.²⁵⁶ Tanığın tarafın yokluğunda dinlenilmiş olması temyiz sebebidir. Zira önemli bir yargılama hatası teşkil eder.

Usul kanunumuzun 230 ve 235. maddeleri arasında tarafların isticvabı müessesesi düzenlenmiştir. Buna göre, taraflar mahkeme önünde, belirli bir vaka hakkında sözlü olarak sorguya çekilir ve cevap alınır.

İsticvap müessesesi bu yönüyle silahların eşitliği ilkesinin bir görünümü olduğu ileri sürülmektedir. İsticvap, usul kanunumuzda açıkça deliller kısmında düzenlenmeyip, daha çok bilgi ve kanaat oluşturma aracı olarak düzenlenmişse de isticvabın geniş anlamda delil niteliği taşıyacağı savunulmaktadır. İspat yükü kendisine düşen taraf ya kendisinin ya karşı tarafın ya da her iki tarafın isticvabını isteyebilir. İspat yükü kendisine düşmeyen taraf da, ya kendisinin ya ispat yükü kendisine düşen karşı tarafın isticvabını ya da her iki tarafın isticvabını isteyebilir. İspat yükünü taşıyan taraf, iddiasını ispat ederse, ispat yükü bu kez, karşı iddiada bulunan tarafa geçecektir. Silahların eşitliği ilkesi bu noktada kişiye, karşı iddiasını ispat etmek için kendisinin veya karşı tarafın isticvabını isteme hakkı verir. Aksi davranış yani tarafa bu hakkın verilmemesi AİHM içtihatlarına ters düşer.²⁵⁷

3.2.2.3. Bilirkişilik Yönünden Davanın Taraflarının Durumu

Yargılama sürecinde, özel veya teknik bilgiyi gerektiren konularda, hâkim tarafından bilgi ve görüşüne başvurulmuş uzman kişilere, “*bilirkişi*” denir.²⁵⁸ Usul kanununun 275. maddesine göre çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde mahkeme bilirkişiye başvurur. Dolayısıyla bilirkişi özel ve teknik bilgisinin yetmediği hallerde hâkime yardım eder. Bilirkişilik tanıklıktan farklı bir kavramdır.

²⁵⁶ Anaklı, **a.g.t.**, s. 109-110.

²⁵⁷ Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 178.

²⁵⁸ Yahya Deryal, **Türk Hukukunda Bilirkişilik ve Bilirkişi Raporları Örnekleri**, İstanbul, Beta Yayınları, 2001, s. 3; Kuru v.d., **a.g.e.**, s. 449.

Zira bilirkişi bilgisine başvuru olan olaya tanık olmuş değildir ve tanık gibi geçmişteki gözlemini anlatmaz. Şimdiki gözlemini teknik bilgisine dayanarak anlatır. Bilirkişilik teknik ve özel bilgi gerektirdiği için herkes bilirkişi olamaz, ancak tanıklık bakımından bu yönde bir bilgi aranmaz.²⁵⁹ Adalet Komisyonu'nda görüşülmekte olan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Tasarısının 270. maddesinde de hâkimin hukuki konularda bilirkişiye başvuramayacağına dair kural korunmuştur.²⁶⁰

1086 sayılı Usul Kanunumuzun sistematigi içinde bilirkişilik kurumuna takdiri deliller arasında yer verilmesi, bilirkişinin bir delil aracı mı yoksa ispat aracı mı olduğu tartışmalarına neden olmuştur.²⁶¹ Kanaatimizce bilirkişi bir ispat aracı değil, delil elde etme aracıdır.

Usul Tasarısının 286. maddesinde bilirkişinin oy ve görüşünün, hâkim tarafından nasıl değerlendirileceğine ilişkin bir düzenleme öngörülmüştür. Maddede yer alan düzenlemeyle, bilirkişinin, raporunda yahut sözlü açıklamalarında işaret ettiği oy ve görüşünü, hâkimin, diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirileceği hususu hüküm altına alınmış; bu suretle bilirkişinin belirteceği oy ve görüşünün, bir takdiri delil niteliği taşıdığına açıkça işaret edilmiştir. Anılan hüküm çerçevesinde, hâkim, bilirkişi raporunu yeterli görmemekle beraber, raporda yazılı olan özel ve teknik bilgilerden hareketle bilirkişinin raporunda varmış olduğu sonucun yanlış olduğu kanısına ulaşacak olursa bunun gerekçelerini açıkça ortaya koymak suretiyle, bilirkişi raporunun aksine de karar verebilecektir.²⁶²

Hukuk davalarında, ceza davalarından farklı olarak tarafların anlaşarak bilirkişi seçiminde etkin rol oynaması mümkündür.²⁶³ Bilirkişilerin kimliklerinin tutanakta

²⁵⁹ Kuru v.d., **a.g.e.**, s. 449.

²⁶⁰ Hakan Pekcanitez, "Genel Olarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Tasarısı", **HPD**, S: 7, Temmuz 2007, s. 93-94.

²⁶¹ Deryal, bilirkişinin bir ispat aracı olduğunu savunmaktadır. Ancak Bilge/Önen bilirkişiyi bir yardımcı olarak görmektedir. Bu bilgi için bkz. Deryal, **a.g.e.**, s. 4. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 02.12.1982 Tarihli kararında bilirkişinin görevinin hâkime yardımcı olmak olduğunu açıkça belirtmiştir.

²⁶² Pekcanitez, **a.g.m.**, s. 70. Usul Kanununun değiştirilmesine yönelik çalışmalar yapılmasının nedenleri arasında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer verilen adil yargılanma hakkının sağlanabilmesi de yer almaktadır.

²⁶³ Deryal, **a.g.e.**, s. 2.

belirtilmesi, tarafsız bir inceleme yapılabilmesi açısından tarafların bilirkişilerin kim olduklarını bilmelerini sağlar ve 1086 sayılı usul kanununun 277. maddesindeki şartların varlığı halinde bilirkişiyi reddedebilme imkânı sağlar.²⁶⁴

Usul kanunumuzun 279. maddesine göre, bilirkişiye sorulacak soruları hâkim her iki tarafı dinledikten sonra karar verir. Bu maddedeki silahların eşitliği açısından en önemli düzenleme bilirkişinin diğer taraf hazır olmaksızın taraflardan birine soru soramayacağıdır. Bu nedenle silahların eşitliği ilkesinin gereği, bilirkişi bir tarafı dinleyeceği gün ve saati diğer tarafa bildirmeli ve onu davet etmelidir.²⁶⁵ Bilirkişi raporunun mahkemeye sunulmasından sonra yargılama gününden önce taraflara yazılı olarak örneklerinin gönderilmesi tarafların bilirkişi raporuna karşın diyeceklerini söyleyebilmesi ve itiraz etmeleri bakımından önem arz etmektedir.

Bilirkişi dava konusu yer üzerinde de inceleme yapabilir veya ticari defter ve belgeleri incelemede olduğu gibi diğer hazırlık işlemlerinde de bulunabilir. Bu incelemelerin öncesinde de silahların eşitliği ilkesinin sağlanması bakımından, incelemenin yapılacağı yer, gün ve saatin usul kanunumuzun 280. maddesi gereği taraflara bildirilmesi gerekir.

Hazırlanan bilirkişi raporunun mahkeme kalemine verilmesinden sonra mahkemece taraflara yargılamadan önce tebliğini düzenleyen usul kanunumuzun 280. maddesi ve bu sayede tarafların raporun içeriği hakkında bilgi sahibi olmaları ve varsa itirazlarını ileri sürmelerine imkân veren kanunun 283. maddesi yargılamada silahların eşitliği ilkesini sağlamak bakımından önem arz etmektedir.²⁶⁶ Zira AİHM, *Feldbrugge v. Netherlands* kararında taraflara bilirkişi raporunu görme ve tartışma imkânının tanınmamasını silahların eşitliği ilkesine aykırı görmüştür.²⁶⁷

Yargılama aşamasında gerekli olan işlem istinabe yoluyla yapılacaksa, usul kanunumuzun 257. maddesi gereğince, istinabe olunan mahkemenin, kendisinden

²⁶⁴ Demircioğlu, **a.g.e.**, s. 207.

²⁶⁵ **A.g.e.**, s. 208.

²⁶⁶ **A.g.e.**, s. 209.

²⁶⁷ **A.y.**; bkz.: yuk. s. 38.

istenilen işlemin yapılacağı gün ve saatini taraflara bildirmesi gerekir. Ancak bu düzenleme sadece istinabe yoluyla tanık dinlenmesine ilişkindir. Tarafların istinabe yoluyla yapılacak her işlemde dolayısıyla bilirkişi incelemesinde de hazır bulundurulmasının silahların eşitliği ilkesinin bir gereği olduğu haklı olarak savunulmaktadır.²⁶⁸

Hukuk usulümüzde yargı organlarının ihtiyaç duyması halinde, onlara yardımcı olmak ve bilirkişilik yapmak üzere kanunla görevlendirilmiş kişi ve kurumlara “*resmi bilirkişi*” denir. Kanunla görevlendirilen resmi bilirkişiler, adli tıp kurumu, yüksek sağlık şurası ve kamulaştırma bilirkişileridir. Bu bilirkişiler, bilirkişilik yapmakla yükümlüdürler.²⁶⁹ Özel hukuk alanında bilirkişi uygulamasının adil yargılanma hakkını ihlal etmesinin ötesinde nerdeyse yetki devri anlamına geldiği savunulmaktadır.²⁷⁰ Bilirkişinin yargılamadaki rolünün silahların eşitliği ilkesini ihlal etmemesi için, bilirkişinin takdiri bir delil elde etme aracı olduğu göz ardı edilmemelidir.

Bilirkişinin tarafsız olması gerekliliği silahların eşitliği ilkesi açısından aranan bir koşuldur. Buna göre, bilirkişinin ortaya koyacağı görüş, o konunun uzamanı olan herkesin üzerinde birleşebileceği, genel, nesnel, bilimsel ve evrensel bir görüş olmalıdır.²⁷¹ Yargıtay bir kararında²⁷² belediyenin taraf olduğu davada belediyeye bağlı su işletmesinin veya elektrik işletmesinin mühendislerinin bilirkişi seçilmesini, bilirkişinin tarafsızlığını şüpheye düşürecek bir durum olarak değerlendirmiştir.

Bilirkişinin tarafsızlığını sağlamaya yönelik tedbirler usul kanununun 277. maddesinin 1. fıkrasındaki atıf nedeniyle usul kanununun 28. ve 29. maddelerine göre işletilecek “*bilirkişinin reddi müessesesi*” ve usul kanununun 286. maddesinin 4. fıkrasına göre “*bilirkişiye yemin ettirilmesi*” dir.²⁷³ Tasarının 276. maddesinde de “*bilirkişilik görevini yapmaktan yasaklı olma*” ile “*bilirkişinin reddi*” kurumları

²⁶⁸ **A.g.e.**, s. 212.

²⁶⁹ Deryal, **a.g.e.**, s. 21.

²⁷⁰ Çiçek, **a.g.m.**, s. 244.

²⁷¹ Deryal, **a.g.e.**, s. 36.

²⁷² Yargıtay 15. HD, 30.12.1982, 2610/2771 Sayılı Karar.

²⁷³ Deryal, **a.g.e.**, s. 36-37.

hüküm altına alınmıştır. 276. maddenin 1. fıkrasında yapılan düzenlemeyle hâkimler hakkındaki yasaklılık ve ret sebepleri ile ilgili kuralların bilirkişiler hakkında da uygulanma alanı bulacağına işaret edilmiş ve hâkimlerden farklı olarak, bilirkişinin aynı davada veya işte, daha önceden tanık olarak dinlenmiş bulunmasının bir ret sebebi teşkil edemeyeceği hususuna da işaret edilmiştir. Tasarının 276. maddesinin 2. fıkrasında hakkındaki yasaklılık sebeplerinden birisinin, bilirkişinin şahsında gerçekleşmesi halinde, mahkemenin, bilirkişiyi görevden resen alabilmesine; bilirkişiye de, tarafsız davranamayacağını gerekçe göstermek suretiyle, mahkemedен görevden alınmayı talep edebilme olanağı veren bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenleme uyarınca, bilirkişinin faaliyetini sevk ve idare eden organ olarak mahkeme de, tarafsızlığın temini bağlamında, yasaklılık nedenlerinden birisinin bilirkişinin şahsında gerçekleşmesi halinde herhangi bir talep olmasa bile bilirkişiyi görevden alabilecektir. Maddenin 3. fıkrasında yer alan düzenlemeyle, yasaklılıkla karşılaştırıldığında, tarafsızlığa gölge düşürme bağlamında daha hafif sayılabilecek olan ret sebeplerinin bilirkişinin şahsında gerçekleşmesi durumunda, tarafsızlığın temini âmâcıya, bilirkişinin reddini mahkemedен isteme taraflara bir hak olarak tanınmış ve ayrıca objektif ve tarafsız davranmakla yükümlü konumunda bulunan bilirkişiye de, kendi kendisini reddedebilme olanağı tanınmıştır. Ayrıca sözü edilen düzenlemede, tarafların ret talebini ve bilirkişinin kendisini ret sebebinin öğrenilmesinden itibaren yedi günlük süre içerisinde yapılması gerektiği hususu hüküm altına alınmış ve ret sebeplerinin ispatı için yemin deliline de başvurulamayacağına işaret edilmiştir.²⁷⁴

3.2.3. TÜRK İDARE HUKUKU YARGILAMASINDA SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ

Bu bölüm başlığı altında silahların eşitliği ilkesinin 2577 sayılı İdari yargılama Usulü Kanunu ve yargı kararları çerçevesinde irdelenmesi amaçlanmaktadır.

²⁷⁴ Pekcantez, **a.g.m.**, s. 89-90.

3.2.3.1. Bilgi ve Belgelere Ulaşmada Silahların Eşitliği İlkesi

Bu bölüm başlığı altında silahların eşitliği ilkesi 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu çerçevesinde incelenecek ve 4982 Bilgi Edinme Hakkı Kanunundaki düzenlemeye de değinilecektir.

İdari davaların açılmasını düzenleyen 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun, 3. maddesinin 3. fıkrasına göre, dava konusu kararın ve belgelerin asılları veya örnekleri dava dilekçesine eklenir. Buna göre, davacı kanıtları kanun ile öngörüldüğü için davanın açılışyla birlikte davalı idareye göndermezse, kanunun 15. maddesi uyarınca dava dilekçesi reddedilir. Dolayısıyla idari yargılama hukukunda davacının, davada kullanabileceği bilgi ve belgelere ulaşamaması dava dilekçesinin reddine neden olmaktadır ve bu durum silahların eşitliği ilkesine aykırıdır.

Ancak yargı kararlarında bu düzenleme yumuşatılarak kişinin bilgi ve belgelere ulaşamamasının hak kaybına yol açması önlenmeye çalışılmaktadır. Örneğin, İdari Dava daireleri Genel Kurulu'nun bir kararına konu olayda²⁷⁵ davacı; İzmir İli, Bergama İlçesindeki altın madeninin siyanür liçi yöntemiyle işletilmesine izin verilmesi yolundaki idari işlemlerin açılan davalar sonucu iptal edildiğini, verilmiş yargı kararlarına rağmen mahkeme kararlarının uygulanmaması sonucunu doğuracak şekilde Bakanlar Kurulu tarafından alınan prensip kararıyla faaliyetin devamına izin verildiğinin Sağlık Bakanının basın açıklamasından ve gazetelerdeki haberlerden öğrendiğini belirterek dava açmış ancak dava konusu işlemin veya kararın dilekçeye eklenmediği ve davanın konusunun anlaşılmadığı gerekçesiyle, dava dilekçesi reddedilmiştir. Bu karar üzerine davacı, ilgili makamlara başvuruda bulunarak, Bakanlar Kurulunca alınan prensip kararını talep etmiş ancak bu başvurular cevapsız bırakılmıştır. Bu olay bakımından, İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, davanın konusunun açık olması ve dava konusu Bakanlar Kurulu Kararının, davacının yaptığı başvurulara rağmen yazılı olarak bildirilmemiş olmasını fiili imkânsızlık olarak nitelendirmiş ve idari yargı mercilerinin resen inceleme yetkisini kullanarak dava konusu Bakanlar Kurulu kararının varlığını araştırması gerekirken,

²⁷⁵İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 2002/1149 E ve 2003/103 K sayılı karar.

dava açma hakkının kullanılmasını engel oluşturacak şekilde dilekçeyi ret kararı verilmesini ve yenilenen dilekçede de aynı yanlışlıklar yapıldığından bahisle bu kez davanın reddine karar verilmesini usul hükümlerine aykırı bulmuştur.

2577 sayılı kanunun 16. maddesinin 1. fıkrasına göre, dava dilekçesinin ve eklerinin birer örneği davalıya, davalının vereceği savunma davacıya tebliğ olunur. Davalı idarenin, mahkemeye sunduğu belgelerin birer örneğini davacıya gönderme yükümlülüğü bulunmaması haklı olarak silahların eşitliği ilkesine aykırı görülmektedir.²⁷⁶

2577 sayılı kanunun 16. maddenin 5. fıkrası, davalara ilişkin işlem dosyalarının aslı veya onaylı örneğinin idarenin savunması ile birlikte, Danıştay veya ilgili mahkeme başkanlığına gönderileceğini düzenlemiştir. İdarenin, savunmalarının ekinde işlem dosyalarını mahkemeye göndermemelerinin, kanunda hiçbir yaptırımı bulunmaması eleştirilmektedir.²⁷⁷

Danıştay'ın bir kararına konu olayda,²⁷⁸ vergi inceleme raporuna dayanılarak davacı Şirket adına, re'sen salınan katma değer vergisine ve kesilen kaçakçılık cezasına ilişkin işlemi;213 sayılı Kanunun 35'inci maddesinin son fıkrası uyarınca, inceleme raporunun bir suretinin ihbarnameye eklenmesinin zorunlu olduğu; aksi halde, tarhiyatın maddi ve hukuki sebeplerinin yükümlüler tarafından bilinmemesi sebebiyle, yasal hakların kullanılmasının sınırlandırılmış olacağı; bu nedenle, sözü edilen hususa uyulmamasının, anılan Kanunun 108'inci maddesinde öngörülen esasa etkili bir eksiklik olduğu gerekçesiyle iptal eden Ankara Yedinci Vergi Mahkemesinin kararının; bir sureti davacı Şirkete verilen vergi inceleme raporu eki tutanaktaki tespitlerin bilindiği, bu sebeple, raporun tebliğ edilmemesinin esasa etkili eksiklik olmadığı, ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Daire yaptığı incelemede; davacının, dava dilekçesinde bildirmiş olduğu tebliğ tarihine nazaran idari dava açma süresinde, davasını açmış olmasından

²⁷⁶ Dinç, a.g.e, s. 174–175.

²⁷⁷ A.y.

²⁷⁸ Danıştay, 7. Daire, 02.03.2004, 2001/1844 E ve 2004/555 K sayılı karar.

hareketle, inceleme raporunun ihbarnameye eklenmemesinin davacının, hak arama yoluna başvurmasını engellemediği kanısına ulaşmıştır. Ayrıca daire, inceleme raporunun örneği, İdari Yargılama Usulü Kanununun 16. maddesinin 5. fıkrası uyarınca davalı Vergi Dairesi Müdürlüğü'nün savunma dilekçesine eklenmek suretiyle davacıya tebliğ edilmiş bulunduğu; davacının, kendini savunma hakkının da, davada, ihlal edilmiş olmadığını belirterek, temyiz istemini kabul edip, kararı bozmuştur.

Kanımızca burada savunma hakkını esaslı surette etkileyen bir durum yoktur. Zira rapor, savunma dilekçesiyle gönderilmiş ve onun öncesinde de davacının dava açabilecek kadar bilgisi olmuştur.

İdari davalarda deliller çoğu kez davalı durumunda bulunan idarenin elinde olduğundan davacının, davalı idare karşısında nitelikli bir şekilde dezavantajlı konumda bulunmasını engellemeye yönelik olarak idari yargılama makamlarının kendiliğinden gerekli belgeyi getirebileceği düzenlenmiştir. Buna göre, Davacı davasını ispat için idarede bulunan işlem dosyasının getirtilmesini ister ya da mahkeme re'sen gerekli belgeyi getirtme yoluna gider.²⁷⁹

2577 sayılı kanunun 20. maddesinde dosyaların incelenmesi düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasına göre, Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yaparlar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. İlgili yerlerden gelen yanıtların ayrıca taraflara bildirilmediği ve bu şekilde taraflara bildirilmeyen kanıtların karara dayanak yapılması halinde, Sözleşme'nin ihlal edilmiş olacağı haklı olarak savunulmaktadır. Zira yargı yerlerinin kendiliğinden kanıt toplamaları sözleşmeye aykırı olmasa da bu kanıtların yanlara iletilmemesi sözleşmeye aykırı olacaktır.²⁸⁰

²⁷⁹ Gözübüyük, **İdari Yargı**, s. 421.

²⁸⁰ Dinç, **a.g.e.**, s. 176.

Benzer bir düzenleme de 2575 sayılı kanunun evrak getirilmesi ve yetkililerin dinlenmesine ilişkin 49. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, ivedi olan işler hakkında lüzum görülen her türlü evrak getirilebileceği ve bilgi istenebileceği gibi, tamamlayıcı veya aydınlatıcı bilgiler alınmak üzere ilgili dairelerden veya uygun görülecek diğer yerlerden yetkili memur ve uzmanlar da çağırılabilir.

2577 sayılı kanunun 20. maddesine 10.06.1994 günlü 4001 sayılı kanunun 9. maddesiyle “*verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemez*” hükmü eklenmiş ve maddenin 4. fıkrasında yer alan “*getirilen veya idarece gönderilen gizli belge ve dosyalar taraf ve vekillerine incelettirilmemez*” cümlesi yürürlükten kaldırılmıştır. Bu değişikliğin gerekçesinde, yargılama usulü hukukunda amacın davaya dayanak yapılan tüm delillerin tarafların bilgisine sunulmak suretiyle gerçeğin ortaya çıkarılması ve delil sisteminin korunması olduğu belirtilmiştir.²⁸¹

İdarenin tek yanlı iradesi ile ortaya koyduğu tasarrufların içeriğini ortaya koyan işlem dosyası hakkında muhatabın bilgi edinebilmesi ancak işlem dosyası mahkeme önünde getirildiğinde söz konusu olabilmektedir. Ancak İdarece gönderilen işlem dosyalarının mahkemelere gizlilik kaydıyla iletilmiş olması ve mahkemelerin de buna itibar etmesi neticesinde işlem dosyaları davacılar ya da vekillerine incelettirilmemekte ve bu suretle davacının bu bilgi ve belgelere karşı savunma hakkı kısıtlanmaktadır. AİHM içtihatları uyarınca ise, doğrudan doğruya milli güvenlik ile ilgili uyuşmazlıklara ilişkin işlem dosyalarındaki bilgi ve belgeler hariç diğer tüm bilgi ve belgelerin aleni olması gerekmektedir. Bu nedenle 2577 sayılı kanunun 20. maddesinin 3. fıkrasına şu şekilde bir son cümle eklenmesi önerilmektedir: “*Danıştay ve mahkemeler, davanın taraflarının, ara kararınca getirilen belgeler ile işlem dosyasındaki bilgi ve belgelere ulaşma haklarını gözetici her türlü tedbiri alır*”

²⁸¹ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 2005/3292 E ve 2008/1633 K sayılı kararı

ve bu bilgi ve belgeleri yeni öğrendiğini ileri süren tarafa ayrıca bir savunma hakkı tanır.’’²⁸²

Son olarak belirtelim ki, Yüksek idari yargı yerlerinin kararlarında davanın sonucundan etkilenebilecek kişilerin davaya katılımının sağlanmaması bilgilendirilme hakkına aykırı bulunmaktadır.

İdare Dava Daireleri Genel Kurulu’nun bir kararında,²⁸³ 2577 sayılı Yasanın 31. maddesi ile atıfta bulunulan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 53, 56 ve 57. maddelerinden hareketle, hakkı veya borcu bir davanın sonucuna bağlı olan üçüncü şahıs konumundaki. Özel Sağlık ve Eğitim Hizmetleri Sanayi ve Ticaret Limited Şirketinin kararın sonucu ile ilgisi bulunduğu kabul edilerek, davaya; davalı idare yanında katılmasına karar verilmekle birlikte, kararda bu şirkete katılan sıfatıyla yer verilmemesinin, katılanın kararın kendisine tebliği ile karardan bilgi sahibi olmak ve kararı temyiz etmek hakkını kullanmaktan mahrum bırakmış olmasını usule aykırı bulmuştur. Keza Danıştay’ın 11. Dairesi ise bir kararında,²⁸⁴ hukuki durumu doğrudan veya dolaylı olarak etkilenecek olan kişinin, davaya katılmasında hukuki yararın bulunması halinde, davanın bu kişiye ihbar edilerek davaya dâhil edilmesi bu katılım sağlanmadan idare mahkemesince verilen kararın usul ve yasa hükümlerine aykırı olduğu belirtilmiştir.

3.2.3.1.1. Bilgi Edinme Kanunu Bakımından Bilgi ve Belgelere Ulaşma Hakkı

Demokratik ve şeffaf bir yönetim sağlamayı amaçlayan,²⁸⁵ 09.10.2003 tarihli ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu ile Kamu Kurum ve Kuruluşları ile Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları’nın faaliyetleri ile ilgili olarak bilgi edinme hakkı tanınmıştır. Kurum ve kuruluşlar, istenilen bilgi veya belgeyi

²⁸²Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği, **a.g.e.**, s. 101.

²⁸³ İdare Dava Daireleri Genel Kurulu,16.10.2003, 2003/512 E, 2003/738 K sayılı karar.

²⁸⁴ Danıştay, 11. Daire, 2005/1023 E, 2005/4242 K sayılı karar.

²⁸⁵ Ahmet Erol, **Dilekçe Hakkı ve Bilgi Edinme Hukuku**, Ankara, Şen Matbaa, 2007, s. 13. Erol, Demokratik ve Şeffaf yönetimi; eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine saygı gösteren ve bu ilkelere uygun olarak işleyen ya da işletilen yönetim şekli olarak tanımlamaktadır.

başvuranların yararlanmasına sunmak ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere, gerekli idarî ve teknik tedbirleri almakla yükümlüdürler. Ancak istenen bilgi veya belgelerde, gizlilik dereceli veya açıklanması yasaklanan bilgiler ile açıklanabilir nitelikte olanlar birlikte bulunuyor ve bunlar birbirlerinden ayrılabiliriyorsa, söz konusu bilgi veya belge, gizlilik dereceli veya açıklanması yasaklanan bilgiler çıkarıldıktan sonra başvuranın bilgisine sunulur. Ayırma gerekçesi başvurana yazılı olarak bildirilir.

Kurum ve kuruluşlar, bilgi edinme başvurularıyla ilgili cevaplarını yazılı olarak veya elektronik ortamda başvuru sahibine bildirirler. Başvurunun reddedilmesi hâlinde bu kararın gerekçesi ve buna karşı başvuru yolları belirtilir. Karara karşı itiraz mercii, 4982 sayılı kanunun 14. maddesine göre “*Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu*”dur.

4982 sayılı kanunun dördüncü bölümünde yargı denetimi dışında kalan idari işlemlerden kişinin çalışma hayatını ve mesleki onurunu etkileyecek nitelikte olanların kanun kapsamına dâhil olduğu fakat edinilen bilginin işlemin yargı denetimine açılması sonucunu doğurmadığı düzenlenmiştir. Ayrıca devlet sırrına ilişkin, ülkenin ekonomik çıkarına ilişkin, kanunun 15. maddesi kapsamında etki doğurmayan istihbarata ilişkin, idari ve adli soruşturmaya ilişkin, özel hayatın gizliliğine ilişkin, haberleşmenin gizliliğine ilişkin, ticari sırra ilişkin, fikir ve sanat eserlerine ilişkin başvurularda bilgi edinme hakkına sınırlamalar getirilmiştir.

İdari Dava Daireleri Genel Kurulu’nun bir kararına konu olayda²⁸⁶ dava, davacının görevine son verilmesine ilişkin işlem ve bu işleme dayanak Diyanet İşleri Başkanlığı, Sınav, Atama ve Nakil Yönetmeliği’nin ilgili maddesinin iptali ve yoksun kalınan parasal ve özlük hakların ödenmesi istemiyle açılmıştır. Davacı 657 Sayılı Devlet Memurları Hakkında Kanun bağlamında devlet memuru olup, hakkında görevine son verilmeden önce soruşturma yapılmıştır. Davacı gerek işlemin tesisi aşamasında gerekse yargılama aşamasında söz konusu soruşturma raporunu inceleyemediğini, işleme dayanak alınan belgelerin gerçeği yansıtmadığını ve

²⁸⁶ İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 2005/3292 E, 2008/1633 K sayılı karar.

soruşturmanın objektif yapılmadığını ileri sürerek Danıştay'ın 12. Dairesinin kararının bozulmasını talep etmektedir. İdari Dava Daireleri Genel Kurulu; AİHM kararlarına atıfta bulunarak silahların eşitliği ilkesinin bir gereği olarak taraflar arasında tam bir eşitlik gözetilmesi gerektiğini ve bunun için tarafa toplanan deliller hakkında görüş bildirme olanağının tanınması gerektiğini belirtmiştir. Genel kurul, 2577 sayılı kanunun 20. maddesini ve 4982 sayılı kanunu birlikte değerlendirerek istisnai durumlar dışında davacılara işlemin dayanağı olan her türlü bilgi ve belgelere ulaşma ve bu belgeleri inceleyebilme hakkının tanınması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Davacının görevine son verilmesine ilişkin kararın dayanağı soruşturma raporu olduğundan ve davacı vekilince talep edilmiş olmasına rağmen rapor davacıya incelettirilmediğinden ret kararı hukuka uygun bulunmamıştır. .

Bilgi edinme kanununun genel itibariyle ihtiyacı karşıladığı savunulmakla birlikte bu kanunda asıl eleştiri, bilgi ve belgeye erişim için başvurunun yapıldığı kurumun başvuru sahibine erişimin gerektirdiği kadar bir tutarı alabilmesine imkân tanıyan kanunun 4. maddesine yapılmıştır. Bilgi veya belgeye erişimin, tam kamusal hizmet olması ve bu nedenle karşılığının ücret değil vergi olması gerektiği savunularak, bu şekilde bir fiyatlandırma hakkı 1982 Anayasası'nın 73. maddesine aykırı görülmüştür.²⁸⁷

Avukatın kamu kurum ve kuruluşlarından bilgi istemesi konusunda yargı yerleri tarafından yapılan değerlendirmelerde ise, avukata, avukatlık görevinin yerine getirilmesi ile sınırlı olarak bilgi ve belgelere ulaşmada yardımcı olunması gerekliliği ortaya konmuş, inceleme olanağı tanınan belgelerden örnek almanın vekâletname ibrazına bağlı olduğu belirtilmiştir. Buna ilişkin, Danıştay kararına konu olayda²⁸⁸ istem, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'na göre avukatların kamu kurum ve kuruluşlarından isteyebileceği belgelerin sınırlarının ve içeriğinin ne olacağı konusunda düşülen duraksamanın giderilmesine ilişkindir.

²⁸⁷ Erol, **a.g.e.**, s. 24. Erol' a göre sadece yarı kamu kurumu niteliği taşıyan meslek örgütlerinden istenecek ücret makul karşılanabilir.

²⁸⁸ Danıştay, 1. Daire, 2002/26 E ve 2002/52 K Sayılı Karar.

Daire, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesinin 4667 sayılı kanunla değiştirilen üçüncü fıkrasında kamu kurum ve kuruluşlarına, avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olma zorunluluğu getirildiğini, buradaki zorunluluğun ise, “*avukatlık görevlerinin yerine getirilmesi ile sınırlı*” olduğunu belirtmiştir. Kurum ve kuruluşların bünyesinde inceleme olanağı tanıdığı belgelerden örnek alınması ise vekâletname ibrazına bağlıdır. Avukatlarca incelenmesinden sonra bu belgelerin gerekli olanlarından konusu, tarih ve sayısı belirtilerek örnek alınabilmesinin kanun hükmü olduğunu belirtmiş ve bu görüşünü Danıştay Başkanlığına sunmuştur.

Bilgi Edinme ve Değerlendirme Kurulu'nun bir kararında²⁸⁹, hastane baştabipliğine, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamında müvekkili adına başvuruda bulunan avukata, bahse konu belgelerin gizlilik kaydı içermesi nedeniyle verilmemesi bilgi edinme hakkı kanununa aykırı bulunmuştur.²⁹⁰

Bu kararlar, silahların eşitliği ilkesinin yargı yerleri tarafında gözetildiğinin bir göstergesidir.

3.2.3.2. Delil Sunma Yönünden Davanın Taraflarının Durumu

2577 sayılı kanunun 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na yollamalarda bulunduğu 31. maddesinde tanıklıktan söz edilmemesi nedeniyle İdare mahkemeleri ve Danıştay'da tanık dinlenmemektedir. İdari yargı makamları kendisi tanık dinlemediği halde, işlem dosyasındaki davalı idarenin ajanları eliyle saptanan tanık anlatımlarına dayanarak karar verebilmektedir. İşlem dosyasındaki tanık anlatımlarının karar üzerinde etkili olduğu durumlarda, davacının tanık dinletme isteminin kabul edilmemesi silahların eşitliği ilkesine aykırılık oluşturacaktır.²⁹¹

²⁸⁹Bilgi Edinme ve Değerlendirme Kurulu, 22.11.2004, 2004/176 K. Sayılı Karar.

²⁹⁰Karar için bkz.: **A.g.e.**, s. 180–181.

²⁹¹Dinç, **a.g.e.**, s. 180.

Hukuk yargılama usulünde hem kanuni delil²⁹² hem takdiri delil²⁹³ sistemi uygulanırken, İdari yargılama usulünde esas itibariyle takdiri delil sistemi uygulanmaktadır.²⁹⁴

2577 sayılı kanununun 18. maddesinin 3. fıkrasına göre duruşmalarda taraflara ikişer defa söz verilmesi gerekir. Taraflardan yalnız biri gelirse onun açıklamaları dinlenir kimse gelmezse evrak üzerinde duruşma açmadan inceleme yapılır. Danıştay bir kararında²⁹⁵ duruşmaya katılarak söz hakkını kullanmak isteyen davacı vekillerine bu hakkın tanınmaması adil yargılanma hakkının ihlali olarak görülmüştür.

Duruşmasız yargılama bakımından ise, Savcının, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 61. maddesi uyarınca kendiliğinden derlediği bilgi ve kanıtları da ekleyerek mahkemeye sunduğu görüşlerinin davanın yanlarında öğrenilip tartışılmasına olanak verilmeden yargılamanın sonuçlandırılması, *Göç v. Turkey* kararının gerekçelerine göre, silahların eşitliği ilkesinin açık ihlalini oluşturacaktır.²⁹⁶

3.2.3.3. Bilirkişilik Kurumu Yönünden Davanın Taraflarının

Durumu

Danıştay bir kararında bilirkişiliği şu şekilde tanımlamıştır²⁹⁷:

“Bilirkişilik, hâkime, bir uyuşmazlığı çözmek için gerekli olan özel ve teknik bilgiyi sağlama amacına yönelik bir müessesedir.”

²⁹²Hukuki olayın olduğu sırada tespit edilmesi gereken deliller. Bu delillere kesin delil de denebilir. Örneğin, resmi senet bir kesin delildir ve hâkim kesin delille bağlıdır. Bu bilgi için bkz. Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 419.

²⁹³Takdiri delil, şahit, bilirkişi, keşif gibi her türlü delilin kullanılabilceği delil sistemi olup hâkimi bağlamaz. Bu bilgi için bkz. **A.y.**

²⁹⁴**A.g.e.**, s. 420.

²⁹⁵Danıştay, 5. Daire, 29.09.2004, 2004/291 E, 2004/3370 K Sayılı Karar. Karar için bkz. Celal Karavelioğlu, **İdari Yargılama Usulü Kanunu(Açıklama ve Son İctihatlarla)**, 6. Baskı, C: II (Madde 15–65), Ankara, Karavelioğlu Yayın, 2006, s. 1199–1202.

²⁹⁶Dinç, **a.g.e.**, s. 176-177.

²⁹⁷Danıştay, 7. Daire, 09.05.1996, 1994/6125 E ve 1996/1773 K Sayılı Karar.

2577 sayılı kanunun 31. maddesi ile idare mahkemelerinde bilirkişilik ile ilgili yapılacak işlemler bakımından Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 275–286. maddeleri arasında düzenlenen hükümlerine atıf yapılmıştır. Özel hukuk ve ceza davalarında, tarafların talebi ile bilirkişi incelemesi yapılabilirken, idari yargıda bu yol kapalı olup sadece mahkeme tarafından resen bilirkişi incelemesi yapılabilmesi öngörülmüştür. Bu durumun davacı açısından bilirkişi talep hakkı ve bilirkişinin seçimine katkı yönünden sınırlama oluşturduğu ifade edilmektedir.²⁹⁸

Ancak aşağıda belirttiğimiz kararlara göz atıldığında, gerek Danıştay'ın, gerekse İdari Dava Daireleri ve Vergi Dava Daireleri Genel Kurulları'nın; tarafın talebiyle bilirkişi incelemesi yapılamamasını göz önünde tutarak, somut olayda bilirkişi incelemesi yapılması gerekip gerekmediği konusunu ve bilirkişi raporuna karşı, tarafların eşit koşullarda katılımını sağlamaya yönelik usullere uyulup uyulmadığını titizlikle incelediği görülecektir.

Danıştay bir kararında,²⁹⁹ 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 31'inci maddesi ile yollamada bulunulan bilirkişiliğe ilişkin maddelerinden hareketle, görülmekte olan davada bilirkişiye başvurulabilmesinin, uyuşmazlığın özel ve teknik bilgi gerektiren bir yönünün bulunmasına bağlı olduğunu belirtmiştir.

Danıştay başka bir kararında,³⁰⁰ bilirkişi raporundaki açıklamaların, mevzuatta yapılan değişiklikler gözetilmeden yapıldığını, bu nedenle bilirkişilerden konunun yeniden değerlendirilmesinin istenilmesi gerektiği halde, eksik bilgiye dayalı olarak hazırlanan bilirkişi raporunun sonucu esas alınmak suretiyle davanın reddedilmesini isabetli bulmamıştır.

Danıştay diğer bir kararında³⁰¹, 2577 sayılı Yasanın 31. maddesinin atıfta bulunduğu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uyarınca bilirkişi

²⁹⁸ Deryal, **a.g.e.**, s. 3, Dipnot 5; Anaklı, **a.g.t.**, s. 131.

²⁹⁹ Danıştay, 3. Daire, 2004/2011 E ve 2005/2014 K Sayılı Karar.

³⁰⁰ Danıştay, 10. Daire, 2002/3573 E ve 2005/367 K Sayılı Karar.

³⁰¹ Danıştay, 8. Dairesi, 25.06.1997, 1995/3742 E ve 1997/2289 K Sayılı Karar.

raporunun taraflara tebliği ile tebliğden itibaren bir haftalık itiraz süresi verilmesi gerekirken aksi yöndeki hareket nedeniyle kararın hukuka aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu'nun bir kararında;³⁰² 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 20. maddesinin 1. fıkrasında Danıştay ile idare ve vergi mahkemelerinin, bakmakta oldukları davalara resen araştırma ilkesini uygulayacaklarının belirtildiğini ve bu ilke uyarınca idari yargı yerlerinin, iddia ve savunmalarda ortaya konan maddi durumun gerçeğe uygun olup olmadığını serbestçe araştırabileceğini, tarafların hiç değinmedikleri olayları ve maddi unsurları araştırıp, maddi olayın çözümü için gerektiğinde bilirkişi incelemesi de yaptırabileceklerini ifade ederek, bu nedenle iddialarının doğruluk derecesi yönünden bilirkişi incelemesi yaptırılmaksızın sonuca ulaşılmasını hukuka aykırı bulmuştur.

Danıştay bir kararında;³⁰³ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 31. maddesiyle atıfta bulunulan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ilgili maddelerinden hareketle, mahkeme kararına dayanak oluşturan bilirkişi raporlarının da kanunların öngördüğü usullere göre hâkimlerce seçilmiş, davacı ve davalıyla ilgisi olmayan, tarafsız bilirkişilerce düzenlenmesinin zorunlu olduğunu belirtmiştir. Daire'ye göre, bilirkişi incelemelerinin taraflarca yaptırılması ve bu suretle karar verilmesi, yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağı yolundaki temel anayasal ilkeye ters düşeceği gibi toplumdaki yargıya güven duygusunu da zedeler. Bu nedenle somut olayda, bilirkişi incelemesinin mahkemece yaptırılarak, ulaşılacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken; bu yola gidilmeksizin ve davacı tarafından sunulan raporlara itibar edilmesi hukuka aykırı bulunmuştur.

³⁰² Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, 1995/209 E ve 1997/124 K Sayılı Kararı.

³⁰³ Danıştay, 7. Daire, 22.4.1999, 1998/240 E ve 1999/1652 K Sayılı Karar.

3.2.3.4. Yasal Görevlilerin Yargılamadaki Rolü

Bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinde savcılar görev yapmadıklarından, bu mahkemelerde duruşmalarda savcının düşünce bildirmesi söz konusu değildir.³⁰⁴ Bu nedenle, idari yargıda görülen bir davada, davanın tarafı haline gelen yasal görevlilerin üstlendiği rolün silahların eşitliği ilkesine aykırı olup olmadığı hususunun değerlendirilmesinde, idari yargıdaki Danıştay savcısının ve Danıştay tetkik hâkimlerinin konumuna bakmak gerekmektedir.

3.2.3.4.1. Danıştay Savcısının Görüş ve Kanıt sunması

2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 60. maddesinde Danıştay başsavcısının görevleri sayılmıştır. Buna göre, başsavcının görevlerinden biri de incelediği dava dosyaları hakkında düşüncelerini bildirmektir. Aynı kanunun 61. maddesinde ise Danıştay savcısının görevleri belirtilmiştir. Maddenin 1. fıkrasında savcıların, kendilerine havale olunan dosyaları Başsavcı adına inceleyerek, düşüncelerini, davalarda bir ay, yürütmenin durdurulması isteminde iki gün içinde gerekçeli ve yazılı olarak verecekleri düzenlenmiştir. Danıştay savcıları, bu süreleri geçirirlerse durumu sebepleriyle birlikte Başsavcıya bildirirler. 61. maddenin 2. fıkrasına göre, Danıştay savcıları ilgili yerlerden Danıştay başkanlığı aracılığı ile her türlü bilgileri isteyebilecekleri gibi işlem dosyalarını da getirebilirler. 3. fıkrasına göre ise, dava daireleri ile idari ve vergi davaları genel kurullarınca gerekli görüldüğü takdirde, Danıştay savcıları önceden haber verilmek suretiyle düşüncelerini sözlü olarak da açıklayabilirler.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 18. maddesinin 4. fıkrasında; Danıştay'da görülen davaların duruşmalarında savcının bulunmasının şart olduğunu ve taraflar dinlendikten sonra savcının yazılı olarak düşüncesini açıklayacağı, düzenlenmiştir. Savcının yazılı düşüncesini açıklamasının ardından, taraflara son olarak ne diyecekleri sorulur ve duruşmaya son verilir. Dinç'e göre, Danıştay savcılığı, kamu adına mahkemeleri etkilemek amacıyla oluşturulmuş bir kurum

³⁰⁴Karavelioğlu, a.g.e., s. 1202.

olduğundan silahların eşitliği ilkesine aykırılığın bir ölçüde giderilebilmesi için 2577 sayılı kanunda yanlara savcılık görüşünü yanıtlama olanağı veren böyle bir düzenleme yapılması yerinde olmuştur.³⁰⁵

3.2.3.4.2. Danıştay Tetkik Hâkimlerinin Talepte Bulunmaları

Danıştay kanununun tetkik hâkimlerinin görevlerine ilişkin 62. maddesinin 1. fıkrasında; tetkik hâkimlerinin; Danıştay Başkanının, daire ve kurul başkanlarının kendilerine havale ettikleri işleri inceleyerek daire veya görevli kurula gerekli açıklamaları yapmak, kendi düşünce ve görüşlerini sözlü ve yazılı olarak bildirmek, karar taslaklarını yazmak, gerekli tutanakları düzenlemek ve Danıştay Başkanı, kurul başkanı ve daire başkanının verecekleri diğer görevleri yerine getirmekle görevli oldukları düzenlenmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise; her daire ve kurulda, o daire veya kurul başkan birinci sınıfa ayrılmış bir tetkik hâkimi, memurların görevlerine devamlarını, yetişmelerini ve verimli bir biçimde çalışmalarını, idare, dosya ve diğer yazı işleri ile tebligat işlerinin gecikmeden ve düzenli olarak yürütülmesini, Danıştay Başkanının, daire ve kurul başkanının vereceği diğer işleri yapmakla görevlendirileceği ifade edilmiştir.

Bu maddeye göre; tetkik hâkimleri de savcı gibi, davanın ya da temyiz isteminin kabulü veya reddi doğrultusunda görüş açıklayıp istemde bulunmaktadır. Bu da tetkik hâkimlerinin de karar verecek mahkeme önünde istemde bulunan taraf konumuna düşmesine neden olmaktadır. Tetkik hâkimlerinin istemleri hakkında uygun bir süre tanınarak karar öncesinde yanıtlanmak üzere taraflara gönderilmezse silahların eşitliği ilkesine aykırılık oluşacaktır.³⁰⁶

³⁰⁵ Dinç, a.g.e., s. 176.

³⁰⁶ A.g.e., s. 178.

SONUÇ

Silahların Eşitliği İlkesine ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ve iç hukukumuzdaki dönüştürücü etkileri başlığını taşıyan bu çalışma kapsamında Türkçeye çevirisi yapılan silahların eşitliği ilkesine ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını ve bu kararlarla çerçevesi çizilen Silahların Eşitliği İlkesinin iç hukumuza etkilerini incelemeye çalıştık.

Çalışmamızın ilk bölümünde, silahların eşitliği ilkesi adil yargılanma hakkı arasındaki bağlantıyı ve bu yoldan hareketle silahların eşitliği ilkesini ileri sürebilecek kişileri, ilkenin uygulama alanını ve uygulanma zamanını ortaya koymaya çalıştık. Buna göre, Silahların eşitliği ilkesi, sözleşmenin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinin 1. fıkrasının özünü oluşturan hakkaniyete uygun dinlenilme hakkının zımni bir unsuru olarak kabul edilmektedir. Silahların Eşitliği İlkesi, “*muhalefet halindeki özel menfaatler içeren uyuşmazlıklarda bir tarafı davanın diğer tarafı karşısında nitelikli bir dezavantaj içine sokmayacak şartlar altında her bir tarafın da delilleri dâhil olmak üzere davasını ortaya koymak için makul bir olanağa sahip olunması zorunluluğu*”, olarak tanımlanmıştır. Bu ilke; taraf yargılamasının söz konusu olduğu uyuşmazlıklarda davanın tarafları, ceza yargılamasında ise kendisine karşı bir suçlama yöneltilen kişiler tarafından ileri sürülebilir.

Silahların eşitliği ilkesi, “*medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin özel hukuk uyuşmazlıklarında*” ve “*ceza hukuku alanında kişinin kendisine yöneltilen herhangi bir suçlama*” söz konusu olduğunda uygulanabilir. Sözleşme organları tarafından bu terimler otonom olarak yorumlanmaktadır. Sözleşmenin 6. maddesinin 3. fıkrasında sanığa tanınan hakların medeni nitelikteki hak ve yükümlülükler bakımından uygulanıp uygulanmayacağı konusunda sözleşmenin dinamik, içtihatlarla gelişen yapısı göz önüne alındığında normun metninde farklı yazsa dahi 3. fıkranın, medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin özel hukuk uyuşmazlıklarında da uygulanması gerekmektedir.

Ceza yargılamasında silahların eşitliği ilkesi, “*şüphelinin durumunu esaslı bir şekilde etkileyecek bir işlem yapılması*” anından yani kişiye cezai alanda herhangi bir suçlama yöneltildiği andan başlar ve suçlamanın kesin olarak karara bağlandığı ana kadar uygulanır. Özel hukuk ve idare hukuku uyuşmazlıklarında ise dava dilekçesinin mahkemeye verilmesinden kesin hüküm veya olayın başka türlü sona erdirilmesine kadar uygulanır. Şu halde taraflar arasındaki bu eşitliğin ve dengenin yargılamanın her aşamasında korunması gerekmektedir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde; ilk olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Silahların Eşitliği İlkesine yönelik ürettiği ilkeleri ve ölçütleri saptamaya çalıştık. Buna göre, Silahların eşitliği ilkesi, gerek ceza ve özel hukuk gerekse idare hukuku yargılamalarında tarafların birbirleri karşısında önemli bir dezavantaj içine girmeksizin davaya ilişkin bilgi ve belgelere ulaşabilme hakkı bakımından eşit imkânlarla sahip olmasını gerektirmektedir. Bu hak yargılamanın adil olmasını sağlayacak tedbirlerin alınması halinde ulusal güvenlik gibi önemli nedenler varsa sınırlanabilir ancak bu sınırlamanın kaçınılmaz nitelikte olmalıdır. Bilgi ve belgelere ulaşma hakkının engellenmesi halinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi söz konusu engellemenin yargılamanın daha sonraki aşamalarında telafi edilmiş olup olmadığına bakmaktadır. Ancak kanımızca AİHM, ulaşılamayan bilgi veya belge savunma için tek ve özelse savunma hakkının uğradığı zarar yargılamanın hiçbir aşamasında telafi edilemediğini kabul etmektedir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, ikinci olarak, Ceza, hukuk ve idare hukuku yargılamasında, taraflara delil sunma yönünden tanınan imkânların, silahların eşitliği ilkesini ihlal edebileceğini gördük. Buna göre, Sözleşme’nin 3. fıkrasının d bendi, silahların eşitliği ilkesinin özel bir görünümü ve aynı zamanda silahların eşitliği ilkesinin tamamlayıcısıdır. “*tanık*” terimi kendine özgü, otonom bir Sözleşme anlamına sahiptir. Sözleşme anlamında tanığın, “*sanığa yöneltilen suçlama hakkında bilgi veren herhangi bir kişi*” olduğu söylenebilir. Sözleşmenin 6. maddesinin 3, fıkrasının d bendi, kendisine suç isnadında bulunulan kişiye, kendi tanıklarının da iddia tanıkları ile eşit şartlar altında davet edilmesi ve dinlenmesi ve böylece silahların eşitliğinin sağlanması hakkı ve Sanığın aleyhine olan tanıkları çapraz

sorgulama hakkı sağlar. Ancak, tanık dinletme mutlak bir hak olmayıp, silahların eşitliği ilkesine uygun olmak kaydıyla sınırlanabilmektedir. Tanık dinleme konusunda ulusal mahkemelerin takdir yetkisi vardır. Ancak, AİHM, kendisine suç isnat edilen kişinin, tanıklarının davet edilmesinin zorunlu olduğunu, onların ifadesine başvurmaksızın gerçeğin ortaya çıkamayacağı konusunda adli makamlarda yeterli kanaat uyandırıp uyandıramadığına bakmaktadır. Taraf Devlet, savunucunun belirli bir tanığı davet ettirmemesinden dolayı sorumlu tutulamaz. Ancak ulusal mahkeme savunma tarafından uygun bir şekilde davet ettirilen tanıkların duruşmada hazır edilmelerini sağlayacak adımlar atmalıdır.

Çapraz sorgu hakkının uygulanmasında kendisine suç isnadında bulunan kişiye, silahların eşitliği ilkesi gereği savcılık/iddia makamı ile eşit imkânlar verilmesi gerekmektedir. Çapraz sorgunun talep edildiğinde mutlaka yapılması gerekir ancak bu hakkın soruşturma evresinde mi yoksa kovuşturma evresinde mi yapıldığı önem arz etmez. Tanığa, sanık tarafından sorulabilecek soruların niteliğini belirleyecek olan Delillerin sunulması ve değerlendirilmesi konusunda takdir yetkisine sahip olan ulusal mahkemedir.

Çapraz sorgu hakkının ihlal edilebileceği durumlara ilişkin yaptığımız incelemede, Tanığın kimliğinin gizlenmesinin ya da kimliği bilinse dahi belirli hukuki ya da fiili nedenlerden dolayı duruşmada dinlenmemesinin, sadece bu sebepten dolayı, çapraz sorgu hakkını yani sözleşmemeyi ihlal etmediğini gördük. Ancak bunun için, anonim tanığın sanıkça sorgulanmasının engellenmesi yerine alınabilecek bir önlem olmaması veya tanığa gerçekten zarar gelecek olması gerekir. Ancak bu hallerde bile, duruşmada dinlenmeyen kişilerin verdiği ifadeler, sanığın mahkûm edilmesinde “*yeterli kanıt/dayanılan esas ve belirleyici delil*” oluşturmamalıdır.

Yine çapraz sorguyu ihlal edebilecek nedenler arasında incelediğimiz, Ajan provokatör kullanımını sözleşmeye aykırı değildir. Ancak Ajan provokatör, kendisine suçlamada bulunan kişiyi, suç işlemeye teşvik etmemiş olmalıdır. Aksi halde bu yolla elde edilen delil kamu yararı amacı ile dahi kullanılamaz. Ayrıca

ulusal mahkemenin, sanığın polis tarafından tuzağa düşürüldüğüne dair iddiasını incelemesi gerekir. Son olarak, çapraz sorgu hakkının bir sonucu olarak, sanığın tanıkların dinlenmesi sırasında hazır bulunma hakkı bulunmakla birlikte, tanığı tehdit etmesi gibi bazı durumlarda, avukatı hazır bulunmak şartıyla sanığın duruşmadan çıkarılabilesinin mümkün olduğunu da gördük.

Özel hukuk yargılamasında delil sunmada davanın taraflarının durumun bakımından yapılan incelememizde, yargılamanın sonucuna etki edecek nitelikte olmayan eşitsizliklerin silahların eşitliği ilkesini ihlal etmeyebileceğini saptadık. İdare hukuku yargılamasında da tarafların delil sunma ya da sunulan delili tartışma bakımından eşit imkânlarla sahip olmasının aranmaktadır.

Savcı, raportör hâkim gibi yasal görevliler tarafsız olsalar bile, temyiz talebine yönelik mütalaaları ile üst mahkemeyi etkilemeleri nedeniyle tarafın muhalifi haline gelmektedirler. Bu nedenle mütalaaya cevap verme imkânı tanınmaması silahların eşitliği ilkesini ihlal etmektedir. Davanın tarafı haline gelen yasal görevlilerin soruşturma aşamasındaki ayrıcalıklı rolleri de ihlal nedeni olarak görülebilmektedir.

Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının d bendi bilirkişileri de kapsamaktadır. Bu nedenle taraflar bilirkişi davet etme konusunda da aynı imkânlarla sahip olmalı ve çağırılan bilirkişiler benzer koşullar altında bulunmalıdır. Ulusal mahkeme tarafından atanan resmi bilirkişinin sanığın suçlanmasına neden olan idari kuruma bağlı olarak çalışması tek başına silahların eşitliği ilkesini ihlal etmemektedir. Ancak bilirkişi, savunmanın tanığını sorgulamak veya onun görüşleri hakkında yorum yapmak gibi ayrıcalıklı bir rol üstlenmişse silahların eşitliği ilkesine aykırılık oluşabilmektedir.

Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde, silahların eşitliği ilkesinin iç hukukumuzda etkilerini incelemeye çalıştık. Bu bağlamda öncelikle, Avrupa insan hakları mahkemesi kararlarının iç hukukumuzdaki önemini inceledik. Genellikle Türkiye, AİHM kararlarının gereğini yerine getirmek için ulusal mevzuat ve uygulama değişikliğine gitmektedir.

Ceza yargılamamız bakımından yaptığımız incelememiz bakımından, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile yapılan düzenlemelerin çoğunun silahların eşitliği ilkesini güvence altına alan nitelikte olduğunu ve bu alanda önemli yenilikler yapıldığını söyleyebiliriz. Ancak, dosyayı incelemesi konusunda şüphelinin/sanığın müdafisine yetki verilmişken, şüphelinin/sanığın kendisine bu yetki tanınmamıştır. AİHM kararlarında, şüpheliye/sanığa tanınan bu hakkın iç hukukumuzda tanınmaması bilgi ve belgelere ulaşma hakkı bakımından bir eksiklikler. Delil sunma bakımından yaptığımız inceleme esnasında ise, 5271 sayılı kanunun 47. Maddesinde düzenlenen devlet sırrı niteliğindeki belgelerin yargılama aşamasına taşınmasının sadece alt sınırı 5 yıl ve 5 yıldan fazla hapis cezası ile yargılanan sanıklar bakımından söz konusu olduğunu gördük. Devlet sırrı ile savunma hakkı arasında kurulan bu dengenin, alt sınırı 5 yıldan az hapis cezası ile yargılanan sanıklar açısından da kurulmaması bir eksiklikler.

Bilirkişilik kurumu ile ilgili olarak yaptığımız incelemede, Adli tıp kurumunun savunmanın tanığını sorgulamak veya sanığın görüşleri hakkında yorum yapmak gibi bir ayrıcalıklı rolü olmaması nedeniyle adli tıp kurumunun resmi bilirkişi olmasının sözleşmeye başlı başına aykırı olmadığı kanaatine ulaştık.

AİHM kararlarının ulusal hukuka uyarlanması amacıyla, 1412 sayılı CMUK'un 316. maddesi değiştirilerek, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın tebliğnamesinin, sanığa, davaya katılana, kişisel davacıya ve bu kişilerin savunmanlarına gönderileceği belirtilmiş ve 316. maddenin 3. fıkrasında, tebliğnameyi, yanıtlama imkânı tanınmıştır. Bu düzenlemeye 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 297. maddesinde yer verilmiştir. Yargıtay'ın, bu konuya ilişkin kararlarını incelediğimizde tutarlı kararlar vermediğini gözlemledik. 5271 sayılı kanunun 278. ve 280. maddelerine göre Bölge Adliye Mahkemesi'nin Cumhuriyet Başsavcılığı'nın tebliğnamesinin taraflara sadece bilgilendirilme amacıyla gönderilmiş olduğu sonucu çıkmaktadır. Kanunda taraflara yanıt hakkı tanınmamaktadır. Bu durum silahların eşitliği ilkesine aykırı düşmektedir.

Özel hukuk yargılamasında da genel itibariyle silahların eşitliği ilkesine uygun düzenlemeler mevcuttur. Ancak bilgilendirme hakkı bakımından konu irdelendiğinde HUMK 195. maddenin 1. fıkrasına göre, davalının cevap süresi 10 gün iken, 2. fıkrasında bu on günlük süre 8.1.1943 tarih ve 4353 sayılı kanun ile bazı kamu kuruluşları hakkında otuz gün olarak kabul edilmiştir. Bu şekilde taraflar arasında cevap süresinin farklı olması silahların eşitliği ilkesine aykırıdır. Ayrıca usul kanununda, İstinabe yapılan işlem için bilgi verilmesi sadece tanıkların istinabe yoluyla dinlenilmesi bakımından getirilmiş olup, diğer istinabe yoluyla yapılabilecek işlemler için de aynı düzenlemenin yapılması gerekmektedir.

2577 sayılı idari yargılama kanunu açısından konu irdelendiğinde, İdari davaların açılmasını düzenleyen 3. maddesinin 3. fıkrasına göre, davacının davada kullanabileceği bilgi ve belgelere ulaşamaması dava dilekçesinin reddine neden olmaktadır, ancak yüksek yargı yerleri bilgi ve belgelere ulaşamama nedeniyle dava dilekçesinin reddedilmesini, savunma hakkının esaslı surette kısıtlanması kabul etmektedir.

2577 sayılı kanunun 20. maddesine 10.06.1994 günlü 4001 sayılı kanunun 9. maddesiyle “*verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemez*” hükmü eklenmiş ve maddenin 4. fıkrasında yer alan “*getirilen veya idarece gönderilen gizli belge ve dosyalar taraf ve vekillerine incelettirilmez*” cümlesi yürürlükten kaldırılmıştır. Bu değişiklik silahların eşitliği ilkesine uygun düşmektedir. Ancak, Danıştay ve mahkemelerin, davanın taraflarının, ara kararınca getirilen belgeler ile işlem dosyasındaki bilgi ve belgelere ulaşma haklarını gözetici tedbirleri almasına yönelik yasal düzenleme yapılmalıdır.

Bilgi edinme kanununun genel itibariyle ihtiyacı karşılamaktadır. Ancak bilgi ve belgeye erişim için başvurunun yapıldığı kurumun başvuru sahibinden erişimin gerektirdiği kadar bir tutarı alabilmesine imkân tanıyan kanunun 4. maddesi hatalı bir düzenlemedir. Bilgi veya belgeye erişimin, tam kamusal hizmettir ve bu nedenle karşılığının ücret değil vergi olması gerekmektedir.

2577 sayılı kanunun 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na yollamalarda bulunduğu 31. maddesinde tanıklıktan söz edilmemesi nedeniyle İdare mahkemeleri ve Danıştay'da tanık dinlenmemektedir. İşlem dosyasındaki davalı idarenin ajanları eliyle saptanan tanık anlatımlarına dayanarak karar verilmesi halinde davacının tanık dinletme isteminin kabul edilmemesi silahların eşitliği ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

Özel hukuk ve ceza davalarında, tarafların talebi ile bilirkişi incelemesi yapılabilirken, idari yargıda sadece mahkeme tarafından resen bilirkişi incelemesi yapılabilmesi öngörülmüştür. Bu durumun davacı açısından bilirkişi talep hakkı ve bilirkişinin seçimine katkı yönünden sınırlama oluşturmaktadır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 18. maddesinin 4. fıkrasında Savcının yazılı düşüncesini açıklamasının ardından, taraflara son olarak ne diyecekleri sorulması yönünde yapılan değişiklik yerinde olmuştur. Tetkik hâkimleri de savcı gibi, davanın ya da temyiz isteminin kabulü veya reddi doğrultusunda görüş açıklayıp istemde bulduklarından, Tetkik hâkimlerinin istemleri hakkında uygun bir süre tanınarak karar öncesinde yanıtlanmak üzere taraflara gönderilmesi gerekmektedir.

Son olarak ekleyelim ki yasal düzenlemelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ve AİHM kararlarına uygun hale getirilmesi tek başına yeterli değildir; uygulayıcıların silahların eşitliği ilkesine ilişkin düzenlemeleri uygulaması da gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Olgun : “Adil Yargılanma Hakkı (AİHS m. 6)”, **GHÜ FD**, S: 1, Y: 1, Ocak 2002, s. 175–207.
- AMBOS, Kai : “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılama Hakları, Silahların Eşitliği, Çelişmeli Önsoruşturma ve AİHS md. 6 ”, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Çev. Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004, s. 15–64.
- ANAKLI, Ender : “Silahların Eşitliği İlkesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006.
- BARDAK, Cengiz : **Ceza Muhakemesinde Hazırlık Soruşturması**, Ankara, Yetkin Basımevi, 1996.
- BAŞLAR, Kemal : **Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, Ankara, Şen Matbaa, 2007
- BATUM, Süheyl : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri**, İstanbul, y.y., 1993.
- CANDAN, Turgut : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı, Sempozyum; Ankara 24–25 Ekim 2003, Ankara, TBB, 2006.
- CENGİZ, Serkan, Demirağ Fahrettin : **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, Ankara, TBB, 2008.

- CENTEL, Nur : “Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığı”, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, İstanbul, 2004, s. 199–210.
- ÇEÇEN, Anıl : **İnsan Hakları**, Genişletilmiş Üçüncü Basım, Savaş Yayınları, t.y.
- ÇELİK, Adem : **Adil Yargılanma Hakkı**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007.
- ÇELİK, Edip : “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukundaki Yeri ve Uygulaması”, **İHİD**, Prof. Dr. Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı, S: 1–3, İstanbul, 1988, s. 47–56.
- ÇINAR, Özgür Heval : **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk Hukukuna Etkisi**, İstanbul, 2005.
- ÇİÇEK, Erol : “AİHS m. 6 Adil Yargılanma Hakkı ve Türk Hukukunda Uygulaması ”, **TBB**, S: 72, Eylül-Ekim 2007, s. 234–246.
- DEMİRCİOĞLU, Yaşar : **Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları Ve Adil Yargılanma Güvenceleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007
- DEMREN DÖNMEZ, Burcu : **Ceza Muhakemesi Hukukunda Çapraz Sorgu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007.
- DERYAL, Yahya : **Türk Hukukunda Bilirkişilik ve Bilirkişi Raporları Örnekleri**, İstanbul, Beta Yayınları, 2001.

- DİNÇ, Güney : **Adil Yargılanma Hakkı**, İzmir, İzmir Barosu Yayınları, 2006.
- DOĞRU, Osman : **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları-Cilt 1**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2004.
- DOĞRU, Osman : **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları-Cilt 2**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2004.
- DOĞRU, Osman : **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları-Cilt 3**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2008.
- DOĞRU, Osman : “ İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Savunma Hakkı”, **Hukuk ve Adalet-Eleştirel Hukuk Dergisi**, İstanbul, Legal Yayıncılık, s 325–333.
- DONAY, Süheyl : **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.
- EREM, Faruk : **Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu(şerh)**, Ankara, Dayınlarlı Yayınları, 1996.
- EROL, Ahmet : **Dilekçe Hakkı ve Bilgi Edinme Hukuku**, Ankara, Şen Matbaa, 2007.
- EVİK, Ali Hakan : “1961 ve 1982 Anayasalarının İnsan Hakları Kavramına Yaklaşımı”, **Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan**, Yay. Haz. Murat Yusuf Akın, İstanbul, 2006, s. 935–947.

- FEYZİOĞLU, Metin : **Tanıklık ve Dürüst Muhakeme**, Ankara, US-A Yayıncılık, 1998.
- FEYZİOĞLU, Metin : **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, Ankara, US-A Yayıncılık, 1996.
- GEDİK, Fırat : “Hukuk Dünyamızda Bir Yenilik: 5726 Sayılı Tanık Koruma Kanunu ”, **Güncel Hukuk Dergisi**, Şubat 2008/ 2–50, s. 12–17.
- GEMALMAZ, Haydar Burak : “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında çapraz Sorgu”, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004, s. 393–425
- GEMALMAZ, Mehmet Semih : **Ulusalüstü İnsan Haklarının Genel Teorisine Giriş**, 5. Bası, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih : **İnsan Hakları Belgeleri-Cilt I**, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2003.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih : **İnsan Hakları Belgeleri-Cilt III**, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2003.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih : **İnsan Hakları Belgeleri-Cilt IV**, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2003.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz : “ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde "Adil Yargılama" ”, **AÜSBFD**, C: 49, S: 1–2, Y: 1994, s. 199–233.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz ; GÖZÜBÜYÜK, Şeref : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**,

11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş
5. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref : **İdari Yargı**, Üçüncü Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008.
- GRABENWARTER, Christop : “Yargılama Güvenceleri-Adil Yargılama Hakkı (İHAS md. 6)”, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Çev. Osman Can, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004, s. 181–244.
- GÜLŞEN, Recep : “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Teknoloji”, **HPD**, S: 7, Temmuz 2006, s. 150–157.
- İNCEOĞLU, Sibel : **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı: Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler**, İkinci bası, İstanbul, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005.
- İnsan Hakları Avukatlar Komitesi : “Adil Yargılama Nedir? Yasal Standartlar ve Uygulamaya Yönelik Temel Rehber”, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Çev. Selman Dursun, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004, s. 359–392.
- KALAĞAN, Gökhan : “İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Göre " Adil yargılama"da Sanığın Hakları”, **TERAZİ**, S: 8, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Nisan 2007, s. 99–104.

- KARAKEHYA, Hakan : “Ceza Muhakemesinin Amacı”, **İÜHFİM**, C: LXV, S: 2, Y: 2007, s. 121–141.
- KARAVELİOĞLU, Celal : **İdari Yargılama Usulü Kanunu(Açıklama ve Son İçtihatlarla)**, C: II (Madde 15–65), 6. Baskı, Ankara, Karavelioğlu Yayın, 2006.
- KAYA, Esra; YIRTIMCI, Kaan : “CMK’nın Getirdikleri (Genel Değerlendirme)”, **Hukuk Gündemi**, S: 2, Ağustos 2005, s. 47–63.
- KAZANCI-EKER, Behiye : “Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması Çerçevesinde Görüntülü ve Sesli İfade Alma”, **HPD**, S: 7, Temmuz 2006, s. 158–165.
- KİBAR, Recep : **Türk Hukukunda Sanık Hakları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1997.
- KURU, Baki v.d. : **Medeni Usul Hukuku**, Değiştirilmiş 18. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.
- LADEWIG, Hans-Meyer : “Adil Yargılanma Hakkı-II ”, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Çev. Hakan Hakeri, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004, s. 87–98.
- LADEWIG, Hans-Meyer : “Adil Yargılanma Hakkı-I”, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Çev. Özlem Yenerer Çakmut, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004, s. 245–264.
- LEIGH, Leonard H : “Adil Yargılanma Hakkı ve Avrupa İnsan

- Hakları Antlaşması’’, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Çev. Selman Dursun, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004, s. 335–357.
- ÖZEK, Çetin : “ İnsan Hakları Kavramında Yeni Anlayış ve Sınırlamalar ’’, **İÜHFİM**, C: LX, S:1–2, Y: 2002, s. 135–160.
- ÖZEKES, Muhammet : **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003.
- ÖZTÜRK, Bahri : “Avrupa Birliğine Uyum Yasaların Ceza Muhakemesine Etkileri’’, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, İstanbul, 2004, s. 723–746.
- ÖZYAVUZ, Senem : “Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde Adil Yargılanma Hakkı: Sanık Haklarına Genel Bir Bakış’’, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004, s. 427–444.
- PACHE, Eckhard : “Adil Bir Yargılanmaya İlişkin Avrupa Temel Hakkı ’’, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Çev. Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004, s. 65–78.
- PAMUK, İsmail : “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Sırf Sanığa Tanınan Haklar ve Askeri Ceza Yargılaması’’, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler

Enstitüsü, İstanbul, 2000.

- PEKCANITEZ, Hakan : “Genel Olarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Tasarısı”, **HPD**, S: 7, Temmuz 2007, s. 69–78.
- PETERS, Anne : “Adil Yargılanma (m. 6.f.1 ve 2) ”, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Çev. Mahmut Koca, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 121–128.
- REID, Karen : **Adil Bir Yargılamann Güvenceleri, Uygulayıcılar İçin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Rehberi**, Çev. Bahar Öcal Düzgören, Üçüncü Kitap, İstanbul, Scala Yayıncılık, 2000.
- SCHROEDER, Friedrich - Christian : “Ceza Muhakemesinde “Dürüst Yargılama” İlkesi”, **Prof. Dr. Şakir Berki’ye Armağan**, Çev. Cumhur ŞAHİN, Konya, 1996, s. 269–283.
- SÖZÜER, Adem; ATAHAN Nuran vd : “ Reformlar ve Uygulamalar”, **HPD**, S: 8, Eylül 2006, s. 114–152.
- ŞAHİN, Cumhur : “CMK Uygulamasının Bir Yılı”, **HPD**, S: 7, Temmuz 2006, Sf. 8-10.
- ŞAHİN, Cumhur : “Türk Hukukunda Tanık Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi ”, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, İstanbul, 2004, s. 803–858.

- TEZCAN, Durmuş : “Adil (Dürüst) Yargılanma Hakkının Uygulama Alanı Açısından İdari Uyuşmazlıkların Konumu”, **Yıldızhan Yayla’ya Armağan**, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2002, s. 469–484.
- TEZCAN, Durmuş; ERDEM, Mustafa Ruhan; SANCAKDAR, Oğuz : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Ankara, Seçkin yayınları, 2004.
- Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu**, İstanbul, TÜSİAD yayınları, 2003.
- ÜNAL, Şerif : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi-İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri**, Ankara, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, 2004.
- ÜSKÜL, Zafer : “1982 Anayasası'nda Gerçekleştirilen Değişiklikler”, **Hukuk ve Adalet-Eleştirel Hukuk Dergisi**, S: 2, Nisan-Haziran 2004, s. 190–204.
- VERSAN, Rauf : “ Adil Yargılama Üzerine”, **İBD**, C: 64, S: 1–2–3, Y: 1990, s. 123–129.
- YALVAÇ, Gürsel : **Karşılaştırmalı-Gerekçeli TCK, CMK, CGTİK ilgili kanunlar ve yönetmelikler**, 5. Baskı, Ankara, Adalet Yayınları, 2009.
- YARSUVAT, Duygun : “Yargı Bağımsızlığı ve Adil Yargılanma Hakkı Sempozyumu (Tebliğler ve Soru Cevap

Tutanakları) ”, **YÜHFD**, C:II, S: 2, Y: 2005, s.441–492.

YENİSEY, Feridun; ZİYALAR, Neylan : **Çapraz Sorgu Teknikleri**, 3. Basım, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, 2007.

YOKUŞ SEVÜK, Handan : “ Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, **İÜHF**, C: LXIV, S: 1, Y: 2006, s. 49–107.

YURTCAN, Erdener : “Uyum Yasalarının Ceza Yargılamasına Etkisi: İki Temel Değişiklik- Yargılamanın Yenilenmesinde Yeni Bir Neden ve Tebliğnamenin Bildirimi ”, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, İstanbul, y.y., 2004, s. 1057–1066.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI

Aksoy(Eroğlu) v. Turkey, 31.10.2006, Appl. No. 59741/00.

Albert and LeCompte v. Belgium, 10.02.1983, Ser. A, No. 58, 5 EHRR 533;Appl No. 7299/75, 7496/76.

Ankerl v. Switzerland, 23.10.1996, Reports 1997-II; Appl No.17748/91.

Artner v. Austria, 28.08.1992, Ser. A, No. 242-A; Appl. No. 13161/87.

Asch v. Austria 26.04.1991 Ser. A, 203. Appl. No: 12398/86.

Barbera Messegue and Jabardo v. Spain, 06.12.1988, Ser. A, No. 146, 11 EHRR360, Appl. No.10590/83.

Bendenoun v. France, 24.02.1994, Ser. A, No. 284, 18 EHRR 54. Appl. No. 12547/86.

Beaumartin v. France, 24.11.1994, Ser A, No. 296-B, 19 EHRR 485, Appl. No. 15287/89.

Brandstetter v. Austria, 28.08.1991, Ser. A, No. 211, 15 EHRR 378, Appl. No. 11170/84, 12876/87, 13468/87.

Bricmont v. Belgium, 07.07.1989, Ser. A, No. 158, 12 EHRR 217; Appl. No. 10857/84.

Borgers v. Belgium, 30.10.1991, Ser. A, No. 214, 15 EHRR 92, Appl. No. 12005/86.

Bönish v. Austria, 06.05.1985, Ser. A, No.92, 9, EHRR 191.

Bulut v. Austria, 22.02.1996, Reports 1996-II, Appl. No. 17358/90.

Cottin v. Belgium, 2 Haziran 2005, Appl. No. 48386/99.

Delcourt v. Belgium, 17.01.1970, Ser. A, No. 11, 1 EHRR 355. Appl. No. 2689/65

Delta v. France, 19.12.1990, Ser. A, No. 191-A, 16 EHRR 574, Appl. No. 11444/85.

Dombo Beheer BV v. Netherlands, 27.10.1993, Ser. A, No. 274-A, 18 EHRR 213, Appl. No. 14448/88.

Doorson v. Netherlands, 26.03.1996, Reports 1996-II; Appl. No. 20524/92.

Edwards v. U.K, 25.11.1992, Ser. A. No.22, 1 EHRR 647.

Engel and others v. Netherlands, 08.06.1976, Ser. A, No. 22, 1EHRR 647; Appl. No. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72.

Feldbrugge v. Netherlands, 29 Mayıs 1986, Ser. A, No:99, 8 EHRR 425; Appl. No. 8562/79.

Finkensieper v. Netherlands, 08.06.1984, Appl. No. 19525/92.

Fitt v. U.K. , 16.02.2000; Appl. No. 29777/96.

Foucher v.France, 18.03.1997; Appl No. 22209/93.

G.B./ Fransa, 02.10.2001; Appl No. 44069/98.

Güner Çorum v.Turkey, 31.10.2006; Appl. No. 59739/00.

Güner Çorum/ Türkiye, 31.10.2006, Başvuru No. 59739/00. Karar özeti için Bkz.

<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/gunercorum.doc>.(çevrimiçi), 21.04.2009.

Güneş v. Turkey, 25.09.2001, (25.12.2001 Final); Appl. No. 31893/96.

Hocaoğulları v. Turkey, 07.03.2006, Appl. No. 77109/01.

Hocaoğulları/ Türkiye, 07.03.2006, Başvuru No: 77109/01. Karar için Bkz. <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/hocaoğullari.doc>; (çevrimiçi), 20.06.2009.

Ilijkov v. Bulgaria, 26.07.2001; Appl No. 33977/96.

İsgrö v. İtaly, 19.02.1991; Appl. No. 11339/85.

Jasper v. U.K., 16.02.2000. Appl. No. 27052/95.

Kahraman v. Turkey, 31.10.2006, Appl. No. 60/36600.

Kahraman/Türkiye, 31.10.2006, Başvuru No. 60/36600. Karar özeti için Bkz. <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/karaman.doc> (çevrimiçi) ,21.04.2009.

Kamasinski v. Austria, 19.12.1989, Ser. A No. 168, 13 EHRR 36; Appl. No. 9783/82.

Kerojarvi v. Finland, 19.07.1995, Ser A, No. 322.

Khudobin v. Rusya, 26.10.2006; Appl. No. 59696/00.

Komanicky v. Slovakia, 04.06.2002, (04.09.2002 Final); Appl. No. 32106/96.

Kostovski v. Netherlands, 20.11.1989, Ser. A, No. 166, 12 EHRR 434; Appl. No. 11454/85.

Krasniki v. Czech Republic, 28.02.2006; Appl. No. 51277/99.

Kremzow v. Austria, 21.09.1993, Ser. A, No. 268-B, 17 EHRR 322; Appl. No. 12350/86.

Kress v. France, 07.06.2001; Appl. No. 39594/98.

Kuopila v. Finland, 27.04.2000, (27.07.2000 Final); Appl. No. 27752/95.

Luca v. İtaly, 27.02.2001, (27.05.2001 Final).

Ludi v. Switzerland, 15.06.1992, Ser. A, No.238, 15 EHRR 173; Appl. No.12433/86.

Mantonavelli v. France , 18.03.1997, Reports 1997-II.

Neumeister v. Austria, 27.06.1968, Ser. A, no.8, 1 EHRR 91; Appl. No.1936/63.

Niderost-Huber v. Switzerland, 18.02.1997, 25 EHRR 709; Appl. No. 18990/91.

Nikolow v. Bulgaria, 30.01.2003, Appl. No. 68079/01.

Ocalan v. Turkey, 12.03.2003; Appl. No. 46221/99.

Osvath v. Hungary, 05.07.2005, Appl. No. 20723/02

Oyman v. Turkey, 20.02.2007, Appl. No. 39856/02.

Oyman/ Türkiye, 20 Şubat 2007, Başvuru No. 39856/02. Karar için bkz. <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/oyman.doc> (çevrimiçi), 20.06.2009.

Pakelli v. Germany, 25.04.1983; Appl. No. 8398/78.

Popov v. Russia, 13.07.2006; Appl. No. 26853/04.

Pullar v. U.K., 10.06.1996, Reports 1996-III; Appl. No. 22399/93.

Rowe and Davis v. U.K., 16.02.2000, Appl. No. 28901/95.

Ruiz Mateos v. Spain, 23.06.1993, Ser. A. No. 262-A, 16 EHRR 505; Appl. No.12952/87.

Sadak and others v. Turkey, 17.07.2001, 1993, Ser. A, No. 262-A, 16 EHRR 505; Appl. No. 25144/94, 26149/95 to 26154/95, 27100/95 and 27101/95.

Schuler-Zraggen v. Switzerland, 24.06.1993, Ser A. No.263, 16 EHRR 405; Appl. No. 14518/89.

Shislikov v. Bulgaria, 9.01.2003.

Slimane-Kaid v. France, 25.01.2000; Appl. No. 45130/98.

S.N. v. Sweden, 02.07.2002; Appl. No. 34209/96.

Sunday Times v. U.K., 26.04.1979, Ser. A, No.30, 2 EHRR 272, Appl. No. 6538/74.

Teixeira de Castro v. Portugal, 09.06.1998, Reports 1998-IV, Appl. No. 25829/94.

Unterpertinger v. Austria, 24.11.1986, Ser. A, No: 110, 13 EHRR 175, Appl. No. 9120/80.

Van Mechelen and others v. Netherlands, 23.04.1997, Reports 1997-III, Appl. No. 21363/93, 21364/93, 21427/93, 22056/93.

Vidal v. Belgium, 22.04.1992, Ser. A, No. 235-B; Appl. No.12351/86.

AVRUPA İNSAN HAKLARI KOMİSYONU KARARLARI

F v. U.K., Appl. No. 18129/91.

Kurup v. Denmark, Appl. No. 11219/84.

McGinley and E.E. v. U.K., 26.11.1996, Appl. No. 21825/94.

Neilsen v. Denmark, Appl. No. 343/57.

X. v. U.K., 6.10.1976, Appl. No. 7306/75.

X. v. Germany, Appl. No. 3566/68.

X. v. Austria, Appl. No. 4228/70.

X. v. U.K., Appl. No. 5506/72.

ULUSAL YARGI YERİ KARARLARI

Açıklamalı kanun-içtihat programından yararlanılmıştır.

www.akip.com

Yargıtay Ceza Genel Kurulu; 08.10.1979, 1979/303 E ve 1979/ 444 K.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu; 2001/1–289 E, 2002/148 K.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu; 2005/7–166 E, 2005/165 K.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu; 2006/6–192 E, 2006/311 K.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu; 26.09.2006 gün, 6–204/197.

Yargıtay; 2. C.D., 27.04.1948, 1948/4359.

Yargıtay; 8. C.D., 1995/2929 E, 1997/780 K.

Yargıtay; 11. C.D., 2001/6073 E, 2001/6743 K.

Yargıtay; 11. H.D; 2003/11477 E, 2003/11000 K sayılı kararı.

Yargıtay; 11. H.D.; 2003/1983 E, 2003/8183 K sayılı kararı.

Yargıtay; 11. H.D.; 2003/4976 E, 2003/9376 K sayılı kararı.

Yargıtay; 11. H.D.; 2003/9615 E, 2003/10455 K sayılı kararı.

Yargıtay ;15. H.D., 30.12.1982, 2610/2771 Sayılı Kararı.

Yargıtay ;19. H.D., 2006/2957 E ve 2006/10185 K sayılı kararında

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu; 2002/1149 E ve 2003/103 K.

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu; 16.10.2003, 2003/512 E, 2003/738 K.
Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu; 2005/3292 E, 2008/1633 K.
Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu; 1995/209 E, 1997/124 K.
Danıştay; 1. Daire, 2002/26 E, 2002/52 K.
Danıştay; 5. Daire, 29.09.2004, 2004/291 E, 2004/3370 K.
Danıştay; 7. Daire, 02.03.2004, 2001/1844 E ve 2004/555 K.
Danıştay; 7. Daire; 22.4.1999, 1998/240 E ve 1999/1652 K.
Danıştay; 7. Daire, 09.05.1996, 1994/6125 E, 1996/1773 K.
Danıştay; 8. Daire, 27.12.1993, 1992/1521 E ve 1993/4374 K.
Danıştay; 8. Daire, 25.06.1997, 1995/3742 E ve 1997/2289 K.
Danıştay; 10. Daire, 3.11.1998, 1996/7166 E ve 1998/5511 K.
Danıştay; 10. Daire, 2002/3573 E, 2005/367 K.
Danıştay; 11. Daire, 2005/1023 E, 2005/4242 K.