

**T.C.**  
**GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE AVRUPA İNSAN  
HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA TÜRK MEDENİ  
USUL HUKUKU AÇISINDAN ADİL YARGILANMA HAKKI**

**DOKTORA TEZİ**

**Sezin AKTEPE ARTIK**

**Tez Danışmanı: Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ**

**ARALIK 2013**

## ÖNSÖZ

Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı'nda, doktora tezi olarak hazırlanan bu çalışma, 21.01.2014 tarihinde Sayın Prof. Dr. Hakan Pekcanitez başkanlığında, Sayın Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu, Sayın Prof. Dr. Şükran Şıpka, Sayın Prof. Dr. Muhammet Özekes ve Sayın Doç. Dr. Güray Erdönmez'den oluşan jüri önünde savunulmuş ve başarılı bulunarak oybirliği ile kabul edilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkını tez konusu olarak bana öneren, bu konuda beni cesaretlendiren, heyecanla yürüttüğüm bu çalışmanın her aşamasında ilgisini, desteğini ve anlayışını gördüğüm, değerli bilgi birikimini benden esirgemeyerek beni onurlandıran çok kıymetli hocam, doktora babam, tez danışmanın Sayın Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e, en derin şükranlarımı sunuyorum.

Tez jürimde yer alma lütfunda bulunarak, kıymetli görüşlerini benimle paylaşan ve böylece tezimin zenginleşmesini sağlayan Hocalarım, Sayın Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu'na, Sayın Prof. Dr. Şükran Şıpka'ya, Sayın Prof. Dr. Muhammet Özekes'e ve Sayın Doç. Dr. Güray Erdönmez'e müteşekkirim.

İstanbul Ticaret Ünivesitesi'nde asistanlığını yaptığım dönemde, tez çalışmamla ilgili görüşlerine başvurduğum her an beni sabırla dinleyerek, bana yeni açılımlar sunan, Doç. Dr. Hamide Özden Özkaya- Ferendeci'ye katkılarından dolayı teşekkürü borç bilirim. Ayrıca, her konuda sevgi ve desteklerini hissettiğim çalışma arkadaşlarım, Yrd. Doç. Dr. Eda Giray'a, Yrd. Doç. Dr. Ebru Şensöz'e, Dr. Nur Bolayır'a, Arş. Gör. Melis Taşpolat Tuğsavul'a teşekkür ederim.

Tez çalışmalarım sırasında kaynak araştırması için gittiğim İsviçre Neuchâtel Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde yardımlarını gördüğüm, Medeni usul – icra ve iflas hukuku anabilim dalı öğretim üyesi Prof. Dr. François Bohnet'ye teşekkür ederim. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarını araştırmak amacıyla Strazburg'ta bulunduğum sırada tanışma fırsatı bulduğum, Avrupa Konseyi Nezdinde Türkiye Daimi Temsilciliği'nde bulunan, Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Tetkik Hâkimi Dr. Bayram Turgut'a tüm yardımları ve misafirperverliği için çok teşekkür ederim. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kütüphanesi'ndeki araştırmalarım sırasında yakın ilgi ve yardımlarını gördüğüm, Nora Binder ve Alain Heisserer'e teşekkür ederim.

Beni yetiştirmek için maddi ve manevi hiçbir fedakârlıktan kaçınmayan, bana hissettirdikleri sevgi ve güven duygusuyla, önüme çıkan bütün engelleri aşmamı sağlayan, evlatları olduğum için kendimi her zaman şanslı hissettiğim, canım annem Figen Aktepe'ye ve canım babam İhsan Aydoğ Aktepe'ye sonsuz sevgi ve teşekkürlerimi sunuyorum. Yaşam enerjim, sevgili kardeşim İrem Aktepe'ye, tez çalışmalarımın en yoğun döneminde yanımda olarak soluklanmamı sağladığı ve hayattaki tüm desteği için teşekkür ediyorum.

Son olarak, sevgili eşim, ruh ikizim Durukan Artık'a, çalışmalarım sırasında gösterdiği sabır, sevgi, şefkat, destek ve anlayış için tüm kalbimle teşekkür ediyorum. İyi ki varsın...

## İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER.....	iv
KISALTMALAR .....	vii
RÉSUMÉ .....	x
ABSTRACT .....	xvi
ÖZET.....	xxi
GİRİŞ.....	1
I.    Sunuş .....	1
II.   İnceleme Planı ve Konunun Sınırlandırılması.....	3

### **BİRİNCİ BÖLÜM: ADİL YARGILANMA HAKKI KAVRAMI VE HAKKIN UYGULAMA ALANI**

I.    ADİL YARGILAMA HAKKI KAVRAMINA GENEL BAKIŞ.....	5
A.    Genel Olarak Kavramın Ortaya Çıkışı ve Tarihsel Gelişimi.....	5
1.Hakkın Mukayeseli Hukuktaki Gelişim Süreci .....	5
2.Hakkın Türk Hukukundaki Gelişim Süreci .....	9
a. Genel Olarak .....	9
b. Adil Yargılanma Hakkının Medenî Usul Hukukundaki Yeri .....	17
B.    Adil Yargılanma Hakkının Uluslararası Metinlerdeki Görünümü .....	21
1.Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.....	21
2.Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi.....	29
3.Afrika İnsan Hakları Sözleşmesi .....	31
II.   ADİL YARGILANMA HAKKININ KORUMA ALANI.....	33
A.    Medeni Hak ve Yükümlülüklerle İlişkin Uyuşmazlıklar .....	34
1.Genel Olarak Hak ve Yükümlülüğün Medeni Niteliği .....	34
2.Medeni Hak ve Yükümlülükler Kapsamında Sayılan Uyuşmazlıklar .....	38
B.    Medeni Hak ve Yükümlülüğün İç Hukukta Tanınıyor Olması Şartı .....	44
C.    Medeni Hak ve Yükümlülüğe İlişkin Uyuşmazlığın “Karara Bağlanma” Süreçleri .....	46
1.Uyuşmazlığın Yargı Organları Tarafından Karara Bağlanması .....	48
2.Uyuşmazlığın İdare Tarafından Karara Bağlanması.....	54
III.  ADİL YARGILANMA HAKKININ AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARI İLE GENİŞLETİLEN SINIRLARI .....	56
A.    MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKI.....	58
1.Genel Olarak Mahkemeye Erişim Hakkı Kavramı .....	59
2.Mahkemeye Erişim Hakkının Etkin Kullanımı .....	66
a. Ekonomik Engellerin Kaldırılması.....	67
b. Mahkemeye Erişim Hakkını Engelleyecek Yasal Düzenlemelerden Kaçınılması.....	114

c. Mahkemeye Erişim Hakkını Engelleyecek Yargısal Uygulamalardan Kaçınılması.....	144
B. HÜKMÜN İCRASI HAKKI .....	152
1.Genel Olarak Hükümün İcrası Hakkı Kavramı .....	152
2.Hükümün İcrası Hakkının Etkin Kullanımı .....	155
a. Mevzuatın Hükümün Etkili İcra Edilmesini Sağlayacak Şekilde Düzenlenmesi .....	155
b. Ulusal Makamların Tutumu ile Hükümün Etkin İcrasının Engellenmemesi	
163	

## İKİNCİ BÖLÜM

### ADİL YARGILANMA HAKKININ UNSURLARI

I. MAHKEMEYE İLİŞKİN GARANTİLER: KANUNLA KURULMUŞ, BAĞIMSIZ VE TARAFSIZ BİR MAHKEMEDE YARGILANMA HAKKI ...	168
A. Kanuni Mahkeme .....	172
1.Genel Olarak Kanuni Mahkeme İlkesi .....	172
2.Türk Hukukunda Kanunilik İlkesine Hizmet Eden Düzenlemeler .....	175
B. Bağımsız Mahkeme .....	183
1.Mahkemenin Oluşumunda Bağımsızlık.....	185
a. Yürütme Organından Bağımsızlık .....	185
b. Taraflardan Bağımsızlık.....	189
2.Fonksiyonel Bağımsızlık .....	191
a. Yürütme Organından Bağımsızlık .....	192
b. Yasama Organından Bağımsızlık.....	198
3.Türk Hukukunda Bağımsızlık İlkesine Hizmet Eden Düzenlemeler.....	201
a. Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun oluşumu: Adalet Bakanının Kurula Başkanlık Etmesi .....	206
b. Hâkim Adaylığı Mülakatları ve Hâkim Tayin ve Terfi Usulleri.....	208
c. Hâkimlere Yönelik Disiplin Süreçleri.....	211
d. Mali Bağımsızlığın Sağlanması .....	214
C. Tarafsız Mahkeme .....	216
1.Genel Olarak Tarafsızlık Kavramı.....	216
a. Sübjektif Tarafsızlık.....	218
b. Objektif Tarafsızlık .....	222
2.Türk Hukukunda Tarafsızlık İlkesine Hizmet Eden Düzenlemeler.....	231
a. Hâkimin Çekinmesi (Hâkimin Davaya Bakmasının Yasak Olduğu Haller)	
233	
b. Hâkimin Reddi .....	237
c. Hâkimin Hukuki Sorumluluğu .....	247
d. Avukatlık Kanunu'ndaki Düzenlemeler.....	250
II. YARGILAMAYA İLİŞKİN GARANTİLER.....	256
A. Makul Sürede Yargılanma Hakkı.....	256
1.Genel Olarak Makul Süre Kavramı .....	256
a. Kavramın Usul Ekonomisi İlkesi ve Teksif İlkesi İle İlişkisi .....	260
b. Değerlendirmeye Tabi Tutulacak Sürenin Hesaplanması.....	263
2.Makul Sürenin Tespitinde Dikkate Alınacak Kriterler .....	269
a. Davanın Karmaşıklığı .....	269
b. Başvuranın Tutumu .....	272
c. Yargılama Sürecinde Rol Alan Makamların Tutumu .....	279
d. Davanın Süratle Bitirilmesinde Başvuranın Menfaati .....	293

3. Türk Hukukunda Makul Sürede Yargılanma Hakkını Gerçekleştirecek Tedbirler .....	296
a. Adliyelerdeki İş Yükünün Azaltılması.....	301
b. Görev, Yetki ve Yargı Yolu Uyuşmazlıkları Sebebiyle Meydana Gelen Zaman Kaybının Önlenmesi.....	308
c. Tebligat İşlemlerinin Hızlandırılması .....	310
d. Delillerin Zamanında Sunulması ve Bilirkişi Raporlarının Zamanında Düzenlenmesi .....	312
e. İnsan Hakları Tazminat Komisyonu'nun Kurulması .....	315
B. Aleni Yargılanma Hakkı .....	318
1. Duruşmaların Aleniliği (Dinamik Aleniyet).....	321
a. Doğrudan Aleniyet: Duruşmaların Tüm İlgililere Açık Olması .....	328
b. Dolaylı Aleniyet: Duruşmaların Basın Yolu ile Takip Edilmesi .....	333
2. Duruşmaların Aleniyeti İlkesinin Sınırları.....	337
3. Hükmün Aleniliği (Statik Aleniyet).....	342
4. Türk Hukukunda Aleniyet İlkesine Hizmet Eden Düzenlemeler .....	347
C. Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkı .....	356
1. Silahların Eşitliği İlkesi.....	359
a. Genel Olarak Kavram.....	359
b. Dosyadaki Bilgi ve Belgelere Ulaşmada Eşit İmkânlar .....	364
c. İspat Faaliyeti Sırasında Eşit İmkânlar .....	368
d. Türk Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi .....	375
2. Hukuki Dinlenilme Hakkı.....	383
a. Genel Olarak Kavram.....	383
b. Hukuki Dinlenilme Hakkının Unsurları.....	395
SONUÇ .....	443
KAYNAKÇA .....	450
ÖZGEÇMİŞ .....	470

**KISALTMALAR**

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Aile MK	: Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun
ATF	: Arrêt du Tribunal Fédéral
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AMK	: Anayasa Mahkemesi Kararı
Ann. dr. Eu.	: Annuaire de droit européen
AY	: T.C. Anayasası
AYMKK	: 6216 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
Baş. No.	: Başvuru Numarası
bkz.	: bakınız
Cass. Civ.	: Cour de Cassation, Chambre Civile
Cass. Com.	: Cour de Cassation, Chambre Commerciale
Cass. Crim.	: Cour de Cassation, Chambre Criminelle
CMK	: 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
CoğİşKHK	: 555 Sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
Çev.	: Çeviren

E.	: Esas
EndTasKHK	: 554 Sayılı Endüstriyel Tasarımları Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
f.	: fıkra
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
Gaz. Pal.	: la Gazette du Palais
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HPD	: Hukuki Perspektifler Dergisi
HSK	: 2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu
HSYK	: Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu
HSYKK	: 6087 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İz.BD	: İzmir Barosu Dergisi
K.	: Karar
m.	: madde
MarkKHK	: 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
MİHDER	: Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
Mük.	: Mükerrer
NCPC	: Nouveau Code de Procédure Civile
par.	: paragraf
PatKHK	: 551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname



RDS	: Revur de droit Suisse
RG.	: Resmi Gazete
R.I.D.C.	: Revue internationale de droit comparé
S.	: Sayı
s.	: sayfa
T.	: Tarih
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBB İHAUM:	Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCDD	: Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları
TebT	: Tebligat Tüzüğü
TMK	: Türk Medenî Kanunu
UMK	: Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

## RÉSUMÉ

### **LE DROIT À UN PROCÈS ÉQUITABLE EN TERMES DU DROIT DE LA PROCÉDURE CIVILE TURC EN TENANT COMPTE DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME ET DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME**

L'homme, avant d'être qualifié comme individu vivant dans une nation, est tout d'abord aperçu comme titulaire des droits et libertés pour la seule raison qu'il soit homme. À notre époque, le sujet des droits et libertés de la personne, au delà d'être une question nationale, est pris en considération dans un cadre universel. Deux principes assez proches l'un de l'autre: le droit à un procès équitable et le principe d'État de droit sont tous les deux d'une importance majeure dans le cadre de la protection des droits de l'homme. Car les droits de l'homme peuvent seulement être protégés dans les cas où un individu puisse faire demande de protection judiciaire face à une violation de ses droits et que ses demandes soient tenues en compte à travers un procès équitable par des tribunaux indépendants et impartiaux.

Le champ d'application du droit à un procès équitable est assez vaste. Pris en compte comme un droit de l'homme et un des droits principaux judiciaires, le droit à un procès équitable est reconnu et appliqué dans la justice pénale, administrative et civile. Cependant, à part quelques oeuvres entre autres se reliant sur la justice pénale et administrative, aucun ouvrage concernant la justice civile possède un contenu satisfaisant à ce sujet dans notre pays. Après avoir pris en considération que le droit à un procès équitable fait part à la fois des droits de l'homme mais aussi d'un des droits principaux judiciaires, il a été ainsi nécessaire de mettre l'accent sur son impact à propos des conflits concernant le droit privé. Du fait que le but soit de déterminer la place du droit à un procès équitable dans le droit de la procédure civile, tout en traitant du cadre général du droit à un procès équitable, cette étude se penche à ce sujet surtout à travers la perspective du droit de la procédure civile.

Avec l'appui des changements qui ont débuté à partir des années 50, les règles du droit de la procédure civile ont petit à petit été influencées par les conventions internationales. Parmi divers conventions internationales, la convention européenne des droits de l'homme est celle qui s'est le plus consacrée sur la protection du droit à un procès équitable. Cela est dû premièrement au caractère péremptoire (son application est prioritaire et directe) de la Convention vis à vis des réglementations internes des pays; secondement du fait que les États acceptent le droit de requête individuelle à la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH).

Les États contractants de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, sont en situation de garantir la survie des droits protégés par la Convention dans leur disposition nationale. Le fait qu'il y ait un mécanisme de contrôle qui vérifie si les états assument leurs engagements, permet justement au dispositions internes de s'approprier les dispositions de la Convention. Depuis l'année 1987, dans laquelle la

Turquie a ouvert la voie de la requête individuelle à la cour européenne des droits de l'homme, les individus ont la possibilité de faire une démarche sans intermédiaire à la CEDH sous réserve d'une infraction d'un des droits de la convention. Dans un sens ceci montre clairement que la Turquie est sous une inspection internationale vis à vis du droit à un procès équitable et de tous les autres droits réglementés par la Convention.

Le premier paragraphe du sixième article de la Convention Européenne des Droits de l'Homme dans lequel le droit à un procès équitable et ses principaux fondements sont clairement reconnus, forme le cadre essentiel de cette étude. Cela dit, le troisième paragraphe du sixième article est aussi pris en considération dans les cas où il y a une correspondance entre le contenu du paragraphe et le droit de procédure civile et si l'il est suggerable que le droit à un procès équitable puisse être réalisé d'une façon encore plus vigoureuse grâce au paragraphe.

Dans la première partie de l'étude, on a tout d'abord recherché le développement du concept du droit à un procès équitable et à son passé historique. Sachant leur impact uniersel vis à vis de la protection des droit de l'homme, ce sont les conventions internationales, rédigées dès l'après guerre, qui ont été étudiées dans la seconde partie. Bien que le sujet de notre étude soit limité par le sixième article de la convention, pour avoir une idée plus générale on s'est penché sur la disposition du droit à un procès équitable selon différents textes provenant de diverses régions (la convention américaine des droits de l'homme et la convention africaine des droits de l'homme).

Dans la deuxième section de la première partie, a été étudié le champ d'application du droit à un procès équitable. Les critères de la CEDH ont été traités pendant l'analyse portant sur la question du champ d'application du sixième article de la Convention et du cas qui en pourrait faire partie ou non. Même si le sixième article de la Convention traite le champ de protection du droit à un procès équitable seulement à l'égard des procès concernant les droits et obligations de caratère civil et selon la justice pénale, plusieurs conflits concernant le droit administratif profitent de la protection du sixième article dû à la jurisprudence de la CEDH. Pour être sure que le conflit fasse partie du champ d'application du sixième article, la Cour regarde si la future décision risque d'influencer les droits et obligations de l'individu. Ces constatations sont faites indépendamment de la classification des droits et des obligations réglementés dans le droit interne. Ainsi, lorsque la CEDH caractérise un droit ou une obligation comme faisant partie du droit civil, le conflit en question est compris dans le champ d'application du sixième article. Cette règle est valable pour tous les jugements qui se déroulent dans les états membres de la convention.

Pour qu'un jugement lié à un droit ou à une obligation civile soit dans le champ d'inspection du sixième article, le droit ou l'obligation en question doit être reconnue par le doit interne suivi d'un arrêt décisif vis à vis du conflit concernant ce droit ou cette obligation. Une allégation non qualifiée comme un droit quant aux réglementations internes, ne peut être défendue au sein du sixième article. Alors que la CEDH soutient une approche du concept "des droits et obligations" indépendante des droits internes, le fait qu'elle soit à la recherche d'un droit civil qui soit reconnu par les autorités semble être contradictoire. Car cette poursuite met de côté l'approche indépendante du concept du droit et rend l'existence d'un droit dépendant du droit interne.

La fin de la première partie porte brièvement sur la question d'assurer le droit à un procès équitable; bien que la Convention ne s'y penche pas, une large partie sur le droit d'accès à la cour régularisé par la jurisprudence de la CEDH et le droit à un procès équitable ainsi que sur le droit à la demande d'exécution d'un arrêt a été rédigée. L'assurance du droit à un procès équitable n'est pas limitée à l'énumération faite par le sixième article. La CEDH use son champ d'interprétation de la Convention d'une manière assez large, de sorte à introduire une nouvelle méthode permettant d'assurer le droit à un procès équitable. Le droit d'accès à la cour et à la demande d'exécution d'un arrêt sont des dérivés de cette méthode.

Sans discussion, ils font partie implicitement du champs d'application du sixième article. Le droit d'accès à la cour est surtout un gage permettant au droit à un procès équitable d'être exercé efficacement. Le droit d'accès à la cour consiste à la possibilité pour chaque individu de faire demande d'une protection juridique sans faire face à des obstacles difficiles à surmonter. Également, le droit à la demande d'exécution d'un arrêt a été mis en place pour assurer l'exécution décisive d'un arrêt, établi par un tribunal d'un état membre de la Convention, favorable pour un individu et d'empêcher sa nullité. Ce droit provenant de la phase d'exécution des arrêts constitue un composant du jugement, qui permet au droit l'accès à la cour afin fonctionner effectivement. Le droit pour les individus d'accès à la cour ou le droit à un procès équitable n'a plus de sens du moment que l'exécution de l'arrêt n'est pas assurée.

La seconde partie comporte l'étude des éléments du droit à un procès équitable mis en place dans le sixième article. Vis à vis des garanties qu'il procure, le cadre du droit à un procès équitable est assez vaste. La première des garanties émisent dans le sixième article prévoit que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi. La deuxième garantie envisage un jugement, face à un tribunal ayant les qualités prescrites ci-dessus, dont le déroulement prend fin dans un délai raisonnable. Un autre élément consiste à ce que le jugement soit rendu publiquement. L'accès de la salle d'audience peut être interdit dans certaine situation exceptionnelle. Le dernier élément indiqué dans l'article consiste en ce que le jugement doit être équitable. Ce principe regroupe en soi le droit d'être entendu équitablement, le principe de la procédure contradictoire et de l'égalité des armes. Chacuns des droits traités dans la deuxième partie sont suffisamment vastes pour être sujet d'un monographe. Mais en raison de l'importance de l'étude de tous les éléments d'un ensemble, aucun d'entre eux n'ont été mis en dehors de la recherche. Cependant pour éviter le risque de manquer le fond du sujet, chacun des droits a été considéré en fonction des règles du droit de la procédure civile turque, accompagné des principes formés par la jurisprudence de la CEDH.

Bien que la notion du droit à un procès équitable ne soit pas incluse clairement dans le droit turc jusqu'en l'an 2001, il était possible de rencontrer des éléments du droit en sujet, ne serait-ce que dans les constitutions faites pendant la période républicaine et dans certains arrêts. De même, le droit à un procès équitable ne s'appliquait pas sans aucun fondement légal: le principe d'Etat de droit qui se trouve dans le deuxième article de la Constitution de 1982. La notion a obtenu clairement un fondement légal lors des annexes faites en la Constitution de 2001, introduite dans l'article 36 concernant le droit à des recours juridiques. Le contenu du droit en sujet

doit être déterminé en fonction des normes universelles émises par les organes de la convention européenne des droits de l'homme. La réglementation de l'article 90 de notre Constitution soutient donc cet accord.

Parmi les dispositions positives du droit de la procédure, il n'y a aucune trace du droit à un procès équitable. Par contre, certains éléments de ce droit sont répartis dans diverses dispositions du code du droit de la procédure civile. Les préoccupations à propos du droit à une procédure équitable du législateur se sont manifestées comme dispositions de précaution dans la phase d'élaboration du code du droit de la procédure civile 6100 qui date d'Octobre 2011. Le code du droit de la procédure comporte plus de dispositions qui tendent à maintenir un droit par rapport à la loi 1086. Même si le droit à un procès équitable n'est pas mentionné explicitement dans la loi, ces éléments constitutifs y font à travers certains droits fondamentaux comme le droit d'être entendu (art.27), le principe de publicité (art.28), le principe d'économie de la procédure (art.30).

Malgré une certaine accélération dans l'effort d'un amélioration, effets des jurisprudences de la CEDH, une persévérance déterminée doit être assurée pour garantir une réalisation maximale du droit à un procès équitable vis à vis du droit de la procédure civile turque.

Il faut tout d'abord améliorer le système d'aide judiciaire afin de pouvoir réaliser le droit à l'accès à la cour vis à vis du droit de la procédure turque. L'interprétation des conditions envisagées par la loi à propos de l'aide judiciaire doit être expliquée d'une manière flexible afin de permettre aux individus une facilité d'accès à la cour. Le recours juridique contre le refus ou l'approbation de la demande à une aide judiciaire devrait être également permis. Une telle disposition faciliterait le droit d'accès à la cour des individus. En ce qui concerne l'exécution d'une décision judiciaire, l'arrêt doit être exécuté immédiatement surtout si l'État est une des parties du procès. La Turquie est très souvent condamnée car le pouvoir exécutif a tendance à ne pas respecter les décisions judiciaires. Il serait donc souhaitable que l'administration pourvoie à cet inconvénient.

Le renforcement du principe de l'impartialité des juges est un sujet auquel on doit faire attention dans le cadre des garanties en rapport avec le tribunal. Le droit à un procès face à un tribunal indépendant et impartial est primordial pour l'exécution des autres garanties. Des mesures supplémentaires doivent être prises pour assurer l'indépendance de la juridiction contre le pouvoir exécutif. La mesure principale consiste à ce que le ministre de la justice et son sous-secrétaire soient dans le cadre du corps du Conseil supérieur des juges et des procureurs. Les décisions concernant le sort professionnel d'un juge comme par exemple l'acceptation dans la profession, la nomination, le transfert ou la procédure disciplinaire sont prises par un conseil dont le président est le ministre de la justice. Ceci donne une impression rassurante vis à vis de l'indépendance de la justice turque. D'autres mesures seraient à prendre: d'une part le recours juridictionnel contre les sanctions disciplinaires, d'autre part une rémunération plus adéquate à cette profession.

Le principe d'être entendu dans un délai raisonnable est un des autres éléments importants permettant l'exécution du droit à un procès équitable et d'une protection légale effective. Parmi les requêtes individuelles faites à la CEDH pour violation du droit à un procès équitable contre la Turquie, l'allégation la plus souvent rencontrée a

été la négligence du principe du délai raisonnable. Cette violation du principe force la Turquie à payer pour les dommages causés. Le point de vue de la CEDH à ce sujet est claire: du moment que l'Etat prend les mesures nécessaires pour résoudre les blocages temporaires qui apparaissent dans le système judiciaire, il n'est pas question d'indemnisation. Cependant, si ce blocage est devenu une caractéristique du système judiciaire de l'Etat, cela induit au mal fonctionnement du principe du délai raisonnable qui se trouve dans le sixième article. La lenteur du système judiciaire turc est malheureusement devenue un aspect caractéristique. Afin de mettre fin à cette négativité, le nombre de juge devrait s'accroître et les rapports d'experts devraient être délivrés à temps; également, des institutions alternatives qui résoudraient certains litiges devraient être prises en considération.

Le principe de publicité, autre garantie effective du droit à un procès équitable, regroupe en soi, la nécessité pour tous les jugements d'être rendus publics, la possibilité pour les concernés de suivre le jugement sur place ou par l'intermédiaire de la presse et l'importance de l'existence d'un arrêt transparent au public. On ne rencontre pas dans la justice civile turque de problème chronique concernant le principe de publicité. Au contraire, les conditions qui permettent un huis clos sont parallèles aux dispositions de la Convention.

Le contenu du droit d'être jugé équitablement, dernier élément du droit à un procès équitable, s'est aussi clarifié grâce à la jurisprudence de la CEDH. Le droit d'être jugé équitablement se compose de trois éléments qui se complètent mutuellement. Conformément au principe du droit à la procédure contradictoire, les parties du procès doivent pouvoir être au courant du contenu du dossier et pouvoir présenter leur arguments. L'égalité des armes, qui est la répercussion constitutionnelle du principe générale d'égalité dans le droit de la procédure civile, permet aux parties de l'action de présenter leurs allégations sur le même pied d'égalité. Faisant parti du même thème, le droit d'être entendu permet aux parties de l'action d'être pris en considération par la cour et d'être informé sur les allégations affirmées à leurs encontre pour exercer le droit au dépôt d'une demande reconventionnelle.

Comme il est impossible à première vue de réaliser si l'arrêt semble être juste ou équitable, le public et les parties de l'action doivent être au moins persuadés de l'équité du jugement. Un jugement peut-être estimé comme équitable et impartial dans la mesure où les parties ont la possibilité de présenter leurs allégations et leurs défenses dans des conditions égales et d'avoir un impact effectif sur l'arrêt. Il faut faire surtout attention à ce que les opérations de notification soient en vigueur avec la loi de notification. En outre, une approche encore plus attentive concernant les décisions motivées est nécessaire. La décision motivée devrait permettre à son lecteur de saisir la prise en considération des allégations et des défenses des parties de l'action.

Les droits auxquels cette étude se penche sont d'une importance capitale pour les juges, gardes des droits du sixième article. La garantie d'activer tous les éléments du droit à un procès équitable dépend du juge. Tenu à la responsabilité professionnelle, les avocats aussi sont sensés de protéger le droit à un procès équitable de leur client. Le but principal des avocats d'aide juridictionnelle est justement de protéger leur client d'une possible violation des droits assurés dans le sixième article. Les établissements publics jouant un rôle dans l'exécution des droits et obligations

civiles doivent également faire attention à la préservation des droit envisagés dans le sixième article.

## ABSTRACT

### **RIGHT TO A FAIR TRIAL REGARDING TURKISH LAW OF CIVIL PROCEDURE IN CONSIDERATION OF EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS AND THE DECISIONS OF EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS**

Humans have fundamental rights and freedoms, from simply being a human, prior to being a citizen of a state. In our era, human rights and freedoms exceeded the boundaries of states and became a universal concern. The two closely related principle: the right to a fair trial and the rule of law have a major function in preserving human rights. For human rights can only be preserved as long as individuals have the liberty to apply to courts in the event of a violation of his/her rights and these appeals are addressed and resolved by decisions given in fair trials by independent courts.

The right to a fair trial has a fairly wide range of practice. As a fundamental human and judicial right, it's acknowledged and practiced in both criminal and civil procedures of law. In Turkey however, the right to a fair trial is rather studied in means of criminal and administrative law while only a few studies have been made in detail regarding the law of civil procedure. Considering the right to a fair trial is a human right as well as a fundamental judicial principle, it became a necessity to remark the importance of the right to a fair trial, regarding disputes in civil actions. Since the main purpose of this study is to determine the state of the right to a fair trial in civil actions as well as the explanation of the general framework of this right, the study embraces a perspective on procedure of civil law.

The procedure of civil law developed under the influence of international conventions with the winds of change that began in the 50's. The European Convention of Human Rights (ECHR) is distinguished among other international conventions in preserving the right to a fair trial, one of the human rights. This statement is based firstly on the authority of the Convention (whereas the Convention has priority over domestic laws and is applied directly in these domestic laws); the second basis is that states have adopted the procedure of individual application to the European Court of Human Rights. (ECtHR)

Contracting states of the European Convention of Human Rights have undertaken to assure the preservation of rights, which are defined in the Convention. The mechanism, which supervises if the contracting states are fulfilling this commitment, has been a driving force for the preservation of rights in domestic laws. Since 1987, the year in which Turkey has acknowledged the right of independent application; individuals have been able to apply to the Court claiming their Conventional rights have been violated. This - in a sense - shows that Turkey is



under international supervision regarding the right to a fair trial and all the rights preserved by the Convention.

The general framework of this study is constituted on the first paragraph of Article 6 of the European Convention of Human Rights; which evidently lays out the right to a fair trial and principles of procedural law. Third paragraph of Article 6 is also taken into consideration, as long as it's consistent with structure of the law of civil procedure and with anticipation of increased effectiveness of actualization of the right to a fair trial.

In the first chapter of this study, the historical background and evolution of the right to a fair trial has been analyzed with a blanket approach at first. Secondly, the international conventions, which arose from the concerns about preservation of human rights globally after World War II, have been discussed with a regional approach. Although the main subject of this study is limited to Article 6 of the European Convention on Human Rights, each regional convention (American Convention on Human Rights and African Convention on Human Rights) have been given a look in order to have a general idea on how the right to a fair trial is regulated.

In the second section of the first chapter, the field of application of the right to a fair trial is studied. The methods ECtHR applies when determining if an event presents a violation of Article 6 of the Convention have been studied. Although Article 6 of ECHR limits the field of application of the right to a fair trial with civil rights and obligations and criminal procedures, today Article 6 is applied to many disputes in the field of administrative law, based on practices of ECtHR. The Court, while determining if a dispute is in the area of application of Article 6, evaluates if the decision on the dispute will be affecting the applicants civil rights and obligations. These evaluations are independent from domestic classifications of the related right and obligation, therefore when a right or obligation is classified with a civil character by ECtHR, the related matter of dispute will be included in the area of application of Article 6 in all the States Parties of the Convention.

In order for a proceeding to be included in the field of application of Article 6, the related right and obligation needs also to be acknowledged in domestic law and the decision process of mentioned dispute should be final in means of related right and obligation. In other words, any claim that is not acknowledged or any claim that cannot be raised and defended on a fair ground in the domestic law will not be included within the scope of Article 6. While evaluating the concept of "Civil right and obligations" independent from domestic law, it is contradictory for ECtHR to pursue a domestically regulated civil right and deserves criticizing. For as much as this pursuit obliterates the independent approach on the concept of civil rights, it also deems the existence of this right dependent on domestic law.

In the last section of the first chapter, the assurances which need to be established according to the right to a fair trial are briefly emphasized, although the right to reach a court and the right on execution of judgment, which have been included within the right to a fair trial by ECtHR's practices, are discussed in detail. These assurances are not limited to those listed in Article 6. ECtHR uses its power to interpret the Convention in a liberal manner, including new assurances within the right to a fair trial. The right to reach a court and the right on execution of judgment

are such rights derived with this method, which are unquestionably accepted to be tacitly included within Article 6. The right to reach a court is an essential assurance, making it possible for the right to a fair trial used effectively. The right to reach a court connotes any individual's ability to appeal to a court in order to establish legal protection on their rights, without the interference of a formidable obstacle. Also, the right on execution of judgment is established in order to guarantee that a final and binding judgment established in States Parties based on respective domestic laws, will not be deemed ineffective to the prevailing party's disadvantage. This right, developed based on the remark that the execution of judgment stage is an integral part of a trial, serves to the effective realization of the right to reach a court. If the execution of judgment is not assured, it becomes meaningless to reach a court or have a fair trial.

In the second chapter, the elements of the right to a fair trial, which are clearly indicated by Article 6, are examined. The scope of assurances provided by Article 6 is fairly wide. The first of assurances listed in Article 6 is a fair and public hearing by an independent tribunal established by law. Second assurance is that such trial must be concluded within a reasonable time. Another element is that a hearing must be public and the judgment must be pronounced publicly. The rule of public hearings can be limited based on exceptional circumstances referred in Article 6. The last element mentioned in Article 6 is that a trial must be fair, equitable in other words. This principle embodies the right to be informed promptly in a trial, adversarial system and equality of arms principles. Although each right studied in the second chapter has the attribute and scope enough for a separate monograph, exclusion of any of these deemed impossible due to the importance of studying the elements of a right collectively. Nonetheless, with concerns of diverting from the core subject, the method designated for studying these rights is the analysis of the rules in Turkish Law of Civil Procedure in consideration of ECtHR's practices.

Although the right to a fair trial has not been included in Turkish law until 2001, it's possible to stumble upon elements of this right in either the constitutions of Turkish Republic or various articles in procedural laws. Even so, according to the rule of law principle set out in the second article of Turkish constitution of 1982, the right to a fair trial had a legal basis. The concept found its constitutional basis with an amendment made in 2001, to the 36<sup>th</sup> Article of the constitution, which regulates the freedom to claim rights. The right to a fair trial is not defined in the 36<sup>th</sup> article. The contents of the right will be covered according to the universal standards set out by European Convention of Human Rights.

It's not possible come upon a clear rule on the right to a fair trial among the positive regulations of law of civil procedure. On the other hand, it's possible to find the elements of the right scattered through the different articles of the old Code of Civil Procedure. During the preparation phase of Code of Civil Procedure, Law Nr. 6100 which came into effect on 1<sup>st</sup> of October, 2011, the law makers' rightful concerns on taking necessary measures to guarantee the fairness of trials, reflected onto the code, many positive steps have been taken in this manner. The new Code of Civil Procedure includes more rules aimed to protect the right, compared to the old code Law Nr. 1086. Even though the right to a fair trial is not regulated either clearly or separately, some basic rights that are classified as elements of the right to a fair trial are regulated under the governing principles of procedure. Such as the right to

be informed promptly in a trial (Article 27), principle of publicity (Article 28) and judicial economy principle (Article 30)

Even if the efforts on improving the right to a fair trial due to the practices of ECtHR are significant, there are many steps to be taken in order to establish a total assurance on fairness of trials in Turkish law of civil procedure.

In order for the right to reach a court to be realized in means of Turkish law of civil procedure, the legal aid system should be improved. It is essential to favor a more flexible approach while investigating if the prerequisites for a legal aid set out by law are met so that it will make it easier to reach a court and more importantly it will protect individuals from the threat of losing any right due to a lack of aid. In addition to this, the decision made upon a demand of legal aid should be made available for appeal. A regulation in this perspective will improve the efficiency of assuring the right to reach a court. What should be done in the execution of judgment aspect is that in trials where the state is a litigant, the swift execution of judgments should be secured. The plentitude of rulings against Turkish government given by ECtHR due to the executive organ's incomppliance to the rulings of judicial organs indicates the significance of circumventing the administrations bad habits on the matter.

There is a necessity of improvement on the independence of judges in means of assurances related to court. The right to a hearing by an independent tribunal is an essential condition that needs to be assured initially in order for other assurances to be established. Further precautions should be taken in order to establish the independence of judicial bodies before the executive organ. The first of which should be the removal of the Minister of Justice and its undersecretary from the Supreme Council of Judges and Public Prosecutors. The minister of justice being the chairman of this council, authorized to make decisions on matters which can affect judges' careers such as approving their judgeship, assigning, transferring them to positions and launching disciplinary proceedings against them, does not raise a reassuring impression on the independence of Turkish judicial system. Some of the precautions to be taken are making the decisions on disciplinary proceedings against judges available for appeal and making judgeship economically desirable.

Another element of importance in means of the right to a fair trial and effective legal protection is the right to be tried within a reasonable time. Among individual applications with claims of violation of the right to a fair trial against Turkey, exceedance of reasonable time is the most quantitative. Turkey has been obliged to pay serious amounts of compensations due disregarding this reasonable time principle. The workload of courts is the biggest obstacle in the way of this right. However ECtHR's approach to the matter is clear: temporary obstructions in judicial progress don't imply the government's responsibility if the necessary precautions are taken to resolve these obstructions. But if such obstructions became a structural feature in a state's judicial system, it means that the necessary actions in order to assure he right to be tried within a reasonable time stated in Article 6, cannot be taken. It's necessary to admit that the slowness of Turkish judicial system became a structural feature and it falls in the second category. In order to put an end to this negative state, the number of judges should be improved, evidences and especially expert's reports should be submitted to court in a timely manner and also institutions that can indirectly reduce the workload on the courts such as alternative dispute resolutions should not be disregarded.

One of the functional assurances given by the right to a fair trial is the principle of publicity, which includes public hearings as a whole, related persons ability to follow these hearings as a spectator or through the press and public pronouncement judgments. In Turkish law practice, it's not possible to encounter a chronic problem in realization of the principle of publicity. On the contrary, it would be right to improve the means to disclose hearings, corresponding the exceptions of the principle of publicity set out in European Convention.

Contents of the right to be tried equitably, last element of the right to a fair trial, is clarified by the practices of ECtHR. The right to be tried equitably consists of three sub-elements, which complete each other. Case parties should be able to get informed and argue on everything that goes into the case file according to the adversarial system. The equality of arms principle, which is a projection of the main equality principle set out by the constitution in procedural law, means the ability for a case party to submit claims to a court, without being in the disadvantage of the opposing party. Also present under this section, the right to be informed promptly in a trial includes being informed on claims made, to be able to reply and if possible present counterclaims and being taken into consideration by the court in a civil action.

Since it's not possible to state if a decision given after a proceeding is correct or rightful at a glance, it's important for the public and the case parties' to have a positive opinion on the fairness of a legal proceeding that led to a decision. As a result of a proceeding in which case parties have as much effect on the same resources in presenting their claims and defenses to the court with a chance to affect the decision, the chances fair trial will increase. For this reason, it's essential to deliver the written notices in accordance with its respective code in Turkish law practice to establish the right to a fair trial. In addition to this, the justification of court decisions should be taken more seriously and delicately, reasons should clearly indicate that the court has taken case parties' claims into consideration and decided upon reasoning these claims.

The topics of this study have great importance for judges, the real protectors of the rights stated in Article 6. It's primarily the judges' responsibility to ensure the realization of the right to a fair trial and all of its elements. Just as judges, attorneys carry a professional responsibility to materialize the right to a fair trial and push it past theory to make it effective for their clients. Especially attorneys assigned on a legal aid call are commissioned to protect the rights set out in Article 6 for the recipients of their legal aid. Also government agencies, which take a significant part in establishing civil rights and obligations, have to comply with the assurances provided by Article 6. As much as their legibility allows.

## ÖZET

### AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA TÜRK MEDENİ USUL HUKUKU AÇISINDAN ADİL YARGILANMA HAKKI

İnsan, içinde yaşadığı ulusun bireyi olmasından önce, yalnızca insan olması sebebiyle birtakım hak ve özgürlüklere sahiptir. Çağımızda, insan hak ve özgürlükleri, ulusal bir hukuk sorunu olmaktan çıkmış, evrensel bir anlam kazanmıştır. Birbirleriyle yakından ilişkili olan temel iki prensip: adil yargılanma hakkı ve hukuk devleti ilkesi, insan haklarının korunmasında temel işleve sahiptir. Zira insan hakları, ancak bireyler, hak ihlallerine karşı mahkemelere başvurarak hukuki korunma talep edebildikleri ve bu talepleri hakkında, bağımsız mahkemelerce yapılan adil bir yargılama sonucunda karar verildiği takdirde korunabilir.

Adil yargılanma hakkının uygulama alanı oldukça geniştir. Bir insan hakkı ve temel bir yargısal hak olarak, hem ceza yargısı hem idari yargı hem de medeni yargılama alanında kabul edilip uygulanmaktadır. Bununla birlikte, Ülkemizde daha ziyade ceza yargılaması ve idari yargı bakımından ele alınmış, birkaç eser dışında medeni yargılama bakımından ayrıntılı çalışma konusu yapılmamıştır. Adil yargılanmanın hem bir insan hakkı hem de temel bir yargılama ilkesi olduğu düşünüldüğünde, özel hukuk uyuşmazlıklarına ilişkin davalardaki önemi üzerinde ayrıca durmak gerekliliği hasıl olmuştur. Amaç adil yargılanma hakkının medeni yargılama hukukundaki yerinin belirlenmesi olduğundan, bu çalışmada, adil yargılanma hakkının genel çerçevesi ortaya konmakla birlikte, konuya özellikle medeni yargılama hukuku perspektifinden bakılmıştır.

1950’li yıllardan itibaren esen değişim rüzgârları ile birlikte, medenî usul hukuku kuralları daha çok uluslararası anlaşmaların etkisi altında gelişim göstermiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, insan haklarının ve bunlardan biri olan adil yargılanma hakkının korunması açısından diğer uluslararası metinler arasında öne çıkmaktadır. Bunun ilk sebebi, Sözleşmenin iç hukuklardaki otoritesi (öncelikle ve direkt olarak uygulanması) iken; ikinci sebebi, devletlerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne (AİHM) bireysel başvuru yolunu kabul etmeleridir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olan Devletler, Sözleşmeyle korunan hakları milli hukuklarında garanti altına almayı taahhüt etmektedirler. Devletlerin bu taahhütlerini yerine getirip getirmediğini denetleyen bir kontrol mekanizmasının olması da iç hukukların Sözleşmeye uygun olarak düzenlenmesi ve geliştirilmesi yönünde itici kuvvet olmuştur. Türkiye’nin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne bireysel başvuru hakkını tanıdığı 1987 yılından beri, bireyler Sözleşmesel haklarının ihlal edildiği iddiasıyla doğrudan AİHM’ne başvuruda bulunabilmektedirler. Bu da bir anlamda Türkiye’nin adil yargılanma hakkı ve Sözleşme ile korunan tüm diğer haklarla ilgili olarak uluslararası alanda denetim altında olduğunu göstermektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, adil yargılanma hakkının açıkça tanındığı ve hakkın gerçekleşmesi için yargılama hukukuna ilişkin temel ilkelerin belirlendiği 6.maddesinin birinci paragrafı, bu çalışmanın esas çerçevesini oluşturmaktadır. Bununla birlikte, medenî usul hukukunun yapısına uygun düştüğü ölçüde ve adil yargılanma hakkının daha etkin şekilde gerçekleşeceği düşüncesiyle gerektiğinde 6.maddenin üçüncü paragrafı da inceleme konusu yapılmıştır.

Çalışmanın birinci bölümünde, öncelikle adil yargılanma hakkı kavramının ortaya çıkışı ve tarihsel gelişimi genel bir bakış açısıyla incelenmiştir. İkinci olarak, özellikle ikinci dünya savaşı sonrasında, insan haklarının korunması endişesinin evrensel boyut kazanmasının bir sonucu olan, uluslararası sözleşmeler bölgesel olarak ele alınmıştır. Çalışma konumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesiyle sınırlı olmakla birlikte, genel bir fikir edinebilmek amacıyla, bu başlık altında, her bölgesel metin (Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ve Afrika İnsan Hakları Sözleşmesi) kapsamında adil yargılanma hakkının nasıl düzenlendiğine göz atılmıştır.

Birinci bölümün ikinci kısmında, adil yargılanma hakkının uygulama alanı incelenmiştir. Bir olayın, Sözleşme'nin 6.maddesinin uygulama alanı kapsamında olup olmadığı tespit edilirken AİHM tarafından dikkate alınan ölçütler ele alınmıştır. AİHS'nin 6.maddesi, adil yargılanma hakkının koruma alanını, yalnızca medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili davalar ve ceza yargılamaları ile sınırlandıracak şekilde kaleme alınmışsa da, idarî yargı alanına giren birçok uyuşmazlık bugün AİHM içtihatları ile 6.maddenin korumasından faydalandırılmaktadır. Mahkeme, bir uyuşmazlığın 6.maddenin koruma alanında olup olmadığı değerlendirmesini yaparken, ilgili uyuşmazlığın çözümü için verilecek kararın bireyin medeni hak veya yükümlülüklerinden birisini etkileyip etkilemediğine bakmaktadır. Bu tespitler, ilgili hak veya yükümlülüğün iç hukuktaki sınıflandırmasından bağımsız şekilde yapılmakta, böylelikle, bir hak veya yükümlülük AİHM tarafından medenî karakterli sayıldığında, ilgili uyuşmazlık konusu, tüm taraf devletlerdeki yargılamalar bakımından 6.maddenin uygulama alanına dahil edilmiş olmaktadır.

Medenî hak veya yükümlülüğe ilişkin yargılamanın 6.maddenin denetim alanına girebilmesi için ayrıca söz konusu hak ve yükümlülüğün iç hukukta tanınması ve uyuşmazlığın karara bağlanma sürecinde söz konusu hak ve yükümlülük için kesin sonuç doğması aranmaktadır. İç hukukta hak olarak tanınmayan, bir başka deyişle milli merciler önünde hak sıfatıyla ileri sürülüp makul zeminde savunulamayacak bir iddia 6.madde kapsamında sayılmamaktadır. "Medeni hak ve yükümlülük" kavramını iç hukuklardan bağımsız olarak yorumlayan AİHM'nin, bir yandan iç hukukta kabul edilmiş bir medeni hak arayışına girmesi eleştiriyi hak eden çelişkili bir yaklaşımdır. Zira bu arayış, medeni hak kavramının özerk yorumunu ortadan kaldırmakta, hakkın olup olmadığını iç hukuka bağımlı hale getirmektedir.

Birinci bölümün son kısmında, adil yargılanma hakkı kapsamında sağlanması gereken güvenceler üzerinde kısaca durulmuş; Sözleşmede yer almamakla beraber AİHM içtihatları ile adil yargılanma hakkı kapsamına alınan mahkemeye erişim hakkı ve hükmün icrası hakkına geniş yer verilmiştir. Adil yargılanma güvenceleri, yalnızca 6.madde metninde sayılanlarla sınırlı değildir. AİHM, Sözleşmeyi yorumlama yetkisini, yeni güvenceleri adil yargılanma hakkı kapsamına alacak şekilde geniş kullanmaktadır. Bu yöntemle türetilen ve bugün 6.maddeye zımnen dahil olduğu tartışmasız olarak kabul edilen haklar, mahkemeye erişim hakkı ve

hükmün icrası hakkıdır. Özellikle mahkemeye erişim hakkı, adil yargılanma hakkının etkili şekilde kullanılabilmesini sağlayan çok önemli bir güvencedir. Mahkemeye erişim hakkı, haklarını mahkeme önünde ileri sürerek hukuki korunma talebinde bulunmak isteyen her kişinin, aşılması güç bir engelle karşılaşmaksızın bu olanaktan yararlanabilmesi anlamına gelmektedir. Ayrıca, taraf devletlerin iç hukuk sisteminde verilen nihai ve bağlayıcı bir kararın, lehine hüküm elde eden tarafın zararına geçersiz kalmasının önlenmesi amacıyla hükmün icrası hakkı kavramı yaratılmıştır. Kararların icrası aşamasının, yargılamanın bütünleyici parçası olduğu görüşünden hareketle ortaya çıkan bu hak, mahkemeye erişim hakkının etkin şekilde gerçekleşmesine hizmet etmektedir. Zira, yargılama sonucunda verilen kararın icrası garanti altına alınmadığında, bireylerin mahkemeye erişiminin veya yargılamanın adil şekilde yürütülmesinin bir anlamı kalmamaktadır.

İkinci bölümde ise, adil yargılanma hakkının 6.maddede açıkça belirtilen unsurları inceleme konusu yapılmıştır. Adil yargılanma hakkının, sağladığı güvenceler bakımından kapsamı oldukça geniştir. 6. maddenin birinci paragrafında açıkça sayılan güvencelerden ilki, kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanmaktır. Bu özelliklere sahip mahkeme önünde yapılan yargılamanın makul süre içinde bitirilmesi ikinci güvencedir. Bir diğer unsur, yargılamanın aleni yapılması ve hükmün açık oturumda verilmesidir. Duruşmaların aleni olması kuralı, yine maddede ifade edilen bazı istisnai hallerde sınırlandırılabilir. Maddede belirtilen son unsur ise, davanın adil yani hakkaniyete uygun şekilde görülmesidir ki bu ilke hem hukuki dinlenilme hakkını, hem çelişmeli yargılama ilkesini hem de silahların eşitliği ilkesini bünyesinde barındırmaktadır. İkinci bölümde ele alınan her bir hak ayrı bir monografinin konusu olabilecek nitelikte ve genişliktedir. Ancak aynı hakkın unsurlarının bir arada incelenmesindeki önem sebebiyle bunlardan herhangi birini çalışma kapsamı dışında tutmak mümkün olamamıştır. Bununla birlikte, konunun özünü kaçırmak endişesi ile her bir hakkın ele alınma yöntemi, AİHM içtihatları ile oluşturulan ilkeler ışığında Türk medenî usul hukuku kurallarını incelemek şeklinde belirlenmiştir.

2001 yılına kadar, Türk hukukunda adil yargılanma hakkı kavramına açıkça yer verilmemişse de, gerek Cumhuriyet tarihi boyunca yapılan Anayasalardaki gerekse yargılama kanunlarındaki çeşitli hükümlerde, bu hakkın unsurlarına rastlamak mümkündür. Ayrıca, adil yargılanma hakkı, 1982 Anayasası'nın 2.maddesindeki hukuk devleti ilkesi gereğince, yine de hukuki dayanağa sahiptir. Kavram, Anayasamızın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesine, 2001 yılında yapılan bir eklemeye açıkça Anayasal dayanağa kavuşmuştur. 36.maddede, adil yargılanma hakkının tanımı yapılmamaktadır. Hakkın içeriği, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Organlarının belirlediği evrensel standartlara uygun olarak doldurulacaktır. Anayasamızın 90.maddesindeki düzenleme de bu sonucu destekler niteliktedir.

Medenî usul hukukuna ilişkin pozitif düzenlemelerde, adil yargılanma hakkından açıkça söz eden bir hükme rastlanmamaktadır. Bununla birlikte, hakkın unsurlarının, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun farkı hükümlerinde dağınık şekilde yer aldığı görülmektedir. 1 Ekim 2011'de yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hazırlanması aşamasında, kanun koyucunun yargılamanın adil biçimde gerçekleşmesi yönünde gerekli tedbirlerin alınması konusundaki haklı endişesi kanunî düzenlemeye yansımış, bu yönde çokça olumlu adımlar atılmıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 1086 sayılı Kanuna kıyasla, hakkı

korumaya yönelik daha fazla düzenlemeyi içermektedir. Kanunda, adil yargılanma hakkı ayrıca ve açıkça belirtilmemişse de, bu hakkın unsurları sayılan temel haklar, yargılamaya hâkim olan ilkeler başlığı altında düzenlenmiştir. Bunlar, hukuki dinlenilme hakkı (m.27); aleniyet ilkesi (m.28); usul ekonomisi ilkesi (m.30) olarak sayılabilir.

AİHM içtihatlarının etkisiyle, son yıllarda hız kazanan iyileştirme çabaları kayda değer olmakla birlikte Türk medenî usul hukukunda, adil yargılanma hakkının tamamen garanti altına alınabilmesi için atılması gereken daha pek çok adım vardır.

Mahkemeye erişim hakkının Türk medenî usul hukuku bakımından gerçekleştirilmesi için öncelikle adli yardım sistemi iyileştirilmelidir. Kanunda öngörülen adli yardım koşullarının somut olayda var olup olmadığı araştırılırken, biraz daha esnek bir yorum yönteminin tercih edilmesi, bireylerin mahkemeye erişimini kolaylaştıracak; daha da önemlisi onları, haklarını bu sebeple kaybetme tehlikesinden koruyacaktır. Ayrıca adli yardım talebinin kabul veya reddine ilişkin kararlara karşı kanun yolu açık bırakılmalıdır. Bu yönde yapılacak bir düzenleme, bireylerin mahkemeye erişim hakkını daha etkili bir şekilde garanti altına almış olacaktır. Hükmün icrası bakımından yapılması gereken ise, özellikle Devletin yargılamanın tarafı olduğu davalar sonucunda verilen kararların gecikmeksizin icra edilmesinin sağlanmasıdır. Yürütme organının, yargı kararlarına uymaması sebebiyle Türkiye aleyhine verilen mahkûmiyet kararlarının çokluğu, idarenin bu olumsuz alışkanlıktan kurtulmasının önemine işaret etmektedir.

Mahkemeye ilişkin garantiler bakımından üzerinde durulması gereken nokta, hâkimlerin bağımsızlığı ilkesinin kuvvetlendirilmesi ihtiyacıdır. Bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı, diğer güvencelerin sağlanabilmesi için öncelikle garanti altına alınması gereken koşuldur. Yargının özellikle yürütme organına karşı bağımsızlığının sağlanması amacıyla ilave tedbirler alınmalıdır. Bu tedbirlerin başında, Adalet Bakanı ile müsteşarının Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu bünyesinden çıkarılması gelmektedir. Hâkimlerin mesleğe kabulü, atanması, nakli ve haklarında disiplin soruşturması açılması gibi, onların mesleki anlamda kaderini belirleyebilecek tüm konularda karar almaya yetkili bir kurulun başkanının Adalet Bakanı olması, Türk yargısının bağımsızlığı konusunda güven verici bir izlenim oluşturmamaktadır. Hâkimler hakkındaki disiplin cezalarına karşı yargı yolunun açılması ve mesleğin ekonomik yönden cazip hale getirilmesi alınması gereken diğer tedbirler arasındadır.

Adil yargılanma hakkı ve etkin hukuki korunma açısından önem arz eden bir başka unsur, makul sürede yargılanma hakkıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne adil yargılanma hakkının ihlal edildiği şikâyeti ile Türkiye aleyhine yapılan bireysel başvurularda, sayı itibarıyla en fazla olan, makul sürenin aşıldığı iddiasıdır. Makul süreye riayet edilmemesi sebebiyle Türkiye, çok ciddi tazminatlar ödemek durumunda kalmaktadır. Mahkemelerdeki iş yükü bu hakkın önündeki en büyük engeldir. Ancak AİHM'nin bu konudaki görüşü açıktır: yargılama faaliyetindeki geçici tıkanıklıklar, biran önce bu durumun giderilmesi için gerekli önlemler alındığında, devletin sorumluluğunu gerektirmez. Ancak bu tıkanıklık, devletin yargı sisteminde yapısal bir özellik halini almışsa, 6.madde kapsamındaki makul sürede yargılanma hakkının gereği yerine getirilemiyor demektir. Türk yargı sistemindeki yavaşlığın bu ikinci gruba dahil olduğunu ve ne yazık ki artık yapısal bir özellik halini aldığını kabul etmek gerekir. Bu olumsuz durumun sona erdirilmesi



için, hâkim sayısı arttırılmalı, delillerin ve özellikle bilirkişi raporlarının zamanında mahkemeye sunulması sağlanmalı; ayrıca alternatif uyuşmazlık çözümleri gibi, iş yükünün azalmasına dolaylı olarak katkıda bulunacak kurumlar göz ardı edilmemelidir.

Adil yargılanma hakkının fonksiyonel garantilerinden bir diğeri olan aleniyet ilkesi bir bütün olarak duruşmaların aleni olmasını, ilgililerin dinleyici olarak ya da basın yolu ile duruşmaları takip edebilmesini ve hükmün aleni şekilde verilmesini kapsamaktadır. Türk hukuk yargılamasında aleniyet ilkesinin gerçekleşmesi bakımından kronik bir soruna rastlanmamaktadır. Aksine, duruşmaların gizli yapılmasına imkân veren ihtimallerin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde belirtilen, duruşmaların aleniyeti kuralının istisnalarına paralel şekilde arttırılması yerinde olacaktır.

Adil yargılanma hakkının son unsuru olan hakkaniyete uygun yargılanma hakkının içeriği, yine AİHM içtihatları ile netlik kazanmıştır. Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, birbirlerini tamamlayan üç alt unsurdan oluşmaktadır. Çelişmeli yargılanma hakkı gereğince, taraflar, dava dosyasına giren tüm dava malzemesinden haberdar olabilmeli ve bunları tartışabilmelidirler. Anayasamızdaki genel eşitlik ilkesinin usul hukukundaki yansıması olan silahların eşitliği ilkesi, bir davanın tarafı olan herkesin davasını takip ederken karşı tarafın sahip olduğu şartlara nazaran daha dezavantajlı duruma sokulmadan iddialarını mahkemeye sunabilmesi imkânına sahip olmasına anlamına gelmektedir. Yine bu başlık altında yer alan, hukuki dinlenilme hakkı ise, bir hukuk davasında, tarafların, ileri sürülen iddialar hakkında bilgilendirilmesini, bu iddialar hakkındaki cevaplarını ve varsa karşı iddialarını ileri sürebilmesini ve mahkeme tarafından dikkate alınma hakkını içermektedir.

Bir yargılama sonucunda verilen kararın doğru ya da adil olup olmadığını ilk bakışta anlamak mümkün olmadığına göre, yargılamanın taraflarında ve kamuda, hükmün ortaya çıkmasını sağlayan yargılamanın adil şekilde yürütüldüğü kanaatinin oluşturulması önem kazanmaktadır. Tarafların iddia ve savunmalarını, kendilerine tanınan eşit imkânlarla mahkemeye sunabildikleri ölçüde ve hükme etki edebilme şanslarının olduğu bir yargılama sonucunda, verilen kararın adil olduğu varsayımı da artacaktır. Bu nedenle, hakkaniyete uygun yargılanma hakkı bakımından Türk hukuk uygulamasında özellikle tebligat işlemlerinin tebligat mevzuatına uygun olarak gerçekleştirilmesine özen gösterilmelidir. Buna ilaveten mahkeme kararlarının gerekçelendirilmesi konusuna biraz daha titizlikle yaklaşılmalı, tarafların iddia ve savunmalarının dikkate alındığı ve müzakere edildiği, kararların gerekçesinden net bir biçimde anlaşılabilmelidir.

Bu çalışmada üzerinde durulan konular 6.maddedeki hakların esas koruyucuları olan hâkimler açısından özel bir önem arz etmektedir. Bir yargılamada adil yargılanma hakkının tüm unsurlarının gerçekleşmesini temin etmek öncelikle o davaya bakan hâkimin sorumluluğu altındadır. Hâkimler gibi, avukatlar da müvekkillerinin adil yargılanma hakkı güvencelerinin teoride ve hayali değil ve fakat uygulanabilir ve etkin kılınması için mesleki sorumluluk taşımaktadırlar. Özellikle adli yardım avukatları, hukuki yardımda buldukları kişilerin 6.maddedeki haklarını korumak için görevlendirilmektedirler. Ayrıca, medeni hak ve yükümlülüklerin akıbeti hakkında belirleyici rol oynayan diğer kamu kurumları, bu süreçleri idare ederken niteliklerine uygun düştüğü ölçüde 6.madde ile getirilen güvencelere riayet etmelidirler.

## GİRİŞ

### I. Sunuş

İnsan, içinde yaşadığı ulusun bireyi olmasından önce, yalnızca insan olması sebebiyle birtakım hak ve özgürlüklere sahiptir. Çağımızda, insan hak ve özgürlükleri, ulusal bir hukuk sorunu olmaktan çıkmış, evrensel bir anlam kazanmıştır. Birbirleriyle yakından ilişkili olan temel iki prensip: adil yargılanma hakkı ve hukuk devleti ilkesi, insan haklarının korunmasında temel işleve sahiptir. Zira insan hakları, ancak bireyler, hak ihlallerine karşı mahkemelere başvurarak hukuki korunma talep edebildikleri ve bu talepleri hakkında, bağımsız mahkemelerce yapılan adil bir yargılama sonucunda karar verildiği takdirde korunabilir.

1950’li yıllardan itibaren esen değişim rüzgârları ile birlikte, medenî usul hukuku kuralları daha çok uluslararası anlaşmaların etkisi altında gelişim göstermiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, insan haklarının ve bunlardan biri olan adil yargılanma hakkının korunması açısından diğer uluslararası metinler arasında öne çıkmaktadır. Bunun ilk sebebi, Sözleşmenin iç hukuklardaki otoritesi (öncelikle ve direkt olarak uygulanması) iken; ikinci sebebi, devletlerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne (AİHM veya Mahkeme) bireysel başvuru yolunu kabul etmeleridir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olan Devletler, Sözleşmeyle korunan hakları milli hukuklarında garanti altına almayı taahhüt etmektedirler. Devletlerin bu taahhütlerini yerine getirip getirmediğini denetleyen bir kontrol mekanizmasının olması da iç hukukların Sözleşmeye uygun olarak düzenlenmesi ve geliştirilmesi yönünde itici kuvvet olmuştur. Türkiye’nin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne bireysel başvuru hakkını tanıdığı 1987 yılından beri, bireyler Sözleşmesel haklarının ihlal edildiği iddiasıyla doğrudan AİHM’ne başvuruda bulunabilmektedirler. Bu da

bir anlamda Türkiye'nin adil yargılanma hakkı ve Sözleşme ile korunan tüm diğer haklarla ilgili olarak uluslararası alanda denetim altında olduğunu göstermektedir.

Hemen ifade edilmelidir ki, AİHM'nin denetim yetkisi yalnızca Sözleşme ile korunan hakların ihlal edilip edilmediğine ilişkindir. Bu denetim Mahkemenin bir dördüncü derece yargılama aşaması olduğu anlamına gelmez. Zira ihlal kararlarının dava konusuna doğrudan bir etkisi yoktur. Hatta çoğu zaman, AİHM'nin bir ihlalin varlığını deklare eden kararı, iç hukukta yeni bir yargılama yapılmasını da gerektirmez.

Öte yandan, milli hukuklar AİHM kararlarının etkisini minimize edecek şekilde düzenlenemez. Eğer ihlalin kaynağında bir yasa hükmü varsa devletin yasama organı bu ihlalin tekrarlanmaması için gerekli yasal düzenlemeyi yapmalıdır. Eğer ihlal, uygulamadan kaynaklanıyorsa, yargılama organlarının derhal ihlale yol açan yorum ve uygulamalarına son vermeleri gerekir. Zira AİHM Sözleşmenin yorumlanmasında en yetkili otoritedir ve bu nedenle iç hukuktaki yargılamalar AİHM içtihatları ışığında yapılmalıdır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Görevlileri ile yapılan birebir görüşmelerle omurgası oluşturulmuş olan bu çalışmanın planı esas olarak, Mahkemenin konu ile ilgili içtihatları doğrultusunda oluşturulmuştur. AİHM içtihatları Türk medenî yargılama hukukunun gelişmesi açısından büyük öneme haizdir. Zira, 2012 yılında AİHM önündeki başvuru sayısı, toplam başvuruların %13,2'sini oluşturmaktadır. Bu Türkiye'nin, %22 ile ilk sırada gelen Rusya'dan sonra en çok şikâyet edilen ikinci ülke olduğunu göstermektedir. Yapılan bir diğer istatistikte, günümüze dek AİHM'ne yapılan başvuruların %87'sinin ihlal kararı ile sonuçlandığı görülmektedir. Türkiye aleyhine yapılan başvurular arasında, adil yargılanma hakkının ihlaline ilişkin iddialar ise, %21'lik oran ile pastadaki en büyük payı oluşturmaktadır.

Bu veriler ışığında, Sözleşme'nin 6.maddesi ile korunan adil yargılanma hakkının unsurlarının tamamının güvence altına alınmasının önemi ortadadır. İşte bu önem ve medeni yargılama hukukunda adil yargılanma hakkının etkin bir şekilde sağlanabilmesi hedefi, çalışma konumuzun belirlenmesinde büyük rol oynamıştır. Bununla birlikte adil yargılanma hakkı kavramı oldukça soyut bir kavramdır.

6.maddenin başarıyla uygulanabilmesi, içeriğinin tam olarak anlaşılması ile mümkündür ki bu çalışmada esas olarak bunun için gayret edilecektir.

## II. İnceleme Planı ve Konunun Sınırlandırılması

Adil yargılanma hakkının uygulama alanı oldukça geniştir. Bir insan hakkı ve temel bir yargısal hak olarak, hem ceza yargısı hem idari yargı hem de medeni yargılama alanında kabul edilip uygulanmaktadır. Bununla birlikte, Ülkemizde daha ziyade ceza yargılaması ve idari yargı bakımından ele alınmış, birkaç eser dışında medeni yargılama bakımından ayrıntılı çalışma konusu yapılmamıştır. Adil yargılanmanın hem bir insan hakkı hem de temel bir yargılama ilkesi olduğu düşünüldüğünde, özel hukuk uyuşmazlıklarına ilişkin davalardaki önemi üzerinde ayrıca durmak gerekliliği hâsıl olmuştur. Amaç adil yargılanma hakkının medeni yargılama hukukundaki yerinin belirlenmesi olduğundan, bu çalışmada, adil yargılanma hakkının genel çerçevesi ortaya konmakla birlikte, konuya özellikle medeni yargılama hukuku perspektifinden bakılmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, adil yargılanma hakkının açıkça tanıdığı ve hakkın gerçekleşmesi için yargılama hukukuna ilişkin temel ilkelerin belirlendiği 6.maddesinin birinci paragrafı, bu çalışmanın esas çerçevesini oluşturmaktadır. Bununla birlikte, medenî usul hukukunun yapısına uygun düştüğü ölçüde ve adil yargılanma hakkının daha etkin şekilde gerçekleşeceği düşüncesiyle gerektiğinde 6.maddenin üçüncü paragrafı da inceleme konusu yapılmıştır.

Çalışmanın birinci bölümünde, öncelikle adil yargılanma hakkı kavramının ortaya çıkışı ve tarihsel gelişimi genel bir bakış açısıyla incelenmiştir. İkinci olarak, özellikle ikinci dünya savaşı sonrasında, insan haklarının korunması endişesinin evrensel boyut kazanmasının bir sonucu olan uluslararası sözleşmeler bölgesel olarak ele alınmıştır. Çalışma konumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesiyle sınırlı olmakla birlikte, genel bir fikir edinebilmek amacıyla, bu başlık altında, her bölgesel metin kapsamında adil yargılanma hakkının nasıl düzenlendiğine göz atılmıştır.

Birinci bölümün ikinci kısmında, adil yargılanma hakkının uygulama alanı incelenmiştir. Bir olayın, Sözleşme'nin 6.maddesinin uygulama alanı kapsamında olup olmadığı tespit edilirken AİHM tarafından dikkate alınan ölçütler ele alınmıştır. Daha sonra, adil yargılanma hakkı kapsamında sağlanması gereken güvenceler üzerinde kısaca durulmuş; Sözleşmede yer almamakla beraber AİHM içtihatları ile adil yargılanma hakkı kapsamına alınan mahkemeye erişim hakkı ve hükmün icrası hakkına geniş yer verilmiştir.

İkinci bölümde ise, adil yargılanma hakkının 6.maddede açıkça belirtilen unsurları inceleme konusu yapılmış; bu kapsamda sırasıyla, kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı, makul sürede yargılanma hakkı, aleni yargılanma hakkı ve hakkaniyete uygun yargılanma hakkı tek tek ele alınmıştır. Hakkaniyete uygun yargılama başlığı altında ise hukuki dinlenilme hakkı, çelişmeli yargılama ilkesi ve silahların eşitliği ilkesine değinilmiştir.

İkinci bölümde ele alınan her bir hak ayrı bir monografinin konusu olabilecek nitelikte ve genişliktedir. Ancak aynı hakkın unsurlarının bir arada incelenmesindeki önem sebebiyle bunlardan herhangi birini çalışma kapsamı dışında tutmak mümkün olamamıştır. Bununla birlikte, konunun özünü kaçırmak endişesi ile her bir hakkın ele alınma yöntemi, AİHM içtihatları ile oluşturulan ilkeler ışığında Türk medenî usul hukuku kurallarını incelemek şeklinde belirlenmiştir.

**BİRİNCİ BÖLÜM:**  
**ADİL YARGILANMA HAKKI KAVRAMI**  
**VE HAKKIN UYGULAMA ALANI**

**I. ADİL YARGILAMA HAKKI KAVRAMINA GENEL BAKIŞ**

**A. Genel Olarak Kavramın Ortaya Çıkışı ve Tarihsel Gelişimi**

**1. Hakkın Mukayeseli Hukuktaki Gelişim Süreci**

İnsan haklarının korunması düşüncesinin izleri çok eskilere kadar uzanmaktadır. İlk Çağ'da Polybus ve Cicero, egemen gücün keyfiliklerine karşı çıkarak siyasi iktidarı sınırlandırmaya çalışmışlardır. Aynı dönemde, Çin'de Konfiçyüs tüm insanların eşit olduğunu savunurken, insanların bir arada yaşamasının ve toplumda adaletin sağlanmasının önemini vurgulamıştır. Eski Yunan'da köle olmayan kişilerin kanun önünde eşit olduğu kabul edilmiştir. Roma'da ise, konut dokunulmazlığı ve mülkiyete saygı gibi ilkeler benimsenmiştir. Görüldüğü gibi, insan haklarına ilişkin arayışlar ilk çağlardan başlamakla<sup>1</sup> birlikte bu dönemde henüz doğrudan adil yargılanma hakkına veya hakkın unsurlarına ilişkin bir emare bulunmamaktadır.

Ortaçağ'ın ortalarında, engizisyon mahkemelerince adil yargılanma hakkı güvencelerinin tümünün ihlal edildiği talihsiz bir döneme rastlanmaktadır. Bu dönemdeki yargılamalarda tahkikat sorumlusu ile hâkim özdeş olmuş, hem tahkikat hem de yargılama aynı kişiler tarafından yapılmıştır. Gizli ve yazılı yargılama ise engizisyon mahkemelerinde uygulanan yargılama usulünün temel özelliği halini

---

<sup>1</sup> Mark W. **Janis**/ Richard S. **Kay**/ Anthony W. **Bradley**, European Human Rights Law, Text and Materials, Second Edition, Oxford University Press, New York 2000, s.403; Bahri **Öztürk**/ Durmuş **Tezcan**/ Mustafa Ruhan **Erdem**/ Özge **Sırma**/ Yasemin F. **Saygılar**/ Esra **Alan**, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2009, s.81; Yaşar **Demircioğlu**, Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri, Ankara 2007, s.37; Fatih **Karaosmanoğlu**, İnsan Hakları, 2.Güncellenmiş Baskı, Ankara 2012, s.80.

almıştır. Hem ceza yargılamasında hem de medeni yargılamada esas olarak dosya üzerinden yargılama yapılmış, duruşma yapılan hallerde ise duruşmalar gizli icra edilmiştir<sup>2</sup>.

Orta Çağ'da, kralın yetkilerini kısıtlayan ve özgürlükleri arttırmaya çalışan en önemli belgenin, İngiltere Kralı Yurtsuz John'un 1215 yılında ilan ettiği "*Magna Charta Libertatum*" olduğu ifade edilmektedir<sup>3</sup>. Bu belge, kral karşısında halkın temel hak ve hürriyetlerini genişleten ve sınırlı da olsa kişi hak ve özgürlüklerine yer veren Batı'daki ilk belgedir. İngiltere'nin ortaçağdaki krallarının derebeylik düzeni içindeki zorbaca uygulamalarına karşılık bireysel hak ve özgürlüklerin kazanımına yönelik, kraliyet mührüyle damgalanan bu sözleşme, dönemin İngiltere'sinin yerel ve günlük sorunlarını çözmekle kalmayıp; keyfi yönetime şiddetle karşı çıkışı, hak ve özgürlükler bakımından güvence arayışı ile XIII. Yüzyıldan insanlığa kalan bir hukuk mirası olarak arşivlerdeki yerini almıştır<sup>4</sup>.

Kral John'un saltanat döneminde (1199-1216) kayıtsız şartsız toplanan bağışlar ve zorbaca yönetim sonucunda soylu sınıf, topraklarını, şatolarını ve imtiyazlarını hızla yitirmişlerdir. Bu sıkıntılı sürece son vermek isteyen ve toplumda önemli rol oynayan baronlar, kendilerinin de bu ülkede var olduğunu krala göstermek ve onu adalete davet etmek için Londra'yı işgal ederek isteklerini içeren bir taslağı krala sunmuşlardır. Kral, kendi haklarını kısıtlayıcı, buna karşın baronların haklarını güvence altına almaya yönelik bu belgeyi 15 Haziran 1215 yılında imzalamak zorunda kalmıştır<sup>5</sup>.

Magna Carta'da, özellikle özgür yurttaşların ülkenin ilgili yasalarına göre yargılanmadan tutuklanamayacağını, mallarına el konulamayacağını<sup>6</sup>, yasal

<sup>2</sup> Nesibe **Kurt Konca**, "Medenî Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesi", Ankara 2009, s.41; Vasfi Raşit **Seviğ**, "Engizisyon Muhakeme Usulü", AÜHFDC.18, S.1-4, 1961, s.7.

<sup>3</sup> **Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Saygılar/ Alan**, s. 82; Hilal **Sanioğlu**, Avrupa Birliği Hukukunda İnsan Hakları, TBBD, S.74, Ocak-Şubat 2008, s.78; **Demircioğlu**, s.38; Gülnur **Erdoğan**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medenî Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2011, s.10; Mehmet Semih **Gemalmaz**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 4.Baskı, İstanbul 2003 (Genel Teori), s.24.

<sup>4</sup>; Serge **Guinchard**, "Le procès équitable", Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme, Droit et Justice 2002, (Cinquantième anniversaire de la Convention) s.183; Çiğdem **Dürüşken** (Çev.), Magna Charta Büyük Sözleşme, Humanitas Yunan ve Latin Klasikleri, İstanbul, Kasım 2009, s.7.

<sup>5</sup> **Dürüşken**, s.9-10.

<sup>6</sup> "Ne biz ne de Bölge Temsilcilerimiz herhangi bir borca karşılık, borçlunun menkulleri borcunu ödemeye yeterli olduğu sürece bir araziye ya da gelire el koymayacak; ayrıca borçlunun kendisi

haklarının ellerinden alınamayacağına ya da herhangi bir şekilde zarara uğratılmayacağına vurgulanması, hak ve hukukun kimseye satılmayacağına, hiç kimsenin bundan mahrum bırakılmayacağına belirtilmesi<sup>7</sup> adil yargılanma hakkı ile hukuk devleti ilkesinin habercisi niteliğindedir<sup>8</sup>. Metnin özellikle 24.Bölümü adil yargılanma hakkı açısından önemlidir<sup>9</sup>: “*Krallık yargıçlarının gördükleri davalara, hiçbir şerif, adli memur ya da diğer bir memur bakamayacaktır*”. Krallık yargıçlarının baktığı davalarda memurların bulunmayacağına ilişkin bu kural yargının yürütmeden bağımsızlığı ilkesinin bir görünümü sayılır.

İnsan hakları kavramının, bugünküne yakın anlamıyla gündeme geldiği, bireyin doğuştan eşit ve devredilemez haklarla donatılmış olduğu yaklaşımının başladığı dönem ise XVII yüzyıla rastlamaktadır. Aydınlanma Çağı’nda, adil yargılanma hakkı güvenceleri önem kazanmış ve Aydınlanmanın en önemli temsilcilerinden **Rousseau, Beccaria, Voltaire**, hem medeni hem ceza yargılamalarında duruşmaların sözlü ve aleni surette yapılması üzerinde durmuşlardır. **Montesquieu**’nun güçler ayrılığı kuramı, hâkim bağımsızlığına yönelik atılan ilk adımlardan biridir. Bu dönemden itibaren insan hakları, devletlerin hukuk düzenlerinin bir parçası olarak algılanmıştır<sup>10</sup>.

Amerika’da bireylerin hak ve özgürlüklerini bir bütün olarak ilan eden ilk resmi insan hakları belgesi, 1776 tarihli “*Virginia Haklar Bildirisi*” dir. Bu bildiriye yargılama alanında önemli kararlar alınmıştır. Açılan bir davada tarafların iddia ve savunma haklarını kullanmaları, delil gösterebilmeleri, tarafsız bir jüri önünde

---

borcunu ödeyebilecek durumdaysa kefillerini bu borçtan sorumlu tutmayacak. Borçlu, borcunu ödeyebilecek durumda değilse, borcuna karşılık herhangi bir malı mülkü yoksa ancak o zaman kefilleri bu borçtan sorumlu tutulacak. Kefiller diledikleri takdirde, borçluya ödedikleri borcu alana kadar ve sözkonusu borçlu kendilerine karşı sorumluluğunu yerine getireceğine dair bir teminat göstermediği sürece borçlunun topraklarına ve gelirin el koyabilirler (X.34).” **Dürüşken**, s.27.

<sup>7</sup> “Özgür bir kimse, kendi zümresinin yasal kararı olmadan veya ülkenin ilgili yasalarına göre *muhakeme edilmeden* tutuklanamaz ya da hapse atılamaz; malına ek konulamaz ya da yasal haklarından yoksun bırakılamaz; sürgün edilemez ya da herhangi bir şekilde zarara uğratılamaz; biz ona karşı bir kovuşturma başlatmayacağız ya da kovuşturma açması için başkalarını görevlendirmeyeceğiz (XL.30). Hakkı ya da adaleti hiç kimseye satmayacağız, hiç kimseyi bundan mahrum etmeyeceğiz ya da bunu sağlamakta *gecikmeyeceğiz* (XLI.31).” **Dürüşken**, s.45.

<sup>8</sup> Richard **Clayton/ Hugh Tomlinson**, Fair Trial Rights, Reprinted From The Law of Human Rights, Oxford University Press, New York 2001, s.6.

<sup>9</sup> M. Serhat **Kaşıkkara**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye, Ankara 2009, s.34-35.

<sup>10</sup> Martin **Kuijjer**, The Blindfold of Lady Justice, Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR, doctoral thesis, University of Leiden 2004, s.205; Nur **Centel**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hâkimin Tarafsızlığı, İstanbul 1996, s.8; Erdoğan **Teziç**, Anayasa Hukuku, 13.Bası, İstanbul 2009, s.410-411; **Kurt Konca**, s.42; **Seviğ**, s.28; **Sanioğlu**, s.79; **Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Saygılar/ Alan**, s.83.



yargılamanın süratle yapılması güvenceleri (m.8) ayrıca yargı gücünün yasama ve yürütmeden bağımsız olması ilkesi (m.5) yer almaktadır. Virginia Haklar Bildirisi'nden hemen sonra ilan edilen 1778 tarihli “*Amerikan Bağımsızlık Bildirisi*”nde ise kişi hak ve özgürlüklerinin korunması gerekliliği prensibi ilan edilmiş, fakat bu hak ve özgürlükler tek tek sayılmamıştır. 1787’de Virginia Haklar Bildirisi esas alınarak hazırlanan Anayasa ile, ABD ilk normatif insan hakları savunucusu sayılmaktadır<sup>11</sup>.

Avrupa’da, 1789 tarihli Fransız İhtilali ile ortaya çıkan “İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi”nde, insan haklarının evrenselliği ve dokunulmazlığı ilk kez vurgulanmıştır<sup>12</sup>. Hukukun üstünlüğü, yasa önünde tüm vatandaşların eşitliği gibi ilkeleri kapsayan Beyanname’nin hem Avrupa’da hem de Avrupa dışındaki yerlerde insan hakları ile ilgili düzenlemelerde temel rol oynadığı söylenebilir<sup>13</sup>. Örneğin, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 10 Aralık 1948’de onayladığı “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi”ndeki etkisi büyüktür. İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi’nin etkisi altında hazırlanan 1791 tarihli Fransız Anayasası, yargının bağımsızlığı ilkesi, doğal hâkim ilkesi, aleniyet ilkesi gibi adil yargılanma hakkı unsurlarını içerdiği için önem taşımaktadır<sup>14</sup>. 1848 tarihli Avusturya Anayasası ile 1849 tarihli, Alman İmparatorluğu Anayasası’nda duruşmaların aleni ve sözlü olacağı öngörülmüştür.

İnsan hakları alanındaki en önemli gelişme İkinci Dünya Savaşı sonrasına rastlamaktadır. Gerek İkinci Dünya Savaşı öncesi gerekse bu savaş sırasındaki, insan hakları alanında rastlanan acılı uygulamalar, insan haklarının korunmasının ne derece önemli olduğunu ortaya koymuş; insanın insan olarak değerini, insanlar arasındaki eşitliği reddeden görüşün yeniden ortaya çıkmaması için insan haklarına saygılı bir düzenin kurulması zorunlu görülmüştür. İnsan haklarının ulusal düzeyde olduğu kadar uluslararası düzeyde de güvence altına alınıp fiilen ve gerçekten korunması

<sup>11</sup> **Gemalmaz**, Genel Teori, s.71-80; **Karaosmanoğlu**, s.85.

<sup>12</sup> **Gemalmaz**, Genel Teori, s.90.

<sup>13</sup> **Guinchard**, Cinquantième anniversaire de la Convention, s.183; **Demircioğlu**, s.39.

<sup>14</sup> **Gemalmaz**, Genel Teori, s.93; **Kaşıkkara**, s.44.

fikri Savaşın son yıllarından itibaren demokratik dünya kamuoyunda hâkim olmuştur<sup>15</sup>.

Yirminci yüzyıla kadar insan haklarının korunması düşüncesine rastlanmaktaysa da bu koruma daha çok *millilik* anlayışı ile yapılmıştır. Bunun nedeni devletlerin bu dönemde henüz *evrensellik* perspektifine sahip olmamalarıdır. Bu nedenle bu günkü anlamda insan haklarının evrenselliği prensibi ile çelişen uygulamalara da rastlanmıştır. Örneğin, Virginia Hakları Bildirisi'nde insan hakları sadece beyazlara tanınmıştır. Yirminci yüzyılın başlarındaki anayasalarda hak ve özgürlüklerin süjesi insan değil *vatandaş* olarak ele alınmıştır. Yirminci yüzyılda yaşanan dünya savaşlarından sonra ise insan haklarında evrensellik prensibi kabul edilmiş ve *insan*, uluslararası hukukta hak ve özgürlüklerin süjesi haline gelmiştir<sup>16</sup>.

## 2. Hakkın Türk Hukukundaki Gelişim Süreci

### a. Genel Olarak

“Adil” kavramı, adaletle iş gören, adaletten, doğruluktan ayrılmayan, hakkı yerine getiren, adaletli anlamlarına gelmektedir<sup>17</sup>. “Yargılama” kavramının sözlük anlamı, birbirine karşı olan iki tarafı dinleyerek bir yargıya varma faaliyetidir<sup>18</sup>. Öyleyse, adil yargılama uyuşmazlığın tarafları arasında fiili ve hukuki bir fark gözetmeksizin iddia ve savunmaların eşit ölçülerde ve karşılıklı olarak yapıldığı dürüst<sup>19</sup> bir yargılamadır. Önemli olan varılan sonuçtan çok yargılama sürecidir. Yani, içerik olarak adil bir karar verilip verilmediği değil, adil bir karar verilebilmesi için gerekli koşulların sağlanıp sağlanmadığıdır. Adil yargılama, kişinin davasını savunması için uygun ve etkili olanaklar tanınarak yargılanması demektir.

<sup>15</sup> Şeref Gözübüyük/Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 11.Ek Protokola Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 9.Bası, Ankara 2011, s.4-5; Karaosmanoğlu, 132.

<sup>16</sup> Karaosmanoğlu, s.87; Kaşıkara, s.51; Süheyl Batum, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul 1993, s.60.

<sup>17</sup> [www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr) (04.06.2013); Kaşıkara, s.8.

<sup>18</sup> [www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr) (04.06.2013); Kaşıkara, s.12.

<sup>19</sup> Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2003, s.124.

“Hak” kavramının çalışma konumuzla ilintili anlamı, adaletin hukukun gerektirdiği veya birine ayırdığı şey, hukuken tanınan yetki veya özgürlüktür<sup>20</sup>. O halde “adil yargılanma hakkı” denildiğinde, fiili veya hukuki bir engelle karşılaşmaksızın bireylerin hukuki korunma talebinde bulunabilmeleri ve bu talebin haklılığı konusunda doğru, dürüst ve adaletli bir yargılama yapılması için hukuk düzeni tarafından kendilerine tanınan meşru yetki ifade edilmektedir.

Adil yargılanma hakkı, belirli bir yargılama usulüyle ya da yargılamanın belirli bir aşamasıyla sınırlandırılmaz. Bu prensip, davanın açılmasından itibaren hükmün kesinleşmesine ve hükümden sonra da cebri icranın sona ermesine kadar devam eder. Adil yargılanma hakkı, davanın her iki tarafı için de gözetilmesi gereken bir temel haktır. Davanın her iki tarafına da ait olması bu kavramı hukuki korunma talebinden ayırmaktadır<sup>21</sup>. Zira hukuki korunma, mahkemeden lehine hüküm verilmesini isteyen kişinin maddi hukuktaki hakkının korunmasını sağlamaya yöneliktir. Dolayısıyla sadece bir tarafa yönelik olabilir. Hâlbuki adil yargılanma hakkından hem davacı hem davalı taraf yararlanacaktır.

Bununla birlikte, adil yargılanma hakkı ile etkin hukuki korunma ilkelerinin birbirleriyle örtüştüğü alanın fazla olduğunu da belirtmek gerekir. Medeni usul hukukunda etkin hukuki koruma dört aşamada gerçekleşir. 1)Yargı organlarına başvuru hakkının tanınması (Mahkemeye erişim hakkı), 2)Yargı organlarına başvuru yollarının ve usulünün düzenlenmesi (Devletin pozitif yükümlülüğü), 3)Yargı organlarının hukuki korunma talebinde bulunan kişinin talebini ayrıntılı şekilde inceleyerek makul sürede nihai karar vermesi, 4) Kararın icra edilmesi<sup>22</sup>. Bu aşamaların her biri, adil yargılanma hakkının bir unsurunu oluşturur. Adil yargılanma hakkının gerçekleşmediği hallerde etkin hukuki koruma da sağlanmış olmaz<sup>23</sup>. Etkin hukuki korumadan söz edebilmek için adil yargılanma hakkının tüm unsurlarının güvence altına alınması gerekir. Adil yargılama, etkin hukuki korumanın temel taşıdır<sup>24</sup>. Dolayısıyla bu iki ilke birbirlerinden ayrı düşünülmemeli, birbirlerinin tamamlayıcısı olarak kabul edilmelidir.

<sup>20</sup> [www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr) (04.06.2013); Kaşıkara, s.15; Çetin Aşçıoğlu, Doğru ve Güvenli Yargılanma Hakkımız Var!: Yargıçlar, Savcılar, Avukatlar: Bu Söz Size, Ankara 1995, s.37.

<sup>21</sup> Hakan Pekcanitez, “Medeni Yargıda Adil Yargılama”, İzmir Barosu Dergisi, S.2, Nisan 1997, s.37.

<sup>22</sup> Mine Akkan, Medenî Usul Hukukunda Etkin Hukuki Koruma, MİHDER S.6, 2007/1, s.65.

<sup>23</sup> Akkan, s.40.

<sup>24</sup> Clayton/ Tomlinson, s.2.

Cumhuriyet'in ilanına kadar olan dönemde doğrudan adil yargılanma hakkına ilişkin bir düzenleme olmamakla birlikte hukuk devleti arayışlarına dair izlere rastlanmaktadır. Osmanlı Devleti'nin son dönemindeki kanunlaştırma hareketlerinde adil yargılanma hakkının unsurlarına yer verilmiştir. 3 Kasım 1839 tarihli Tanzimat Fermanı'nda kanuni bir yönetim anlayışı ile kişi hakları alanında düzenlemeler yapılmış özellikle cezai güvenceler getirilmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda kimsenin hakkında açıkça yargılama yapılmaksızın gizli veya açık cezalandırılmayacağı ve cezaların şahsiliği ilkesi kabul edilmiştir<sup>25</sup>. 1876 tarihli I. Kanuni Esasi ile insan hak ve özgürlükleri açısından Osmanlı yurttaşlarına dönük olmak üzere soyut bir takım güvencelere yer verildiği görülmektedir. Kanun önünde eşitlik (m.17), tabii hâkim güvencesi (m.23), bunlar arasında sayılabilir<sup>26</sup>. Ancak bu haklar tamamen soyut biçimde belirlenmiş ve padişah iradesine tabi kılınmıştır. Nitekim ilanından bir sene sonra askıya alınmış ve 32 sene askıda kalmıştır. 1909 yılında yeniden yürürlüğe sokulmuş ise de, sağlanan temel hak ve özgürlükler uygulanabilir kılınmamış ve sadece kâğıt üzerinde kalmıştır<sup>27</sup>.

Cumhuriyet döneminde, Ülkenin bağımsızlığının en önemli mesele olduğu 1921 Anayasası'nda insan hakları konusuna değinilmemiştir. 1924 Anayasası, 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi'nden esinlenilerek dar anlamda kamu hürriyetlerine yer vermektedir. "Kuvvei Kazaiyye" başlığını taşıyan 4.Bölümde, mahkemelerin görev ve yetkilerinin kanunla belirleneceği (m.53), davaların görülmesi sırasında veya hükmün verilmesi aşamasında hâkime müdahale edilemeyeceği (m.54), hâkimlerin belirli usuller dışında azledilemeyeceği (m.55-56), yargılamanın aleniliği (m.58) gibi adil yargılanma hakkı ile yakından ilişkili hükümler bulunmaktadır.

<sup>25</sup> **Erdoğan**, s.21; Tekin **Akılhoğlu**, İnsan Hakları Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, Gözden Geçirilmiş 2.Bası, Ankara 2010, s.132-133; Şeref A. **Gözübüyük**, Anayasa Hukuku, Anayasa Metni ve 11.Protokole Göre Hazırlanmış Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Son Değişikliklerle Güncelleştirilmiş 17.Bası, Ankara 2010, s.110-111; Kemal **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 8.Baskı, Bursa 2010, s.11-12; Serkan **Erşen**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Kırıkkale Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2007, s.19 ([www.belgeler.com](http://www.belgeler.com), 05.06.2013); **Kaşıkkara**, s.57.

<sup>26</sup> **Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Saygılar/ Alan**, s. 84; Durmuş **Tezcan**/Mustafa Ruhan **Erdem**/Oğuz **Sancakdar**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2002, s.47.

<sup>27</sup> **Erdoğan**, s.22; **Akılhoğlu**, s.139-140; **Gözübüyük**, s.114 vd.; **Gözler**, s.14 vd.; **Kaşıkkara**, s.58-59.

1961 ve 1982 Anayasaları temel hak ve özgürlükler konusunda daha ayrıntılı hükümler içermektedir. Özellikle 1961 Anayasası'nın daha özgürlükçü bir yaklaşıma sahip olduğu söylenebilir<sup>28</sup>. 1961 Anayasası'nın 2.maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin insan haklarına dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Bu hüküm, ilk kez “insan haklarına dayalı devlet” ve hukuk devleti ilkelerini anayasal koruma altına alması bakımından önemlidir<sup>29</sup>. Ayrıca “Yargı” başlığı altında düzenlenen Üçüncü bölümde, mahkemelerin bağımsızlığı (m.132), hâkimlik teminatı (m.133), duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması (m.135), kanuni mahkeme ilkesi (m.136) düzenlenmiştir.

1982 Anayasası'nın 9.maddesinde, yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağı belirtilmiştir. Temel Haklar ve Ödevler başlıklı İkinci kısımda, hak arama hürriyeti (m.36) ve kanuni mahkeme ilkesi (m.37) garanti altına alınmıştır. 61 Anayasasında düzenlenen, mahkemelerin bağımsızlığı (m.138), hâkimlik teminatı (m.139), duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması (m.141), kanuni mahkeme ilkesi (m.142)'ne yine Yargı başlığı altında yer verilmiştir. Gerek 61 gerekse 82 Anayasalarında, adil yargılanma hakkının unsurlarına rastlanmaktaysa da hakkı bir bütün olarak garanti altına alan bir hükme yer verilmemiştir. Adil yargılanma kavramı, 1982 Anayasası'na 2001 yılında 4709 sayılı Kanun'un 14.maddesi ile eklenmiştir<sup>30</sup>.

Böylelikle, Anayasamızın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesi, *“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir”* ifadesiyle adil yargılanma hakkına açıkça yer vermiştir<sup>31</sup>. Böylelikle adil yargılanma

<sup>28</sup> Tezcan/ Erdem/ Sancakdar, s.48.

<sup>29</sup> Erdoğan, s.24; Kaşıkara, s.62; Erşen, s.24; Erdiç Toklu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli 2001, s. 14-15 ([www.belgeler.com](http://www.belgeler.com), 04.06.2013).

<sup>30</sup> RG. 17.10.2001, S. 24556 (Mük).

<sup>31</sup> Adil yargılanma hakkı, 1978 tarihli İspanyol Anayasası'nın 24.maddesinde garanti altına alınmıştır. Teresa Freixes, “The Right To A Fair Trial In Spain”, The Right To A Fair Trial, European Commission For Democracy Through Law, Council Of Europe Publishing, Strasbourg 2000, s.56. 1999 yılına kadar yürürlükte kalan 1874 tarihli İsviçre Federal Anayasası'nda adil yargılanma hakkı veya unsurlarına ilişkin bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Buna karşılık 18 Nisan 1999'da kabul edilen ve 1 Ocak 2000'de yürürlüğe giren yeni Anayasasının 29-32. maddeleri ile bu hakların tamamı Anayasal statüye kavuşmuştur. Etienne Grisel, “The Right To A Fair Trial In Swiss Law”, The Right To A Fair Trial, European Commission For Democracy Through Law, Council Of Europe Publishing, Strasbourg 2000, s.93. Litvanya Anayasası'nın 31.maddesinde adil yargılanma hakkı yalnızca ceza yargılamaları için düzenlenmişse de bugün AİHS etkisiyle, bu hakkın hukuk yargılamaları için de

hakkı bir temel hak olarak Anayasada yerini almıştır. Adil yargılanma hakkının Anayasal bir ilke olarak tanınması sonucu, bu hakka ilişkin güvencelerin kanunla ihlal edilmesi tehlikesi bertaraf edilmiştir. Zira böyle bir girişim Anayasa Mahkemesince iptal edilebilecektir<sup>32</sup>. Bu hak devlete, söz konusu hakkın kullanılabilir duruma getirilmesi ve bununla ilgili önlemlerin alınması yükümlülüğünü getirmektedir<sup>33</sup>. Maddede adil yargılanma hakkının tanımı yapılmamış, hakkın içeriğinin belirlenmesi işi evrensel standartlara bırakılmıştır. Bu standartlar en açık biçimde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Organlarının uygulamalarında görülmektedir<sup>34</sup>.

Anayasa'nın 2.maddesine göre: Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk Milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir. *Bu ilkelere hareketle denilebilir ki, temel hak ve hürriyetlere göre adil yargılanma, "ferdin hakkı, Devletin de temel görevidir"*<sup>35</sup>. 36.madde adil yargılanma hakkını açıkça düzenlemeseydi dahi, 2.maddedeki hukuk devleti ilkesinden hareketle, adil yargılanmanın bireyler için bir hak olduğunun kabulü gerekirdi<sup>36</sup>. Zira hukuk devleti ilkesi ile adil yargılanma hakkı arasında doğrudan bağlantı mevcuttur. Adil yargılanma hakkı, bir devletin hukuk devleti niteliğini

---

geçerli olduğu kabul edilmektedir. Stasys **Stačiokas**, "The Right To A Fair Trial In Lithuanian Law", The Right To A Fair Trial, European Commission For Democracy Through Law, Council Of Europe Publishing, Strasbourg 2000, s.130. 2 Nisan 1997'de yürürlüğe giren Polonya Anayasası'nın 45.maddesi de adil yargılanma hakkına açıkça yer vermekte ve tüm unsurlarını garanti altına almaktadır. Önceki Anayasa'da bu hak düzenlenmese de Polonya Anayasa Mahkemesi içtihatlarında, adil yargılanma hakkının unsurlarına saygı gösterilmesi, demokratik hukuk devleti zemininde aranmıştır. Jerzy **Oniszczyk**, "The Right To Fair Trial In The Decisions Of The Polish Constitutional Tribunal", The Right To A Fair Trial, European Commission For Democracy Through Law, Council Of Europe Publishing, Strasbourg 2000, s.141. İtalya ve Fransa gibi ülkelerde ise, adil yargılanma hakkı Anayasalarda düzenlenmemekle birlikte, yargısal uygulamalar ile tartışmasız kabul edilmektedir. Hâkimler, Anayasalardaki genel eşitlik ilkesi ve savunma hakkını yorumlamak suretiyle bu ilkeyi uygulanabilir kılmışlardır. Dominique **Rousseau**, "Summing Up", The Right To A Fair Trial, European Commission For Democracy Through Law, Council Of Europe Publishing, Strasbourg 2000, s.157.

<sup>32</sup> **Kaşıkkara**, s.92; Hakan **Karakehya**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma, Eskişehir 2007, s.24.

<sup>33</sup> **Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Saygılar/ Alan**, s.117.

<sup>34</sup> Oya **Boyar**, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adli Yardım ve Adil Yargılanma Hakkı", Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları, İstanbul 2010, s.188.

<sup>35</sup> Abdurrahim **Karlı**, Medeni Muhakeme Hukuku, 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş, 3.Baskı, İstanbul 2012, s.51.

<sup>36</sup> Alman Anayasa Mahkemesi'nin Alman Anayasası'ndaki hukuk devleti ilkesinden hareketle adil yargılanma hakkını Anayasal ilke sayması hakkında bkz. **Kurt Konca**, s.75.

ortaya koymak için en önemli kriterlerden biridir <sup>37</sup>. Bu husus AİHM içtihatlarında da belirtilmektedir. Örneğin, **Stran Greek Refineries/ Yunanistan** kararında, “Avrupa Komisyonuna katılmakla ve Konvansiyonu onaylamakla Yunanistan’ın, 6.maddede ifadesini bulan hukuk devleti ilkesine saygı göstermek taahhüdü altına girdiği” belirtilmiştir<sup>38</sup>.

Anayasa Mahkemesi, adil yargılanma hakkından açıkça bahsetmemekle birlikte eski tarihli kararlarında dahi bu hakkın unsurlarına yer vermiştir. Örneğin 36.maddeyle ilgili olarak incelediği bir başvuruda şu ifadelere yer verilmiştir: “Anayasa’nın “Hak arama hürriyeti” başlıklı 36. maddesinde herkesin geçerli araç ve yollardan faydalanarak yargı yerlerinde davacı ya da davalı kimliğiyle sav ve savunma hakkına sahip olduğu öngörülmüştür. “Sav ve savunma hakkı” birbirini tümleyen ve birbirinden ayrılması olanaksız bir kurum niteliğiyle hak arama özgürlüğünün temelidir. Yaşam hakkının karşı ögesi olmaktan ötede, bu hakka işlerlik ve anlam kazandıran önemiyle insanlık yaşamında yadsınmaz bir yeri olan hak arama özgürlüğü, toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri olmakla birlikte bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme uğraşının uygar yöntemidir. Uluslararası hukuk kaynaklarında özgün yeri bulunan, hak arama özgürlüğü, değişik alanlardaki özellikleriyle insan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 6.-12. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu özgürlük de, öbür hak ve özgürlükler gibi, ancak demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun biçimde yasa ile ve geçici olarak sınırlanabilir. Anayasa’ya aykırı olarak, açık ya da üstü kapalı sınırlamalar, hangi yolla yapılırsa yapılsın uygun karşılanamaz. İnsan varlığını soyut ve somut değerleriyle koruyup geliştirmek amacıyla hukuksal olanaktan kapsamlı biçimde sağlama, bu konuda tüm yollardan yararlanma hakkını içeren hak arama özgürlüğü, hukuk devletinin başlıca ölçütlerinden, demokrasinin en çağdaş gereklerinden, vazgeçilmez koşullarından biridir. Kullanılmasını yöntem, süre ve gerekler yönünden koşullara bağlayarak düzenleme dışında kısıtlama, engelleme ve olumsuz yönde etkileme hoşgörüsüyle karşılanamaz ve bu doğrultudaki düzenlemeler Anayasa’yla

<sup>37</sup> **Kuijer**, s.79. Serge **Guinchard**/ Cécile **Chainais**/ Constantin S. **Delicostopoulos**/ Ioannis S. **Delicostopoulos**/ Méline **Douchy-Oudot**/ Frédérique **Ferrand**/ Xavier **Lagarde**/Véronique **Magnier**/ Hélène Ruiz **Fabri**/ Laurence **Sinopoli**/ Jean-Marc **Sorel**, Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès équitable, 5e édition, Dalloz 2009, s.461.

<sup>38</sup> 9 Aralık 1994, par.46.

*bağdaşamaz*”<sup>39</sup>. Kararda sıklıkla kullanılan sav ve savunma hakkı, adil yargılanma hakkının en önemli unsurlarından birisidir. Yine hak arama özgürlüğü, mahkemeye erişim hakkı ile doğrudan ilgilidir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1954 yılında onaylanmasına rağmen 1980’li yıllara kadar iç hukukumuzda önemli bir yer işgal etmediği görülüyor. Bunun nedeni o tarihlerde bireysel başvuru hakkının kabul edilmemesi olarak açıklanabilir. 1987 yılında bireysel başvuru hakkı ve 1990’da Mahkemenin zorunlu yargı yetkisi tanındıktan sonra Sözleşme ve Sözleşmede yer alan kavramlar gündeme getirilmeye başlanmıştır<sup>40</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türk hukukundaki yeri için Anayasa m.90’a bakmak gerekir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın (Ay.) 90.maddesine göre, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında, Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Aynı fıkraya 2004 yılında eklenen<sup>41</sup> son cümleye göre, usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların<sup>42</sup>, aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda antlaşma hükümleri esas alınacaktır.

Bu kural, yargı ve yürütmenin yanı sıra, yasamayı da bağlar<sup>43</sup>. Bundan böyle yasama organı da böyle bir çatışmaya yol açabilecek uluslararası antlaşmalara aykırı yasalar çıkarmamalı; mevcut düzenlemeleri de Sözleşme metinleriyle uyumlu hale getirmelidir. Özellikle bu son değişiklikle birlikte, iç hukuktaki yargılama sistemlerinin AİHS’nin 6.maddesi ile uyumlu hale getirilmesi zorunluluğu

<sup>39</sup> AMK 19.09.1991, E.1991/2, K.1991/30 (R.G. 16.09.1992, S.21347; <http://www.anayasa.gov.tr>, 16.09.2012).

<sup>40</sup> 11.Protokolden önce bireysel başvuru hakkının tanınması taraf devletin ayrı bir kabul beyanına bağlı idi. Sözleşme’nin onayı otomatik olarak bu yolu açmamaktaydı. 11.Protokol, kişinin devlete karşı etkili şekilde korunmasının aracı olan bireysel başvuru hakkını zorunlu yetki haline getirdi (m.34). **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.14.

<sup>41</sup> RG. 22 Mayıs 2004, S.25469.

<sup>42</sup> Uluslararası antlaşmaların, yasayla açık ve doğrudan bir çatışma içinde olmamasına karşın, Kanuna dayanılarak çıkarılan bir tüzük, yönetmelik, kanun hükmünde kararname ile çatışması durumunda da uluslararası antlaşmanın uygulanması gerekir. Cümlede yalnızca kanunlardan söz edildiği ileri sürülerek, insan haklarıyla ilgili bir sözleşme kuralı yerine ulusal hukukun uyuşmazlığa uygulanması, bu düzenlemenin amacına aykırı olur ve uyuşmazlığın uluslararası denetim ve koruma organlarına taşınmasına yol açar. Mesut **Gülmez**, “Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç hukuktaki Yeri ve Değeri” TBBD, S.54, Eylül-Ekim 2004, s.155.

<sup>43</sup> **Gülmez**, s.157; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.22.



doğmuştur. Türk hukukunda bu revizyon öncelikle ceza yargılaması bakımından telaffuz edilmeye başlanmıştır ceza yargılaması hukukunun hemen her kurumu, adil yargılanma hakkına uygun olacak şekilde yeniden gözden geçirilmiştir.

Ay. m.90'daki son cümle, Uluslararası sözleşmelerin yanında, uluslararası denetim organlarının ilke kararlarının ve içtihatlarının da dikkate alınmasını gerektirir. Çünkü uluslararası sözleşmeler genellikle ayrıntıya girmeyen, yetkili koruma ve denetim organlarının yorumuyla açıklık ve anlam kazanan genel kurallar içermektedir. Bugün, AİHS'nde sayılan tüm güvenceler, Komisyon ve AİHM içtihatları ile inşa edilmiş uçsuz bucaksız bir yapı tarafından çevrelenmiştir<sup>44</sup>. İç hukuktaki mevzuat ile uluslararası sözleşmelerin aynı konuda birbiriyle çatışan hükümler içerip içermediği yalnızca sözleşme metniyle sınırlı olarak saptanması, 90.maddedeki düzenlemenin işlevsiz bırakılması sonucunu doğurur<sup>45</sup>.

Bu nedenle, AİHM içtihatlarının ulusal mahkemelerce dikkate alınması gereklidir<sup>46</sup>. Gerek AİHS m.46, gerekse Anayasa m.90 uyarınca, Türk mahkemelerinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına uyması mecburiyeti, onun bir üst derece mahkeme olduğunu göstermez<sup>47</sup>. Taraf devletin insan hakkı ihlalinde bulunmuş olduğuna dair AİHM kararı kesinleştiğinde, ihlal, uluslararası düzeyde bir yargı kararıyla saptanmış olmaktadır ki bu, tazminat yükümlülüğü getirebilmesinin yanı sıra yargılamanın yenilenmesi nedeni de olabilmektedir. AİHM, kesinleşen kararın bir temel hakkı ihlal ettiğini tespit ederse hükmü bozamaz ya da iptal edemez. Ulusal mevzuatı yorumlamak, ilk olarak ulusal makamların ve özellikle mahkemelerin görevidir. Burada AİHM'nin rolü, böyle bir yorumdan doğacak etkilerin Sözleşme ile bağdaşıp bağdaşmadığını, başvuranın ulusal mevzuat ve uygulamalardan etkilenme şeklinin Sözleşmeyi ihlal edip etmediğini araştırmak ve kontrol etmekle sınırlıdır<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> Franz **Matscher**, "The Right To A Fair Trial In The Case-Law Of The Organs Of The European Convention On Human Rights", The Right To A Fair Trial, European Commission For Democracy Through Law, Council Of Europe Publishing, Strasbourg 2000, s.11.

<sup>45</sup> **Gülmez**, s.158.

<sup>46</sup> Rona **Aybay**, Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri, TBB, S.70, Mayıs-Haziran 2007, s.209 (UA Antlaşmalar).

<sup>47</sup> **Aybay**, UA Antlaşmalar, s.209; **Tezcan/ Erdem/ Sancakdar**, s.55; **Erdoğan**, s.35; Rıza **Türmen**, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Adil Yargılanma Hakkı", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı (Sempozyum), TBB İHAUM, Ankara 2004, s.39.

<sup>48</sup> Kauffman-İtalya, T:19.05.2005. Baş No:14021/02.

Bir temyiz mahkemesi olarak veya bir dördüncü (şu an için üçüncü) derece mahkemesi olarak çalışmadığı için de ulusal mahkemelerin kararlarının keyfi olduğu gibi ulusal mahkemelerce benimsenen çözüme ilişkin itirazları incelemez<sup>49</sup>. Tanıkların güvenilirliğini ve davaya ilişkin hususlarla kanıtlar arasındaki bağlantıyı en iyi değerlendirebilecek olan yerel mahkemelerdir<sup>50</sup>. Bu nedenle, hükmedilen tazminat miktarının yeterli olmaması nedeniyle hakkaniyete uygun yargılama yapılmadığı şeklindeki iddialar<sup>51</sup> AIHM tarafından incelenmez.

### **b. Adil Yargılanma Hakkının Medenî Usul Hukukundaki Yeri**

Öncelikle, Anayasa'nın 36 ve AIHS'nin 6.madde düzenlemeleri adil yargılanma hakkına ilişkin olarak Türk medenî usul hukukuna ışık tutmaktadır. Zira yargılamaya ilişkin ilkelerin yer aldığı Anayasa hükümleri ile Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler medeni usul hukukunun kaynakları arasında sayılmaktadır<sup>52</sup>.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda (HUMK)<sup>53</sup> doğrudan adil yargılanma hakkını düzenleyen bir hüküm olmamakla birlikte Kanunun muhtelif maddeleri, adil yargılanma hakkının sağlanması bakımından gerekli tedbirlerden bazılarını ihtiva etmektedir. Hâkimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddini düzenleyen 28 ve devamı maddeleri; taraf teşkiline ilişkin 73.madde; yargılamanın makul süre içinde bitirilmesini öngören 77. Madde; duruşmaların aleniliğini düzenleyen 149.madde; adli yardımı düzenleyen 465 vd.; hakimlerin sorumluluğuna ilişkin 573 ve devamı maddeleri buna örnek gösterilebilir. Yine de anılan bu maddeler tam bir koruma sağlayacak nitelikte ve kapsamda değildi.

HUMK'nun değiştirilmesi amacıyla 1948, 1952, 1955, 1967, 1971 ve 1993 yıllarında hazırlanan tasarılar da doğrudan adil yargılanma hakkına ilişkin bir hüküm

<sup>49</sup> Louis-Edmond **Pettiti**/Emmanuel **Decaux**/Pierre-Henri **Imbert**, La Convention Européenne Des Droits De L'Homme, Commentaire article par article, 2me édition, Paris 1999, s.247.

<sup>50</sup> Dildar/Türkiye Kararı, Baş. No:77361/01, T.12 Aralık 2006; Vidal/Belçika 22 Nisan 1992; Edwards/İngilere 16 Aralık 1992; Türküler ve Diğerleri/Türkiye Kararı, Baş. No:12974/03, T: 3 Mayıs 2007.

<sup>51</sup> Şentürk/ Türkiye Kararı, Baş. No: 27577/04, T:24 Kasım 2009.

<sup>52</sup> Hakan **Pekcanitez**/ Oğuz **Atalay**/ Muhammet **Özekes**, Medenî Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013, s.84; **Karşlı**, s.62.

<sup>53</sup> RG. 2-4.07.1927, S.622, 623, 624.

yer almamaktaysa da söz konusu tasarıların hazırlanmalarının ortak sebebi, davaları hızlı şekilde sonuca ulaştırmak idi<sup>54</sup>. Ki bu amaç, adil yargılanma hakkı unsurlarından makul sürede yargılanma hakkının gerçekleşmesine yardımcı olmaktadır. Bu açıdan dolaylı olarak adil yargılanma hakkının sağlanmasına yönelik hükümler içerdikleri söylenebilir. Örneğin, 1952 tarihli Tasarıda istinaf mahkemelerinin düzenlenmesinin sebebi, mahkemelerin iş yükünün azaltılması ile davaların kısa sürede bitirilmesi<sup>55</sup>.

1 Ekim 2011’de yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda (HMK) hakkı korumaya yönelik daha fazla düzenleme yer almaktadır. Zira Kanunun hazırlanma gerekçelerinden biri de ülkemizdeki adil yargılanma hakkının sağlanabilmesi<sup>56</sup> olarak ifade edilmiştir. Kanunda adil yargılanma hakkı ayrıca ve açıkça belirtilmemişse de, bu hak ile doğrudan ilişkili olan hatta bu hakkın unsurları sayılabilecek diğer temel haklar, yargılamaya hâkim olan ilkeler başlığı altında düzenlenmiştir. Bunlar, hukuki dinlenilme hakkı (m.27); aleniyet ilkesi (m.28); usul ekonomisi ilkesi (m.30) olarak sayılabilir.

Kanunda, bir yandan adil yargılanma hakkının sağlanabilmesi için Sözleşme ile paralel düzenlemeler getirilirken, diğer yandan AİHM kararları doğrultusunda tespit edilen ihlallerin giderilmesi için bir takım önlemler alınmıştır. HUMK’nun 445.maddesinin birinci fıkrasına eklenen 11.bent ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşen kararları bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmiş ve HMK m.375’te aynen korunmuştur<sup>57</sup>. Madde 375/1/i’ye göre, Kararın, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması<sup>58</sup> halinde yargılamanın yenilenmesi talep edilebilir.

<sup>54</sup> Tülay Özer, “HUMK’tan HMK’ya Medeni Usul Kanunu Tasarıları”, MİHDER C.7, S.20, 2011/3, s.103-104.

<sup>55</sup> Özer, s.115.

<sup>56</sup> Hakan Pekcanitez, “Genel Olarak Hukuk Muhakemeleri Tasarısı”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S.8, Eylül 2006, s. 70.

<sup>57</sup> İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu’nun 328.maddesinin 2.fıkrasında aynı yargılamanın iadesi sebebi kabul edilmekle birlikte, orada yalnızca tazminatın ihlali telafi etmeyeceği ve ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yargılamanın yenilenmesinin gerektiği hallerde bu hükmün uygulanacağı açıkça belirtilmiştir.

<sup>58</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, hükmün uygulama alanını genişletmek için olsa gerek oldukça tartışılacak bir karara imza atmıştır. Karara göre, “HMK’nın 375/i maddesinde; yargılamanın yenilenmesinin istenebilmesi için ihlalin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kesinleşmiş kararı ile

Sözleşmeye taraf devletlerin iç hukukta yargılamanın yenilenmesi yolunu açması bir zorunluluk değildir. Ancak AİHM tarafından tespit edilen aykırılığın iç hukukta giderilmesi gerekir ve tazminat ödenmesi bazı durumlarda söz konusu ihlalin ortadan kaldırılmasını sağlamaz; ihlal devam eder. Bu gibi hallerde, yargılamanın yenilenmesi Sözleşmeye yönelik ihlalin iç hukuktaki etki ve sonuçlarını ortadan kaldırmak bakımından önemli işleve sahiptir. Böylelikle AİHS ile gerçek bir uyum yakalanabilir<sup>59</sup>.

Böylelikle hukuk mahkemesince, AİHS ile korunan adil yargılanma hakkının ihlali kural olarak yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılmıştır<sup>60</sup>. Bu düzenlemenin doğru ama yetersiz olduğu kanaatindeyiz. Adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi halinde yargılamanın yenilenmesi için uluslararası bir yargı yerinin kararına gerek olmamalıdır. Adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia eden kişilerin doğrudan yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurmasına izin verilmeyerek bunun için önce Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince kesin bir karar verilmesinin aranması hem daha zahmetli bir yoldur hem de ülkenin kendi yargı mekanizmasına güven konusunda bir tereddüdü ifade ettiği için eleştirilmektedir<sup>61</sup>. Çünkü adil yargılanma hakkı ve bu

---

tespit edilmiş olması koşulu getirilmiştir. İlgili iade sebebinin 4793 sayılı Yasa ile HUMK'un 445.maddesine eklenmesinin ve aynı sebebin HMK'da da mevcudiyetini korumasının gayesi düşünüldüğünde, *maddenin lafzi değil amaçsal yorumlanması gerekir... Kesinleşmiş karar ile tespit olunma ifadesinin dar yorumlanması halinde maddenin konuluş amacının yeterince tezahür etmeyeceğinin kabulü gerekir... Dostane çözümlü iç hukukumuzdaki sulh kurumuna benzetmek*, Türk Devleti'nin dostane çözüm neticesinde bir miktar parayı ödemeyi kabul ve taahhüt etmesini de davanın kısmen kabulü şeklinde kıyasen değerlendirmek, HMK'nın 375/i maddesinde yer alan düzenlemeyi somut olaya uyarlama açısından yerinde olacaktır. Bu itibarla; *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin dostane çözüm neticesinde davanın kayıttan düşürülmesine dair kararı da HMK'nın 375/i maddesine uygun kesinleşmiş bir karardır...*" 18.03.2013, E.2012/12054, K.2013/457. Hukuk Dairesinin bu kararına katılmak mümkün değildir. Çünkü bir kere Maddenin ifade ediliş tarzından, yargılamanın yenilenmesi sebebinin varlığının kabulü için AİHM tarafından **herhangi bir karar değil; ihlal kararı verilmesi** koşulunun arandığı açıkça anlaşılmaktadır. Bu nedenle yapılan başvuru dostane çözümle sonuçlanmış ise bu durumda yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmesi mümkün olmaz. Çünkü ortada Mahkemenin bir ihlal kararı bulunmamaktadır. Hakan **Pekcanitez**, "Medeni Usul Hukukunda Yeni Bir Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi (HUMK m.445/11)", 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004 (Yargılamanın Yenilenmesi), s.530. Dostane çözüm, Kanunun aradığı kesinleşmiş karar kavramıyla bağdaşmamaktadır. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.928. Ayrıca, **dostane çözüm, Sözleşme'nin çiğnendiği anlamına gelmemektedir**. Dostane çözüm kararlarında, tazminatın bir sorumluluk karşılığı olmadığı belirtilmektedir. **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.111. Dostane çözüm ihlalin varlığını tespit etmediğinden dostane çözüm kararı da ihlal kararı yerine geçmez. Yargılamanın yenilenmesi sebepleri sınırlı olarak sayılmış olup yorum veya kıyas yoluyla genişletilemez. Bu nedenle Yargıtay bu görüşünden bir an evvel vaz geçmelidir.

<sup>59</sup> **Pekcanitez**, Yargılamanın Yenilenmesi, s.518.

<sup>60</sup> **Pekcanitez**, Yargılamanın Yenilenmesi, s.529.

<sup>61</sup> Muhammet **Özekes**, Medenî Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, (Hukuki dinlenilme), s.327.

hakkın unsurları vazgeçilmesi mümkün olmayan değerlerdendir<sup>62</sup>. Ancak bu sayede, yargılamada maddi gerçeğe ulaşma ihtimali artacak, hukuki korunma talebinde bulunanın subjektif hakkının sağlanması mümkün olacak ve böylelikle sosyal barış ve hukuk barışı korunacaktır<sup>63</sup>.

Bu konudaki önerimiz, adil yargılanma hakkı ihlalinin tek başına bir yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılmasıdır. Böylece, bir ihlal içeren yargılama sonucu verilen ve kesinleşen mahkeme kararına karşı, doğrudan yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulması mümkün olabilecektir. Bu sayede, ihlal daha kısa sürede ve ihlal iddiasında olan kişi fazla zarar görmeden çözülebilecektir. Ayrıca sorun iç hukuk sistemi içerisinde halledilmiş olacağından Devletin, insan haklarına gösterdiği saygı hakkındaki imajı zedelenmemiş olacaktır.

Şüphesiz böyle bir sebebin kabul edilmesi, bu imkânın suiistimal edilmesi ve karardan hoşnut kalınmayan her yargılama sonrasında adil yargılanma hakkının ihlal edildiği bahanesiyle yargılamanın yenilenmesinin istenmesi tehlikesini de beraberinde getirebilir. Ancak bu sakıncaları gidermek için tedbir almak mümkündür. Örneğin, adil yargılanma hakkının ihlali sebebiyle yargılamanın yenilenmesi istenmesi için ilk derece mahkemesinde ve kanun yolu aşamasında tarafların bu hususu ileri sürmüş olmaları, buna rağmen taleplerinin dikkate alınmamış, değerlendirilmemiş ya da gerekçesiz olarak reddedilmiş olması aranabilir<sup>64</sup>. Ayrıca makul sürenin aşılması sebebiyle hakkın ihlal edilmesi iddiaları yargılamanın yenilenmesi sebepleri dışında tutulacaktır, zira bu tip durumlarda yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar yoktur<sup>65</sup>.

Ülkemizde bireysel başvurunun kabul edilmesinden sonra ayrıca bir de adil yargılanma hakkının ihlali sebebiyle yargılamanın yenilenmesinin gerekmediği görüşü ileri sürülebilir. Ancak, unutulmamalıdır ki, bireysel başvuru incelemesi sonucunda Anayasa Mahkemesi ihlalin giderilmesi için yeniden yargılama yapılmasına karar verebilmektedir. Önce bir ihlalin olup olmadığının tespit edilmesi ve arkasından yeni bir yargılama yapılması yine süreci uzatan bir çözümdür. Bu

<sup>62</sup> Pekcanitez, Adil yargılama, s.34; Özekes, Hukuki dinlenilme, s.64, dn.163.

<sup>63</sup> Özekes, Hukuki dinlenilme, s.65.

<sup>64</sup> Özekes, Hukuki dinlenilme, s.328.

<sup>65</sup> Pekcanitez, Yargılamanın Yenilenmesi, s.518-519.

nedenle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki tüm ihlaller için olmasa da yargılamaya ilişkin bir temel ilke olduğundan adil yargılanma hakkına aykırılığın medeni usul kanununda ayrıca yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

## **B. Adil Yargılanma Hakkının Uluslararası Metinlerdeki Görünümü**

### **1. Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**

Aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 50 devlet tarafından 1945 yılında imzalanan Birleşmiş Milletler Antlaşması ile insan hakları ve temel özgürlükler ilk kez resmen uluslararası hukuk alanına çıkarılmıştır. Birleşmiş Milletler Örgütü bu doğrultuda üç aşamalı bir faaliyet programı öngörmüştür. Önce, insan haklarının evrensel boyutlarını saptayıp belirleyen bir bildirge hazırlanıp ilan edilecek; sonra, Taraf devletleri uluslararası düzeyde hukuken bağlayıcı sözleşmeler yapılacak ve nihayet bu uluslararası belgelerde öngörülen hak ve özgürlüklerin uluslararası düzeyde de fiilen korunmasını sağlayacak mekanizmalar oluşturulacaktır<sup>66</sup>.

1946 yılında, “İnsan Hakları Komisyonu” kurulmuş ve bu Komisyon insan haklarının tespitine yönelik çalışmalar yapmaya başlamıştır. Bu çalışmalar neticesinde, 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi kabul ve ilan edilmiştir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde, kişilik haklarına, siyasal özgürlüklere, sosyo-ekonomik ve kültürel haklara yer verilmiştir. Ayrıca Bildirgede yargılama faaliyeti ile ilgili olarak bazı temel hak ve özgürlükler düzenlenmiştir. 7.maddede bireylerin yasa önünde eşit olduğu ifade edilmiş; 8.maddede hak arama hürriyeti üzerinde durulmuştur. 10.madde ise adil yargılanma hakkına yer vermektedir. Buna göre, herkes, haklarının, vecibelerinin veya kendisine karşı cezai mahiyette herhangi bir isnadın tespitinde, tam bir eşitlikte, dâvasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından nasafetle açık olarak görülmesi hakkına sahiptir<sup>67</sup>.

<sup>66</sup> Gözübüyük/ Gölcüklü, s.5; Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Saygılar/ Alan, s.85.

<sup>67</sup> <http://www.ihb.gov.tr/IcerikGoster.aspx?ID=621d87e2-9219-4014-8ad9-f3f3e1d95801>, (Türkiye İnsan Hakları Kurumu, 03.07.2013).

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, uluslararası hukuk anlamında bir anlaşma veya sözleşme değildir. Buna karşılık, insan hak ve özgürlüklerinin somut bir açıklığa kavuşması yönünde atılmış çok önemli bir adımdır. Bu nedenle, kabul edildiğinden bu yana hem ulusal hem uluslararası düzeyde etkisini göstermiş ve pek çok sözleşmeye esin kaynağı olmuştur<sup>68</sup>.

İnsan haklarının bölgesel korunmasında atılmış en önemli adım<sup>69</sup> ise, Avrupa Konseyi<sup>70</sup> tarafından 1950 yılında kabul edilerek imzalanan ve 1952 yılında yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir. Daha pratik olduğundan dolayı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi diye anılmakla birlikte Sözleşmenin gerçek adı bu değildir. Resmi başlığı, İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya dair Avrupa Sözleşmesi'dir (*Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales; Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms*). Başlıktaki "korumak" sözcüğü (*sauvegarde; protection*), Sözleşmeye karakteristik özelliğini veren asıl fikri açıklamaktadır. Amaçlanan yalnızca insan haklarının ilan edilmesi değil, aynı zamanda bu haklara saygı duyulmasını sağlayacak araçların oluşturulmasıdır<sup>71</sup>.

Türkiye Sözleşmeyi 18 Mayıs 1954 tarihinde onaylamıştır<sup>72</sup>. Usulüne uygun şekilde ulusal hukuklara entegre olan Sözleşme ile insan haklarının korunmasına

<sup>68</sup> Gözübüyük/ Gölcüklü, s.6; Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Saygılar/ Alan, s. 86; Kaşıkara, s.47. Florin Bucur Vasilescu, "The Right To A Fair Trial In Romania", The Right To A Fair Trial, European Commission For Democracy Through Law, Council Of Europe Publishing, Strasbourg 2000, s.44; Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ile Afrika İnsan Hakları Sözleşmesi bunlardan bazılarıdır. Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel, s. 461-462.

<sup>69</sup> Louise Doswald- Beck/ Robert Kolb, Garanties judiciaires et droits de l'homme, Nations Unies, Systèmes européen, américain et africain, Textes et résumés de la jurisprudence internationale, Editions N.P. Engel, Kehl, Strasbourg, Arlington, Va. 2004, s.107.

<sup>70</sup> Avrupa Konseyi, I. Dünya Savaşından sonra, Avrupa'da yeni bir savaşın önlenmesi ve Avrupa'nın birleştirilmesi amacıyla 10 Avrupa ülkesi tarafından 5 Mayıs 1949'da Londra'da kurulmuştur. Merkezi Strasbourg'tadır. Türkiye, Konsey'e Yunanistan ile birlikte 11. Ve 12. Üye olarak katılmıştır. Konseyin üyeleri arasında siyasal, ekonomik, kültürel, bilimsel, hukuksal ve yönetsel açıdan dayanışmayı sağlamakla birlikte insan hakları alanında da çalışmalar yapmıştır. Özellikle, insan hak ve özgürlüklerinin korunması, hukukun üstünlüğü, her vatandaşın insan haklarından ve temel özgürlüklerden faydalanmasının sağlanması şeklinde özetlenebilecek amaçları bulunmaktadır. Demircioğlu, s.42.

<sup>71</sup> Pettiti/Decaux/Imbert, s.239-240.

<sup>72</sup> İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, bundan böyle AİHS olarak belirtilecektir), Türkiye Cumhuriyeti tarafından 04/11/1950 tarihinde imzalanmıştır ve Protokol No.1 ile birlikte, 10/03/1954 tarih ve 6366 sayılı "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun" ile onaylanmıştır. Fransa, Sözleşmeyi 1974 yılında, yani neredeyse imzalanmasından 25 yıl sonra onaylamıştır.

ilişkin asgari standartlar belirlenerek, Sözleşmecî devletlerin uygulamaları arasında bir harmoni sağlanması amaçlanmaktadır. Bu yolla, insan hakları konusunda bir *jus communis europeus*<sup>73</sup> yaratılmış olacaktır. Sözleşmede, BM Bildirisi'nde olduğu gibi insan hak ve özgürlüklerinin sadece genel ilkeler yolu ile sayılmasıyla yetinilmemiş; bunların mümkün olduğunca somutlaştırılması yolu tercih edilmiştir<sup>74</sup>.

Sözleşme, özellikle “adil yargılanma hakkı”ndan bahseden ilk ve en önemli uluslararası belge niteliğini taşımaktadır<sup>75</sup>. Sözleşme ile birlikte adil yargılama kavramı, Avrupa'dan başlayarak devletlerin hukuk sistemlerindeki yerini almıştır<sup>76</sup>. Adil yargılanma hakkı başlıklı<sup>77</sup> 6.maddeye göre,

*“1. Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, hakkaniyete uygun<sup>78</sup> ve kamuya açık olarak, makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut,*

<sup>73</sup> Franck **Moderne**, La Convention Européenne Des Droits de l'Homme, DALLOZ, 2006, s.4.

<sup>74</sup> **Sanioğlu**, s.80.

<sup>75</sup> **Clayton/ Tomlinson**, s.3; **Demircioğlu**, s.42; **Kaşıkara**, s.51.

<sup>76</sup> **Matscher**, s.10.

<sup>77</sup> Madde hükmü önceleri “sağlıklı adalet yönetimi isteme hakkı” ifadesiyle adlandırılırken (Delcourt/Belçika, 17.1.1970), sonradan adil yargılanma hakkı kavramı kullanılmaya başlanmış (Golder/İngiltere, 21.2.1975) ve bu kavram 11.Protokol ile yasallık kazanarak maddeye başlık olarak yerleştirilmiştir. **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.266. A. Feyyaz **Gölcüklü**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Doğru Yargılama, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulamasında Kişisel Haklar Semineri, Ankara 1995 (Doğru Yargılama), s.2. Madde başlığının İngilizce versiyonu (rights to a fair trial), Fransızca olanından (droit à un procès équitable) daha açık ve net bulunmaktadır. Ayrıca maddenin amacına daha uygundur. Sözleşmenin amacı, maddedeki güvencelerin yalnızca sayılması değil, bu hakların garanti altına alınmasıdır. Bu amaç doğrultusunda, 6.madde kapsamındaki haklara uyulduğundan emin olmak için pratik metodlar yaratmak zorunluluğu doğmaktadır. **Vasilescu**, s.46. Madde başlığının Türkçe versiyonundaki “adil” kavramı, İngilizce versiyonundaki gibi, 6.maddenin amacına uygun bir ifadedir.

<sup>78</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin internet sitesindeki, resmi olmayan Türkçe çeviride “hakkaniyete uygun” kavramı yer almamakla birlikte, metnin resmi İngilizce ve Fransızca metinlerinde bu kavram adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak yer almaktadır. Fransızca metin şu şekildedir: “*Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitabement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle.*”, **Doswald- Beck/ Kolb**, s.107;

([http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf), 03.07.2013).

İngilizce metin ise şu şekildedir: “*In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.*”

([http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf), 03.07.2013).



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

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

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

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

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

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

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

*e) **Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak**”.*

Sözleşmenin 6.maddesinin birinci paragrafı, hem medeni yargılamalara hem de ceza yargılamalarına uygulanır. İkinci ve üçüncü paragrafların sadece ceza yargılamaları için geçerli olduğu kabul edilmektedir. Bu sonuç ikinci paragrafın başındaki, “*bir suç ile itham edilen*” ibaresi ile üçüncü paragrafın başındaki “*her sanık*” ifadelerinden çıkarılmaktadır. Ancak daha sonra ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere belirli şartlarda söz konusu paragraflardaki ilkelere benzer garantiler medeni yargılamalar için de uygulanabilmektedir<sup>79</sup>.

Sözleşmenin 1.maddesinin Türkçe çevirisinde, Sözleşmeciler Taraf, kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan

<sup>79</sup> Nuala **Mole**/ Catharina **Harby**, The Right To A Fair Trial, A Guide To The Implementation of Article 6 of The European Convention On Human Rights, Human Rights Handbooks, No:3, Belgium 2006, s.5; Karen; **Reid**, A Practitioners's Guide To The European Convention On Human Rights, Sweet & Maxwell, Fourth Edition, London 2011; 81-82; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.268; **Erdoğan**, s.36; Feyyaz A. **Gölcüklü**, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ‘Adil Yargılanma’”, AÜSBFD, 1994, C.49, S.1 (Adil yargılanma), s.201; **Gölcüklü**, Doğru yargılama, s.4.

hak ve özgürlüklerden “*yararlanmalarını sağlarlar*” ifadesi kullanılmaktadır<sup>80</sup>. Oysa maddenin Fransızca metninde “*reconnaissent*” deyimini<sup>81</sup> ile kastedilen devletlerin, yetki alanlarındaki bireylere bu hakların, *doğrudan tanımış* olduğudur. Bir başka deyişle, Sözleşmenin kabulüyle birlikte bireylerin, kendiliğinden bu haklara sahip olduğu kabul edilmiştir<sup>82</sup>.

AİHS m.6, demokrasi ve hukuk devleti ilkesiyle olan yakın ilişkisi sebebiyle Sözleşme'nin özünü teşkil etmektedir. Maddenin sahip olduğu önem derecesini belirtmek için doktrinde çeşitli tanımlamalar kullanılmaktadır. SUDRE, 6.maddenin, *Sözleşmenin iç hukuklardaki etkisini arttıran ayrıcalıklı bir araç olduğu* kanaatindedir<sup>83</sup>. SMITS, 6.maddeyi Sözleşme'nin *önde gelen maddelerinden*<sup>84</sup> biri olarak tasnif etmektedir<sup>85</sup>. VELU ve ERGEC, 6.madde için *temel metin*<sup>86</sup> ifadesini kullanırken<sup>87</sup>, SOYER, DE SALVIA ve KUIJER, *kardinal*<sup>88</sup> terimini tercih etmişlerdir<sup>89</sup>. JACOBS ve WHITE, 6.madde ile korunan hakların, *sözleşme sisteminde merkezi bir yer işgal ettiklerini*<sup>90</sup> belirtmektedirler<sup>91</sup>. HARRIS, O'BOYLE & WARBRICK'e göre, 6. madde *Sözleşmede üstün bir konuma*<sup>92</sup> sahiptir<sup>93</sup>. ROBERTSON ve MERILLS, adil yargılanma hakkının *insan hakları tarihinin köklü bir kurumu*<sup>94</sup> olduğunu söylemişlerdir<sup>95</sup>.

<sup>80</sup> [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_TUR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf), (03.07.2013).

<sup>81</sup> [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf), (03.07.2013).

<sup>82</sup> **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.16.

<sup>83</sup> Frédéric **Sudre**, “Le droit à un procès équitable, ‘Hors les juridictions ordinaires’”, Au carrefour des droits, Mélanges en l’honneur de Louis Dubouis, Paris 2002, s.205.

<sup>84</sup> “*Leading article*”.

<sup>85</sup> Peter **Smits**, Artikel 6 EVRM en de civiele procedure (thesis Erasmus University), Zwolle: Tjeenk Willink, 1996, p.10.

<sup>86</sup> “*Un texte capital*”.

<sup>87</sup> Jacques **Velu** & Rusen **Ergec**, La Convention européenne des droits de l’homme, Brussels: Bruyent 1990, no:381.

<sup>88</sup> “*cardinal*”.

<sup>89</sup> Jean –Claude **Soyer** & Michele **de Salvia**, “Article 6”, Pettiti Louis-Edmond / Decaux Emmanuel / Imbert Pierre-Henri, La Convention Européenne Des Droits De L’Homme, Commentaire article par article, 2me édition, Paris 1999; **Kuijer**, s.80.

<sup>90</sup> “*occupy a central place in the Convention system*”.

<sup>91</sup> Clare **Ovey**/Robin **White**, Jacobs and White, The European Convention on Human Rights, Third Edition, Oxford University Press, 2002, p.139.

<sup>92</sup> “*a position of preeminence*”.

<sup>93</sup> David **Harris**, Micheal **O’Boyle** & Colin **Warbrick**, Law of The European Convention On Human Rights, Second Etidion, Oxford University Press 2009, s.164.

<sup>94</sup> “*deeply rooted*”.

<sup>95</sup> A. H. **Robertson** & J. G. **Merrills**, Human Rights In Europe, A Study of European Convention on Human Rights, Manchester: Manchester University Press 1993, s.85.

Adil yargılanma güvencesini gerçek kılmak için Sözleşme'ye taraf devletler gerekli önlemleri almak zorundadırlar. Örneğin yargılamanın makul sürede bitirilmesi için yeter sayıda mahkeme kurulması yahut hâkim görevlendirilmesi gibi. Alacakları önlemlerin şekli ve niteliği konusunda üye devletler takdir hakkına sahiptir. Ancak yapılan seçimlerin isabeti Sözleşme organları tarafından denetlenir. Bu denetlemede ölçüt, öngörülen önlemlerin güdülen amacı gerçekleştirmede yeterli olup olmadıklarıdır<sup>96</sup>.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 10.maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6.maddesi arasındaki iki önemli farkın birincisi, 10.maddenin kişilerin hak ve yükümlülüklerine ilişkin bütün uyumsuzlukları kapsamına alarak daha geniş bir koruma sağlamasıdır. Oysa 6.maddede, hak ve yükümlülükler "medeni" nitelikte olma kriteri ile sınırlandırılmaktadır. İkinci fark ise, 6.maddenin daha fazla hakkı adil yargılanma güvencesi olarak kabul etmesidir. Örneğin, makul sürede yargılanma hakkı 10.maddede yer almamaktadır<sup>97</sup>.

Birleşmiş Milletler daha sonra da pek çok sözleşme hazırlamış ve yürürlüğe koymuştur. Bunlardan 1976 tarihinde yürürlüğe giren Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin (*Pacte relatif aux droits civils et politiques*)<sup>98</sup> 14.maddesinde, herkesin mahkeme ve yargı organları önünde eşit olduğu, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde, adil ve aleni yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmektedir.

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (Charter of Fundamental Rights of the European Union) AİHS gibi, Avrupa Birliği Ülkeleri tarafından hazırlanmış bir başka metindir. Şartın 47.maddesinin ikinci paragrafında adil yargılanma hakkına yer verilmektedir. Maddeye göre, "*Herkes, önceden kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkemede, makul bir süre içinde adil ve halka açık bir yargılamadan yararlanma hakkına sahiptir. Herkes, danışma, savunma ve temsil edilme imkânlarından yararlanır*".

İnsan haklarının evrensel bir gerçeklik haline gelebilmesi için harcanan çabalardan biri de devletlerin insan hakları alanındaki uygulamaları üzerinde

<sup>96</sup> **Gölcüklü**, Doğru yargılama, s.5.

<sup>97</sup> **Vasilescu**, s.45.

<sup>98</sup> **Doswald- Beck/ Kolb**, s.99.

hukuksal bir denetim yapılmasına ve denetim kapsamına giren devletlerin bir mahkeme önünde yargılanmasına ilişkin mekanizmalar oluşturulması yönünde biçimlenmiştir<sup>99</sup>. Bu amaçla AİHS, güvence altına aldığı temel hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlayacak bir denetim mekanizması kurmuştur. Sözleşmenin ilk şeklinde denetim mekanizmasının organı olarak iki kurum öngörülmekte idi: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu<sup>100</sup> ve Avrupa İnsan Hakları Divanı<sup>101</sup>.

1994 yılında imzaya açılan ve 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren 11 No'lu Protokol<sup>102</sup> ile Komisyon ve Divan birleştirilmiş, Strazburg denetim mekanizması tek organlı hale getirilmiştir. 11 No'lu Protokol ile, tüm zamanlı faaliyet gösteren tek bir mahkeme yaratılmış (AİHM), başvuru yolunun basitleştirilmesi ve başvurulara ilişkin yargılama sürelerinin azaltılması amaçlanmıştır<sup>103</sup>.

AİHM'nin kararlarının bağlayıcılığı ve uygulanmasını düzenleyen AİHS m.46'ya göre, Sözleşmeciler, taraf oldukları davalarda, Mahkemenin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler. Mahkemenin kesinleşmiş kararı, kararın uygulanmasını denetleyecek Bakanlar Komitesi'ne gönderilir<sup>104</sup>. Madde

<sup>99</sup> Rona **Aybay**, AİHM'in İş Yükünün Azaltılması İçin Bir Öneri: "Zorunlu Uzlaştırma", TBBD, S.67, Kasım-Aralık 2006, s.111.

<sup>100</sup> 11 No'lu Protokol'den önce, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Sözleşme ile kurulan güvence sisteminin en önemli unsuruydu. Denetim süreci Komisyon'a başvuru ile başlıyor; Komisyon ön koşullar açısından başvurunun kabul veya reddi konusunda karar alıyor; Denetim mekanizmasının ikinci ve üçüncü organı Divan ve Avrupa Konseyi, ancak başvurunun kabul edilmesi üzerine Komisyon'un esas hakkındaki raporunu hazırlayıp Bakanlar Komitesine sunmasından sonra devreye giriyordu. **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.24. İnsan hakları ihlallerine ilişkin şikayetlere karşı ilk basamak görevi gören Komisyon 1998 yılında kaldırıldığından, artık tüm kararlar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından alınmaktadır. Bu çalışmada, Komisyonun almış olduğu bazı kararlara da atıf yapılacaktır.

<sup>101</sup> 11.Protokol'ün Türkçe çevirisinde 'Mahkeme' olarak adlandırılan Avrupa İnsan Hakları Divanı, denetim mekanizmasının üst ve ikinci organıydı. Sözleşmeye taraf devlet sayısında yargıçtan oluşuyordu. Bir davanın Divan önüne gidebilmesi için öncelikle taraf devletin ayrı bir beyanla Divan'ın yargı yetkisini tanımış olması gerekiyordu. **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.25.

<sup>102</sup> Protokol No.11, 11/05/1994 tarihinde imzalanmış Bunun ardından 14/05/1997 tarih ve 4255 Sayılı "İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin Oluşturduğu Denetim Mekanizmasının Yeniden Yapılanmasına İlişkin 11 Nolu Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun" ile onaylanmıştır. Türkiye onay belgesini, 10/07/1997 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterine depo etmiş ve bu Protokol, 01/11/1998 tarihinden itibaren Türkiye bakımından da yürürlük kazanmıştır. Mehmet Semih **Gemalmaz**, İnsan Hakları Belgeleri I, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2003.

<sup>103</sup> Serkan **Cengiz**, "AİHM Kararlarının İç Hukuka Etkisi", TBBD, s.79, Kasım-Aralık 2008, s.347.

<sup>104</sup> AİHM kararlarının üye devletlerce uygulanmaması halinde, Konsey'den çıkarılmaya kadar giden yaptırımlar söz konusu olabilmektedir. Avrupa Konseyi Statüsü m.3'e göre: "Avrupa Konseyinin her üyesi, hukukun üstünlüğü ilkesiyle yargı yetkisi içindeki herkesin insan hakları ve temel özgürlüklerden yararlanması ilkesini kabul eder ve 1. Bölümde belirlenen Konsey amacının gerçekleşmesinde içten ve etkin bir biçimde işbirliği yapmayı üstlenir". Avrupa Konseyi Statüsü

hükmünden AİHM kararlarının bağlayıcı olduğu anlaşılmaktadır. Her ne kadar, AİHM kararlarının ulusal mahkemeler üzerinde doğrudan bir etkisi olmasa da Sözleşme hükümlerinin ihlali konusunda verdiği kararların gereklerinin yerine getirilmesi zorunludur<sup>105</sup>. Mahkeme kararlarının icrası iki açıdan önem taşımaktadır: genel anlamda, Sözleşmenin uygulanmasında istikrar ve süreklilik korunmaktadır. Diğer taraftan bireysel açıdan, hakkı ihlal edilen başvuranlar için bu ihlalin sonuçları ortadan kaldırılmaktadır<sup>106</sup>.

Sözleşmenin ihlali, Sözleşmeye aykırı bir kanundan kaynaklandığı takdirde, ilgili kanunun AİHM içtihadına uygun şekilde yorumlanması; eğer yoruma elverişsizse değiştirilmesi gerekir. Buna karşılık ihlal, kanundan değil de uygulamadan kaynaklanıyor ise, o uygulamaya ilgili makamlarca son verilmesi, ihlal kararlarının devamını önlemek bakımından önemlidir<sup>107</sup>. AİHM tarafından verilen kararların diğer devletler bakımından da yönlendirici fonksiyonu vardır. Sözleşmeye taraf devletler, ileride Sözleşmeye yönelik bir ihlalin kendileri bakımından da gündeme gelmesini engellemek için bir başka devlet aleyhine verilen kararı dikkate almalıdırlar<sup>108</sup>.

11 No'lu Protokol ile kurulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, insan haklarının yargı yoluyla korunması alanında dünyadaki benzerleri arasında en önemli örnektir<sup>109</sup>. 1998 yılında, Divan'ın önündeki 7000 kadar başvuruyu devralarak

---

m.8'e göre ise, "3. madde hükümlerini ciddi biçimde çiğneyen herhangi bir Konsey üyesinin temsil hakları askıya alınabilir ve Bakanlar Komitesi tarafından 7. madde hükümlerine göre çekilmesi istenebilir. Böyle bir üye bu isteğe uymazsa Komite, belirleyebileceği bir tarihten başlayarak bu üyenin Konsey üyeliğinin sona erdiğine karar verebilir". Bununla birlikte, Bakanlar Komitesi, sürecin işletilmesi konusunda bugüne kadar pek istekli davranmamıştır. Komitenin politik yapısı (taraf devletlerin dışişleri bakanlarından veya daimi temsilcilerinden oluşması) göz önüne alındığında esnekliğin sebebi anlaşılabilir. Örneğin, Loizidou/Türkiye Kararı, kararın icrasının yaratacağı kapsamlı sonuçlar düşünülerek uzun süre yerine getirilmemiştir. Bakanlar Komitesi konuya ilişkin değişik zamanlarda yayınladığı kararlarında bu duruma dikkat çekmiş; fakat Konsey Statüsü'nün 8.maddesi kapsamında bir yaptırıma başvurmamıştır. Komite sabırlı bekleyişini, 24 Temmuz 2000 tarihli kararında bozmuş, kendisine yetki verilmiş olan birtakım yollara başvurabileceği hususunda Türkiye'ye ikazda bulunmuştur. Bu, Mahkeme kararlarının icrası hususunda taraf devletlere yapılan ilk ciddi uyarı niteliğindedir. **Cengiz**, s.346.

<sup>105</sup> **Tezcan/ Erdem/ Sancakdar**, s.118.

<sup>106</sup> Fredrik **Sundberg**, "Le contrôle de l'exécution des arrêts de la cour européenne des droit de l'homme", Libertés, Justice, Tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen- Jonathan, Volume II, Bruxelles 2004, s.1516.

<sup>107</sup> **Sundberg**, s.1516 vd.; **Tezcan/ Erdem/ Sancakdar**, s.116; **Karaosmanoğlu**, s.190; **Erşen**, s.37; **Kaşıkara**, s.76.

<sup>108</sup> **Tezcan/ Erdem/ Sancakdar**, s.113.

<sup>109</sup> Amerika İnsan Hakları Mahkemesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ile kurulmuştur. Sözleşme bugün 26 devlet tarafından onaylanmışsa da ABD ve Kanada'nın bu sisteme katılmaması sebebiyle zayıf bir gelişme göstermiştir. Bundan başka, 1995-2003 yılları arasında görev yapan Bosna-Hersek

göreve başlamıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve ek Protokollerde tanınmış olan hakların ve özgürlüklerin, Sözleşmeciler devletlerden biri tarafından ihlal edildiğine ilişkin iddialar, belli şartlarla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne götürülmekte ve taraf devlet yargılanabilmektedir. 2011 yılına kadar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından Türkiye aleyhine verilen toplam 2404 ihlal kararının, 729'u adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinin tespiti nedeniyle verilmiştir. Yalnızca 2011 yılında, toplam 159 ihlal kararının neredeyse dörtte birinin konusu yine adil yargılanma hakkına ilişkin 6.maddedir<sup>110</sup>.

İnceleme konumuz olan adil yargılanma hakkı, ulusal ve uluslararası düzenlemelere konu olan temel bir insan hakkıdır. Adil yargılanma hakkının hukuk sistemlerinde yerini almasını sağlayan kilometre taşlarından birisi, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi iken, diğeri, İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin 6.maddesidir. Bu düzeyde yine bir bölgesel kuruluş olan Amerika Devletleri Örgütü'nün "İnsan Haklarına Dair Amerika Sözleşmesi" ile Afrika Birliği Örgütü'nün "İnsan ve Halkların Haklarına Dair Afrika Şartı" da aşağıda kısaca inceleme konusu yapılacaktır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, hem insan haklarının tanınıp korunması konusunda evrensel düzeyde bir ilk sayıldığından<sup>111</sup> hem de uluslararası bir yargısal denetim mekanizması kurmasından dolayı diğer uluslararası metinlerden daha fazla ilgiyi hak etmektedir.

## 2. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, insan haklarını koruma amacıyla hazırlanan başka birçok uluslararası sözleşmeye de esin kaynağı olmuştur. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, Amerika Kıtası'nda bulunan devletlerin karşılıklı olarak bilgi verme amacıyla başlayan örgütlenme girişimleri, siyasal, ekonomik, sosyal, hukuksal ve kültürel alanları da kapsar hale gelmiş ve bunun neticesinde 1948'de *Amerikan Devletleri Örgütü* (Organisation of American States, OAS)<sup>112</sup> kurulmuştur. Bu örgüt bünyesinde, insan haklarının geliştirilmesi konusunda çalışmalar yapmak üzere

---

İnsan Hakları Mahkemesi de insan hakları alanında mahkeme olarak görev yapan az sayıda kuruluşun biridir. **Aybay**, s.112.

<sup>110</sup> Mahkeme tarafından hazırlanan yıllık istatistik için [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/884BB081-2A43-47EA-B00E-C56046255F5C/0/TABLEAU\\_VIOLATIONS\\_FR\\_2011.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/884BB081-2A43-47EA-B00E-C56046255F5C/0/TABLEAU_VIOLATIONS_FR_2011.pdf) (10.04.2012; 18:59)

<sup>111</sup> **Gözübüyük/ Gölcüklü**, s.10.

<sup>112</sup> <http://www.oas.org/en/default.asp>, (01.07.2013).

*Amerikalular Arası İnsan Hakları Komisyonu* kurulmuştur. Bu komisyon yürütmüş olduğu çalışmalar neticesinde Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'ni (*American Convention on Human Rights*) hazırlamış ve Sözleşme 18 Temmuz 1978'de yürürlüğe girmiştir. Sözleşme ile ayrıca, insan hakları alanında çalışmak üzere, *Amerikalular arası İnsan Hakları Mahkemesi* kurulmuştur<sup>113</sup>.

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi 8.maddesinde “*Right to a Fair Trial*” başlığı altında adil yargılanma hakkına yer vermektedir. Maddenin ilk fıkrasına göre, herkes, iş hukuku ve vergi hukuku da dahil olmak üzere, medeni hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesinde, kanunla kurulmuş, bağımsız, tarafsız ve yetkili mahkeme tarafından hakkaniyete uygun olarak, makul süre içinde, dinlenme hakkına sahiptir<sup>114</sup>.

İkinci fıkrada, her sanığın yargılamada asgari sahip olması gereken haklar sayılmıştır. Bunlar, mahkemenin dilini bilmeyen sanığa ücretsiz tercüman hakkı; aleyhindeki suçlama hakkında bilgilendirilme hakkı; savunmasını hazırlaması için kendisine yeterli zaman ve araçların sağlanması hakkı; kendi kendisini temsil edebilme veya kendi seçeceği bir vekil tarafından temsil edilebilme ve bu kişiyle özgürce ve özel olarak görüşebilme hakkı; kanun tarafından öngörülen sürede kendisini savunmayan ve bir avukat yardımı almayan sanığa devlet tarafından bir avukat sağlanması hakkı; tanık veya bilirkişileri sorgulama hakkı; kendisi aleyhine tanıklık yapmama hakkı; kendisi hakkında verilen hüküm aleyhine bir üst mahkemeye başvurabilme hakkı; sanığın, yalnızca hiçbir zorlama olmadan yaptığı itirafın geçerli kabul edilebilmesi; sanığın aynı suçtan yalnız bir kere yargılanması ve yargılamanın aleni olması şeklinde sıralanabilir.

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8.maddesi, garanti altına aldığı yargılama güvenceleri bakımından genel olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile paralellik arz etmektedir. Ancak her iki düzenleme arasında önemli bir fark vardır: Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, medeni haklar ve yükümlülüklerle ilgili davalarda aleni yargılanma hakkını garanti etmemektedir. Aleniyet, birinci fıkrada,

<sup>113</sup> **Gemalmaz**, Genel Teori, s.527 vd.; **Demircioğlu**, s.45; **Tezcan/ Erdem/ Sancakdar**, s.22; **Kaşıkara**, s.54; Hüseyin **Oğuz**, İdari Yargı Yönünden Adil Yargılanma Esasları, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya 2006, s.8 ([www.belgeler.com](http://www.belgeler.com), 06.06.2013).

<sup>114</sup> **Doswald- Beck/ Kolb**, s.108.

medeni haklar ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklarda taraflara sağlanan güvenceler arasında sayılmamış; ikinci fıkrada, “*her sanık* en azından aşağıdaki haklara sahiptir” denildikten sonra son bende alınmıştır.

Maddenin lafzı, hukuk davalarında aleniyetin kabul edilmemesinin bilinçli bir tercih olduğu izlenimi vermektedir. İkinci fıkranın son bendinde, “*ceza davalarına ilişkin yargılamaların* alenî görüleceğinden” bahsedilmekle, aleniyetin ceza davalarına ilişkin bir yargılama prensibi olarak görüldüğü bir kez daha vurgulanmak istenmiştir. Oysa Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, aleniyeti, hukuk davaları bakımından da adil yargılanma hakkının vazgeçilemeyecek güvencelerinden biri olarak kabul ettiği için, aleniyet ilkesi, ilk fıkrada sayılan diğer güvencelerin yanında yer almıştır.

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, sağladığı güvenceler bakımından AİHS’nden daha eksik görünmekle birlikte, Sözleşme’nin uygulama alanı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne nazaran daha geniştir. Zira maddede, adil yargılanma hakkının yalnızca medeni veya cezai karakterli uyuşmazlıklarda değil; tüm alanlardaki uyuşmazlıklarda uygulanacağı açıkça belirtilmiştir. Adil yargılanma hakkının her türlü uyuşmazlığa ilişkin yargılama sürecinde uygulanabilmesi hem hak arayanlar için daha ideal bir çözümdür, hem de uyuşmazlığın medeni karakterli olup olmadığını tespitinde yaşanan güçlüklerin yaşanmaması bakımından önemlidir. Gerçekten, AİHM’nin **Ferrazini/İtalya** kararı<sup>115</sup>, zaman zaman bazı uyuşmazlıkların medenî karakterini belirlemenin ne kadar güç olabildiğini ortaya koymaktadır<sup>116</sup>.

### 3. Afrika İnsan Hakları Sözleşmesi

1960’lı yıllardan itibaren, Birleşmiş Milletler öncülüğünde Afrika Kıtasında insan hakları alanında çalışmalar yapılmıştır. Afrika Kıtası Devletleri de insan haklarıyla ilgili olarak kendi bölgesel örgütlerini kurmuşlardır. Neticede, 1981 yılında Nairobi Zirvesi’nde Afrika şartı (*The African Charter On Human and*

<sup>115</sup> 12.07.2001. Söz konusu kararda, vergi uyuşmazlığına ilişkin dava, 6.madde kapsamında değerlendirilmemiş ancak beş hâkim bu karara muhalif kalmışlardır. Çünkü, vergi yükümlülüğüne ilişkin uyuşmazlığın, başvuranın malvarlığında doğrudan etkileri olduğu açıktır. Bu nedenle demokratik bir toplumda, bu tür uyuşmazlıkların da medeni karakterini kabul etmek gerektiği savunulmuştur (par.7).

<sup>116</sup> **Doswald- Beck/ Kolb**, s.111.



*Peoples Rights*)<sup>117</sup> kabul edilmiş, bu şart 21 Ekim 1986'da yürürlüğe girmiştir<sup>118</sup>. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı, Afrika Birliği içinde insan haklarının korunması açısından önemli bir belgedir.

Afrika Şartı'nın 3. ve 7. maddesi adil yargılanma hakkı ile alâkalıdır. 3. Maddede, herkesin kanun önünde eşit olduğu ifade edilmiştir. 7.maddede ise, hukuki dinlenilme hakkı, masumiyet karinesi, kendi kendisini temsil edebilme veya kendi seçeceği bir vekil tarafından temsil edilebilme hakkı, makul sürede ve tarafsız mahkeme önünde yargılanma hakkı göze çarpmaktadır. Madde hükmünde, aleniyet ilkesine yer verilmemesi dikkat çekicidir. Yalnızca hukuk davaları bakımından değil; ceza yargılamaları bakımından da aleniyet bir güvence olarak kabul edilmemiştir.

Afrika Şartı da, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi gibi, adil yargılanma hakkının uygulanacağı uyuşmazlıklar bakımından herhangi bir sınırlama yapmadığından, uyuşmazlığın niteliğinin tespiti gibi güçlükler yaratmamaktadır<sup>119</sup>. Her türlü uyuşmazlığa ilişkin yargılama süreçleri maddenin korumasından yararlanabilmektedir.

Sözleşmede denetim mekanizması olarak öngörülen iki organ, Afrika İnsan Hakları Komisyonu ve Afrika Devletler ve Hükümet Başkanları Konferansı'dır. 1989 yılında çalışmaya başlayan Komisyon, üye devletler, gayri resmi kuruluşlar ve bireyler tarafından yapılan başvuruları incelemektedir. Ancak bireylerin şikâyetleri, insan haklarının ağır ve sistematik bir şekilde ihlal edildiğini ortaya koyarsa Komisyon, Devlet ve Hükümet başkanları Konferansı'nın görevlendirmesiyle rapor hazırlayıp, tavsiyede bulunabilmektedir. Bu sistemin Avrupa ve Amerika'da kurulan sistem kadar etkili olduğunu söylemek zordur<sup>120</sup>. Zira Komisyon, kendiliğinden harekete geçemediği gibi bağlayıcı karar verme yetkisi de yoktur.

Afrika kıtasında, insan haklarının korunması açısından bölgesel bir yargı organının kurulması ise daha sonra gündeme gelmiştir. Haziran 1998'de Afrika

<sup>117</sup> [http://www.africancourt.org/en/images/documents/Sources%20of%20Law/Banjul%20Charta/charte\\_ang.pdf](http://www.africancourt.org/en/images/documents/Sources%20of%20Law/Banjul%20Charta/charte_ang.pdf), (01.07.2013); **Doswald- Beck/ Kolb**, s.109-110.

<sup>118</sup> **Gemalmaz**, Genel Teori, s.592 vd.; **Demircioğlu**, s.46; **Tezcan/ Erdem/ Sancakdar**, s.22; **Kaşıkara**, s.55.

<sup>119</sup> **Doswald- Beck/ Kolb**, s.111.

<sup>120</sup> **Tezcan/ Erdem/ Sancakdar**, s.22.

Birliği Örgütü, Afrika İnsan ve Halkların Mahkemesi'nin kurulması amacıyla bir protokol hazırlamış ve bu protokol 15 üye devletin imzalamasıyla birlikte 25 Ocak 2004'te yürürlüğe girmiştir. Mahkeme; Şart, Protokol ve diğer Afrika İnsan Hakları Antlaşmalarına dayanan her türlü uyuşmazlığı çözmeye yetkilidir. Kararları oy çokluğuyla alır ve bağlayıcıdır. Kararlarının icrasının denetimi Genel Kurul adına Afrika Birliği Örgütü Bakanlar Konseyi tarafından yapılır<sup>121</sup>.

## II. ADİL YARGILANMA HAKKININ KORUMA ALANI

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesi ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkı, hem ceza yargılaması hem de medeni yargılamada gözetilmesi gereken bir haktır. Genellikle ceza yargılaması alanında gündeme gelmekle birlikte; söz konusu düzenleme aslında, sivil karakterli hak ve yükümlülükleri de kapsayacak şekilde kaleme alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında “*Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda*” ifadesi bunu açıkça göstermektedir.

Bu çalışmada adil yargılanma hakkı ve bu hakkın güvenceleri yalnızca medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklar bakımından inceleme konusu yapılmıştır. Ceza yargılamaları bu çalışmanın konusunu oluşturmadığından bu başlık altında yalnızca medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıkların kapsamı belirlenmeye çalışılmış suç isnadı kavramı değerlendirme dışı tutulmuştur.

Bir uyuşmazlığa ilişkin yargılama sürecinin adil yargılanma hakkı ile sağlanan güvenceler kapsamında sayılabilmesi için üç koşulun varlığı aranır: 1)Uyuşmazlık konusu hak ve yükümlülük medeni niteliğe sahip olmalıdır. 2) Söz konusu hak ve yükümlülük iç hukukta tanınmalıdır. 3) Uyuşmazlığın karara bağlanma sürecinde söz konusu hak ve yükümlülük için kesin sonuç doğmalıdır<sup>122</sup>.

<sup>121</sup> <http://www.african-court.org/en/index.php/about-the-court/brief-history>, (07.07.2013).

<sup>122</sup> **Pettiti/Decaux/Imbert**, s.250; **Clayton/ Tomlinson**, s.75; Sibel **İnceoğlu**, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, Tıpkı Dördüncü Bası, İstanbul 2013, s.12; Frédéric **Sudre/ Jean-Pierre Marguénaud/ Joël Andriantsimbazovina/ Adeline Gouttenoire/ Michel Levinet**, Les grand arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme, 5e édition mise à jour, Paris 2009, s.218 vd.

## A. Medeni Hak ve Yükümlülüklerle İlişkin Uyuşmazlıklar

Adil yargılanma hakkı ile sağlanan güvenceler medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıkların karara bağlanması esnasında geçerlidir. Bir hak veya yükümlülüğün niteliği “medeni” olarak tanımlanmadığında, ilgili hakka ilişkin uyuşmazlık 6.maddenin kapsamı içinde görülmeyecek ve adil yargılanma hakkının korumasından yararlanamayacaktır. O halde cevaplanması gereken sorular şunlardır: Medeni hak ve yükümlülük nedir? Hangi haklar medeni hak ve yükümlülükler kapsamında değerlendirilebilir?

### 1. Genel Olarak Hak ve Yükümlülüğün Medeni Niteliği

Sözleşme metninde geçen “medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklar” ifadesinin kapsamını belirlemek için Sözleşme organlarının ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarına bakmak gerekir. AIHM içtihatları, Sözleşme doğrultusunda medeni hak ve yükümlülük kavramını belirlemede büyük rol oynamaktadır. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlık kavramının yorumu, sürekli gelişme göstermektedir. Sözleşme organlarının ilk kararları ile günümüzde gelinen nokta arasında büyük fark olduğu gözlemlenmektedir. Daha önce altıncı maddenin koruma alanı dışında bırakılan bazı haklar bugün “medeni hak ve yükümlülük” kavramı içinde tanımlanmakta ve 6.maddenin korumasından faydalandırılmaktadır<sup>123</sup>. Söz konusu içtihatlar ile konunun büyük ölçüde netlik kazandığı söylenebilir.

Doktrinde VAN DIJK, 6.maddede geçen “civile” ifadesinin, *non-criminal* şeklinde anlaşılması gerektiğini ve cezai suçlamalar dışında tüm haklarla ilgili davaların, medeni hak ve yükümlülükler kapsamında sayılması gerektiğini savunmuştur<sup>124</sup>. Benzer şekilde Komisyon üyeleri FROWEIN ve MELCHIOR,

<sup>123</sup> Reid, s.97; Gözübüyük/Gölcüklü, s.267; Gölcüklü, Doğru yargılama, s.3; Tezcan/ Erdem/ Sancakdar, s.222; Giuseppe Sparduti, “Sur la Notion de ‘droits et obligations de caractere civil’ dans l’article 6 par. 1 de la Convention européenne des droits de l’homme”, Humanite et droit international, Mélanges René-Jean Dupuy, Paris 1991, s.279 vd.; ; Sudre/Marguénaud/Andriantsimbazovina/Gouttenoire/Levinet, s.218 vd.

<sup>124</sup> Pieter van Dijk, “The interpretation of civil rights and obligations by the European Court of Human Rights- one more step to take”, F. Matscher & H. Petzold, Protecting Human Rights: The European Dimension- Essays in Honour of G. Wiarda, Köln 1988, s.131-143.

**Bentham/Hollanda** kararındaki muhalif görüşlerinde, iç hukuk sistemlerinde bireylere tanınan tüm hak ve özgürlüklerin sivil haklar arasında değerlendirilebileceğini belirtmişlerdir<sup>125</sup>. Ancak maalesef bu bakış açısı, Mahkemeninkiyle örtüşmemektedir.

Hemen belirtmek gerekir ki, bir hak ve yükümlülüğün medeni niteliği belirlenirken Sözleşme Organları iç hukuktaki tanımlamalara bağlı kalmamaktadır. Hakkın niteliğine dayalı özerk bir Avrupa yorumu benimsenmektedir<sup>126</sup>. Bunun nedeni, 6.maddenin koruma alanının ülkeden ülkeye değişiklik göstermemesi amacıdır. Zira bir ülkede medeni karakterli bir hak diğer ülkede kamu hukuku kapsamında yer alıyor olabilir ve eğer iç hukuktaki sınıflandırmalara bağlı kalınırsa, bir ülkede korunan hak diğer ülkede adil yargılanma hakkının korumasından yararlanmayacaktır<sup>127</sup>. Ayrıca, medeni hak ve yükümlülük kavramının Sözleşmesel anlamı bazen iç hukukun yüklediği anlamdan farklı olabilir. Bu nedenle bir hak ve yükümlülüğün Sözleşmede ifade edildiği anlamıyla medeni olarak görülüp görülmeyeceği, esasa ilişkin içeriği ve etkilerine göre belirlenmelidir<sup>128</sup>. Öte yandan, bir hakkın ya da yükümlülüğün medeni niteliğinin belirlenmesinde iç hukuk tamamıyla önemsiz değildir. Hak veya yükümlülük iç hukukta özel hukukun bir parçası olarak düzenlenmişse artık bu hakkın medeni niteliğini tartışmaya gerek kalmaz<sup>129</sup>.

Uyuşmazlık konusu hak ya da yükümlülüğün iç hukuktaki sınıflandırmasının belirleyici olmaması ve özerk bir yorum tarzının benimsenmesine rağmen AİHM, medeni hak ve yükümlülük kavramını, kesin bir takım tanımlarla formüle etmekten kaçınmış; onun yerine, bir uyuşmazlığın 6.maddenin uygulama alanına dahil olup

<sup>125</sup> Bentham/Hollanda, 8 Ekim 1983, muhalefet şerhi par.10.

<sup>126</sup> **Harris, O'Boyle & Warbrick**, s.212; **Reid**, s.101; **Pettiti/Decaux/Imbert**, s.249; **Clayton/Tomlinson**, s.74; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.142. **Tezcan/ Erdem/ Sancakdar**, s.142; **Türmen**, s.40; **Gölcüklü**, Doğru yargılama, s.7; Philip **Leach**, Taking A Case To The European Court Of Human Rights, Third Edition, Oxford University Press, New York 2011, s.264; **Erdoğan**, s.49. **İnceoğlu**, s.22; **Ovey/White**, s.139,145; Michele **De Salvia**, Compendium de la CEDH, Les principes directeurs de la jurisprudence relative à la Convention européenne des droits de l'homme, Vol.1 Jurisprudence 1960 à 2002, Strasbourg 2003, s.240 vd.; **Sudre**, s.205; Sébastien **van Drooghenbroeck**, La Convention européenne des droits de l'homme, Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2002-2004, Volume 1, Articles 1 à 6 de la Convention, Bruxelles 2006, s.87; ; **Sudre/Marguénaud/Andriantsimbazovina/Gouttenoire/Levinet**, s.221.

<sup>127</sup> **Harris, O'Boyle & Warbrick**, s.212; **Janis/ Kay/ Bradley**, s.423; **Clayton/ Tomlinson**, s.79; **İnceoğlu**, s. 20,21; **Ovey/White**, s.145.

<sup>128</sup> König/Federal Almanya Cumhuriyeti, 28 Haziran 1978, par.88-89; Ringeisen/Avusturya, 16 Temmuz 1971, par.94.

<sup>129</sup> **Kuijjer**, s.118; **İnceoğlu**, s.22; **Ovey/White**, s.145. Cohen-Jonathan da, az da olsa bir önemi olduğunu ifade etmiştir. Gérard **Cohen-Jonathan**, Aspects européens des droits fondamentaux, Libertés et droits fondamentaux, Paris 1996, (Aspects européens), s.77.

olmadığını tespit etmek için somut olaya uygulanması gereken prensipleri belirlemiştir<sup>130</sup>. Bu kaçınma doktrinde, hukuksal kesinlik ve öngörülebilirlik açısından hayal kırıklığı yaratmışsa<sup>131</sup> da kanaatimizce, mahkemenin bu tutumu, değişen koşullara göre, maddenin koruma alanını dinamik tutmak açısından önemlidir.

AİHM, somut uyuşmazlıktaki özelliklerinden yola çıkılan tüme varımsal bir yaklaşımı tercih etmiştir<sup>132</sup>. Bu tercih, özellikle bireylerle devlet arasındaki ilişkileri düzenleyen davalarda önem taşımaktadır. Birçok devlet, şikâyet edilen yargılamanın idari olması bahanesiyle uyuşmazlık konusu hakkın sivil hak olarak tanımlanamayacağı iddiasıyla, 6.maddenin uygulanabilirliğini inkâr etmeye çalışmışlarsa da başarılı olamamışlardır. Zira neyin sivil karakterli bir hak olup neyin olmadığına ve medeni hak ve yükümlülük kavramının yukarıdaki prensiplerle yorumlanmasına ilişkin, gerek Komisyonun gerekse Mahkemenin çok sayıda kararı mevcuttur.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ilk kararlarında, kavramın kapsama alanını sınırlayıcı bir yaklaşım sergilemiştir<sup>133</sup>. 1971'e kadar, kamu hukuku özel hukuk ayrımı yapılarak<sup>134</sup> kamu hukuku alanındaki hak ve yükümlülükler 6.madde kapsamında görülmemiş idare mahkemeleri önündeki yargılamalar veya idare tarafından yürütülen karar alma süreçleri maddenin kapsamı dışında tutulmuştur<sup>135</sup>. Ancak Ringeisen kararı ile AİHM, pek çok kamu hukuku alanındaki uyuşmazlığı da 6.madde kapsamına sokacak bir yorum yöntemi benimsemiştir. Bundan böyle, bir davanın bir medeni hak veya yükümlülüğe ilişkin olup olmadığının belirlenmesi için, söz konusu hakkın özellikleri dikkate alınacaktır.

**Ringeisen/Avusturya Kararında** belirtildiği üzere, *“Uyuşmazlığa uygulanacak Kanunun hangi maddi hukuk alanına (medenî, ticari, idarî hukuk vs...) dahil olduğu ve konunun çözümünde yetkili kılınan merciin bir mahkeme mi yoksa*

<sup>130</sup> Sudre/Marguénaud/Andriantsimbazovina/Gouttenoire/Levinet, s.226.

<sup>131</sup> Kuijer, s.118.

<sup>132</sup> Harris, O'Boyle & Warbrick, s.212.

<sup>133</sup> İnceoğlu, s. 12.

<sup>134</sup> Harris, O'Boyle & Warbrick, s.211.

<sup>135</sup> İnceoğlu, bu tutumun şaşırtıcı olmadığını belirtmektedir. Sözleşmenin yapıldığı yıllar, idarenin yargı denetimine tabi olması bakımından yoğun güçlüklerin bulunduğu yıllardır. Bkz. s.19.

*idari kurul mu olduğu pek de belirleyici sayılmaz.*"<sup>136</sup>. Buradaki kilit nokta, yargılama sonucunun özel hukuk hak ve yükümlülükleri için belirleyici olup olmadığıdır<sup>137</sup>. **König/Federal Almanya Cumhuriyeti Kararında**, bu konu şöyle ifade edilmiştir: "*Bir hakkın Sözleşmede ifade edildiği anlamıyla medenî olarak görülüp görülmeyeceği, söz konusu hakkın ilgili Devletin iç hukukundaki yasal sınıflandırılmasına göre değil, esasa ilişkin içeriği ve etkilerine göndermeyle belirlenmelidir.*"<sup>138</sup>.

Maddenin lafzından, sadece iki tür uyuşmazlık 6. madde kapsamında imiş gibi görünmekle birlikte AİHM tarafından, medeni hak ve yükümlülükler kavramına verilen anlam sebebiyle kimi idari uyuşmazlıklar da bu madde kapsamına alınmıştır<sup>139</sup>. Özellikle AİHM, adli yargının görev alanına giren uyuşmazlıklar gibi, idari yargının görev alanına giren pek çok uyuşmazlığı da medeni hak ve yükümlülükleri ilgilendirdikleri gerekçesiyle Sözleşmenin 6.maddesinin uygulama alanına sokmaktadır<sup>140</sup>. Hatta kamu makamının bir özel şahıs olarak mı hareket

<sup>136</sup> 16 Temmuz 1971, par.94.

<sup>137</sup> H/Fransa, 24 Ekim 1989, par.47.

<sup>138</sup> 28 Haziran 1978, par.89.

<sup>139</sup> **Harris, O'Boyle & Warbrick**, s.202; Durmuş **Tezcan**, "Adil (Dürüst) Yargılanma Hakkının Uygulama Alanı Açısından İdari Uyuşmazlıkların Konumu", Yıldızhan Yayla'ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul 2003, s.469; **Tezcan/ Erdem/ Sancakdar**, s.228; ; **Sudre/Marguénaud/Andriantsimbazovina/Gouttenoire/Levinet**, s.218. Örnek bir karar için bkz. Dölenenek/Türkiye, Baş. No: 31132/96, T:6 Aralık 2005; Coşkun/Türkiye, Baş. No:620/03, T:21 Nisan 2009.

<sup>140</sup> Kiracılar derneği ödentisi hakkında, Landborger/İsveç Kararı, 1989; İçki ruhsatı hakkında, Tre Traktörer AB/İsveç Kararı 07.07.1989; Şirket hisse senetleri hakkında, Bramelid ve Malmström/İsveç kararı 1979; Patent hakları hakkında, Smith Kline ve French Laboratories/Hollanda kararı 1990; çarpışan gemilerle ilgili hasar tazminatı hakkında, Pressos Compania Naveira SA/Belçika kararı; Bir sinemanın müşterileri hakkında, Latridis/Yunanistan kararı 1999; mülkiyeti kanıtlanamayan tabloya zilyetlik hakkında Beyeler/İtalya kararı; Avukat stajyerinin ücretsiz çalıştırılması hakkında, Van Der Mussak/Belçika kararı 1983; İmar planları ile getirilen geçici ve uzun süreli yapılaşma yasakları hakkında Sporrong ve Lönnroth/İsveç kararı, 1982; Doğal sit alanı kapsamına alınan taşınmazla getirilen kullanım sınırlamaları hakkında, Derlemaas/Hollanda kararı 1991; Benzin istasyonu işletme ruhsatı hakkında, Benthem/Hollanda kararı 1985; Mahkemece bir kitabın zorunluluğuna karar verilmesi hakkında, Handyside/İngiltere kararı 1976; Kaçak altın sikkelerinin zor alımı hakkında, Agosi/İngiltere kararı 1986; Kilise vergisi hakkında, Darby/İsveç kararı 1990; İtfaiye hizmetine katılım vergisi hakkında Karlheinz Schmidt/Almanya kararı 1994; Taşınmaz kiralarna devletin müdahalesi hakkında, Mellacher vd./Avusturya kararı 1989; Uçak ve gemi sanayinin millileştirilmesi hakkında Lithgow vd./İngiltere kararı 1986; Meslek odalarına üye olma zorunluluğu getirilmesi hakkında, Van Marle/Hollanda 1986; Kamulaştırma işlemleri hakkında, Erkner ve Hofauer/Avusturya kararı 1987; Özel yasa ile kişisel taşınmazlara bedelsiz el konulması hakkında, Papamichaloupoulas/Yunanistan kararı 1991; 1974 Kıbrıs Müdahalesi nedeniyle taşınmazlarından yararlanamayan kişinin tazminat istemi hakkında, Loizidou/Türkiye kararı 1995, 1996, 1998; yüksek enflasyona karşılık kamulaştırma bedellerinin geç ödenmesi hakkında, Akkuş/Türkiye kararı 1997; Hükümet güçlerinin konutları yakması hakkında, Selçuk ve Asker/Türkiye kararı 1998; tescil edilmiş marka hakkında, Annheuser-Busch/Portekiz kararı 2003; Emekli aylıkları hakkında, Müller/Avusturya kararı 1997; Haksız tutuklana kişinin devletten tazminat istemi hakkında, M.Göç/Türkiye kararı 2002; Özel okul açma izni hakkında, Jordebroy Vakfi- İsveç, 06.03.1987; Sağlık sigortasından faydalanma hakkında, Feldbrugge-

ettiğinin yoksa egemen gücünü mü kullandığının bu değerlendirmeyi etkilemeyeceğini belirtmiştir<sup>141</sup>. Mahkemenin bu yaklaşımı olumludur, zira idari yargılamalar aslında bireylerin Devlet karşısında en fazla korunmaya muhtaç oldukları alanlardır<sup>142</sup>.

## 2. Medeni Hak ve Yükümlülükler Kapsamında Sayılan Uyuşmazlıklar

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, esnek bir yorum tarzıyla daha fazla hakkı medeni hak kapsamında sayma eğilimi gösterdiği kararların sayısı da artmaktadır. Örneğin, kamu hukuku karakteri ağır bastığı için daha önceleri 6.madde kapsamı dışında düşünülen sosyal güvenlik hakkı gibi konular artık genel anlamıyla medeni hak ve yükümlülükler olarak nitelendirilmektedir<sup>143</sup>. Kavramların kesin bir tanımının yapılmayıp somut olaylara dayalı akılcı değerlendirmeler yapılması<sup>144</sup> ile bu sonuca ulaşılmasını sağlamıştır. Buradaki anahtar nokta, uygulanan usulün sonuçlarının medeni hak ve yükümlülükler üzerinde belirleyici olup olmadığıdır<sup>145</sup>. Bugün için medeni hak ve yükümlülükler kapsamında sayılan uyuşmazlıklar şunlardır:

- a. İlk olarak, özel kişilerin kendi aralarındaki özel hukuk ilişkilerinden doğan hak ve yükümlülükler, medeni hak ve yükümlülük kavramı çerçevesinde değerlendirilmektedir<sup>146</sup>. İki özel kişi arasındaki ilişki, sözleşme hukuku<sup>147</sup>, ticaret hukuku<sup>148</sup>, haksız fiil<sup>149</sup>, iş hukuku<sup>150</sup> ve mülkiyet hukukundan<sup>151</sup>

---

Hollanda kararı, 29.05.1986; Malullük hakkında, Salesi-İtalya kararı, 26.02.1993; Devletten emekli olma hakkında, Lombardo-İtalya kararı, 26.11.1992.

<sup>141</sup> König/Federal Almanya Cumhuriyeti, 28 Haziran 1978, par.90.

<sup>142</sup> Grisel, s.85.

<sup>143</sup> Mole/Harby, s.11; Pettiti/Dcaux/Imbert, s.251; Kuijer, s.121; Ovey/White, s.147; Sudre/Marguénau/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet, s.225-227.

<sup>144</sup> Ovey/White, s.145; Ruşen Ergeç, L'incidence du droit du Conseil de l'Europe sur le droit administratif, Revue du Droit public et des sciences administratives, 1/1993, s.1-11 (naklen Tezcan, s.470, dn.7).

<sup>145</sup> Reid, s.101.

<sup>146</sup> Harris, O'Boyle & Warbrick, s.213; Clayton/ Tomlinson, s.80; Ovey/White, s.145.

<sup>147</sup> Ringeisen-Avisturya, 16 Temmuz 1971.

<sup>148</sup> Edificaciones March Gallego S.A.-İspanya, 19 Şubat 1998.

<sup>149</sup> Axen-Almanya, 08 Aralık 1983; Golder-Birleşik Krallık, 21 Şubat1975.

<sup>150</sup> Buchholz-Federal Almanya Cumhuriyeti, 06 Mayıs 1981.

<sup>151</sup> Pretto-İtalya Kararı, 08.12.1983.

doğmuş olabilir<sup>152</sup>. Kişinin şeref ve haysiyetine saygı gösterilmesini isteme hakkı da bir medenî hak olarak 6.maddenin korumasından yararlanmaktadır<sup>153</sup>.

- b. Bir tarafta Devletin olduğu bazı hukuki ilişkilerden doğan uyuşmazlıklar da medeni hak ve yükümlülükler kapsamında tutulmaktadır. İlişkinin bir tarafında özel kişinin diğer tarafında devletin bulunduğu bu tip uyuşmazlıklar genellikle, kamulaştırma davaları, imar uyuşmazlıkları, emlak izinleri gibi, mülkün kullanımı veya faydalanma durumu dolayısıyla doğrudan medeni hakları etkileyen davalardır<sup>154</sup>. AİHM içtihatlarından anlaşıldığı üzere idari yargılama usulüne tabi birçok dava Mahkeme tarafından medenî hak veya yükümlülük olarak nitelendirilmektedir. Mahkemenin bu değerlendirmede dikkate aldığı husus, söz konusu hukuki ilişkinin bireyin medeni hak ve yükümlülükleri açısından etkisi olup olmadığıdır. Özellikle özel kişi tarafında maddi sonuçları olan hukuki ilişkilerden doğan uyuşmazlıklara ilişkin yargılama süreçleri 6.madde kapsamında değerlendirilmektedir<sup>155</sup>.
- c. Yukarıda ifade edildiği gibi AİHM, önceki içtihatlarında sosyal yardımı kapsayan yargılamaların 6.madde kapsamında olduğunu kabul etmemekle beraber<sup>156</sup>, 90'lı yıllardan itibaren hukuktaki gelişmeler ve eşitlik ilkesi uyarınca sosyal yardım dahil olmak üzere sosyal sigortaya ilişkin tüm uyuşmazlıkların medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin sayılmasının zorunlu olduğu sonucuna varmıştır<sup>157</sup>. Sağlık sigortasından faydalanma<sup>158</sup>,

<sup>152</sup> **Mole/Harby**, s.11; Cüneyd **Altıparmak**, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının esasları” TBBD, S. 63, Mart-Nisan 2006, s.246.

<sup>153</sup> Fayed/Birleşik Krallık, 21 Eylül 1994.

<sup>154</sup> Sporong-Lönnroth/İsveç, 23 Eylül 1982; Poiss/Avusturya, 23 Nisan 1987; Bodén/İsveç, 27 Ekim 1987; Hakansson-Stuesson/İsveç, 21 Şubat 1990; Mats Jacobsson/İsveç, 28 Temmuz 1990; Ruiz-Mateos/İspanya, 12 Eylül 1993; Oerlamans/Hollanda, 27 Kasım 1991; De Geoffre de la Pradelle/Fransa, 16 Aralık 1992.

<sup>155</sup> **Harris, O’Boyle & Warbrick**, s.214; **Janis/ Kay/ Bradley**, s.432; **Clayton/ Tomlinson**, s.80; **Pettiti/Decaux/Imbert**, s.251-252; **Sudre**, s.208; **Cohen-Jonathan**, Aspects européens, s.77; **van Drooghenbroeck**, s.90.

<sup>156</sup> **Demircioğlu**, s.49.

<sup>157</sup> **Clayton/ Tomlinson**, s.82; **Pettiti/ Decaux/ Imbert**, s.253; **Ovey/ White**, s.147-148; **Sudre**, s.208; **Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet**, s.225-227. Schuler-Zraggen/İsviçre, 24 Haziran 1993, par.46.

<sup>158</sup> Feldbrugge/Hollanda, 29 Mayıs 1986.



sosyal yardım (malullük)<sup>159</sup>, emeklilik<sup>160</sup>, katkı paylarını ödeme yükümlülüğünü yerine getirmeye ilişkin<sup>161</sup> davalar da özel hukuk kapsamında sayılarak 6.maddenin koruması altına alınmıştır. **Zraggen/İsviçre** Kararında<sup>162</sup> şu ifadelere yer verilmiştir: “ ..*hukuktaki gelişmeler... eşit muamele ilkesi uyarınca, madde 6&1'in günümüzde, sosyal yardım dahil olmak üzere sosyal sigorta alanında da uygulanmasını sağlamaktadır*”<sup>163</sup>. Bu, AİHM içtihatlarındaki en dikkate değer gelişmelerden biri olarak kabul edilmektedir<sup>164</sup>.

- d. Ticari veya mesleki faaliyette bulunma hakkına ilişkin uyuşmazlıklar da bireylerin finansal durumlarını ilgilendirdiğinden medeni hak ve yükümlülükler kapsamında sayılmaktadır<sup>165</sup>. Örneğin bir restoranın alkol ruhsatının iptali<sup>166</sup>, sağlık kliniği işletme ruhsatı<sup>167</sup>, özel okul işletme<sup>168</sup>, balık avlanma izni<sup>169</sup> verilmesine ilişkin davalar bunlardan bazılarıdır. Tıp veya hukuk alanında bir mesleği icra hakkı<sup>170</sup> da 6.maddenin uygulandığı bir diğer özel hukuk uyuşmazlığı sayılmaktadır<sup>171</sup>.

Avukatlık mesleğinin icrasının yasaklanmasına<sup>172</sup> veya belli bir süre durdurulmasına<sup>173</sup> ilişkin davalarda başvuranın medeni nitelikli bir hakkı söz konusudur. Bu tür davalarda, mesleğin özellikleri nedeniyle kamusal yönü olduğu bu nedenle icrasının kontrol altında tutulmasına yönelik düzenlemeler yapılması gerektiği kabul edilmekle beraber<sup>174</sup>; AİHM tarafından, medeni niteliğinin ağır bastığı görüşü benimsenmektedir. Bu görüşün gerekçeleri şunlardır: a) Meslek, başka bir kamu merciinin

<sup>159</sup> Salesi/İtalya, 26 Şubat 1993.

<sup>160</sup> Lombardo/ İtalya, 26 Kasım 1992.

<sup>161</sup> Schouten-Meldrum/Hollanda, 9 Aralık 1994.

<sup>162</sup> 24 Haziran 1993, par.46.

<sup>163</sup> **Mole/Harby**, s.13.

<sup>164</sup> **Harris, O'Boyle & Warbrick**, s.217; **De Salvia**, s.248; **Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet**, s.228.

<sup>165</sup> **Harris, O'Boyle & Warbrick**, s.215; **De Salvia**, s.249 vd.; **Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet**, s.220 vd.

<sup>166</sup> Tre Traktörer AB/İsveç Kararı 07 Temmuz 1989.

<sup>167</sup> König/Federal Almanya Cumhuriyeti, 28 Haziran 1978.

<sup>168</sup> Jordebros Vakfı/İsveç, 6 Mart 1987.

<sup>169</sup> Posti ve Rahko/Finlandiya, 24.09.2002; Alatalukilla/Finlandiya, 28.07.05.

<sup>170</sup> König/Federal Almanya Cumhuriyeti, 28 Haziran 1978.

<sup>171</sup> **Mole/Harby**, s.13.

<sup>172</sup> H/Belçika, 30.11.1987.

<sup>173</sup> Le Compté, Van Leuven and De Meyere/Belçika, 23.06.1981.

<sup>174</sup> **Sudre/Marguénaud/Andriantsimbazovina/Gouttenoire/Levinet**, s.221.

müdahalesi olmaksızın yürütülen serbest meslek faaliyetidir; b) bu tür meslekten mene ilişkin davalarda, kişinin çalışma imkânı konu edilmekte ve bu maddi menfaatlerini etkilemektedir; c) mesleğin temelinde müvekkil ile yapılan vekâlet sözleşmesi vardır. Bu gerekçelerle AİHM, söz konusu uyuşmazlıklarda medeni nitelikli bir hakkın olduğu sonucuna varmıştır<sup>175</sup>.

- e. Özel hukuk çerçevesinde cereyan eden tazminat davalarının 6.madde kapsamında olduğundan şüphe yoktur. Buna ilaveten, idari yargılamalar<sup>176</sup> veya ceza yargılamalarından<sup>177</sup> doğan zararlar nedeniyle açılan davalarla, özellikle ceza yargılamasında beraatın ardından hukuka aykırı alıkoyma için tazminat talebinde bulunulan davalar<sup>178</sup>, medeni hak olarak değerlendirilmekte ve 6.maddenin uygulama alanında kabul edilmektedir<sup>179</sup>. Çünkü söz konusu tazminat talepleri de maddi nitelikli bir haktır<sup>180</sup>.
- f. Vergi hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar genel olarak 6.madde kapsamında sayılmamasına rağmen, vergi olarak ödenen paraların geri alınmasına ilişkin davalar ile vergisel uyuşmazlıklardan kaynaklanan tazminat talepleri 6.madde kapsamındadır<sup>181</sup>. Anayasa hukukuna ya da kamu hukukuna ilişkin davaların sonucunda medenî hak ve yükümlülüklerle ilişkin belirleyici bir nitelik bulunuyorsa bunlar da, AİHM tarafından 6.madde kapsamında değerlendirilmektedir<sup>182</sup>.
- g. AİHM, 12 Şubat 2004 tarihli **Perez/Fransa** kararında, suç mağdurlarının ceza yargılamalarına müdahil olarak katıldığı durumlarda 6.maddenin uygulanabilirliğine ilişkin belirsizliği sona erdirmek istemiş; bir suç duyurusunu takiben davaya müdahil olarak katılma taleplerinin 6.madde kapsamına girdiğini belirtmiştir<sup>183</sup>. Özellikle ceza davasının sonucu

<sup>175</sup> **İnceoğlu**, s.27.

<sup>176</sup> Editions Périscope/Fransa, 26 Mart 1992.

<sup>177</sup> Moreira de Azevedo/Portekiz, 23 Ekim 1990.

<sup>178</sup> Georgiadis/Yunanistan, 29 Mayıs 1997.

<sup>179</sup> **Reid**, s.102.

<sup>180</sup> **Harris, O'Boyle & Warbrick**, s.215; **De Salvia**, s.240.

<sup>181</sup> National & Provincial Building Society ve diğerleri/Birleşik Krallık, 23 Ekim 1997; Editions Périscope/Fransa, 26.03.1992.

<sup>182</sup> Ruiz-Mateos/İspanya, 12 Eylül 1993.

<sup>183</sup> **Mole/Harby**, s.14.

tazminat talepleri bakımından etkili olacaksa bu medeni hak olarak değerlendirilmektedir<sup>184</sup>. Maddede ceza yargılamalarına müdahil olarak katılan 3.kişilerin haklarına ilişkin bir düzenleme yoktur. Suçun mağduru olan müdahil, sanık olarak nitelendirilemeyeceğine göre bu kişilerin 6&1'in korumasından faydalanmaları doğru bir çözüm sayılabilir.

- h. Maddi boyutu olup olmaması, bir hak veya yükümlülüğün medeni karakterini belirlemek açısından önemli kriterlerden biri olmakla birlikte tek değildir. Örneğin, Aile hukukuna ilişkin hak ve yükümlülüklerin konu edildiği uyuşmazlıklar çoğu zaman maddi nitelikli değildir. Maddi boyutu olmamakla birlikte medeni haklar arasında sayılan ve 6.maddenin uygulama alanı bulduğu haklardan biri aile hayatına saygı hakkıdır<sup>185</sup>. Neseple ilgili davalar<sup>186</sup>, çocukların koruma altına alınması<sup>187</sup>, anne babanın çocukla görüştürülmesi<sup>188</sup>, evlat edinmek<sup>189</sup>, koruyucu aile<sup>190</sup> taleplerine ilişkin davalar 6.maddenin korumasından faydalanır. Aile hukuku dışında bazı uyuşmazlıklar da medenî haklar kapsamında değerlendirilmektedir. Eğitim ve öğretim görme hakkı<sup>191</sup>, bunlardan biridir.

Medeni yargılama hukuku, yargılama hukukunun diğer kollarına nazaran daha geniştir. İdari yargıya dahil olması gereken bazı ihtilaflar da açık hükümlerle medeni yargı alanına taşınmıştır. Örneğin kamulaştırma işlemlerinde bedel arttırılması davaları bu tür örneklerdendir. Aynı istisnai düzenleme İmar Kanunu (m.17), Sular Kanunu (m.5), Orman Kanunu (m.16), İcra ve İflas Kanunu'nda (m.5) da mevcuttur. HMK'nun 3.maddesi de benzer bir hüküm ihtiva etmekteydi. Bu madde ile ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan tazminat davalarının asliye hukuk mahkemelerinde görülmesi öngörülmüyordu. Ancak uygulamada farklı sıkıntılara yol açabilecek bu kural Anayasa Mahkemesi tarafından isabetli olarak iptal edilmiştir<sup>192</sup>.

<sup>184</sup> Janis/ Kay/ Bradley, s.432.

<sup>185</sup> Harris, O'Boyle & Warbrick, s.217.

<sup>186</sup> Rasmussen/Danimarka, 28 Kasım 1984.

<sup>187</sup> Olsson/İsveç, 24 Mart 1988.

<sup>188</sup> W/Birleşik Krallık, 8 Temmuz 1987.

<sup>189</sup> Keegan/İrlanda, 26 Mayıs 1994.

<sup>190</sup> Eriksson/İsveç, 22 Haziran 1989.

<sup>191</sup> Emine Araç/Türkiye, 23.09.2008 (Üniversite eğitimi); Oršuš ve diğerleri/Hırvatistan, 16.03.2010.

<sup>192</sup> RG. 19.05.2012, S.28297.

Diğer uluslararası metinlerle karşılaştırıldığında, AİHS m.6, adil yargılanma hakkı ile ilgili olarak böylesine sınırlayıcı bir şart içeren tek düzenlemedir<sup>193</sup>. Mahkemenin, medeni hak ve yükümlülükler kavramını yorumlamasındaki esnekliğe rağmen hukukun bazı alanları 6.maddenin uygulama alanına girmemektedir. Örneğin vergi uyuşmazlıkları yıllardır maddenin kapsamı dışında tutulan önemli istisnalardandır<sup>194</sup>. Doktrinde, artık bu konuda farklı bir yaklaşım benimsenmesinin zamanı geldiği önemle belirtilmektedir<sup>195</sup>. Gerçekten, bugünkü uygulamada, medeni karakterli sayılan hak ve yükümlülüklerle, bu karakterde sayılmayan haklar arasında her zaman net ve ikna edici bir ayırım yapılamamaktadır. Örneğin, yabancının sınırdışı edilme kararları, kişilerin ekonomik ve kişisel refahı üzerinde doğrudan etkili olmasına rağmen, bu kararlara ilişkin prosedürler 6.maddenin koruması dışında bırakılmaktadır. AİHM'nin maddi sonuçları olan idari yargılamaları, medeni hak ve yükümlülükler kapsamında sayan yaklaşımı düşünüldüğünde, sınırdışı edilme kararlarının kapsam dışı bırakılması, OVEY/ WHITE, tarafından çelişkili bulunmaktadır ve eleştirilmektedir<sup>196</sup>.

<sup>193</sup> **Kuijer**, s.117.

<sup>194</sup> **Mole/Harby**, s.14; **De Salvia**, s.248. Mahkeme içtihatlarına göre, medenî hak ve yükümlülük kavramına dahil olmayan konulardan tartışmalı olan biri genel vergilendirmeye ilişkin uyuşmazlıklardır. Örneğin, Ferrazzini/İtalya davasında (12 Temmuz 2001), vergi otoritelerinin hukuka aykırı kararlarına karşı vatandaşlarla kamu makamları arasındaki uyuşmazlıklarda 6.maddenin uygulanmayacağına oy çokluğuyla karar verilirken, azınlıkta kalan 6 hâkim, bugünkü içtihatlar karşısında, vergilendirmeye ilişkin konuların medeni hak ve yükümlülük olarak nitelendirilmemesi için ikna edici bir gerekçe olmadığı görüşünü ifade etmişlerdir. Göç ve vatandaşlık konuları da madde kapsamında değerlendirilmemektedir. Örneğin, Maaouia/Fransa kararında (5 Ekim 2000), Büyük Daire sınır dışı etme kararı ile sonuçlanan süreçlerin ne cezai ne de sivil karakterli kabul edilebileceğini belirtmiştir. Sınırdışı etme kararı, ceza yargılaması sonucunda alınan bir mahkumiyet dolayısıyla verilmiş olsa bile sınırdışı etme kararının kendisi cezai nitelikte sayılmamaktadır. Benzer şekilde, Mamatkulov ve Askarov/Türkiye kararında (4 Şubat 2005), cezai suçlamalar sebebiyle bir başka devlete iade prosedürlerinin sivil ya da cezai karakteri olmadığı kanaatine varılmıştır. Medeni hak veya yükümlülük olarak nitelendirilemeyecek diğer konulara örnek olarak, askerlik yükümlüğü (Nicolussi/Avusturya, Baş. No:11734/85, 1987); kamu görevine seçilme hakkı (Habsburg-Lothringen/Avusturya, Baş. No:15344/89, 1989); eğitimin devlet tarafından karşılanması hakkı (Simpson/Birleşik Krallık, Baş. No:14688, 1989); pasaport alma talebinin reddi (Peltonen/Finlandiya, Baş. No:19583/92, 1995) sayılabilir. Tıbbi tedavinin devlet tarafından karşılanması hakkı da 6.madde kapsamında tutulmuştur (L/İsveç, Baş. No:10801/84, 1988). **Mole/Harby**, bu görüşün Schuler-Zraggen/İsviçre kararından sonra yeniden gözden geçirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. s.15. Devletin tedaviyi, özel sigorta şirketleri aracılığıyla sağlamasına ilişkin bu dava 6.maddenin koruması altında sayılmıştı (24 Haziran 1993). Ashingdane/Birleşik Krallık Davasında (28 Mayıs 1985) da sivil hak olarak kabul edilen hak, bir akıl hastasının tedavi amacıyla başka bir hastaneye nakli hakkıydı ve AİHM bu davada 6.maddenin uygulanabileceğini karar vermişti. Doğal afet kurbanlarına tek taraflı bir kararlar Devlet tarafından yardım edilmesi de bir sivil hak olarak değerlendirilmemiştir. Ancak **Mole/Harby**, Burdov/Rusya kararı karşısında bu kararın da yeniden gözden geçirilmesi fikrindedir. Bkz. s.16. Son olarak, patent mülkiyeti konusundaki anlaşmazlıklar (British American Tobacco/Hollanda, Baş. No:19589/92, 20 Kasım 1995) medenî hak ve yükümlülükler arasında değerlendirilmesine rağmen patent başvurularına ilişkin uyuşmazlıklar 6.maddenin koruması dışında tutulmaktadır (X/Avusturya, Baş. No:7830/77, 1978).

<sup>195</sup> **Kuijer**, s.125.

<sup>196</sup> **Ovey/White**, s.148-149.

KUIJER'in önerisi, bu belirsizliğe son verilebilmesi için, uyuşmazlığın bir tarafında özel hukuk kişilerinin yer aldığı tüm davaları 6.maddenin korumasından yararlandırmaktır. Böyle bir çözüm hukuksal kesinliğe ve öngörülebilirliğe de katkı sağlayacaktır<sup>197</sup>. Kanaatimizce, AİHS m.6'nin açıkça, *medeni haklar* ifadesini kullanması karşısında, Mahkemenin tutumunu bu derece değiştirmesi zordur. Ancak yine de 6. maddenin uygulama alanının mümkün olduğu kadar esnek bir yorumla, daha büyük bir alana yayılması gerektiği görüşüne katılmamak elde değildir. Bununla birlikte, bugün için 6.maddenin korumasından yararlanamayan uyuşmazlıklar açısından ümit edilen, bu yargılamalarda da 6.maddenin rehber tutulmasıdır<sup>198</sup>.

### **B. Medeni Hak ve Yükümlülüğün İç Hukukta Tanınması Şartı**

AİHM, 6.maddenin uygulanması için, İlk olarak iç hukukta, medeni hak ve yükümlülük kavramı kapsamında yorumlanabilecek bir hakkın tanınmış olması gerektiğinin de altını çizmektedir. Bir hakkın medeni niteliğinin belirlenmesindeki yöntemin aksine, hakkın varlığı konusunda sadece iç hukuk referans alınmaktadır<sup>199</sup>. İç hukukta hak olarak tanınmayan, bir başka deyişle milli merciler önünde hak sıfatıyla ileri sürülüp makul zeminde savunulamayan bir iddia 6.madde kapsamında sayılmamaktadır. İlgili hakkın en azından iç hukukta tartışılabilir bir temeli olmalıdır<sup>200</sup>. Yoksa milli mahkemeler önünde dava açması ve kazanması gerekmez, hakkın iç hukukta savunulabilir olması yeterlidir.

Örneğin, **Powell ve Rayner/Birleşik Krallık** kararına<sup>201</sup> konu olayda, başvuranların evleri havaalanına çok yakındır ve başvurular uçakların yarattığı gürültü kirliliği sebebiyle yerel mahkemelere başvuramamaktan şikayetçi olmuşlardır. İngiliz hukukunda uçuşların belirli şartlar altında (yerden yükseklik, vs.) kurallara uygun olarak yapılması halinde herhangi bir sorumluluk rejimi düzenlenmemektedir. Bu nedenle AİHM başvuranların iç hukuk çerçevesinde uçak

<sup>197</sup> **Kuijer**, s.125; **Ovey/White**, s.150.

<sup>198</sup> **Matscher**, s.21.

<sup>199</sup> **Janis/Kay/Bradley**, s.428-429.

<sup>200</sup> **Reid**, s.98,107; **Harris, O'Boyle & Warbrick**, s.223; **Janis/Kay/Bradley**, s.429; **İnceoğlu**, s.63; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.274; **Gölcüklü**, Doğru yargılama, s.11; **Erdoğan**, s.46; **Pettiti/Decaux/Imbert**, s.250; **Leach**, s.266; **Ovey/White**, s.144-145; **van Drooghenbroeck**, s.88.

<sup>201</sup> 21.02.1990, par.36.

gürültüsüne ilişkin maddi bir hak iddia edemeyeceği sonucuna vararak 6.maddenin uygulanamayacağını belirtmiştir.

**Frydlender/ Fransa Kararında**<sup>202</sup> Mahkeme, 6. maddenin 1. paragrafının medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklarda uygulanabilmesi için, öncelikle iç hukukta tanınmış ve talep edilebilir bir hak üzerinde uyuşmazlık bulunması şartını aradığını ifade etmiştir. Gerçek ve ciddi niteliğe sahip olması gereken bu uyuşmazlık, hakkın özüne ilişkin olabileceği gibi, o hakkın diğer görünümüne veya uygulanış şekillerine ilişkin de olabilir. Öte yandan yargılamanın sonucu, söz konusu problemi doğrudan belirleyici, tanımlayıcı nitelikte olmalıdır.

**Roche/Birleşik Krallık Davasında**<sup>203</sup>, Büyük Daire sekize karşı dokuz oyla, yerel mahkemenin iç hukukta dava konusu hakkın tanınmadığını tespit ettiği durumlarda, uyuşmazlık Sözleşme kapsamında bir medeni hak olarak sınıflandırılabilir dahi olsa 6.maddenin uygulanmayacağını kararlaştırmıştır<sup>204</sup>. Bu görüş, uyuşmazlık konusu iddianın dava konusu yapılamayacağına ilişkin yerel mahkeme kararlarına ilişkin şikâyetlerde 6.maddeyi devre dışı bırakmakta; devletin Sözleşme kapsamındaki hakkı ihlal edilenlerin bu mağduriyetlerini giderici bir yol benimsememesi AİHM tarafından, 13.maddenin (etkili başvuru hakkı) ihlali olarak değerlendirilmektedir. Çünkü bu tip durumlarda, kamu makamlarının ihlale sebep olan eylem veya ihmallerinden sorumlu tutulabilmeleri ve ihlal sebebiyle uğranılan zararın tazmin edilebilmesi için başvurulara bir yol sunulmalıdır<sup>205</sup>.

Yukarıda belirtilen kararlar, dava sebebinin iç hukukta düzenlenmiş olması gerektiğini göstermektedir. Bu yaklaşım doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir. Birinci çelişki, “medeni hak ve yükümlülük” kavramının iç hukuklardan bağımsız olarak yorumlanırken bir yandan iç hukukta kabul edilmiş bir medeni hak arayışına girilmesidir. Zira bu arayış, medeni hak kavramının özerk yorumunu ortadan kaldırmakta, hakkın olup olmadığını iç hukuka bağımlı hale getirmektedir<sup>206</sup>.

<sup>202</sup> Baş. No: 30979/96, T:27 Haziran 2000, par.27.

<sup>203</sup> 19 Ekim 2005.

<sup>204</sup> Öte yandan iç hukukta tanınan bir hakkın aynı zamanda Sözleşme tarafından da tanınıyor olması zorunlu değildir. **İnceoğlu**, s.63.

<sup>205</sup> Z ve diğerleri/Birleşik Krallık, 10 Mayıs 2001; T.P ve K.M/Birleşik Krallık, 10 Mayıs 2001.

<sup>206</sup> **İnceoğlu**, s.69.

Eleştiri konusu yapılabilecek ikinci husus ise, böyle bir bakış açısının ileride üzerinde durulacak mahkemeye erişim hakkını ortadan kaldırma tehlikesidir. AİHM bir yandan adil yargılanma hakkının koruma alanını, mahkemeye erişim gibi yeni kavramlarla genişletmeye çalışırken diğer yandan 6.maddenin uygulanması için iç hukukta tanınma şartı getirerek kendi kendisiyle çelişmektedir. Çünkü Devletler, dava sebebini iç hukukta ilgili hakkı düzenlemeyerek 6.maddenin uygulama alanı dışında bırakabilirler ve böyle bir uygulama mahkemeye erişim hakkını fazlasıyla sınırlamaktadır<sup>207</sup>.

### C. Medeni Hak ve Yükümlülüğe İlişkin Uyuşmazlığın “Karara Bağlanma” Süreçleri

AİHS'nin 6.maddesi, medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili *uyuşmazlıklar* hakkında *karar verecek olan* bir mahkemeden söz etmektedir. Bu sebeple, hakkın medeni niteliği ve iç hukukta tanınıyor oluşundan başka 6.maddenin uygulanabilmesi için iki koşulun daha bir araya gelmesi gerekmektedir. İç hukukta iki özel kişi veya birey ile devlet arasında, sonucu medeni hak ve yükümlülükler açısından bağlayıcı olacak bir uyuşmazlık söz konusu olmalıdır. Mahkeme, Sözleşmenin ruhuna uygun olarak, uyuşmazlık kavramının çok teknik anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Kavramın biçimsel anlamından ziyade özü dikkate alınmalı ve iddia yeterli sayılmalıdır<sup>208</sup>.

Uyuşmazlık kavramının dar bir yoruma tabi olmaması ve iddianın yeterli sayılması, çekişmesiz yargı işlerini adil yargılanma hakkı kapsamına almak için ayrıca önem taşımaktadır. Aksi halde, ihtilaf yokluğu kıstasına göre çekişmesiz yargı alanına giren işler, 6.maddenin koruma alanının dışında kalacaktır. Örneğin, evlilik birliğinin temelden sarsılması başlıklı, MK m.166/3'de düzenlenen anlaşmalı boşanma talebinin bir çekişmesiz yargı işi olduğu kabul edilmektedir<sup>209</sup>. Bu

<sup>207</sup> İnceoğlu, s.69

<sup>208</sup> Harris, O'Boyle & Warbrick, s.225; Pettiti/Decaux/Imbert, s.249; Clayton/ Tomlinson, s.77; Ovey/White, s.150; İnceoğlu, s.71; Gözübüyük/Gölcüklü, s.274; Gölcüklü, Doğru yargılama, s.12; Erdoğan, s.48; De Salvia, s.239; Sudre/Marguénaud/Andriantsimbazovina/Gouttenoire/Levinet, s.219. Benthem/Hollanda, 23.10.1985; Logan/Birleşik Krallık, 01.01.1996; Van Marle ve diğerleri/Hollanda, 26.06.1986.

<sup>209</sup> Ali Cem Budak, “Prof. Dr. Baki Kuru'nun ‘Nizasız Kaza’ İsimli Eserinden Beri Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Başlıca Değişiklikler” 75.Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı,

çekişmesiz yargı işinin karara bağlanması sırasında adil yargılama güvencelerinden biri ihlal edilirse, ihlalin ileri sürülebileceğinden şüphe etmemek gerekir<sup>210</sup>.

Öte yandan, adil yargılanma hakkının unsurlarından olan alenî yargılanma hakkının çekişmesiz yargıda daha sınırlı bir uygulama alanı olduğunu belirtmek gerekir<sup>211</sup>. Bunun sebebi çekişmesiz yargıda duruşma yapma zorunluluğunun olmamasıdır<sup>212</sup>. Çekişmesiz yargı işlerinde niteliğine uygun düştüğü ölçüde basit yargılama usulü uygulanır (HMK m.385/f.1). Basit yargılama usulünün uygulandığı dava ve işlerde, mahkeme, mümkün olan hâllerde tarafları duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden karar verir (HMK m.320/f.1). Bu hallerde, bir duruşma yapılmadığından aleniyet ilkesi de uygulama alanı bulmaz.

Çekişmesiz yargıda duruşma yapılan hallerde ise, aleniyet ilkesinin geçerli olacağından şüphe etmemek gerekir<sup>213</sup>. Zira, HMK m.28’de duruşmaların alenî yapılacağı açıkça belirtilmiştir. Çekişmesiz yargı işlerinin alenî olmayacağına dair ayrı bir düzenleme olmadığından Anayasa’daki ve HMK’ndaki genel kuralın çekişmesiz yargı işlerinin duruşmalı yapıldığı haller bakımından da geçerli olduğunu kabul etmek gerekir.

AİHS’nin 6.maddesi anlamında var olan uyumsuzluk, medeni hak ve yükümlülük hakkında sonuç doğuracak şekilde karara bağlanmalıdır<sup>214</sup>. Bu iki şekilde olabilmektedir. Yürütülen usul sonucunda medeni hak ve yükümlülük doğrudan karara bağlanabileceği gibi, dolaylı olarak bu sonuç da doğabilir. İlkinde, yargılamanın esas amacı zaten medeni hak ve yükümlülüğü karara bağlamaktır. Örneğin özel hukuk kişileri arasında haksız fiil sebebiyle açılacak davada 6.madde uygulanacaktır. Fakat yürütülen usulün amacı doğrudan medeni hak ve yükümlülüğü karara bağlamak olmamakla birlikte vardığı sonuç söz konusu hak veya yükümlülüğü karara bağlıyor olabilir. Eğer bu durumda medeni hak ve yükümlülük üzerinde doğrudan kesin sonuç doğurucu bir karar veriliyor ise bu karara ilişkin

---

Ankara 2004 (Nizasız kaza), s.282; Mükerrerem Onur **Başar**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Makul Sürede Yargılanma Hakkı, İstanbul 2011, s.29.

<sup>210</sup> **Başar**, aynı örneğine çekişmesiz yargı işinin makul sürede karara bağlanamaması açısından bakarak aynı sonuca ulaşmıştır. s.29.

<sup>211</sup> Baki **Kuru**, Nizasız Kaza, Ankara 1961, s.164.

<sup>212</sup> **Kuru**, Nizasız Kaza, s.163; Hakan **Pekcanitez**, “Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi” Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı, TBB Yayını, Ankara 1999, s.645 (Aleniyet- Armağan).

<sup>213</sup> **Kuru**, Nizasız Kaza, s.164; **Pekcanitez**, Aleniyet- Armağan, s.645; **Kurt Konca**, s.213.

<sup>214</sup> **Leach**, s.269; **De Salvia**, s.239.



usuller de 6.maddenin uygulama alanı içindedir. Mahkeme davanın amacından çok sonucunun ne tür bir etki yarattığı üzerinde durmaktadır. Önemli olan prosedür sonucunun medeni hak ve yükümlülük üzerinde doğrudan belirleyici (*directly decisive*) olmasıdır; zayıf bir bağlantı veya uzak bir etki yeterli değildir<sup>215</sup>.

### 1. Uyuşmazlığın Yargı Organları Tarafından Karara Bağlanması

Adil yargılanma hakkı, yargılamanın tüm aşamalarında gözetilmeli ve uygulanmalıdır. Her şeyden önce, uyuşmazlığın esastan karara bağlanacağı ilk derece mahkemesi yargılamayı 6.maddenin gereklerine uygun şekilde yapmalıdır. Adil yargılanma hakkı güvencelerine asıl yargılama yapan mahkeme gibi, kendisinden hukuki yardım (istinabe) talep edilen mahkemece de uyulması gerekir<sup>216</sup>. Hem yargılama giderlerinin azalması hem de yargılama süresinin kısılması için Kanun'da öngörülen durumlarda istinabe müessesesinden yararlanılabilecektir (HMK m.172, 197, 236, 259, 289, 354). Bu hallerde, istinabe edilen mahkeme de istinabe edildiği konuda, koşullar elverdiği ölçüde adil yargılanma hakkına uygun davranmalıdır.

AİHM bir yargılamanın adil olup olmadığını araştırırken yargılamayı *bir bütün olarak* kabul eder ve eğer kanun yolu aşamasında alt derece mahkemesinin hataları düzeltilmişse adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği kanaatine varır<sup>217</sup>. Kanun yolları aşamasında adil yargılanma hakkının gözetilmesinin önemi buradadır. Gerek Bölge adliye mahkemeleri gerekse Yargıtay alt derece mahkemesindeki yargılamada adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğini araştırırken bir yandan da kendi önündeki incelemeyi bu hak ile sağlanan güvencelere uygun şekilde tamamlamalıdır.

AİHS m.6, kişilere kanun yoluna başvuru hakkını garanti etmemektedir. Buna rağmen devletler iç hukuklarında kanun yoluna başvuru hakkı tanımışsa, bu aşamalardaki yargılama ve incelemeler de 6.maddede bulunan garantilerin kapsamındadır<sup>218</sup>. Ancak bu aşamada garantilerin nasıl uygulanacağı bu tür

<sup>215</sup> Clayton/ Tomlinson, s.75; İnceoğlu, s.74-75; Harris, O'Boyle & Warbrick, s.226; Ringeisen/Avusturya; Le Compte, van Leuven ve De Meyere/Belçika.

<sup>216</sup> Erdoğan, s.171.

<sup>217</sup> Mole/Harby, s.6.

<sup>218</sup> Delcourt/Belçika, 17 Ocak 1970 par.25. Mole/Harby, s.9; Reid, s.126; Harris, O'Boyle & Warbrick, s.298; Matscher, s.19; Gözübüyük/Gölcüklü, s.268; Tezcan/ Erdem/ Sancakdar, s.225; Erdoğan, s.38; Pettiti/Decaux/Imbert, s.262; De Salvia, s.216 vd.; Guinchard/ Chainais/

yargılamaların niteliklerine göre düzenlenmelidir. AİHM, milli hukukun düzenlediği sırayla yürütülen yargılama aşamalarını bir bütün olarak ele almakta; ayrıca temyiz merciinin görev ve yetkilerini, ilgili tarafların menfaatlerinin ne kadar temsil edildiği ve korunduğunu araştırmaktadır<sup>219</sup>. Bu nedenle maddede temyiz hakkına ilişkin bir belirleme yapılmamıştır.

Anayasa Mahkemesi önündeki yargılama süreçleri, eğer dava sonucu bir medeni hak ve yükümlülük konusunda doğrudan belirleyici özellik taşıyorsa, 6.maddenin uygulama alanına girecektir<sup>220</sup>. Örneğin, **Bucholz/Almanya** kararında, işçi olan başvuran ve işveren arasındaki uyuşmazlık Federal İş Mahkemesinde sonuçlandıktan sonra, başvuran Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi önündeki sürecin başvuran ile işveren arasındaki uyuşmazlık üzerinde doğrudan belirleyici olmadığını dikkate alan AİHM, bu başvuruda 6.maddenin uygulanamayacağı sonucuna ulaşmıştır<sup>221</sup>. Öte yandan **Ruiz-Mateos/İspanya** kararında, Anayasa Mahkemesindeki süreç, uyuşmazlık üzerinde doğrudan belirleyici görülmüştür. Çünkü kamulaştırmaya ilişkin yasa hükmünün iptali, başvuranların taleplerini yerel mahkemeler önünde savunmalarına izin verecektir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi önündeki yargılamada 6.maddedeki güvenceler geçerli olmalıdır. Anılan kararlar doğrultusunda, medeni hak ve yükümlülükler konusunda doğrudan belirleyici özellik taşıyan bireysel başvuru incelemelerinin<sup>222</sup> de 6. maddenin koruma alanı kapsamında olduğu sonucuna varılabilir.

---

**Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.683.

<sup>219</sup> Monnell ve Morris/Birleşik Krallık, 2 Mart 1987, par.57.

<sup>220</sup> **Harris, O'Boyle & Warbrick**, s.228; **Janis/Kay/Bradley**, s.431; **Kuijer**, s.139; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.269; **Tezcan/ Erdem/ Sancakdar**, s.227. **Gölcüklü**, Doğru yargılama, s.6. Constance **Grewe**, "Droit européen et droit constitutionnel: l'articulation malaisée entre le procès équitable et la justice constitutionnelle", Le droit social- Le droit comparé, Études dédiées à la mémoire de Pierre Ortscheidt, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003, s.151; **Cohen-Jonathan**, Aspects européens, s.77; **Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet**, s.245 vd. Krcmar/Çek Cumhuriyeti, 3 Mart 2000, par.36; Ruiz-Mateos/İspanya, 12 Eylül 1993; Sussman/Almanya; Gorraiz Lizarraga/İspanya; Voggenreiter/Almanya.

<sup>221</sup> Ayrıca bkz. Bakaric/Croatia, 13.09.2001.

<sup>222</sup> Anayasa m.148'in birinci fıkrasına, 5982 Sayılı Kanun'un 18.maddesi ile, "ve bireysel başvuruları karara bağlar" cümlesi eklenmiş ve böylelikle bireysel başvuru kurumu Türk hukukuna girmiştir. Yine aynı Kanun ile 148.maddeye 3.fıkra olarak eklenen düzenlemeye göre, Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilecektir.

Anayasa şikâyetinin çıkış noktası esas olarak, temel hak ve özgürlükleri subjektif koruma eğilimidir (Korkut **Kanadoğlu**, "Anayasa Şikâyeti", Bireysel Başvuru "Anayasa Şikâyeti", HUKAB Sempozyum Serisi 1, Ankara 2011, s.107-108). Kanaatimizce, 23 Eylül tarihinden itibaren yapılacak

6.madde kapsamındaki garantiler sadece mahkemedeki yargılama sürecine uygulanmaz; bu süreçten önce ve sonraki aşamalara da uygulanır<sup>223</sup>. Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8.maddesinde garanti altına alınan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına ilişkin davalarda, AİHM 6.maddenin, sürecin idari aşamalarında da uygulanacağını kararlaştırmıştır<sup>224</sup>.

Hükmün icrası aşaması da 6.maddenin uygulama alanına girmektedir. AİHM, **Hornsby/Yunanistan** davasında<sup>225</sup>, eğer Sözleşmeye taraf devletin yasal sistemi, nihai ve bağlayıcı bir kararın taraflardan biri aleyhine icra edilmeden kalmasına müsaade ediyorsa, 6.madde kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının hayali olmaktan öteye geçemeyeceğini ifade etmiştir<sup>226</sup>. Bu görüş daha sonra, **Burdov/Rusya** kararı<sup>227</sup> ile teyit edilmiştir. Radyoaktif emisyonla maruz kalan başvurana bir miktar tazminat ödenmesini öngören mahkeme hükmünün icra edilmemesine ilişkin söz konusu şikayette, AİHM, devletin yaşadığı finansal zorlukların bir yargı kararının gereğinin yerine getirilmemesini mazur göstermeyeceğini vurgulamıştır. Devlet aleyhine açılmış yargılamalar sonucunda verilen hükümler başka bir işleme gerek kalmadan otomatik gerçekleştirilmelidir.

---

bireysel başvuruların büyük çoğunluğu adil yargılanma hakkına ve bu hakkın unsurlarına ilişkin olacaktır. Adil yargılanma hakkının unsurlarına aykırı bir usul izlenerek verilmiş olan kararlar kanun yollarından geçerek kesinleşmiş ve ihlal kanun yolu aşamasında da giderilememiş olabilir. Ya da karar, kanun yoluna başvuru mümkün olmadığından kesinleşmiş olabilir. Örneğin, yerel mahkeme aşamasında hukuki dinlenilme hakkı ihlal edilmiş olmakla birlikte, lehine hüküm verilmiş olan kimse, karşı taraf temyiz yoluna başvurmadığı için kendisi de hukuki yararı olmadığından temyiz yoluna başvuramıyorsa, ihlalin kanun yolu aşamasında giderilmesi mümkün olmayacaktır. Bu halde şartları oluşmadığından olağanüstü kanun yoluna da başvurulamamışsa ihlalin giderilmesi için Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılacaktır. Bu sebeple, bireysel başvuru yolu adil yargılanma hakkının Ülkemizde her birey için gerçekleşmesi amacıyla hizmet edecek niteliktedir.

Bu genel amacın yanına, Türkiye açısından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılacak başvurular için bir süzgeç görevi görme düşüncesi eklenmiştir. Bireysel başvuru yolu, bir yandan bireylerin adil yargılanma ve diğer insan haklarının korunmasını sağlayacak diğer yandan devleti ihlal kararlarından ve dolayısıyla tazminat ödemekten bir ölçüde kurtaracaktır. Bu görüşümüzü haklı çıkaracak bir örnek olarak, **Ali Kemal Uğur ve Diğerleri/Türkiye davası** gösterilebilir. Başvuruya konu olan dava, 1950'li yıllarda açılmış ve fakat 2000'li yıllara gelindiğinde hala bir hüküm elde edilememiştir. Bunun üzerine AİHM'ne başvurulduğunda Hükümet, yargılamanın halen devam etmekte olması nedeniyle, başvuruların henüz iç hukuk yollarının tüketilmesi gereğine uymadıkları ve dolayısıyla şikâyetin zamanından önce yapılmış olduğu savunmasında bulunmuştur. Mahkeme, öncelikle davanın 1950'lerden beri devam etmekte olduğuna dikkat çekmiş ve başvuruların şikâyetinin kabul edilmezlik unsuru taşımadığına karar verirken, Türk hukuk sisteminde, yargılamanın hızlandırılmasını ya da bu tür gecikmeler karşılığında tazminat elde edilmesini sağlayan etkili bir iç hukuk yolu olmadığı tespitinde bulunmuştur (Baş. No:8782/02, T: 3 Mart 2009).

<sup>223</sup> **Mole/Harby**, s.8; **Clayton/ Tomlinson**, s.76.

<sup>224</sup> Johansen/Norveç, 27 Temmuz 1996.

<sup>225</sup> 19 Mart 1997, par.40.

<sup>226</sup> **Mole/Harby**, s.9; **De Salvia**, s.219.

<sup>227</sup> 7 Mayıs 2002, par.35.

Özel hukuk uyuşmazlıklarında, davayı kazanan tarafın hükmün icrası için daha ileri adımlar atması 6.maddeye aykırılık teşkil etmez; ancak devlet hükmün icrası hususundaki sorumluluğu devam eder<sup>228</sup>.

Avrupa Adalet Divanı önündeki yargılamaların adil olup olmadığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bakımından inceleme konusu yapılabilir mi? Bu soru, 13 Ocak 2005 tarihli **Emesa Sugar NV/Hollanda** kararıyla gündeme gelmiş, ancak dava başka gerekçelerle kabul edilemez bulunduğu için cevapsız kalmıştır<sup>229</sup>. Bununla birlikte, Adalet Divanı topluluk hukukuna ilişkin davalarda 6.maddenin uygulanabilir olduğunu görüşünü benimsemektedir<sup>230</sup>. Ya da AİHM'nin kendisi, bu değerlendirmelere konu olabilir mi? Mahkemedeki yargılamalar, 6.madde gereklerine uygun mudur? Bu soru, özellikle başvuruların karara bağlanmasındaki uzun süreçlere dikkat çekilerek, doktrinde makul sürede yargılanma hakkı bakımından gündeme getirilmektedir<sup>231</sup>. Ancak tabiki yalnızca teorik bir tartışmadan ibarettir.

Tahkim yargısı bakımından adil yargılanma güvencelerinin geçerli olup olmadığı sorusuna zorunlu tahkim ve iradi tahkim bakımından ayırım yaparak cevap vermek gerekir<sup>232</sup>. Zorunlu tahkim süreçleri 6.madde kapsamında değerlendirilmekte ve tahkim usulünün adil yargılanma hakkı güvencelerine uygun olması gerektiği belirtilmektedir. Örneğin, limited şirket hisselerini satın alma hakkına ilişkin bir davada Komisyon, a)tahkime sunulacak uyuşmazlık konusunun yasa tarafından belirlendiğini; b)tahkim usulüne ilişkin kurallar hakkında tarafların hemen hemen hiç etkisi olmadığını; c)uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmediğini; d) taraflara devlet yargısı ile tahkim yargısı arasında bir seçim hakkı tanınmayarak zorunlu olarak tahkime yönlendirildiklerini belirlemiştir. Bu tespitler ışığında, başvuruların mahkemeye başvuru hakkı olmadığından ve davanın hakem kuruluna götürülmesi zorunlu olduğundan 6&1 maddedeki güvencelere hakem kurulu tarafından saygı gösterilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmış ve

<sup>228</sup> Glaser/Birleşik Krallık, 19 Eylül 2000; Immobiliare Saffi/İtalya, 28 Temmuz 1999.

<sup>229</sup> **Mole/Harby**, s.9.

<sup>230</sup> Orkem v. Commission (Case 374/87) 1989 ECR 3283, and Limburgse Vinyl Maatschappij NV v. Commission (Joined Cases T-305/94-T-335/94) 1999 ECR II-931, and Baustahlgewebe v. Commission (Case C-185/95) 1998 ECR I-8417.

<sup>231</sup> **Kuijer**, s.151.

<sup>232</sup> **Kuijer**, s.140; **Başar**, s. 10.

AİHM'nin adil yargılanma hakkı güvencelerinin tahkim usulünde sağlanıp sağlanmadığının inceleme yetkisi olduğu ifade edilmiştir<sup>233</sup>.

Öte yandan iradi tahkimde adil yargılanma hakkı doğrudan uygulama alanı bulmamaktadır. Taraflar, uyuşmazlığın tahkim marifetiyle çözümlenmesi konusunda anlaşmakla adeta 6.maddenin uygulanmasından feragat etmiş olmaktadır<sup>234</sup>. Ancak tahkim hükmünün denetimi ve icrası aşamasında Sözleşmenin 6.maddesi dikkate alınacaktır<sup>235</sup>. Tahkim yargılaması sırasında taraflara eşit davranılmaması veya onlara savunma hakkı tanınmamasının sonuçları çok ağır olduğundan kararın tanınmaması ve tenfizinin engellenmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>236</sup>. Ayrıca bu güvenceleri ihlal ederek verilen hakem kararı iptal edilebilecektir<sup>237</sup>. Sözleşme organlarının içtihatlarında da yabancı tahkim hükmünün tenfizi aşamasında tahkim yargılamasının adil yargılanma hakkının gerekleri ile uyumlu olmasının arandığı görülmektedir<sup>238</sup>. Bu anlamda, adil yargılanma hakkının iradi tahkimde dolaylı olarak uygulama alanı bulduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin tarafı olmayan devlet mahkemelerindeki yargılamalar, 6.maddenin uygulama alanı kapsamında mıdır? Hemen ifade etmek gerekir ki, taraf olmayan devlet mahkemelerindeki yargılama hakkındaki ihlal iddiaları AİHM önünde şikayet konusu yapılamaz. Sözleşme yalnızca taraf devletleri bağlamaktadır ve 6.madde yalnızca taraf devletlerin yargılama sistemleri bakımından uygulanır. Ancak bazı hallerde, taraf olmayan devlet mahkemelerindeki yargılamalar da 6.madde gerekleri bakımından denetlebilmektedir. Birinci ihtimal, Sözleşmeye taraf olmayan bir devletin yargı organları tarafından verilmiş bir hükmün, Sözleşmeye taraf devletlerden birinde tanınması veya tenfizinin söz konusu olmasıdır. Bu halde, yabancı mahkeme kararının 6.madde gereklerine uygun ve adil bir yargılama sonucu verildiğinin doğrulanması gerekmektedir<sup>239</sup>. Böylelikle, sözleşmeye taraf olmayan devlet mahkemesindeki yargılama 6.maddenin uygulama alanına dolaylı olarak dahil olmaktadır. Ancak bu etkinin yalnızca yabancı mahkeme

<sup>233</sup> **İnceoğlu**, s.78. Bramelid ve Malström/İsveç, T:12.10.1982, Baş. No:8588/79 8589.

<sup>234</sup> Nordström Janson ve Nordström Lehtinen/Hollanda; Deewer/Belçika, 27.02.1980.

<sup>235</sup> **Başar**, 11-12.

<sup>236</sup> Nevhis **Deren- Yıldırım**, Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, İstanbul, Alkım 2004, s.90; **Başar**, 12.

<sup>237</sup> **Deren- Yıldırım**, Tahkim, s.90; **Başar**, 12.

<sup>238</sup> Jakob Boss Söhne/Almanya, T:02.12.1991, Baş. No:18479/91.

<sup>239</sup> **Harris, O'Boyle & Warbrick**, s.203; **Leach**, s.263; **Kuijjer**, s.146.

kararlarına icra kabiliyeti tanınması ya da tanınmaması ile sınırlı olduğunu belirtmek gerekir.

**Pellegrini/İtalya** davası yukarıdaki ihtimal için örnek gösterilebilir<sup>240</sup>. Bu davaya konu olayda Bayan Pellegrini, eşiyle iç hukukta geçerli olan dini törenle evlenmiştir. Bir süre sonra bu evliliği bitirmek için İtalyan mahkemesine başvurmuş ve talebinin kabulüyle birlikte mahkeme ayrıca kendisine aylık bakım nafakası ödenmesine hükmetmiştir. Bu arada Bayan Pellegrini'nin eşi, dini mahkemeye başvurarak, aralarındaki yakın akrabalık ilişkisini gerekçe göstermiş ve evliliğin iptalini talep etmiştir. Çünkü evliliğin iptaliyle birlikte eşine nafaka ödemek zorunda kalmayacaktır. Kadının ilk derece mahkemesinde açtığı dava sonuçlanmadan, dini mahkeme evliliğin iptaline karar vermiş ve koca hükmün tanınması için İtalyan mahkemesine başvurmuştur. Floransa mahkemesinin tanıma kararı üzerine, kadın, dini mahkemede yargılamada savunma haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle karara itiraz etmişse de başarılı olamamıştır. Nihayetinde, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'ne başvurduğunda, Mahkeme sözleşmecî Devletin sorumlu olduğuna hükmetmiştir. Buradaki sorun, Sözleşmeye taraf olmayan devlet mahkemesindeki yargılamanın 6.maddenin şartlarını taşımaması değil, tanıma talebi üzerine İtalyan mahkemesinin, dini mahkemede yargılamada 6.maddedeki garantilerin sağlanıp sağlanmadığının araştırılmamasıdır. İşte bu noktada, Sözleşmeye taraf olmayan devlet mahkemesindeki yargılama dolaylı bir denetime tabi olmaktadır.

AİHM ayrıca Devletin 6.madde ile ilgili sorumluluğunun, bireylerin bir başka devlette yargılanması için iade ya da sınır dışı edildiği durumlarda da geçerli olabileceği görüşündedir. Özellikle, bu mahkemede adil yargılanma hakkının temel unsurlarının eksikliği olası görülüyorsa iade ya da sınır dışı etme işleminde bu husus göz önünde bulundurulmalıdır<sup>241</sup>. Bu da, Sözleşmeye taraf olmayan devlet mahkemelerindeki yargılamanın 6.madde açısından inceleme konusu olduğu ikinci ihtimaldir ki esas olarak ceza davaları bakımından gündeme gelebilir.

Alternatif uyuşmazlık çözümlerinde adil yargılanma hakkı uygulama alanı bulamaz. Zira ortada bir yargılama yoktur. Örneğin arabuluculuk faaliyeti bir

<sup>240</sup> Pellegrini/İtalya, 20 Temmuz 2001.

<sup>241</sup> Soering/Birleşik Krallık, 7 Temmuz 1989; Mamatkulov ve Askarov/Türkiye, 4 Şubat 2005.

yargılama olmadığından, işin doğası gereği bu ilkeye ihtiyaç yoktur. Ancak yine de adil yargılanma hakkının bazı unsurları arabuluculuk faaliyetinde de aranmaktadır. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) 9.maddesinin ilk fıkrasında, arabulucunun görevini özenle, tarafsız bir biçimde yerine getirmekle yükümlü olduğu ifade edilmiştir.

## 2. Uyuşmazlığın İdare Tarafından Karara Bağlanması

AİHM, idari kurullardaki karar alma süreçlerini 6.madde kapsamında medeni hak ve yükümlülükle ilgili uyuşmazlığı karara bağlayan organ olarak görebilmektedir. Bazı hukuk sistemlerinde, bireylerin hak ve yükümlülüklerini karara bağlayan idari kurullara rastlanabilmektedir. Bunlar, 6.madde anlamında mahkeme olmamakla beraber bazı koşullarda 6.maddenin uygulama alanı içinde sayılmaktadır<sup>242</sup>.

İdari kurullarca karara bağlanan uyuşmazlığın taraflarının adil yargılanma hakkından faydalanabilmesinin garanti altına alınabilmesi amacıyla AİHM, taraf Devletlere iki seçenek sunmaktadır. Birinci ihtimal olarak, idari kararı veren kurulun kararına karşı yargı yolu kapalı ise, kararı veren idari kurulun kendisinin 6.maddedeki adil yargılanma güvencelerini yerine getiren bir kurum olması gerekmektedir. İkinci ihtimal ise, idari kurul kararına karşı bireylere adil yargılanma hakkı güvencelerini yerine getiren olağan mahkemelere başvurma hakkı tanınmasıdır. İkinci seçenekteki sistemin benimsendiği hallerde, artık idari kurul önündeki sürecin 6.madde gereklerine uygun olup olmadığı değerlendirme konusu yapılmaz. Zira bu güvenceler hak sahiplerine idari kurul kararına karşı yerel mahkemelere başvurduklarında tanınacaktır. Önemle belirtmek gerekir ki, bu ihtimalde idari karara karşı açılan davanın görüldüğü mahkeme, hem maddi hem hukuki açıdan denetim yapabilmeli, tam bir istinaf mahkemesi yetkisi ile donatılmış olmalıdır<sup>243</sup>.

<sup>242</sup> **Sudre**, s.208 vd.

<sup>243</sup> **Harris, O'Boyle & Warbrick**, s.228; **Clayton/ Tomlinson**, s.76,95; **İnceoğlu**, s.79; **Kuijer**, s.134; **De Salvia**, s.218; **Sudre**, s.213 vd.

Örneğin, **Albert ve Le Compte/ Belçika** kararı<sup>244</sup>, hekim olan başvuranlar hakkında yapılan disiplin soruşturmasına ilişkindir. İç hukukta, disiplin kurulunca verilen karara karşı yine bir idari kurul olan itiraz kuruluna başvurulabilmekte; itiraz kurulunca verilen karar aleyhine ise Yargıtay'a başvuru hakkı tanınmaktadır. AİHM bu olayda, itiraz kurulu önündeki yargılamayı esas yargılama olarak kabul etmiş ve bu aşamada adil yargılanma hakkı güvencelerinin sağlanmadığına dikkat çekmiştir. Yargıtay ise, sadece hukukilik denetimi yapıp esasa girmediği için, itiraz kurulu önündeki yargılama sırasında alenilik gibi 6.maddeye aykırılıklar giderilememiştir<sup>245</sup>. Somut davada, idari kararı veren kurulun kendisi 6. maddedeki güvenceleri yerine getirmediği gibi, daha sonra bu kurulun kararının uyuşmazlığı tüm yönleriyle incelemeye yetkili bir mahkeme önünde, 6.madde ihlallerinin telafi edilmesi de mümkün olmamıştır.

Disiplin süreçlerini, 6.maddenin koruma alanına dahil eden bu karar, Fransız idare mahkemeleri tarafından uzun süre göz ardı edilmiştir. Fransız Danıştay'ı, konu ile ilgili muhafazakâr yaklaşımını karardan uzun bir süre sonra dahi devam ettirmiştir. Nihayet konu, yürütmenin bir hamlesiyle çözümlenmiş, 5 Şubat 1993 tarihli bir kararname ile disiplin süreçlerinde aleniyet ilkesi benimsenmiştir<sup>246</sup>.

**Zumbotel/Avusturya** kararında<sup>247</sup> ise, başvuranın arazisinin yol yapımı için kamulaştırılmasına ilişkin idari karara karşı idare mahkemesinde dava açma hakkı 6.maddeye uygun bulunmuştur çünkü, idare mahkemesi daha önce başvuran tarafından yetkili idari mercie sunulan iddiaların esası hakkında karar vermeye yetkilidir. AİHM'ne göre burada mahkemeye erişim açısından bir sıkıntı yoktur. "İleri sürülen şikâyetlerin niteliği ve idari merci tarafından yerindelik temelinde alınan kararlara uygun olma zorunluluğu açısından bakıldığında, idare mahkemesinin denetimi 6&1 gereklerini yerine getirmektedir"<sup>248</sup>. Dolayısıyla burada idari kurulun yapısının 6.madde gereklerine uygun olmaması bir sorun teşkil etmez çünkü sürecin tamamına bakıldığında adil yargılanma hakkının koşulları gerçekleşmiştir.

<sup>244</sup> T.10.02.1983.

<sup>245</sup> Par.36; Aynı yönde bkz. W/Birleşik Krallık

<sup>246</sup> **Sudre/Marguénau/Andriantsimbazovina/Gouttenoire/Levinet**, s.223-224.

<sup>247</sup> T.21.09.1993.

<sup>248</sup> Par.32.



Sözleşmenin 6.maddesi ile amaçlanan, idari kurul kararına karşı başvuru mahkemenin, yerindelik meselesi hakkında idari mercilerin kanaatlerinin yerine geçecek şekilde bir yargı yetkisine sahip olması değil, başvuru tarafından ileri sürülen iddiaların esas hakkında inceleme yapılabilmesidir. Bu kararlar AİHM, idari merci tarafından bir yerindelik değerlendirmesi yapılarak alınan kararlar açısından iç hukukta daha sınırlı bir denetim yapılmasını 6.madde gereklerine uygun bulduğunu açıklamıştır<sup>249</sup>.

### III. ADİL YARGILANMA HAKKININ AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARI İLE GENİŞLETİLEN SINIRLARI

Adil yargılanma hakkının unsurları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında açıkça düzenlenmiştir. Maddeye göre, herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve aleni olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.

Madde metninde adil yargılanma hakkı kavramının tanımına özellikle yer verilmemiştir. Aslında Sözleşmeyi hazırlayanlar, gerçek bir koruma sağlayabilmek adına hak ve özgürlükleri olanak ölçüsünde somutlaştırmak fikriyle hareket etmişlerse de, çalışmanın ileri safhalarında bunun ne kadar güç olduğunu fark etmişlerdir. Hüküm içerikleri somutlaştıkça Avrupa Konseyi üyesi Devletler arasında görüş ayrılıkları belirmeye başlamış, bunun üzerine Sözleşmenin doğumunu tehlikeye atmamak için soyut kavramlar kullanılması yolu tercih edilmiştir. Böylelikle bu kavramların içi, yaşanan dönemin gereksinimlerine uygun olarak doldurulacak, Sözleşme ile kurulacak denetim organlarınca yorumlanacaktır. Bu

<sup>249</sup> Harris, O'Boyle & Warbrick, s.230; İnceoğlu, s.82.

düşünce tarzı, Mahkeme içtihatlarında karşımıza çıkacak olan “otonom (özerk) kavramlar” doktrininin hareket noktası olmuştur<sup>250</sup>.

Bu nedenle Sözleşmede adil yargılanma hakkının ayrıntılı bir tanımına yer verilmemiş yalnızca adil yargılanma hakkının unsurları belirtilmiştir. Amaç, adil yargılanma hakkının sağlanması bakımından asgari ortak şartları belirlemektir. Bu bakımdan madde metni yalnızca bir iskelet görevi görmektedir<sup>251</sup>. Maddenin uygulanmasına ilişkin prensipler Sözleşme organları (Komisyon ve Mahkeme) tarafından belirlenmektedir<sup>252</sup>. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olan devletlerin yargılama usullerindeki farklılıklar hakkın sağlanması bakımından bir engel teşkil etmemektedir. Taraf devletlerden beklenen adil yargılanma hakkının gerçekleşmesi için gereken asgari tedbirleri almaları, iç hukukta Sözleşme organları tarafından belirlenen prensiplere uygun bir alt yapı hazırlamalarıdır.

6.maddenin birinci paragrafında açıkça sayılan güvenceler, kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanmaktır. Bu özelliklere sahip mahkeme önünde yapılan yargılamanın makul süre içinde bitirilmesi ikinci güvencedir. Bir diğer unsur, yargılamanın aleni yapılması ve hükmün açık oturumda verilmesidir. Duruşmaların aleni olması kuralı, yine maddede ifade edilen bazı istisnai hallerde sınırlandırılabilir. Maddede belirtilen son unsur ise, davanın adil yani hakkaniyete uygun şekilde görülmesidir ki bu ilke hem hukuki dinlenilme hakkını, hem çelişmeli yargılama ilkesini hem de silahların eşitliği ilkesini bünyesinde barındırmaktadır.

AİHS m.6&1’de açıkça ifade edilen bu güvencelere kısa bir bakış atılmasının sebebi, adil yargılanma hakkının madde kapsamındaki unsurlarını genel olarak tanıtmaktır. Aşağıdaki bölümlerde her bir garanti daha detaya inilerek incelenecektir. 6.madde, yargılama sürecine ilişkin birçok güvenceyi bünyesinde barındırmaktadır. Bu temel unsurların bazıları, bir üst paragrafta sayıldığı gibi (bağımsız, tarafsız ve kanuni mahkeme tarafından, aleni olarak, makul sürede hakkaniyete uygun yargılanma hakkı) madde metninden açıkça anlaşılmaktadır. Bazıları ise, AİHM tarafından içtihat yoluyla 6.madde kapsamına dahil edilmiştir. Bu güne kadar

---

<sup>250</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.138.

<sup>251</sup> Mole/Harby, s.6.

<sup>252</sup> Pettiti/ Decaux/ Imbert, s.241.

Sözleşme organları tarafından atılan en anlamlı ve yaratıcı adım olarak kabul edilen<sup>253</sup> bu haklar, aşağıda incelenecek olan “mahkemeye erişim hakkı” ve “hükümün icrası hakkı”dır. 6.madde, ilk evvela, fevkalade önemli bir prensip<sup>254</sup> olan mahkemeye erişim hakkını garanti altına alır.

### A. MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKI

AİHS m.6’da unsurları düzenlenen adil yargılanma hakkının kapsamı da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihatları ile sürekli genişletilmektedir. AİHM, Sözleşme ile tanınan güvencelere biçim vermek amacı ve gerekliliği karşısında, bir ölçüde hukuk yaratan bir yapıya sahip olmuştur. Nitekim AİHM kararlarında, adil yargılanma hakkının hukukun ve AİHS’nin en temel kurallarından biri olduğu vurgulanarak, bu maddenin dar yorumunun kuralın kapsam ve amacına uygun düşmeyeceği belirtilmektedir<sup>255</sup>. “Sözleşme anlamında demokratik bir toplumda, adaletin adil idaresi hakkı, o denli önemli bir yere sahiptir ki, madde 6 (1) in kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanması, bu hükmün amaç ve hedefine uygun düşmez.”<sup>256</sup> Gerçekten, Sözleşme’nin 1950 tarihli olduğu göz önüne alındığında, günümüz koşulları çerçevesinde yeniden amaca uygun olarak yorumlanması, adil yargılanma hakkının korunması açısından gereklidir<sup>257</sup>.

Sözleşme metninde yer almamakla beraber bugün tartışmasız olarak adil yargılanma hakkının unsuru sayılan güvenceler, “mahkemeye erişim hakkı” ve “hükümün icrası hakkı”dır. Bu haklarla birlikte, AİHM’nin adil bir yargılamanın gerçekleşmesi için üç aşamaya hassasiyetle yaklaştığı söylenebilir: 1. Mahkemeye erişim hakkı ve bu hakkın haksız bir takım engellerle ortadan kaldırılmaması, 2. Görevli mahkemedeki yargılamanın kalitesi (ki bu unsur Sözleşmede açıkça belirtilen güvencelerle korunmaktadır), 3.Hükümün icrası. Yargılama sürecinde rol alanlar ve özellikle hâkimler bakımından, adil yargılanma hakkının AİHM tarafından genişletilen sınırlarına uygun şekilde hareket edilmesi son derece önemlidir<sup>258</sup>.

<sup>253</sup> Harris, O’Boyle & Warbrick, s.235; Reid, s.106; İnceoğlu, s.106.

<sup>254</sup> Matscher, s.11.

<sup>255</sup> Bkz. AİHM 26.04.1979 tarihli Sunday Times Kararı, série A, n°30, §55; AİHM 23.10.1985 tarihli Benthem Kararı, série A, n°11 §25.

<sup>256</sup> Delcourt/Belçika Karar, 17 Ocak 1970, par.25.

<sup>257</sup> Yılmaz, Şerh, s.290.

<sup>258</sup> Mole/Harby, s.38-39; Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel, s.471.

Türk hukukunda, mahkemeye erişim hakkını da içine alacak daha geniş bir kavram kullanılmaktadır: adalet erişim<sup>259</sup>. Sosyal devletin bir gereği olan “adalet erişim” genel olarak, hak arayan kişilerin hukuk sisteminin resmi kurumlarına ulaşabilmelerini ifade etmek için kullanılır. Adalet erişim hakkı ile gerçekleştirilmek istenen öncelikli amaç, kişilerin mahkemeye veya genel olarak uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmasını önleyen engellerin kaldırılması iken; ikincil amaç, bir uyuşmazlığın tarafları tatmin eder şekilde çözülmesi şeklinde tanımlanabilir<sup>260</sup>.

Biz bu çalışmada, mahkemeye erişim hakkı kavramını kullanmayı tercih ediyoruz. Çünkü, mahkemeye erişim hakkı ifadesinin, kavramın İngilizce (*the right of acces to court*) ve Fransızca (*droit d'accès à un tribunal*) karşılıklarıyla daha uyumlu olduğu kanaatindeyiz. Ayrıca bu çalışmada, genel olarak tüm resmî kurumlara değil; özel olarak yargı yetkisini kullanan mahkemelere erişim hakkı ve bu hakkın nasıl etkili şekilde kullanılabilceği incelenmektedir. Bu nedenle mahkemeye erişim hakkı kavramının kullanımı daha doğru olacaktır.

## 1. Genel Olarak Mahkemeye Erişim Hakkı Kavramı

AİHM'nin, Sözleşmede tanınan güvenceleri, geleceğe açık, değişen koşullar ışığında açıklanabilecek ve geliştirilebilecek formüllerle yorumlaması yönündeki eğiliminden yukarıda bahsetmiştik. Bu görüşü benimseyen AİHM, İçtihat yoluyla yeni bir hak yaratmış ve “mahkemeye erişim hakkı” olarak isimlendirebileceğimiz bu hakkı Sözleşmenin 6&1 maddesi kapsamına dahil etmiştir. AİHS'nin 6.maddesinde, mahkemeye erişim hakkına ilişkin açık bir teminat bulunmama ile beraber, AİHM bu hükmün, herkesin medenî hak ve yükümlülüklerine ilişkin tüm iddialarını mahkeme önüne getirme hakkını güvence altına aldığını kabul etmektedir. AİHM gibi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Organları da, 8.maddede açıkça yer almasa da mahkemeye erişim hakkını, adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak kabul etmektedirler<sup>261</sup>. Zira bir davanın hakkaniyete uygun bir biçimde mahkeme

<sup>259</sup> Mustafa **Özbek**, “Sosyal Devletin Gereği: Adalet Erişim”, MİHDER, S.4, 2006/2, s.907 vd.; Mustafa S. **Özbek**, Hukuk Yargılama Usulünde Gider Avansı, Ankara 2013, s.30 (Gider avansı).

<sup>260</sup> **Özbek**, s.912.

<sup>261</sup> Buna ilişkin bkz. örneğin, *Affaire Consuelo ve diğerleri/ Arjantin, Mendoza/ Uruguay, Garay Hermosilla/ Şili, Doswald-Beck/ Kolb*, s.118.

tarafından görülebilmesi için ilk olarak kişinin iddialarını mahkemeye taşıyabilme imkânına sahip olması gerekir<sup>262</sup>.

Mahkemeye erişim hakkı, haklarını mahkeme önünde ileri sürerek hukuki korunma talebinde bulunmak isteyen her kişinin, aşılması güç bir engelle karşılaşmaksızın bu olanaktan yararlanabilmesi anlamına gelir<sup>263</sup>. Kişinin, gerçek kişi veya tüzel kişi olması mahkemeye erişim hakkı bakımından fark yaratmayacağı gibi, vatandaş ya da yabancı olması da bu hakkını kullanabilmesi için önemli değildir<sup>264</sup>. Hak ihlallerine karşı, hukuki yollara ve mahkemeye başvuru hakkının sağlanması, etkin hukuki koruma ilkesinin de başlangıç noktalarından biridir<sup>265</sup>. Devletin, hak arama özgürlüğünü garanti altına alması, bireylerin mahkemeye erişimi için ihtiyaç duyabilecekleri araçları sağlaması gerekir<sup>266</sup>.

Mahkemeye erişim hakkının ilk görünümü dava açma hakkıdır<sup>267</sup>. İhkak-ı hak yani kendiliğinden hak alma yasağının ve Hukuk Devleti ilkesinin bir sonucu olarak, fertlerin Devlete karşı hakkının korunmasını isteme hakları bulunmaktadır. Devlet kendisine yöneltilen bu talebi yerine getirmekten ve hakkın dağıtımından kaçınamaz. Devletin hak dağıtma ve hak dağıtımına ilişkin kuralları düzenleme görevini üzerine alması sebebiyle, hakkı ihlal edilenler veya ihlal edilmesi ihtimali bulunanlar, kanunların çizdiği sınırlar ve verdiği yetkiler çerçevesinde, bu konuda yetkili kılınan kişi ya da mercilerden yardım talep etme hakkına sahiptirler<sup>268</sup>.

<sup>262</sup> Mole/Harby, s.39; İnceoğlu, s.106; Gözübüyük/Gölcüklü, s.277; Türmen, s.41; Gölcüklü, Doğru yargılama, s.15; Leach, s.270; Kuijer, s.156; De Salvia, s.206; Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet, s.276; Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel, s.485.

<sup>263</sup> Ali Cem Budak, Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2000 (Üçüncü kişiler), s.6.

<sup>264</sup> Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel, s.475.

<sup>265</sup> Akkan, s.37.

<sup>266</sup> Freixes, s.58.

<sup>267</sup> "Anayasa'nın 36. maddesinde; "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz", denilmektedir. Maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisini oluşturmaktadır. Gerçekten, karşılaştığı bir suçlamaya karşı kişinin, kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. **Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması, adil bir yargılamanın ön koşulunu oluşturur**". AMK, 28.3.2002, E.2001/5, K.2002/42 (RG, 05.09.2002, S.24867).

<sup>268</sup> Yılmaz, Şerh, s.291; Karşlı, s.49.

AİHS'nin 6.maddesindeki, “*her şahıs... bir mahkeme tarafından davasının... dinlenmesini istemek hakkına sahiptir*” ifadesinden yola çıkan AİHM, mahkemeye başvuru hakkının maddede zımnen yer aldığını belirtmektedir. İlk kez **Golder/Birleşik Krallık Kararında**<sup>269</sup>, söz konusu fıkranın yalnızca önceden açılıp görülmekte olan davaları mı kapsadığı; yoksa, aynı zamanda hak aramak için mahkemeye gidebilme hakkını da tanıyıp tanımadığı tartışılmıştır. 6.maddenin bir yandan görülmekte olan bir davada taraflara tanınan adil yargılanma hakkı güvencelerini ayrıntılarıyla belirtmesi; fakat öte yandan da bu güvencelerden gerçekten yararlanmayı mümkün kılacak şeyi, yani mahkeme önüne gidebilmeyi koruma altına almıyor olması kabul edilebilir görülmemiştir<sup>270</sup>. Mahkemeye (AİHM) göre, madde 6&1 uyarınca devam etmekte olan bir yargılamada taraflara tanınan yargılama teminatları ayrıntılarıyla belirlenirken, öncelikle bu haklardan yararlanılmasına imkân tanıyan mahkemeye erişim hakkının koruma altına alınmamış olması düşünülemez. Zira ortada bir yargılama olmadıkça, yargılamanın adil, açık ve süratli olması bir anlam ifade etmez<sup>271</sup>.

Kaldı ki, 6.madde sadece mahkemede açılmış bulunan bir davanın yürütülüşüyle ilgili olarak anlaşılıysaydı, taraf devletlerden biri, Sözleşme metnine aykırılık teşkil etmeden mahkemelerini ortadan kaldırabilir ya da bazı hukuk davalarında mahkemelerin yargı yetkisini ellerinden alarak bu yetkiyi hükümete bağlı organlara devredebilirdi. Mahkemeye erişim hakkının varlığı, bireyleri bu açıdan da Devlete karşı korumaktadır.

6.maddenin 1.fıkrasında zımnen öngörüldüğü kabul edilen mahkemeye erişim hakkının, 13.maddedeki “etkili başvuru hakkı” ile çakıştığı düşünülebilir. 13.madde hükmüne göre, *Sözleşme 'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından*

<sup>269</sup> T: 21.2.1975, Seri A, No:18. Mahkemeye erişim hakkı, ceza hukuku bakımından, ilk kez Deweer kararına (27 Şubat 1980) konu olmuş, bu kararda Golder kararındaki prensip ceza yargılamaları bakımından tekrar edilmiştir. **Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.487.

<sup>270</sup> **Clayton/ Tomlinson**, s.89; **Demircioğlu**, s.106-107; **Gölcüklü/Gözübüyük** s.249; **Gölcüklü**, Doğru yargılama, s.15-16; **Ovey/White**, s.151; **Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet**, s.276; **Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.487.

<sup>271</sup> Par.35. Anayasa Mahkemesi de bir kararında, AİHM'nin söz konusu içtihadına atıf yaparak, dava yoksa adil bir yargılamadan söz edilemeyeceğini belirtmiştir. AYM 28.03.2002, 2001/5, 2002/42 ([www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr), 09.05.13).

*gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir.* Madde 6&1'deki mahkemeye başvuru hakkı ile 13'deki etkili başvuru hakkı arasındaki birinci fark, koruma alanına ilişkindir. Mahkemeye erişim hakkı, medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklara uygulanırken, 13.madde hükmü Sözleşmedeki tüm hak ve özgürlükleri koruma altına almaktadır. Böylelikle Sözleşmede yer almayan bir medeni hak için 13.maddedeki mekanizma işletilemezken aynı hak, 6.maddenin korumasından yararlanabilmektedir. Çünkü medeni hak tanımı Sözleşme ile sınırlı değildir. Ya da tersine, kamu hukuku karakterli bir hak 6.maddenin koruma alanı dışında kalmakla birlikte 13.madde uygulamasından faydalanabilmektedir<sup>272</sup>.

İki madde düzenlemesi arasındaki ikinci ve daha önemli fark ise, 6.maddenin yargısal bir makama başvurma hakkını güvence altına almasıdır. 13.madde “ulusal bir merci”den söz etmektedir. AİHM içtihatlarında da, bu makamın yargısal bir makam olma zorunluluğu olmadığı belirtilmiştir<sup>273</sup>. Bu nedenle, 6.maddenin birinci fıkrasında öngörülen mahkemeye başvuru hakkı, 13.maddeye göre daha güvenceli sayılmakta, 6.maddeye aykırılık saptanması halinde 13.madde açısından inceleme yapmaya gerek görülmemektedir<sup>274</sup>.

Öte yandan, makul sürede yargılanma hakkı bakımından, Mahkemenin bu yöndeki içtihadını **Kudla/Polonya** kararı ile değiştirdiği görülmektedir. Karara göre, başvuru alanının herhangi bir davada makul sürede karar verilmesinin sağlayıp sağlayamayacağı ile bu konuda iç hukukta şikâyetçi olabileceği etkin bir yol olup olmadığı birbirinden farklı sorunlardır. 13. maddenin gereklerine uygun olarak iç hukuklarda yargılamanın makul süre içinde tamamlanmadığından yakınmaya imkân verecek etkin başvuru yolu tanıyacak gerekli düzenlemeler yapılmalıdır. Yargılamanın aşırı yavaşlığı hususunda iç hukukta başvurulacak bir yol olmaması hukuk devleti için tehlike arz etmektedir<sup>275</sup>. Mahkeme bu karar ile Sözleşmeciler devletlere iç hukukta, yargılamanın yavaşlığı sebebiyle 6.maddedeki hakkı ihlal

<sup>272</sup> **Kuijer**, s.110,113; **İnceoğlu**, s.108; **Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.478-479.

<sup>273</sup> **Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s. 478. Örnek bir karar için bkz. *Klass/Almanya*, 06.09.1978; *Golder/Birleşik Krallık*, 21.2.1975.

<sup>274</sup> **Harris, O'Boyle & Warbrick**, s.245-246; **Kuijer**, s.110-111; **İnceoğlu**, s.109; **Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.481.

<sup>275</sup> AİHM 26.10.2000 tarihli *Kudla/Polonya* Kararı, par.148-157.

edilen vatandaşların başvurabileceği mekanizmalar oluşturma görevi yüklemektedir<sup>276</sup>.

Kudla/Polonya kararından sonra AİHM aynı yönde kararlar vermeye devam etmiştir<sup>277</sup>. Makul sürenin aşıldığı her durumda 6/1 madde ile birlikte 13.maddenin de ihlal edildiği belirtilmiştir. Yargılamanın uzunluğuna itiraz etmek için Cumhuriyet Savcılığına veya Adalet Bakanlığına hitaben dilekçe yazılması; Hâkime karşı sorumluluk davası açılması; görevi ihmal sebebiyle ilgili kurumlar aleyhine dava açılması gibi hukuki yollar, Sözleşmenin 13.maddesindeki etkin başvuru yolunu karşılamamaktadır. AİHM'ne göre bir başvuru yolunun etkin olarak nitelendirilebilmesi için, ya ileri sürülen ihlalin meydana gelmesini veya devam etmesini önleyebilecek ya da ilgili kişiye tespit edilen ihlaller için bir tazmin imkânı sağlayacak nitelikte olmalıdır<sup>278</sup>.

Öte yandan AİHM, bu yaklaşımını yalnızca makul sürede yargılanma hakkına ilişkin şikâyetlerle sınırlı tutmuş, adil yargılanma hakkının diğer unsurları için 13.maddeyi uygulama dışında tutmaya devam etmiştir. Makul süreye ilişkin iddialar dışındaki diğer ihlal iddialarında 6.madde ile 13.maddenin birlikte uygulanması konusunda gösterilen tereddüt doktrinde KUIJER tarafından *mantıksız ve gereksiz* bulunmaktadır<sup>279</sup>. Kanaatimizce yazar bu görüşünde haklıdır. Adil yargılanma hakkının her unsuruna ilişkin olarak iç hukuklarda etkili yollara başvurulabilmelidir. Hukukumuzda yeni giren, bireysel başvuru ya da anayasa şikâyeti, kamu gücü tarafından temel hak ve özgürlükleri ihlal edilen kişilerin, diğer hak arama yollarını tüketmelerinin ardından iç hukukta başvurabilecekleri ikincil ve istisnai nitelikte bir yol<sup>280</sup>olarak, 13.maddenin de gereklerini karşılamaktadır.

<sup>276</sup> Jacques **van Compernelle**, “Délai raisonnable et recours effectif”, Liber Amicorum Henri- D. Bosly, Loyauté, justice et vérité, la charte 2009, s.399; **Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.481.

<sup>277</sup> Lutz/Fransa, 26 Mart 2002; Emin Şirin/Türkiye, Baş. No: 40750/04, T:25 Kasım 2008; Yıldız ve Diğerleri/Türkiye Baş. No:6749/03, T:24 Temmuz 2007; Tamar/Türkiye Kararı, Baş. No:15614/02, T:18 Temmuz 2006.

<sup>278</sup> Hartman/Çek Cumhuriyeti Kararı, Baş. No:53341/99, T; Mifsud/Fransa, Baş. No:57220/00; Ebru ve tayfun Engin Çolak/Türkiye, Baş. No:60176/00, T:30 Mayıs 2006; Başaran/Türkiye, Baş. No:19878/03, T:22 Temmuz2008. Vuran Kaya/Türkiye Kararı, Baş. No:9613/03, T:10 Mayıs 2007; Ulusal makama başvuru hakkı yalnız teoride değil uygulamada da etkili olmalıdır. Başvuran Devletin fiilleri tarafından gereksiz bir şekilde engellenmemelidir.

<sup>279</sup> **Kuijer**, s.113.

<sup>280</sup> Musa **Sağlam**, Bireysel Başvuru “Anayasa Şikâyeti”, Ankara 2011, s.1-2.



Mahkemeye erişim hakkı, Türk mevzuatında açıkça bu isimle yer almamakla birlikte hakkın özünü karşılamak bakımından hak arama özgürlüğü ile yakından ilgili olduğu söylenebilir. Zira burada asıl olan, hukuki korunma talebinde bulunanın hak arama özgürlüğünün gereği gibi sağlanmasıdır. Mahkemeye erişim hakkı Fransız Anayasası'nda da açıkça yer almamakla birlikte, hakkın varlığı iç hukukta aynı gerekçeyle kabul görmektedir. Ayrıca medeni yargılamalar bakımından, NCPC m.30'daki hukuki dinlenilme hakkının zımni olarak mahkemeye erişim hakkını da kapsadığı varsayılmaktadır<sup>281</sup>.

Hak arama özgürlüğü Anayasa m.36'da adil yargılanma hakkı ve hukuki dinlenilme hakkı ile birlikte düzenlenmiştir. Bu da, AİHM içtihatlarında benimsenen gerekçelerden başka, mahkemeye erişim ile adil yargılanma hakkı arasındaki irtibatı gösteren diğer bir husustur. Anayasa'nın 36.maddesinde, "Hak Arama Hürriyeti" başlığı altında, *herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma yapabilme hakkı olduğu* belirtilmiştir. Hak arama hürriyeti, 1924 tarihli Anayasa'nın 59.maddesinde, "*Herkes, mahkeme huzurunda hukukunu müdafaa için lüzum gördüğü meşru vesaiti istimalde serbesttir*" ifadesiyle yer alıyordu. 1961 Anayasa'sının 31.maddesi ise yürürlükteki düzenlemeye paralel şekilde ve fakat adil yargılanma hakkına yer vermeden kaleme alınmıştı. Bu düzenleme ile hak arama özgürlüğü, anayasal çerçeve ile güvence altına alınırken bir yandan da meşru vasıtalarla hak arayanların yararlanmalarına imkân verecek mekanizmayı oluşturma görevi Devlete yüklenmiştir<sup>282</sup>. Devlet, yargılama hukuku güvencelerini içeren etkin bir yargı sistemi kurmak ve işletmek yükümlülüğü altındadır<sup>283</sup>.

Mahkemeye erişim hakkı, ilk derece mahkemesi gibi, kanun yollarına başvuru hakkını da kapsamakta mıdır? Ceza davaları için, 7.Protokol'ün 2.maddesi bir üst mahkemeye başvurma hakkını düzenlemektedir. Madde hükmüne göre, bir mahkeme tarafından bir suçtan hüküm giyen herkesin hakkındaki hükmün daha yüksek bir mahkeme tarafından yeniden gözden geçirilmesini isteme hakkı vardır. Türkiye

<sup>281</sup> Xuming **Chen**, L'article 6&1 De La Convention Europeenne Des Droits De L'Homme Et La Procedure Civile Française, Thèse pour le Doctorat en Droit, Université De Droit, D'economie Et Des Sciences D'Aix- Marseille, 2002, s.9; **Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.504.

<sup>282</sup> **Demircioğlu**, s.106.

<sup>283</sup> **Freixes**, s.58; **Budak**, Üçüncü kişiler, s.5.

henüz 7.Protokol'ü onaylamamıştır. Medeni yargılamalar bakımından ise, Sözleşmenin 6&1 maddesi, ilk derece mahkemesi kararına karşı istinaf ya da temyiz gibi üst mahkemeye başvuru hakkını ayrıca güvence altına almamaktadır. Fakat iç hukukun temyiz hakkı tanıdığı durumlarda temyiz incelemesi de yargılama sürecinin devamı olarak kabul edilmekte ve dolayısıyla 6.maddeye tabi olmaktadır<sup>284</sup>. Bu nedenle iç hukukta temyiz veya istinaf gibi bir kanun yolu genel olarak tanınmış fakat bazı dava türleri için bu yol kapatılmış ise, mahkemeye erişim hakkının ihlali söz konusu olabilmektedir<sup>285</sup>.

Örneğin, **Sommerfeld/Almanya** davasında<sup>286</sup>, Alman hukukunda genel olarak tanınmış olan kanun yolu hakkı, evlilik dışı doğan çocuğunu görmek için dava açan babaya tanınmamıştır. AİHM'ne göre, 6.maddenin 1.paragrafı devletlere üst derece mahkemesi kurma yükümlülüğü getirmemektedir. Bununla beraber, iç hukukta bu tür mahkemeler kurulmuş ise, 6.maddedeki güvencelere uygun olmak zorundadır. Bu güvenceler arasında mahkemeye erişim hakkı da yer almaktadır. Dolayısıyla somut olayda başvuranın mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmiştir. Karardan anlaşıldığı gibi, eğer iç hukuk sisteminde üst derece mahkemeleri var ise, mahkemeye erişim hakkı kanun yoluna başvuru hakkını da kapsamaktadır.

Tarafların, aralarındaki uyuşmazlığı çözmek için mahkeme yerine bir sözleşme şartı gereği tahkim usulünü kabul etmeleri halinde, uyuşmazlıkları yargı dışı çözümü mahkemeleri aşırı yükten kurtarmak amacına hizmet ettiği için m.6&1 ile uyumlu görülmektedir. Tahkim usulü gönüllü olarak taraflarca kabul edilmiş ve uyuşmazlık konusu kamu düzenine ilişkin bir konu değilse ayrıca tahkim usulüne karşı iç hukukta bazı denetim imkânları açık tutulmuşsa, tahkim usulünün benimsenmesi nedeniyle mahkemelerin davayı reddetmesi mahkemeye erişim hakkı açısından sorun yaratmamaktadır<sup>287</sup>.

<sup>284</sup> Delcourt/Belçika Kararı, T:17 Ocak 1970. **Mole/Harby**, s.9; **Reid**, s.126; **Harris, O'Boyle & Warbrick**, s.298; **Matcsher**, s.19; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.268; **Tezcan/ Erdem/ Sancakdar**, s.225; **Erdoğan**, s.38; **Pettiti/Decaux/Imbert**, s.262; **De Salvia**, s.216 vd.; **Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.683.

<sup>285</sup> **İnceoğlu**, s.117.

<sup>286</sup> T: 08.07.2003.

<sup>287</sup> **Reid**, s. 112-113; **İnceoğlu**, s.156. Bkz. Axelsson ve diğerleri/İsveç, 13.07.1990; Nordström-Janzon ve Nordström-Lehtinen/Hollanda, 27.11.1996.

AİHM, mahkemeye erişim hakkını adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak tanıdıktan sonra bu hakkın etkin bir şekilde sağlanması gereği üzerinde durmuş; bu hakkın etkin kullanımının hak arayanlar için vazgeçilmez olduğunun altını çizmeye devam etmiştir. Şimdi mahkemeye erişim hakkının etkin kullanımı için gerekli tedbirlerin neler olabileceğine göz atalım.

## 2. Mahkemeye Erişim Hakkının Etkin Kullanımı

Günümüzde, devletlerin hukuki korunma talep edenlere şeklen bu hakkı sağlaması yeterli görülmemekte; “etkili hukuki koruma”nın gerekliliği üzerinde durulmaktadır<sup>288</sup>. Bu görüşe paralel olarak, 19’uncu yüzyıl mahkemeye yalnızca şekli bir erişimi yeterli sayıyorken 20’inci yüzyıl, devletlere, mahkemeye fiilen erişimi sağlama ödevini yüklemiştir. Gerçek bir hukuki koruma için devletin pozitif düzenlemeler yaparak mahkemeye erişim hakkını tanıması gerekli<sup>289</sup> ama yeterli değildir. Fertlerin haklarını koruyabilmek için talepte bulunma hakkı, hukuki olarak kabul görmeli ve aynı zamanda fiili olarak da gerçekleştirilmelidir<sup>290</sup>.

Devlet, hakkın gerçekleşebilmesi için gerekli koşulları oluşturmalı ve aynı zamanda bireylerin önlerindeki ekonomik ya da fiili engelleri kaldırmalıdır<sup>291</sup>. Kişilerin hak aramasını zorlaştıran her türlü engelin kaldırılması, gerçek ve etkili hukuki korunmanın gereğidir. İşte **Golder/Birleşik Krallık** davasında<sup>292</sup>, bu gerekçelerle başvuranın mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği kanaatine varılmıştır. Somut olayda, bir cezaevi yetkilisine karşı, tazminat davası açmak isteyen bir mahkûmun, avukatı ile görüşmesine izin verilmemiştir. AİHM bu nedenle verdiği ihlal kararında, mahkemeye erişim hakkının bulunmasının yeterli olmadığını; aynı zamanda etkin olması gerektiğini vurgulamıştır. Somut olayda Devlet, mahkemeye erişim hakkı önüne çıkarılan fiili engel sebebiyle sorumlu tutulmuştur.

<sup>288</sup> **Clayton/ Tomlinson**, s.90; **Chen**, s.9; **Leach**, s.271; **Cohen-Jonathan**, Aspects européens, s.79; **Özkes**, Hukuki dinlenilme, s.53.

<sup>289</sup> **Pettiti/ Decaux/ Imbert**, s.245; **Özbek**, Gider avansı, s.38-39.

<sup>290</sup> **Harris, O’Boyle & Warbrick**, s.236; **Gölcüklü**, Doğru yargılama, s.16; **Karşlı**, s.49; **Kuijer**, s.161; **Ovey/White**, s.152; **De Salvia**, s.207; **Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet**, s.278 vd.; **Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.619-620; **Özbek**, Gider avansı, s.39.

<sup>291</sup> **Chen**, s.11; **Pettiti/Decaux/Imbert**, s.258; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.279; **Gölcüklü**, Adil yargılanma, s.208; **Erdoğan**, s.61; **van Drooghenbroeck**, s.103; **Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet**, s.278 vd.; **Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.619.

<sup>292</sup> 21 Şubat 1975.

Hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olarak, devlet hakkın düzenlenmesi için aktif rol oynarken, hakkın kullanımının garanti altına alınabilmesi için pasif rol oynayacak; bireylerin mahkemeye ulaşımı ve muhakemeye etki edebilmesini engelleyecek düzenlemelerden kaçınacaktır. AİHM’ne göre adil yargılanma hakkının sadece yasal mevzuatta tanınmış olması yargılamanın adil olduğu anlamına gelmez. AİHS’nin amacı, teorik ve hayali hakları değil, uygulanabilir ve etkili hakları güvence altına almaktır<sup>293</sup>. AİHM Başkanı Luzius WILDHABER’in 2005 yargı yılı açılış konuşmasında da ifade ettiği gibi<sup>294</sup>, mahkemenin iki temel bileşeni “adalet” ve “erişilebilirlik” olmalıdır.

Anayasa’nın 5.maddesi Devletin Temel Amaç ve Görevlerini düzenlemektedir. Bunlardan biri, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır. Yani devletin görevi, hak arama özgürlüğünü adalet ilkeleri içinde temin etmektir<sup>295</sup>.

#### **a. Ekonomik Engellerin Kaldırılması**

Mahkemeye erişim hakkının etkin şekilde gerçekleşmesi için öncelikle ekonomik engeller kaldırılmalıdır. Ekonomik engellerin kaldırılması ile kast edilen bir yandan Devletin, bireylerin hak aramasını engelleyecek ölçüde yüksek yargılama giderlerinden kaçınması iken, diğer yandan toplumun özellikle yoksul kesimlerinin mahkemeye erişimini kolaylaştıracak önlemler alınmasıdır.

#### **aa. Devletin Yüksek Yargılama Giderlerinden Kaçınması**

Yargı hizmetlerinin ucuz olması, son yıllarda özel hukuk davaları bakımından tartışmasız şekilde önemi artan bir prensiptir<sup>296</sup>. AİHS’nin 6/1.maddesi, tarafların

<sup>293</sup> Tağaç ve Diğerleri/Türkiye Kararı, Baş. No:71864/01, T:7 Temmuz 2009.

<sup>294</sup> Luzius Wildhaber, (Çev. Burak Çelik); “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargı Yılı Açılış Konuşması”, TBBD, S.64, Mayıs-Haziran 2006, s.38.

<sup>295</sup> Karlı, s.52.

<sup>296</sup> Jacques Robert/ Jean Duffar, Droits de l’homme et libertés fondamentales, 8e édition, Paris 2009, s.282.

medeni hak ve yükümlülüklerine ilişkin hususlarda mahkemeye erişim hakkını ve bu hakkın etkin kullanımını güvence altına almakta ve bu yönde Devlete bir yükümlülük yüklemekte ise de bu hususta kullanılacak araçların seçimini devlete bırakmaktadır. Devlet, hakkın özüne zarar vermemek kaydıyla mahkemeye erişim hakkına maddi nitelikli birtakım sınırlamalar getirebilir. Bu bağlamda, hukuk mahkemelerine yapılan taleplere ilişkin masrafların ödenmesinin istenmesi, hak arayanları, bu haklarını mahkeme önünde ileri sürmekten mahrum etmediği sürece kabul edilebilir<sup>297</sup>. Bu koşulda yargılama giderlerine ilişkin düzenlemeler, Sözleşmenin 6/1.maddesinin ihlali anlamında mahkemeye erişim hakkının sınırlaması olarak değerlendirilmez. AİHM de kararlarında, mahkemeye erişim hakkına getirilen kısıtlamanın meşru bir amaç taşıdığı ve kullanılan araçlarla amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi mevcut olduğu sürece Sözleşmeye uygun olacağını vurgulamaktadır<sup>298</sup>. Bununla birlikte, öngörülen masraflar, davacının mahkemeye erişim hakkına halel getirecek boyutta olmamalıdır.

Örneğin, **Kreuz/Polonya** kararına<sup>299</sup> konu olayda, bir işletme kuracak olan başvuranın belediyeden alması gereken iznin hukuka aykırı biçimde reddedildiği yüksek idare mahkemesi kararıyla tespit edilmiştir. Uğradığı zararların tazmini için dava açmak isteyen başvurandan, dava masrafı olarak 100.000.000 PLN<sup>300</sup> yatırması istenmiştir. Başvuranın ekonomik durumunu belgeleyerek bu miktarı ödemekten muaf tutulması talebi de mahkeme tarafından reddedilmiştir. İstenilen meblağ Polonya’da ortalama 1 yıllık maaşa eşittir. Başvuranın mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddiasına karşılık Hükümet başvuranın yatırım yapacak bir iş adamı olduğunu ve bu tür uyuşmazlıklarla karşılaşmaya hazırlıklı olması gerektiğini savunmuştur.

AİHM öncelikle, masraflar için bir bedel talep edilmesinin kendiliğinden mahkemeye erişim hakkını ihlal etmeyeceğini; ayrıca başvuranın ödeme kabiliyeti, bu sınırlamanın yargılamanın hangi aşamasında getirildiği gibi faktörlerin değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Somut olayda, başvuranın hukuka aykırı biçimde zarara uğratıldığı bir mahkeme kararı ile tespit edilmiştir. Ayrıca başvuranın

<sup>297</sup> **Chen**, s.11; **Reid**, s. 131; **Akkan**, s.50; **Özbek**, Gider avansı, s.40, 42.

<sup>298</sup> Tunç/Türkiye Kararı, Baş. No: 20400/03, T:21 Şubat 2008.

<sup>299</sup> 19.06.2001.

<sup>300</sup> Polonya para birimi olan Polonya Zlotisi, 0,50 Türk Lirasına eşittir.

muhakeme masraflarından muaf tutulması başvurusu, hiçbir gerekçe olmaksızın reddedilmiştir. Mahkemeye göre, davadaki olaylar bir bütün olarak değerlendirildiğinde ve mahkemeye erişim hakkının demokratik bir toplumdaki önemli yeri dikkate alındığında, yargı makamlarının davaya bakmak için aldıkları mahkeme masrafları ile başvuranın mahkeme kanalıyla iddiasını ispat etme menfaati arasında *iyi bir denge* sağlanamadığı sonucuna varılmıştır. Başvurandan talep edilen dava masrafı çok yüksektir. Onun davadan çekilmesine ve davasının hiçbir biçimde bir mahkeme tarafından görülememesine neden olmuştur. Bu durum, mahkemeye erişim hakkının özünü zedelemiştir. Bu nedenlerle Mahkeme, mahkeme masraflarının başvurana yükletilmesinin mahkemeye erişim hakkına *ölçüsüz* bir sınırlama getirdiği sonucuna varmıştır<sup>301</sup>.

Yargılama giderlerinin yüksek belirlenmesi, tarafın yüksek giderlerden çekindiği için yargılamayı başlatmaktan imtina etmesi veya uyuşmazlığın muhatabı olarak kendini gereği gibi savunamaması sonucunu doğurur. Davanın başında, ödemesi gereken yüksek giderleri ödeyemeyen kimsenin dava açması zorlaştığında mahkemeye erişim hakkı engellenmiş olmaktadır<sup>302</sup>. Aynı sakınca avukatlık ücretleri bakımından da geçerlidir. Tarafın, avukatlık ücretinden çekindiği için avukat tutamaması halinde, mahkeme önünde hukuki dinlenilme hakkının sağladığı güvencelerden yararlanması mümkün olmaz<sup>303</sup>. Bu da yine mahkemeye erişim hakkının sınırlandığı anlamına gelmektedir.

Sosyal hukuk devleti ilkesi gereğince, yargılama herkesin talep edebileceği şekilde masrafsız veya çok az masrafla gerçekleştirilmelidir ki insanlar sırf bu sebeple hak aramaktan kaçınmasınlar. İnsan haklarına saygılı, adil, demokratik ve sosyal hukuk devletini gerçekleştirmenin yolu, adil, hızlı, basit ve masrafsız bir yargılamadan geçer<sup>304</sup>. Yargılamanın ucuz olması, mahkemeye erişim hakkı ve dolayısıyla hak arama özgürlüğü ile ilgili olduğu kadar, usul ekonomisi ilkesinin de bir parçasıdır<sup>305</sup>.

<sup>301</sup> Par.66-67. **İnceoğlu**, s.130.

<sup>302</sup> **Clayton/ Tomlinson**, s.24.

<sup>303</sup> **Özekes**, Hukuki Dinlenilme, s.303.

<sup>304</sup> **Karlı**, s.51.

<sup>305</sup> Ejder **Yılmaz**, “Usul Ekonomisi” AÜHFD, 2008, C.57, S.1, s.265; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.357; **Pekantez/ Atalay/ Özekes**, s.398.

Mahkemeye başvuran kişilerin belli bir oranda yargılama masraflarına katılacağına ilişkin kural hukukumuzda anayasal dayanağa sahiptir. Anayasa Mahkemesi bir kararında bu hususu ifade etmiştir. Mahkemeye göre, Anayasanın 73. maddesinde, Devletin, kanunlarla harç niteliğinde gelir sağlayabileceği açıkça gösterilmiş olduğuna ve idare hukukunun ve maliye biliminin genel kurallarına göre de, bazı kamu hizmetlerinden doğrudan doğruya yararlanan kişilerden kanunla belirtilen miktarlarda alınan ve özel nitelikte bir çeşit vergiden ibaret olan paralar “harç” olarak adlandırılmakta bulunduğuna göre, 2/7/1964 günlü ve 492 sayılı Harçlar Kanunuyla, yargı çalışmalarından, davalı veya davacı olarak doğrudan doğruya yararlanmakta olan kişilerden (harç) adı altında bir para alınmasının kural olarak Anayasa'nın herhangi bir ilkesine aykırılığından söz edilmesi mümkün değildir<sup>306</sup>.

Yargı harçları, Harçlar Kanunu'nda (HK) düzenlenmiştir. HK m.2, yargı işlemlerinden Harçlar Kanununa bağlı (1) sayılı Tarife'de yazılı olanların harca tabi olduğunu düzenlemektedir. Genel olarak, yargı harçlarını davayı açan veya harca mevzu olan işlemin yapılmasını isteyen kişiler ödemekle mükelleftir (HK m.11,1). Yargı harçları (1) sayılı Tarifede yazılı işlemlerden değer ölçüsüne göre nispi esas üzerinden, işlemin nev'i ve mahiyetine göre maktu esas üzerinden alınır (HK m.15). Dava konusu para ise veya para ile değerlendirilebilen bir şey ise, değer üzerinden nisbi harç alınır. Buna karşılık, dava konusu para veya para ile değerlendirilebilen bir şey değilse, Kanunda belirtilen maktu harç alınır. Örneğin boşanma davası, para ile değerlendirilebilen bir dava olmadığından maktu harca tabidir. Gayrimenkulün aynına taalluk eden davalarda ise, gayrimenkulün değeri nazara alınarak harç alınır (HK m.16).

Türk hukukunda ödenmesi gereken harçların yüksek olduğunu ya da mahkemeye erişim hakkını engellediğini söylemek zordur. Harç miktarları pek çok ülkeye kıyasla daha düşüktür. Ayrıca, belirli davaların harçtan muaf olmasını öngören düzenlemelere dahi rastlanmaktadır. Örneğin, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un<sup>307</sup> 73.maddesinin 2.fıkrası, Tüketici mahkemeleri nezdinde Bakanlık, tüketiciler ve tüketici örgütleri tarafından açılan davaları, Harçlar

<sup>306</sup> Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 24.10.1974 tarihli, E.1974/31, K.1974/43 sayılı kararı (RG, 25.2.1975, S.15160). Burak Pınar, Yargı ve İcra Harçları, 2.Baskı, Ankara 2009, s.10.

<sup>307</sup> RG. 28 Kasım 2013, S.28835.

Kanununda düzenlenen harçlardan muaf tutmuştur<sup>308</sup>. Tüketici örgütleri üst kuruluşlarınca açılacak davalarda, bilirkişi ücreti ve davanın davacı aleyhine sonuçlanması durumunda hükmedilen vekâlet ücreti dahi Bakanlıkça ödenmektedir (TKHK m.73/f.3). Tüketicilerin, dava açarken harçtan ve bilirkişi ücreti gibi yargılama giderlerinden muaf olması, şüphesiz onların mahkemeye erişim hakkını kolaylaştıran bir düzenlemedir ve son derece olumludur. Ayrıca değeri 2.500 lirayı geçmeyen dava ve takipler (HK m.13/f.1-a) ile ayda 5000 lirayı geçmeyen nafakalara ait dava ve takipler (HK m.13/f.1-c) de harçtan müstesnadır.

Öte yandan Devlet, dava harçlarına ilişkin muafiyetler tanırken bu konuda genel bir dengenin muhafaza edilmesine de dikkat etmelidir. Birtakım baskı gruplarının dayatmasıyla, haksız muafiyetler tanınmamalıdır. Örneğin, İİK m.89, bu açıdan tartışmaya açık bir hüküm içermektedir. Anılan maddenin üçüncü fıkrasına göre, üçüncü şahsın ikinci haciz ihbarnamesinin tebliğinden itibaren 15 gün içinde açacağı menfi tespit davası, maktu harca tabidir. Oysa bilindiği gibi, menfi tespit davasında kural olarak, davacı borçlu olmadığı tespitini istediği miktar üzerinden nispi harç yatırmak zorundadır. Uygulamada, borçlunun üçüncü kişilerdeki alacaklarının haczi daha çok borçlunun bankalardaki parasının haczi şeklinde görülmektedir. Bankalar, nispi harç ödemekten muaf tutulacak kadar korunmaya muhtaç durumda olmadıklarına göre anılan madde hükmüyle bankalar lehine orantısız bir muafiyet hükmü getirildiği ifade edilmelidir.

Acaba bireysel başvuru yolunun harca tâbi olması, mahkemeye erişim hakkının önünde bir ekonomik engel niteliği taşır mı? Bilindiği gibi, bireysel başvuru harca tâbidir. Bugün için bu miktar 150 TL'dir. Bir yandan temel hak ihlalleri önlenmeye çalışılırken bir yandan başvurucuların mali yüklerle karşılaşması amaca uygunluk açısından eleştiri konusu yapılabilir. Örneğin, Güney Kore Hukukunda, başvuru harca tabi değildir. Ancak bazı durumlarda delil araştırılması talep ediliyorsa bunun için taraflardan belli bir mablağı yatırmaları istenebilmektedir<sup>309</sup>. Aynı şekilde, Azerbaycan hukukunda da, başvurular harçtan muaftır; yargılama masrafları devlet bütçesinden karşılanmaktadır<sup>310</sup>. Ne var ki, bireysel başvuru kurumunun başarıya

<sup>308</sup> Önceki, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 23.maddesinin 3.fıkrası da benzer düzenlemeye yer vermektedir. Bu Kanun'un uygulanmasına ilişkin bir örnek için bkz. 13.HD, 15.12.2005, E.2005/12182, K.2005/18647 (Türk Hukuk Sitesi).

<sup>309</sup> Baysal, s.189.

<sup>310</sup> Rüstemzade, s.214.



ulaşabilmesi, her şeyden önce Anayasa Mahkemesinin ciddi olmayan, gereksiz ve dayanaksız başvurular ile aşırı iş yükü altında ezilmesinin önlenmesi ile mümkün olabilecektir<sup>311</sup>. Dolayısıyla, öngörülen harç miktarının istismarcı başvuruları caydırmak amacını taşıdığı ve bireyleri hak aramaktan vazgeçirecek kadar yüksek olmadığı düşüncesindeyiz<sup>312</sup>.

*α HMK m.120'deki Gider Avansının Mahkemeye Erişim Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi*

Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile hukuk yargılama usulümüze kazandırılan yeni düzenlemelerden biri davacının dava açarken gider avansı yatırma zorunluluğudur (HMK m.120). HUMK'nun yargılama masraflarıyla ilgili 414.maddesine göre, tarafa talebi doğrultusunda keşif, bilirkişi ya da tanık dinlenmesi için gerekli masrafları yatırması amacıyla hâkim tarafından bir süre veriliyor, belirlenen bu süre içinde masrafları yatırmayan taraf talebinden vazgeçmiş sayılıyordu. 415.maddede ise, mahkemenin kendiliğinden yapılmasına karar verdiği hususlarda, giderlerin öncelikle taraflarca karşılanmasının isteneceği ancak süresinde bu giderler yatırılmazsa, ileride haksız çıkandan alınmak üzere hazineden karşılanacağı belirtilmekteydi.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 120.maddesinde ise, HUMK'nda olmayan bir kuruma yer verilmiştir. Anılan madde hükmüne göre, davacı yargılama harçları ile her yıl Adalet Bakanlığı'nca çıkarılan gider avansı tarifesinde belirlenecek olan tutarı dava açarken mahkeme veznesine yatırmak zorundadır. Avansın yeterli olmadığının dava sırasında anlaşılması halinde, mahkemece eksikliğin tamamlanması için davacıya iki haftalık kesin süre verilir.

Gerekli masrafların zamanında yatırılmamasından dolayı davaların gecikmemesi için gider avansı davacı tarafından dava açarken yatırılmalıdır. Bu husus, Kanunda dava şartı olarak sayılmıştır (HMK m.114/f.1-g). Bu nedenle, kural olarak gider avansı yatırılmadan dava açılmaması gerekir. Ancak bu husus gözden kaçırılmış ve dava açılmış olsa bile, öninceleme aşamasında hâkim, öncelikle

<sup>311</sup> **Ekinci**, s.146-147.

<sup>312</sup> Aynı yönde görüş için bkz. **Ekinci**, s.147.

davacıya gider avansı yatırması için iki haftalık kesin süre vermeli, bu süre içinde de avans yatırılmaması halinde, davayı dava şartı eksikliğinden reddetmelidir<sup>313</sup>.

Söz konusu düzenleme yürürlüğe girdiğinde özellikle uygulamacılar tarafından eleştirel bakış açısıyla karşılanmıştır. Hukuki korunma talep edenlerin mahkemeye ulaşımının engelleneceği yönündeki endişelerin haklı olup olmadığı, davacıdan talep edilen gider avansı oranına göre değişecektir. Bu kapsamda hukuki korunma talep edenlerin önceden yüksek meblağlar ödemek zorunda bırakılması mahkemeye erişim hakkı ile bağdaşmaz. Bununla birlikte, onlarca yıllık geçmiş uygulamamızda davaların, ödenmesi gereken masrafların bir türlü yatırılmaması sebebiyle haddinden fazla uzadığı da bir gerçektir. Davanın başında, gerekli giderler için bir avans yatırılması, davaların bu sebeple gecikmesini önleyecektir. Bu gerekçeyle biz gider avansı tarifesi ile öngörülen miktarların ödenmesi zorunluluğunun, mahkemeye erişim hakkına aykırı olmadığı kanaatindeyiz. İsviçre Federal Usul Kanunu'nun 98.maddesinde de benzer bir hükme yer verilmektedir. Maddeye göre, mahkeme gerekli gördüğü takdirde davacıdan, muhtemel yargılama giderleri için bir avans yatırmasını isteyebilmektedir<sup>314</sup>.

Kaldı ki, Türk hukukunda kabul edilen gider avansı, taraf sayısının beş katı tutarında tebligat ücreti ile diğer işlemler için alınan ( şu an için 50 TL) avanstan ibarettir. Böyle bir tutarın, bireylerin hukuki korunma talebinde bulunmasını engelleyeceğini söylemek zordur. Gider avansı ile ilgili düzenlemenin

<sup>313</sup> Umar, Şerh, s.331-332; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.418; Mustafa Kılıçoğlu, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, İstanbul 2012, s.622; Özbek, Gider avansı, s.100. Yargıtay kararlarında, tarafın kendisine verilen kesin süre içinde yatırılmayan gider avansının daha sonra yatırılması halinde davaya devam edilebileceği yönünde görüş belirtmektedir. Örneğin bkz. “Somut olaya bakıldığında, mahkemece, yukarıdaki maddeler uyarınca tamamlanması gereken gider avansı için, 1.11.2011 günlü duruşmada, borçlu vekiline iki haftalık süre verildiği, gider avansının 30.11.2011 tarihinde iki haftalık süre geçtikten sonra yatırıldığı ve 20.12.2011 günlü duruşmada da şikâyetin usul yönünden reddine karar verildiği anlaşılmaktadır. O halde mahkemece, hüküm anında dava şartının yerine getirildiği gözetilerek işin esasının incelenmesi gerekirken, yanılığılı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz olduğu...” 12.HD, 12.06.2012, 3723/20133 (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.418-419). “Somut olayda, davacının gider avansını 2 haftalık süre geçtikten sonra fakat duruşmadan önce yatırdığı dosya kapsamında anlaşılakta olup, usul ekonomisi ilkesi açısından dava şartı eksikliği nedeniyle davanın reddine karar verilmesi doğru olmadığından işin esasına girilerek sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, Mahkemece yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.” 13.HD, 23.1.2013, E.2012/21075, K.2013/1210 (Gençcan, s.276-277).

<sup>314</sup> <http://www.admin.ch/ch/f/rs/272/a98.html> (07.05.2013). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndan farklı olarak, İsviçre Usul Kanunu, yatırılacak avansın miktarını hâkimin takdirine bırakmaktadır. Mahkeme, somut olayın özelliklerini, dava konusunu, davacının ekonomik durumunu dikkate alarak bu konuda bir karar vermelidir. David Hofmann/ Christian Lüscher, Le Code de procédure civile, Berne 2009, s.60-61.

eleştirilmesinin nedenlerinden biri de başlangıçta, gider avansı ile delil avansının karıştırılmasıdır. Gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği'nin<sup>315</sup> 45.maddesi gerekse Hukuk Muhakemeleri Gider Avansı Tarifesi<sup>316</sup> hatalı olarak, gider avansını delil avansını da kapsayacak biçimde düzenlemiştir<sup>317</sup>. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Gider Avansı Tarifesi'nin 4.maddesi uyarınca, davacı dava açarken mahkeme veznesine, a) Taraf sayısının beş katı tutarında tebligat gideri, b) Dava dilekçesinde tanık deliline dayanılmış ve tanık sayısı belirlenmiş ise tanık sayısınca tanık asgari ücreti ve tebligat gideri; tanık sayısı belirtilmemiş ise en az üç tanık asgari ücreti ve tebligat gideri, c) Dava dilekçesinde keşif deliline dayanılmış ise keşif harcı avansı ile birlikte 75 TL ulaşım gideri, ç) Dava dilekçesinde bilirkişi deliline dayanılmış ise Bilirkişi Ücret Tarifesinde davanın açıldığı mahkeme için öngörülen bilirkişi ücreti, d) Diğer iş ve işlemler için 50 TL toplamını avans olarak ödeyecektir. Aynı şekilde, Yönetmeliğin 45.maddesi de, Gider avansını, her türlü tebligat ve posta ücretleri, keşif giderleri, bilirkişi ve tanık ücretleri gibi giderler için davacıdan alınan meblağı olarak tanımlamaktadır.

Yargıtay'ın, sözü edilen bu hatalı düzenlemeleri isabetle yorumlayan kararları, uygulamadaki tereddütlere son verecek niteliktedir. Temyiz Mahkemesi'ne göre, Adalet Bakanlığınca yayınlanan gider avansı tarifesinin 4.maddesine göre, davacı dava açarken, tebligat gideri ile diğer iş ve işlemler için 50 TL ödemek zorundadır. Tarifenin bu maddesinde yer alan keşif, bilirkişi ve tanıkla ilgili avansları HMK'nın 324.maddesine göre delil avansı olup yargılamanın bulunduğu aşamaya göre ödenmesinin istenmesi zorunlu değildir<sup>318</sup>. HMK'un 120.maddesindeki gider avansı ile ilgili düzenlemenin 324.maddedeki delil ikamesi için avans kuralı ile birlikte değerlendirilmesi ve dava şartı olan gider avansının delillerin ikamesi dışındaki yargılama giderleri için dikkate alınması gerekir<sup>319</sup>.

Yargıtay'ın kararlarında ifade edildiği gibi, Tarifenin 4.maddesinde belirtilen tanık dinlenmesi, bilirkişi raporu alınması ve keşif gideri gibi delil ikamesine yönelik giderler, dava şartı olan gider avansı içinde değerlendirilmemelidir. Delil ikamesi

<sup>315</sup> RG. 3.04.2012, S.28253.

<sup>316</sup> RG. 2.10.2012, S.28429.

<sup>317</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.419; Özbek, Gider avansı, s.80.

<sup>318</sup> 19.HD, 06.03.2012, E.2012/1459, K.2012/3539 (Karşlı, s.459).

<sup>319</sup> 9.HD, 27.03.2012, E.2012/8298, K.2012/10211 (Karşlı, s.458-459); 9.HD, 20.03.2012, 5976/9194 (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.420 vd., dn.10)

için ödenmesi gereken avans HMK m.324 uyarınca yargılamanın daha sonraki bir aşamasında ödenir. Davacının dava açarken HMK m.120 kapsamında ödemesi gereken gider avansı, tebligat gideri ve diğer işler için ödenecek miktardır.

Delil ikamesi için avansın gider avansı ile karıştırılmamasına dikkat edilmelidir. Zira her iki avans tutarının ödenmemesi halinde uygulanacak yaptırım farklıdır. Gider avansı bir dava şartı olduğu için, gider avansının ödenmemesi davanın usulden reddedilmesine yol açacaktır. Ancak delil ikamesi için ödenmesi gereken avans, verilen kesin süre içinde yatırılmazsa, talep olunan delilin ikamesinden vazgeçilmiş sayılır (HMK m.324/f.2). Davanın başında, mahkemece delil ikamesi için belirlenen avans gider avansı ile birlikte talep edilmişse dahi, ödenmemiş olması sebebiyle dava reddedilmemelidir. Böyle bir uygulama mahkemeye erişim hakkı ile bağdaşmaz<sup>320</sup>. Uygulamada, doğru çözüm, Kanunun 120 ve 324. maddelerinin birlikte değerlendirilmesiyle bulunmuş olsa da, Yönetmelik ve Tarifenin, bir an önce Kanun'un amacına uygun olarak değiştirilmesi gerekir.

Mahkeme dava şartı olarak belirlediği gider avansına yönelik ara kararında gider avansını oluşturan harç, tebligat gibi gider gerektiren işlemleri kalem kalem açıklamalı, her kalemin miktarını ayrı ayrı göstermeli, dava şartına yönelik gider avansı ile ilgili olarak verilen kesin sürede bu giderlerin yatırılmamasının sonuçlarını da duruşma zaptına açıkça yazmalıdır. Bunlar yapılmadan yalnızca davacıya süre

<sup>320</sup> Yargıtay'ın şu kararı uygulamaya ışık tutacak niteliktedir: "Mahkemece gider avansı ile delillerin ikamesine yönelik avans ayrılmalı, gider avansının nelerden ibaret olduğu net olarak belirlenmeli ve tarafa hem gider avansının hem de delil ikamesi avansının hukuki sonuçları konusunda uyarı yapılmalıdır.

Somut olayda, mahkeme bilirkişi ücreti ile gider avansı yönünden davacıya iki haftalık kesin süre verildiği anlaşılmakta ise de, bilirkişi ücreti gider avansı mahiyetinde değerlendirilmiştir. Bu giderler içinde delil ikamesine yönelik gider olup olmadığı ve miktarı belirtilmemiştir. Zira yukarıda açıklandığı gibi gider avansı dava şartı iken, delil ikamesi avansı dava şartı olarak nitelendirilemeyecektir. Delil ikamesi avansının verilen kesin süre içinde yatırılmaması davanın dava şartı yokluğu ile reddine sebep teşkil etmez. Taraf belirtilen sürede delil avansı giderini yatırmazsa dayandığı o delilden vazgeçmiş sayılır. Kaldı ki, dava konusu tazminat ve alacakların bir kısmının hesaplanması teknik ve uzmanlığı gerektirmemektedir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemez. Aksine düşünceyle yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır. Keza, davacı vekili tarafından bilirkişi ücreti ile bilirkişi raporu tebliğ masrafinin ibraz olunan 09.07.2012 tarihli tahsilat makbuzu ili duruşma gününden önce mahkeme veznesine yatırıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemenin davayı usuli işlemler yerine getirilmediğinden reddetmesi hatalıdır". 22.HD, 26.11.2012, E:2012/27447, K:2012/26408 (İBD, C.87, S.2013/2, s.694 vd.).

verilmesiyle yetinilmesi ve süre sonunda gider avansının yatırılmadığı gerekçesiyle davanın usulden reddedilmesi, mahkemeye erişim hakkını ihlal edecektir<sup>321</sup>.

Yargılama masraflarını ödeyemeyecek durumda olanlar bakımından adli yardım kurumunun etkin şekilde işletilmesi şarttır. Adli yardımdan yararlanan davacı için gider avansı ödeme zorunluluğu söz konusu olmayınca dava herhangi bir engelle karşılaşmadan açılabilir ve yargılamaya devam edilebilir. Buna karşılık, hukuki korunma talebinde bulunan kimsenin adli yardım talebi, Kanunda aranan şartları taşımadığı gerekçesiyle reddedilmişse burada bir tehlike doğabilecektir. Çünkü, adli yardımdan yararlanamayan kimse aslında, mali kaynaklarının yetersizliği sebebiyle gider avansını ödeyemeyecek durumdaysa ya dava açamayacak ya da açtığı dava, dava şartı yokluğundan reddedilecektir. Böyle bir durumda mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmiş olacağı açıktır. Ayrıca, delillerin ikamesi için tarafların ödeyemeyeceği bir masraf avansı istenmesi, taraf adli yardımdan yararlanamıyorsa hukuki dinlenilme hakkına da aykırılık teşkil edecektir<sup>322</sup>. Bu nedenle, adli yardım taleplerinin özenle incelenmesi gerekir ki bu konuya aşağıda ayrıca değinilecektir. Bir başka deyişle çözüm, gider avansı uygulamasının kaldırılmasında değil; adli yardım kurumunun etkili işletilebilmesindedir.

1086 sayılı HUMK döneminde açılmış olan davalarda gider avansının ödenip ödenmeyeceği sorusuna Yargıtay farklı kararlar vermiştir. “Tüm düzenlemelere göre, her ne kadar dava 1086 sayılı HUMK döneminde açılmış olsa da, istisnai hüküm bulunmaması nedeniyle davanın her aşamasında aranan gider avansı dava şartının 6100 sayılı HMK'nın 114/g, 115/2 ve 120 maddeleri gereği gözetilmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır. Gider avansının eksik olduğunun anlaşılması halinde tamamlattırılması için HMK'nun 120/2 maddesi gereğince verilecek iki haftalık

<sup>321</sup> “Somut olayda, 29.11.2011 tarihli duruşmada verilen ara kararda davacı vekiline HMK'nın yürürlüğe girmesi dolayısıyla eksik avansı yatırması için 2 haftalık süre verilmesi ile yetinilmiş, sürenin kesin olduğu belirtilmediği gibi avansın hangi kalemlerden ibaret olduğu ve hesap edilen miktarı belirtilmemiş ve avansın yatırılmamasının hukuki sonuçları da hatırlatılmamıştır. Buna rağmen davacı tarafından 29.11.2011 tarihli ara kararda verilen iki haftalık süreden sonra 26.12.2011 tarihinde gider avansı ve delil avansı yatırıldığı, mahkemece, avansın verilen kesin süre içerisinde yatırılmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verildiği görülmüştür.

O halde, HMK'nın 115/2 ve 120/2. maddeleri ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu Gider Avansı Tarifesi'nin 6. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, gider avansının nelerden ibaret olduğu net olarak belirtilerek ve hukuki sonuçları hatırlatılarak, tamamlanması için kesin süre verilmesi gerekirken, bu hususlara dikkat edilmeden verilen süre içerisinde avansın tamamlanmadığından bahisle usulden red kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir”. 12.HD, E:2012/3865, K:2012/18998 (İBD, C.87, S2013/1, s.406 vd.); 9.HD, 20.03.2012, E:2012/10115, K:2012/9215 (İBD, C.87, S.2013/1, s.372 vd.).

<sup>322</sup> **Özekes**, Hukuki Dinlenilme, s.127-128.

kesin süre ile birlikte gider avansının nelerden ibaret olduğu net olarak belirlenmeli ve tarafa avansın yatırılmamasının hukuki sonuçları konusunda uyarı yapılmalıdır. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse dava, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedilecektir”<sup>323</sup>.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, bir gün sonraki kararında ise aksi yönde görüş belirtmiştir. “Şikâyetçi tarafından 18.07.2011 tarihinde ihalenin feshi istemi ile icra mahkemesine başvurulduğu mahkemece gider avansının süresinde yatırılmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verildiği görülmüştür... Somut olayda ihalenin feshi isteminin yapıldığı 18.07.2011 tarihi itibariyle 6100 sayılı HMK'nın 120.maddesi yürürlükte değildir. Dolayısıyla yargılama devam ederken HMK'nın 120.maddesinin yürürlüğe girmesi sebebi ile gider avansının yatırılması istenemez. Zira davanın açıldığı tarihte HMK yürürlükte olmadığı için gider avansı da dava şartı değildir”<sup>324</sup>.

KARSLI, gider avansına ilişkin hükmün uygulama biçiminin 1086 sayılı Kanun döneminde açılan her dava için ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. *“Yargılamayla ilgili birçok işlemin tamamlandığı, yeni giderlerin ortaya çıkmayacağına öngörüldüğü hallerde avans ile ilgili hükmün tavizsiz uygulanması dava açısından bir yarar sağlamayacağından, mahkemelerin Adalet Bakanlığınca çıkarılan tarifede yer alan gider avansının her dosya için yatırılmasını emretmesi yerinde olmayacaktır”*<sup>325</sup>.

Gider avansının süresi içinde davanın görüldüğü mahkemeye ulaştırılmak üzere farklı bir mahkemeye yatırılmasına rağmen verilen kesin süre içinde davanın görüldüğü mahkemeye ulaşmaması nedeniyle dava reddedilmemelidir. Çünkü davacı, kendisine verilen süre içinde ara kararın gereğini yerine getirmiştir<sup>326</sup>.

<sup>323</sup> 12.HD., 04.06.2012, E.2012/3865, K.2012/18998. **Karsh**, s. 88.

<sup>324</sup> 12.HD., 05.06.2012, E.2012/813, K.2012/19310. **Karsh**, s. 88.

<sup>325</sup> **Karsh**, s. 88.

<sup>326</sup> “Davacı vekiline 26.10.2011 tarihli celsede 250.00 TL.gider avansını 2 haftalık kesin sürede yatırması gerektiği aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtar edilmiştir. Davacı vekilinin verilen süre içinde 02.11.2011 tarihinde parayı PTT Ankara Adliyesi Şubesi'ne yatırdığı, aynı tarihte ilgili makbuzu, cevaba cevap dilekçesi ve delil listesini Ankara 2. Tüketici Mahkemesi'nin 2011/2660 muhabere numaralı evraki üzerinden mahkemeye gönderdiği, evrakların duruşma günü mahkemeye ulaştığı yazı işleri müdürünün havalesinden anlaşılmaktadır. Böylece davacı ara kararı zamanında yerine getirmiştir.

Gider avansı HMK m.442 ile tahkim yargılaması bakımından da kabul edilmiştir. Hakem veya hakem kurulu, tarafların her birinden yargılama giderleri için gereken hâllerde avans yatırılmasını isteyebilir. Aksi kararlaştırılmadıkça, bu avans taraflarca eşit miktarda ödenir. Avans, hakem veya hakem kurulu kararında öngörülen süre içinde ödenmemişse hakem veya hakem kurulu yargılamayı durdurabilir. Yargılamanın durdurulduğunun taraflara bildirilmesinden itibaren bir ay içinde avans ödenirse yargılamaya devam olunur; aksi hâlde tahkim yargılaması sona erer.

*α Teminat gösterme zorunluluğunun mahkemeye erişim hakkı bakımından değerlendirilmesi*

Bu başlık altında yanıtlanması gereken, kanunda öngörülen bazı hallerde, davacı taraftan ya da takip başlatan alacaklıdan teminat istenmesinin mahkemeye erişim hakkını engelleyip engellemediği sorusudur. AİHM, **Tolstoy Miloslavsky/ Birleşik Krallık** kararında<sup>327</sup> konuyu kanun yolu aşamasında istenen teminat bakımından değerlendirmiştir. Karara konu olayda başvuran, hakaret sebebiyle açtığı tazminat davası sonucunda verilen hükme karşı kanun yoluna başvurmak istemiş, temyiz mahkemesi, bir miktar teminat yatırması için kendisine 14 günlük bir süre vermiştir. Bu süre içinde belirlenen miktar yatırılmadığı için de başvuranın temyiz talebi reddedilmiştir.

Başvuran AİHM önüne getirdiği şikâyette, teminat aranmasının mahkemeye erişim hakkına aykırı olduğunu savunmuşsa da AİHM başvuranla aynı görüşü paylaşmamıştır. Mahkeme öncelikle, teminat aranması zorunluluğunun meşru bir sebebi olduğunun belirtmiştir. Başvuranın temyiz itirazlarının başarısız olması halinde yargılama masraflarının karşılanmasındaki imkânsızlık önlenmeye çalışılmaktadır. Ayrıca somut olayda temyiz mahkemesi teminat yatırılmasına ilişkin kararında, başvuranın temyiz itirazındaki başarı ihtimalinin zayıflığını da dikkate almıştır<sup>328</sup>. Ve son olarak, başvuranın mahkemeye erişim hakkının ilk derece

---

Bu durumda ara kararının yerine getirildiği gözetilip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir". 13.HD, 09.02.2012, E:2012/1581, K:2012/2539 (İBD, C.87, S.2013/1, s.416).

<sup>327</sup> 13 Temmuz 1995.

<sup>328</sup> Par.61.

yargılamasında tam olarak gerçekleştiğinin altını çizirken<sup>329</sup> önündeki davada bir ihlal olmadığını açıklamıştır.

HMK'na göre, Türkiye'de *mutad meskeni*<sup>330</sup> olmayan Türk vatandaşının dava açması, davaya davacı yanında müdahil olarak katılması veya takip yapması halinde kendisinden, davalı tarafın muhtemel yargılama giderlerini karşılayacak uygun bir teminat alınır (HMK m.84/f.1,a). Davacının daha önceden iflasına karar verilmiş, hakkında konkordato ya da uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma işlemlerinin başlatılmış olması, borç ödemediği aciz belgesinin varlığı gibi sebeplerle ödeme güçlüğü içinde bulunduğu belgelenmesi halinde de teminat yatırma zorunluluğu gündeme gelecektir (HMK m.84/f.1,b). MÖHUK ise, Türk mahkemesinde dava açan, davaya katılan veya icra takibinde bulunan yabancı gerçek ve tüzel kişilerin teminat göstermesini aramaktadır (MÖHUK m.48/f.1).

İhtiyati tedbir talep eden, haksız çıktığı takdirde karşı tarafın ve üçüncü kişilerin bu yüzden uğrayacakları muhtemel zararlara karşılık teminat göstermek zorundadır. Talep, resmî belgeye, başkaca kesin bir delile dayanıyor yahut durum ve koşullar gerektiriyorsa, mahkeme gerekçesini açıkça belirtmek şartıyla teminat alınmamasına da karar verebilir. Adli yardımdan yararlanan kimsenin teminat göstermesi gerekmez (HMK m.392/f.1). İcra ve İflas Kanunu'nda da ihtiyati haciz talepleri bakımından paralel bir düzenleme yer almaktadır (İİK m.259 vd.).

Teminata ilişkin bu düzenlemelerin çıkış noktası, davalının haksız yere zarara uğratılmasının engellenmesi amacı olabilir<sup>331</sup>. Yargılama sona erip de davacının talebinin haksızlığı ortaya çıktığında, davalının aleyhine açılan dava sebebiyle yapmış olduğu masrafların karşılanması gerekecektir. Özellikle davacının ekonomik durumunun izin vermemesi ya da Türkiye'de mutad meskeni bulunmaması gibi hallerde davalının zararının karşılanması mümkün olmayabilir. Davalının gerekmediği halde yargılama masraflarına kendisinin katlanması şeklinde bir sonuç, silahların eşitliği ilkesine ters düşerken vicdanları da rahatsız edecektir. Bu nedenle,

<sup>329</sup> Par.63.

<sup>330</sup> HUMK m.97'de teminat koşulu, Türkiye'de yerleşim yeri olmayanlar bakımından aranmaktaydı.

<sup>331</sup> **Bilge/ Önen**, s.339. Benzer düzenlemeye İsviçre Federal Usul Kanunu'nun 99.maddesinde rastlanmakta ve İsviçre hukukunda da yargılama giderlerinin haksız yere davalı üzerinde kalmaması için sözkonusu düzenleme makul bulunmaktadır. **Hofmann/Lüscher**, s.62.



yargılamanın tarafları arasındaki dengeyi gözeten silahların eşitliği ilkesi uyarınca, teminata ilişkin düzenlemeler makul sayılabilir.

Bununla birlikte, teminat miktarının çok yüksek tutulması, kişi adli yardım kurumundan faydalanamadığında mahkemeye erişim hakkının özünü zedeleyebilir. Örneğin, **Aït-Mouhoub/Fransa** kararına<sup>332</sup> konu yerel yargılamada mahkûm edilen başvuran, ilk derece mahkemesindeki yargılamada tanıklık eden birtakım kişiler aleyhine yalan tanıklık sebebiyle suç duyurusunda bulunurken bir yandan da tazminat davası açmak istemiştir. Yerel mahkeme hâkimi, hukuk davasının görülebilmesi için başvuranın 80 bin Frank tutarında teminat yatırmasını öngörmüş ve bu arada başvuranın adli yardım almadığını da ara kararında belirtmiştir. Verilen süre sonunda, istenilen teminat yatırılmadığı için başvurunun kabul edilemez olduğuna hükmedilmiştir.

Bu davada Fransız hükümetinin, öngörülen teminatın haksız yere açılacak davaların önlenmesi için zorunlu olduğu yönündeki savunması AİHM'ni ikna edememiştir. Zira, oldukça yüksek olan bu miktarın teminat olarak istenmesi, başvuranı, hakkını mahkeme önünde ileri sürme imkanından yoksun bırakmaktadır. AİHM bu kararında, özellikle yargılamanın ucuz olması gerektiğini vurgularken, öngörülen teminat miktarının orantısızlığına dikkat çekmiştir. Davacı, koşulları karşılamadığı gerekçesiyle adli yardımdan yararlandırılmıyorsa dahi, finansal durumu göz önünde tutularak teminat miktarı indirilebilmelidir<sup>333</sup>.

Bir başka olayda, bir Fransız vatandaşı, ulusal değerlerine hakaret ettiği gerekçesiyle bir gazeteci ve onun yazı işleri müdürüne İngiliz mahkemeleri önünde dava açmıştır. İngiliz mahkemesi, yargılama masraflarının teminat altına alınması amacıyla 25 bin sterlinin yatırılmasına karar vermiş; davacı bu tutarı ödeyemeyince, talebi kabul edilmediği gibi davalıların yapmış oldukları masraflar için 20 bin sterlin ödemeye mahkûm edilmiştir. İngiliz mahkemesi hükmünün icra edilebilmesi amacıyla Bordeaux mahkemesince verilen tenfiz kararı Fransız Temyiz Mahkemesi

<sup>332</sup> T: 28 Ekim 1998, Baş No: 22924/93.

<sup>333</sup> **Chen**, s.11; **Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.651.

tarafından, *davacının ödenmeye zorlandığı teminat miktarının mahkemeye erişim hakkını engelleyici nitelikte olduğu* gerekçesiyle bozulmuştur<sup>334</sup>.

Türk medeni usul hukukunda, verilecek teminatın tutarı ve şeklini hâkim serbestçe tayin eder (HMK m.87). Ancak taraflar teminatın şeklini kararlaştırmışlarsa, teminat ona göre belirlenir. Hâkim tarafından belirlenecek teminatın, davacının mahkemeye erişim hakkını engellememesine dikkat edilmelidir. Aksi halde davalı korunmaya çalışılırken davacı mahkeme önünde dezavantajlı bir konuma sokulabilir ki bu sonuç silahların eşitliği ilkesiyle bağdaşmaz. Ayrıca, hâkim tarafından belirlenen kesin süre içinde teminat gösterilmezse, dava usulden reddedilir (HMK m.88/f.1). Müdahale talebinde bulunan ise talebinden vazgeçmiş sayılır (HMK m.88/f.2). Yüksek teminatın ödenememesi sebebiyle davacının dava açması, müdahilin davaya katılması ya da alacaklının takip yapması olanaksız hale gelirse, mahkemeye erişim hakkı çiğnenmiş olacaktır. Bu nedenle, hâkim ödenecek teminatı belirlerken, tarafların menfaatlerini dengeleyecek şekilde, müddeabih ile orantılı bir teminata karar vermelidir.

Teminatı gerektiren durum ve koşullarda değişiklik olması halinde, hâkim teminatın azaltılması, arttırılması, değiştirilmesi ya da kaldırılmasına hükmedebilir (HMK m.87/f.2). Örneğin, dava devam etmekteyken davacının Türkiye’de bir mutad mesken edinmesi halinde, teminat kaldırılmalıdır. Ya da davanın devamı sırasında, davacının ekonomik durumunun kötüleştiği aciz vesikası gibi belgelerle ispatlanırsa kendisinden bir miktar teminat yatırması istenebilir. Ancak bu örnek üzerinde dikkatle durulmalıdır. Çünkü burada zaten maddi kaynakları azalan bir kişiye, bir de teminat ödeme zorunluluğu yüklenmektedir. Üstelik daha önceden açmış olduğu bir davanın akıbeti tehlikeye girmiş olmaktadır. Çünkü hâkim teminat yatırılmasına karar verirse bunun için bir kesin süre öngörecektir ve bu süre içinde kararın gereği yerine getirilmezse, belki de birkaç aydır devam eden davayı usulden reddedecektir. Bu, mahkemeye erişim hakkını ihlal edecek bir uygulama olabilir.

HMK m.392/f.1’e göre ihtiyati tedbir talebi, resmî belgeye, başkaca kesin bir delile dayanıyor yahut durum ve koşullar gerektiriyorsa, mahkeme gerekçesini açıkça belirtmek şartıyla teminat alınmamasına da karar verebilir. İİK m.260

<sup>334</sup> Pordéa kararı için bkz. Cass. Civ. 1re, 16 Mars 1999 ([www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr), 17.01.2013).

hükmünde alacak bir ilama dayanıyorsa teminat aranmayacağı belirtildikten sonra, alacağın ilam niteliğinde bir belgeye dayanması halinde teminat aranması hususu hâkimin takdirine bırakılmıştır. Alacağı kesin bir delile ya da ilam niteliğinde belgeye dayanan kişiden teminat istenmesi menfaat dengesini zedeleyebilir. Zira bu kişinin haksız çıkma ihtimali oldukça zayıftır<sup>335</sup>. Bu gibi hallerde, hâkim bir taraftan taraflar arasındaki dengenin korunmasına dikkat ederken diğer yandan, geçici hukuki koruma talebinde bulunanın mahkemeye erişim hakkını zorlaştırmamalıdır.

Davacının ekonomik durumunun dava açılmadan önce kötüleşmiş olduğunun belgelenmesi halinde teminat yatırma zorunluluğu da aynı sakıncayı ihtiva etmektedir. Böyle bir düzenlemenin mahkemeye erişim hakkı ile uyumlu olduğunu söylemek zordur. Bu nedenle teminat belirlenirken, davalının yargılama masrafları yanında davacının da ödeme kapasitesi de göz önünde tutulmalıdır.

Konuya müdahil tarafından bakılacak olursa, tarafı olmadığı, üçüncü kişi durumunda olduğu bir davada müdahile böyle bir yükümlülük yüklemek, onun yargılamada haklarını korumasını güçleştirecektir. Bu durum mahkemeye erişim hakkı yanında üçüncü kişinin hukuki dinlenilme hakkının da sınırlanması anlamına gelmektedir. Müdahilin temel amacı, kendi lehine bir hak elde etmek değil, hükümden olumsuz yönde etkilenmemek, yargılamada yer alarak en azından kendisi açısından kararı etkileyebilmektir. Bu nedenle, müdahil ister davacı ister davalı yanında katılsın ondan teminat alınmaması gerektiği kanaatindeyiz<sup>336</sup>.

1086 sayılı Kanunda, Devlet tedbir talep etmesi durumunda teminattan muaf tutulmuş idi (HUMK m.110). Devlete tanınan bu teminat muafiyetinin yeni kanuna alınmamış olması olumlu ve silahların eşitliği ilkesine daha uygun bir düzenlemedir. Zira özel hukuk ilişkilerinde Devlet vatandaşı karşısında eşittir. Ayrıca talep ettiği tedbirde haksız çıkması durumunda, Devlete karşı kişilerin tazminat davası açıp yürütmesi güç olduğu gibi, lehe karar elde edildiğinde de devlet hazinesinden karşılanacak zararların ödenmesi, bürokratik bir takım işlemler gerektirdiğinden oldukça uzun sürmektedir. Devletin tedbir isterken teminat göstermesi bu sakıncayı ortadan kaldırmaktadır. Yeni düzenleme hukuk devleti ilkesi ile de uyumludur<sup>337</sup>.

<sup>335</sup> Karşlı, s.755.

<sup>336</sup> Özekes, Hukuki dinlenilme, s.259.

<sup>337</sup> Karşlı, s.755.

*α Kötüniyetle veya Haksız Dava Açılması Sonucunda Para Cezasına Hükmedilmesi*

Taraflar, davada kural olarak, haksız çıktıkları oranda yargılama giderlerinden sorumlu tutulurlar. Davayı kaybeden tarafın, kusurlu ya da kötü niyetli olduğu şeklinde bir varsayım yürütmek doğru değildir. Zira iddia veya savunmada bulunmak herkesin hakkıdır. Hakkın mevcudiyeti veya savunulması hususunda insan aldanabilir. Bu nedenle, dava sonunda haksız çıkmak sadece normal kanuni masrafların yüklenilmesini gerektirir<sup>338</sup>. Ancak zaman zaman tarafların kötü niyetle hareket etmeleri de mümkündür. İşte bu gibi kötü niyetli hareketleri önlemek amacıyla mevzuatımızda çeşitli düzenlemeler yapılmıştır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 329.maddesi, kötüniyetle veya haksız dava açılması sonucunda birtakım maddi yaptırımlar öngörmektedir. Maddenin ilk fıkrasına göre, kötüniyet sahibi davalı veya hiçbir hakkı olmadığı halde dava açan taraf, yargılama giderlerinden başka, diğer tarafın vekiliyle aralarında kararlaştırılan vekâlet ücretinin tamamı veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir. İkinci fıkraya göre, kötüniyet sahibi davalı veya hiçbir hakkı olmadığı halde dava açan taraf ayrıca, beş yüz Türk Lirasından beş bin Türk Lirasına kadar disiplin para cezası ile mahkûm edilebilir. Haksız yere açılmak istenen davaları önleme amacı güden bir başka düzenleme HMK m.49 hükmüdür. Maddeye göre, hâkimin hukuki sorumluluğuna dayanılarak açılacak tazminat davası esastan reddedilirse davacı, beş yüz Türk Lirasından beş bin Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına mahkûm edilir. Avukatlık Kanununun 169.maddesi de, kötüniyetli davacının avukatlık asgari ücret tarifesinin üç katına kadar bir miktara mahkûm edilmesine izin vermektedir.

Yine AYMKK'nun 51.maddesinde, bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması kenar başlığı ile yapılan düzenlemeye göre, bireysel başvuru hakkını açıkça kötüye kullandığı tespit edilen başvuru sahipleri aleyhine, yargılama giderlerinin dışında, ayrıca ikibin Türk Lirasından fazla olmamak üzere disiplin para cezasına hükmedilebilir. Bu ceza verildiği anda kesin, itirazı kabil olmayan ve amme alacaklarının tahsili usulü hakkında Kanuna göre tahsil edilecek bir cezadır.

<sup>338</sup> Necip **Bilge**, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 2.Basım, Ankara 1967, s.297; **Bilge/Önen**, s.337.

Kötüniyetle veya haksız dava açılması sonucunda para cezası hükmedilmesine ilişkin kurallar, hakkı suiistimal edici davranışları caydırıcı etkileri sebebiyle iç hukuklarda kabul görmektedir. Fransız medeni usul hukukunda da, gerek ilk derece yargılamasındaki (NCPC, 32-1), gerekse istinaf (NCPC, 559) ve temyiz (NCPC 628) aşamalarındaki kötüniyetli taleplerin, bir miktar disiplin para cezası ile mahkûm edilmesini düzenleyen hükümler yer almaktadır. Bu tip düzenlemeler, doğası gereği, mahkemeye erişim hakkını sınırlandırmaktadır. O halde burada üzerinde durulması gereken soru, bu sınırlamanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygun olup olmadığıdır.

AİHM'nden önce faaliyet gösteren Komisyon, bu tip düzenlemelerin Sözleşme ile uyumlu olduğu yönündeki kanaatini ifade etmiştir. **Les Travaux du Midi/Fransa** davasında<sup>339</sup> başvuran beş bin frank disiplin para cezasına mahkûm edilmesini mahkemeye erişim hakkı önünde bir engel olduğunu iddia etmiştir. Komisyon, söz konusu düzenlemenin, adaletin gerçekleştirilmesi amacına hizmet ettiğinin altını çizerken, diğer Sözleşmeciler devletlerin hukuk sistemlerinde benzer tedbirlerin varlığına işaret etmiştir. Para cezası öngörülmesinde bir ihlal bulamayan Komisyon, bu tip düzenlemelerin Sözleşme ile uyumlu olduğu tespitiyle birlikte bir adım daha ileri giderek, makul sürede yargılanma hakkı gibi 6.maddedeki bazı garantilerin gerçekleşmesine de dolaylı katkı sağladığını belirtmiştir<sup>340</sup>.

Bu karardan hareketle Türk hukukunda, kötü niyetli davranışlar nedeniyle bir miktar para cezasına hükmedilebileceğini düzenleyen kuralların Sözleşme ile uyumlu olduğu sonucuna varılabilir. Yargı hizmetlerinden beklenen toplumsal yararın elde edilmesi mahkemeler önündeki iş yükünün aşırı şekilde artmasının engellenmesi ile mümkündür. Fransa'da bazı yazarlar, para cezasına ilişkin düzenlemelerin Sözleşme ile uyumluluğundan bahsedebilmek için ikinci bir şartın varlığını aramaktadırlar. **Les Travaux du Midi/ Fransa** kararı hakkındaki incelemelerinde FLAUSS ve PIETRI, öngörülen para cezasının Sözleşme ile uyumlu olduğunu söyleyebilmek için, hükmedilen miktarın ayrıca, ölçülülük ilkesine uygun olması gerektiğini

<sup>339</sup> T:2 Temmuz 1991, Baş. No:12275/86. Benzer bir başka karar, Louis Rio/Fransa, T:2 Temmuz 1991, Baş. No:13487/88.

<sup>340</sup> **Chen**, s.60.

savunmuşlardır<sup>341</sup>. Ancak CHEN, aşırı yüksek bir meblağ olmadığı ve mahkemenin kararını gerekçelendirdiği takdirde, bu tip uygulamaların mahkemeye erişim hakkını ihlal etmeyeceği görüşünü savunmaktadır<sup>342</sup>. Biz Türk hukuku bakımından böyle bir tartışmaya girmeyi faydasız görüyoruz zira Kanun, öngörülecek miktarın üst sınırını makul bir seviyede tutmuştur. Ve miktardan fazlaya hükmedilmesi mümkün değildir. Ancak ifade edilmelidir ki, böyle bir sınır olmasaydı, hükmedilecek para cezası miktarının ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığının ayrıca değerlendirilmesi gerekirdi kanaatindeyiz.

Kanun koyucu tarafından isabetli olarak öngörülen yaptırımlar bugüne kadar maalesef uygulamada arzu edilen yerini alamamıştır. Hâkimler bir yandan sıklıkla tarafların kötünietli davranışlarından veya yargılamayı uzatmalarından şikâyet etmekte diğer yandan Kanunda öngörülen imkânlardan yararlanılmamaktadır. Bu konuda olumlu bir adım atılması, m.29’da yer alan dürüstlük kuralına aykırılıkları önemli ölçüde azaltabilecektir. Buna rağmen, Yargıtay 13.Hukuk Dairesinin son zamanlarda verdiği bir karar<sup>343</sup>, ilk derece mahkemesi hâkimlerinin kuralı uygulamadaki cesaretlerini kırarak niteliktedir. Söz konusu olayda, ilk derece mahkemesi, dürüstlük kuralına aykırılık olduğundan bahisle doğru olarak yargılama gideri olan vekâlet ücreti bakımından asgari miktarın üzerine çıkıp Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi’ndeki miktarın iki katına hükmetmiştir. Ancak Yargıtay soyut bir takım gerekçelerle, yerel mahkeme hükmünün bu kısmını kaldırarak, işin esası doğru olduğundan düzelterek onama kararı vermiştir. Yargıtay’ın yerel mahkemenin somut olaydaki takdirine karışmasının isabetsizliği yanında, Kanundaki kötünietli davranışları azaltabilecek tedbirleri uygulamamaktaki ısrarcılığı da hayal kırıklığı yaratmaktadır. Gerek HMK m.329 gerekse Avukatlık Kanunu’nun 169.maddesindeki üç katı oranının uygulanması, dürüstlük kuralına aykırılıkları önemli ölçüde azaltabilecek niteliktedir. Bir yandan tarafların kötünietli davranışlarından veya yargılamayı uzatmalarından şikâyet edilmekte; diğer yandan Kanunlarımızda yer alan imkânlardan maalesef yararlanılmamaktadır<sup>344</sup>.

<sup>341</sup> “Les travaux du midi” Comm. 2 juillet 1991, avec note de J.F. Flauss et J.P. Pietri, AJDA 1991, s.812 (Chen, s.61).

<sup>342</sup> Chen, s.61.

<sup>343</sup> 13.HD, 2.7.2012, 13572/17095 (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.987, dn.8)

<sup>344</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.987.

## bb. Adli Yardım

### α Genel Olarak Kavram

Yargılama faaliyeti için makul bir bedel ödenmesinin mahkemeye erişim hakkına ters düşmediği yukarıda ifade edilmişti. Buna rağmen, zaman zaman hukuki korunma talebinde bulunacak kimseler yargılamanın başında ödenmesi gereken giderleri veya avukatlık ücretini ödeyemeyecek durumda olabilir veya söz konusu giderleri ödemesi kendisini ve ailesini bir geçim sıkıntısına itebilir. İşte yargılama giderlerini hiç veya sıkıntıya düşmeden ödeyemeyecek bu gibi kimselere, hakkını araması veya savunması için imkân tanınması sosyal hukuk devleti ilkesinin bir gereği<sup>345</sup>, devletin varlık sebebi, insan onurunu korumanın da sonucudur<sup>346</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinin üçüncü fıkrasının c bendinde, bir suç ile itham edilen herkes, kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddi imkânlardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek hakkına sahiptir. Bu güvence madde hükmünde yalnızca ceza yargılamaları için öngörülmüş, özel hukuk davalarında ücretsiz avukat yardımından yararlanma hakkı Sözleşmede açıkça belirtilmemiştir.

Bununla birlikte günümüzde, medeni hak ve yükümlülöklere ilişkin bazı yargılamalarda mahkemeye erişim hakkının etkin şekilde gerçekleşebilmesi için ücretsiz avukat yardımının sağlanması gerektiği kabul edilmektedir<sup>347</sup>. Bu görüşü benimseyen AİHM, adli yardımı mahkemeye erişim hakkının bir unsuru sayarak, altıncı maddenin ilk fıkrası kapsamına almıştır. Mahkemeye göre, AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrası, tarafların mahkemeye erişim hakkının temini için, kullanılacak

<sup>345</sup> “Sosyal hukuk devleti, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet demektir. Çağdaş devlet anlayışı, sosyal hukuk devletinin, tüm kurumlarıyla Anayasa'nın özüne ve ruhuna uygun biçimde kurulmasını gerekli kılar. Hukuk devletinin amaç edindiği kişinin korunması, toplumda sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanması yoluyla gerçekleştirilebilir.” AMK, 26.10.1988, 19/33 (RG, 11.12.1988, S.20016).

<sup>346</sup> **Özekes**, Hukuki dinlenilme, s.306.

<sup>347</sup> Mustafa Reşit **Belgesay**, Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanunu Şerhi I Teoriler, 3.Bası, İstanbul 1948, s.282; **Ansay**, s.177 vd.; **Postacioğlu**, s.675; **Berkin**, s.204; **Bilge**, s.302 vd.; **Bilge/ Önen**, s.343 vd.; **Önen**, s.135 vd.; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.744 vd.; **Üstündağ**, s.775 vd.; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s.999 vd.

araçlar bakımından Devlete serbest seçim olanağı tanımaktadır. Adli yardım kurumu, söz konusu araçlardan biridir<sup>348</sup>.

Adli yardım kurumunun kaynağı, Anayasanın, herkesin mahkemeler önünde davacı ve davalı olabilme hakkını düzenleyen 36.maddesi ile sosyal hukuk devleti ve eşitlik ilkelerini düzenleyen 2.maddesidir. Yargılama harç ve giderlerini kısmen veya tamamen ödeyememe durumunda bulunan kişilere, sosyal hukuk devleti anlayışı içerisinde olanak tanınmalı; “fakir” ile “zengin” arasında çıkması olası eşitsizlikler önlenmelidir<sup>349</sup>.

Anayasada teminat altına alınan hak arama özgürlüğünün tam olarak kullanılabilmesi ve adil yargılanma hakkının unsurlarından olan silahların eşitliği ilkesinin gerçekleşebilmesi için adli yardım kurumunun varlığına ve etkinliğine ihtiyaç vardır. Çünkü ekonomik yönden zayıf olanlarla güçlü olanların hukuki yollara başvurmak bakımından eşitliğinin sağlanması gerekir. Ekonomik yönden zayıf olan bir kişinin, haklı olsa dahi, sırf yargılama giderlerinden çekinerek hakkını arayamaması, mahkemeye erişim hakkının fiilen engellendiği anlamına gelir<sup>350</sup>.

Adli yardım kişileri, ekonomik güçleri oranında hak arayabilme tehlikesine karşı korumaktadır<sup>351</sup>. Yargılama giderlerinin tarafın ekonomik gücünü aştığı durumlarda kişiler, haklarını kaybetme tehlikesi ile karşı karşıya kalabilirler. Hak arayanların ekonomik güçsüzlük sebebiyle dava açamaması veya avukatlık hizmetinden yararlanamaması sebebiyle haklı olduğu bir davayı kaybetmesi gibi ağır sonuçlar, bu gibi kişilerin yargılama giderlerinden muaf tutulmaları gereğini ortaya çıkartmaktadır. Bunun sağlanmasında en etkili araç ise adli yardım kurumudur.

<sup>348</sup> Steel & Morris/ Birleşik Krallık Kararı, Baş. No: Baş. No:68416/01, T:15.02.2005, par.60, (<http://hudoc.echr.coe.int> ; 20.04.2012). Leach, s.271; Kuijer, s.162; Ovey/White, s.152; De Salvia, s.213; Robert/ Duffar, s.283; Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet, s.280; Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel, s.645.

<sup>349</sup> Ejder Yılmaz, “Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti”, ABD 1984/2 (Yargılama Giderleri), s.210 vd.; Boyar, s.187 vd.

<sup>350</sup> Bu, doktrinde Yılmaz tarafından, hak arama ve hukuki korunma isteme hakkına aykırılık olarak ifade edilmiştir. Yılmaz, Yargılama Giderleri, s.202.

<sup>351</sup> Robert/ Duffar, s.284.



AİHM hukuk davaları bakımından adli yardımın gerekli olabileceği görüşünü ilk kez 9 Ekim 1979 tarihli **Airey/İrlanda Kararında**<sup>352</sup> dile getirmiştir. Karara konu olayda, Bayan Airey, eşinden ayrılmak istemekte fakat mali durumu kendi yargılama giderlerini karşılamaya yeterli gelmemektedir. O tarihte İrlanda’da bu tip davalarda adli yardım kurumu kabul edilmediğinden başvuranın ücretsiz olarak bir avukatın yardımından yararlanma konusundaki girişimleri birçok kez reddedilmiştir. Bayan Airey, mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddiasıyla AİHM’e başvurduğunda İrlanda hükümeti, iç hukukta avukatla temsilin zorunlu olmaması gerekçesini ileri sürerek iddiaları reddetmiştir. AİHM, önüne gelen şikâyet hakkında karar vermeden önce, geriye dönük olarak yedi yıl boyunca açılmış olan 255 boşanma davasının tümünde davacının bir avukatla temsil edildiğini saptamıştır. Davadaki yargılama usulü, hukuki yardım almadan davayı kendisinin takip etmesine olanak vermeyecek derecede karışıktır. Her ne kadar, avukatla temsil zorunluluğu olmasa da yargılama usulünün kompleks yapısı, mahkemeye erişim hakkının etkin sağlanabilmesi için avukatla temsili gerektirmektedir. Dolayısıyla bu dava bakımından adli yardım zorunlu görülmüştür. AİHM, Bayan Airey’e masrafları Devletçe karşılanan bir avukat olanağı veya bir avukata ihtiyaç duymadan boşanmasına imkân tanıyacak basit bir yargılama usulü sunulmadığı için Airey’in mahkemeye erişim hakkının kısıtlandığı sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre, Sözleşmeye taraf olan bazı devletlerin iç hukukunda öngörüldüğü gibi, avukatla temsilin zorunlu olduğu belirli dava türlerinde ya da yargılama usulünün veya uyuşmazlığın karmaşık bir yapıya sahip olması sebebiyle, mahkemeye erişim hakkının etkin şekilde gerçekleşmesi için hukuki yardımın kaçınılmaz olduğu anlaşıldığında, 6.madde devletin avukat yardımı sağlamasını gerektirir<sup>353</sup>.

Bu noktada bir hususa dikkat çekmek gerekir. Karardan, tüm hukuk davalarında adli yardımdan yararlanılmasını sağlayan genel bir hakkın varlığının kabul edildiği yönünde bir anlam çıkmamalıdır<sup>354</sup>. AİHM devletlerin mutlaka bir adli yardım mekanizması oluşturmasını zorunlu kılmamaktadır. Devletler mahkemeye erişim hakkını garanti altına alacak araçları belirlemede seçim hakkına sahiptir. Adli

<sup>352</sup> T:9 Ekim 1979; Baş No: 6289/73.

<sup>353</sup> Par.26.

<sup>354</sup> **Mole/Harby**, s.40; **Chen**, s.14; **Harris, O’Boyle & Warbrick**, s.236; **Clayton/ Tomlinson**, s.91; **Erdoğan**, s.87; Michel **Puechavy**, “L’aide Juridictionnelle et La Convention Européenne Des Droits De L’Homme”, Mélanges En Hommage ÁLouis Edmond Pettiti, Bruxelles 1998, s.621; **van Drooghenbroeck**, s.109; **Guincharde/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.645.

yardım sistemi bunlardan birisidir. Bunun haricinde örneğin, bireylerin bir avukat yardımını olmadan mahkemeye erişim haklarını kolaylıkla kullanabilecekleri basitlikte bir yargılama sisteminin kabul edilmesi de düşünülebilir. Bununla birlikte, usul ne ölçüde basitleştirilirse basitleştirilirsin, “*davaların çok azı hukuk eğitimi almamış kişiler için karmaşık yapıya sahip olmayacaktır*”<sup>355</sup>.

AIHM içtihadına göre, adli yardım kurumuna ilk olarak, avukatla temsil zorunluluğunun öngörüldüğü hukuk düzenlerinde ihtiyaç vardır. Örneğin, **Aerts/Belçika** kararında<sup>356</sup> AIHM, iç hukuka göre temyiz mahkemesinde avukatla temsil zorunlu olmasına rağmen başvuranın adli yardımdan yararlandırılmamasını 6.maddenin ihlali olarak değerlendirilmiştir. İç hukukta avukatla temsil zorunluluğunun getirilmesi, tek başına mahkemeye erişim hakkı için bir engel oluşturmamakla birlikte<sup>357</sup> bu zorunluluğu kabul eden hukuk sistemlerinde adli yardımın uygulanmaması ihlale yol açacaktır<sup>358</sup>. Bu nedenle, adli yardımın erişilebilir olması avukatla temsil zorunluluğunun olduğu yerde ayrıca önem kazanmaktadır.

İkinci olarak yargılama usulünün karmaşık yapısının, adli yardımını zorunlu kıldığı kabul edilmektedir<sup>359</sup>. Örneğin, **P., C. Ve S/Birleşik Krallık** kararına<sup>360</sup> konu evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına ilişkin davada başvuran ilk başta, avukatları tarafından temsil edilmektedir. Bir süre sonra avukatlar davadan çekilmiş ve fakat yerel mahkeme başvurana yeni bir temsilci ataması için süre vermemiştir. AIHM somut olayda, yargılama usulünün karmaşıklığı sebebiyle hukuki yardımın başvuran açısından vazgeçilemez olduğunu ifade ederek, yerel mahkemenin tutumunun 6.maddeye aykırı olduğuna hükmetmiştir. Mahkemeye göre, bu tip davalarda, adli yardımın reddi, adil bir yargılamanın reddine eş değerdir<sup>361</sup>.

<sup>355</sup> **İnceoğlu**, s.126.

<sup>356</sup> 30 Temmuz 1998.

<sup>357</sup> **Reid**, s.185.

<sup>358</sup> **Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet**, s.280; **Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.646-647.

<sup>359</sup> **Reid**, s.183; **Leach**, s.271; **van Drooghenbroeck**, s.110; **Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.646-647.

<sup>360</sup> 16 Temmuz 2002.

<sup>361</sup> **Puechavy**, L'aide Juridictionnelle, s. 622.

Son olarak, davanın karmaşık bir yapıya sahip olması koşulları oluştuğunda adli yardım kurumunun işletilmesini gerekli kılmaktadır<sup>362</sup>. Bununla ilgili en kapsamlı analiz, **Steel ve Morris/Birleşik Krallık** kararında<sup>363</sup> yapılmaktadır. Şikâyete konu olayda, büyük fast food zinciri Mc Donalds, iki başvuranın marka hakkında yürüttükleri karalama kampanyası sebebiyle tazminat davası açmıştır. Davalı başvuranların adli yardım talepleri yerel mahkeme tarafından reddedildiğinden, gerek ilk derece mahkemesindeki yargılamada gerek temyiz mahkemesindeki incelemede profesyonel bir yardım alamamışlar, zaman zaman gönüllü avukatların desteğinden yararlanmışlardır. Dava, 313 duruşma günüyle İngiltere'nin yargılama tarihindeki en uzun dava sıfatına sahiptir.

Bu tespitler ışığında, AIHM dava konusunun niteliğinin oldukça karmaşık bir yapıya sahip olduğunu vurguladıktan sonra bu karmaşıklıkta bir davada ne gönüllü avukatlarca arada sırada verilen yardımın ne de mahkemenin sınırlar dahilinde başvuranlara tanıdığı toleransın, dava konusuna ve tazminat hukukuna hakim tecrübeli bir avukat tarafından sürekli olarak temsil edilmenin yerini tutabileceğini belirtmiştir. Prosedürün aşırı uzunluğu, bir ölçüde davayı kendilerinin takip etmesindeki bilgi ve tecrübe eksikliğinin kanıtıdır. Dolayısıyla böylesine karmaşık bir davada başvuranların adli yardımdan yararlanamaması hem mahkemeye erişim hakkı hem de makul sürede yargılanma hakkı ile bağdaşmayacak şekilde adil yargılanma hakkının ihlaline sebep olmuştur. Karar ayrıca, davalı tarafın da adli yardımdan yararlanabileceğini göstermesi açısından önemlidir.

Türk hukukunda adli yardım HMK 334 ve devamı maddelerinde düzenlenmektedir. Yürürlükteki mevzuata göre hukuk yargılamasında kişilerin avukatla temsil zorunluluğu yoktur. Bu nedenle, taraflar adli yardım talebinde bulunmadığı sürece, mahkemenin kendiliğinden avukat tayin etmesi söz konusu olmaz. Kendisini avukatla temsil ettirecek gücü olmayan taraf, bunu yargılama sırasında adli yardım talebi şeklinde ileri sürmemişse, sonradan avukatla temsil edilmediği gerekçesiyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinden söz edemez<sup>364</sup>.

<sup>362</sup> Reid, s.183; Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel, s.646-647.

<sup>363</sup> 15 Şubat 2005.

<sup>364</sup> İdari davalar bakımından bir örnek bkz. M.S. Yılmaz/Türkiye Kararı, Baş. No:37829/05, T:30 Eylül 2008.

Ancak adli yardım talebinde bulunulmuşsa, bu talebin titizlikle değerlendirilmesi gerekir.

Türk hukuk uygulamasında Yargıtay'ın konuya hassasiyetle yaklaştığı ve adli yardımı adil yargılamanın bir unsuru olarak gördüğü söylenebilir. Örneğin, 9.Hukuk Dairesi bir kararında, AİHM içtihatlarına da pekçok atıf yaparak, davalıların ekonomik durumları gerektirdiğinde adli yardım taleplerinin kabul edilmesinin önemini vurgulamıştır<sup>365</sup>.

Fransız hukukunda, temyiz mahkemesi önünde avukatla temsil zorunludur (NCPC, m.975). Bu kural, Fransız doktrininde birçok hukuki tartışmaya sebep olmuşsa da avukatla temsil zorunluluğunun hem yüksek mahkemedeki yargılama hem de hak arayanlar için yararlı olduğu görüşünde birleşilmiştir<sup>366</sup>. Ayrıca, AİHS iç hukukların, temyiz aşamasında avukatla temsili zorunlu kılmasını yasaklamamaktadır. Fransız hukukundaki bu kuralın Sözleşme ile uyumluluğu ilk kez, **Casanovas/Fransa** davasında<sup>367</sup> Komisyon tarafından sınanmıştır. Bu olayda, bir avukatla temsil edilmediği için başvuranın kanun yolu talebinin kabul edilmezliğine karar verilmiştir. Komisyon bu kuralın yargılamanın selametine hizmet ettiğini belirterek adil yargılanma hakkına aykırı bir durum olmadığı sonucuna varmıştır. Ayrıca, mali kaynak yetersizliği gibi sebeplerle avukat tutamayacak kişilerin adli yardım kurumundan yararlandırıldığını not etmiştir. Bu görüşü devam ettiren AİHM, **Voisine/Fransa** kararında<sup>368</sup> *temyiz mahkemesi önündeki prosedürün özelliğinin, yalnızca uzmanlaşmış avukatların yüksek mahkemeye kabul edilmesini*

<sup>365</sup> “Dava konusu olayda davalılardan talep edilen maddi tazminat miktarı 2.500.000,00 TL olup, davalıların dosya içeriği ile sabit olan gelir durumları ve bir kısım davalılar yönünden üzerine tedbir konulan malvarlığı dikkate alındığında yargılamadaki adli yardım taleplerinin kabulüne karar verilmelidir. Özellikle kararın temyizi aşamasında oldukça yüksek miktarda karar ve temyiz harcının yatırılmasının istenmesi ve verilen sürede yatırılmaması üzerine kanun yoluna başvuru hakkının ortadan kaldırılması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinde sözü edilen adil yargılama hakkının ihlali niteliğindedir. Benzer bir olayda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararında, başvuruca istenen mahkeme harcının çok yüksek miktarda olması durumunda devletin mahkeme harcı almaktaki menfaati ile başvuranın mahkemeler vasıtasıyla hakkını korumaktaki çıkarları arasında adil bir denge bulunmadığı kabul edilmiş ve başvuran yararına ihlalin varlığı sonucuna varılmıştır (AHİM, 19.06.2001 gün, başvuru no:28249/95, Kreuz/Polonya).

*Yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bir kararında, başvuruca harç ödemekle yükümlü tutmanın kendisine aşırı bir yük getirmesi halinde, mahkemeye başvuru hakkının özünün zedelendiği kabul edilmiştir (AHİM 26.06.2007 gün, başvuru no:25321/02, Ülger/Türkiye).*

...Böyle olunca, adil yargılanma hakkının ihlal edilmemesi bakımından somut olayda davalılara adli yardım hakkı sağlanmalıdır”. 9.HD, 26.10.2010, E:2009/10000, K:2010/30626 (MİHDER C.7, S.18, 2011, s.226).

<sup>366</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Chen**, s.76-78.

<sup>367</sup> T:2 Eylül 1992, Baş. No: 19203/91.

<sup>368</sup> T:8 Şubat 2000, par.33.

*haklı çıkardığını* ifade etmiştir. Ayrıca, ilk derece mahkemesindeki esasa ilişkin yargılamada mahkemeye erişim hakkından tam olarak yararlanılmış olması, temyiz aşamasında yüksek mahkemeye erişim için birtakım kuralların varlığını tolere etmektedir<sup>369</sup>.

### α *Adli Yardım Mekanizmasının Etkinliği*

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yargı mekanizması içinde adli yardım kurumunun varlığını mahkemeye erişim hakkı için yeterli görmemekte; ayrıca etkin şekilde çalışıp çalışmadığını da araştırmaktadır. Devletler, şartları oluştuğunda adli yardım talep edenlerin etkin bir şekilde bu imkândan yararlanabilmesi için gerekli tüm tedbirleri almalıdırlar<sup>370</sup>. Maddi imkândan yoksun olan taraf, mahkemece kendisine atanan avukat konusunda bir seçim yapma hakkına sahip değilse de, avukatın görevini gereği gibi yerine getirip getirmediği araştırılmalı ve görevin gereği gibi yerine getirilmediği hallerde duruma müdahale edilerek gerekirse yeni bir avukat tayin edilmelidir. Zira, adli yardımdan yararlanan kişinin savunma hakkı, “teorik ve hayali” değil; fakat “gerçek ve etkili” olmak zorundadır<sup>371</sup>.

AİHM içtihatlarına göre, adli yardım kurumunun etkin şekilde işleyişini olumsuz yönde etkileyecek faktörler özellikle iki başlık altında toplanabilir. Bunlardan birincisi: Adli yardım avukatının görevini gereği gibi yapmaması veya yapamaması halidir.

**Bertuzzi/Fransa Kararı**<sup>372</sup>, bu hususun mahkemeye erişim hakkı ile doğrudan ilişkili olduğunu açıkça göstermektedir. Karara konu olayda, Bertuzzi, bir avukata karşı tazminat davası açmak için adli yardım talebinde bulunmuş; fakat kendisine adli yardım bürosunca sırayla atanan üç avukat da davalı tarafla olan kişisel ilişkileri sebebiyle görevden çekilmek istemişlerdir. Adli Yardım Bürosundan başka bir avukat atanması istendiğinde ise, adli yardımdan yararlanması konusunda alınan kararın süresinin dolduğu; davaya devam etmek istiyorsa tekrar başvurması gerektiği bildirilmiştir. Önüne gelen şikâyetle AİHM, başvurana atanan üç avukatın

<sup>369</sup> Andresz/Fransa, T:2 Eylül 1992, Baş. No:19212/91; Rebai/Fransa, 25 Şubat 1997, Baş. No:26561/93.

<sup>370</sup> Puechavy, *L'aide Juridictionnelle*, s.633; Leach, s.271.

<sup>371</sup> Pettiti/Decaux/Imbert, s.248; Mole/Harby, s.63; Boyar, s.206.

<sup>372</sup> Baş. No:36378/97, T:13 Şubat 2003 (Özbek, s.920, dn.45; Leach, s.271).

da çekilmesi ve yeni bir avukat atanmaması sebebiyle başvuranın kendisini etkin şekilde temsil ettiremediğine ve mahkemeye erişim hakkının kısıtlandığına karar vermiştir. Mahkemeye göre yapılması gereken, avukatlar çekilmek istediklerini bildirdiklerinde, Baronun yetkili birimince bu avukatların yerine başka bir avukatın ikame edilmesidir.

**Artico/İtalya Kararı**<sup>373</sup> bir ceza yargılamasına ilişkin olmakla beraber, kararda yapılan tespitlerin hukuk davalarındaki adli yardım faaliyeti bakımından da geçerli olduğu kanaatindeyiz. Bu olayda, aleyhine verilen hükmün temyizi aşamasında mahkeme tarafından kendisine bir adli yardım avukatı atanmasına rağmen başvuran adli yardım avukatı ile hiçbir zaman görüşmemiştir. Adli yardım avukatı, sağlığı ve diğer mesleki zorunluluklar sebebiyle bu göreve devam edemeyeceğini kendisine bildirdikten sonra başvuran adli yardım avukatının değiştirilmesini temyiz mahkemesinden talep ettiyse de bunu başaramamıştır.

İtalyan hükümeti, adli yardım avukatının atanmasının devletin mahkemeye erişim hakkına uymaktaki iradesine delalet ettiğini, avukatın görevini ihmal etmesinden devletin sorumlu tutulamayacağı yönünde savunma yapmışsa da AİHM, Sözleşme'nin amacının, kişinin haklarını teoride ve hayali olarak değil; gerçek ve etkili olarak korumak olduğunu anımsatarak bu savunmayı kabul edilebilir bulmamıştır. Mahkemeye göre, sadece atama yapılması etkin yardımın gerçekleştiği anlamına gelmez. Çünkü yardım amacıyla görevlendirilen avukat ölebilir, ciddi bir hastalık geçirebilir, uzun süre iş görmekten alıkoynulabilir veya üstlendiği görevleri azaltmak isteyebilir. Böyle bir durumdan haberdar edildikleri takdirde yetkililerin yeni bir avukat ataması ya da görevli avukatın yükümlülüğünü yerine getirmesini sağlamaları gerekir<sup>374</sup>.

AİHM bu kararında, adli yardım avukatının görevini ihmal konusundaki sorumluluğu devlete yüklemekle birlikte, yetkili otoritelerin adli yardım avukatının tüm eksikliklerinden ve savunmayı yürütüş şeklinden sorumlu tutulamayacağını ayrıca belirtmiştir. Yetkili ulusal mercilerin müdahalesi, adli yardım avukatının etkin temsilde başarısız olduğunun açıkça anlaşıldığı hallerde veya bu duruma bir şekilde dikkatleri çekildiğinde gerekli olur. Açık bir yetersizlik halinin var olduğu ya da

<sup>373</sup> T:13.04.1980.

<sup>374</sup> Par.33.

yetkili makamların durumdan haberdar edildiği hallerde gösterilen kayıtsızlık, Devletin sorumluluğunu doğurur<sup>375</sup>.

Esas olarak makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasını içeren bir davada<sup>376</sup> AİHM dolaylı olarak bu konuya da değinmiş ve adli yardım avukatının hareketsizliğinden başvurunu sorumlu tutmuştur. Bunun sebebi, başvuranın konuyla ilgili yetkili makamlara hiçbir şikâyette bulunmamasıdır.

Yukarıdaki kararlarda tespit edilen prensipler uyarınca, etkili bir adli yardım mekanizması için, hâkimler gibi barolara da görev düştüğü söylenebilir. Barolar ve bünyelerindeki adli yardım büroları, adli yardımdan yararlananların talep ve şikâyetlerini dikkate almalı ve araştırmalıdır. Adli yardımın yetersiz kaldığı tespit edildiğinde ise atanan avukat değiştirilmeli veya durumun gerektirdiği diğer tedbirler alınmalıdır<sup>377</sup>.

AİHM içtihatları doğrultusunda, adli yardım kurumunun etkin işleyişi için önem arz eden ikinci faktör ise, adli yardımın zamanında sağlanmasıdır<sup>378</sup>. Bu ödev, **Garcia Manibardo/İspanya** davası<sup>379</sup> ile dile getirilmiştir. Karara konu yerel yargılamada başvuran, adli yardım talebinde bulunmuşsa da, mahkeme bu talebin değerlendirilmesinde ihmalkâr davranmış, talebin kabulüne veya reddine ilişkin bir karar verilmemiştir. Yargılama sonunda aleyhine bir miktar tazminat ödenmesine karar verilen başvuran hükmü temyiz etmek istemişse de temyiz talebi öngörülen teminatın yatırılmaması sebebiyle reddedilmiştir. Çünkü iç hukuka göre temyiz talebinde bulunmanın ön koşulu hükme konu olan miktarın teminat olarak depo edilmesidir ve bu kuraldan yalnızca adli yardımdan yararlananlar muaf tutulmaktadır. Başvuranın adli yardım talebi o tarihte hala kabul edilmemiş olduğundan bu muafiyetten yararlanması mümkün olmamış ve istenen miktarı depo edemediği için temyiz aşamasında başarılı olma şansından mahrum bırakılmıştır. İspanyol hükümetinin tazminata mahkûm edildiği bu davada AİHM, bireylere adli

<sup>375</sup> **Puechavy**, L'aide Juridictionnelle, s.631. Benzer kararlar, Kamasinski/Autriche, 19 Aralık 1989, par.65; Daud/Portekiz, 21 Nisan 1998, par.38; Örneğin adli yardım avukatının, temyiz başvuru usulündeki eksiklikler sebebiyle, talebin reddine sebep olması avukatın yetersizliğini göstermektedir ve yetkili kurumların müdahalesini gerektirir. Czekalla/Portekiz, 10 Ekim 2002.

<sup>376</sup> H/Fransa, 24 Ekim 1989.

<sup>377</sup> **Chen**, s.23; **Puechavy**, L'aide Juridictionnelle, s.631.

<sup>378</sup> **Chen**, s.24; **De Salvia**, s.229.

<sup>379</sup> T: 15 Şubat 2000, Baş No:38695/97.

yardım fırsatının sunulmasını yeterli bulmamış; adli yardımın zamanında sağlanmasının önemini belirtmiştir. Ancak gereksinim duyulan zamanda sağlanan adli yardım ile mahkemeye erişim hakkı etkin bir şekilde sağlanabilir<sup>380</sup>.

Adli yardımının sağlanmasındaki gecikmeler ayrıca, makul sürede yargılanma hakkını da ihlal edebilir<sup>381</sup>. **Duclos/Fransa** kararında, AİHM, toplam sekiz yıl süren yargılamanın iki yılı, adli yardım kararı beklemekle geçtiği için, yargılama süresinin makul olmadığına hükmederken, sürenin aşılmasındaki temel faktörün yetkili makamlarca adli yardım talebine cevap verilememesi olduğunu belirtmiştir<sup>382</sup>.

Adli yardım talebinin kabul edilmesiyle birlikte adli yardım avukatının görevden çekilmek istemesi halinde, bu bildirim adli yardımdan yararlanan tarafa, davasını etkili şekilde takip etmesine fırsat verecek bir zamanda yapılması da önem taşımaktadır<sup>383</sup>. Örneğin, **Sialkowska/Polonya** davasında<sup>384</sup>, başvuran ve adli yardım avukatı temyize başvuru süresinin dolmasına üç gün kala buluşabilmişler ve adli yardım avukatı göreve devam etmeyeceğini bildirmiştir. Üç günlük süre, başvuranın temyiz başvurusunu başarılı bir şekilde hazırlaması için yeterli değildir. Dolayısıyla AİHM bu davada, başvurana davasını takip için yeterli fırsata sahip olacağı bir zaman verilmediğine hükmetmiştir.

#### α Adli Yardım Şartları

AİHM içtihatlarında, adli yardımdan yararlanmanın bir takım koşullara bağlanabileceğini kabul etmektedir<sup>385</sup>. **Airey/İrlanda** kararında ifade edildiği gibi<sup>386</sup>, ekonomik ve sosyal hakların gerçekleşmesi büyük ölçüde devletlerin mali kaynaklarıyla orantılıdır. Bu nedenle devletler adli yardımı birtakım koşullar altında sunabilirler. Adli yardımın gerekmediği ve bunun eksikliğinin mahkemeye erişim hakkını riske etmediği bütün davalarda ayırım yapmadan adli yardım mekanizmasının işletilmesi sınırlı kaynaklar dikkate alındığında anlaşılabilir olmaz<sup>387</sup>.

<sup>380</sup> Par.42-45. Benzer bir başka karar, AB/Slovakya, 04.03.2003.

<sup>381</sup> **Puechavy**, L'aide Juridictionnelle, s.627.

<sup>382</sup> T:17.12.1996.

<sup>383</sup> **Reid**, s.185.

<sup>384</sup> 22.03.2007, par.114.

<sup>385</sup> **Puechavy**, L'aide Juridictionnelle, s.623; **van Drooghenbroeck**, s.111.

<sup>386</sup> Par.26.

<sup>387</sup> **Chen**, s.16.



Örneğin, Alman hukukunda evlilikle ilgili davalarda avukatla temsil zorunluluğu olmasına rağmen, sadece oturma izni almak isteyen kişilerle para karşılığı evlenen Alman kadının boşanmak için adli yardım talebinin reddedilmesi, mahkemeye erişim hakkına aykırı bulunmamıştır. Başvuranın daha önce de benzer şekilde evlenip boşandığı göz önünde tutulmuş, ayrıca adli yardım talebinin reddi keyfi bir karara dayanıp dayanmadığı araştırılmıştır. Bu tür davalarda başvurucaunun başka kaynaklardan yardım alarak davasını takip etmesi yükünü yüklenmesi gerektiğine karar verilmiştir<sup>388</sup>.

Adli yardımdan yararlanma şartları, adli yardım kurumuna müracaat eden tarafın ekonomik durumu ve yargılama sırasındaki başarı ihtimali gibi unsurlar dikkate alınarak belirlenebilir<sup>389</sup>. Bununla birlikte, devletin vatandaşları ile yabancılar arasında ayırım yaparak birtakım şartlar belirlemesi mümkün değildir. Örneğin, **Anakomba Yula/Belçika** kararında, yerel mahkemedeki babalık davası açmak isteyen başvuranın adli yardım talebinin, Belçika'da yerleşim yerinin olmaması sebebiyle reddedilmesi, mahkemeye erişim hakkına ve ayrımcılık yasağına aykırı bulunmuştur<sup>390</sup>.

Kanun koyucu tarafından öngörülen koşulların somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilmeye çalışılırken titiz davranılmalıdır. Adli yardım talebinde bulunana adli yardım şartlarını tam olarak ortaya koyması için fırsat verilmeli, açıklama hakkı kullandırıldıktan sonra mahkeme adli yardım talebinin kabulü ya da reddi kararını gerekçelendirmelidir. Unutulmamalıdır ki, adil yargılanma hakkının bir unsuru olan hukuki dinlenilme hakkı, yalnızca yargılamanın yürütülmesi aşamasında değil; uyuşmazlığın yargı mercileri önüne getirilmesini sağlayan aşamalarda da geçerlidir<sup>391</sup>.

AİHM, adli yardım mekanizmasının işletilmesini belli şartlara bağlamayı olağan görmekle beraber, avukatla temsilin zorunlu olduğu hukuk sistemleri

<sup>388</sup> W/Almanya, 04.12.1985. **İnceoğlu**, s.127; **Puechavy**, L'aide Juridictionnelle, s.623.

<sup>389</sup> Steel & Morris/ Birleşik Krallık Kararı, par. 62; Munro/ Birleşik Krallık, No. 10594/83, 14 Temmuz 1987 tarihli Komisyon Kararı.

<sup>390</sup> T:10.03.2009.

<sup>391</sup> **Özekes**, Hukuki dinlenilme, s.198. 4.HD, 27.5.1991, 3493/5420 (YKD 1991/8, s.1182).

hakkındaki çekincelerini **Aerts/Belçika** kararıyla<sup>392</sup> ortaya koymaktadır. Karara konu yargılamada, başvuranın kazancının yargılama giderlerini karşılamakta yetersiz olmasına rağmen temyiz aşamasındaki adli yardım talebi reddedilmiştir. Adli yardım bürosu ret gerekçesini yalnızca, *ilk derece mahkemesindeki yargılamada iddialarının haksız çıkmış olmasına* dayandırmıştır. AIHM, adli yardım bürosunun bu tutumuyla başvurana, temyiz başvurusunu başarıyla sonuçlandırma şansı tanımadığını ifade etmiştir. Özellikle iç hukuk, kanun yolu aşamasında avukatla temsil zorunluluğu öngördüğünden, adli yardım için özellikle haklılık gibi bir sebebin aranması mahkemeye erişimi imkânsız hale getirmiştir<sup>393</sup>.

Türk Hukukunda adli yardımdan yararlanabilme koşulları, yoksulluk ve haklılık idi<sup>394</sup>. HMK m.334'e göre, kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen *ödeme gücünden yoksun olan kimseler*, iddia ve savunmalarında, geçici hukuki korunma taleplerinde ve icra takibinde, *haklı oldukları yolunda kanaat uyandırmak kaydıyla* adli yardımdan yararlanabilmekteydiler<sup>395</sup>. Anılan madde, "İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 6459 Sayılı Kanun"<sup>396</sup> un 22.maddesi ile değiştirilmiş, *haklı oldukları yolunda kanaat uyandırmak* ifadesinin yerini, ***taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması*** ifadesi almıştır. O halde, yürürlükteki düzenlemeye göre, adli yardımdan yararlanabilme koşulları, yoksulluk ve talebin açıkça dayanaktan yoksun olmamasıdır. Söz konusu değişikliğin isabeti konusundaki görüşlerimiz, haklılık koşuluna ilişkin başlık altında ayrıca belirtilecektir.

Şimdi bu iki şartı biraz daha yakında inceleyelim.

<sup>392</sup> T:30 Temmuz 1998, Baş No: 61/1997.

<sup>393</sup> Par.60.

<sup>394</sup> Fransız hukukunda adli yardımın hukuki dayanağı, 10 Temmuz 1991 tarihli, 91-647 sayılı Kanun'dur. Bizdekine benzer bir düzenlemenin yer aldığı bu Kanuna göre, adli yardımdan yararlanabilmek için gerekli olan iki koşuldan ilki, mali kaynakların yetersizliği (m.4), ikincisi davanın açıkça kabul edilemez veya hukuki dayanaktan yoksun olmamasıdır (m.7). İsviçre Federal Usul Kanunu'nun 117.maddesinde de adli yardım için aynı koşullar aranmaktadır <http://www.admin.ch/ch/f/rs/272/a117.html> (07.05.2013; 14:45); **Hofmann/Lüscher**, s.68-69.

<sup>395</sup> HUMK'nda da aynı şartlar aranmaktaydı: "Kendisiyle ailesini meşetçe ehemmiyetli zarurete düşürmeksizin masarifi lazimeyi kısmen veya tamamen ifadan aciz olan kimselerle müessesatı hayriye iddia ve müdafaalarında veya icraya ve ihtiyati tedbirlere müracaatlarında haklı olduklarına dair delil gösterirlerse müzaheretli adliyeye nail olabilirler." (m.465).

<sup>396</sup> RG. 30 Nisan 2013, S.28633.

Yoksulluk Şartı:

Yoksulluk tamamen bir fakr-u zaruret içinde bulunmak şeklinde anlaşılmalıdır<sup>397</sup>. Kendisi ve ailesinin normal geçimini sağlayacak kadar malvarlığı ve gelire sahip olan bir kişinin tarafı olduğu dava nedeniyle yapmak zorunda olduğu harcamalar kendisinin ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zora düşürecekse adli yardımdan yararlanabilmesi gerekir<sup>398</sup>. Burada önemli olan, yargılama veya takip için gerekli giderleri yaptıktan sonra sıkıntıya düşülüp düşülemeyeceğidir. Kişinin, adli yardımdan yararlanması için sürekli bir geçim sıkıntısı içinde olması şart değildir. Ortalama bir geçim düzeyine sahip olmakla beraber, yargılama masrafları nedeniyle önemli ölçüde maddi sıkıntıya düşecek olan kişiler de adli yardıma başvurabilmelidir<sup>399</sup>.

Yoksulluk şartıyla ilgili olarak, AİHM'ne çok fazla başvuruda bulunulmamıştır. Ancak, kural olarak başvuranın ödeme gücü olmadığını göstermesi için ispat sınırının çok yüksek tutulmaması gerektiği ifade edilmektedir<sup>400</sup>.

**Tunç/Türkiye davasına**<sup>401</sup> konu olayda, başvuran (Bakanlık bünyesinde aşçı olarak çalışırken, arızalı kıyma makinesi orta parmağını kopardığı için) Milli Eğitim Bakanlığı aleyhine iş kazası nedeniyle tazminat davası açmış ve adli yardım talebinde bulunmuştur. Dosyaya muhtarlık tarafından verilen fakirlik belgesi de eklenmiştir. Mahkeme başvuranın ekonomik ve sosyal durumu hakkında yürütülen soruşturmayı beklerken, adli yardım talebini geçici olarak kabul etmiştir. Kısa bir süre sonra hazırlanan soruşturma raporu, başvuranın ev sahibi olduğunu, evli ve altı çocuk babası olduğunu, ihtiyaçlarını kendi imkânları ile sağladığını ancak hiçbir gelirinin olmadığını göstermektedir. Davanın açılmasından yaklaşık on bir ay sonra mahkeme, sözü geçen rapora dayanarak adli yardım yapılması kararını iptal etmiştir. Ardından, Batman İl İdare Kurulu'ndan da başvuranın yoksul olduğuna dair karar alınarak mahkemeye sunulmuş ve adli yardım yapılmasını reddeden kararın yeniden incelenmesi talep edilmiştir. Mahkeme gerekçe göstermeksizin başvuranın talebini

<sup>397</sup> Oğuz Atalay, "Hukuk Muhakemeleri Tasarısında Avukatla Temsil Zorunluluğu ve Adli Yardım" Hukuki Perspektifler Dergisi, S.8, s.99, Eylül 2006; Karşlı, s.660.

<sup>398</sup> Postacioğlu, s.677; Bilge, s.304; Bilge/ Önen, s.345; Üstündağ, s.776; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s.744; Alangoya/Yıldırım/Deren- Yıldırım, s.420.

<sup>399</sup> Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s.1000.

<sup>400</sup> Mole/Harby, s.63.

<sup>401</sup> Baş. No: 20400/03, T:21 Şubat 2008.

reddetmiş ve başvuranın yargılama masraflarını ödemesine karar vermiştir. Sonraki bir tarihte de, söz konusu masrafların ödenmediği tespit edilerek, başvuranın dava dilekçesi reddedilmiştir.

AIHM mevcut davada, başvuranın, Asliye Hukuk Mahkemesi nezdinde, somut ve etkili bir şekilde mahkemeye erişim hakkından yararlanamadığı sonucuna varmıştır. Adli yardım talebinin reddi başvuranı, davasının bir mahkeme tarafından görülmesi imkânından yoksun bırakmıştır. Bir kere, adli yardım yapılması kararı iptal edilirken, başvuranın ev sahibi olması ve kalabalık bir ailenin ihtiyaçlarını kendi imkânları ile karşılamasına dayanılması doğru değildir. Çünkü yukarıda da ifade edildiği gibi, buradaki kriter, dava için yapılması gereken masrafların ödenmesinin davacı ve ailesinin geçimini zora sokup sokmayacağı olmalıdır. Yoksa davacının kendi ihtiyaçlarını dahi göremeyecek kadar aciz halinde olması aranmamalıdır. Kaldı ki, somut olaydaki dava dosyasında hem muhtarlıktan alınan fakirlik belgesi hem de İl İdare Kurulundan alınan başvuranın “yoksul olduğu”na dair karar mevcuttur.

Benzer bir sorun **Serin/Türkiye Kararına**<sup>402</sup> konu yargılamada tespit edilmiştir. Olayda, Karakol’da gözaltına alınan başvuran, polislerin kendisine şiddet uyguladıkları ve gözaltı süresince hakarete uğradığı gerekçesiyle İzmir İdare Mahkemesi’nde maddi ve manevi tazminat davası açmıştır. Başvuran (davacı) ayrıca, muhtar tarafından düzenlenen fakirlik belgesini sunarak, ekonomik durumunun yargılama masraflarını ödemeye müsait olmadığını ifade etmiş, emekli aylığı ile geçimini sağladığını ve kirada oturduğunu belirterek adli yardım talebinde bulunmuştur. Mahkeme, HUMK m.465’in aradığı adli yardım koşullarına uymadığı gerekçesiyle talebi reddetmiş ve başvuru harcının ödenmesi hususunda davacı avukatına bir süre vermiştir. Verilen sürede harcın ödenmemesi üzerine, Mahkemece davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiştir. Bu arada tazminat davasına paralel olarak yürütülmekte olan ceza davasında, altı polis memurunun kötü muameleden üç yıl hapis cezasına mahkûm edilmesine ve cezanın ertelenmesine karar verilmiştir. Yani, davacının polis memurları tarafından kötü muameleyle maruz kaldığı ceza mahkemesi kararıyla tespit edilmiş dahi olsa, bu muamele dolayısıyla tazminat talebi ile mahkemeye başvurması mümkün olmamıştır.

---

<sup>402</sup> Baş. No: 18404/04, 18 Kasım 2008.

AİHM önündeki savunmasında hükümet, başvuranın emekli maaşı olduğuna ve bir avukat tuttuğuna işaret etmiştir. Hiçbir ücret almadan bir kişiye hizmet veren her avukatın bu durumdan Baroyu bilgilendirmesi gerektiğini ancak mevcut davada böyle bir durumun söz konusu olmadığını belirtmiştir. Hükümete göre bu nedenle, başvuranın avukatlık ücretini ödemek için yeterli geliri olduğundan yola çıkılarak mahkeme masraflarını da ödeme imkânı olduğu sonucuna varılabilecektir. Savunmada ayrıca, yargılama giderlerini azaltacak şekilde kısmi dava açabilme imkânının bulunduğu fakat kullanılmadığına da dikkat çekilmiştir.

AİHM'ne göre, adaletin iyi şekilde tecelli etmesi için bir kişinin mali hakkına kısıtlamalar getirilebilir<sup>403</sup>. Hukuk mahkemelerinde açılan davalar için mahkeme harcı ödenmesinin istenmesi kural olarak mahkemeye erişim hakkının sınırlaması olarak kabul edilmez. Bununla birlikte, ilgilinin mahkemeye erişim hakkından yararlanıp yararlanmadığının belirlenmesinde, somut olaydaki koşullar ışığında, yargılama masraflarının tutarı, kişinin ödeme gücü ve söz konusu sınırlamanın yargılamanın hangi safhasında ortaya çıktığı gibi etkenler de dikkate alınmalıdır<sup>404</sup>. Serin/Türkiye davasında, başvuranın ödemesi gereken yargılama masrafları 2004 yılı için 607.888.000 TL (yaklaşık 370 Euro); başvuranın aylık emekli maaşı ise 376.000.000 TL (yaklaşık 220 Euro) idi. Sonuç olarak bu tabloda yargılama masraflarının başvurana aşırı bir yük yüklediği kanaatine varılmaktadır. Dosyaya konulan fakirlik belgesi, başvuranın maddi durumunu belirtmek için yeterlidir. Adli yardım talebinin reddedilmesi, yargılamanın ilk safhasında, ilk derece mahkemesinde gerçekleşen bir kısıtlamadır ve başvurunu davasının bir mahkeme tarafından görülmesi imkânından yoksun bırakmıştır.

**M. ve S. Yiğit/Türkiye Kararına**<sup>405</sup> konu tazminat davasında da, başvuranlar muhtarlıktan aldıkları yoksul durumda olduklarını tasdik eden belgeyi mahkemeye ibraz etmelerine rağmen, adli yardım talepleri, bir avukat tarafından temsil edildikleri gerekçesiyle reddedilmiştir. Oysaki avukat davayı takip etmek için müvekkillerinden önceden para almadığını; davanın sonunda hükmedilecek tazminatın belirli bir yüzdesini alması konusunda anlaşmalarını ifade etmiştir. Söz konusu dönemde

<sup>403</sup> Tolstoy-Miloslavsky/ Birleşik Krallık, 13 Temmuz 1995.

<sup>404</sup> Kreuz/Polonya, 19.06.2001; Weissman ve Diğerleri/Romanya, 24.05.2006; Iorga/Romanya, 25 Ocak 2007.

<sup>405</sup> Baş. No:52658/99; T:17 Temmuz 2007.

ödenmesi gereken masraflar, aylık asgari ücretin dört katından fazla tuttuğu ve davacıların bu masrafları ödeyemeyecek durumda oldukları dosyaya sunulan belgelerden tartışmaya mahal bırakmayacak kadar açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Bütün bu gerekçelerle AİHM, şart koşulan mahkeme masraflarının başvuranlar üzerinde aşırı bir yük oluşturduğu ve mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Daha önce de ifade edildiği gibi, kişinin avukat tutmuş olması, adli yardım talebinin reddi için tek başına yeterli bir gerekçe teşkil etmemelidir. Sırf bu nedenle başvuranların yeterli gelire sahip kabul edilmesi ve ilgililerin gerçek mali durumların hesaba katılmaması uygun değildir<sup>406</sup>.

Dikkat edilirse yukarıdaki örneklerde, Mahkeme dosyadaki belgelere rağmen adli yardım talebini reddetmiş ve kararında tatmin edici bir gerekçe göstermemiştir. O dönem yürürlükteki HUMK m.469 uyarınca, adli yardım talebinin kabulü ya da reddine dair verilen kararlar kesindir. Talebin yerindeliği hususunda mahkemenin takdirine itiraz imkânı tanınmamaktadır. Bu nedenle, verilen ret kararına karşı temyiz yoluna gidilememiştir. Yürürlükteki HMK m.337/f.2'nin ilk düzenlemesinde, adli yardım talebinin kabul veya reddine dair kararlara karşı kanun yoluna başvurulamayacağına ilişkin kural korunmuştur. Bu doğrultuda, adli yardım talebi, ilk derece mahkemesindeki yargılama esnasında, taraflarca sunulan yazılı belgeler temelinde tek bir kez incelenmektedir. Üstelik bu inceleme sırasında muhtemelen talepte bulunan dinlenmemekte ve itirazlarını sunma imkânı kendisine verilmemektedir.

AİHM, söz konusu düzenlemeler nedeniyle, Türk adli yardım sisteminde, kişileri keyfilikten koruyacak nitelikte yargılamaya ilişkin gerekli tüm güvencelerin sunulmadığını, konuyla ilgili her kararında dile getirmiştir<sup>407</sup>. Sözleşme tarafından koruma altına alınan adil yargılanma hakkının ihlaline sebebiyet veren bu kural isabetli olarak, 6459 Sayılı Kanun'un 23.maddesi ile değiştirilmiş, mahkemeye erişim hakkının etkin şekilde gerçekleştirilmesi açısından hukukumuzda olumlu bir adım atılmıştır.

<sup>406</sup> Bakan/ Türkiye, 12.06.2007, Par.72-79.

<sup>407</sup> Tunç/Türkiye, T:21.02.2008, Baş. No:20400/03; Çiğirhun Öner/Türkiye, T:20.05.2008, Baş. No: 33612/03; Mehmet ve Suna Yiğit/Türkiye, T:17.07.2007, Baş. No:52658; Serin/Türkiye, T:18.11.2008, Baş. No:18404/04.

HMK m.337’de iki önemli yenilikten bahsetmek mümkündür. Birincisi, önceden duruşma yapılmaksızın incelenen adli yardım talepleri hakkındaki incelemeler talep halinde duruşmalı olarak yapılabilecektir. Ayrıca adli yardım taleplerine ilişkin mahkeme kararlarında sunulan bilgi ve belgelerin kabul edilmeme sebebi açıkça belirtilecektir (HMK m.337/f.I). İkinci önemli yenilik, adli yardım talepleri hakkında verilen kararlara karşı kanun yoluna başvurulamayacağına ilişkin ikinci fıkranın değiştirilmesidir. Yeni fıkra metnine göre, adli yardım talebinin reddine ilişkin kararlara karşı, ***tebliğinden itibaren bir hafta içinde kararı veren mahkemeye dilekçe vermek suretiyle itiraz edilebilir***. Kararına itiraz edilen mahkeme, itirazı incelemesi için dosyayı o yerde adli yardım talebi yapılan hukuk mahkemesinin birden fazla dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye, son numaralı daire için birinci daireye, o yerde adli yardım talebi yapılan hukuk mahkemesinin tek dairesi bulunması hâlinde ise aynı işlere bakmakla görevli en yakın mahkemeye gönderir. İtiraz incelemesi neticesinde verilen karar kesindir. Adli yardım talebi reddedilirse, ödeme gücünde sonradan gerçekleşen ciddi bir azalmaya dayanılarak tekrar talepte bulunulabilir.

Devletin kamu kaynaklarından sadece gerçekten ihtiyacı olan davacılara adli yardım yapmak istemesi meşru bir kaygı olarak kabul edilebilir fakat adli yardım sistemi, talepte bulunan kişileri keyfilikten koruyacak şekilde düzenlenmelidir. Bu nedenle, adli yardım talebinin kabul veya reddine ilişkin kararlara karşı kanun yolunun açık bırakılması görüşünün taraftarı olarak<sup>408</sup>, mevcut düzenlemede en azından bir itiraz imkânının getirilmesini olumlu bulmaktayız. Bu düzenleme, bireylerin mahkemeye erişim hakkını daha etkili bir şekilde garanti altına almış olmaktadır. İlk derece mahkemesinde hukuka aykırı olarak verilen bir kararın doğuracağı zararlar, üst derece mahkemesi -veya yürürlükteki kural çerçevesinde bir başka mahkeme- tarafından engellendiğinde sorun, Devletin kendi yargı mekanizması ve iç hukuk çerçevesinde çözülmüş olacak; AİHM tarafından bu nedenle verilen mahkûmiyet kararlarının önüne geçilecektir.

<sup>408</sup> İsviçre Federal Usul Kanunu’nun 121.maddesinde, adli yardımın kabulüne veya reddine ilişkin kararlar için kanun yolu açık bırakılmaktadır, <http://www.admin.ch/ch/f/rs/272/a121.html> (07.05.2013; 14:50).

Haklılık Şartı:

Adli yardım şartlarından bir diğeri, adli yardım talebinde bulunan kimsenin, asıl uyuşmazlık hakkındaki talebinin başlangıçta haklı olduğuna dair bir kanaate varılıyor olması idi (HMK m.334/f.1). Doktrinde haklılık koşulunun varlığından bahsedebilmek için yaklaşık ispat ölçüsünde hâkimde bir kanaatin oluşmasının yeterli olduğu yönünde görüş birliği mevcuttu<sup>409</sup>. Haklılık şartı, “İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 6459 Sayılı Kanun”<sup>410</sup> un 22.maddesi ile değiştirilmiş, *haklı oldukları yolunda kanaat uyandırmak* yerine, *taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması* ifadesi kullanılarak haklılık şartı yumuşatılmıştır.

6459 sayılı Kanun ile yapılan değişikliği son derece olumlu karşılamaktayız. Zira haklılık şartı doktrinde çeşitli eleştirilere konu olmaktadır. Nasıl ki adli yardım talebi olmaksızın mahkemeye yöneltilen taleplerde, talepte bulunanın haklı olup olmadığı başlangıçta araştırılmıyorsa, adli yardım talebinde bulunanlardan da böyle bir şey beklemek doğru değildir<sup>411</sup>. Bu uygulama, başlangıçta durumu zayıf olan kimsenin elinden hukuki dinlenilme hakkının alınması anlamına gelecektir<sup>412</sup>. Yoksul olan bir kimsenin ancak haklı olması halinde, adli yardım kurumundan yararlanarak dava açması mümkün olabileceksen, maddi durumu iyi yargılama giderlerini karşılayabilecek durumda olanların haklı olup olmadığına bakılmamaktadır. Bu ise, yoksul ile zengin arasındaki eşitsizliğin devam ettiğini göstermektedir<sup>413</sup>.

Doktrinde, belirtilen sakıncaları bertaraf edebilmek amacıyla, henüz Kanundaki değişiklik yapılmamışken dahi, adli yardım talepleri incelenirken, talepte bulunan kişinin baştan açıkça haksız görülüyor olması haklılığın ispatı için yeterli sayılıyordu<sup>414</sup>. Adli yardım talebinde bulunan kişinin, iddia ve savunmasında başarılı olma ümidi varsa ve bu başarı şansı, haksız çıkma tehlikesinden daha fazla ise

<sup>409</sup> Bilge, s.305; Bilge/ Önen, s.346; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s.745; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.420; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, s.1002.

<sup>410</sup> RG. 30 Nisan 2013, S.28633.

<sup>411</sup> Özkes, Hukuki dinlenilme, s.308.

<sup>412</sup> Hakan Pekcanitez, “Hukuki Dinlenilme Hakkı”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir 2000, (Hukuki dinlenilme), s.784.

<sup>413</sup> Yılmaz, Yargılama Giderlerinin İşlevi s.219. Yazar, yukarıdaki gerekçelerle haklılık koşulunun kaldırılması gerektiğini ifade etmektedir.

<sup>414</sup> Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s.745; Atalay, s.99.



haklılık koşulunun somut talep bakımından gerçekleştiği kabul edilmekteydi<sup>415</sup>. Kanaatimizce bu, doğru bir çözümdü. Çünkü haklılık koşulunun katı bir şekilde uygulanması, mahkemeye erişim hakkının ihlali tehlikesi doğurur. Bir davada, adli yardım talebi yalnızca talebin haklı olmadığı sebebiyle reddedilirse ve davacı aynı zamanda mali açıdan da yargılama masraflarını karşılayabilecek güçte değilse, dava, gerekli harcın yatırılmaması sebebiyle görülemeyecek ve mahkemeye erişim hakkı engellenmiş olacaktır. Bu nedenle, adli yardım taleplerinde oldukça titiz inceleme yapılması gerekir. Özellikle, davacının, ekonomik yönden ilk koşulu karşıladığı ihtimallerde haklılık koşulunun karşılanmaması sebebiyle talebin reddi, ilgili hukuki korunma talebi bakımından mahkeme kapısının sonsuza kadar kapanması sonucunu doğurabilir.

Nitekim **Aerts/Belçika Kararı**<sup>416</sup> konu olayda, adli yardım bürosu iddianın haklı olmadığı gerekçesiyle adli yardım talebini reddettiğinde AİHM, başvuranın mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkûmiyet kararını müteakiben Belçikalı yasa koyucu adli yardıma ilişkin yasada değişiklik yaparak, adli yardım taleplerinin yalnızca “açıkça dayanaktan yoksunluk” sebebiyle reddedilmesi kuralını getirmiştir.

**Gnahoré/Fransa** kararı<sup>417</sup> da haklılık koşulunun nasıl anlaşılması gerektiği hakkında net bir fikir vermektedir. Babanın çocukla ilişkisini konu alan bu dava sonucunda hükmü temyiz eden başvuran temyiz talebiyle birlikte temyiz mahkemesinin bağlı olduğu bürodan adli yardım talebinde bulunmuştur. Başvuranın mali kaynaklarının yetersizliğine rağmen söz konusu talep, temyiz başvurusunun ciddi bir dayanağı olmaması sebebiyle reddedilmiştir. Aerts kararından farklı olarak bu davada AİHM, 6.maddenin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.

Bu kararın gerekçesi iki hususa dayanmaktadır. İlk olarak, daha önce de ifade edildiği gibi, 6.madde hak arayanlara mahkemeye etkin erişim hakkı sağlanmasını güvence altına almasına rağmen, devletler bu sonucu sağlayacak araçların seçimi konusunda serbesttirler. İç hukukta avukatla temsil zorunluluğu olmadığı ya da yargılama usulünün karmaşıklığı sebebiyle avukatla temsil edilmemek davanın

<sup>415</sup> Postacıoğlu, s.677; Üstündağ, s.776-777; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s.1002.

<sup>416</sup> 30 Temmuz 1998; Benzer bir başka karar, Debeffe/Belçika, Baş. No:64612/01, T:9 Temmuz 2002.

<sup>417</sup> T:19 Eylül 2000, Baş. No:40031/98.

başarılı olma şansını tehlikeye atmadığı müddetçe adli yardım sisteminin mutlaka var olması gerekmez. Fransız hukukunda ilk derece yargılamasında avukatla temsil zorunluluğu yoktur ve yargılama usulü kuralları kişilerin mahkeme önünde meramını başarıyla anlatabileceği ölçüde basitleştirilmiştir<sup>418</sup>. Başvuran, davanın esastan görüldüğü ilk derece mahkemesine herhangi bir engelle karşılaşmaksızın ulaşabilmiştir.

İkinci olarak, Fransız adli yardım sisteminin bireylere temel garantileri sunduğu kanaatine varılmıştır<sup>419</sup>. Fransız adli yardım bürosu temyiz mahkemesine organik olarak bağlıdır. Adli yardım bürosunu bu mahkeme üyeleri ve onlar tarafından seçilen kişiler oluşturmaktadır. Büronun mahkemeye olan bu yakınlığı, adli yardım bürosu başkanının hâkim olması ve adli yardım taleplerine ilişkin kararlarının temyiz mahkemesi başkanı tarafından kontrol ediliyor olması, başvuranın temyiz talebindeki haklılığının değerlendirilebilmesi için yeterli görülmüştür.

AİHM sonraki tarihli iki içtihadında<sup>420</sup>, Fransız hukukuna göre temyiz mahkemesi önünde avukatla temsil zorunluluğu olmasına rağmen, adli yardım bürosunun, başvuranların haklılık koşulunun karşılanmaması gerekçesiyle adli yardım talebini reddetmelerini mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak değerlendirilmemiştir. Söz konusu kararlardaki koşullar Aerts kararıyla hemen hemen aynı olmasına rağmen Fransız adli yardım sisteminin bireylere temel garantileri sunduğu ifade edilerek daha önce dile getirilen iki gerekçeye bir üçüncüsü eklenmiştir: Buna göre, başvuranlar, adli yardım talepleri reddedildiğinde, davalarına bir şekilde devam etmenin yolunu bularak davayı kazanma ve masraflarını geri alma şansını kullanabilirlerdi. Başvuranlar eğer iddialarında haklı olduklarına ve davalarının sağlam bir temele dayandığına inanıyor olsalardı, adli yardım verilmemesine rağmen davaya devam edebilmek için ekonomik engelleri o veya bu şekilde aşarlardı<sup>421</sup>.

<sup>418</sup> Par.40. Sözü edilen kurallar Fransız Medeni Usul Kanunu'nun (NCPC) 983-995. maddeleridir.

<sup>419</sup> **Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.648.

<sup>420</sup> Essaadi/Fransa, T:26 Şubat 2002, Baş No:49384/99; Del Sol/Fransa, T:26 Şubat 2002, Baş No:46800/99.

<sup>421</sup> **Chen**, s.20.

Kanaatimizce mahkemenin bu görüşüne katılmak mümkün değildir. Çünkü mali kaynak yetersizliği sebebiyle adli yardım talebi reddedilen kişinin iddiasının haklılığına olan inancını davayı bir şekilde devam ettirip ettirmemesiyle sınamak adil bir çözüm tarzı değildir. Zaten maddi anlamda sıkıntı çeken bireyin üzerine daha büyük bir külfet yüklemektir. Kaldı ki, herkes davasını tek başına sürdürebilecek ya da ekonomik engelleri aşabilecek kadar, akla, eğitime ve bilgi seviyesine sahip olmayabilir. Mahkemeye erişim hakkı toplumun her kesimi düşünülerek yorumlanmalı ve uygulanmalıdır.

HMK m.338 f.1’de, 1086 sayılı Kanundan farklı olarak, geçici hukuki koruma taleplerinde de adli yardımdan yararlanılabileceği yolunda bir düzenleme yer almaktadır. Bazen dava açılmadan önce talep edilmesi gereken ihtiyati tedbir ya da ihtiyati haciz gibi geçici hukuki korumalarda teminatlar çok yüksek meblağlara ulaşabilmektedir. Diğer yargılama giderleri gibi, bu teminatlar da ödendiğinde geçici hukuki koruma talebinde bulunanın ve ailesinin geçimini zora sokacaksa etkin bir hukuki koruma gerçekleşmiş sayılmayacaktır. Bu nedenle yeni düzenleme son derece faydalıdır.

Bir başka yenilik, HMK m.340’da görülmektedir. Buna göre, mevcut düzenlemede sadece ilk derece yargılamasında mümkün olan adli yardım, kanun yollarına müracaatta da geçerli olacaktır. Daha önce Yargıtay uygulamasıyla kabul edilen<sup>422</sup> bu husus üçüncü fıkra ile yasal dayanağa kavuşturulmuştur. İstinaf ve temyiz harçlarının hiç de azımsanamayacak miktarlara ulaşabilmesi mümkün olduğundan ve kanun yolu incelemesinin asıl dava veya işin doğal bir uzantısı olması

<sup>422</sup> “... Kanun yollarına başvuru için adli yardım istenemeyeceğine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Karar kesinleşene kadar yargılama faaliyeti süreceğine ve henüz sonlanmamış olduğuna göre kanun yoluna başvuru için de adli yardım isteminde bulunulması olanaklıdır. Diğer taraftan temyiz de bir dava olduğuna göre, temyiz aşamasında da adli yardım kararı verilebileceği kabul edilmelidir. Bu kabulün, yargı mercileri önünde hak arama özgürlüğünü düzenleyen Anayasa’nın 36.maddesi ile adil yargılanma hakkını düzenleyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6.maddesine uygun olduğu da kuşkusuzdur.” HGK, 27.01.2010, E:2010/19-49, K:2010/10 (MİHDER C.7, S.20, 2011/3, s.219). “Öncelikle belirtmek gerekir ki, adli yardım talebinin temyiz aşamasında ileri sürülmesine hukuken bir engel bulunmamaktadır. Davalılardan Gaye açısından yargılama sırasında adli yardım talebinde bulunulmamış olması, temyiz aşamasında bu yönde başvuru yapılamayacağı şeklinde değerlendirilmemelidir. Hukuk Genel Kurulu da konuyla ilgili kararında, adli yardım talebinin kanun yollarına müracaat aşamasında yapılabileceğini kabul etmiş, ilk derece mahkemesinin bu yönde delilleri değerlendirerek usulî işlemleri tamamlaması gerektiği hükme bağlanmıştır (Yargıtay HGK 27.01.2010 gün 2010/19-49 E, 2010/10 K).” 9.HD, 26.10.2010, E:2009/10000, K:2010/30626 (MİHDER C.7, S.18, 2011, s.226).

sebebiyle, bu aşamalarda adli yardımın kabul edilmesi hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının gerçekleştirilebilmesi bakımından büyük önem taşımaktadır<sup>423</sup>.

Ayrıca sadece icra takiplerinde değil, iflas takiplerinde de adli yardımdan yararlanılabilecektir.

HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra, 6459 Sayılı Kanun'un 24.maddesi ile adli yardım sistemimizde yapılan son olumlu değişiklik, adli yardımla ertelenen yargılama giderlerinin tahsili hakkındadır. 339.maddenin ilk fıkrasına göre, adli yardım kararından dolayı ertelenen tüm yargılama giderleri ile Devletçe ödenen avanslar dava veya takip sonunda haksız çıkan kişiden tahsil olunur. Adli yardımdan yararlanan kişinin haksız çıkması halinde, uygun görülürse yargılama giderlerinin en çok bir yıl içinde aylık eşit taksitler halinde ödenmesine karar verilebilir. Maddeye yeni eklenen ikinci fıkraya göre ise, adli yardım kararından dolayı Devletçe ödenen veya muaf tutulan yargılama giderlerinin tahsilinin, adli yardımdan yararlananın mağduriyetine neden olacağı mahkemece açıkça anlaşılırsa, ***mahkeme, hükümde tamamen veya kısmen ödemedен muaf tutulmasına karar verebilir.*** Dava veya takip sonunda, adli yardımdan yararlanan kişinin haksız çıkmış olmasına rağmen, yoksulluk koşulunda bir değişiklik olmaması halinde, daha önceden ertelenen giderlerin bu kişiden tahsil edilmesi, sosyal devlet anlayışı ile bağdaşmayacağından, hâkime bu konuda bir takdir yetkisi bırakılmasının doğru olduğu kanaatindeyiz.

Kanunda aranan şartlar mevcut olduğunda adli yardım mekanizmasının bireysel başvuru aşamasında da işletilmesi mümkündür. Başvurucunun adli yardım talebi genel hükümlere, başvurunun kabul edilebilirliği hakkında karar verecek olan komisyon ya da bölüm tarafından karara bağlanır (Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü m.62/f.2). Adli yardım koşullarının somut talep bakımından geçerliliği değerlendirilirken mevcut uygulamadan daha esnek bir yaklaşım biçiminin benimsenmesi gerekliliği yolundaki görüşlerimiz burada da geçerlidir.

Yukarıda yapılan açıklamalar Hukuk Muhakemeleri Kanununun 334 ve devamı maddelerinde düzenlenen adli yardım kurumuna ilişkindir. Bunun dışında, Avukatlık Kanunu'nun 176 ve devamındaki maddeleriyle adli yardım sağlanması

<sup>423</sup> **Atalay**, s.100; **Karlı**, s.661.

mümkündür. Ancak hemen ifade edilmelidir ki, HMK kurallarına göre adli yardım isteğinde bulunan tarafın bu isteğini kabul etme yolunda ara kararı vermesinin sonuçlarıyla, Avukatlık Kanunu kurallarına göre bir baroya yapılan adli yardım talebinin kabulü kararının sonuçları birbirinden farklıdır<sup>424</sup>. Baro merkezlerinde, Baro yönetim kurullarınca avukatlar arasından oluşturulan Adli Yardım Bürosu, adli yardım hizmetlerini yürütür (Av.K. m.177). Adli Yardım Bürosunun kararı üzerine talebi kabul edilen kişiye yalnızca avukatlık hizmetleri sağlanır (Av.K. m.176). Oysa mahkemenin vereceği adli yardım kararı, çok daha kapsamlı hizmetler ve muafiyetler sağlar. Adli yardım kararı ile birlikte kişi, yapılacak tüm yargılama ve takip giderlerinden ve bunlar için teminat göstermekten geçici olarak muaf tutulur, dava ve icra takibi sırasında yapılması gereken giderler Devlet tarafından avans olarak ödenir, ücreti sonradan ödenmek üzere kişiye bir avukat temin edilir. Görüldüğü gibi, avukat temini, sağlanan hizmetlerden yalnızca biridir.

Avukatlık Kanunu, adli yardım talebinin kabulü için, istek sahibinin isteminde haklı olduğunu delillerle kanıtlamasını aramaktadır (Av.K. m.178). Tıpkı HMK m.334/f.1'deki haklılık koşulu gibi, madde hükmünde aranan koşulun, talebin açıkça dayanaktan yoksun olmaması şeklinde yorumlanmasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Bunun dışında, Baroya yapılan adli yardım talebi, talebin görünürde haksızlığı sebebiyle reddedilmesi, mahkemeye yapılacak adli yardım başvurusunu engellememeli; ayrıca mahkeme, adli yardım koşullarının oluşup oluşmadığını incelerken, Baro'nun kararından etkilenmemelidir. Mahkemeye erişim hakkının tam olarak sağlanabilmesi, Baro'nun ret kararına rağmen, mahkemenin adli yardım talebini kabul etmesini gerektirebilir. Zira her iki Kanunda aranan şartlar birbiriyle tamamen örtüşmemektedir. Açıkça haklı olmaması sebebiyle Baro tarafından reddedilen bir talep aynı zamanda açıkça dayanaktan yoksun da olmayabilir ve diğer şartın da gerçekleşmesi halinde adli yardım kararı verilebilir. Ya da tam tersi olarak, Baroya yapılan başvurunun kabulü ile kişiye avukatlık hizmetleri sağlandıktan sonra HMK 335'de sayılan diğer muafiyetlerden de yararlanılması için mahkemeden adli yardım talebinde bulunmak mümkün olmalıdır<sup>425</sup>. Mahkemenin, zaten Barodan adli yardım alındığı gerekçesiyle, kendisine yapılan adli yardım başvurusunu reddetmesi, yüksek yargılama giderlerini ödeyemeyecek olan tarafın mahkemeye erişim hakkını ihlal edecektir.

---

<sup>424</sup> Umar, Şerh, s.927.

<sup>425</sup> Umar, Şerh, s.927.

Bir sonraki başlığa geçmeden önce, Türk adli yardım sistemini, AİHM içtihatları ışığında değerlendirecek olursak üç sonuca ulaşmamız mümkündür:

1. Bireylerin adli yardımdan yararlanması bakımından Kanunda öngörülen koşullar makul ve kabul edilebilir niteliktedir. Zira devletin sınırlı kaynakları göz önüne alındığında, adli yardım mekanizması olmaksızın hakkını mahkeme önünde ileri süremeyecek kişilerin adli yardımdan yararlanması, mahkemeye erişim hakkının özünü zedelememektedir.

2. Adli yardım sistemindeki eksiklikler, 4659 sayılı Kanun ile bir ölçüde giderilmeye çalışılmıştır. Haklılık koşulunun, talebin açıkça dayanaktan yoksun olması şeklinde yumuşatılması, adli yardım talepleri hakkındaki incelemelerin talep halinde duruşmalı olarak yapılabilmesi ve adli yardım talepleri hakkında verilen mahkeme kararlarına karşı itiraz imkânının getirilmesi olumludur.

3. Kanunda öngörülen adli yardım koşullarının somut olayda var olup olmadığını araştırma ve yorumlama yöntemi bakımından Türk hukuk uygulaması geçer not alamamaktadır. AİHM'nin konuyla ilgili olarak Türkiye aleyhine verdiği yukarıdaki içtihatlar incelendiğinde adli yardım şartlarının varlığı tespit edilmeye çalışılırken biraz daha esnek bir yorum yönteminin tercih edilmesi bireylerin mahkemeye erişimini kolaylaştıracak; daha da önemlisi onları haklarını bu sebeple kaybetme tehlikesinden koruyacaktır.

### **cc. Ücretsiz Tercüman**

AİHS m.6/f.3-e'de, ceza davaları için öngörülmüş olan bir diğer güvence ücretsiz tercüman hakkıdır. Bir suç ile itham edilen herkes, mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak hakkına sahiptir. Ücretsiz tercüman hakkı, sağırlar için işaret dili gibi iletişim metotlarını da kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır<sup>426</sup>. Yetkili makamların

<sup>426</sup> Mole/Harby, s.68.

sorumluluğu, yalnızca ücretsiz tercüman tahsisi ile bitmez; gerektiğinde çevirinin yeterliliğinin de bir dereceye kadar denetimi yapılmalıdır<sup>427</sup>.

**Luedicke, Belkacem ve Koç/Federal Almanya Cumhuriyeti** kararında<sup>428</sup> Komisyon, bu hükmün sanığa, tercüman ücreti ödemesinin emredilmesini yasakladığını belirtmektedir; çünkü bu hak, geçici bir muafiyet ya da tercüman masrafının ödenmesinin askıya alınması olmayıp, yargılama giderinin ödenmesinden tam ve kesin bir muafiyet anlamına gelmektedir. Ayrıca, yargılamada kendisi aleyhine kullanılan ve adil yargılanma hakkından yararlanabilmesi için anlamasının gerekli olduğu belge ve ifadeler de bu ilke kapsamındadır. Örneğin, **Brozicek/İtalya** kararı<sup>429</sup>, İtalya’da yargılanan bir Alman vatandaşının şikâyetine ilişkindir. AİHM, yerel yargılamada başvuranın kendisine yöneltilen suçlamaları bildiren belgelerin içeriğini anlayabilecek derecede İtalyanca bildiği tespit edilmediği sürece bu belgelerin kendi dilinde sağlanması gerektiğine karar vermiştir. **Kamasinski/Avusturya** kararında<sup>430</sup> ise, savunma vekili başvuranın anadiline hâkim olduğu için daha kısıtlayıcı bir yaklaşım izlemiştir<sup>431</sup> ve tüm belgelerin yazılı çevirilerinin gerekli olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Buradaki ölçüt, “*sanığın kendisi aleyhindeki iddiaları bilmesi ve mahkeme önünde olayları kendi anlatımıyla aktararak kendini savunabilmesi*” şeklinde belirlenmiştir<sup>432</sup>.

Anayasa m.3/f.I uyarınca mahkemenin dili Türkçe’dir. Özellikle sözlü yargılamalarda, yargılama dilini bilmeyen bir kimsenin söylenenleri anlayabilmesi, meramını anlatması mümkün olmayacaktır. Bu sebeple tercüman bulundurma talebi, adil yargılanma hakkının bir gereği olarak kabul edilmektedir. AİHS’nin 6.maddesinin 3.fikrasında örnek olarak sayılmış haklardan biri ücretsiz tercüman hakkıdır. Bu hak asıl olarak ceza yargısı için düzenlenmiştir. Ceza Muhakemeleri Kanunu’nun 202.maddesinde, sanık veya mağdur, meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmiyorsa, mahkeme tarafından atanan tercüman aracılığıyla duruşmadaki iddia ve savunmaya yönelik esaslı noktaların tercüme edileceği öngörülmüştür. Bu

<sup>427</sup> **Mole/Harby**, s.69.

<sup>428</sup> 28 Kasım 1978, par.40-48.

<sup>429</sup> 19 Aralık 1989, par.41.

<sup>430</sup> 19 Aralık 1989.

<sup>431</sup> **Mole/Harby**, s.69.

<sup>432</sup> Par. 74.

düzenleme ile, CUMK'un aksine tercüman hakkı duruşma ile sınırlı tutulmamış, son fıkra da, soruşturma evresinde de tercüman atanacağı hükme bağlanmıştır<sup>433</sup>.

Ücretsiz tercüman hakkının hukuk davaları bakımından uygulanması mümkün müdür? Acaba mahkemenin dilini bilmeyen vatandaşa ya da yabancıya mahkemenin ücretsiz tercüman sağlama yükümlülüğü var mıdır? Bu soruya cevap vermeden önce vurgulanması gereken husus, ücretsiz tercümandan yararlanma hakkının hukuk davaları bakımından yalnızca “duruşmalar” için geçerli olabileceğidir. Yabancı dilde yazılmış dilekçe ve belgeler, tercümeleri ile birlikte mahkemeye sunulmadıkça mahkemece dikkate alınmazlar ve sürelerin işlemlerine engel olamazlar. Mahkemeye sunulan belge tercüme ettirilmemişse, hâkim, ilgiliye belgenin tercüme ettirilmesi için bir süre verir; verilen süre içinde gereği yapılmazsa yabancı dilde kaleme alınmış belge ve dilekçeler göz ardı edilecektir. Zira, mahkemenin yabancı dilde yazılmış bir belgeyi ya da delili tercüme ettirme zorunluluğu yoktur<sup>434</sup>.

Duruşmalarda dinlenecek kimseler bakımından konuyu tanıklar ve davanın tarafları olarak ikiye ayırarak tartışmak gerekir. HMK m.263'e göre (HUMK m.270), tanık Türkçe bilmezse tercümanla dinlenir. Sağır ve dilsizlik gibi fiziki bir engelin bulunması halinde ise tanık okuma yazmayı biliyorsa sorular kendisine yazılı olarak bildirilecek ve cevapları yazılı olarak alınacaktır. Sağır ve dilsiz tanık okuma yazma bilmediği takdirde mahkeme tanığı işaret dilinden anlayan bir bilirkişi yardımıyla dinleyecektir. HUMK'na göre hâkim, tercüman ya da bilirkişinin ücretini tanık dinletmek isteyen taraftan avans olarak yatırmasını istiyor, avansı yatırmayan taraf tanık dinletmekten vazgeçmiş sayılıyordu. Ancak tanık kamu düzenini ilgilendiren bir konuda dinlenmek istenirse tanık ücreti gibi tercüman ücreti de ileride haksız çıkan taraftan alınmak üzere devlet hazinesi tarafından karşılanıyordu (HUMK m.415/II). Şimdi ise tanık ücreti, delil avansından karşılanacaktır.

Mahkemenin dilini bilmeyen taraflardan biri ise, yine tercüman vasıtasıyla dinlenmesi gerektiği muhakkaktır. Ancak burada tartışılması gereken bu tercümanın ücretsiz olarak sağlanıp sağlanamayacağıdır. Doktrinde genel olarak benimsenen

<sup>433</sup> Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Saygılar/ Alan, s.149; Özbek, Şerh, 811.

<sup>434</sup> Ansay, s.55-56; Süha Tanrıver, “Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, TBB D.53, Temmuz-Ağustos 2004, s.191-215 (Adil Yargılanma), s.211.



görüşe göre<sup>435</sup>, ceza yargısı ile medeni yargıdaki menfaatler göz önünde tutulduğunda, genellikle iki tarafı ilgilendiren özel hukuka ilişkin uyuşmazlıkların çözümlendiği medeni yargıda, devletin duruşma dilini anlamayan tarafa ücretsiz tercüman sağlama zorunluluğu bulunmamalıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde de ücretsiz tercüman hakkı sadece ceza yargılaması için tanınmaktadır. Medeni yargıda, yargılama dilini bilmeyen tarafın tercümandan yararlanma olanağı mevcuttur ancak tercüme giderlerinin tarafça karşılanması gerekir.

Yukarıda kabul gören görüş uyarınca, mahkemenin dilini bilmeyen tarafın tercüman masraflarını ödeyebilecek durumda olması halinde herhangi bir sorun doğmaz. Bununla birlikte, özellikle mali kaynak yetersizliği sebebiyle tercüman ücretini karşılayamayan ve kendisine ücretsiz bir tercüman sağlanmayan taraf bu nedenle dava açamayacak ya da açmış olduğu dava dinlenmeyecektir. Böyle bir durumda, mahkemeye erişim hakkının engellenmiş olacağını söylemek yanlış olmayacaktır.

Davalı tarafından bakıldığında da tercüman olmaksızın karşı tarafın iddialarına karşı savunmasını tam olarak yapamayan, ileri sürülen iddialara karşı koyamayan ve karşı iddiada bulunamayan taraf hukuki dinlenilme hakkından mahrum bırakılmış olacaktır<sup>436</sup>. Hukuki dinlenilme hakkının sağlanmadığı bir yargılamanın ise adil olduğundan bahsetmek mümkün değildir.

Yargılamanın dilini bilmeyen kişilerin tercüman aracılığıyla dinlenmesi etkin hukuki koruma bakımından da gerekli görüldüğüne<sup>437</sup> göre, ekonomik yönden yetersiz olan kişilerin tercüman hakkından yararlandırılmaması nasıl izah edilebilir? Ücretsiz tercümandan yararlanma hakkı, aynı zamanda silahların eşitliği ilkesinin de bir gereğidir<sup>438</sup>. Adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olan silahların eşitliği yargılamanın tarafları arasındaki eşitsizliğin giderilmesini amaçlar<sup>439</sup>. Ücretsiz tercüman uygulaması da dil sorununa dayalı olan eşitsizliği ortadan kaldıracak

<sup>435</sup> Pekcanitez, Adil yargılama, s.50; Tanrıver, Adil Yargılanma, s.210; Erdoğan, s.148.

<sup>436</sup> Pekcanitez, Hukuki dinlenilme, s.782.

<sup>437</sup> Akkan, s.55.

<sup>438</sup> Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel, s.882.

<sup>439</sup> Özekes, Hukuki Dinlenilme, s.300.

böylelikle mahkemenin dilini bilmeyen taraf da en az bilen taraf kadar, bilgilenme ve açıklama hakkını kullanabilecektir.

Bu gerekçelerle, ücretsiz tercüman talep etme hakkını medeni yargılama için de kabul etmek gereklidir kanaatindeyiz. Bu hakkın, 6.maddenin 3.fıkrasının e bendinde yalnızca ceza hukukuna ilişkin yargılamalar bakımından öngörüldüğü doğrudur; fakat adli yardım kurumunun Sözleşmesel dayanağı da aynı fıkranın c bendinde yer almaktadır. Yani aslında bir suçla itham edilenlerin ücretsiz avukat yardımından yararlanabilmesini öngören madde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından yorum yoluyla genişletilmiştir. Aynı şekilde, medeni usul hukuku bakımından da ücretsiz tercümandan yararlanma hakkı taraflara tanınabilir.

Pek tabiidir ki, konunun yasal dayanağı oluşturulurken adli yardımda olduğu gibi, yoksulluk ve haklılık gibi bazı önkoşullar aranabilecektir. Veya yargılamanın yürütülebilmesi için mahkemenin bir tercüman ataması gerekiyorsa, bunun giderlerinin dava sonunda haksız çıkan tarafa yükletilmesi düşünülebilir. Bu şekilde, ceza davalarındaki gibi tercüman masraflarından tam bir muafiyet değil; ancak geçici bir muafiyet sağlanması mümkündür.

Bir diğer öneri ise, böyle bir ihtiyaç halinde tarafın adli yardımdan yararlanmasının sağlanması olabilir<sup>440</sup> ve adli yardımın varlığı nedeniyle ücretsiz tercüman kurumuna gerek olmadığı savunulabilir. Daha işlevsel hale getirilmesi kaydıyla adli yardımdan yararlanma olanağının tanınması da adil yargılanma hakkına uygun düşen bir çözüm olabileceği doğrudur. Ancak günümüzde uygulanan haliyle adli yardım mekanizmasının mahkemeye erişim hakkının sağlanmasında yetersiz kaldığı bilinmektedir.

Ayrıca ücretsiz tercüman sayesinde taraf mahkeme ile doğrudan iletişim kurabilecektir. Örneğin, mahkemenin dilini bilmeyen bir avukat, hukukçu ya da kendi hukuki bilgisine güvenen bir kişi, mahkeme ile doğrudan iletişim kurarak meramını anlatmak istediğinde onun bu talebi reddedilerek adli yardım mekanizmasına başvurmak zorunda bırakılmamalıdır. Kaldı ki, kendisine adli yardım kapsamında mahkemenin dilini bilen bir avukat atanması dil sorununun çözümü için

<sup>440</sup> **Tanrıver**, Adil Yargılanma, s.212.

tek başına yeterli olmayabilir. Atanan avukatın aynı zamanda temsil ettiği tarafın anadiline de hâkim olması gerekir ki, onu mahkemede tam olarak temsil edebilsin<sup>441</sup>. Ancak bu şekilde, mahkemenin dilini bilmeyen taraf, vekiline meramını anlatabilir, yargılama aşamalarını anlayabilir ve davasını takip edebilir. Ve ancak böylesine etkin bir adli yardım mekanizmasıyla ücretsiz tercüman hakkının hukuk davalarında kabul edilmesine gerek duyulmayabilir.

Hemen ifade etmek gerekir ki, yargılama dilini anlayıp konuşabilen bir kimsenin, anadilinin yargılama dili olmadığı gerekçesiyle tercümandan yararlanma talebinin mahkemece kabul edilmemesi, mahkemeye erişim hakkına ya da hukuki dinlenilme ilkesine aykırılık teşkil etmez<sup>442</sup>. Zira tercüman hakkı, hukuki dinlenilme hakkının gerçekleşebilmesi için bir araçtır. Mahkemenin dilini, anlayabilen, açıklama hakkını mahkemenin dilinde kullanma yeterliliğine sahip kimsenin tercümandan yararlanma hakkından bahsedilemez<sup>443</sup>.

#### **b. Mahkemeye Erişim Hakkını Engelleyecek Yasal Düzenlemelerden Kaçınılması**

Mahkemeye erişim hakkı, ilk kez Golder Kararında kabul edilmişinden bu yana AIHM konuyla ilgili her kararında, *bu hakkın doğası gereği devlet tarafından düzenlemeyi gerektirdiğini* ifade etmiştir. Sözleşmeye taraf devletler bu konuda belirli bir takdir hakkına sahiptirler ve bu takdir hakkını kullanırken mahkemeye erişim hakkına bazı sınırlamalar getirebilirler<sup>444</sup>. Bu sınırlamalar, zamana ve yere göre değişiklik gösterebileceği gibi, gerek bireylerin gerekse toplumun ihtiyaç ve

<sup>441</sup> **Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.882. Bu konuda AIHM iki farklı kararı mevcuttur. **Lagerblom/İsveç** kararında (14 Ocak 2003), Finlandiyalı başvuranın birkaç senedir İsveç'te ikamet etmesi, İsveçli avukatı ile iletişim kurabilmek ve yargılamayı takip edebilmek için yeterli görülmüş ve bir ihlal bulunmamıştır. Bizim de katıldığımız **Cuscani/Birleşik Krallık** kararında ( 24 Eylül 2002) ise, başvuranın yerel mahkemedeki ücretsiz tercüman talebi reddedilerek, erkek kardeşinin “yeterliliği tespit edilmemiş dil becerilerinden” faydalanmak zorunda bırakılması 6.maddenin ihlali olarak değerlendirilmiştir.

<sup>442</sup> **Özekes**, Hukuki Dinlenilme, s.301.

<sup>443</sup> Mahkemenin dilini bilmesine rağmen tercümanda ısrar edilmesi halinde yapılması gereken tercümandan yararlandırmamaktır. Kendisine tercüman tutulması gerekmemekle birlikte, kişinin duruşmada bulunması engellenmemeli; Hukuki dinlenilme hakkı tam olarak sağlanmalıdır. **Özekes**, Hukuki Dinlenilme, s.301, dn.318. Savunma hakkından vazgeçmiş sayılması gibi sonuçlara varılamaz. Bkz. Zana/Türkiye Kararı, 15.11.1997.

<sup>444</sup> **Mole/Harby**, s.39; **Harris, O'Boyle & Warbrick**, s.239; **Reid**, s.107; **Clayton/ Tomlinson**, s.10; **Kuijer**, s.157; **De Salvia**, s.208 vd.; **Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet**, s.288; **Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.606-607.

kaynaklarına göre de şekillenebilir<sup>445</sup>. Temyiz başvurularına ilişkin kısıtlamalar<sup>446</sup>, dava malzemesinin mahkemeye sunulması için verilen süreler<sup>447</sup>, dava harçları<sup>448</sup>, hak düşürücü süreler<sup>449</sup> bunlardan bazılarıdır.

Mahkemeye erişim hakkına getirilen bu tip sınırlamalar, kişinin Sözleşme ile tanınmış haklarına, o hakkın özü itibariyle ihlal edilmesine neden olacak şekilde veya derecede ulaşmasını engellemediği ölçüde makul karşılanmaktadır. AİHM, bir sınırlamanın 6.maddeye uygun olup olmadığını denetlerken faydalanılması gereken ölçütleri **Ashingdane/ Birleşik Krallık** kararında şu şekilde belirlemiştir: 1) meşru bir amaç güdülmesi, 2) sınırlamanın hakkın özüne zarar vermemesi, 3) hedeflenen amaç ile başvuru araçları arasında makul bir orantı olması<sup>450</sup>. Mahkemeye erişim hakkına getirilen sınırlama, meşru bir amaca hizmet ediyorsa, hakkın özüne zarar vermiyorsa ve ulaşılmak istenen amaçla kullanılan araç arasında makul bir orantılılık (ölçülülük) ilişkisi var ise kabul edilebilir bir sınırlama olarak görülmektedir<sup>451</sup>.

Ashingdane kararına konu olayda, yüksek güvenlikli bir akıl hastanesinde kalan başvuran hastane personeli hakkında dava açmak istemektedir. Ancak iç hukuka göre, akıl hastanesindeki görevlilerin sorumlulukları sadece ihmal veya kötü niyetle yaptıkları eylemlerle sınırlıdır. Başvuran mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'ne başvurduğunda Mahkeme aynı fikri paylaşmamıştır. Çünkü olayda, başvuranın mahkemeye başvurması ile ilgili olarak getirilen sınırlama hastalara bakanları haksız baskılara karşı koruma gibi meşru bir amaca hizmet etmektedir. Bu olayda görevlilerin sorumluluklarının sadece ihmal veya kötü niyetle sınırlanması mahkemeye erişim hakkının özünü zedelememektedir. Ayrıca sınırlama orantılılık ilkesine de uygundur<sup>452</sup>.

<sup>445</sup> **Pettiti/Decaux/Imbert**, s.259; **De Salvia**, s.212.

<sup>446</sup> MPP Golub/Ukrayna, 18.10.2005.

<sup>447</sup> Rodriguez Valin/İspanya, 11.10.2001.

<sup>448</sup> Mehmet Suna Yiğit/Türkiye, 17.07.2007; Apostol/Gürcistan, 28.11.2006; Stankov/Bulgaristan, 12.07.2007.

<sup>449</sup> Stagno/Belçika, 07.07.2009.

<sup>450</sup> Waite ve Kennedy/Almanya, 18.02.1999; Ashingdane/Birleşik Krallık, 28 Mayıs 1985, par.57.

<sup>451</sup> **Harris, O'Boyle & Warbrick**, s.239; **Clayton/ Tomlinson**, s.92-93; **İnceoğlu**, s.118; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.145; **Gölcüklü**, Doğru yargılama, s.17; **Boyar**, s.191; **Erdoğan**, s.37; **Kaşıkara**, s.113; **Oğuz**, s.42; **Leach**, s.272; **Ovey/White**, s.152; **van Drooghenbroeck**, s.103; **Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet**, s.288; **Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.606-607.

<sup>452</sup> Par.58-59. Benzer şekilde Fayed/Birleşik Krallık, 21.09.1994.

Türk hukukunda temel hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlandırılacağı Anayasa'nın 13.maddesinde düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre, temel hak ve hürriyetler, *özlerine dokunulmaksızın* yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve *ancak kanunla* sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve *ölçülülük ilkesine aykırı* olamaz. Görüldüğü gibi, hüküm AİHM tarafından getirilen ölçütlerin tamamını kapsamaktadır.

Bu doğrultuda gerek HUMK m.427'de gerekse HMK 341 ve 362'de kanun yolları için öngörülen kesinlik sınırının mahkemeye erişim hakkına aykırı olduğu ileri sürülebilir mi? Bu düzenlemenin hak arama özgürlüğü, hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulmuş ve HUMK'ndaki söz konusu düzenlemenin iptali talep edilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi, kesinlik sınırının Anayasaya aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Kararında anılan hükmün Anayasaya uygun olduğunu ifade eden Anayasa Mahkemesi'nin gerekçelerinden ilki, kesinlik sınırının adalet duygusunu rencide edecek ve hukuk devleti ilkesini zedeleyecek boyutta olmamasıdır. Kararda ayrıca, temel hak ve hürriyetlerin kamu yararı sebebiyle sınırlandırılabilceği hatırlatılmış ve kesinlik sınırının böyle bir amaca hizmet ettiği belirtilmiştir. Bu sayede, davalar süratlendirilecek ve Yargıtay'ın iş yükü hafifleyecektir. Son olarak, ilk derece mahkemelerinden verilen tüm kararların Yargıtay'ca incelenmesini istemek, ilk derece mahkemelerine güvensizliğin ifadesi sayılabilir savıyla, kesinlik sınırına ilişkin düzenlemenin Anayasa'ya uygun olduğu görüşü desteklenmiştir<sup>453</sup>.

<sup>453</sup> “Adliye mahkemelerinin kimi karar ve hükümleri için Yargıtay yolunun kapatılmasını öngören bir yasa kuralının hukuk devleti kavramıyla bağdaşmayacak sonuçlara yol açma olanak ve olasılığını doğuran bir nitelik arz etmedikçe bu kavramla çelişkiye düştüğünden söz edilemez... Türk parasının bugünkü<sup>453</sup> satın alma gücü karşısında, yüz bin liralık kesinlik sınırının adalet duygusunu rencide edecek, dolayısıyla hukuk devleti ilkesini zedeleyecek ölçüye ulaştığını söylemek mümkün değildir.

Anayasa'nın 142. maddesinde, mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir denilerek bu alanların Anayasa'ya uygun olarak düzenlenmesi yasama organına bırakılmıştır. Öteki temel hak ve hürriyetler gibi, hak arama hürriyeti de kamu yararı dikkate alınarak sınırlanabilir...

Yasa koyucu, itiraz konusu kuralla, miktar veya değeri yüz bin lirayı geçmeyen taşınır mal ve alacak davalarına ilişkin nihaî kararların kesin olmasını davaları süratlendirmek ve Yargıtay'ın yükünü hafifletmek düşüncesiyle kabul etmiş; bu kararların bir kere de Yargıtay'ca incelenmesinde kamu yararı görmemiştir...

Öte yandan, adliye mahkemelerince verilen bütün kararların Yargıtay'ca incelenmesini istemek, bir anlamda ilk derece hâkimlerine güvensizliğin ifadesi kabul edilebilir. Bu güvensizliğin ise, hiçbir haklı nedeni olamaz...” 20.1.1986, E.1985/23, K.1986/2, (RG. 16.4.1986, S.19080).

Anayasa Mahkemesi kararı, hak arama hürriyeti bakımından dar bir yorumu benimsediği, temyiz yolunun amacıyla ve Anayasal ilkelerle bağdaşmadığı düşünceleriyle eleştirilmektedir<sup>454</sup>. Kanımızca, Türk hukukunda kesinlik sınırına ilişkin düzenlemelerin mahkemeye erişim hakkına engel teşkil etmediği kural olarak söylenebilir<sup>455</sup>. Hakka getirilen sınırlama, AİHM tarafından ortaya koyulan ölçütlere (meşru bir amaç güdülmesi, sınırlamanın hakkın özüne zarar vermemesi, hedeflenen amaç ile başvuru araçları arasında makul bir orantı olması) uygundur. Belli miktar veya değer altındaki davalarda verilen kararlara karşı kanun yoluna gidilememesinin amacı, davaları süratlendirmek ve üst derece mahkemelerinin iş yükünün bir ölçüde hafifletilmesidir ki bu amaç, hakka orantılı müdahaleyi meşru kılmaktadır. Ayrıca öngörülen kesinlik sınırına ilişkin miktarlar adalet duygusunu zedeleyecek boyutlarda değildir. Ve daha da önemlisi, bireyin hukuki korunma talebi, tam yargı yetkisine sahip bir mahkeme tarafından zaten esastan incelenmiştir. Dolayısıyla mahkemeye erişim hakkının özü zedelenmemektedir<sup>456</sup>.

Buna karşılık, temyiz sınırının altında kalan kararlar, adil yargılanma hakkını ihlal eden bir yargılama sonucunda verildiğinde, temyiz denetiminin dışında tutulması, hak arama hürriyetinin ve mahkemeye erişim hakkının Anayasa'ya aykırı şekilde sınırlandırılması anlamına gelecektir. Anayasa'nın 13.maddesi, temel hak ve hürriyetlerin kamu yararı düşüncesiyle ancak hakkın özüne dokunulmadan, kanunla sınırlandırılabilirliğini açıkça düzenlemektedir. Kanun yoluna başvuru bakımından öngörülen kesinlik sınırı kanunla belirlenmesi açısından Anayasa'ya uygun görünmektedir. Ancak ilk derece mahkemesindeki yargılamada adil yargılanma hakkı güvencelerinin ihlal edilmesi ve keyfi kararlar verilmesi durumunda kanun yoluna başvuruya izin verilmemesi, mahkemeye erişim hakkının özünü zedeleyecek ve ölçülülük ilkesi aşılmış olacaktır<sup>457</sup>. Üst mahkemeye başvuru koşullarının çok sıkı tutulması, ilk derece mahkemesindeki yargılamada adil yargılanma hakkı yönünden

<sup>454</sup> Tolga **Akkaya**, "Temyize Başvuru Hakkının Sınırlandırılması ve İzne Bağlı Temyiz Sistemi", Halûk Konuralp Anısına Armağan 1, Ankara 2009, s.71; Selçuk **Öztek**, "HUMK m.427'deki Kesinlik Sınırının Temyiz Kanun Yolunun Amacı Bakımından Değerlendirilmesi ve Anayasa Mahkemesinin 10.1.1986 Tarihli Kararı", Hukuk Araştırmaları, C.2, s.2, 1987, s.68; **Üstündağ**, s.91.

<sup>455</sup> Benzer şekilde bkz. Yavuz **Alangoya**, "Kanun Yolunun Anayasal Temeli ve HUMK m.427 Hükmü ile Kanun Yolu Kapatılmış Olan Kararlara Karşı Kanun Yoluna Müracaat İmkânı", 75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 38.

<sup>456</sup> **Alangoya**, s.38.

<sup>457</sup> **Alangoya**, s.48; **Akkaya**, s.68.

ortaya çıkan eksikliklerin iç hukukta giderilmesine engel olunca, devletin sözleşmesel sorumluluğu gündeme gelecektir<sup>458</sup>.

Ayrıca, temyize başvuru hakkının bu şekilde sınırlandırılması, somut olay adaletinin sağlanamaması tehlikesi yanında, temyiz kanun yolunun diğer amacı olan içtihat birliğinin sağlanması amacını da tehlikeye atabilecektir. Zira belli bir değer altındaki uyuşmazlıklarda içtihat birliği ihmal edilip, bu değer üstündeki uyuşmazlıklarda içtihat birliğini sağlamaya çalışmak, içtihat birliğinin sağlanması amacından vazgeçmek şeklinde değerlendirmeye açıktır<sup>459</sup>.

Bu sakıncaların bertaraf edilmesi amacıyla, belli değer altındaki malvarlığı uyuşmazlıklarında temyiz denetiminin izne bağlı olması şeklinde bir yöntem benimsenebilir<sup>460</sup>. Ancak İstinaf mahkemelerinin faaliyete geçmesinin, yukarıda belirtilen endişeleri bir ölçüde hafifleteceği kanısındayız. İstinaf mahkemesi vakia tespitleri ve hukuka uygunluk açısından yürüteceği kapsamlı bir inceleme ile ilk derece mahkemesinin kararını denetleyeceğinden, adil yargılanma hakkı güvencelerine uyulup uyulmadığı da bu aşamada dikkate alınacak, ilk derece mahkemesinde bir ihlal yapılmışsa bu telafi edilecektir. Böylelikle çoğu zaman temyiz incelemesine gerek kalmayacaktır.

6216 Sayılı Kanunun 45.maddesine göre, yalnızca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve eki protokolleri ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklere ilişkin ihlaller, bireysel başvuru konusu yapılabilecektir. Yani, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer almayan fakat Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin ihlali halinde, bireysel başvuruda bulunmak mümkün değildir. Örneğin, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı, Anayasa'da güvence altına alınmasına karşın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer almamaktadır. Anayasa'nın üçüncü bölümündeki sosyal ve ekonomik haklardan bir kısmı da bireysel başvuru konusu yapılamayacaktır. Böyle bir düzenleme, söz konusu haklar için mahkemeye erişim hakkının tanınmadığı anlamına gelmektedir. Ayrıca bu sonuç nedeniyle, düzenlemenin asıl amacının bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması olmadığı; daha çok

<sup>458</sup> **Kuijer**, s.116.

<sup>459</sup> **Öztek**, s.68; **Akkaya**, s.70.

<sup>460</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Akkaya**, s.81 vd.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruları önlemek olduğu yönündeki eleştirilere<sup>461</sup> hak vermemek elde değildir.

Alman Hukukunda, Anayasa şikâyeti, Anayasada yer alan tüm temel hak ve özgürlüklere ilişkin ihlallere karşı yapılabilmektedir<sup>462</sup>. Kişilerin, yalnızca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan hakları değil; Sözleşmeden çok daha fazla hakkı kapsayan Anayasada yer alan tüm hakları kamu gücüne karşı korunmaktadır. Güney Kore hukukunda da, Anayasa ile güvence altına alınmış haklar, bireysel başvurunun kapsamına dahil edilmiştir<sup>463</sup>. Türk hukukunda, mevzuatın sınırlayıcı yaklaşımının değiştirilmesi ve bireylerin Anayasada yer alan tüm temel hakları için bireysel başvuru mekanizmasını kullanabilmesine imkân tanınması, mahkemeye erişim hakkı bakımından daha uygun bir çözüm olacaktır.

Mahkemeye erişim hakkının düzenlenmesi, yargı güvencesi ve adaletin iyi işlemesi amaçlarından sapıp, tarafların davalarının mahkeme tarafından incelenmesine engel oluşturduğunda söz konusu hak ihlal edilmiş olur. Mahkemeye erişim hakkının düzenlenmesinde, kanun koyucu bilerek veya bilmeyerek, bireylerin mahkemeye erişim hakkını tamamen ortadan kaldıracı düzenlemeler yapmaktan kaçınmalıdır<sup>464</sup>. Örneğin, kesin yetki kuralları tek başına mahkemeye erişim hakkına aykırı olarak değerlendirilmemekle birlikte kesin yetkili mahkemenin çalışamaz duruma gelmesi halinde, bireylere hukuki korunma taleplerini iletebilecekleri başka bir imkân sağlanmaması ihlale neden olabilecektir<sup>465</sup>. **Khamidov/ Rusya** kararı<sup>466</sup> bu yönde istisnai bir örnek oluşturmaktadır.

<sup>461</sup> **Deynekli**, s.83.

<sup>462</sup> **Hakan Pekcanitez**, Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti, *Anayasa Yargısı Dergisi* 1995, C.XII, s.257 vd.; **Gerçekler**, s.33; **Kunig**, s.47. Yine Alman Hukukunda, bireysel başvurunun konusu olabilen haklar, özel hukuk ilişkileri de dahil olmak üzere tüm hukuk ilişkilerinde sözkonusu olabilmektedir. Örnek bir olayda, Berlin'de bir daire kiralayan, bir Türk vatandaşı, Türk kanallarını seyredilemek için uydu anteni kurmak istemiş, daire sahibiyle ihtilafa düşmüştür. Kira sözleşmesinde sadece, kiracının daireyi "kullanabileceği" yazmakta, konuyla ilgili bir madde yer almamaktadır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi, "kullanma" hakkının temel haklara riayet ederek yararlanmak olduğunu ifade ederek bilgi edinme özgürlüğünü de bu kapsama almıştır. Mahkemeye göre, ailesinin kendi kimliğini muhafaza etmesi için, Türk kiracının Türk kanallarını seyretmesi gerekir ve bu bir temel hak sorunudur. **Kunig**, s.50.

<sup>463</sup> **Pimentell**, s.70.

<sup>464</sup> **Chen**, s.27.

<sup>465</sup> **Reid**, s.108; **Leach**, s.278.

<sup>466</sup> 15.11.2007.



Karara konu olayda, başvuran Çeçenistan'da yaşayan bir Rus vatandaşıdır. Rusya hükümetinin, 1999 yılında Çeçenistan'a düzenlediği bir operasyonda başvuranın taşınmazı işgal edilmiş ve başvuran ve ailesi buldukları bir mülteci kampına sığınmışlardır. 1999 ve 2001 yılları arasında Çeçen mahkemelerindeki yargı faaliyeti durdurulduğu için başvuran mülkiyet hakkını bu mahkemeler önünde ileri sürememiştir. Yetkili Rus otoriteleri ise bu durumu bilmekle birlikte başvuranın müdahalenin men'i talebini bir başka bölge mahkemesi önüne taşımasına izin vermemişlerdir. Çünkü iç hukuka göre, bu tür davalar yalnızca taşınmazın bulunduğu yerde açılabilir. Başvuranın yetkili makamlara yaptığı sayısız başvurudan netice alınamamış; başvuran, 1999-2001 yılları arasında taşınmazındaki kolluk gücü işgalinin sona ermesi için mahkemeden hukuki korunma talep etme hakkından yoksun kalmıştır. AİHM, somut olayda başvuranın mahkemeye erişim hakkının açıkça ve haksız olarak sınırlandırıldığını ilan etmiştir.

AİHM önüne gelen davalarda, somut olayın özelliklerine göre hangi sınırlamaların makul kabul edilebileceğini belirlemektedir. Bu konuda zaman zaman Türkiye hakkındaki şikâyetler, Türk hukukunda mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemelerin bu denetimden geçmesine vesile olmuştur. Bu sınırlamaların bazıları, AİHM içtihatları yoluyla onaylanırken, bazıları adil yargılanma hakkına aykırı bulunmuştur. Aşağıda, konuyla ilgili AİHM önüne en fazla gelen durumlar örnek içtihatlarla açıklanacaktır.

#### **aa. Kendisine Başvurulan Mahkemenin Tam Yargı Yetkisine Sahip Olması**

Mahkemeye erişim hakkının etkili biçimde var olduğunun kabulü için kendisine başvuru yargılama makamının tam yargısal yetkiye sahip bulunması aranmaktadır. Mahkeme, iddiayı hem olaylar hem de hukuk açısından inceleyip davanın esası hakkında karar verebilmeli<sup>467</sup>; önündeki somut uyuşmazlığı, temel hukuk prensiplerinden hareketle çözebilecek ve her türlü hukuki soruya cevap verebilecek şekilde tam donanıma sahip olmalıdır<sup>468</sup>.

<sup>467</sup> **Pettiti/Decaux/Imbert**, s.261-262; **İnceoğlu**, s.115; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.278; **Gölcüklü**, Doğru yargılama, s.17; **Cohen-Jonathan**, Aspects européens, s.79; **van Drooghenbroeck**, s.123.

<sup>468</sup> **Sramek/Avusturya**, T:22 Ekim 1984, par.36; **Le Compte**, Van Leuven et De Meyere/Belçika, 23 Haziran 1981, par.51; **Bryan/Royaume-Uni**, T:22 Kasım 1995, par.44-45; **B/Royaume-Uni**, T:8 Temmuz 1987, par.82.

**Terra Woningen BV/Hollanda** kararına<sup>469</sup> konu olayda, başvuranın dairesinin bulunduğu apartman toprağında bazı maddeler tespit edilmiş, apartmanda oturanlar yetkili idari kurum tarafından bahçedeki bitki ve meyveleri yememeleri konusunda uyarılmış ve toprak temizleme yasası çerçevesinde toprağın temizlenmesi kararı verilmiştir. Başvuranın evinde oturan kiracı dairenin kirasının düşürülmesi için Kira Kuruluna başvurmuş ve kira düşürülmüştür. Başvuran, Bölge mahkemesine başvurarak bu duruma itiraz etmişse de Mahkeme, söz konusu kirliliğin çevre ve sağlık açısından tehlike yaratır nitelikte olmadığı ve kiracının bahçe katında değil üçüncü katta oturduğu yönünde başvuranın ileri sürdüğü itirazları değerlendirmemiş; bu belirlemeyi yapmanın kendi yetkisinde olmadığı kararına varmıştır.

Somut olayda AİHM, 6.maddede geçen mahkeme kavramının, önüne gelen uyuşmazlığın esası ile ilgili tüm sorunları inceleme yetkisine sahip mahkeme anlamına geldiğini belirtmiştir<sup>470</sup>. Olayda Bölge Mahkemesi, Toprak Temizleme Kanunu çerçevesinde alınan kararın, “kirliliğin kamu sağlığı veya çevre açısından ciddi tehlike yarattığı” sonucunu doğrulayıp doğrulamadığını değerlendirmemiştir. Böylelikle, kendisini uyuşmazlığın çözümü için son derece önemli olan olayları inceleme yetkisinden mahrum bırakmıştır. Dolayısıyla AİHM’ne göre başvuranın davayı karara bağlamak için tam yetkiye sahip bir mahkemeye erişim hakkının olduğunu söylemek mümkün değildir<sup>471</sup>.

Karardan anlaşıldığı kadarıyla, mahkemeye erişim hakkının gerçekleşmesi için önem kazanan husus, somut olayda başvuranın iddialarını ve dayanaklarını inceleme yetkisine sahip bir mahkeme olup olmadığıdır. Mahkemenin denetim yetkisinin yeterli olup olmadığı olayın özelliklerine göre değerlendirilmektedir<sup>472</sup>.

---

<sup>469</sup> 17.12.1996.

<sup>470</sup> Par.52.

<sup>471</sup> Par. 53-55.

<sup>472</sup> **İnceoğlu**, s.139.

**bb. Kişinin Dava Açma İmkânını Tamamen Ortadan Kaldıracak Şekilde Taraf ve Dava Ehliyetinden Yoksun Bırakılmaması**

AIHM, istisnai bazı hallerde meşru bir amaca hizmet etmek kaydıyla dava ehliyetinin sınırlandırılabilceğini kabul etmektedir. Davacının niteliği nedeniyle devletler yasalar yoluyla mahkemeye erişim hakkını sınırlandırabilir. Özellikle reşit olmayanlar, temyiz kudretine sahip olmayanlar, hükümlüler, müflisler veya kötü niyetli davacıların doğrudan mahkemeye erişim hakkını kısıtlayıcı düzenlemeler yapılabilmektedir<sup>473</sup>. Ancak bu hallerde de daha önce belirtilen Ashingdane kriterleri uygulanacak ve bu kriterlere aykırı olmayan sınırlamalar kabul edilecektir<sup>474</sup>. **Luordo/ İtalya** davasında<sup>475</sup>, başvuran müflisin dava ehliyetinin sınırlanması, 3.kişilerin haklarının korunması açısından amaca uygun olmakla birlikte, dava ehliyetinin kısıtlandığı sürenin uzunluğu (14 yıl) orantısız bulunduğundan 6.maddenin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır<sup>476</sup>.

Sınırlamanın meşruiyeti, kişilerin özel hukuka ilişkin iddialarını mahkeme önüne taşıma imkânının tamamen kapandığı anda tartışmaya açık hale gelir. Bu halde adil yargılanma hakkının özüne zarar verilmektedir. Örneğin, **Canea Katolik Kilisesi/Yunanistan** kararına<sup>477</sup> konu yargılamada, davacı tarafta, bir duvar üzerindeki mülkiyet hakkının tanınmasını ve haksız yararlanmaların engellenmesini talep eden bir kilise yer almaktaydı. Yerel mahkeme, davacı kilisenin Yunan hukukuna göre tüzel kişiliği olmadığı gerekçesiyle açılan davayı reddetmiş ve bu karar temyiz mahkemesi tarafından onanmıştır. Başvuranın, mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddiasıyla AIHM önüne taşıdığı davada Yunan hükümeti, iç hukukta kilise için, kanunla öngörülen belirli formalitelerin yerine getirilmesinden sonra tüzel kişilik kazanma imkânı sunulduğu savunmasıyla ihlal iddiasını reddetmiştir.

<sup>473</sup> **Mole/Harby**, s.40; **Kuijer**, s.158-159; **Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.610.

<sup>474</sup> **İnceoğlu**, s.121.

<sup>475</sup> 17 Temmuz 2003.

<sup>476</sup> **Reid**, s.109; **van Drooghenbroeck**, s.122-123; **Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet**, s.278-279; **Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.635.

<sup>477</sup> 16 Aralık 1997.

AİHM, kiliselerin tüzel kişiliğine ilişkin bugüne kadar Yunan hukukunda bir sorun yaşanmadığını, kendi isimlerini aldıklarını, taşınır ve taşınmaz mallarını özgürce satabildiklerini, sözleşme yapabildiklerini ve bu tasarrufların her zaman tanındığını tespit etmiş; hükümetin argümanını kabul etmemiştir. Çünkü, kilisenin tüzel kişilik kazanmaya zorlanması farklı bir takım özel hukuk sorunlarını beraberinde getirebilir. Bu nedenle sadece mahkeme önünde davacı olabilmek için böyle bir külfet altına girmesi beklenmemelidir. Milli otoritelerinin belirttiğinin aksine kilisenin *de facto* taraf ve dava ehliyetine sahip olduğunu belirten AİHM, bu davada mahkemeye erişim hakkının özünün zedelendiği gerekçesiyle 6.maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir<sup>478</sup>. Böyle bir sonuca varılmasının sebebi, aksi yönde bir görüşü kabulünün, kilisenin iddialarını mahkeme önünde ileri sürebilmesi ihtimalini tamamen ortadan kaldırması endişesidir.

Benzer bir düzenleme Fransız hukukunda da yer almasına rağmen, AİHM içtihatlarının etkisi ve Fransız hâkimlerin çabasıyla bu alanda hızlı dönüşüm yaşanmıştır. Yabancı şirketlerin taraf ve dava ehliyetine ilişkin yasal düzenleme olan 30 Mayıs 1957 tarihli Kanun, yürürlükte olduğu dönemde Belçikalı şirketlere sınırlı olarak dava ehliyeti tanıyordu. O dönemde Fransız hukukunda diğer yabancı topluluklara tüzel kişilik tanınmaması yönünde bir eğilim vardı. AİHM içtihatları ile birlikte, mahkemeye erişim hakkının etkin şekilde sağlanması için arayışlara giren Fransız hâkimler her fırsatta, ilgili düzenlemelere muhalefet etmekte tereddüt etmediler. Ve 1957 tarihli yasayı bertaraf etmek yönündeki girişimlerine Sözleşme'nin 6.maddesi ile meşruiyet kazandırdılar. Bu konuda ilk cesur adımı atan Yargıtay 1.Ceza Dairesi, bir yabancı şirketin müdahale talebinin kabul edilmesi gerektiğine karar verirken, bir suçun mağduru olan herkesin mahkemeye erişim hakkı olduğunu, Anayasa'nın 55.maddesi ile AİHS'nin 6.maddesine aykırılık arz eden Kanunun uygulanma kabiliyetini yitirdiğini belirtmiştir<sup>479</sup>.

Ceza dairesinin bu kararını, Temyiz mahkemesinin 1. Hukuk dairesi izlemiş, aynı gerekçelerle bir yabancı topluluğa taraf ve dava ehliyeti tanıyan istinaf mahkemesi kararını onamıştır<sup>480</sup>. Bu karardan sonra, Ticaret Dairesi de aynı yönde bir karar verirken isabetli olarak, *Sözleşmenin 6.maddesinde kişilerin milliyetine ya*

<sup>478</sup> Par.39.

<sup>479</sup>Cass. crim. 12 novembre 1990, Société Extraco Anstalt. **Belgesay**, s.15.

<sup>480</sup> Cass. Civ. 1er, 25 juin 1991, Voarick et autres contre Société Extraco Anstalt.

da tüzel kişiliği olup olmamasına göre bir ayırım yapılmadığını belirtmiştir<sup>481</sup>. Böylelikle, adil yargılanma hakkına aykırılık arz eden söz konusu yasa hükümleri, herhangi bir mevzuat değişikliği yapılmadan çok önce, hâkimler tarafından uygulanmamak suretiyle ilga edilmiştir<sup>482</sup>. Söz konusu hükümler, 20 Aralık 2007 tarihli Kanunla değiştirilmiştir.

Fransız hâkimlerinin bu uygulamasını son deresece önemli ve hukukun gelişimi bakımından motive edici bulmaktayız. Doğrusu, adalete uymayan, günün ihtiyaçlarına cevap veremeyen mevzuat hükümlerinin değişimi konusunda hâkimlerin elinde oldukça kuvvetli silahlar vardır. Ayrıca, toplumdaki adalet ihtiyacı zaruridir. “*Zaruret halinde yasaklar kalkar, zaruretin kanunu tatbik edilir*”<sup>483</sup>. Hiçbir kanun, ebedî bir hareket düsturu olamaz. Toplumu oluşturanların ahlakı, itiyadı, ekonomik, sosyal durumları değiştikçe, bu değişiklikler nazara alınarak, ihtiyaca cevap vermeyen hükümlerin de değişmesi zaruri olur. Kanunları zamanın ihtiyacına uygun tutma işi ise hâkimlere düşen bir ödevdir.

Bundan başka, AİHM başvuranın davayla doğrudan ilgisi bulunduğu halde, davanın ancak başka bir kimse ya da kuruluş tarafından yürütülebilmesini mahkemeye erişim hakkının özünü zedeler nitelikte bulmaktadır<sup>484</sup>. Örneğin, **Philis/Yunanistan** kararına<sup>485</sup> konu olayda, bir mühendis yaptığı işin ücretini talep ediyordu. Ancak iç hukuka göre bu ancak Yunanistan Teknisyenler Odası tarafından takip edilebilecek bir iştir. AİHM, bu prosedürün mühendislere deneyimli hukuki temsilden faydalanma hakkı sağlamanın yanında, başvurunu kendi davasını takip etme hakkından yoksun bıraktığını ifade ederek, sınırlamanın meşruiyeti için yeterli gerekçe olmadığı sonucuna varmıştır.

Öte yandan **Lithgow ve Diğerleri/Birleşik Krallık** davasında, bir millileştirme programı çerçevesinde millileştirme bedeline ilişkin olarak, millileştirilen her bir şirketin hissedarlarına tek tek dava açma hakkı tanınmayıp, bir temsilci atanarak ortak dava açma hakkının tanınması, mahkemeye erişim hakkına aykırı bulunmamıştır. AİHM’ne göre, bu usul dolaylı da olsa hissedarlara mahkemeye

<sup>481</sup> Cass. com. 15 novembre 1994.

<sup>482</sup> **Chen**, s.47-50; **Guinchard**, Cinquantième anniversaire de la Convention, s.186-187.

<sup>483</sup> **Belgesay**, s.15.

<sup>484</sup> **Mole/Harby**, s.40.

<sup>485</sup> 27 Ağustos 1991.

erişim hakkı tanımaktadır. Bu sınırlamanın amacı, taraf sayısının fazlalığı sebebiyle her bir hissedarın ayrı ayrı ileri süreceği iddia ve açacağı davalar sebebiyle meydana gelebilecek sıkıntılardan kaçınmaktır. Bu nedenle meşru ve orantılı sayılmıştır<sup>486</sup>.

Dava açma hakkına yönelik sınırlamalara Türk hukukunda da rastlanmaktadır. HMK m.50'ye göre, medeni haklardan yararlanma ehliyetine sahip olanlar, taraf ehliyetine de sahiptir. Dava ehliyeti ise, HMK m.60 uyarınca medeni hakları kullanma ehliyetine göre belirlenir. Küçüklerin, akıl hastalığı ya da zayıflığı olanların, hükümlülerin ve iflas etmiş kişilerin dava ehliyetine çeşitli sınırlamalar getirilmiştir. Ancak bu sınırlamalar bu kişilerin mahkemeye erişim hakkını engellemekten ziyade, korunmaları amacını gütmekte ve bu kişiler yasal temsilcileri vasıtasıyla haklarını kullanabilmektedirler<sup>487</sup>. Bu nedenle, söz konusu sınırlamalar adil yargılanma hakkı açısından sorun teşkil etmemektedir.

Asıl sorun kişinin, temsilcisi vasıtasıyla da olsa mahkemeye erişimine izin verilmediğinde ortaya çıkmaktadır. **Aslı Öztürk/Türkiye** kararı da<sup>488</sup> iç hukukta mahkemeye erişim hakkını engelleyebilecek uygulamalar bakımından çarpıcı bir örnek teşkil etmektedir. Karara konu olayda, başvuran 2000 yılında doğduğunda, babası bir alman vatandaşı ile evli fakat ayrı yaşıyor durumda idi. Başvurucu babasının bu süreçte yaşadığı bir başka birliktelik içinde doğmuştu. 2001 yılında Alman mahkemesi başvurunun babası ile alman vatandaşı eşinin boşanmalarına karar vermiş ve bu karar kesinleşmiştir. Kararın kesinleşmesinden kısa bir süre sonra başvurunun babası bu boşanma kararının Türkiye'de tanınması için talepte bulunamadan ölmüştür.

Karar Türkiye'de tanınmadığı için, ölüm üzerine Ankara Sulh Hukuk Mahkemesinin düzenlediği mirasçılık belgesinde alman vatandaşı eski eş, mirasçılar arasında ¼ miras payına sahip olarak yer almıştır. Hisselerin dörtte üçüne sahip başvuran 2001 tarihinde küçük olduğu için, başvuranın annesi Ankara Asliye hukuk mahkemesinde yabancı mahkeme kararının tanınmasına ilişkin dava açmıştır. Asliye hukuk mahkemesinin tanımaya ilişkin verdiği karar Yargıtay tarafından "*evliliğin ölüm nedeniyle sona erdiği, çocuğun ölen babası adına boşanma kararının tenfiz ve*

<sup>486</sup> **İnceoğlu**, s.121.

<sup>487</sup> **Erdoğan**, s.62.

<sup>488</sup> Baş. No: 39523/03, T:13 Ekim 2009.

*tanınmasını isteme haklarının bulunmadığı, dolayısıyla husumetin bulunmadığı*”<sup>489</sup> gerekçesiyle bozulmuş, ilk derece mahkemesi bozmaya uymuş ve kanun yolu incelemesi sonucu karar kesinleşmiştir. Kendisine ulusal mahkemelere başvuru hakkı tanınmayan başvuran, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla AİHM’ne başvurmuştur.

AİHM söz konusu şikâyetinde, iç hukukta yasaların uygulanması sırasında başvurucuya ilişkin sözleşme hükümlerinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Başvuranın babasının boşanmasına ilişkin kararın tanınması talebinde bulunabilme hakkına ilişkin yasal sınırlama, başvuranın mirasa ilişkin hakkını ihlal etmektedir. Doğrudan ve tek başına babasının mirasçısı olabileceksen hukuken mirası babasının eski eşiyle paylaşmak zorunda bırakılmıştır. Bu nedenle, somut olayda bireyin mahkemeye etkin başvuru hakkı ihlal edilmiştir.

Hukumumuzda tüzel kişiliği bulunmayan bazı topluluklar vardır. İflas masası, adi şirket, miras şirketi, donatma iştiraki, kat mülkiyeti birliği gibi bu toplulukların durumları taraf ehliyeti ve mahkemeye erişim hakkı bakımından incelenmelidir.

Özel bir mal topluluğu olarak kabul edilen iflas masasının tüzel kişiliği olmamasına rağmen davada taraf ehliyetinin olduğu kabul edilmektedir. İflas idaresi, iflas masasının kanuni temsilcisi olarak İİK m.229 hükmüne göre iflas masasının vadesi gelmiş alacaklarını tahsil, takip ve dava eder. İflas idaresinin açtığı davalarda taraf iflas masasıdır. İflas idaresinin de tüzel kişiliği yoktur. İflas idaresi, açtığı davalarda ve yaptığı takiplerde taraf değildir; kanundan doğan dava takip yetkisini kullanmaktadır<sup>490</sup>.

Adi şirketin de tüzel kişiliği yoktur. Tüzel kişiliği olmadığı için taraf ehliyeti de yoktur. Adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığından ortaya çıkan kişi birliği onu oluşturan şahıslardan bağımsız bir hak süjesi teşkil etmez<sup>491</sup>. Adi şirketin ortakları, şirkete dahil malvarlığına iştiraken malik olurlar ve tüm ortaklar şirketle ilgili

<sup>489</sup> O dönem yürürlükte olan MÖHUK’ta, tanıma ve tenfizi talep etme yetkisi bakımından bir hüküm yer almamaktadır. Tanıma veya tenfiz konusunda dava açabilme ehliyeti ile ilgili Yargıtay içtihatları ise boşanma davalarına ilişkin tenfiz ve tanıma davalarını sadece boşanan eşlerin açabileceğine işaret edilmektedir. 2007 tarihinde yürürlüğe giren yeni MÖHUK m.52’ye göre, kararın tenfiz edilmesinde hukuki yararı bulunan herkes tenfiz isteminde bulunabilir.

<sup>490</sup> **Karlı**, s.348,349.

<sup>491</sup> Nami **Barlas**, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, 2.Bası, İstanbul 2008, s.68.

konularda hep birlikte dava açıp, icra takibinde bulunabilirler. Adi şirkete karşı açılacak davalarda da adi şirketin ortakları davalı olarak gösterilir ve ortaklar aleyhine icra takibinde bulunulur<sup>492</sup>.

Miras Şirketinin de tüzel kişiliği ve dolayısıyla taraf ehliyeti yoktur. Mirasçılar terekedeki mallara iştiraken malik olurlar. Dolayısıyla mirasçıların tamamı davada taraf olarak gösterilerek dava açılabilir. HUMK m.11/f.2'deki "taksim edilinceye kadar tereke aleyhine dava açabilme" imkânı veren düzenleme HMK'ya alınmamıştır. Ancak takipte belli şartlarla tereke aleyhine takibe devam edilmesi imkânını veren İİK m.53/f.2 ve m.58/f.2 mevzuatımızda hala mevcuttur<sup>493</sup>.

Donatma iştirakinin tüzel kişiliği olmadığından davada taraf olması mümkün değildir. Adi şirkete uygulanan hükümler kıyasen donatma iştiraki için de uygulanır<sup>494</sup>. Kat mülkiyeti kurulunun da tüzel kişiliği yoktur. Kat mülkiyetiyle ilgili davalar tüm kat malikleri tarafından açılır. Üçüncü kişiler tarafından açılacak ana taşınmazın tamamına ilişkin davalar, tüm kat malikleri hasım gösterilerek açılmalıdır<sup>495</sup>.

Tüzel kişiliği olmayan bu topluluklara taraf ehliyetinin tanınmıyor oluşu Türk hukukunda bu toplulukların mahkemeye erişim hakkının engellendiği anlamına gelmemektedir. Çünkü taraf ehliyeti olmayan bu toplulukların mahkemeye erişim hakkı, kendilerini oluşturan şahıslar vasıtasıyla kullanılmaktadır.

### cc. Mevzuatın Yasal Yollara İlişkin Gerekli Saydamlığı Sağlaması

Yasal yollara ilişkin mevzuat, bireylerin haklarını mahkeme önünde koruyabilmelerine fırsat verecek kadar şeffaf ve açık olmalıdır. Dava süreci, uygulanan usulün karmaşıklığı ve açık olmaması sebebiyle tam olarak

<sup>492</sup> Alman Federal Mahkemesi, 29 Ocak 2001 tarihli kararıyla adi ortaklığa, tüzel kişiliği olmamasına rağmen hak ehliyeti ve dolayısıyla taraf ehliyeti tanımıştır. **Barlas**, s.71-72.

<sup>493</sup> **Karşlı**, s.349.

<sup>494</sup> **Karşlı**, s.349.

<sup>495</sup> Alman Federal Mahkemesi, adi ortaklıklarda olduğu gibi, 2005 yılında verdiği bir karar ile kat malikleri kurulunun, kendi faaliyet alanıyla sınırlı olacak şekilde hak ehliyetinin varlığını kabul etmiştir. **Karşlı**, s.349.



anlaşılamıyorsa yine mahkemeye erişim hakkının ihlali tehlikesi ortaya çıkacaktır<sup>496</sup>. Mahkemelere başvurulmasını sağlayan hukuki düzenlemelerin açık ve net olması, etkin hukuki korumanın sağlanması açısından da gereklidir<sup>497</sup>. Bu konuda, Fransa aleyhine sonuçlanan pek çok dava vardır. Örneğin, **Geouffre de la Pradelle/Fransa** davasında<sup>498</sup>, idari düzenlemelerin iptaline ilişkin prosedürlerin karmaşıklığı sebebiyle mahkemeye erişim hakkının etkin şekilde sağlanamadığına karar verilmiştir.

Anılan olayda, başvuranın taşınmazı koruma alanı içine alınmış ve bununla ilgili kararname Resmi Gazetede yayınlanmıştır. Başvuran Resmi Gazetede yayınlanan kararnamenin amacını tam olarak kavrayamamış ve ancak kararnamenin tam metnine yer veren tebligat kendisine ulaştığında yasal işlemlere başlayabilmiştir. Kararnameye karşı Conseil d'Etat'ya başvuru süresi iki aydır ve başvuran tebligatı bu süre geçtikten sonra almıştır. Dolayısıyla dava süresini geçirdiği için başvurusu reddedilmiştir. AİHM bu davada, ilgili hukukun çok karmaşık olduğunu ve dava açma süresinin kararnamenin Resmi Gazete' de yayınlandığı günden mi yoksa tebligattan sonra mı başladığının anlaşılmasının başvurudan beklenemeyeceği kanaatine varmıştır. Yeteri kadar açık ve tutarlı bir sistem olmadığından mahkemeye etkili ve pratik başvuru hakkı ihlal edilmiştir<sup>499</sup>.

**Bellet/Fransa** kararında<sup>500</sup> AİHM Fransa'yı temyiz mahkemesinin tazminat başvurularına izin vermeyen tutumu nedeniyle mahkûm etmiştir. Kan nakli gibi operasyonlar sonucunda bulaşan kan hastalıkları mağdurları için bir fon kurulmasını öngören Kanun'un 47.maddesinde, *uğranılan zararların bir tazminat fonu tarafından karşılanacağı* belirtilmekte ve sekizinci paragrafta, tazminat taleplerini mahkeme önünde ileri sürmek isteyen hemofili hastaları için bir takım kısıtlamalar getirilmektedir. Buradan hareketle temyiz mahkemesi, kurulmuş olan fon tarafından zararı karşılanan kişilerin daha yüksek tazminat talebiyle mahkemeye

<sup>496</sup> **Chen**, s.29; **Reid**, s. 110; **İnceoğlu**, s.132-133; Georges **Flécheux**, "L'accès au droit", Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme, Droit et Justice 2002, s.179; **Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet**, s.296; **Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.631-632.

<sup>497</sup> **Akkan**, s.54.

<sup>498</sup> 16 Aralık 1992, par 35.

<sup>499</sup> Par.35.

<sup>500</sup> 4 Aralık 1995.

başvuramayacakları şeklinde bir görüş benimsemiş ve bu yöndeki tazminat taleplerini reddetmiştir<sup>501</sup>.

Temyiz mahkemesinin bu tutumunun mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği iddiası karşısında AİHM başvurana hak vermekle birlikte, mahkemeye erişim hakkının yargı organının yorumu nedeniyle değil, yasanın gerekli şeffaflığı taşınamaması neticesinde engellendiğini belirtmiştir<sup>502</sup>. Anılan madde hükmünün incelenmesi sonucunda, zararı fon tarafından tazmin edilen kişilerin ayrıca mahkemede bu talebi ileri sürebileceklerini düşünmekte haklı oldukları kanaatine varılmıştır. AİHM'ne göre, demokratik bir toplumdaki hukukun üstünlüğü prensibi karşısında, yasal düzenlemelerin, mahkemeye erişim hakkını garanti altına alacak açıklıkta ve yeterlilikte olması sağlanmalıdır<sup>503</sup>.

Bu karardan bir süre sonra, aynı düzenleme sebebiyle Fransa bir kez daha mahkûm edilmiştir<sup>504</sup>. AİHM'nin gerekçesi yine aynıdır: *“Fonun tazminat talebinin kabul edildiği tarihte, sistemin yeterli açıklıkta olmaması ve başvuru yolları ile bunların sınırlandırılmasına ilişkin yanlış anlamaları engelleyecek garantiyi sunamaması”*<sup>505</sup>. Hatta bu kez, AİHM adil tazmin başlığı altında (AİHS m.41) başvurana 1 milyon frank ödenmesine karar vermiştir ki bu aslında kanun yolu aşamasında istinaf mahkemesince verilen ancak temyiz mahkemesince bozulan karardaki miktardır.

Türk hukukunda bireysel başvuru yoluna ilişkin kanun hükümlerinin, saydamlık açısından bir takım sorunlar taşıdığını ifade etmek gerekir. Şöyle ki: Bireysel başvuruda bulunulduğunda öncelikle, başvurunun AYMKK m.45 ila 47'de belirtilen kabul edilebilirlik şartlarını taşıyıp taşımadığı inceleneyecektir. Kabul edilebilirlik incelemesi diyebileceğimiz bu aşamada görevli organ, Anayasa Mahkemesinin kendi bünyesinde oluşturulan komisyonlardır<sup>506</sup>. Bu aşamada,

<sup>501</sup> Cass. Civ. 2e, 26 Ocak 1994, Bellet, (**Chen**, s.30).

<sup>502</sup> Par.34.

<sup>503</sup> Par.36.

<sup>504</sup> F.E./Fransa, 30 Ekim 1998.

<sup>505</sup> Par. 47.

<sup>506</sup> Komisyonların oluşumu ve işbölümü ile ilgili hususlar içtüzükle düzenlenecektir (AYMKK m.22/f.2). **Gerçekler**'e göre, Anayasa'nın kanunî hakim güvencesi başlıklı 37.maddesinde, hiç kimsenin kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamayacağı düzenlemesi karşısında, komisyonları oluşturma biçiminin içtüzüğe bırakılması, kanuni hakim ilkesi ile çelişmektedir. Bkz. s.33.

başvurunun, Anayasanın yorumlanması ve uygulanması veya temel hakların kapsam ve sınırlarının belirlenmesi bakımından *önem taşımadığına* ve başvurunun *önemli bir zarara uğramadığına* veya açıkça dayanaktan yoksun olduğuna kanaat getirilirse başvurunun kabul edilemezliğine karar verilebilir (AYMKK m.48/2). Bu hüküm, dikkatle yorumlanması ve uygulanması gereken bir hükümdür.

İlk olarak, koşulları düzenleyen hükümde “ve” bağlacının kullanılması, sübjektif hak ihlali ile birlikte ihlalin Anayasa hukuku bakımından önem taşıması koşullarının birlikte arandığı anlamına gelmektedir. Yani bir temel hak ihlal edildiğinde ve hak sahibi bu nedenle bir zarara uğradığında bu yeterli olmayacak; ayrıca başvurunun Anayasa hukuku bakımından incelenmesi gerekecektir. Eğer uygulama maddenin lafzı doğrultusunda olursa, bireysel başvuru yolu, hak ihlallerinin önlenmesi amacını gerçekleştirmekten bir hayli uzak kalacaktır. Halbuki Alman Anayasa Mahkemesi Kanununun konuya ilişkin 32.maddesinde “veya” bağlacı kullanılmıştır.

Bir başka nokta, hükmün son derece soyut niteliğidir. Anılan düzenlemede sadece tek bir net ölçüt bulunmaktadır: başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması. Bunun dışında madde hükmündeki “*önem taşımamak*” ibaresi, kişiye göre değişebilecek son derece soyut bir kavramdır<sup>507</sup>. Aynı şekilde, başvuranın uğradığı zararın önem derecesi de farklı bakış açılarından farklı sonuçlara ulaşılmasına müsaade edecek nitelikte bir ölçüttür. Keyfi uygulama eleştirilerine muhatap olmamak için, Anayasa Mahkemesi kuralın uygulanmasına ilişkin temel ilkeleri bir an evvel ortaya koymalıdır<sup>508</sup>.

Mevcut düzenleme doğrultusunda *de minimis non curat praetor (hakim ehemmiyetsiz meselelerle uğraşmaz)* kuralı gereği, yoğun bir ihlalin olmadığı başvurular, reddedilebilecektir<sup>509</sup>. Bu tercih doktrinde, temel hak ve özgürlükler

<sup>507</sup> **Deynekli**, s.79.

<sup>508</sup> **Çoban**, s.175.

<sup>509</sup> Başvuranın önemli bir zarara uğramamış olması bir kabul edilemezlik koşulu olarak 14.Protokolle AİHS'nin 35.maddesine girmiştir. AİHM bu koşulu uyguladığı ilk kararda, başvuranın adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürdüğü dava konusunun 90 euro'luk bir tren bileti ücreti olması nedeniyle, başvuru sahibinin durumu dikkate alındığında önemli bir zarara uğramadığı gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı vermiştir (Adrian Mihai Ionescu/Romanya, Baş. No:36659/04; K.T.01.06.2010). Aynı şekilde, Korolev/Rusya Kararında (Baş.No:25551/05, K:T:01.07.2010), ulusal mahkemenin başvuran lehine hükmettiği 22,50 Rublenin kamu makamlarınca ödenmediğine dair başvuru aynı gerekçeyle kabul edilemez bulunmuştur. **Çoban**, s.174. AİHM, zarar kavramını sadece

alanını güçlendirmek amacıyla getirilen bireysel başvuru yolunun doğasıyla uyumlu olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>510</sup>. Eleştirinin haklılığı son derece açıktır. Zira ihlalin azı ya da çoğu olmaz; bir temel hak ya ihlal edilmiştir ya edilmemiştir.

Yine, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü m.70/f.3'e göre, Mahkeme, başvurucu ya da kamu otoritesinin, istenen bilgi ya da belgeyi sunmaktan kaçındığı ya da bir delili gizlediği yahut her ne suretle olursa olsun davet edildiği hâlde yargılamaya etkili bir şekilde katılmadığı kanaatine varırsa, bu durumdan “*gerekli sonuçları çıkararak*” kararını verir. Bu ifadeden ne anlamak gerekir? Ortaya çıkabilecek sonuç büyük bir olasılıkla başvuruyu, Tüzükte belirtilen, kaçınma, gizleme ya da katılmama şeklindeki davranış biçimini sergileyen tarafın aleyhine neticelendirmek olacaktır. Eğer böyleyse, bu sonucun Tüzükte açıkça ifade edilmesi daha uygun olabilirdi. Zira mevcut haliyle, söz konusu davranışlar için öngörülen yaptırımın ne olduğu anlaşılammaktadır.

Yargı kararlarına karşı yapılan bireysel başvurulara ilişkin incelemeler yalnızca, bir temel hakkın ihlal edilip edilmediğine ve eğer bir ihlal varsa, bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına ilişkin olarak yapılabilir. Bir başka deyişle, esas incelemeyi yapacak olan bölümler, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapamazlar (AY m.148/f.4; AYMKK m.49/6;). Bu cümleyi nasıl anlamak gerekir? Eğer hükmü yalnızca sözel anlamıyla uygularsak o zaman Anayasa şikâyetinin anlamı ortadan kalkabilir<sup>511</sup>. Çünkü, anayasa şikâyetinin kapsamındaki hemen her hususun zaten kanun yolu aşamasında dikkate alınması gerekir.

Örneğin, adil yargılanma hakkı hem Anayasada hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde güvence altına alınmış bir temel haktır ve belki de Anayasa Mahkemesini en çok meşgul edecek başvuru konularından birisi olacaktır. Ancak bu aşamaya gelinceye kadar, gerek istinaf aşamasında gerekse temyiz incelemesinde,

---

maddi zarar olarak yorumlamamaktadır. Örneğin, Çek Cumhuriyeti aleyhine yapılan iki başvuruda Çek Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurunun incelenmesinde, yerel mahkemenin başvuruya ilişkin görüşlerini başvurana tebliğ etmeden karar verilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği öne sürülmüş; fakat AİHM bu görüşler başvuranlara tebliğ edilseydi, hangi yeni savunmalarla kararın değiştirebileceğinin tatmin edici şekilde açıklanmadığı gerekçesiyle önemli bir zarar olmadığı tespitinde bulunmuştur (Holub/Çek Cumhuriyeti, Baş. No:24880/05; Bratri Zatkove/ Çek Cumhuriyeti, Baş. No:20862/06, K.T:23.02.2011) **Çoban**, s.175.

<sup>510</sup> **Oder**, s.104.

<sup>511</sup> **Kanadoğlu**, s.109.

adil yargılanma hakkına riayet edilip edilmediği gözetilmesi gereken bir husustur. Kanun yollarında bu inceleme yapıldıktan sonra Anayasa Mahkemesine başvurulduğunda, Mahkemenin bu incelemeyi yapmaması düşünülemez. Dolayısıyla madde hükmünün, ihlalin varlığının inceleneceği yargılamanın konusu olan uyuşmazlığın esas hakkında inceleme yapılamayacağı şeklinde anlaşılması gerekir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, önüne gelen bir bireysel başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı<sup>512</sup> verirken, bu hususa netlik kazandırmıştır. Mahkemeye göre, bir anayasal hakkın ihlali iddiasını içermeyen, yalnızca derece mahkemelerinin ve temyiz merci kararlarının yeniden incelenmesi talep edilen başvuruların, açıkça dayanaktan yoksun olup Anayasa ve Kanun tarafından Mahkemenin yetki kapsamı dışında bırakılan hususlara ilişkin olduğu açıktır. Anayasa Mahkemesi, derece mahkemelerinin, Anayasa’da belirtilen yükümlülükleri yerine getirip getirmediğini denetlemekle görevli olup, derece mahkemelerinin yetki alanı içine giren yargılama sonucunun hatalı olduğu iddiasıyla yapılacak başvuruları açıkça temelsiz bulmaktadır. İlke olarak derece mahkemeleri önünde dava konusu yapılmış maddi olay ve olguların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile derece mahkemelerince uyuşmazlıkla ilgili varılan sonucun esas yönünden adil olup olmaması bireysel başvuru incelemesine konu olamaz. Bunun tek istisnası, derece mahkemelerinin tespit ve sonuçlarının Anayasa’da yer alan hak ve özgürlükleri ihlal etmiş olması veya adaleti ve sağduyuyu hiçe sayan tarzda açık bir keyfilik içermesidir.

#### **dd. Başvuru Sürelerinin Mahkemeye Erişim Hakkının Etkin Şekilde Gerçekleşmesine İzin Vermesi**

Belli bir hakkın mahkemede ileri sürülebilmesi ya da hak arama hürriyeti kapsamında bir davanın açılabilmesi için öngörülecek süreler hukuk güvenliği ilkesi gereği olup, adil yargılama hakkının ihlali olarak değerlendirilmez. Anılan süreler, mahkemelerin zamanın geçmesi nedeniyle güvenilirliği kalmayan, eksik ya da ulaşılmaması zor kanıtlara dayanarak uzak geçmişte meydana gelmiş olaylar hakkında karar vermelerini istemekle oluşabilecek adaletsizliklerin önüne geçmek ve hukuk güvenliğini sağlamak gibi önemli ve meşru amaçlara hizmet ederler. Dolayısıyla,

<sup>512</sup> T:16.05.2013, Baş. No: 2013/539 (<http://www.anayasa.gov.tr>, 17.06.2013).

dosyaya belge sunulması ya da başvuruda bulunulması için süre bakımından sınırlamalar getirilmesi mümkündür. Devlet belli bir takdir payına sahiptir<sup>513</sup>. Öngörülen sürelerle ilişkin düzenlemelerin yorumu ancak ulusal mahkemeler tarafından yapılabilir. AİHM ise, bu yorumların etkilerinin, AİHS'ne uygun olup olmadığını tespit eder<sup>514</sup>. Örneğin, **Stubbing ve diğerleri/Birleşik Krallık** davasında<sup>515</sup>, küçük yaşta cinsel taciz, cinsel ilişkiye zorlanma sebebiyle ortaya çıkan ruhsal rahatsızlıklara ilişkin tazminat talepleri için 18 yaşından itibaren başlayan 6 yıllık dava açma süresi makul bulunmuştur.

Bununla birlikte, söz konusu kurallar ile öngörülen süreler uygulamada dava açmayı imkânsız kılacak şekilde kısa tutulmamalıdır. Aynı şekilde bu kuralların uygulanması da, taraf ve dava ehliyetine sahip kişinin mevcut başvuru yolunu kullanmasını engellememelidir<sup>516</sup>.

İlk olarak, mahkemeye erişim hakkının etkin olabilmesi için, başvuru sürelerinin tarafların bilgisi olmadan başlamaması gerekir. Çok basit ve temel bir hukuk kuralı görünümünde olmasına rağmen Fransız hukukunda bu kuralın tanınmaması, Fransa'nın mahkûmiyetine sebep olmuştur<sup>517</sup>. **Tricard/Fransa** kararına<sup>518</sup> konu olayda, 29 Ocak'ta başvuranın talebinin reddi hakkında hüküm verilmiş ve ertesi gün, kendisine ulaştırılmak üzere Tahiti'deki adresine gönderilmiş ve ilamın gönderilmesi tarihinden başlayarak 5 gün içinde kanun yoluna başvurulabileceği belirtilmiştir. İlam, 5 Şubat'ta Tahiti'ye, 6 Şubat'ta -yani başvuru süresi dolduktan sonra- başvurana ulaşmıştır. Başvuranın birkaç gün sonra yaptığı temyiz başvurusu ise sürenin geçirilmesi sebebiyle kabul edilemez ilan edilmiştir.

AİHM, bu kararda çok katı kurallar koyduğu ve bunu yaparken de özel durumları hesaba katmadığı için doğrudan yasa koyucuyu sorumlu tutmuştur. Kararda ayrıca sürelerin hesaplanmasına ilişkin düzenlemelerin çok katı biçimde yorumlanmasının başvuranın mahkemeye erişim hakkını engellediği de belirtilmiştir. Bu hatırlatma doktrinde, Fransız yargıçların mahkemeye erişimi engelleyecek katı

<sup>513</sup> Garcia Manibardo-İspanya, 15.02.2000.

<sup>514</sup> Tejedor Garcia- İspanya, 16 Aralık 1997

<sup>515</sup> 22.10.1996.

<sup>516</sup> Perez de Rada Cavanilles/İspanya, T:28 Ekim 1998, par.44-45.

<sup>517</sup> **Chen**, s.33; **Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.634.

<sup>518</sup> T:10 Temmuz 2001, Baş. No: 40472/98.

kuralları yorum yoluyla yumuşatmaya davet edilmesi şeklinde yorumlanmıştır<sup>519</sup>. Örneğin, somut olayda, başvuru süresinin hesabı, başvurana tebliğin yapıldığı andan başlatılabilmelidir.

Sürelere ilişkin olarak yasa koyucunun dikkat etmesi gereken ikinci husus, mahkemeye erişim için öngörülen sürelerin makul olmayacak şekilde kısa tutulmamasıdır. Bu gerekliliğe riayet edilmemesi mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak değerlendirilebilir<sup>520</sup>. **Pérez de Rada Cavanilles/İspanya** davasında<sup>521</sup>, İspanya tam da bu nedenle mahkûm edilmiştir. İspanyol hukukunda yeniden yargılama için başvuru süresi 3 gün olarak belirlenmiştir (İspanyol Medenî Yargılama Usulü Kanunu m.377). Somut olayda, davanın görüldüğü ilk derece mahkemesi ile başvuranın ikamet ettiği il arasında 45 km vardır. Başvuranın gönderdiği dilekçe, kuryedeki gecikme sebebiyle sürenin bitiminden sonra mahkemeye ulaşmış ve başvuru bu sebeple reddedilmiştir.

AİHM önünde, başvuranın mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddiasına karşılık İspanyol Hükümeti, başvuranın dilekçesini daha çabuk mahkemeye ulaştıracak şekilde farklı araçlar kullansaydı yasal süre içinde talebini mahkemeye iletebileceği yönünde savunma yapmıştır. AİHM ise, öngörülen sürenin ölçüsüz biçimde kısa olduğunu vurgulayarak bu sürenin somut olaya uygulanmasının başvuranın mahkemeye erişim hakkını engellediği sonucuna ulaşmıştır<sup>522</sup>. AİHM'nin mahkûmiyet gerekçesinden anlaşıldığı kadarıyla, bir önceki kararda olduğu gibi burada da mahkûm edilen aslında yasa koyucudan başkası değildir<sup>523</sup>.

**Rodoplu/Türkiye Kararına**<sup>524</sup> konu olayda, başvuran Üniversite Hastanesi'nde geçirdiği cerrahi müdahale sonucu kalıcı nitelikte görme kaybına uğramış, bunun üzerine Üniversite aleyhine bir tazminat davası açmıştır. Ancak mahkeme, başvuranın talebini zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle reddetmiştir. Mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddiası ile önüne gelen dosyada AİHM, başvurunun dayanaktan yoksun olduğuna kanaat getirmiştir. Karara göre, somut

<sup>519</sup> **Chen**, s.34.

<sup>520</sup> **Reid**, s. 110; **De Salvia**, s.227-228, 232; **Yılmaz**, Şerh, s.303.

<sup>521</sup> T:28 Ekim 1998

<sup>522</sup> Par. 48-49.

<sup>523</sup> **Chen**, s.35.

<sup>524</sup> Baş. No:41665/02, T:23 Ocak 2006.

olayda, başvuranın belirtilen kanuni süreler içerisinde (1 yıl) mahkemeye başvurma hakkına mani olacak hiçbir duruma rastlanmadığından, davanın ulusal mahkemece reddedilmesi hakkın ihlaline yol açmaz. AİHM, mahkemeye erişim hakkının, zamanaşımı veya hak düşürücü sürelerle ilişkin birtakım yasal düzenlemelerle sınırlandırılmasını makul görmekle birlikte, ilgili yasa kuralının uygulanması sırasında, hakkın özünün zedelenmemesini önemsemektedir. Bunun için de kanuni süre içerisinde mahkemeye başvurulmasının ulusal makamlarca engellenip engellenmediğini araştırmaktadır.

Söz konusu şikâyetle AİHM'nin bir ihlal bulmaması, Türk hukukunda haksız fiil sebebiyle açılacak tazminat davaları için öngörülen zamanaşımı süresine ilişkin düzenlemenin (TBK m.72), mahkemeye erişim hakkı bakımından sınıfi geçtiği anlamına gelmektedir.

Türk hukukunda Kadastro Kanunu'nun 12.maddesinde öngörülen 10 yıllık hak düşürücü süre, hak arama özgürlüğü açısından Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun konusu olmuştur. Başvuruya konu olayda kadastro çalışması 1988 yılında kesinleşmiş, başvuru bu tarihten 23 sene sonra kadastro tespitinde hata olduğunu ileri sürerek Asliye Hukuk Mahkemesi önünde dava açmıştır. Dava, Kadastro Kanunu'nda öngörülen 10 yıllık hak düşürücü sürenin geçmesi nedeniyle reddedilmiş, ilk derece mahkemesinin kararının kesinleşmesi üzerine, hak arama özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi, AİHM'in Stubbing kararına atıfla, kendisine yapılan başvuruyu kabul edilemez bulmuştur<sup>525</sup>.

Yukarıdaki kararlardan hareketle, Türk hukukunda bireysel başvuru yolu için öngörülen süre sınırlamalarının makul sayılabileceğini belirtmek gerekir. Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir (AYMKK m.47/f.5; İçtüzük m.64/f.1). Söz konusu süre, başvuru konusu işlem tebliğ ya da tefhim edilmişse, tebliğ ya da tefhim tarihinden; diğer hallerde öğrenme tarihinden başlayacaktır. Eğer, ihlal bir ihmalden kaynaklanıyorsa, ihmalin devamı süresince ve sona ermesinden itibaren 30 gün içinde bireysel başvuru yapılabileceği ifade

<sup>525</sup> T:13.06.2013, Baş. No: 2013/757 (<http://www.anayasa.gov.tr>, 18.06.2013).



edilmektedir<sup>526</sup>. Biz de bu görüşü desteklemeyi uygun buluyoruz zira ihmalin devam ettiği her seferde hak yeniden ihlal edilmiş olmaktadır.

6216 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin (8) numaralı fıkrası şöyledir: *"Mahkeme, 23/9/2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceler."* Anılan Anayasa ve kanun hükümleri uyarınca Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisinin başlangıcı 23/9/2012 tarihi olup, Mahkeme, ancak bu tarihten sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılan bireysel başvuruları incelemektedir<sup>527</sup>. Bireysel başvuru sistemini kabul eden hemen hemen tüm ülkelerde zamanaşımına ilişkin bir düzenleme mevcuttur. Bu, iş yükünü kontrol altına almak için tercih edilen bir yöntemdir. Zira, böyle bir süre konmadığında kişiler, belki yirmi ya da otuz yıl önce meydana gelen ihlaller için Anayasa Mahkemesine başvuracaklar ve bireysel başvuruların sayısı kontrol edilemez hale gelecektir. Özellikle Ülkemizde, 50'li yıllardan beri devam etmekte olan kadastro davalarını göz önüne aldığımızda zamanaşımına ilişkin düzenlemenin faydalı olduğu söylenebilir.

Mahkemeye erişim hakkının etkin kullanımının sağlanabilmesi için tebligat hukukuna ilişkin düzenlemelerin mahkemeye erişime olanak sağlayacak şekilde yapılması son derece önem taşımaktadır. Zira tebligat, Anayasa ile güvence altına alınan iddia ve savunma hakkının tam olarak kullanılmasını ve adil yargılamanın gerçekleşmesini sağlayan araçlardan biridir<sup>528</sup>.

#### **ee. Hakkın Etkin Kullanımı İçin Dokunulmazlıkların Sınırlandırılması**

Dokunulmazlıklar, iç hukuklarda mahkemeye erişim hakkına getirilen sınırlamalardan bir diğeridir<sup>529</sup>. Mahkemeye erişim hakkı, hukuki korunma talebinde bulunmak isteyen kimsenin bu talebini dava yoluyla ileri sürmesini ciddi şekilde

<sup>526</sup> **Ekinci**, s.146.

<sup>527</sup> Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisizlik sebebiyle kabul edilemez bulduğu bir başvuru için bkz. 26.03.2013, Baş. No:2013/781 (<http://www.anayasa.gov.tr>, 18.06.2013).

<sup>528</sup> Seyithan **Deliduman**, "Tebligat Giderinin (Zamanında) Yatırılmamasının Sonuçları", 75. Yaş Günü için Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s.309.

<sup>529</sup> **Clayton/ Tomlinson**, s.13 vd.; **Guinchar/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.614.

engelleyecek bir dokunulmazlığın varlığı durumunda ihlal edilebilmektedir<sup>530</sup>. **Ashingdane/Birleşik Krallık** kararında<sup>531</sup> şikâyet konusu, akıl hastalarının sağlık personeli ya da ilgili otoritelere karşı dava açma hakkını, kötü niyet veya ihmal gibi iddialarla sınırlandıran ve bir yüksek mahkeme hâkiminin iznini gerektiren tüzük maddesinin mahkemeye erişim hakkını engellediğine ilişkindi. AİHM bu davada, ilgili otoritelerin sorumluluğunun sınırlandırılmasının mahkemeye erişim hakkının özüne zarar vermediği ve orantılılık ilkesinin çiğnenmediği sonucuna varmıştır. Zira, anılan tüzük maddesine göre, bir izin de gerekse, kötü niyet ya da ihmal iddiaları mahkemede ileri sürülebilmekteydi.

**Osman/Birleşik Krallık** kararı<sup>532</sup>, polisin görevi sırasında gösterdiği ihmal sebebiyle sorumlu tutulamayacağına ilişkin bir kamu politikası ile ilgiliydi. AİHM'ne göre bu kural, polisin asayişini sağlama ve suçu önlemedeki etkililiğini sağlamak hedefiyle bağlantılı olduğunda meşru sayılabilir. Ancak menfaat dengesini gözetmeksizin her somut olayda bu kuralın uygulanması, polisin her türlü eylem ve ihmaliinde genel bir dokunulmazlık kılıfından faydalanmasına neden olabilir ki bu, bireylerin haklı talepleri hakkında mahkemeden hüküm elde edebilme haklarının yersiz şekilde kısıtlanması sonucunu doğurur. Bu nedenle söz konusu kural, adil yargılanma hakkına aykırı bulunmuştur.

Ne yazık ki AİHM bu yaklaşımını bir süre sonra değiştirmiş ve tam da aynı kurala ilişkin olan iki ayrı şikâyette<sup>533</sup>, İngiliz hukukunda böyle bir hakkın var olmadığı dolayısıyla 6.maddenin bu taleplere uygulanmayacağını belirtmiştir. Yani, Mahkeme polisin dokunulmazlığına ilişkin kuralı, İngiliz hukukunda bireylere tanınmış bir hak olmadığı<sup>534</sup> şeklinde yorumlamıştır. Siyasi sebeplerle yapıldığını zannettiğimiz bu yorumla birlikte 6.maddenin kapısı, anılan kuralla ilgili gelebilecek tüm ihlal iddialarına kapanmıştır. Ortada bir hak olmadığından tehlikede olan bir

<sup>530</sup> **Mole/Harby**, s.41; **Harris, O'Boyle & Warbrick**, s.241; **Reid**, s. 116; **Leach**, s.274; **Sudre/Marguénaud/Andriantsimbazovina/Gouttenoire/Levinet**, s.290 vd.

<sup>531</sup> 28 Mayıs 1985.

<sup>532</sup> 28 Ekim 1998.

<sup>533</sup> **Z ve diğerleri/Birleşik Krallık**, 10 Mayıs 2001; **T.P. ve K.M/Birleşik Krallık**, 10 Mayıs 2001.

<sup>534</sup> Yukarıda, 6.maddenin uygulanacağı medeni hak ve yükümlülükleri belirlerken ifade ettiğimiz gibi adil yargılanma hakkı güvencelerinin uygulanmasının ilk şartı, iç hukukta konuyla ilgili olarak tanınmış olan bir hakkın var olmasıdır.

haktan da bahsedilemez şeklinde ifade edilebilecek bu yaklaşım tarzı günümüze dek süregelmiştir<sup>535</sup>.

Türk hukukunda, 6216 Sayılı Kanunun 45.maddesinin 3.fıkrasında sayılan işlemler, bireysel başvuruya konu yapılamayacaktır. Bunlar, yasama işlemleri, düzenleyici idari işlemler, Anayasa Mahkemesi kararları ve Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerdir. Hukuk sistemleri arasında anayasa mahkemesine bireysel başvuru konusunda iki yöntemden bahsedilebilir. Bunlardan birincisinde, kişiler bir kanun hükmünün Anayasaya aykırı olduğunu iddiasıyla anayasa mahkemesine başvurabilmektedir. İkincisi, temel hak ve özgürlüklerin kamu gücü tarafından ihlal edildiğini iddia eden kişilerin Anayasa Mahkemesine başvurmasıdır ki Türk hukukunda benimsenen yöntem budur. Yani, temel hak ve özgürlükleri tehdit eden bir yasal düzenlemenin mevcudiyeti, bireysel başvuru mekanizmasını harekete geçirmeye yetmez; bunun için ayrıca o hükme dayanılarak bir eylem ya da işlem yapılması ve bu sırada kişinin temel hakkını ihlal edilmesi aranır. Bizim Anayasamızda, kanunların bireysel başvuru konusu yapılmasına imkân tanınmamıştır. Kanunların Anayasa'ya aykırılığı, ancak görülmekte olan bir davada, uygulanması gereken Kanun hükmü bakımından ileri sürülebilir. Mahkeme, aykırılık iddiasını ciddi görürse, bunu Anayasa Mahkemesine gönderir (Ay. m.152)<sup>536</sup>.

Yasama işlemleri gibi, idarenin düzenleyici işlemleri de bireysel başvuru yolunun kapsamı dışında bırakılmıştır. Yargı denetimi dışında kalan işlemlere, Yüksek Seçim Kurulu kararları örnek gösterilebilir. HSYK ve Yüksek Askeri Şura'nın meslekten çıkarma kararları dışındaki kararlarına karşı da yargı yolu kapalı olduğundan, bunlar da bireysel başvuru konusu yapılamayacaklardır. Yine, Sayıştay kararları aleyhine de bireysel başvuruda bulunulamayacağı ifade edilmektedir<sup>537</sup>.

<sup>535</sup> Roche/Birleşik Krallık, 19 Ekim 2005.

<sup>536</sup> Mukayeseli Hukuka baktığımızda, Anayasa Şikâyetini kabul eden ülkelerde genellikle Kanunların başvuru konusu yapılabildiği görülmektedir. Örneğin Güney Kore Anayasa Mahkemesi Kanunu'na göre iki tür anayasa şikâyeti bulunmaktadır. Bunlardan birincisinde, anayasa ile güvence altına alınan temel haklardan biri, kamu gücünün kullanılması ya da kullanılmaması sebebiyle ihlal edilen herkes Anayasa Mahkemesine başvurabilir (m.68/f.1). İkinci olarak, genel mahkemede görülmekte olan bir davada mahkeme, taraflardan birinin davada uygulanacak olan hukuk kuralına ilişkin yaptığı anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmez ve meseleyi Anayasa Mahkemesine götürmeyi kabul etmezse, ilgili tarafın konuyu anayasa şikâyeti yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne getirebilmesidir (m.68/f.2). Mustafa **Baysal**, "Güney Kore Cumhuriyeti Anayasa Şikâyeti Uygulaması", Bireysel Başvuru "Anayasa Şikâyeti", HUKAB Sempozyum Serisi 1, Ankara 2011, s.189. Görüldüğü gibi Kore hukuk sisteminde, soyut norm denetimine sınırlı da olsa izin verilmektedir.

<sup>537</sup> **Deynekli**, s.82.

Doktrinde ayrıca, Kanun Hükümünde Kararnamelere karşı bireysel başvuru yolunun açık olup olmadığı sorunu KHK'ları sınıflandırmak için kullanılan ölçütlere göre tartışılmıştır<sup>538</sup>. Bilindiği gibi, KHK'lar maddi açıdan kanun yani yasama işlemi niteliğindeki, organik açıdan Bakanlar Kurulu işlemi yani idarenin düzenleyici işlemlerinden sayılmaktadır. Bu nedenle, konuya hangi ölçütlerden bakılırsa bakılsın KHK'lara karşı bireysel başvuru yolunun kapısı aralanmayacaktır. Kanundaki genel sınırlayıcı yaklaşımı göz önüne aldığımızda, bu kuralın uygulama ile esnetileceğine ihtimal vermemekteyiz.

Anayasa Mahkemesi kararlarının bireysel başvuru konusu yapılamaması, Kanun koyucunun Anayasa Mahkemesinin kararlarının, imtiyazlı ve dokunulmaz kılınması gibi bir anlayışı benimsediği izlenimi yaratmaktadır. Gerek yasama işlemleri gerek düzenleyici idarî işlemleri hakkındaki görüşümüze paralel olarak Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı da bireysel başvuru yolunun açık tutulmasının, *süper yüksek mahkeme*<sup>539</sup> imajının ortadan kaldırılması bakımından önemli olduğu görüşündeyiz.

Sonuç olarak, yasal düzenlemede Anayasaya aykırı olarak<sup>540</sup> bireysel başvuru neredeyse sadece yargı kararlarına karşı başvuru olan bir yol olarak kabul edilmiştir<sup>541</sup>. Oysa Anayasanın 148.maddesinin 3.fikrasında, “kamu gücü” tarafından yapılan bir ihlalden bahsedilmektedir. Bu düzenlemeye göre, yasama ve yürütme organlarının işlemleri için de bireysel başvuru yolu söz konusu olmalıdır. Çünkü yasama organı da kamu gücüdür; temel hak ve özgürlükler pekâlâ yasama erki tarafından ihlal edilebilir<sup>542</sup>. Kamu gücünün bir işlemi olan yasaya karşı doğrudanlık ilkesinden hareketle bireysel başvuru yoluna gidilebilmelidir<sup>543</sup>. Aynı şekilde, düzenleyici işlem kimlikli işlemlerin de yürürlüğe girdikleri anda, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir

<sup>538</sup> **Oder**, s.100.

<sup>539</sup> **Zabunoğlu**, s.121.

<sup>540</sup> **Gerçekler**, s.33.

<sup>541</sup> Bizdekinin neredeyse tam tersi bir düzenlemeye Güney Kore hukuk sisteminde rastlanmaktadır. Kanunlar, Uluslararası Sözleşmeler, Kararnameler, İdari düzenlemeler ve işlemler, yasama ihmali anayasa şikâyetine konu edilebilirken mahkeme kararlarına karşı anayasa şikâyeti öngörülmemiştir. Mahkeme kararları açık bir biçimde anayasa şikâyetinin konusu dışında tutulmuştur (m.68/f.1). **Baysal**, s.189. Bu düzenleme Güney Kore Hukuk Sistemine yöneltilebilecek bir eleştiri konusu sayılabilir.

<sup>542</sup> **Atay**, soyut düzenlemelerle kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilme ihtimalini zayıf gördüğünden, yasama işlemlerinin kapsam dışında bırakılmasını doğal karşılamaktadır. Bkz. s.131.

<sup>543</sup> **Kanadoğlu**, s.110.

takım ihlallere yol açması ihtimal dahilinde<sup>544</sup> olduğundan, bunlar da bireysel başvuru konusu yapılabilmelidir.

**Al Adsani/Birleşik Krallık** kararında<sup>545</sup>, İngiliz mahkemelerinde Kuveyt hükümeti adına dava açılmasına izin verilmemesinin mahkemeye erişim hakkını engellediğine ilişkin bir şikâyet incelenmiştir. AİHM, kişisel yaralanma sebebiyle yerel mahkemede açılan davada Kuveyt hükümetinin dokunulmazlığından feragat ettiğini göz önünde bulundurarak, adil yargılanma hakkı güvencelerinin bu olaya uygulanabileceğine karar vermiştir. Uluslararası organizasyonları ulusal yargılamalardan koruyacak bağışıklıklar genel olarak 6.maddeye aykırı bulunmakla birlikte, alternatif araçların varlığının da etkin koruma sağlayabileceği belirtilmiştir<sup>546</sup>.

Yasama dokunulmazlıklarının mahkemeye erişim hakkı karşısındaki durumu da AİHM içtihatlarında tartışılmıştır. Örneğin, **A/Birleşik Krallık** kararında<sup>547</sup>, başvuran kendisi için “cehennemden gelen komşu” ifadesini kullanması sebebiyle bir meclis üyesi aleyhine tazminat davası açmak istemiş fakat yasama dokunulmazlığı sebebiyle başarılı olamamıştır. AİHM, şikâyet konusu olayda, mahkemeye erişim üzerindeki bu kısıtlamanın, meclis tartışmalarının özgürce yapılmasını sağlamaya yönelik olduğunu ve burada korunan menfaat sebebiyle adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğini belirtmiştir.

Buna karşılık **Cordova/İtalya** kararında<sup>548</sup>, davacı başvuran, iki meclis üyesinin ifadeleri sebebiyle sahip olduğu şöhretin zarar gördüğü iddiasıyla yerel mahkemede tazminat davası açmak istemiş ancak yasama dokunulmazlığı sebebiyle bu davayı açamamıştır. AİHM, kullanılan ifadeleri mesleki gerekliliğin ötesinde kişisel tercih olarak değerlendirmiş ve dava açma hakkının yasama dokunulmazlığı sebebiyle kısıtlanmasını orantısız bir müdahale olarak tanımlamıştır.

<sup>544</sup> **Zabunoğlu**, s.121.

<sup>545</sup> 21 Kasım 2001; Ayrıca bakınız Fogarty/Birleşik Krallık, 21 Kasım 2001.

<sup>546</sup> **De Salvia**, s.236. Waite ve Kennedy/Almanya, 18 Şubat 1999; Prince Hans-Adam II of Liechtenstein/Almanya, 12 Temmuz 2001.

<sup>547</sup> 17 Aralık 2002.

<sup>548</sup> 30 Ocak 2003.

Sonuç olarak dokunulmazlıklar, bireylerin haklı korunma taleplerini mahkemeye iletme ve mahkemeden bir hüküm elde etme hakkını sınırladığı ölçüde adil yargılanma hakkına aykırı bulunmaktadır. Ancak bu değerlendirme yapılırken iç hukukta etkin korumanın yerine getirilmesi için farklı alternatifler olup olmadığını tespit etmek gerekir. Örneğin, **Ernst/Belçika** kararında<sup>549</sup>, bireylerin haklarını koruyan başka araçların varlığı sebebiyle yargıçların tazminat davalarından muafiyeti haklı bulunmuştur. Dolayısıyla denilebilir ki, hakkın korunması için bireylerin başvurabileceği alternatif ve makul yollar olduğu sürece dokunulmazlıklar mahkemeye erişim hakkına engel olarak görülmemektedir<sup>550</sup>.

Ülkemizde milletvekilleri hukuk davaları bakımından korunmadığından milletvekili dokunulmazlıklarının hukuk yargılaması bakımından mahkemeye erişimi engellediğini söylemek zordur<sup>551</sup>. Bununla birlikte, yabancı devletlerin diplomatlarına ve temsilcilerine özel hukuk yargılamaları bakımından tanınan menfaatlerin mahkemeye erişim hakkı bakımından tartışılması gerektiği kanaatindeyiz. Ceza yargılamalarında muafiyet tanınan bu yabancı şahıslara özel hukuk yargılamaları bakımından da muafiyet tanınmalı mıdır?

Türkiye Cumhuriyeti'nin de taraf olduğu<sup>552</sup>, 18.04.1961 tarihli "Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi"nin 31. maddesinde bu husus düzenlenmiştir. Anılan hükümde diplomatik ajanın, kabul eden devlette ceza yargısından muaf

<sup>549</sup> 15 Temmuz 2003.

<sup>550</sup> **Guincharde/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.615-616.

<sup>551</sup> Buna ilişkin bir örnek olan, **Atilla Kart/Türkiye** kararı esas itibariyle ceza yargılamasını ilgilendirse de AİHM nezdinde yeni bir hukuki mesele doğurduğu için incelenmesi faydalı olacaktır. Konuyla ilgili olarak AİHM'ne yapılan başvurular çoğunlukla, davalının sahip olduğu dokunulmazlık sebebiyle davacının, dava açma hakkının engellendiği iddiasını içermektedir. Atilla Kart/Türkiye davasında ise başvuran, milletvekili dokunulmazlığının, davalı olarak yargılanmasına engel teşkil ettiğinden şikâyetçi olmuştur. Söz konusu olayda, başvuran milletvekili olmadan önce aleyhine açılmış iki ceza davasının dokunulmazlık nedeniyle ertelendiğini, böylelikle aklanma imkânından mahrum bırakıldığını, askıya alınan kovuşturmanın kamuoyunda itibarını düşürdüğünü dolayısıyla adil yargılanma hakkından yararlanamadığını ileri sürmüştür (Baş. No:8917/05, T:3 Aralık 2009). AİHM, ceza yargılaması sonucunun uzun süre belirsiz kalmaması gerektiği yönünde başvurana hak vermekle birlikte, somut olaydaki dokunulmazlığın yasama faaliyeti açısından gerekli olduğuna ve başvuranın seçilmeden önce, milletvekili seçilmesinin hakkındaki yargılamalara etkisini öngörebilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Yasama dokunulmazlığının mahkemeye erişim hakkını ölçsüz şekilde sınırlamadığı gerekçesiyle ihlal olmadığı sonucuna varmıştır.

<sup>552</sup> Türkiye Cumhuriyeti, 3042 sayılı Kanun ile ve 06.11.1984 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı ile bu sözleşmeye katılmayı kararlaştırmıştır (RG. 12.09.1984, S.18513). Kişilerin davaya taraf olma haklarının pozitif düzenlemelerle korunması hem davacı hem davalı olabilmek bakımından önem arz ediyorsa, davalı da mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini iddia edebilmelidir.

olduğu ifade edildikten sonra aşağıdaki hususlar dışında kabul eden devletin medeni ve idari yargısından da muaf olduğu belirtilmiştir:

- a. Görevin gereği olarak gönderen devlet adına malik olunmayan ve kabul eden devletin ülkesinde bulunan özel taşınmazlarla ilgili aynı hak davaları,
- b. Diplomatik ajanın, gönderen devlet adına değil de bir özel kişi olarak vasiyeti tenfiz memuru, mirasın idarecisi, kanuni mirasçı veya vasiyet olunan kişi sıfatıyla ilgili bulunduğu mirasa ilişkin davalar,
- c. Diplomatik ajanın kabul eden devlet dahilinde resmi görevleri dışında icra ettiği herhangi bir mesleki veya ticari faaliyetle ilgili davalar muafiyet kapsamı dışındadır.

MÖHUK m.49'da şöyle demektedir: “yabancı devlete, özel hukuk ilişkilerinden doğan hukuki uyuşmazlıklarda yargı muafiyeti tanınmaz”. Yargıtay’ın bu hükme ilişkin isabetli uygulamalarına örnek olarak, ABD Konsolosluluğuna telefon faturası ve hor kullanma karşılığı için açılan dava hakkındaki kararı<sup>553</sup> ya da Danimarka Elçiliğinde sigortalı işçi olarak çalışan kişinin açtığı tespit davasındaki kararı<sup>554</sup> gösterilebilir. 49.maddenin devletle birlikte devletin diplomatik temsilcilerini de kapsayacak şekilde yorumlanması<sup>555</sup> mahkemeye erişim hakkı ve dolayısıyla adil yargılanma hakkı bakımından daha yerinde bir çözüm olacaktır.

Diplomatik temsilcilerin tamamen özel hukuk alanına giren faaliyetlerinden devletin herhangi bir çıkarı olmadığından, bu tür faaliyetlerden doğan uyuşmazlıklarda yargı muafiyetlerinin olduğunu kabul etmek uyuşmazlığın karşı tarafının mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılması anlamına gelmektedir. Örneğin taraflar arasındaki ihtilaf bir kira sözleşmesinden doğduğunda, yabancı davalı yargı muafiyetinden yararlanamamalıdır<sup>556</sup>. Yargıtay da bir kararında aynı

<sup>553</sup> “Olayda dayanılan kira sözleşmesi hususi hukuki işlemdir. Davacı bu sözleşmeye aykırı davranıştan... tazminat ve telefon kullanımından doğan alacağını istemiştir. Olayın taraflar arasındaki niteliğine göre, davalı devletin olayda yargı muafiyeti bulunmamaktadır.” Yargıtay’ın 16.11.1989 tarihli kararı (Aysel **Çelikel**, Milletlerarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 7.Bası, İstanbul 2004, s.364).

<sup>554</sup> “Davacı, Sözleşmenin 31.maddesinin birinci fıkrasının aksine, diplomatik ajanın şahsi işinde değil, Danimarka Kraliyetini temsil eden elçilikte, daha açık bir ifade ile Danimarka Kraliyetinde ( Devlette) çalışmıştır. Durum böyle olunca Sözleşmenin 31.maddesinden söz etmek mümkün değildir... Aksi düşünüldüğünde, yabancı devlet elçiliğinde çalışan Türk vatandaşlarının hiçbir hak arama imkanı ve müracaat edecek bir merci ve makamı kalmayacaktır”. Yargıtay 10.HD’nin 14.10.1993 tarihli kararı (**Çelikel**, s.365).

<sup>555</sup> Bu görüşte bkz. **Üstündağ**, s.68.

<sup>556</sup> **Üstündağ**, s.68.

yönde görüş bildirmiştir. Yargıtay'a göre, Türk mahkemeleri başka bir devleti yargılayamaz ve yine diplomatik dokunulmazlığı olan kişilere karşı Türk mahkemelerinde dava açılmaz. Genel kural böyle olmakla birlikte bu kuralı mutlak anlamda kabul etmek mümkün değildir. Bir devletin mahkemeleri önünde yargılanamama muafiyeti yargılanan devletin egemenlik hakları ile ilgili bulunduğundan bu hakkın dışında kalan özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda muafiyet kuralının uygulanmaması icap eder<sup>557</sup>.

Nitekim Türkiye Cumhuriyeti'nin 27.09.1975'de katıldığı<sup>558</sup> 1963 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'nde, konsolosların yalnız resmi görevlerini yerine getirmesi sırasında işledikleri fiillerden dolayı yargı bağıışıklığına sahip olacakları kabul edilmiştir (m.43). Maddeye göre, konsolosluk memurları ve konsolosluk hizmetlileri resmi görevlerinin yerine getirilmesi sırasında işledikleri fiillerden dolayı kabul eden devletin adli ve idari yargısına aşağıdaki durumlar hariç olmak üzere tabi değildirler:

- a. Konsolosluk memurları ve hizmetlilerinin açıkça veya zımnen gönderen devletin vekili sıfatı ile akdetmediği bir mukaveleden doğan davalarda,
- b. Kabul eden devletin ülkesinde bir taşıt aracının, bir geminin veya bir hava taşıtının sebebiyet verdiği zarar yüzünden üçüncü kişi tarafından açılan hukuk davalarında yargı bağıışıklığı uygulanmaz.

Bağıışıklığın amacı bireyleri kayırmak olmayıp diplomatik görevlilerin görevlerini yapmalarını sağlamaktır. Diplomatik temsilcilerin, özel hukuk alanına giren ve devleti temsil etmedikleri her türlü faaliyette Devletin herhangi bir çıkarından söz edilemeyeceğinden yargı muafiyetini resmi görevlerin yerine getirilmesi ile sınırlamak uygun olacaktır<sup>559</sup>.

<sup>557</sup> HGK. 18.9.1991, **Üstündağ**, s.67.

<sup>558</sup> 1901 sayılı Kanunla onaylanmıştır (RG. 29.05.1975, S.15249).

<sup>559</sup> Bu yönde 6.HD'nin 1984 tarihli kararı için bkz. **Çelikel**, s.369.



### c. Mahkemeye Erişim Hakkını Engelleyecek Yargısal Uygulamalardan Kaçınılması

Mahkemeye erişim hakkının sağlanması için, bizatihi hukuk sisteminin bu hakkı gereği gibi düzenlemesi gerekli ama yeterli değildir. Öncelikle kanun koyucu, mahkemeye erişim hakkını tanımalı ve hakkın gerçekleşmesi için tüm önlemleri almalıdır. Bu bağlamda, adalet teşkilatının teknik alt yapısı ve yargı hizmetlerine ayrılacak ödenek, hakkın etkin şekilde gerçekleşmesini sağlayacak şekilde belirlenmelidir<sup>560</sup>. Buna ilaveten uygulama makamları da mevzuatı doğru şekilde yorumlamalı ve uygulamalıdır. Yargı organizasyonunun kötü işlemesi mahkemeye erişim hakkını doğrudan etkiler.

Mahkemeye erişim hakkının hukuk düzenince tanınması ile onun uygulanması için gerekli altyapının oluşturulması birbirinden ayrı olarak değerlendirilmelidir. Mahkemeye erişim hakkı tanınmakla birlikte, yargısal organizasyondan kaynaklanan sorunlar nedeniyle bu hak, gereği gibi yerine getirilemeyebilir. İdari işlerin iyi yürümemesi sebebiyle adreslerin sağlıklı tespit edilememesi, tebligatların yanlış yapılması, tarafların dilekçelerinin sağlıklı değerlendirilememesi bunlara örnek gösterilebilir<sup>561</sup>. İşte yargı organizasyonu ve teknik altyapı ile ilgili eksiklik ve yanlışlıkları düzeltmek birinci derecede devletin görevidir. Mahkemeye erişim hakkı tanınmakla birlikte onun uygulanması önündeki engeller kaldırılmıyorsa etkin bir hukuki korumadan söz edilemez.

Bundan başka, bizzat mahkeme uygulamaları ile de mahkemeye erişim hakkı engellenebilir. Hukuk düzeni mahkemeye erişim hakkını tam olarak tanımıştır, yargı organizasyonu bakımından ileri sürülecek bir eksiklik de bulunmamaktadır. Ancak hâkimin yargılamayı yürütüş tarzından kaynaklanan bir ihlal söz konusu olabilir<sup>562</sup>. Fransız Temyiz Mahkemesinin bir kararı, mahkemeye erişim hakkının uygulamada etkili şekilde gerçekleştirilmesine güzel bir örnek teşkil etmektedir<sup>563</sup>: Taraf vekili,

<sup>560</sup> **Freixes**, s.58

<sup>561</sup> **Özekes**, Hukuki Dinlenme, s.312.

<sup>562</sup> Burada hemen şu hatırlatmada bulunmak gerekir: mahkemeye erişim hakkı, hakkının korunmasını isteyen kimsenin talebinin mahkemece aynen kabul edilmesi anlamına gelmez. Önemli olan kişinin tam olarak hukuki korunma talebinde bulunmasının sağlanmasıdır. Bundan sonra hukukun imkân tanıdığı biçimde karar verecek olan hâkimdir. **Özekes**, Hukuki Dinlenme, s.316.

<sup>563</sup> **Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.631.

üyesi olduğu Baro grevde olduğu için temsil ettiği tarafın davasına ait bir duruşmaya katılamamış ve bu gerekçeyle duruşmanın ertelenmesini talep etmiştir. Karardan anlaşıldığı kadarıyla ilk derece mahkemesi duruşmayı ertelememiştir. Temyiz Mahkemesine göre, ancak tarafın davasını kendisinin başarıyla takip edebileceğinden emin olunursa duruşmanın ertelenmesi talebi reddedilebilmelidir. Aksi halde, taraf etkin hukuki korunma ihtimalini kaybetmiş olacaktır<sup>564</sup>. Fark edileceği üzere, olayda yasal mevzuat açısından mahkemeye erişim hakkı önünde teorik olarak bir engel bulunmamaktadır. Bununla birlikte, açılan davada tarafın mahkemede vekili tarafından temsil edilememesi fiili olarak bu hakkın kısıtlanması sonucunu doğurmuştur.

AİHM, adalete erişim hakkının etkin şekilde sağlanabilmesinin aynı zamanda görevli mahkemedeki yargılamanın kalitesine bağlı olduğuna ilişkin görüşünü içtihatlarında istikrarlı olarak tekrarlamaktadır<sup>565</sup>. **Lawyer Partners A.S./ Solavakya** kararına konu olayda, iç hukuk bir takım usul işlemlerinin elektronik ortamda yapılmasına izin verdiği halde, mahkemelerin elektronik ortamda dava açılmasını ve dava malzemesinin DVD disklerle sunulmasını reddetmesi mahkemeye erişim hakkına aykırı bulunmuştur<sup>566</sup>. Başvuran Şirket'in açmak istediği dava çok sayıda dava arkadaşını ilgilendirdiğinden ve 40 milyonun üzerinde dokümanın mahkemeye ibrazı gerektiğinden başvuran Şirket, bunu elektronik ortamda yapmak istemiş ve bu seçim AİHM tarafından makul bulunmuştur. Medeni Usul Kanunu (m.42), davanın elektronik ortamda açılmasına ve elektronik delil sunulmasına izin vermektedir. Buna rağmen 2006 yılında açılmak istenen dava ulusal mahkemeler tarafından reddedilince, AİHM başvuruların mahkemeye erişim hakkından etkili olarak yararlandırılmadıkları gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir<sup>567</sup>.

Dava açma veya itiraz süresi iç hukukta yer alan kurallara aykırı bir biçimde hesaplanmışsa mahkemeye erişim hakkı açısından ihlal doğabilir<sup>568</sup>. Örneğin **Osui İtalya** davasında<sup>569</sup> Yargıtay'a başvurma süresi on gündür. Sürenin başlangıç

<sup>564</sup> Cass. Civ. 2e, 2 mars 2004, ([http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/deuxieme\\_chambre\\_civile\\_570/arret\\_n\\_697.html](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/deuxieme_chambre_civile_570/arret_n_697.html), 16.12.2013).

<sup>565</sup> **Chen**, s.35.

<sup>566</sup> **Reid**, s.108.

<sup>567</sup> Par.49-56.

<sup>568</sup> **İnceoğlu**, s.133.

<sup>569</sup> 11.07.2002.

tarihi adli tatile rastladığı takdirde iç hukuka göre, on günlük süre adli tatilin bitiminde başlamaktadır. Somut olayda, başvuranın temyiz dilekçesi adli tatilin bitiminden sonraki yedinci günde gönderildiği halde, Yargıtay tarafından süreyi geçirdiği gerekçesiyle reddedilmiştir. AİHM bu uygulamayı haklı olarak 6.maddeye aykırı bulmuştur<sup>570</sup>.

Şekil kurallarının katı bir şekilde uygulanması da ihlale neden olabilmektedir<sup>571</sup>. **Sovtransavto Holding/Ukrayna** kararında<sup>572</sup>, başvuranın temyiz talebi temyiz harcının yatırıldığına dair belgenin ibraz edilmemesi nedeniyle reddedilmiştir. Başvuran, bu formaliteyi tamamlayarak başvuru yaptığı anda ise başvurusu, bir aylık başvuru süresinin geçirildiği için reddedilmiştir. Pek tabii bu uygulama, 6.maddeye aykırı bulunmuştur.

**Neshev/Bulgaristan** kararında, mahkeme kararı tebliğ edilmemesine rağmen, temyiz süresinin geçirildiği gerekçesiyle yapılan temyiz başvurusunun reddedilmesi mahkemeye erişim hakkına aykırı bulunmuştur. AİHM, başvurana alt mahkeme kararını öğrenmek için sürekli mahkeme kalemini kontrol etmek gibi bir yükümlülük yüklenemeyeceğini belirtmiştir<sup>573</sup>.

Türkiye aleyhine verilen bir kararda<sup>574</sup>, ceza evinde tutuklu bulunan başvuran aleyhine verilen hükmün, 7201 sayılı Kanunun 28.maddesi uyarınca ilan tebliğ edilmesine karar verilmiş ve kararın özeti Resmi Gazete 'de yayımlanmıştır. Mahkeme kararından sonradan haberdar olan başvuran tebligatın ilan yoluyla yapılmasına itiraz ederek temyiz başvurusunda bulunmak istemişse de temyiz başvurusu süre sebebiyle reddedilmiştir. Başvuran Kanunun 19.maddesi yerine 28.maddesi uygulandığı için mahkemeye erişim hakkından yoksun bırakıldığı gerekçesiyle şikâyette bulunmuştur. Hükümet, başvuranın belirttiği hiçbir adreste bulunamamasından ve tutuklama kararı sebebiyle sürekli kaçmasından dolayı kendisine bir türlü tebligat yapılamadığı şeklinde savunma yapmıştır. AİHM'ne göre, başvuran hakkında verilen yargı kararını müteakip temyize gitmesi gereken sürede firari bulunduğundan Tebligat Kanunu'nun uygulanmasını güçleştirdiği doğrudur.

<sup>570</sup> Par.36-40.

<sup>571</sup> **İnceoğlu**, s.133.

<sup>572</sup> 25.07.2002.

<sup>573</sup> 28.10.2004, par.38-41.

<sup>574</sup> Davran/Türkiye Kararı, Baş. No:18342/03, T:3 Kasım 2009.

Bununla birlikte, başvuran cezaevine konduktan sonra kendisine, Kanun'un 19.maddesine göre, cezaevi yönetimi tarafından tebligat yapılması gerekmektedir. Devletin, gerçekleştirilen tutuklama işleminden haberdar olunmaması sebebiyle tebligatın yapılamadığı yönündeki gerekçesi kabul edilemez. Zira Ülkedeki tüm adli merciler arasında iletişimi sağlayacak gerekli düzenlemeleri yapmak yine Devletin görevidir.

Söz konusu olayda üzerinde durulması gereken ikinci nokta, ilan tebligatın Resmi Gazete aracılığı ile yapılmasıdır. Tebligat Kanunu m.29'a göre, ilan alakalının ıtılana en emin bir şekilde vasıl olacağı umulan ve varsa tebliği çıkaran merciin bulunduğu yerde intişar eden birer gazetede ve ayrıca elektronik ortamda yapılır. Somut olayda tercih edilen Resmi Gazetenin, ilgilinin tebligattan haberdar olacağı en emin vasita olmadığı gibi, aksine öğrenmesini zorlaştırdığı kanaatindeyiz. İlan tebligatın yer alacağı gazete seçiminin, somut olaydaki koşullar çerçevesinde özenle seçilmesi gerekmektedir.

Şekil kurallarının katı biçimde yorumlanması bazen bireyin dava açma hakkının tamamen ortadan kalkmasına veya etkin şekilde kullanımının imkânsız hale getirilmesine sebep olabilir. Ulusal mevzuatın yorumlanması şüphesiz ulusal makamların ve özellikle de mahkemelerin görevidir. Ancak bu yorum yapılırken, mahkemeye erişim hakkı engellenecek şekilde abartılı şekilcilikten ve öte yandan, kanunun getirdiği usulî şartların ortadan kalkmasına neden olacak aşırı gevşeklikten kaçınılmalıdır<sup>575</sup>.

AİHM, hukuki güvenliği, hakkaniyete uygun bir yargılamanın olmazsa olmaz koşullarından biri olarak görmektedir. **Gök ve Diğerleri/Türkiye kararı**<sup>576</sup>, Mahkemenin konu ile ilgili görüşünü gözler önüne sermektedir. Adı geçen davada başvuranlar, de facto kamulaştırma nedeniyle asliye hukuk mahkemesinden tazminat talebinde bulunmuştur. Asliye hukuk mahkemesi başvuranları haklı bulmuş ve taleplerini kabul ederek davacılara tazminat ödenmesine ve arsanın Hazine adına tapuya kaydedilmesine karar vermiştir. Başvuranların daha sonra ek tazminat almak

<sup>575</sup> Walchli/Fransa Kararı, Baş. No:35787/03, T:26 Temmuz 2007. İsviçre Federal Mahkemesi, şekil kurallarının aşırı katı yorumlanması ve uygulanmasında, bu uygulamayı haklı gösterecek korunmaya değer bir menfaat olmadığını belirten kararları vardır. ATF 121 II 79; ATF 120 II 425, **Grisel**, s.84.

<sup>576</sup> Baş. No:71867/01; 71869/01; 73319/01; 74858/01, T:27 Temmuz 2006.

amacıyla açtıkları dava da ilk derece mahkemesince kabul edilmişse de Yargıtay, “Kamulaştırmaya dair 2942 sayılı Kanununun 38.maddesi<sup>577</sup> uyarınca ek tazminat davasının zamanaşımına uğradığı” gerekçesiyle kararı bozmuş, ilk derece mahkemesi karara uymuş ve karar kesinleşmiştir. Hâlbuki görülen ilk davada, idarenin, dava konusu parselin daha evvelden (1977 yılından beri) kullanıldığı dolayısıyla da dava konusu talebin zamanaşımına uğradığı itirazı reddedilmiş, (işgal tarihi 1991 olarak belirlenmiş) ve karar onanarak kesinleşmiştir. Buna rağmen, daha sonra açılan ek tazminat davasında Yargıtay, önceki davada belirlenen dava konusu parsel kamulaştırmasız el atma tarihi tespitinin, mevcut davada kesin bir delil oluşturmadığını belirtmiştir.

AIHM’ne göre, Sözleşmenin 6/1.maddesi ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkının, hukukun üstünlüğü çerçevesinden değerlendirilmesi gerekir. Hukukun üstünlüğünün temel unsurlarından biri de hukuki ilişkilerin güvenliği ilkesidir. Bu ilke, mahkemeler tarafından nihai çözüme kavuşturulan ihtilafın artık dava konusu oluşturmamasını gerektirir. Somut olayda, Kamulaştırma Kanunu m.38 uyarınca zamanaşımı süresinin başladığı tarihin tespitini içeren ilk kararın kesinleşmesiyle, başvuranlar açısından hukuki güvenlik ilkesinin devreye girdiğine şüphe yoktur. Ek tazminat davasının kanun yolu incelemesinde Yargıtay yeni bir husus ortaya koymadan önceki yargı sürecinde dikkate alınan kanıtlara dayanmış ve bu hususu yeniden incelemiştir. Başvuranlar, kesin hükme varılan ilk dava konusu ihtilafın giderilmesi beklentisinde olduğu ölçüde, Yargıtay’ın önceki karara tamamen ters yöndeki yeni değerlendirmesi hukuki güvenlik açısından sorun teşkil etmektedir ve dolayısıyla da adil yargılanma hakkı ihlal edilmiştir.

**Tanay/ Türkiye kararı**<sup>578</sup>, mahkemeye erişim hakkının ulusal makamlarca nasıl engellenebileceğini gösteren çarpıcı bir örnektir. Karara konu olayda, başvuranın bir arsası, Devlet Karayolları Genel Müdürlüğü tarafından kamulaştırılmıştır. Türk Hukukuna göre, kamulaştırma bedeli olarak ödenen tazminat miktarının artırılmasının talep edilmesi için kamulaştırma kararının tebliğinden itibaren 30 gün içinde başvurulmalıdır. Mevcut olayda başvuran, kanuni süre içinde kendisini temsil etmesi için bir avukat tayin etmiştir. Avukat, bedele itiraz davasını

<sup>577</sup> Kamulaştırma Kanunu m.38, Anayasa Mahkemesi’nin 10.04.2003 tarihli kararıyla iptal edilmiştir. E.2002/112, K.2003/33.

<sup>578</sup> Baş. No:18753/04, T:9 Aralık 2008.

sürenin bitiminden 3 gün sonra açmış, sağlık sorunları nedeniyle davayı daha önce açmadığını belirtmiş ve ilgili sağlık raporlarını dosyaya koymuştur. Asliye hukuk mahkemesi, mazereti kabul etmiş, davayı esastan incelemiş ve başvurana ek tazminat ödenmesine karar vermiştir.

Yargıtay, ilk derece mahkemesinin kararını bozmuş; gerekçesinde, hasta olan kişi olarak başvuranın temsilcisi yerine başvuranın adını zikretmiştir. Kararda, başvuranın kendisi hasta olsa bile yasal süre içinde onun adına dava açabilmesi için vekâletname verildiğine dikkat çekmiş ve davanın zamanaşımına uğradığına karar vermiştir. Başvuran vekili, karar düzeltme talebinde hasta olanın müvekkili değil kendisi olduğunu vurgulamışsa da Yargıtay, “*maddi hatanın düzeltilmesinin sonucu etkilemeyeceğini*” ifade ederek, karar düzeltme talebini reddetmiştir. Asliye Mahkemesi, bozmaya uyarak davayı reddetmiş ve nihai karar Yargıtay tarafından onanmıştır. Sonuç olarak, başvuranın yargılamaya konu olaydaki hukuki korunma ihtiyacı Devlet mahkemeleri tarafından karşılanamamış ve mahkemeye erişim hakkı, bizzat mahkemelerin kendisi tarafından ihlal edilmiştir.

Tebliğat hukukuna ilişkin hatalar, mahkemeye erişim hakkını engelleyici sonuçlar doğmasına sebep olabilmektedir. Örneğin, adres değişikliğinin usulüne uygun olarak bildirilmesine rağmen eski adrese yapılan tebliğat tarafın mahkemeye erişim hakkını, hukuki dinlenilme hakkını ve dolayısıyla adil yargılanma hakkını ciddi ölçüde zedelemektedir. **Ern Makine San. Ve Tic. A.Ş./Türkiye kararında**<sup>579</sup>, başvuran Şirket merkezini taşıdığını Ticaret Sicil Müdürlüğüne bildirdiği halde, yargılama süresince yapılan tüm tebliğatların Tebliğat Kanununun 35.maddesi<sup>580</sup> uyarınca eski adrese yapılmış olması, AİHM tarafından savunma hakkının ve 6/1 maddenin ihlali olarak değerlendirilmiştir. Başvuru yapmak için uyulması gereken işlem ve sürelerle ilişkin düzenlemeler yapılması yargının en iyi şekilde işlemlerini ve

<sup>579</sup> Baş. No:70830/01, T.3 Mayıs 2007.

<sup>580</sup> Tebliğat Kanunu m.35: Kendisine veya adresine kanunun gösterdiği usullere göre tebliğ yapılmış olan kimse, adresini değiştirirse, yenisini hemen tebliği yaptırmış olan kaza merciine bildirmeye mecburdur. Bu takdirde bundan sonraki tebliğler bildirilen yeni adrese yapılır.

Adresini değiştiren kimse yenisini bildirmediği ve yeni adres tebliğ memurunca da tespit edilemediği takdirde, tebliğ olunacak evrakın bir nüshası eski adrese ait binanın kapısına ve diğer nüshası da tebliği yaptıran kazai merciin divanhanesine talik edilir ve eski adresin kapısına talik tarihi, tebliğ tarihi sayılır. (**Değişik 2. fıkra: 4829 - 19.3.2003 / m.11**) Adresini değiştiren kimse yenisini bildirmediği ve yeni adres tebliğ memurunca da tespit edilemediği takdirde tebliğ olunacak evrakın bir nüshası eski adrese ait binanın kapısına asılır ve asılma tarihi, tebliğ tarihi sayılır.

(**Değişik 3. fıkra: 4829 - 19.3.2003 / m.11**) Bundan sonra eski adrese çıkarılan tebliğler muhataba yapılmış sayılır.

özellikle hukuki güvenlik ilkesine saygı duyulmasını amaçlamaktadır. Bununla birlikte, söz konusu kurallar ya da bu kuralların uygulanması, yargılanabilir kişinin mevcut başvuru yolunu kullanmasını engellememelidir<sup>581</sup>.

Yargıtay'ın, mahkemeye erişim hakkını zikretmemekle birlikte bu hakkın gerçekleşmesine hizmet eden önemli kararları vardır. Örneğin, bir kararında<sup>582</sup>, davada savunma hakkı ile sıkı sıkıya ilişkili olan tebligata yönelik adres araştırmasının zabıtaya yaptırılan bir inceleme ile sınırlı tutulmasını önemli bir usul hatası olarak değerlendirmiştir. Karara konu olayda adresin meçhul olduğu kabul edilerek tebligat ilan edilmiştir. Oysa ilan tebligat en son başvurulacak çaredir. O nedenle adres araştırmasının titizlikle ve kararlılıkla yapılması zorunludur.

Duruşma tarihinin taraflara tebliğ edilmemesi, hem mahkemeye erişim hakkı hem de hukuki dinlenilme hakkı bakımından ihlal tehlikesi doğurabilir. Bir olayda, davacı vekili oturum için mazeretini dilekçe ile bildirmiş ve duruşma gününü mahkeme kaleminden öğreneceğini ifade etmiştir. Mahkeme davacı vekilinin mazeretinin kabulüne, masraf yatırıldığı halde duruşma gününün kendisine tebliğine ve duruşmanın başka bir tarihe ertelenmesine karar vermiştir. Duruşma tarihi davacı vekiline tebliğ edilmemiş ve belirtilen tarihte duruşmaya gelmemesi nedeniyle dosya işleminden kaldırılmış, daha sonra da yenileme talebinde bulunulmadığı gerekçesiyle davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiştir. Yargıtay 16. Hukuk Dairesi, mahkemeye erişim hakkını ihlal eden bu kararı isabetli olarak bozmuştur<sup>583</sup>. Taraflardan biri veya vekili mazereti nedeniyle belirtilen gün ve saatte duruşmaya gelmemiş, mazeret dilekçesi göndermiş, mahkemece de bildirilen mazeret kabul edilmiş ise, mazeret bildirilen tarafa tensip edilecek duruşma gününün davetiye ile bildirilmesi gerekir. Gelmeyen tarafın mahkeme gününü kaleminden öğrenmesine karar verilemez. Duruşmaya mazereti sebebiyle gelmeyen taraf, mazeret dilekçesinde bu yönde bir talepte bulursa ve mahkeme gününü kaleminden öğreneceğini bildirirse dahi mahkemece bu yönde bir karar alınamaz. Zira duruşma gününün gelmeyen tarafa davetiye ile bildirilmesinde yasal zorunluluk bulunmaktadır.

<sup>581</sup> Perez de Rada Cavanilles/İspanya, T:28 Ekim 1998.

<sup>582</sup> Yarg. 2.HD. 24.06.1994, 5855/6458 (YKD 1994/12, s.1907-1909; **Pekcantez**, Adil yargılama, s.52).

<sup>583</sup> 16.HD, 09.06.2005, E:2005/7397, K:2005/5108 (MİHDER S.2, 2005, s.484).

Bu başlık altında değerlendirilmesi gereken son konu vekâlet ücretleridir. Mahkemeye erişim hakkı önündeki ekonomik engellerin kaldırılması gereğinden söz ederken ifade edildiği gibi, vekâlet ücreti tek başına bu hakkın önünde bir engel teşkil etmez. Bir başka deyişle, vekâlet ücretine ilişkin yasal düzenlemeler mahkemeye erişim hakkına aykırı değildir. Yargı hizmetlerinin yürütülmesinde, dava açma hakkının kullanılabilmesi için, vekâlet ücreti gibi belirli miktardaki maliyetlere katlanması kabul edilebilir. Zira, yargının gereksiz başvurular sebebiyle, aşırı yük altında kalmasının önlenmesi ve işlevini etkili şekilde yerine getirebilmesi birtakım hukuki tedbirlerin alınmasını zorunlu kılar.

Bu noktada göz önüne alınması gereken husus, mahkemelerce hükmedilen vekâlet ücretlerinin, ölçülülük ilkesine uygun olmasıdır. Mahkemeye erişim hakkı, kamu yararı sebebiyle kısıtlanabilir. Ancak Ashingdane Kararı'nda da belirtildiği gibi<sup>584</sup>, hedeflenen amaç ile hakka müdahale arasında makul bir orantı olması önemlidir. Biraz daha somutlaştırmak gerekirse, hâkimler bir taraf aleyhine vekâlet ücretine hükmederken, davada haksız çıkan tarafın içinde bulunduğu ekonomik koşulları da dikkate almalıdır. Örneğin, asgari ücretle çalışan bir kişinin açtığı dava sonucunda haksız çıkması üzerine gelirinin birkaç katı vekâlet ücretine mahkûm edilmesi, mahkemeye erişim hakkına orantısız müdahale sayılır kanaatindeyiz.

Konuyla ilgili bir örneğe, Anayasa Mahkemesi'nin 2/10/2013 tarihli kararında rastlanabilir<sup>585</sup>. Karara konu yargılamada, başvuru 2.400 lira tutarında vekâlet ücretine mahkûm edilmesinin adil yargılanma hakkına aykırı olduğunu ileri sürmüş ve fakat Mahkeme, başvuruyu *açıkça dayanaktan yoksun* bulmuştur. Oysa karşı oy gerekçesinde ifade edildiği gibi, net asgari ücretin yaklaşık 800 lira olduğu Ülkemizde bu tutarın yaklaşık üç katı tutarında bir vekâlet ücretine hükmedilmesi, hakka orantılı bir müdahale sayılmayabilir. Müdahalenin orantılı olduğu ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmadan önce, başvuru aylık geliri, genel ekonomik durumu dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Anayasa Mahkemesi kararında, söz konusu hususların hiç dikkate alınmadan ve orantılılık testi yapılmadan, başvurunun reddedilmesi doğru olmamıştır. Çünkü, vekalet ücretine hükmedilen mahkeme kararı ile başvuru mahkemeye erişim hakkına zaten bir müdahalede bulunulmuştur. Bu iddia üzerine

<sup>584</sup> Bkz. s.119.

<sup>585</sup> Baş. No: 2013/1613 (RG. 15 Kasım 2013, S. 28822).



yapılması gereken, işin esasına geçerek, yapılan müdahalenin, adil yargılanma hakkı karşısında bir ihlal sayılıp sayılmayacağını Ashingdane kriterleri doğrultusunda incelenmesidir.

## B. HÜKMÜN İCRASI HAKKI

### 1. Genel Olarak Hükümün İcrası Hakkı Kavramı

Mahkemeye erişim gibi, hükümün icrası hakkı kavramı da sözleşmesel hakların garanti altına alınması gayesinden doğmuştur<sup>586</sup>. AİHM, kararların icrasının yargılamanın bütünleyici parçası olduğundan bahisle, ilk ve üst derece mahkemelerine başvuru hakkı gibi, cebri icra yoluna başvuru hakkının da Sözleşme ile eşit derecede korunduğu ve mahkemeye erişim hakkına dahil olduğu görüşündedir<sup>587</sup>. Adil yargılanma hakkının güvenceleri, hükümün verilmesiyle birlikte sona ermez; hükümün icrası aşamasında da uygulanır<sup>588</sup>. Taraf devletlerden birinin iç hukuk sistemi nihai ve bağlayıcı bir kararın, taraflardan birinin zararına geçersiz kalmasına izin verirse, görünürde sağlanan mahkemeye erişim hakkı aldatıcı olacaktır. AİHM'nin bu konuda çok sayıda içtihadı vardır<sup>589</sup>.

Hükümün icrası hakkı kavramının doğuşuyla birlikte, AİHM içtihatları da bu yönde hızlı bir gelişim göstermiştir<sup>590</sup>. Mahkeme, hükümün icrası hakkı kavramının, âkit devletlerce benimsenmesini sağlayacak çeşitli prensipler oluşturmuştur. Bunlardan ilki, hükümün icrası sürecinin, yargılanma süresinin hesabına dahil edilmesidir. Kural olarak, bir yargılama kesin hükümün tefhim veya tebliği ile sona ermektedir; hükümün icrası aşaması yargılama süresi kapsamında değildir. Bununla birlikte, icrası garanti altına alınmayan bir hükümün etkililiğinden söz edilemez. Böyle bir durum, mahkemeye erişim hakkı ile de bağdaşmaz. Bu gerekçelerle

<sup>586</sup> Chen, s.38.

<sup>587</sup> Kreuz-Polonya, 19.06.2001; Manolescu ve Dobrescu/Romanya, 03.03.2005; Lunari/İtalya, 11.1.2001; Georgiadis/Yunanistan, 28.3.2000.

<sup>588</sup> Mole/Harby, s.6; Reid, s. 113; Janis/Kay/Bradley, s.428; Gözübüyük/Gölcüklü, s.279; Erdoğan, s.82; Oğuz, s.47; Kaşıkara, s.119; De Salvia, s.219 vd.; van Drooghenbroeck, s.118 vd.; Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet, s.363; Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel, s.1015.

<sup>589</sup> Örneğin, Burdov/Rusya, 7 Mayıs 2002; Jasiuniene/Litvanya, 6 Mart 2003; Kutıç/Hırvatistan, 1 Mart 2002.

<sup>590</sup> Chen, s.38.

AİHM, hükmün icrası aşamasını yargılama süresi kapsamına almış ve icra aşamasının aşırı uzun sürmesini bir ihlal sebebi olarak kabul etmiştir<sup>591</sup>.

Böylelikle, mahkemeye erişim hakkının gerçekleşmiş sayılabilmesi için dikkate alınan yargılama sürecinin iki aşamadan oluştuğu söylenebilir: 1) Özel hukuk karakterli hakkın varlığının mahkeme tarafından tespit edilerek hukuk âleminde tanınmasının sağlanması. 2) tanınmış olan bu hakkın gerçekleştirilmesi yani hükmün icra edilmesi.

Hükmün icrası hakkına ilişkin süregelen AİHM içtihatlarının kilometre taşı sayılabilecek **Hornsby/Yunanistan** kararı<sup>592</sup> ile bu alanda ilk adım atılmıştır. Karar, hükmün icrası aşamasının, 6.maddenin korumasından faydalanmasını sağlaması açısından büyük öneme sahiptir<sup>593</sup>. Bu olayda İngiliz vatandaşı olan başvuran Yunanistan'da yabancı dil okulu açmak istemiş fakat bu talep sadece Yunan vatandaşlarının okul açma yetkisi olduğu gerekçesiyle idare tarafından reddedilmiştir. Başvuran Roma Antlaşmasına aykırılık sebebiyle Adalet Divanına başvurmuş ve söz konusu yasağın Antlaşmaya aykırı olduğunu tespit ettirmiştir. Daha sonra Yüksek İdare Mahkemesinde, okul açma talebini reddeden kararı iptal ettirmiştir. Fakat buna rağmen karar iç hukukta uygulanmamış, başvuran yetkili idareye başvurmasına karşın beş yıldan fazla bir süre izin alamamıştır.

Hükmün icra edilmemesi sebebiyle 6.maddenin ihlal iddiasını konu alan bu davada Hükümetin, idari makamların tutumlarının 6.madde ile ilgisi olmadığı, bu hükmün yalnızca mahkemedeki yargılama için öngörülen garantileri kapsadığı savunması üzerine AİHM, Golder kararı ile belirlemiş olduğu ilkeleri yeniden ele almıştır. Mahkemeye göre, eğer Sözleşmeye taraf devletin yasal sistemi, nihai ve bağlayıcı bir kararın taraflardan biri aleyhine icra edilmeden (etkisiz) kalmasına müsaade ediyorsa, 6.madde kapsamındaki mahkemeye erişim hakkı hayali olmaktan öteye geçemeyecektir. Ayrıca, 6.maddenin, taraflara tanınan yargılama garantilerini (hakkaniyet, aleniyet, çabukluk) ayrıntılı olarak tanımlarken mahkeme kararlarının uygulanmasını garanti altına almaması anlaşılabilir olurdu. Bu gerekçelerle, AİHM

<sup>591</sup> **Chen**, s.39; **Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet**, s.363; **Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.1016.

<sup>592</sup> 19 Mart 1997.

<sup>593</sup> **Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet**, s.362.

hükümün icrasının yargılamanın bir parçası olarak düşünülmesi gerektiğini ilan etmiştir<sup>594</sup>. Bu karardan sonra, makul sürede yargılanma hakkına uyulmadığı gerekçesiyle verilen ihlal kararları arasında büyük çoğunluğu, hükümün icrasının aşırı geciktirildiği durumların oluşturduğu görülmektedir<sup>595</sup>. Dolayısıyla makul sürede yargılanma hakkı kavramı artık üç aşamayı da kapsar hale gelmiştir: mahkemeye erişim, mahkeme önündeki yargılama ve hükümün icrası<sup>596</sup>.

İcra edilebilirlik konusunda oldukça geniş bir yorum yöntemini benimseyen<sup>597</sup> AİHM, yukarıdaki içtihadından bir süre sonra, ilamlar gibi ilam niteliğinde ya da icra kabiliyeti olan belgelerin de icra hakkı kapsamında olduğunu belirtmiştir. Bu meyanda ilk olarak, noter tarafından düzenleme şeklinde yapılan senetlerin icrası hakkı karar altına alınmış<sup>598</sup>; bir süre sonra, özel hukuk karakterli bir hakkın tanınmasını konu alan uzlaşma tutanağının icra edilmesinin, sözleşmede tanınan hakkın gerçekleştirilmesi için zorunlu olduğunu ifade etmiştir<sup>599</sup>.

Mahkeme kararlarına uyulması hukuk devleti ilkesinin başlıca koşullarından biridir<sup>600</sup>. Hüküm bir kamu kurumu aleyhine ise otomatik olarak icra edilmesi gerekir<sup>601</sup>. Hüküm özel bir şahsa karşı verilmiş ise, kararın icrası için hüküm lehine olan tarafın ilave adımlar atması gerekebilir. Ancak bu adımların atılmasından sonra hükümün icrası konusunda devlete nihai sorumluluk yüklenebilir<sup>602</sup>. Eğer adli sistem içerisinde başka bir yetkiliye bu konuda sorumluluk verilmemişse, hükümün icrasının sağlanması hâkimin sorumluluğu kapsamında anılır<sup>603</sup>.

---

<sup>594</sup> Par.40.

<sup>595</sup> Iatridis/Yunanistan, 25 Mart 1999; Dimitrios/Yunanistan, 28 Mart 2000; Antonetto/İtalya, 20 Temmuz 2000.

<sup>596</sup> **Chen**, s.41.

<sup>597</sup> **Chen**, s.41.

<sup>598</sup> Estima Jorge/Portekiz, 21 Nisan 1998.

<sup>599</sup> Perez de Rada Cavamilles/İspanya, 28 Ekim 1998, par.39.

<sup>600</sup> **Kuijer**, s.82.

<sup>601</sup> Hornsby/Yunanistan, 19 Mart 1997; Burdov/Rusya, 7 Mayıs 2002.

<sup>602</sup> Glaser/Birleşik Krallık, 19 Eylül 2000.

<sup>603</sup> **Mole/Harby**, s.7.

## 2. Hükümün İcrası Hakkının Etkin Kullanımı

### a. Mevzuatın Hükümün Etkili İcra Edilmesini Sağlayacak Şekilde Düzenlenmesi

Hornsby kararını takiben, icra hakkı yeni bir temel hak olarak tartışılmaya başlanmıştır. Bu tartışmalar özellikle Devletin bu konuda pozitif yükümlülüğü olup olmadığı sorusu etrafında toplanmıştır. Cevap tabii ki olumlu olmuştur<sup>604</sup>. Bugün gelinen noktada, AİHS'nin 6/1 maddesi kapsamındaki hakların güvence altına alma yükümlülüğünün yalnızca bu haklara müdahale olmaması anlamına gelmediği; aynı zamanda Devletin olumlu bir faaliyette bulunmasının gerekli olduğu kabul edilmektedir. Devlet, yargı kararlarının uygulanması için hem hukuken hem de uygulamada etkin bir yöntem belirleme ve gerekli tedbirleri alma yükümlülüğünden kaçmamalıdır. Zira icra hakkı da mahkemeye erişim hakkının önemli bir parçasıdır.

Türk Hukukunda, 492 Sayılı Harçlar Kanunu'nun 28.maddesinin 1.fikrasının a bendi, icra hakkını ciddi şekilde engelleyen bir kural ihtiva etmekteydi. Anılan düzenlemeye göre, karar ve ilam harcı ödenmedikçe ilgiliye ilam verilmiyordu. Bu hüküm, Sözleşme ile korunan adil yargılanma hakkını tehdit etmekte idi. Yargı kararıyla tespit edilen yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınan borçlu, bu davranışı sebebiyle adeta ödüllendirilmekte ve lehine hüküm elde eden tarafın deyim yerinde ise eli kolu bağlanmakta idi. Bu şekilde Devletin tam bir hukuki koruma sağladığından bahsetmek son derece güç idi.

Örneğin, **Ülger/Türkiye kararına**<sup>605</sup> konu olayda, başvuran, Ankara İş Mahkemesinde çalıştığı Şirket aleyhine ödenmemiş maaşı, kıdem ve ihbar tazminatlarının kendisine ödenmesi için dava açmıştır. Lehine hüküm elde ettikten sonra Mahkemeye başvurarak kararın uygulanmasını sağlamak – icraya koymak- için ilamın kendisine verilmesini istemiştir. Mahkeme bu talebi, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 28/a maddesi uyarınca, gerekli harç ödenmeden kararın ilgiliye tebliğ edilemeyeceği gerekçesiyle reddedilmiştir. Davalı Şirket, yargılama giderlerinin ödenmesinden kaçındığı ve bu arada yükümlülüklerinden kaçmak maksadıyla adresini de değiştirdiğinden başvuran lehine verilmiş olan kararın icrası bir türlü

<sup>604</sup> Chen, s.42-43; Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet, s.365.

<sup>605</sup> Baş. No:25321/02, T:26 Haziran 2007.

mümkün olmamıştır. Buradaki mesele, kaybeden tarafın üstlenmesi gereken harçların peşinen ödeme zorunluluğunun, başvuranın lehine verilen bağlayıcı kararı almasını ve sonrasında icra takibini başlatmasını engellemesidir.

Somut olayda AİHM, yargılama giderlerinin karşılanmasında tüm sorumluluğun başvurana yüklendiği kanısına varmıştır. Yargılama giderlerinin ödenmesi ile ilamın başvurana verilmesi arasındaki denge başvuranın bu meblağı ödeme kapasitesi de dikkate alınarak kurulmalıdır. Başvuranın kararın bir kopyasını alamadan mahkeme harcını ödemekle yükümlü tutulması, üzerinde aşırı bir yük oluşturmaktadır ve mahkemeye erişim hakkı, hakkın özünü zedeleyecek şekilde kısıtlanmaktadır.

**Altıparmak/Türkiye Kararına**<sup>606</sup> konu yargılamada, başvuran eşinin ölümü nedeniyle Asliye Hukuk Mahkemesinde açtığı tazminat davasında lehine hüküm elde etmiştir. Yargılama giderlerinin davalı tarafa yüklendiği kararda ayrıca belirtilmiştir. Buna rağmen, Mahkeme kalemince, karar ve ilam harcı ile diğer yargılama masraflarının ödenmemesi sebebiyle söz konusu kararın başvurana tebliği talebi reddedilmiştir. Mevcut davada aynı zamanda adli yardımdan da faydalanan başvuran, HUMK m.465 ve devamı maddeler uyarınca tüm yargılama giderlerinden muaf olduğu şeklinde itirazda bulunmuşsa da başarılı olamamış ve çareyi AİHM'ne başvuruda aramıştır. Hükümet, adli yardımın sadece hükümden önce, yargılama süresince ödenmesi gereken yargılama masraflarını karşıladığını; karar verildikten sonra ödenmesi gereken harçları içermediği şeklinde bir savunma yapmıştır.

492 sayılı Yasa'daki koşula ilişkin olarak yapılan şikâyetler incelendiğinde AİHM, harçların peşin ödeme zorunluluğunun icra işlemlerinin başlatılmasını fiilen sınırladığı değerlendirmesinde bulunmuştur. Yargılama masraflarının ödenmesi hukuk mahkemelerine erişim için bir kural haline gelmiştir. İcra takibinin başlatılması, karar harcının davalı tarafından önceden ödenmesine bağlı kalmaktadır. AİHM'ne göre, ulusal hukuk düzeni tarafından verilen zorunlu ve kesinleşmiş bir yargı kararının taraflardan birinin zararına etkisiz kalması durumunda Sözleşmenin 6&1 maddesiyle güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkı anlamsız hale

<sup>606</sup> Baş. No: 27023/06, T:20 Temmuz 2010.

gelmektedir<sup>607</sup>. Bu nedenle Sözleşmeci Devletler, uygun yasal düzenlemeleri yapmalıdırlar.

**Osman Yılmaz/Türkiye** kararına<sup>608</sup> konu olayda, başvuran çalıştığı nakliye şirketi adına seyahat ederken bir trafik kazası geçirmiştir. Ağır yaralanan başvuranın o kazadan sonra bacakları felç olmuştur. Sosyal Güvenlik Kurumu, başvuranın meslekte kazanma gücünü % 100 kaybettiğini kabul etmiştir. Başvuran işvereni ve onun kazaya sebep olan işçisi aleyhine, İş Mahkemesi'nde tazminat davası açmıştır. İş Mahkemesi, başvuranın adli yardım talebini sosyal sigortadan emekli maaşı aldığı gerekçesiyle reddettikten sonra tazminat talebini kabul etmiştir. Kararı takiben başvuranın Bursa İcra Dairesinde icra takibi başlatması üzerine davalı eski işveren, icra Müdürlüğü'ne başvurarak; 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 28/a ve 32. maddelerine atıfla, istenen yargılama masraflarının ödenmediğini ve dolayısıyla kararın hem ilgili şahsa tebliğ edilemeyeceğini ve hem de herhangi bir icra işlemine konu olamayacağını iddia etmiştir. Bunun üzerine icra müdürü başvurana ödeme yapması için süre vermiş, verilen sürede yargılama masrafları ödenmeyince de cebri icra işlemini iptal etmiştir. İcra hâkimince verilen bu karar Yargıtay tarafından onandıktan sonra AİHM'ne başvuruda bulunulmuştur.

AİHM, iş mahkemesi önünde görülen davayla ilgili harçları ödeme zorunluluğunun, icra işlemleri kapsamında, davalılar yerine başvurana yüklenmesinin ve bunun kararın icrası için bir koşul olarak dayatılmasının, inkâr edilemez bir biçimde onun kararın icrasını elde etme hakkına mali kısıtlama oluşturduğu ve mahkemeye erişim hakkının engellendiği kanaatine varmıştır. Pozitif yükümlülüklerini yerine getirmek amacıyla uygun ve yeterli yasal düzenlemeleri yapmak her Sözleşmeci Devlet'in görevidir<sup>609</sup>. Bu olayda, borçlunun davada haksız çıkmasına rağmen hükmün icrasını manipüle etme eğilimi çarpıcı olarak görülmektedir. Harçlar Kanununun ilgili düzenlemesi maalesef bu ve uygulamadaki diğer benzer tutumların meşruluk kaynağı idi.

Nihayet, Harçlar Kanunu m.28/a bendindeki kural, Anayasa Mahkemesi'nin 14 Ocak 2010 tarihli kararı ile iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında, söz

<sup>607</sup> Hornsby/Yunanistan Kararı, 19 Mart 1997 par. 40.

<sup>608</sup> T:8 Aralık 2009, Baş. No: 18896/05.

<sup>609</sup> Fociac/Romanya, T:3 Şubat 2005, Baş. No:2577/02, par.70.

konusu düzenlemeyi, Anayasa'nın 2. ve 36. maddeleri açısından değerlendirmiştir. Anayasa'nın 2. maddesinde, Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, konulan kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçülerini göz önünde tutan, hakların elde edilmesini kolaylaştıran ve hak arama özgürlüğünün önündeki engelleri kaldıran devlettir. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında “herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” kuralı yer almaktadır. Hak arama özgürlüğü, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biri olmakla birlikte aynı zamanda toplumsal barışı güçlendiren, bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme, haksızlığı önleme uğraşının da aracıdır. Anayasa'nın 36. maddesinde ifade edilen hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, sadece yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunma hakkını değil, yargılama sonunda hakkı olanı elde etmeyi de kapsayan bir haktır. Dava açarken peşin harcı ödeyen ancak nisbi harca tabi davalarda işin niteliği gereği dava sonuna bırakılan bakiye harçtan yasal olarak sorumlu olmadığı mahkeme kararıyla belirlenen davacıya, sorumlusu olmadığı bir harcın tahsili koşuluyla ilamın verilmesi; bireylerin hak arama özgürlüğünü engelleyici nitelik taşımaktadır<sup>610</sup>. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının ardından Harçlar Kanunu m.28/1-a yeniden düzenlenmiştir<sup>611</sup>. Düzenlemeye göre, karar ve ilam harçlarının dörtte biri peşin, geri kalanı kararın verilmesinden itibaren iki ay içinde ödenir. Şu kadar ki,

<sup>610</sup> R.G. 17 Mart 2010, S. 27524. Aynı kararda, Harçlar Kanunu m.32'deki, “**Yargı işlemlerinden alınan harçlar ödenmedikçe müteakip işlemler yapılmaz**” hükmü de incelenmiş ancak Anayasaya aykırılık teşkil etmediğine karar verilmiştir. Gereğe göre: “Harç, devletin yüklenmiş olduğu görevleri yerine getirebilmek için anayasal sınırlar içinde egemenlik yetkisine dayanarak değerlendirdiği çeşitli kaynaklardan elde etmiş olduğu vergi ve resim gibi bir çeşit kamu geliridir. Ayrıca harç, bireylerin özel menfaatlerine ilişkin olarak, kamu hizmetlerinden yararlanmaları karşılığında bu hizmetlerin maliyetlerine katılmaları amacıyla zor unsuruna dayanılarak alınan mali yükümlülüktür. Bu nedenle, yargılama sürecinde, yasayla harca tabi kılınmış bir hizmetten yararlanmak isteyen ilgili (davalı veya davacı), genel kurallar uyarınca harcını ödeyerek bu hizmetten yararlanabilir. Dava açan veya yargılama sırasında harca tabi bir işlemin yapılmasını isteyen tarafın, harç ödemediği devam eden işlemlerin yapılmasını isteyerek bireysel bir menfaat elde etmesi, harçların konuluş amacına aykırılık oluşturur. Yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemlerin yapılmayacağını belirten kural, bireylerin özel menfaatleriyle ilgili olarak yargı hizmetinden yararlanmalarını, bu hizmetin karşılığı olan harcın ödenmesi koşuluna bağladığından, hak arama özgürlüğünü sınırlayan bir nitelik taşımamaktadır”.

<sup>611</sup> 6009 Sayılı Kanun m.18 (R.G. 01 Ağustos 2010, S. 27659).

ölüm ve cismani zarar sebebiyle açılan maddi ve manevi tazminat davalarında peşin alınan harcın oranı yirmide bir olarak uygulanır. **Bakiye karar ve ilam harcının ödenmemiş olması, hükmün tebliğe çıkarılmasına, takibe konulmasına ve kanun yollarına başvurulmasına engel teşkil etmez.**

Yapılan değişiklik son derece faydalı olmuş; Türk hukukunda, adil yargılanma hakkının önündeki engellerden biri daha tarihe karışmıştır.

Türk icra hukukunu ve mevzuatı, icra hakkı bakımından değerlendirecek olursak, icra hakkını gerçekleştirmeye yönelik pek çok düzenlemenin var olduğunu görürüz. Gerçekten, icra hukukunda borçlu ile alacaklı arasında korunması gereken menfaat dengesi, Türk hukuku bakımından alacaklı lehine bozulmuş olduğundan mevzuatın genelinde icra hakkını çabuk ve kolay şekilde gerçekleştirme çabası hâkimdir. Bu nedenle genel olarak mevzuatın icra hakkı ile uyumlu olduğu ifade edilebilir.

Kambiyo senetlerine mahsus takip yolu, rehnin paraya çevrilmesi ya da taşınmazların tahliyesine ilişkin özel takip usulleri, icra hakkını daha hızlı gerçekleştirmeye yönelik düzenlemelerdir. Kredi kurumları için getirilen 150/1 maddesi, Kanun'un hazırlanmasında alacaklının belki de gereğinden fazla ön planda tutulduğunun ispatıdır. İİK m.38'de sayılan belgelerden birine sahip alacaklının, adeta mahkemeden lehine hüküm elde etmiş gibi takip yapabilmesi kuralı, icra hakkının gerçekleştirilmesini kolaylaştırılmaktadır. Yine takibin daha hızlı sonuçlandırılması amacıyla, 51.maddede tatil günlerinde dahi haciz yapılabilmesine izin verilmektedir.

6352 sayılı Kanun'un 3.maddesi ile İcra ve İflas Kanun'una eklenen 8/a maddesinde, icra ve iflas dairelerince yapılacak her türlü icra ve iflas iş ve işlemlerinde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sisteminin kullanılacağı öngörülmüştür. Her türlü icra- iflas işlemlerinde UYAP'ın kullanılması, bu işlemlerin daha hızlı ve kolay yapılmasını sağlayacaktır. Tebligat gibi zaman alan işlerin UYAP vasıtasıyla daha kısa zamanda yapılması, icra hakkının gecikmeksizin gerçekleştirilmesi için atılan önemli ve olumlu bir adımdır. Ayrıca icra işlemlerinin hızlanması, bir bütün olarak



düşünülen yargılama süresini de kısaltacağından bu hüküm makul sürede yargılanma hakkına da hizmet etmektedir.

Yine 6352 sayılı Kanun'un 18.maddesi ile, İcra ve İflas Kanun'unun 89.maddesine eklenen cümleye göre, haciz ihbarnamesi, borçlunun hak ve alacaklarının bulunabileceği tüzel kişinin tüm şubelerini kapsayacak şekilde merkezine tebliğ edilebilecektir. TBMM tutanaklarında bu hükmün gerekçesi, *“uygulamada yazışmalardan kaynaklanan sıkıntıların giderilmesi ve alacaklıların hak ve alacaklarını tahsil usulünü hızlandırmak”* şeklinde belirtilmiştir. Dolayısıyla bu düzenlemenin de doğrudan icra hakkını etkili şekilde gerçekleştirmeye yönelik olduğu açıktır.

Buna karşılık, İcra ve İflas Kanunu'ndaki bir düzenleme, icra hakkı önünde ciddi bir engel teşkil etmektedir ki bu, devlet mallarının haczedilemeyeceğine ilişkin kuraldır. Benzer düzenlemelere diğer bazı kanunlarda da rastlanmaktadır. Örneğin, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 34.maddesinin son fıkrasına göre idarece alınan teminatlar haczedilemez ve üzerine ihtiyati tedbir konulamaz. Belediye Kanunu'nun 15.maddesinin son fıkrasına göre, belediyenin proje karşılığı borçlanma yoluyla elde ettiği gelirleri, şartlı bağışlar ve kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları ile belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirleri haczedilemez<sup>612</sup>.

Devlet mallarının haczedilemeyeceğine ilişkin hükümler, kamu hizmetlerinin düzenli ve aralıksız olarak yürütülebilmesi için gerekli oldukları gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'nin zaman zaman verdiği kararlarla Anayasaya uygun bulunmuştur<sup>613</sup>. Yargıtay da 1947 tarihli İBK'nda devlet mallarının haczedilememesi kuralını aynı gerekçeyle doğru bulmuş ve ayrıca devletten alacaklı olan kişilerin alacaklarına kavuşabilmesi için bu gibi tedbirler alınmasına ihtiyaç olmadığını belirtmiştir. Çünkü *“Devletin kendisine ait bir borcu ödemesi şeklindeki gereklilik,*

<sup>612</sup> Buna karşılık Belediyelerin, özel hukuk hükümlerine göre, örneğin kiralanan malları ve bunların gelirleri haczedilebilir. Örnek olarak bkz. 12.HD, 7.4.2005, 4076/7499 (İKİD 2006/2, s.3957); 12.HD. 4.4.2006, 3957/6971 (Legal HD 2007/2, s.565); 12.HD, 28.4.2006, 6102/9448 (İBD 2006/4, s.1780); 12.HD, 6.10.2005, 20379/19096 (Yargı Dünyası 2006/123, s.117-118).

<sup>613</sup> İİK m.82'nin Anayasa'ya aykırı olmadığına ilişkin Anayasa Mahkemesi kararı, 21.10.1992, 13/50 (RG. 30.06.1993, S.21623). 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 34.maddesinin son fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ilişkin Anayasa Mahkemesi Kararı, 19.06.2008, E. 2005/138, K. 2008/124 (RG. 06.11.2008, S. 27046). Belediye Kanunu'nun 15.maddesinin son fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ilişkin Anayasa Mahkemesi Kararı, 16.12.2010, E. 2007/34, K. 2010/114 (RG. 06.07.2011, S. 27936).

*Devlet kamu tüzel kişiliğinin itibar ve haysiyeti icabından*”dır. Hukuk devletinde, devletin borçlarını ödeyeceği kabul edilir<sup>614</sup>. Yargıtay kararındaki bu iyiniyetli düşünce, uygulamada tam aksi yönde tezahür etmiştir. Bir sonraki başlıkta görüleceği gibi idare –özellikle belediyeler- , aleyhine verilen kararların gereğini yerine getirmemekte, İİK m.82/1 ve diğer benzer düzenlemelerden aldığı güvenceyle bu konuda ciddi bir direnç göstermektedir.

AİHM, idare aleyhine verilen kararların, bireyin başkaca bir hamle yapması beklenmeden, kendiliğinden ve derhal yerine getirilmesi gerektiği görüşünderken<sup>615</sup>, İİK m.82/1 ve benzer diğer düzenlemeler, aksine alacaklının takiple dahi alacağına ulaşamayacağı hükümler ihtiva etmektedirler. Bu ise, bir yandan konumuz olan icra hakkı dolayısıyla adil yargılanma hakkına aykırı düşerken, diğer yandan mülkiyet hakkına yönelik ihlal niteliği taşımaktadır. Gerçekten AİHM, devletten olan bir alacağın, devlet mallarının haczedilememesi nedeniyle tahsil edilememesini, AİHS 1 No'lu Ek Protokol'un 1.maddesine aykırı olduğuna hükmetmektedir<sup>616</sup>.

Anayasa Mahkemesi'nin kararına karşılık, kanaatimizce devlet mallarının haczedilmezliği kuralı, Anayasa'daki hukuk devleti ilkesine, adil yargılanma hakkı, hak arama özgürlüğü ve mülkiyet hakkı gibi pek çok hakka aykırıdır. Hukuk devletinde devlet borcunu öder ise aslında korunmaya da ihtiyacı olmamalıdır. Devlet mallarının haczedilememesi kuralı sebebiyle Türkiye'nin yeni tazminatlara mahkûm olmaması için İİK m.82/1 en kısa zamanda yeniden ele alınmalıdır.

Bununla birlikte, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin, Belediye Kanunu'nun 15.maddesinin uygulamasıyla ilgili son zamanlarda verdiği kararlar, hükmün icrası hakkının gerçekleşmesi yönünden son derece olumludur. Belediyelerin kamu hizmetinde fiilen kullanılan mallarının haczedilemeyeceğine ilişkin kuralın uygulanması için Yargıtay, haczedilen taşınmazların fiilen kamu hizmetinde

<sup>614</sup> Baki **Kuru**, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İkinci Baskı, Ankara 2013, s.503; Baki **Kuru**/Ramazan **Arslan**/ Ejder **Yılmaz**, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 26.Baskı, Ankara 2012, s.268; İlhan E. **Postacıoğlu**/ Sümer **Altay**, İcra Hukuku Esasları, Genişletilmiş 5.Bası, İstanbul 2010, s.452; Hakan **Pekcantez**/Oğuz **Atalay**/Meral **Sungurtekin Özkan**/Muhammet **Özkes**, İcra ve İflas Hukuku, 11.Bası, Ankara 2013, s.282.

<sup>615</sup> **van Drooghenbroeck**, s.119; **Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet**, s.365.

<sup>616</sup> **Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.1017. Örnek kararlar için bkz. Tütüncü ve diğerleri, 18 Ekim 2005; Abidin Şahin, 18 Aralık 2007.

kullanılıp kullanılmadığının etraflıca araştırılması gerektiğini belirtmektedir. Borçlu belediyeye, haczedilen taşınmazların fiilen kamu hizmetinde kullanılıp kullanılmadığının sorulması yeterli değildir. Bu konuda gerekirse keşif yapılmalı, bilirkişiye başvurulmalıdır <sup>617</sup>.

Belediyelere ait paraların haczedilmezliği bakımından da, AİHM kararlarının etkisiyle, Belediye Kanununun 15/son maddesinin dar yorumlanması gerektiği görüşünü benimseyen Yargıtay, belediyeye ait bir paranın haczedilmezliğinin ancak fiili durumunun tespitiyle belirlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu konudaki ispat yükü, malları haczedilen belediyeye aittir. Belediye, haczedilen paraların, vergi, resim, harç geliri olduğunu ya da fiilen kamu hizmetinde kullanıldığını ispatlamalıdır <sup>618</sup>. Yargıtay'ın bu yorumu, Belediye Kanununun 15.maddesine karşısında, hükmün icrası hakkının gerçekleşmesi yönünde atılan önemli bir adımdır. Daha önce de ifade edildiği gibi, adil yargılanma hakkının korunmasında hâkimlere büyük sorumluluk düşmektedir. Diğer kanunlardaki haczedilmezlikle ilgili düzenlemeler hakkında da aynı yaklaşımın sergilenmesi zamanla mevzuatımızdaki adil yargılanma hakkına aykırı düzenlemelerin değiştirilmesi yönünde itici kuvvet olabilecektir.

<sup>617</sup> “Haczedilen taşınmazlar hakkında, borçlu taraf olan belediyeden fiilen kamu hizmetinde kullanılıp kullanılmadığının sorulması yeterli olmayıp, gerekirse keşif de yapılarak, taşınmazların fiilen kamu hizmetinde kullanılıp kullanılmadığının sorulması yeterli olmayıp, gerekirse keşif de yapılarak, taşınmazların fiilen kamu hizmetinde kullanılıp kullanılmadığının etraflıca araştırılarak, oluşacak sonuca göre karar vermek gerekir.” 12.HD, 19.2.2008, 299/2776. Gerektiğinde belediyenin “haczedilen araçları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle fiilen kamu hizmetinde kullanılıp kullanılmadıkları tespit” edilmelidir. 12.HD, 25.9.2007, 12887/16933. (**Kuru**, İcra-ıflaş, s.504-505; **Pekcanitez/ Atalay/ Sunugurtekin Özkan/ Özekes**, s.284).

<sup>618</sup> “Somut olayda haciz konulan borçlu belediyenin banka hesaplarında vergi, resim ve harç gelirleri olduğu gibi, haczi kabil paraların da bulunduğu görülmektedir. Haczedilen hesap bu hali ile, havuz hesabı niteliğindedir. Hesabın sürekli işlem görüyor olması ve sürekli yatan ve çekilen paraların bulunması karşısında kalan bakiyenin vergi, resim ve harç gelirinden mi yoksa haczi kabil paralardan mı oluştuğunun belirlenmesine imkan yoktur. Bu şekilde haczi kabil olmayan paralar ile haczi mümkün olan paraları karıştırmak suretiyle, havuz hesabı oluşturan borçlu belediyenin iddiasını ispat imkânını kendisi kaldırmıştır. Borçlu belediyenin haczi kabil olmayan paralar ile haczi mümkün olan paralarını ayrı hesaplarda tutması yerine havuz hesabı oluşturmasının da iyi niyetle bağdaşmayacağı tartışmsızdır. Böyle bir davranış, AİHM'nin AİHS'nin 6&1 ve Ek 1 No'lu Protokol'ün 1.maddelerinin ihlali sonucunu doğuracağı gibi, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde de bulunmakla, hukukça korunamayacağı muhakkaktır. Buna göre borçlu belediyenin, hesaplardaki paraların haczedilmezliğini ispatlayamadığının kabulü gerekir.” 12.HD, 20.03.2012, E.2011/2282, K.2012/8629. Aynı yönde kararlar için bkz. 12.HD, 21.11.2011, 6618/27104; 12.HD, 29.12.2011, E.12638, K.31476; 12.HD, 12.11.2011, E.5405, K.22612; 12.HD, 20.12.2011, E.12000, K.29854. (**Kuru**, İcra-ıflaş, s.505; **Pekcanitez/ Atalay/ Sunugurtekin Özkan/ Özekes**, s.284-285; İsmail **Ercan**, İcra ve İflas Hukuku, İstanbul 2012, s.98).

## b. Ulusal Makamların Tutumu ile Hükümün Etkin İcrasının Engellenmemesi

Mahkeme kararlarının uygulanmasının, 6.maddenin amaçları doğrultusunda yargılamanın bütünleyici bir parçası olarak değerlendirildiğinden yukarıda söz edilmişti. Özellikle söz konusu kararın yerine getirilmesi yükümlülüğü idari bir makama ait olduğunda, yetkililerin makul süre içinde nihai karara uygun hareket etmemeleri Sözleşmenin 6&1 maddesinin ihlaline sebep olmaktadır<sup>619</sup>. İlaveten, yargı kararının gereğini yerine getirmemiş olan otoriteler, bireyin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkına haksız bir müdahalede bulunmakla da 1 No'lu Protokol'un 1.maddesini ihlal etmiş olmaktadır<sup>620</sup>.

Hükümün icrası hususunda milli otoriteler üzerine düşen sorumluluk Devletin, yargılamada taraf olup olmamasına göre farklılık arz eder<sup>621</sup>. Örneğin Hornsby kararındaki gibi idare aleyhine açılan davalarda devlet sürecin bir parçasıdır. Bu davalarda hükmedilen kararların derhal icra edilmesi etkin hukuki koruma için gereklidir. İdare, kendi çıkarı için hükümün gereğini yerine getirmeyi reddedemez ya da geciktiremez. Devlet, hükümün icrası prosedürü ile ilgili tüm sorumluluğu üstlenmelidir<sup>622</sup>.

Devletin yargılamada taraf olmadığı durumlarda ise, AİHM devletlere pozitif yükümlülük yüklemektedir<sup>623</sup>. Pozitif yükümlülük ifadesi ile ne kastedildiği önceleri genel tanımlarla anlatılmaya çalışılmıştır. Örneğin, **Powell ve Rayner/Royaume-Uni** kararında<sup>624</sup> bu yükümlülüğün üstü kapalı olarak, *hakkın korunması amacıyla makul ve elverişli önlemler almak* şeklinde tanımlandığı görülmektedir. Bu tanım, devletin bir cebri icra sistemi oluşturmasının yeterli olacağı izlenimi vermektedir. Ancak **Saffi/İtalya** kararında<sup>625</sup> bu yükümlülük biraz daha somutlaştırılarak, *hükümün icrasını sağlamak amacıyla devlet gücünün tahsis edilmesi* şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>619</sup> Yerlikaya/Türkiye Kararı, Baş. No:10985/02; 10993/02, T:8 Nisan 2008.

<sup>620</sup> Örnek olarak, Sciortino/İtalya, 18 Ekim 2001, Par.31-36. **Kuijjer**, s.83; **Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.1018.

<sup>621</sup> **Chen**, s.43.

<sup>622</sup> **Chen**, s.44; **Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet**, s.365.

<sup>623</sup> **Chen**, s.44; **van Drooghenbroeck**, s.120; **Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet**, s.365; **Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.1018-1019.

<sup>624</sup> 21 Şubat 1990, par.41.

<sup>625</sup> T:28 Temmuz 1999, Baş. No: 22774/93.

Söz konusu olayda, kiracının bir taşınmazdan tahliye prosedürü yaklaşık olarak 13 yıl sürmüştür. Tahliye talebinde bulunan bina maliki başvuran, bir türlü kamu gücünden yararlanamamış; başvuranın polis yardım talebi kamu düzeninin bozulma endişesiyle yetkili makamlarca reddedilmiştir. AİHM, istisnai bazı durumlarda, icra prosedürü içerisinde kamu gücü kullanımının ertelenebileceğini belirtmekle beraber, somut olayda, bu kadar uzun bir süre sistematik olarak kamu gücü desteğinin verilmemesini 6.maddeye aykırı bulmuştur<sup>626</sup>.

Bir örnek olarak, **Ponomarenko/Rusya** Kararına<sup>627</sup> konu olayda, yerel mahkemelerin başvuran lehine hükmettiği manevi tazminat ve konut tesisine ilişkin karar, icraya konulabilme koşullarına sahip olduktan sonra 3 yıldan fazla bir süre idare tarafından icra edilmeksizin bekletilmiş ve herhangi bir mazeret ileri sürülmemiştir. AİHM konu ile ilgili olarak, başvuranın lehine olan mahkeme kararını yıllarca uygulamayan yerel makamların, başvuranın mahkemeye başvurma hakkının özüne zarar verdiğini ifade etmiştir.

AİHM'ne göre, Devlet aleyhine açtığı dava sonucunda lehine icra edilebilir bir karar alınan kimselerden kararın uygulanması için ilave prosedürlere başvurmaları istenmemelidir. **Arat ve Diğerleri/Türkiye kararında**<sup>628</sup>, başvuranlar Belediyeden olan alacakları için ilk derece mahkemesinden lehe hüküm elde etmişler, Belediyenin hükmün gereğini yerine getirmemesi üzerine icra takibine başlamışlardır. İcra takibinin kendileri açısından sonuçsuz kalacağı düşüncesiyle AİHM'ne başvurduklarında, Hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazıyla karşılaşmışlardır. AİHM bu noktada Hükümetin itirazını reddederek başvuruyu kabul edilebilir nitelikte bulmuş ve ilk derece mahkemesi tarafından verilen bir kararın Devlet tarafından yerine getirilmemesini yeterli görmüştür. Ulusal makamlar, asliye hukuk mahkemesinin kararlarını uygulamayarak başvuranların hakkı olan parayı almalarını engellemişlerdir. Kaynak yetersizliği AİHM'ne göre, böyle bir ihmali haklı çıkarmak için tek başına yeterli değildir.

<sup>626</sup> Par.74.

<sup>627</sup> Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Serkan **Cengiz**, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları, TBBD, S.70, Mayıs-Haziran 2007, s.470-476.

<sup>628</sup> Baş. No: 42894/04; 42904/04; 42905/04; 42906/04; 42907/04; 42908/04; 42909/04; 42910/04, T.13 Ocak 2009.

Benzer şekilde, **Çiçek ve Diğerleri/Türkiye Kararı**<sup>629</sup> konu olayda, başvuranlar çalışmakta oldukları Belediyedeki işlerine son verildiği için, İş Mahkemesinde ödenmemiş maaş ve kıdem tazminatlarını talep etmişler; Mahkeme de talepleri ivedilikle inceleyip kabul etmiştir. Müteakip aylarda başvuranlar, hüküm altına alınan alacaklarını elde edebilmek için icra takibi başlatmışlar; bu çabaları da sonuçsuz kalınca Valiliğe başvurarak devreye girmesini talep etmişlerdir. Valilik, alacaklarının ödenmesi için Belediye ile görüştüğünü ancak kaynak yetersizliği sebebiyle ödemelerin yapılamadığı şeklinde bilgi vermiştir. Yukarıda ifade edildiği gibi, Devlet yetkilileri, mahkeme kararı ile kesinleşmiş bir borcu mali yetersizlikleri mazeret göstererek ödememe hakkına sahip değillerdir. İncelemekte olduğumuz AİHM içtihatlarında, lehine hüküm alan kişilerin hükmün yerine getirilmesi için ilave bir yola başvurusunun gerekmediği sıklıkla ifade edilmektedir. İcra takipleri bile bu kapsamda sayılırken, hükmün icrası için Valiliğe başvurulması, Devletin, hukuki korunma talep eden bireylerini ne derece biçare bıraktığının somut kanıtı olarak değerlendirilebilir<sup>630</sup>.

Kamulaştırma bedeline itiraz davaları sonucunda alınan kararlarının belediyeler tarafından ifa edilmemesi sebebiyle, AİHM içtihatları arasında çok sayıda mahkûmiyet hükmü yer almaktadır. İdarenin ulusal mahkemeler tarafından belirlenen borcunu ödemediğini tespit ettiği her seferde AİHM, “kesinleşmiş bir yargı kararına uymak için gerekli tedbirleri almaktan imtina edilmesi suretiyle Sözleşmenin 6/1 maddesinin ihlal edildiği”<sup>631</sup> kanaatine varmıştır. Bu süreçte başvuranların yani dava lehine sonuçlanan tarafların aktif rol oynamasını da aramamaktadır. **Dıldar/Türkiye kararı**<sup>632</sup> Hükümet, başvuranın doğrudan belediyeye başvurarak parasını talep edebileceği yerde bunu yapmadığı gerekçesiyle iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazında bulunmuş, AİHM, başvurandan, “kendi lehine çıkmış mahkeme kararının uygulanması için Belediyeye ayrı bir talepte bulunmasının beklenemeyeceğini” belirterek itirazı reddetmiştir.

Mahkeme kararı ile kesinleşen bir borcun alacaklısının, alacağının ödenmesi için icra takibi başlatmasına da gerek yoktur<sup>633</sup>. Hükümetin kararın uygulanması için

<sup>629</sup> Baş. No:74069/01; 74703/01; 76380/01; 16809/02; 25714/02; 30383/02, T: 3 Mayıs 2007.

<sup>630</sup> Bu yönde bir başka örnek, Arıcı ve Diğerleri/Türkiye, Baş. No:35528/03, T.28 Nisan 2009.

<sup>631</sup> Akıncı/Türkiye, Baş. No:12146/02, T.8 Nisan 2008.

<sup>632</sup> Baş. No:77361/01, T.12 Aralık 2006.

<sup>633</sup> Ak/Türkiye, Baş. No: 27150/02, T:31 Temmuz 2007.

icra dairesine başvurulmadığı itirazının, AİHM tarafından, “bu hukuk yolunun alacaklılara olumlu bir sonuç getirmeyeceği” gerekçesiyle reddedilmesine ilişkin kararlar vardır. Ayrıca, ödenmesi gereken tutarın, cebri icra yoluyla gecikmeli olarak ödenmiş olması, ulusal makamların yargı kararına uymayı reddetmelerinin ve uygun tazmin yoluna gitmemelerinin yarattığı süre kaybı ve zararı telafi etmeyecektir<sup>634</sup>.

Bir başvuruda<sup>635</sup>, nihai yargı kararından sekiz sene sonra hala, idarenin ulusal mahkemeler tarafından hükmedilen alacağı başvurana ödemediği görülmektedir. Bu süre boyunca başvuran iki kez Belediyeye karşı icra takibi başlatmış ve her iki takip de sonuçsuz kalmıştır. Bu açık ihlal karşısında, AİHM’nin, icra takibinin alacaklılar için etkili bir hukuki çare olamayacağı yönündeki görüşüne katılmamak mümkün değildir.

Sonuç olarak, icra hakkı bakımından devlete yüklenen sorumluluğun, devletin sürece dahil olup olmamasına göre ikili bir ayırım yaparak belirlendiğini hatırlatalım. Devlet yargılamanın tarafı ise, yargı kararlarının gecikmeksizin uygulamak durumundadır. Yargılamada taraf olarak yer almadığında ise devletin sorumluluğu, cebri icra sisteminin etkili şekilde işlemlerini sağlamak şeklinde tezahür etmektedir.

AİHM içtihatlarında genellikle bir yıl ve daha fazla sürenin geçmesi hükmün icrası hakkının ihlali için yeterli görülmektedir. Hükmün bir yıldan az sürede icra edilmesinde genellikle problem görülmemektedir<sup>636</sup>. Yargılamanın makul süreyi aştığının tespit edildiği hallerde ise AİHM, hükmün verilmesinden itibaren ödemenin altı aydan fazla gecikmemesi gerektiğini belirtmektedir<sup>637</sup>.

Mahkemeye erişim ve hükmün icrası gibi haklar, Sözleşmenin 6.maddesinde yer almamasına rağmen, yorum yoluyla adil yargılanma hakkının bir parçası sayıldığına göre, bundan sonra yargı içtihatlarıyla yeni haklar türetilmemesi için bir sebep yoktur<sup>638</sup>. Özellikle, hukuk kurallarının düzenlendiği dönemlerin çok geride kalması, bunların yeniçağın özelliklerine göre yorumlanması ihtiyacını

<sup>634</sup> M. Selçuk/Türkiye, Baş. No:13090/04, T:10 Haziran 2008.

<sup>635</sup> Yavuz Sarıkaya/Türkiye, Baş. No:11098/04, T:13 Ocak 2009; Yapılan icra takibinin sonuçsuz kaldığına ilişkin bir başka karar M.Ali Durmaz/ Türkiye, Baş. No:22261/03, T:8 Ocak 2009.

<sup>636</sup> Reid, s.114.

<sup>637</sup> Simaldone/İtalya, 31 Mart 2009, par.48.

<sup>638</sup> Rousseau, s.160.

doğurmaktadır. Bu da hâkimlerin, hukuk kurallarının uygulanmasında daha fazla takdir hakkına sahip olması anlamına gelmektedir. Adil yargılama, eskiden yalnızca bir yargılama ilkesiyken şimdi temel bir insan hakkı olarak kabul görmektedir. Bu şartlar altında, adil yargılanma hakkının kapsamı zamana göre değişiklik gösterebilecektir<sup>639</sup>.

---

<sup>639</sup> Rousseau, s.161.



## İKİNCİ BÖLÜM

### ADİL YARGILANMA HAKKININ UNSURLARI

İkinci bölümde, adil yargılanma hakkının gerçekleşmesi için gerekli olan ve AİHS'nin 6.maddesinde açıkça yer alan güvenceler incelenecektir. Bu doğrultuda I. Başlıkta ele alınan organik güvenceler, adil yargılanma hakkının gerçekleşmesi için yargılamayı yapacak makamın yani mahkemenin sahip olması gereken özelliklerdir. II. Başlık ise fonksiyonel güvenceleri, yani yargılama prosedürü devam ederken sağlanması gereken hakları kapsamaktadır.

#### **I. MAHKEMEYE İLİŞKİN GARANTİLER: KANUNLA KURULMUŞ, BAĞIMSIZ VE TARAFSIZ BİR MAHKEMEDE YARGILANMA HAKKI**

İnsanoğlunun bağımsız, tarafsız ve adil karar vericilere ilişkin arayışları tarihin ilk çağlarından başlamış günümüze kadar devam etmiştir. Şüphesiz, bağımsız ve tarafsız karar verici tarihin her döneminde günümüzdeki niteliklere sahip değildi; ancak kendi aralarında anlaşamayan kişilerin uyuşmazlık hakkında karar verecek olan tarafsız, bağımsız, dürüst, güvenilir kişilere olan ihtiyacı hep aynıydı. Bu arayışın bir sonucu olarak Roma mitolojisinde ortaya çıkan “*Justitia*” (*Lady Justice*) yüzyıllar boyunca hukukun, adaletin, tarafsızlığın sembolü olmuştur. Bir adalet tanrıçası olan<sup>640</sup> *Justitia*, elinde keskin kılıcı ile adaletin gücünü, kitabı ile Kanunu, dengede duran terazisi ile eşitliği ve ölçülülüğü, gözlerinin bağlı olması ile tarafsızlığı ve bağımsızlığı temsil etmektedir<sup>641</sup>.

<sup>640</sup> “Rönesans'dan beri *Justitia*, bir elinde kılıç diğer elinde terazi bulunan bir kadın olarak tasvir edilmektedir. Kadının gözleri bir göz bağı ile bağlanmış vaziyettedir”. <http://tr.wikipedia.org/wiki/Justitia> , (01 Kasım 2012; 13:43).

<sup>641</sup> **Kuijer**, s.1; **Demircioğlu**, s.61, dn.4; **Okusal**, s.35.

Bağımsızlık ve tarafsızlık şartları birbirleriyle sıkı bir ilişki içerisindedir. Bağımsızlığın tamamlayıcısı tarafsızlıktır. Zira bağımsız olmayan, kanun, hukuk ve vicdani kanaatlerine göre hüküm veremeyen, emir ve talimat alan organların bağımsız ve dolayısıyla tarafsız oldukları düşünülemez<sup>642</sup>. Yürütmeden bağımsız olmayan bir mahkeme yürütmenin taraf olduğu davalarda tarafsız da olamayacaktır. Aynı şekilde, mahkeme üyelerinden birinin davanın tarafı olan bir kişi ile yakın bağları varsa, ne bağımsız ne de tarafsız olabilir<sup>643</sup>. AİHM içtihatlarında, bağımsızlık ve tarafsızlık kavramlarının ayırt edilmesinin gereksiz veya zor olduğu hallerde, bu kavramların sıklıkla birlikte düşünüldüğüne rastlanmaktadır<sup>644</sup>. Bununla birlikte, her iki kavram arasında bir nüansın varlığından bahsedilebilir. Tarafsızlık ilkesi genellikle, hâkimin kişisel tavır ve davranışları ile ilgilenirken, bağımsızlık, daha ziyade yargı mekanizmasının kurumsal olarak görünümü ile ilgilenmektedir<sup>645</sup>.

AİHM'ne göre, bağımsızlık ve tarafsızlıktan yoksunluğu kanıtlanmış bir mahkeme, hiçbir şart altında davasını gördüğü kişilere adil bir yargılamayı garanti edemeyecektir<sup>646</sup>. Adil bir yargılamanın temel kurumsal güvencesi, kararların siyasi kurumlar tarafından değil, kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız yargı yerleri tarafından verilmesidir<sup>647</sup>. Bu koşul yerine getirilmediğinde diğer garantilerin bir anlamı kalmamaktadır<sup>648</sup>. Bu nedenle AİHM, önüne gelen başvurularda ulusal mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmadığını tespit ederse, diğer hususları -örneğin, hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiği şikâyetini incelemeyiz<sup>649</sup>. Zira, bağımsız ve tarafsız olmayan mahkeme hiçbir koşulda adil ve hakkaniyete uygun yargılama yapamayacaktır.

26 Ağustos- 6 Eylül 1985 tarihleri arasında Milano'da yapılan BM Kongresinde, 29 Kasım 1985 tarih ve 40/32 numaralı ve 13 Aralık 1985 tarihli ve 40/146 numaralı kararlarla Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin genel

<sup>642</sup> Centel, s.5.

<sup>643</sup> İnceoğlu, s.188.

<sup>644</sup> Mole/Harby, s.30; Harris, O'Boyle & Warbrick, s.284; Kuijer, s.4.

<sup>645</sup> Janis/ Kay/ Bradley, s.445; Kuijer, s.5; Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel, s.744.

<sup>646</sup> Türkmen/Türkiye, Baş. No: 43124/98, T:19 Aralık 2006.

<sup>647</sup> Demircioğlu, s.61.

<sup>648</sup> Ovey/White, s.160.

<sup>649</sup> Pakmak/Türkiye Kararı, Baş. No: 39708/98, T:7 Haziran 2005 (ceza).

prensipier kabul edilmiştir<sup>650</sup>. Buna göre, yargı bağımsızlığı devlet tarafından güvence altına alınır ve anayasada veya diğer mevzuatta yargı bağımsızlığına yer verilir. Yargı bağımsızlığına saygı göstermek ve gözetmek bütün hükümet kuruluşlarının ve diğer kurumların görevidir (m.1). Uluslararası Barolar Birliği de yargı bağımsızlığı hakkında birtakım standartlar getirmiştir<sup>651</sup>. Bağımsızlık vurgusu yapan diğer bir uluslararası metin, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun 23 Nisan 2003 tarihli oturumunda kabul edilmiş olan Bangalor Yargı Etiği İlkeleri'dir. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından 27.06.2006 gün ve 315 sayılı Karar ile bu ilkelerin benimsenmesine karar verilmiştir<sup>652</sup>. Evrensel nitelik taşıyan bu metinlerin belirlediği ortak ilkeler şunlardır:

- Yargı organı önündeki sorun hakkında her hangi bir tarafın her hangi bir nedenle doğrudan veya dolaylı kısıtlama, etki, teşvik, baskı, tehdit ve müdahalesine maruz kalmaksızın, maddi olaylara ve hukuka dayanarak tarafsız bir biçimde karar verir.
- Yargı organı yargısal niteliğe sahip her konuda yargılama yetkisine ve karar vermesi istenen bir sorunun kendisinin hukuken tanımlanan yetkisine girip girmediği hakkında münhasıran karar verme yetkisine sahiptir.
- Yargılama sürecine usulsüz ve yetkisiz müdahale yapılamaz ve yargısal kararlar değişikliğe tabi tutulamaz.
- Herkes, önceden konmuş hukuki usullere göre yargılama yapan olağan mahkemelerde veya yargı yerlerinde yargılanma hakkına sahiptir. Olağan mahkemelere veya yargı yerlerine ait olan yetkilerin ellerinden alınması için konmuş usulleri gereği gibi uygulamayan yargı yerleri kurulamaz.

<sup>650</sup> BM Yedinci Suçun Önlenmesi ve Suçluların Tedavisi Kongresi tarafından kabul edilmiş prensip kararlarının tam metni için bkz, "Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı Temel Prensipleri" [http://www.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata\\_ozel/meslek\\_kurallari/bm\\_yargi\\_bağımsizligi\\_temel\\_prensipieri.pdf](http://www.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/bm_yargi_bağımsizligi_temel_prensipieri.pdf).

<sup>651</sup> New Delhi, 1982. <http://www.ibanet.org/> (08.08.2013).

<sup>652</sup> Erdoğan, s.212.

- Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı prensibi, yargılama organının davaları adil bir biçimde görmesini ve tarafların haklarına saygı gösterilmesini gerektirir ve yargılama organına bu imkanı verir.
- Yargıçların görev süresi, bağımsızlığı, güvenliği, alacakları yeterli ücret, hizmet şartları, emekli aylıkları ve emeklilik yaşı yasada yeterli biçimde güvence altına alınır. Yargıçlar ister atanmış, ister seçilmiş olsunlar, zorunlu emeklilik yaşına kadar veya süreli bir görevleri varsa sürelerinin dolmasına kadar görev yapmaları güvence altına alınır. Meslekte yükselme bulunduğu yerlerde yargıçların yükselmeleri yeterlilik, dürüstlük ve deneyim gibi objektif nedenlere dayanır. Yargıçların üyesi buldukları mahkeme içinde davaların dağıtımı, adalet sisteminin bir iç işidir.
- İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'ne uygun olarak, diğer vatandaşlara olduğu gibi yargı organı mensuplarına da ifade, inanç, örgütlenme ve toplanma hakkı tanınır; ancak yargıçlar bu haklarını kullanırlarken, her zaman görevlerinin itibarını ve yargının tarafsızlığını ve bağımsızlığını koruyacak tarzda hareket ederler. Yargıçlar, kendi menfaatlerini savunmak, mesleki eğitimlerini geliştirmek ve yargı bağımsızlığını korumak için yargıçlardan oluşan örgütler kurabilir, bu örgütlere ve diğer kuruluşlara üye olabilirler.
- Yargıçlar, yaptıkları müzakereler ile aleni yargılama dışında görevleri sırasında edindikleri gizli bilgiler konusunda mesleki gizlilik kuralıyla bağlıdırlar ve bu tür konular hakkında tanıklık yapmaya zorlanamazlar.
- Kişilerin ulusal hukuka göre devletten tazminat isteme hakları saklı kalmak kaydıyla, yargıçlar yargısal yetkilerini kullanırken yanlış tasarrufları veya ihmalleri nedeniyle kendilerine karşı maddi tazminat istenen hukuk davalarından muaftırlar.
- Mesleki sıfatları nedeniyle bir yargıç hakkında yapılan bir suç isnadı veya bir şikâyet, uygun bir usule göre hızla ve adil bir biçimde takip edilir.

Yargıçlar adil olarak yargılanma hakkına sahiptir. Yargıç tarafından aksi talep edilmedikçe, incelemenin ilk aşaması gizli tutulur. Yargıçlar sadece görevlerini yapamayacak duruma gelmeleri veya görevleriyle bağdaşmayacak davranışlarda bulunmaları sebebiyle görevlerinden alınabilir veya görevlerine son verilebilir.

Adil yargılanma hakkının gerçekleşebilmesi için en temel güvencenin, kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanmak olduğunu belirttik. Şimdi bu unsurları ayrı ayrı inceleyelim.

## A. Kanuni Mahkeme

### 1. Genel Olarak Kanuni Mahkeme İlkesi

Kanuni mahkeme ilkesi, ilk olarak 1791 tarihli Fransız Anayasasında düzenlenmiş<sup>653</sup> ve daha sonra birçok ulusal ya da uluslar üstü mevzuata alınmıştır. Kanuni mahkeme terimi, mahkemelerin kuruluş ve yetkileri ile izleyeceği yargılama usulünün idare tarafından değil, yasama organı tarafından önceden saptanmış olmasını gerektirir. Mahkemeye kanuni dayanağının verilmesi için yalnızca kanunla kurulmuş olması yetmez; aynı zamanda mahkemenin oluşumu, görev ve yetkileri de kanunla düzenlenmelidir<sup>654</sup>.

Kanunla kurulmuş olma kriteri, mahkemeleri yürütme organının müdahalelerinden korur ve keyfiliği önler. İdarenin, düzenleyici idari işlemler aracılığıyla mahkeme kurmasının; kurulmuş olan mahkemelerin görevlerini, yetkilerini ve yargılama usullerini değiştirmesi mümkün değildir<sup>655</sup>. Esasen mahkeme sayılmayan ve kanuna uygun şekilde kurulmamış makamların verdikleri kararlar bir mahkeme hükmü olarak kabul edilmemektedir. Bunlar, yok hüküm

<sup>653</sup> Gemalmaz, Genel Teori, s.93.

<sup>654</sup> Reid, s.258; Harris, O'Boyle & Warbrick, s.297; Freixes, s.62; Grisel, s.75; Gözübüyük/Gölcüklü, s.280; Gölcüklü, Doğru yargılama, s.19-20; Stačiokas, s.133; Kuijer, s.184; De Salvia, s.344; Robert/ Duffar, s.293; van Drooghenbroeck, s.128; Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet, s.285. Pandjigidze/ Gürcistan, 27.10.2009, par.103-111.

<sup>655</sup> Tanrıver, s.194.

niteliğindedir<sup>656</sup>. Bu durumda gerçek bir yargılama yapılmadığından, aynı uyuşmazlık yeniden dava edilebilir.

AİHS'nin 6.maddesinin birinci fıkrası, herkesin kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkı olduğunu belirtmektedir. Buradaki mahkemenin her zaman klasik manada yargı örgütünün bir parçası olan mahkeme olması gerekmez. Hatta bazen klasik manada mahkeme bile AİHM tarafından mahkeme niteliğinde görülmez. Çünkü yalnızca yargılama fonksiyonu yeterli değildir. Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasından başka, 2. ve 5. maddelerde de yer alan "mahkeme" terimi, çeşitli anlamlarda kullanılmaktadır.

MATSCHER, Sözleşmede ve AİHM içtihatlarında kastedilen anlamda mahkemeyi şu şekilde tanımlamaktadır: Mahkeme "*kanunla kurulan, tarafsız ve bağımsız olan, uyuşmazlık konusu hakkında yargılama yapma ve karar verme yetkisine sahip bir organdır*"<sup>657</sup>. Bir olaydaki ilgili karar organının bazı özelliklere sahip bulunması, iç hukukta mahkeme olarak değerlendirilmese de Sözleşme organlarınınca mahkeme sayılmasına neden olabilmektedir<sup>658</sup>. Bunun sonucunda, medeni karakterli uyuşmazlıkların çözümlendiği idari kurullar da mahkeme kavramı kapsamına alınmakta ve adil yargılanma hakkı, bu kurullar önündeki yargılamalarda da garanti altına alınmış olmaktadır<sup>659</sup>. Örneğin, **Sramek/Avusturya** davasında, Taşınmaz Muameleler Kurulu iç hukukta bir idari kurul olarak görülmesine rağmen, AİHM tarafından bir mahkeme olarak değerlendirilmiştir<sup>660</sup>. Bazen de tam aksine, iç hukuktaki bir yargılama organı, 6.maddedeki güvenceleri karşılamakta yetersiz kaldığında AİHM tarafından mahkeme olarak değerlendirilmemektedir<sup>661</sup>.

<sup>656</sup> Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, s.834 vd; Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Saygılar/ Alan, s.117-118.

<sup>657</sup> Franz Matscher, "Le notion de 'tribunal' au sens de la convention européenne des droits de l'homme", R. Koering-Joulin, LEs nouveaux développements du proces équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, Brussels 1996 (Tribunal), s.29. Benzer tanımlar için bkz. Reid, s.257; Gözübüyük/Gölcüklü, s.279; Tezcan/ Erdem/ Sancakdar, s.254; Kuijer, s.174; De Salvia, s.344; Robert/ Duffar, s.293-294.

<sup>658</sup> İnceoğlu, s.158-159; Harris, O'Boyle & Warbrick, s.285-286; Kaşıkara, s.120; László Trócsányi/ Alexandra Horváth, "The Right To A Fair Trial In Hungary" The Right To A Fair Trial, European Commission For Democracy Through Law, Council Of Europe Publishing, Strasbourg 2000, s.41; Kuijer, s.174; De Salvia, s.237-238; Sudre/ Margaüaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet, s.281.

<sup>659</sup> Trócsányi/ Horváth, s.42. Yazarlar, Macaristan uygulamasında, AİHM içtihatları doğrultusunda, Üniversite bünyesinde oluşturulan bir kurul veya tüketici hakem heyetinin de mahkeme kavramına dahil edildiğini belirtmektedir. Bkz. s.42.

<sup>660</sup> Par.36. Benzer şekilde, Campbell ve Fell, par.76.

<sup>661</sup> Pettiti/Decaux/Imbert, s.257.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, **Lithgow ve Diğerleri/Birleşik Krallık** kararında<sup>662</sup>, tahkim kurulunun “kanunla kurulmuş bir yargı yeri” kavramına dahil olduğunu belirtmiştir. Sözleşmenin 6.maddesindeki mahkeme sözcüğünün, ülkenin standart adli mekanizması kapsamında klasik türde bir mahkeme olarak anlaşılması gerekmektedir. Gerekli güvenceleri<sup>663</sup> sağlamak koşulu ile özel meseleleri karara bağlamak üzere kurulmuş herhangi bir organ da mahkeme olarak değerlendirilebilir<sup>664</sup>.

Mahkemenin kanunla kurulmuş olma şartı, **Zand/Avusturya** kararında<sup>665</sup> şu şekilde ifade edilmiştir: 6&1 maddede bulunan, mahkemelerin yasayla oluşturulması koşulunu öngören hükmün amaç ve hedefi, demokratik bir toplumda adli teşkilatlanmanın, yürütmenin takdirine bağlı olmaması; ancak parlamento tarafından çıkartılan yasalarla düzenlenmesini sağlamaktır. Fakat bu, yasama konusunda yetkilendirmenin adli teşkilata ilişkin konularda kabul edilemez olduğu anlamına gelmez. 6.madde, bu alandaki her bir ayrıntının yasama erki tarafından düzenlenmesini gerektirmez; yeter ki yasama erki adli teşkilat için en azından bir çerçeve oluşturmuş bulunsun. Bu gerekçeyle Komisyon, her bir iş mahkemesinin kurulmasına bölgenin ihtiyacını dikkate alarak karar verme yetkisini bakanlığa bırakan yasal düzenlemeyi yasayla kurulmuş olma şartıyla çelişir görmemiştir.

Kanunilik şartı, yalnızca mahkemenin genel örgütsel oluşumunda geçerli olmaz; aynı zamanda belirli bir davaya özgü oluşumlar için de geçerlidir<sup>666</sup>. **Lavents/Letonya** kararında<sup>667</sup>, AİHM kanunilik şartına aykırılık bulmuştur. Şikayet, verdikleri kararlar üst mahkeme tarafından iptal edilen iki meslekten olmayan hâkimin, davaya tekrar bakmasına ilişkindir. Letonya yasalarının, böyle bir durumda hâkimlerin tekrar davaya bakmasına izin vermeyen açık hükmüne rağmen, davanın

<sup>662</sup> 08.07.1986.

<sup>663</sup> Ya yargı merciinin kendisi Sözleşme'nin 6/1 maddesinin gereklerine uygun olacaktır. Ya da bu güvenceleri sağlayan bir yargı organının denetimine tabi olacaklardır.

<sup>664</sup> **Erdoğan**, s.96.

<sup>665</sup> 15 DR 70.

<sup>666</sup> **Mole/Harby**, s.38; **Kuijjer**, s.187; **van Drooghenbroeck**, s.128-129; **Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.494.

<sup>667</sup> 28 Kasım 2002. Coeme, Mazy, Stalport/Belçika davasında da (22.6.2000), ‘bakan’ sıfatına sahip olmayan suç ortaklarının, Kanun tarafından öngörülmemesine rağmen, bakan ile birlikte temyiz mahkemesinde yargılanması kanuni mahkeme ilkesine aykırı bulunmuştur.

aynı hâkimlerce görülmesi nedeniyle, mahkemenin kanunla kurulmamış olduğuna hükmedilmiştir.

Kanunilik şartına aykırılık bir mahkeme kendisini düzenleyen kurallara uygun şekilde çalışmadığında da söz konusu olabilir<sup>668</sup>. Örneğin, **Posokhov/Rusya** kararında<sup>669</sup> başvuran, kanuna aykırı şekilde oluşan bir mahkeme tarafından mahkûm edildiğini iddia etmiştir. Yasaya göre, davaya bakacak hâkimlerden meslekten olmayanlarının isimlerinin, kura yoluyla tespit edilmesi gerekmektedir. Şikayet konusu olayda ise, başvuranın davasına bakan mahkeme heyeti içindeki iki hâkimin böyle bir listede yer almadığı tespit edilmiştir. Bu nedenle, meslekten olmayan hâkimlerin atanmasıyla sorumlu olan kurumun, söz konusu olayda mahkemenin oluşumunu yasal zemine oturtmakta başarısız olduğu ilan edilmiştir.

## 2. Türk Hukukunda Kanunilik İlkesine Hizmet Eden Düzenlemeler

Anayasamızın 142. maddesi bu gerekliliği, “*Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir*” şeklinde ifade etmiştir. Aynı ilke HMK m.1’de “*Mahkemelerin görevi, ancak kanunla düzenlenir..*” biçiminde ifade edilmiştir. Bir tüzük, yönetmelik ya da kanun hükmünde kararname ile görevlendirme yapılamaz. Anayasa Mahkemesi, Baro hakem kurulunun yargı yetkisini düzenleyen Avukatlık Kanunu’nun 167.maddesinin ilk cümlesi ile ilgili vermiş olduğu iptal kararında, “*hakem kurullarının tarafsızlığı ve bağımsızlığı, uzman niteliği ile, bu kurulların alacağı kararların bağlı olacağı usul ve esasların yönetmeliğe bırakılmayıp yasa ile düzenlenmesi*” zorunluluğuna vurgu yapmıştır<sup>670</sup>.

Türk adli yargı adalet teşkilatı içerisinde, asliye hukuk mahkemeleri ile sulh hukuk mahkemelerinin kuruluşuyla ilgili ilk kanun 8 Nisan 1924 gün ve 469 sayılı “*Mehâkimi Şer’iyyenin İlgasına ve Mehâkim Teşkilatına Ait Ahkamı Muadil Kanun*”<sup>671</sup> idi. 469 sayılı Kanunla kurulan genel mahkemeler, hakkında özel bir mahkeme tayin edilmemiş olan bilcümle ihtilaflara bakarlar. Bu Kanun, 5235 sayılı

<sup>668</sup> **İnceoğlu**, s.165; **Leach**, s.289; **Kuijer**, s.187.

<sup>669</sup> 4 Mart 2003 (04.06.2003 Final), par.41-42.

<sup>670</sup> RG, 10.07.2004, S.25518.

<sup>671</sup> RG, 08.04.1924, S.69.



*Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun*'un<sup>672</sup> 54 ve 55.maddesi gereği, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlükten kalkmıştır. Bu tarihte yürürlüğe giren 5235 sayılı Kanun ile ülkemizde ayrıca bölge adliye mahkemelerinin kurulması öngörülmüştür<sup>673</sup>. Yargıtay'ın kuruluşu ve işleyişi ise 2797 sayılı Yargıtay Kanunu<sup>674</sup> ile belirlenmiştir.

Mahkemelerin görev ve yetkilerinin kanunla belirlenmiş bulunması tek başına yeterli değildir; ayrıca kanunla yapılmış bu belirlemenin, uyuşmazlığın ortaya çıkmasından önce gerçekleştirilmiş olması da kanunilik ilkesinin gerektirdiği bir şarttır. Yargılanacak olan uyuşmazlığın ortaya çıkmasından önce, yürürlükte bulunan kanunlar aracılığıyla görevi ve yetkisi belirlenmiş bulunan mahkemenin hâkimine tabii hâkim denir. Kanuni mahkeme ilkesi, tabii yargıç güvencesini de beraberinde getirmektedir<sup>675</sup>. Tabii hâkim ilkesi, Anayasa'nın "*Kanunî hâkim güvencesi*" kenar başlıklı 37.maddesinde güvence altına alınmıştır. Maddeye göre, hiç kimse, kanunen tabii olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi, kanunen tabii olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.

Tabii hâkim ilkesi, kişilerin hangi mahkeme önünde yargılanacaklarını kesin olarak bilmelerini mümkün kılmayı, bağımsız ve tarafsız mahkemeler önünde yargılanmalarını güvence altına almayı, yargıya güveni sağlamayı ve yürütmenin yargıya müdahalesini önlemeyi amaçlamaktadır. Ayrıca, kişiye ve somut duruma göre değişkenlik gösteren olağanüstü yargı yerlerinin oluşmasını önleyerek kişi dokunulmazlığı ve kişi güvenliğinin korunmasına da hizmet etmektedir<sup>676</sup>. Aydınlanma çağında, keyfi yargıya karşı mücadele sonucunda elde edilen bu ilkeye

<sup>672</sup> RG, 07.10.2004, S.25606.

<sup>673</sup> İstinaf mahkemeleri Türk Hukuku'nda ilk kez 1879 yılında Mehakimi Nizamiye Teşkilatı Kanunu ile düzenlenmiş, 1924 yılında 469 sayılı Mehakimi Şer'iyenin İlgasına ve Mehakim Teşkilatına Ahkâmı Muaddil Kanun ile kaldırılmıştır. 5235 sayılı Kanun ise 469 sayılı Kanun'u yürürlükten kaldırmış, ilk derece mahkemeleri ile istinaf mahkemelerini yeniden düzenlemiştir. Ardından 5236 sayılı Kanun ile istinaf mahkemelerinde uygulanacak yargılama usulleri hakkında hükümler HUMK'na eklenmiştir. İstinaf Mahkemeleri, Adalet Bakanlığı'nın 05.06.2007 tarihli ve 26543 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan kararıyla İstanbul, Bursa, İzmir, Ankara, Konya, Samsun, Adana, Erzurum ve Diyarbakır'da kurulmuştur. Daha sonra da 13.06.2011 tarihli kararıyla Antalya, Gaziantep, Kayseri, Sakarya, Trabzon ve Van'da Bölge Adliye Mahkemesi kurulmuştur. Dolayısıyla toplam onbeş istinaf mahkemesi kurulmuş ancak henüz fiilen çalışmaya başladığı ilan edilmemiştir.

<sup>674</sup> RG, 08.02.1983, S.17953.

<sup>675</sup> **Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Saygılar/ Alan**, s.118; **Grisel**, s.74-75; **Tanrıver**, Adil Yargılanma, s.194; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.280.

<sup>676</sup> **Grisel**, s.77; **Tanrıver**, Adil Yargılanma, s.194-195; Ramazan **Arslan/Süha Tanrıver**, "Yargı Örgütü Hukuku Ders Kitabı", 2.Bası, Ankara 2001, s.37-38.

göre; herhangi bir davaya bakacak mahkeme, uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra değil, önceden, yasayla kurulmuş olmalıdır<sup>677</sup>.

Bu bakımdan tabii hâkim ilkesi, hukuk devleti kavramının da ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Çünkü hukuk devletinin karşıt kavramı olan polis devletinde, siyasi çıkarlar nedeniyle bir davanın belli bir biçimde sonuçlanmasının sağlanması amacıyla davaya bakması gereken yargılama mercilerini devre dışı bırakacak olağanüstü mahkemeler kurulur<sup>678</sup>. Bu tip bir mahkemede yapılan yargılamanın, yalnızca bu nedenle adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil ettiğini söylemek yanlış olmaz zira adil yargılanma hakkının organik güvencesi bertaraf edilmektedir.

Örneğin, 469 sayılı Kanun'un 2.maddesi, birden çok dairesi olan mahkemelerde Adalet Bakanı'na, işlerin içeriğine göre davaya bakacak görevli mahkemeyi tayin etmek yetkisini tanıyordu. Anayasa Mahkemesi, kanuni mahkeme ve tabii hâkim ilkeleri ile mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle bu hükmün iptaline karar vermiştir<sup>679</sup>. Anayasa Mahkemesinin bu kararı son derece isabetlidir<sup>680</sup>. Çünkü işin niteliğine göre mahkeme belirlenmesi bir nevi mahkemenin görevinin belirlenmesi ve özel görevli mahkeme yaratılmasıdır ki bu ancak kanunla yapılabilir.

Belirli tip uyuşmazlıkların çözülmesi amacıyla kurulmuş özel mahkemeler, açıkça yasal dayanağa sahip oldukları sürece bu ilkeyle çelişmezler<sup>681</sup>. Özel mahkeme olarak adlandırılan, kadastro mahkemesinin<sup>682</sup>, iş mahkemesinin<sup>683</sup>, aile mahkemesinin<sup>684</sup>, icra mahkemesinin<sup>685</sup>, tüketici mahkemesinin<sup>686</sup>, olağanüstü

<sup>677</sup> Centel, s.32.

<sup>678</sup> Robert/ Duffar, s.308; Demircioğlu, s.67. Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu'nun 16.paragrafında olağanüstü mahkemelerin açıkça yasaklandığı görülmektedir.

<sup>679</sup> AYM, 7.4.1977, E.197775, K.1977/45 (RG, 11.6.1977, S.15963).

<sup>680</sup> Karşı, s.130.

<sup>681</sup> Kuijer, s.191; Fruni/Slovakya, 21.06.2011.

<sup>682</sup> 3402 Sayılı Kadastro Kanunu ile kurulmuştur. Bkz. m.24 vd. (RG, 09.07.1987, S.19512).

<sup>683</sup> 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile kurulmuştur. Bkz. m.1 vd. (RG, 04.02.1950, S.7424).

<sup>684</sup> 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun ile kurulmuştur. Bkz. m.4 (RG, 18.01.2003, S.24997).

<sup>685</sup> Başta icra ve iflas dairelerinin işlemlerine karşı yapılan itiraz (İİK m.68-68a, 147, 150a, 269c, 275) ve şikâyetler (İİK m.16-18) olmak üzere icra ve iflas hukukuna ilişkin uyuşmazlıkları çözmek amacıyla ilk olarak "icra tetkik mercii" adı altında kurulmuş (İİK m.4), daha sonra "İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"la icra tetkik mercii ibaresi "icra mahkemesi" olarak değiştirilmiştir. Bkz. m.11 (RG, 21.02.2004, S.25380). İcra Mahkemelerinin diğer

mahkeme statüsünde olmadığını dolayısıyla Anayasa'nın 37.maddesiyle çatışmadığını belirtmek gerekir<sup>687</sup>. Çünkü bu madde, muayyen davalar için genel mahkemeler dışında özel mahkemeler tesisini yasaklamaz. Özel mahkemeler, belirli uyuşmazlıkları çözümlmek üzere kendi kanunları ile kurulmuş ihtisas mahkemeleridir.

26.06.2012 tarihinde kabul edilen ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6335 sayılı Kanun'un 2.maddesiyle 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 5.maddesi değiştirilerek asliye ticaret mahkemeleri de özel mahkeme statüsüne kavuşturulmuştur. Türk Ticaret Kanunu'nun 5.maddesi uyarınca, aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir (TTK m.5/f.1). Asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki görev ilişkisi olup, bu durumda göreve ilişkin usul hükümleri uygulanır (TTK m.5/f.3).

Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle meydana gelen bir başka değişiklik denizcilik ihtisas mahkemeleri hakkındadır. Bilindiği gibi Denizcilik ihtisas mahkemeleri, 5136 Sayılı Türk Ticaret Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'un I. maddesi ile 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 4.maddesine eklenen fıkra ile kurulmuştu<sup>688</sup>. Ancak Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1533.maddesi ile bu hüküm yürürlükten kaldırılırken 5.maddenin ikinci fıkrasında bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, bir yerde ticaret davalarına bakan birden çok asliye ticaret mahkemesi varsa, iş durumunun gerekli kıldığı yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca, asliye ticaret mahkemelerinden biri veya birkaçı münhasıran bu Kanundan ve diğer kanunlardan doğan deniz ticaretine ve deniz sigortalarına ilişkin hukuk davalarına bakmakla görevlendirilebilir. Türk Ticaret Kanunu'nun bu yeni hükmüyle, özel mahkeme olan denizcilik ihtisas mahkemeleri

---

mahkemelerden farklı olarak ayrı bir teşkilat kanunu yoktur. Mevcudiyeti sadece İİK içinde mevcut birkaç hükme dayandırılmaktadır. Bu hükümlerle Kanuni mahkeme ilkesi karşılanmaktadır. Ancak yine de icra iflas işlerinin yerine getirilmesinde çok önemli görev ifa eden bu mahkemeler için yetersiz bulunmaktadır. **Karlı**, s.161.

<sup>686</sup> 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile, bu Kanun'un uygulanmasından çıkacak her türlü uyuşmazlığın çözümlenmesi amacıyla kurulmuştur. Bkz. m.23 (RG, 08.03.1995, S.22221).

<sup>687</sup> **Üstündağ**, s.49; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.85

<sup>688</sup> (RG, 28.04.2004, S.25446).

kaldırılmış ve o yerdeki ticaret mahkemelerinden bir veya birkaçına bu görev verilmiştir<sup>689</sup>.

Benzer bir düzenleme 6352 sayılı Kanun ile 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. Maddesinin son fıkrasına eklenmiştir. Buna göre birden fazla iş mahkemesi bulunan yerlerde sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan davaların görüleceği iş mahkemeleri, HSYK tarafından belirlenir. Görüldüğü gibi kanun koyucu, deniz ticareti ve deniz sigorta hukukundan kaynaklanan ihtilafları görme yetkisini ticaret mahkemelerinden birine verdiği gibi, sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan ihtilafları görme yetkisini de iş mahkemelerinden birine vermiştir. *İhtisas mahkemeleri içinde ayrı bir ihtisas alanı oluşturan*<sup>690</sup> bu düzenlemelerin yerindeliği tartışılabilir ancak konumuz açısından bakıldığında her iki düzenleme de kanunilik ilkesine uygun şekilde vücut bulmuştur.

Fikri ve Sınaî Haklar Hukuk Mahkemesinin kuruluşu, 4630 Sayılı 21.02.2001 Tarihli Kanun'un 30.maddesi ile, 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun (FSEK) 76.maddesinde yapılan değişiklikle öngörülmüştür. Yapılan bu değişikliğin sonucunda, 26.03.2001 tarih ve 335 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararı ile İstanbul ilindeki 10.Asliye Ticaret Mahkemesi Fikri ve Sınaî Haklar Hukuk Mahkemesi olarak görevlendirilmiştir. Bu düzenlemeler uyarınca, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda doğan uyuşmazlıklara Fikri ve Sınaî Haklar Hukuk Mahkemesinin bakması, kanuni mahkeme ve tabii hâkim ilkelerine uygundur.

Ancak, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile ilgili uyuşmazlıkların dışında, 551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (PatKHK) 146.maddesinde; 554 Sayılı Endüstriyel Tasarımları Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (EndTasKHK) 58.maddesinde; 555 Sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (CoğİşKHK) 30.maddesinde; 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (MarkKHK) 71.maddesinde bu kararnamelerde öngörülmüş olan bütün davalara Adalet Bakanlığı'nca kurulacak ihtisas mahkemelerinde bakılması öngörülmüştür. Bu kapsamda Adalet Bakanlığının teklifi üzerine, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, 20.11.2003 tarihli ve 537 sayılı kararı ile, İstanbul ve

<sup>689</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.118; Karşlı, s.139.

<sup>690</sup> Karşlı, s.142.

Ankara’da kurulup faaliyete geçirilen Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemelerinin, 5846 sayılı FSEK’ten başka, 551 sayılı PatKHK, 554 sayılı EndTasKHK, 555 sayılı CoğışKHK ve 556 sayılı MarkKHK’lerinden kaynaklanan hukuk davaları için de ihtisas mahkemeleri olarak faaliyet göstermesini kararlaştırmıştır.

Doktrinde TANRIVER<sup>691</sup>, Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemelerinin kuruluş ve görevlendirmelerinin bir kanunla değil; düzenleyici idari işlemler aracılığıyla yapılması sebebiyle kanunilik ilkesine<sup>692</sup> aykırılık arz ettiğini haklı olarak ifade etmiştir. Çünkü burada, anılan KHKlar kapsamındaki uyumsuzluklar için idarenin işlemleri arasında sayılan kanun hükmünde kararnameler ile görevlendirme yapılmış ve özel mahkeme kurulması öngörülmüştür. HSYK’nın 537 sayılı kararının kanuni dayanağı olmadığından Fikri ve Sınai haklar hukuk mahkemesinin görevlendiriliş biçimi gerek Anayasa’nın 145. maddesine gerekse HMK’nun 1.maddesine aykırılık teşkil etmekteydi.

Neyse ki, söz konusu aykırılık 5194 Sayılı Kanun<sup>693</sup> ile giderilmiş, 5.madde ile 551 sayılı PatKHK’nın 146.maddesi; 8.madde ile, 554 sayılı EndTasKHK’nın 58.maddesi; 11.madde ile 555 sayılı CoğışKHK’nın 30.maddesi; 17.madde ile 556 sayılı MarkKHK’nın 71.maddesi kanuni dayanağa kavuşturulmuştur. Söz konusu maddeler ile Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna verilen yetki, kanunla düzenlenmiş olduğundan artık Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinin görevli olduğu tüm uyumsuzluklara ilişkin yargılamaların kanuni mahkeme ve tabii hâkim ilkesine uygun olduğu ifade edilmelidir.

Olağanüstü mahkeme olarak değerlendirilemeyecek bir diğer hal, doğal afet gibi bir sebeple yeni bir yetkili mahkeme tespit edilmesidir<sup>694</sup>. Davaya bakmakla görevli ve yetkili mahkemenin davaya bakmasına herhangi bir engel çıkarsa davaya bakacak mahkemenin tayini için yargı yeri belirlenmesi yoluna başvurulur (HMK m.21/a)<sup>695</sup>.

<sup>691</sup> **Tanriver**, Adil Yargılanma, s.195, dn.15.

<sup>692</sup> Yazar, tabii hâkim ilkesinin kanunilik unsuru ifadesini kullanmaktadır. Bkz. **Tanriver**, Adil Yargılanma, s.195, dn.15.

<sup>693</sup> RG, 26.06.2004, S.25504.

<sup>694</sup> **Demircioğlu**, s.67-68.

<sup>695</sup> HUMK m.25 de benzer bir hüküm içermekteydi: “Yetkili mahkemenin bir davaya bakmasına fiilî veya hukukî bir engel çıktığı veya iki mahkemenin yargısal sınırları kapsamının belirlenmesinde

2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun, "Dairelerin Görevleri" başlıklı 14.maddesi, 6110 sayılı Kanun'un 8.maddesi ile değiştirilmiştir. Söz konusu değişiklik uyarınca, özel kanunlarda başkaca hüküm bulunmadığı takdirde, dairelerin arasındaki iş bölümü karar tasarısı yine maddede belirtilen esaslar doğrultusunda Başkanlar Kurulunca hazırlanır. Hazırlanan işbölümü karar tasarısı, toplantı tarihinden yedi gün önce ilan edilerek Büyük Genel Kurulun onayına sunulur. Büyük Genel Kurul, işbölümü karar tasarısını aynen onaylayabileceği gibi üye tam sayısının en az üçte birinin teklifi üzerine değiştirerek de onaylayabilir.

Bu düzenlemenin kanunilik ilkesine aykırı olup olmadığı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında tartışılmıştır. Söz konusu olayda HMK'ndan önce hakimin hukuki sorumluluğuna dayanılarak Asliye Hukuk Mahkemesinde tazminat davası açılmış, yeni Kanunun yürürlüğe girmesiyle ilçe Asliye Hukuk Mahkemesince görevsizlik kararı verilerek dosya Yargıtay 4.Hukuk Dairesi'ne gönderilmiştir. 4. Dairenin verdiği görevsizlik kararı üzerine, hâkim aleyhine açılan davanın, Yargıtay'ın hangi hukuk dairesince görülüp sonuçlandırılması gerektiğine dair Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında 6110 sayılı Kanunla getirilen hükümlerin Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Konunun Anayasa Mahkemesi'ne götürülmesi yönünde görüş bildirilmişse de çoğunlukça bu görüş kabul edilmemiştir.

Dairelerin görevlerine ilişkin yapılan bu düzenlemenin kanunilik ilkesine aykırı olduğu kararın karşı oy yazısında haklı olarak ifade edilmiş ve bu görüş doktrin tarafından da desteklenmiştir<sup>696</sup>. "Günümüz yargılama hukukunun vazgeçilmez bir prensibi olan 'kanuni hâkim' ilkesinin uygulanması için Anayasa'mız ve kanunlarımız pek çok kurum ve kavramı kabul etmiş ve düzenlemiştir. Bu ilkenin ve bu ilke uyarınca kurulan kurum, konulan kavramların temel amacı da adil yargılamanın gerçekleştirilmesidir. Yapılmak istenilen değişiklikle, Hukuk ve Ceza Dairelerinin kanunla belirlenmiş görevlerinin, Yargıtay'ın belli bir prosedür dahilinde oluşacak idari bir tasarrufu ile yapılmasının önü açılarak, hukuk devletinin

---

tereddüt edildiği takdirde, yetkili mahkemenin tayininde, ilk derece mahkemeleri için bölge adliye mahkemelerine, bölge adliye mahkemeleri için Yargıtaya başvurulur".

<sup>696</sup> Karşılı, s.219.

olmazsa olmaz koşullarından biri olan ‘kanuni hakim’ ilkesi açıkça ihlal edilmiştir<sup>697</sup>.

Karşı oy yazısında aynı gerekçelerle 6110 sayılı Kanun’un geçici 1.maddesinin 2.fıkrasında yer alan ve yeni yapılacak işbölümünün sonucuna göre, daha önce başka dairenin görevinde olup da dairesi değişmesi gereken dosyaların mevcut halleriyle ilgili daireye gönderilmesini öngören düzenleme de kanuni hâkim ve hukuk güvenliği ilkesine aykırı bulunmuştur. Kanunun 8.maddesi ile yapılan düzenleme Anayasa’nın 154.maddesindeki mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarıyla da çelişmektedir. Yargıtay’ın işleyişi Büyük Genel Kurul’un iradesine bırakılmayıp kanunla düzenlenmelidir. Yargıtay dairelerinin görevlerinin her yıl Başkanlar Kurulunca belirlenmesi ve ilgili dosyaların her yıl başka bir hukuk dairesince incelenmesi, ilk derece mahkemesi olarak Yargıtay ilgili hukuk dairesi tarafından yargılaması yapılacak hâkimlerin hukuki güvenliğini ortadan kaldıracak niteliktedir. Bu gerekçelerle söz konusu değişiklik Anayasa’ya olduğu kadar AİHS’nin 6.maddesine de aykırılık oluşturur<sup>698</sup>.

Kanuni hâkim, yetki ve görevi dahilinde bulunan, bir davaya bakmaktan çekinemez (Ay. m.36/f.2). Davanın açılmasıyla birlikte mahkeme için davayı inceleme zorunluluğu doğmaktadır. Mahkeme, açılmış olan davaya bakmak ve söz konusu ihtilafa ilişkin bir karar vermek zorundadır. Aksine davranış, hakkın yerine getirilmesinden kaçınma olarak nitelendirilerek hâkimin hukuki sorumluluğunu doğurur<sup>699</sup>.

Hukuk mahkemesince verilen ve kesinleşen bir kararın kanuni mahkeme ilkesine aykırılık sebebiyle adil yargılanma hakkı ihlal edilerek verildiği AİHM tarafından tespit edilmesi bir yargılamanın yenilenmesi sebebidir. Ancak yargılamanın yenilenmesi talebi, hükmü veren mahkemeye yapılacağından, yeniden yapılacak yargılamada ihlal giderilemeyecektir. Ancak ihlalden sonra yapılan kanun değişikliği ile kanuni mahkeme kurulmuş ise bu takdirde kanuni mahkemede yeniden yargılama yoluna gidilebilir<sup>700</sup>. Bir diğer çözüm, yargılamanın yenilenmesi talebinin

<sup>697</sup> 2011 tarihli HGK kararı ve karşı oy yazısı için bkz. **Karşı**, s.217-221.

<sup>698</sup> **Karşı**, s.220-221.

<sup>699</sup> **Karşı**, s.500.

<sup>700</sup> **Pekcanitez**, Yargılamanın Yenilenmesi, s.531.

başka bir mahkemeye yapılmasıdır ki bunun için bir mevzuat değişikliğine ihtiyaç vardır.

## B. Bağımsız Mahkeme

Devletin başta gelen görevlerinden biri adalet dağıtmaktır. İyi bir adaletin başlıca şartı ise adaleti dağıtanların bağımsız ve tarafsız olmalarıdır. Yargıçların bağımsızlığı ve tarafsızlığı, bireylerin hak ve özgürlüklerinin güvencesidir<sup>701</sup>. Herhangi bir makamın veya otoritenin etkisi altında karar veren hâkim adaleti yerine getiremez. Bu nedenle yargı merciinin bağımsızlığı, adil yargılanma hakkının temel unsurlarından biri ve hatta diğer güvencelerin sağlanabilmesi için öncelikle garanti altına alınması gereken koşuldur.

Bir toplumda adalet duygusunun oluşmasını ve korunmasını sağlayan bağımsız yargı, aynı zamanda çağın yönetim biçimi olan hukuk devleti ilkesinin ve demokratik devletin<sup>702</sup> olmazsa olmaz koşuludur<sup>703</sup>. Yargının görevini, adil yargılama hakkının unsurlarına uygun olarak yerine getirilebilmesi için tüm etkilere karşı bağımsızlığını güvence altına alacak kurumların oluşturulması gerekmektedir. Yargı bağımsız ve yargıç güvenceli olmalıdır ki, devletin yasama ve yürütme erklerinin hukuk dışı işlemlerini hukuk içine çekebilsin<sup>704</sup>. Aksi halde, hukuken tanınmış, güvence altına alınmış olan haklarımız ve özgürlüklerimiz, içi boşaltılmış vaatler halini alır<sup>705</sup>.

Bağımsızlık, keyfilik değildir; karar verirken özgür olmak, hiçbir etki ve baskı altında kalmamak, hukukun çizdiği sınırlarla bağlı kalmak kaydıyla hür ve serbest iradeyle karar verebilmek anlamına gelmektedir<sup>706</sup>. Bir davada karar vermek

<sup>701</sup> Nevzat **Toroslu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 1998, s.57; **Demircioğlu**, s.72; **Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Saygılar/ Alan**, s.130.

<sup>702</sup> **Stačičokas**, s.135; **Kuijer**, s.205; **Robert/ Duffar**, s.294.

<sup>703</sup> Bülent **Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu**, 1982 Anayasası'na göre Türk Anayasa Hukuku, 10.Bası, İstanbul 2011, s.109; **Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Saygılar/ Alan**, s.130.

<sup>704</sup> Özdemir **Özok**, "Neden Bağımsız Yargı?" TBBD, S.60, Eylül-Ekim 2005, s.28-29.

<sup>705</sup> Sibel **İnceoğlu**, Karşılaştırmalı Hukuk Yaklaşımıyla Yargıca Yönelik Disiplin Süreçlerinin Yargı Bağımsızlığına Etkisi" TBBD, S.72, Eylül-Ekim 2007, s.55 (Yargı Bağımsızlığı).

<sup>706</sup> **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s.453; **Centel**, s.6; **Berkin**, s.26; **Bilge/ Önen**, s.83; **Önen**, s.15; Baki **Kuru**, Hâkim ve Savcıların Bağımsızlığı ve Teminatı, Ankara 1966, s.6; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.95; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s.180 vd.; **Karşlı**, s.189; **Tezcan/ Erdem/ Sancakdar**, s.253; **Demircioğlu**, s.71; **Grisel**, s.76; **Gölcüklü**, Doğru yargılama, s.20; **Arslan/Tanriver**, s.186; **Üstündağ**, s.108. Yazar, dar anlamda yargı faaliyetini "kanunun soyut kurallarının somut olaylara teminatlı ve bağımsız, yalnızca kanuna bağlı yargıçlar tarafından uygulanması tarzındaki faaliyet"



durumunda olanların, önlerine gelen sorunlar hakkında tarafsız bir şekilde, olaylara dayalı ve hukuka uygun olarak, herhangi bir kurumun müdahalesi olmadan karar verebilmeleri demektir. Bireysel olarak hâkimlerin bağımsızlığının sağlanabilmesi için güvenceler gereklidir ki bu mesleki güvencelerin yeterliliği ile doğrudan ilişkilidir<sup>707</sup>.

Öncelikle kurumsal açıdan yargının diğer erklerden, özellikle de yürütme organından bağımsızlığı sağlanmalıdır. İkincisi, iç işleyişteki bağımsızlık da önemlidir. Hâkimin, meslektaşları ve özellikle kendisinden yukarı seviyedeki diğer hâkimlerden bağımsız olması sağlanmalıdır<sup>708</sup>. Günümüz koşullarında, listeyi daha da uzatmak mümkündür. Zira günümüzün modern toplumlarında hâkimler daha bağımsız, adalet ise daha hukuka uygun, hukuk devletine yaraşır hale getirilmeye çalışılmaktadır<sup>709</sup>. Artık, yargı erkinin yalnızca yürütme ve yasamadan bağımsız olması yetmez; bunlara ilaveten sözlü ve yazılı basın, sosyo-ekonomik baskı gruplarına, sivil toplum kuruluşlarına karşı bağımsızlıklarının sağlanması gerekir<sup>710</sup>. Aynı zamanda hâkimin taraflarla da bir bağlantısı olmamalıdır. Hâkimler, somut ve münferit bir ihtilafta davanın tarafları karşısında tarafsız kalmalıdır<sup>711</sup>. Taraflara karşı olan bu tarafsızlık hali de AİHM tarafından taraflardan bağımsızlık olarak yorumlanmaktadır<sup>712</sup>.

Yargılamanın bağımsız mahkeme tarafından yapıldığının kabul edilmesi için AİHM, iki ayrı koşulun varlığını aramaktadır. İlk olarak mahkemenin oluşum biçimi, mahkemenin bağımsız olduğuna dair bir kanaat uyandırmalıdır. İkinci koşul ise, mahkemenin yargılama fonksiyonunu yerine getirirken tamamen bağımsız olabilmesidir<sup>713</sup>. Aşağıda bağımsızlık prensibinin AİHM tarafından yorumlanış

---

olarak tanımlamaktadır. Saim **Üstündağ**, “Yargı Organlarının Sorunları ve Çözüm Yolları”, Makaleler, İçtihat Tahlilleri ve Çeviriler, Ankara 2010 (Yargı), s.164.

<sup>707</sup> **Üstündağ**, yargılama faaliyetini idarenin dolayısıyla vuku bulabilecek müdahalelerinden uzak tutabilmek için bir tedbir olarak, yargıyı idare karşısında daha bağımsız hale getirmeyi önermektedir. Zira, yargılamanın işleyişinden memnun olmayan idare, yargının ihtiyaçlarını çok düşük seviyede karşılayarak yargı faaliyetinin günümüzün gereklerine uygun tarzda işleyebilmesini engellemeye çalışabilir. **Üstündağ**, Yargı, s.165.

<sup>708</sup> **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s.454; **İnceoğlu**, Yargı Bağımsızlığı, s.55.

<sup>709</sup> **Üstündağ**, Yargı, s.165.

<sup>710</sup> **Tanrıver**, Adil yargılanma, s.197.

<sup>711</sup> **Üstündağ**, s.94; **Karşlı**, s.186.

<sup>712</sup> **Reid**, s.159; **Harris, O’Boyle & Warbrick**, s.286.

<sup>713</sup> **Chen**, s.162; **Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.748.

biçimi ve Türk hukukundaki görünümü ele alınacak; bu yapılırken inceleme sırasında AİHM içtihatlarıyla oluşturulan ölçütlere sadık kalınacaktır.

## 1. Mahkemenin Oluşumunda Bağımsızlık

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre mahkemenin oluşumundaki bağımsızlık – bir başka deyişle, organik bağımsızlık- , hem yürütme organı hem de taraflar bakımından gereklidir<sup>714</sup>. Mahkeme bağımsızlık kavramının açık ve kesin bir tanımını vermemekle birlikte, bunun sağlanması pek çok kritere bağlamıştır. Üyelerinin atama ve görevden alınma usulü, görev süresi, üyelere emir verme yetkisine sahip bir makamın mevcut olup olmadığı, üyelerin dıştan gelecek baskılara karşı korunmasını sağlayacak önlemlerin alınıp alınmadığı gibi<sup>715</sup>.

AİHM içtihatlarında, mahkemelerin bağımsızlığını sağlayacak tedbirler arasında üyelerin atanma biçimlerine özel önem atfedilmektedir<sup>716</sup>. Bununla birlikte, devletler, kendi atama veya seçim sistemlerini oluşturmakta takdir hakkına sahiptir<sup>717</sup>. Bağımsızlığın sağlanması için uygun tek tip bir sistem yoktur. Bazı sistemlerde hâkim atamaları idari iş olarak yürütme organınca yapılmakta, bazılarında bu yetki Parlamente'ye devredilmekte<sup>718</sup>, bazılarında ise bağımsız bir kurum tarafından yapılmaktadır. Yine bazı sistemlerde hâkimler, kendi meslektaşları tarafından seçilmektedir<sup>719</sup>. Söz konusu sistemlerin hepsi AİHM tarafından kabul edilmekte ve hâkim atamalarında hangi kurumun yetkili olduğu tek başına bağımsızlık için bir garanti veya engel olarak değerlendirilmemektedir.

### a. Yürütme Organından Bağımsızlık

Bir mahkemenin üyelerinin yürütme tarafından atanıyor olması, tek başına Sözleşmenin ihlal edildiği anlamına gelmemektedir. Zira birçok hukuk sisteminde

<sup>714</sup> Ringeisen/Avusturya, 16 Temmuz 1971, par.95; Campbell ve Fell/Birleşik Krallık, 28 Haziran 1984, par.78.

<sup>715</sup> Mole/Harby, s.30; Clayton/ Tomlinson, s.107; Grisel, s.76; Pettiti/Decaux/Imbert, s.260; Gölcüklü, Doğru yargılama, s.20; Leach, s.289; Kuijer, s.214; De Salvia, s.329; van Drooghenbroeck, s.129; Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Saygılar/ Alan, s.130; Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel, s.748-749.

<sup>716</sup> Chen, s.163.

<sup>717</sup> Kuijer, s.230.

<sup>718</sup> Danimarka örnek olarak gösterilebilir.

<sup>719</sup> Andorra, Moldova, İtalya örnek gösterilebilir.

hâkim atamalarında adalet bakanlığının onayının arandığına rastlanmaktadır<sup>720</sup>. Yürütme organı tarafından atanan üyenin görevini tamamen bağımsız olarak icra etmesi sağlanabilir veya yürütmenin herhangi bir müdahalesini önleyecek tedbirler alınabilir<sup>721</sup>. Örneğin **Lauko/Slovakya** davasında, yürütme tarafından atanan mahkeme üyeleri iş kanununa tâbi, ücretli işçi statüsünde oldukları ve yürütme organından gelebilecek baskılara karşı herhangi bir güvenceye sahip kılınmadıkları için mahkemenin bağımsız olamayacağı sonucuna varılmıştır<sup>722</sup>.

Ceza yargılamasına ilişkin olarak Türkiye aleyhine yapılan bir şikâyetle, Adalet Bakanının bulunduğu HSYK tarafından seçilen hâkimlerin katılmasından dolayı bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddia edilmiş fakat AİHM, sivil hâkimlerin yararlandığı yasal ve anayasal güvenceleri dikkate alarak başvuruyu reddetmiştir<sup>723</sup>. Bir ihlalden bahsedilebilmesi için, atama işleminin bütünüyle tatminkârlıktan yoksun olduğunun veya somut olayda mahkemenin oluşum biçiminin davanın sonucunu etkileme girişimi gibi bir amaca yönelik olabileceğinin ispatı gerekir<sup>724</sup>.

Mahkemenin oluşumunda bağımsızlıktan bahsedilebilmesi için öncelikle, atama ve görevlendirmelerin objektif kriterlere göre yapılması gerekir. Hâkim adaylarının şeffaf ve objektif kriterlere göre seçilmemesi, 6.madde açısından sorun yaratabilir<sup>725</sup>.

Bir mahkemenin üyelerinin sabit dönemler için seçilmesi ve görev yerlerinin değişmemesi de bağımsızlığın bir garantisi olarak görülmektedir<sup>726</sup>. Bazı sistemlerde mahkeme üyeleri hayat boyu (Belçika) veya belirli bir emeklilik yaşına kadar (Hollanda) atanmaktadır. Böyle bir sistemin bağımsızlık açısından bir güvence olduğu rahatlıkla söylenebilir<sup>727</sup>. Ancak AİHM, mahkeme üyelerinin daha kısa süreler için atanmasını da yeterli görmektedir. Örneğin **Le Compte/Belçika**

<sup>720</sup> Reid, s.160; Harris, O'Boyle & Warbrick, s.287; Gözübüyük/Gölcüklü, s.281; Kuijer, s. 217.

<sup>721</sup> Beliles/İsviöre kararı; Ettl ve diğerleri/Avusturya, 23 Nisan 1987, par.38.

<sup>722</sup> 2 Eylül 1998, par.64.

<sup>723</sup> Başboğa/Türkiye Kararı, Baş. No:64277/01, T:13.06.2006 (ceza).

<sup>724</sup> Zand/Avusturya, 15 DR 70, par.77.

<sup>725</sup> Kuijer, s.220; Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel, s.748.

<sup>726</sup> Mole/Harby, s.31; Harris, O'Boyle & Warbrick, s.287; Robert/ Duffar, s.296 vd.; Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel, s.749.

<sup>727</sup> Kuijer, s.231.

kararında<sup>728</sup>, yüksek mahkeme üyelerinin, sabit altı yıllık görev süreleri oluşu, bir bağımsızlık garantisi olarak görülmüştür. **Brudnicka/ Polonya** davasında<sup>729</sup> ise, deniz hukukuna ilişkin uyuşmazlığa bakan mahkemenin başkan ve bir üyesinin Adalet Bakanlığı tarafından görevden alınabilmesi bağımsızlık ilesinin ihlali olarak görülmüştür.

Hakimlerin görev süresi, tek kriter olmamakla birlikte diğer unsurlarla desteklendiğinde mahkemenin bağımsız olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılmasına yardımcı olmaktadır. Örneğin, Türk yargı sisteminde, Askeri Disiplin Mahkeme üyelerinin görev süresinin 1 yıl ya da DGM'lerdeki hâkimlerin görev sürelerinin 4 yıl olması bağımsızlığın güvencesi olamayacak kadar kısa bulunmuştur<sup>730</sup>. Öte yandan, **Campbell ve Fell/Birleşik Krallık** kararında<sup>731</sup> Cezaevi ziyaret heyeti üyelerinin üç yıl için seçilmesi kısa bulunmakla beraber, 6.maddenin ihlal edilmediği kararlaştırılmıştır. Çünkü, görev ücret karşılığı yapılmamaktadır ve gönüllü bulmakta zorlanılması sebebiyle sürenin kısa tutulması makul bir gerekçe olarak kabul edilmiştir. AIHM'nin, DGM'lerdeki yargılamaların 6.maddedeki bağımsızlık güvencesini karşılamadığına ilişkin çok sayıda kararı mevcuttur<sup>732</sup>. Sivillerin, milli güvenlik aleyhine işlenmiş suçlar nedeniyle, askeri

<sup>728</sup> 23.06.1981.

<sup>729</sup> 3.03.2005. Benzer bir başka karar, Moiseyev/Rusya, 09.10.2008.

<sup>730</sup> Bkz. İ. Bayrak /Türkiye, Baş. No:39429/98, T:3 Mayıs 2007.

<sup>731</sup> 28 Haziran 1984.

<sup>732</sup> Varlı ve Diğerleri/Türkiye, Baş. No: 57299/00, T: 27 Nisan 2006; Yarar/Türkiye, Baş. No: 57258/00, T:19 Aralık 2006; Yılmaz Bozkurt/Türkiye, Baş. No: 21213/03, T: 2 Haziran 2009; Yılmaz ve Kılıç/ Türkiye, Baş. No: 68514/01, T:17 Temmuz 2008; Yüksek Geyik/Türkiye, Baş. No: 56362/00, T:25 Ekim 2005; Uçkan/Türkiye, Baş. No: 42594/98, T:22 Haziran 2006; Ükünç ve Güneş/Türkiye, Baş. No: 42775/98, T:18 Aralık 2003; Ulusoy/Türkiye, Baş. No: 52709/99, T:31 Temmuz 2007; Tağaç ve Diğerleri/Türkiye, Baş. No: 71864/01, T:7 Temmuz 2009; Türkmen/Türkiye, Baş. No: 43124/98, T:19 Aralık 2006; Temirkan/Türkiye, Baş. No: 41990/98, T:20 Eylül 2005; Pamak/Türkiye, Baş. No: 39708/98, T: 7 Haziran 2005; Öz ve Yürekli/Türkiye, Baş. No: 44662/98, T: 19 Temmuz 2007; Öner ve Diğerleri/Türkiye, Baş. No: 64684/01, T: 25 Ekim 2005; Öncü ve Diğerleri/Türkiye, Baş. No: 63357/00, T: 29 Kasım 2005; Okuyucu ve Bilmen/Türkiye, Baş. No: 65887/01, T:16 Ocak 2007; Şuyur/Türkiye, Baş. No: 13797/02, T: 23 Mayıs 2006; Rasim Aydın/Türkiye, Baş. No: 62597/00, T:31 Ocak 2008; Osman Özçelik ve Diğerleri/Türkiye, Baş. No: 55391/00, T: 20 Ekim 2005; Okçuoğlu/Türkiye, Baş. No: 24246/94, T: 8 Temmuz 1999; Saday/Türkiye, Baş. No: 32458/96, T: 30 Mart 2006; Orhan Aslan/Türkiye, Baş. No: 48063/99, T: 20 Ekim 2005; Seçkin ve Diğerleri/Türkiye, Baş. No: 56016/00, T: 3 Mayıs 2007; Sürek/Türkiye, Baş. No: 26682/95, 24122/94, 24735/94, 24762/94, T: 8 Temmuz 1999; Mahmut Yılmaz ve Diğerleri/Türkiye, Baş. No: 47278/99, T: 8 Ağustos 2006; Mehmet Özcan ve Diğerleri/Türkiye, Baş. No: 56006/00, T: 11 Ekim 2005; Mehmet Peker/Türkiye, Baş. No: 49276/99, T: 20 Kasım 2007; Mehmet Göçekli/Türkiye, Baş. No: 71813/01, T: 21 Aralık 2006; Mahsun Tekin/Türkiye, Baş. No: 52899/99, T: 20 Aralık 2005; Müslüm Özbey/Türkiye, Baş. No: 50087/99, T: 21 Aralık 2006; Karadumanlı/Türkiye, Baş. No: 64293/01, T: 30 Eylül 2008; Karatepe/Türkiye, Baş. No: 41551/98, T:

hâkimler önünde yargılanmaları, bu hâkimler askeri disipline tabi oldukları için bağımsız mahkemede yargılanma hakkına aykırı bulunmaktadır. Benzer şekilde, **Grieves/Birleşik Krallık** kararında<sup>733</sup> Büyük Daire, mahkeme başkanları ad hoc atandıkları ve mahkeme üyelerinin deniz subaylarından oluşması sebebiyle, İngiliz Donanması askeri yargılama siteminin 6.maddeye aykırı olduğunu belirtmiştir. **Cooper/Birleşik Krallık** kararında<sup>734</sup> ise, askeri mahkemelerde sivil bir üyenin bulunması ve kalıcı bir mahkeme başkanının olması, 6.maddedeki garantilerin sağlanması için yeterli bulunmuştur. Askeri hâkimlerin bağımsızlığını sağlayan en önemli güvence ise, askeri hâkimlerin vermiş oldukları kararların, üsleri tarafından bir kariyer değerlendirmesine konu edilememesidir.

Mahkemenin oluşumunda bağımsızlık için gerekli koşulların sağlanması kadar mahkemenin bağımsız görünümüne de önem verilmektedir<sup>735</sup>. Mahkemenin bağımsız olduğu kanaatine ulaşılmada dışarıya verdiği izlenim rol oynamaktadır.

---

31 Temmuz 2007; Kavak/Türkiye, Baş. No: 69790/01, T: 9 Kasım 2006; Keçeci/Türkiye, Baş. No: 52701/99, 53486/99, T: 15 Temmuz 2005; Kemal Koçak/Türkiye, Baş. No: 40991/98, T: 19 Temmuz 2007; Kenan Engin/Türkiye, Baş. No: 60683/00, T: 8 Aralık 2009; Kenar/Türkiye, Baş. No: 67215/01, T: 13 Aralık 2007; Kiper/Türkiye, Baş. No: 44785/98, T: 23 Mayıs 2006; Kızıllöz/Türkiye, Baş. No: 32962/96, T: 25 Eylül 2001; Korkmaz/Türkiye, Baş. No: 42590/98, 42589/98, T: 20 Aralık 2005; Juhnke/Türkiye, Baş. No: 52515/99, T: 13 Mayıs 2008; Konuk/Türkiye, Baş. No: 49523/99, T: 22 Haziran 2006; İbrahim Güllü/Türkiye, Baş. No: 60853/00, T: 14 Haziran 2007; Haydar Kaya/Türkiye, Baş. No: 48387/99, T: 8 Kasım 2005; İldan/Türkiye, Baş. No: 75603/01, T: 26 Haziran 2007; Halil Gündoğan/Türkiye, Baş. No: 67483/01, T: 16 Ocak 2007; Hasan Polat/Türkiye, Baş. No: 32489/03, T: 22 Eylül 2009; Fikret Şahin/Türkiye, Baş. No: 42605/98, T: 6 Aralık 2005; Hıdır Durmaz/Türkiye, Baş. No: 55913/00, T: 5 Aralık 2006; Gök ve Güler/Türkiye, Baş. No: 74307/01, T: 28 Temmuz 2009; Güzel/Türkiye, Baş. No: 54479/00, T: 4 Nisan 2006; Garbul/Türkiye, Baş. No: 64447/01, T: 19 Temmuz 2007; Canseven/Türkiye, Baş. No: 70317/01, T: 15 Şubat 2007; Eşidir ve Diğerleri, Baş. No: 54814/00, T: 11 Ekim 2005; Evcimen/Türkiye, Baş. No: 21865/02, T: 29 Kasım 2007; Evrim Çiftçi/Türkiye, Baş. No: 59640/00, T: 29 Kasım 2005; Çomak/Türkiye, Baş. No: 225/02, T: 10 Ekim 2006; Çelik ve Diğerleri/Türkiye, Baş. No: 56835/00, T: 20 Nisan 2006; Çeliker/Türkiye, Baş. No: 75573/01, T: 2 Ekim 2007; Doğru/Türkiye, Baş. No: 62017/00, T: 10 Kasım 2005; Düzgören/Türkiye, Baş. No: 56827/00, T: 9 Kasım 2006, Deniz/Türkiye, Baş. No: 71355/01, T: 27 Haziran 2006; Gerger/Türkiye, Baş. No: 24919/94, T: 8 Temmuz 1999; Dede Taş/Türkiye, Baş. No: 62877/00, T: 10 Kasım 2005; Bülent Zengin/Türkiye, Baş. No: 60848/00, T: 29 Kasım 2007; Bulut/Türkiye, Baş. No: 49892/99, T: 22 Kasım 2005; Budak ve Diğerleri/Türkiye, Baş. No: 57345/00, T: 10 Ocak 2006; Birdal/Türkiye, Baş. No: 53047/99, T: 2 Ekim 2007; Bedri ve Reşit Aslan/Türkiye, Baş. No: 63183/00, T: 22 Aralık 2005; Bakır/Türkiye, Baş. No: 54916/00, T: 25 Ekim 2005. Askerî mahkemelere ilişkin bkz. Yurdatapan/Türkiye, Baş. No: 70335/01, T: 8 Ocak 2008; Ergin/Türkiye, Baş. No: 47533/99, T: 4 Mayıs 2006; Özel ve Diğerleri/Türkiye, Baş. No: 37626/02, T: 31 Ocak 2008. Sıkıyönetim mahkemelerine ilişkin bkz. Yılmaz/Türkiye, Baş. No: 29286/95, T: 25 Eylül 2001; Yıldırım/Türkiye, Baş. No: 30451/96, T: 25 Eylül 2001; Yalgın/Türkiye, Baş. No: 31892/96, T: 25 Eylül 2001; Yakış/Türkiye, Baş. No: 33368/96, T: 25 Eylül 2001; Tamkoç/Türkiye, Baş. No: 31881/96, T: 25 Eylül 2001.

<sup>733</sup> 16 Aralık 2003.

<sup>734</sup> 16 Aralık 2003.

<sup>735</sup> Reid, s.161; Harris, O'Boyle & Warbrick, s.288; Kuijer, s.289; De Salvia, s.329.

Bu konudaki hassasiyet *Sramek* kararından anlaşılabilir. **Sramek/Avusturya** kararında<sup>736</sup>, AİHM, yerel mahkemenin bağımsız olmadığına karar vermiştir. Çünkü, hükümetin taraf olduğu söz konusu yargılamada, hükümetin temsilcisi, mahkemedeki raportör üyenin hiyerarşik üssü konumundadır. Söz konusu kararda, mahkemenin yedi üyesinden yalnızca birinin hükümetle bağlantısı olması, bağımsızlık koşulunun eksik sayılması için yeterli görülmüştür. Zira mahkemenin görünümü *bireylerin bağımsızlık konusundaki şüphelerini meşru kılmaktadır*<sup>737</sup>. **Sara Lind Eggertsdottir/ İzlanda** davasında<sup>738</sup>, Temyiz mahkemesinin davalı taraftaki hastane personelini tıbbi bilirkişi kurulu olarak ataması, Mahkemenin görünürde tarafsızlığını ve bağımsızlığını zedeler nitelikte bulunmuştur.

### b. Taraflardan Bağımsızlık

Sözleşme organları, davanın taraflarına karşı mahkemenin tarafsız davranma yükümlülüğünü bağımsızlık kavramı çerçevesinde değerlendirmektedir<sup>739</sup>. Mahkemenin taraflardan bağımsız görev yapması bağımsızlıktan çok tarafsızlığa ilişkin bir konu olarak düşünülebilir<sup>740</sup>. Ancak KUIJER ve SMITHS her ikisi arasındaki nüansı şu şekilde açıklamaktadır: Tarafsızlık, belirli bir davada görevli hâkim ile o uyuşmazlığın taraflarından birisi arasındaki ilişkiyle ilgilidir. Taraflardan bağımsızlık kavramı ise, genel olarak mahkeme üyeleri ile o mahkeme önüne gelebilecek taraflar arasında bir ilişki olmaması hususuna vurgu yapmaktadır<sup>741</sup>. Bu yaklaşımın avantajı, Mahkeme nezdinde, bağımsızlık ilkesine aykırılığın her somut olaydaki subjektif koşullara göre ispatlanmak zorunda olmayışdır. AİHM, kural olarak yerel mahkemelerin taraflardan bağımsız olduğunu kabul etmekte ve mahkemenin bağımsızlık konusundaki görünümüne ilişkin şüphelerin objektif olarak gerekçelendirilmesini aramaktadır<sup>742</sup>.

<sup>736</sup> 22.10.1984.

<sup>737</sup> Par.42.

<sup>738</sup> 5 Temmuz 2007.

<sup>739</sup> **Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.765.

<sup>740</sup> **İnceoğlu**, s167.

<sup>741</sup> **Kuijer**, s.261; **Smiths**, s.284.

<sup>742</sup> **Mole/Harby**, s.31; **Kuijer**, s.261.

**Belilos/İsviçre** kararında<sup>743</sup>, kimi küçük suçlarda, yargıç sıfatıyla hüküm veren yerel bir Polis Kurulu vardır. Adı kurul olmasına rağmen bu kurum tek bir polis memurundan oluşmaktadır. Her ne kadar, yemin etmişse, görevinden azledilemese ve emirlere tabi olmasa da bu kişi sonradan emniyetteki memuriyet görevine devam edeceği için bağımsızlığa ilişkin endişelerin haklı olduğu kanaatine varılmıştır. AİHM'nin bu davada dikkate aldığı olgu, polis memurunun hâkimlik görevini yerine getirirken, emniyet teşkilatının sadık bir üyesi izlenimi verme eğilimi gösterme ihtimalidir. Bu, bağımsızlık kadar tarafsızlık konusunda da meşru bir şüphe olarak değerlendirilebilir. Aynı şekilde **Procola/Lüksemburg** kararında<sup>744</sup>, aynı hâkimlerin, hem danışman rolü üstlenmesi hem de aynı davada yargısal fonksiyonlarının olması, mahkemenin bağımsız görünümünün zedelendiğine ilişkin şüphelyi haklı çıkarmıştır. Yine, **Kress/Fransa** kararında<sup>745</sup>, hükümet komiserinin, *Conseil d'Etat (Danıştay)*'daki müzakereler sırasında orada bulunması, oy hakkı olmasa bile bağımsızlık ve tarafsızlık açısından sorun olarak görülmüştür.

AİHM, özel teknik bilginin gerekli olduğu uyuşmazlıkların, özel mahkemelerde görülmesini haklı bulmakta ve uyuşmazlığın ilgili olduğu alandaki uygulamacıların mahkeme üyesi olarak atanabileceğini ifade etmektedir<sup>746</sup>. Ancak, mahkeme üyeleri ile taraflardan biri arasında doğrudan bir bağlantının olduğu durumlarda bu üyelerin davadan çekilmesi gerektiğini hatırlatmaktadır. Örneğin, **Langborger/İsveç** kararının<sup>747</sup> konusu Konut ve Kiracılık Mahkemesinde görülen bir dava idi. Bu mahkeme, iki profesyonel yargıç ile emlak sahipleri ve kiracılar derneği tarafından seçilmiş iki emlak bilirkişisinden oluşuyordu. Heyette yer alan iki emlak bilirkişisinin başvuranın itiraz ettiği hükmün korunmasını isteyen iki dernek ile yakın ilişkisi vardı. Bu yargılamada, başvuranın söz konusu iki üyenin kendisinin tersine bir çıkarı olduğuna ilişkin meşru korkusu haklı bulunurken, mahkeme başkanının eşitlik durumunda belirleyici oy hakkına sahip olması yeterli güvence olarak görülmemiştir<sup>748</sup>.

<sup>743</sup> 29 Nisan 1988, par.66-67.

<sup>744</sup> T: 28.09.1995.

<sup>745</sup> T: 07.06.2001.

<sup>746</sup> **Mole/Harby**, s.36-37.

<sup>747</sup> T: 22.06.1989.

<sup>748</sup> **Mole/Harby**, s.37; **Kuijer**, s.336. Bir başka örnek için bkz. Gautrin/ Fransa, 20 Mayıs 1998 (**Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.766-767).

Karardan anlaşılacağı üzere, buradaki kilit nokta, mahkeme üyeleri ile taraflar arasında doğrudan bir bağ bulunması halidir ve AİHM, belli bir meslek grubunca seçilmeyi, o meslek grubuna dahil kişilerin taraf olduğu davalar bakımından doğrudan bir bağ olarak değerlendirmektedir. Bu görüş karşısında Türk hukukunda, iş Mahkemelerinde işçi ve işveren temsilcilerinin bulunacağına ilişkin düzenlemenin birçok durumda tarafsızlık konusunda tereddüt uyandırabileceği hakkındaki endişeler haklı çıkmaktadır.

Hatırlanacağı gibi, 5521 sayılı Kanunla kurulmuş olan iş mahkemelerinde hukukçu bir başkan ile bir işçi ve bir de işveren temsilcisi bulunacağına ilişkin 2.maddenin birinci fıkrası Anayasa Mahkemesince, 61 Anayasasının özellikle hâkim bağımsızlığını düzenleyen 7, 132, 133, 134. maddelerine aykırı bulunduğu için iptal edilmiştir<sup>749</sup>. Meslek mensuplarının kazaî faaliyette bulunması halinde, mahkemenin hukuki olmaktan çok sosyal ve siyasal düşünceler ile hareket etmesi gündeme gelebilir<sup>750</sup>. Bu ihtimalin gerçekleşmesi ile bağımsızlığın kaybedilmesi kaygısına hak vermemek elde değildir. Bu sebeple, Anayasa Mahkemesinin iptal kararını doğru buluyoruz.

## 2. Fonksiyonel Bağımsızlık

Fonksiyonel bağımsızlık kavramıyla ifade edilmeye çalışılan, mahkemenin bir yargılama prosedüründeki tüm sorunlar hakkında hukuk kuralları doğrultusunda karar verme yetkisine sahip olmasıdır. Bu yetkiyle donatılmış bir mahkeme, görevini yerine getirirken yürütme ya da yasama organının girişimleri karşısında bağımsızlığını yitirmez<sup>751</sup>. Fonksiyonel bağımsızlık ancak, Anayasalarda kuvvetler ayrılığı ilkesinin garanti altına alınmasıyla sağlanabilir<sup>752</sup>. Kuvvetler ayrılığı ilkesi sayesinde, adalet dağıtma görevini yerine getirirken hâkim, diğer kamu otoriteleri karşısında bağımsız hareket edebilir.

Türk hukuk uygulamasında mahkemelerin fonksiyonel bağımsızlığının ne derece gerçekleştiğini sınavan bir AİHM içtihadı bulunmamakla birlikte çalışmamız

<sup>749</sup> Anayasa Mahkemesinin 13.04.1971 tarihli, E.1970/63, K.1971/38 sayılı kararı (RG, 16 Kasım 1971, S.14017).

<sup>750</sup> Üstündağ, s.49.

<sup>751</sup> Chen, s.170.

<sup>752</sup> Kuijer, s.207.



sırasında diğer ülkeler aleyhine verilen pek çok karara rastlanmıştır. Söz konusu içtihatlarda yapılan tespitler, Türk hukuk uygulamasında fonksiyonel bağımsızlığın sağlanması amacıyla önem taşımaktadır. Türkiye aleyhine bir mahkûmiyet kararının olmaması, bu konuda henüz bir başvuru olmamasından kaynaklanmaktadır.

#### a. Yürütme Organından Bağımsızlık

Bir mahkemenin yargılama sürecinde yürütme organından bağımsız olmasının önemi **Beumartin/Fransa** kararıyla<sup>753</sup> açıklanabilir. Söz konusu mahkûmiyet kararının sebebi Fransız hukukundaki eski bir uygulamadır. Bu uygulamaya göre, *Conseil d'Etat* önündeki somut uyuşmazlıkların çözümü için uluslararası anlaşmaların yorumlanması gerektiğinde, mahkeme somut olaya uygulanacak anlaşma kuralının yorumlanması için Dış İşleri Bakanlığında görüş isteyebiliyordu. Fransız Danıştay'ının bir hukuki problemin çözümü için yürütmeye bağlı bir otoriteden yardım alması, mahkemenin yargılama sürecindeki bağımsızlığı ile çelişen bir uygulamaydı. Aynı endişeyi taşıyan Strazburg hâkimleri bu tutumu, somut uyuşmazlığın çözümünde yargılama görevinden çekilme olarak yorumlamış ve “mahkeme” olarak adlandırılmak için gerekli sıfatın ortadan kalktığını belirtmiştir. Yürütmenin etkisi altındaki bir organın konuyla ilgili olarak önüne gelen davada bağımsızlık koşulunu sağlayamadığından 6.maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

Bu karardan sonra *Conseil d'Etat*, uluslararası anlaşmaları kendisi yorumlamış, yürütme organının yapmış olduğu yoruma bağlı kalmamıştır. AİHM'nin bu kararından önce, Uluslararası anlaşmaların yorumlanması konusunda Fransız hâkimler ikiye bölünmekteydi. Ceza mahkemesi hâkimleri, dış işleri bakanlığının resmi yorumunun aranması gerektiğini savunurken, hukuk mahkemesi hâkimleri bu yetkinin ancak uluslararası kamu düzeninin gerektirdiği istisnai konularda yürütmeye tanınabileceği görüşündeydi. Günümüzde ise, AİHM'nin söz konusu içtihadıyla bu uygulamanın tamamen yasaklanmadığı; ancak, uluslararası kamu düzenine ilişkin konularda “bilgi sahibi olmak amacıyla” bakanlığın görüşünün alınabileceği savunulmaktadır<sup>754</sup>.

<sup>753</sup> T:29 Haziran 1993; Baş. No:15287/89.

<sup>754</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Chen**, s.172-174.

Beaumartin davasının özelliği, genel anlamda mahkemeye emir veya talimat ya da tavsiyede bulunan bir kurumun varlığı değildir. Somut olaydaki sorun, milli mahkemenin önündeki belli bir dava görülürken, davadaki hukuki sorunun yürütmenin yorumuna göre karara bağlanmasıdır<sup>755</sup>. Conseil d'Etat bu olayda, hukuki sorunun çözümünü yürütmenin bir temsilcisi olan Dış İşleri Bakanına göndermiş ve başvuruların taleplerini Bakanın görüşüne dayanarak reddetmiştir. Bakanın davaya müdahalesi, davanın sonucu açısından bağlayıcı olduğundan başvurular, tam yetkili bağımsız bir mahkeme tarafından yargılanamamıştır<sup>756</sup>.

Bu karardan hareketle, Türk hukukundaki bir düzenlemenin ileride bağımsızlık açısından bir takım sorunlara yol açabileceği kanaatindeyiz. Kanun koyucu AYMKK m.49/f.2 düzenlemesi ile bireysel başvurunun kabul edilebilirliğine karar verilmesi halinde, başvurunun bir örneğinin Adalet Bakanlığı'na gönderilmesini öngörmüştür (İçtüzük m.71/f.1). İçtüzük m.37/f.4'e göre, Bölümler Baş raportörü, kabul edilebilirlik kararı verilen başvurulara ilişkin görüşünün alınması için Bölüm Başkanı adına Adalet Bakanlığına bildirimde bulunur. Bakanlık başvuru hakkındaki görüşünü 30 gün içinde Mahkemeye bildirebilecektir. Talep halinde bu süre 30 gün daha uzatılabilecektir. Başvurunun Adalet Bakanlığına bildiriminden itibaren belirtilen sürelerde *cevap verilmediği*<sup>757</sup> takdirde, Mahkemenin dosyadaki bilgi ve belgelere göre karar verecektir (İçtüzük m.71/f.2). Bu fıkradan anlaşıldığı kadarıyla, Adalet Bakanlığı her başvuruya ilişkin görüş bildirmek zorunda değildir. Adalet Bakanlığı, başvuruya ilişkin görüş bildirmişse, Bakanlığın görüşü başvurucuya tebliğ edilir. Başvurucu ise, varsa karşı beyanlarını, on beş gün içinde Mahkemeye sunmalıdır (İçtüzük m.71/f.3).

İyiniyetli bir bakış açısı ile bu düzenlemenin sebebi, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru incelemelerinde tek muhatap olarak Adalet Bakanlığını almak istemesi olabilir. Bu şekilde, bilgi ve belge toplamak için birden çok kişi veya kurumla yazışmak yerine sadece Adalet Bakanlığından görüş istenecek, bundan

<sup>755</sup> İnceoğlu, s.177; Kuijer, s.248; Cohen-Jonathan, Aspects européens, s.79.

<sup>756</sup> Par.39.

<sup>757</sup> Anılan madde hükmünde, Adalet bakanlığının cevap vermesi şeklinde bir ibare kullanılması sanki başvuruyla bakanlık arasında bir dava olduğu izlenimi yaratmaktadır. Oysa, bilindiği gibi bireysel başvuru yolu bir dava değildir. Bu nedenle, İçtüzüğün 71.maddesinin 2. ve 3. fıkralarındaki "cevap"ı ilk fıkrada yazıldığı gibi "görüş" şeklinde anlamak gerekir.

sonra gerekli evrakın toplanma işi Adalet Bakanlığı tarafından üstlenilecek ve Mahkemeye iletilecektir.

Adalet Bakanlığının bireysel başvuru sürecine dahil edilmesinin ardındaki maksat her ne olursa olsun, düzenlemenin yerinde bir düzenleme olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Bir kere, Adalet Bakanlığı, görüş hazırlamak için gerekli evrakı ilgili kurumlardan istemek durumunda kalacak, söz konusu süreç Anayasa Mahkemesinin işini kolaylaştırırken Adalet Bakanlığının iş yükünü ciddi şekilde arttıracaktır. İkinci olarak, bireysel başvuru yolunun yalnızca adli kurumların ihlallerine ilişkin olmadığını hatırlamak gerekir. Örneğin, Sağlık Bakanlığını ilgilendiren bir ihlalde, Adalet Bakanlığının muhatap alınması nasıl bir fayda sağlayacaktır? Anayasa Mahkemesi Adalet Bakanlığından görüş isteyecek, Adalet Bakanlığı, konuyu Sağlık Bakanlığına ileticek, Sağlık Bakanlığı gerekli incelemeyi yaptıktan sonra varılan netice yine aynı sıra ile Anayasa Mahkemesine ulaşacaktır. Oysa bireysel başvurunun biran önce karara bağlanması, böyle hantal bir bürokratik süreç ile yavaşlatılmayacak kadar önemlidir.

Daha da önemlisi, bu düzenleme, Adalet Bakanlığını davanın tarafı haline getirdiği gerekçesiyle eleştirilebilir<sup>758</sup>. Adalet Bakanlığının görüş bildirmesi, kuvvetler ayrılığı ilkesine uymadığı gibi, yargı bağımsızlığı açısından da olumsuz sonuçlar doğurabilecektir<sup>759</sup>. Adalet Bakanlığının adeta bir “kamu avukatı” gibi rol üstlenmesi, bireysel başvuru yolunun etkililiğine zarar getirir. Zira Bakanlık, aşırı devletçi bir yaklaşımla, görüş bildirme yolunu, bir savunma yolu olarak kullanırsa belki bireysel başvurunun reddini sağlayacak; sonuçtan tatmin olmayan başvuru Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuracaktır. Ve neticede Beaumartin davasındaki gibi, Devlet mahkûm olacaktır.

İşte bu gerekçelerle, Adalet Bakanlığının, süreçteki rolü titizlikle netleştirilmelidir. Gerek Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da gerekse, Anayasa Mahkemesi İç Tüzüğü'nde yer alan bu düzenlemeyi yok saymak mümkün olmadığına göre, konuya farklı bir bakış açısı ile yaklaşılmalıdır. Örneğin, Adalet Bakanlığı, kendi üzerine yüklenen bu görevi, Anayasa Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi arasında bir köprü

<sup>758</sup> Gerçekler, s.35.

<sup>759</sup> Deynekli, s.85; Kanadoğlu, s.112.

kurmak şeklinde yerine getirebilir. Anayasa Mahkemesinin, bireysel başvuruya ilişkin görüş istemesinden sonra, Adalet Bakanlığı, AİHM'nin başvuru konusu hak ile ilgili içtihatlarını araştırarak, Anayasa Mahkemesine bildirebilir. Böyle yol gösterici bir tutum, endişe edilenin aksine bireysel başvuru sürecinde pratik fayda sağlayacaktır.

Yürütmenin bir temsilcisinin, hukukun uygulanması sırasında mahkemeye bir tavsiye veya telkinde bulunması ihtimali yine yargı bağımsızlığına yönelik doğrudan bir tehdittir<sup>760</sup>. **Sovtransavto Holding/ Ukrayna** davasında<sup>761</sup>, yüksek tahkim mahkemesinde Ukraynalı ve Rus iki şirket arasında görülen uyuşmazlıkta, Ukrayna Devlet Başkanının, mahkeme başkanına bir mektup göndererek, "*Ukrayna'nın milli menfaatlerini savunmasını istemesi*", AİHM tarafından, *yargıya müdahaledeki en yüksek seviye* olarak değerlendirilmiştir<sup>762</sup>.

Bağımsız bir mahkeme, adli olmayan hiçbir organ tarafından bertaraf edilemeyecek şekilde, bağlayıcı karar verme yetkisine sahip olmalıdır. Yürütme genel anlamda yürütme görevinin ifası için kural koyabilirse de, bu kurallar özel bir davanın sonucunun akıbetine ilişkin olamaz. Yürütmenin, yargı kararlarının icrasını engellemek veya bertaraf etmek gibi bir yetkisinin olması, yargı bağımsızlığına ciddi ve ağır bir müdahale niteliğindedir<sup>763</sup>. Konu ile ilgili olarak, AİHM'nin **Van de Hurk/ Hollanda Kararı**<sup>764</sup> dikkat çekicidir. Hollandalı bir çiftçi olan Van de Hurk, süt üretim kotasının arttırılması için ulusal makamlarda verdiği mücadele sürecinin sonunda, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanmadığı şikâyetiyle AİHM'ne başvurmuştur. O dönem yürürlükte bulunan 1954 Sayılı Kanun'un 74.maddesi, idareye mahkeme kararının icrasını askıya alma ya da uygulamama yetkisi vermektedir. Anılan düzenlemeye göre, mahkeme kararının kamu yararına aykırı görülmesi halinde kararın uygulanmaması veya kısmen uygulanması söz konusu olabilmektedir<sup>765</sup>.

<sup>760</sup> **Kuijer**, s.249; **van Drooghenbroeck**, s.131.

<sup>761</sup> 25 Temmuz 2002.

<sup>762</sup> Par.80.

<sup>763</sup> **Kuijer**, s.250; **Robert/ Duffar**, s.293.

<sup>764</sup> Baş. No: 16034/90, T: 19 Nisan 1994.

<sup>765</sup> **Article 74:**

"1. Si Nous estimons qu'un arrêt [du Conseil] est contraire, dans ses conséquences, à l'intérêt général, Nous pouvons décider, sur la recommandation de Nos ministres compétents, qu'il sera sans effet ou ne déploiera que partiellement ses effets.

AİHM kararında öncelikle, bağlayıcı karar verme yetkisinin, “bağımsız mahkeme”nin vazgeçilemez bir unsuru olduğunu ve adli olmayan bir güç tarafından değiştirilemeyeceğini belirtmiştir. Yasayla verilen böyle bir yetki, mahkemelerin görevdeki iktidarın kararların dışına çıkmaması sonucunu doğurur. Burada, yargılamanın yenilenmesi etkili bir çare olmayacağı gibi, başvurulara tazminat ödenmesi de hukuki korumaya yönelik mahkeme kararının yerini tutmayacaktır<sup>766</sup>.

Hollanda hükümetinin, bu yetkinin şu ana kadar hiç kullanılmadığı yönündeki savunması AİHM’ni ikna edememiştir. Zira, hiç kullanılmasa dahi, Kanunda böyle bir hakkın varlığı, bağımsız mahkeme kavramıyla örtüşmemektedir. Bu nedenle, söz konusu kararda, başvuranın bağımsız bir mahkeme tarafından yargılanmadığı ve bu durumun adil yargılanma hakkına aykırı olduğu tespit edilerek mahkûmiyet kararı verilmiştir<sup>767</sup>. Mahkemenin bir kararında önemle altını çizdiği gibi, hukuk devletinin en temel unsurlarından biri yasal kesinliktir ki bu, mahkemelerin bir uyuşmazlık hakkında verdiği nihai kararın başka bir otorite tarafından sorgulanmamasını gerektirir<sup>768</sup>.

Bazı devletlerin yargılama sistemlerinde, kanun yoluna başvuru imkânı olmayan kararların bir denetim organı tarafından gözden geçirilmesine (*supervisory review*) veya karara itiraz edilmesine (*protest*) izin verilmektedir<sup>769</sup>. Bu denetim prosedürünün sözleşme ile uyumu **Ryabikh/Rusya** kararında<sup>770</sup> sorgulanmıştır. Başvuranın bir banka aleyhine açtığı davanın yargılmasına ilişkin şikâyette, başvuranın bir miktar birikimi vardır ve bir daire almak niyetindedir. Ancak

---

2. En attendant que soit rendue la décision visée au paragraphe 1, Nous pouvons, sur la recommandation de Nos ministres compétents, suspendre l’arrêt, en tout ou en partie, pour une durée que Nous déterminons. La suspension, même prolongée, ne peut excéder une année.

3. Une décision au sens du paragraphe 1 ne peut être rendue que dans les deux mois qui suivent l’arrêt ou, si celui-ci a été suspendu durant cette période, dans le délai correspondant à la suspension. Une décision au sens du paragraphe 2 ne peut être rendue que dans les deux mois qui suivent l’arrêt.

4. Nos décisions sont publiées au Journal officiel.

5. Les deux premiers paragraphes ne s’appliquent pas dans la mesure où la décision accorde une réparation, complète ou non, ou ordonne le remboursement des frais”.

<sup>766</sup> Par.44-61. **Mole/Harby**, s.10. Kararın Türkçe özeti için bkz. Erol **Çiçek**, AİHS m.6 Adil Yargılanma Hakkı ve Türk Hukukunda Uygulanması, TBB, S.72, Eylül-Ekim 2007, s.240-241.

<sup>767</sup> İhlal kararına konu olan bu düzenleme, 1 Ocak 1994 tarihinde Genel İdare Kanunu’nun (Algemene Wet Bestuursrecht) yürürlüğe girmesiyle yürürlükten kalkmıştır.

<sup>768</sup> Brumarescu/Romanya, 28 Ekim 1999, par.61.

<sup>769</sup> **Mole/Harby**, s.10.

<sup>770</sup> 24 Temmuz 2003.

enflasyon sebebiyle başvuranın kişisel tasarruflarının değeri önemli ölçüde düşmüştür ve kanunen gerektiği halde Devlet mevduat tutarları üzerinde yeniden değerlendirme yapmamıştır. Yerel mahkeme başvuranı haklı bularak zararının karşılanmasına karar vermesine rağmen bölge mahkemesi başkanı, kararın yasaya aykırı olduğu gerekçesiyle gözden geçirilmesi için denetim mekanizmasına başvurmuştur. İnceleme sonucunda başvuranın iddiaları haksız bulunarak yerel mahkeme hükmü bertaraf edilmiştir.

Bu davada AİHM, öncelikle **Burdov/Rusya** kararına atıf yaparak, Devletin maddi sıkıntı gibi bir gerekçeyle yargı kararının icrasını erteleyemeyeceğini yinelemiştir. Ayrıca, Sözleşmeye taraf devletin yasal sisteminde, nihai ve bağlayıcı bir mahkeme kararına karşı temyiz yolu kapalı olmasına rağmen, Devletin başvurusu ile harekete geçen bir denetim mekanizmasının kararı ortadan kaldırmasına izin verilmesi halinde, mahkemeye erişim hakkı hayali olmaktan öteye geçemeyecektir. Bu nedenle AİHM, söz konusu şikâyette 6.maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır<sup>771</sup>.

Türk hukukunda ne Hollanda ne de Rusya gibi, mahkeme kararlarının yürütme tarafından bertaraf edilmesine imkân verecek bir düzenleme yer almamaktadır. Hatta Anayasa'nın 138.maddenin son fıkrasında, tüm kurum ve kuruluşların mahkeme kararlarına uyması zorunluluğuna değinilmektedir. Bu nedenle mahkemelere bağlayıcı karar verme yetkisi sağlanması konusunda Türk mevzuatının yeterli garantiyi içerdiği söylenebilir. Ancak pozitif düzenlemelerin varlığına rağmen, idarenin zaman zaman yargı kararlarının icrası konusundaki ağırlığı, dikkatlerden kaçmamaktadır<sup>772</sup>. Türk hukukunda yargı kararlarının derhal icrası bakımından bir hukuk boşluğu yoktur; Anayasanın ilgili hükümleri son derece nettir. Buna rağmen, yargı kararının yerine getirilmemesi Anayasa'ya aykırılık teşkil edecektir.

Bir hukuk devletinde mahkeme kararlarına sadece fertlerin uyması yetmez, öncelikle ülkeyi yönetenlerin yani yürütme organının hukukun üstünlüğü ilkesine inanması ve mahkeme kararlarına uyması gereklidir. İngiliz yazar ve tarihçi **Thomas Fuller**'in dediği gibi: “*Ne kadar yüksekte olursan ol, kanunlar senden de yüksektir.*”

<sup>771</sup> Mole/Harby, s.10.

<sup>772</sup> Çiçek, s.241. Ayrıca bkz. icra hakkı ile ilgili açıklamalar.

## b. Yasama Organından Bağımsızlık

Yargı mekanizmasının yasama organından bağımsız olması gerekir. Yasama organının derdest bir davanın sonucunu etkilemek amacıyla yasama faaliyetinde bulunması, 6.maddenin ilk fıkrasına aykırılık teşkil etmektedir<sup>773</sup>. Mahkemenin yasama organı karşısındaki fonksiyonel bağımsızlığının sağlanması kuralı ilk defa, somut uyuşmazlığa ilişkin yargılamanın gidişatını etkilemek amacıyla yapılan girişimlerin kınandığı **Raffineries Grecques Stran ve Stratis Andreadis/Yunanistan** davasında<sup>774</sup> gündeme gelmiş ve kanun koyucunun somut bir davayı etkileme girişiminin yasaklanması prensibi geliştirilmiştir<sup>775</sup>.

Karara konu olayda, Yunanistan'daki bir özel şirket olan başvuran, tarafı olduğu hakem yargılaması sonunda kendi lehine bir karar elde etmiştir. Ancak devlet temsilcileri, yerel mahkemede dava açarak sözleşmedeki tahkim şartının ve dolayısıyla da tahkim yargılaması sonucunda verilen cezanın geçerli olmadığını ileri sürmüştür. İlk derece mahkemesinin başvuranı haklı bulan kararının temyizi aşamasında, uyuşmazlık konusu Parlamente'ye taşınmış ve konuyla ilgili yeni bir düzenleme yapılmıştır. Nihayetinde temyiz mahkemesi hakem kararının iptalini öngören yeni yasayı uygulayarak istinaf mahkemesi kararını bozmuştur.

AİHM somut olayda mahkemenin bağımsızlığı prensibinin zedelendiği kanaatine varmıştır. Mahkemeye göre, 6.maddede yer alan hukukun üstünlüğü ilkesi ve adil yargılama kavramı, bir uyuşmazlığa ilişkin yargılamaya etki edebilmek amacıyla yasama organınca yapılabilecek tüm girişimlerin karşısında yer almaktadır<sup>776</sup>. Somut olayda yasama gücünün, uyuşmazlığın devlet lehine çözümünü sağlayabilmek için kullanılması yargının bağımsızlığına zarar vermiştir.

<sup>773</sup> **Reid**, s.198; **Kuijer**, s.260; Henri **Simonart**, "Droit à un procès équitable et intervention législative en cours de procédure", Mélanges Offerts à Silvio Marcus Helmons, Bruxelles 2003, p.297 vd.; **Cohen-Jonathan**, Aspects européens, s.79; **van Drooghenbroeck**, s.115; **Guinchard/Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.769.

<sup>774</sup> 9 Aralık 1994.

<sup>775</sup> **Chen**, s.174; **Simonart**, s.300; **Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.638.

<sup>776</sup> Par.49.

Yasama gücünü kullanarak yargıyı etkileme girişimlerinin bir diğer görünümü, belirli tip uyuşmazlıklara uygulanmak üzere geçmişe etkili kanunlar yapmaktır<sup>777</sup>. Bu olay yine Yunanistan'a ilişkin bir şikâyetle AİHM gündemine taşınmıştır. **Papageorgiou/Yunanistan** kararına<sup>778</sup> konu olayda, yine temyiz aşamasında yapılan bir yargısal değişiklik ile ilk derece mahkemesinin kararının bozulması sağlanmıştır. Yunan hükümeti bu davada, başvurana özel bir düzenleme yapılmadığı savunmasında bulunmuşsa da ikna edici olamamıştır.

AİHM, 6.maddenin ihlal edildiği sonucuna varırken özellikle, yeni düzenlemenin yapıldığı zaman diliminin temyiz mahkemesine başvurunun yapılmasıyla temyiz duruşması arasında olduğuna ve hükmün hiç ilgisi olmayan başka bir yasa tasarısının içine yerleştirilmiş olduğuna dikkat çekmiştir<sup>779</sup>. Kararda, yasama organının kural olarak yeni düzenlemeler yapma yetkisi olduğu kabul edilmektedir. Ancak burada tasvip edilmeyen, yasama organının somut bir uyuşmazlıkta yargıcın belirli bir kararı vermesi amacıyla yargılamaya müdahale etmesidir. Bu kararda ayrıca davanın diğer tarafında Devlet yer aldığından, yasama gücünü kullanması, silahların eşitliği ilkesine de aykırı bulunmuştur<sup>780</sup>.

Oldukça istisnai bazı durumlarda, yasama organının müdahalesi 6.maddenin ilk fıkrasına uygun olabilir<sup>781</sup>. Örneğin, **National & Provincial Building Society, Leeds Permenant Building Society ve Yorkshire Building Society/ Birleşik Krallık** davasında, yasama organının vergi ödeme sisteminde değişiklik yapan müdahalesi, *kamu yararının gerektirmesi* nedeniyle 6.maddeye uygun bulunmuştur. Böylelikle, Mahkeme bir istisna yaratmış<sup>782</sup> ve daha sonra **Gorraiz Lizarraga ve diğerleri/İspanya** kararında<sup>783</sup> bu görüşünü devam ettirmiştir. Söz konusu kararda, buldukları çevreye zarar verecek inşaat için projenin durdurulması yönünde karar alan başvuranlar, daha sonra yeni bir yasa ile projenin devamı sağlandığı için AİHM önünde şikâyetçi olmuş, fakat mahkeme, yasama organının eyleminin başvuranlar

<sup>777</sup> Chen, s.175; Simonart, s.300-301; Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet, s.301 vd.; Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel, s.643.

<sup>778</sup> 22 Ekim 1997.

<sup>779</sup> Par. 39.

<sup>780</sup> Reid, s.199; Harris, O'Boyle & Warbrick, s.266-267.

<sup>781</sup> Reid, s.200; Simonart, s. 302-303; van Drooghenbroeck, s.115; Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet, s.305.

<sup>782</sup> 23 Ekim 1997.

<sup>783</sup> 27 Nisan 2004.



için olumsuz bir durum yarattığını kabul etmekle birlikte, bu eylemin hukukun üstünlüğü prensibini aşmak için yapıldığına ikna olmamıştır. Ayrıca Devletin, çevre düzenlemesi ve şehir planlaması gibi konularda düzenlemeler yapması, kamu yararının da bir gereği olarak görülmüş ve 6.maddeye aykırılık bulunmamıştır.

Kamu yararının gerekli kılması oldukça soyut bir kavram olduğu için AİHM tarafından titizlikle yorumlanmaktadır. **Zielinski, Pradal, Gonzalez ve diğerleri/Fransa** kararı<sup>784</sup> bunun iyi bir örneğidir<sup>785</sup>. Sosyal Güvenlik Kurumunun malulen emeklilik ödemeleriyle ilgili olan bu olayda, aynı konuyla ilgili olan pek çok başvuru temyiz incelemesi sırasında geçmişe etkili yeni bir yasa çıkarılması sebebiyle reddedilmiştir. AİHM önünde Fransız Hükümeti, yeni yasanın genel kamu yararına hizmet ettiğini ve meşru bir amacı olduğunu savunmuştur: böylelikle konuyla ilgili içtihat farklılıkları sona erecek ve çok sayıda (ikiyüzden fazla) insanı etkileyebilecek finansal denge kurulacaktır. Söz konusu düzenleme Fransız Anayasa Mahkemesi tarafından da Anayasaya uygun bulunmuştur<sup>786</sup>. AİHM, ileri sürülen bu argümanlara rağbet etmeyerek, bu gerekçelerin kamu yararının varsayılmasına yetmeyeceğini belirtmiştir. İchtihatlar arasındaki farklılığı gidermek temyiz mahkemesinin görevidir. Ayrıca, Anayasa Mahkemesinin kararı, bir düzenlemenin AİHS ile uyumlu olduğu nitelendirmesi için yeterli değildir<sup>787</sup>.

Yukarıda değerlendirilen içtihatların tümünde devlet, direkt veya dolaylı olarak uyuşmazlığın tarafı konumundadır. Böyle bir durumda kanun koyucunun bir yargı organı önündeki uyuşmazlığı etkileyecek her girişimi yargı bağımsızlığına vurulan bir darbe olarak değerlendirilecektir. Adil yargılanma hakkını tehlikeye atacak bu hareket tarzından kaçınılması kuvvetler ayrılığı ilkesi ve hatta silahların eşitliği ilkesi açısından da gereklidir. Ancak yasama organının bu konuda gereken hassasiyeti göstermekten kaçınması ihtimali karşısında hâkimler önlerindeki uyuşmazlığa uygulayacakları geçmişe etkili kanunun Sözleşmeye uygunluğunu kontrol etme ve gerektiğinde bu yasayı uygulamama hakkına sahip olmalıdırlar. Hatta Sözleşmeye taraf devletlerin bu konudaki taahhüt ve sorumluluğu düşünüldüğünde bunun bir hak değil bir ödev olduğu kanaatindeyiz. Bu görüşümüzü doğrulayan şekilde, KUIJER ve

<sup>784</sup> 28 Ekim 1999.

<sup>785</sup> **Chen**, s.177; **Simonart**, s.303 vd.

<sup>786</sup> Par.52-54.

<sup>787</sup> Bu karar, geçmişe etkili kanunlar hakkında Sözleşmesel kriterlerle milli çıkarların çatıştığı bir alandır. **Chen**, s.179.

SIMONART, hâkimlerin mahkemedeki rolünün değiştiğini; bundan böyle Sözleşmecî devletlerin hâkimlerinden, 6.maddenin gereklilikleri ışığında yargılamanın adil bir şekilde gerçekleşmesi için daha aktif bir rol oynamalarının beklendiğini vurgulamaktadırlar<sup>788</sup>. Bu beklenti, **Cuscani/Birleşik Krallık** kararında, hâkimin “yargılamanın adilliğinin nihai koruyucusu” şeklinde betimlenmesinden anlaşılmaktadır<sup>789</sup>. Fransız hukuku, AİHM içtihatları doğrultusunda bu konuda büyük ilerleme kaydetmiş ve Mahkemelerin, Sözleşmeye aykırılık arz eden geçmişe etkili kanunları ekarte etmesi onaylanan bir uygulama halini almıştır<sup>790</sup>.

### 3. Türk Hukukunda Bağımsızlık İlkesine Hizmet Eden Düzenlemeler

**Montesquieu**'nun dediği gibi, *yasama, yürütme, yargı kuvvetlerinin aynı kişi veya aynı hükümet makamlarında birleşmesi halinde özgürlük yoktur*. Bu nedenle demokratik bir toplumda, yargının bağımsızlığı “kuvvetler ayrılığı ilkesi”ne dayanır<sup>791</sup>. Yargının, yasama ve yürütme erklerinden bağımsızlığına ilk kez Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 16.maddesinde değinilmiştir<sup>792</sup>. Rotamızı Türk hukukuna çevirdiğimizde, yürütme ve yasama organına karşı bağımsızlığın sağlanması için bazı tedbirler alındığını görmekteyiz. Bağımsızlık, AİHS gibi Anayasamız tarafından da benimsenmiş olan bir prensiptir. Yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır (Ay. m.9). Aynı prensip, Fransız Anayasası'nın 64.maddesinde, İsviçre Federal Anayasası'nın 30.maddesinde yer almaktadır.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi, Türk Anayasası'nın 138.maddesinde yer almaktadır. Buna göre, Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz<sup>793</sup>. Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili

<sup>788</sup> **Kuijer**, s.3. **Simonart**, s.306.

<sup>789</sup> T:24 Eylül 2002, Baş. No: 32771/96, par.39.

<sup>790</sup> Bu gelişim süreci için bkz. **Chen**, s.180-183.

<sup>791</sup> **Kuijer**, s.205; **Guincharde/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.732.

<sup>792</sup> **Demircioğlu**, s.71.

<sup>793</sup> Ayrıca HSK m.4; 44.

soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz. Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez. Maddenin ikinci fıkrasında, hâkimin yürütme organına karşı bağımsızlığını sağlayacak tedbir alınırken üçüncü fıkrasında yasama organına karşı bağımsızlık sağlanmaya çalışılmıştır<sup>794</sup>. Mahkeme üyelerine idare tarafından talimat, emir verilememesi dış müdahalelerden bağımsızlık açısından önemli bir güvencedir<sup>795</sup>. Dördüncü fıkra ise, her iki kurum açısından mahkeme kararlarına uyma yükümlülüğü getirmektedir.

Hâkimlerin bağımsızlığını sağlamaya yönelik araçların en önemlisi hâkimlik teminatıdır<sup>796</sup>. Yürütme organı, hâkimlerin özlük işlerini düzenleme yetkisine sahip olduğu için hâkimler üzerinde dolaylı ya da doğrudan baskı oluşturma olanağına sahip bulunmaktadır. Bu sebeple hâkim bağımsızlığına karşı asıl tehlikenin yürütme organından kaynaklandığı düşünülmekte ve buna karşı hâkimlik teminatı ile özlük işlerinin bağımsız bir kurulca görülmesi gibi güvenceler getirilmektedir<sup>797</sup>. Hâkimlik teminatı ile kastedilen husus, bağımsızlıklarını tam olarak gerçekleştirebilmek için hâkimlere tanınan imtiyazlardır<sup>798</sup>. Ancak burada bahis konusu imtiyazların tanınması, hâkimin şahsi menfaatinden ziyade kamunun menfaatine hizmet etmektedir<sup>799</sup>. Zira bu kurum ile hâkimlerin görevlerini tam bir güven ve huzur ortamı içerisinde yerine getirebilmeleri ve böylelikle halkta, adaletin her türlü tazyik ve tesirden uzak şekilde yerine getirildiği yolunda güven tesis edilmesi amaçlanmaktadır<sup>800</sup>. Hâkimlik teminatı, Anayasa'nın 139.maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre, hâkimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz. Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin

<sup>794</sup> Alangoya/Yıldırım/Deren- Yıldırım, s.34-35; Karşlı, s.190; Centel, s.15-16.

<sup>795</sup> İnceoğlu, s.176.

<sup>796</sup> Ansay, s.45-46; Berkin, s.26; Bilge/ Önen, s.82 vd.; Önen, s.15-16; Tanrıver, Adil yargılanma, s.197; Kuru, Teminat, s.6.; Kuru/Arslan/ Yılmaz, s.96; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, s.217-218; Arslan/Tanrıver, s.186.

<sup>797</sup> Tanör/Yüzbaşıoğlu, s.455; Centel, s.16.

<sup>798</sup> Üstündağ, s.109; Alangoya/Yıldırım/Deren- Yıldırım, s.37.

<sup>799</sup> Kuru, Teminat, s.29; Bilge, s.78; Arslan/Tanrıver, s.186.

<sup>800</sup> Kuru, Teminat, s.29.

olarak anlaşılanlar veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır.

Yine hâkimlik ve savcılık mesleğine ilişkin Anayasa m.140'a göre, hâkimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler. Hâkim ve savcılarının nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri, görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi, haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri ve meslek içi eğitimleri ile diğer özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir. Hâkimler ve savcılar altmış beş yaşını bitirinceye kadar hizmet görürler; Askerî hâkimlerin yaş haddi, yükselme ve emeklilikleri kanunda gösterilir. Hâkimler ve savcılar, kanunda belirtilenlerden başka, resmî ve özel hiçbir görev alamazlar.

Hâkim ve savcılarının kanunda belirtilenlerden başka, resmi ve özel hiçbir görev alamayacağına ilişkin son fıkra ilk kez 61 Anayasası'nın 134.maddesinde yer almış daha sonra da **13.5.1964 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına** konu olmuştur. Hâkimlerin hakemlik görevini ifa edip edemeyeceğinin tartışıldığı bu karara göre, Görev bir kimseye yüklenen iş, bir kimsenin yapmağa zorunlu bulunduğu iş anlamındadır. Hakemler, taraflar arasındaki uyuşmazlığı incelemek, delilleri toplamak, sonucu çerçevesinde uyuşmazlığı karara bağlamak işini yüklenmiştir. Buna göre hakemlik, Anayasa'nın 134. (yeni m.140) maddesindeki 'görev' sözünün kapsamı dışında bir iş sayılmaz.

Kararda ayrıca, birçok yabancı Anayasada bulunmayan bu yasağın Anayasamıza eklenmesinin gerekçeleri üzerinde durulmuştur. Yabancı ülkelere oranla işleri pekçok olan hâkimlerimizin ayrıca iş yüklenmeleri, esas görevlerini aksatabileceği gibi, taraflarla hakem arasındaki ilişkinin özel hukuk alanına giren hizmetle ilgili bir akit olması ve bu yüzden ücreti kapsamaması yönünden de hâkimlerin hakemlik görevini kabul etmeleri doğru olmaz. Böyle bir durumda, hakimin belli kimselere karşı ruhi bir bağlılık altına girdiği yolunda bir kanı sosyal çevrede yerleşebilir ki bu da hakimlerin bağımsızlıklarına karşı bir takım kuşku

uyanmasına meydan verebilir. Hâkimlerin gördüğü işin özel sosyal önemi de onların daha sıkı bir düzene bağlı tutulmasını gerektirir.

Yargıtay, yukarıdaki gerekçelerle hâkimlerin hakem olamayacağı kanaatine ulaşırken bu hususun, taraflarca ileri sürülmemiş olsa bile kanun yolu aşamasında re'sen dikkate alınacağını ifade etmiştir. Doktrinde POSTACIOĞLU hâkimin hakem olarak verdiği kararın sırf bu sebeple butlan yaptırımını hak etmediğini savunmuştur. Yazara göre, hâkimlik vazifesi ile bağdaşmayan asıl nokta, hakemlik faaliyeti sonucu ücret alınmasıdır. Zira hâkim ücret aldığı takdirde ileride aynı taraflardan birinin davası önüne geldiğinde aldığı ücretin minneti altında kalarak bitarafılıktan uzaklaşması tehlikesi olduğu doğrudur. Ancak bu tehlike hâkimin reddi kurumu ile bertaraf edilebilir<sup>801</sup>. Hâkimin reddi kurumu ile bu tehlikenin önlenilebileceği konusunda POSTACIOĞLU'na hak verilebilir ancak bu ihtimalde mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığını sağlama görevi tamamen tarafların sırtına yüklenmiş olacaktır ki bu sonuç kabul edilemez. Dolayısıyla biz Anayasa m.140'ın açık ifadesi karşısında bu tartışmayı gereksiz buluyor ve hâkimlerin hakemlik yapamayacağı görüşüne katılıyoruz.

Hâkimlerin tam olarak bağımsız olduğundan söz edebilmek için yargının dış etkilerden korunduğu gibi, hâkimleri yargı mekanizmasının kendi içindeki baskıdan da korumak gerekir mi? Özellikle üst derece mahkemeleri ile bunların içtihatları, Sözleşme anlamında yargı bağımsızlığına yönelik bir tehdit sayılabilir mi?

Yargının kendi içindeki bağımsızlık başlığı altında değinilmesi gereken bir düzenleme, Yargıtay Kanunu'nun 45.maddesidir. Madde hükmüne göre, içtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, Dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar. Acaba bu kural, bağımsızlık ilkesi ile çelişmekte midir? Anayasa Mahkemesi bu soruya olumsuz yanıt vermiştir. Mahkemeye göre, Anayasa'nın 132.maddesinin birinci ve ikinci fıkralarındaki yargı bağımsızlığına ilişkin hükümler açısından düşünüldüğünde Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararı vermesinin ve bu kararların mahkemeleri bağlayıcı nitelikte bulunmasının mahkemelerin bağımsızlığı kuralı ile bağdaşmadığı savunulamaz. Buradaki bağımsızlık hükümlerinin ereği, yargı çalışmalarını, yargı işlerine yabancı olan etkilerin dışında tutmak, başka deyimle, bu maddenin öngördüğü bağımsızlığın ereği

<sup>801</sup> Bkz. s.236 vd.

herhangi bir işi veya davayı yalnızca bu davanın esasını gören hakim veya mahkemenin kanısına göre hükme bağlatmak olmayıp, yargı işlerinin dışarıdan gelecek etkilerden uzak ve yalnız hukuki ölçülere göre değerlendirilip hükme bağlanmasını sağlamaktır. Buna göre bir hâkim kararının başka bir hâkim tarafından da denetlenmesi bu maddenin kapsamı dışında kaldığı gibi, bir hâkim kararının Yargıtay'ın görüşüne uygun olarak verilmesi ödevinin hâkimlere yükletilmesi dahi bu maddenin koyduğu yasaklayıcı kuralların kapsamı dışında kalmaktadır. yukarıda belirtildiği üzere Türkiye'de adli yargı alanındaki hukuk uygulamalarında görüş birliğini sağlamak için Anayasa'nın 139. maddesi ile görevlendirilen Yüksek Mahkemenin bağlayıcı nitelikteki yorum kararını 132. maddenin ikinci fıkrası kapsamına giren bir genelge veya buyruk saymak bu yüksek mahkemeye verilen görevin gereklerine aykırı düşer<sup>802</sup>.

Kararından anlaşıldığı kadarıyla, Anayasa Mahkemesi yargının kendi içindeki bağımsızlığını bağımsızlık ilkesi kapsamında değerlendirmemektedir. Doktrinde de, yargının bağımsızlığı prensibinin yalnızca, yargının yargı dışı müdahalelerden korunması amacıyla kabul edildiğini ifade eden görüşlere rastlanmaktadır<sup>803</sup>. Biz, bu düşünce biçimine katılmamakla birlikte, sonuç bakımından Anayasa Mahkemesi'nin içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcılığının bağımsızlık ilkesine ters düşmediği hakkındaki fikrini paylaşıyoruz<sup>804</sup>. Çünkü içtihadı birleştirme kararları, mahkemeler tarafından benzer hukuki olayların çözümünde ülke genelinde yeknesaklığın sağlanmasına hizmet etmektedir. Hukuki güvenlik bakımından son derece önem taşıyan bu husus aynı zamanda adil yargılanma hakkının da bir parçasıdır.

İçtihadı birleştirme kararları gibi, Anayasa Mahkemesi kararlarının (Ay. m.153/f.6), uyuşmazlık mahkemesi kararlarının da yargı organlarını bağlayacağı kuralları, yargının bağımsızlığı ilkesine ters düşmemektedir. Mahkemelerin direnme kararları üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun verdiği karara uyması mecburiyeti de bu kapsamda ele alınmaktadır<sup>805</sup>. Üst mahkeme içtihatlarının, ilk

<sup>802</sup> AMK, 12.6.1969, E:1968/38, K:1969/34 (RG. 29.1.1970, S.13412). Federal Alman Mahkemesi de 30.10.1951 tarihli kararında, bu bağlayıcılığın Alman Anayasasının mahkemelerin bağımsızlığını düzenleyen 97.maddesine aykırı olmadığını belirtmiştir. Baki **Kuru**, İçtihatların Birleştirilmesi Yolu ile İlgili Bazı Sorunlar, Ankara 1977, s.13.

<sup>803</sup> **Ergun/Önen**, s.84.

<sup>804</sup> **Erdoğan**, s.105-110.

<sup>805</sup> **Tanör/ Yüzbaşıoğlu**, s.454; **Kuru**, Teminat, s.9-11; **Bilge/ Önen**, s.84; **Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım**, s.35; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s.214.

derece mahkemelerinin bağımsızlığı yönünde bir tehlike oluşturmadığı fikri AİHM tarafından da kabul edilmektedir.<sup>806</sup>

Türk hukukunda hâkim bağımsızlığını sağlamak amacıyla kabul edilen yukarıdaki düzenlemeler olumlu ancak yeterli değildir. Eğer, yürütme ya da yasama organları, görevden alma dışında; yükseltmeleri, yer değiştirmeleri ve maaşları gibi çeşitli yollardan hâkimlerin meslekî hayatı ve özlük hakları üzerinde etkili olabiliyorsa, hâkimlik teminatı etkinliğini kaybeder<sup>807</sup>. Bu nedenle, Türkiye’de yargının tam anlamıyla bağımsız olduğunu söylemek maalesef mümkün değildir. Özellikle ilk derece mahkemesi hâkimlerinin<sup>808</sup> tam bağımsızlığını sağlamak için ilave tedbirler alınmalıdır. Aşağıda, bu tedbirlerin neler olabileceği hakkındaki görüşümüzü açıklarken konuyu dört başlık altında ele alacağız. Bunlardan ilki, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun yapısı; ikincisi Hâkim adaylığı mülakatları, tayin ve terfi usulleri; üçüncüsü, hâkimlere yönelik disiplin süreçleri; sonuncusu ise hâkimlerin malî bağımsızlıklarının sağlanmasına ilişkindir.

#### **a. Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun oluşumu: Adalet Bakanının Kurula Başkanlık Etmesi**

Hâkimlik teminatının pratik değer kazanabilmesi bakımından can alıcı nokta, hâkimlerin atama, yer değiştirme, yükseltme, denetim ve disiplin gibi özlük işlerini yapacak olan organ veya kurulun kimliğinin ya da statüsünün ne olacağıdır<sup>809</sup>. Mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatını gerçekleştirmek, Anayasa m.159 uyarınca, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun görevidir.

2010 tarihli Anayasa değişikliği<sup>810</sup> ile kurulun yapısı, işleyişi ve görevleri yeniden düzenlenmiştir. Buna göre, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, yirmi iki asıl ve on iki yedek üyeden oluşur; üç daire halinde çalışır. Kurulun Başkanı Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı, Kurulun tabî üyesidir. Kurulun, dört asıl

<sup>806</sup> Mosteanu/Romanya, 26 Kasım 2002.

<sup>807</sup> Tanör/Yüzbaşıoğlu, s.456.

<sup>808</sup> Yüksek yargı organlarının başkan ve üyeleri seçimle göreve geldiği, yaş haddine kadar bir daha başka yere tayin edilme, teftiş görme ve terfi etme gibi sorunları veya kaygıları olmadığı için yüksek yargı organlarının bağımsızlıklarına ilişkin kaygılar ilk derece mahkemesi hâkimleri kadar yoğun değildir. Bkz. Okusal, s.2.

<sup>809</sup> Tanör/Yüzbaşıoğlu, s.457.

<sup>810</sup> 07.05.2010 Tarihli, 5982 Sayılı Kanun (RG, 13.05.2010, S.27580).

üyesi, nitelikleri kanunda belirtilen; yükseköğretim kurumlarının hukuk dallarında görev yapan öğretim üyeleri ile avukatlar arasından Cumhurbaşkanınca, üç asıl ve üç yedek üyesi Yargıtay üyeleri arasından Yargıtay Genel Kurulunca, iki asıl ve iki yedek üyesi Danıştay üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulunca, bir asıl ve bir yedek üyesi Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulunca kendi üyeleri arasından, yedi asıl ve dört yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adlî yargı hâkim ve savcılar arasından adlî yargı hâkim ve savcılarınca, üç asıl ve iki yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idarî yargı hâkim ve savcılar arasından idarî yargı hâkim ve savcılarınca, dört yıl için seçilir (HSYKK m.3).

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun yapısı, söz konusu Anayasa değişikliğinden önce oldukça eleştirilmekte idi<sup>811</sup>. Bu eleştirilerden bazıları, örneğin kurulun ayrı sekretaryasının, ayrı bir teftiş sisteminin ve kurumsal yapısının olmaması gibi eksiklikler, yapılan değişiklikle giderilmiştir. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu<sup>812</sup> m.10 ve 11'e göre, Kurul'un sekretarya hizmetleri, birinci sınıfa ayrılmış hâkim ve savcılar arasından seçilerek oluşturulan bir genel sekreterlik tarafından yerine getirilmektedir. Yine HSYKK m.14 ve devamı hükümlerinde, genel kurul tarafından atanacak teftiş kurulunun oluşumu, görev ve yetkileri düzenlenmiştir. Yürürlükten kaldırılan 2461 Sayılı Kanun'da, Kurul'da yapılan işlemlerin ve bunlarla ilgili görüşmelerin gizli olduğuna dair bir hüküm yer almaktaydı (m.16). Yerinde bir tercihle, söz konusu düzenleme, 6087 Sayılı yeni HSYK Kanununa alınmamıştır<sup>813</sup>.

<sup>811</sup> **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s.459; **Tanrıver**, Adil Yargılanma, s.197; **İnceoğlu**, Yargı Bağımsızlığı, s.66 vd.; **İnceoğlu**, s.176; **Erdoğan**, s.203.

<sup>812</sup> RG. 18.12.2010, S.27789.

<sup>813</sup> Kanun'un, "Kurul Kararları ve Tutanaklar" kenar başlıklı 32.maddesi şöyledir: "(1) Genel Kurul ve dairelerde görüşülen işler tutanağa bağlanır ve yapılan işlemler bir kararla tespit edilir.

(2) Kararlarda;

- a) Konunun, varsa iddia ve savunmanın özeti,
- b) Kararın ve varsa karşı oyun gerekçesi,
- c) Karara karşı başvurulabilecek kanun yolları, mercileri ve süresi gösterilir.

(3) Kararların gerekçesi, karar tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde yazılır.

(4) Kurul tarafından;

- a) Gerekli görülen kararlar Resmî Gazetede,
- b) Disipline ilişkin kararlar, kişisel verilerin korunması kaydıyla Kurulun internet sitesinde yayımlanır.

(5) Genel Kurul ve dairelerin;

- a) Hâkim ve savcılarının özlük ve disiplin işleri hakkında verdiği kararlar kendilerine,
- b) Müracaatlarının sonuçları ise ilgisine tebliğ edilir.

(6) Hâkim ve savcılara, savunmaları alınmış olmadıkça, haklarındaki şikâyet ve ihbar üzerine verilen kararlar tebliğ edilmez".



Olumlu sayılabilecek yukarıdaki değişikliklere rağmen, Kurula Adalet Bakanının başkanlık etmesi, Adalet Bakanı müsteşarının Kurulun üyesi olması, bağımsızlık ilkesini zedeleme tehlikesini hala taşımaktadır<sup>814</sup>. Hâkim ve savcılarının tüm özlük hakları konusunda yegane karar alma yetkisine sahip olan HSYK'nın yürütme organının kontrolü altında olduğu kanaati eskiden olduğu gibi bugün de varlığını sürdürmektedir. Bu yapısal sorun giderilmedikçe yargının tam olarak bağımsızlığını söylemek mümkün değildir<sup>815</sup>.

Kurulun oluşum ve işleyişinin, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkeleri ile tam bir uyum içinde olabilmesi için daha fazla önlem alınmalıdır. İlk olarak, Adalet Bakanı ile müsteşarının kurul bünyesinden çıkarılması gereklidir. Ancak bugüne kadar siyasi iktidarların böyle bir çözüme yanaşmadıkları bilinen bir gerçektir. O halde, Adalet Bakanı'nın yetkisi idari konularla sınırlı tutulmalıdır. Örneğin adli personelle ilgili boş kadroların tespiti, bütçe olanakları veya bütçenin nasıl kullanılacağı gibi konularda Adalet Bakanının çalışmalara katılmasında bir sakınca olmayabilir. Ancak hâkim ve savcılarını mesleğe kabul, atama ve nakletme, disiplin cezası verme gibi onların mesleki anlamda kaderini etkileyebilecek çalışmalarda Adalet Bakanının oy kullanma yetkisinin olmaması<sup>816</sup> hatta bu toplantılara katılmaması gerekir.

#### **b. Hâkim Adaylığı Mülakatları ve Hâkim Tayin ve Terfi Usulleri**

Hâkimlerin atanmaları, yükselmeleri, görevden alınmaları, özlük hakları gibi konular, tüm Dünyada farklı sistemlerle düzenlenmektedir<sup>817</sup>. Ülkemiz bakımından,

<sup>814</sup> Üstündağ'a göre, yargı faaliyetinin işleyişinden siyasi bakımdan sorumlu makam Adalet Bakanlığı olduğundan, Bakanın bu kurula katılmasının eleştirilecek haklı bir yönü bulunmamaktadır. Bkz. **Üstündağ**, Yargı, s.165. Biz, bu başlık altında değindiğimiz gerekçelerle Hocamızın görüşüne katılamıyoruz.

<sup>815</sup> **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s.109, 458; **Okusal**, s.4; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.96; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s.212; **Alangoya/Yıldırım/Deren- Yıldırım**, s.33; **Yılmaz**, Şerh, s.411.

<sup>816</sup> **Okusal**, s.4,6; Süha **Tanrıver**, "Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine", Makalelerim I (1985-2005), s.170 (Etkinlik).

<sup>817</sup> İsviçre, Amerika Birleşik Devletleri gibi ülkelerde halk tarafından seçilmektedir. Bu sistemin özü, yargılamanın halk adına yapılmakta oluşuna ve hâkimlerin diğer erklerle karşı bağımsızlığının sağlanması düşüncesine dayanmaktadır. Bazı sistemlerde ise hâkimler yasama organı tarafından seçilmektedir. Örneğin İsviçre'de Federal Mahkeme üyeleri, Amerika Birleşik Devletlerinde bazı eyalet hâkimleri, Almanya'da Federal Anayasa Mahkemesi, Federal yüksek Mahkeme üyeleri bu şekilde seçilmektedir. Bazı ülkelerde ise hâkim yürütme tarafından seçilmektedir. Örneğin, İngiltere,

hâkim adaylığı mülakatları, Adalet Bakanlığına bağlı bir kurul tarafından yapılmaktadır. Mülâkat Kurulu; Adalet Bakanlığı Müsteşarı veya görevlendireceği Müsteşar Yardımcısı başkanlığında, Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri ve Personel Genel Müdürü ile Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulunun her sınav için kendi üyeleri arasından belirleyeceği iki üye olmak üzere toplam yedi üyeden oluşur (HSK m.9/A,f.6).

Önceden “Adli ve İdari Yargıda Hâkim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav, Mülakat ve Atama Yönetmeliği”nin 27.maddesinde yer alan bu düzenleme, ilgili yönetmeliğin yürürlükten kaldırılmasıyla<sup>818</sup> aynen Hâkimler ve Savcılar Kanununa alınmıştır. Bu hükmün Anayasaya aykırı olduğu iddiası Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından ileri sürülmüş ve fakat Anayasa Mahkemesi’nin 7.2.2007 tarihli kararıyla<sup>819</sup> reddedilmiştir. Oysaki iptal başvurusunda ifade edildiği gibi: *“Hâkimlerin mesleğe ne şekilde kabul edildikleri doğrudan bağımsızlıklarıyla ilgili olması karşısında, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarının, hâkimlerin seçiminin tarafsız, objektif, sadece liyakati ölçmeyi amaçlayan sınavla yapılmasını gerektirdiği açıktır”*. Mülakatın, Adalet Bakanlığı personeline yapılmasına olanak sağlayan düzenleme, Anayasa’nın 140. maddesine, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkim teminatı esasına aykırılık arz etmektedir. *“Yasama ve yürütme organından bağımsız olarak görev yapması gereken hâkimlerin daha mesleğe girişte yürütme organı tarafından seçilen mülakat kurulu tarafından mülakata tabi tutulmasının, yargı bağımsızlığı ile bağdaştırılması mümkün değildir”*.

Anayasa Mahkemesi bu başvuruda, hâkim adaylarının mesleğe kabulden önceki dönemde hâkim statüsünde sayılmadıkları savıyla mevcut düzenlemenin hâkimlik teminatı ve bağımsızlık ilkelerine aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Hâlbuki Anayasa’nın 140.maddesinde, *“Anayasa koyucunun amacının, yargıç ve savcılarının, mesleğe girmek için başvurdukları tarihten başlayarak yürütme organı karşısında bağımsızlıklarını koruyacak, objektif kurallara bağlı tutulmalarını sağlamak olduğu açıktır”*. Hâkimler için öngörülen Anayasal güvenceleri bu

---

İsveç ve Norveç’te hâkim atamaları Krala’a ait bir yetkidir. Türkiye, İtalya, Fransa gibi ülkelerde ise hâkimlerin seçimi, hâkimlerden oluşan kurullarca yapılmaktadır. **Yılmaz**, Şerh, s.406-407; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s.208-209.

<sup>818</sup> RG. T:12.01.2008, S. 26754.

<sup>819</sup> RG. T:29.11.2007, S. 26715.

görevlerin fiilen icra edildiği dönemle sınırlamak Anayasadaki hâkimlik teminatı ve bağımsızlık ilkelerine ilişkin düzenlemelerin temel felsefesi ile bağdaşmamaktadır<sup>820</sup>.

Nitekim, “Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı Temel Prensipleri” arasında da *yargısal göreve seçim yöntemleri düzenlenirken, uygunsuz saiklerle atama yapılmasına karşı koruyucu tedbirler getirilmesi* gerekliliğinden bahsedilmektedir<sup>821</sup>. Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan 2005 yılı ilerleme raporunda, *Adalet Bakanlığı'nın hâkim ve savcılarının alımındaki etkisine ilişkin ciddi kaygıların varlığını sürdürdüğü* ifade edilmiştir<sup>822</sup>.

Yargı organının yapı taşları olan hâkim ve savcılar, yürütme organına dolayısıyla siyasal iktidara mensup ve bağlı Adalet Bakanlığı tarafından mesleğe kabul edilmekte veya edilmemektedirler. Burada yürütme organının tarafsız davranmasını ve kadrolaşma hesap ve heveslerinden uzak kalmasını beklemek işin doğasına aykırıdır<sup>823</sup>. Hâkimliğe ve savcılığa kabulde idarenin ve hükümetin etkili olması, hâkimin, ileride mesleğini icra ederken, siyasal tesir altında kalması<sup>824</sup>, kâfi derecede müstakil davranmaması<sup>825</sup> sonucunu doğurabilecek veya en azından bağımsızlığını ve tarafsızlığını tartışmalı hale getirebilecektir<sup>826</sup>. O nedenle hâkim adaylığı mülakatlarının tarafsız bir kurul tarafından yapılması şarttır.

Bu başlık altında üzerinde durulması gereken ikinci husus, hâkim tayin prosedürüdür. Tayin kararnamesi ile ilgili taslaklar kural olarak Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanır. Bu kararname taslağında, tayine tabi kişilerin nereye ve hangi unvanla atanacakları da belirtilir ve son şekli verilmek üzere HSYK'ya sunulur. Her ne kadar kararname taslaklarına son şekli HSYK veriyor olsa da, taslak siyasal iktidara bağlı adalet bakanlığı tarafından hazırlandığı için genel olarak tayin

<sup>820</sup> Bkz. Fulya Kantarcıoğlu'nun karşı oy yazısı.

<sup>821</sup> “**Yargıçların Nitelikleri, Göreve Seçilmeleri ve Eğitimleri**

10. *Yargıçlar, gerekli hukuk eğitimini ve niteliklerini almış, dürüst ve ehliyetli kişiler arasından seçilir. Yargısal göreve seçim yöntemleri düzenlenirken, uygunsuz saiklerle atama yapılmasına karşı koruyucu tedbirler getirilir. Yargıçların seçiminde ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal veya başka bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum ve statü gibi nedenlerle bir kimseye karşı ayrımcılık yapılamaz. Yargısal görev için adayların o ülkenin vatandaşı olma şartı aranması, ayrımcılık yapılması şeklinde anlaşılabilir.*”

<sup>822</sup> Bkz. s.128. (<http://www.abgs.gov.tr>, 10.07.12).

<sup>823</sup> Okusal, s.8; Yılmaz, Şerh, s.409.

<sup>824</sup> Bilge, s.71.

<sup>825</sup> Postacıoğlu, s.35.

<sup>826</sup> Karslı, s.188.

yerlerinin belirlenmesinde yürütme organının etkili olduğu açıktır<sup>827</sup>. Hâkim tayinlerinin, taslağın hazırlanması süreci de dahil olmak üzere HSYK tarafından belirli kriterlere göre<sup>828</sup> yapılması hakim bağımsızlığı ilkesine daha uygun olacaktır.

Hâkim ve savcıların terfi etmeleri ve meslekte yükselmeleri aldıkları notlara bağlıdır<sup>829</sup>. Kanun yolu incelemesi yapılırken kararı veren hâkime, kararın doğruluk ve isabet derecesine göre not verilir. Hâkimlerin mesleki kariyerleri bakımından önem taşıyan not sistemi, hâkim bağımsızlığına yönelik bir tehdit niteliğindedir. Çünkü böyle bir sistemde, not kaygısı taşıyan hâkimler ister istemez Yargıtay kararları doğrultusunda karar vermek durumunda kalabilirler. Kararları hakkında verilecek notları düşünerek çekingen ve bağımlı hareket edebilir ve Yargıtay içtihatlarının esiri olabilirler<sup>830</sup>.

Oysa, adil yargılanma hakkına aykırı uygulamalara son verilmesi, hatta adil yargılanma hakkını ihlal edebilecek yasa hükmünün uygulanmaması yoluyla yasaların değiştirilmesine vesile olunması, bireylerin haklarının korunması ve hukukun gelişimi için son derece önemlidir. Bu ise ancak bağımsız ve meslekî kaygısı olmayan hâkimlerce gerçekleştirilebilir. Hâkimlerin bağımsız bir şekilde karar vermelerini zorlaştıran mevcut sistem, “*hâkimi hâkime bağımlı kılmaktadır*”<sup>831</sup>. Bu nedenle en kısa zamanda bu sistemden vaz geçilmelidir.

### c. Hâkimlere Yönelik Disiplin Süreçleri

Hâkimlere yönelik disiplin süreçlerini, yargı bağımsızlığı bakımından değerlendirmeye değer bulmaktayız. Doktrinde İNCEOĞLU’nun dikkat çektiği gibi<sup>832</sup>, esasen hâkimin hesap verebilir olması, tıpkı bağımsızlık gibi, hukukun adil bir biçimde uygulanmasına hizmet etmektedir. Örneğin, bir hâkimin mesleğini kötüye kullanması, mesleğin şerefi ve haysiyetine uygun olmayan davranışlarda bulunması halinde hesap vermesi, halkın yargıya olan güven duygusunu pekiştirir.

<sup>827</sup> Okusal, s.10.

<sup>828</sup> Karşılı da uygulamadaki asıl problemin, görev yapmakta olan hakim ve savcıların görev yaptıkları yerlerden başka yerlere ve mahkemelere tayinin de yaşandığını belirtmektedir. Yazar ayrıca bu uygulama hakkında HSYK’nın elinde bir ölçü olmadığına da dikkat çekmektedir. Bkz. s.188-189.

<sup>829</sup> Ansay, s.45; Bilge/ Önen, s.80; Okusal, s.15.

<sup>830</sup> Bilge/ Önen, s.80.

<sup>831</sup> Okusal, s.15.

<sup>832</sup> İnCEOğlu, Yargı bağımsızlığı, s.55 vd.

Bu açıdan hâkimin hesap verebilir olması ve yargı bağımsızlığı temelinde aynı amaca hizmet etmektedir. Ancak hemen ifade edilmelidir ki, iki kurum arasında çok hassas bir denge mevcuttur. Disiplin süreçlerinin işleyiş biçimleri ve disiplin kurallarının içeriği, yargıcın bağımsız davranabilmesi için bir tehdit haline dönüşebilir. Bir başka deyişle, iyi düzenlenmiş bir disiplin süreci yargı bağımsızlığı için bir güvence olabileceken, kötü düzenlenmiş bir disiplin süreci tam tersine yargı bağımsızlığına gölge düşürebilecektir<sup>833</sup>. Bu nedenle disiplin süreci farklı yorumlanabilecek ve muğlak ifadeleri içermeyen hükümlerle düzenlenmelidir.

Hâkim aleyhine işletilecek disiplin süreçlerinde, bağımsızlığı etkileyebilecek hususlardan birincisi, disiplin yaptırımına karar veren makamın oluşum biçimidir. Hâkimin keyfi yaptırımlarla karşı karşıya kalmaması için, bu makam tarafsız ve bağımsız olmalı; hâkim kendisini savunmak için bu makam önünde yeterli güvencelere sahip olmalıdır. Disiplin soruşturmaları sonucunda verilen kararların yargısal denetime tabi olması da bir diğer güvencedir<sup>834</sup>. Üçüncü önemli nokta, disiplin yaptırımına tabi olan konuların, hâkimin dava sırasında verdiği kararlardan çok, davranışları ile sınırlanmasıdır. Hâkimin kararındaki hukuki hatalar kanun yolu aşamalarında düzeltilebilir. Bu nedenle, hukuki hatalar disiplin soruşturmasına konu edilmemelidir. Ayrıca disiplin suçları ve cezaları mümkün olduğunca somut bir şekilde düzenlenmelidir<sup>835</sup>.

Türk Hukukunda, hâkimler hakkında inceleme ve soruşturma yapılması kural olarak, Adalet Bakanlığı'nın iznine bağlı idi (HSK m.82). Adalet müfettişleri, inceleme ve soruşturmaları Adalet Bakanı adına yaparlardı. Adalet Bakanı veya Bakan'a bağlı Teftiş Kurulu Başkanı, müfettişlere doğrudan emir verebilmekteydi<sup>836</sup>. 2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun konu ile ilgili yukarıdaki hükümleri, Adalet Bakanı'nın disiplin süreçlerindeki etkin rolünü gözler önüne sermektedir. Yürütme organının bir üyesi olan Adalet Bakanı, hâkimin sorumluluğu mekanizmasını harekete geçirmek konusunda geniş bir takdir hakkına sahipti<sup>837</sup>.

<sup>833</sup> İnceoğlu, Yargı bağımsızlığı, s.56; Kuijer, s.272.

<sup>834</sup> İnceoğlu, Yargı bağımsızlığı, s.56.

<sup>835</sup> İnceoğlu, Yargı bağımsızlığı, s.56-57.

<sup>836</sup> Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Tüzüğü, m.4 (RG. 10.03.1988, S.19750); Adalet bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliği, m.5 (RG. 24.01.2007, S.26413).

<sup>837</sup> Tanör/Yüzbaşıoğlu, s.462; İnceoğlu, Yargı bağımsızlığı, s.65-66.

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu ile inceleme ve soruşturma süreçlerinin başlatılması hususundaki olumsuzluk giderilememiştir. Daha önce Adalet Bakanlığına bağlı olarak hâkimler ve savcılar hakkında denetleme, inceleme, soruşturma yapan müfettişlerin yerine, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu bünyesinde bir teftiş kurulu oluşturulmuştur (HSYKK m.14 vd.). Hâkimler hakkındaki denetim, inceleme, soruşturma işlemlerine olur verme yetkisi, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanındadır (HSYKK m.6/ç). Anayasa m.159/f.3 uyarınca, Kurulun başkanı ise hala Adalet Bakanıdır. O halde, Adalet Bakanının hâkimler hakkında inceleme ve soruşturma başlatmak konusundaki rolü, biraz daha üstü kapalı ancak tam bir baskı unsuru olarak devam etmektedir. Soruşturmanın kurula bağlı müfettişler tarafından yapılması, önemli bir iyileştirme sayılabilirse de, soruşturma açma yetkisinin, bu kez Kurul Başkanı sıfatıyla yine Adalet Bakanında olması, hâkim bağımsızlığı ile bağdaşmazlığın giderilemediğini göstermektedir<sup>838</sup>. Adalet Bakanının sahip olduğu bu yetki, hâkime karşı sorumluluk mekanizmasının harekete geçirilmesi tehdidi ile bir baskı unsuruna dönüşebileceği gibi; gerektiği halde hâkimin sorumluluğuna gidilmesinin önlenmesi şeklinde de kullanılabilir<sup>839</sup> ki her iki olasılık da hâkim bağımsızlığı açısından son derece düşündürücüdür.

Hâkimler hakkında yürütülen disiplin süreçleri sonucu hakkında karar vermek yetkisi Kurula aittir (HSYKK m.9/f.2). Ay. m.159/10'a göre, HSYK'nın, meslekten çıkarma dışındaki disiplin cezalarına ilişkin kararlarına karşı yargı yolu kapalıdır. Hâkimler ve savcılar hakkında verilen disiplin cezalarına ilişkin kararın tebliğinden itibaren on gün içinde Kurulun kendi bünyesinde bir itiraz prosedürü işletilmektedir (HSYKK m.33). İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Bu kararlar hakkında başka bir idari veya kazai mercie başvurulamaz. Meslekten çıkarma cezasına ilişkin kesinleşmiş kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulabilir; diğer kararları yargı denetimi dışındadır. Meslekten çıkarma kararlarına karşı açılan iptal davaları ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülür (HSYKK m.33/f.5). Halbuki, HSYK kararları idari nitelikte olup, tüm kararlarına karşı yargı yolunun açık olması gerekir<sup>840</sup>.

<sup>838</sup> Tanör/Yüzbaşıoğlu, s.462.

<sup>839</sup> İnceoğlu, Yargı bağımsızlığı, s.65-66.

<sup>840</sup> Tanör/Yüzbaşıoğlu, s.461; Okusal, s.14.

**Albert ve Le Compte/Belçika Kararında**<sup>841</sup> AİHM, disiplin süreçlerine ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uyarınca, iki sistemden birinin uygulanması gerekliliğine işaret etmiştir. Buna göre, Üye Devletlerde disiplin suçlarına ilişkin karar veren mesleki örgüt organının kendisi m.6/1'deki güvencelere uygun olacaktır, ya da mesleki örgüt organının kararlarına karşı m.6/1'deki güvencelere sahip bir yargısal kurum tarafından denetim yapılabilecektir. AİHM'ne göre, devletlerin hukuk sistemlerindeki çeşitlilik sebebiyle hukuki uyumsuzlukların ilk aşamada çözüm yeri idari ya da adli makamlar olabilmektedir. Bu aşamada 6.maddenin tüm gerekliliklerinin karşılanması beklenmeyebilir ancak bu tolerans bir koşulda gösterilmektedir: bu organların kararlarının tam donanımlı ve 6.maddenin tüm gerekliliklerini karşılayan tam yetkili<sup>842</sup> bir üst mahkeme tarafından kontrol edilmesi<sup>843</sup>.

Kanaatimizce, AİHM içtihatlarında benimsenen görüş çerçevesinde Türk hukukunda, her iki sistemin de uygulanmadığını söylemek yanlış olmaz. Bugün dahi oluşumu tartışılan HSYK'nın m.6/1'in gerekliliklerini taşımadığı ortadadır. İkinci olarak, Kurul kararlarına karşı yargı yolu kapalıdır ve her iki özellik birlikte hâkim bağımsızlığına karşı ciddi bir engel niteliği taşımaktadır. Bu nedenle yapılacak bir düzenleme ile, en azından hâkimler hakkındaki disiplin cezalarına karşı yargı yolunun açılması gerekir.

#### **d. Mali Bağımsızlığın Sağlanması**

Hâkimlerin görev süreleri gibi teminatların yanında, bağımsızlıklarının tam olarak garanti altına alınabilmesi için bir diğer önemli unsur maddi açıdan sahip oldukları teminatlardır. Hâkim bağımsızlığı için maddi bağımsızlık şarttır. Bu nedenle pek çok ülkede hâkim maaşları ve kendilerine tanınan diğer maddi güvenceler ayrı kanunlarla düzenlenmekte ve diğer devlet memurlarına kıyasla

<sup>841</sup> T:10.02.1983.

<sup>842</sup> Bir mahkemenin tam yetkili olması(pleine juridiction) ne demektir? AİHM ceza yargılamalarına ilişkin içtihatlarında bu kavramı, alt derece mahkemesinin kararını bozarak, yeniden yargılama yapabilme ve yeni bir karar verebilme yetkisi olarak tanımlamaktadır. Örneğin, üst derece mahkemesinin kararı bozarak dosyayı geri göndermesi ve kendisinin ilgili makam yerine geçerek bir karar verememesi tam yetkili olmadığı şeklinde değerlendirilmektedir (Schmautzer/Avusturya, 13 Ekim 1995, par.36; Umlauf/Avusturya, 23 Ekim 1995, par.39). Ancak özel hukuka ilişkin yargılamalarda reformasyon yetkisinin aranmadığı ifade edilmektedir (Fischer/Avusturya, 26 Nisan 1995, par.34, **Chen**, s.38).

<sup>843</sup> Par.29.

dikkat çekici ölçüde fazla maddi olanaklara sahip kılınılmaktadırlar<sup>844</sup>. Ülkemizde de, hâkim maaşları, hâkimlerin, en yüksek devlet memurundan çok daha fazla ücret alabileceği şeklinde düzenlenmelidir. Çünkü hâkimlerin, hiçbir mali endişe altında kalmadan görev yapmaları toplumsal düzen açısından büyük önem taşımaktadır<sup>845</sup>.

Ülkemizde, maaş yetersizliği hâkimlerin bağımsızlığını tehdit eden faktörlerden biridir. “*Gerçekten, hâkimler toplumda ifa etmiş oldukları önemli ve ağır görev ile mütenasip olmayacak kadar düşük maaş ile çalışmaktadırlar*”<sup>846</sup>. 1998-1999 adli yılı açılış konuşmasında, dönemin Yargıtay Başkanının ifade ettiği gibi, hâkimlerin *vicdanı ile cüzdanı arasında sıkışıp kalması*, görevlerinin gerektirdiği sorumluluğu, içine düştükleri hayat galesi nedeniyle yerine getirememelerine yol açacaktır. Bu çarpıcı ifade, konunun önemini gözler önüne sermektedir. Oysa ki hâkim, aldığı maaşla hiç kimseye boyun eğmek zorunda kalmadan, en iyi koşullar içinde yaşamalıdır ki bağımsızlığı fiilen de garanti altına alınabilsin.

Adalet Bakanlığına bütçeden ayrılan pay, %1,2 civarındadır ve bu oldukça düşük bir orandır<sup>847</sup>. Bu bütçe ile hâkimlere görevlerinin gerektirdiği yüksek maaşlar verilemediği gibi yargı örgütünün diğer ihtiyaçları karşılanamamakta, adalet hizmetleri gereği gibi yürütülememektedir. Örneğin, birçok il ve ilçede hala müstakil adliye sarayı yoktur. Adliye sarayı yapılırsa dahi onun içini dolduracak hâkim, savcı ve personel kadrosunda eksiklikler vardır. Yargı bağımsızlığı için mali bağımsızlık şarttır.

Ekonomik yönden cazip olmadığından, bazı iyi hukukçular hâkimlik mesleğine rağbet etmemektedirler. Diğer taraftan, iyi yetişmiş ve mesleğinin en verimli çağında bulunan bazı değerli hâkimlerin de yine aynı sebeple meslekten ayrıldığı görülmektedir. Bir mahkemenin hukuki veya adli açıdan nitelikli üyelerinin bulunması, AİHM nazarında, bağımsızlığın güçlü bir göstergesi niteliğindedir. Bu durum ayrıca, mahkemelerimizde hâkim açığının doğmasına sebep olmaktadır. İşte gerek bağımsızlığın garanti altına alınması gerekse iş yükünün dolaylı olarak

<sup>844</sup> **Stačiokas**, s.136-137.

<sup>845</sup> **Yılmaz**, Şerh, s.412; **Pekcanitez/ Atalay/ Özkes**, s.217.

<sup>846</sup> **Üstündağ**, Yargı, s.168.

<sup>847</sup> Avrupa Birliği ülkelerinde bu oran %3-3,5'tur. Ülkemizde de hiç değilse bu rakamlara yakın olmalıdır. **Okusal**, s.16.



artmasını önlemek için hâkimlik mesleğinin bir an evvel ekonomik yönden cazip hale getirilmesi ve hâkimlerin ilave güvencelerle donatılması şarttır<sup>848</sup>.

Bununla beraber, hatırlatmak gerekir ki, hâkimin bağımsızlığının en sağlam teminatı, onun fazileti, doğruluğu, adaleti, itidali ve cesaretidir. Hâkim bunları kendi karakterinde bulmalı, her türlü vaat karşısında bağımsızlığının sarsılmamasının asıl kefili, yüksek ahlakı, sağlam karakteri ve görev bilinci olmalıdır<sup>849</sup>. Fertlerin sübjektif haklarını koruyan kanunlar, siyasi ihtiraslar dışında kalan, yürütme organından korkusu veya beklentisi olmayan, ahlak, fazilet ve bilgi itibarıyla topluma güven telkin eden hâkimler tarafından tatbik edilmedikçe ve yürütme organı, yargı kararları önünde eğilmedikçe, haklar emniyet altında sayılamaz<sup>850</sup>.

### C. Tarafsız Mahkeme

#### 1. Genel Olarak Tarafsızlık Kavramı

Yunan filozofu Sokrates hâkimi şöyle tarif eder: Hâkim, nezaketle dinleyen, akıllıca konuşan, temkinli düşünen, tarafsızca karar veren kişidir<sup>851</sup>. Tarafsız olma, yan tutmama, objektif olma ve kişiliğinden sıyrılabilme demektir. Bu anlamda hâkim, tarafsız olması gereken yargılama makamını işgal etmektedir; yani taraf değildir. Aynı davada taraflar başka kişiler ya da hâkim başka hâkim olsa da yine aynı karar verilebilecekse, yargılama makamı tarafsız demektir<sup>852</sup>. AİHM de tarafsızlık kavramını, davanın çözümünü etkileyecek bir önyargı yokluğu ve özellikle mahkemenin tarafların leh ve aleyhinde bir duyguya ya da çıkara sahip olmamaları şeklinde tanımlamaktadır<sup>853</sup>.

Bağımsızlık ve tarafsızlık teminatların sağlanıp sağlanmadığı yalnız mahkemeler açısından değerlendirilmektedir. Örneğin, AİHM'ne yapılan bir

<sup>848</sup> Yılmaz, Şerh, s.412; Tanrıver, Etkinlik, s.170.

<sup>849</sup> Ansay, s.47.

<sup>850</sup> Belgesay, s.16.

<sup>851</sup> Karşlı, s.186-187.

<sup>852</sup> Centel, s.29.

<sup>853</sup> Piersack/Belçika, 1.10.1992, Par.30; Chen, s. 186; Leach, s.291; Demircioğlu, s.74; Gölcüklü/Gözübüyük, s.282; Harris, O'Boyle & Warbrick, s.290; Kaşıkara, s.139; Grisel, s.75; Gölcüklü, Doğru yargılama, s.21; Kuijer, s.304; De Salvia, s.332; Robert/ Duffar, s.305.

başvuru<sup>854</sup>, kamulaştırma bedeline itiraz davasında, arsanın değerini belirleyen bilirkişilerin devlet memuru sıfatları sebebiyle tarafsız olamadıkları, dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasını taşımakta idi. AİHM bu iddiaya karşılık, Sözleşmenin 6.maddesi bağlamındaki bağımsızlık ve tarafsızlık teminatlarının yalnızca mahkemeleri ilgilendirdiğini vurgulamış, davaya bakan asliye hukuk mahkemesi mensuplarının bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda şüphe uyandıracak hiçbir delile rastlanmadığından, dayanaktan yoksun bulunan şikâyeti reddetmiştir. Somut olayda, bilirkişilerin tarafsız olmadığı iddiasının 6/1 madde kapsamına dahil edilmemesini yerinde buluyoruz. Çünkü, mahkeme tarafsız olduğu müddetçe, bilirkişinin tarafsız olmaması adil bir yargılama yapılmasını engellemeyecektir. Mahkeme bilirkişi raporuyla bağlı değildir ve tarafsızlığından şüphe ettiği bir bilirkişinin raporunun ardından yeni bir bilirkişi incelemesi isteyebilir.

AİHM, tarafsızlık kavramını, sübjektif ve objektif tarafsızlık biçiminde ikiye ayırmaktadır. **Piersak/Belçika** kararında<sup>855</sup>, bu ayrım şu şekilde tanımlanmıştır: *“tarafsızlık, önyargılı olmamak ve bitaraf bulunmak anlamına gelmekle birlikte, bunun 6.madde anlamında var olup olmadığı çeşitli yöntemlerle sınanabilir. Bu bağlamda, belirli bir davada, davayı gören hâkimin şahsi hükmünün değerlendirilmesine ilişkin sübjektif yaklaşımla, herhangi bir meşru kuşkuyu bertaraf edebilecek yeterli teminatın kendisine sunulup sunulmadığını belirleyen objektif yaklaşım arasında bir ayrım yapılabilir”*.

Karardan anlaşılacağı üzere, AİHM’ne göre, tarafsızlığın mevcudiyeti hem öznel hem nesnel sınamayla belirlenecektir. Öznel sına yapılrken, somut olayda yargıcın kanı ve davranışlarına bakılacak, nesnel sına yapılrken yargıca yeterli güvence verilip verilmediği tartışılacaktır<sup>856</sup>. Sübjektif tarafsızlık belirli bir hâkimin birey sıfatıyla tarafsızlığıdır ve aksi ispatlanıncaya kadar var sayılır. Objektif tarafsızlık ise, kurum olarak mahkemenin taraflara eşit mesafede bulunduğu ve eşit davranacağına dair taraflarda bıraktığı güven verici izlenimi anlatmaktadır<sup>857</sup>.

<sup>854</sup> Erdem ve Diğerleri/Türkiye Kararı, Baş. No:82/02, T: 08.01.2008.

<sup>855</sup> 1 Ekim 1982, par.30.

<sup>856</sup> Bulut/ Avusturya Kararı, T:22 Şubat 1996, prg.31; Thomann/ İsviçre Kararı, T:10 Haziran 1996, prg.30; De Cubber/Belçika, 26 Ekim 1984, par.24.

<sup>857</sup> **Reid**, s.162; **Oniszczyk**, s.149; **Tanriver**, Adil Yargılanma, s.198; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.282; **Tezcan/ Erdem/ Sancakdar**, s.247; **Centel**, s.30; **Centel/Zafer**, s.366; **Ovey/White**, s.160; **Kuijer**, s.304; **De Salvia**, s.332; **Robert/ Duffar**, s.305; **van Drooghenbroeck**, s.132; **Sudre/ Marguénaud**

Mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmadığı iddiası mutlaka ilgili mahkeme önünde ileri sürülmeli ve Kanunun izin verdiği enstrümanlar kullanılmalıdır. Bunun gibi, yargılama sırasında yapılan herhangi bir işlem, mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığına gölge düşürecek nitelikteyse, bu iddia da derhal yapılan işleme itiraz edilmek suretiyle dile getirilmelidir. Örneğin, **Kalender/Türkiye Kararına**<sup>858</sup> konu olayda, ölüm sebebiyle Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları (TCDD) aleyhine tazminat davası açılmıştır. Davada, Mahkemeye sunulan bilirkişi raporları ile TCDD'nin güvenlik kurallarına uymadığı anlaşılmıştır. Buna rağmen, Asliye Hukuk Mahkemesi, ölenlerin kazadaki sorumluluğunu %60 olarak belirlediği için başvuranlar, mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmadığı iddiası ile AİHM'ne şikâyette bulunmuşlardır. Mevcut başvuruda AİHM, başvuranların tüm yargılama boyunca avukat yardımı almalarına rağmen ölenlerin sorumluluğunun %60 olduğuna ilişkin bilirkişi raporuna itiraz etmedikleri ya da yeni bir bilirkişi raporu talep etmedikleri gerekçesiyle şikâyeti dayanaktan yoksun bulmuştur.

#### a. **Sübjektif Tarafsızlık**

Sübjektif açıdan tarafsızlık doğrudan doğruya hâkime ya da hâkimlere ilişkin olup, hâkimlerin kişisel anlamda önyargılı ve tarafsız olup olmadıkları hususuna bağlıdır<sup>859</sup>. Bu nedenle sübjektif tarafsızlık hâkimin somut yargılamadaki tutumuna bakılarak değerlendirilmeye çalışılır. AİHM zaman zaman sübjektif tarafsızlığı “kişisel tarafsızlık” olarak da ifade etmektedir. Hangi kavram kullanılırsa kullanılsın burada ifade edilmek istenen hâkimin, taraflardan biri ile arasındaki yakınlık veya menfaat ilişkisi nedeniyle, önyargılı veya taraflı bir tutumu olmamasıdır.

Hâkimlerin tarafsızlığı konusunda sübjektif endişeler her ne kadar anlaşılabilir olsa da belirleyici olamazlar. Bunun için objektif emarelerle desteklenmeleri gerekir. AİHM, aksine ilişkin bir kanıt bulununcaya kadar, usulünce atanmış her yargıcın

---

**Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet**, s.332; **Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Saygılar/ Alan**, s.130.

<sup>858</sup> Baş. No:4314/02,T:15 Aralık 2009.

<sup>859</sup> **Clayton/ Tomlinson**, s.109; **Leach**, s.291; **Demircioğlu**, s.84; **Gölcüklü/Gözübüyük**, s.282; **Tezcan/ Erdem/ Sancakdar**, s.254; **Ovey/White**, s.160; **Kuijjer**, s.304; **De Salvia**, s.332; **Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.855.

sübjektif açıdan tarafsız olduğunu kabul eder<sup>860</sup>. Bu, çok güçlü bir karinedir ve uygulamada kişisel önyargının ispatlanması oldukça zordur<sup>861</sup>. Yargılama sırasında hâkim tarafından yapılan yorumlar ve müdahaleler, yargılama süreci bütün olarak ele alındığında çoğu zaman önyargı olarak görülmemiştir. Yayınlanmamış bir kararda, iç hukuktaki yargılama sırasında, hâkimin sanığı, “batan gemiden kaçan fare”ye benzetmesi örneğinde dahi farklı sonuca varılmamıştır<sup>862</sup>.

2000’lerin başlarına kadar sübjektif tarafsızlığın olmadığına ilişkin çok sayıda şikâyet AİHM önüne gitmişse de böyle bir iddia başarıya kavuşmamıştır<sup>863</sup>. 2002 yılında ise, **Lavents/Letonya** kararında<sup>864</sup>, yerel mahkeme hâkimi, bakmakta olduğu bir dava hakkında, basına yorum yaptığı için sübjektif tarafsızlığın zedelendiği belirtilmiştir. Çünkü hâkim, önündeki davayla ilgili olarak, mahkûmiyet ya da kısmi mahkûmiyet ihtimallerinden bahsetmiş ve fakat başvuranın tamamen beraat etmesi ihtimalinden söz etmemiştir. **Kyprianou/ Kıbrıs** kararında<sup>865</sup>, bir avukatın dava sırasında sarf ettiği sözler nedeniyle yine aynı mahkeme tarafından mahkemeyi tahkir suçundan yargılanması ve beş gün hapis cezası alması incelenmiştir. AİHM’ne göre, yerel mahkemenin bu olayda kısa bir yargılama yapması, daha hafif önlemler yerine böyle bir cezaya hükmetmesi, ılımlı olmayan bir reaksiyon gösterdiğine delalet etmektedir. Bu nedenle, sübjektif tarafsızlık zedelenmiştir.

**Buscemi/İtalya** kararı<sup>866</sup>, sübjektif tarafsızlıktan ne anlamamız gerektiğini ortaya koyan bir başka örnektir<sup>867</sup>. Olayda, çocuk mahkemesi başkanı kendi mahkemesindeki çalışmalar hakkında bir makale yayımlamıştır ve bu makalenin başvuranın o anda mahkemede derdest olan davası hakkında aleyhe çözüm önerileri içerdiği görülmüştür. AİHM olaya ilişkin değerlendirmesinde, yargılama yetkisinin ancak tarafsız hâkimlerce kullanılabileceğini ve tarafsızlığın zedelenmemesi için, provokasyonlara cevap vermek amacıyla dahi olsa basın kullanılmaması gerektiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre, bu konuda gösterilecek aşırı hassasiyet

<sup>860</sup> Hauschildt/Danimarka, T: 24.05.1989, par.47. **Pettiti/Decaux/Imbert**, s.260; **Leach**, s.293; **Kuijer**, s.305; **De Salvia**, s.332; **van Drooghenbroeck**, s.132.

<sup>861</sup> **Harris, O’Boyle & Warbrick**, s.290; **Ovey/White**, s.160; **van Drooghenbroeck**, s.132.

<sup>862</sup> **İnceoğlu**, s.189.

<sup>863</sup> **Mole/Harby**, s.31; **van Drooghenbroeck**, s.132.

<sup>864</sup> 28.11.2002.

<sup>865</sup> 27.01.2004, par.40-41.

<sup>866</sup> 16.09.1999.

<sup>867</sup> **Chen**, s.187.

adaletin ve yargı fonksiyonunun garantisini teşkil edecektir<sup>868</sup>. Sonuç olarak bu olayda, başvuranın mahkeme başkanının tarafsızlığı hakkındaki endişesi haklı bulunmuştur.

**Vehbi Ünal/Türkiye davasında**<sup>869</sup>, başvuran, üyelerinin çoğunluğunu Adalet Bakanlığı çalışanları ve hâkimlerin oluşturduğu bir yapı kooperatifi için 360 daireselik bir proje üstlenmiştir. Projenin ilerleyen safhalarında anlaşmazlığa düşülmüş ve sözleşme feshedilmiş taraflar İstanbul Mahkemelerinde karşılıklı davalar açmışlardır. Kanun yolu aşamasında başvuran, temyiz incelemesini yapan Yargıtay 15. Hukuk Dairesi hâkimlerinin tamamının reddini istemiştir. Ret gerekçesine göre, Yargıtay hâkimlerinin atamalarının Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından yapılması ve Adalet Bakanlığı mensubu birçok kişinin ev alma maksadıyla adı geçen kooperatife üye olması mesleki tarafsızlık konusunda şüpheye yol açmaktadır. Hemen ifade etmek gerekir ki olayda, kanun yolu incelemesini yapan Yargıtay dairesi hâkimleri, bu kooperatife üye değildir. Ancak Yargıtay'da bir başka dairenin başkanı ve birkaç Danıştay hâkiminin üye olmasının, aralarındaki mesleki bağlantı sebebiyle tarafsızlığa gölge düşürdüğü savunulmaktadır.

AİHM, söz konusu iddia ile ilgili olarak yaptığı incelemede şikâyeti kabul edilemez ilan ederken, kanun yolu incelemesini yapan hâkimlerle kooperatif üyeleri arasında hâkimlerin tarafsızlığını tartışmalı hale getirecek bir menfaat ilişkisi ya da doğrudan bir bağlantı olmadığına dikkat çekmiştir. Hâkimler arasındaki sıkı mesleki ilişkiler, bir hâkimin menfaati üzerinde belirleyici bir rol oynadığında davaya bakan hâkim açısından bir taraflılık riski ortaya çıkardığı doğrudur. Ancak mevcut olayda bu şüpheyi haklı çıkaracak herhangi bir somut unsurla karşılaşılmamaktadır. İleri sürülen endişelerin nesnel olarak haklı addedilebilmeleri için her şeyden önce kanıtlanmaları gerekir<sup>870</sup>.

Buna karşılık, **Belukha/Ukrayna** kararında<sup>871</sup>, davalı taraf ile hâkim arasındaki menfaat ilişkisi tarafsızlığın ihlali olarak nitelendirilmiştir. Söz konusu kararda, ilk

<sup>868</sup> Par.67.

<sup>869</sup> Baş No:48264/99, T:9.11.2006.

<sup>870</sup> Aynı meslek kolunda çalışmanın subjektif tarafsızlığın zedelendiği baştan kabul etmeye yetmeyeceğine ilişkin bir başka karar için bkz. Le Compte, Van Leuven ve De Meyere/Belçika, 23 Haziran 1981, par.58.

<sup>871</sup> T: 09.11.2006.

derece mahkemesi hâkimi, yeni mahkeme binası için davalı Şirketten bağış niteliğinde bir takım malvarlığı talep etmiştir. Hâkimin tarafsız olmadığı yolundaki itirazları üst mahkeme tarafından reddedilen başvuran AİHM tarafından haklı bulunmuştur.

AİHM, önüne gelen şikâyetle, mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmadığı kanaatine varmışsa, artık davanın hakkaniyete uygun görülmediği yönündeki itirazları incelememektedir<sup>872</sup>. Çünkü, bağımsızlık ve tarafsızlıktan yoksun olduğu kanıtlanmış bir mahkemenin, yargısına tabi kimselere hiçbir biçimde adil yargılanma güvencesi sunmayacağı görüşündedir. Bu görüşten hareketle, 6.maddedeki garantiler arasında bir derecelendirme olduğu söylenebilir mi? Maddede yer alan hakların hepsi aynı statüde midir yoksa bazı çekirdek haklarla diğerleri arasında bir ayırım yapılmakta mıdır? Kanaatimizce, 6.maddede yer alan hakların her biri adil yargılamanın gerçekleşmesi için önemli olmakla birlikte, bunların önem dereceleri birbirinden farklıdır. Örneğin bağımsız ve tarafsız bir mahkeme olmadığı sürece, diğer unsurların gerçekleşmesinin bir anlamı kalmamaktadır. AİHM'nin de aynı yöndeki içtihatları dikkate alındığında, 6.maddedeki garantiler arasında bir derecelendirme yaptığı anlaşılmaktadır<sup>873</sup>. Kanaatimizce, silahların eşitliği ilkesi ya da hukuki dinlenme hakkı da bağımsızlık ve tarafsızlık gibi çekirdek haklar arasında sayılabilir.

Bununla birlikte, yapılan şikâyetin hem mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmadığı hem de davanın makul sürede görülmediği iddiasını içerdiği başvurularda, mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmadığına hükmedildikten sonra ayrıca davanın makul sürede görülüp görülmediği araştırılmaktadır<sup>874</sup>. Kanaatimizce, hakkaniyete aykırılık iddialarında benimsenen görüşün makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiaları bakımından da kabul edilmemesi için bir sebep yoktur. Zira, davayı gören mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmadığı kanıtlandığı hallerde yargılama süresinin bir önemi kalmamaktadır.

<sup>872</sup> Koçak/Türkiye Kararı, Baş. No:40991/98, T:19 Temmuz 2007 (ceza); Kenar/Türkiye Kararı, Baş. No:67215, T:13 Aralık 2007(ceza); Korkmaz/Türkiye Kararı (No:3), Baş. No:42590/98, T:20 Aralık 2005;Kızıloz/Türkiye Kararı, Baş. No:32962/96, T:25 Eylül 2001.

<sup>873</sup> **Kuijer**, s.81.

<sup>874</sup> Koçak/Türkiye Kararı, Baş. No:40991/98, T:19 Temmuz 2007 (ceza); Kiper/Türkiye Kararı, Baş. No:44785/98, T:23 Mayıs 2006.

## b. Objektif Tarafsızlık

Objektif tarafsızlık kurumsal tarafsızlık olarak da adlandırılır. Kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenimin, hak arayanlara güven veren, tarafsız bir görünüme sahip bulunması gerekir. AİHM, dış görünüşüne bakarak mahkemenin bağımsızlığına ilişkin karar verdiği davalarda benimsediği ifadeyi, objektif tarafsızlıkla ilgili olarak da sık sık kullanmaktadır: “*adaletin yerine getirilmesi yetmez, aynı zamanda yerine getirildiğinin görülmesi de gereklidir*”<sup>875</sup>. Bu, açık ve şüpheye yer bırakmayacak şekilde olmalıdır<sup>876</sup>. Objektif tarafsızlık görünür kılındığı ölçüde, yargılamanın adil görüldüğüne olan inanç artacaktır<sup>877</sup>.

Henüz davanın başındayken dahi, yargılama makamının kuruluşu ve mahkemede görev yapan hâkimler açısından tarafsız bir mahkemenin oluşturulduğu noktada bir görünümün olması gerekir. Bu nedenle mahkeme üyelerinin atama yöntemleri, görev süreleri, görevden uzaklaştırmayı düzenleyen kuralların niteliği, üyeleri dışarıdan gelecek baskılara karşı koruyacak güvencelerin varlığı, üyeler arasında hiyerarşik bir sıralamanın olup olmadığı dikkate alınarak objektif tarafsızlık görünümünün sağlanıp sağlanmadığının belirlenmesi<sup>878</sup> ve bunun için her türlü tedbirin alınması gerekir. Objektif tarafsızlığın sağlanması bakımından yargının, yürütme organına karşı bağımsızlığı olgusu büyük önem taşır. Eğer yürütme organları, hâkimlerin görevine son verebiliyorsa bu, objektif tarafsızlığın olmadığı görüntüsü vermektedir. Bu yönüyle objektif tarafsızlık mahkemenin bağımsız olmasıyla yakından ilişkilidir.

Tarafsızlığı sağlamak amacıyla alınan bütün tedbirler, makul her türlü şüpheyi ortadan kaldıracak nitelikte olmalıdır. Objektif tarafsızlığın tespitinde rol oynayan faktör, yargıcın tarafsızlığına ilişkin herhangi bir kaygıyı, korkuyu bertaraf edecek yeterli güvence sunulup sunulmadığının belirlenmesidir. Objektif tarafsızlık

<sup>875</sup> Harris, O’Boyle & Warbrick, s.291; İnceoğlu, s.190; Demircioğlu, s.76; Altıparmak, s.253; Tezcan/ Erdem/ Sancakdar, s.254; Kaşıkara, s.141; Pettiti/Decaux/Imbert, s.260; Gölcüklü, Doğru yargılama, s.22; Kuijer, s.289,304; Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet, s.336; Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel, s.784. Cubber/Belçika 26.10.1984 Par.26.

<sup>876</sup> Clayton/ Tomlinson, s.30.

<sup>877</sup> Oniszcuk, s.149.

<sup>878</sup> Demircioğlu, s.77.

değerlendirmesi, organik (mahkemenin kuruluş şekli) ve fonksiyonel (görevin yerine getirilme tarzı) açıdan yapılmaktadır<sup>879</sup>.

**Fey/Avusturya** kararına<sup>880</sup> göre, objektif tarafsızlık sınamasında, yargıcın kişisel tutumundan ayrı olarak, tarafsızlığına ilişkin şüphe doğurabilecek soruşturulabilir gerçekler olup olmadığı belirlenmelidir. Bu bağlamda, görünüm bile önem taşıyabilir. Burada risk altında olan mahkemelerin yaratması gereken güvenilirlik hissidir. Bir davada yargıcın tarafsız olamayacağından korkmak için meşru bir neden varsa, bu suçlanan kişi bakımından önemli değildir; belirleyici olan bu korkunun nesnel anlamda haklılığının saptanıp saptanamayacağıdır.

Hâkimin taraflarla ya da bakmakta olduğu uyuşmazlıkla bir bağlantısı olmamalıdır. Objektif tarafsızlığın sağlanması konusunda AİHM'nin belirli durumlara özgü titiz bir yaklaşıma sahip olduğu söylenebilir. Hâkimin, hâkimlik mesleği dışında farklı görevler üstelenmesi halinde tarafsızlığa ilişkin sorunlar doğabilecektir<sup>881</sup>. İlk olarak, dünyadaki *parlamentar-hâkim* uygulamalarıyla ilgili olarak AİHM içtihatlarına bakılabilir. **McGonnell/ Birleşik Krallık** davasında<sup>882</sup>, Kraliyet Mahkemesi hâkiminin daha önce yasama faaliyetine iştirak ederek dava konusu olan düzenlemenin çıkarılmasına katılmış olması tarafsızlık ilkesini ihlal etmiştir. Buna karşılık **Pabla Ky/Finlandiya** kararında, dava konusuna ilişkin herhangi bir yasama faaliyetinde bulunmayan meclis üyesinin aynı zamanda temyiz mahkemesinde görev yapması, tek başına tarafsızlıktan şüphe edilecek bir hal olarak görülmemiştir<sup>883</sup>.

İkincisi, *öğretim üyesi-hâkim* örneğidir. Özellikle hâkimin, öğretim üyesi olarak görev yaptığı Üniversite'nin taraf olduğu davalara bakması halinde tarafsızlık sorunu doğacaktır<sup>884</sup>. **Pescador Valero/İspanya** davasında<sup>885</sup> başvuran, Üniversite'deki idari görevinden ayrılmak zorunda bırakıldığı karara karşı, Üniversite aleyhine mahkemeye başvurmuştur. Davanın ilerleyen aşamalarında,

<sup>879</sup> Cubber/Belçika 26.10.1984 Par.26; **Gölcüklü/Gözübüyük**, s.255; **Demircioğlu**, s.75.

<sup>880</sup> 24 Şubat 1993, par.30.

<sup>881</sup> **Kuijer**, s. 345; **van Drooghenbroeck**, s.134; **Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet**, s.336.

<sup>882</sup> Par.55-57.

<sup>883</sup> 16 Eylül 2003, par.33-35.

<sup>884</sup> **van Drooghenbroeck**, s.138.

<sup>885</sup> 17 Haziran 2003.



mahkeme başkanının, aynı Üniversite’de öğretim üyesi olarak görev yaptığını öğrenmiş, davadan çekilmesini sağlamaya çalışmış ancak başarılı olamamıştır. Öğretim üyesi hâkimin, yürüttüğü dava sonucunda, işten çıkarılmanın tamamen yasal olduğu hükme bağlanmıştır. Somut olayda, mahkeme başkanının, davalı Üniversite ile meslekî ve dolayısıyla finansal bağlarının olması, objektif tarafsızlık açısından sorun yaratmaktadır. Her ne kadar hâkimin, söz konusu davada önyargılı ya da peşin hükümlü olduğuna (ve dolayısıyla subjektif tarafsızlığın ihlal edildiğine) dair bir emareye rastlanmamışsa da, hâkimin Üniversite ile olan bağlantısı, tarafsızlığından korkmak için meşru bir neden sayılmıştır.

Üçüncüsü, *avukat-hâkim* örneğidir. Türk hukukunda olmamakla birlikte yabancı hukuk sistemlerinde kabul edilen bu uygulamada, hâkim aynı zamanda avukatlık mesleğini icra etmektedir<sup>886</sup>. Avukatların, yarı zamanlı olarak hâkimlik yapabildiği İsviçre, bu nedenle bir mahkûmiyet kararının tarafı olmuştur. **Wettstein/İsviçre** kararına<sup>887</sup> konu olayda başvuran, beş hâkimden oluşan bir mahkeme heyeti tarafından yargılanmaktadır. Hâkimlerden ikisi, aynı başvuranın açtığı bir başka davada karşı tarafın vekilliğini yapan kişilerdir ve yarı zamanlı olarak hâkimlik yapmaktadırlar. AIHM, yarı zamanlı hâkimlik görevine ilişkin yasa ve uygulamaların genel olarak 6.maddeye uygun bir çerçeveye oturtulabileceğini ancak somut davada yargılamanın yürütülüş şeklinden dolayı endişe verici bir durum oluştuğunu ifade etmiştir. Her ne kadar başvuranın davası ile iki hâkimin dava vekili olarak görev yaptığı diğer dava arasında maddi bir bağ bulunmasa da, zaman bakımından fiili bir çakışma söz konusu olmuştur. Dolayısıyla, başvuranın söz konusu hâkimlerin hala kendisini taraf olarak görmeyi sürdürebileceğine ilişkin endişelerinin haklı olduğu ve bu durumun hâkimin davaya gereken tarafsızlıkla yaklaşmayacağına dair meşru korku doğurabileceği kanaatine varılmıştır.

Yarı zamanlı hâkimlik yapan avukatların tarafsızlığı sorunu İsviçre Federal Anayasa Mahkemesi önüne de gitmiştir. Mahkeme tarafsızlığın sağlanması için bir tedbir olarak, avukatın, taraflardan birinin vekili olarak dosyasının bulunduğu mahkemede, aynı hukuki sorunlarla ilgili olarak farklı dava da olsa hâkimlik yapamayacağına hükmetmiştir<sup>888</sup>.

<sup>886</sup> **van Drooghenbroeck**, s.137.

<sup>887</sup> 21 Aralık 2000.

<sup>888</sup> ATF 124 I 121, **Grisel**, s.75; **Kuijjer**, s.343.

**Puolitaival/ Finlandiya** davasında<sup>889</sup> ise, başvuranın daha önce açmış olduğu bir davada karşı tarafın avukatı olan kişinin daha sonra başvuran hakkındaki davada hâkim olarak bulunması ihlal olarak görülmemiştir. Çünkü iki dava eş zamanlı değildir. Birinci davadan sonra beş yıl geçmiştir. Ayrıca, birinci davanın konusu ile ikinci davanın konusu arasında hiçbir ilişki yoktur<sup>890</sup>.

Tarafsızlık açısından sorun oluşturabilecek bir başka ihtimal, hâkimin yargılamanın önceki bir aşamasında yine hâkim kimliğiyle farklı bir görev icra ediyor olmasıdır<sup>891</sup>. Bu halde, uyuşmazlıkla hâkim arasında önceden oluşan bağlantı, tarafsızlık konusunda haklı şüphelere yol açmaktadır. Common law hukuk sisteminde, tarafsızlığın sağlanması için hâkimin yargılamanın önceki aşamasında bir rolü olmaması gerekliliği, *kimse kendi davasının hâkimi olamaz (nemo judex in causa sua)* özdeyişi ile açıklanmaktadır<sup>892</sup>. Aynı davada daha önceden savcı olarak görev yapmış olan birinin sonradan hâkim olarak söz konusu davaya atanması hali, hâkimle uyuşmazlık arasındaki bağlantıya örnektir. **Piersack/ Belçika Kararı**na konu yargılamada<sup>893</sup>, bir hâkim, daha önce aynı olayın soruşturulmasında görev yapmışken daha sonra mahkeme üyesi olarak görevlendirilmiştir. Bu durum mahkemenin tarafsızlığı konusunda şüphe uyandırmaktadır. AİHM, somut olayda duyulabilecek tedirginliğini haklı bulmuş; kamuoyunda mutlak surette güven uyandırılabilmesi için mahkemenin örgütsel konumunun da değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. AİHM'nin tarafsızlığa ilişkin bu içtihatları sonucunda, 90'ların sonunda İspanyol hukukunda bir reformasyon yapılmış ve hâkimin aynı yargılamada birden fazla rol almasına imkân tanıyan kurallar değiştirilmiştir<sup>894</sup>.

Hâkimin aynı davada önceden savcı ya da soruşturma yargıcı olarak görev yapması, özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklar bakımından nadiren görülebilecek bir ihtimaldir. Belki aile hukukuna ilişkin birkaç kurumda gündeme gelebilir. Ancak yine de tarafsızlık konusunda ceza yargılamaları bakımından kabul edilen prensipler niteliğine uygun düştüğü ölçüde medeni usul hukukunda da uygulama alanı

<sup>889</sup> 23.11.2005, par.54.

<sup>890</sup> **İnceoğlu**, s.201.

<sup>891</sup> **Leach**, s.291; **Kuijer**, s. 340; **Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.834.

<sup>892</sup> **Janis/ Kay/ Bradley**, s.438; **Clayton/ Tomlinson**, s.26.

<sup>893</sup> 01.10.1982. Benzer bir başka örnek Padovani/İtalya, 26 Şubat 1993.

<sup>894</sup> **Freixes**, s.63.

bulacaktır. Türk hukukunda, Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 23.maddesi, konuyla ilgili bir tedbir ihtiva etmektedir. Buna göre, bir karar veya hükme katılan hâkim, yüksek görevli mahkemece bu hükme ilişkin olarak verilecek karar veya hükme katılamaz. Aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış bulunan hâkim, kovuşturma evresinde görev yapamaz. Yargılamanın yenilenmesi halinde, önceki yargılama görev yapan hâkim aynı işte görev yapamaz<sup>895</sup>.

Sübjektif tarafsızlık açısından yukarıda incelediğimiz **Kyprianou/Kıbrıs** kararında<sup>896</sup> Büyük Daire, başvuranın yerel mahkemedeki davranış biçiminin mahkemeye hakaret teşkil ettiğini iddia eden hâkimin, hakaret sebebiyle ödenecek tazminata kendisinin karar vermesinin tarafsızlığı zedeleyeceğine hükmetmiştir. Kararın bir üst mahkemede incelenmesi sırasında da bu eksiklik giderilmediğinden, 6.maddenin ihlal edildiği belirtilmiştir.

Öte yandan, bir ceza davasına bakan hâkimin, daha sonra aynı suçla ilgili olarak açılmış tazminat davasında görev almasının tarafsızlık ilkesi bakımından problemli görülmediği içtihatlarla rastlanmaktadır<sup>897</sup>. AİHM'ne göre, iki davada hükmün oluşturulması sırasından dikkate alınacak kriterler birbirinden farklı olabilmektedir. Cezai sorumluluğun mevcut olması her zaman hukuki sorumluluğu da beraberinde getirmeyebilir. **Fatullayev/Azerbaycan** davasında<sup>898</sup> ise, AİHM bu görüşünü biraz değiştirerek cezai ve hukuki sorumluluğun tamamen aynı olgulara dayanması halinde, aynı hâkimin başvuranı arka arkaya mahkûm etmesini, hâkimin tarafsızlığından şüphe edilmesi için haklı ve yeterli bulmuştur.

AİHM'nin **Morel/Fransa** kararına<sup>899</sup> konu uyuşmazlıkta, Şirket hakkındaki tedbir kararlarını alan hâkimin daha sonra Şirketin tasfiyesine karar vermiş olması nedeniyle tarafsızlık ilkesinin zedelendiği ileri sürülmüştür. AİHM önce sübjektif açıdan hâkimin tarafsızlığından şüphe edilecek bir unsurun varlığını aramış fakat hâkimin başvuran hakkında ön yargılı davrandığını gösteren herhangi bir emareye rastlamadığını belirtmiştir. Objektif açıdan incelemeye gelince, Şirket hakkındaki

<sup>895</sup> **Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Saygılar/ Alan**, s.117-118; Veli Özer **Özbek**, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı (Açıklamalı, Gerekçeli, İçtihatlı), Ankara 2005, (Şerh), s.121.

<sup>896</sup> 15.11.2005.

<sup>897</sup> Lie ve Bernstenn/Norveç, 16.12.1999.

<sup>898</sup> 22.04.2010, par.136-140.

<sup>899</sup> 6.06.2000.

tedbir kararlarını veren hâkimin daha sonra uyuşmazlığın esası hakkında hüküm vermesinin başvuranda ticaret mahkemesinin tarafsızlığı konusunda şüphe uyandırabileceğini ancak bu şüphenin objektif olarak haklı bulunması gerektiğini hatırlatmıştır.

Mahkemeye göre, bir hâkimin esas yargılamadan önce uyuşmazlık hakkında karar vermiş olması tek başına onun tarafsızlığı hakkındaki endişeleri haklı çıkarmaz. Burada, yargılamadan önce uygulanan tedbirlerin kapsamı da hesaba katılmalıdır. Bunun gibi hâkimin dosya hakkında ayrıntılı bilgi sahibi olması, esas hakkındaki yargılamada tarafsız kalmasını engellemez. Mevcut verilere ilişkin olarak yapılan ön değerlendirme, esas hakkındaki karar için bir önyargı oluşturmaz. Çünkü esas hakkındaki karar, tahkikat aşamasında tüm deliller tartışıldıktan sonra alınmaktadır. Bu nedenle hâkimin, Şirketin geleceği hakkında karar verirken tarafsızlığını yitirmiş olması endişesi haklı bulunmamıştır<sup>900</sup>.

AİHM'nin objektif tarafsızlığın sağlanması amacıyla hassasiyet gösterdiği bir başka husus, hâkimin verdiği hüküm aleyhine başvurulacak kanun yollarında görev almamasıdır<sup>901</sup>. Bu kural hakkında Sözleşmeciler devletler üzerlerine düşen sorumluluğu yerine getirerek iç hukukta gerekli düzenlemeleri yaptıklarından fazla sayıda içtihadı rastlanmamaktadır. **Oberschlick/Avusturya** kararında<sup>902</sup> belirtildiği gibi, bir uyuşmazlığın ilk derece yargılamasında görev yapan hâkimin istinaf incelemesinde yer alamayacağı şeklindeki iç hukuk kuralı ile tarafsızlığın ihlal edilmesinin önüne geçilmektedir.

Buna rağmen, **Diennet/Fransa** kararında<sup>903</sup> AİHM, bir pratisyen hekim hakkındaki disiplin soruşturmasını yürüten disiplin kurulunun üç üyesinin, üst kurulda da yer alıyor oluşunu, tarafsızlıktan şüphe edilmesi için haklı bir gerekçe olarak değerlendirmemiştir. Mahkemeye göre, üst kurulun kararını etkileyebilecek yeni herhangi bir vakıa ortaya çıkmadığından, üst kurul tamamen farklı kişilerden oluşsaydı dahi, inceleme sonucunda aynı karara varacaktı. Bu nedenle başvuranın mahkemenin tarafsızlığına ilişkin kaygısı haklı bulunmamıştır. Kanaatimizce bu

<sup>900</sup> Par.45-49.

<sup>901</sup> **Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet**, s.340.

<sup>902</sup> 23.05.1991, par.50.

<sup>903</sup> 26.09.1995.

karar mahkemenin görünürde de tarafsız olması kuralı ile çelişmektedir. Karara etki etmeyecek dahi olsa, üst kurulun tamamen farklı kişilerden oluşması, hak arayanların adil yargılandığına dair inancının zedelenmemesi için önemlidir. Fransız doktrininde de bu kararın objektif tarafsızlık kuralıyla çeliştiği ifade edilmiştir<sup>904</sup>.

Sonraki tarihli **De Haan/Hollanda** kararında<sup>905</sup> yukarıda benimsenen görüş isabetli olarak değiştirilmiş ve objektif tarafsızlığın olup olmadığı hakkında kanaate varmak için *karara etki edilmesi* aranmamıştır. Bu kararda AİHM, her ne kadar subjektif açıdan hâkimin önyargılı hareket ettiğine dair bir izlenim edinmemişse de objektif açıdan mahkemenin tarafsızlığı konusunda duyulabilecek şüphenin haklı olduğuna karar vermiştir. Bu olayın belirleyici özelliği de tıpkı *Diennet* kararında olduğu gibi, hâkimin sorumlu olduğu karara karşı yapılan itirazı inceleyecek mahkemeye başkanlık etmesidir<sup>906</sup>.

Hâkimin, verdiği hüküm hakkında başvurulacak kanun yolunda görev almaması kuralının önemli bir istisnası vardır: yargılamanın iadesi sebeplerinden birinin varlığı halinde yeniden yargılama yapılması<sup>907</sup>. **Thomann/İsviçre** kararında<sup>908</sup> bunun bir istisna olarak kabul edilmesinin gerekçesi net bir şekilde izah edilmektedir. Karara konu olayda, başvuran hakkında hileli iflas ve dolandırıcılık sebebiyle bir ceza davası açılmış ancak başvuran yerleşim yerini yeni bir adres bildirmeden terk ettiğinden yargılamaya yokluğunda devam edilmiştir. Bu arada yakalanmış ve mahkûmiyet kararı kendisine tefhim edilmiştir. Başvuran Ceza Usul Yasasının 267.maddesine dayanarak yeniden yargılama talep etmiş ve bu talebi kabul edilerek, ilk yargılamayı yapan üç hâkimden oluşan aynı mahkeme heyeti önünde yeniden yargılama yapılmıştır. Başvuran hâkimin reddi talebinde bulunmuşsa da bu talebi reddedilmiştir.

AİHM önünde adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri süren başvurana göre, yokluğunda yargılama yaparak mahkûmiyet kararı veren hâkimler zaten kendisinin suçlu olduğuna dair bir kanaate sahip oldukları için tarafsızlıklarını

<sup>904</sup> **Chen**, s.199.

<sup>905</sup> 26.08.1997.

<sup>906</sup> *Diennet* kararında, üst kurulun yedi üyesinden üçü ilk kararı veren kurulda yer almaktaydı. Ancak bu nüansın AİHM'nin farklı bir sonuca varmak için tek başına yeterli olmadığı kanaatindeyiz. Burada üzerinde durulması gereken husus, aynı kişi veya kişilerin üst yargılamada yer almasıdır.

<sup>907</sup> **Chen**, s.200.

<sup>908</sup> T:10.06.1996, Baş. No: 17602/91.

yitirmiş sayılmalıdırlar. Bu iddia karşısında yerel mahkemedeki yargılamayı subjektif ve objektif açıdan incelemeye tabi tutan AİHM, başvurunu haklı çıkaracak bir izlenime kapılmadığını açıklamıştır. Yeniden yargılama yapan hâkimlerin önyargılı hareket ettiğini gösteren herhangi bir emareye rastlanmamıştır. Aksine başvuranın varlığında ilk yargılamadan tamamen bağımsız şekilde yeni bir bakış açısıyla yaklaşmış ve savunma hakkı kendisine tam olarak tanınmıştır<sup>909</sup>.

AİHM somut olaydaki veriler ışığında vardığı sonucu başka gerekçelerle de pekiştirmiştir. Buna göre, yargılamanın yenilenmesi talebinin kabul edildiği her seferde davanın farklı bir mahkemede görülmesi, ilk yargılama sonucunda mahkûm edilenlerin bunu yeni bir fırsat olarak görerek, farklı mahkemeden farklı bir hüküm verileceği umuduna kapılmasına yol açabilecektir. Ayrıca, böyle bir yöntem benimsenmesi halinde çok sayıda hâkim aynı dava ile meşgul edilmiş olacağından yargı hizmeti yavaşlayacak ve sonuçta 6.madde açısından başka bir sorun ortaya çıkacaktır ki tahmin edileceği üzere bu makul sürede yargılanma hakkıdır<sup>910</sup>. Aslında, AİHM'ne göre bu tam bir istisna da sayılmamaktadır. Çünkü somut olay, bir hâkimin aynı yargılamanın farklı aşamalarında farklı roller üstlenmesi değil; hâkimin iki defa aynı görevi yerine getirmesidir<sup>911</sup>.

Öte yandan, sonraki tarihli bir kararında AİHM, yargılamanın yenilenmesi talebinin hükmün verildiği mahkeme tarafından incelenmesini adil yargılanma hakkına aykırı bulmuştur. Burada önemli olan hangi gerekçe ile yargılamanın yenilenmesine ya da talebin reddine karar verildiğidir. **San Leonard Band Club/Malta** kararında<sup>912</sup>, yargılamanın yenilenmesi kararı veren mahkemenin, kesin hükmü veren mahkeme hâkimlerinden oluşması tarafsızlık ilkesine aykırı olarak değerlendirilmiştir. Çünkü bu davada yargılamanın yenilenmesi “kanun hükmünün hatalı uygulanması” gerekçesiyle talep edilmiştir ve mahkeme üyelerinin kendileri tarafından uygulanan kanun hükmünün uygulanışının hatalı olup olmadığı hakkında karar verirken tarafsız kalamayacakları kuvvetle muhtemel görülmüştür<sup>913</sup>.

---

<sup>909</sup> Par.35.

<sup>910</sup> Par.36.

<sup>911</sup> **Janis/ Kay/ Bradley**, s.439.

<sup>912</sup> 29.07.2004, par.63-66.

<sup>913</sup> **van Drooghenbroeck**, s.136; **İnceoğlu**, s. 202.

*Thomann* kararında, yargılanmanın yenilenmesi halinde aynı mahkemenin davaya bakmasının objektif tarafsızlığı zedelediği görüşünde sunulan gerekçelerin, özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklar bakımından Türk hukukunda da geçerli olduğu kanaatindeyiz. Olağanüstü bir kanun yolu olan yargılamanın iadesi HMK 374 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. 380.maddeye göre yargılamanın iadesi sebebi sabit görülürse, kararı veren mahkeme tarafından (m.378) yeniden yargılama yapılacaktır. Ve yukarıdaki bilgiler ışığında, yeniden yapılan yargılamada, mahkemenin önceden bu konuda bir karar vermiş olması sebebiyle tarafsızlığının zedelendiğinden kural olarak bahsedilemeyecektir.

Bununla birlikte, HMK m.375/b bendindeki sebebin varlığı halinde, San Leonard Band Club kararındaki yaklaşım tarzı daha uygun olacaktır. Anılan madde hükmüne göre, davaya bakması yasak olan ya da hakkındaki ret talebi merciince kesin olarak kabul edilen hâkimin karar vermiş veya karara katılmış bulunması bir yargılamanın iadesi sebebidir. Burada korunmak istenen hak, kişinin tarafsız mahkemede yargılanma hakkı olduğuna göre, b bendine dayanılarak yapılacak yargılamanın iadesi taleplerinin aynı hâkim tarafından incelenmesi, gelecekte Türkiye için yeni bir mahkûmiyet tehlikesi taşıyabilecektir. Zira hâkim ile taraflardan biri arasında yasaklılık sebeplerinin varlığı halinde ya da ret talebinin merciince haklı bulunmasıyla hâkimin tarafsız kalamayacağı kabul edilmiş olmaktadır. Hâkimin, taraflı durumuna rağmen, yine bu nedenle kendisinden yargılamanın iadesi talebi hakkında tarafsız şekilde karar vermesini beklemek ise kanaatimizce yerinde bir çözüm olmamaktadır. HMK 375/b bendindeki sebebin varlığı halinde, yargılamanın iadesi talebinin kararı veren mahkemeden başka bir mahkeme tarafından incelenmesi ve gerekiyorsa yeniden yapılacak yargılamanın da bu mahkeme tarafından yapılması tarafsızlık ilkesi açısından daha uygun bir çözümdür. Bu konuda Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 23.maddesinin son fıkrasında öngörülen, yargılamanın yenilenmesi halinde, önceki yargılamada görev alan hâkimin aynı işte görev alamayacağına ilişkin kural, tarafsızlık ilkesine daha uygundur.

Hâkimin, davanın taraflarından biri ile önceden bir ilgisinin olması tek başına taraflı davranacağını düşünmek için yeterli görülmemektedir. Ancak yukarıdaki

örneklerdeki gibi, bazı özel durumlar somut olayda, hâkimin dosya bilgisinin ötesinde bir ilgiye işaret ediyorsa, bunların göz önünde bulundurulması gerekir<sup>914</sup>.

## 2. Türk Hukukunda Tarafsızlık İlkesine Hizmet Eden Düzenlemeler

Hatırlanmalıdır ki, hâkimler de bir insan olarak kişisel düşünce ve inançlara sahiptirler. Bununla yüzleşmek, hâkimin hiçbir insanî duyguya sahip olmadan yargılama görevini yerine getiren bir çeşit makine olduğu inancından çok daha gerçekçi bir yaklaşımdır<sup>915</sup>. Hâkimin kesin bir tarafsızlıkla karar vermesi neredeyse imkânsız sayılır. Yargı mensuplarının, kişisel düşünce ve inançlarını görevlerini yerine getirirken ayırık tuttuklarına dair duyulması gereken genel güven, tarafsızlığın güvence altına alınması amacıyla birtakım tedbirler alınmasına engel değildir. Mahkeme bu gerekliliği, **Sigurdsson/İzlanda** kararında<sup>916</sup> yenilemiştir. Karara konu olayda, başvuranın bir bankaya karşı açtığı davaya bakan hâkimlerden birinin kocasının söz konusu banka ile finansal bağı olduğu tespit edilmiştir. Bu bilgi, somut olayda hâkimin önyargılı davranabileceği ihtimalini açıkça ortaya koyduğundan, objektif tarafsızlığın zedelendiğine ilişkin başvuranın şikâyeti haklı bulunmuş ve 6.maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir<sup>917</sup>.

Sözleşmenin 6.maddesi her ne kadar, yargılama taraflarının tarafsızlığa ilişkin itirazlarını sunabilecekleri mekanizmaların varlığından açıkça söz etmese de bunların eksikliği halinde, adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi ihtimali daha yüksektir<sup>918</sup>. Ulusal mahkemelerin, tarafsızlığa ilişkin itirazları ciddiye alarak gereği gibi inceleme yaptığı hallerde, sonuç olarak bu şüphenin haksız olduğuna karar vermiş olsa bile, AİHM, ulusal mahkemenin vardığı sonucu sorgulamakta daha çekimser davranmaktadır. Bu da iç hukukta, tarafsızlığı güvence altına alacak enstrümanların varlığının önemini ortaya koymaktadır<sup>919</sup>.

<sup>914</sup> **Mole/Harby**, s.36; **Kuijer**, s.312.

<sup>915</sup> **Kuijer**, s.326.

<sup>916</sup> 10 Temmuz 2003.

<sup>917</sup> **Mole/Harby**, s.33.

<sup>918</sup> **Mole/Harby**, s.34.

<sup>919</sup> Bu konu özellikle ırkçılığa ilişkin iki kararda net olarak görünmektedir. **Remli/Fransa** kararına (23 Nisan 1996) konu olayda, jüri üyelerinden birinin “ben ırkçıyım” dediğini bir üçüncü şahıs işitmişti. Ulusal mahkeme, kendi dışında cereyan ettiği öne sürülen olayları resmi olarak ele aşamayacağına karar verdi ve iddiayı incelemedi. AİHM, ulusal mahkemenin tarafsızlığı doğrulamak için hiçbir kontrol yapmadığını ve böylelikle başvuranı, Sözleşme şartlarına ters düşecek bir durumu düzeltme



Anayasa’da hâkimin bağımsızlığından söz edilmesine rağmen tarafsızlığından söz edilmemektedir. Ancak Anayasa’nın 2.maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesi ve 36.maddesi, adil ve dürüst yargılanma hakkını güvence altına almaktadır. Bu hak ise tarafsız mahkemece yargılanmayı şart koştuğundan, tarafsızlık ilkesini de dolaylı olarak bünyesinde barındırmaktadır. Yine Anayasa’nın 36.maddesi, tarafsız mahkeme önünde yargılanma hakkını da ihtiva etmektedir. Dolayısıyla, hâkimin tarafsızlığının da bağımsızlığı gibi Anayasal güvence altında olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır<sup>920</sup>. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda hâkimin tarafsızlığını sağlayacak güvencelere yer verilmiştir. Bunlar hâkimin tarafsızlığının tehlikeye düşeceğinin düşünüldüğü hallerde, 1)hâkimin çekinmesi (HMK m.34), 2) hâkimin reddidir (HMK m.36).

Hâkimin davada tarafsız olamayacağına varsayıldığı veya kuvvetle muhtemel olduğu bazı hallerde hâkimin davaya bakması engellenmiştir<sup>921</sup>. Bu, neredeyse tüm yasal sistemlerde benimsenen bir tedbirdir. Zira, taraflı ya da ön yargılı olan hâkimin davaya bakmaktan alıkonulabilmesi, AİHM nazarında, yargı kurumunun objektif tarafsızlığının sağlanmasında önemli rol oynamaktadır<sup>922</sup>. Ancak hemen ifade etmek gerekir ki Türk hukuk sisteminde, mukayeseli hukuka nazaran konuya biraz daha bir hassasiyetle yaklaşmıştır. Kanun koyucunun ret ve yasaklılık sebeplerini ayrı ayrı

---

fırsatından yoksun bıraktığını belirterek ihlal kararı vermiştir. **Gregory/Birleşik Krallık** kararına (25 Şubat 1997) konu olayda da benzer şekilde, hâkime jüri tarafından, “jüri ırkçı tutum gösteriyor, bir üye azledilecek” yazılı bir not gönderilmişti. Hâkim, notu taraflara gösterdikten sonra jüriyi davayı kanıtlara göre değerlendirmeleri ve tüm önyargıları bir kenara bırakmaları konusunda uyardığı tespit edildi. AİHM, bunun 6.madde için yeterli olduğunu kararlaştırdı. Bu davayı Remli/Fransa davasıyla karşılaştırırken yerel mahkemenin tutumuna dikkat çekilmiştir: “*O davada (Remli/Fransa), asliye mahkemesi hâkimleri, kimliği belirli bir jüri üyesinin ırkçı olduğunu söylerken işitildiği iddiasına karşı tepkisiz kalmışlardır. Elimizdeki davada ise, yargıç jüride ırkçılığa ilişkin, her ne kadar muğlak ve belirsiz de olsa, tamamen temelsiz olduğu söylenemeyecek bir iddia ile karşı karşıya kalmıştır. Bu koşullar altında, yargıç mahkemenin Sözleşme 6&1 madde uyarınca tarafsız bir mahkeme olarak oluşturulup oluşturulmadığını kontrol edecek yeterli adımları atmış ve bu bağlamdaki şüpheleri giderecek yeterlilikte teminat sağlamıştır.*” (Par.49). Daha sonraki, **Sander/Birleşik Krallık** kararında (9 Mayıs 2000) ise AİHM, jüri arasında ırkçılığa ilişkin benzer bir kanıt hâkimin benzer tepkisini yetersiz bulmuştur: “*yargıcın, jüri üyelerinin önyargılarını bir kenara bırakarak davayı sadece kanıtlara dayalı değerlendirebileceklerine ilişkin muğlak güvenceler aramaktan daha katı bir tepki vermesi gerekirdi. Bunu yapmayarak, yargıç mahkemenin tarafsızlığına ilişkin nesnellığe dayalı ve meşru şüpheyi giderecek yeterli teminatı sağlamamıştır. Bu durumda, başvuruçuyu mahkum eden mahkemenin objektif açıdan tarafsız olmadığı kanaatine varılmıştır*”. **Mole/Harby**, s.35; **Kuijer**, s.371 vd.

<sup>920</sup> **Centel**, s.29. **Centel/Zafer**, s.365.

<sup>921</sup> **Ansay**, s.50; **Postacıoğlu**, s.78; **Berkin**, s.40; **Bilge**, s.94; **Bilge/Önen**, s.211; **Önen**, s.89; **Üstündağ**, s.122; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.101; **Alangoya/Yıldırım/Deren- Yıldırım**, s.40; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.229; **Yılmaz**, Şerh, s.397 vd.

<sup>922</sup> **Kuijer**, s.307.

düzenlemesi, yargının tarafsızlığı konusundaki hassasiyetinin tezahürüdür. Mukayeseli hukukta, her iki kurum genellikle, hâkimin reddi başlığı altında birkaç cümle ile düzenlenmektedir<sup>923</sup>.

Türk kanun koyucu bu halleri ikiye ayırmıştır. Birincisi, Kanun gereğince hâkimi davaya bakmaktan alıkoyan sebepler (*judex inhabilis*), diğerleri ise başarılı bir ret prosedürü sonunda hâkimin o davaya bakmasına engel olan sebeplerdir (*judex suspentus*). Hâkimin davaya bakmaktan çekinmesi gereken haller Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 34.maddesinde tahdidi olarak sayılmaktadır. Hâkimin davada tarafsız olamayacağından kuşku duyulan bazı haller ise kanun koyucu tarafından hâkimin reddi sebebi olarak düzenlenmiştir<sup>924</sup>. HMK m.36'da sayılan ret sebepleri çekinme sebepleri gibi sınırlı değildir.

Hâkimin yasaklı olması ile reddi birbirinden farklıdır. 34.maddede sayılan yasaklılık hallerinde, hâkim bu davaya bakamaz, çekinmek zorundadır. Hâkimin davadan çekinmesi ile görevi son bulur ve davaya başka bir hâkim tarafından devam edilir. Buna karşılık, 36.maddedeki ihtimallerden birinin varlığı nedeniyle tarafların hâkimi reddetmesi veya hâkimin kendisini reddetmesi ile hâkim hemen davadan el çekmez. Bu konuda bir başka mahkemenin ret sebebini inceleyerek karar vermesi gerekir<sup>925</sup>. Her iki kurumun da amacı hâkimin tarafsızlığının sağlanması iken, dolaylı faydası ise yargıya olan güvenin artması şeklinde kendini gösterir.

#### a. Hâkimin Çekinmesi (Hâkimin Davaya Bakmasının Yasak Olduğu Haller)

Hâkimin davaya bakmasının yasak olduğu haller HMK'nun 34.maddesinde sayılmıştır<sup>926</sup>. Bu hallerin varlığı halinde hâkim, taraflar talep etmeseler bile

<sup>923</sup> İsviçre Federal Usul Kanunu'nun 47 ve devamı maddelerinde hâkimin reddi düzenlenmektedir. Kanunda ayrıca hâkimin çekinmesi kurumuna yer verilmemektedir. 47.maddede düzenlenen ret sebepleri yalnızca hâkimler için değil, yargılama faaliyetine dahil olan tüm görevliler için geçerlidir. Kâtipler, bilirkişiler, mahkeme kalemi bu kapsamdadır. Hofmann/Lüscher, s.20.

<sup>924</sup> Ansay, s.50; Postacıoğlu, s.80; Berkin, s.42; Bilge, s.98; Bilge/Önen, s.211; Önen, s.91; Üstündağ, s.122; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.101; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.43; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s.229; Yılmaz, Şerh, s.421 vd.

<sup>925</sup> Postacıoğlu, s.82; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s.101; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s.238; Alangoya/Yıldırım/Deren- Yıldırım, s.44; Yılmaz, Şerh, s.439,442.

<sup>926</sup> Bu maddede esas olarak, hâkimin davaya bakmaktan yasaklı olduğu hallere ilişkin 1086 sayılı Kanunun 28.maddesinin dili sadeleştirilmiş, yasaklılık hallerinden her biri ayrı bir bentte düzenlenmiştir. Ancak 28.maddenin 2 numaralı bendinde mevcut olan kan ve kayın hısımları

kendiliğinden çekinmek zorundadır. 1086 sayılı HUMK'nun 30.maddesi, yasaklılık sebebine rağmen tarafların açık yazılı muvafakati ile yasaklı hâkimin davaya bakmasına cevaz veriyordu. Ancak bu hüküm HMK m.34'e alınmamıştır. Hükümet gerekçesinde bu değişikliğin gerekçesi olarak bu hususun kamu düzeninden sayılması gösterilmiştir. Hâkimin davaya bakmaktan yasaklı olduğu haller ve çekinmesi kamu düzenini ilgilendiren hususlardır. Bu nedenle tarafların anlaşmasıyla da olsa hâkimin davaya bakmaya devam etmemesi gerekir. Ayrıca taraflar muvafakat verdikten sonra bundan pişmanlık duyabilir veya hâkimin verdiği karardan şüphe duyabilir<sup>927</sup>. Bu nedenle eski düzenlemenin metne alınmaması yerinde olmuştur<sup>928</sup>. Hâkimin çekinmesi gereken haller şunlardır:

a) Hâkim, *kendisine ait olan veya doğrudan doğruya ya da dolayısıyla ilgili olduğu davalara* bakamaz. Bu madde uyarınca hâkim, davacı veya davalı olduğu davaya bakamayacaktır. Dava sonunda verilecek hüküm hâkim için de hukuksal sonuç doğuracak ise, örneğin, fiillerinden hâkimin sorumlu tutulacağı bir kimsenin somut olaydaki fiili sebebiyle zarara uğranıldığının tespiti ve zararın tazmini isteniyorsa, eldeki davada hâkim kefil veya müteselsil sorumlu kişi olarak failin yanı sıra hasım gösterilmemiş olsa bile, dolayısıyla ilgili kişi durumunda sayılmalıdır<sup>929</sup>.

b) Hâkim, *aralarında evlilik bağı kalksa bile eşinin*<sup>930</sup> *davasına* bakamaz. Belirtmek gerekir ki, bu bent eşin doğrudan ilgili olduğu davaları kapsar; buna karşılık eşin dolayısıyla ilgili olduğu davaları kapsamaz. Bu sonuç, bir üst bentte geçen “ya da dolayısıyla ilgili olduğu” ifadesine bu bentte yer verilmemesinden anlaşılmaktadır. Bu bende girmese bile, dava, hâkimin eşini veya eski eşini dolaylı olarak ilgilendiriyorsa, HMK m.36/f.1 gereğince ret sebebi sayılacağından şüphe etmemek gerekir<sup>931</sup>.

---

arasındaki derece farkı kaldırılarak her iki hısımlık bakımından da üçüncü derece dahil olmak üzere yasaklılık getirilmiştir. Ayrıca 4 numaralı bentte yer alan “hini davada heyeti idaresinden bulunduğu cemiyete, belediyeye veya diğer hükmi bir şahsa ait davalara” bakamayacağı yolundaki hüküm uygulama alanı olamaması sebebiyle metne dahil edilmemiştir. Son olarak, nişanlılık bir yasaklılık sebebi olarak maddeye eklenmiştir. Bkz. Hükümet gerekçesi m.39.

<sup>927</sup> Karşlı, s.192.

<sup>928</sup> Kılıçoğlu, Şerh, s.377.

<sup>929</sup> Umar, Şerh, s.144; Bilge/Önen, s.213; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.102; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.230; Yılmaz, Şerh, s.415.

<sup>930</sup> Yeni HMK m.34,1/b'de eski HUMK m.28/2'den farklı olarak, daha doğru bir şekilde “karı” ifadesi yerine “eş” kelimesi kullanılmıştır. Böylece, daha önce ortaya çıkan gereksiz tereddüt ortadan kaldırılmıştır.

<sup>931</sup> Umar, Şerh, s.144.

c) Hâkim, *kendisi veya eşinin altsoy veya üstsoyunun davasına* bakamaz. Bu bentteki “eşi” ifadesi acaba eski eşi de kapsamakta mıdır? Bu soruya olumlu yanıt verilmelidir. Her ne kadar maddede eski eş ifadesine yer verilmemişse de, e bendindeki civar hısımlığı, evlilik bağı kalkmış olsa bile yasaklılık sebebi olarak değerlendirilmiştir. O halde üst soy ve alt soy bakımından evlilik bağının devam etmesini aramak maddenin kendi içinde çelişki doğuracaktır. Evlilik bağı kalkmış olsa bile, hâkim eski eşinin alt ve üst soyunun taraf olduğu davalara bakamamalıdır<sup>932</sup>.

ç) Hâkim, *kendisi ile evlatlık bağı bulunanın davasına* bakamaz. Bu bendin uygulanması için aradaki evlat edinme ilişkisi resmen kurulmuş olmalıdır. Ülkemizde yaygın şekilde rastlanan, “manevi evlat edinme” bu bent kapsamına girmemektedir. Ancak bu çeşit bir yakınlık HMK m.36/f.1 gereğince ret sebebi sayılabilir<sup>933</sup>. Yine hâkim ile, evlatlık bağı bulunanın davacı veya davalı olarak gösterdiği davalar dışında, evlatlık bağı bulunan kişinin doğrudan doğruya veya dolayısıyla ilgili olduğu davalar da bu bent kapsamına girmemektedir. Ancak bu davalarda, hâkimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren önemli bir sebebin varlığı kabul edilebilecek ve hâkimin reddi sağlanabilecektir<sup>934</sup>.

d) Hâkim, *üçüncü derece*<sup>935</sup> *de dahil olmak üzere, kan veya kendisini oluşturan evlilik bağı kalksa dahi kayın hısımlığı bulunanların davasına* bakamaz. Bu kişilere amca, teyze, hala, dayı, yeğen örnek gösterilebilir. Ancak bu dereceye kadar olan hısımlar, davanın tarafı değilse bu hüküm uygulanmaz. Örneğin, hakimin çocuğu, belediyede memur olarak çalışıyorsa, belediyenin davalı veya davacı olduğu bir dava, bu bent kapsamına girmez; bu ilişki olsa olsa hakimin reddi sebebi olarak değerlendirilebilir<sup>936</sup>.

e) Hâkim, *nişanlısının davasına* bakamaz. Hatırlanmalıdır ki, nişanlılık ilişkisinin varlığından söz etmek için geleneklere uygun bir nişan töreninin yapılması

<sup>932</sup> Umar, Şerh, s.144-145.

<sup>933</sup> Umar, Şerh, s.145.

<sup>934</sup> Yılmaz, Şerh, s.416.

<sup>935</sup> Eski HUMK m.28/2’de üçüncü dereceye kadar kan hısımları ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları belirtilmekte idi. Yeni düzenleme, kan ve kayın hısımları arasında derece bakımından bulunan farkı ortadan kaldırmıştır.

<sup>936</sup> Yılmaz, Şerh, s.416-417.

ya da yüzük takılması gerekmez. Nişanlanma, TMK m.118/f.1 uyarınca, evlenme vaadiyle olur. Hâkim ile taraflardan biri arasında böyle bir bağ kurulmuş olduğunun ispatı da hiçbir delil sınırlamasına bağlı değildir. Nişanlılık bağı ispatlanamamakla birlikte, hâkim ile davanın taraflarından biri arasındaki yakınlığın yeterince ileri olması halinde bu yakınlık, HMK m.36/f.1 kapsamına girebilecektir<sup>937</sup>.

f) Hâkim, *iki taraftan birinin vekili, vasisi, kayyımı veya yasal danışmanı sıfatıyla hareket ettiği davaya* bakamaz. Bu hüküm özellikle, avukatların aynı zamanda yarı zamanlı hâkim olarak görev yaptığı hukuk sistemlerinde önemli işleve sahiptir. Eğer bir hâkim eş zamanlı olarak, önündeki davanın taraflarından birini bir başka davada avukat olarak temsil ediyorsa, bu yasaklılık sebebidir.

Davaya bakmaktan çekinmek zorunda olan bir hâkim, bunu yapmayarak yargılamaya devam etmiş ve hüküm vermiş ise kanun yolu aşamasında bu bir bozma nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır. *Yasaklama sebebinin doğduğu tarihten itibaren, o hâkimin huzuru ile yapılan bütün işlemler, üst mahkemenin kararı ile iptal olunabilir. Hüküm ve kararlar ise herhâlde iptal olunur* (HMK m.35/f.1). Bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay'da ki incelemeler sırasında, taraflarca ileri sürülmesi bile, davaya bakması yasak olan hâkimin, yasak halinin doğumundan sonra yaptığı işlemler iptal edilebilir. Ayrıca, davaya bakması yasak olan hâkimin verdiği hükmün kesinleşmesinden sonra yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilir (HMK m.375/f.1-b).

Çekinme sebeplerine rağmen davadan çekinmemiş bir hâkimin tarafsızlığı kuralı ihlal edilmiş olur. Tarafsızlık ise adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından biridir. Böyle bir durumda, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılabilir. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine müracaat hakkı da saklıdır.

İç hukukta açıkça yasaklılık sebebi olarak sayılmasına rağmen, davanın yasak hâkim tarafından görülmesi halinde AİHM Sözleşme açısından mahkemenin tarafsızlığının yeniden değerlendirilmesine gerek kalmaksızın doğrudan ihlal kararı vermektedir. Örneğin, **Oberschlick/Avusturya** kararına konu olayda, iç hukukun

<sup>937</sup> Umar, Şerh, s.145.

davayla ilgili daha önceki bir safhada karar vermiş merciin daha sonraki bir aşamada aynı üyelerle karar vermesini yasakladığı tespit edilmiştir. AİHM'ne göre bu düzenleme, yasama organının mahkemenin tarafsızlığı konusundaki her türlü makul kuşkuyu ortadan kaldırmaya önem verdiğini göstermektedir. Bu kurala uymamak, başvuranın tarafsızlığının kuşkulu olduğunun iç hukuk tarafından kabul edilmiş bir mahkeme tarafından yargılandığı anlamına gelmektedir<sup>938</sup>. Bu nedenle Sözleşme açısından tarafsızlık ilkesine uyulup uyulmadığı ayrıca incelenmesine gerek duyulmadan ihlal kararı verilmiştir.

### b. Hâkimin Reddi

Hâkimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren önemli bir sebebin bulunması halleri, hâkimin reddi sebepleri olarak kabul edilmiştir. Buradaki gaye, hem davaya tarafsız bir hâkimin bakmasını sağlamak, hem de tarafsız olduğu hususunda taraflarda tam bir kanaat oluşmasını temin etmektir. Ancak tarafları telkin etmeye çalışırken de aşırıya kaçmamak gerekir. Zira bu imkânın gelişigüzel kullanılmasına cevaz verilirse, davaların sonucunu almak da imkânsızlaşır<sup>939</sup>. Tarafsızlık sağlanmaya çalışılırken, sürüncemede kalan davalar, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilmesine yol açabilir. Bu halde ortaya çıkacak tablo, kaç yapmaya çalışırken göz çıkarmak şeklinde betimlenebilir ki arzu edilen bir sonuç değildir.

Kanundaki sayım tahdidi değildir<sup>940</sup>, 1086 sayılı Kanundaki ret sebepleri burada örnek olarak sayılmıştır<sup>941</sup>. Kanunun 36.maddesine göre, hâkimin tarafsızlığından şüpheyi gerektiren önemli bir sebebin varlığı halinde hâkim taraflarca reddedilebilir veya hâkim bizzat çekilebilir. İlk cümledeki bu ifade, sınırlarının çizilmesi oldukça zor olan bir torba sebep niteliğindedir<sup>942</sup>. Hâkimin tarafsız olamayacağına düşünülüşüğü bütün haller buraya girer. Kanunun getirdiği

<sup>938</sup> **İnceoğlu**, s.207.

<sup>939</sup> **Üstündağ**, s.129.

<sup>940</sup> Fransız Medeni Usul Kanunu'nun (NCPC) 341.maddesinde ret sebepleri tahdidi olarak sayılmıştır. Ancak, AİHM içtihatlarının da etkisiyle ret sebeplerinin sınırlandırılması ve Sözleşmedeki tarafsızlığın sağlanabilmesi için somut olayın özelliklerine göre yorumlanması ve gerektiğinde esnetilmesi gerektiği kabul edilmektedir. **Chen**, s.203-204.

<sup>941</sup> "Madde, 1086 sayılı Kanunun 29 uncu maddesinin yeniden düzenlenmiş halidir. Birinci cümlede, genel ret sebebi olarak, 29 uncu maddenin birinci fıkrasının altıncı bendindeki durum kabul edilmiş ve diğer haller örnek olarak sayılmıştır." Bkz. Hükümet Gerekçesi m.41.

<sup>942</sup> **Yılmaz**, Şerh, s.422.

yegane sınır, sebebin *önemli olması*<sup>943</sup>. Kanunda örnek olarak sayılan sebepler şunlardır:

a) Hâkimin *davada, iki taraftan birine öğüt vermiş ya da yol göstermiş olması*. Örneğin, iddia ya da savunma temeli olabileceken ileri sürülmemiş bir vakıanın, ondan yararlanabilecek tarafa hatırlatılması veya hatırlatabilecek davranışlarda bulunulması bu kapsamdadır<sup>944</sup>. Ancak hâkimin taraflardan birisine öğüt vermesi ya da yol göstermesi ile hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğü birbirine karıştırılmamalıdır. Hâkim, davayı aydınlatma yükümlülüğü içinde kalacak şekilde taraflardan talepte bulunmuş, bazı hususların netleştirilmesini istemişse, bu bir ret sebebi oluşturmamalıdır<sup>945</sup>.

b) Hâkimin *davada, iki taraftan birine veya üçüncü kişiye kanunen gerekmediği halde o davayla ilgili görüşünü belirtmiş olması* bir ret sebebidir. Karar, tez ve antitezin çarpışması ve delillerin değerlendirilmesi sonucundan varılan hukuki sonuç olduğuna göre, bu sonuca ulaşmada gerekli aşamalar tamamlanmadan önce dava hakkında görüş bildirilmiş olması<sup>946</sup>, hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulması sonucunu doğurur. Ayrıca tarafların mahkemeye<sup>947</sup> ve adil yargılanacaklarına olan güvenlerinin sarsılmasına yol açacaktır.

Dava dilekçesinin mahkemeye verilmesinden sonra hâkim, kanunen bir açıklama ve karar verme sırası gelmemişken, davacıya veya üçüncü bir kişiye davanın kazanılamayacağını açıklaması<sup>948</sup> ya da tam tersi olarak davalıya davacının talebinin haklı olduğunu ifade etmesi halinde, bu ret sebebi gerçekleşmiş olur. Veya hâkimin yazdığı bir makalede, görmekte olduğu bir dava hakkındaki görüşünü beyan etmesi<sup>949</sup> de bu bent kapsamına girecektir. Bununla birlikte, henüz şimdiki dava

<sup>943</sup> Önemli olarak değerlendirilen hususlar, somut olayın özelliklerine ve kişiden kişiye değişebilir. Örneğin bir olayda hâkim, davadan çekilmiş ve buna gerekçe olarak oğlunun, önüne gelen davada davalı olarak gösterilen kişinin sahibi bulunduğu dershanede öğrenci olmasını göstermiştir. Hâkimin çekilmesini inceleyen mahkeme, çekilmeyi yerinde görmüşse de Yargıtay, ortada reddi gerektirecek bir neden olmadığı sonucuna varmıştır. 20.HD, 1.3.2005, 1299/1864 (Yılmaz, Şerh, s.423).

<sup>944</sup> Umar, Şerh, s.150; Yılmaz, Şerh, s.426.

<sup>945</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.232.

<sup>946</sup> Buradaki görüş açıklama ile kast edilen tarafların davada haklı olup olmadıkları ile ilgili görüş bildirme, uygulamada alışılmış deyimle ihsası reyde bulunmadır. Yılmaz, Şerh, s.426.

<sup>947</sup> Demircioğlu, s.78.

<sup>948</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.233. Fransız temyiz mahkemesi bu yönde bir kararı için bkz. Cass. Com., 18 Haziran 1996, Chen, s.189.

<sup>949</sup> Kuru, Usul I, s.87.

ortada yokken, objektif olarak mevcut davanın çözümünü etkileyecek bir hukuksal sorunu, hâkimin daha önceden ele almış ve bu soruna ilişkin çözümünü açıklamış olması hâkimin reddini gerektirir mi? Bu durumda hâkimin somut davada taraflardan birini tutmak gibi bir yanlılığı olmasa da, o davanın hangi doğrultuda sonuca bağlanması gerektiği bakımından peşin hükümlü olduğu kabul edilebilir. Ancak bu ihtimalin bir ret sebebi olarak kabul edilmesi, pek çok davada hâkimlerin reddedilmesi sonucunu doğurur çünkü, pek çok hâkim, kaleme aldıkları eserlerde bir çok hukuksal sorunun çözümü için görüş açıklamaktadırlar. Bu nedenle somut olaydaki hukuki sorun hakkında, daha önceden yazdığı eserlerde görüş bildirmemiş olan hâkime rastlamak neredeyse imkânsızdır. İlâveten, hâkimin ilgili hukuksal sorun hakkında daha önceden savunduğu görüş doğru olabilir; o hâkimi hukuki sorun hakkında araştırma yaparak doğru çözümü savunduğu için reddetmek uygunsuz bir tutum olur. Bu nedenle, henüz şimdiki dava ortada yokken, objektif olarak mevcut davanın çözümünü etkileyecek bir hukuksal sorunu, hâkimin daha önceden ele almış ve bu soruna ilişkin çözümünü açıklamış olması hâkimin reddi sebebi sayılmamalıdır<sup>950</sup>.

Belirtmek gerekir ki, ihsası rey kararın ittihazından önceki durumlar için ret sebebi sayılmaktadır<sup>951</sup>. Bunun sonucu olarak, verdiği hüküm Yargıtay tarafından bozulan hâkimin, bozma kararı gereğince inceleme yaptığı sırada daha önce görüşünü beyan ettiği gerekçesiyle reddi istenemez<sup>952</sup>. Ya da yargılamanın yenilenmesi davasına bakan hâkim, önceki yargılama sırasında davayla ilgili görüşünü beyan ettiği gerekçesiyle reddedilmez. Aynı şey kısmi davayı karara bağlayan hâkim için de geçerlidir.

Bunun gibi, geçici hukuki koruma taleplerinin kabulüne veya reddine karar vermiş olan hâkim asıl davada bu nedenle reddedilemez. Çünkü “*kanunen gerektiği için*” geçici hukuki koruma talebini karara bağlamıştır. Aynı gerekçeyle, davacının ilk bakışta haklı görünmediği gerekçesiyle adli yardım talebi reddedilen hâkim de reddedilemez<sup>953</sup>.

<sup>950</sup> Umar, Şerh, s.151.

<sup>951</sup> Yılmaz, Şerh, s.427-428; Demircioğlu, s.78-79.

<sup>952</sup> Thomann/İsviçre, 10 Haziran 1996; Ringeisen/Avusturya, 16 Temmuz 1971, par.97; Diennet/Fransa, 26.09.1995.

<sup>953</sup> Umar, Şerh, s.150; Yılmaz, Şerh, s.427.



Bir dava hakkında görevsizlik/yetkisizlik kararı verdikten sonra görevli/yetkili mahkemeye tayin edilen hâkimin davaya bakması mümkündür çünkü hâkim görevsizlik/yetkisizlik kararı verirken davanın esası hakkında görüşünü beyan etmemiştir. Ancak hâkim, görevsiz/yetkisiz mahkemede esas hakkında karar vermiş ve Yargıtay bu kararı görev/yetki yönünden bozmuş, hâkim bunun üzerine görevsizlik/yetkisizlik kararı vermiş ise aynı hâkim bu defa tayin edildiği görevli/yetkili mahkemede reddedilebilir. Çünkü kanunen gerekmediği (yalnız görevsizlik/yetkisizlik kararı vermesi gerektiği) halde, davanın esası hakkında görüşünü beyan etmiş durumdadır<sup>954</sup>.

c) Hâkimin, *davada tanık veya bilirkişi olarak dinlenmiş veya hâkim ya da hakem sıfatıyla hareket etmiş olması* ret sebebidir. Örneğin hâkim, daha önce tanık olarak dinlendiği bir davada daha sonra hâkim olarak atanmışsa birinci ihtimal gerçekleşmiş olur. Burada hâkimin sadece tanık olarak gösterilmesi yeterli olmamalı, tanık sıfatıyla dinlenmiş olması aranmalıdır<sup>955</sup>.

Hâkim olarak dinlenmesi ise, ilk derece mahkemesinde karar vermiş olan hâkimin, daha sonra bölge adliye mahkemesi ya da Yargıtay'da görevini sürdürmesi sırasında, daha önce hüküm verdiği davada karar vermek durumunda kalması şeklinde<sup>956</sup> olabilir. Örneğin, **De Haan/Hollanda** kararında<sup>957</sup>, temyiz mahkemesine başkanlık eden hâkimden, kendisinin ilk derece mahkemesi hâkimi iken verdiği bir karara yapılan itirazın kanun yolu incelemesini yapmasının beklenmesi 6.maddeye aykırı bulunmuştur. Ya da, **Piersack/Belçika** kararında<sup>958</sup>, başvuranın yargılandığı yerel mahkemenin hâkimi, daha önce başvuran aleyhindeki söz konusu davayı açan dairesinin bir üyesi olduğundan, davada tarafsız kalamayacağı ve 6.maddenin ihlal edildiği kararlaştırılmıştır.

Yargıtay özel dairesinde temyiz incelemesine katılan hâkimlerin, yerel mahkemece direnme kararı verilmesi üzerine genel kurulda yapılan oylamaya katılmaları, bu bent kapsamına dahil edilebilir mi? TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR, bu durumun AİHS m.6 bakımından sorun yaratacağı ve ileride ihlale

<sup>954</sup> **Kuru**, Usul I, s.92.

<sup>955</sup> **Demircioğlu**, s.80.

<sup>956</sup> **Yılmaz**, Şerh, s.430; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.233-234; **Hofmann/Lüscher**, s.20.

<sup>957</sup> 26 Ağustos 1997.

<sup>958</sup> 1 Ekim 1982.

sebepl olabileceği yönünde görüş bildirmişlerdir<sup>959</sup>. Bu görüşten hareketle, Genel Kurulda yapılan oylamada temyiz incelemesine katılan hâkimlerin tarafsız olmadığı ihtimali üzerinde durdukları söylenebilir.

Ancak biz bu görüşe katılmamaktayız. Çünkü, yukarıda verilen örneklerde, uyuşmazlığı esastan inceleyen hâkimin daha sonra başka bir göreve (temyiz mahkemesi hâkimi gibi) atanması ve mesela ilk derece mahkemesi hâkimi sıfatıyla vermiş olduğu kararı üst derece mahkemesi hâkimi sıfatıyla değerlendirmesi mevzu bahistir. Oysa, temyiz incelemesine katılan hâkimler açısından böyle bir görev değişikliği söz konusu olmamaktadır. Ayrıca, temyiz incelemesini yapan hâkimler, kanunen gerektiği için görüşlerini açıklamaktadırlar. Bu nedenle, iç hukuktaki bu kural, hâkimin tarafsızlığına engel teşkil etmemektedir kanaatindeyiz.

Acaba, davayla ilgili olarak daha önce istinabe hâkimi olarak görev yapan hâkim de bu kapsamda sayılır mı? Kanun “*hâkim sıfatıyla hareket etmiş olmayı*” yeterli gördüğüne göre bu soruya olumlu yanıt vermek gerekecektir. Bu konuda CMK m.23’te öngörülen “*hükme katılma*” kriteri daha uygun olabilirse<sup>960</sup> de kanun koyucunun hükmün uygulama alanını böylesine geniş tutması, objektif tarafsızlığın sağlanması çabası olarak değerlendirilebilir. Bu tercih sebebiyle, görevsizlik kararı sebebiyle davayı reddeden hâkim, daha sonra görevli mahkemeye atandığında, bu bende göre bir ret sebebi olacaktır. Hâlbuki hâkim, davanın önceki aşamasında davanın esası hakkında bir karar vermiş değildir. Dolayısıyla bu durum bir ret sebebi sayılmamalıdır<sup>961</sup>.

d) Davanın, hâkimin *dördüncü derece de dahil yansoy hısımlarına ait olması* ret sebebidir<sup>962</sup>. Hâkim ile davanın tarafları arasında üçüncü dereceye kadar kan veya kayın hısımlığı bulunması hali, bir yasaklılık sebebi olarak m.34/1-e’de düzenlenmektedir. Bu dereceden sonraki yansoy hısımlığı, örneğin hâkimin taraflardan birinin kuzeni olması, ret sebebi sayılır. Kanunda, daha sonraki dereceler bakımından herhangi bir düzenleme yapılmamışsa da tarafsızlığı tehlikeye sokacak bu tür hısımlıklar genel red sebebi olarak devreye girebilir<sup>963</sup>.

<sup>959</sup> Tezcan/ Erdem/ Sancakdar, s.265.

<sup>960</sup> Demircioğlu, s.81.

<sup>961</sup> Umar, Şerh, s.152.

<sup>962</sup> NCPC, 341-3.

<sup>963</sup> Yılmaz, Şerh, s.430.

e) Hâkimin, *dava esnasında iki taraftan birisi*<sup>964</sup> ile davası veya aralarında bir *düşmanlık bulunması* ret sebebidir. Davanın tarafı ile hâkim arasında daha önce açılmış ve sonuçlanmış olan dava bu bent kapsamına girmez<sup>965</sup>. Ancak pek tabii ki hâkimin tarafsızlığından şüphe edilecek bir hal sayılabilir<sup>966</sup>. Yargılama devam ederken hâkime tazminat davası açılması da bu bent anlamında ret sebebi sayılmamaktadır<sup>967</sup>. Uygulamada davaya bakan hâkimi değiştirmek isteyen taraflar, bu hükümden yararlanmak amacıyla hâkime karşı uydurma davalar açmaktadırlar. Bu nedenle, bu bende dayanan ret sebeplerinin ve hâkim aleyhine açılan davanın dikkatlice incelenmesi gerekir. Örneğin, dava açıldıktan sonra hâkim çeşitli sebeplerle Hâkimler ve savcılar Yüksek Kurulu'na şikâyet edilmekte ve bu şikâyet sebebiyle artık davada tarafsız olamayacağı ileri sürülmektedir. Yargıtay bu gibi örneklerde hâkimin şikâyet edilmesinin reddi için yeterli sebep olmayacağına haklı olarak hükmetmektedir<sup>968</sup>.

Hâkim ile taraflardan birinin vekili arasında bir düşmanlık bulunması bu bent kapsamında olmamakla birlikte, 36.maddenin ilk fıkrası uyarınca ret sebebi sayılabilir.

Ret sebepleri Kanunda sayılanlarla sınırlı olmadığından, somut olayda tarafsızlığa gölge düşürecek şekilde hâkimin taraflardan biri ile arasında kişisel

<sup>964</sup> İsviçre Federal Usul Kanunu'nda, tarafların veya temsilcilerinin arasında böyle bir ilişki olması ret sebebi sayılmaktadır. **Hofmann/Lüscher**, s.21.

<sup>965</sup> Fransız Medeni Usul Kanunu'nda hakim ile taraflardan biri arasında önceden açılmış ve sonuçlanmış olması da red sebeplerinden biri olarak sayılmıştır (NCPC, 341-4,5).

<sup>966</sup> **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.234. "Haklarında ret isteminde bulunanlarla (Yargıtay üyeleri ile) ret isteminde bulunanlar (asıl davanın davalıları) arasında, HGK'nda daha önce açılmış olan bir tazminat davasının mevcut olduğu anlaşılmaktadır. Sadece bu durumun varlığı, Usulün 29/5 inci (HMK m.36/1-e) maddesinde öngörülen koşulun gerçekleşmiş sayılması için yeterlidir. Bu nedenle temyiz olunan (reddi hâkim isteminin reddine ilişkin) karar bozulmalıdır." HGK 18.6.1975, 3/205-802; 3/206-803 (**Kuru**, Usul I, s.93-94).

<sup>967</sup> "...Dava 07.06.2010 tarihinde açılmıştır. Bu dosyada yargılama devam ederken, mahkeme başkanı ve üye hâkimler hakkında Yargıtay 4. Hukuk Dairesinde tazminat davası 03.09.2010 tarihinde açıldı. Yani yargılama devam ederken açılmış bir tazminat davası söz konusudur. Yargılama devam ederken taraflarca mahkeme hâkimi hakkında şikâyette bulunması veya aleyhine tazminat davası açması HYUY.'nın 29/5 maddesinde belirtilen 'davalı olmak' anlamında yorumlanamaz. Aksine bir yorum yargılama yapan tüm hâkimlerin kötü niyetli taraflarca reddedilmesini kolaylaştıracağı gibi, bu hakkı kötüye kullanmak isteyenlerin davranışlarını da korumak anlamına gelir. Hiçbir hukuk kuralı kötü niyeti korumaz. Aksini kabul etmek, kötü niyetli kişilerce açılacak uydurma dava ve şikâyetler sonucu davaya bakan hâkimlerin sağlıklı, baskıdan uzak ve hür iradeleri ile görev yapmalarına engel olacağı gibi, tabii hâkim ilkesini de zedeleyecektir." 20.HD, 21.12.2010, E:2010/15362, K:2010/16427 (MİHDER C.7, S.19, 2011, s.114).

<sup>968</sup> 4.HD, 7.10.1989, 10327/8516 (**Kuru**, Usul I, s.93-94); **Umar**, Şerh, s.153; **Yılmaz**, Şerh, s.430-431. 20.HD, 25.06.2012, E:2012/6895, K:2012/9479 (**Gençcan**, s.304-305).

menfaat bağının olduğunun tespit edilmesi halinde de hâkim reddedilebilir<sup>969</sup>. Bunun en tipik örneği maddi menfaat bağıdır. **Sigurdsson/İzlanda** kararında<sup>970</sup>, Yüksek Mahkemenin üç hâkiminden birinin eşinin davalı Bankaya ciddi miktarda borçlu olması, tarafsızlık açısından ihlal bulunmasına yeterli olmuştur. AİHM'ne göre bu olayda, hakimin kişisel bir menfaat sağladığı yönünde bir spekülasyon yapılamaz. Fakat dava devam ettiği sırada, hâkimin eşinin davalı Banka ile borç ilişkisi içinde olması ve Banka ile bir uzlaşmaya varması, davacının hâkimin tarafsızlığı konusunda duyduğu endişeleri haklı kılmaktadır<sup>971</sup>.

Buna karşılık, hâkim ile taraflar arasında dolaylı bir bağ olması, her zaman tarafsızlık konusunda kuşku yaratmayabilmektedir. Örneğin, **Wettstein/İsviçre** davasında<sup>972</sup> bir hâkimin, başvuranın taraf olduğu başka bir davada karşı tarafın avukatlığını yapan şahısla aynı büroda çalışması tarafsızlık bakımından tehlikeli bulunmamıştır. Ya da **Academy Trading/Yunanistan** davasında<sup>973</sup>, hâkimlerden ikisinin kızlarının, davanın diğer tarafına yakınlığı olan bir Şirkette çalışıyor olması mahkemenin tarafsızlığı konusunda kuşku yaratan bir durum olarak görülmemiştir.

Şahsında ret nedeni bulunan hâkim, bu husus ileri sürülünceye kadar davaya bakabilir (HMK m.37). Ret nedeninin varlığına rağmen hâkimin reddini talep etmeyen taraf, ilk derece mahkemesindeki yargılama sırasında yapılması gereken itirazı yapmadığından bu hususu ilk kez kanun yolu aşamasında ileri süremez. Bu durum kanun yolu incelemesini yapan merci tarafından da dikkate alınamaz zira hâkimin reddine ilişkin nedenler ancak tarafların ileri sürmesi halinde mahkemece göz önüne alınabilir<sup>974</sup>. Ret sebebinin varlığına rağmen hâkimin reddini talep etmeyen taraf, kendi üzerine düşeni yapmamış olduğundan, davanın sonuçlanmasından sonra tarafsızlığın ihlal edilmiş olduğu gerekçesiyle bireysel başvuru yoluna ya da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne müracaat ederse, bu müracaatın başarıyla sonuçlanmayacağı kanaatindeyiz.

<sup>969</sup> **van Drooghenbroeck**, s.134.

<sup>970</sup> 10.04.2003 (10.07.2003 final).

<sup>971</sup> Par.45, **İnceoğlu**, s.205; **Kuijjer**, s.310.

<sup>972</sup> 21.12.2000, par.47-49.

<sup>973</sup> 04.04.2000, par.46.

<sup>974</sup> **Demircioğlu**, s.89.

Tarafsız mahkemede yargılanma hakkının, Sözleşmenin 6.maddesindeki adil yargılanma hakkının vazgeçilmez bir unsuru olduğunu biliyoruz. 6.madde tarafsızlığın sağlanması bakımından bireylere, iç hukuktaki ret talebi gibi herhangi bir prosedürü takip etme zorunluluğu empoze etmiyor. Hatta tarafsız mahkemede yargılanmayı taraflar için temel bir insan hakkı olarak değerlendiriyor. O halde, iç hukuktaki hâkimin reddi kurumunun Sözleşme karşısındaki konumu nedir <sup>975</sup>? Bir başka deyişle, acaba iç hukukta öngörülen kurallara uygun olmayan bir tarafsızlık itirazı, bu eksikliğe rağmen 6.madde sebebiyle dikkate alınmalı mıdır?

AİHM'ne göre, mahkemenin tarafsızlığına ilişkin itirazlar, öncelikle yerel yargı organları önünde, iç hukukta bunun için öngörülen sürede ve usulüne uygun olarak ileri sürülmelidir<sup>976</sup>. Bu zorunluluk, Sözleşmenin 35.maddesindeki iç hukuk yollarının tüketilmesi ilkesinin de bir gereğidir<sup>977</sup>. Yani iç hukukta öngörülen ret prosedürüne riayet edilmeden ileri sürülen ret taleplerinin dikkate alınmaması Sözleşmenin 6.maddesine bir aykırılık oluşturmaz.

Öte yandan, iç hukukta öngörülen ret prosedürü, bireyler tarafından uygulanabilir olmalıdır<sup>978</sup>. Ret talebi kolaylıkla ileri sürülebilmeli, haklı ret talepleri başarıyla sonuçlanabilmelidir. AİHM, iç hukukta tarafsızlık itirazının ileri sürülmediğinin iddia edildiği durumlarda, iç hukuk rejiminin etkinlik ve faydalılığı üzerinde durmaktadır. Eğer, ret prosedürü, mahkemenin tarafsızlığından kuşku duyanların bu iddiasını başarıyla ileri sürebileceği ölçüde uygulanabilir değilse, bir başka deyişle, başvuran ret talebinin sonuç vermeyeceği açıkça anlaşılıyorsa, başvuranların iç hukukta ret talebinde bulunmuş olması aranmamaktadır<sup>979</sup>.

Sözleşmeye taraf devletler, tarafsız mahkemede yargılanma hakkını garanti altına alacak kurallardan oluşan bir sistem inşa etmelidirler. Böylece bireyler bu konudaki şikâyetlerini öncelikle yerel mahkemeler nezdinde öngörülen usule uygun olarak ileri sürecektir. Sistemin yeterli verimliliği sağlayamaması halinde ise Sözleşmenin 6.maddesi devreye girmekte ve böylelikle hak arayanların tarafsız bir

<sup>975</sup> Fransız Medeni Usul Kanunu (NCPC) 341 ila 355.maddeleri arasında benzer bir red prosedürü düzenlenmiştir. Sözleşme ile iç hukuktaki bu prosedürel zorunluluk Fransız doktrininde tartışılmıştır. **Chen**, s.227.

<sup>976</sup> Castillo Algar/İspanya, 28 Ekim 1998, par.33.

<sup>977</sup> **Chen**, s.232.

<sup>978</sup> **Chen**, s.233.

<sup>979</sup> Oberschlick/Avusturya, 23 Mayıs, par.51; Hauschildt/Danimarka, 24 Mayıs, 1989, par.41.

mahkemede adil yargılanma hakkı AİHM vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir. Bu bilgiler ışığında, iç hukukta öngörülen ret prosedürleri ile Sözleşmenin 6.maddesinin birbirini tamamladığını söyleyebiliriz.

Taraf, süresi içinde hâkimi reddetmesine rağmen, hâkim haklı olan bu ret talebini dikkate almadan veya haksız yere reddederek yargılamaya devam etmiş ve hüküm vermiş ise bu husus gerek bölge adliye mahkemesi gerekse Yargıtay önündeki inceleme bozma sebebi sayılacaktır (HMK m.371). Ret talebinin reddine ilişkin merci kararının uygun bulunmayarak kaldırılması veya ret talebinin kabulüne ilişkin merci kararının uygun bulunması hâlinde, ret sebebinin doğduğu tarihten itibaren reddedilen hâkimce yapılmış olan ve ret talebinde bulunan tarafça itiraz edilen esasa etkili işlemler, davaya daha sonra bakacak hâkim tarafından iptal olunur (HMK m.43/f.3).

Hakkındaki ret talebi, ret talebini inceleyen merciince kesin olarak kabul edilen hâkim tarafından hüküm verilmiş olması bir yargılamanın yenilenmesi sebebidir (HMK m.375/1-b). Bu olasılık, en az yasaklı hâkimin davayı görmüş olması olasılığı kadar önemlidir. Zira, *“tarafsız olamayacağı bir başka hâkim tarafından karar altına alınmış olan hâkimin yargılama yapıp hüküm vermiş olması durumunda tarafların yargıya olan güvenleri sarsılabilecektir”*<sup>980</sup>.

Böyle bir durumda ayrıca tarafsızlık unsurunun eksikliğinin adil yargılanma hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılabilir ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine müracaat edilebilir.

Bağımsızlığı ve tarafsızlığı tartışmalı bir hâkim değiştirildiğinde, yeni Hâkimin davayı hangi aşamadan itibaren görmeye devam ettiği önemlidir. Tahkikatın büyük bölümü bağımsızlığından ve tarafsızlığından şüphe edilen hâkim tarafından geride bırakılmış, deliller onun tarafından incelenmişse sadece hâkim değişikliği adil yargılanma hakkının gerçekleşmesi için yeterli olmayacaktır. Çünkü tanıklar bu hâkim tarafından dinlenmiş, keşif yine bu hâkim tarafından yapılmış olacaktır. Yeni gelen Hâkim yapılmış olan bu usul muamelelerini olduğu gibi geçerli saydığı anda aslında yerine geçtiği hâkimin değerlendirmeleri ışığında davaya devam etmektedir.

<sup>980</sup> Ramazan Arslan, Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi (İade-i Muhakeme) Ankara 1977, s.131.

Bu nedenle, eski hâkim tarafından yapılan işlemlerin tekrarlanması gerekebilir. AİHM, önüne gelen şikâyetlerde, hâkim değiştikten sonra esasa ilişkin adli muamelelerin gerektiği şekilde yenilenip yenilenmediğini araştırmaktadır<sup>981</sup>.

Hâkimin reddi kurumunun, tabii hâkim ilkesi ile de uyumlu olduğunu belirtmek gerekir. Her iki kurum arasında gerçekte bir çelişki değil, birbirini tamamlayıcı bir ilişki vardır<sup>982</sup>. Nitekim tabii hâkim ilkesi ile amaçlanan tarafların ve kamuoyunun mahkemenin tarafsızlığına ve objektifliğine olan güvenini korumaktır. Hâkimin reddi kurumu ile de kişilerin tarafsız mahkemelerce yargılanması garanti altına almaya çalışılmaktadır. Dolayısıyla, tabii hâkim ilkesi, tarafların gerektiğinde hâkimi reddetmesine engel olmamalıdır. Çünkü taraflı hâkim, artık ilgili tarafın doğal hâkimi olmayıp, doğal hâkim reddinden sonra yargılama makamını işgal edecek olan hâkimdir. Doğal hâkim ancak, yasaya göre yetkili olan ve aynı zamanda tarafsızlık güvencesi sunabilen hâkim olabilir<sup>983</sup>.

Hâkimin reddi sebeplerinin ileri sürülmesi için belirli zaman kısıtlamalarının öngörülmesi, davaların sürüncemede kalmasının önlenmesi gayesi karşısında, AİHM tarafından makul bulunmaktadır<sup>984</sup>.

Son olarak belirtmek gerekir ki, hâkimin yasaklılık ve reddi sebepleri zabıt kâtipleri için de geçerlidir. Zabıt kâtibi, hukukçu olmadığı halde yargılama ve tahkikat faaliyetine neredeyse doğrudan doğruya katılan en önemli yargı görevlisidir. Hem duruşma sırasında bulunması zorunlu kimselerden biri hem de duruşmanın tek resmi tanığı konumundadır. Bu nedenlerle onun da tarafsızlığının garanti altına alınması gerekir<sup>985</sup>. HMK m.45/1 bu doğrultuda, zabıt kâtipleri, hâkimlerin yasaklılık ve reddini gerektiren sebeplerle reddedilebileceğini düzenlemektedir.

<sup>981</sup> Bu husus özellikle, ceza yargılamasında gündeme gelmiştir. Devlet Güvenlik Mahkemelerindeki askeri hâkimin hukuk hâkimi ile değiştirildiği dönemde, mahkemelerin bağımsız ve tarafsız olmadığı şikâyetlerini inceleyen AİHM, hukuk hâkiminin askeri hâkim yerine gelmesini yeterli görmemiş; askeri hâkim döneminde yapılmış olan işlemler tekrarlanmadığı için tam bağımsızlık ve tarafsızlıktan bahsedilemeyeceği üzerinde durmuştur. Bkz. M. Göckli/Türkiye Kararı, Baş. No:71813/01, T:21 Aralık 2006.

<sup>982</sup> Centel, s.34.

<sup>983</sup> Centel, s.34.

<sup>984</sup> Kuijer, s.307.

<sup>985</sup> Alangoya/Yıldırım/Deren- Yıldırım, s.45; Karşlı, s.212.

### c. Hâkimin Hukuki Sorumluluğu

Devletin kamu kuvvet ve otoritesini kullanarak tesis ettiği yargısal faaliyet nedeniyle bir kişiye zarar verilmişse bu zararın tazmini gerektiği kuralının temelinde “hukuk devleti” ilkesi yatmaktadır<sup>986</sup> (Ay m.2). Anayasa m.129/f.5 uyarınca, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan dolayı, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, idare aleyhine tazminat davası açılabilir.

HMK m.46’da Anayasa’nın yukarıda belirtilen hükümlerine paralel olarak, hâkimlerin yargılama faaliyetinden dolayı devlet aleyhine tazminat davası açılabileceği belirtilmiş, böylelikle HUMK’ndan farklı olarak yargılama faaliyetinden dolayı birinci derecede devletin sorumlu olması esas kabul edilmiştir<sup>987</sup>. 46.maddenin 3.fikrasına göre, devlet ödediği tazminat nedeniyle sorumlu hâkime 1 yıl içinde rücu edecektir.

Maddede geçen “hâkim” kavramına yargı yetkisini kullanan tüm hâkimler dahildir. Bu anlamda, ilk derece mahkemesi hâkimleri, bölge adliye mahkemesi hâkimleri, Yargıtay, Danıştay başkan ve üyeleri arasında bir ayırım yapılmamıştır<sup>988</sup>. Keza, ceza hâkimlerinin ya da idare mahkemesi hâkimlerinin yargılama faaliyeti nedeniyle yine bu maddeye dayanarak dava açılabilecektir<sup>989</sup>.

<sup>986</sup> Yılmaz, Şerh, s.467; Demircioğlu, s.91.

<sup>987</sup> Yeni düzenleme Anayasa m.129 f.5’e daha uygun olmuştur. “Düzenlemenin şüphesiz en olumlu yanı hâkimin aleyhine açılacak haksız davalarla meşgul edilmeyecek olmasıdır. Devlet aleyhine açılan tazminat davasında bir tazminat ödenmesi gerekmezse ilgili hâkime karşı herhangi bir dava açılmamış olacağından hâkim böyle bir dava nedeniyle rahatsız edilmemiş olacaktır. Tazminat davasının önce devlete karşı açılması hâkim bakımından olduğu kadar zarar gören bakımından da bir teminat teşkil edecektir. Çünkü, tazminat davası kabul edildiğinde uğranılan zararın yüksek olması halinde, zarar görenin bu tazminatı şahsen hâkimden alması çoğu zaman mümkün olmayabilir. Davanın devlet aleyhine açılması ihtimalinde ise böyle bir tehlike yoktur. Zarar gören, tam olarak tatmin edilecektir”. Sezin **Aktepe Artık**, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Yürürlüğe Girmesiyle Medeni Yargılama Hukukunda Neler Değişiyor?” İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 10, Sayı 20, Güz 2011/2, s.154; Yılmaz, Şerh, s.468.

<sup>988</sup> Yılmaz, Şerh, s.468-469; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s.221. Uygulamada, Yargıtay başkan ve üyelerine karşı görevle ilgili suçtan dolayı Anayasa Mahkemesi tarafından ceza sorumluluğu hakkında karar verilmeden tazminat davası açılmayacağı kabul edilmekteydi. HGK 26.01.2000, 1/1 (ABD 2000/1, s.185-188); HGK 18.11.2009, 2/3 (YKD 2010/3, s.380). Ancak HMK m.46’nın gerekçesinde, hâkim kavramına yargı yetkisini kullanan tüm hâkimlerin dahil olduğuna ilişkin açık ifadeden sonra Yargıtay kararlarıyla yaratılan bu ayırım ortadan kalkmıştır.

<sup>989</sup> Bkz. madde gerekçesi.



Sorumluluk sebepleri, birinci fıkrada tahdidi olarak sayılmış ve esas olarak HUMK m.573 korunmuştur: a) Kayırma veya taraf tutma yahut taraflardan birine olan kin veya düşmanlık sebebiyle hukuka aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması; b) Sağlanan veya vaat edilen bir menfaat sebebiyle kanuna aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması; c) Farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar veya hüküm verilmiş olması<sup>990</sup>; ç) Duruşma tutanağında mevcut olmayan bir sebebe dayanılarak hüküm verilmiş olması; d) Duruşma tutanakları ile hüküm veya kararların değiştirilmiş yahut tahrif edilmiş veya söylenmeyen bir sözün hüküm ya da karara etkili olacak şekilde söylenmiş gibi gösterilmiş ve buna dayanılarak hüküm verilmiş olması; e) Hakkın yerine getirilmesinden kaçınılmış olması hallerinde Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir. Görüldüğü gibi, maddenin a ve b bentleri doğrudan hâkimin bağımsız ve tarafsız olmadığı durumlara ilişkindir. Diğer bentlerin ise, hâkimin bağımsız ya da tarafsız olarak hareket etmediği durumların sonucunu yansıttığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Hâkimlerin hukuki sorumluluğunu düzenleyen hükümler gerek objektif ve sübjektif tarafsızlık ve bağımsızlığın sağlanması gerekse mahkemelerin faaliyetine karşı kişilerin tam anlamıyla güvence altında bulundurulmasını temin eden önemli hükümlerdir<sup>991</sup>.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 46.maddesindeki sebeplerden birine, dayanılarak açılan tazminat davasının kabul edilmesi halinde, o hâkimin verdiği esas kararın da yeniden gözden geçirilmesi gerekir<sup>992</sup>. Örneğin, b bendine dayanılarak açılan bir tazminat davası kabul edildiğinde, hâkimin sağlanan bir menfaat nedeniyle kanuna aykırı karar verdiği kesin hükümle tespit edilmiş olmaktadır. Bir başka deyişle burada, mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmadığı anlaşılmış olmaktadır.

<sup>990</sup> Bir avukatın HMK m.326'ın açık hükmüne aykırı olarak yargılama masraflarına şahsen mahkum edilmesi bu bende örnek gösterilebilir. **Üstündağ**, s.115.

<sup>991</sup> **Demircioğlu**, s.90.

<sup>992</sup> **Demircioğlu**, s.97; **Arslan**, s.132. Yazar, hâkimin kasıtlı veya ağır kusurlu eylemlerinden dolayı sorumlu tutulması olanağı varken bir de yargılamanın yenilenmesinin gereksiz olacağı yönünde ileri sürülebilecek görüşe karşılık tazminat ödenmesi şeklinde bir yaptırımın her zaman taraflar için tatmin edici olmayabileceğini ifade etmektedir. Örneğin, maddi yarar temin ederek boşanma kararı veren hâkimin sorumluluğuna hükmedilse dahi bu haksız olarak boşanmış tarafın durumunu değiştirmeyecektir.

Adil olmayan bir yargılama sonucunda karar verildiği, mahkeme kararıyla ortaya konulmuş olan bu yargılamanın yenilenmesi, toplumun huzuru, yargıya olan güven ve adil yargılanma hakkının sağlanması bakımından bir zorunluluktur. HMK 375.maddede sayılan yargılamanın iadesi sebepleri arasında bu sebebe yer verilmediği görülmektedir. Bu nedenle önerimiz, yapılacak yasa değişikliği ile “46.maddede, e bendi dışındaki nedenlerle açılan tazminat davasının kabul edilmesi” halinin bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmesidir.

UMAR, yargıdaki yavaşlıklar ve gecikmeler sebebiyle Devlete karşı tazminat davası açılmamasını haklı olarak eleştirmektedir. Oysa, yargılamanın makul sürede sonuçlandırılmaması sebebiyle AİHM’ne başvurulduğunda, ihlalin tespiti ile birlikte tazminata da hükmedilmektedir. Böyle olunca Devlet, dünya kamuoyu ve uluslararası toplum gözünde ayıplı ve eksikli duruma düşmektedir. Bu nedenle adalet hizmetlerinin geciktirilmiş olması devlet için bir sorumluluk sebebi olarak kabul edilmelidir. Bu, “Devlet olmanın, özellikle de hukuk devleti olmanın ve ayrıca haysiyetli devlet olmanın icaplarından biridir”<sup>993</sup>.

Hâkimin sorumluluğu rejimi hakkındaki olumlu düşüncelerimize rağmen, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu’na 09.02.2011 tarihinde 6110 sayılı Kanun’un 12.maddesi ile eklenen 93A hükmünün birinci fıkrasının b bendini tartışmaya değer bulmaktayız. Madde hükmünde hâkim ve savcılarının bir soruşturma, kovuşturma veya davayla ilgili olarak yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar nedeniyle ancak devlet aleyhine tazminat davası açılabileceği yönünde HMK’ya getirilen kural tekrar edildikten sonra b bendinde şu ifadeye yer verilmiştir: “Kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk sebeplerine dayanılarak da olsa hâkim veya savcı aleyhine tazminat davası açılmaz”.

Bu hükümle adeta hâkimin, davalı olarak bir davada yer alması mutlak şekilde engellenmek istenmiş, hâkime devletten başka kimsenin dava açamayacağı bir hale dönüştürülmüştür<sup>994</sup>. Bu engelleme yalnızca görev sebebiyle ortaya çıkan davalar açısından haklı görülebilir. Ancak, kişisel kusur veya haksız fiilden sorumlu tutulmamasının hâkimin tarafsızlığı ya da bağımsızlığı açısından bir etkisi yoktur. Hâkimin haksız fiil sebebiyle verdiği zararlardan devletin sorumlu tutulmasının

<sup>993</sup> Umar, Şerh, s.97.

<sup>994</sup> Karşlı, s.211.

hiçbir hukuki nedeni olamaz<sup>995</sup>. Bu nedenle b bendinin yapılacak bir değişiklikle madde hükmünden çıkarılması yerinde olacaktır.

#### **d. Avukatlık Kanunu'ndaki Düzenlemeler**

##### **aa. Avukatlık Kanunu m.13 düzenlemesi**

Hâkim ile taraflardan birinin iradi temsilcisi (vekili) arasında yakın hısımlık bulunması Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hâkimin yasaklılık veya ret sebepleri arasında düzenlenmemiştir. Ancak böyle bir yasak avukat açısından Avukatlık Kanunu'nda yer almaktadır. Kanun'un 13.maddesine göre, bir hâkim veya cumhuriyet savcısının eşi, sebep veya nesep itibarıyla usul ve furuundan veya ikinci dereceye kadar (Bu derece dahil) hısımlarından olan avukat, o hakim veya Cumhuriyet Savcısının baktığı dava ve işlerde avukatlık edemez. Yani bu halde, hâkimin yakın hısımları olan avukat, vekil sıfatıyla mahkemeye kabul edilmez<sup>996</sup>.

Hükümden açıkça anlaşıldığı üzere, hâkimle taraflardan birinin avukatı arasında 13.maddede yazılı derecede bir yakınlık varsa, hâkimin, yakını olan avukatı davada vekil olarak kabul etmemesi gerekir. Bunun yerine hâkimin davaya bakmaktan çekinmesi ve davaya başka bir hâkim tarafından bakılması doğru bir çözüm değildir. Zira HMK m.34'te tahdidi olarak sayılan hâkimin yasaklılık hallerinde böyle bir sebep yer almamaktadır. Hâkimin önüne gelen bu davaya bakmaması, HMK m46/1-e uyarınca hakkın yerine getirilmesinden kaçınılmış olması sebebi teşkil edebilir ve hâkimin hukuki sorumluluğu gündeme gelebilir. Ayrıca böyle bir davranış biçimi objektif tarafsızlığa da gölge düşürecek niteliktedir.

Ancak Yargıtay'ın konu ile ilgili farklı görüş bildirdiği kararları vardır. Bir olayda, asliye hukuk hâkimi, Hazinesin taraf bulunduğu ve kendi mahkemesinde görölmekte olan 53 davada eşi Hazine avukatının avukatlık yapmasını sağlamak için bu davalara bakmaktan çekinmiş ve davalara o yerdeki başka bir hâkim tarafından bakılmıştır. Yargıtay ise, hâkimin eşinin resmi daire avukatı olması ve Hazinesin taraf olduğu tüm davaları takip etmekle görevli bulunması, ilçede hazine davalarını

<sup>995</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.223, dn.9.

<sup>996</sup> Kuru, Usul I, s.82-83.

takip edecek başka avukat bulunmaması gibi gerekçelerle bu uygulamayı doğru bulmuştur<sup>997</sup>.

Hâkim ile taraflardan birinin iradi temsilcisi arasındaki yakınlık ikinci dereceden fazla ise, 13.maddenin kapsamı dışında kalmaktadır. Örneğin üçüncü derecede bir yakınlık sebebiyle avukatın mahkemeye kabul edilmemesi söz konusu olmaz. Böyle bir tutum, hukuki dinlenilme hakkının engellenmesi sayılabilir. Ancak hâkim, 36.maddeye dayanarak kendisi davaya bakmaktan çekilmelidir. Aksi halde ihlal tehlikesi ortaya çıkabilir<sup>998</sup>. **Micallef/Malta** davası<sup>999</sup> tam da böyle bir örnektir. Karara konu olayda, mahkeme başkanı taraflardan birinin avukatının amcası olduğu için AİHM tarafsızlık ilkesinin zedelendiği sonucuna varmıştır.

Hâkim ile arasında, 13.madde kapsamında bir yakınlık olan avukatın, Kanunun açık hükmüne rağmen, davada işlemler yapmış olmasının, avukata, bağlı olduğu baro tarafından disiplin cezası verilmesi dışında bir yaptırımı yoktur. Oysa yasada yargılama hukuku yönünden bir yaptırıma da yer verilmelidir. Nasıl ki HMK m.35/f.1’de yasaklı hâkimin davaya bakmış olması, mutlak bozma sebebi sayılıyorsa, benzer bir düzenleme Avukatlık Kanunu m.13 bakımından da getirilmelidir. Bu boşluk doldurulana kadar, HMK m.35/f.1’deki kurala kıyasen, yasaklı avukatın yürüttüğü davada verilmiş hükümler bakımından da aynı çözümü kabul etmek doğru olur<sup>1000</sup>.

#### **bb. Avukatlık Kanunu m.14/f.1 düzenlemesi**

Avukatlık Kanunu’nun “*Bazı görevlerden ayrılanların avukatlık edememe yasağı*” kenar başlıklı 14.maddesinin ilk fıkrası, Anayasa Mahkemesi kararları ile iki kez iptal edilmiştir. Konu, iptal kararlarının gerekçesinde hâkim tarafsızlığına yer verildiği için önem taşımaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin 15.10.2002 tarihli<sup>1001</sup> iptal kararından önceki hüküm, görevden ayrılan adli, idari ve askeri yargı hâkim ve savcılarının son beş yıl içinde hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerin yargı çevresinde, görevden ayrıldıkları tarihten itibaren iki yıl süre ile avukatlık

<sup>997</sup> YHK, 3.Bölüm 8.3.1978, 35/58 (**Kuru**, Usul I, s.83-84).

<sup>998</sup> **Reid**, s.165.

<sup>999</sup> 15.10.2009, par.100-105.

<sup>1000</sup> **Umar**, Şerh, s.146.

<sup>1001</sup> E.2001/309, K.2002/91.

yapamayacaklarını düzenliyordu. Anayasa Mahkemesi, eski hâkim ve savcılara getirilen sınırlamadaki “yargı çevresi” ifadesini Anayasa’nın 13.maddesindeki ölçülülük ilkesine aykırı bulduğu için iptal etmişti.

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, hâkim ve savcılarının görevlerinden ayrıldıktan sonra hiçbir sınırlamaya tabi olmadan avukatlık yapmalarını da hâkim tarafsızlığı açısından sakıncalı görmüştür. Mahkemeye göre, getirilen sınırlamanın dayanağı, Anayasa’nın, mahkemelerin bağımsızlığını düzenleyen 138.maddesidir. Hâkim ve savcılarının görevlerinden ayrıldıktan sonra herhangi bir sınırlamaya tabi olmadan avukatlık yapmaları, yargı bağımsızlığına yönelik bir tehdit oluşturabilir.

Doktrinde ERGÜL, buradaki “*yargı bağımsızlığı*”ndan kast edilenin “*hâkim tarafsızlığı*” olduğunu ifade etmektedir<sup>1002</sup>. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, eski bir hâkim ya da savcının, kısa bir süre önce hizmet gördüğü mahkemede avukatlık yapması halinde toplumda ve karşı tarafta, davaya bakmakta olan hâkimin tarafsızlığına dair bir şüphe uyanabilecektir. Anayasa Mahkemesi’nin gerekçesinde, *yargıya bir etkinin yapılması kadar, yapılabilme olasılığının da adaleti olumsuz yönde etkileyeceği* belirtilmiştir. Gerçekten de, hâkimin tarafsızlığından söz edilebilmesi, tarafsızlığından kuşku dahi duyulmamasını gerektirir<sup>1003</sup>.

1961 Anayasası döneminde yürürlükte olan 3499 Sayılı Avukatlık Kanunu da, görevden ayrılan hâkim ve savcılarının *hizmet ettikleri mahkeme veya yerlerde*, ayrılma tarihlerinden itibaren iki sene boyunca avukatlık yapamayacakları şeklinde bir kural ihtiva ediyordu (m.7). İtiraz yolu ile önüne gelen düzenlemeyi denetleyen Anayasa Mahkemesi, kuralın Anayasaya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Çünkü Mahkemeye göre, daha önce hâkim veya savcı olarak görev yaptığı mahkemeye veya o mahkemenin bulunduğu yerdeki diğer mahkemelere çıkan bir avukatın durumunun adaletin yerine getirilmesinde kuşku yaratacağı, gerek mahkemeye gerek avukatlık müessesesine olan güveni sarsacağı açıktır. Adalet hizmetinin tarafsız yürütülmesi, her türlü kuşku dışında tutulması gereken bir nicelik taşır<sup>1004</sup>.

<sup>1002</sup> Ozan Ergül, “Anayasa Mahkemesi ve Hâkim Tarafsızlığı”, TBBD, S.54, Eylül-Ekim 2004, s.250.

<sup>1003</sup> Ergül, s.250.

<sup>1004</sup> AYM’nin 04.02.1964 tarih, E.1963/161, K.1964/11 sayılı kararı için bkz. [http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage\\_karar&ref=show&action=karar&id=88&content=](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=88&content=) (19.03.2012).

Kararın gerekçesinden anlaşılacağı gibi, Anayasa Mahkemesi'nin, hâkim ve savcılarının görevden ayrıldıktan sonra hiçbir sınırlama olmaksızın avukatlık yapabilmelerinin, hâkimin tarafsızlığı bakımından sakıncalı olduğu yönündeki görüşü 1964 yılında da aynıdır. Buna karşılık, 1964 tarihli karardan farklı olarak 2002 yılında söz konusu düzenlemenin iptal edilmesinin nedeni, sonradan getirilmiş olan “yargı çevresi”ne ilişkin sınırlamanın ölçsüz bulunmasıdır. Hemen dikkat çekmek gerekir ki, ilk düzenleme yalnızca, görevden ayrılan hâkim veya savcının hizmet ettiği mahkeme veya yerlerle sınırlıdır. Mahkemeye göre, bu sınırlamanın genişletilerek “*hizmet görülen mahkeme veya dairenin yargı çevresi*” olarak değiştirilmesi, çalışma özgürlüğüne yönelik orantısız bir sınırlama getirmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 2002 tarihli iptal kararından sonra, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 14.maddesinin ilk fıkrası 5728 Sayılı Kanun m.327<sup>1005</sup> ile yeniden düzenlenmiştir. Buna göre, emeklilik ve istifa gibi sebeplerle görevlerinden ayrılan adli, idari ve askeri yargı hâkim ve savcılarının son beş yıl içinde hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerin yargı çevresinde görevden ayrılma tarihinden itibaren iki yıl süre ile avukatlık yapmaları yasaktır. Yüksek yargı ve bölge mahkemeleri hâkim ve savcılarını ile raportörlerinin son beş yıl içinde münhasıran hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerde, buralardan ayrılma tarihinden itibaren iki yıl süre ile avukatlık yapmaları yasaktır.

Söz konusu kural, bir kamu davasında itiraz konusu olunca Anayasa Mahkemesi önüne gelmiştir. Mahkeme, istikrarlı biçimde, bu gibi düzenlemelerin hâkim tarafsızlığı için önemli olduğu yolundaki önceki görüşünü yinelemiştir; bununla birlikte, 14.maddenin 1.fıkrasındaki düzenlemeyi Anayasa'nın 13. ve 48.maddelerine aykırı bulduğu için iptal kararı vermiştir<sup>1006</sup>. Gerekçeye göre, yargı çevresi, bazen bir bölgeyi bazen de yüksek mahkemelerde olduğu gibi tüm ülkeyi kapsayabilir. İtiraz konusu kuralla kimileri için son beş yıl içinde hizmet gördükleri mahkeme ve dairelerin yargı çevresini, kimileri için de tüm ülkeyi kapsayacak biçimde getirilen bir yasaklamada söz konusu olacaktır. Dolayısıyla öngörülen “hizmet görülen

<sup>1005</sup> RG. 08.02. 2008, S.26781.

<sup>1006</sup> AYM, 01.10.2009, E.2009/67, K.2009/119 (RG. 06.11.2010, S.27751).

mahkeme ve dairelerin yargı çevresi” ve “beş yıl”lık süre ölçütleri, çalışma özgürlüğünün ölçüsüz biçimde sınırlandırılmasına yol açabilecek niteliktedir<sup>1007</sup>.

Kararın karşı oy yazısında da belirtildiği gibi, yargının tarafsızlığı kamusal düzenin korunmasının güvencesidir. Bu nedenle, inancı ve güveni sarsacak her türlü etki ve baskının ortadan kaldırılması; hâkimlerin vicdani kanaatlerinin serbestçe oluşmasını sağlayacak tedbirlerin alınması zorunludur. Bu gereklilik karşısında, görevden ayrılan hâkim ve savcıların avukatlık mesleğini yapmalarına zaman ve yer yönünden bazı sınırlamalar getirilebilir. Şüphesiz bu düzenlemeler amaca uygun ve orantılı olmalıdır.

Adil yargılanma hakkının organik unsuruna ilişkin değerlendirmelerimizi tamamlamadan önce değinmek istediğimiz son nokta, bağımsız ve tarafsız mahkeme tarafından yargılanma hakkından feragat edilip edilemeyeceği sorusudur. AİHM, konuya ilişkin açık ilkeler belirtmemişse de, bu tür bir feragat imkânının kısıtlı olması ve asgari teminatların muhafaza edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira, tarafsız mahkeme, kanuni hâkim ilkesi gibi unsurlar, adil yargılanma hakkının yapı taşları, demokratik hukuk devletinde vazgeçilmesi mümkün olmayan değerlerdir<sup>1008</sup>. Bunların eksikliği halinde bir yargılamanın adillikinden bahsedilemeyecektir.

Mahkemenin bağımsızlığı ya da tarafsızlığına ilişkin herhangi bir itirazın yapılmamış olması tek başına feragat anlamına gelmemektedir. Örneğin, **Pfeiffer ve Plankl/Avusturya** kararına<sup>1009</sup> konu ceza yargılamasında, başvuranın davaya bakmak için gerekli niteliğe sahip olmayan iki soruşturma hâkiminin yetkisine itiraz etmemiş olmasını feragat saymak için yeterli bulmamıştır. **Oberschlick (No:1)/Avusturya** kararının konusu ise, temyiz mahkemesine başkanlık yapan hâkimin alt derece mahkemesindeki yargılamaya katılmış olması ile ilgiliydi. İç hukuka göre, böyle bir durumda hâkimin davada bulunmaması gerekirdi, buna rağmen başvuran hâkimin varlığına itiraz etmemişti. Ancak, diğer iki mahkeme

<sup>1007</sup> Karşı oy yazısındaki gerekçeye göre, “ yeni düzenleme, beş yıllık yargı çevresi sınırlaması ile sanki önceki metnin aynısı gibi gözüke de, endişeyi izale eden bir ayırım getirerek yüksek yargı, bölge mahkemeleri savcı, hâkim ve raportörlerinin beş yıl müddetle hiç çalışmama olasılığından uzaklaştıran “münhasıran ayrıldığı, hizmet sürdüğü mahkeme ve daire” demek suretiyle önceki ölçüsüz sınırlamayı adil şekilde ortadan kaldırmıştır. 14. maddenin 2. cümlesindeki sınırlama ise, mahkeme gerekçesinin gereğinin yerine getirilmesi ve demokratik bir düzende yargının zede almaması, toplumda oluşacak yanlış anlaşılmayı, rahatsızlığı ortadan kaldırmaya yöneliktir”.

<sup>1008</sup> **Pettiti/ Decaux/ Imbert**, s.244.

<sup>1009</sup> 25 Şubat 1992.

üyesinin de benzer sebeplerle davada görev yapamayacağı gerçeğinden habersizdi. Bu bilgiler ışığında, AİHM başvuranın tarafsız mahkemede yargılanma hakkından feragat etmiş sayılamayacağını kararlaştırdı.

Her ne kadar yukarıdaki iki karar ulusal mahkemelerdeki ceza yargılamalarına ilişkin olsa da kararlarda belirlenen prensiplerin bir ölçüde medeni yargılamalar bakımından da geçerli olabileceği kanaatindeyiz. Öncelikle, her iki davada da iç hukuk kuralına göre hâkimin ilgili davaya bakması kanunen yasak olduğu halde, başvuranların itiraz etmemiş olmasının nasıl bir sonuç doğuracağı tartışılmıştır. Dolayısıyla buradaki esas mesele, tarafsızlığı güvence altına alan bir kanun hükmüne aykırılık halinde tarafların aktif bir şekilde hareket etme sorumluluğu altına sokulmamasıdır.

Bu prensip, medeni yargılamaya hukukuna uyarlanacak olursa, yalnız HMK m.34'deki hâkimin yasaklılık sebepleri için geçerli olacağı kabul edilebilir. Ret sebepleri bakımından geçerli olmaz çünkü Kanun bu sebeplerin varlığı halinde hâkimin davaya bakmasını yasaklamamış; ancak tarafların hâkimin tarafsızlığı hakkında duyabilecekleri meşru bir şüphe halinde bu garantiden yararlanmalarına imkân vermiştir. Ancak yine de, ret sebebinin varlığına rağmen tarafın hâkimin reddini talep etmemesi, tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkından feragat ettiği şeklinde değerlendirilmemelidir<sup>1010</sup>. Olsa olsa mahkemenin tarafsız olduğunun varsayıldığı şeklinde yorumlanabilir<sup>1011</sup>.

<sup>1010</sup> Oberschlick/Avusturya, 23 Mayıs, par.51. Tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkında feragatin mümkün olmadığı görüşü için bkz. Juge Morenilla'nın karşı oy yazısı, Bulut/Avusturya, 22 Şubat 1996, par.34.

<sup>1011</sup> **Chen**, s.231.



## II. YARGILAMAYA İLİŞKİN GARANTİLER

### A. Makul Sürede Yargılanma Hakkı

#### 1. Genel Olarak Makul Süre Kavramı

“Yargılamayı geciktirmek, adaleti sağlamayı reddetmekle eş değerdir”. Benzerlerine mukayeseli hukukta da rastlanan<sup>1012</sup> bu özdeyişin yansıması, bir yargılama ilkesi olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6.maddesi’nde yerini almıştır. Adil yargılanma hakkının gerçekleşmesi için, bireylere mahkemeye erişim imkânı sağlamak yeterli değildir; ayrıca hükmün makul sayılabilecek bir süre içinde verilmesi ve icra edilmesi gerekir<sup>1013</sup>. Yargılamanın makul sürede bitirilmesinin iki anlamı vardır: yargılamanın aşırı uzun olmaması ve yargılamanın aşırı kısa olmaması. Sonuncu anlam, daha ziyade mahkemeye erişim hakkının etkin kullanılması ile ilişkili olduğundan<sup>1014</sup> biz bu başlık altında makul sürede yargılanma hakkını ilk anlamı ile değerlendireceğiz.

Sözleşme ile garanti altına alınan makul sürede yargılanma hakkı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önündeki şikâyetlerin en büyük çoğunluğunu oluşturmaktadır. AİHM, adil yargılanma hakkının amacının, “mahkemelerdeki yargılamaların tüm taraflarını... usuli süreçlerdeki aşırı gecikmelere”<sup>1015</sup> karşı korumak olduğunu belirtmiştir<sup>1016</sup>. Mahkeme ayrıca, “adaletin, etkinliğini ve güvenilirliğini tehlikeye

<sup>1012</sup> Aynı anlamda, Fransız hukukunda “*Tarder par trop a juger équivaut a refuser de le faire*”; “*Justice rétive, justice fautive*”; İngiliz hukukunda ise “*Justice delayed, justice denied*” özdeyişleri kullanılmaktadır. **Chen**, s.88; **Vasilescu**, s.47; **Grisel**, s.82; **Pettiti/Decaux/Imbert**, s.267; Marina **Eudes**, *La pratique judiciaire interne de la Cour européenne des droits de l’Homme*, Prix Jacques Mourgeon, Paris 2005, s.108.

<sup>1013</sup> **Grisel**, s.80; **De Salvia**, s.346; **Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet**, s.354.

<sup>1014</sup> **Chen**, s.89. Ayrıntılı bir incelemenin ve titiz bir değerlendirmenin yapılması gereken bir uyuşmazlıkta, yargılamanın buna imkân tanımayacak ölçüde kısa tutulması da söz edilen ilkelerle bağdaşmaz “Davalı ciddi bir mazerete dayanmıştır. Gerçi mazeretini tevsik edici bir belge ibraz etmemiş ise de borcun ödendiğine ilişkin belgeyi ibraz edeceğini savunması karşısında bir dahaki oturum için mazeretin tevsiki ve ödeme belgesinin ibrazı için meşruhatlı davetiye davalıya çıkarılmak suretiyle bir usul izlenip ona bir imkan sağlanması daha sonra hasıl olacak duruma göre karar verilmesi hakkaniyet ve adalet duygularının bir gereği kabul edilmelidir. Adalet bir olup bittiye getirilmemeli, davaların süratle ve ekonomik yollarla çabuk bitirilmesi kuralı yanında da davada esas olan adaletin gerçeğe uygun sağlanması amacı hiçbir zaman ihmal ve gözardı edilmemeli, adaletin şekli hukuka tercih edilmesi üstün görülmemelidir.” 13.HD, 26.3.1992, 2432/2924 (YKD 1992/6, s.895; **Özekes**, *Hukuki dinlenilme*, s.74, dn.195.).

<sup>1015</sup> Stögmüller/Avusturya, 10 Kasım 1969, par.5

<sup>1016</sup> **Mole/Harby**, s.25; **Harris, O’Boyle & Warbrick**, s.278; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.284; **Ovey/White**, s.166.

*atabilecek gecikmeler olmaksızın yerine getirilmesinin öneminin altını çizmektedir*<sup>1017</sup>. Makul sürede yargılanma hakkı, kişinin medeni hukuk kapsamındaki hakkına ilişkin olarak içinde bulunduğu güvensiz durumun makul bir süre içinde ve adli bir karar yoluyla giderilmesini teminat altına alır. Bu ilgili kişinin menfaatine olduğu kadar yasal kesinlik için de gereklidir<sup>1018</sup>.

Bir boşanma davasında, akıl sağlığının yerinde olmadığı tartışma konusu yapılan ve kendisine vasi atanan başvuranın boşanma davasının uzunluğunu değerlendiren AİHM, sonradan doğru olmadığı anlaşılan akıl sağlığı ile ilgili iddialar nedeniyle dokuz yıl acı çeken başvuranın kişisel durumunun göz ardı edilemeyeceğini ifade etmiştir. Mahkemeye göre bu durum insan onuruna ciddi bir müdahale oluşturmaktadır<sup>1019</sup>.

Davaların makul süre içinde bitirilmesinde tarafların yararı olduğu kadar pek çok bakımdan toplumun da yararı bulunmaktadır. Hak ihlali ile bozulan menfaat dengesinin zamanlıca kurulamaması toplumsal barışı zedeleyecektir<sup>1020</sup>. Uzun süren bir dava sonunda verilen karar doğru bile olsa *“müessir ibret teşkil etme rolünü tamamen ifa edemeyecek ve bu sebeple kamuoyunda iyi bir etki bırakamayacaktır”*<sup>1021</sup>. Bu nedenle, makul sürede yargılanma, bireylerin yargıya olan güvenlerinin korunması bakımından son derece önemlidir. Yargılama makul süre içinde bitirilemez ise, davanın gecikmesinde yararı olan taraflar bundan cesaret bulacağı gibi, hakkını koruma ihtiyacı duyan bireyler de zamanla yargıdan kaçarak haklarını zorla elde etme gibi yasal olmayan eğilimler gösterebileceklerdir.

Yargılamanın makul sürede sonuçlandırılması, esas olarak adil yargılanma hakkının bir unsuru olmakla beraber; etkin hukuki koruma bakımından da makul sürede yapılacak bir yargılamanın önemi büyüktür<sup>1022</sup>. Makul süre içinde bitirilemeyen davanın sonunda, mahkemeden hukuki koruma talep eden taraf, bu

<sup>1017</sup> H/Fransa, 24 Ekim 1989, par.58.

<sup>1018</sup> **Mole/Harby**, s.25.

<sup>1019</sup> Bock/Almanya, 19.01.2010, par.48.

<sup>1020</sup> Ali **Yeşilirmak**, Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Birlirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2011, s.2. Yazar ayrıca bu sorunların, ticari hayat ile milli ve yabancı yatırımları da olumsuz etkilediği görüşündedir. Adli yargının hızlı ve etkin olmaması, ticari hayatın önemli ilkelerinden ikisi olan öngörülebilirlik ve sürat ile çelişmektedir. Bkz. s.2.

<sup>1021</sup> **Bilge**, s.270.

<sup>1022</sup> **Akkan**, s.58; **Tezcan/ Erdem/ Sancakdar**, s.249.

gecikme sebebiyle hakkını tam olarak elde edemeyecektir. Geç gelen hükümlerin çoğu zaman hayatla bir ilgisi kalmamaktadır ve onların icrası çoğunlukla hakkı teslim edeceğine, bilakis madden haksızlık yaratmaktadır<sup>1023</sup>. Ülkemizde enflasyonun yıllık en az yüzde seksen oranında olduğu 90'lı yıllarda, yargılamaların uzun sürmesi sonucu dava konuları büyük ölçüde değer kaybetmiş, mahkemelerin yüzde otuz üzerinden faize hükmetmesi, bu zararı telafi edememiştir<sup>1024</sup>.

Bir örnek olarak, **Şahin/Türkiye kararına**<sup>1025</sup> konu yargılamada, ilk derece mahkemesi, başvurunu fiziki olarak yüzde seksen beş oranında iş göremez bırakan iş kazasına ilişkin davayı beş senede sonuçlandırmıştır. Yargılamanın uzun sürmesi ve sürecin devam ettiği o dönemde enflasyon oranının yüksek seyretmesi nedeniyle hükmedilen tazminat miktarı gülünç kalmaktadır. Başvuran bu gerekçeyle, AİHM'ne başvurmuş ve hakkaniyete uygun bir yargılama gerçekleştirilmediğinden şikâyetçi olmuştur. Bu başvuru, *“ulusal mahkemelerin takdir hakkının ve vardığı sonucun, Sözleşme ile güvence altına alınan hakları zedelediği sürece incelenemeyeceği”* gerekçesiyle reddedilmiştir. Pek tabii ki, söz konusu olayda, AİHM'nin yetkisine girmemesi sebebiyle ihlal kararı verilmemesi, aslında tam bir hukuki korumanın sağlanabildiği anlamına gelmemektedir. Hükmedilen tazminat miktarı, ulusal mahkemenin takdir hakkının sınırlarına dahil olduğu için bu başvuru incelenmemiştir. Ancak ortaya çıkan telafi edilemez durumun, yargılamanın aşırı uzun sürmesinden kaynaklandığı rahatlıkla söylenebilir.

Benzer bir hak kaybı, **Okçu/Türkiye kararına**<sup>1026</sup> konu yargılamada yaşanmış, 1991 yılında cismani zarar sebebiyle açılan tazminat davası 2007 yılında sona ermiştir. Başvuran, bir taraftan yargılamanın aşırı uzun sürmesi diğer taraftan gecikme faizlerinin yetersiz kalması nedeniyle büyük ölçüde zarar ettiğini ifade etmiş ve iç hukukta tazminat tutarındaki değer kaybını telafi edecek etkili bir itiraz yolunun bulunmadığından şikâyetçi olmuştur. Gerçekten, davanın açıldığı tarihte talep edilen 115 milyon Türk Lirası, 19 bin Euro'ya tekabül etmekteyken, 2007 yılına kadar %99'un üzerinde değer kaybetmiş ve yalnızca 54 Euro'ya denk gelmiştir. Yukarıda bahsedilen Şahin/Türkiye kararından farklı olarak bu kararda,

<sup>1023</sup> Karşlı, s.338.

<sup>1024</sup> Pekcanitez, Adil yargılama, s.41.

<sup>1025</sup> Baş. No: 7190/05, T: 9 Aralık 2008.

<sup>1026</sup> Baş. No:39515, T:21 Temmuz 2009.

AİHM, tazminat tutarının davanın açıldığı tarihteki değeri ile talep edilebileceği tarihteki değeri arasındaki büyük farkın, yargılamanın yavaş işlemesinden ve gecikme faizlerinin yetersizliğinden kaynaklandığı kanaatine varmıştır. İç hukukta bu ihtilafli durumun üstesinden gelebilecek etkili bir itiraz yolunun yokluğu (m.13) ile ikiye katlanan bu tutarsızlık başvuranı aşırı bir yük altına sokmaktadır. Bu nedenle, söz konusu kararda hem madde 6&1, hem madde 13 hem de 1 No'lu Ek Protokol madde 1 ile korunan mülkiyet dokunulmazlığının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Kaldı ki, mevcut olayda bir hak kaybı olmasaydı bile, bir ihlal kararı verilmesi engellenemezdi. Çünkü makul sürenin değerlendirilmesinde, dava sonucu önemli değildir. Yani dava makul süre içinde bitirilmiş olsaydı dahi sonucun değişmeyecek olması devlet tarafından bir savunma aracı olarak kullanılamaz<sup>1027</sup>.

Makul sürede yargılanma hakkı, herkesin makul süre içerisinde nihai karardan haberdar olma hakkını da kapsar; Sözleşmeci Devletler hukuk sistemlerini bu hakkı güvence altına alacak şekilde düzenlemelidir<sup>1028</sup>. Örneğin, **Karataş ve Diğerleri/Türkiye kararına**<sup>1029</sup> konu davalarda 1989-1990 yılları arasında hüküm verilmiş olmasına rağmen, tebligatlar ancak 2002 yılında yapılmıştır. Bu bağlamda, yapılacak tebligat ücretlerinin karşı taraf yerine ödenmesinin başvuranlardan beklenemeyeceğinin altını çizen AİHM, ilk derece mahkemesi kararlarının taraflara tebliğ edilmesinde bu kadar uzun bir gecikme meydana gelmesinin makul olmadığı sonucuna varmıştır.

AİHM'ne makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiası ile yapılan başvuruların büyük çoğunluğu davacı tarafından yapılmaktadır. Fakat bu, davalı tarafın aynı iddia ile AİHM'ne başvuramayacağı anlamına gelmemektedir. Nitekim, **Vernillo/Fransa** kararında<sup>1030</sup>, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasını ileri sürenin, davalı taraf olduğu görülmektedir<sup>1031</sup>.

<sup>1027</sup> **Gölcüklü/Gözübüyük**, s.287; **Gölcüklü**, Doğru yargılama, s.28.

<sup>1028</sup> Comingersoll S.A./Portekiz, Baş. No:35382/97.

<sup>1029</sup> Baş. No: 4889/05; 4897/05; 24009/05; 33694/05; 37759/05; 42996/06; 43031/06; 43019/06; 43038/06; 43054/06, T:16 Temmuz 2009.

<sup>1030</sup> 20.02.1991, Baş. No:11889/85.

<sup>1031</sup> **Başar**, s.55.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne adil yargılanma hakkının ihlal edildiği şikâyeti ile Türkiye aleyhine yapılan bireysel başvurularda, sayı itibarıyla en çok dayanılan gerekçe, makul sürenin aşıldığı iddiasıdır. Makul süreye riayet edilmemesi sebebiyle Türkiye, çok ciddi tazminatlar ödemek durumunda kalmaktadır. Bu nedenle, gerek Türk hukuk mevzuatının, davaların makul sürede bitirilmesini sağlayacak şekilde yeniden revize edilmesi, gerekse uygulayıcıların makul sürede yargılanma hakkını göz önünde tutması, gelebilecek mahkûmiyet kararlarını engellemeye yardımcı olacaktır.

### **a. Kavramın Usul Ekonomisi İlkesi ve Teksif İlkesi İle İlişkisi**

#### **aa. Usul Ekonomisi İlkesi İle İlişkisi**

Makul sürede yargılanma hakkı, usul ekonomisi ilkesi ile yakından ilişkilidir. Anayasa m. 141/IV ile HMK m.30 hükümleri, davaların makul sürede sonuçlandırılması gereğine işaret ederken aynı zamanda usul ekonomisi ilkesinin de hukuki dayanağını teşkil etmektedir. Usul ekonomisi ilkesi davaların en basit, en çabuk, en ucuz şekilde sonuçlanmasını öngörür<sup>1032</sup>. Hâkim, yasanın öngördüğü düzen çerçevesinde yargılamayı kolaylaştırarak, gereksiz zaman kaybına ve gereksiz masrafa sebebiyet vermeksizin adil bir kadar vermelidir<sup>1033</sup>. 30.madde hükmü ile usul ekonomisi konusunda taraflara davayı gereksiz yere uzatmamak, elden geldiğince mahkemenin süratle adil kanaate varabilmesine yardımcı olmak konusunda bir ödev yüklerken, diğer taraftan bu konuda esas görevi hâkime vermektedir.

Mahkemenin yalnızca doğru karar vermesi yeterli değildir; aynı zamanda davanın mümkün olan en basit, en ucuz ve en çabuk şekilde sonuçlanması gerekir ki, etkin hukuki koruma sağlanmış ve adil yargılama gerçekleşmiş olsun<sup>1034</sup>. Görüldüğü gibi, makul süre ile usul ekonomisi ilkesi arasında sıkı bir bağlantı vardır. Makul süre, adil yargılanma hakkının bir unsuru olduğu gibi usul ekonomisi ilkesinin bir

<sup>1032</sup> Umar, Şerh, s.129; Yılmaz, Şerh, s.334; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.357; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 397 vd.; Arslan/Tanrıver, s.181; Karlı, s.337; Meral Sungurtekin Özkan, Türk Medeni Yargılama Hukuku, İzmir 1013, s.119.

<sup>1033</sup> Yılmaz, Şerh, s.334.

<sup>1034</sup> Özekes, Hukuki dinlenilme, s.74.

unsuru sayılabilir<sup>1035</sup>. Gerek usul ekonomisi ilkesi gerekse makul sürede yargılanma hakkı, yargılamanın niteliğine uygun bir sürede tamamlanmasını gerektirir. Örneğin, basit bir uyuşmazlığa ilişkin yargılamanın gereksiz yere uzatılması, zorlaştırılması, masrafların artması usul ekonomisi ilkesine ve makul sürede yargılanma hakkına aykırı olacaktır<sup>1036</sup>.

Bununla birlikte, makul süre ile davanın çabuk şekilde sonuçlandırılması birbiriyle tamamen örtüşen kavramlar değildir. Bir başka deyişle, “hızlılık”, adaleti bir tarafa bırakan bir acelecilik olarak anlaşılmamalıdır<sup>1037</sup>. Adalet bir oldu bittiye getirilmemeli, davaların süratle ve ekonomik yollarla çabuk bitirilmesi kuralı yanında, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacı hiçbir zaman göz ardı edilmemeli; adalet şekli hukuka tercih edilmemelidir<sup>1038</sup>. Yargılamanın her ne pahasına olursa olsun hızlandırılması ve çabuk bitirilmesi, davanın makul sürede bitirildiği anlamına gelmeyeceği gibi, yargılamanın kalitesi açısından da bir ölçüt sayılmaz<sup>1039</sup>. Böyle bir yargılamada, AİHS ile garanti altına alınan adil yargılanma hakkı gerçekleşmiş sayılmaz. Zira Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasında, davanın niteliğine uygun makul bir sürede sonuçlandırılması amaçlanmaktadır.

### bb. Teksif İlkesi İle İlişkisi

Teksif ilkesi, yargılamaların makul sürede bitirilmesine hizmet eden bir ilkedir. Teksif ilkesi, tarafların tüm iddia ve savunma sebepleriyle dava malzemesini belirli bir usul kesitine kadar ileri sürmelerini ifade eder<sup>1040</sup>. Bu usul kesitinden sonra ileri sürülen dava malzemesi, mahkemece kural olarak kabul edilmez. Teksif ilkesinin kabul edilme amacı, davanın kötü niyetle ve gereksiz yere uzamasının

<sup>1035</sup> Yargıtay da bir kararında usul ekonomisi ilkesi ile adil yargılanma hakkını ilişkilendirmiştir: “Eldeki işbu dava, 24.4.1998 yılında açılmış, 7.2.2002 tarihinde karar verilmiştir. Bu süreçte iki kez keşif ve üç defa bilirkişi görüşü alınmasına karşın davanın esası çözümlenmemiştir. Yargılama aşaması bakımından, adil yargılanma hakkının bir görünümü olan çabuk, basit ve ucuz yargılanma hakkı ile bu ilkelerin yalnız taraflarla sınırlı olmadığı ve kamusal boyutunun da varlığı unutulmuştur.” 4.HD, 6.11.2002, 7810/12411 (YKD 2003/4, s.529-530; **Özekes**, Hukuki dinlenme, s.74, dn.194).

<sup>1036</sup> “.. Anayasanın 141 ve HUMK.nun 77.maddeleri hükmüne aykırı olarak, mahkemenin borcun miktarı hakkında bilirkişiye başvurup beyhude masrafa sebebiyet vermesi ve kararda bu rapora dayanmasında isabet bulunmamaktadır.” 15.HD, 23.9.1998, 3093/3514 (YKD 1999/2, s.212; **Özekes**, Hukuki dinlenme, s.74, dn.194.)

<sup>1037</sup> **Yılmaz**, Usul Ekonomisi, s.264; **Yılmaz**, Şerh, s.347.

<sup>1038</sup> 13.HD, 26.03.1992, 2432/2924 (YKD 1992/6, s.895-896).

<sup>1039</sup> **Robert/ Duffar**, s.286.

<sup>1040</sup> **Bilge/Önen**, s.297 vd.; **Üstündağ**, s.253; **Alangoya/Yıldırım/Deren- Yıldırım**, s.185; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.368; **Karşlı**, s.325.

önüne geçmektir. Davanın başında dava malzemesinin toplanmasını sağlamak ve belirli bir aşamada davanın sonunun görülebilecek duruma getirilmesidir. Bu amaç teksif ilkesinin, makul sürede yargılanma hakkı ve usul ekonomisi ilkeleri ile ortak kümesi sayılabilir. Uyuşmazlığın uzamaması çabası, bu ilkeler arasındaki yakın ilişkiyi ortaya koymaktadır<sup>1041</sup>.

Kanundaki birçok hükümde teksif ilkesine rastlanmaktadır. Dilekçelerin teatisi aşamasının belirli sürelerde tamamlanması, cevaba cevap dilekçesinden sonra davacının; ikinci cevap dilekçesinden sonra davalının, karşı tarafın rızası olmaksızın iddia ve savunmalarını genişletmeyeceği veya değiştiremeyeceği (m.141) kuralı teksif ilkesinin bir sonucudur. Ya da öninceleme duruşmasında, taraflara dilekçelerinde gösterdikleri ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirtilecek belgelerin getirtilebilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmaları için iki haftalık kesin süre verilmesi; bu hususların verilen kesin süre içinde tam olarak yerine getirilmemesi hâlinde, o delile dayanmaktan vazgeçilmiş sayılması bir başka örnektir (m.140/f.5).

Aynı zamanda teksif ilkesi adil yargılanma hakkının ve dolayısıyla hukuki dinlenilme hakkının sınırlarını belirlemektedir. Zira hukuki dinlenilme hakkının bir unsuru olan açıklama hakkının tam olarak sağlanması gerekmele birlikte bu hak sınırsız da değildir<sup>1042</sup>. Hakkın özüne zarar verilmedikçe, hakkın kullanılması için bir zaman sınırlaması yapılması mümkündür. Ancak davaların kısa sürede sonuçlanması amaçlanırken, teksif ilkesinin çok katı yorumlanması hukuki dinlenilme hakkının ihlaline sebep olabilir. Bunu önlemek amacıyla Kanunda, teksif ilkesini yumuşatacak kurumlara yer verilmiştir. Tarafların elinde olmayan sebeplerle sürenin kaçırılması ve ilgili işlemin yapılamaması durumunda bu işlemlerin yapılmasına imkân tanıyan eski hale getirme kurumu (m.95-101) bunlardan biridir.

Böylelikle her iki hak arasında bir denge kurulmuş, teksif ilkesiyle davaların gereksiz yere uzaması önlenerek makul sürede yargılanma hakkı gerçekleştirilmeye çalışılırken; ilkenin istisnaları ile de hukuki dinlenilme hakkı koruma altına alınmıştır.

<sup>1041</sup> Özekes, Hukuki dinlenilme, s.76.

<sup>1042</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.368; Özekes, Hukuki dinlenilme, s.76; Grisel, s.92.

## b. Değerlendirmeye Tabi Tutulacak Sürenin Hesaplanması

### aa. Sürenin Başlangıcı (*Dies a quo*)

İlk olarak belirtmek gerekir ki AİHM, yargılamanın süresini taraf devletin bireysel başvuru hakkını tanıdığı tarihten itibaren inceler. Türkiye aleyhine yapılan şikâyetlerde yargılama süresi Türkiye'nin bireysel dilekçe hakkını kabul ettiği 28 Ocak 1987 tarihinden başlar. Türkiye'nin AİHM'ne bireysel başvuru hakkını tanıdığı 28 Ocak 1987 tarihinden önce açılmış davalara ilişkin makul süre aşımı iddiaları ancak bu tarihten itibaren davanın sonuçlanmasına kadar geçen süre dikkate alınarak incelenmektedir<sup>1043</sup>. Zira AİHM, bireysel başvurunun tanındığı tarihten önceki sürecin incelenmesi hususunda *ratione temporis* (*zaman itibarıyla yetki*) bakımından yetkisizdir. Ancak, zaman bakımından yetki sınırlaması başvurunun tümüyle reddedilmesine yol açmaz. Şikâyetin 28 Ocak 1987 tarihinden önceki dava süreci ile ilgili bölümünün kısmen reddedilmesine neden olur. Sonraki dava süreci ise AİHM tarafından incelenerek bir ihlal olup olmadığı tespit edilir. AİHM, başvurunun bu bölümünü incelemese de kararlarında, bireysel başvuru hakkının tanındığı tarihte davanın hangi aşamada bulunduğunu ve içinde bulunduğu durumu da göz önüne almaktadır<sup>1044</sup>. Örneğin **Uysal/Türkiye Kararında**<sup>1045</sup>, “...AİHM, 28 Ocak 1987 tarihinde, davanın iki yıl bir aydan fazla süredir devam etmekte olduğunu not etmektedir”.

<sup>1043</sup> Çayğan/Türkiye Kararı, Baş. No:61/04, T:27 Ocak 2009; Yazıcıoğlu/Türkiye Kararı, Baş. No:43709/98, T:2 Ekim 2007; Vehbi Ünal/Türkiye Kararı, Baş. No:48264/99, T:9 Kasım 2006; Yorgiyadis/Türkiye Kararı, Baş. No:48057/99, T:19 Ekim 2004; Şerefli vd./Türkiye Kararı, Baş. No:1533/03, T:20 Ocak 2009; Pekinel/Türkiye Kararı, Baş. No:9939/02, T:18 Mart 2008; Özgen ve Diğerleri/Türkiye kararı, Baş. No:28925/03, T:8 Nisan 2008; Talipoğlu/Türkiye Kararı, Baş. No: 64236/01, T:24 Temmuz 2007; Nalbant/Türkiye Kararı, Baş. No:61914/00, T:10 Ağustos 2006; Ali Kemal Uğur ve Diğerleri/Türkiye Kararı, Baş. no: 8782/02, T: 3 Mart 2009; Ayşe Gök ve Diğerleri/Türkiye, Baş. No:60579/00, T:8 Nisan 2008; Sarı vd./Türkiye kararı, Baş. No:13767/04, T:29 Temmuz 2008; Sürmelioglu/Türkiye kararı, Baş. No:17940/03, T:19 Şubat 2008; Meşrure/Türkiye Kararı, Baş. No:64725/01, T:8 Nisan 2008; Kalgı/Türkiye Kararı, Baş. No:37252/05, T:20 Ekim 2009; Gökçek ve Diğerleri/Türkiye Kararı, Baş. No:6219/04, T:26 Ocak 2010.

<sup>1044</sup> Proszak/Polonya, 16 Aralık 1997, par.30-31.

<sup>1045</sup> Baş. No:57407/00, T:4 Mart 2008; Pekinel/Türkiye Kararı, Baş. No:9939/02, T:18 Mart 2008; Özgen ve Diğerleri/Türkiye kararı, Baş. No:28925/03, T:8 Nisan 2008; Nalbant/Türkiye Kararı, Baş. No:61914/00, T:10 Ağustos 2006; Sarı vd./Türkiye kararı, Baş. No:13767/04, T:29 Temmuz 2008; Sürmelioglu/Türkiye kararı, Baş. No:17940/03, T:19 Şubat 2008; Meşrure/Türkiye Kararı, Baş. No:64725/01, T:8 Nisan 2008; Kalgı/Türkiye Kararı, Baş. No:37252/05, T:20 Ekim 2009.



Kural olarak sürenin başlangıç noktası, yargılama sürecinin yetkili ilk derece mahkemesinde başlatıldığı, davanın açıldığı tarihtir<sup>1046</sup>. Ancak hemen belirtilmelidir ki, bazı durumlarda yetkisiz mahkemeye başvuru da sürenin başlamasını sağlar<sup>1047</sup>. Örneğin, bir davada<sup>1048</sup> başvuranın açacağı tazminat davasında yetkili mahkemeyi seçmekte hataya düşmesi makul bulunmuş, adli yargı ile idari yargı arasındaki ilişkiyi düzenleyen sistemin karmaşıklığının bu hataya sebebiyet verdiği dikkat çekilmiştir.

Kural sürenin yargılamanın başladığı tarihten itibaren hesaplanması olmakla birlikte, somut olayın özellikleri bazen farklı bir tarihin sürenin başlangıcı olarak dikkate alınmasını gerektirebilir. Davanın türüne bağlı olarak, bazı hallerde yüksek mahkemedeki yargılama ilk ve son adım olarak kabul edilirken<sup>1049</sup>; bazı hallerde değerlendirmeye esas alınan sürenin başlangıcı dava açılmasından daha önceki bir zaman dilimi olabilmektedir<sup>1050</sup>. Örneğin, **Barbagollo/İtalya** davasında<sup>1051</sup>, istihkak iddiasının ileri sürüldüğü an değerlendirmeye esas alınacak sürenin başlangıcı olarak kabul edilmiştir. **Tumminelli/İtalya** kararında<sup>1052</sup> ise, dava açılmadan önce düzenlenen ödeme emrinin tanzim edildiği tarih sürenin başlangıç noktası kabul edilmiştir.

Bazı hallerde ilk derece mahkemesinden önce uyuşmazlık konusunda karar almaya yetkili idari makama başvuru da sürenin başlangıcı olarak hesap edilmektedir<sup>1053</sup>. Bu son durum özellikle iç hukukun idari makamlar önünde bir ön inceleme safhası öngördüğü halde söz konusu olur. Örneğin **X/Fransa** kararında<sup>1054</sup>, kan nakli sırasında bulaşan AIDS virüsü sebebiyle tazminat ödenmesini konu alan

<sup>1046</sup> **Janis/ Kay/ Bradley**, s.455; **Clayton/ Tomlinson**, s.105; **Leach**, s.287; **Gölcüklü**, Doğru yargılama, s.25; **Erdoğan**, s.126; **Ovey/White**, s.166; **De Salvia**, s.346; **Cohen-Jonathan**, Aspects européens, s.80; **Robert/ Duffar**, s.289; **van Drooghenbroeck**, s.161; **Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet**, s.355. Deumeland/Almanya, 29 Mayıs 1986, par.77; Nunes Violante/Portekiz, T:8 Haziran 1999, Baş. No: 33953/96, par.23.

<sup>1047</sup> **Chen**, s.91.

<sup>1048</sup> Allenet de Ribemont/Fransa, T:23 Ocak 1995, Baş. No: 3/1994/450/529, par.46.

<sup>1049</sup> Francesco Lombardo/İtalya, T:26 Kasım 1992; Giancarlo Lombardo/İtalya, T: 26 Kasım 1992.

<sup>1050</sup> **Doswald- Beck/ Kolb**, s.188; **Başar**, s.32.

<sup>1051</sup> 27.02.1992, Baş. No:13132/87.

<sup>1052</sup> 27.02.1992, Baş. No:13362/87. Benzer bir başka karar, Pugliese/İtalya, 24.05.1991, Baş. No:11671/85.

<sup>1053</sup> **Reid**, s.203; **Clayton/ Tomlinson**, s.105; **Leach**, s.287; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.285; **Gölcüklü**, Doğru yargılama, s.25; **Tezcan/ Erdem/ Sancakdar**, s.251; **Cohen-Jonathan**, Aspects européens, s.80; **van Drooghenbroeck**, s.161; **Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet**, s.355-356. Scopelliti/İtalya, 23 Kasım 1993, par.18; Deweer/Belçika, 27 Şubat 1980, par.42; Kiurkchian/ Bulgaristan, 24.03.2005, par.51.

<sup>1054</sup> 31 Mart 1992, par.31.

süreçte, AIHM, sürenin başlangıcı olarak Sağlık Bakanlığı'na tazminat talebinin yapıldığı tarihi esas almıştır. Bir başka kararda, ilaç lisansının iptali sebebiyle idari makamlara yapılan itiraz anı, sürenin başlangıcı olarak kabul edilmiştir<sup>1055</sup>. Başlangıç noktalarındaki bu farklılıkları kabul edilebilir kılan olgu, kamu otoritesi tarafından dayatılmış olmalarıdır<sup>1056</sup>. Bu nedenle, uyuşmazlığın esasına ilişkin dava açmadan önce geçici hukuki koruma tedbirleri hakkındaki talepler sürenin hesabına dahil edilmemektedir<sup>1057</sup>.

Dava açıldıktan sonra üçüncü şahısların davaya katıldığı hallerde<sup>1058</sup>, sürenin başlangıcı, katılmanın türüne göre belirlenmektedir. Eğer mirasçı olarak, dava, ölen tarafın yerine takip ediliyorsa, bütün yargılama süreci hakkında şikâyette bulunulabilir ve sürenin başlangıcı da davanın açıldığı tarih sayılacaktır. Üçüncü şahıs davaya fer'i müdahil olarak katılıyorsa, davaya katıldığı tarih, yargılama süresinin başlangıcı sayılacaktır<sup>1059</sup>. Çünkü burada, fer'i müdahil, kendi menfaatini korumak amacıyla tarafın yanında yer almaktadır.

**Kalgi/Türkiye Kararında**<sup>1060</sup>, kadastro davası 1972 yılında açılmakla beraber, davacılarından biri olan başvuranın adı ilk kez, ilk derece mahkemesinin başvuranın adresinin tespit edilmesini istediği 1983 yılında dosyada geçtiğinden makul süreye ilişkin şikâyetin incelenmesinde dikkate alınacak yargılama sürecinin 1983 yılında başladığı kabul edilmiştir. Bu tarihten önce, başvuranın yargılamaya katıldığını gösteren herhangi bir belge olmadığı için davanın açıldığı tarih olan 1972 yılı başvuranın şikâyeti açısından kabul edilmemiştir.

Hukuk mahkemesinde sorumluluk oranının tespiti için mutlaka ceza yargılamasının sonucunun beklenmesi gereken davalarda, hukuk davası açısından hesaplanacak sürenin başlangıcı, ceza davasının başlangıcı olarak kabul edilebilmektedir<sup>1061</sup>.

<sup>1055</sup> König/Almanya, 28.06.1978.

<sup>1056</sup> Chen, s.91.

<sup>1057</sup> Barelli/Fransa, T:23 Mayıs 2000, Baş. No: 46246/99.

<sup>1058</sup> Pandolfelli ve Palumbo/İtalya Kararı, 27 Şubat 1992; Also Tripodi/İtalya, Baş No:45078/98, T:12 Ekim 2000, Antonio Ruocco/İtalya, Baş. No:34881/97, T:27 Ekim 1998.

<sup>1059</sup> M.Ö/Türkiye Kararı, Baş. No:26136/95, T:19 Mayıs 2005.

<sup>1060</sup> Baş. No:37252/05, T:20 Ekim 2009.

<sup>1061</sup> Iribarren Pinillos/ İspanya, 08.01.2009, par.65.

### bb. Sürenin Bitiş Anı (*Dies ad quem*)

Yargılama süresinin bitiş anı ile ilgili AİHM içtihatları son zamanlarda büyük bir evrim geçirmiştir<sup>1062</sup>. Geleneksel anlamda sürenin işleyişi, mümkün olan en yüksek mahkemede nihai kararın verilmesi veya kanun yolunu kullanmak için öngörülen sürenin sona erdiği tarihte durur<sup>1063</sup>. Nihai kararın verilmesinden kasıt hükmün şekli anlamda kesinleşmesi, tüm başvuru yollarının tüketilmesidir. Bu bazen ilk derece mahkemesince verilen kesin hükümle<sup>1064</sup>, istinaf mahkemesi kararıyla<sup>1065</sup> ya da temyiz mahkemesince verilen bir kararla<sup>1066</sup> olabilir. Ayrıca iç hukuk sistemine bağlı olarak, kararın tefhimi<sup>1067</sup>, tebliği<sup>1068</sup> veya kalemce kayıt edildiği an<sup>1069</sup> sürenin bitiş anı kabul edilebilmektedir.

Uygulamada çoğunlukla, milli mahkemelerdeki yargılama süreci devam etmekte iken makul sürede yargılanma hakkına ilişkin şikâyetler AİHM önüne gelmektedir. Böyle bir durumda süre, AİHM'nin kararını verdiği tarihte sona ermiş sayılmakta ve makul sürenin tespitinde bu tarihe kadar yerel mahkemedeki davanın nasıl bir ilerleme kaydettiği dikkate alınmaktadır. Hali hazırda yargılama faaliyeti devam ediyorken, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiası ile AİHM'ne başvurulabilmesi, Sözleşmenin 35.maddesinde öngörülen iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının bir istisnasıdır<sup>1070</sup>. Örneğin, **X/Fransa**<sup>1071</sup> ve **Couez/Fransa**<sup>1072</sup> kararlarında, dava henüz istinaf mahkemesi önündeyken AİHM, makul sürenin ilk derece mahkemesi hükmünü verdiği anda zaten aşılmış olduğunu belirtmiştir.

<sup>1062</sup> **Chen**, s.91.

<sup>1063</sup> **Mole/Harby**, s.25; **Clayton/ Tomlinson**, s.105; **İnceoğlu**, s.378; **Reid**, s.203; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.285; **Doswald- Beck/ Kolb**, s.188; **Gölcüklü**, Doğru yargılama, s.25; **Ovey/White**, s.167; **De Salvia**, s.346; **van Drooghenbroeck**, s.162.

<sup>1064</sup> Foti ve Diğerleri/İtalya, 10 Aralık 1982, par.54.

<sup>1065</sup> Zimmermann ve Steiner/İsviçre, 13 Temmuz 1983.

<sup>1066</sup> Hentrich/Fransa, 22 Eylül 1994, par.58.

<sup>1067</sup> Monnet/Fransa, 27 Ekim 1993, par.26.

<sup>1068</sup> H/Fransa, 24 Ekim 1989, par.48.

<sup>1069</sup> Pretto ve diğerleri, 08,12.1983, par.30.

<sup>1070</sup> Michel **Puechavy**, "Le Règle de L'épuisement des voies de recours internes et la nouvelle cour européenne des droits de l'homme", Libertés, Justice, Tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen- Jonathan, Volume II, Bruxelles 2004, s.1299 vd. (Recours internes); **Başar**, s.37.

<sup>1071</sup> 31 Mart 1992, par.22.

<sup>1072</sup> 24 Ağustos 1998, par.27.

Buna ilaveten hakkın gerçekleşmesi için hükmün icra edilmesinin gerektiği hallerde AİHM, hükmün icrası aşamasının da makul sürenin hesaplanmasında dikkate alınması gerektiği görüşündedir<sup>1073</sup>. AİHM'ne göre, yargılama süresine ilişkin şikâyetlerde mahkeme tarafından verilen kararların icrası, yargılamanın ikinci temel safhasını oluşturmaktadır zira hukuki korunma ancak bu karar uygulandığı zaman tam anlamıyla gerçekleşir<sup>1074</sup>. Bu sebeple, hüküm verilmesi ile kararın icrası arasındaki süre de makul sürenin hesabına dahil edilmektedir<sup>1075</sup>.

Hükmün icrasındaki gecikme sebebiyle makul sürenin aşıldığı yolunda, AİHM önündeki ihlal iddialarının büyük bölümünü idarenin taraf olduğu davalar oluşturmaktadır. AİHM, idarenin bir ödemeyi yapabilmek için belli bir süreye ihtiyaç duymasının kabul edilebilir olduğu ancak bu sürenin makul süre sınırını aşmaması gerektiği görüşündedir. Örneğin, kamulaştırma bedeline itiraza ilişkin bir dava sonucunda ek tazminat miktarının yargı kararından bir buçuk yıl sonra ödenmesi makul süre aşımı olarak değerlendirilmiş ve 6&1 maddenin ihlal edildiğine hükmedilmiştir<sup>1076</sup>.

Bir başka kamulaştırma bedeline itiraz davasında, ek kamulaştırma bedeli, ilk derece mahkemesinin kararının kesinleşmesinden itibaren iki yıldan fazla bir sürenin sonunda ödenmiştir. AİHM bu başvuruda<sup>1077</sup>, ulusal mahkemeler tarafından hükmedilen miktarın ödenmesinde idarenin gecikmesinin, başvuruları, taşınmazların kamulaştırılmasına ilaveten ayrı bir zarara daha uğrattığını tespit etmiştir. Karara göre başvuranlar, toplum yararının gerektirdikleri ile mülkiyet hakkına saygının korunması arasında hüküm sürmesi gereken adil dengeyi bozan ve alışılmışın dışında ölçüsüz bir yüke katlanmak zorunda kalmışlardır.

Bir dava makul sürede tamamlanmakla beraber, hükmün gereği uzunca bir süre yerine getirilmemişse yine 6.maddenin ihlali gündeme gelecektir. **M.A. Kaplan ve**

<sup>1073</sup> Reid, s.203; Janis/ Kay/ Bradley, s.455; Tezcan/ Erdem/ Sancakdar, s.251; Erdoğan, s.127; Sudre/ Margaünaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet, s.356.

<sup>1074</sup> Fransa/Bouilly Kararı, Baş. No: 38952/97, T:7 Aralık 1999; Di Pede/İtalya Kararı, T:26 Eylül 1996; Silva Pontes/Portekiz, 23 Mart 1994, par.30; Pinto de Oliveira/Portekiz, 8 Mart 2001, Baş. No:39297/98, par.26.

<sup>1075</sup> Kaygısız/Türkiye Kararı, Baş. No:33106/04, T:24 Kasım 2009; K.Kılıç/Türkiye Kararı, Baş. No:36424/06, T:13 Ocak 2009; H. Ateş ve M. Ateş/Türkiye Kararı, Baş. No:28270/02, T:13 Ekim 2009.

<sup>1076</sup> Ak/Türkiye Kararı, Baş. No: 27150/02, T:31 Temmuz 2007.

<sup>1077</sup> Vahide Yıldız ve Diğerleri/Türkiye Kararı, Baş. No:13721/04, 20 Ekim 2009. Benzer kararlar, Mehmet Kurt vd/Türkiye, Baş. No:20313/03, T:15 Haziran 2010.

**Diğerleri/Türkiye Davasına**<sup>1078</sup> ilişkin başvuruda AİHM, yaklaşık bir buçuk yıl ile iki buçuk yıl arasında değişen yargılama süreçlerini makul bulmuştur. Bununla beraber, yargılamanın bir parçası olarak değerlendirilen<sup>1079</sup> icra aşamasında, idari makamlar ek kamulaştırma bedellerini kesin hükümden itibaren yaklaşık iki buçuk üç yılda ödemediğinden, başvuranların 6.maddenin koruyucu etkisinden mahrum bırakıldıkları kanaatine varılmış, ihlal kararı verilmiştir. Devlet otoritesi yargı kararına dayanan bir borcu ödememek için kaynak yetersizliğini bahane edemez<sup>1080</sup>. Ek tazminatın ödenmesindeki gecikme, mal sahibinin taşınmazının kamulaştırılmasına ek olarak zarara uğratmakta ve kendisi için aşırı yük teşkil etmektedir<sup>1081</sup>.

**Kalender/Türkiye Kararında**<sup>1082</sup> da, tren kazası sebebiyle açılan tazminat davasının, kararın tam olarak icra edildiği tarihte sona erdiği kabul edilmiştir. Somut olayda, başvuranlar tazminatın ödenmesi için cebri icra işlemlerini başlatmak ve üç yıldan fazla bir süre daha beklemek durumunda kalmışlardır. Kaldı ki, ölüm sebebiyle açılan tazminat davaları, niteliği gereği, ivedilikle sonuçlandırılması gereken davalardır. Benzer şekilde **Buyruk/Türkiye Kararında**<sup>1083</sup> da, Belediyenin, iş mahkemesinin nihai kararının ardından dört yıl sonra ödeme yaptığı görülmektedir. AİHM'ne göre, kesinleşen yargı kararlarına makul sürede uymayan ulusal makamlar Sözleşmenin 6&1 maddesinin anlamını ortadan kaldırmışlardır.

Değerlendirmeye esas alınacak sürenin bitiş anı, Türk hukukundaki dava türlerine göre farklılık gösterebilir. Eda davalarının kabul edilmesi ile verilecek olan hüküm bir eda hükmü olduğundan icra edilebilir niteliktedir. Bu nedenle, değerlendirmeye esas alınacak sürenin bitiş anı eda hükmünün icra edilerek yerine getirildiği andır. Tespit davasının kabulü veya reddi ile eda davasının reddi halinde verilen kararlar ise birer tespit hükmü niteliğinde olduğundan icra edilebilir nitelikte

<sup>1078</sup> Baş. No:3224/05, 4884/05, 9504/05, 9545/05, 9568/05, 9600/05, 9658/05, 9695/05, 9720/05, 13516/05, T:16 Aralık 2008. Benzer şekilde, Kurt ve Fırat/Türkiye Kararında da, kamulaştırma bedeline ek tazminat davası 10 ayda karara bağlanmışsa da başvuranlara ödeme yapılması için kararın kesinleşmesinden itibaren iki buçuk yıl geçmesi beklenmiştir. Bkz. Baş. No:26828/03, T:21 Nisan 2009.

<sup>1079</sup> Hornsby/Yunanistan, 19 Mart 1997, par. 40 vd.; Metaxas/Yunanistan, Baş. No:8415/02, prg 25, 27 Mayıs 2004.

<sup>1080</sup> Kuzu/Türkiye Kararı, Baş. No: 13062/03, T:17 Ocak 2006; Bourdov-Rusya, Baş No:59498/00, par. 36

<sup>1081</sup> M. Kaplan/Türkiye Kararı, Baş. No:29016/04, T:9 Aralık 2008.

<sup>1082</sup> Baş No: 4314/02, T:15 Aralık 2009.

<sup>1083</sup> Baş. No:14558/03, T:8 Nisan 2008.

değildirler. Bu durumda süre, söz konusu hükümler şekli olarak kesinleştiği an bitmiş sayılacaktır. İnşai davalar bakımından değerlendirmeye esas alınacak sürenin bitiş anı farklı değildir. İnşai hükümler kesinleştiği anda hukuki değişiklik kendiliğinden gerçekleşmiş olacağından, süre hükmün şekli anlamda kesinleştiği tarihte bitmiş sayılır. Aynı sonuç, inşai davanın reddedilmesi halinde de geçerlidir<sup>1084</sup>.

## 2. Makul Sürenin Tespitinde Dikkate Alınacak Kriterler

AİHM, “makul süre” değerlendirmesi yaparken, somut olayın şartları ve davanın karmaşıklığı (*la complexité de l'affaire*), başvuranın ve yetkili otoritelerin yargılama sırasındaki tutumu (*le comportement du requérant et celui des autorités compétentes*) ve tarafın sürat ile hüküm elde etmesindeki menfaati (*l'enjeu du litige pour l'intéressé*) gibi kriterleri dikkate almaktadır<sup>1085</sup>. Mahkeme makul süre için mutlak bir süre belirlemeden, her davayı kendi koşulları çerçevesinde sözü edilen ölçütlerle değerlendirmektedir<sup>1086</sup>.

### a. Davanın Karmaşıklığı

Makul sürenin hesabında dikkate alınacak ilk unsur, dava konusu uyuşmazlığın niteliğidir. Yargılama süresi, mahkeme önüne taşınan uyuşmazlığın karmaşıklığına göre değişiklik gösterebilir. Bir başka deyişle, yargılamanın ilerlemesindeki yavaşlık davanın karmaşıklığı ile açıklama buluyor olabilir ki bu AİHM önündeki davalarda, savunma yapan devletlerin en fazla başvurduğu argümanlardan biridir<sup>1087</sup>.

Bir davanın karmaşık olup olmadığı değerlendirilirken dava tüm yönleriyle ele alınır<sup>1088</sup>. Karmaşıklık, somut olayın birden fazla kişinin hukuki menfaatini

<sup>1084</sup> Başar, s.38-41.

<sup>1085</sup> Frydlender/Fransa Kararı, Baş. No: 30979/96, T:27 Haziran 2000, par.43; Buchholz/Federal Almanya, 6 Mayıs 1981, par.49.

<sup>1086</sup> Mole/Harby, s.26; Harris, O'Boyle & Warbrick, s.279; Gölcüklü, Doğru yargılama, s.27; Leach, s.287-288; Ovey/White, s.167; De Salvia, s.347; van Comperrnolle, Recours effectif, s.399; Cohen-Jonathan, Aspects européens, s.80; Robert/ Duffar, s.288; van Drooghenbroeck, s.162-163; Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet, s.357; Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel, s.906.

<sup>1087</sup> Chen, s.94; Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel, s.908.

<sup>1088</sup> Mole/Harby, s.26; Reid, s.206; Pettiti/Decaux/Imbert, s.268; Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet, s.357-358.

etkilemesinden<sup>1089</sup>, dava malzemesinin hacminden<sup>1090</sup> ya da uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kurallarının tespitindeki zorluktan kaynaklanıyor olabilir. AİHM, istikrarlı içtihatları ile somut olayın yapısını değerlendirirken, taraf ve tanık sayısını<sup>1091</sup>, uluslararası unsurları<sup>1092</sup>, davaların birleştirilmesi ya da ayrılmasını gerektiren unsurları<sup>1093</sup>, davaya 3.şahıslarca müdahale edilip edilmediğini<sup>1094</sup>, temin edilmesi gereken maddi delilleri<sup>1095</sup> göz önünde bulundurmaktadır. Bu bağlamda basit bir tahliye davası ile büyük bir şirketin feshi davasının aynı sürede bitirilmesi beklenmemelidir.

Örneğin, **Tričković/Slovenia** kararı<sup>1096</sup>, başvuranın emekli aylığının ödenmesine ilişkin bir davaya ilişkindir. Eski Yugoslavya'nın parçalanmasından sonra Slovenya Hükümeti, askeri emeklilik ödemelerini yapma sorumluluğunu kendi üzerine almıştır. Bu dava, Yugoslav askeri personelinin emeklilik ödemeleri için yapılan çok sayıda başvurunun ilki olduğu ve diğerleri açısından emsal niteliği taşıyacağı için yerel mahkemenin ayrıntılı bir inceleme yapması gerekmiştir. Bu nedenle AİHM söz konusu davanın oldukça karmaşık bir niteliğe sahip olduğunu kabul etmiş ve yerel mahkemelerdeki yargılama sürecini makul bulmuştur.

Bir başka örnek olarak, şufa hakkı ile ilgili olan **Pretto/İtalya** kararı gösterilebilir. Bu davada İtalyan hükümeti, ilgili uyuşmazlık hakkında daha önce bir düzenleme olmadığı ve yerel mahkemedeki yargılamada tamamen yeni bir yasanın uygulanması gerektiği gerekçesiyle, ilgili davanın oldukça karmaşık bir yapıya sahip olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme davalı hükümetin bu savunmasını makul karşılarken, temyiz aşamasında incelemenin ertelenerek hukuk genel kurul kararının beklenmesinin uyuşmazlığın kesin olarak çözümüne hizmet ettiğini belirtmiştir. Bu nedenle yargılama süresi makul bulunmuştur.

<sup>1089</sup> Erkner ve Hofauerc/Avusturya, 23 Nisan 1987, par.67; Poisse/Avusturya, 23 Nisan 1987, par.56; Wiesinger/Avusturya, 30 Ekim 1991, par.55.

<sup>1090</sup> **Başar**, s.44.

<sup>1091</sup> Angelucci/İtalya, 19 Şubat 1991, par.15; Adreucci/İtalya, 27 Şubat 1992, par.17.

<sup>1092</sup> Manzoni/İtalya, 19 Şubat 1991, par.18.

<sup>1093</sup> Diana/İtalya, 27 Şubat 1992, par.17.

<sup>1094</sup> Manieri/İtalya, 27 Şubat 1992, par.18.

<sup>1095</sup> Triggiani/İtalya, 19 Şubat 1991, par.17.

<sup>1096</sup> 12 Haziran 2001.

**Katte Klitsche de la Grange/İtalya** davasında<sup>1097</sup> da, başvurana ait ormanlık bir park alanını da kapsayan çevre planlamasından dolayı, arazisini kullanma hakkı kısıtlandığı için tazminat davası açan başvurunun davası sekiz yıldan fazla bir sürede sonuçlanmıştır. AİHM, yerel mahkeme tarafından verilecek kararın çevre ve şehir planlama gibi önemli bir konuya ilişkin olduğunu; ayrıca bir mülkiyet hakkı ile bir meşru menfaat arasındaki denge konusunda İtalyan içtihat hukuku üzerinde önemli etkileri olacağını dikkate almıştır. Davadaki bu özellikler sebebiyle sekiz yıllık süre aşırı bulunmamıştır<sup>1098</sup>.

Önüne gelen şikâyetlerde, her somut olayın özelliklerini ayrı ayrı değerlendiren AİHM, çok karmaşık bir yapıya sahip olan davalarda yargılamanın haklı olarak uzayabileceğini kabul etmektedir<sup>1099</sup>. Ancak bunu, her karmaşık yapıya sahip davanın çözümündeki gecikmenin makul sayılacağı şeklinde anlamamak gerekir. Önemli olan uyuşmazlığın karmaşık yapısına göre ihtiyaç duyulan yargılama süresinin aşılmamasıdır.

Karmaşık yapıya sahip uyuşmazlıklara ilişkin yargılama süreleri de gayri makul bulunabilir<sup>1100</sup>. Özellikle, davanın karmaşık yapısı tek başına davanın uzamasına neden olmuyor ve aşağıda görülecek diğer nedenler de bu unsurlara ekleniyorsa, davanın karmaşıklığı haklı bir gerekçe olmaktan çıkmaktadır<sup>1101</sup>. Örneğin 14 yıldan fazla süren bir kamulaştırma davasında Fransız hükümeti savunmasını kamulaştırmaya itiraz sürecinin karmaşık yapısına dayandırmışsa da, AİHM bu mazereti haklı bulmamış ve sürecin karmaşık yapısının yargılamanın aşırı uzun sürmesini açıklamaya yeterli olmadığını belirtmiştir<sup>1102</sup>.

AİHM'ne göre, mahkemelerin taraf iddialarının gerçekliğini araştırmaya gerek duyması, davanın karmaşık olduğu sonucuna varmak için yeterli değildir. Örneğin cismani zararlar nedeniyle açılacak tazminat davalarının idare mahkemeleri önünde yıllarca kalmasının gerekçesi olarak, hükümet tarafından, davanın karışık yapısı gösteriliyordu. Ölüm nedeniyle uğranılan kaybın tazminine karar verebilmek için,

<sup>1097</sup> 27 Ekim 1994.

<sup>1098</sup> Par.61-62.

<sup>1099</sup> Boddaert/Belçika, 12 Ekim 1992.

<sup>1100</sup> Ferrantelli ve Santangelo/İtalya, 7 Ağustos 1996.

<sup>1101</sup> **İnceoğlu**, s.381.

<sup>1102</sup> Guillemain/Fransa, 21 Şubat 1997, par. 41-43.



merhumun mesleği, geliri, ailesinin başka bir geliri olup olmadığı araştırılması gerektiği belirtiliyordu. Ancak AİHM kararlarında, bu tip davaların istisnai bir yasal veya olgusal zorluk teşkil etmediği şeklinde görüş bildirmiştir<sup>1103</sup>.

AİHM uyuşmazlığın ve davanın niteliğine ilişkin bu unsur dışında, ayrıca sorumluluğu yargılama sürecinde rol alanlara dağıtmakta; sürecin değerlendirilmesinde başvuranın ve yetkili makamların tutumunu da göz önünde bulundurmaktadır.

### b. Başvuranın Tutumu

Yargılama süresinin makul olup olmadığı değerlendirilmesinde dikkate alınacak ikinci ölçüt, başvuranın tutumudur. Bazen devlete atfedilebilecek gecikmeler makul süreye uyulmamasına bir açıklama getirebilmek için tek başına yeterli olmaz. Bu nedenle, başvuranın yargılama süresince sergilediği tutumun iyice araştırılması gerekir. Başvuranın tutumu incelenirken, ilk olarak başvuranın kendisinin tutumuna bakılır. Ancak başvuranın avukatının tutumu da bu meyanda önemli rol oynamaktadır<sup>1104</sup>. Zira yargılama sürecinde taraflar çoğunlukla bir vekil tarafından temsil edilir. Dolayısıyla avukatının yargılamadaki davranış tarzı, başvuranın tutumu kapsamında değerlendirilir<sup>1105</sup>.

Yargılamanın süratle tamamlanabilmesi için başvuran, kendi adımlarını, mümkün olduğu kadar çabuk ve öngörülen sürelerle riayet ederek atmalıdır. Hemen belirtmek gerekir ki, başvuranın süreçteki tutumuna ilişkin kendisinden beklenen, yargılama sürecini hızlandırmak için aktif bir şekilde işbirliği yapması değil<sup>1106</sup>; yargılamanın makul sürede bitirilmesine engel olmamasıdır<sup>1107</sup>. Kişiler, yargılamayı hızlandırmaya çalışırlarsa bu onların lehine değerlendirilecektir ancak yargılamanın hızlandırılması için bir teşebbüste bulunulmamış olması aleyhe bir yoruma yol açmaz<sup>1108</sup>. AİHM, **Unión Alimentaria Sanders SA/İspanya** kararında<sup>1109</sup>

<sup>1103</sup> Ormancı ve Diğerleri/Türkiye, Baş. No:43647/98, T:21 Aralık 2004.

<sup>1104</sup> **Chen**, s.113.

<sup>1105</sup> **Chen**, s.117.

<sup>1106</sup> Eckle/Federal Almanya Cumhuriyeti, 15 Temmuz 1982, par. 82.

<sup>1107</sup> **Mole/Harby**, s.26; **Altıparmak**, s.250-251; **Reid**, s.207; **Harris, O'Boyle & Warbrick**, s.280; **Janis/ Kay/ Bradley**, s.456; **Pettiti/Decaux/Imbert**, s.268; **Guinhard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.911.

<sup>1108</sup> Ceteroni/İtalya, 15 Kasım 1996.

başvuranların tutumuyla ilgili beklentisini, “kendisi ile ilgili usul aşamalarını yerine getirirken özenli davranmak, geciktirme amaçlı taktikler kullanmaktan kaçınmak, iç hukukta yargılamanın kısaltılması amacıyla öngörölmüş olan imkânlardan faydalanmak”la sınırlı tuttuğunu ifade etmiştir.

Tarafın yargılamayı hızlandırmak için aktif bir yükümlülüğü olmamakla birlikte, yargılama sürecinde dürüstlük kuralına uygun hareket edilmelidir. Medeni Kanun’un 2.maddesindeki dürüstlük kuralı Medeni usul hukuku alanında da geçerlidir<sup>1110</sup> (HMK m.29). Tarafların dürüstlük kuralına uygun şekilde dava yürütmeleri, davada kendilerine tanınan usuli hak ve yetkileri verilmiş amacına uygun kullanmaları, yargılamanın makul sürede bitirilmesine yardımcı olacaktır. Hakkın kötüye kullanılması yoluyla yargılama faaliyetinin uzamasına sebebiyet verilmesi, dürüstlük kuralına aykırıdır<sup>1111</sup>. Tarafın dürüstlük kuralına aykırı şekilde davanın süruncemede kalmasına veya hükmün icrasının geciktirilmesine sebebiyet vermesi halinde, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiası dinlenmemelidir.

Eğer, başvuran kendi tutumuyla bir gecikmeye neden olmuşsa, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikâyetinin başarıyla sonuçlanma ihtimali önemli ölçüde zayıflayacaktır<sup>1112</sup>. Örneğin, **Ciricosta ve Viola/İtalya** kararına<sup>1113</sup> konu mülkiyet hakkına müdahalenin önlenmesine ilişkin olarak İtalyan mahkemesindeki yargılamada, başvuran en az 17 kez duruşmanın ertelenmesini talep etmiş, diğer tarafça yapılan altı erteleme talebine de itiraz etmemiştir. Bu durumu dikkate alan AİHM, 15 yıllık yargılama sürecinin aşırı olmadığına hükmetmiştir. Yerel mahkemenin de gecikmede payı olmakla birlikte, makul sürenin aşılmasında öncelikli sorumluluk mahkemede değil başvuranda görölmüştür.

**Monnet/Fransa** davasında<sup>1114</sup> başvuran, yerel mahkemede yedi yıldan fazla süren ayrılık davasının makul sürede yargılanma hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Ancak yapılan araştırma sonucunda, başvuranın kendisine karşı açılan davadan ancak 5 ay sonra karşı dava açtığı ve 9 aydan fazla bir zaman sonra ispat faaliyetine

<sup>1109</sup> T: 07.07.1989, Par.35.

<sup>1110</sup> Ramazan **Arslan**, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s.47 vd.

<sup>1111</sup> **Arslan**, Dürüstlük, s.98 vd.; **Başar**, s.17.

<sup>1112</sup> **Mole/Harby**, s.26; **Janis/ Kay/ Bradley**, s.457.

<sup>1113</sup> 4 Aralık 1995.

<sup>1114</sup> 27 Ekim 1993, par.30-32. Aynı konuda bkz. Barelli/Fransa, T:23 Mayıs 2000, Baş. No:46246/99.

giriştiği, buna ilaveten istinaf başvurusunu yaptıktan tam 20 ay sonra bu konuda bir dilekçe verdiği tespit edilmiştir. Başvuranın yargılamayı geciktiren bu tutumu karşısında, yargılama süresi aşırı bulunmamıştır. Hatta bilirkişi raporunun ancak bir senede dosyaya konulması bile yetkili makamlara atfedilecek bir kusur olarak görülmemiştir. Fransız doktrininde, boşanma ve ayrılık davalarında uyuşmazlığın niteliği gereği tarafların davayı yürütüş biçiminde kendilerine inisiyatif tanınması ve hakimin biran önce boşanma kararı vermek için taraflara baskı yapmaması gerektiği görüşü ileri sürülmekte ve bu görüşün AİHM'nin Monnet kararında rol oynadığı belirtilmektedir<sup>1115</sup>.

Bir diğer örnek olarak, **Dokdemir ve Diğerleri/Türkiye**<sup>1116</sup> davasına konu olayda, başvuranlar zilyetliklerinde bulunan taşınmazlara ilişkin kazandırıcı zamanaşımı süresinin dolmuş olması sebebine dayanarak taşınmazların adlarına tapuya kaydedilmesi için dava açmışlardır. Asliye Hukuk Mahkemesi söz konusu taleplere ilişkin kararını 12 Nisan 2000 tarihinde vermişse de başvuranların avukatı karar harcını ancak 2003 yılında yatırarak kararların tebliğ edilmesini sağlamıştır. Yargılama süresinin makul olup olmadığını değerlendiren AİHM, ilk derece mahkemenin kararı verdiği tarih ile bu kararların tebliğ edildikleri tarihler arasında geçen üç yıla yakın sürenin başvuran tarafın gecikmesinden kaynaklandığını tespit ederek bu sürelerin ulusal makamlara yüklenmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir.

Yukarıdaki içtihatlardan anlaşıldığı üzere, devletlerin makul sürede yargılama konusunda üstlendikleri sorumluluk, taraflara, oyalayıcı manevralarda bulunma imkânı vermemektedir. Söz konusu yargılama süreçlerinde 6.maddeye ilişkin bir ihlal bulunmamakta, sürecin gecikmesinde kusurlu olan başvuranlar üstü kapalı olarak eleştirilmektedir<sup>1117</sup>.

Bununla birlikte, tarafın yargılama sürecinde iddia veya savunmada bulunabilmek için Kanunen kendisine tanınmış imkânlardan sonuna kadar

<sup>1115</sup> **Chen**, s.115.

<sup>1116</sup> Baş. No:44031/04; 44045/04; 44050/04; 44053/04; 44105/04; 44108/04; 44111/04; 44112/04; 44123/04; 44131/04; 44133/04; 44194/04; 44197/04; 44199/04; 45260/04; 45283/04, T:16 Aralık 2008.

<sup>1117</sup> **Chen**, s.115.

faydalanmış olması, kendisine karşı kullanılamaz<sup>1118</sup> ve yargılamanın kendi tutumu ile uzadığından bahsedilemez; meğerki istismar edilmiş olsun. Örneğin, **Yorgiyadis/Türkiye** davasında<sup>1119</sup> hükümet, başvuranın beş ayrı dilekçe sunmak suretiyle davanın uzamasına yol açtığını ileri sürmüştü fakat AİHM, başvuranın haklarını kullandığı için mahkemenin zamanını boşa harcamasına neden olduğu şeklinde suçlanamayacağını ifade etmiştir.

Aynı şekilde, tarafların iç hukukta açık olan kanun yollarını kullanması da oyalayıcı tutum sayılmaz. Örneğin, **Sürmelioglu/Türkiye** davasında<sup>1120</sup>, Hükümet, başvuranın düzenlenen bilirkişi raporlarına sürekli itiraz etmesi ve ilk derece mahkemesi kararları aleyhine sistemli olarak kanun yoluna başvurması nedeniyle sürecin geciktiğini ileri sürmüştü fakat AİHM, başvuranın normal bir tutum sergilediğini belirtmiştir. Diğer taraftan, yargılamanın bu nedenle uzaması devlete atfedilebilecek bir sorumluluk da değildir<sup>1121</sup>. Ancak yetkili makamların ayrıca bir gecikmeye sebep olup olmadığı incelenebilir.

**Capuano/İtalya** kararında<sup>1122</sup>, vekilinin sebep olduğu gecikmelerden başvuranın sorumlu olduğu açıkça belirtilmiştir. Söz konusu olayda, yerel mahkemedeki yargılama başvuranın avukatının ölümü sebebiyle birkaç ay ertelenmiştir. AİHM, avukatın ölümü sebebiyle meydana gelen gecikmeden başvuranın direkt olarak sorumlu tutulamayacağını net bir şekilde ifade ederken; diğer yandan yeni avukatın başvuruları temsil yetkisini devraldığını mahkemeye bildirmekte ve yargılamaya devam etmekte gösterdiği yavaşlığı başvurulara mal etmiştir. CHEN, AİHM içtihadında varılan bu çözümün adil olduğu kanaatindedir. Zira taraf, kendisini yargılamada temsil edecek avukatı serbestçe seçmektedir<sup>1123</sup>. Ve hatta avukatın kendisini etkili şekilde temsil edemediğini düşündüğünde onu azledip yeni bir avukat tayin edebilme yetkisine de sahiptir. O halde, avukatın yargılamadaki tutumu sebebiyle yargılamanın gecikmesinden doğan sorumluluk kendisine atfedilebilir.

<sup>1118</sup> **Mole/Harby**, s.26; **Reid**, s.207; **Janis/ Kay/ Bradley**, s.457; **Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet**, s.359.

<sup>1119</sup> Baş. No:48057/99, T:19 Ekim 2004.

<sup>1120</sup> Baş. No:17940/03, T:19 Şubat 2008

<sup>1121</sup> Poiss/Avusturya, 23 Nisan 1987, par.57.

<sup>1122</sup> Par.28.

<sup>1123</sup> **Chen**, s.118.

Burada akla Şu soru gelebilir: acaba adli yardım avukatının yargılamadaki tutumundan başvuran sorumlu tutulabilir mi? Bu soru ilk kez **H/Fransa** kararında<sup>1124</sup> ceza davaları bakımından gündeme gelmiştir. Fransız hükümeti yargılamanın durgunluğunu başvuranın avukatının hareketsizliğine bağlarken, adli yardımdan yararlanan başvuran, adli yardım bürosu tarafından resen atanan avukatın hareketsizliğinden kendisinin sorumlu tutulamayacağını savunmuştur. Çünkü avukatın görevini yerine getirmesini sağlayacak araçlara sahip olmadığı gibi vekilini değiştirme yetkisi de yoktur. Başvuranın dayandığı bu iki gerekçe Fransız hukukunda medeni hak ve yükümlülöklere ilişkin davalar bakımından da haklı bulunmaktadır<sup>1125</sup>.

Bu iki gerekçenin Türk hukuku karşısındaki haklılığını değerlendirmek için mevzuata bakıldığında, HMK’nda konuyla ilgili bir düzenlemeye yer verilmediği görölmektedir. Adli Yardım Yönetmeliği’nin<sup>1126</sup> 6.maddesinde ise, *adli yardım bürosunun görevlendirilen avukatın hizmeti yerine getirmesi ile ilgili aşamaları izleyeceğinden* bahsedilmektedir (b.f). Ancak adli yardım avukatının hareketsizliği halinde başvurana bu durumu değiştirmek için herhangi bir imkân verilmemektedir. Bu durumda, gerek adli yardım avukatını seçemiyor oluşu gerekse yargılamanın hızlı bir şekilde devam etmesi için avukatı motive edebilecek araçlardan yoksun oluşu dikkate alındığında H/Fransa kararında benimsenen çözümün Türk hukuku açısından da geçerli olduğu söylenebilir. Yani, adli yardım avukatının süreci geciktiren hareketlerinden adli yardımdan yararlanan taraf sorumlu tutulmamalıdır. Sürecin gecikmesindeki sorumluluğu gerekli önlemlerin alınmaması sebebiyle yetkili makamlar üstlenmelidir.

Bir tarafın ve vekilinin duruşmalara katılmadığı hallerde, ikili bir ayırım yapmak gerekir. Eğer yargılama, duruşmaya katılmayan tarafın yokluğunda devam etmişse makul sürenin aşılmasında başvuranın rolü olduğundan bahsedilmemelidir. Örneğin, **Bingöl/Türkiye kararına**<sup>1127</sup> konu yargılamada, başvuran ve avukatı iki yıl içesinde beş duruşmaya çeşitli mazeretler ileri sürerek katılmamışlar, mahkeme taraf ve vekilinin yokluğunda yargılamaya devam etmiştir. Bu nedenle, AİHM önüne

<sup>1124</sup> 24 Ekim 1989, par.53-54.

<sup>1125</sup> **Chen**, s.118-119.

<sup>1126</sup> R.G. 28 Aralık 2011, S.28156.

<sup>1127</sup> Baş. No: 40848/04, T:21 Aralık 2010.

gelen başvuruda makul sürenin aşıldığını tespit ederken, söz konusu gecikmenin, başvuranın tutumundan ileri gelmiş sayılamayacağını ifade etmiştir.

İkinci ihtimal, taraf ve vekilin bildirdiği geçerli mazeretler sebebiyle oturumların peş peşe ertelenmesidir. Eğer mahkeme, bildirilen mazeretler sebebiyle yargılamaya devam etmezse ve bu durum birkaç kez tekrarlanırsa, burada başvuranların tutumunun sürecin gecikmesinde rolü olduğundan bahsedilebilir ki yukarıda söz edilen **Ciricosta ve Viola/İtalya** kararı<sup>1128</sup> buna örnektir.

Yine aynı kararda, başvuranın üst üste avukat değiştirmesinin, makul sürenin aşılmasında rolü olup olmadığı tartışılmıştır. Başvuran altı ay içerisinde üç kez avukat değiştirmiş ve her yeni avukat dosyanın incelenmesi için davanın ertelenmesi talebinde bulunmuştur. AİHM, bu durumun, yargılamayı geciktiren unsurun tarafın tutumu olduğuna karar vermek bakımından yeterli olmadığını belirtmiştir. Zira, yaklaşık dokuz yıl süren yargılamada, avukat değişikliği nedeniyle dava yalnızca yedi ay uzamıştır.

Taraf veya vekilinin duruşmalara katılmaması halinde yargılamanın yürütüleceğine dair bir pozitif düzenleme olması halinde de başvuranların tutumu nedeniyle makul sürenin aşıldığı iddiaları kabul edilmeyecektir. Örneğin, 3402 Sayılı Kadastro Kanunu'nun 29.maddesine göre, kadastro mahkemesinde gelmeyen tarafın yokluğunda duruşma yapılır. Taraflardan hiç biri gelmez ise dosya işlemde kaldırılmaz. Bir mirasçı diğerlerinin muvafakati olmadan dava açabilir ve yalnız başına davaya devam edebilir. Mirasçılarının tayin edilememesi sebebiyle ölü olduğu belirtilerek kayıt sahibi adına tespiti yapılan taşınmaz mallar hakkında, ölünün ismi açıklanarak mirasçıları denilmek suretiyle mirasçılar aleyhinde dava açılabilir. Dava sırasında davalının davadan önce öldüğünün anlaşılması halinde davaya mirasçılar aleyhine devam edilir.

**M. Ve Z. Balıkçı/Türkiye Kararı**'nda<sup>1129</sup>, Kadastro Mahkemesinde açılan davada, 1999 tarihinde davacının öldüğü bilgisi Mahkemeye ulaşmış ve mahkeme mirasçılarını davayı takip etmeye davet etmiştir. Karardan, mirasçıların 2002 yılına

<sup>1128</sup> T: 04.12.1995.

<sup>1129</sup> Baş. No:19895/03; 21302/03, T:21 Ekim 2008; benzer bir başka karar için bkz. Balıkçı/Türkiye Kararı, Baş. No:20605/03, T:7 Ekim 2008.

kadar hiçbir duruşmaya katılmadıkları anlaşılmaktadır. Dava sonuçlandıktan sonra, yargılamanın makul süreyi aştığı şikâyeti ile AİHM'ne başvurduklarında, Hükümetin, sürecin kendi tutumları yüzünden sekteye uğradığı yönündeki itirazına, Kadastro Kanunundaki mevcut düzenlemeye dayanarak cevap vermişlerdir. AİHM, iç hukuk normunun tarafın yokluğunda yargılamaya devam edilmesine izin vermesi sebebiyle, Hükümetin itirazını reddetmiştir. Kaldı ki, 15 yıldan fazla süren bir yargılamada, tarafların gösterdiği bu ihmâl, tek başına makul sürenin aşılmasının gerekçesi olmamalıdır.

Somut olayda başvuranın tutumunun yargılamayı geciktirici rol oynadığı tespit edilmesi, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmak için yeterli değildir. Bir sonraki aşama olarak başvuranın yargılama süresindeki tüm gecikmeden sorumlu tutulmasının mümkün olup olmadığı araştırılmaktadır. Başvuranın kastî veya ihmalkâr tutumu toplam yargılama süresinin ne kadarına mal olmaktadır? Bu soru cevaplanmalıdır. Örneğin, başvuranın davayı yanlış mahkemede açarak ve dava açılmasından dört ay sonra dava dilekçesini ibraz ederek gecikmeye katkıda bulunduğu **Beaumartin/Fransa** kararında<sup>1130</sup>, ilk duruşmayı beş yılı aşan bir sürede yapan Fransız mahkemesi ve cevap layihasını 20 ay sonra ibraz eden davalı Bakanlık, AİHM tarafından daha kusurlu bulunmuştur.

**Merter vd./Türkiye** kararı da<sup>1131</sup> yargılamadaki gecikmenin yalnızca başvurana yüklenemeyeceğini gösteren bir başka örnektir. 1951 tarihinde başlayıp 2002 tarihinde sona eren kadastro yargılamasında taraf sayısının fazla olması ve ulusal mahkemelerin Osmanlı dönemine kadar giden tapu sicil kayıtlarını incelerken karşı karşıya kaldıkları güçlükleri göz önünde bulunduran AİHM, davanın karmaşık bir yapısı olduğunu kabul etmiştir. Buna ilaveten, sürecin ertelenmesinde başvuranın da payı olduğu tespit edilmiştir. Usulsüz tebligat nedeniyle 1999 yılında Kadastro mahkemesine başvurarak 1992 tarihli karar için temyiz başvurusunda bulunmuştur. Dolayısıyla söz konusu tarihler arasındaki yaklaşık yedi yıllık gecikmenin sorumluluğunun ulusal makamlara yüklenemeyeceği ifade edilmiştir. Bununla birlikte AİHM, 43 yıllık yargılama süresinin<sup>1132</sup>, sadece davanın karmaşık yapısı ya

<sup>1130</sup> 24 Kasım 1994; Aynı konuda bkz. Venditteli/İtalya, 18 Temmuz 1994.

<sup>1131</sup> Baş. No:2249/03, T:23 Mart 2010.

<sup>1132</sup> Her ne kadar, Türkiye'nin bireysel başvuru hakkını tanıdığı 28 Ocak 1987 tarihinden sonraki 15 yıl 4 aylık süre dikkate alınabilirse de, o tarihe kadar davanın 28 yıldır görülmekte olduğu da not düşülmektedir.

da başvuranın tutumu ile makul gösterilemeyeceği; ulusal makamların yeterli titizlikle hareket etmemesi ile açıklanabileceği kanaatine varmıştır.

Tarafların yargılamayı geciktirici tutumuna rağmen yukarıdaki içtihatlarda makul sürenin aşılmasından devletin sorumlu tutulduğu görülmektedir. Bunun nedeni yerel mahkemelerin her daim önlerindeki davaları gerekli süratle yürütmekle yükümlü olmalarıdır. Hukuk davalarında, işin takibinin taraflarca yapılması, mahkemelerin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz<sup>1133</sup>.

### c. Yargılama Sürecinde Rol Alan Makamların Tutumu

Makul süre konusundaki bir diğer ölçüt ulusal makamlarının yargılama sürecindeki tutumudur. Yargılama süresinin makul olup olmadığı incelenirken devlete atfedilebilecek gecikmeler göz önünde bulundurulur. Bu konuda uyumsuzluğu çözen yargı organları kadar sürece dahil olan diğer kamu kurumlarının tutumları da önemlidir. Devlet, Sözleşmeyle makul sürenin gerektirdiği her türlü önlemi almayı taahhüt etmiş olduğundan, tüm idarî ve adlî makamların neden olduğu gecikmelerden sorumludur<sup>1134</sup>.

AİHM içtihatlarında, adli yetkililerin yargılamayı mümkün olduğunca hızlandırma çabalarının, başvuruçunun 6.madde kapsamındaki garantilerden yararlanmasını sağlamak açısından önem taşıdığı açıkça belirtilmiştir<sup>1135</sup>. Bu noktada yerel mahkemelere, yargılamada rol alan tüm tarafların, yargılamanın gereksiz gecikmesini önlemek için elinden geleni yapmasının sağlanması gibi özel bir görev yüklenmektedir<sup>1136</sup>.

AİHM, sürenin uzunluğunu değerlendirirken, yargılamanın doğru idaresi ilkesini de göz önünde tutmakta ve yerel mahkemelerin önlerindeki davayı doğru şekilde idare etme görevi olduğunu da hatırlatmaktadır<sup>1137</sup>. Bir başka deyişle somut olayın özellikleri ve yargılamanın düzgün idare edilmesi yargılamanın uzamasına

<sup>1133</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.286.

<sup>1134</sup> Mole/Harby, s.27; Harris, O'Boyle & Warbrick, s.280; Pettiti/Decaux/Imbert, s.268; Sudre/Marguénaud/Andriantsimbazovina/Gouttenoire/Levinet, s.359.

<sup>1135</sup> Vernillo/Fransa, 20 Şubat 1991, par.38.

<sup>1136</sup> Mole/Harby, s.27.

<sup>1137</sup> Reid, s.208. Boddaert/Belçika, 12 Ekim 1992, par.39.



sebepe olmuşsa, buradaki bir ihlalden söz edilmeyebilir. Örneğin, **Ewing/Birleşik Krallık** kararında<sup>1138</sup>, yerel mahkemedeki yargılama sürecinde üç davanın birleştirilmesi sebebiyle oluşan gecikme, keyfi ya da aşırı bulunmamıştır.

Bir uyuşmazlığın makul süre içinde sonuçlandırılmamasının birçok nedeni olabilir. Duruşmaların delil toplanması, uygun gün olmaması, bilirkişi çağrılmasına bağlı güçlükler, hâkim değişiklikleri, ilgili kurumlardan talep edilen belgelerin gönderilmemiş olması sebebiyle ertelenmesi ya da ekonomik, iklimsel sorunlar sebebiyle keşif yapılamaması uygulamada sıkça karşılaşılan sorunlardır. İşte bu gibi sebeplerle yargılama süresi makul süreyi aştığında, AİHM, ulusal makamların sorumluluğuna işaret etmektedir. İş yükünün ağırlığı savunması da geçerli bir mazeret sayılmamaktadır.

Mahkemelerdeki iş yükü sebebiyle yargılamaların makul süreyi aştığı hallerde AİHM, iş yükünün geçici ya da kronik olması açısından ikili bir ayırım yapmaktadır<sup>1139</sup>. Kronik iş yükü devlet için bir mazeret değil, sorumluluk sebebidir<sup>1140</sup>. **Zimmerman ve Steiner/İsviçre** kararında AİHM, sözleşmeci devletlerin, “*yasal sistemlerini, davaları makul sürede yargılama da dahil olmak üzere 6.maddenin gereklerini yerine getirecek şekilde düzenlemekle*” görevli olduklarını belirtmiştir<sup>1141</sup>. Söz konusu davada, AİHM, gecikmenin nedeninin, devletin yargılama sisteminde uzun süredir devam eden iş yükü olduğunu tespit etmiştir. Devlet, bu durumla başa çıkacak yeterli önlemleri almadığı için, 6.maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Aynı şekilde, **Guincho/Portekiz** kararında<sup>1142</sup>, demokrasiye dönüş sürecinde, dava sayısındaki hızlı artış sebebiyle yerel mahkemelerin aşırı bir iş yüküyle karşı karşıya gelmesi söz konusu olmuş, yine de AİHM, devletlerin adaletin iyi işlemesi ve makul olmayan gecikmelere meydan verilmemesi için yeterli kaynak ayırma yükümlülüğü altında olduğunu belirtmiştir. Devletin yargılamadaki yavaşlık

<sup>1138</sup> 56 DR 71.

<sup>1139</sup> **Janis/ Kay/ Bradley**, s.457; **Pettiti/Decaux/Imbert**, s.268-269.

<sup>1140</sup> **Clayton/ Tomlinson**, s.106; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.287; **Ovey/White**, s.168; **Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Saygılar/ Alan**, s.118.

<sup>1141</sup> Zimmerman ve Steiner/İsviçre, 13 Temmuz 1983, par.29. Ayrıca bkz. K. Dündar/Türkiye Kararı, Baş. No:25759/07, T:12 Ekim 2010; Comingersoll S.A./Portekiz, Baş. No:35382/97; Mikulic/Hırvatistan, Baş. No:53176/99.

<sup>1142</sup> 10 Temmuz 1984.

konusunda sorumluluktan kurtulabilmesi için iki hususun varlığı gerekir: Çözüm için gerekli tedbirlerin alınması ve bu çalışmaların hızlıca yapılması. Bunlardan birinin veya Guincho kararındaki gibi her ikisinin eksik olması Devletin mahkûmiyeti sonucunu doğurur. Tıkanıklığın çözümünün yargısal bir reform<sup>1143</sup> ya da ekonomideki bir iyileştirme<sup>1144</sup> olması fark etmez; devletler sistemin iyileştirilmesi için gerekli tüm tedbirleri almalıdır<sup>1145</sup>.

Öte yandan, bu yığılmanın geçici ve istisnai olduğu ve devletin gerekli çareleri hızlı ve etkili şekilde uygulamaya koyduğu durumlarda, iş yükü sebebiyle yargılamanın gecikmesi ihlal olarak değerlendirilmemektedir<sup>1146</sup>. **Buchholz/Almanya** davasında<sup>1147</sup> Alman hükümeti, yerel istinaf mahkemesindeki yavaşlığa, o dönemde ekonomik durgunluk sebebiyle çok sayıda iş hukuku uyuşmazlığı doğduğu savunmasıyla açıklama getirmiştir. AİHM, araştırmaları sonucu devletin bu olumsuz durumu gidermek amacıyla bir takım çarelere başvurduğunu tespit etmiştir. Somut şikâyetin istinaf yargılaması devam etmekte iken iş yükünün azaltılması amacıyla istinaf mahkemesine yeni bir daire eklenmiş ve yeni hâkim ataması yapılmıştır. Bir süre sonra da özellikle iş yargılamaları hakkında yasal reform yapılmıştır<sup>1148</sup>. AİHM bu olayda, yetkili makamların sarf ettiği çabanın çabukluğuna dikkat çekmektedir. Bu çabalar iş yükünün birden bire ortadan kalkmasını sağlamasa da devletin üzerine düşen sorumluluğu yerine getirdiğini göstermektedir.

Sözleşmenin 6&1 maddesi, makul sürede yargılanma hakkını hem ilk derece mahkemeleri hem de yüksek mahkemeler bakımından teminat altına almaktadır. Bu konuda bir eksiklik olduğunda, davaların uzamasının sorumluluğu ulusal makamlara atfedilmelidir. Zira ulusal mahkemenin özel bir görevi de, yargılamada rolü olan herkesin gereksiz gecikmeleri önlemek için azami çaba göstermesini sağlamaktır.

<sup>1143</sup> Dobbartin/Fransa, 25 Şubat 1993, par.44.

<sup>1144</sup> Brigandi/İtalya, 19 Şubat 1991.

<sup>1145</sup> **Chen**, s.111-113; **Pettiti/Decaux/Imbert**, s.268.

<sup>1146</sup> **Janis/ Kay/ Bradley**, s.458; **Clayton/ Tomlinson**, s.106.

<sup>1147</sup> 6 Mayıs 1981, par.51.

<sup>1148</sup> Par.61.

### aa. Yargılama Sürecinde İlk Derece Mahkemelerinin Tutumu

Hâkimler yargılamanın idaresinde aktif bir görev üstlenmektedirler. Hâkimin ataletinden kaynaklanan her gecikme 6.maddenin ihlali olarak değerlendirilir<sup>1149</sup>. Hakimler, usul kanunlarının kendilerine tanıdığı yetkilere dayanarak yargılamanın makul sürede bitirilmesi için gayret sarf etmelidirler<sup>1150</sup>. AİHM, özellikle mahkeme heyetinin<sup>1151</sup> göstermesi gereken çalışkanlık konusundaki eksikliklerden devleti sorumlu tutmaktadır. Tipik bir örnek olarak, yerel mahkemede dava açılmasıyla ilk duruşma arasında geçen 23 aylık sürenin eleştirildiği **Karakaya/Fransa** davası<sup>1152</sup> gösterilebilir. Bu gibi geniş durgunluk dönemleri devlet aleyhine bir kanıt teşkil eder ve bu gecikmeyi haklı çıkaracak bir mazeret gösterilmediği takdirde makul süreye uyulmadığı sonucuna varılmaktadır<sup>1153</sup>.

Bu konuda Türk yargı makamlarının, Strazburg hâkimleri tarafından işaret edilen birçok sabıkası mevcuttur. Aşağıdaki örneklerde, ilk derece mahkemelerinin usule ilişkin kararları dahi aylar hatta yıllar sonra aldığı görülmektedir. Örneğin, **Aziz Aydın Arslan/Türkiye** davasındaki ihlal kararı<sup>1154</sup>, sürecin uzamasında yargılama makamlarının rolünü çarpıcı olarak ortaya koymaktadır. Karara konu olayda, bir bankanın, başvuran aleyhine 1994 yılında, ticaret mahkemesinde açtığı dava, 1999 yılında yani aradan beş sene geçtikten sonra görev sebebiyle reddedilmiştir. Benzer şekilde, **Karyağdı/Türkiye** kararında<sup>1155</sup> da Bursa Asliye Hukuk Mahkemesi dava açıldıktan dört sene sonra görevsizlik kararı vermiştir.

Aynı ihmal bir başka örnekte de kendini göstermektedir; Ankara Asliye Hukuk Mahkemesinde açılan bir dava, aynı mahkemede açılan bir başka dava ile birleştirildiğinde, birleştirilen dava dosyasının bir yıldan fazla sürede davayı gören Hâkim önüne ulaşmadığı gerekçesiyle duruşmalar birden fazla kez ertelenmiş ve

<sup>1149</sup> Chen, s.103.

<sup>1150</sup> Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel, s.908-909.

<sup>1151</sup> Bu ihmal veya kayıtsızlık hali hâkimden veya mahkeme kaleminden kaynaklanabilir. Zappia/İtalya, 26 Eylül 1996, par.25.

<sup>1152</sup> 26 Ağustos 1994. Benzer bir başka karar, Allenet de Ribemont/Fransa, 23 Ocak 1995.

<sup>1153</sup> Massa/İtalya, 24 Ağustos 1993, par.31; Beaumartin/Fransa, par.33; 24 Kasım 1994, Laino/İtalya, 18 Şubat 1999, par.22.

<sup>1154</sup> Baş. No:28353/02, T: 2 Aralık 2008.

<sup>1155</sup> Baş. No:22956/04, T: 8 Ocak 2008.

dava sürüncemede bırakılmıştır<sup>1156</sup>. Bir başka kararda, yerel mahkemeler sadece yetki hususunu belirlemek için on bir yıldan fazla süre harcamışlardır<sup>1157</sup>.

**Döleneken/Türkiye Davasına**<sup>1158</sup> konu olayda başvuranlar Asliye Hukuk Mahkemesinde TCDD idaresi ve Belediye aleyhine maddi manevi tazminat davası açmıştır. Asliye hukuk mahkemesi yargı yolu bakımından görevsiz olduğuna karar vermiş, ilk derece mahkemesinde davanın açılmasından hüküm verilmesine kadar, üç farklı derecedeki mahkemede altı karar alınmış ve bu dönem yaklaşık dokuz yıl sürmüştür. AİHM, söz konusu yargı sürecinin uzunluğunun “aşırı ve makul süre gerekliliğini kapsamadığı” sonucuna varmıştır.

Devlet Demir Yolları aleyhine açılan bir başka tazminat davasında, Asliye Hukuk Mahkemesi, çok sayıda bilirkişi incelemesi yaptırmış, tarafların bilirkişi raporları üzerinde görüş birliği sağlayamaması üzerine yeni bir bilirkişi atamış ve bu süreç beş kez tekrarlandığından dava yaklaşık dokuz buçuk yıl sürmüştür. Oysa ki burada, her iki tarafın da sunulan rapor üzerinde anlaşmasının beklenmesine gerek yoktur. Hâkim, davayı sonuçlandırmaya yetecek kanaate ulaştığında, gerekçesini de belirterek bilirkişi raporu doğrultusunda ya da aksi yönde karar verebilir. Üstelik, hayatını kaybeden bir kişinin ardından başlatılan bu süreç ve sözü edilen dava özel bir ivediliği gerektirmektedir<sup>1159</sup>.

**Türküler ve Diğerleri/Türkiye Kararına**<sup>1160</sup> konu olayda da, Kadastro Mahkemesi, dava açıldıktan altı yıl sonra ilk kararını ve bozma kararından altı yıl sonra da ikinci kararını vermiştir. Şüphesiz burada da AİHM, yargılama süresinin aşırı olduğuna kanaat getirmiştir.

**Öztunç/Türkiye kararına**<sup>1161</sup> konu yargılamada, mahkeme keşif için tam on bir yıl beklemiş, bu gecikme için de kötü hava koşulları ve bölgedeki güvenlik durumu gibi gerekçeler öne sürmüştür. Benzer şekilde, **Talipoğlu/Türkiye**

<sup>1156</sup> Zöhre Akyol/Türkiye kararı, Baş. No:28668/03, T:4 Kasım 2008.

<sup>1157</sup> Veli Uysal/ Türkiye Kararı, Baş. No:57407/00, T: 4 Mart 2008.

<sup>1158</sup> Baş. No: 31132/96, T:6 Aralık 2005.

<sup>1159</sup> M. Sekin ve Diğerleri/Türkiye, Baş. No:26518/95, T:22 Ocak 2004.

<sup>1160</sup> Baş. No:12974/03, T: 3 Mayıs 2007.

<sup>1161</sup> Baş. No: 74039/01, T:27 Mart 2007.

Kararında<sup>1162</sup>, Kadastro mahkemesinde, 1992-1999 tarihleri arasında otuz dokuz oturum gerçekleşmiş ve bu süre içinde, kötü hava koşulları, bilirkişilerin olmaması, Bölge Jandarma Komutanlığı'nın bölgedeki güvenlik sebeplerinden dolayı yerinde inceleme yapılamayacağına dair mektup göndermesi gibi sebeplerle aralarda keşif yapılamamıştır.

**Nalbant/Türkiye Kararı**<sup>1163</sup> konu olayda, 1972 yılında Kadastro mahkemesinde dava açılmış ve fakat ilk duruşma bundan altı yıl sonra, 1978 yılında yapılmış; ilk keşif ise, dava açılmasından tam on yıl sonra 1982 yılında yapılmıştır.

**Bahçekaya/Türkiye Kararı**<sup>1164</sup> da, ilk derece mahkemesindeki yargılamanın 6 yıl sürdüğü görülmektedir. Mevcut olayda, başvuran, eşinin ortak hesaplarından rızası olmaksızın bütün parayı çektiği iddiasıyla Asliye hukuk mahkemesine başvurmuş ve çekilen paranın yarısının kendisine geri ödenmesi talebinde bulunmuştur. Asliye hukuk mahkemesi bir takım mercilerden bilgi talep etmiş ve gelecek yanıtları beklemek için duruşmaları ertelemiştir. Dava açıldıktan altı yıl sora da Banka tarafından muhafaza edilen belgelerin tahrif edildiği, dolayısıyla başvuranın haklılığını ispat edebileceği hiçbir belge bulunamadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. AİHM şikâyete ilişkin inceleme sonunda sürenin haddinden fazla olduğuna dikkat çekerek yetkililerin davaya yeterli itinayı göstermediği sonucuna varmıştır.

Hukuk mahkemelerinde açılan tazminat davalarında, ceza mahkemelerinde görülmekte olan ceza davaları bekletici sorun yapıldığında makul sürenin aşılması tehlikesi gündeme gelebilir. **Sülün/Türkiye kararı**<sup>1165</sup> da, ceza davasının sonucun beklenmesi, makul sürenin aşılmasına ve AİHM tarafından ihlal kararı verilmesine sebep olmuştur. Olayda, Asliye Ceza Mahkemesinin kararının temyiz edildiğini öğrenen Asliye Ticaret Mahkemesi, dava ile ilgili olduğu gerekçesiyle, bu konudaki Yargıtay kararının beklenmesine ve davanın bu tarihe kadar ertelenmesine karar vermiş, Yargıtay Asliye Ceza Mahkemesinin kararını bozduktan sonra bu sefer de, ceza yargılamasının sonucunu beklemiş ve ikinci kez erteleme kararı vermiştir.

<sup>1162</sup> Talipoğlu/Türkiye Kararı, Baş. No: 64236/01, T:24 Temmuz 2007.

<sup>1163</sup> Baş. No: 61914/00, T:10 Ağustos 2006.

<sup>1164</sup> Baş. No:74463/01, T:13 Temmuz 2006.

<sup>1165</sup> Baş. No: 33158/03, T:6 Şubat 2007.

Bu nedenle, aracı kurum aleyhine fonların iadesi sebebiyle Asliye ticaret mahkemesinde açılan dava, yedi yıla yakın sürmüştür<sup>1166</sup>.

Bir başka kararında<sup>1167</sup> AİHM, ceza davasının sonucunun, hukuk mahkemesindeki yargılamada yaklaşık yedi yıl boyunca bekletici sorun yapılmasının davanın niteliği nedeniyle makul görmüştür. Başvuruya konu dava, evlatlık sözleşmesinin iptali ve murisin malvarlığının devlete transfer edilmesi talebiyle Asliye hukuk mahkemesinde açılmıştır. Davayı gören mahkeme, başvuran aleyhine eş zamanlı olarak açılan sahtecilik davasının sonucunu beklemiştir. Bu arada ceza davası zamanaşımına uğramış ve hukuk mahkemesi konuyu yeniden ele almak zorunda kalmıştır. Hukuk mahkemesinin davayı yeniden görmeye başladığı tarihten itibaren kararın kesinleşmesine kadar yaklaşık dört yıl geçmiş ve işte bu süre AİHM'nin ihlal kararı vermesine yetmiştir. Somut olayda, ceza mahkemesi kararının bekletici mesele yapılması doğru olmakla birlikte, sürecin ceza davasının zamanaşımına uğraması ile başlayan ve devam eden kısmı adil yargılanma hakkının zedelenmesine sebep olmuştur.

Somut olayın özelliklerine göre, ceza yargılamasının bekletici mesele yapılması gerekebilir. Bir sorunu bekletici sorun yapmanın kanunen zorunlu görüldüğü haller dışında, bekletici sorun yapıp yapmamak mahkemenin takdirindedir. Bir başka mahkemede açılan davanın, görülmekte olan davayla bağlantısı bulunması halinde o mahkemenin kararı bekletici sorun yapılabilir. Bu, aynı iş için iki defa inceleme yapılmasıyla oluşacak zaman kaybını önlemek ve çelişkili kararların önüne geçmek gibi faydalarının yanında, davaların uzamasına sebebiyet vermek gibi bir sakıncayı da beraberinde getiren bir kurumdur. Bu nedenle, gereksiz yere bekletici sorun yapmaktan kaçınılmalı; bekletici sorun yapılacak karar olmadan yargılamaya devam etmek ve karar vermek, hukuken veya fiilen mümkün değilse bekletici sorun yapılması tercih edilmelidir. Ayrıca bir başka mahkemenin

<sup>1166</sup> Zöhre Akyol/Türkiye kararında AİHM, hukuk mahkemelerinin ceza mahkemesi kararlarına tabi olmadığı, bu nedenle ceza davasının sonucunu beklemek için yargılamayı beş yıl gibi uzun bir süre ertelemek gerekmediğini kaydederek 6&1 maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Baş. No: 28668/03, T:4 Kasım 2008; Benzer bir başka karar için bkz. Başaran/Türkiye, Baş. No:19878/03, T:22 Temmuz2008. Ceza mahkemesi kararının uzun süre beklenmesi, makul sürenin aşılması yanında, başka sıkıntıların da doğmasına sebep olabilir. Örneğin, Karaduman ve Diğerleri/Türkiye Kararına konu, trafik kazası sebebiyle açılan tazminat davasında davalı şirket, dava açıldığı sırada borcu ödeyebilecek durumda iken, dava sonuçlandığında ödeme kapasitesi olmadığından, başvuranlar lehine verilen hükmün icrası mümkün olmamıştır. Baş. No: 9437/04, T:20 Ocak 2009.

<sup>1167</sup> Yorgiyadis/Türkiye Kararı, Baş. No:48057/99, T:19 Ekim 2004.

kararını bekletici sorun yapma kararı bir ara karar niteliğinde olduğundan, diğer mahkemedeki davanın gereğinden fazla uzaması halinde bekletici sorun yapma kararından dönülmelidir<sup>1168</sup>.

Bir başka mahkeme kararı bekletici sorun yapıldığında, o mahkeme kararının verilmesinden itibaren hukuk mahkemesinde hüküm verilinceye kadar geçen sürenin makul olup olmadığı araştırılacaktır. Örneğin, **M. Türkoğlu/Türkiye Kararı**<sup>1169</sup> konu tazminat davasında, işveren ile ustabaşının sorumluluğunun ceza mahkemesi kararı ile 1999 tarihinde kesinleşmesine rağmen, tazminat miktarının 2001 yılına kadar belirlenmemesi adil yargılanma hakkına aykırı bulunmuştur.

**Günter/Türkiye Kararı**<sup>1170</sup>, bir başka noktaya dikkat çekilmiştir: veraset ilamı çıkarılmasında geçen sürelerin uzunluğu. Somut olayda adli makamların veraset ilamını dört buçuk yılda çıkarabildikleri görülmektedir. Adli yargıdaki ağırlık sebebiyle, bir çekişmesiz yargı işi olan mirasçılık belgesinin verilmesi dahi böylesine uzun zaman alabilmektedir. Çalışmamızda adil yargılanma hakkının unsurları her ne kadar çoğunlukla çekişmeli yargı bakımından ele alınsa da, çekişmesiz yargı işlerinin de göz ardı edilemeyeceği kanaatindeyiz. En nihayetinde, burada söz konusu olan yine bir hukuki korunma talebidir ve Devletin bu talebe hangi sürede cevap verebildiği önemlidir.

Yargı hizmetlerinin hızlandırılması amacıyla, 6217 Sayılı Kanun<sup>1171</sup> ile Noterlik Kanunu'na 71/A, 71/B, 71/C maddeleri eklenmiş ve bu değişiklikler 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, mirasçılık belgesi verilmesi, noterler tarafından da yapılabilecektir<sup>1172</sup>. Getirilen imkân, bireylerin hukuki korunma taleplerine ivedilikle cevap verilmesi bakımından son derece olumludur. Bundan böyle veraset ilamının beklenmesi sebebiyle yargılamanın yıllarca ertelenmesinin önüne geçilecektir. Örneğin yukarıdaki Günter/Türkiye kararında başvuranın, murislerin vasiyet yapma ehliyetine sahip olmadıkları

<sup>1168</sup> **Berkin**, s.74, 75; **Üstündağ**, s.186-193; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.483, 484; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.606.

<sup>1169</sup> Baş. No:58922/00, T: 8 Ağustos 2006.

<sup>1170</sup> Baş. No:52517/99, T:22 Şubat 2005.

<sup>1171</sup> RG. 14 Nisan 2011, S. 27905.

<sup>1172</sup> Mirasçılık belgesi verilmesinin yargılamayı gerektirmesi, nüfus kayıtlarının mirasçılık belgesi verilmesi konusunda yeterli olmaması veya mirasçılık belgesinin yabancılar tarafından talep edilmesi halleri bu kuraldan müstesnadır. Bu hallerde mirasçılık belgesi noterlerce verilemez.

gerekçesiyle açtığı davada dört buçuk yıl veraset ilamı beklenmiştir. Noterlerin mirasçılık belgesi verebilmesindeki bir diğer dolaylı faydanın da mahkemelerin iş yükünü hafifletilmesi olduğu söylenebilir.

### **bb. Yargılama Sürecinde Üst Derece Mahkemelerinin Tutumu**

AİHM içtihatları arasında makul süreye uyulmaması sebebiyle verilen ihlal kararları arasında hatırı sayılır bir rolü de üst derece mahkemeleri üstelenmektedir. Fransız Temyiz Mahkemesi'nin inceleme süreleri nedeniyle Fransa çok defa AİHM tarafından mahkûm edilmiştir. Örneğin, **Frydlender/Fransa** kararında, başvuranın işine son verilmesine ilişkin uyuşmazlıkta, yaklaşık dokuz yıl sekiz ay süren yargılamanın, altı yılı kanun yolu aşamasında geçmiş, Üst mahkeme kararı başvuru tarihinden altı yıl sonra gelmiştir. Mahkeme, işine son ya da ara verilen ve bu sebeple maddi idame olanaklarını kaybeden bir işçinin, hakkındaki karara hızlıca ulaşmasındaki menfaatinin önemini hatırlatarak yargılama süresini “aşırı” olarak nitelendirmiştir. **Hentriche/Fransa** kararında<sup>1173</sup> AİHM, yargılamanın iyi idaresi amacının sürenin geciktirilmesini haklı çıkarmaya yetmediğini açıkça ifade etmiştir. **Marks& Ordinateur Express/Fransa** kararı<sup>1174</sup> ile **Lemesle/Fransa** kararında<sup>1175</sup> ise, yüksek mahkeme hâkimlerinin kararlarını makul sürede verebilmek amacıyla sarf ettikleri çaba takdirle karşılanmıştır.

Türk hukuk yargılamasında Yargıtay'ın da yargılama süreçlerinin gecikmesinde rolü olduğu belirtilmelidir. **Güngil/Türkiye Kararı**<sup>1176</sup> konu olayda, başvuran özel bir yatırım şirketi ve şirket çalışanı aleyhine tazminat davası açmış ve dava altı buçuk yıl sürmüştür. Yapılan incelemelerin çokluğu sebebiyle yargılama süresinin ilk bakışta haddinden uzun görünmemesine karşın, dosyanın Yargıtay'da geçirdiği süre, ihlal kararı verilmesine sebep olmuştur. Karar kesinleşene kadar iki kez temyiz talebinde bulunulmuş; ilkinde iki buçuk yıl, ikincisinde on bir ay sonunda Yargıtay kararını vermiştir. Üç aylık karar düzeltme talebinin incelenme süresi de eklendiğinde dava sürecinin yarısından fazlasının kanun yolu aşamasında geçirildiği tespit edilmektedir.

<sup>1173</sup> 22 Eylül 1994, par.61.

<sup>1174</sup> 21 Şubat 2002, par.21.

<sup>1175</sup> 20 Mart 2001, Baş. No: 42461/98.

<sup>1176</sup> Baş. No:28388/03, T:10 Mart 2009.



**Emin Şirin/Türkiye** davasında<sup>1177</sup>, ihbar ve kıdem tazminatının tahsili talebiyle iş mahkemesinde açılan dava sonucunda verilen karar kesinleşinceye kadar üç kez temyiz incelemesinden geçmiştir. Yargıtay, ilk temyiz başvurusunu müteakip yaklaşık sekiz ay, ikinci müteakip bir yıl bir ay, üçüncüyü müteakip altı ayda karara varmıştır. Oysa 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m.8 uyarınca, iş mahkemeleri tarafından alınan kararlar hakkındaki temyiz başvuruları Yargıtay tarafından iki ay içinde sonuçlandırılmalıdır. Somut olayda, söz konusu süreye riayet edilmediğinden AİHM, ulusal mercilerin, mevcut dava koşullarının gerektirdiği özeni göstermedikleri sonucuna ulaşmış ve makul süreye uyulmadığı gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir.

**M. Türkoğlu/Türkiye** Kararına<sup>1178</sup> konu tazminat davasında, ilk derece mahkemesinin kararı, davaya iş mahkemesi sıfatıyla bakılmadığı gerekçesiyle bozulmuş ve bu inceleme on aydan fazla sürdüğü için AİHM, Yargıtay'da geçen sürenin makul süreyi aştığına karar vermiştir.

**M. Açıkgöz/Türkiye** Kararına<sup>1179</sup> konu mülkiyeti tescil davasında, dokuz yıl süren yargılamada ilk derece mahkemesi dört kez esasa ilişkin karar verirken, kanun yolu aşamasında, karar düzeltme başvurularının kabulü ve reddi kararları da dahil olmak üzere yedi karar verilmiştir. AİHM'ne göre, tek bir talep hakkındaki yargılama sürecinde, bu kadar çok bozma ve yeniden inceleme kararı alınması hukuk sistemindeki yetersizliği ortaya koymaktadır<sup>1180</sup>.

**Karadavut/Türkiye** kararına<sup>1181</sup> bakıldığında bu görüşe katılmamak mümkün değildir. Söz konusu dava, iş mahkemesinde iş kazasından kaynaklanan maddi-manevi tazminat talebine ilişkindir. 1991 yılında başlayarak on dört yıldan fazla süren yargılama sürecinde ilk derece mahkemesi kararı beş kez tazminat miktarının yanlış hesaplandığı gerekçesiyle bozulmuş; toplam on iki karar çıkmıştır. İş

<sup>1177</sup> Baş. No:40750/04, T:25 Kasım 2008.

<sup>1178</sup> Baş. No:58922/00, T: 8 Ağustos 2006.

<sup>1179</sup> Baş. No:34588/ 03, T:9 Aralık 2008.

<sup>1180</sup> Benzer bir başka karar için bkz., Karanfilli/Türkiye (Baş. No:29064/06, T:30 Kasım 2010); Wierciszewska/Polonya Kararı, Baş. No:41431/98, T: 25 Kasım 2003, prg.46.

<sup>1181</sup> Baş. No:17604/04, T:29 Ocak 2008.

kazasından doğan zararın değerlendirilmesi karmaşık bir mesele olmamasına rağmen dosya İş mahkemesi ve Yargıtay arasında defalarca gidip gelmiştir.

**Gabay/Türkiye Kararı**<sup>1182</sup> konu munzam zararın ödenmesine ilişkin yargılamada, Ticaret mahkemesi başvuranın talebini reddetmiş, temyiz incelemesi sonucunda Yargıtay kararı bozmuş ve fakat ilk derece mahkemesi kararında direnmiştir. Bu noktada hüküm tekrar temyiz edilmiş ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu temyiz talebinden itibaren iki yıl sonra ilk derece mahkemesi kararını onadığı için ulusal mahkemelerin temyiz incelemesinin makul süreyi aştığına hükmedilmiştir.

Türk hukuk uygulamasının makul süre şartına biraz daha hassasiyetle yaklaşmasını arzu etmekle beraber, AİHM'nin konuyla ilgili içtihatlarında zaman zaman istikrarsız bir tutum sergilediğini de belirtmek gerekir. Örneğin, **G./İtalya** kararında<sup>1183</sup>, istinaf başvurusundan iki yıl sonra karar verilmesi makul sayılmıştır. Yine **Andreucci/İtalya** kararında<sup>1184</sup>, tek yargılama aşamasında tahkikatın sona ermesinden karar duruşmasına kadar geçen iki yıllık süre tolere edilebilmiştir. Ancak aynı hoşgörü, **Salesi/İtalya** kararında<sup>1185</sup> gösterilmemiş, üç aşamalı yargılamanın altı yıl sürmesi aşırı olarak değerlendirilmiştir. Bu çelişkili içtihatlar ara sıra, makul süre kavramının netliğinin sorgulanmasına sebep olsa da kesin olan bir husus vardır: yargı organlarının gerekli çabukluğu sağlayamaması sebebiyle uzayan yargılama süreçleri, makul sürede yargılanma hakkı ihlallerinin büyük çoğunluğunu oluşturmaktadır<sup>1186</sup>.

### **cc. Yargılama Sürecinde Yargı Organları Dışındaki Makamların Tutumu**

AİHM'ne göre, devlet sadece adli makamlardan değil bütün hizmetlerden sorumludur. Bu kurumların ihmallerinde adli makamların doğrudan bir müdahalesinin olmaması Devletin sorumluluktan muaf tutulması için yeterli değildir. Devlet, gerek mahkemelerin gerekse yargılamada rol alan diğer kurumların

<sup>1182</sup> Baş. No:70829/01, T:25 Ekim 2005.

<sup>1183</sup> T:7 Şubat 1992, Baş. No: 24/1991/276/347.

<sup>1184</sup> 27 Şubat 1992.

<sup>1185</sup> 26 Şubat 1993, par.24.

<sup>1186</sup> **Chen**, s.121.

görevlerini makul süre gerekliliklerine uygun yerine getirmeleri için önlemler almalı ve bu konuda etkin bir kontrol mekanizması oluşturmalıdır<sup>1187</sup>.

Bu başlık altında incelenebilecek en önemli husus, bilirkişilerin raporlarını hazırlamaları için öngörülen sürelere riayet edilmemesidir. AİHM içtihatları arasında, konuya ilişkin ihlal kararlarına rastlanmaktadır. Örneğin, **Capuno/İtalya** davasında<sup>1188</sup>, mahkeme üç yıla yakın bir süre bilirkişi raporlarının sunulmasını beklediği için, yargılamadaki yavaşlığın bilirkişilerden kaynaklandığı tespit edilmiştir. İtalyan hükümeti mahkemenin bilirkişilerin tutumu sebebiyle sorumlu tutulamayacağını çünkü hâkimlerin elinde bilirkişinin görevini hızlı bir şekilde yerine getirmesini sağlayacak araçların bulunmadığını belirtmiştir. AİHM bu gerekçeyi kabul edilebilir bulmamıştır. Çünkü bilirkişiler ilgili yargılama çerçevesinde hâkimin kontrolü altında çalışırlar ve bu faaliyetin hızlı bir şekilde ilerlemesinden son tahlilde devlet sorumludur.

Türk hukuk uygulamasında, bilirkişi raporlarının mahkemeye sunulmaması sebebiyle duruşmaların ertelenmesi çok sık rastlanılan bir sıkıntıdır. **TM. İnşaat Kollektif Şti./Türkiye kararına**<sup>1189</sup> konu yargılamada, “18 Şubat 1997”, “8 Nisan 1997”, “14 Aralık 1998”, “18 Şubat 1998”, “2 Mart 1999”, “30 Eylül 1999”, “10 Kasım 1999”, “9 Aralık 1999” tarihli duruşmalar “*bilirkişilerin raporlarını sunmadıkları*” gerekçesiyle ertelenmiştir. Fark edileceği üzere, neredeyse iki yıl gibi bir süre sadece bu sebeple kaybedilmiştir. Bu tespit, söz konusu yargılamanın makul süre gerekliliklerine cevap vermediği sonucuna ulaşılması için yeterlidir.

**H. Ertürk/Türkiye Kararında**<sup>1190</sup> da, bilirkişi statüsündeki Sosyal Güvenlik Kurumu'nun raporunu on sekiz ay sonra mahkemeye sunduğuna dikkat çekilmiştir. Mevcut başvurunun konusu, iş kazası sebebiyle tazminat davasındaki yargılamaya ilişkindir ve bu nedenle özel bir itina göstermek gerekir. Buna rağmen, bilirkişi raporundaki gecikme sebebiyle, başvuranın rahatsızlıklarının mağdur olduğunu ileri sürdüğü kaza ile ilgisi olup olmadığı beş buçuk yıl boyunca belirlenememiştir.

<sup>1187</sup> Reid, s.208; Pettiti/Decaux/Imbert, s.268.

<sup>1188</sup> 25 Haziran 1987, par.30-31; Martins Moreira/Portekiz, 26 Ekim 1988, par.60; Marques Gomes Galo/Portekiz, 23 Kasım 1999, par.30; Ridi/İtalya, 27 Şubat 1992, par.17; Versini/Fransa, 10 Temmuz 2001, par.29.

<sup>1189</sup> Baş. No:38424/97, T:11 Ocak 2005.

<sup>1190</sup> Baş. No:54672/00, T:22 Eylül 2005.

Nitekim, **Ebru ve Tayfun Engin Çolak/Türkiye davasında**<sup>1191</sup>, başvuranların açmış olduğu babalık davasındaki yargılama süresinin yaklaşık on yıl sürmesinde Adli Tıp Kurumu'nun da ihmali olduğu tespit edilmiş ve sorumluluk devlete yüklenmiştir. Söz konusu karara konu olayda, davalı iddia edilen babalık bağı reddetmektedir. Bu sebeple, sağlığı açısından herhangi bir tehlike arz etmemesine rağmen yaklaşık sekiz yıl boyunca, DNA testlerinin yapılması için öngörülen on bir randevuya gitmemiştir. AİHM, bu durum karşısında soy bağı öğrenmeye çalışan kişinin menfaatinin ağır bastığını ve babalık davasında ivedilikle karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. İlk derece mahkemesindeki yargılamada, çocuğun soy bağı konusundaki belirsizliği bertaraf etmek isteyen başvuranların haklarıyla, baba olduğu iddia edilen kişinin DNA testi yaptırmama hakkı arasında adil bir denge sağlanamamıştır. Davanın görüldüğü tarihte yürürlükte olan MK m.284'e göre: "*Soy bağına ilişkin davalarda... taraflar ve üçüncü kişiler, soy bağıнын belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. Davalı, Hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hâkim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir.*" Bu düzenleme, baba olduğu iddia edilen kişinin davayı sürüncemede bırakmasını engelleyici nitelikte sayılabilirse de, somut olayda ilk derece mahkemesi babalık davasını ivedilikle çözmeyi başaramamış ve bu durum Türkiye açısından bir mahkûmiyet kararına daha vesile olmuştur.

Hemen ifade etmek gerekir ki, HMK'nda soy bağı tespiti için Yeni Medeni Kanundan bir adım daha öteye gidilmiş ve hâkimin gerektiğinde incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verebileceği belirtilmiştir. 292.maddeye göre, uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak şartıyla ve sağlık yönünden bir tehlike oluşturmuyorsa herkes soy bağıнын tespiti amacıyla vücudundan kan ve doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması halinde hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir. Tanıklıktan çekinme sebepleriyle dahi bu yükümlülüğten kaçınılamaz. Anlaşıldığı üzere, burada kanun koyucu bireysel özgürlüklerden çok maddi gerçeğin ortaya çıkmasının sağlayacağı menfaati üstün tutmaktadır. Bu düzenleme sayesinde, en azından yukarıdaki örnekte olduğu gibi, davalı tarafın

<sup>1191</sup> Baş. No:60176/00, T:30 Mayıs 2006.

öngörülen incelemeye sayısız kez gitmeyerek davayı sürüncemede bırakması engellenmiş olacaktır.

**Apostolidi ve Diğerleri/Türkiye davasına**<sup>1192</sup> konu yargılamada, Sulh Hukuk Mahkemesine veraset ilamının iptali talebiyle 1991 yılında başlayan süreç 2001 yılında Yargıtay kararıyla son bulmuştur. Burada yetkili makamların tutumunu inceleyen AİHM, görüşüne başvuru Dışişleri Bakanlığı'nın mahkemeyi, Adalet Bakanlığı'na yönlendiren cevabın dokuz ay sonra gelmesinde ulusal makamların ihmali olduğuna karar vermiştir. Olayda ayrıca, başvuranlar tarafından usulüne uygun olarak ileri sürülen bir husus ilk derece mahkemesi tarafından Yargıtay'ın bozma kararına kadar dikkate alınmadığından adli makamların ihmalinden de bahsedilmektedir.

Noterler de yargılama sürecinde rol oynadıkları ölçüde makul süreye uymak ve görevlerini gereken çabuklukla yerine getirmek durumundadırlar. Ancak bir noktayı açıklığa kavuşturmak gerekir, noterin görevini yerine getirmekte gösterdiği yavaşlık sebebiyle sürenin geciktirilmesinde ilk olarak yine mahkeme sorumlu tutulmaktadır. Bir başka deyişle, mahkeme, noterin görevini zamanında yerine getirip getirmediğini kontrol etmeli ve makul süreye uymasını sağlamalıdır. **Siegel/Fransa** kararında<sup>1193</sup> bu ödev net bir şekilde ifade edilmektedir. Bir mülkiyetin dostane çözüm yoluyla paylaşımına ilişkin olayda, sürecin yavaşlığı esas olarak noterin tutumuna bağlanmıştır. Noterler yargı organı sayılmadığı tezine karşı ise AİHM yine aynı hususun altını çizmiştir: “bir yıldan fazla süren gecikme sonucunda mahkemenin noteri çağırarak gecikmenin sebebini öğrenebileceği ve gerekli tedbirleri alabileceği”.

Bilirkişiler ve noterler gibi, icra memurlarının da makul sürenin aşılmasında bir rolü olup olmadığı AİHM tarafından incelenmektedir. **Platakou/Yunanistan** kararına<sup>1194</sup> konu olayda, icra memurunun hatası ya da gecikmesinden başvuranın sorumlu tutulamayacağı açıkça belirtilmiştir. İcra memurunun yargılama sürecine iç hukuk gereği dahil edildiği durumlarda, sürecin gecikmesi yine nihai olarak devletin sorumluluğundadır.

<sup>1192</sup> Baş. No:45628/99, T: 27 Mart 2007.

<sup>1193</sup> 28 Kasım 2000, par.43.

<sup>1194</sup> 11 Ocak 2001, par.39.

Buna karşılık, avukatların grev yapması sebebiyle meydana gelen gecikmeler devlete mal edilemez<sup>1195</sup>. Bu ilginç olay 1992 ila 1993 seneleri arasında Yunanistan'da yaşanmış, Atina barosu avukatları bir yıl boyunca grev yapmışlardır ki bu grevle beraber mahkemelerin işleyişi durma noktasına gelmiştir. İşte **Pafitis/Yunanistan** kararında<sup>1196</sup>, bu gecikmelerden devletin sorumlu olmayacağı kanaatine ulaşılmıştır. Mahkemeye göre, *barolar asıl olarak bir meslek örgütüdür. Üyelerini görevlerini yerine getirmekten imtina etmeye davet, onların mesleki çıkarlarını savunmaya yönelik bir eylem niteliğindedir; kamu otoritesinin bir eylemi olarak değerlendirilmez. Yargılamadaki gecikme bu grevden kaynaklandığı için, Devlete mal edilemez*<sup>1197</sup>.

Öte yandan Pafitis kararı, makul sürede yargılanma hakkını sağlamaktan geri durmak için haklı mazeret sayılmaz. Örneğin, bir başka kararda<sup>1198</sup> aynı eylem sebebiyle temyiz aşamasındaki duruşmanın 12 ay ertelenmesi mahkemenin ihmali sayılmıştır. Çünkü AİHM'ne göre, grevden kaynaklanan gecikmeleri mümkün olduğunca bertaraf etmek amacıyla ilave önlemler almak yetkili makamların sorumluluğu kapsamında olan bir ödevdir. Ancak böyle bir çaba ile makul sürede yargılanma hakkının gereği yerine getirilmiş sayılır.

Bazı kararlarında AİHM, makul süreyi aştığını tespit ettiği bir yargılama sürecinde, gecikme başvuranın tutumundan ya da uyuşmazlığın niteliğinden kaynaklanmıyorsa ayrıca hangi ulusal makamın kusurlu olduğunu ayrıntılı olarak araştırmamakta; gecikmede ulusal makamların rolü olduğunu belirtmekle yetinmektedir. Zira burada, sorumluluk Devlete aittir<sup>1199</sup>.

#### d. Davanın Süratle Bitirilmesinde Başvuranın Menfaati

AİHM, yargılama süresinin makul olup olmadığını tespit ederken son olarak subjektif bir unsur dikkate almaktadır: davanın süratle bitirilmesinde başvuranın

<sup>1195</sup> Chen, s.108.

<sup>1196</sup> 26 Şubat 1998.

<sup>1197</sup> Par.96.

<sup>1198</sup> Papageorgiou/Yunanistan, 22 Ekim 1997, par.47-48.

<sup>1199</sup> Foti ve Diğerleri/İtalya Kararı, T:10 Aralık 1982; Bozak/Türkiye Kararı, Baş. No:32697/02, T:20 Ekim 2009; Bostan/Türkiye Kararı, Baş. No:43945/04, T:23 Mart 2010.

menfaati. Yukarıdaki üç unsura göre bir davada makul sürede yargılanma hakkına riayet edilip edilmediğini tespit ettikten sonra, yargılamanın makul sürede bitirilmesinin başvuran için ne derece önemli olduğunu da ayrıca belirtmektedir. Özellikle, davanın başvuran için kritik önemde olduğu ve telafisi güç zararların meydana gelebileceği hallerde davaların makul sürede bitirilmesi beklenmektedir<sup>1200</sup>.

Bu kriter ilk kez **König/Almanya** kararında dile getirilmiştir<sup>1201</sup>. İlaç lisansının iptaline ilişkin itirazın konu edildiği süreçte AİHM, yargılamanın makul sürede sonuçlandırılmasını, başvuranın meslekî geleceği için zaruri görmüş; sürecin uzamasıyla profesyonel hayatının riske edildiğini vurgulamıştır.

Bu konuda verilebilecek en çarpıcı örnek **X/Fransa** kararıdır<sup>1202</sup>. Karara konu olayda, başvuran kendisine nakledilen kan virüslü olduğundan HIV virüsü kapmış ve Devlete karşı tazminat davası açmıştır. Başvuranın durumunu ve ömür beklentisini göz önünde bulunduran AİHM, iki yıl süren yargılamanın makul olmadığı sonucuna varmıştır. Mahkemeye ayrıca, yerel mahkemelerin yargılamanın hızlandırılması yönünde bir çaba sarf etmediği tespitinde bulunarak 6.maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Yetkili idarî ve adlî makamlar, 6.maddenin 1.paragrafı karşısında, somut olayın özelliklerinin gerektirdiği istisnai özenle davranmak için pozitif bir yükümlülük altındadırlar.

Aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar AİHM için bir an önce sonuçlandırılması gereken davalardır. **Hokkanen/Finlandiya** kararında<sup>1203</sup>, “*velayet davalarının, süratle görülmesi esastır*” ifadesini kullanan AİHM, çocuğun velayetine ilişkin konuların kritik önemde olduğunu belirtmiştir. Bunun sebebi, çocuğun anne ve babasıyla gelecekteki ilişkisinin bu dava sonucunda belirlenecek olmasıdır<sup>1204</sup>. Bunun gibi, çocuğun evlatlık verilmesine ilişkin karara karşı açılmış olan davada, çocuğun kaldığı yere alışması, kendisine bakan kişilere bağlanması gibi faktörler göz

<sup>1200</sup> **Mole/Harby**, s.29; **Janis/ Kay/ Bradley**, s.459; **Pettiti/Decaux/Imbert**, s.269; **Leach**, s.288; **De Salvia**, s.347; **Cohen-Jonathan**, *Aspects européens*, s.80; **Robert/ Duffar**, s.286; **Sudre/ Margaünaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet**, s.360; **Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.906-907.

<sup>1201</sup> **Chen**, s.98.

<sup>1202</sup> 23.03.1991, par.47-49. Benzer bir karar, **Gheorghe/Romanya**, 15.03.2007.

<sup>1203</sup> 23.09.1994, par.72.

<sup>1204</sup> H/Royaume Uni, 8 Temmuz 1987, par.28, 85. Benzer bir başka karar, **Ignaccolo-Zennide/Romanya**, 25 Ocak 2000; **Paulsen-Medalen ve Sevesson/İsveç**, 19.02.1998, Baş. No:16817/90.

önüne alındığında iki yıllık süre makul bulunmamıştır<sup>1205</sup>. Yine çocuğun eğitimi ile ilgili davalarda, yetkili makamların özel bir gayretle davayı sonuçlandırmaları beklenmektedir<sup>1206</sup>. Soy bağının kurulmasını konu alan uyuşmazlıkların süratle çözümlenmesi de tarafların özel menfaatinin bulunduğu hallerdendir<sup>1207</sup>.

İş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar özellikle işçinin istihdamı ile ilgili olduğunda bir an önce çözüme kavuşturulmalıdır. Çünkü tehlikede olan şahsın işten çıkarmayla birlikte, geçim kaynağını kaybetmesinin söz konusu olduğunu vurgulamaktadır. **Obermeier/Avusturya** kararında<sup>1208</sup> belirtildiği gibi, “... işvereni tarafından açığa alınmasının haksız bir karar olduğunu düşünen bir çalışanın, bu işlemin hukuka uygun olduğuna dair mahkeme kararını acilen almakta önemli bir kişisel menfaati vardır”. Bunun gibi, yerel mahkemedeki yargılamanın on bir yıla yakın sürdüğü **Deumeland/Almanya** kararında, sosyal güvenlik hukukuna ilişkin davaların özel bir önem taşıdığını ifade edilmiştir<sup>1209</sup>.

Bedensel zararlardan doğan tazminat davaları da süratle sonuçlandırılması gereken davalar arasındadır. AİHM **Silva Pontes/Portekiz** kararında<sup>1210</sup>, “başvuranın trafik kazasındaki ciddi bir yaralanmadan dolayı tazminat talep ettiği yerel mahkemedeki yargılamada, özellikle özen gösterilmesi gerektiğini” ifade etmiştir. Örnek kararlardan anlaşılacağı üzere, kişinin karşı karşıya kaldığı tehdit göz önünde bulundurulduğunda, iki yıl gibi bir süre bile aşırı olarak nitelendirilmiştir.

**Ernkner ve Hofauer/Avusturya** kararında<sup>1211</sup>, taşınmazın icra yoluyla paraya çevrilmesinin söz konusu olduğu durumlar da özel ihtimam gösterilmesi gereken haller arasında sayılmıştır. Bu durumda, hukuki korumanın biran önce gerçekleştirilmesinde başvuranın menfaati vardır.

Mahkemenin şikâyeteye konu yargılamanın uzun sürmesi halinde başvuranın karşı karşıya kaldığı mali riskler konusundaki değerlendirmelerinde gösterdiği

<sup>1205</sup> H/Birleşik Krallık, par.85.

<sup>1206</sup> E.O. ve V.P./ Slovakya, 27.04.2004.

<sup>1207</sup> Ebru ve Tayfun Engin Çolak/Türkiye.

<sup>1208</sup> 28 Haziran 1990, par.72; Vocaturo/İtalya, 24 Mayıs 1991, par.17; Hüseyin Ertürk/Türkiye, 22.09.2005, Baş. No:54672/00.

<sup>1209</sup> 29 Mayıs 1986, par.90.

<sup>1210</sup> 23 Mart 1994, par.39.

<sup>1211</sup> 23.04.1987, Baş. No:9316/81.



eğilim, Fransız doktrininde eleştirilmektedir. Örneğin **Podbielski/Polonya** davasında<sup>1212</sup>, bir sözleşmede yer alan cayma tazminatının ödenmesine ilişkin yargılama süresinin makul olmadığına karar verirken, o tarihte enflasyonun aşırı yükselmesi dikkate alındığında yargılamanın yavaşlığının başvuran için mali riskler taşıdığını ifade etmiştir. Mahkemeye göre başvuranın davanın makul sürede sonuçlanmasında güçlü bir ekonomik çıkarı vardır. Doktrinde CHEN, bu argümanın şiddetli bir gereksinim olarak değerlendirilemeyeceği görüşündedir<sup>1213</sup>. Çünkü ulusal ekonomik kaygılar bir ülkedeki tüm nüfus için ortak paydadır. O halde enflasyon bağlamında, o ülkedeki tüm malvarlığına ilişkin yargılamaların bu özel kritere değerlendirilmesi gerekir.

Davanın süratle bitirilmesinde başvuranın menfaatinin olduğu hallerde, davanın karmaşık yapıya sahip olması dahi, uzun süren yargılama süresini mazur göstermemektedir. Örneğin, **Trevisan/İtalya** ve **Styranowski/Polonya** davalarının karmaşık bir yapıya sahip olduğu AİHM tarafından kabul edilmekle birlikte, söz konusu davaların konusu iş hukukunda doğan uyuşmazlıklara ilişkin olduğu ve başvuranların süratle hüküm elde etmekte menfaatleri olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle davanın karmaşık yapısı makul süre değerlendirmesinde etkin rol oynamamıştır. Mahkemenin bu yaklaşım tarzı bize, makul sürenin değerlendirilmesindeki kriterler arasında gizli bir derecelendirmenin olduğuna dair ipucu vermektedir<sup>1214</sup>.

### 3. Türk Hukukunda Makul Sürede Yargılanma Hakkını Gerçekleştirecek Tedbirler

Davaların makul süre içinde bitirilmesi, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak Anayasamızın 141. maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Yine HUMK m.77, hâkimi, “*tahkikat ve muhakemenin mümkün olduğu derecede sürat ve intizam dairesinde yürütülmesine dikkatle mükellef*” kılınmıştır. HMK’nun 30. maddesinde de, usul ekonomisi ilkesi başlığı altında, yargılamanın makul sürede sonuçlanması gerektiği ifade edilmektedir.

<sup>1212</sup> 30 Ekim 1998, par.25.

<sup>1213</sup> **Chen**, s.102.

<sup>1214</sup> **Başar**, s.47.

Pozitif düzenlemelerin varlığına rağmen, makul sürede yargılanma hakkının sağlanması bakımından Türkiye'nin karne notu maalesef geçer değildir<sup>1215</sup>. Yüksek enflasyon oranları, düşük gecikme faizleri ve makul süreyi aşan yargılamalar sebebiyle Ülkemizde çok sayıda hak kaybı yaşanmış, daha doğru bir ifadeyle devlet, bireylerin hukuki korunma ihtiyacını tam olarak karşılayamamıştır. 1948'de açılan bir davanın 2000'li yıllarda hala Yargıtay'ın önünde olduğu gibi örneklerin<sup>1216</sup> fazlalığı konunun üzerinde önemle durulmasını gerektirmektedir. Makul sürede yargılanma hakkına yönelik ihlallerin ulaştığı ciddi boyutlar, medeni yargılama hukuku bakımından olduğu kadar, ceza muhakemesi hukuku bakımından da geçerlidir<sup>1217</sup>.

2001-2010 yılları arasında, hukuk mahkemelerindeki ortalama yargılama süresi gittikçe artan bir ivme kaydetmektedir<sup>1218</sup>. Örneğin, Asliye Ticaret mahkemelerinde 2001 yılında, 383 gün olan ortalama yargılama süresi, 2010 yılında 455 güne çıkmıştır. Asliye hukuk mahkemelerinde 241 günden 299 güne çıkan ortalama yargılama süresi; iş mahkemelerinde, 284 günden 466 güne yükselmiştir. İcra mahkemelerindeki yargılama süresi, istikrarlı bir çizgi izlemiş, 2001 yılında 104 gün iken 2010 yılında 106 günde kalmıştır. Sulh hukuk mahkemelerinde bu oran, 71 günden 109 güne yükselmiştir. Kadastro mahkemelerindeki ortalama yargılama

<sup>1215</sup> Benzer eleştiriler Fransız hukukunda da dile getirilmiş, adaletin yerine getirilmesindeki yavaşlık çokça eleştiri konusu yapılmıştır. Ancak özellikle, Fransa'nın AIHM'ne bireysel başvuru yolunu kabul etmesinden sonra makul sürede yargılanma hakkına riayet edilmesi için gayret gösterilmeye başlandığı ifade edilmektedir. **Chen**, s.89. Fransa, bireysel başvuru hakkını 2 Ekim 1981'de tanımıştır.

<sup>1216</sup> Çayğan/Türkiye, Baş. No: 61/04, T:27 Ocak 2009; Karataş/Türkiye, Baş. No:31953/05, 26 Ekim 2010; Pekinel/Türkiye Kararı'na konu yargılama süreci 1974 yılında başlamış, 2001 yılında sona ermiştir (Baş. No:9939/02, T:18 Mart 2008); Özgen ve Diğerleri/Türkiye kararına konu yargılama süreci 1959 yılında başlamış, 2002 tarihinde sona ermiştir (Baş. No:28925/03, T:8 Nisan 2008); Nalbant/Türkiye Kararına konu yargılama süreci, 1972 yılında başlayıp 2004 tarihinde sona ermiştir (Baş. No:61914/00, T:10 Ağustos 2006); Sarı vd./Türkiye kararına konu yargılama süreci, 1972 yılında başlamış, 2003 tarihinde sona ermiştir (Baş. No:13767/04, T:29 Temmuz 2008); Sürmelioglu/Türkiye kararına konu yargılama süreci, 1980 yılında başlayıp 2002 yılında sonuçlanmıştır (Baş. No:17940/03, T:19 Şubat 2008); 1978 yılında başlayan, Meşure/Türkiye kararına konu yargılama sürecinin ise, 2007 yılında AIHM önündeki inceleme sırasında hala sonuçlanmadığı tespit edilmiştir (Baş. No:64725/01, T:8 Nisan 2008); Kapusuz/Türkiye Kararında, trafik kazası nedeniyle açılan tazminat davasının on beş yıldan fazla sürdüğü görülmektedir (Baş. No:4753/07, T:7 Aralık 2010); Gökçek ve Diğerleri/Türkiye Kararına konu yargılama süreci, 1975 yılında başlamış, 2009 yılında sona ermiştir (Baş. No:6219/04, T:26 Ocak 2010); Gürkan/Türkiye Kararında, sözleşmenin ifası amacıyla başlatılan yargılama süreci, on üç yıl sürmüştür (Baş. No:34294/04, T:23 Şubat 2010); Bakırcı ve Diğerleri/Türkiye Kararında, Asliye Hukuk Mahkemesinde 1980'de başlayıp Kadastro Mahkemesinde devam eden yargılama süreci 2004 yılında sona ermiştir (Baş. No:41902/04, T:13 Ekim 2009).

<sup>1217</sup> **Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Saygılar/ Alan**, s.119.

<sup>1218</sup> İstatistik tablosu için bkz. TC Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü; [http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik\\_2010/hukuk/hukuk13.pdf](http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2010/hukuk/hukuk13.pdf) (15 Mart 2012; 13:21).

süresinin 2001 yılından beri aşırı olduğu ifade edilebilir. Çünkü 2001 yılında 551 olan sayı, 2010'da 578'e yükselmiştir. Tüketici mahkemelerinin kurulduğu 2002 yılında, ortalama yargılama süresi 43 gün iken, 2010 yılında 274 güne çıkmıştır. Aile mahkemeleri kuruldukları 2003 yılında bu yana, 160 gün olan ortalama yargılama süresini, 165 günde tutmayı başarmıştır. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk mahkemesindeki artışın ise dramatik olduğunu söylemek abartılı olmayacaktır. Zira, kuruldukları 2005 yılında 174 gün olan ortalama yargılama süresi, 2010'da 544 güne yükselmiştir. 2006 yılında kurulan Deniz İhtisas mahkemelerinde ise, ortalama yargılama süresinin 117 günden 499 güne çıktığı görülmektedir.

2000 yılında iki aşamalı olarak başlatılan<sup>1219</sup> Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP), içinde bulunduğumuz bilişim çağının bir gereği olarak, adalet hizmetlerinin hızlı ve etkili yürütülebilmesi için atılmış en kayda değer adımlardan biridir. Elektronik imza alt yapısına uygun olarak geliştirilen UYAP ile merkezi bir bilgi sistemi kurulmuş ve bu sistemde yargı ve yargı destek birimleri arasında fonksiyonel tam entegrasyon sağlanmıştır. UYAP'ın tam entegrasyonu ve merkezi elektronik ortamda tutulan arşivi sayesinde, doğru ve tutarlı bilgi mevzuatın tanıdığı yetkiler çerçevesinde başta hâkim ve savcılar ile yargı personeli olmak üzere tüm kullanıcıların paylaşımına açılmıştır. Kullanıcılar bu bilgilere ihtiyaç duyduklarında hızlı ve kolayca ulaşabilmekte, keza, yargı birimleri de aralarında her türlü bilgi ve belge alış verişini elektronik ortamda ve anlık denebilecek kısa sürelerde gerçekleştirmektedir. Elektronik ortamda haberleşme sayesinde haftalar süren yazışmalar bir iki saniyede yapılabilmektedir.

Bu çerçevede UYAP ile entegrasyon sağlanan Adli Sicil Bilgi Sistemi'nden sabıka kayıtları, MERNİS'ten nüfus kayıtları ve Adres Kayıt Sistemi'nden adres kayıtları, POLNET'ten ehliyet kayıtları, TAKBİS'ten tapu ve kadastro kayıtları yargı birimlerince otomatik olarak anında alınabilmektedir. Vatandaşların adres kayıtlarına yargı birimlerince anında ulaşabilmelerinin sağlanmasıyla, tebligat yapılamaması ya da aranan kişilerin bulunamaması gibi olumsuz durumların önüne geçilerek davaların gereğinden fazla uzamaması ve çeşitli mağduriyetlerin önlenmesi açısından önemli bir adım atılmıştır.

<sup>1219</sup> 2001 yılında Adalet Bakanlığı Merkez Birimlerinin otomasyonunu sağlayan UYAP I projesi tamamlanmış, 2005 yılında adli ve idari yargı birimleri, adli tıplar, ceza tevkif evlerinin otomasyonunu kapsayan UYAP II tamamlanarak faaliyete geçirilmiştir.

UYAP ile Anayasa Mahkemesi arasında da elektronik ortamda veri alış verişi sağlanmış, UYAP ile Yargıtay Bilgi Sistemi arasında gerçekleştirilen entegrasyon ile temyiz edilen dosyaların sistem üzerinden Yargıtay'a gönderilmesi ve geri dönüşü sağlanmaktadır. Böylelikle dosyaların Temyiz Mahkemesine geliş ve gidişi için ödenen posta ücretinden tasarruf edilirken zaman ve emek kaybının da önüne geçilmiş olmaktadır. Ayrıca, dosya elektronik ortamda kayıt altında tutulduğundan, dosyadaki belgelerin kaybolma riski ortadan kalkmıştır.

1 Ekim 2011'de yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hazırlanma gerekçelerinden biri, AİHS ile taahhüt edilen makul sürede yargılanma hakkının sağlanabilmesidir. Yargılamaların makul sürede bitirilebilmesi için, 1086 Sayılı Kanun'da yer alan hükümler yetersiz kaldığından bu hükümlerin değiştirilmesi gerekmiştir. Zira makul sürede yargılama yapılabilmesinde usul kanunlarının önemli rolü bulunmaktadır<sup>1220</sup>.

Yargılamanın hızlandırılması amacıyla kanun koyucunun getirdiği en önemli yeniliklerden biri 120.maddeye göre, davanın açılmasıyla davacıdan avans alınmasıdır. Böylelikle dava sırasında her işlem için ayrı ayrı masraf alınması sebebiyle zaman kaybı önlenmek istenmiştir. Davanın başında avans alınması bu gecikmeleri önleyecek niteliktedir<sup>1221</sup>. Yargılama giderlerinin zamanında yatırılmaması, tek başına davaların gecikme sebebi olmamakla birlikte, önemli etkenlerden biriydi. Gerek kanundan gerekse yerleşmiş uygulamalardan kaynaklanan bu aksaklığın giderilmesi, HMK'da adil yargılanma hakkına doğru atılmış olumlu adımlardan biridir.

Yargılamanın daha kısa sürede sonuçlandırılması için alınan diğer tedbirler, davanın takipsiz bırakılması halinde bir defa dosya işleminden kaldırıldıktan sonra, davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi (HMK m.150), iddia ve savunmanın değiştirilip genişletilmesinin başladığı anın öne çekilmesi (HMK m.319), duruşmalar arasındaki sürelerin kısa tutulması (HMK m.320) olarak sayılabilir.

<sup>1220</sup> Bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Genel Gerekçesi.

<sup>1221</sup> Bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Genel Gerekçesi.

Yeni sayılmayan ve HUMK m.429/f.I'de yer alan bir diğer tedbir, HMK m.373/f.I ve II'de yer almaktadır. Anılan hüküm uyarınca Yargıtay, bozma kararı verdiği dosyanın başka bir mahkemeye gönderilmesine karar verebilmektedir. Bu yetki, davaların makul sürede sonuçlanmasına hizmet edecek şekilde kullanılabilir. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bu yönde verdiği bir karar, davaların makul sürede bitirilmesine gösterdiği hassasiyet bakımından sevindirici; ayrıca hükmün uygulaması bakımından yol göstericidir:

*“... Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429.maddesinin birinci fıkrası, 'Yargıtay ilgili dairesi, temyiz edilen kararı bozarsa, davayı, kararı vermiş olan veya uygun göreceği diğer bir mahkemeye gönderir' hükmünü amirdir.*

*Bu açık hüküm karşısında, Yargıtay'ın, bir kararı bozunca, dava dosyasını kural olarak kararı vermiş olan mahkemeye göndereceği; ancak, dosyanın aşaması, davanın makul süre içerisinde sonuçlanması amacı ile davayı uygun göreceği başka bir mahkemeye gönderebileceği, şüphesizdir.*

...

*Açık kanun hükmü ile basit yargılama usulüne tabi kılınan eldeki davanın, hızlı ve süratle sonuçlandırılması yerine, 13.09.2002 dava tarihinden itibaren uzunca sayılabilecek bir süre yukarıda ayrıntılı olarak ifade edilen aşamaları geçirdiği ve halen değer tespiti aşamasında bulunduğu belirgindir.*

*Bu itibarla davanın (dava dosyasının); direnme kararını vermiş bulunan mahkemeye değil, Gebze Asliye 1. Hukuk Mahkemesi'ne gönderilmesine, oyçokluğu ile karar verilmiştir”<sup>1222</sup>.*

Ülkemizde yargılamaların hızlandırılması gayesinin yeni bir usul kanunu yapılmasının gerekçelerinden birini teşkil etmesi kanun koyucunun adil yargılama hakkının gerçekleşmesine verdiği önemi göstermektedir. Ancak, gerek UYAP gerekse Hukuk Muhakemeleri Kanunu tek başına yargının hızlanması için yeterli değildir. Bunun için yargının diğer sorunlarının da çözülmesi gerekir.

Türk hukuk uygulamasında yargılamayı geciktiren sebepler arasında, adliyelerdeki iş yükü, uyuşmazlıkların gerektirdiği uzmanlık eksikliği, görev ve yetki uyuşmazlıkları, tebligat hukukuna ilişkin sorunlar ve bilirkişilerin raporlarını

<sup>1222</sup> HGK, 01.07.2009, E:2009/5-267, K:2009/309 (MİHDER S.14, 2009/3, s.483).

zamanında mahkemeye sunmamaları büyük yer işgal etmektedir. AİHM'nin bu alanlardaki aksaklıklar sebebiyle ülkemiz aleyhine verdiği ihlal kararlarını yukarıda incelemiştik. Bu içtihatlar, Türk hukukunda yargılamanın makul sürede bitirilmesi için özellikle ilk derece mahkemeleri tarafından dikkate alınması gereken hususlarda bize fikir vermektedir. Davaların makul sürede bitirilmesinde en büyük sorumluluk şüphesiz yargılama organlarına düşmektedir. Bununla birlikte tarafların ve vekillerinin de birtakım ödevleri olduğu söylenebilir. Yargı erki, sav- savunma ve karar üçlüsünün oluşturduğu bir saç ayağı üzerine kurulu olduğuna göre, adaletin makul süre içinde tecelli edebilmesi için bu üçlüden her birinin kendi üzerine düşen gayreti göstermesi beklenmektedir<sup>1223</sup>.

#### a. Adliyelerdeki İş Yükünün Azaltılması

Ülkemizde makul sürede yargılanma hakkı konusunda yaşanan sıkıntıların en büyük sebebi iş yükünün olağan üstü boyutlara ulaşmış olmasıdır. Adliyelerde hâkim ve savcı başına düşen iş sayısı normalin çok üstündedir. Avrupa Ülkelerinde bir hâkime düşen dosya sayısı 200 civarında olmasına rağmen bizde bu sayı ortalama 1200'dür. Bu rakam büyük şehirlerde 3000'lere kadar çıkmaktadır<sup>1224</sup>.

Mahkemelerdeki dava sayısı her geçen yıl artmaktadır. Durumun ciddiyetini kavramak için son on yıldaki artışa bakmak yeterlidir. 2000 yılında, hukuk mahkemelerine gelen toplam dosya sayısı 850 908 iken, 2011 yılında bu rakam 1 873 774'e yükselmiştir. Mahkemelere gelen dava sayısındaki artış, Yargıtay'daki dosya sayısını da etkilemiştir. 2001 yılında Yargıtay'daki toplam dosya sayısı 296 826 iken, 2010 yılında bu rakam 524 909'a yükselmiştir<sup>1225</sup>.

Mahkemelere gelen dava sayısında her yıl meydana gelen artış bir hâkime düşen dava sayısını da sürekli arttırmaktadır. Zira, hâkim kadrosu aynı hızla genişlememektedir. Avrupa Konseyi ülkeler arasında her 100 bin kişiye 20 hâkim düşerken, Türkiye de her 100 bin kişiye 10 hâkim düşmektedir<sup>1226</sup>. Birçok Avrupa ülkesinden daha fazla nüfusa sahip olmamıza rağmen hâkim sayımız olması

<sup>1223</sup> Okusal, s.66.

<sup>1224</sup> Okusal, s.59.

<sup>1225</sup> İstatistikler için bkz. [www.adlisicil.adalet.gov.tr](http://www.adlisicil.adalet.gov.tr) (27.02.2013).

<sup>1226</sup> Türkiye'de 2011 yılı itibariyle 7 604 hâkim görev yapmaktadır.

gerekenin yarısı kadardır. Adliye personeli ve özellikle hâkimler üzerindeki mevcut iş yükünü makul seviyelere çekebilmek amacıyla Adalet Bakanlığına genel bütçeden pay ayrılmalı ve hâkim sayısı bir an önce arttırılmalıdır<sup>1227</sup>. Bir sonraki aşamada zabıt kâtabi gibi diğer adliye personelinin sayısının da artırılması düşünülebilir.

Adliyelerdeki iş yükünün azalmasını dolaylı olarak sağlayacak bir başka çözüm alternatif uyuşmazlık çözümlerini<sup>1228</sup> (ADR: Alternative Dispute Resolution) desteklemektir. Mahkemelere taşınan uyuşmazlıkların önemli bir bölümü belki de taraflar arasında çözülecek mahiyette olmasına rağmen, toplum olarak uzlaşma kültürüne sahip olmadığımız için yargıya intikal ettirilmektedir. Hâlbuki uyuşmazlıklar mahkemeye taşınmadan taraflar arasında çözümlendiğinde dava açıldığında harcanacak zaman ve para kaybı önlenmiş olacaktır<sup>1229</sup>. Ayrıca bu yöndeki çabalar toplumsal barış için son derece önemlidir<sup>1230</sup>. Küçük uyuşmazlıkların adli sorun haline gelmeden çözümlenmesinin sağlanması sayesinde yargının iş yükü önemli ölçüde azalacak<sup>1231</sup>, uyuşmazlıkların etkin çözümü sağlanacaktır<sup>1232</sup>.

<sup>1227</sup> Okusal, s.61.

<sup>1228</sup> Bu yöntemlerin en etkili olanları, doğrudan görüşme, arabuluculuk ve hakem-bilirkişilik olarak sayılabilir. Arabuluculukta, arabulucunun yardımı ile taraflar kendi uyuşmazlıklarını sulh yoluyla çözümlenmekte; doğrudan görüşmede dışarıdan herhangi bir yardım almadan uyuşmazlık taraflarca çözümlenmekte; hakem-bilirkişilikte ise, hakem-bilirkişinin bir vakıa hakkındaki tespiti münhasır delil sayılmaktadır. **Yeşilirmak**, s.9. Alternatif Uyuşmazlık çözümleri hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Gülgün **Ildır**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler, Ankara 2003; Mustafa **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2.Bası, Ankara 2009; Hakan **Pekcamtez**, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri”, HPD, S.5, 2005, s.12-16; M.Kamil **Yıldırım**, “İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında” Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul 2007, s337-360 (ADR); Süha **Tanrıver**, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk” Makalelerim II (2006-2010) Ankara 2011, s.3 vd. (ADR); Muhammet **Özekes**, “Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçerisinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi” HPD, S.7, 2006, s.40-45; Nevhis **Deren-Yıldırım**, “Arabuluculuk Kanununa İlişkin Bazı Düşünceler” Arabuluculuk Kanunu Tasarısı- Ekleştiriler- Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2008; Melis **Taşpolat Tuğsavul**, Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), Ankara 2012.

<sup>1229</sup> **Tanrıver**, ADR, s.11; **Ildır**, s.26; **Yıldırım**, ADR, s.347-348.

<sup>1230</sup> **Okusal**, s.64.

<sup>1231</sup> Haluk **Konuralp**, Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 1999, s.7-8; **Tanrıver**, Etkinlik, s.173-174; Melis **Taşpolat Tuğsavul**, Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), Ankara 2012, s.69.

<sup>1232</sup> Natalie **Fricéro**, “Modes alternatifs de règlement des conflits et procès équitable”, Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan, Volume I, Beuxelles 2004 (Modes alternatifs), s.839 vd.; **Tanrıver**, ADR, s.7; **Yeşilirmak**, s.6. Yeşilirmak ayrıca, bu kültürün oluşması ve yerleşmesi sayesinde tacirlerin ve yatırımcıların daha etkili korunması ile ticaretin ve yatırımların teşvik edileceğini belirtmektedir. Bkz. s.8. Bu sonuç adil yargılanma hakkı yanında ülkemiz için önemli ve dikkate değer sonuçlardan biridir.

Türk hukukunda bu yönde atılan olumlu adımlardan birisi 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'dur<sup>1233</sup>. Bu Kanun ile, mahkemeler üzerindeki yükün azaltılması, uyuşmazlık çözümlerinin hızlandırılması, yargılama masraflarının düşürülmesi, uyuşmazlıkların dava yolu ile çözümü yerine tarafların kendi iradeleriyle uzlaşarak uyuşmazlığa son vermeleri suretiyle toplumsal barışın sağlanması amaçlanmıştır<sup>1234</sup>. Arabuluculuk yöntemi, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır (m.1/f.2).

Arabuluculuk Kanunu dışında da hukukumuzda, alternatif çözüm yöntemlerini öngören düzenlemeler mevcuttur. Örneğin, 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesi, bunlardan biridir<sup>1235</sup>. Bu madde ile avukatların, kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafları uzlaşmaya davet edebilecekleri ve uzlaşma sağlanırsa bunu resen tanzim edecekleri uzlaşma tutanağı ile tespit edebilecekleri düzenlenmiştir<sup>1236</sup>. Bu bir doğrudan görüşme örneğidir ve Avukatlık Kanunu m.35/A ile doğrudan görüşme yapma yetkisi tarafların yanı sıra avukatlara da verilmiştir<sup>1237</sup>. Yargılamadaki gecikmeler ve buna bağlı hak kayıpları düşünüldüğünde avukatların, 35/A maddesindeki düzenlemeyi layığı ile değerlendirebilmelerinin, hem müvekkil menfaatleri hem de adil yargılanma gereklerinin karşılanabilmesi bakımından ne denli önemli olduğu ortaya çıkar<sup>1238</sup>. Ancak ne yazık ki bu imkân etkin olarak kullanılamamaktadır<sup>1239</sup>.

Bundan başka, 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 7.maddesinin ilk fıkrasında, aile hukukundan doğan uyuşmazlıkların çözümünde aile mahkemesi hâkimine gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümünü teşvik etmek ödevi

<sup>1233</sup> Kanun, 07.06.2012 tarihinde kabul edilmiştir (RG. T: 22.06.2012, S.28331). Kanun yayımı tarihinden bir yıl sonra yani 22.06.2013'te yürürlüğe girmiştir.

<sup>1234</sup> **Karşlı**, s.899.

<sup>1235</sup> **Meral Sungurtekin Özkan**, "Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi", MİHDER S.2, 2005, s.353 vd.; Ejder **Yılmaz**, "Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi (Avukatlık Kanunu m.35/A)", 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s.843 vd. (Uzlaşma).

<sup>1236</sup> Maddenin konuluş gerekçesinde mahkemelerin iş yükünün azalması amacı açıkça ifade edilmiştir. **Yılmaz**, Uzlaşma, s.843.

<sup>1237</sup> **Yeşilirmak**, s.13.

<sup>1238</sup> **Sungurtekin Özkan**, s.359.

<sup>1239</sup> Bunun nedenleri hakkında bkz. **Taşpolat Tuğsavul**, s.72, dn.164.



yüklenmiştir. Benzer bir düzenleme 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun<sup>1240</sup> 7. Maddesinin ilk fıkrasında yer almaktadır. Maddeye göre, mahkeme tarafları ilk oturumda sulha teşvik eder. Taraflar mahkemede uyuşmazlık konusunda anlaşamazlar ve taraf veya vekillerinden biri ilk oturuma gelmez ise davanın esasına geçilir<sup>1241</sup>. Burada artık taraflar uyuşmazlığı mahkemeye taşımışlardır ancak yine de sulhun sağlanması önemlidir. Zira bu halde mahkeme önünde bir dava eksilmiştir olacaktır. Sulh teşviki için harcanacak çabaya zaman kaybı olarak yaklaşmamak gerekir. Çünkü bu teşvik sonuç vermese bile, sulha teşvik için dosya kapsamı hakkında davanın başlangıcında ayrıntılı bilgi sahibi olan hâkim, daha kısa zamanda hüküm verebilecek böylelikle yargılama süresi de kısılacaktır<sup>1242</sup>.

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 68.maddesinin ilk fıkrasına göre, değeri iki bin Türk lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyetlerine, üç bin Türk lirasının altındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine, büyükşehir statüsünde bulunan illerde ise, iki bin Türk lirası ile üç bin Türk lirası arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunludur<sup>1243</sup>. Tüketiciler, dava açmadan önce tüketici sorunları hakem heyetlerine yönlendirilmektedirler. Tüketici sorunları hakem heyeti, tüketici ile satıcı arasındaki basit uyuşmazlıkların çözümü için kurulmuştur. Bu sayede tüketici, daha basit ve hızlı işleyen bir uyuşmazlık çözüm süreci kullanılarak korunmakta ve ayrıca uyuşmazlığın yargı organı önüne taşınması engellenmiş olmaktadır<sup>1244</sup>. Devlet yargısına alternatif olarak getirilen bu uygulama ile yargının iş yükü azaltılmakta ya da hiç değilse artması önlenmektedir.

<sup>1240</sup> RG. 04.02.1950, S.7424.

<sup>1241</sup> Söz konusu maddenin uygulamasının hemen hemen hiç görülmediğini söylemek mümkündür. Bunun başlıca nedeni mahkemelerin aşırı iş yükü sebebiyle sulh yapmaya zaman bulamamaları ayrıca hâkimlerin uzlaşmaya teşvik açısından eğitilmemiş olmalarıdır. Bu konuda yeterli bilgi ve deneyim sahibi olmadıkları için sulha teşvik halinde tarafsızlıklarını kaybedip gereksiz yere görüş bildirme durumuna düşme tedirginliğini yaşamaktadırlar. Ejder **Yılmaz**, İş Mahkemelerinin değiştirilmesi İhtiyacı, Sicil İHD, 2007/8, s.7.

<sup>1242</sup> **Taşpolat Tuğsavul**, s.88.

<sup>1243</sup> Bu maddede belirtilen parasal sınırlar, her takvim yılı başından itibaren geçerli olmak üzere, o yıl için 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298.maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında arttırılarak uygulanır. Bu artışların hesabında on Türk lirasının küsuru dikkate alınmaz (TKHK m.68/f.4).

<sup>1244</sup> Hakan **Pekcanitez**, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti, İz.BD 1996/3, s.41; Hakan **Pekcanitez**, Tüketici Mahkemeleri, İBD 1996/1-2-3, s.145; **Konuralp**, İspat, s.7; **Taşpolat Tuğsavul**, s.85.

Bu konuda son dönemde getirilen yeniliklerden biri, 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamedir<sup>1245</sup>. Bu KHK ile, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ve özel bütçeli idarelerde hukuk hizmetlerinin yürütülmesi konusunda yeni bir düzenleme yapılmıştır. Bu çerçevede, kamu kurumları, hukuk hizmetlerinin yürütülmesinde uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümü için tedbirler almak ve çaba göstermekle görevlendirilmiştir (m.4/f.3-b). İdarelerin, dava açmadan ve icra takiplerine başlamadan önce uyuşmazlık içinde oldukları tarafları sulha davet etmeleri gereklidir (m.9).

HMK m.137 ile tarafların serbestçe tasarruf edebileceği davalarda, ön inceleme aşamasında uyuşmazlık konuları belirlendikten sonra sulha veya arabuluculuğa teşvik edilmeleri hâkime bir ödev olarak yüklenmiştir. Ancak itiraf edilmelidir ki, uygulamada hâkimlerin tarafları sulha teşvik ettiklerine pek rastlanmamaktadır. Bunun en önemli nedenlerinden biri uyuşmazlığa düşmüş olan tarafların arasını bularak onları uzlaştırabilme işinin zaman ve sabır isteyen bir iş olması ve aşırı yük altında bulunan hâkimlerin buna olanak bulamamasıdır<sup>1246</sup>.

Gerek sulh kurumunun gerekse diğer alternatif uyuşmazlık çözüme yöntemlerinin istenilen düzeyde uygulanamamasının bir diğer önemli nedeni ise, Türk hukukunda “uzlaşma kültürü”nün olmamasıdır. Tarafları, sulhen anlaşılabilir işi bir eğitim ve yetenek gerektirir. Ancak Türk insanının yetiştirilmesinde uzlaşmacılık üzerinde hemen hemen hiç durulmadığı gibi Türk hukukçusu da böyle bir eğitimden geçmemektedir<sup>1247</sup>. Bireylerin küçük yaşlardan itibaren uzlaşma fikrine alıştırılması ve hukuk fakülteleri müfredatlarına uzlaştırma üzerine dersler eklenmesi uzlaştırma kültürünün oturması ve alternatif çözüm yöntemlerinin uygulanabilmesi için son derece önemlidir.

Alternatif uyuşmazlık çözümleri, hak arama özgürlüğünü ve mahkemeye erişim hakkını zedelemeyiz. Çünkü uyuşmazlığın çözümü için ADR yöntemlerinin kararlaştırılmış olması devlet yargısını bertaraf etmez<sup>1248</sup>. Alternatif uyuşmazlık

<sup>1245</sup> RG, 2.11.2011, S.28103.

<sup>1246</sup> **Yılmaz**, Uzlaşma, s.847.

<sup>1247</sup> **Yılmaz**, Uzlaşma, s.847.

<sup>1248</sup> **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.1092; **Tanrıver**, ADR, s.11; Gülgün **İldır**, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü” 75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s.397, 399 (Hak Arama).

çözümüne başvurunun yasalarca zorunlu kılındığı ve hatta ulaşılan çözümün bağlayıcı olmasının kararlaştırıldığı hallerde dahi bu durum, kamu düzeninin sağlanması amacıyla, kanun tarafından hak arama özgürlüğünün sınırlanması olarak kabul edilebilir<sup>1249</sup>. Yeter ki, orantılı ve hakkın özüne dokunmayan bir sınırlama olsun.

Alternatif çözüm yöntemleri, yargılamanın makul sürede tamamlanmasına hizmet eden alternatiflerdir<sup>1250</sup>. Bu yöntemlerin kullanılması halinde önerilen çözümler ile sonuca ulaşılabilirse, uyuşmazlıkların devlet yargısına götürülmesine gerek kalmamaktadır. Tarafların çözüm önerilerini benimsememeleri halinde ise uyuşmazlık devlet yargısına intikal etmekle beraber, uyuşmazlık konusu olan pek çok vakıa alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi ile çözüme ulaştığından mahkemelerdeki yargılama süresi kısalabilmektedir<sup>1251</sup>.

Hukuk uygulamamıza yeni giren, bireysel başvuru yolunun temel hakların korunmasını sağlayan etkisinin yanında, Anayasa Mahkemesinin iş yükünü arttırması gibi bir sakıncası olabilir. Gerçekten bireysel başvuru hakkı, Kıta Avrupası geleneksel tarihinde en demokratik özellik olarak tanımlanmakla birlikte, Avrupa Anayasa Mahkemelerinin gündeminin %90'dan fazlasını meşgul ettiği ifade edilmektedir<sup>1252</sup>. Özellikle bireysel başvurunun uygulanmaya başladığı ilk yıllarda başvuru sayısında büyük bir dalgalanma olabilir. Zira halkın tam olarak tanımadığı bu kurumdan beklentisi yüksek olacaktır. Ancak mahkemenin tutumu netleşip içtihatları istikrar kazandıkça hak arayanların beklentisi gerçeklik zeminine oturabilir ve daha normal rakamlara ulaşılabilir. Bu nedenle mahkemenin bireysel başvuruyla ilgili ilk verdiği kararlar büyük önem taşımaktadır<sup>1253</sup>. Bu kararların, Mahkemenin rolünü iyi tanımlar ve yetkisini net bir biçimde ortaya koyar nitelikte olması gerekir<sup>1254</sup>.

<sup>1249</sup> İldır, Hak Arama, s.397.

<sup>1250</sup> İldır, s.52; Sungurtekin Özkan, s.363.

<sup>1251</sup> İldır, s.52.

<sup>1252</sup> David Pimentell, "How Individual Complaints Are Handled In Other Countries (Dünyada Anayasa Şikayeti Uygulamaları)", Bireysel Başvuru "Anayasa Şikayeti", HUKAB Sempozyum Serisi 1, Ankara 2011, s.67.

<sup>1253</sup> Ali Rıza Çoban, "Yeni Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun Mahkemenin İş Yüküne Etkisi Açısından Değerlendirilmesi", Bireysel Başvuru "Anayasa Şikâyeti", HUKAB Sempozyum Serisi 1, Ankara 2011, s.163.

<sup>1254</sup> Ağır iş yüküyle karşı karşıya kalan hukuk sistemleri, durumu kontrol altında tutmak için çeşitli filtreleme yöntemleri tercih etmektedirler. Bireysel başvuru konusu yapılabilecek işlemler, başvuru şartları, mahkemeyi harekete geçirebilecek süjeler, başvuru sonucunda verilen kararların hukuk

Yapılan başvuru sayısı, başvuru harçları ile bir dereceye kadar kontrol edilebilir. Düşük bir miktar bile, kişileri fuzuli davalar açmaktan alıkoyacaktır. Bu yöntem hassas bir denge gerektirir; eğer miktar çok yüksek tutulursa mahkemeye erişimin kısıtlanması tehlikesi vardır. Hâlbuki toplumun en fakir üyeleri bile haklarını savunma imkânı bulmalıdır. Ya da, iddianın mesnetsiz olduğu anlaşıldığında başvuranın bir miktar para cezasına mahkûm edilmesi şeklinde bir düzenleme de caydırıcı olabilecektir. Portekiz, İsviçre, Almanya ve Avusturya'da kabul edilen yöntem budur<sup>1255</sup>.

Bireysel başvuru kurumunda, konuyla ilgili bir hususa daha dikkat çekmekte fayda vardır. Özel hukuk tüzel kişilerinin bireysel başvuru yolunu kullanması bakımından Kanunda çeşitli sınırlamalar görülmektedir. 6216 Sayılı Kanun'un 46.maddesinin 2.fıkrası özel hukuk tüzel kişilerinin sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği iddiasıyla bireysel başvuruda bulunabileceklerini düzenlemektedir. Özel hukuk tüzel kişilerinin, yalnızca tüzel kişiliğe ait haklarının bireysel başvuru ile korunabileceğinden, örneğin, dernek üyelerinin temel hak ve

---

sistemi üzerindeki etkisi gibi konularda ülkeler, kendi hukuk sistemlerine ve sosyo-politik yapılarına bağlı olarak farklı yöntemler belirlemişlerdir.

Filtreleme yöntemlerinden en yaygın olanı, dava açma ehliyetinin doğrudan ve kayda değer zarara uğramakla sınırlandırılmasıdır. Yani bireyin bizzat kendisinin zarara uğraması ve zararın boyutunun küçük olmaması aranmaktadır. Buna *öznel zarar* adı verilmektedir (**Pimentell**, s.67). Bu sistemi tercih eden ülkelerde, bir yasanın Anayasaya uygun olmadığı gibi genel bir sorun bireysel başvurunun konusu yapılamamaktadır. Bu sistemin tersine olarak bazı ülkelerde "genel şikâyet" usulü kabul edilmektedir. Macaristan, Güney Afrika ve İsrail bu ülkeler arasındadır. Ancak bu durumun beraberinde getirdiği dava yükü özellikle Macaristan bakımından büyük sıkıntıya yol açmıştır. (**Pimentell**, s.68).

Bazı sistemlerde, yalnızca hakkın ihlaline yol açan eylemler için anayasal şikâyetle bulunulmasına izin verilmekte; ihmalden doğan ihlaller bu kapsama alınmamaktadır. Bir diğer yöntem şikâyetle bulunulabilecek hak ve özgürlüklerin çerçevesini daraltmaktır ki aşağıda ayrıca değinileceği üzere Türk hukuk sisteminde de böyle bir usul benimsenmiştir.

Bunlardan başka, gelecekteki hak ihlali tehditlerini kapsam dışı bırakarak sadece geçmiş ihlaller için bireysel başvuruya izin veren sistemler de vardır. Bir başka sistemde bireysel başvuru, yasaların münferit uygulanmasına değil; yalnızca yasal düzenlemenin kendisine yapılabilmektedir. Polonya'nın kabul ettiği bu sistem haklı olarak eleştirilmektedir (**Pimentell**, s.69). Zira, yasal düzenlemenin kendisi Anayasaya uygun olabilir ve fakat biri onu Anayasaya aykırı şekilde uygulayabilir. Söz konusu ihtimalde, hakkı ihlal edilen kişinin iç hukukta başvurabileceği bir hukuki çare kalmamaktadır.

Yine, bireysel başvuruyu kabul eden sistemlerin neredeyse tamamının benimsediği tüketme ilkesinden bahsedilebilir. Tüketme ilkesi, ihlalin giderilebileceği başka bir yol varsa, önce bu yolların tüketilmesi; ondan sonra ihlal hala giderilemediyse Anayasa Mahkemesine başvurulması gerektiği anlamına gelir (**Pimentell**, s.70).

Yukarıda belirtilen yöntemler arasında yalnızca bir doğru yoktur. Devletler, kendi yapısal ve kültürel özelliklerine göre bu sistemlerden bir veya birkaç tanesini benimseyebilirler. Bireysel başvuru sistemini oluştururken asıl önemli olan, mahkemeye erişiminin sağlanması ile zorlayıcı dava yükünün kontrol altında tutulması arasındaki dengeyi kurmaktır.

<sup>1255</sup> **Pimentell**, s.72.

özgürlüklerinin korunması amacıyla, derneklerin bireysel başvuru mekanizmasını harekete geçirme imkânları yoktur<sup>1256</sup>. Hâlbuki derneklere ya da sivil toplum kuruluşlarına üyeleri adına başvuru yapma imkânı tanınması, usul ekonomisi ilkesine daha uygun olabilirdi. Üyelerin ayrı ayrı yapacağı onlarca başvuru yerine aynı konuda tüzel kişinin üyeleri adına tek başvuru yapılabilmesi, Anayasa Mahkemesinin iş yükünün makul seviyede kalmasına yardımcı olurken ihlal iddialarını da tek seferde sonuçlanması sağlanabilirdi.

### **b. Görev, Yetki ve Yargı Yolu Uyuşmazlıkları Sebebiyle Meydana Gelen Zaman Kaybının Önlenmesi**

Görev ve yetki uyuşmazlıkları sebebiyle uğranılan zaman kaybı uygulamada azımsanmayacak şekilde yargılamaları geciktirmektedir<sup>1257</sup>. Bir davada görevli ve yetkili mahkeme Kanunla belirlenir. Bir dava görevsiz veya yetkisiz mahkemede açıldığında mahkeme kimi zaman kendiliğinden kimi zaman itiraz üzerine inceleme yaparak bu konuda bir karar vermektedir. Görevsiz veya yetkisiz olduğu kanaatine varırsa dava dosyasının görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmesini de kararına ekler. Görevsizlik ve yetkisizlik kararlarına karşı ayrıca kanun yoluna başvurulabilir. Eğer görevsizlik kararı kanun yolu denetiminden geçmeden kesinleşmişse kendisine başvurulmuş mahkeme de görevsizlik kararı verebilir. Bu durumda olumsuz görev uyuşmazlığı çıkmış olur ve merci tayini yoluna gidilir (HMK m.21).

Görüldüğü gibi, davanın görevsiz veya yetkisiz mahkemede açılması durumunda hem bu mahkemenin konuya ilişkin araştırma süresi hem de kanun yolu incelemesi ya da merci tayini için pek çok süre geçmektedir. Yargılamanın esasına dahi girilmemişken, yıllarla telaffuz edilecek süreler boyunca dava dosyası adliyeler arasında gidip gelirken uyuşmazlığın çözümü bir kenarda bekletilmektedir.

Bir davanın hangi yargı çeşidine dahil olduğu hakkında mahkemeler arasında olumlu veya olumsuz yargı yolu uyuşmazlığı çıkması da yargılamayı geciktiren faktörlerden biridir. Genellikle hukuk mahkemeleri ile idare mahkemeleri arasında

<sup>1256</sup> **Oder**, s.91. Azerbaycan hukukunda, sivil toplum örgütleri ve benzer kuruluşların üyelerinin haklarını savunmak amacıyla anayasa şikâyeti yoluna başvurabileceği kabul edilmektedir. **Rüstemzade**, s. 208.

<sup>1257</sup> **Okusal**, s.62.

rastlanan yargı yolu uyuşmazlıkları Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından çözülür<sup>1258</sup>. Uyuşmazlık Mahkemesine başvurulduğu resmi yazı ile kendisine bildirilen yargı mercii, görev konusunda Uyuşmazlık Mahkemesince bir karar verilinceye kadar davanın görülmesini geri bırakır. Ancak Uyuşmazlık Mahkemesine başvurulduğunu bildiren yazının alındığı günden başlamak üzere altı ay içinde bu mahkemenin kararı gelmezse yargı mercii davayı görmeye devam eder. Bununla birlikte esas hakkında son karar verilmeden Uyuşmazlık Mahkemesinin kararı gelirse bu karara uyulmak zorundadır (UMK m.18). Kanun koyucunun Uyuşmazlık Mahkemesinin kararının yargılamayı geciktirmemesi için bekleme süresini altı ayla sınırlaması olumludur. Ancak davayı görmeye devam eden mahkemenin, tüm yargılama aşamalarını geçip de hüküm vereceği anda uyuşmazlık mahkemesinin kararı geldiği için görevsizlik kararı vermek durumunda bırakılması ciddi bir emek ve zaman kaybına neden olmaktadır.

Davaların doğru yargı yolunda, görevli ve yetkili mahkemede açılmamasının sonucu bu kadar vahimdir. Bu nedenle uygulamada tarafların o uyuşmazlık için nerede ve hangi mahkemede dava açacağından emin olması ve bu konuda iyice araştırma yapması önemlidir. Tarafın bir avukatla temsil edilmesi halinde de avukatının aynı titizlikle hareket etmesi gerekir. Görev ve yetki uyuşmazlıklarının makul sürede yargılanma hakkı önünde engel teşkil etmemesi için bu incelemeleri yapan yargı organlarının da bazı tedbirler alması ve görev ve yetki uyuşmazlıkları hakkındaki kararların ivedilikle verilmesi şarttır.

Türk hukuk uygulamasında yargılamayı geciktiren sebeplerden bir diğeri ayrı bir asliye ticaret mahkemesinin bulunmadığı yerlerde, asliye hukuk mahkemelerinde dava açılması halinde vuku bulmaktaydı. Bilindiği gibi, ayrı bir asliye ticaret mahkemesinin bulunmadığı yerlerde ticari bir dava asliye hukuk mahkemesinde açılırken, bu mahkemede davanın asliye ticaret mahkemesi sıfatıyla açıldığının belirtilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde asliye hukuk mahkemesi, bu davanın kendisinde asliye ticaret mahkemesi sıfatıyla açılmadığı, bu nedenle de görevli olmadığı gerekçesiyle görevsizlik kararı vermekte idi<sup>1259</sup>.

<sup>1258</sup> Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun (UMK) m.1 (RG. 22.06.1979, S.16674).

<sup>1259</sup> 2.HD, 11.06.2012, 19570/15703 (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.161, dn.59).

6335 sayılı Kanun’la Türk Ticaret Kanunu’nun 5.maddesinin dördüncü fıkrasında yapılan değişiklik, bu uygulamaya son vermek amacıyla hazırlanmıştır. Yeni hükme göre, asliye ticaret mahkemesi bulunmayan yargı çevresindeki bir ticari davada görev kurallarına dayanılmamış olması, görevsizlik kararı verilmesini gerektirmez; asliye hukuk mahkemesi davaya devam eder. Kanaatimizce bu çözüm daha isabetli olmuştur. Adalet Komisyonuna verilen değişiklik önergesinin gerekçesinde de ifade edildiği gibi, Asliye Mahkemesine bu görev, o yargı çevresinde Asliye Ticaret Mahkemesinin bulunmaması nedeniyle kendisine zorunlu olarak yüklenmektedir. Bu gibi, kanundan kaynaklanan sıfat birleşmelerinde, taraflar için daha fazla yük teşkil edecek veya onların aleyhine sonuç doğuran hükümler tertip olunmamalıdır. Ayrıca geliştirilen usuli ret pratiği, ‘makul süre’ ölçütünde adil yargılanma hakkına da aykırıdır.

### c. Tebligat İşlemlerinin Hızlandırılması

Yargılama süreci içinde taraflara yapılması gereken tebligatların çeşitli sebeplerle zamanında yapılamaması da yargılamayı geciktiren faktörlerden biridir. Bu nedenle davanın taraflarının adreslerini tebligata elverişli şekilde doğru ve açık olarak vermeleri; dava devam ederken adreslerini değiştirmeleri halinde yeni adreslerinin mahkemeye bildirilmesi son derece önemlidir. Mahkemenin yapılan tebligatı doğru adrese çıkarması yanında posta görevlileri de görevlerini yerine getirirken özenle hareket etmelidirler<sup>1260</sup>.

Bunun dışında, teknolojik gelişmelerin tebligat hukukuna yansıtılması ve yargı hizmetlerinde yeni gelişmelerden faydalanılması tebligat işlemlerinin ve dolayısıyla yargılama sürelerinin hızlandırılmasını sağlayacaktır<sup>1261</sup>. 6099 sayılı Tebligat Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 19.01.2011 tarihli Resmi Gazete ‘de yayımlanması ile 7201 sayılı Tebligat Kanununun bazı hükümleri, güncel gelişmelere paralel olarak revize edilmiştir.

Getirilen önemli ve olumlu yeniliklerden biri şüphesiz, Kanun’a 7/a madde hükmüyle eklenen elektronik tebligattır. Kanun, elektronik tebligatın zorunlu olup

<sup>1260</sup> Okusal, s.62-63; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, s.280.

<sup>1261</sup> Recep Akcan, “Faks ile Tebligat Yapılması Sorunu”, 75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s.10.

olmaması bakımından bir ayırım yapmıştır. Tebligata elverişli bir elektronik adres vererek bu adrese tebligat yapılmasını isteyen kişiye, elektronik yolla tebligat yapılabilir. Burada elektronik tebligat yapılması ihtiyaridir. Ancak, anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere elektronik yolla tebligat yapılması zorunludur<sup>1262</sup>. Elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır. Elektronik ortamda yapılacak tebligatlara ilişkin usul ve esasların düzenlenmesi için ayrıca Elektronik Tebligat Yönetmeliği çıkarılmıştır<sup>1263</sup>. Böylelikle, yargılama işlemleri hızlandırılacak, makul sürede yargılama amacına bir adım daha yaklaşılacaktır.

Tebligat işlemlerinde zaman kazandıran bir diğer yenilik, adres kayıt sistemindeki adrese tebligat yapılabilmesidir. Tebligat, tebliğ yapılacak şahsa bilinen en son adresinde yapılır. Ancak Tebligat Kanunu'nun 10.maddenin ikinci fıkrasına göre, bilinen en son adresin tebligata elverişli olmadığı anlaşılmaması veya tebligat yapılamaması hâlinde, muhatabın adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresi, bilinen en son adresi olarak kabul edilir ve tebligat buraya yapılır. 21.maddenin ikinci fıkrasına göre ise, muhatabın adres kayıt sistemindeki adresinde hiç oturmamış veya o adresten sürekli olarak ayrılmış olması halinde, tebliğ memuru tebliğ olunacak evrakı, o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti azasından birine veyahut zabıta amir veya memurlarına imza karşılığında teslim eder ve tesellüm edenin adresini ihtiva eden ihbarnameyi gösterilen adresteki binanın kapısına yapıştırır. İhbarnamenin kapıya yapıştırıldığı tarih, tebliğ tarihi sayılır.

Hukuk Genel Kurulu bir kararında, doğrudan faks ile tebligat yapılabileceğine ilişkin olarak Tebligat Kanunu'nda hiçbir hüküm bulunmadığını, bu nedenle faks ile yapılan tebligatın usulüne uygun olmadığını ifade etmiştir<sup>1264</sup>. Ancak doktrinde AKCAN, Yargıtay'ın yorumunun tam tersi bir yorumda bulunmuştur. AKCAN'a göre, Türk hukukunda faks ile tebligat yapılmasını engelleyen bir hukuk kuralı bulunmadığından faks ile tebligata izin verilmelidir. Bu sonuç, tebligat işlemlerinin

<sup>1262</sup> Kendilerine zorunlu elektronik tebligat yapılacak olanlara, elde olmayan bir endenle elektronik tebligat yapılamazsa tebligat, Tebligat Kanununda belirtilen diğer usullerle yapılır (ETYön. m.7/f.3).

<sup>1263</sup> RG. 19.01.2013, S.28533.

<sup>1264</sup> HGK, 11.04.2001, 21-359/361 (AKCAN, s.2-3, dn.4). Kararda, Sigorta Müdürlüğü, Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü vasıtasıyla değil, doğrudan kendisi faks çekmek suretiyle haciz ihbarnamesini bankaya göndermiştir.



hızlandırılması için de gereklidir<sup>1265</sup>. Tebligat işlemlerinin hızlandırılması gerektiğine ilişkin AKCAN'ın kaygılarını paylaşmakla birlikte, faks ile tebligat konusuna biraz tereddütle yaklaşmak gerektiği kanaatindeyiz. Tebligat Kanununda ya da tebligatla ilgili diğer mevzuatta doğrudan muhataba faks çekmek suretiyle tebligat yapılabileceğine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle doğrudan faks çekmek suretiyle tebligat yapılması halinde bu tebligatın usulsüzlüğü değil; yokluğu söz konusu olur<sup>1266</sup>. Ayrıca muhatabın tebligatı öğrenememesi ihtimali özellikle ortak kullanılan faks cihazları bakımından yüksek olduğu gibi tebligatı öğrendiğinin ispatı da oldukça zordur. Bu nedenle doğrudan faks, tebligat işlemini hızlandıracak bir yöntem olarak kabul edilmemelidir.

Tebligat mevzuatı çerçevesinde faksla tebligat yapabilmek için önce tebliğ edilecek evrak PTT'ye verilmeli, buradan varma yerindeki PTT'ye faks çekilmeli ve varma yerindeki PTT'de gelen faks metni tebliğ mazbatalı zarf içine konularak Tebligat Kanunundaki usullere uygun şekilde muhataba teslim edilmelidir. Görüldüğü gibi faks yoluyla tebligatta da tebliğ mazbatası düzenlenmektedir. Böylelikle tebligatın vazgeçilmez unsuru olan “muhataba ulaştığının belgelenmesi” de gerçekleşmiş olacaktır. Tebligat yine posta memuru aracılığıyla yapılacaktır. Ancak mektubun muhatabın bulunduğu posta merkezine ulaşması için faks kullanıldığından tebligat işlemi hız kazanmaktadır<sup>1267</sup>.

#### **d. Delillerin Zamanında Sunulması ve Bilirkişi Raporlarının Zamanında Düzenlenmesi**

Yargılamanın gecikmeksizin sonuçlandırılması için tarafların tüm delillerini zamanında ve eksiksiz olarak sunmaları önemlidir. İster ihmal sonucu ister kasıtlı olsun delillerin zamanında sunulmaması, davanın lüzumsuz yere uzamasına sebep olmaktadır. HUMK döneminde uygulamada en fazla sıkıntı duyulan ve yargılamanın gecikmesine sebep olan hususlardan biri, tam hazırlık yapılmadan tahkikata başlanması idi. Çoğu kez taraflar delillerini tam olarak göstermeden ve dilekçelerine eklemeden, mahkeme de delilleri tam olarak toplamadan tahkikata başlanıyor, dava

<sup>1265</sup> Akcan, s.3 vd.

<sup>1266</sup> Mine Akkan, “Elektronik Ortamda Tebligat Yapılmasına İlişkin Gelişmeler” Halûk Konuralp Anısına Armağan 1, Ankara 2009, s.35 (Elektronik Tebligat).

<sup>1267</sup> Akkan, Elektronik Tebligat, s.37.

açılmasıyla birlikte taraflara duruşma günü tebliğ ediliyordu. Delillerin ve hukuki uyuşmazlığın tartışılması için yeterli hazırlık yapılmadan tahkikata başlandığında, tahkikat aşaması delillerin toplanması için gereksiz yere uzamaktaydı.

Bu sakıncanın ortadan kaldırılması amacıyla, HMK’nda öninceleme kurumuna yer verilmiştir. Yeni düzenleme ile dilekçelerin karşılıklı verilmesi aşaması tamamlandıktan ve tarafların elinde bulunan delillerin mahkemeye sunulmasından, elde olmayanların ise masrafları ödendikten ve nereden getirileceğine ilişkin bilgiler verildikten sonra, tahkikatın başlatılması amaçlanmıştır<sup>1268</sup>. Bu sayede tahkikat amacına uygun olarak, sadece uyuşmazlığın ve uyuşmazlığa ilişkin delillerin incelendiği ve tartışıldığı bir aşama haline gelecek, delillerin toplanması için oluşan zaman kaybının önüne geçilmiş olacaktır<sup>1269</sup>. Tahkikat için tüm hazırlıklar yapılmış olduğundan, tahkikatta sadece tanık dinlenmesi, bilirkişiye başvurulması ve keşif gibi usul işlemleri gerçekleştirilecek, tahkikat arka arkaya yapılan birkaç oturumda tamamlanabilecektir<sup>1270</sup>.

Bir davada mahkemenin öninceleme aşamasından sonra, diğer kurum ve kuruluşlardan bilgi veya belge istemesi de söz konusu olabilmektedir. Bu kurum ve kuruluşlar kendilerinden istenen belgeleri gecikmeksizin mahkemeye sunmalıdırlar. Resmi veya özel bilirkişiler de bu kapsamda sayılmalıdır. Uygulamada özellikle bilirkişi raporlarının zamanında teslim edilmediği bilinmektedir<sup>1271</sup>. Bilirkişi raporu dışındaki tüm deliller toplanmış olsa bile, bilirkişinin raporunu mahkemeye henüz sunmadığı gerekçesiyle duruşmalar ertelenmektedir. Bilirkişilerin raporlarını

<sup>1268</sup> Bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Genel Gerekçesi.

<sup>1269</sup> **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.340; **Pekcantez/Atalay/Özekes**, s.565; Aksi görüşte **Karşlı**, s.516.

<sup>1270</sup> Kanundaki bu düzenlemeye rağmen, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önceleri, öninceleme yapılmaması gerekçesi ile kararın bozulmasını usul ekonomisi bakımından yerinde olmadığı yönünde görüş belirtmekteydi Bkz. HGK, 03.04.2012, E.2012/3-1345, K.2013/412. Ancak daha sonra isabetli olarak bu kararından dönmüş ve öninceleme duruşmasında yapılması gerekli olan işlemler yapılmadan tahkikat duruşmasına geçilemeyeceğine ilişkin düzenlemenin emredici nitelikte olduğu görüşünü benimsemiştir. HGK, 13.03.2013, E.2012/14-802, K.2013/347 (**Gençcan**, s.269-271). Önincelenin gereği gibi yapılmamasını bozma sebebi sayan bir başka örnek için bkz. 3.HD, 26.09.2012, 13830/19937 (**Pekcantez/ Atalay/ Özekes**, s.568, dn.3). Kanunun açık düzenlemesi karşısında, mahkemelerin yargılama usulü içindeki bir kesiti değiştirmeleri veya atlamaları mümkün değildir. Çünkü yargılama usulleri, Anayasanın 142.maddesi gereğince kanunla düzenlenir. Bu konuda mahkemenin ya da tarafların bu yargılama usulünü değiştirip kendilerine göre yorumlamaları mümkün değildir. Bunu yapan bir hâkim, Anayasa ve Kanun’un amir hükmüne aykırı davranmış olur. Sadece bu sebeple hem hukuki hem disiplin sorumluluğuna gidilebileceği gibi şartları varsa cezai sorumluluğu dahi gündeme gelebilir. **Pekcantez/ Atalay/ Özekes**, s.569. UMAR, HMK m.137/f.2’ye aykırılığın, dava sonucunda verilen karar bu yanlışlıktan etkilenmiş ise bozma sebebi sayılabileceğini belirtmektedir. Bkz. **Umar**, Şerh, s.401.

<sup>1271</sup> **Okusal**, s.68.

sunmaktaki gecikmeleri, AİHM nezdinde, Türkiye aleyhine pek çok mahkûmiyet kararına sebep olmuştur. Bu kararlara yukarıda değinmiştik. Dolayısıyla, bilirkişilerin raporlarını kendilerine verilen süre içinde tamamlayarak mahkemeye sunmaları hem yeni mahkûmiyet kararlarını önlemek hem de somut olay adaletini gecikmeksizin sağlayabilmek açısından oldukça önemlidir.

HUMK döneminde, bilirkişinin raporunu teslim etmesi için verilecek süreler ve bu sürelere uyulmamasının yaptırımı, genel bir takım ifadelerle düzenlenmiş idi. 281.maddenin üçüncü fıkrasında, bilirkişinin incelemesini yapıp raporunu hazırlaması için gereken sürenin hâkim tarafından takdir edileceği; ancak herhalde üç ayı geçemeyeceği belirtiliyor, bu sürenin aşılmasının yaptırımı ise hükümde açıkça yer almıyordu. Kendisine verilen süre içinde raporunu mahkemeye vermeyen bilirkişinin, görev yapmaktan kaçınmış sayılacağı ve HUMK m.278/f.3 ile m.271 uyarınca para cezasına ve oturum giderlerine mahkûm edileceği doktrinde kabul edilen çözüm idi<sup>1272</sup>. HMK m.274, HUMK m.281'deki *pek kısa ve yetersiz kuralın*<sup>1273</sup> yerine geçmiş ve konuyu ayrıntılı şekilde düzenlemiştir. Maddenin ilk fıkrasına göre, bilirkişinin raporunun hazırlanması için verilecek süre üç ayı geçemez. Bilirkişinin talebi üzerine, kendisini görevlendiren mahkeme gerekçesini göstererek süreyi üç ayı geçmemek üzere uzatabilir.

HMK m.274/f.2 ise, bilirkişilerin raporlarını süresinde teslim etmemeleri halinde hâkime bazı yaptırımlar uygulama yetkisi vermektedir. Belirlenen süre içinde raporunu vermeyen bilirkişi görevden alınıp, yerine bir başka kimse, bilirkişi olarak görevlendirilebilir. Bu durumda mahkeme, görevden alınmış olan bilirkişiden, görevden alındığı ana kadar yapmış olduğu işlemler hakkında açıklama yapmasını talep eder ve ayrıca bilirkişinin dizi pusulasına bağlı bir biçimde görevi sebebiyle incelenmek üzere kendisine teslim edilmiş bulunan dosya ve eklerini mahkemeye hemen tevdi etmesini ister. Sözü edilen bilirkişilerin, hukuki ve cezai sorumluluğuna ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, gerekiyorsa, kendilerine ücret ve masraf adı altında hiçbir ödeme yapılmamasına karar verebilir. Veya gerekçesini göstererek bölge adliye mahkemesi adli yargı adalet komisyonundan o kişinin bilirkişilik görevi yapmaktan belirli bir süre yasaklanmasının yahut listeden çıkartılmasının istenmesine karar verebilir.

<sup>1272</sup> Baki **Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, Cilt III, İstanbul 2001, s.2732.

<sup>1273</sup> **Umar**, Şerh, s.774.

### e. İnsan Hakları Tazminat Komisyonu'nun Kurulması

AİHM, kendisine yapılan benzer nitelikteki çok sayıda davada, aleyhine başvuru yapılan Devlette insan hakları ihlaline yol açan sistematik ve yapısal bir sorunun varlığını tespit ettiğinde, pilot karar uygulamasına gidebilmektedir. Bu yöntemde AİHM bir başvuruyu pilot dava olarak seçmekte, bu başvuru çerçevesinde ilgili ülkedeki yapısal ve sistematik sorunu tespit ettikten sonra, kendisine yapılmış olan benzer nitelikteki diğer başvuruları beklemeye almaktadır. Pilot karara konu yapısal sorunu çözmek için ilgili Devlete belli bir süre veren AİHM, bu süre zarfında beklemeye aldığı başvuruları incelememekte ve ilgili Devletin konuyu iç hukukunda çözüme kavuşturacak bir düzenleme yapmasını beklemektedir. İlgili Devlet tarafından gerekli düzenleme yapıldıktan sonra, iç hukukta ihdas edilen çözüm yolunun etkin bir yol olup olmadığını inceleyen AİHM, yeni oluşturulan yolun etkin olduğuna karar verirse, daha önce beklemeye aldığı başvuruları söz konusu iç hukuk yoluna müracaat etmeleri için kabul edilmezlik kararıyla reddetmektedir<sup>1274</sup>.

AİHM, makul sürede yargılanma hakkının ihlaline yol açan sistematik sorunları çözmek konusunda devletlerin genel bir yükümlülüğü olduğunun altını çizmiştir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi ve sürekli ihlal edilmesi AİHM tarafından eleştirilmekte ve daha da önemlisi önüne gelen başvurularda detaya girmeden inceleme yapılmasına sebep olmaktadır<sup>1275</sup>. 1999 tarihli **Ferrari, A.P., Di Mauro ve Bottazi/İtalya** kararında<sup>1276</sup> Büyük Daire, İtalyan yargı mekanizmasındaki sistematik gecikmeler nedeniyle verilen ihlal kararlarının çokluğuna dikkat çekerek, Sözleşmeyle uyumlu olmayan bir uygulamanın olduğu tespitinde bulunmuştur. Bu tespitten sonra, sürenin makul olup olmadığı belirlenirken dikkate alınan ölçütler somut olaya uygulanmadan doğrudan ihlal kararı verilmiştir. Ferrari kararından sonra İtalya'da makul sürede yargılanma hakkı ihlalleri ile uğranılan zararların giderilmesi için bir tazminat sistemi kabul edilmiştir.

<sup>1274</sup> Atilla **Nalbant**, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku ve Anayasal Bireysel Başvuru", AİHM ve Türkiye II, Uluslararası Sempozyum, 10 Aralık 2010, Ankara, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Yayın No:8, s.224; Zeki **Yıldırım**, 6384 Sayılı Avrupa İnsan Hakları Mazhemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun: İnsan Hakları İhlallerinin Çözümüne Dair Farklı Bir Yaklaşım, s. 9, (<http://www.ihtk.adalet.gov.tr/makale/makale.html>), 31.10.2013).

<sup>1275</sup> **Inceoğlu**, s.372-373; **Harris, O'Boyle & Warbrick**, s.284.

<sup>1276</sup> 28 Temmuz 1999.

Ancak beş yıl sonraki **Apicella/İtalya** Kararında<sup>1277</sup> Mahkeme, İtalyan otoriteleri tarafından ödenen tazminatı “gülünç” olarak nitelendirmiştir. AİHM’ne göre, yargılamanın geciktiği her yıl için başvurulara 1000 ilâ 1500 Euro arasında bir meblağ ödenmelidir. Ödenecek toplam meblağ, Devletteki yaşam standardı dikkate alınarak indirilebilir; ya da özel bir dikkati gerektiren davalarda her yıl için 2000 Euro’ya kadar çıkarılabilir<sup>1278</sup>. Her somut olayda, ihlal sebebiyle oluşan zararın aynı rakamlarla telafi etmek mümkün olmasa da, telafi yöntemiyle ilgili tüm ipuçlarının bu kararda yer aldığını belirten Mahkeme, üye devletlere şu mesajı göndermiştir: *“bir çarenin varlığı tek başına gerekli; fakat yeterli değildir. Yerel mahkemeler, iç hukukta, AİHM içtihatlarını doğrudan uygulayabilmeye muktedir olmalı ve kendilerinin bu içtihat birikimine erişimleri Devlet tarafından kolaylaştırılmalıdır.”*<sup>1279</sup>.

AİHM'nin Türkiye ile ilgili ilk pilot karar uygulaması, 20 Mart 2012 tarihli, uzun yargılamaya ilişkin **Ümmühan Kaplan** kararında gündeme gelmiş ve böylelikle tazminat komisyonu oluşturulmasına ilişkin süreç başlamıştır. Karara konu olayda, başvuran, muris babası tarafından açılan ve başvuru tarihinde 25 yıldır derdest olan kadastro davası nedeniyle AİHS'nin 6/1. maddesinde düzenlenen yargılamanın makul süre içinde bitirilmesi hakkının ve bu hakkının ihlâlini şikâyet edebileceği bir iç hukuk yolunun bulunmaması nedeniyle Sözleşmenin 13. maddesinde düzenlenen etkili başvuru yapma hakkının ihlal edildiğini belirterek AİHM'ne başvurmuştur. Mahkeme, yargılama süresinin aşırı uzun olduğunu tespit ederek hem makul sürede yargılanma hakkının (md. 6/1); hem de bu hakkının ihlâl edildiğine ilişkin başvuru yapabileceği etkili başvuru hakkının (md. 13) ihlâl edildiğine karar vermiştir. AİHM, uzun yargılama konusundaki ihlallerin ülkemizde uzun yıllardan beri tekrar ettiğini, bu açıdan sistemik ve yapısal bir sorun haline geldiğini, bu durumun sözleşmenin 6/1 ve 13.maddelerine aykırı olduğunu, mahkeme önünde buna benzer çok sayıda başvurunun bulunduğunu ve Sözleşmecî Devletlerin yargısal düzenlerini Sözleşmeye uyumlu olarak düzenlemekle yükümlü olduklarını göz önünde bulundurarak bu davada. Sözleşmenin 46 ve İçtüzüğü'nün 61. maddelerinde düzenlenen pilot karar usulünün uygulanmasına karar vermiştir. Buna göre, kararın kesinleşmesinden itibaren 1 yıl içinde iç hukuk düzeninde uygun ve

<sup>1277</sup> 10 Kasım 2004.

<sup>1278</sup> **Mole/Harby**, s.25.

<sup>1279</sup> **Apicella/İtalya**, 10 Kasım 2004.

yeterli bir tazmin sağlamaya imkân verecek etkili bir iç hukuk yolu oluşturmak üzere zaman tanınmış ve Mahkeme önünde derdest olup henüz Hükümete tebliğ edilmemiş başvurular ile Anayasa mahkemesine bireysel başvurunun başlayacağı 23 Eylül 2012 tarihinden önce gelecek benzer başvuruların incelenmesi ertelenmiştir.

AİHM'nin bu pilot kararı üzerine "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair 6384 Sayılı Kanun" 19 Ocak 2013'de yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun ile, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru imkânından yararlanamayacak, 23 Eylül 2012 tarihinden önce AİHM'ne yapılmış, 1)yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı, 2)mahkeme kararlarının geç ya da eksik icra edildiği veya hiç icra edilmediği hakkındaki şikâyetlerle ilgili olarak, AİHM tarafından bir karar verilmesine gerek kalmadan mağduriyetlerinin giderilmesine yönelik etkili bir iç hukuk yolu oluşturulması amaçlanmıştır (m.2).

Kanununun 10.maddesinde, Komisyona müracaatın şekli ve süresine ilişkin 5.maddenin, Kanununun yayımından 1 ay sonra yürürlüğe gireceği belirtilmiştir. Bu doğrultuda komisyon, 20 Şubat 2013 tarihinden itibaren başvuruları kabul etmeye başlamıştır. Adalet Bakanı tarafından atanan dört hâkim ile Maliye Bakanı tarafından atanan bir kişi olmak üzere toplam beş kişiden oluşan komisyonun inceleme süreci ve uyguladığı usul idarî nitelikte olup kararları yargı denetimine tâbidir. Komisyonun görev alanı 23 Eylül 2012 tarihi itibarıyla AİHM'ne yapılmış ve halen AİHM önünde derdest başvurularla sınırlı tutulmuştur. Bu tarihten sonra yapılan başvurular için Komisyon görevli değildir. Zira bu tarihten sonra Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu açılmıştır.

Komisyon müracaat hakkında, AİHM emsal kararlarını da gözetmek suretiyle gerekçeli olarak karar verir. Komisyon kararlarına karşı, tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde Komisyon aracılığıyla Ankara Bölge İdare Mahkemesi'ne itiraz edilebilir. Bu itiraz, öncelikli işlerden sayılarak üç ay içinde karara bağlanır. Bölge İdare Mahkemesi, Komisyon kararını yerinde görmezse işin esası hakkında karar verebilir ve bu kararlar kesindir. Ödenmesine karar verilen tazminat üç ay içinde Adalet Bakanlığı tarafından ödenecektir (m.7).

Tazminat Komisyonunun faaliyete başlamasından sonra, AİHM, 11 Nisan 2013 tarihinde açıkladığı **Müdür Turgut ve diğerleri/Türkiye** kararında, 6384 Sayılı Kanunla kurulan, İnsan Hakları Tazminat Komisyonu'na başvuru yolunun, yargılamanın makul süreyi aştığı iddialarına ilişkin olarak Sözleşme'nin 13.maddesi anlamında bir iç hukuk yolu sayıldığını belirtmiş ve başvuruyu iç hukuk yollarının tüketilmemesi sebebiyle reddetmiştir. AİHM bu kararda ayrıca, 6384 Sayılı Kanun ile kurulan yolu, iç hukuktaki yapısal sorunu çözmek amacıyla atılan somut ve olumlu bir adım olarak karşılamıştır. AİHM, daha sonraki kararlarında da makul süre ve mahkeme kararlarının icrası hakkındaki başvuruları aynı gerekçelerle kabul edilemez bulmuş<sup>1280</sup>; böylelikle iki binden fazla başvuru AİHM gündeminden düşürülmüştür.

## B. Aleni Yargılanma Hakkı

Aleniyet ilkesi, bütün demokratik sistemlerde bir temel hak olarak yerini almıştır. Zira, adalet ve gizlilik bir araya gelmesi mümkün olmayan iki kavramdır. İkna edici olabilmek için, adalet kendini kamu vicdanında meşrulaştırmalıdır<sup>1281</sup>. Aleniyet ilkesi, hem halkın yargılamayı izlemesine hem de yargılama sonucunda verilen kararı öğrenebilmesine imkân veren bir yargılama ilkesidir<sup>1282</sup>. Yargılamanın tarafı olmayan üçüncü kişiler, yargılamanın yapıldığı yere serbestçe girip, yargılamayı izleyebilir, yargılama sonucunda verilen hükmü öğrenebilir.

Aleniyet ilkesinin ilk amacı, adli mekanizmanın işleyişinde kamu denetimini sağlamak<sup>1283</sup>, keyfiliğe müsait gizli yargılamayı önlemektir<sup>1284</sup>. Yargılamayı izleyenler, hâkimin, taraflara nasıl davrandığını, hitap ediş biçimini, ses tonunu, hoşgörü veya şiddetle yaklaşıp yaklaşmadığını gözlemleyerek, hâkimle taraflar

<sup>1280</sup> Eren/Türkiye ve diğer 645 başvuru, 10 Ekim 2013; Varol/Türkiye ve diğer 29 başvuru, 10 Ekim 2013; Devecioğlu/Türkiye ve diğer 52 başvuru, 18 Haziran 2013; Ayşe Durusoy/Türkiye ve diğer 1283 başvuru, 12 Mayıs 2013; Telime Baykal/Türkiye ve diğer 99 başvuru, 11 Haziran 2013; Saime Çakır/Türkiye ve diğer 100 başvuru, 25 Haziran 2013; Abdurrahman Demiroğlu/Türkiye ve diğerleri, 4 Temmuz 2013 (<http://www.ihtk.adalet.gov.tr/kararlar/kararlar2.html>, 31.10.2013).

<sup>1281</sup> **Chen**, s.243.

<sup>1282</sup> **Bilge/Önen**, s.290; **Üstündağ**, s.259; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.358; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s.189; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.399 vd.; **Pekcanitez**, Aleniyet- Armağan, s.635; **Kurt Konca**, s.11, Recep **Akcan**, Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri, Ankara 1999, s.74; **Grisel**, s.77; **Staciokas**, s.134; **Umar**, Şerh, s.126 vd.; **Yılmaz**, Şerh, s.315; **Sungurtekin Özkan**, Usul, s108.

<sup>1283</sup> **Pekcanitez**, Aleniyet- Armağan, s.639.

<sup>1284</sup> **Gölcüklü**, Doğru yargılama, s.29; **Umar**, Şerh, s.126.

arasındaki ilişkinin hukuka uygunluğunu ve yerindeliliğini denetleyebilirler. Bu gözlem, aynı zamanda hâkimin bağımsız ve tarafsız hareket edip etmediğinin de tespitini sağlar<sup>1285</sup>. Böylelikle hâkimler, daha dikkatli kararlar vereceklerdir<sup>1286</sup>.

Yargılamanın adil olduğu gösterilmek suretiyle yargı kararlarına güven duyulması sağlanacaktır. Örneğin, İspanyol Anayasa Mahkemesi, aleni yargılama hakkını, bireylerin yine Anayasa’da belirtilen bilgi edinme hakkı ve toplumun adalet sistemine güven duyması için mahkemenin sahip olması gereken şeffaflık ihtiyacı ile meşrulaştırmaktadır<sup>1287</sup>. Diğer taraftan, aleniyet sayesinde gizlilikten kaynaklanan haksız işlemler önlenecektir<sup>1288</sup>. Kapalı kapılar arkasında yapılan yargılama, hâkim ne kadar dürüst, bağımsız ve tarafsız olursa olsun, adaletten şüphe edilmesi sonucunu doğurur. Halk, yargı mekanizmasının nasıl işlediğini gözleri ile görebilme imkânı olduğunda, onun adil olduğuna inanacaktır<sup>1289</sup>. Yargılamanın tarafı olan kişiler de, mahkemenin verdiği karar aleyhine olsa dahi, bu karara adil bir yargılama sonucunda varıldığı için saygı duyacaktır.

Aleniyet ilkesi, kamunun adli olaylar hakkında bilgilendirilmesi yoluyla toplumsal değerlerin gelişmesinde ve korunmasında rol oynar. Halkın, hukuka uygun fiiller ile hukuka aykırı fiiller arasındaki ayrım hakkında bilgi sahibi olmasını sağlar. Böylelikle toplumda genel bir hukuk bilinci uyanır ve güçlenir. Hukuk bilincine sahip bir toplumda bireyler hukuk kurallarına uymak konusunda daha özenli davranırlar<sup>1290</sup>.

Yargılamanın alenî olması, yargılamanın tarafları bakımından adil yargılanma hakkının gerçekleşmesine hizmet eden unsurlardan biridir. Ancak, demokratik bir devlette aleniyet, sadece tarafların değil; aynı zamanda halkın da hakkıdır.

<sup>1285</sup> **Kurt Konca**, s.24.

<sup>1286</sup> **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.358.

<sup>1287</sup> **Freixes**, s.64.

<sup>1288</sup> **Clayton/ Tomlinson**, s.111; **Stačiokas**, s.134; **Pettiti/Decaux/Imbert**, s.266; **Reid**, s.226; **Harris, O’Boyle & Warbrick**, s.271; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s.189; **Üstündağ**, s.259; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.358; **Arslan/Tanrıver**, s.180; **Karlı**, s.333; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.288; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.399; **Pekcanitez**, Aleniyet- Armağan, s.637; **Gölcüklü**, Doğru yargılama, s.29; **Ovey/White**, s.163; **De Salvia**, s.323; **Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet**, s.351; **Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.886.

<sup>1289</sup> **Pekcanitez**, Aleniyet- Armağan, s.641; **Kurt Konca**, s.26.

<sup>1290</sup> **Belgesay**, s.238; **Hakan Pekcanitez**, “Medenî Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesi” Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s.410; **Pekcanitez**, Aleniyet- Armağan, s.636; **Kurt Konca**, s.28.



Yargılamanın tarafı olmayanlar aleniyet sayesinde yargı erkini denetleyebilme imkânına sahip olmaktadır. Bu nedenle, aleniyet yargılamanın tarafı olmayan üçüncü kişiler yani halk için kamusal bir haktır<sup>1291</sup>.

Yargılama hukukunun temel prensiplerinden biri olarak ilan edilmeden önce aleniyet ilkesi, devletlerin hâkimiyet alanları içindeki düzenleyici otoritelerin boyunduruğu altında kalmaktan kurtulamıyordu<sup>1292</sup>. Günümüzde ise, uluslararası bir otorite olarak kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sayesinde evrensel hukuktaki yerini sağlamlaştırmıştır. Sözleşmenin 6.maddesi ile korunan aleni yargılanma hakkına AİHM tarafından önemli bir yer tanınmaktadır<sup>1293</sup>. Mahkeme, bu ilkenin önemini bir kararında şöyle açıklamıştır: *“Adli kurumlar önündeki yargılamaların aleni karakteri, davanın taraflarını adaletin gizlice, kamuoyu denetimi olmaksızın yerine getirilmesine karşı korur; ayrıca gerek üst gerek alt derece mahkemelerine güveni sağlayan bir araçtır. Adaletin idaresini görünür kılmak, Sözleşme kapsamında, demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biri olan ve 6&1 maddede adil yargılanma hakkı şeklinde isimlendirilen amaca ulaşılmasına katkıda bulunur”*<sup>1294</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesi herkese, medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili davaların aleni şekilde görülmesi ve hükmün açık duruşmada verilmesi hakkını garanti eder. Bununla birlikte, genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması, davanın taraflarının özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya aleniyetin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkeme duruşmaların, kısmen veya tamamen basına ve dinleyicilere kapalı olarak yapılmasını kararlaştırabilir.

AİHS gibi, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi m.10; BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m.14/1; İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi m.5/5, herkesin aleni olarak yargılanma hakkı olduğu açıkça belirtilmiştir. BM Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi'nin 14.maddesinin ilk paragrafı sağlanan güvenceler bakımından AİHS

<sup>1291</sup> **Kurt Konca**, s.22; Manfred Nowak, U.N. Covenant On Civil and Political Rights, CCPR Commentary, 2nd edition, Kehl, Strasbourg, Arlington 2005, s.325; **Hofmann/Lüscher**, s.27.

<sup>1292</sup> **Chen**, s.243.

<sup>1293</sup> **Chen**, s.243; **Mole/Harby**, s.21; Handan **Yokuş Sevük**, “Adil Yargılanma Kapsamında Aleniyet İlkesi” Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s.748, dn.10.

<sup>1294</sup> Axen/Amanya, 8 aralık 1983, Başvuru no:8273/78, A72, par.25; Diennet/Fransa, 26 Eylül 1995, par.33; Szücs/Avusturya, 24 Kasım 1997, par.27; Pretto/İtalya, 8 aralık 1983, par.21.

m.6&1 ile örtüşmektedir. Ancak hükmün tefhimi sırasında aleniyet ilkesinin uygulanması bakımından her iki sözleşme arasında farklılık bulunmaktadır<sup>1295</sup>. Şöyle ki, AİHS, “*hüküm açık oturumda verilir*” ifadesiyle hükmün açıklanmasının alenî olmasını mutlak şekilde aramaktadır. BM Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi’nin 14.maddesi ise, “*bir ceza davasında veya hukuk davasında verilen hüküm, gençlerin menfaati, aile uyumsuzlukları veya çocuğun velayeti ile ilgili davalar aksini gerektirmedikçe aleni olarak tefhim edilir*” demektedir. Gençlerin menfaati, davanın aile uyumsuzlukları veya çocuğun velayetine ilişkin olması, hükmün gizli tefhim edilmesi sebebi olarak öngörmüştür.

AİHS m.6/f.1 ile benimsenen aleniyet ilkesi ile hem yargılamanın açık olarak yürütülmesi hem de yargılama sonucunda verilecek kararın açıkça belirtilmesi aranmaktadır. AİHM içtihatlarında da her iki hususa dikkat edilmektedir. Aleniyet doktrinde, dinamik ve statik aleniyet olarak ikiye ayrılmaktadır. Dinamik aleniyet, duruşmaların aleniliği; statik aleniyet ise hükmün alenî olarak verilmesidir<sup>1296</sup>.

Aşağıda ilk olarak duruşmaların aleni olması prensibi istisnalarıyla birlikte incelenecek, ardından hükmün aleniliği ilkesine yer verilecektir. Hükmün verilmesi aşaması da yargılamanın uzantısı olduğundan bu ilke kapsamındadır.

### 1. Duruşmaların Aleniliği (Dinamik Aleniyet)

Adil yargılanma hakkının fonksiyonel garantilerinden biri olan aleniyet ilkesi bir bütün olarak duruşmaların aleni olmasını, ilgililerin dinleyici olarak ya da basın yolu ile duruşmaları takip edebilmesini, delillerin aleni olarak değerlendirilmesini gerektirir.

Duruşmaların aleniliği, taraf aleniyetinden farklıdır<sup>1297</sup>. Taraf aleniyeti, davanın taraflarına tanınmış bir hak olup mahkeme işlemlerinin, dosya kapsamının onlar tarafından öğrenilmesi anlamına gelmektedir. Bu bakımdan aleniyet ilkesinden ziyade hukuki dinlenilme hakkı ve çelişmeli yargılama ilkesi ile yakından ilişkilidir.

<sup>1295</sup> Nowak, s.323; Kurt Konca, s.58.

<sup>1296</sup> Pekcanitez, Aleniyet- Armağan, s.636; Kurt Konca, s.173.

<sup>1297</sup> Doktrinde, taraf aleniyetini, yargılamanın aleniyeti kapsamında değerlendiren görüşler için bkz. Ansay, s.57-58; Bilge/Önen, s.292; Akcan, s.75.

Taraf aleniyetinin sınırlanması, doğrudan iddia ve savunma hakkının sınırlanması anlamına gelmektedir. İnceleme konumuz olan aleniyet ise yargılamanın davayla ilgisi olmayan üçüncü kişiler tarafından izlenebilmesidir<sup>1298</sup>.

Açık duruşma hakkının genel olarak sözlü duruşma hakkını da kapsadığı kabul edilmektedir. Aleni yargılanma ifadesi iki unsuru bünyesinde barındırmaktadır. Bunlardan birincisi duruşma olması, ikincisi duruşmanın açık olmasıdır. Sözleşmenin 6.maddesi açıkça belirlemese de sözlü duruşma hakkı zımni olarak aleni yargılama kavramından ortaya çıkmaktadır<sup>1299</sup>. AİHM'nin yerleşik içtihatlarına göre, ilk derece mahkemesi önünde yapılan yargılamada, AİHS'nin 6.maddesinin 1.fıkrası anlamında, herkesin davasının “açık” olarak görülmesini isteme hakkı, bu haktan mahrum bırakılmayı meşru kılacak istisnai koşullar olmadığı sürece “duruşma hakkı”nı da kapsar<sup>1300</sup>.

İlk derece mahkemelerindeki yargılama kural olarak duruşmalı yapılıdır. Kanunen duruşma yapılması öngörülmesine rağmen ilk derece mahkemesinin bu kurala riayet etmemesi doğrudan ihlal teşkil eder. Örneğin, İhtiyati haciz kararına karşı yapılan itirazın incelenmesi usulü İİK'nun 265.maddesinde düzenlenmiş olup, anılan maddenin dördüncü fıkrasına göre mahkemenin itiraz üzerine iki tarafı davet edip gelenleri dinledikten sonra bir karar vermesi gerekmektedir. Mahkeme tarafları dinledikten sonra itirazı varit görürse kararını değiştirebilir veya kaldırabilir. İki taraf da duruşmaya gelmezse evrak üzerinde inceleme yaparak karar verecektir. Bu zorunluluğa rağmen, duruşma yapılmadan ve taraflara duruşma davetiyesi gönderilmeden dosya üzerinde inceleme yapılarak verilen bir ilk derece mahkemesi kararı Yargıtay tarafından haklı olarak bozulmuştur<sup>1301</sup>.

<sup>1298</sup> **Pekcanitez**, Aleniyet- Armağan, s.636; **Kurt Konca**, s.118-119.

<sup>1299</sup> **İnceoğlu**, s.257; 343; **Reid**, s.226; **Harris, O'Boyle & Warbrick**, s.272; **Erdoğan**, s.176; **Leach**, s.285; **Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet**, s.351. Yılmaz, duruşma hakkını, mahkemenin duruşma yapma zorunluluğu olarak ifade etmektedir. Yazara göre, her iki tarafın duruşmaya davet edilmesi hakkındaki HUMK m.73 hükmü, duruşma yapma zorunluluğunu düzenlemekte idi. Ancak HMK m.27'de bu düzenlemeye benzer bir hüküm yer almamaktadır. Ancak yine de maddede düzenlenen, hukuki dinlenilme hakkının duruşma yapma zorunluluğu içerdiği kabul edilerek, madde hükmü bu şekilde yorumlamalıdır. **Yılmaz**, Şerh, s.305. İsviçre hukukunda, aleniyete ilişkin Federal Usul Kanunu'nun 54.maddesinin aynı zamanda sözlü duruşma hakkını da kapsadığı kabul edilmektedir. **Hofmann/Lüscher**, s.26-27.

<sup>1300</sup> Kılıç ve Korkut/Türkiye, Baş. No:25949/03, 25976/03, T:12 Şubat 2008 (ceza); Hakansson ve Stureson/İsveç, T:21 Şubat 1990, Fredin/İsveç(No:2), T: 23 Şubat 1994; Allan Jacobsson/İsveç (No:2), 19 Şubat 1998; Fischer/Avusturya, 26 Nisan 1995, par.44; Demebulov/Bulgaristan, 2008.

<sup>1301</sup> 11.HD, 06.10.2005, E:2005/11668, K:2005/9353 (MİHDER, S.2, 2005, s.509).

Aleniyet ilkesinin gereği, kural olarak ilk derece mahkemelerindeki yargılamada yerine getirilmelidir. Eğer ilk derece mahkemesinde açık duruşma yapılmamışsa, bu eksiklik bir üst mahkemede açık duruşma yapılması yoluyla telafi edilebilir<sup>1302</sup>. Ancak hukukilik denetimiyle birlikte, maddi olayı bütün yönleriyle değerlendirme yetkisine sahip bir üst yargı yolu olmadığında, ilk derece mahkemesinde duruşma yapılmaması ihlale neden olmaktadır<sup>1303</sup>. Eğer maddi meseleyi değerlendirme yetkisine sahip bir üst yargılama makamı varsa, ilk derece mahkemesinde duruşma yapılmamasına yönelik eksikliğin kanun yolu aşamasında düzeltilebileceği kabul edilmektedir<sup>1304</sup>. Bu özellikle, disiplin süreçlerinde yetkili, klasik anlamda mahkeme olmayan kurullar için önem taşımaktadır. **Diennet/Fransa Kararında**<sup>1305</sup> AİHM, duruşma yapılmayan disiplin yargılamasından sonra, temyiz merciindeki incelemenin aleni olmasının ihlali telafi etmeye yetmeyeceğini belirtmiştir. Çünkü temyiz mercii, yargılamayı tümüyle yeniden ele almaya yetkili görülmemektedir.

Türk hukuku bakımından değerlendirildiğinde ikili bir ayırım yapmak gerekir. Yargıtay'daki temyiz incelemesi yalnızca hukuki denetimle sınırlı olarak gerçekleştiğinden, ilk derece mahkemesinde duruşma yapılmayan bir yargılama sonucunda verilen hükmün temyiz incelemesinin aleni yapılması, ilk derece mahkemesindeki ihlali ortadan kaldırmayacaktır. Ancak istinaf mahkemelerinin faaliyete başladığı tarihten itibaren, istinaf aşamasında yeniden yargılama yaptığı hallerde ilk derece mahkemesindeki aleniyet sorunu telafi edilebilecektir. Yargılamanın aleniyeti kamu düzenine ilişkin olduğu için, taraflar aleniyetin ihlal edildiği yolunda bir itirazda bulunmamış olsalar dahi, bölge adliye mahkemesi kendiliğinden, aleniyetin ihlal edildiği kısmı tekrarlamak suretiyle usul eksikliğini giderebilir<sup>1306</sup>.

Öte yandan, Devletin kaynakları ve bazı davaların nitelikleri göz önüne alındığında, iç hukuklarda duruşma yapılması tarafların talebine bağlı olabilmektedir

<sup>1302</sup> Mole/Harby, s.21; Reid, s.227; Grisel, s.93; Pettiti/Decaux/Imbert, s.264; Ovey/White, s.164; Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet, s.351.

<sup>1303</sup> Inceoğlu, s.344.

<sup>1304</sup> Pettiti/Decaux/Imbert, s.264; Inceoğlu, s.361; Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet, s.352; Harris, O'Boyle & Warbrick, s.271; Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel, s.900.

<sup>1305</sup> 26 Eylül 1995, par.34.

<sup>1306</sup> Kurt Konca, s.346.

ve AİHM bu çözümü, makul süre açısından da anlaşılır bulmaktadır. Kural olarak dosya üzerinden görülen bir davada, taraf duruşma talep etmeyerek kendisine verilen imkânı kullanmadığında, sonradan duruşma yapılmamasına dayanarak adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri süremez. Bu tür şikâyetler AİHM önünde başarıya ulaşmamaktadır<sup>1307</sup>.

Bu gibi durumlarda başvuranın duruşma hakkından feragat ettiği kabul edilmektedir. **Håkansson ve Sturesson/İsveç** Kararında<sup>1308</sup> belirtildiği üzere, hükmün (6.madde) ne yazılışı ne de ruhundan, kişinin kendi özgür iradesiyle, açıkça veya zımnen, aleni yargılanma hakkından feragat etmesini önleyecek bir anlam çıkarmamaktadır. Ancak feragat kesin bir şekilde yapılmış olmalı ve kamu yararına aykırılık teşkil etmemelidir. Somut olayda, başvuruçuların duruşma hakkından zımnen feragat ettikleri sonucuna varılmıştır. Çünkü İsveç yasalarında açıkça bu imkân belirtildiği halde duruşma yapılması için talepte bulunulmamıştır. HARRIS, O'BOYLE & WARBRICK, AİHM'nin bu yaklaşımını eleştirmektedir. Yazarlara göre, genel kural, 6.maddenin 1.fıkrasına göre aleni duruşma olmasına rağmen, iç hukukta duruşma yapılmaması genel kural olarak kabul edilip; başvuranın, duruşma yapılmamasına ilişkin genel kuralın istisnasının kendisine uygulanması için inisiyatif almasının aranması doğru değildir<sup>1309</sup>. Yazarların, çekincesi özellikle tarafların avukatla temsil edilmediği ilk derece yargılamaları bakımından haklıdır. Çünkü, davayı kendisi takip eden taraf, kanunen duruşma talep etmesi gerektiğinden haberdar olmayabilir. AİHS ile koşulsuz olarak tanınan bu imkândan kanunun kısıtlaması sebebiyle faydalanamamış olmaktadır. Avukatla temsil edilen davalarda ise, talep halinde duruşma yapılması kuralının, aleni yargılama hakkına kısıtlama getirdiğini söylemek zordur zira, davada hukuki yardım alınmaktadır.

Kişi kendi özgür iradesiyle aleni yargılanma hakkından feragat etmeli, duruşma yapılmaması kamu yararına aykırı olmamalı, feragat bir zorunluluk sebebiyle yapılmış olmamalıdır. **Deweer/Belçika** kararında<sup>1310</sup>, başvuran ceza davasının para cezası ödenmesi yoluyla mahkeme dışı çözümlenmesini kabul etmiştir. AİHM başvuranın duruşma hakkından feragat etmesinin asıl nedeninin, yargılama boyunca

<sup>1307</sup> Schuler-Zraggen/İsviçre, 24.06.1993, par.58.

<sup>1308</sup> 21 Şubat 1990, par.66.

<sup>1309</sup> **Harris, O'Boyle & Warbrick**, s.276; **İnceoğlu**, s.364.

<sup>1310</sup> 27 Şubat 1980, par.51-54.

işyerinin kapalı kalması tehlikesi olduğunu tespit etmiştir. Bu şekilde duruşma hakkından feragat edilerek para cezasının kabul edilmesi, zaruret dolayısıyla gerçekleşmiş olduğundan geçerli bulunmamış ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Öte yandan, duruşma talep edildiği halde yapılmaması Sözleşmenin ihlali sonucunu doğurmaktadır<sup>1311</sup>. AİHM'ne göre, duruşma yapılmamasını haklı gösterecek istisnai koşullar olmadığı müddetçe kural olarak duruşma talebi yerine getirilmelidir<sup>1312</sup>. Duruşma yapılmamasını haklı gösterecek koşullara bir örnek **Döry/İsveç** davasında<sup>1313</sup> görülmektedir. Bu davada, sosyal sigorta uyuşmazlıklarının daha çok teknik konuları içerdiği üzerinde durulmuş ve başvuranın sağlığı ile ilgili değerlendirmenin, yargılamanın bütün aşamalarında duruşma yapılmadan karara bağlanması ihlal olarak görülmemiştir. Dava dosyasında başvuranın sağlık durumu ile ilgili birkaç tıbbi rapor vardır ve başvuran başka bir delille dayanmamakta, mahkemeden tanık dinlenmesini talep etmemektedir. O halde dava, yazılı olarak verilmiş doktor raporlarına göre sonuçlanacaktır. Bu yazılı raporlarla ilgili başvuran kendi görüşlerini de yazılı olarak sunmuştur. Dolayısıyla AİHM'ne göre, sözlü duruşma yapılmaması ihlal oluşturmamaktadır<sup>1314</sup>. Teknik konular gibi, uyuşmazlığın yalnızca basit bir hukuki meselenin mahkeme tarafından değerlendirilmesiyle çözülebileceği hallerde de AİHM, dosya üzerinden inceleme yapılmasını makul karşılamaktadır<sup>1315</sup>.

Üst derece mahkemelerindeki yargılama aşamaları, ilk derece mahkemelerinde geçerli olan duruşma yapılması kuralından ayrık tutulmaktadır. Temyiz mahkemesinde sözlü duruşma yapılmasına ilişkin genel bir kural yoktur<sup>1316</sup>. AİHS m.6/f.1'de açıkça istinaf ve temyiz aşamasından bahsedilmese de, yargılamanın bir bütün olması sebebiyle aleniyet ilkesi ilk derece mahkemelerinde olduğu kadar üst derece mahkemelerinde de geçerlidir<sup>1317</sup>. AİHM bu hususta esnek bir denetim öngörmektedir. Üst mahkemede duruşma yapılmamasının adil yargılanma hakkına etkisi değerlendirilirken, bu yargı yerinin yargılamadaki rolü önemli bir yer

<sup>1311</sup> **İnceoğlu**, s.346.

<sup>1312</sup> Stallinger ve Kuso/ Avusturya, par.51.

<sup>1313</sup> 12.11.2002 (Final 12.02.2003).

<sup>1314</sup> Par.41-45.

<sup>1315</sup> Jussila/Finlandiya, 2006, par.40.

<sup>1316</sup> **Mole/Harby**, s.21-22; **Reid**, s.229; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.288.

<sup>1317</sup> **Gölcüklü**, Doğru yargılama, s.30.

tutmaktadır. Özellikle üst mahkemenin maddi meseleyi yeniden inceleyip incelemeyeceği AİHM tarafından dikkate alınmaktadır. Örneğin **Axen/Almanya** kararında<sup>1318</sup>, istinaf mahkemesi kararı yalnızca hukuki denetim yapan Federal Adalet Mahkemesinde onanmış, bu incelemenin duruşmasız yapılması ihlal olarak görülmemiştir. Mahkemeye göre önemli olan aleniyet ile istenilen amaca ulaşıp ulaşılmadığıdır. AİHS m.6, yargılamanın her derecesi için geçerli ise de, önemli olan davanın esasını karara bağlayan mahkemenin aleni yargılama yapmasıdır. Bu nedenle, hukukilik denetiminin yanı sıra, maddi olayı tüm yönleriyle değerlendirme yetkisine sahip bir üst yargı yolu olmadığı sürece ilk derece mahkemesindeki yargılamanın aleni yapılması yeterli bulunmaktadır<sup>1319</sup>.

Aynı şekilde, **K/İsviçre Kararı**<sup>1320</sup> konu olayda, başvuran ile evinde tadilat çalışması için sözleşme yaptığı bir firma arasında uzun bir yargılama süreci yaşanmıştır. İlk derece mahkemesinin başvuran aleyhine verdiği hüküm temyiz mahkemesi tarafından onanmıştır. Bunun üzerine Federal Mahkemeye müracaat eden başvuranın talebi, bu mercii tarafından bir duruşma yapılmaksızın reddedilmiştir. Komisyon bu sebeple önüne gelen şikâyetle, *sivil karakterli temyiz taleplerinin Federal Mahkeme yargıçları tarafından açık duruşmada görüşülmesi ve oylanmasına ilişkin bir hakkın 6.maddede yer almadığı* şeklinde bir değerlendirmede bulunmuştur. Temyiz mahkemesinin rolü, itirazın hukuki incelemesi ile sınırlı olduğunda ilk derece mahkemesindeki yargılama aşaması belirleyici olarak görüldüğünden, bu aşamada duruşma yapılmış olması yeterli sayılmaktadır.

Türk hukuk sisteminde kanun yolu aşamasında, kişilerin belli şartlarla duruşma haklarının olduğu kabul edilmektedir. HUMK sisteminde temyiz incelemesi sırasında mutlaka duruşma yapılması zorunluluğu yoktu<sup>1321</sup>. HMK'ya göre temyiz aşamasında ise istinaftan farklı olarak kural dosya üzerinden inceleme yapılmasıdır. Yalnızca HMK m.369'da belirtilen hallerde duruşma yapılabilecektir. Yukarıdaki kararlar ile 369.madde hükmü birlikte değerlendirilirse şu sonuca varılabilir: yasa ile duruşma yapılmasına izin verilen bu hallerde taraf, duruşma talep etme imkânı olmasına rağmen böyle bir talepte bulunmamışsa, sırf dosya üzerinden inceleme yapıldığı

<sup>1318</sup> T:08.12.1983.

<sup>1319</sup> **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.288-289; **Gölcüklü**, Doğru yargılama, s.30.

<sup>1320</sup> 41 DR 242.

<sup>1321</sup> **Pekcanitez**, Adil Yargılama, s.44.

gereğesiyle adil yargılanma hakkının çiğnendiğinden bahsedilemez. Zira bu halde aleni yargılanma hakkından zımnen feragat etmiş sayılacaktır. Bu yaklaşım tarzı davaların uzun süreler sürüncemede kalmaması bakımından olumludur. Özellikle, ilk derece mahkemesindeki yargılamanın aleni ve duruşmalı olarak yapılmasından sonra, hukukilik denetiminin kural olarak dosya üzerinden yapılması adil yargılanma hakkına aykırı sayılmamalıdır. Yalnızca hukukilik denetimi yapan Yargıtay gibi üst mahkemeler bakımından kanun yolu incelemesinin duruşmasız yapılması AİHM tarafından da aleniyet ilkesinin ihlali olarak değerlendirilmemektedir<sup>1322</sup>. Ancak duruşma yapılması öngörülmüş ise bunun mutlaka aleni olarak yapılması gerekir. Öte yandan istinaf kanun yolu sisteminde yeni bir yargılama yapıp karar verildiği için duruşmalar ve hükmün taraflara bildirilmesi aşamalarında aleniyet ilkesi geçerliliğini koruyacaktır.

Bölge Adliye Mahkemelerinde aleniyet ilkesinin ne ölçüde geçerli olacağı üzerinde ayrıca durmak gerekir. Gerek 5236 sayılı Kanunla HUMK'na eklenen gerekse HMK m.341 ve devamında düzenlenen istinaf kanun yoluna ilişkin hükümler, Türk hukukunda dar anlamda istinaf modelinin benimsendiğini göstermektedir<sup>1323</sup>. Yani istinaf mahkemesi her olayda, ilk derece mahkemesinin yaptığı tüm yargılamayı tekrarlamaz; yalnızca gerekli görülen hususlarda vakıalar yeniden incelenerek karar verilir<sup>1324</sup>. Kanunda duruşma yapılmasına gerek olmayan haller açıkça sayılmıştır (HMK m.353; HUMK m.426/M). Bu hallerde dosya üzerinden inceleme yapılacağından tıpkı temyiz kanun yolundaki gibi aleniyet ilkesi uygulama alanı bulamayacaktır. Kanunda belirtilen durumlar dışında ise, istinaf incelemesinin duruşmalı olarak yapılması gerekir. Çünkü istinafta asıl olan, yargılamanın duruşmalı yapılmasıdır<sup>1325</sup>. Duruşma yapılan hallerde, Anayasa m.141 ve HMK m.28 gereği aleniyet ilkesine uyulmalıdır.

HUMK'nda düzenlenen karar düzeltme incelemesinde de duruşma yapılamadığından duruşmalı inceleme esası ile ilişkili bir kurum olan aleniyet ilkesi hiç işlerlik kazanmayacaktır<sup>1326</sup>.

<sup>1322</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.289.

<sup>1323</sup> Ejder Yılmaz, İstinaf, Genişletilmiş 2.Baskı, Ankara 2005 (İstinaf), s.56; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s.607; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.887; Karlı, s.786.

<sup>1324</sup> Yılmaz, İstinaf, s.22.

<sup>1325</sup> Yılmaz, İstinaf, s.76.

<sup>1326</sup> Tanrıver, Adil Yargılama, s.203.



Duruşmalar kural olarak kamuya ve basına açık yapılmalıdır. Zorunlu tahkim içeren uyuşmazlıklarda dahi, hakem kurulunun davayı aleni bir biçimde dinlemesi gerekmektedir. Gönüllü tahkimde ise, taraflar aralarındaki uyuşmazlığı mahkeme dışında çözmeyi kararlaştırdıklarından Sözleşmenin 6.maddesi uygulama alanı bulmamaktadır<sup>1327</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6.maddesinin ilk fıkrasında aleniyet ilkesine hem dinleyiciler hem de basın açısından sınırlama getirilebileceğinden bahsedilmektedir. Bu cümleden hareketle aleniyetin ilkesinin iki boyutu olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Aleniyet ilkesi, bireyin yargılama hakkında bilgi sahibi olmak için bir vasıtaya başvurup başvurmamasına göre ikiye ayrılmaktadır. Birey, herhangi bir vasıta olmaksızın, bizzat kendisi izleyici olarak katılarak yargılama hakkında bilgi sahibi oluyorsa, doğrudan aleniyet söz konusudur<sup>1328</sup>. Doğrudan aleniyet, herkesin duruşma salonunda, fiziki koşulların elverdiği ölçüde dinleyici olarak bulunabilmesini sağlar.

Buna karşılık, birey, görsel ve işitsel araçlar vasıtasıyla yargılama hakkında bilgi sahibi oluyorsa, dolaylı aleniyetten bahsedilir<sup>1329</sup>. Dolaylı aleniyet duruşma salonundakilerin görüp duyduklarını duruşma dışında açıklayabilmesini güvence altına alır<sup>1330</sup>. Bu son boyut özellikle duruşmaların basın yolu ile takip edilmesi bakımından incelenecektir. Aşağıda aleniyetin bu iki boyutu biraz daha yakından incelenecektir.

#### **a. Doğrudan Aleniyet: Duruşmaların Tüm İlgililere Açık Olması**

Doğrudan aleniyet, yargılamanın tarafı olmayan üçüncü kişilerin duruşmaya bizzat katılmasını ifade eder. Aleniyet herkes için geçerlidir. Sadece mahkemenin yargı çevresinde oturanlar gibi bir grup veya bölge için geçerli değildir<sup>1331</sup>. Alman

<sup>1327</sup> **İnceoğlu**, s.352.

<sup>1328</sup> **Pekcanitez**, Aleniyet, s.408; **Tanrıver**, Adil Yargılanma, s.201; **Kurt Konca**, s.115.

<sup>1329</sup> **Kurt Konca**, s.115.

<sup>1330</sup> **Yokuş-Sevük**, s.748; **Centel/Zafer**, s.448.

<sup>1331</sup> **Pekcanitez**, Aleniyet- Armağan, s.636; **Kurt Konca**, s.116.

Federal Yüksek Mahkemesine göre<sup>1332</sup>, aleni duruşmadan anlaşılması gereken, herkesin toplumun belirli bir grubuna dahil olup olmamasına ve belirli kişisel özelliklere sahip olup olmamasına bakılmaksızın mahkemelerin duruşmalarına dinleyici olarak katılabilmektedir.

Yargılamayı izlemek isteyen kişilerin, duruşma salonuna herhangi bir engelle karşılaşmadan girebilmesi gerekir. Ayrıca, duruşmaların yeri ve saati konusunda doğru ve zamanında bilgilendirme yapılmalıdır<sup>1333</sup>. Duruşma yer ve zamanına ilişkin duyuruların, ilgililerin duruşmaya katılımını sağlamaya elverişli biçimde yapılmaması aleniyet ilkesini ihlal edecektir. Hukuk ve Ticaret Mahkemelerinin Yazı İşleri Yönetmeliği'nin 27.maddesi, duruşma yer ve zamanının yargılamanın tarafı olmayan üçüncü kişilere duyurulma usulünü düzenlemektedir. Buna göre, o gün görülecek davalar için sırasıyla okunaklı şekilde tarafların ve vekillerinin isimleri ve muhakeme saati yazılmak suretiyle bir liste tanzim olunur, bu listenin baş tarafına hangi mahkemenin hangi gününe ait olduğu da yazılır ve sabahleyin mahkeme salonu dışında herkesin görebileceği bir yere asılır.

Aleniyetin sağlanması için, duruşmayı izlemek isteyen kişilerin duruşma salonuna girme ve yargılamayı izleme olanağının bulunması gerekir. Ancak, yargılama başladığında taraflar dışında bir üçüncü kişinin mutlaka duruşma salonunda bulunması gerekmez. Yargılamanın tarafı olmayan üçüncü bir kişinin her an duruşma salonuna girebilme ve duruşmayı izleyebilme ihtimalinin olması yargılamanın aleni cereyan ettiğini söylemek için yeterlidir<sup>1334</sup>.

Duruşmaların herkese açık olması gerekmektedir birlikte, duruşmada bulunmak isteyen bazı kimselerin hazır bulunmasına belli şartlarla izin verilmeyebilir. Örneğin HMK m.151'e göre hâkim duruşmanın düzenini bozan kimsenin gerekirse duruşma salonundan çıkarılmasına karar verebilecektir (HUMK m.150). Duruşmanın düzeninin sağlanması, tarafların ve tanıkların sağlıklı bir şekilde dinlenebilmesi ve böylece maddi gerçeğe ulaşılabilmesi bakımından gereklidir. Bu nedenle söz konusu kişilerin salondan çıkarılması aleniyet ilkesini ihlal etmemektedir<sup>1335</sup>. Duruşma

<sup>1332</sup> BGHSt 28,341,343 vd. Werner Beulke, Strafprozessrecht, 4.B, Heidelberg 2000, s.181 (naklen Sevik, s.749).

<sup>1333</sup> Pekcanitez, Aleniyet- Armağan, s.653; Kurt Konca, s.178.

<sup>1334</sup> Ansay, s.56; Kuru, Usul I, s.147; Kurt Konca, s.12; Sungurtekin Özkan, Usul, s.108.

<sup>1335</sup> Belgesay, s.238.

disiplinin sağlanması amacıyla, yargılamanın aleniyetinin sınırlandırılması, AİHS m.6'da yer alan, adaletin selametine zarar verebilecek hallerden biri olarak değerlendirilebilir<sup>1336</sup>. Konu ile ilgili bir örnek<sup>1337</sup> AİHM önüne geldiğinde, mahkemenin benimsediği görüş de bu yönde olmuştur. AİHM söz konusu şikâyette ayrıca başvuranın tüm yargılama boyunca bir avukat tarafından etkin şekilde temsil edildiğine dikkat çekmiştir. Olayda duruşma salonundaki diğer izleyicilerin yargılamayı izleme imkânı ortadan kaldırılmamıştır. Duruşma disiplinin bozulmasında etkisi olmayan kişilerin de duruşma salonundan çıkartılması ise şüphesiz aleniyet ilkesi açısından sorun oluşturacaktır.

Bir başka örnek olarak, mahkemenin ciddiyeti ve ağırbaşlılığı ile bağdaşmayacak şekilde pejmürde kıyafetli kimselerin duruşma salonuna girmesine izin verilmemesi gösterilebilir. Kanaatimizce mahkemenin saygınlığının bozulması tehlikesi karşısında burada da bir ihlalden bahsedilemeyecektir<sup>1338</sup>. Bunun gibi, sadece fiil ehliyeti olan kişilerin duruşma salonuna alınması, aleniyet ilkesine aykırı olarak değerlendirilmemelidir. Çünkü aleniyetin amacı, halk tarafından yargının denetiminin yapılmasıdır. Bu denetimin yapılabilmesi için, duruşmayı izleyen kişinin duruşma sürecini anlayabilecek ayırt etme gücüne sahip olması gerekir<sup>1339</sup>.

Duruşma salonu, sağlıklı ve asgari bir izleme ortamının yaratılması için gerekli fizikî ve teknik özelliklere sahip olmalıdır<sup>1340</sup>. Aleniyet, isteyen duruşmada hazır bulunması kadar, söylenenleri işitmesi ve gösterilenleri görmesini de gerektirir. Bu nedenle çok büyük salonlarda dinleyicilerin de duymasını ve görmesini sağlayacak teknik tertibat alınması gerektiği ifade edilmektedir<sup>1341</sup>. Kanaatimizce, aleniyet, fiziki imkânların elverdiği ölçüde sağlanmalıdır<sup>1342</sup>. Duruşma salonunun akustik sisteminin yeterli olmaması sebebiyle, aleniyet ilkesinin ihlal edildiği iddiasının AİHM'nde başarı şansı yüksek olmayacaktır. Böyle bir şikâyet, hakkaniyete uygun yargılanma

<sup>1336</sup> Üstündağ, s.259-260; Kurt Konca, s.291.

<sup>1337</sup> H.Rüzgar/Türkiye Kararı, Baş. No:28489/04, T:27 Mayıs 2008.

<sup>1338</sup> Ansay, s.57; Bilge/Önen, s.290; Pekcanitez, Aleniyet- Armağan, s.663; Karşı görüş için bkz. Yokuş-Sevük, s.750).

<sup>1339</sup> Kurt Konca, s.295.

<sup>1340</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.400; Sungurtekin Özkan, Usul, s108.

<sup>1341</sup> Kurt Konca, s.185.

<sup>1342</sup> Sungurtekin Özkan, Usul, s. 108; Clayton/ Tomlinson, s.36. Yazarlar, aleniyet ilkesinin mahkemeye somut olaya göre özel ayarlamalar yapmayı gerektirmediği kanaatindedirler.

hakkının ihlal edildiği iddiasında dahi AİHM tarafından kabul görmemiştir<sup>1343</sup>. Aleniyet ilkesinin ihlal edilip edilmediğine karar verirken, mevcut fiziki imkânlar göz önünde tutulmalı, aleniyet ile ulaşılmak istenen amacın zedelenip zedelenmediği dikkate alınmalıdır. Örneğin, duruşma salonunun kapısının kapalı olması, isteyen duruşma salonuna girmesine engel olunmadıkça aleniyet ilkesinin ihlaline neden olmaz<sup>1344</sup>.

Dikkat edilmesi gereken husus, fiziki imkânların müsaade etmediği gerekçesiyle, tarafların aleniyet hakkından tamamen mahrum bırakılmamalarıdır. Örneğin, duruşma salonlarının azlığı gibi bir sebep ile duruşmanın hâkimin odasında izleyicisiz olarak yapılmaması gerekir. Adliye binalarının yetersiz olduğu bazı il ve ilçelerde bu tip uygulamalara rastlanmaktadır<sup>1345</sup>. Bazı adliyelerdeki mahkeme salonlarının oldukça küçük oluşu, hatta taraflar ve vekilleri dışında başka kimsenin girişinin fiziken mümkün olmaması aleniyet ilkesi bakımından düşündürücüdür<sup>1346</sup>.

Dosya aleniyetinin, üçüncü kişiler bakımından aleniyet ilkesi kapsamında sayılıp sayılmadığına ilişkin olarak hukuk sistemlerinde farklı görüşler kabul edilmiştir. Dosya aleniyeti, dava dosyasının, yargılamanın tarafı olmayan üçüncü kişilerce incelenebilmesini ifade eder<sup>1347</sup>. *Common Law* geleneğinde, dosya aleniyeti, aleniyet ilkesinin bir unsuru kabul edilmektedir. Buna karşılık, Kıta Avrupası hukuk sisteminde, mahkemeye sunulan bilgi ve belgelerin, yargılamanın tarafı olmayan üçüncü kişilerce incelenmesi aleniyet ilkesinin bir unsuru olarak görülmemektedir<sup>1348</sup>. Türk hukukunda, doğrudan aleniyetin, duruşma ile birlikte duruşma tutanaklarının ve dosyanın aleniyetini de kapsadığı kabul edilmektedir<sup>1349</sup>. Yargılamanın tarafı olmayanlar, ancak hukuki menfaatleri bulunduğu takdirde dava dosyasını görebilmelidirler<sup>1350</sup>.

<sup>1343</sup> Stanford/ Birleşik Krallık davasında (23.02.1994) başvuran, duruşma salonunun akustik sistemi sebebiyle delilleri doğrudan inceleme imkânı bulamadığını ve bu nedenle hakkaniyete uygun yargılama hakkının ihlal edildiğini iddia etmişse de AİHM, başvuranın yargılama boyunca bir avukat tarafından etkin şekilde temsil edildiği ve tüm delilleri tartışma imkanı bulduğu gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir. Kararda ayrıca, yargılamada bu yönde bir itirazda bulunulmadığına dikkat çekilmiştir. **Doswald- Beck/ Kolb**, s.130-131.

<sup>1344</sup> **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.400; **Yokuş-Sevük**, s.752.

<sup>1345</sup> **Çiçek**, s.236.

<sup>1346</sup> **Pekcanitez**, Aleniyet- Armağan, s.641.

<sup>1347</sup> **Kurt Konca**, s.119.

<sup>1348</sup> Bkz. **Kurt Konca**, s.119, dn.21'deki yazarlar.

<sup>1349</sup> **Pekcanitez**, Aleniyet, s.418; **Yokuş- Sevük**, s.748

<sup>1350</sup> **Kurt Konca**, s.120.

Üçüncü kişilerin mahkeme tutanaklarına görebilmesine ilişkin hak iddiasına yer veren bir örnek, **Atkinson Crook ve The Independent/Birleşik Krallık** davasıdır<sup>1351</sup>. Bu davada, iki gazeteci ve bir gazete 6.madde kapsamındaki, mahkemeye erişim haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Çünkü haber yapmak istedikleri bir davanın hüküm duruşmasının kapalı yapılması kararına itiraz edememiş ve mahkeme tutanaklarına ulaşamamışlardır. Komisyon, başvuranların hüküm duruşmasıyla ilgili haber yapmalarının iç hukuk kapsamında bir medenî hak doğurduğuna ilişkin ibareye rastlanmadığından 6.madde kapsamında bir haktan söz edilemeyeceği sonucuna varmıştır.

Ayrıca “genişletilmiş aleniyet” kavramına da değinmek gerekir. Genişletilmiş aleniyet, KURT KONCA tarafından, “duruşma salonunun duruşmayı izlemek isteyenler için yeterli olmaması gibi durumlarda, duruşmanın eş zamanlı olarak, sesli veya görüntülü bir biçimde, duruşma salonunun dışında bekleyen kişilere teknik araçlar yardımıyla aktarılması” şeklinde tanımlanmıştır<sup>1352</sup>. Yazar, duruşma salonunun halkın yoğun talebini karşılamakta yetersiz olmasını, yargılamanın zorunlu kıldığı bir hal olarak değerlendirilebileceği ve HMK m.153’teki istisna kapsamına sokulabileceği görüşündedir<sup>1353</sup>. Böylelikle mahkeme duruşma salonunun dışında bulunan ilgililerin yargılamayı izlemesine izin verebilecektir. Ceza yargılamasında bu yöntemin uygulanması kimi davalar için önemli olabilirse de özel hukuk ilişkilerini konu alan medeni yargıda böyle bir istisnaya gerek olmadığı kanaatindeyiz. Aleniyetin gerçekleştirilmesi duruşma salonunun fiziki koşulları ile sınırlı olmalıdır.

Son olarak belirtmek gerekir, aleniyet duruşmalarla sınırlıdır; duruşmalar dışındaki yargılama aşamaları, örneğin hükmün müzakeresi aleni olmaz<sup>1354</sup>.

<sup>1351</sup> 3 Aralık 1990, Baş. No:13366/87, 1990.

<sup>1352</sup> **Kurt Konca**, s.166.

<sup>1353</sup> **Kurt Konca**, s.168.

<sup>1354</sup> **Postacıoğlu**, s.370; **Bilge/Önen**, s.290; **Arslan/Tanrıver**, s.180; **Kurt Konca**, s.117.

### **b. Dolaylı Aleniyet: Duruşmaların Basın Yolu ile Takip Edilmesi**

Dolaylı aleniyet, yargılamanın kitle iletişim araçlarıyla geniş kitlelere duyurulması, yargılamaya katılmayanların, yargılama sırasında olanlar hakkında bilgilendirilmesidir. Yukarıda sözü edildiği gibi aleniyetin bir diğer boyutu yargılamanın kamuya duyurulmasıdır ki bu en yaygın olarak kitle iletişim araçlarıyla gerçekleştirilebilir. Özellikle mahkemelere güveni sağlamak açısından duruşmada basının bulunmasına önem verilmektedir. Basının temsilcileri de diğer kişiler gibi duruşmaya katılma hakkına sahiptir.

Günümüz modern toplumlarında dolaylı aleniyet, doğrudan aleniyetten daha fazla önem arz eder hale gelmiştir. Çünkü, bireyler günlük yaşam periyotları içinde, halkın temsilcisi olarak bir davayı izlemeye gitmemekte; doğrudan kendileri ya da yakınları ile ilgili olan davalar dışında buna zaman ayırmamaktadırlar. İlgi duydukları yargılama süreçlerini de çoğu zaman kitle iletişim araçları vasıtasıyla takip etmektedirler. Bu nedenle artık, dolaylı aleniyet olmaksızın, sadece doğrudan aleniyet ile aleniyet ilkesinin amaçlarına ulaşılması güçtür<sup>1355</sup>. Bu noktada dolaylı aleniyetin ve özgür basının önemi bir kez daha ortaya çıkmaktadır. Ancak dolaylı aleniyetin sahip olduğu önem, dorudan aleniyetin dolaylı aleniyete feda edilmesini gerektirmez<sup>1356</sup>. Duruşma salonlarının fiziki kapasitesinin izin verdiği şekilde her ikisi arasında bir denge sağlanarak hem halkın hem de basın-yayın organları temsilcilerinin duruşmayı izlemesine olanak tanınmalıdır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesi, duruşmada bulunma imkânını halkla beraber basına da tanımaktadır. Ancak hükümde, yargılamayı izleme hakkı yalnızca yazılı basına tanınmaktadır; duruşmaların, televizyon ve radyo gibi basın araçlarıyla eş zamanlı olarak geniş kitlelere duyurulmasını aleniyet kapsamında değerlendirilmemektedir. Bunun nedeni, yargılamaya katılanların kişilik haklarının ve onurunun ihlal edilmemesi, maddi gerçeğe ulaşılmasının engellenmemesi ve mahkeme salonlarının şov yapılan alanlara dönüştürülmemesi gereğidir. Yargılama hakkında kamuyu bilgilendirme hakkı yazılı basına tanınmıştır. Duruşmalarda

<sup>1355</sup> Kurt Konca, s.122.

<sup>1356</sup> Kurt Konca, s.131.

görüntü alınması, fotoğraf çekilmesi veya ses kaydı, AİHS m.6 anlamında aleniyetin unsuru değildir<sup>1357</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna göre, duruşmalarda basın da bulunması mahkemelere güveni sağlamak bakımından son derece önemlidir. Fakat buna rağmen, Sözleşmenin 6.maddesi basının bir duruşmadan haberdar edilmesi veya genel olarak toplumun haberdar edilmesi için davanın ilan edilmesi gibi devlete pozitif bir yükümlülük yüklemeyiz. Devletin basının bir duruşmadan haberdar edilmesi ya da genel olarak toplumun bilgilenmesi için bir davanın ilan edilmesi gibi bir yükümlülüğü yoktur. Basın mensuplarının duruşmada bulunmalarının engellenmemesi yeterlidir<sup>1358</sup>.

Davanın basın yoluyla takip edilmesinin, duruşmaların mutlaka kitle iletişim araçlarıyla naklen yayınlanmasını gerektirmediğini ifade ettik. Mukayeseli hukukta duruşmalarda radyo, televizyon filmi ve fotoğraf çekilmesinin genel olarak yasaklandığını görüyoruz. Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu par.169'da duruşmanın, hükmün ve kararların aleni olduğu belirtildikten sonra, ikinci cümlede kamu önünde yayınlamak amacıyla, ses bandı, televizyon veya radyo çekiminin yasak olduğu belirtilmiştir. Fransız Basın Kanunu m.38 ile idari ve adli yargılamalarda celselerin başlamasından itibaren ses veya görüntü kaydetmeye ve iletmeye yarayan her türlü aletin kullanılması yasaklanmıştır. Avusturya hukukunda aynı yasak Medya Kanunu'nda düzenlenmektedir (m.22).

Bu düzenlemeler, hem yargılamaya katılanların kişilik haklarını korumaya yöneliktir hem de yargılamanın düzen ve disiplinine hizmet eder. Günümüzde, basın yayın yolu ile görülmekte olan veya sonuçlanan davalar hakkında spekülasyon, aşığılayıcı veya kamu oyunu yönlendirici yayınların fazlalığını göz önünde bulundurduğumuzda aleniyet ilkesinin suiistimalleri engelleyecek biçimde ölçülü olarak sınırlandırılmasını yerinde görüyoruz. Bu sınırlama, hâkimlerin, günümüzde dördüncü kuvvet olarak nitelendirilen basın yayın organlarının baskısına karşı korunması<sup>1359</sup> açısından da gereklidir. Kaldı ki medenî yargılama hukukunda, mahkemenin önüne gelen uyuşmazlıklar genellikle tarafların özel hayatlarını

<sup>1357</sup> **Pekcanitez**, Aleniyet- Armağan, s.648, 654; **Kurt Konca**, s.54.

<sup>1358</sup> **Clayton/ Tomlinson**, s.111; **Yokuş-Sevük**, s.758; **İnceoğlu**, s.353.

<sup>1359</sup> **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s.454; **Kuru**, Teminat, s.28; **Kurt Konca**, s.147.

ilgilendirmektedir. Yargılama sırasında ses ve görüntü kaydı yapılarak, davanın taraflarının, mahremiyet alanlarının topluma afişe edilmesi aleniyetin amaçları arasında bulunmamaktadır.

Türk hukuk yargılaması bakımından yürürlükten kalkan 1086 sayılı Kanunda duruşmaların basın yolu ile takip edilmesi açıkça düzenlenmemiştir. Basın, duruşmaları izleyebiliyor, duruşma sırasında fotoğraf çekebiliyor, görüntü alabiliyor ve ses kaydı yapabiliyordu. Zaman zaman kameralar nedeniyle duruşma disiplini ile bağdaşmayacak görüntüler ortaya çıkabiliyordu. Duruşma salonunda fotoğraf ve film çekilmesi sebebiyle ortaya çıkan karmaşa, duruşma disiplinini bozduğu gibi, halkın yargının işleyişine olan güvenini zedeleme tehlikesi taşıyordu<sup>1360</sup>. Bu ortamda, basının kayıt ve yayın yapması aleniyet ilkesinin amacını gerçekleştirmekten çok uzakta idi. Hâkim, bu konuda gerekli önlemleri, HUMK m.150 sayesinde alabiliyor, duruşmalar sırasında basının ses ve görüntü kaydetmesini engelleyebiliyordu.

HMK m.153 ile konuya netlik kazandırılmıştır. Maddeye göre, duruşma sırasında fotoğraf çekilemez, ses ve görüntü kaydı yapılamaz. Ancak dava dosyasında saklı kalmak kaydıyla, yargılamanın zorunlu kıldığı hallerde, mahkemece çekim yapılabilir ve kayıt alınabilir. Bu şekilde yapılan çekim ve kayıtlar ile kişilik haklarını ilgilendiren konuları içeren dava dosyası içindeki her türlü belge ve tutanak, mahkemenin ve ilgili kişilerin açık izni olmadıkça hiçbir yerde yayımlanamaz.

Basın Kanunu m.30'a göre, basın mensuplarının duruşmada verilen kararlarla ilgili yorumda bulunmaları yasaktır. Bu düzenlemeyle hâkimlerin, medya mensuplarının yayınlarından etkilenmeleri ve farkında olmadan duruşma dışı bu etkilerle vicdani kanaatlerini oluşturmaları engellenmek istenmektedir<sup>1361</sup>.

Kayıt ve yayın yasağı, basın özgürlüğü ile çelişmemektedir. Zira basın, duruşmalara diğer kişiler gibi katılabilmekte, duruşmaları izleyebilmektedir. Fotoğraf çekilmesine ve görüntü alınmasına duruşmadan önce veya duruşmadan sonra izin verilebilmektedir. Ayrıca söz konusu yasağın, görüntü alma, fotoğraf çekme ve ses kaydetme ile sınırlıdır. Basın ressamı vasıtasıyla duruşmada bulunanların

<sup>1360</sup> Pekcanitez, Aleniyet- Armağan, s.657.

<sup>1361</sup> Centel/Zafer, s.448; Yokuş-Sevük, s.760.



resmedilmesi ve söylenenlerin not edilmesi, duruşmanın disiplinini bozmadıkça yasak değildir<sup>1362</sup>. Bu konuda basın, halktan daha fazla korunan bir yararı olmadığı kabul edilmektedir<sup>1363</sup>.

Kaldı ki Anayasa'nın basın özgürlüğünü düzenleyen 28.maddesinde, yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesi için, kanunla belirtilecek sınırlar içinde, hâkim tarafından verilen kararlar saklı kalmak üzere, olaylar hakkında yayım yasağı konamaz denilmektedir. Buna göre, yargılama görevinin gereği gibi yerine getirilmesini sağlamak için, basının yargılamaya ilişkin olarak yayın yapması yasaklanabilir<sup>1364</sup>. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10.maddesinde, ifade özgürlüğünün, “*yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması*” amacıyla sınırlandırılabilir kabul edilmektedir. Dolayısıyla denilebilir ki, bu yasak, kanunla belirtilen sınırlar içinde, hâkim tarafından koyulduğu müddetçe Anayasal ve Sözleşmesel dayanağa sahiptir.

Dolaylı aleniyetin gerçekleşmesi bakımından önemli olan duruşma sürecinin an be an dışarı yansıtılması, yargılamaya katılanların tavır ve davranışları ile söylediklerinin aynen duyurulması değildir<sup>1365</sup>. Basın mensuplarının duruşmayı izleyerek, süreci kamuya aktarması yeterlidir. Bu nedenle, mukayeseli hukuktaki düzenlemelere paralel olarak duruşma sırasında ses ve görüntü kaydı yapılmasının yasaklanması, maddi gerçeğe ulaşılması ve mahkemelerin tam bağımsızlığın sağlanması açısından yerindedir. Duruşma sürecinin hikâye edilmesi, aktarılması yasaklanmadığı için aleniyet ilkesine aykırılıktan bahsetmek mümkün değildir.

Basın yayın organlarının yapacağı haberlerin, yargı bağımsızlığına gölge düşürmesi, kişilik haklarını zedelemesi ve adalete uygun bir yargılama yapılmasını engellemesinin kuvvetle muhtemel olduğu hallerde, yazılı basının yargılamaya ilişkin yayın yapması yasaklanabilmektedir. Bu gibi hallerde, mahkeme kararının kesinleşmesinden sonra, basın yayın organlarının yargılamaya ilişkin olarak haber vermeleri mümkün olur<sup>1366</sup>. Ancak bu aşamada yargılamanın ne ölçüde adil yapıldığı toplum nezdinde tartışılabilir. Kanaatimizce, yazılı basının yayın yasağından

<sup>1362</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.401; Kurt Konca, s.137,155.

<sup>1363</sup> Pekcanitez, Aleniyet- Armağan, s.655-656.

<sup>1364</sup> Kurt Konca, s.64; Sungurtekin Özkan, Usul, s108.

<sup>1365</sup> Pekcanitez, Aleniyet- Armağan, s.654; Kurt Konca, s.156.

<sup>1366</sup> Kurt Konca, s.173.

muaf tutulması veya bu istisnanın mümkün olduğu ölçüde uygulanmaması daha yerinde olur. Çünkü dolaylı aleniyet, Sözleşmenin 6.maddesi anlamında adil yargılanma hakkının önemli bir güvencesidir. Basın mensuplarının duruşmaları takip etmesinin engellenmemesi, kamunun gazete ve benzeri vasıtalarla süreçten haberdar olabilmesi, yargının kamu tarafından denetlenebilmesi açısından önem arz etmektedir. Bu denetimin, her şey bitip, mahkeme kararının kesinleşmesinden sonra yapılması, yargılama devam ederken yapıldığında sağlanacak faydayı sağlamayacak; adil yargılanma hakkının ihlalini önlemeyecektir.

## 2. Duruşmaların Aleniyeti İlkesinin Sınırları

Aleniyet ilkesi, yargılamaya ilişkin temel ilkelerden biri olmakla birlikte, bazı durumlarda, birtakım sakıncalı sonuçlar doğurabilmektedir. Bu nedenle kural aleniyet olmakla birlikte, gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşme metninde gerekse BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde, kuralın istisnalarına da yer verilmiştir. Sözleşmeye göre istisnai sebeplerin varlığı halinde duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına karar verilebilir. Bunlar; 1) Genel ahlak, 2) Kamu düzeni, 3) Ulusal güvenlik, 4) Küçüklerin yararının korunması, 5) Davanın taraflarının özel yaşamlarının korunması, 6) Adaletin selametinin gerekli kılmasıdır. (AY m.141/f.1; HUMK m.149/f.2; HMK m.28/f.2).

Sözleşme'de belirtilen aleniyetin kaldırılma sebepleri üç gruba ayrılarak incelenebilir<sup>1367</sup>: Birinci grupta genel kaldırma sebepleri olarak, genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yer almaktadır. İkinci grupta, özel kaldırma sebepleri olarak, küçüklerin korunması ve davanın taraflarının özel yaşamlarının korunması sayılmıştır. Son grup ise aleniyetin, adaletin selametine zarar verilebileceği hallerdir. Böyle bir sebebe Sözleşme'de yer verilmesinin sebebi, diğer aleniyeti kaldırma sebepleri kapsamına girmeyen, bununla birlikte aleni yargılamanın taraflarının veya yargılamaya katılan diğer kişilerin menfaatine açıkça zarar vereceği hallerde gizli yargılamanın icra edilmesine olanak tanımak düşüncesidir<sup>1368</sup>.

<sup>1367</sup> Kurt Konca, s.242.

<sup>1368</sup> De Salvia, s.324; Kurt Konca, s.265. Adaletin selametine zarar verebilecek koşulların bulunması, oldukça muğlak bir kavramdır. Bu nedenle dar yorumlanmalıdır. Aksi halde, toplumdan gizlenmek istenen bir davanın yargılması gizli yapıldığında, bu başlık altında hukuki dayanağa kavuşturulabilir. Bu nedenle, bu gizlilik sebebine ihtiyatla yaklaşılması gerektiği kanaatindeyiz. Guinchard/ Chainais/

AİHM, somut olayın özelliklerine göre meslekî disipline ilişkin davaların kapalı oturumda yürütülebileceği görüşündedir<sup>1369</sup>. Açık bir duruşmanın gerekli olup olmadığına karar verilirken, göz önünde bulundurulması gereken faktörler arasında, meslek sırları ya da müşterilerin özel hayatlarının korunması da yer almaktadır<sup>1370</sup>. İlk kez, **Le Compte, Van Leuven ve De Meyere/Belçika** kararında ifade edildiği gibi<sup>1371</sup>, 6.maddenin ne lâfzî ne de amaçsal yorumundan, başvuranın aleni yargılanma hakkından feragat etmesini yasaklayan bir anlam çıkmaktadır. Zira aleni yargılanma, bireylere sübjektif bir hak olarak tanınmaktadır; bir yükümlülük değil<sup>1372</sup>. Bu nedenle serbestçe tasarruf edebileceği konularda bireyin bu hakkından feragat etmesine izin verilmelidir.

AİHM içtihatlarında, aleni yargılanma hakkından feragat edilebileceği birçok defa tekrarlanırken, feragatin yapılabilmesi belli şartlara bağlanmıştır. Feragat, herhangi bir belirsizlik taşımamalı, açık ve net olarak anlaşılmalıdır. İkinci olarak, kişinin aleni duruşmada dinlenme hakkından vazgeçmesi kamu düzenine aykırılık teşkil etmemelidir<sup>1373</sup>. Ayrıca ilgili iç hukuk düzenince yargılamanın aleni olarak görülmesi garanti altına alınmış olmalıdır. Kendisine bir hak tanınmadan tarafların bu haktan feragat etmesi söz konusu olmaz. Örneğin, **Diennet/Fransa** kararında, savunmacı Devlet, başvuranın aleni yargılanma talebinde bulunmayarak haktan feragat ettiğini iddia etmişse de AİHM bu argümanı kabul etmemiştir. Çünkü yürürlükteki mevzuat, yargılama sürecinde aleniyete izin vermemektedir. İç hukukun gizliliği kural kabul ettiği bir durumda başvuranın aleni yargılanmayı talep etmemiş olması feragat olarak değerlendirilemez<sup>1374</sup>.

Çocuğun korunması için yargılamanın gizli yürütülmesine hukuk davalarından ziyade ceza yargılamasında karşılaşılmaktadır. **T/Birleşik Krallık, V/Birleşik Krallık** davalarında<sup>1375</sup> AİHM, küçüğün aleni yargılanmasını, dava sırasından oluşan

---

**Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.899.

<sup>1369</sup> Mesleki disiplin süreçlerinin AİHM tarafından sivil karakterli olarak tanımlandığından ilk bölümde bahsetmiştik. König/Almanya, 28 Haziran 1978.

<sup>1370</sup> Albert ve Le Compte/Belçika, 10 Şubat 1983, par.34; H/Belçika, 30 Kasım 1987, par.54.

<sup>1371</sup> 23 Haziran 1981, par.59.

<sup>1372</sup> **Chen**, s.249.

<sup>1373</sup> Håkansson ve Sturesson/İsveç, 21 Şubat 1990, par.66-67.

<sup>1374</sup> 2 Aralık 1992, Baş. No: 18160/91, par. 35-36.

<sup>1375</sup> 16.12.1999.

ortam nedeniyle, davanın hakkaniyete uygun olarak görülmesine aykırı bulmuştur. Bu karardan da anlaşıldığı üzere, küçüklere ilişkin yargılamalarda kural olarak gizliliğin hakim olması gerektiği ifade edilmektedir<sup>1376</sup>. Fakat genel kural bu olmakla birlikte, somut olayın özellikleri dikkate alındığından farklı sonuca da varılabilecektir.

Küçüğün henüz reşit olmadığı için kural olarak dava ehliyeti yoktur ve tarafı olduğu hukuk davasını ancak kanuni temsilcisi takip edebilir. Kanuni temsilci vasıtasıyla takip edilen bir davanın aleni görülmesinin çocuğa zarar vermesi ancak çok istisnai bir hal olarak düşünülebilir. Yine de böyle bir ihtimal varsa, mahkeme çocuğun yararını korumak amacıyla, duruşmayı izleyenlerin ve basın mensuplarının duruşmanın tamamından veya bir kısmından çıkarılabileceğine karar verebilecektir. Çocuğun davanın tarafı olmamakla birlikte, davanın sonucundan etkileneceği bazı haller de olabilir. Örneğin, **B ve P/ Birleşik Krallık** davasındaki gibi, boşanma davasını takiben çocuğun kiminle yaşayacağını belirlemek için çocuğun dinlenmesi gerektiğinde kapalı duruşma yapılması haklı görülmektedir<sup>1377</sup>. Çünkü çocukların duruşmalarının herkes tarafından takip edilmesi çocuğun psikolojisi bakımından olumsuz sonuçlar doğurabilir. Ayrıca hem çocukların hem de tarafların özel hayatı korunmuş olmaktadır. Bu nedenle çocuk duruşmalarında gizlilik esası birçok ülkede kabul edilmiştir<sup>1378</sup>.

Duruşmaların aleniliği genel prensiptir. Kanun koyucu anayasal sınırlar içinde gizliliğin ölçütlerini belirleyebilir. Örneğin, aile içi huzurun bozulmaması, ya da küçüklerin korunması endişesi ile kanun koyucu aleniyet ilkesine istisna getirebilmektedir. İsviçre Federal Usul Kanunu'nun 54.maddesi tam da böyle bir örneği ihtiva etmektedir. Aleniyet ilkesini düzenleyen madde hükmünün dördüncü fıkrası ile bir istisna kabul edilmiş ve aile hukukuna ilişkin davaların aleni olmadığı belirtilmiştir<sup>1379</sup>. Fransız Usul Kanunu'nda, kişisel halleri ilgilendiren, evlat edinme (Art. 1167, 1170, 1177 NCPC), velayet hakkı ve ehliyete ilişkin dava ve işlerde (Art. 1180 NCPC) yargılama gizlidir. Biz, kanun hükmü ile gizliliğin zorunlu hale

<sup>1376</sup> **Inceoğlu**, s.358; **Leach**, s.286.

<sup>1377</sup> **Harris, O'Boyle & Warbrick**, s.272.

<sup>1378</sup> Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Serap **Keskin**, "Çocuk Mahkemesinde Gizlilik İlkesi ve federal Almanya Ceza Mahkemesi Hukukundaki Düzenlenişi" Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, s.522 vd.

<sup>1379</sup> <http://www.admin.ch/ch/f/rs/272/a54.html> (07.05.2013); **Hofmann/Lüscher**, s.27.

getirilmemesi ve somut olay için hâkime bir takdir hakkı bırakılması gerekir kanaatindeyiz. Yargılama sırasında nedenleri varsa duruşmanın gizli yapılmasına mahkemece karar verilmelidir<sup>1380</sup>.

İki tarafın serbestçe tasarruf edebileceği davalarda tarafların talep etmesi halinde oturumlar gizli yapılabilir mi?

Özel hukuk uyuşmazlıklarına ilişkin bazı davalarda, aleniyet davanın taraflarına ya da dava ile ilgisi olan üçüncü şahıslara zarar verebilecektir. Bazen sırf bir kimsenin ekonomik, ahlaki veya siyasi durumuna zarar verebilmek amacıyla dava açılabilen, açılan bu dava aleni yargılama nedeniyle herkesin önünde görülmekte, dava sonunda bu iddialar haksız bulunsa bile kötü niyetli kişiler amaçlarına ulaşmaktadır<sup>1381</sup>. Davacının böyle bir amaç taşımadığı, haklı olduğu inancıyla açtığı davalarda dahi aleniyet bazı olumsuz sonuçlar doğurabilir. Tarafların sırlarının ifşa olması<sup>1382</sup>, kamuoyu baskısı yüzünden mahkemede dinlenen kişilerin gerçeğe aykırı beyanda bulunması<sup>1383</sup>, hukuki dinlenilme (açıklama) hakkının sırların ifşası endişesiyle tam olarak kullanılmaması<sup>1384</sup> veya aynı çekinceyle dava açılmaması<sup>1385</sup> bu sakıncalardan bazılarıdır. Özellikle basın duruşmaları izlemesi, radyo ve televizyonlarda yargılamaya katılanların resimlerinin gösterilmesi veya isimlerinin zikredilmesi kişilik haklarının ihlal edilmesi sonucunu doğurabilir<sup>1386</sup>.

Aleniyet yerine duruşmaların gizli yapılması, bazı uyuşmazlıklar bakımından tanıkların görevlerini tam yapabilmeleri, duruşmayı izleyen kalabalıktan etkilenmemeleri amacıyla da tercih edilebilmektedir. Öyle bazı uyuşmazlıklar olabilir ki, tanıklar, duruşmaya katılan kişiler önünde bildiklerini tam olarak aktarmaktan kaçınabilirler, çelişik ifade verebilirler veya yalan söyleyebilirler. Bu, tanığın korkmasından ya da utanmasından kaynaklanabilir<sup>1387</sup>.

<sup>1380</sup> Bkz. Ay. Mah.nin 31.03.1992 tarihli Kararı, E. 1991/18, K.1992/20 (RG. 27.01.1993).

<sup>1381</sup> **Pekcanitez**, Aleniyet- Armağan, s.643.

<sup>1382</sup> Güray **Erdönmez**, “Alman Hukukunda Verilmiş Bazı Mahkeme Kararları Işığında Gizli Yargılama Kavramına Genel Bir Bakış” Haluk Konuralp Anısına Armağan I, Ankara 2009 (Gizli yargılama), s.224.

<sup>1383</sup> **Kurt Konca**, s.36.

<sup>1384</sup> **Kurt Konca**, s.37.

<sup>1385</sup> **Erdönmez**, Gizli yargılama, s.224; **Kurt Konca**, s.35.

<sup>1386</sup> **Pekcanitez**, Aleniyet- Armağan, s.643, 649; **Kurt Konca**, s.37-38. Bu durum aynı zamanda, **Belgesay** tarafından, basın özgürlüğünün suiistimali olarak değerlendirilmektedir. Bkz. s.239.

<sup>1387</sup> **Pekcanitez**, Aleniyet- Armağan, s.648; **Kurt Konca**, s.37.

Aleniyetin doğurabileceği sakıncaların önlenmesi için, özel hukuk yargılamalarında kamu yararı gerektirmedikçe, somut olayın özellikleri tarafın talebini haklı kılıyorsa, tarafların talebi üzerine aleniyetin kaldırılması düşünülmelidir. Özellikle kişilerin serbestçe tasarruf edebileceği haklara ilişkin uyuşmazlıklarda, her iki tarafın da açıkça mutabık kalmasıyla duruşmaların kamuya kapalı yapılması imkânı verilebilir. Bireyler, özel hayatlarının açığa vurulmasını engellemek için gizliliği tercih edebilirler<sup>1388</sup>. Böyle bir davanın aleni görülmesinde kamunun ne gibi bir menfaati olabilir? Ancak burada önemle üzerinde durmak gerekir ki, kural aleniyet olmalıdır ve tüm mevzuat aleni yargılanma hakkını garanti altına alacak şekilde düzenlenmelidir. Bununla birlikte istisnai hallerde, bazı şartlarla, belirli davalar bakımından taraflara aleniyeti kaldırmak yönünde talepte bulunma imkânı tanınabilir.

Duruşmanın aleni olması ilgililerin yararını ihlal ediyorsa ve aleni duruşma yapılmasında kamu yararı ağır basmıyorsa, duruşmalar gizli olarak yapılabilmelidir. İlgili kavramına taraflar ve tanıklar, bilirkişiler dâhildir<sup>1389</sup>. Gerçekten, bu kişilerin aleni olarak dinlenmesi, kendilerinin ya da davaya katılan diğer kişilerin namus ve şereflerini ihlal edici, şöhret ve itibarlarını zedeleyici olabileceği gibi, kendilerinde psikolojik zararlar da doğurabilir<sup>1390</sup> ya da ticari sırlarının ifşa olması sonucunu doğurabilir. Somut olayda böyle bir sonucun doğma ihtimalinin var olup olmadığı hâkim tarafından takdir edilmelidir.

Fransız Medeni Usul Kanunu'nun (NCPC) 435.maddesinde bu imkân tanınmaktadır. Tarafların özel hayatlarının aleni yargılamadan olumsuz etkilenmesi veya yargılama düzeni açısından olumsuz sonuçlar doğması muhtemelse yahut taraflar gizli duruşma talep etmişse, hâkim yargılamanın gizli olarak icra edilmesine karar verebilir. Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu'nun (GVG) 169-172.maddelerinde özel hayatın, aile hayatının ve kişilik haklarının korunması amacıyla gizli oturumlara izin verilmektedir. Litvanya Hukukunda da ailenin, özel hayatın ya da ticari sırların korunması için yargılamanın gizli yapılabileceği kabul edilmektedir<sup>1391</sup>. İsviçre Federal Usul Kanunu'nun 54.maddesinin 3.fıkrası,

<sup>1388</sup> **Chen**, s.265.

<sup>1389</sup> **Pekcanitez**, Aleniyet- Armağan, s.649.

<sup>1390</sup> **Pekcanitez**, s.44-45.

<sup>1391</sup> **Stačiokas**, s.134.

yargılamaya katılanlardan birinin özel yararı gerektirdiğinde duruşmaların kapalı yapılmasına izin vermektedir<sup>1392</sup>.

AİHM içtihatlarında özellikle somut olayın özellikleri dikkate alınmakta ve aleniyet ilkesinin gerekliliği bu özelliklere göre tartışılmaktadır. Bir anlamda AİHM aleniyet ilkesinin gerekliliklerini yumuşatıcı bir rol üstlenmekte ve yerel hâkime aleniyetin gerekip gerekmediği konusunda takdir yetkisi tanımaktadır. Böyle bir talep halinde cevaplanması gereken soru şudur: Acaba gizli oturum talebinin reddedilmesi, tarafın Sözleşmenin 8.maddesindeki özel hayatın korunması hakkını ihlal edecek midir ya da açık oturum yapılması hakkaniyete aykırılık yaratacak mıdır<sup>1393</sup>? Böylelikle, iç hukuklarda istisnalar konusunda tanınmayan esneklik AİHM içtihatları ile sağlanmakta, iç hukuk ile Sözleşme arasındaki düzenleme farklılıkların etkisi zayıflamaktadır<sup>1394</sup>.

Duruşmaların kapalı yapılması, sadece üçüncü kişiler içindir; tarafın duruşmada olup bitenden haberdar olmaması ve ondan gizlenerek yargılama yapılması söz konusu olmaz<sup>1395</sup>. Böyle bir uygulama hukuki dinlenilme hakkı ile de bağdaşmaz.

### 3. Hükümün Aleniliği (Statik Aleniyet)

Statik aleniyet, hükmün alenî olarak tefhim edilmesi, açıklanması anlamına gelir<sup>1396</sup>. Hükümün aleniliği adil bir yargılamanın garantilerinden biridir. Halk yargılamayı izleyebildiği gibi yargı kararlarını da öğrenebilmelidir. Bireylerin takip ettiği bir dava hakkındaki hükmü ve bu hükmün gerekçesi hakkında bilgi sahibi olmalarının sağlanması, hâkimler üzerindeki sorumluluk duygusunu arttırdığı gibi yargı kararlarına olan güveni de pekiştirici rol oynar<sup>1397</sup>. Son zamanlarda duruşmaların aleniyeti kuralına getirilen istisnaların genişletilmesi eğilimleriyle

<sup>1392</sup> Yalnızca tarafların değil; bir tanığın ya da bilirkişinin de korunması açısından mahkeme böyle bir karar verebilmektedir. **Hofmann/Lüscher**, s.26-27.

<sup>1393</sup> **Harris, O'Boyle & Warbrick**, s.273.

<sup>1394</sup> **Chen**, s.245.

<sup>1395</sup> **Bilge/Önen**, s.292; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.358; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.401; **Özekes**, Hukuki dinlenilme, s.88.

<sup>1396</sup> **Kurt Konca**, s.192.

<sup>1397</sup> **Mole/Harby**, s.23.

birlikte hükmün aleni olması daha da önem kazanmaktadır. Fransız doktrininde bu önem “*adaletin şeffaflığı prensibinin son tabyası*” şeklinde ifade edilmektedir<sup>1398</sup>.

Adaletin yerine getiriliş biçimi üzerindeki kamu denetiminin etkili olabilmesi onun şeffaflığı ile yakından ilgilidir. Yargılamanın aleniyeti, bireylerin yargılama sürecinin temel ilkelere uygun şekilde gerçekleşip gerçekleşmediğini gözlemleyebilmesine izin verirken, hükmün aleniyeti hükmün yargılamanın seyrine uygun olarak verildiği yönünde kamusal tatminin oluşmasına yardımcı olarak keyfi karar alınmasının önüne geçer<sup>1399</sup>.

AİHS m.6, sadece yargılamanın değil; yargı kararlarının da aleni olmasını öngörmektedir. Sözleşmenin 6.maddesinin Türkçe çevirisinde, “karar aleni olarak verilir” ifadesi kullanılmıştır. Sözleşmenin İngilizce<sup>1400</sup> ve Fransızca<sup>1401</sup> versiyonları aleniyetin sağlanması için sanki hükmün açık duruşmada, izleyicilerin önünde yüksek sesle okunması gerektiği gibi bir yoruma müsait olacak şekilde kaleme alınmıştır<sup>1402</sup>. Ancak kast edilen bu değildir<sup>1403</sup>. Sözleşmeye taraf devletler, yargılama usulünün ve somut olayda hükmün özelliklerine göre bu aleniyetin şeklini kendileri belirleyeceklerdir. Örneğin, mahkeme kararının ilgililerin bilgi edinmesi amacıyla mahkeme kalemine bırakılması veya kolayca görülebilecek şekilde mahkeme binasının uygun bir yerine asılması halinde de aleniyet sağlanmış olacaktır<sup>1404</sup>.

**Preto ve diğerleri/İtalya** kararında<sup>1405</sup>, Yargıtay’ın kararını aleni duruşmada açıklamaması, hükmün aleniliği ilkesi bakımından değerlendirilmiştir. Preto, çiftçilikle uğraşan bir İtalyan vatandaşıdır. Çiftçilik yaptığı arazide kiracı olarak bulunmaktadır. Arazi sahibi, bu araziyi satmak istediğini belirtmiş ve Preto’nun önalm hakkı olduğu için kendisine bilgi vererek arazinin 27 milyon lirete satılacağını belirtmiştir. Preto bu parayı ödeyemeyince, söz konusu arazi, arazi

<sup>1398</sup> **Chen**, s.272; Pierre **Kayser**, “Le Principe de la Publicité de la Justice dans la Procédure Civile”, Mélanges Pierre Hébraud, Université des Sciences Sociales de Toulouse 1981, s.515.

<sup>1399</sup> **Chen**, s.279.

<sup>1400</sup> “judgment shall be pronounced publicly”

<sup>1401</sup> “le jugement doit être rendu publiquement”

<sup>1402</sup> Türkçe, İngilizce ve Fransızca metinler için bkz. <http://www.echr.coe.int>.

<sup>1403</sup> **Chen**, s.273; **İnceoğlu**, s.366; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.290; **Leach**, s.286; **Ovey/White**, s.165-166; **van Drooghenbroeck**, s.149; **Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet**, s.348.

<sup>1404</sup> Bkz. Div.K.Axen/Almanya 8.12.1983 A 72; Campbell ve Fell/İngiltere 28.06.1984 A80 par.91.

<sup>1405</sup> 8 Aralık 1983, par.26.



sahibinin üvey oğlu tarafından satın alınmıştır. Pretto, satıştan sonra dava açmış, önalım hakkının ihlal edildiğini, satışta belirtilen rakamın hayali olduğunu, arazinin değerinin ancak 12 milyon liralık olabileceğini iddia etmiştir.

Bu davada Yargıtay'ın hükmü aleni olarak verilmemiştir. Hüküm aleni bir duruşmada tefhim edilmemiş, fakat taraflara yazılı olarak bildirilmiştir. Ayrıca Yargıtay kalemine bırakıldığı için kamunun denetimine açıktır. Mahkeme, “*davalı Devletin iç hukukuna göre verilen hükmün aleniliği, her davanın özel koşulları ışığında ve 6.maddenin hedef ve amacı doğrultusunda değerlendirilir*” ifadesini kullanmaktadır<sup>1406</sup>. 6.maddede kullanılan terimler pragmatik olarak yorumlanmalı ve nihayetinde hükmün aleniyetinin sağlanıp sağlanmadığına bakılmalıdır<sup>1407</sup>. Somut olayda, Yargıtay'ın verdiği kararı, mahkeme kalemine danışarak ve buradan kararın tam metninin kopyasını alarak herkesin öğrenmesi mümkündür. Bu nedenle AİHM'ne göre Sözleşme ihlal edilmemiştir.

AİHM, hükmün aleniyetinin nasıl sağlanacağına dair sınırlayıcı bir liste vermemekte, Pretto kararındaki kriter doğrultusunda her başvuruyu ayrı ayrı değerlendirmektedir. Hükmün aleniliği bakımından önemli olan, Sözleşmeciler devlet tarafından öngörülen prosedürün kamunun denetimine izin verip vermediğidir. Sözleşme organlarına göre, 6.maddenin amacı mahkemelerin bir hukuki soruna ilişkin yaklaşımlarının halk tarafından bilinebilmesinin sağlanmasıdır. Bu kontrolün, kararın yüksek sesle okunması örneğinde olduğu gibi, doğrudan sağlanması şart değildir; hatta genellikle dolaylı şekilde gerçekleşir.

Ne ilk derece yargılamasında ne de kanun yolu aşamasında biçimsel olarak kararın aleni bir duruşmada tefhim edilmesi zorunluluğu benimsenmemektedir. Yargılamanın bütününe bakılarak, kararın alenileşip kamu denetimine açık hale gelip gelmediği tespit edilmektedir. Hükmün aleniyet kazanması konusunda Sözleşmeciler Devletlere bir takdir yetkisi ve hareket alanı tanındığı söylenebilir<sup>1408</sup>. Aleniyetin sağlanıp sağlanmadığı değerlendirilmesinde esas alınan ölçütün bu denli esnek olması, hükme aleniyet kazandıracak sistemlerin 6.madde ile uyumsuz olduğu

<sup>1406</sup> Par.26.

<sup>1407</sup> **Chen**, s.273; **Ovey/White**, s.165.

<sup>1408</sup> **İnceoğlu**, s.369; **Reid**, s.232; **Gölcüklü**, Doğru yargılama, s.31; **Ovey/White**, s.165; **De Salvia**, s.324; **Guincharde/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.887.

iddiasını güçleştirmektedir. Belki de bu sebeple, hükmün aleniyeti prensibinin ihlali iddiasıyla AİHM'ne oldukça nadir başvurulmaktadır.

Pretto kararında hüküm mahkeme kalemine teslim edildiği ve kararın tam metnine herkesin ulaşabilmesinin sağlanması sebebiyle hükmün açık duruşmada verilmesi şartının yerine getirildiği sonucuna ulaşılmıştır. **Axen/Federal Almanya Kararında**<sup>1409</sup> da, alt derece mahkemesinde hükme aleniyet kazandırıldıktan sonra, yüksek mahkemedeki inceleme sonucunun açık oturumda bildirilmesinin gerekli olmadığı belirtilmiştir.

**Sutter/İsviçre Kararında**<sup>1410</sup> da AİHM, Askeri temyiz mahkemesinin kararı açık oturumda bildirilmesinin gerekli olmadığına; çünkü bu karara kamuoyunun erişiminin başka yollardan sağlandığına dikkat çekmiştir. Örneğin, ilgililer hükmün bir nüshasını kalemden temin etme imkânından faydalanabilmektedirler. Ayrıca resmi içtihat derlemeleri de daha sonra yayınlandığından, karara buradan da ulaşabileceklerdir. Ancak kararın karşı oy yazısında da haklı olarak belirtildiği gibi, burada kamunun hükme erişim imkânı, hukuki yararı olmak şartıyla sınırlanmıştır. Hâlbuki kamu denetiminin sağlanması için böyle bir şarta ihtiyaç yoktur. Öte yandan söz konusu hükmün, verilmesinden altı yıl sonra tartışılıyor olması aleniyetin gerektiği şekilde sağlanmamış olduğuna delalet etmektedir<sup>1411</sup>. Bu gerekçelere katılarak, başvuru konusu olayda, kamu denetiminin gerçekleştiği yolundaki şüphelere<sup>1412</sup> hak vermekteyiz. Kanaatimizce bu karar, hükmün aleniyeti prensibinin gereğinden fazla esnek yorumlandığı bir örnektir.

Yukarıdaki üç dava da, üst mahkemelerde yapılan incelemeler sonucunda verilen kararlarla ilgili olup, AİHM tarafından ihlal olmadığı kararlaştırılan örneklerdir. Hükmün açık oturumda okunması yerine farklı usullerle hükme aleniyet kazandırılmıştır. Bu bazen hükmün mahkeme kalemine verilmesi bazen yargı kararlarının kararlar dergisinde yayınlanması şeklinde olabilmektedir. O halde, kararın internet vasıtasıyla kamuya açılmasının da bir başka yöntem olarak benimsenmemesi için bir neden yoktur.

<sup>1409</sup> 29 Haziran 1982, par.32.

<sup>1410</sup> 22 Şubat 1984, par. 34.

<sup>1411</sup> Bkz. Hâkim Cremona, Ganshof Van Der Meersch, Walsh ve Macdonald'ın karşı oy yazısı.

<sup>1412</sup> **Chen**, s.276.

Konuya bir de ilk derece mahkemelerince verilen hükümler bakımından yaklaşmak gerekir. Acaba hükmün aleniyetinin sağlanmasında üst derece mahkemelerine tanınan toleranstan ilk derece mahkemeleri de yararlanabilir mi? Şimdi bu soruya cevap bulmaya çalışalım. **Werner/Avusturya**<sup>1413</sup> ve **Szucs/Avusturya**<sup>1414</sup> kararlarında, gerek ilk derece mahkemelerindeki yargılama sonucunda gerekse kanun yolu aşamasında hüküm açık oturumda verilmemiş, kararların tam metinleri mahkeme kaleminde halkın erişimine açılmamış ve erişim sadece hukuki yararı olanlarla sınırlı tutulmuştur. Bu davalarda, AİHM 6.maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>1415</sup>. Söz konusu kararlar aleni şekilde verilmediği gibi daha sonra başka bir takım araçlarla da aleniyet sağlanmamıştır. Bu sonuç bize, hükmün aleniliği prensibinin ilk derece mahkemesindeki yargılama aşamaları bakımından daha fazla önemsendiğini göstermektedir<sup>1416</sup>.

Yukarıda duruşmaların aleni yapılması kuralına getirilen istisnalar hükmün aleniyeti kuralının istisnasını teşkil etmez. Sözleşmenin 6.maddesinde yargılamanın aleni yürütülmesinin istisnaları belirtilirken hükmün aleniyeti için hiçbir istisnaya yer verilmemiştir. Hükmün aleniyeti kuralının gerçek bir istisnası yoktur<sup>1417</sup>. Milli güvenlik ve kamu düzeni gibi gerekçelerle açık duruşma yapılmaması haklı olsa dahi, hükmün hiçbir şekilde kamu denetimine tabi olmaması aleniyet ilkesinin ihlali niteliğindedir. Duruşmaların gizli yapılması haklı bir sebebe dayanıyorsa bile hüküm mutlaka aleni olmalıdır<sup>1418</sup>. AİHS'nde herhangi bir istisna öngörülmemesine rağmen, Fransız Usul Kanunu'nun 451.maddesinde çekişmesiz yargı kararları hükmün aleniliği prensibinin dışında tutulmuştur<sup>1419</sup>. Hükmün aleniyeti ilkesinin herhangi bir istisnası olmasa da, AİHM yukarıda görüldüğü gibi, hükmün aleniyete kavuşturulması usullerini esnek yaklaşımla değerlendirmektedir.

<sup>1413</sup> 24 Kasım 1997.

<sup>1414</sup> 24 Kasım 1997.

<sup>1415</sup> **Mole/Harby**, s.24.

<sup>1416</sup> **Reid**, s.232.

<sup>1417</sup> **Mole/Harby**, s.23; **Chen**, s.272; **Harris, O'Boyle & Warbrick**, s.276; **Ovey/White**, s.166; **Yılmaz, Şerh**, s.321; **Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.899.

<sup>1418</sup> **Hofmann/Lüscher**, s.26-27.

<sup>1419</sup> Bu düzenlemenin eleştirisi için bkz. **Chen**, s.281; **Kayser**, s.515-517.

#### 4. Türk Hukukunda Aleniyet İlkesine Hizmet Eden Düzenlemeler

Hâkimlerin halk tarafından seçimle göreve gelmediği ve jüri sisteminin kabul edilmediği ülkemizde, halkın yargılamaya katılımının sağlanması bakımından aleniyet ilkesi önemli bir işleve sahiptir<sup>1420</sup>. UMAR, aleniyet ilkesini *çağdaş medeni yargılama hukukunun temel direklerinden biri* olarak tanımlamaktadır<sup>1421</sup>. Yargılama millet adına yapıldığına göre (Ay. m.9), yapılan yargılamaların ve verilen kararların doğru ve adalete uygun olup olmadıklarının millet tarafından denetlenmesi ihtiyacı vardır<sup>1422</sup>. Hâkimlerin verdikleri kararlar, çeşitli kanun yolları sayesinde denetime tabi olmakla birlikte, yargı faaliyetinin, üst derece mahkemelerini de içine alacak şekilde geniş anlamda aleniyet çerçevesinde kamu tarafından denetlenmesi ayrı bir öneme sahiptir<sup>1423</sup>. Uygulamada medeni yargı alanında halkın duruşmalara katılması, bazı sansasyonel davalar dışında oldukça nadir görülmektedir. Ancak bu, aleniyetin medeni yargıda daha az önemli olduğu anlamına gelmez<sup>1424</sup>. Duruşma salonunda kimse bulunmasa bile, her an bir kişinin duruşmaya katılabilir olması, aleniyet ilkesi ile amaçlanan güvencelerin sağlanması için yeterlidir<sup>1425</sup>.

Milletlerarası sözleşmelere paralel olarak iç hukuk kuralları ile de aleniyet ilkesi garanti altına alınmıştır. Anayasamızın 141. maddesine göre, “*Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır*”. Sözleşmeden farklı olarak Ay m.141’de duruşmaların herkese açık yapılması gerektiği belirtilirken hükmün aleni olmasından söz edilmemekle birlikte 141.madde, statik aleniyeti de kapsar şekilde düşünülmektedir<sup>1426</sup>. Bundan başka HUMK’nun 149. maddesinde “*duruşma herkese açıktır*” ifadesiyle aynı kurala yer vermiştir. Son olarak HMK’nun 28. maddesi, “*duruşma ve kararların bildirilmesi alenidir*” şeklinde düzenlenmiştir<sup>1427</sup>. Aleniyet ilkesi, Ceza Muhakemesi Kanununun 182.maddesinde de ayrıntılı olarak düzenlenmektedir<sup>1428</sup>. Aleniyet ilkesi, İsviçre Federal Usul Kanunu’nun 54.maddesi

<sup>1420</sup> **Kurt Konca**, s.16.

<sup>1421</sup> **Umar**, Şerh, s.126.

<sup>1422</sup> **Yılmaz**, Şerh, s.315.

<sup>1423</sup> **Yılmaz**, Şerh, s.318.

<sup>1424</sup> **Pekcanitez**, Aleniyet- Armağan, s.639-640.

<sup>1425</sup> **Pekcanitez**, Aleniyet- Armağan, s.637.

<sup>1426</sup> Çünkü hükmün tefhimi, hüküm duruşmasında gerçekleşmektedir. Her duruşma gibi hüküm duruşmasının da 141.madde uyarınca herkese açık olması gerekir. **Kurt Konca**, s.192-193.

<sup>1427</sup> Her ne kadar, HMK m.28/I duruşma ve kararların aleniliğinden bahsediyor olsa da bunu tüm yargılamanın aleniliği şeklinde anlamak gerekir. **Yılmaz**, Şerh, s.315.

<sup>1428</sup> Buna göre, duruşmalar herkese açıktır. Genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde, duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına mahkemece karar

ile düzenlenmiştir. Fransız Medeni Usul Kanunu'nda hükmün aleniliği ilkesi, ilk derece mahkemeleri için 451, temyiz mahkemesi için 1016.maddelerde düzenlenmektedir.

Anayasa'nın 141.maddesinin ilk fıkrasında, hangi hallerde gizli yargılama yapılabileceği açıkça belirtilmiştir. Anayasanın 141.maddesinde aleniyetin istisnalarının Sözleşme'ye nazaran daha sınırlı tutulduğunu görmekteyiz. Madde hükmüne göre ancak "genel ahlakın" veya "kamu güvenliğinin" kesin olarak gerekli kıldığı durumlarda duruşmaların gizli yapılması mümkündür. HUMK m.149 da Anayasaya paralel şekilde düzenlenmiş idi. Yürürlükteki HMK m.28'de de farklı bir sebebe yer vermemiştir. Bununla birlikte iç hukukumuzun bir parçası olan AİHS'nin 6.maddesi genel ahlak, kamu düzeni, ulusal güvenlik, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde, ya da adaletin selametinin gerekli kıldığı durumlarda gizlilik kararı verilmesine imkân tanıdığı için HMK m.28/2'deki durumların da daha geniş şekilde ele alınması gerekir<sup>1429</sup>.

Temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlandırılabilir ve aleni yargılanma adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak temel hak teşkil ettiği için aleniyetin kaldırılma sebeplerinin mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Aleniyet, kanunla yahut kanunla belirtilmiş sınırlar çerçevesinde hâkime tanınmış olan takdir yetkisinin kullanılmasıyla verilen mahkeme kararıyla kaldırılabilir<sup>1430</sup>. Doktrinde kanun koyucunun, genel ahlak ve kamu güvenliği dışındaki nedenlerle gizli yargılama yapılmasına imkân verecek hükümler getirmesinin mümkün olmadığı, bu tip kanun hükümlerine karşı, anayasaya aykırılık sebebiyle, Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açılabilir<sup>1431</sup>. Ancak buradan kanun koyucunun yapacağı tüm düzenlemelerin akıbetinin iptal olacağı şeklinde bir anlam çıkarılmamalıdır. Genel ahlak ve kamu güvenliğinden başka, AİHS'nde sayılan diğer gizlilik sebeplerinin yargılama kanunlarına alınması halinde, söz konusu hükümlerin Anayasaya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla

---

verilebilir. Duruşmanın kapalı yapılması konusundaki gerekçeli karar ile hüküm açık duruşmada açıklanır.Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Saygılar/ Alan, s.122; Özbek, Şerh, s.762.

<sup>1429</sup> Yılmaz, Şerh, s.319.

<sup>1430</sup> Bilge/Önen, s.291; Kurt Konca, s.244.

<sup>1431</sup> Kurt Konca, s.62-63.

kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır (Ay m.90/f.5).

Bu nedenle, örneğin, davanın taraflarının özel hayatlarının korunması, küçüklerin korunması, gizlilik sebepleri olarak Kanun'a alınabilir. Hatta, Sözleşmedeki gibi, "*davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlar*" şeklinde soyut bir düzenleme yapılarak, hâkime bu konuda takdir yetkisi bırakılabilir. Bu hükümlerin Anayasa'ya aykırı oldukları gerekçesiyle, iptali talep edilemez. Ancak yine de, yapılacak bir Anayasa değişikliği ile Sözleşme' deki tüm gizlilik sebeplerinin Anayasa'nın 141.maddesi kapsamına alınması, Sözleşme ile daha uyumlu bir görüntü vermesi açısından düşünülmelidir.

Hemen belirtmek gerekir ki, gizli oturum konusunda HMK'nun 2006 yılında hazırlanan taslağı yürürlükteki metinden çok daha geniştir. Genel ahlak, kamu düzeni ve milli güvenliğin yanı sıra küçüklerin korunması, özel hayatın gizliliği, taraflardan birinin ticari sır gibi hukuken korunmaya değer bir menfaatinin bulunması gerekçesiyle de gizlilik kararı alınabileceği öngörülmüştü. Bu düzenleme ile Sözleşmedeki "adaletin selametine zarar verebilecek haller" ifadesi de somutlaştırılmış<sup>1432</sup> oluyordu. HMK taslağındaki ayrıntılı düzenleme Adalet komisyonunda çıkarılmıştır. Uluslararası düzenlemelerde de oturumların gizli yapılmasını gerektirecek ihtimallerin açıkça ve ayrıntılı olarak düzenlendiği gerçeği karşısında 28.maddeye yapılan bu müdahalenin doğru olmadığı kanaatindeyiz.

İç hukukta, çocukların yargılanması hakkında özel hüküm konulabilmesine izin veren Anayasa hükmü (m.141) ile çocukların yargılanmasına ilişkin gizlilik kuralı anayasal güvence altına alınmıştır<sup>1433</sup>. CMK m.185, sanık on sekiz yaşını doldurmamış ise duruşmanın kapalı yapılacağını, hükmün de kapalı duruşmada açıklanacağını düzenlemektedir. Çocuk Koruma Kanunu m.22'ye göre, duruşmalarda, çocuğun velisi, vasisi, mahkemece görevlendirilmiş sosyal çalışma görevlisi, çocuğun bakımını üstlenen aile ve kurumda bakılıyorsa kurumun temsilcisi hazır bulunabilir. Duruşmalarda hazır bulunan çocuk, yararı gerektirdiği takdirde

<sup>1432</sup> Bkz. Hükümet Gerekçesi, Ali Cem **Budak**, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu ve Alman Medeni Usul Kanunu ile Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı, Güncellenmiş 3. Baskı, İstanbul 2010 (Tasarı), s.61-62.

<sup>1433</sup> **Yokuş-Sevük**, s.755.

duruşma salonundan çıkarılabileceği gibi sorgusu yapılmış çocuğun duruşmada hazır bulundurulmasına da gerek görülmeyebilir. Söz konusu hükümler, ceza yargılamasına ilişkindir.

Benzer bir düzenlemenin HMK’nda da yer alması ve en azından bu konuda hâkime bir takdir yetkisi verilmesi yerinde olur kanaatindeyiz. Zira gizli yargılama çocuğun bireysel yararının yanında toplumda ruhsal ve bedensel yönden sağlıklı bireyler yetişmesi açısından kamusal yarar için de gereklidir. Çocuğun taraf olduğu ve kanuni temsilcisi tarafından temsil edildiği özel hukuk davaları yanında, tanık olarak dinlendiği davalarda da mahkeme çocuğun menfaati gerektiriyorsa, uyuşmazlığın niteliğini de dikkate alarak, yalnızca çocuğun dinleneceği oturuma münhasır olarak bir gizlilik kararı verebilmelidir.

Çocukların korunması gibi, aile kurumunun mahremiyetinin korunması amacıyla aile hukukundan doğan davalara ilişkin yargılamaların da gizli yapılmasına imkân verilmelidir. Zira aile hayatı kişilerin en mahrem alanlarından birini oluşturmaktadır. Türk Medeni Kanunu’nun 184.maddesinde bu imkân boşanma davaları bakımından kabul edilmektedir. Boşanma davalarında hâkim, tarafların talebi üzerine veya re’sen yargılamanın gizli yapılmasına karar verebilir. Boşanma davaları dışında, aile hukuku davaları için özel bir kanun hükmü olmadığından, boşanma davaları dışındaki davalarda aleniyet HMK hükümleri esas alınarak uygulanacak (Aile MK, m.7) ve duruşmalar alenî yapılacaktır. Aile mahkemesi hâkimi, genel ahlak sebebine dayanarak aleniyeti kısmen veya tamamen kaldırabilir<sup>1434</sup>.

AİHS, tarafların özel hayatının korunması amacıyla aleniyetin kaldırılmasına imkân vermektedir. Aile mahkemelerinde görülen davalar, tarafların özel hayatı ile doğrudan ilişkili olduğundan, aile mahkemelerindeki duruşmaların talep üzerine veya re’sen gizli yapılabileceğinin açık bir kanun hükmü haline getirilebilir. Uygun olan çözüm, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki gizlilik sebeplerine “ailenin korunması” sebebinin eklenmesidir. Böylelikle, yalnız aile mahkemelerinde görülen davalarda

<sup>1434</sup> Ancak hâkimin bu konuda mutlaka bir karar vermesi gerekir. Gizlilik kararı verilmeden duruşma salonundaki izleyicilerin dışarı çıkarılması aleniyet ilkesine aykırılık teşkil eder. **Kurt Konca**, s.255.

değil; miras ve vesayet gibi, hukuk mahkemelerinde görülen diğer dava ve işlerde de, ailenin mahremiyetinin korunması gerektiğinde gizlilik kararı alınabilecektir<sup>1435</sup>.

Aile hayatı dışında kişilerin, üçüncü kişilerle paylaşmak istemediği özel hayat alanı da korunmalıdır<sup>1436</sup>. Örneğin, ilgilinin sağlık durumu, dini inançları, cinsel hayatına ilişkin bilgilerin üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesi, ilgilinin küçük düşmesine ve manevi zarara uğramasına sebep olabileceği gibi, işini kaybetmek gibi maddi zararlara uğramasına da yol açabilir. Bu nedenle, özel hayatın korunması da bir gizlilik sebebi olarak HMK'ya eklenmelidir.

Meslekî ve ticarî sırlar da korunmaya değer menfaatler arasında olduğundan, sır niteliğinde bilgilerin açıklanacağı duruşmanın ya da yargılamanın tamamının gizli yapılabilmesine izin verilmelidir. 2006 Tasarısında olduğu gibi, bu sebep de HMK'ya eklenmelidir. Düzenlemenin, taraflar yanında üçüncü kişilere ait ticari sırların açıklanacağı duruşmaların da gizli yapılabilmesine imkân verecek şekilde hazırlanması ekonomik hayatın korunması ve sürekliliğinin sağlanması açısından<sup>1437</sup> daha uygun olur.

Hukuk yargılamasında gizlilik talebi bir ön sorun olarak gizli duruşmada incelenir ve karara bağlanır. Taraflardan birinin talebi üzerine yahut resen mahkemece karar verilebilir. Hâkim bu kararın gerekçelerini, esas hakkındaki kararı ile birlikte<sup>1438</sup> açıklar. Hâkim, gizli yargılama işlemleri sırasında hazır bulunanları o yargılamayla ilgili edindikleri bilgileri açıklamamaları hususunda uyarır; aksi halde Türk Ceza Kanunu'nun gizliliğin ihlaline ilişkin hükmünün uygulanacağını ihtar ederek bu hususu tutanağa geçirir<sup>1439</sup>.

<sup>1435</sup> **Kurt Konca**, s.256.

<sup>1436</sup> **Pekcanitez**, Aleniyet- Armağan, s.662.

<sup>1437</sup> **Kurt Konca**, s.283.

<sup>1438</sup> HUMK m.149, gizlilik kararının kendisinin de gizli duruşmada alınmasına engel olmamakla beraber, bu kararın gerekçesiyle birlikte açık duruşmada açıklanmasını öngörüyordu. HMK düzenlemesi ise, gizlilik kararı gerekçesinin esas hakkındaki kararla birlikte açıklanacağı şeklindedir. Hükümet tasarısında, eski düzenlemeye göre daha işin sonuna gelinmeden gizlilik kararının gerekçelerinin açığa vurulmasının, gizlilik kararı verilmesini gerektiren hal icaplarına aykırı olabileceği belirtilmiş, değişikliğin sebebi bu gerekçeye dayandırılmıştır. **Umar**, Şerh, s.126; **Yılmaz**, Şerh, s.320.

<sup>1439</sup> **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.358; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.401; **Karlı**, s.334; **Yılmaz**, Şerh, s.321; **Gençcan**, s.264; **Sungurtekin Özkan**, Usul, s 109. Kanuna göre, kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmadaki açıklama veya görüntülerin gizliliğini alenen ihlal eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde, ceza yarı oranında arttırılır (TCK m.285).



Türk hukukunda hükmün verilmesi HMK 294. maddede düzenlenmektedir. Hüküm, yargılamanın sona erdiği duruşmada verilir ve tefhim olunur. Hükmün tefhimi, her hâlde hüküm sonucunun duruşma tutanağına geçirilerek okunması suretiyle olur. Hüküm sonucunda nelerin yer alması gerektiği 297.maddenin ikinci fıkrasına belirtilmiştir. Tefhim ile aleniyet kazandırılan kararın okunan kısmının buna uygun olması gerekir. “Mahkeme kararlarında nelerin yazılacağı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 388.maddesinde (HMK m.297) belirtilmiştir. Buna göre, hüküm sonucu kısmında gerekçeye ait her hangi bir söz tekrar edilmeksizin isteklerin her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların mümkünse sıra numarası altında birer birer açık şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gerekir... Bu biçim yargıda *açıklık ve netlik prensibinin* gereğidir... Somut olayda da aslolan kısa kararda; hüküm fıkrası oluşturulmamış; yalnızca ‘*önceki kararda direnilmesine*’ denilmekle yetinilmiştir... Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır”<sup>1440</sup>. Kararda, Yargıtay’ın açıklık ve netlik prensibi ifadesi ile kast edilen hükmün aleniliği ilkesidir.

Zorunlu nedenlerle sadece hüküm sonucunun tefhim edildiği hâllerde, gerekçeli kararın tefhim tarihinden başlayarak bir ay içinde yazılması gerekir. Uygulamada, hüküm kısa karar olarak aleni duruşmada bildirilmekte, gerekçeli karar ise daha sonra taraflara tebliğ edilmektedir. Gerekçeli kararın daha sonra taraflara bildirilecek olması, aleniyetin ihlal edildiği anlamına gelmez; yani aleniyet hükmün gerekçesinin de taraflara aleni olarak duyurulmasını kapsamaz<sup>1441</sup>. Sonradan taraflara tebliğ edilen gerekçeli kararın, tefhim ile aleniyet ve hukuki varlık kazanan kısa karara uygun olması gerekir. Kısa kararla gerekçeli kararın çelişkili olması Yargıtay tarafından aleniyet ilkesine aykırılık olarak değerlendirilmekte ve bozma sebebi sayılmaktadır<sup>1442</sup>. Aslında buradaki aykırılık, gerçek anlamda aleniyet ilkesine

<sup>1440</sup> HGK, 02.07.2008, E:2008/1-510, K:2008/460 (MİHDER S.11, 2008/3, s.703); HGK, 27.01.2010, E:2010/14-18, K:2010/7 (MİHDER S.15, 2010/1, s.102).

<sup>1441</sup> **Tanrıver**, Adil Yargılanma, s.202; **Kurt Konca**, s.200.

<sup>1442</sup> Bkz. örneğin, “TC Anayasası, yargılamanın aleniyeti ilkesini benimsemiştir. Bunun anlamı yargılama açık olacak, yargılama sonunda mahkemece verilecek karar da açıkça belirtilecektir. Sonradan yazılan gerekçeli kararın da bu kısa karara uygun olması gerekir. Aksi halde yargılamanın aleniyeti zedelenmiş ve mahkeme kararlarına güven sarsılmış olacaktır. Bu hukuki esasın doğal sonucu, gerekçeli karar kısa karara uygun değilse kararın bozulması icabedecektir...” İBK, 10.4.1992, 7/4; 13.HD, 20.04.2004, E: 2003/16257, K:2004/5594 (MİHDER S.2, 2005, s.477). 9.HD, 20.09.2004, E: 2004/4492, K:2005/19433 (MİHDER S.3, 2006, s.729). HGK, 02.03.2005, E:2005/9-133, K:2005/131 (MİHDER S.5, 2006/3, s.1361). 1.HD, 01.05.2006, E:2006/2399, K:2006/4967

aykırılık değildir; daha ziyade tefhim ile aleniyet kazanan karara aykırılıktan söz edilebilir.

Gerekçeli kararın sonradan mahkeme kaleminde 3.kişilerin erişimine açık olması gerekmektedir<sup>1443</sup>. Bu, özellikle hükmün gerekçesinin hükümle birlikte tefhim edilmediği hallerde önem kazanmaktadır. Örneğin **Ryakib Biryukov/ Rusya** kararında<sup>1444</sup>, yargılamanın sona erdiği duruşmada hükmün yalnızca kısa bir özetinin okunması ve daha sonra üçüncü kişilerin gerekçeli karara erişimi için herhangi bir önlem alınmaması ihlal olarak görülmüştür. Çünkü, kamuoyu başvuranın iddialarının neden kabul edilmediği hakkında yeterli derecede bilgilendirilmemiştir.

Bu güne kadar Türkiye, medeni yargılama hukuku alanında duruşmaların aleniyeti ile ilgili bir mahkûmiyet kararının tarafı olmamıştır. Ancak ceza yargılaması için aynı şeyi söylemek maalesef mümkün değildir. Ceza usul hukukunda, 2004 yılına kadar “ceza kararnamesi” isimli bir kurum vardı. İlgili düzenleme uyarınca, sulh ceza mahkemeleri basit bazı suçlar için, duruşma yapmadan karar verebiliyordu. İşte bu kurum nedeniyle 90’lı yılların sonları ve 2000’li yılların başlarında AİHM’ne çok sayıda başvuru yapılmıştır<sup>1445</sup>. Duruşma yapılmaması, aleniyet ilkesini ihlal ettiği gibi, savunma hakkını da ihlal etmektedir ki savunma hakkının etkin olarak kullanılmadığı bir yargılamanın hakkaniyete uygun olduğundan söz edilemez. Verilen mahkûmiyet kararlarına paralel olarak, Anayasa Mahkemesi, 30 Ocak 2004 tarihli kararında, kişileri kamuya açık olarak yargulamaktan mahrum bırakmanın, adil yargılanma hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle, Türk Ceza Kanunu’nun 390/3.maddesinin anayasaya aykırı olduğu sonucuna vararak iptal kararı vermiştir. Sonra yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Kanunu ile, ceza kararnameleri çıkarma uygulaması kaldırılmıştır.

---

(MİHDER S.5, 2006/3, s.1374). HGK, 24.02.2010, E:2010/150, K:2010/98 (MİHDER S. 17, 2010/3, s.545). 1.HD, 17.01.2013, E.2012/16640, K.2013/288 (**Gençcan**, s.263).

<sup>1443</sup> **Grisel**, s.77; **Leach**, s.286.

<sup>1444</sup> 17.01.2008, par.38-46.

<sup>1445</sup> Piroğlu ve Karakaya/Türkiye Kararı, Baş. No:36370/02 ve 37581/02, T:18 Mart 2008; Nurhan Yılmaz/ Türkiye Kararı, Baş. No:16741/04, T:8 Nisan 2008; Salihoğlu/Türkiye Kararı, Baş. No:1606/03, T:21 Ekim 2008; Oyman/Türkiye, Baş. No: 39856/02, T:20 Şubat 2007; Taner/Türkiye, Baş. No: 38414/02, T:15 Şubat 2007; Bolluk/Türkiye, Baş. No: 34506/03, T: 2 Ekim 2007; Aldemir/Türkiye, Baş. No: 37215/04, T: 22 Eylül 2009; Evrenos Önen/Türkiye, Baş. No: 29782/02, T:15 Şubat 2007; Gemici/Türkiye, Baş. No: 25471/02, T: 2 Aralık 2008; Erseven ve Diğerleri/Türkiye, Baş. No: 27225/02, T: 24 Ocak 2008.

Hukuk yargılaması bakımından mevzuatımızda aleniyet ilkesinin yaptırımına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak bunun bir istinaf ve temyiz sebebi sayıldığından tereddüt etmemek gerekir<sup>1446</sup>. Türk hukukunda, aleni yapılması gereken duruşmanın gizli yapılması, mutlak bozma sebebi olarak kabul edilmelidir<sup>1447</sup>. Aleniyet, adil yargılanma hakkının bir unsurudur. Alenî olmayan bir yargılama adil de sayılamaz. Adil yargılanma hakkına aykırılık AİHM kararı ile tespit edildiğinde bu bir yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılmaktadır. AİHM önüne gittiğinde yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılabildiğine göre, bu ağır ihlalin, AİHM önüne gitmeden iç hukukta telafi edilmesi gerekir. Böylelikle yeni mahkûmiyet kararları önlenmiş olacaktır. Bu nedenle Yargıtay'ın, aleniyet ilkesinin ihlalinin nispi bozma sebebi sayan kararlarına<sup>1448</sup> katılmıyoruz<sup>1449</sup>.

Buna karşılık, tümüyle ya da bazı oturumlar bakımından gizli yapılması gereken bir yargılama sürecinde gizlilik kararı alınmamışsa ya da gizlilik kararı talep edildiği halde o talep reddedilerek, duruşmalar aleni yapılmışsa, hükmün bozulabilmesi için bu hatanın hükmü etkilemiş olmasını aramak yerindedir<sup>1450</sup>.

İstinaf mahkemelerinin göreve başlamasıyla birlikte, Bölge adliye mahkemeleri aleniyet ilkesine ilişkin kuralın ihlalinin gördüğünde bunu re 'sen dikkate almalıdır. Zira yukarıdaki gerekçelerle, aleniyetin ihlali kamu düzenini aykırılık teşkil etmektedir<sup>1451</sup>. İstinaf incelemesi her ne kadar istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılsa da HMK m.355 uyarınca bölge adliye mahkemesi kamu düzenine aykırılık gördüğü takdirde bunu re 'sen gözetir.

<sup>1446</sup> 1992 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nda (10.04.1992, 1991/7, 1992/4), "kısa kararlarla gerekçeli kararın çelişik olmasının mutlak bir bozma sebebi oluşturacağı ve bozmadan sonra hâkimin önceki kısa kararlarla bağlı olmaksızın çelişikliği kaldırmak kaydıyla vicdani kanaatine göre karar verebileceği" belirtilmiştir. Örneğin bir olayda, kısa kararda "davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline" dedikten sonra gerekçeli kararda "davalıdan tahsiline" şeklinde hüküm kurulması bozma sebebi olarak değerlendirilmiştir

<sup>1447</sup> **Umar**, Şerh, s.126-127; **Pekcanitez**, Aleniyet- Armağan, s.665; **Akcan**, s.81; **Kurt Konca**, s.364-365.

<sup>1448</sup> 2.HD, 12.11.1974, 4967/6817 (ABD 1975/5, s.755-756).

<sup>1449</sup> Kuru, aleniyet ilkesine aykırılığın sonuca mutlak etkili bir usul yanlışlığı olmadığını bu nedenle mutlak bozma sebebi teşkil etmediği görüşündedir. Yargılamanın aleniyeti, mahkemenin takdirine bırakılmışsa, aleniyet ilkesinin ihlali, kısmen mahkemenin bu husustaki takdir yetkisini doğru kullanmaması olarak değerlendirilmelidir. **Kuru**, Usul I, s.147-148. Aleniyet ilkesinin adil yargılanma hakkı açısından taşıdığı önem sebebiyle Hocamızın bu görüşüne katılmamaktayız.

<sup>1450</sup> **Umar**, Şerh, s.127.

<sup>1451</sup> **Umar**, Şerh, s.126; **Kurt Konca**, s.369.

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 154.maddesi, yargılamanın aleni olarak mı gizli olarak mı yapıldığının duruşma tutanağında belirtilmesini şart koşmaktadır (f.3/c). Aleniyet ilkesi kamu düzenine ilişkin bulunduğu ve bu kural da aleniyet ilkesine uyulup uyulmadığını denetleme amacı güttüğü için, tutanakta sözü edilen konuda kayıt bulunmaması da mutlak bozma sebeplerinden sayılmalıdır<sup>1452</sup>.

Mahkemenin, yargılamanın aleniyetinin kaldırılmasına ilişkin kararı bir ara karar olduğundan, bu karara karşı tek başına kanun yoluna gidilemez<sup>1453</sup>. Ancak mahkemenin esas hakkındaki kararı ile birlikte, aleniyet hakkındaki karara karşı da itiraz edilebilir.

Son olarak mahkeme kararlarının hukuk kitap ve dergileri ile elektronik ortamda yayınlanmasının önemini vurgulamak gerekir. Yukarıda belirtildiği gibi, AİHM yargı kararlarının derlenmesi ve resmi şekilde yayınlanması halinde hükmün alenî olarak açıklandığını kabul etmektedir. Türk hukuk uygulamasında yargı kararlarının yayımlandığı eserlere rastlanmaktadır. Ancak tüm mahkeme kararlarının elektronik ortamda ya da periyodik şekilde basılan dergilerde yayımlanması mahkeme kararlarının hukuka uygunluğu ve yerindeliği konusunda toplum tarafından değerlendirme yapılabilmesine daha fazla hizmet edecektir<sup>1454</sup>.

Örneğin, son zamanda bireysel başvuru kararlarına ilişkin olarak tam da böyle bir düzenleme yapılmıştır. Bölümlerin esas hakkındaki kararları gerekçeleriyle birlikte ilgililere ve Adalet Bakanlığına tebliğ edilir ve Mahkemenin internet sayfasında yayımlanır. İlgililer ibaresi ile kast edilen, başvuru ile temel hak ihlaline neden olan adli ya da idari makamdır<sup>1455</sup>. Verilen kararlardan hangilerinin Resmî Gazetede yayımlanacağına ilişkin hususlar İçtüzükte gösterilmiştir (AYMKK m.50/3). Buna göre, Bölüm kararlarının tümü ile Komisyon kararlarından kabul edilebilirlik açısından ilkesel önem taşıyanları Mahkemenin internet sitesinde yayımlanır. Bölüm Başkanının tespit ettiği, Bölüm tarafından verilen pilot karar

<sup>1452</sup> Bu durumda, karara karşı istinaf başvurusu yapıldığında, bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararını kaldırıp kendisi duruşmalı olarak yargılama yapacaktır. Çünkü HMK 353.maddenin a bendi uyarınca dosyanın ilk derece mahkemesine iade edilmesini mümkün kılacak sebeplerin hiçbiri gerçekleşmemiştir. **Umar**, Şerh, s.126.

<sup>1453</sup> **Yılmaz**, Şerh, s.320; **Kurt Konca**, s.351.

<sup>1454</sup> **Kurt Konca**, s.207-208.

<sup>1455</sup> **Ekinci**, s.157.

niteliğinde ya da içtihadın ortaya konulması açısından ilkesel önemi haiz kararlar Resmî Gazete ‘de yayımlanır (İçtüzük m.81/f.4-5).

### C. Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkı

Adil yargılanma hakkının bir diğer önemli unsuru hakkaniyete uygun yargılanmadır. Hakkaniyet, *hak ve adalete uygunluk, doğruluk* anlamına gelen<sup>1456</sup> Arapça kökenli bir sözcüktür. Çekişmeli yargı olduğu sürece her davanın bir kazananı ve bir de kaybedeni olacaktır. Burada önemli olan, tarafların taleplerinin tümünün kabul edilmesi değil; davayı kaybeden tarafın dahi yargılamanın hakkaniyete uygun görüldüğüne inanmasıdır. Hakkaniyete uygun bir yargılama sonunda verilen karar taraflar arasındaki uyuşmazlığı sona erdireceği gibi toplumsal barışa da katkı sağlayacaktır.

Hakkaniyete uygun yargılanma kavramı AİHS’nde tanımlanmamaktadır. Metnin İngilizce versiyonunda, kavramın karşılığı olarak ifade edilen “fair hearing” ifadesinin, ucu açık bir niteliği olduğu ifade edilmektedir. Bu nitelik ve Sözleşme hükümlerinin dinamik yorumu sayesinde<sup>1457</sup>, 6.maddede sayılmamakla birlikte, adil yargılanma hakkının gerçekleşmesi için temel nitelikte sayılan bazı unsurlar, hakkaniyete uygunluk başlığı altında madde kapsamına alınmaktadır. Strasburg denetim organları, bu ibareden hareketle adil yargılanma kavramının fıkrada açıkça sayılanlar yanında zımni unsurları da içerdiği sonucuna varmışlardır<sup>1458</sup>. Mahkeme içtihatlarında rastlanan silahların eşitliği ilkesi, çelişmeli yargılanma hakkı ya da gerekçeli karar hakkı bunlardan bazılarıdır.

Hemen ifade etmek gerekir ki, yargılamanın hakkaniyete uygun yapılmadığı şikâyeti ile yapılan başvurularda AİHM, ulusal mahkemenin nihai kararının doğru

<sup>1456</sup> <http://www.uyap.gov.tr/destek/hs/index.htm> (12.11.2012; 13:579).

<sup>1457</sup> Andrée Brunet, “Droit au procès équitable et contrôle de la motivation des desicions de la cour de cassation”, Justice et Droits Fondamentaux: Études offertes à Jacques Normand, Litec 2003, s.51; Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel, s.464.

<sup>1458</sup> Gözübüyük/Gölcüklü, s.267; Harris, O’Boyle & Warbrick, s.246; Clayton/ Tomlinson, s.98; Brunet, s.51; Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel, s.945 vd.

olup olmaması ile ilgilenmez<sup>1459</sup>; daha önce de belirtildiği gibi AİHM hukuka uygunluk denetimi yapan bir üst derece yargı yeri değildir<sup>1460</sup>. Bu ilke kapsamında değerlendirilen husus, somut olayda varılan çözümün ne kadar adil olduğu değil, yargılamanın hakkaniyete uygun olarak gerçekleşmesi, taraflara eşit imkânlar verilmesi ve hükmün gerekçeli olmasıdır<sup>1461</sup>. Bir şikâyetle varlığı iddia edilen eşitsizliğin var olup olmadığı, varsa yargılamayı gerçekten ve fiilen gayri adil bir hale getirip getirmediğidir.

Hakkaniyete uygun yargılanma hakkının kapsamı, AİHM kararları ile açıklanmıştır. Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kendi içerisinde iki unsuru barındırmaktadır: Çelişmeli yargılama ilkesi ile silahların eşitliği ilkesi. Çelişmeli yargılama ilkesi, silahların eşitliği ilkesi ile yakından ilişkilidir. Zira, çelişmeli yargılama ilkesinin ihlal edilmesi, davasını savunabilmesi açısından taraflar arasındaki dengeyi bozabilmektedir. Bir davada çelişmeli yargılanma hakkına riayet edilmediğinde çoğu zaman silahların eşitliği ilkesi de çiğnenmiş olacaktır. Her hukuk ve ceza davasının çelişmeli bir nitelik taşıması ve taraflar arasında silahların eşitliğini garanti altına alması gerekir<sup>1462</sup>. Bu prensip, tarafların sunduğu deliller ve görüşler için geçerli olduğu kadar bir Hükümet komiseri gibi bağımsız bir memur<sup>1463</sup>, bir idari makam<sup>1464</sup> veya söz konusu kararı veren mahkeme<sup>1465</sup> tarafından sunulan görüşler ve belgeler için de geçerlidir.

Bu yakınlığa rağmen, iki ilke arasında fark AİHM'nin bazı içtihatlarında daha net görülebilmektedir. Özellikle savcı ya da benzer bir görevlinin, mütalaasının taraflara tebliğ edilmemesi, silahların eşitliği ilkesi bakımından değil; çelişmeli yargılama ilkesi bakımından ihlal olarak değerlendirilmektedir<sup>1466</sup>. **Krcmar/Çek**

<sup>1459</sup> Yerel mahkeme hâkiminin hükmettiği tazminat oranının hakkaniyete aykırı olduğuna dair yapılan bir şikâyetin bu gerekçeyle AİHM tarafından reddedildiği bir örnek için bkz. S.G./Fransa, 11 Temmuz 2000, Baş. No: 40669/98.

<sup>1460</sup> **Pettiti/Decaux/Imbert**, s.247; **Leach**, s.278.

<sup>1461</sup> **Chen**, s.286; **Gözübüyük/ Gölcüklü**, s.290 vd.

<sup>1462</sup> Kahraman/Türkiye Kararı, Baş. No:60366/00, T:31 Ekim 2006. Vermeulen/Belçika, T:20 Şubat 1996; Lobo Machado-Portekiz, T:20 Şubat 1996; Nideröst-Huber/İsviçre, T:18 Şubat 1997, Kress/Fransa, T:07.06.2001, Baş. No:39594/98; Yvon/Fransa, Baş. No:44962/98; Prikyan ve Angelova/Bulgaristan, Baş. No:44624/98.

<sup>1463</sup> Kress ve APBP/Fransa, Baş. No:38536/97, T:21 Mart 2002.

<sup>1464</sup> Krčmář vd./Çek Cumhuriyeti, Baş. No:35376/97, T: 3 Mart 2000.

<sup>1465</sup> Nideröst-Huber/İsviçre, T:18 Şubat 1997.

<sup>1466</sup> **Harris, O'Boyle & Warbrick**, s.252.

**Cumhuriyeti** kararı<sup>1467</sup> bu iki ilke arasındaki nüansın altını çizmektedir. Şikâyet konusu olayda, önündeki mülkiyet hakkına ilişkin yargılamada, mahkeme ek delil toplanmasına karar vermiş ve kararına esas aldığı bu delilden her iki tarafı da haberdar etmemiştir. AİHM, bu tutumun silahların eşitliği ilkesine aykırılık olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmekle beraber, taraflara (şikâyet açısından başvurana) karara esas alınan delil hakkında yorum yapma imkânı tanınmadığından çelişmeli yargılanma hakkının ihlal edildiğini belirtmiştir. Karardan anlaşılacağı üzere, çelişmeli yargılanma hakkı, diğer tarafın bu haktan yararlanıp yararlanmadığı ile ilgisi olmaksızın, bir tarafın dava malzemesine erişimi ve davaya katılması ile ilgilidir<sup>1468</sup>. Ancak bir taraf bu haktan yararlanırken diğer tarafın yararlanamaması halinde silahların eşitliği ilkesi devreye girecektir.

Adil yargılamanın bir unsuru olan, “*le Principe de contradictoire*” kavramı, gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının Türkçe çevirilerinde, gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları hakkında yazılan eserlerde, “*çelişmeli/çekişmeli yargılama ilkesi*”, “*karşılıklılık ilkesi*” veya “*çelişiklilik ilkesi*” adıyla ifade edilmektedir<sup>1469</sup>. Dava sırasında mahkemenin kararını etkilemek amacıyla sunulan delil, mütalaa ve görüşlerin her biri hakkında bilgi sahibi olma ve bunlar hakkında yorum yapma, bunları tartışabilme imkânının taraflara tanınması olarak özetlenebilecek çelişmeli yargılama ilkesi, AİHM tarafından adil yargılanma hakkının temel unsurları arasında sayılmaktadır<sup>1470</sup>. Zira, çelişmeli yargılama ilkesine uyulmadan adil yargılanma gerçekleşmiş sayılmaz. Kollektif hüküm vermenin veya muhakeme yapmanın metodu, yargılamaya katılanların düşüncelerini karşılıklı olarak bildirebilmelerinin sağlanmasıdır. Böylece bütün sùjeler birbirlerinin fikirlerini öğrenecekler, hep birlikte düşüneceklerdir.

<sup>1467</sup> 3 Mart 2000. Benzer bir başka kararlar, Lamy/Belçika, 30 Mart 1989, par.29; Niderost-Huber/İsviçre, 12.02.1997, par.23-24; Milatová ve diğerleri/Çek Cumhuriyeti, 21.06.2005.

<sup>1468</sup> Harris, O’Boyle & Warbrick, s.254; Leach, s.278.

<sup>1469</sup> Yılmaz, Şerh, s.293; Türmen, s.41; İnceoğlu, s.249; Demircioğlu, s.133; Erdoğan, s.136. Ayrıca bkz. <http://www.bireyselbasvuru.info/Web/Icerik.aspx?IcerikID=50>. Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Saygılar/ Alan, s.131’de, aynı ilkeden “meram anlatma ilkesi” olarak sözedilmektedir. Yazarlara göre meram anlatma ilkesi, her sanığın derdini anlatabilmesini, ne istediğini söyleyebilmesini, hiç veya gereği gibi dinlenilmeden mahkum edilmemesini, öne sürülen iddiaları ve aleyhine olan delilleri çürütebilmesini ve bu sayede muhakemenin gidişine etki edebilmesini ifade eder.

<sup>1470</sup> Chen, s.287; Doswald- Beck/ Kolb, s.121; De Salvia, s.293 vd.; Eudes, s.184; van Drooghenbroeck, s.150; Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet, s.321; Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel, s.954 vd.

Gerek iddia gerekse savunma bakımından karşı tarafın ya da bağımsız bir otoritenin ileri sürdüğü kanıtlardan ve gözlemlerden bilgi edinilmesini ve bunların tartışılmasını içeren çelişmeli yargılanma hakkı, Türk medeni yargılama hukukunda, *hukuki dinlenilme hakkı* şeklinde ifadesini bulan ilke kapsamında değerlendirilebilir. Gerçekten, çelişmeli yargılama ilkesinin bir davada gerçekleşmesi, hukuki dinlenilme hakkının gerçekleşmesi anlamına gelecektir. Dava sırasında mahkemeye sunulan tüm dava malzemesi hakkında bilgi sahibi olma ve bunları tartışabilme hakkı, hukuki dinlenilme hakkının özellikle ilk iki unsuru olan *bilgilenme hakkını* ve *açıklama hakkını* karşılamaktadır. İleri sürülen delillere karşılık verilmesi, tanıklara soru sorulabilmesi, bilirkişi raporlarına itiraz edilebilmesi gibi imkânlar bu ilkeye dayanmaktadır. Her iki ilke arasındaki bu keşim noktası, bunların tam anlamıyla birbiriyle örtüştüğü anlamına gelmemektedir. Zira hukuki dinlenilme hakkının son unsuru olan *dikkate alınma hakkı*, çelişmeli yargılama ilkesinin bir unsuru değildir. Dikkate alınma hakkı, AİHM içtihatlarında, *gerekçeli karar hakkı* ifadesiyle ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, hukuki dinlenilme hakkının çelişmeli yargılama ilkesini kapsadığı ancak bu ilkedan daha geniş kapsamlı bir ilke olduğu söylenebilir.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, bu çalışmada, çelişmeli yargılama ilkesi yerine hukuki dinlenilme hakkı ifadesinin kullanılması tercih edilmektedir. Bu tercih doğrultusunda çelişmeli yargılama ilkesi şeklinde bir alt başlığa yer verilmeyecek, hukuki dinlenilme hakkının unsurları incelenirken yapılan açıklamalar, bu ilkeyi de karşılayacaktır.

## 1. Silahların Eşitliği İlkesi

### a. Genel Olarak Kavram

FAVREAU tarafından “*savunma hakkının tüm gereklerini karşılayan evrensel bir ilke*” olarak tanımlanan silahların eşitliği ilkesi, adil yargılanma hakkının temel unsurlarından biri olarak topluluk hukukunda kabul görmektedir<sup>1471</sup>. Bu ilke, tarafların kullandıkları silahların aynı değerde olup olmadığının titizlikle kontrol

<sup>1471</sup> Bertrand Favreau, “Effectivité, équité, égalité, ou les arcanes du procès équitable”, Mélanges Offerés à Silvio Marcus Helmons, Bruxelles 2003, p.125-126.



edildiği sportif mücadeleler terminolojisinden yargılama hukukuna devşirilmiştir<sup>1472</sup>. Yargılamada taraflar arasında, silahların eşitliğinin veya hakkaniyete uygun bir dengenin sağlanması gereklidir. Anayasamızdaki genel eşitlik ilkesinin usul hukukundaki yansıması olan silahların eşitliği ilkesi, hukukun temelinde her zaman var olan denge arayışlarının güncel bir görünümüdür<sup>1473</sup>. Anlamı, bir davanın tarafı olan herkesin davasını takip ederken karşı tarafın sahip olduğu şartlara nazaran daha dezavantajlı duruma sokulmadan iddialarını mahkemeye sunabilmesidir<sup>1474</sup>. Bir yargılama sürecinde taraflar, savlarını ileri sürmek, dinletirmek ve kabul ettirebilmek için eşit şans ve olanaklara sahip olmalı ve bu konuda taraflardan birinin diğerine karşı daha avantajlı durumda olması engellenmelidir. Taraflar arasında adil bir dengenin sağlanmasına her aşamada dikkat edilmelidir<sup>1475</sup>.

Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin hâkim olduğu sistemlerde, entelektüel ve finansal kabiliyete sahip tarafın davayı kazanabilecek olması toplumda çeşitli sınıfların yargılamada avantajlı hale gelmesi tehlikesini doğurmaktadır. Buna çare olarak ise, zayıf olan tarafın da belirli ölçüde korunmasını sağlayacak olan aktif hâkim modeli öne sürülmüştür<sup>1476</sup>. Bu modelde, yargılama hâkim ile taraflar arasında bir grup çalışması olarak düşünülmektedir. Yargılama sadece tarafların kendi ihtiyaçlarına göre yürüttüğü bir sistem olarak düzenlenmemelidir; kişiler arasındaki eşitsizlikler dikkate alınmalı ve taraflardan hiçbiri sosyal konumu sebebiyle zarar görmemelidir<sup>1477</sup>. Hâkim yargılama boyunca taraflar arasındaki eşitliği gözetmeli, gerekli tedbirleri almalıdır.

<sup>1472</sup> Matscher, s.12.

<sup>1473</sup> Güney Dinç, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Silahların Eşitliği”, TBBD, S.57, Mart-Nisan 2005, s.305.

<sup>1474</sup> Pettiti/Decaux/Imbert, s.265; Mole/Harby, s.46; Chen, s.292; Clayton/ Tomlinson, s.100; Doswald- Beck/ Kolb, s.121; Demircioğlu, s.132; İnceoğlu, s.221; Reid, s.143; Harris, O’Boyle & Warbrick, s.251; Matscher, s.14; Vasilescu, s.47; Gözübüyük/Gölcüklü, s.291; Tezcan/ Erdem/ Sancakdar, s.249; Türmen, s.41; Erdoğan, s.142; Bilgehan Yeşilova, “Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği” TBBD 2010, S.86, s.56 vd.; Stačiokas, s.133; Gölcüklü, Doğru yargılama, s.32; Ovey/White, s.156; De Salvia, s.280; Cohen-Jonathan, Aspects européens, s.80; van Drooghenbroeck, s.155; Sudre/ Margaünaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet, s.316; Sungurtekin Özkan, Usul, s.115-116.

<sup>1475</sup> Haes ve Gijels/Belçika, 24 Şubat 1997.

<sup>1476</sup> Örneğin, Avusturya medeni yargılama kanununda, mahkemenin, bir avukatla temsil edilmeyen tarafa yardımcı olma ödevi vardır (Art. 432). Adli yardımdan yararlanmayan kimselerin mahkemeye erişim hakkının tam olarak gerçekleşmesi açısından olumlu sayılabilecek bu düzenleme, hâkimin yönlendirmede aşırıya kaçması halinde, tarafsızlık sorunlarının doğmasına sebep olabilir. Matscher, s.16.

<sup>1477</sup> Karşlı, s.323,324.

Adil yargılanma hakkının Anayasa'da yer alan eşitlik ilkesi ile olan yakın bağlantısı hemen fark edilecektir. Gerek Anayasa'daki eşitlik ilkesi gerekse, adil yargılanma hakkının bir unsuru olan silahların eşitliği ilkesi uyarınca, yargılama boyunca, tarafların hak ve yükümlülükleri bakımından tam bir denge bulunmalıdır. Hatta bu konuda ÖZEKES, yargılamada taraflara eşit imkân sunulmasını yeterli görmemekte; iyi işleyen bir yargılama sisteminin tarafların yargılamaya yansıyan eşitsizliğini de en aza indireceğini ifade etmektedir. Gerçekten, bir yargılamada taraflara eşit imkânlar sunulsa dahi, tarafların kişiliklerinden, ekonomik ve sosyal durumlarından, hukuk bilgilerinden, adli ve idari organlar karşısındaki alışkanlıklarından kaynaklanan farklılıkları olabilir. Buna örnek olarak, dil ve konuşma engelleri, yargılama giderlerini ödemedeki güçlükler örnek gösterilebilir. Yargı organları bu yöndeki engelleri ve eşitsizliği ortadan kaldırmaya yönelik tedbirler almalıdır<sup>1478</sup>.

Silahların eşitliği ilkesi, Sözleşme'nin 6.maddesinde açıkça yer almamakla birlikte AİHM, bu ilkenin adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında yer alan bir ilke olduğu görüşündedir. Mahkemeye göre, genel ve geniş kapsamlı bir kavram olan *hakkaniyetin* önemli bir gereği, tarafların silahlarının eşit olmasıdır. Ulusal mahkemeler önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler bakımından taraflar arasında tam bir eşitliğin bulunması ve bu dengenin bütün yargılama boyunca korunmasıdır<sup>1479</sup>.

Sözleşmenin 6/3 maddesinin d bendinde bir suç ile itham edilen herkesin, iddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. Maddede silahların eşitliği ilkesine açıkça değinilmemişse de, d bendinde tanıklar bakımından yer alan hak aslında silahların eşitliği ilkesinin bir sonucudur. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu bendin bilirkişileri de kapsayacak şekilde tüm ispat araçları bakımından uygulanabilecek nitelikte olduğunu belirtmiştir<sup>1480</sup>.

<sup>1478</sup> Özekes, Hukuki dinlenilme, s.49.

<sup>1479</sup> Delcourt/Belçika, T:17 Ocak 1970, Baş. No:2689/65; Monnel ve Morris/İngiltere, 2.3.1987; Ekbetani/İsveç, 26.5.1988; Borgers/Belçika, 30.10.1991 par.24.

<sup>1480</sup> Bönish/Avusturya, 6.5.1985 par32.

AİHM içtihatlarında, silahların eşitliği ilkesine uyulup uyulmadığının denetlenmesinde önemli olan, şikâyet konusu işlemin yargılamadaki önemidir. Bir başka deyişle, silahların eşitliği ilkesi bakımından değerlendirme yaparken, somut olayda şikâyet konusu eşitsizliğin yargılamayı fiilen ve gerçekten adaletsiz kılıp kılmadığına bakmaktadır<sup>1481</sup>.

AİHM, tarafların dava dosyasını inceleyebilmelerini, bazı belgelerin fotokopilerini alabilmelerini, mahkeme kararına temel teşkil eden bilirkişi raporlarının kendilerine gösterilmesini silahların eşitliği çerçevesinde ele almıştır<sup>1482</sup>. Ayrıca AİHM, yasa koyucu tarafından yargılamanın sonucunu değiştirecek nitelikte bir yasanın yürürlüğe koyulmasını, yargılama sürecine müdahale anlamına geldiği gibi silahların eşitliği ilkesi bakımından da 6.maddeye aykırılık teşkil edebileceğini belirtmiştir<sup>1483</sup>.

Silahların eşitliği ilkesinin etkin şekilde kullanılabilmesi için gerektiğinde adli yardım kurumu da tatminkâr şekilde işletilmelidir<sup>1484</sup>. **Steel & Morris/ Birleşik Krallık Kararı**<sup>1485</sup> AİHM, başvuranların, ulusal mahkemede avukat yardımından yoksun bırakılmasını silahların eşitliği ilkesine aykırı bularak adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Karara konu olayda, Londra Green Peace üyesi başvuranlar (Helen Steel ve David Morris), insan ve çevre sağlığını tehdit ettiği iddiasıyla, McDonald's aleyhine broşür dağıtmışlardır. Bunun üzerine başvuranlara karşı açılan tazminat davasında Davacı Şirket, konusunda uzman avukatlarca temsil edilirken, maddi imkânları olmayan davalı başvuranlar, gönüllü bazı avukatlardan yardım almakla birlikte, esas olarak davayı kendileri takip etmek zorunda kalmışlardır. Davalıların, adli yardım talepleri de İngiliz Adli Yardım Yasası gereği reddedilmiştir.

AİHM yaptığı değerlendirmede öncelikle, tarafların iddia ve savunmalarını mahkemede etkili bir şekilde yapabilmeleri ve silahların eşitliği ilkesinden

<sup>1481</sup> Inceoğlu, s.221.

<sup>1482</sup> Bulut/Avusturya, 22.2.1996 par.44 ve son; Lobo Machado/Portekiz, 20.2.1996 par.28 ve son; Keröjarvi/Finlandiya, 19.7.1995 par.40 ve son.

<sup>1483</sup> Stran Yunan Rafinerisi/Yunanistan, 9 Aralık 1994.

<sup>1484</sup> Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet, s.320.

<sup>1485</sup> Baş. No:68416/01, T:15.02.2005 ([http://uniset.ca/other/cs5/echr\\_mcdonalds.html](http://uniset.ca/other/cs5/echr_mcdonalds.html); 20.04.2012, 14:06). Kararın ayrıntılı Türkçe özeti için ayrıca bkz. Çiçek, s.237-240.

yararlanmalarının adil yargılanma hakkının unsurlarından birisi olduğunu vurgulamıştır. Gerek hukuk gerek ceza yargılamalarında, adil yargılanma hakkının temelinde, davacının davasını mahkeme önünde getirme imkânından mahrum edilmemesi ve davanın diğer tarafıyla silahların eşitliği ilkesinden yararlanması yatmaktadır.

Mahkemeye göre, bir davada adli yardımın gerekip gerekmediği sorusu yanıtlanırken, her dava özel şartları içinde değerlendirilerek, başvuranın *inter alia*, içinde bulunabileceği riskler ve menfaati, davanın ve davaya uygulanacak yasa ve usulün karmaşıklığı ve başvuranın kendisini temsil edebilecek kudrete sahip olup olmadığı gibi unsurlar dikkate alınmalıdır<sup>1486</sup>. Somut olay, dava dosyasında 40.000 sayfa delil niteliğinde belgenin bulunduğu, 130 tanığın dinlendiği karmaşık bir yapıya sahiptir<sup>1487</sup>. Başvuranlar, beslenme, diyet, dejeneratif hastalık ve besin güvenliği gibi oldukça karmaşık bilimsel meseleler konusunda ispat faaliyetinde bulunmak durumundaydılar. Ve yerel mahkeme, davanın jüri tarafından doğru şekilde anlaşılıp değerlendirilebilmesi için çok karmaşık yapıya sahip olduğu yönünde bir tespitte bulunmuştur. Vakıaların karmaşıklığı, ilk derece mahkemesi ile temyiz mahkemesindeki yargılama sürecini yansıtan toplam 1,100 sayfa tutanaktan da anlaşılmalıdır. Dolayısıyla, gönüllü avukatların düzensiz yardımlarının, konusunda uzman ve tecrübeli avukatların temsili ile kıyaslanamayacağı açıktır.

Başvuranların adli yardım için aranan finansal kriteri karşıladıkları, temsilci atayacak maddî imkânlarının bulunmadığı ihtilaf konusu değildir. Yargılama boyunca, davanın yasal ve usulî özellikleri hakkında, gönüllü avukatlar aracılığıyla ücretsiz olarak bilgilendirilmişlerdir: ilk dava dilekçeleri avukatlar tarafından düzenlenmiştir. Fakat bunun yanında, usulî işlemlerin büyük bir kısmını, dağıttıkları bildirin gerçeği yansıtıp yansıtmadığına ilişkin yapılan sözlü yargılamalar dahil, tek başına yapmışlardır<sup>1488</sup>.

Somut olaydaki gibi karmaşık davalarda, bu seviyedeki bir adli yardım, tecrübeli ve konusunda uzman bir avukatın yerini tutamaz. Avukatla temsil edilemeyen tarafın bilgisizliği ve tecrübesizliği, iddia ve savunma araçlarını

---

<sup>1486</sup> Bkz. par.61.

<sup>1487</sup> Bkz. par.65.

<sup>1488</sup> Par.68.

zamanında ve etkin kullanılmasını engelleyerek yargılamanın uzamasına neden olacaktır. Ayrıca başvuranlar somut davada, uzman bir avukat yardımından yararlanma olanağı bulsalar, iddialarını ispat etme ve davayı lehe sonuçlandırma ihtimallerini arttırmış olacaklardı<sup>1489</sup>.

Yukarıdaki tespitlerden sonra, tarafların yararlandığı hukuki yardımlar arasındaki büyük eşitsizlik dikkate alındığında, başvuranların ulusal mahkemedeki adli yardım taleplerinin reddinin, kendilerini mahkeme önünde etkin şekilde savunmaktan yoksun bıraktığı ve silahların eşitliği ilkesi ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır<sup>1490</sup>.

Bir tarafın adli yardımdan yararlanması hali dışında, taraf avukatlarının bilgi ve tecrübe seviyelerindeki farklılık sebebiyle, bir tarafın davada daha başarılı şekilde temsil ediliyor oluşu, silahların eşitliği ilkesi açısından bir tartışmayı gerektirmez. Zira, bu ihtimalde taraflar avukatlarını serbestçe seçmektedirler<sup>1491</sup>.

#### **b. Dosyadaki Bilgi ve Belgelere Ulaşmada Eşit İmkânlar**

Silahların eşitliği ilkesi, tarafların birbirleri karşısında önemli bir dezavantaj içine girmeksizin davaya ilişkin bilgi ve belgelere ulaşabilmelerini, bu açıdan eşit imkânlarla sahip olmalarını gerektirir. Adil bir yargılamanın sağlanabilmesi için davanın taraflarının davayla ilgili belge ve bilgilere ulaşabilmesi gerekir. İç hukuklar bu konuda farklı usulleri kabul etmiş olabilirler; ancak hangi yöntem benimsenirse benimsensin taraflar diğer tarafın dosyaya sunduğu bilgi ve belgelerden haberdar edilmeli ve bunlar hakkındaki yorumlarını mahkemeye aktarabilmelidir<sup>1492</sup>.

Silahların eşitliği ilkesi açısından asıl önemli olan taraflardan birinin diğerine karşı avantaj sağlamamasıdır. İki taraf da bu konuda benzer durumdaysa, bir belgeye ulaşmamak silahların eşitliği ilkesi açısından değil çelişmeli yargılama ilkesi açısından ihlal doğuracaktır<sup>1493</sup>. **Beer/Avusturya** kararına<sup>1494</sup> konu olayda, işveren

<sup>1489</sup> Par. 69.

<sup>1490</sup> Par. 72.

<sup>1491</sup> **Matscher**, s.16.

<sup>1492</sup> **Reid**, s.144; **Clayton/ Tomlinson**, s.100; **Grisel**, s.89; **Ovey/White**, s.157; **Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet**, s.317.

<sup>1493</sup> **İnceoğlu**, s.237.

ile çalışanı arasında bir uyuşmazlık söz konusudur. Davayı başvuran işçi kazanmış, dava masraflarının işveren tarafından ödenmesine karar verilmiştir. Davalı işveren, dava masraflarının hatalı hesaplandığı iddiasıyla istinaf mahkemesine başvurmuş; ancak bu başvuru dilekçesi davacı işçiye tebliğ edilmemiştir. İstinaf incelemesinde daha önce hükmedilen miktarın düşürülmesine hükmedilmiştir. AİHM, davanın her iki tarafının dosyaya giren delil ve mütalaalar hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma imkânına sahip olması gerektiğini belirterek çelişmeli yargılama ilkesine gönderme yaptıktan sonra, istinaf başvurusundan başvuranın haberdar edilmemesi ve buna cevap verme olanağının bulunmamasını silahların eşitliği ilkesine aykırı bulmuştur.

Eğer taraflardan biri, dosyadaki bazı bilgi ve belgelere gizlilik gerekçesiyle ulaşamıyorsa, silahların eşitliği ve hukuki dinlenilme hakkı; dolayısıyla hakkaniyete uygun yargılama ilkeleri açısından ihlal tehlikesi ortaya çıkabilir. Aynı durum, Devletin gizli tutulan belgelere ilişkin tutumu için de geçerlidir. **McGinley ve E.E./Birleşik Krallık** kararına<sup>1495</sup> konu olayda, silahlı kuvvetlerde çalıştıkları dönemde nükleer silah denemelerinde bulunan başvuranlar daha sonra çeşitli sağlık problemleri sebebiyle kendilerine aylık bağlanarak emekliye sevk edilmişlerdir. Kendi hastalıkları ile nükleer denemeler arasında bir bağ olduğunu iddia eden başvuranlar kendilerine bağlanan aylıkların arttırılmasını talep etmişlerdir. Yerel mahkemedeki yargılamada, sağlık problemlerinin, Pasifik nükleer denemelerine maruz kalmalarından kaynaklandığını ispata yarayacak kayıt ve belgelere (radyasyon seviyesine ilişkin kayıtlar gibi) milli güvenlik nedeniyle kamuya açık olmadıkları gerekçesiyle ulaşamamışlardır.

AİHM, başvuranların mahkeme önünde, tehlikeli bir biçimde radyasyona maruz kaldıklarını ortaya koymalarına yardımcı olacak belgelerin varlığının gerçek olmayan şekilde reddedilmesinin ya da başvuranların bunlara ulaşmalarının engellenmesinin, onlardan hakkaniyete uygun yargılanmanın esirgenmesi anlamına geldiğini ve 6&1'i ihlal edeceğini belirtmiştir. Ancak genel prensip bu şekilde ortaya konduktan sonra somut olayın özellikleri bu sonuca ulaşmak için yetersiz görülmüştür. Çünkü, başvuranlar iç hukukta mevcut olan imkanı kullanarak, milli

<sup>1494</sup> 06.02.2001, par.17-20. **İnceoğlu**, s.245, dn.95.

<sup>1495</sup> T: 09.06.1998.

mahkemeden bu belgelerin ifşa edilmesi yönünde emir vermesi için başvuru yapmamışlardır<sup>1496</sup>.

**Feldbrugge/Hollanda** kararında, malullük aylığı kesilen başvurana dosyadaki uzman raporlarına ulaşma ve yorum yapma imkânı tanınmaması yargılamaya etkili katılımını engeller nitelikte görülmüştür<sup>1497</sup>. **Kerojarvi/Finlandiya** kararında<sup>1498</sup> da benzer şekilde, savaş sırasında ortaya çıkan bedensel sağlık sorunları nedeniyle kendisine aylık bağlanması talebinde bulunan başvurana Finlandiya sigorta mahkemesinde bulunan savaş zamanına ilişkin tıbbi raporların verilmemesi ihlal olarak görülmüştür. Hakkaniyete uygun yargılanma ilkesi, belgelerin ifşa edilmesini gerektirir. Ancak bu sayede başvuran belgelerin davayla ilgisini ve ağırlığını değerlendirebilecek ve buna ilişkin görüşlerini etkili şekilde açıklayabilecektir.

Bazen, bir belgeyi elinde bulunduran taraf, özel hayatına veya ticaret hayatına ilişkin bir sırrın ifşa olacağı endişesiyle, belgeyi ibraz etmekten kaçınabilir. Bu ihtimalde ilgili delille dayanan tarafın davanın aydınlatılmasındaki menfaati ile karşı tarafın meslek veya özel yaşam alanının korunmasındaki menfaati karşı karşıya gelmektedir<sup>1499</sup>. Burada her iki menfaat arasında bir denge kurulmalı maddi gerçeğe ulaşılmasındaki menfaat diğerine üstün tutulmamalıdır<sup>1500</sup>. Ancak belgeyi elinde bulunduran tarafa, haklı sebeple belgeyi ibrazdan kaçınma hakkı tanınırsa bu sefer de şekli gerçeğe yetinilecektir<sup>1501</sup>. İşte bir yandan maddi gerçeğe ulaşma amacı, diğer yandan özel hayata ya da meslek hayatına ait sırrın korunması ihtiyacı arasındaki denge "gizli" yargılama ile kurulmaya çalışılmıştır. Gizli yargılamada, belgelerin ve delillerin incelenmesi, keşif yapılması, tanık veya bilirkişilerin dinlenmesi, karşı tarafın yokluğunda gerçekleştirilir. Karşı taraf, delillerin toplanması neticesinde elde edilen sonuç hakkında sadece sırlar ifşa edilmeyecek ölçüde bilgilendirilir. Hüküm ve hükmün gerekçesi de aynı şekilde kaleme alınır<sup>1502</sup>.

<sup>1496</sup> Par.89-90. **İnceoğlu**, s.313.

<sup>1497</sup> Par.44.

<sup>1498</sup> Par.39.

<sup>1499</sup> Güray **Erdönmez**, Medenî Usûl Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti, İstanbul 2010 (Belgelerin ibrazı), s.297.

<sup>1500</sup> **Erdönmez**, Belgelerin ibrazı, s.299.

<sup>1501</sup> **Erdönmez**, Belgelerin ibrazı, s.300.

<sup>1502</sup> **Erdönmez**, Belgelerin ibrazı, s.370-371.

ERDÖNMEZ, medeni usul hukukunun gerçeğe ulaşma amacı dikkate alındığında, gizli yargılama kurumunun baştan reddedilmemesi gerektiği görüşündedir. Gizli yargılama, bir yandan tarafların zıt menfaati arasında bir denge kurarken aynı zamanda, maddi gerçeğe uygun karar verilmesini de sağlayacaktır. Gizli yargılamanın anayasayla güvence altına alınmış etkin hukuki himaye hakkının yerine getirilmesi için önerildiği unutulmamalıdır. Taraf, hukuki dinlenilme hakkının ve alenilik ilkesinin kendisine sağladığı hukuki korumadan vazgeçtiğinde davayı kazanma şansı artıyorsa, ona bu imkân tanınmalıdır. Gizli yargılamayı bütünüyle reddetmek yerine, gizli yargılamanın mümkün olup olmadığı her olayda ayrı ayrı değerlendirilmeli, tarafların menfaatleri karşılaştırılarak hangi tarafın menfaati ağır basıyorsa, ona uygun tedbirler alınmalıdır<sup>1503</sup>.

Sır teşkil eden hususların varlığı halinde, sır sahibine daha geniş bir koruma sağlanması amacıyla, karşı tarafın delillerin toplanması aşamasında hazır bulunma ve bu delilleri inceleme hakkının sınırlandırılması hukuki dinlenilme hakkına ve silahların eşitliği ilkesine aykırıdır. Böyle bir uygulamada, dosyaya sunulan delilleri inceleyemeyen taraf, bunlar hakkındaki görüşünü bildirme ve gerekirse karşı delil gösterme hakkından da yoksun bırakılmış olmaktadır. Dolayısıyla, bir takım dava malzemesine gizlilik sebebiyle ulaşamayan taraf için söz konusu yargılama hakkaniyete uygun olmaktan çıkmaktadır<sup>1504</sup>. Hukuki dinlenilme hakkı ve silahların eşitliği ilkesi, adil yargılanma hakkının en temel unsurları arasındadır. Adil yargılanma hakkının ise, temel bir insan hakkı olduğu bugün tartışmasız şekilde kabul edilmektedir. Hakkın önem derecesi, bize, “gizli yargılama” kurumuna tereddütle yaklaşmamız gerektiğini düşündürmektedir. Sırların korunması gerekçesiyle adil yargılanma hakkından feragat edilmemeli, gerek silahların eşitliği ilkesi, gerekse hukuki dinlenilme hakkı, bir tarafın sırlarının korunmasına feda edilmemelidir. Sır teşkil eden belgelerin, tarafların varlığı halinde mahkemeye ibrazını sağlarken aynı zamanda sır sahibinin korunmasına yönelik daha uygun çözümler düşünülmelidir. Örneğin, sırrı öğrenen tarafa susma yükümlülüğü ve öğrendiği sırları yargılama dışındaki menfaatler için kullanma yasağı getirilmesi<sup>1505</sup>;

<sup>1503</sup> Erdönmez, Belgelerin ibrazı, s.387-388.

<sup>1504</sup> Erdönmez, konuyla ilgili Alman Federal Mahkeme kararlarına yer verdiği makalesinde, Alman hukukunda verilmiş çelişkili kararların varlığına işaret etmekle birlikte, ağırlıklı görüşün taraflardan gizli yargılama yapılmasının mümkün olmadığı yönünde olduğunu belirtmektedir. Bkz. Erdönmez, Gizli yargılama, s.228 vd.

<sup>1505</sup> Erdönmez, Belgelerin ibrazı, s.474-475.



aksi davranışların açık yaptırımlara bağlanması daha uygun bir tedbir olabilir kanaatindeyiz.

### c. İspat Faaliyeti Sırasında Eşit İmkânlar

Taraflar ispat faaliyeti içerisindeyken de mahkeme, silahların eşitliği ilkesini gözetmeli; her iki tarafa ispat araçlarını mahkemeye sunmak bakımından aynı imkânları tanımalıdır. Kural olarak delillerin kabulü ve değerlendirilmesi milli mahkemelerin yetkisindedir. Bir delilin uyuşmazlığın çözümü için gerekli olup olmadığına ulusal mahkemeler karar verir. İddia ve savunmanın dayandıkları delillerin mahkemeye sunulması, bunların mahkeme tarafından kabulü veya reddi, ispat kuvvetlerinin takdiri bir iç hukuk meselesi ise de yargılamanın bütünü açısından bu işlemlerin adil olup olmadığını takdir AİHM'nin yetkisindedir. AİHM, bilirkişi tayin edilmesinin, tanık dinlenmesinin veya diğer delillerin akıbeti hakkındaki mahkeme kararlarının yargılamayı hakkaniyetsiz hale getirip getirmediğini değerlendirir<sup>1506</sup>.

Silahların eşitliği ilkesi ya da hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, taraflarca sunulan tüm delillerin, mahkeme tarafından kabul edileceği anlamına gelmez. Dosyaya ilave edilmek istenen delil, uyuşmazlığın aydınlatılmasında bir rol oynamayacaksa ya da yargılamanın devamını zorlaştıracaksa mahkeme tarafından kabul edilmeyebilir. Ancak bu, titizlikle verilmesi gereken bir karardır. Zira adil yargılanma hakkının gerekleri ile delillerin değerlendirilmesinde mahkemenin sahip olduğu takdir hakkı arasındaki ince çizgi her zaman belirgin olmayabilir<sup>1507</sup>.

Amaç, iddia ve savunma arasında hakkaniyete uygun bir denge sağlamak olunca, hem pozitif düzenlemeler hem de yargılama makamlarının somut olayın niteliklerine göre sergilediği tutum son derece önemlidir. Yargılama sırasında delil sunulması ve bu delillerin tartışılabilmesi, dava dosyasının özgürce incelenip gerekli görülecek belgelerden örnekler alınabilmesi, bilirkişi raporlarının taraflara gönderilmesi ve hâkimin kararını etkilemeyi amaçlayan her türlü görüş ve açıklama

<sup>1506</sup> Harris, O'Boyle & Warbrick, s.256; Reid, s.149; İnceoğlu, s.222, 225; Gözübüyük/Gölcüklü, s.292; Leach, s.279; Ovey/White, s.157; De Salvia, s.280; Sudre/ Murguénau/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet, s.317; Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel, s.949.

<sup>1507</sup> Matscher, s.15.

konusunda bilgilendirilip bunları yanıtlama olanağının verilmesi, silahların eşitliği ilkesini garanti altına alabilecek uygulamalardan bazılarıdır.

Davacının iddiaları karşısında, davalı tarafa bu iddiaya karşı savunmasının temel dayanağı olan delilleri sunma imkânı tanınmıyorsa silahların eşitliği ilkesi açısından ihlal doğabilmektedir<sup>1508</sup>. Örneğin, **De Haes ve Gijels/Belçika** kararına<sup>1509</sup> konu olayda, gazeteci başvurular aleyhine, gazetede yayınlanan makaleleri nedeniyle bazı yargı mensupları tarafından hukuk davası açılmıştır. Başvuranların asılsız iddialarda bulunarak küçük düşürücü yayın yaptıkları iddiasına karşı başvurular, yazdıkları makalelerdeki bilgi ve yorumların bazı dava dosyalarında bulunan uzman raporlarına dayandığını savunmuşlar ve bu belgelerin mahkeme tarafından istenmesini ve incelenmesini talep etmişlerdir. Fakat bu talep, gerek ilk derece mahkemesi gerekse istinaf mahkemesi tarafından reddedilmiştir. AİHM'ne göre, başvuruların talebinin reddedilmesi, gazetecileri davacılar karşısında önemli ölçüde dezavantajlı hale getirmiş; bu nedenle silahların eşitliği ilkesi zedelenmiştir<sup>1510</sup>.

**Hentrich/Fransa** kararına<sup>1511</sup> konu olayda ise, başvuranın satın aldığı arazi, yetkili kamu mercii tarafından ön alım hakkı kullanılarak satın alınmıştır. İç hukukta, vergi kaçakçılığını önlemek için kamu merciine ön alım hakkı tanınmaktadır ve somut olayda hükümet başvuranın araziye çok düşük bedel gösterilerek aldığını iddia etmektedir. Kamu otoritesinin arazinin düşük bedelle satın alındığına dair değerlendirmesi mahkemeler tarafından kabul edilmesine rağmen, başvurana bu bedelin gerçek değeri yansıttığını ve iyi niyetle hareket ettiğini ispatlama imkânı tanınmamıştır. Silahların eşitliği ilkesine aykırı hareket edilen bu davada da AİHM Sözleşmenin 6&1 maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

İfade edilmelidir ki, iç hukukta öngörülen ispat yükü kuralları tek başına silahların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil etmez. Örneğin Fransa'ya karşı açılmış bir davada, sorumsuzluğunu kanıtlamaya yönelik ispat yükünün başvurana yüklenmesi bir iç hukuk sorunu olarak görülmüş ve bu durumun ancak taraflar arasında bir

<sup>1508</sup> Reid, s.146; İnceoğlu, s.222.

<sup>1509</sup> 24.02.1997.

<sup>1510</sup> Par.58.

<sup>1511</sup> 22.09.1994.

dengelesizlik yaratması halinde adil yargılanma hakkının ihlali sayılacağı belirtilmiştir<sup>1512</sup>.

Bu karar karşısında, ispat yükünü düzenleyen HMK m.190'ın hakkaniyete uygun yargılanma hakkına genel olarak uyum sağladığı söylenebilir. Anılan madde hükmüne göre, ispat yükü kanunda aksi öngörülmediği müddetçe, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir. Kanaatimizce ispat yüküne ilişkin bu genel kural, taraflar arasında bir dengelesizlik yaratacak nitelikte değildir; eşitlik ilkesi ve dolayısıyla adil yargılanma hakkına uygun şekilde kaleme alınmıştır.

#### aa. Tanıkların dinlenmesinde eşitlik ilkesi

Medeni hak ve yükümlülöklere ilişkin yargılamalarda, davanın tarafları tanık dinletmek konusunda eşit imkânlarla sahip olmalıdırlar<sup>1513</sup>. Tarafların tanık olarak gösterdikleri kişilerin mahkemece dinlenmesinde, silahların eşitliği ilkesi bakımından dikkat edilmesi gereken, gösterilen tanıkların sayısal eşitliği değil; nitelik eşitliğidir. Bir diğer ifadeyle yargılamanın bütünü göz önünde tutulduğunda iddia ve savunma dengesinin korunmuş olmasıdır<sup>1514</sup>.

**Dombo Beheer B.V./Hollanda** kararına<sup>1515</sup> konu olayda, limited şirket olan başvuran bir bankaya aleyhine, banka ile şirket arasında belirli kredi imkânlarının sağlanmasına dair şifahi bir anlaşma yapıldığının tespiti amacıyla hukuk davası açmıştır. Anlaşmanın yapıldığının iddia edildiği toplantıda yalnızca iki kişi hazır bulunmuştur; bunlardan birisi başvuranın, diğer bankanın temsilcisidir. Yerel mahkeme bu kişilerden yalnızca banka temsilcisinin tanık olarak dinlenmesine izin vermiş, davacı şirkete, kendi temsilcisini çağırma imkânı tanınmamıştır, çünkü mahkeme bu kişiyi davacı şirketle özdeşleştirmiştir.

AİHM söz konusu müzakereler sırasında, her iki temsilcinin de eşit şartlarda hareket ettiğini, her ikisinin de temsilcileri adına müzakere yetkisiyle donatılmış

<sup>1512</sup> G/Fransa, 05.10.1988, 57 DR 100, s.106-107, **İnceoğlu**, s.287.

<sup>1513</sup> **Reid**, s.146; **Clayton/ Tomlinson**, s.100; **Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet**, s.317.

<sup>1514</sup> **Gözübüyük/Gölcüklü**, s.307. Bogers/Belçika, 30.10.1991 par.26.

<sup>1515</sup> 27 Ekim 1993.

olduğunu tespit ettikten sonra, her ikisinin de tanıklık etmesine izin verilmemesini anlamakta zorlandığını ifade etmiştir. Söz konusu yargılamada başvuran şirket, banka karşısında önemli ölçüde dezavantajlı bir duruma düşmüş dolayısıyla adil yargılanma hakkı ihlal edilmiştir<sup>1516</sup>.

Yine bir hukuk davasında tanık dinlenmesine ilişkin olan **Ankerl/İsviçre** davasında<sup>1517</sup> ise AİHM bir ihlal bulmamıştır. Karara konu olayda, yerel mahkeme başvuranın taraf olduğu bir hukuk davasında eşinin yemin vererek dinlenmesine izin verilmemiş, başvuran eşinin yemin ederek kendisini destekleyici ifade vermesinin engellenmesini silahların eşitliği ilkesine aykırı olduğunu savunmuştur. Çünkü karşı tarafın yeminli ifade veren bir tanık gösterilmesine izin verilmiştir. AİHM söz konusu şikâyette, başvuranın eşinin yeminli ifade vermesinin dava sonucunu nasıl etkileyebileceğinin belirli olmadığını ifade etmiştir. Zira yerel mahkemenin Bayan Ankerl'in ifadesini dikkate alacağı kesin olmadığı gibi; karşı tarafın tanığının ifadesine de özel bir önem atfedilmemiş, mahkeme kararını başka delillere de dayandırmıştır. Bu nedenle söz konusu şikâyette silahların eşitliği ilkesine aykırı hareket edildiği kanaatine varılmamıştır.

Her iki kararı birlikte değerlendirdiğimizde şu sonuca varabiliriz: Bir davada silahların eşitliği ilkesi bakımından önemli olan husus, tarafların tanıklarının dinlenmesi açısından farklı muamele yapılmasının bir tarafı diğer taraf karşısında avantajlı hale getirmemesidir. Tanık sayısının pek bir önemi olmadığı gibi, tanığın yeminli ya da yeminsiz dinlenmesi de özellikle hükme esas alınan başkaca delillerin varlığı halinde tarafların silahları arasındaki dengeyi bozmamaktadır.

Bir tarafın göstermiş olduğu tanıkların duruşma günü hazır olduğunun anlaşılmasına rağmen, tanık dinlenmesine gerek olmadığı gerekçesiyle karar verilmesi, savunma hakkını kısıtlayıcı bir davranış biçimidir<sup>1518</sup>. Burada mahkemenin tutumu hem hukuki dinlenilme hakkına hem de silahların eşitliği ilkesine aykırılık arz eder.

---

<sup>1516</sup> Par.34-35.

<sup>1517</sup> 23 Ekim 1996.

<sup>1518</sup> 6.HD, 20.04.1998, 1998/3273-3332 (YKD 1998/7, s.987).

Bir tarafın gösterdiği tanığa diğer tarafın ya da vekilinin soru yöneltebilmesi, silahların eşitliği ilkesi bakımından gereklidir. Mahkeme bu yöndeki talebi dikkate almadan hüküm verirse, adil yargılanma hakkı zedelenmiş olacaktır<sup>1519</sup>. AİHM, bazı hukuk davalarında 6.madde uyarınca, taraflara tanıkları çapraz sorgulama hakkı tanınabileceğini belirtmiştir<sup>1520</sup>. Deliller, halka açık olarak görülen bir duruşma sırasında, taraflara sunulmalı ve görüşleri alınmalıdır.

HUMK m.267 hükmünde tarafların ve vekillerinin, tanıkları doğrudan sorgulama olanağının bulunmaması, silahların eşitliği ilkesi bakımından eleştirilebilecek<sup>1521</sup> bir düzenleme idi. HMK m.152’de olumlu bir adım atılmış, taraf vekillerine doğrudan soru yöneltebilme hakkı tanınmıştır. Maddeye göre, taraflar eski düzende olduğu gibi hâkim aracılığıyla soru yöneltebilecekken, taraf vekilleri, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya katılan diğer kişilere doğrudan soru sorabileceklerdir.

Tanıkların dinlenmesi aşamasında, davanın taraflarına duruşmada hazır bulunma imkânı tanınması da silahların eşitliği ilkesi açısından gereklidir<sup>1522</sup>. Örneğin, **Komanicky/Slovakya** kararında<sup>1523</sup> başvuran mahkemeye, duruşmaya gelemeyeceğini bildirmiş ve yokluğunda tanıkların dinlenmemesi ve delil sunulmamasını talep etmiştir. Buna rağmen başvuranın yokluğunda delillerin incelenmiş ve hüküm kurulmuştur. Yerel mahkemesinin uygulaması, başvuranın yargılamaya etkili olarak katılmasını önlediğinden ve kendisini diğer tarafa nazaran daha dezavantajlı duruma soktuğundan silahların eşitliği ilkesine ve dolayısıyla adil yargılanma hakkına aykırıdır.

### **bb. Eşitlik ilkesi karşısında Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması**

İHAS m. 6’da, hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delillerin davada kullanılmayacağı hakkında ne ceza yargılamasına ne de medeni yargılamaya ilişkin

<sup>1519</sup> Ceza yargılamasında konuya ilişkin bir karar için bkz. Menteş/Türkiye, Baş. No:36487/02, T:6 Şubat 2007.

<sup>1520</sup> **Clayton/ Tomlinson**, s.34. X/Avusturya, 42 CD 145.

<sup>1521</sup> Bu yönde bir eleştiri için bkz. **Dinç**, s.297.

<sup>1522</sup> **İnceoğlu**, s.228.

<sup>1523</sup> 04.06.2002 (04.09.2002 Final), par.49-55.

özel, açık bir hüküm yoktur. AİHM önüne gelen şikâyetlerde, yasalara aykırı olarak elde edilmiş bir delilin, somut davada kabul edilebilir olup olmadığı sorunu hakkında karar vermeye yetkili olmadığını ifade etmektedir. Hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kabul edilebilirliği ulusal yasalarla düzenlenmesi gereken bir meseledir. Devletler egemenlik haklarına dayanarak bir tercih yapar ve bu tercihleri yasal mevzuata yansıtırlar. Bu tercihi tartışmak AİHM'nin görevi değildir. Bununla beraber, yargılamanın adil olup olmadığına karar verirken delillerin elde ediliş ve kullanılış biçimi de önemli bir konu olarak incelenmektedir<sup>1524</sup>. Bu nedenle AİHM'nin delillere ilişkin içtihatları tüm Sözleşmeciler Devletler için önem taşımaktadır<sup>1525</sup>.

Eğer milli hukuk, hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delillerin kullanımını açıkça yasaklamamışsa, bu delillerin bir yargılamada kullanılması tek başına 6.maddenin ihlali olarak değerlendirilmemektedir<sup>1526</sup>. Yapılması gereken, yargılamanın bütün olarak adil olup olmadığı sorusu üzerinde durmaktır<sup>1527</sup>. Bir başka deyişle, AİHS'nin 8.maddesinde güvence altına alınan özel yaşama saygı gösterilmesi hakkı çiğnenerek elde edilen bir delil, 6.maddeki adil yargılanma güvencelerinin sağlandığı sürece yargılamada kullanılabilir. Bu halde 6.maddeye değil; olsa olsa 8.maddeye aykırılık söz konusu olabilir<sup>1528</sup>. AİHM, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanılmamasını ilke olarak benimseyen bir yaklaşımı kabul etmekten kaçınmaktadır. Bunun bir nedeni, konuyla ilgili ortak bir Avrupa yaklaşımının olmaması; diğer nedeni ise, Sözleşmenin delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin bir kural koymamasıdır<sup>1529</sup>.

Yargılama sürecinin bütün olarak adil olup olmadığı sorusu yanıtlanırken özellikle savunma hakkının korunup korunmadığı araştırılmaktadır. Aleyhine hukuka aykırı delil ileri sürülen kişiye, delilin gerçekliğine itiraz etme ve kullanılmasına

<sup>1524</sup> Van Mechelen ve diğerleri/Hollanda, 18 Mart 1997, par.50.

<sup>1525</sup> **Mole/Harby**, s.52.

<sup>1526</sup> Khan/Birleşik Krallık davasında, dinleme aygıtı kullanımının iç hukuktaki ceza muhakemesi kurallarınca yasaklanmadığına dikkat çekilmiştir. T:12.05.2000. Bu karardan hareketle denilebilir ki; Türk medeni usul hukukunda olduğu gibi, iç hukukta hukuka aykırı delillerin kullanılmayacağına ilişkin açık hükümlerin varlığı halinde, bu yasağın ihlal edilmesi 6.maddenin ihlali olarak değerlendirilmelidir.

<sup>1527</sup> **Reid**, s.153; **Clayton/ Tomlinson**, s.103; **Leach**, s.279.

<sup>1528</sup> **Harris, O'Boyle & Warbrick**, s.256.

<sup>1529</sup> **Hakan Pekcanitez**, "Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi", Halûk Konurapl Anısına Armağan I, Ankara 2009, (Hukuka aykırı deliller) s.800; **İnceoğlu**, s.288; **Erdoğan**, s.140.

karşı çıkma fırsatı tanınmış mıdır? İkinci olarak, hukuka aykırı delilin niteliği incelenmektedir. Elde edildiği koşullar, kanıtın güvenilirliğine ve doğruluğuna şüphe düşürmüştür müdür? Buna bakılmaktadır. Örneğin, özel yaşamın gizliliğine aykırı olarak elde edildiği ileri sürülen delilin davada kullanılması, hüküm sadece veya esas olarak bu delile dayanmıyorsa ve çelişmeli biçimde ele alınıp, başvuran tarafından güvenilirliği ve gerçekliği konusunda itiraz edilebiliyorsa, hakkaniyete aykırılığın ortaya çıkmayabileceği ifade edilmektedir<sup>1530</sup>.

**Schenk/İsviçre** kararında<sup>1531</sup>, hukuka aykırı delillerin kabulünün somut olayın özelliklerine göre hakkaniyete aykırı bir durum yaratabileceği kabul edilmektedir<sup>1532</sup>. Ancak başvuran ile diğer bir kişi arasındaki telefon görüşmesinin kaydedildiği ve söz konusu kayıtların kullanıldığı bu yargılamada, AİHM, 6&1 maddeyle teminat altına aldığı adil yargılanma ilkesine aykırılık olmadığı sonucuna varmıştır. Gerekçeye göre, ulusal mahkemedeki yargılamada, başvurana, kanıtın elde edilme biçimine ve yargılamada kendisine karşı kullanılmasına itiraz etme olanağı verilmiştir. Davayı gören mahkeme, başvuranın itirazı hakkında doğrudan yorum yapmasa da savunmasını reddetmiş ve elindeki diğer kanıtlara dayanarak hüküm vermiştir. Hükme etki eden başkaca kanıtlar bulunması, bu davada hukuka aykırı delil kabulünün adil yargılanma hakkını ihlal etmesini önlemiştir<sup>1533</sup>.

AİHM, hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesine karşılık, mahkemenin kararı bu hukuka aykırı delillerden başkaca delillere de dayanıyorsa, hukuka aykırı delillerin değerendirilmesini 6.maddenin ihlali olarak görmemektedir<sup>1534</sup>. Hukuka aykırı olarak elde edilen kanıtların, mahkemenin hükmünü oluşturmasında tek ve esas kanıt olarak kullanılması halinde Sözleşmenin 6.maddesinin ihlal edilmiş olacağına ilişkin bir karara AİHM içtihatları arasında rastlanmamaktadır. Ancak biz, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanımının adil yargılanma hakkının güvenceleri ile bağdaşmadığı kanaatindeyiz. Bu şekilde elde edilen deliller en başta tarafların silahları arasındaki dengeyi bozmaktadır. Bu nedenle, mahkemenin hükmünü, esas olarak hukuka aykırı yollardan elde edilen delille dayandırması durumunda, 6.maddenin ihlal edileceği kanaatindeyiz.

<sup>1530</sup> Reid, s.153-154; İnceoğlu, s.288.

<sup>1531</sup> 12 Temmuz 1988. Ayrıca bkz. Chalkley/ Birleşik Krallık, 2002.

<sup>1532</sup> Mole/Harby, s.52.

<sup>1533</sup> Aynı yönde bir başka karar için bkz. Bykov/Rusya, 10.03.2009, par.100-105.

<sup>1534</sup> Pekcanitez, Hukuka aykırı deliller, s.801.

#### d. Türk Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi

Türk medeni usul hukukunda, silahların eşitliği, “hâkim önünde eşitlik ilkesi” olarak kanuni hâkim ve hukuki dinlenilme hakkı yanında klasik bir usulî temel hak olarak kabul edilmektedir<sup>1535</sup>. Taraflar arasında tam bir eşitliğin bulunmasını ve bu eşitliğin yargılama boyunca devam etmesini gerektirir. Silahların eşitliği ilkesi, tarafların yargılama sonunda verilen karara eşit şekilde etki edebilme, bunun için eşit biçimde iddiada bulunabilme ve karşı tarafın iddialarına savunma yapabilme imkânı verir.

HUMK m.73: “Kanunun gösterdiği istisnalar haricinde hakim her iki tarafı istima veyahut iddia ve müdafaalarını beyan etmeleri için kanuni şekillere tevfikan davet etmedikçe hükmünü veremez” şeklindeki ifadesiyle silahların eşitliği ilkesini gözetiyordu. Yine HUMK m.185, davanın sürekliliği bakımından davalı tarafı da davacı ile paydaş duruma getirmekte idi<sup>1536</sup>. HUMK m.213’e göre “tahkikat” tarafların katılımları ile gerçekleşen bir yargılama aşaması idi. Aynı şekilde, HUMK m.222 ve devamı hükümlerde düzenlenen “hadise”nin çözümü her iki tarafın da katılımını gerektiriyordu.

HUMK sisteminde, silahların eşitliği ilkeleri bakımından sıkıntılı düzenlemeler olan m. 195/f.2 ile m.432/f.1’in ikinci cümlesine de kısaca değinmek gerekir. 4353 Sayılı Kanuna tabi Kamu kuruluşları için daha uzun sürede esasa cevap verme hakkı tanıyan m.195/f.2 ve yine bu kuruluşlar için daha uzun temyiz süresi öngören m.432/f.1’in ikinci cümlesi, Anayasa’ya aykırı oldukları iddiasıyla Anayasa Mahkemesi önüne taşınmış; ancak m.195/f.2 hükmü, Anayasa’nın geçici 15.maddesi kapsamında kaldığından, başvurunun bu kısmı yetkisizlik nedeniyle reddedilmiştir. 432.maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesi ise, Anayasa’nın 10 ve 36.maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. İptal kararının gerekçesine göre, adil yargılanma hakkının ulusalüstü düzeyde genel kabul görmüş ölçütleri arasında önemli bir yer tutan “silahların eşitliği” ilkesi, davanın tarafları arasında yargılama sırasında usul hükümleri yönünden eşit konumda bulunma, taraflardan birine dezavantaj diğerine avantaj sağlayacak kurallara yer vermeme esasını öngörmekte,

<sup>1535</sup> Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, s. 383 vd.

<sup>1536</sup> Dinç, s.295.



diğer bir deyişle davanın tarafları arasında hakkaniyete uygun bir dengenin varlığını gerekli kılmaktadır. İtiraz konusu kuralda, bir hukuk davasında taraf olma durumu nedeniyle hukuki durumları itibariyle eşit oldukları açık olan 4353 sayılı Yasa kapsamındaki kamu idare ve kuruluşları ile davanın diğer tarafını teşkil eden diğer kişi ve kuruluşlar arasında, temyiz süresi bakımından farklı düzenlemeler öngörüldüğü, bu durumun ise davada hakkaniyete uygun bir dengenin varlığına engel teşkil ettiği, bu bakımdan silahların eşitliği ilkesinin ihlâl edildiği, dolayısıyla kuralın Anayasa'nın 36. maddesinde ifadesini bulan adil yargılanma ilkesine de aykırı düştüğü sonucuna varılmıştır<sup>1537</sup>.

Silahların eşitliği ilkesinin HMK'da pek çok yansıması vardır. Kanun koyucunun, yargılama boyunca tarafların eşit imkânlarla sahip olması, birinin diğerinden daha dezavantajlı şekilde davasını sürdürmek zorunda bırakılmaması yönünde hassasiyet gösterdiği açıktır. Örneğin, sırf birini kendi yerleşim yeri dışında bir yerde dava edebilmek için ilgisiz bir başkasının da hasım gösterilmesi halinde, itiraz üzerine onun hakkındaki davanın ayrılarak yetkisizlik kararı verilmesine imkân tanıyan m.7/f.2 düzenlemesi, henüz davanın başında silahların eşitliği ilkesinin gözetilmesini sağlamaktadır. Bunun gibi, yetki sözleşmelerinin yalnızca tacirler ve kamu tüzel kişileri arasında yapılmasına icazet veren 17.madde, zayıf olan tarafın korunmasını amaçlarken, silahların eşitliği ilkesine hizmet etmektedir.

HMK m.95 uyarınca, elde olmayan sebeplerle, kanunda belirtilen veya hâkimin kesin olarak belirlediği süre içinde bir işlemi yapamayan kimsenin, eski hale getirme talebinde bulunabilmesi, ilgilinin süresi içinde yapamadığı işlemi yapmasını sağlayacaktır. Taraf gibi, vekilinin de işlem yapmaktan engellenmiş olması halinde eski hale getirme talebine olanak verir<sup>1538</sup>. Özellikle eski hale getirme kurumunun yanlış uygulanması silahların eşitliğinin ihlali olarak kendisini gösterecek ve adil yargılamaya engel olacaktır<sup>1539</sup>.

Davacının, davasını ancak davalının açık rızası ile geri alabileceğini düzenleyen 123.madde gibi, duruşmaya katılan taraflarla vekillerinin, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılan diğer kişilere soru yöneltebileceklerine ilişkin

<sup>1537</sup> AYM'nin 02/12.2004 tarihli, 2001/216E; 2004/120K sayılı Kararı (RG.21.10.2005, S.25973).

<sup>1538</sup> Umar, Şerh, s.280.

<sup>1539</sup> Pekcanitez, Adil yargılama, s.46.

152.madde; dava dosyasının taraflarca incelenebileceğine dair 161.madde; taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmelerini geçersiz kılan 193.madde (f.2); bilirkişinin taraflardan biri bulunmaksızın diğerini dinleyemeyeceğini ve bu hususun mahkemece bilirkişiye hatırlatılacağını öngören 278.madde (f.3) ve adli yardım kurumunu düzenleyen 334 ve devamındaki maddeler, silahların eşitliği ilkesi bakımından önem arz eden hükümlerdir.

Gerekçeli kararın dikkate alınma hakkını ve dolayısıyla hukuki dinlenilme hakkını gerçekleşmesine hizmet ettiği aşağıda, ayrı başlık altında ifade edilmiştir. Bu önemine ilaveten, gerekçeli karar yargılamada silahların eşitliği ilkesi bakımından da gündeme gelebilmektedir. AİHM, gerekçeli karar hükümlerle birlikte tebliğ edilmediği için ilgili tarafından gerekçe gösterilmeden yapılan temyiz başvurusunun reddinin, sanığı gerçek ve etkili bir savunmadan mahrum bıraktığı için adil yargılama ilkesinin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.

Hukukumuzda avukatla temsil zorunluluğu olmamasına rağmen, vekâlet ehliyetine ilişkin birtakım sorunların varlığı halinde, silahların eşitliği ilkesinin ihlal edilmemesine dikkat edilmelidir. Örneğin, yargılama sırasında bir taraf, sahte avukat tarafından temsil edildiğini öğrendiğinde, talebi üzerine o safhaya kadar yapılan işlemlerin yenilenmesi gerekebilir. Zira yargılama sırasında gerçek bir avukattan tam anlamıyla hukuki yardım alınması adil yargılanma hakkının gerçekleşmesine hizmet etmektedir<sup>1540</sup>.

Dikkat edilmesi gereken bir husus, maddi hukukta taraflardan biri lehine konulan kuralların yargılama sırasında tarafların eşitliği ilkesinden ayrılmak anlamına gelmediğidir. Gerçekten, birtakım sosyal zorunluluklar nedeniyle konulan kurallar maddi hukukta bir taraf lehine yorum yapmayı gerektirebiliyor. İş hukukuyla ilgili uyuşmazlıklardaki işçi lehine yorum ilkesi ya da boşanma davalarında kadını koruyan hükümler bunlardan bazılarıdır. Ancak bu, maddi hukuk hükümleri ile

<sup>1540</sup> **Karadağ/Türkiye Kararı**na konu ceza yargılamasında, sanık sahte avukatla temsil edildiğini öğrendikten sonra tanık dinlenmesi vb. işlemlerin yenilenmesi talebinde bulunmuş fakat ilk derece mahkemesi talebi reddetmiştir. Karardan sonra başvuran savunma haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle kanun yoluna başvurmuşsa da söz konusu adaletsizlik bu aşamada da telafi edilmemiş ve temyiz itirazları reddedilmiştir. Baş. No:12976/05, T:26.06.2010. Bir başka örnek için bkz. Dayanan/Türkiye Kararı, Baş. No:7377/03, T:13.01.2010.

korunan tarafın yararlandığı yargısal imkânlardan karşı tarafın yararlanamayacağı veya delillerin sadece bir taraf lehine değerlendirilebileceği anlamına gelmez<sup>1541</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde bu konuda özel bir kural olmamakla birlikte, 1982 Anayasasının 38.maddesinin 6.fikrasında, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Anayasa'nın "suç ve cezalara ilişkin esaslar" kenar başlıklı 38.maddesine 2001 yılında eklenen 6.fikraya göre de, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez. Şüphesiz cümledeki "kanun" ifadesi ile kast edilen yürürlükteki mevzuatın tümüdür. Ceza hukukunda, hukuka aykırı deliller, ilk kez 1992 yılında 3842 Sayılı Kanun değişikliği ile açık biçimde ifade edilmiştir. 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5711 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 217.maddesinin 2.fikrasında da, "yüklenen suçun, hukuka uygun şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebileceği" düzenlenmektedir<sup>1542</sup>.

6100 sayılı HMK'ya kadar, medeni usul hukukunda, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin konumunun ne olacağını belirleyen açık bir yasal düzenleme mevcut değildi. Doktrinde konu tartışılmış; BERKİN,<sup>1543</sup> hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delillere dayanarak hüküm verilemeyeceğini, bu tür delillerin yargılamada kullanılmasının makul bir gerekçesi olamayacağını kesin bir şekilde ifade etmiştir. Yazara göre, posta memuru ile anlaşarak ele geçirilmiş ve mahkemeye sunulmuş olan başkalarına yazılmış mektupların veya evli erkeğin ilişki kurduğu ve ileride evlenmek istediği kadına yazdığı mektupların çalınarak boşanma davasında delil olarak kullanılması caiz değildir.

ÜSTÜNDAĞ, hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delillerin değerlendirilmesi açısından bir yasak olup olmadığı şeklindeki usul hukuku sorununa işaret ederek, anayasadan bir yasak çıkarmanın mümkün olup olmayacağı sorusunun güncellik taşıdığını ve Alman hukukunda bu konunun esaslı tartışmalara sahne olduğunu ifade

<sup>1541</sup> Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 385.

<sup>1542</sup> A. Rıza Çınar, "Hukuka Aykırı Kanıtlar", TBBD, S.55, Kasım-Aralık 2004, s.35; Pekcanitez, Hukuka aykırı deliller, s.802; Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Saygılar/ Alan, s.126; Özbek, Şerh, s.844.

<sup>1543</sup> Necmettin Berkin, Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1980, s.734.

etmiştir<sup>1544</sup>. Yazar, ayrıca Yargıtay'ın, delilin elde edilış tarzını dikkate almaksızın değerlendirmeye tabi tuttuğu sonucuna varılabileceğini belirtmiştir<sup>1545</sup>.

PEKCANITEZ'e göre<sup>1546</sup>, kişilik haklarının ve özel yaşam alanının ihlal edilmesi suretiyle elde edilen delillere ispat gücü tanınması mümkün değildir. Anayasa'nın 38.maddesi gibi, hukuk devleti ilkesi de hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin hükme esas alınmasına engel teşkil eder. Her ne kadar medeni usul hukukunun amacı maddi gerçeğe ulaşmak ise de, bu her ne pahasına olursa olsun, hukuk devleti ilkesi ığnenerek maddi gerçeği ortaya çıkarmak olamaz. Her ne kadar HUMK'nda hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin ispat gücüne ilişkin bir düzenleme yer almamakta ise de, Ay. m.38/f.6, hukuk yargısı bakımından da geçerlik taşıyan bir düzenlemedir.

TANRIVER de Anayasa kuralının tüm yargılama hakları açısından geçerli olduğu görüşünü tekrarlamıştır<sup>1547</sup>. Yine, Ay. m.138/f.1'de, hâkimlerin anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri belirtildiğinden yargılamada kullanılacak ispat araçlarının hukukun cevaz verdiği yollardan elde edilmiş olması şarttır. Yazara göre, Ay m.36/f.1 de hak arama özgürlüğünün meşru vasıtalarla yararlanılarak kullanılabilenleği şeklindeki hüküm de bu görüşü desteklemektedir. Anayasa ile güvence altına alınmış olan özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, haberleşme özgürlüğü, kişi dokunulmazlığı gibi temel hak ve özgürlüklerin ihlali sonucu elde edilen delillere ispat gücünün atfedilmesi, devletin yargı erkinin bireysel ihlallere alet edilmesi anlamına gelecektir.

ÖZEKES de hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanılmaması görüşünün taraftarıdır. Yazar, hukuka aykırı elde edilen delillerin değerlendirilmemesinin hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil etmeyeceğini ifade etmiştir. Yazara göre, temel bir hak olan hukuki dinlenilme hakkı, diğer temel hakların ihlali pahasına ayakta tutulmamalıdır<sup>1548</sup>.

<sup>1544</sup> stndağ, s. 627, ayrıca bkz. s. 761, 762 ve orada dn. 35.

<sup>1545</sup> 15. HD., 30.06.1975, YKD. 1976/7, s. 1023.

<sup>1546</sup> Pekcanitez, Hukuka aykırı deliller, s.803-804.

<sup>1547</sup> Süha Tanrıver, Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi, TBB, S.65, Temmuz-Ağustos 2006, s.122 vd.

<sup>1548</sup> zekes, Hukuki Dinlenilme, s.113.

YILDIRIM ve KARSLI ise<sup>1549</sup>, bu konuda hakkaniyet esasına dayalı olarak, hâkime bir serbesti tanıyan esnek bir çözümün benimsenmesinin daha sağlıklı ve doğru bir yaklaşım biçimi olacağını savunmuştur. YILDIRIM, bu konuda genel bir yasak getirmektense, hukuka aykırı yoldan elde edilen delilin değerlendirilip değerlendirilemeyeceği meselesini hâkimin takdirine bırakmak gerektiğini savunmuş, HMK tasarısındaki hukuka aykırı delillerle ilgili hükme tereddütle yaklaşmıştır. Yazara göre, böyle bir yasak getirilmesi, ispat hakkına ve hayatın gerçeklerine uygun düşmemektedir<sup>1550</sup>.

Temyiz Mahkememizin soruna ilişkin uygulamasını iki binli yıllar öncesi ve sonrası şeklinde iki döneme ayırarak ele almak gerekir<sup>1551</sup>. Zira iki binli yıllara gelinceye kadar hukuk davalarında bir delilin elde edilmesinin hukuka aykırı yoldan olup olmadığı sorunu ve hukuka aykırı yoldan elde edilmiş bir delilin kabul edilebilirliği sorunu tespit edebildiğimiz kadarıyla hiçbir kararda tartışma konusu olmamıştır. Yani, sorunun tanınması ve tartışılmaya başlanması iki binli yıllarda gerçekleşmiştir. Yargıtay, meseleyi bir boşanma davasında ele almıştır. Uyuşmazlık, müşterek yaşamın sürdürüldüğü mekânda bulunan, eşlerden biri tarafından tutulan ve rızası dışında ele geçirilen günlüğün, davada delil olarak kullanılıp kullanılmayacağına ilişkindir<sup>1552</sup>. Günlüğün ele geçirildiği yer, eşlerin birlikte yaşadığı ev olduğundan, gizli mekân olarak kabul edilemeyeceği; burada bulunan bir delilin hukuka aykırı yoldan elde edilmiş sayılmayacağı sonucuna varılmıştır. Esasen mevcut tartışma delilin elde edilme biçiminden dolayı hukuka aykırı sayılıp sayılmadığıdır; yoksa hukuka aykırı yollardan ele geçirildiği kabul edilen bir delilin karara esas alınıp alınmayacağı tartışması değildir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bir başka kararında hükme esas alınan delil hukuka aykırı yollardan elde edilmemekle birlikte, sözleri kaydedilen kişinin iradesi serbest olmadığı için tek başına delil olarak kullanılmayacağına karar vermiştir. Muvazaaya dayalı tapu iptali davasında, davacı vekili tarafından dosyaya tek kanıt

<sup>1549</sup> M. Kamil Yıldırım, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990 (Delillerin değerlendirilmesi), s.246; Karşlı, s.551.

<sup>1550</sup> M. Kamil Yıldırım, “Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasakları ve Özellikle Taraflarca Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller”, Erdoğan Teziç’e Armağan, İstanbul 2007 (Hukuka aykırı deliller), s.861 vd.

<sup>1551</sup> Evren Kılıçoğlu, Medeni Yargılamada Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilen Delillerin Kullanılması, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora tezi, İstanbul 2011, s.60.

<sup>1552</sup> HGK, 26.03.2002, E.2002/2-617, K.2002/648 (Pekcantez, Hukuka aykırı deliller, s.834 vd.; Tanrıver, Hukuka aykırı deliller, s.121-122)

olarak ibraz edilen videokasete murisin ses ve görüntüsü kaydedilmiştir. Bu kaydın yapıldığı tarih itibariyle murisin yaşlı, hastalıklar içinde kıvranan, hastaneden çıkmak için yardım bekleyen, her türlü etkiye açık bir kişi olması nedeniyle bu delilin başlı başına muvazaaya kanıt olamayacağı gerekçesiyle özel dairenin bozma kararı usul ve yasaya uygun bulunmuştur<sup>1553</sup>. Kararda hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delilin kullanılabilirliği hukuki sorununa ilişkin teorik açıklamalara yer verilmiş, ardından bir gerekçe gösterilmeksizin somut olayda delilin (video kaydı) elde edilmesinin hukuka aykırı olmadığı sonucuna varılarak kabul edilebilirlik sorunu aşılmış ve ancak delillerin değerlendirilmesinde somut olayın şartları içinde video kaydına tek başına delil değeri verilemeyeceğine karar verilerek davacının muvazaa iddiasının kanıtlanmamış olduğuna hükmedilmiştir<sup>1554</sup>.

13. Hukuk Dairesi kira borcunun ödendiği vakiasının ispat konusu olduğu bir Uyuşmazlıkta, ilk derece mahkemesince dinlenerek karara esas alınmış olan ses kaydının elde edilmesinin yasal yollarla olmadığı gerekçesiyle delil olarak kullanılamayacağına karar vererek hükmü bozmuştur. Bu karar tespit edebildiğimiz kadarıyla, bugüne kadar Yargıtay'ın somut bir uyuşmazlıkta elde edilmesini hukuka aykırı olarak nitelendirerek, delilin yargılamada uyuşmazlığın çözümü için önemli bir vakianın ispatında kullanılamayacağını ifade ettiği tek karardır<sup>1555</sup>.

Yukarıda kısaca özetlemeye çalıştığımız tartışmalar, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile tarihe karışmıştır. Zira, “ispat hakkı” kenar başlıklı 189.maddenin 2.fıkrası, *hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin mahkeme tarafından bir vakianın ispatında dikkate alınamayacağını* açıkça hükme bağlamaktadır. Fıkroda öngörülen düzenlemeye göre, yargılama sırasında taraflarca sunulan delillerin elde edilme biçimi mahkeme tarafından resen göz önüne alınacak ve delilin hukuka aykırı olarak elde edildiğinin tespit edilmesi halinde, diğer tarafça bir

<sup>1553</sup> HGK, 28.05.2003, E:2003/1-374, K:2003/370 (MİHDER S.4, 2006/2, s.1026).

<sup>1554</sup> Kılıçoğlu, s.63-64.

<sup>1555</sup> 13. H.D. 14.06.2006 t., E. 7611, K. 9640 sayılı kararı: “... Davacı, kira sözleşmesinin sona erdiği 27.10.1999 tarihine kadarki kiralarını ödemediği halde davalı tarafından Şubat-Aralık 1999 dönemlerine ait kira bedelleri için başlatılan takipten dolayı borçlu olmadığına tespiti istemi ile eldeki bu davayı açmıştır. Davalı davanın yasal delillerle kanıtlanması gerektiğini savunarak reddini dilemiştir. Mahkeme yangından sonra onarım olmadığından sözleşmenin son bulduğunu bu nedenle kasım ve aralık ayı kiralarının istenemeyeceğini, diğer aylara ait kira bedellerinin ise davacı vekilinin ses kaydını delil kabul ederek ödenmiş olduğundan bahis ile davanın kabulüne karar verilmiş ise de, davacı kira bedellerini ödemediğini yasal delillerle ispat etmekle yükümlüdür. Yasal olmayan yollarla elde edilen ses kaydı delil olarak değerlendirilemeyeceği gibi, HUMK’un 236/3 maddesi hükmü gereğince sulh görüşmeleri sırasındaki ikrar da muteber değildir...”. (Kılıçoğlu, s.66).

itiraz ileri sürülmesine dahi mahkemece caiz olmadığına karar verilerek değerlendirme dışı tutulacaktır<sup>1556</sup>. Açık kanun hükmüne rağmen, hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delilin mahkemeye sunulmasına izin verilmesi, silahların eşitliği ilkesini ihlal edecektir.

Delil yasağını öngören hüküm, HMK'nın uygulama alanı bulduğu tüm yargılamalarda uygulanacaktır. Hem yazılı yargılama hem de basit yargılama usulüne göre görülen davalarda uygulama alanı bulması söz konusudur (bkz. HMK m. 322 f.1). Ayrıca delil yasağı, çekişmeli yargı dışında çekişmesiz yargı işlerinde de uygulanacaktır (bkz. HMK m. 385 f.1). Hakkında özel bir düzenleme bulunmayan hallerde HMK hükümlerinin uygulanacağı, hukuk yargılamasına dahil diğer özel mahkemelerde de (iş mahkemeleri, aile mahkemeleri, kadastro mahkemeleri, icra mahkemeleri, fikri ve sınai haklar hukuk mahkemeleri, tüketici mahkemeleri, denizcilik ihtisas mahkemeleri) delil yasağı hükmü uygulama alanı bulacaktır<sup>1557</sup>.

Şüphesiz, medeni usul hukukunun amacı maddi gerçeğe ulaşmaktır. Fakat bu amacın sınırları hukuk devletinin gerekleri ile çizilmiştir. Yani, maddi gerçeğe, hukuk kuralları içinde kalınarak ulaşılmaya çalışılmalıdır. Gerçeğe ulaşmak için her ne pahasına olursa olsun, sınırsız surette araştırma yapılmasına izin verilmesi hem hukuk devleti ilkesinin hem de silahların eşitliği ilkesinin ihlali anlamına gelecektir<sup>1558</sup>. Silahların eşitliği ilkesinin ihlali ise, adil yargılanma hakkının bir unsuru olan hakkaniyete uygun yargılama ilkesinin ihlali sayılacaktır. AİHM, böyle bir ihlalin varlığını tespit ettiğinde ise yargılamanın yenilenmesi gerekecektir<sup>1559</sup>.

Hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin mahkemeye sunulması dürüstlük kuralına da aykırıdır. Zira hukuka aykırı delil, ya aldatma yolu ile elde edilmiş, ya çalınmış ve yahut zorla ele geçirilmiştir. Yargılamaya ilişkin hakların ve usulî yetkilerin kötüye kullanılması halinde mahkeme, gösterilen delillere hukuki koruma sağlamakla ödevli tutulmamalıdır. Aksi yönde bir tutum, hukuka aykırı delillerden yararlanarak lehine hüküm elde edilen tarafın, karara tesir eden hileli bir davranışta bulunmuş olması (HMK m.374/h) anlamına gelebileceğinden, hüküm kesinleşmişse

<sup>1556</sup> **Karşlı**, s.550; **Kılıçoğlu**, s.260; **Yılmaz**, Şerh, s.1043; **Umar**, Şerh, s.535 vd.

<sup>1557</sup> **Kılıçoğlu**, s.251.

<sup>1558</sup> **Pekcanitez**, Hukuka aykırı deliller, s.803; **Tanrıver**, Hukuka aykırı deliller, s.125-126.

<sup>1559</sup> **Tanrıver**, Hukuka aykırı deliller, s.126.

yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilecektir. Ayrıca, hukuka aykırı yollardan delil edilmesinin kişilik haklarını ihlal etmesi sebebiyle, bu yönetime başvuran taraftan tazminat talep edilebilir<sup>1560</sup>. Buna ilaveten hâkim hakkında sorumluluk davası açılması da gündeme gelebilir<sup>1561</sup>.

Hukuka aykırılık kavramı, tüm hukuk kurallarını kapsamaktadır. Hukuk devletinde, yasalar onlara uyulması için yapılır. Bu nedenle, hukuka aykırılığın derecesi olmaz. Önemli olan, delilin elde edilmesi sırasında herhangi bir hukuk kuralının çiğnenmiş olmasıdır. Yani ağaç zehirli ise meyvesi de zehirlidir. Hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delillerin dolaylı ya da uzak etkisi dahi kabul edilemez<sup>1562</sup>.

## 2. Hukuki Dinlenme Hakkı

### a. Genel Olarak Kavram

Hukuki dinlenme hakkı, geçmişten beri yargılama bakımından önemi üzerinde durulan bir haktır. O kadar ki, Roma hukukunda, hakkın önemini vurgulamak için “*bir kişinin dinlenilmesi hiç kimsenin dinlenilmemesidir*” (*audiatur et altera pars*) şeklinde Latince bir özdeyiş olduğundan söz edilir<sup>1563</sup>. Adil bir yargılama için gerek taraflar arasında gerekse taraflarla yargı organı arasındaki iletişimin sağlanması hukuki dinlenme hakkı ile garanti altına alınmaktadır. Bu açıdan, hukuki dinlenme hakkı ile adil yargılanma ilkesinin birbirleriyle çok yakın ilişkili iki hak ve ilke olduğu, hatta hukuki dinlenme hakkının adil yargılanma

<sup>1560</sup> 4. HD. 26.10.2007, 13723/13089 (**Pekcanitez**, Hukuka aykırı deliller, s.833-834).

<sup>1561</sup> **Tanriver**, Hukuka aykırı deliller, s.127.

<sup>1562</sup> **Çınar**, 63; **Kaşıkkara**, s.167.

<sup>1563</sup> [http://fr.wikipedia.org/wiki/Principe\\_du\\_contradictoire\\_dans\\_les\\_proc%C3%A9dures\\_juridictionnelles\\_en\\_France](http://fr.wikipedia.org/wiki/Principe_du_contradictoire_dans_les_proc%C3%A9dures_juridictionnelles_en_France); **Pekcanitez**, Hukuki dinlenme, s.755; **Özekes**, Hukuki dinlenme, s.24; **Yeşilova**, s.63. Roma’da ilk dönemlerde uygulanan yargılama usulünde, önce karşı taraf *magistra* önüne davet edilmekte (*in iusvocatio*), sonra dava hakkı (*actio*) tanınmakta idi. Hâkim önünde görülen davada, her iki taraf da iddiasını ispata çalışırdı. Daha sonra yerleşen fevkalade usulde ise, doğrudan dava açma imkânı mevcuttu. Davacı davasını açtıktan sonra davalı mahkemeye davet edilirdi. Bu dönemde davacının kullandığı açıklama hakkı *narratio*; davalının kullandığı açıklama hakkı ise *contradictio* şeklinde ifade edilmektedir. Görüldüğü üzere, her iki yargılama usulünde de, taraflar (özellikle davalı) yargı organı önüne çağrılarak dinlenmektedir. Böylelikle, hukuki dinlenme hakkının unsurlarından bilgi edinme ve açıklama hakkının gerçekleşmesine Roma Hukukunda da özen gösterildiği anlaşılmaktadır. Bülent **Tahiroğlu**/ Belgin **Erdoğan**, Roma Usul Hukuku, İstanbul 1989,s 10-11; **Postacıoğlu**, s.505; **Özekes**, Hukuki dinlenme, s.24.



hakkının bir unsuru olduğu söylenebilir<sup>1564</sup>. Hukuki dinlenilme hakkının aşağıda incelenecek olan unsurları aynı zamanda adil yargılanma hakkının gerçekleşmesi için varlığı mutlaka aranan unsurlardır. Örneğin mahkeme kararlarının gerekçeli olması ilkesi, hem hukuki dinlenilme hakkı kapsamında dikkate alınma hakkının en önemli aracı iken hem de adil yargılanma hakkının bir unsuru olan hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında yer almaktadır. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmeyen bir durumda adil bir yargılamadan bahsetmek mümkün olmayacaktır.

Diğer taraftan, adil yargılanma hakkının unsurlarında bir eksiklik olması halinde, hukuki dinlenilme hakkının tam uygulanması söz konusu olmayacaktır. Örneğin, kanuni hâkim ilkesinin ihlal edildiği durumlarda hukuki dinlenilme hakkı da tehlikededir. Yine, mahkemenin bağımsızlığını ya da tarafsızlığını kaybettiği durumlarda hukuki dinlenilme hakkının gerçekleşmesi zordur. Zira, hâkimin kanuni, bağımsız ve tarafsız olması, tarafları eşit şekilde dinlemesini, açıklamalarını tam olarak dikkate alıp değerlendirmesini sağlar. Bağımsız ve tarafsız olmayan bir hâkimden taraflara eşit mesafede durarak doğru bir değerlendirme yapması beklenemez. Bu nedenle, adil yargılanma hakkının unsurları olan bağımsızlık ve tarafsızlıktan uzaklaşıldığı ölçüde hukuki dinlenilme hakkından da uzaklaşmış olur<sup>1565</sup>. Söz konusu yakın ilişki sebebiyle, hakkaniyete uygun yargılanma hakkı başlığı altında hukuki dinlenilme hakkına bir unsur olarak yer vermek ve bu hakkın içeriğini adil yargılanma hakkı bakımından incelemek ihtiyacı hasıl olmuştur.

Yargıtay da hukuki dinlenilme hakkını adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak görmektedir. Hukuk Genel Kurulu bir kararında, Hukuki dinlenilme hakkının, Anayasanın 36.maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6.maddesinde

<sup>1564</sup> **Chen**, s.287; **Doswald- Beck/ Kolb**, s.121; **De Salvia**, s.293 vd.; **Eudes**, s.184; **van Drooghenbroeck**, s.150; **Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet**, s.321; Gérard **Couchez**, Principe De La Contradiction, JC Procédure Civile, Septembre 1998, Fasc.114, s. 2; **Arslan/Tanrıver**, s.182; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.386-387; **Alangoya/Yıldırım/Deren- Yıldırım**, s.187; **Pekcanitez**, Hukuki dinlenilme, s.754; **Özekes**, Hukuki dinlenilme, s.56-57; Murat **Yavaş**, “Mehaz Kanun ile Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Medeni Yargılamaya Hakim Olan İlkeler ve Hakim Rolü” Prof. Dr. YAVUZ ALANGOYA için Armağan, İstanbul 2007, s.294; **Yılmaz**, Şerh, s.289; **Umar**, Şerh, s.119; **Sungurtekin Özkan**, Usul, s.116.

<sup>1565</sup> **Özekes**, Hukuki dinlenilme, s.58. Yazar, kanuni hâkim ilkesine aykırılık teşkil eden her durumda hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilmeyebileceğine dikkat çekmektedir. Hukuki dinlenilme hakkının gerekleri tam olarak yerine getirilmişse, genel olarak hukuki dinlenilme hakkına aykırı bir durum olmayacaktır.

düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsuru olduğunu belirtmiştir. Zira insan onurunun yargılamadaki zorunlu bir sonucu olarak, yargılama süjelerinin, yargılamada şeklen yer almaları dışında, tam olarak bilgi sahibi olmaları, kendilerini ilgilendiren yargılama konusunda açıklama ve ispat haklarını tam ve eşit olarak kullanmaları ve yargı organlarının da bu açıklamaları dikkate alarak gereği gibi değerlendirme yapıp karar vermesi gereklidir<sup>1566</sup>.

Anayasa Mahkemesi de, verdiği birçok kararda hukuki dinlenilme hakkının önemini vurgulamıştır. Örneğin, bir kararında kişilerin savunma hakkını, kısıtlanmaması gereken “temel ve kutsal bir hak” olarak kabul etmiştir<sup>1567</sup>. Bir başka kararında, adalet kavramının ancak sav- savunma ve karar üçlüsünden oluşan bir yargılama ile yaşama geçeceğinden bahsetmiştir<sup>1568</sup>. Savunma hakkının tam olarak sağlanması ise şüphesiz hukuki dinlenilme hakkına uyulması ile gerçekleşebilecektir. Hukuki dinlenilme hakkının tam olarak sağlanabilmesi için devlet ve özellikle yargı organlarıncaya gerekli tedbirler alınmalıdır. Devletin, burada müdahale etmemesi, bir başka deyişle pasif kalması her zaman yeterli olmayabilir<sup>1569</sup>. Anayasa Mahkemesi, sav ve savunma hakkını hak arama özgürlüğünün temeli olarak kabul etmiş, devletin buna ilişkin her türlü hukuksal olanağı sağlama ödevine dikkat çekmiştir<sup>1570</sup>.

Kişilere hukuki korunma talebi ile mahkemeye erişim hakkı tanınması gerekli fakat yeterli değildir. Devletin hukuk devleti niteliğinden bahsedebilmek için yargı organları karşısında bireyin adil ve hukuki dinlenilme hakkına uygun şekilde yargılanması gerekir. Hukuki dinlenilme hakkı, hukuk devleti ilkesine uyulduğu oranda gerçekleşecektir. Zira, hukuk devleti ilkesi, insan haklarının tanınmasına ve korunmasına en iyi şekilde hizmet eder. Devletin hukuka uygunluğunu denetleyecek olan yargı mekanizmasının etkin işlemesi hukuk devletinin yapıcı unsurları arasındadır. Etkin bir yargı mekanizması için adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelere uyulması şarttır<sup>1571</sup>.

<sup>1566</sup> HGK, 23.11.2011, E:2011/11-554, K:2011/684 (MİHDER C.8, S.21, 2012/1, s.106); 10.HD, 24.06.2008, E:2007/24779, K:2008/8902 (MİHDER S.10, 2008/2, s.513).

<sup>1567</sup> AMK, 31.03.1992, 18/20 (Özkes, Hukuki dinlenilme, s.19, <http://www.anayasa.gov.tr>, 16.09.2012).

<sup>1568</sup> AMK, 16.06.1992, 8/39 (Özkes, Hukuki dinlenilme, s.21, <http://www.anayasa.gov.tr>, 16.09.2012).

<sup>1569</sup> Özkes, Hukuki dinlenilme, s.45.

<sup>1570</sup> AMK, 19.09.1991, 2/30 (Özkes, Hukuki dinlenilme, s.21, <http://www.anayasa.gov.tr>, 16.09.2012).

<sup>1571</sup> Özkes, Hukuki dinlenilme, s.40.

Hukuki dinlenilme hakkı sayesinde kişi, hakkındaki yargılama ile ilgili bilgi sahibi olabilecek, açıklama yaparak yargılamaya etki edebilecek, açıklamaları yargı organı tarafından dikkate alınabilecek ve öngöremediği bir kararla karşılaşmayacaktır<sup>1572</sup>. Bu açıdan, hukuki dinlenilme hakkı insan onuru ile yakından ilgilidir hatta bu hakkın temeli insan onurunun korunmasına dayanmaktadır ve yargılamaya katılanların yargılamanın objesi olarak kalmalarını engellemek amacıyla ihtiva etmektedir<sup>1573</sup>. Yargılamada, hak sahipleri dinlenir, düşünceleri değerlendirilirse onların varlıklarına saygı duyulmuş olacaktır.

Bir yargılama sonucunda adaletin gerçekleşmiş sayılması için, tarafların hukukun uygulanması konusunda tatmin olmaları gerekir. Bir başka deyişle, kişinin adil şekilde yargılandığına inanması, kendisine yargılamaya katılarak etki edebilme şansı verildiğine kanaat getirmesine bağlıdır. Uyuşmazlığın taraflarından birinin aleyhindeki dava ve iddialardan haberdar olmadığı, haberi olsa bile etki edemediği, dinlenmediği, açıklama ve taleplerinin dikkate alınmadığı bir yargılama adil sayılmaz. Böyle bir yargılama sonucunda verilen hüküm gerek uyuşmazlığın tarafları gerek toplum için ikna edici olmaktan çok uzak kalacak; vicdanlardaki bu rahatsızlık nedeniyle adalet duygusu ve toplumun yargıya olan güveni sarsılacaktır<sup>1574</sup>.

O halde, hukuki dinlenilme hakkı temel bir yargılama ilkesi olarak kabul edilmelidir<sup>1575</sup>. Doktrinde ÖZEKES tarafından, “*Yargılamayla hukuki durumu etkilenecek kişilerin, yargılamanın bir süjesi olarak, yargılama konusunda bilgi edinmelerini, açıklamada bulunmalarını, yargılamaya etki edebilmelerini ve yargı mercilerinin bunları dikkate alıp değerlendirerek, gerekçeli şekilde karar vermelerini sağlayan, sürpriz kararlarla karşılaşmanın önüne geçen bir temel hak ve yargılama ilkesi*” şeklinde tanımlanmaktadır<sup>1576</sup>. Hukuki dinlenilme hakkının

<sup>1572</sup> Pekcanitez, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 754; F. Bohnet/ J. Haldy/ N. Jeandin/ Ph Schweizer/ D. Tappy, Code de procédure civile commenté, Bâle 2011, s.143; Özekes, hukuki dinlenilme, s.17.

<sup>1573</sup> Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 387; Pekcanitez, Hukuki dinlenilme, s.756; Özekes, Hukuki dinlenilme, s.22.

<sup>1574</sup> Özekes, Hukuki dinlenilme, s.21.

<sup>1575</sup> Chen, s.287; Doswald- Beck/ Kolb, s.121; De Salvia, s.293 vd.; Eudes, s.184; van Drooghenbroeck, s.150; Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet, s.321; Couchez, s.2; Frédérique Ferrand, Le Principe Contradictoire Et L’Expertise En Droit Comparé Européen, R.I.D.C Janvier-Mars 2000, s.346; Özekes, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 31; Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier, Droit Constitutionnel Suisse, Volume II, Berne 2006, s.606.

<sup>1576</sup> Özekes, Hukuki dinlenilme, s.31.

gerçekleştirilmesi, mahkeme için bir yükümlülüktür<sup>1577</sup>. Hukuki dinlenme hakkının ihlal edildiği her olayda, mahkeme kendisine düşen, taraf ya da müdahilin, ilgili uyuşmazlık hakkında diyeceklerini demesine, görüşünü ve gerekçelerini savunmasına yeterince fırsat vermek yükümlülüğünü yerine getirmemiş durumdadır. Bu, tarafın duruşma hakkında bilgilendirilmemesi ya da duruşmada kendisine söz verilmemesi gibi farklı şekillerde olabilir<sup>1578</sup>. Hukuki dinlenme hakkı bakımından önemli olan, hak sahibinin bu hakkını kullanıp kullanmadığı değil; ona bu şansın verilmesi, gerekli imkânın tanınması ve hakkını kullanırken engel olunmamasıdır. Hak sahibi, yargılamaya katılıp katılmamak veya bu hakkını dilediği gibi kullanmakta serbesttir<sup>1579</sup>.

Hukuki dinlenme hakkının temel dayanağı, hak arama özgürlüğüne ilişkin olarak düzenlenen Anayasa m.36'dır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesine paralel şekilde düzenlenen bu hüküm, adil yargılanma hakkını ve onun bir unsuru olması dolayısıyla hukuki dinlenme hakkını anayasal temele oturtmuştur<sup>1580</sup>. Maddeye göre, "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak, iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*". Dikkat edilirse, hükümde hakkın geçerli olduğu alan mahkeme şeklinde sınırlandırılmayıp "yargı mercileri" ifadesi kullanılmıştır. Bu ifadeden hareketle hukuki dinlenme hakkının, çekişmeli yargı dışında, çekişmesiz yargıda, geçici hukuki korumalarda, icra prosedürlerinde icra organları önünde ve hakemler önündeki tahkim yargılamasında da geçerli olduğu söylenebilir. Bu süreçlerden bazılarında şeklen bir mahkeme önünde cereyan etmese de fonksiyonel anlamda yargı yetkisi kullanılmaktadır<sup>1581</sup>.

Mahkeme kararlarının gerekçeli olmasını arayan Anayasa m.141/f.III hükmü de, adil yargılanma hakkının unsuru olan hukuki dinlenme hakkının gereğidir<sup>1582</sup>. Zira aşağıda ayrıca açıklanacağı üzere, mahkeme kararının gerekçesi, taraf açıklamalarının mahkeme tarafından dikkate alınıp değerlendirildiğinin ispatına yarar. Anayasa m.2'deki hukuk devleti ilkesi de bu hukuki dinlenme hakkının

<sup>1577</sup> Umar, Şerh, s.119; Özekes, Hukuki dinlenme, s.65.

<sup>1578</sup> Umar, Şerh, s.119; Arslan/Tanrıver, s.182.

<sup>1579</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.387; Özekes, Hukuki dinlenme, s.46.

<sup>1580</sup> Pekcanitez, Hukuki dinlenme, s.754, Özekes, Hukuki dinlenme, s.29.

<sup>1581</sup> Özekes, Hukuki dinlenme, s.196; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s.391.

<sup>1582</sup> Özekes, Hukuki dinlenme, s.30.

güvencesi durumundadır. Zira hukuki dinlenilme hakkını tanımayan ve garanti altına almayan bir devlet hukuk devleti olarak nitelendirilemez. Tarafların karara etki edebilmelerine olanak tanınmadan alınacak bir kararın, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacağı açıktır.

Hukuki dinlenilme hakkı, HMK m.27’de düzenlenmiştir<sup>1583</sup>. Maddeye göre, davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler. Bu hak; yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini, kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini ve hâkimin kararını etkilemek amacıyla sunulan her türlü delili tartışabilme hakkı tanınmasını kapsar<sup>1584</sup>. Bundan başka, HMK 144<sup>1585</sup> ve 145<sup>1586</sup> maddeler de hukuki dinlenilme hakkının birer uzantısı niteliğinde düzenlemelerdir.

HUMK’nda hukuki dinlenilme hakkına ilişkin tanımlayıcı bir düzenleme yer almamakla birlikte, tarafların usulüne uygun şekilde davet edilmeden hüküm verilemeyeceğine ilişkin 73.madde, hukuki dinlenilme hakkının dayanağı kabul ediliyordu<sup>1587</sup>. Bu düzenlemeden başka, tahkikata ilişkin hükümler arasında, tarafların yargılamaya çağrılmaları ve dinlenmelerine (HUMK m.213-216); sözlü yargılamaya (HUMK m.376-377); kararın gerekçeli olmasına (HUMK m.388) ilişkin hükümler, hukuki dinlenilme hakkının gerçekleştirilmesine yönelik diğer örneklerdir<sup>1588</sup>.

Hukuki dinlenilme hakkı, yabancı hukuk sistemlerinde de temel bir yargılama ilkesi olarak yerini almaktadır. İsviçre Hukuku’nda, Federal Medenî Usûl

<sup>1583</sup> Hukuki dinlenilme hakkı, İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu’nun 53.maddesinde düzenlenmiştir.

<sup>1584</sup> Oyman/Türkiye Kararı, Baş. No: 39856/02, T:20 Şubat 2007.

<sup>1585</sup> 144. madde, tahkikat aşamasında mahkemenin her iki tarafı usulüne uygun olarak davet ederek davada ileri sürülen vakıalar hakkında dinleyebileceğini düzenlemektedir.

<sup>1586</sup> 145. madde uyarınca, taraflar Kanunda belirtilen süreden sonra delil gösteremezlerse de bir delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşııyorsa veya süresinde ileri sürülemediği ilgili tarafın kusurundan kaynaklanıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir. Bu şekilde, yeni delil sunma yasağına istisna getirilmesi hukuki dinlenilme hakkının tabii bir sonucudur. Bkz. madde gerekçesi.

<sup>1587</sup> HUMK m.73: “Kanunun gösterdiği istisnalar haricinde hâkim her iki tarafı istima veyahut iddia ve müdafaalarını beyan etmek için kanuni şekillere tevfikân davet etmedikçe hükmünü veremez” şeklinde kaleme alınmıştı.

<sup>1588</sup> **Özkes**, Hukuki dinlenilme, s.30; **Tanrıver**, Adil Yargılama, s.205.

Kanunu'nun 53. maddesinin 1. fıkrasında ve Anayasa'nın 29. maddesinin 2. fıkrasında tarafların hukukî dinlenme hakkına sahip oldukları ortaya konulmuştur. Federal Medenî Usûl Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce yürürlükte bulunan kanton medenî usûl kanunlarında da hukukî dinlenme hakkına ilişkin düzenlemelere yer verilmişti. Fribourg Medenî Usûl Kanunu'nun 7. maddesinde, Cenevre Medenî Usûl Kanunu'nun 4. maddesinde, Neuchâtel Medenî Usûl Kanunu'nun 55. maddesinde hukuki dinlenme hakkına değinilmekte idi<sup>1589</sup>. Fransız Hukuku'nda da Medenî Usûl Kanunu'nun 16. maddesinin 1. fıkrasında, hâkimin hukukî dinlenme hakkının varlığını her durumda re'sen gözetmesi gerektiği belirtilmektedir. Alman hukukunda hukuki dinlenme hakkının dayanağı Alman Anayasası m.103/f.I'dir. Avusturya Medeni Usul Kanunu'nun 177.paragrafının birinci fıkrasında hukuki dinlenme hakkının sağlanması hâkimin görevi olarak ifade edilmiştir.

Hukuki dinlenme hakkı, öncelikle yargılamanın taraflarına aittir<sup>1590</sup>. Tarafın gerçek kişi ya da tüzel kişi olması fark etmediği gibi<sup>1591</sup>, taraf ehliyeti olmayan topluluklara da hukuki dinlenme hakkı tanınmalıdır<sup>1592</sup>. Taraf kavramı içinde değerlendirilen dava arkadaşlığında da her bir dava arkadaşının hukuki dinlenme hakkı mevcuttur. Hatta mecburi dava arkadaşları birlikte hareket etseler dahi hukuki dinlenme hakkı her biri için bağımsız olarak mevcuttur<sup>1593</sup>. Ayrıca kişinin, yabancı, vatandaş hatta vatansız olması dahi hukuki dinlenme hakkından yararlanması açısından önem taşımaz. Bu hak vatandaşlıktan bağımsız bir temel hak olarak din, dil, ırk gibi ayrımlar yapılmadan sağlanmalıdır<sup>1594</sup>. Zira, ilgilileri yargılamanın objesi değil, süjesi haline getirmeyi amaçlayan bu hak insan onuru ile yakından ilişkilidir.

Taraflar yanında, yargılama sonucundan etkilenecek üçüncü kişiler de hukuki dinlenme hakkından yararlanmalıdır. Doktrinde, hükmün etkilerinin üçüncü kişileri kapsadığı hallerde, hükümden etkilenecek olan üçüncü kişilere de mahkemede

<sup>1589</sup> Fabienne **Hohl**, Procédure civile, Tome I, Introduction et théorie générale, Bern 2008, s.170; **Hofmann/Lüscher**, s.26.

<sup>1590</sup> 3.HD, 24.01.2013, E.2012/22855, K.2013/1070; 2.HD, 02.07.2013, E.2012/27427, K.2013/18616 (**Gençcan**, s.260-261).

<sup>1591</sup> **Pekcanitez**, Hukuki dinlenme, s.762.

<sup>1592</sup> **Özekes**, Hukuki dinlenme, s.254-255.

<sup>1593</sup> **Özekes**, Hukuki dinlenme, s.256-257.

<sup>1594</sup> **Alangoya/Yıldırım/Deren- Yıldırım**, s.187; **Pekcanitez**, Hukuki dinlenme, s.762; **Özekes**, Hukuki dinlenme, s.257.

dinlenilme hakkı tanınması gerekliliği üzerinde durulmaktadır<sup>1595</sup>. AİHS'in 6.maddesi adil yargılanma hakkını "herhangi bir kişiye" tanıdığına göre, davada şeklen taraf olanlar yanında kararın hukuki sonuçlarından etkilenecek olan üçüncü kişiler de hukuki dinlenilme hakkından yararlanmalıdır<sup>1596</sup>. Ancak bu kişiler, kendi haklarıyla orantılı olarak hukuki dinlenilme hakkını kullanacaklardır<sup>1597</sup>.

Bu kapsamda akla ilk olarak müdahale kurumu gelmektedir. İki taraf sistemini esas alan yargılama hukukumuzda, üçüncü kişilerin yargılamada dinlenilmesine olanak veren en önemli kurum fer'i müdahaledir<sup>1598</sup>. Fer'i müdahil<sup>1599</sup> hukuki dinlenilme hakkından yararlandırılmalıdır<sup>1600</sup>. Örneğin mahkeme, üçüncü kişinin müdahale talebinin kabulü ve reddi hakkında verdiği kararın gerekçelendirilmesi ve üçüncü kişiye tebliğ edilmesi hukuki dinlenilme hakkının gereğidir. Böylelikle üçüncü kişi hangi sebeple müdahale talebinin kabul edilmediğini veya talebinin mahkemece değerlendirilip değerlendirilmediğini anlayabilecektir<sup>1601</sup>. Davaya usulüne uygun şekilde katılan fer'i müdahilin dosyayı incelemesi, açıklamada

<sup>1595</sup> **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.390; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s.187; **Budak**, Üçüncü kişiler, s.28; **Yavaş**, s.297; **Demircioğlu**, s.108-109; **Gençcan**, s.261; **Sungurtekin Özkan**, Usul, s.116. Bu görüş savunucularına göre, "hükümden etkilenecek olan üçüncü kişilere dinlenilme hakkının tanınmaması halinde, özellikle tasarruf ilkesinin geçerli olduğu davalarda bu üçüncü kişilerin menfaatlerinin kaderi davanın taraflarının ellerine teslim edilmiş olacaktır" **Budak**, Üçüncü kişiler, s.28. Bu görüşe karşı olan yazarlar ise, hükmün etkilerinin üçüncü kişilere uzandığı her durumda kendilerine mahkemede dinlenilme hakkı tanınması, hükümden etkilenecek üçüncü kişilerin sayılarının çok fazla olduğu hallerde pratik güçlüklerle, masrafa ve zaman kaybına neden olacağı için usul ekonomisi ilkesine uygun düşmeyeceğini ileri sürmektedir. Üçüncü kişilerin dinlenilmesi şartına ağırlık verilirse, kesin hükmün üçüncü kişilere sirayetinin, bazı tespit hükümlerinin herkese karşı geçerli olması ve inşai tesirin varlığının reddi gerekecektir. Nevhis **Deren-Yıldırım**, Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükmün Sübjektif Sınırları, İstanbul 1996 (Kesin hüküm), s.42-43. BUDAK ise, üçüncü kişinin mahkemede dinlenilme hakkına sahip olup olmadığı tespit edilirken, davanın taraflarının davayı sadece kendi aralarında görmek konusundaki menfaatleri ile üçüncü kişinin davaya dahil olmak konusundaki menfaati arasında bir karşılaştırma yaparak dengeli bir çözüm bulmayı önermektedir. Bkz. s.31.

<sup>1596</sup> Örneğin, velayetin değiştirilmesine yönelik bir davada, idrak çağındaki çocukların da görüşünün alınması gerektiğine ilişkin Yargıtay kararı için bkz. 2.HD, 17.04.2013, E.2012/19120, K.2013/10777 (**Gençcan**, s.262).

<sup>1597</sup> **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.390-391; **Gençcan**, s.261.

<sup>1598</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan **Pekcanitez**, Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara 1992 (Müdahale).

<sup>1599</sup> Asli müdahil, müdahale davasının davacısı yani davanın tarafı olduğundan hukuki dinlenilme hakkıyla ilgili asıl tarafın sahip olduğu tüm imkânlarla sahip olmalıdır. Fer'i müdahil ise, kendi hakkıyla bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkını kullanacaktır. Örneğin davada taraf olarak yer almadığı için mahkeme ona davayı bildirmekle yükümlü değildir ancak davaya katıldığı andan itibaren yok sayılamaz. Davaya katıldığı andan itibaren yargılama hakkında bilgi sahibi olma ve açıklama hakkına sahiptir. Fer'i müdahil, ortaya çıkacak hükümden tam olarak yararlanmak için değil, hükmün kendisine karşı olumsuz etki doğurmasını engellemek için hukuki dinlenilme hakkını kullanmaktadır. **Özekes**, Hukuki dinlenilme, s.260-263.

<sup>1600</sup> **Tanriver**, Adil Yargılanma, s.206; **Gençcan**, s.261; **Pekcanitez/Atalay/ Özekes**, s.391; **Sungurtekin Özkan**, Usul, s.117.

<sup>1601</sup> **Pekcanitez**, Müdahale, s.125-126; **Özekes**, Hukuki dinlenilme, s.184.

bulunması, delil sunması, yanında katıldığı tarafın iznine rağmen mahkemece engellenirse hukuki dinlenilme hakkı ihlal edilmiş olur<sup>1602</sup>.

Takip hukukunda da hukuki durumları doğrudan doğruya ve birebir etkilenmek kaydıyla, üçüncü kişiler hukuki dinlenilme hakkına sahiptir. Şikâyet yoluna sadece tarafların değil; yapılan işlemde etkilenen ilgililerin de başvurabilmesi (İİK m.16) ya da üçüncü kişiye ait bir malın haczedilmesi durumunda kendisine istihkak iddia etme imkânı tanınması (İİK m.96), üçüncü kişilerin de bu hakka sahip olduğunu gösteren düzenlemelerdir<sup>1603</sup>. İflas davasında, davalının alacaklıları (ilan yolu ile) resen mahkemeye davet edilmekte ve kendilerine iflas talebine itiraz etmek olanağı (İİK m.158)<sup>1604</sup> tanınmaktadır.

İcra ve İflas Kanunu'nun 150ı maddesine yöneltilen eleştirilere değinmek gerekir. Kredi alacaklarından dolayı, ipoteğin ilamlı paraya çevrilmesi yolu ile takibi düzenleyen bu hükme göre, krediyi kullanan taraf, kendisine takipten önce noter aracılığıyla gönderilmesi gereken hesap özetine veya tazmin talebine sekiz gün içinde itiraz etmiş olduğunu ispat edebilirse şikâyet yoluna başvurabilmektedir. ÖZEKES, hükmün mevcut haliyle hukuki dinlenilme hakkını kısıtladığını ifade etmektedir<sup>1605</sup>. Biz, bu düşünceye ek olarak mahkemeye erişim hakkının da engellendiği kanaatindeyiz.

Çekişmesiz yargıda hem şekli anlamda ilgililer hem de maddi anlamda ilgililer hukuki dinlenilme hakkına sahiptir. Şekli anlamda ilgililer zaten yargılamada yer aldıkları için bu haklarını kullanırlar. Bundan başka maddi anlamda ilgili olan herkes çekişmesiz yargıya katılarak görüşlerini ifade etme imkânına sahiptir<sup>1606</sup>. Bu, Anayasa'daki hak arama hürriyetinin<sup>1607</sup> ve aynı zamanda adil yargılanma hakkının unsurlarından olan hukuki dinlenilme hakkının bir gereğidir.

<sup>1602</sup> Özekes, Hukuki dinlenilme, s.263.

<sup>1603</sup> Özekes, Hukuki dinlenilme, s.238.

<sup>1604</sup> BUDAK, iflas talebine itiraz eden üçüncü kişilerin yetkilerinin fer'i müdahilin yetkilerinden biraz daha geniş olması gerektiği görüşündedir. İflas talebine itiraz eden alacaklılar, Alman Hukukundaki dava arkadaşı şeklinde fer'i müdahil gibi davanın taraflarından bağımsız olarak usul işlemleri yapabilmelidirler. Bkz. Üçüncü kişiler, s.66-69.

<sup>1605</sup> Özekes, Hukuki dinlenilme, s.275.

<sup>1606</sup> Özekes, Hukuki dinlenilme, s.270; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s.391.

<sup>1607</sup> Budak, Üçüncü kişiler, s.111.



Üçüncü kişilerin korunmasının bir sonucu olarak çekişmesiz yargı kararlarına karşı yalnızca şekli anlamda ilgililer değil, maddi anlamda ilgililer de kanun yoluna başvurabilirler<sup>1608</sup>. Nitekim HMK m.387, çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlara karşı, hukuki yararı bulunan ilgililerin, kararın öğrenilmesinden itibaren iki hafta içinde istinaf kanun yoluna başvurabileceğini düzenlemektedir. Bu düzenleme, çekişmesiz yargı işlerinde hakkı etkilenen herkesin hukuki dinlenilme hakkından yararlandırılması amacına hizmet etmektedir.

Hukuki dinlenilme hakkı, tüm yargılama usullerinde ve yargılamanın her aşamasında saygı duyulması gereken bir haktır<sup>1609</sup>. Nihai kararlar bakımından da, mahkemenin kararının esasa mı yoksa usule mi ilişkin olduğunun da bir önemi yoktur. Hak sahibini ister maddi hukuk, ister usul hukuku yönünden etkileyen bir karar olsun her ikisinde de hukuki dinlenilme hakkı tüm unsurlarıyla tanınmalıdır<sup>1610</sup>. Ayrıca, yargılama içerisinde verilen ara kararlarında da tarafların bu hakkı gözetilmelidir<sup>1611</sup>. Bu anlamda hukuki dinlenilme hakkının gerçek bir istisnası yoktur<sup>1612</sup>. Zira hukuki dinlenilme hakkının uygulanmadığı bir alan düşünülemez.

Zaman zaman işin niteliği gereği bazı yargılama türlerinde hukuki dinlenilme hakkının özel bir uygulamasına rastlanılabilir. Örneğin, geçici hukuki koruma tedbirlerinin konumuz açısından özellik arz ettiği bir ihtimal, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde karşı taraf davet edilip dinlenmeden de geçici hukuki koruma tedbiri alınabilmesidir. Ancak burada yine de bir ihlalden bahsedilemez, zira yokluğunda geçici hukuki koruma tedbiri alınan tarafa karara itiraz etme olanağı tanınmak suretiyle<sup>1613</sup> hukuki dinlenilme hakkı kullandırılmaktadır<sup>1614</sup>. Fark edileceği gibi, burada hukuki dinlenilme hakkının unsurları, başlangıçta değil, daha sonra yerine getirilmektedir. Bu gibi hallerde, hukuki dinlenilme hakkının tanınmamasından değil; ertelenmesinden söz edilebilir<sup>1615</sup>. Sonradan da olsa kişiye

<sup>1608</sup> HUMK döneminde konu ile ilgili tartışmalar için bkz. **Kuru**, Nizasız Kaza, s.199-228; **Budak**, Üçüncü kişiler, s.131-136.

<sup>1609</sup> YHGK, 26.09.2012, E.2012/12-367, K.2012/616 (**Gençcan**, s.251-253).

<sup>1610</sup> **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.328; **Pekcanitez**, Hukuki dinlenilme, s.763; **Özekes**, Hukuki dinlenilme, s.199.

<sup>1611</sup> **Özekes**, Hukuki dinlenilme, s.203.

<sup>1612</sup> **Pekcanitez**, Hukuki dinlenilme, s.757; **Özekes**, Hukuki dinlenilme, s.47.

<sup>1613</sup> HMK m.394 uyarınca karşı taraf dinlenmeden verilmiş olan ihtiyati tedbir kararlarına itiraz edilebilir. Aynı imkân 403.madde ile delil tespiti için de sunulmuştur. Ayrıca İİK m.265, ihtiyati haciz kararına itirazı düzenlemektedir.

<sup>1614</sup> **Pekcanitez**, Hukuki dinlenilme, s.764; **Tanrıver**, Adil Yargılama, s.206.

<sup>1615</sup> **Pekcanitez**, Hukuki dinlenilme, s.764; **Özekes**, Hukuki dinlenilme, s.206-207.

hukuki dinlenilme hakkı tam olarak sağlandığı için burada bir istisnadan söz edilemeyeceği gibi silahların eşitliği ilkesi açısından da bir tehlike doğmamaktadır<sup>1616</sup>. Bununla birlikte, bazı hallerde talep edilen tedbirin niteliği, açıklama hakkının, tedbir talebi hakkında karar vermeden kullandırılmasını gerektirebilir<sup>1617</sup>.

Tahkim yargılaması, hukuki dinlenilme hakkının uygulanacağı bir başka alandır. Tahkimin özelliği gereği hakkın sağlanmasındaki yöntem farklı olabilirse de hakkın tüm unsurları gerçekleşmelidir<sup>1618</sup>. HMK m.423’de, tarafların tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkilere sahip oldukları ve kendilerine hukuki dinlenilme hakkı tanınacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Ayrıca Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda da, tarafların eşit hak ve yetkilere sahip olduğu, kendilerine iddia ve savunmalarını ileri sürme olanağı tanınacağı ifade edilmiştir (m.8/B). Ayrıca, yargılamada tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmemesi, hakem kararına karşı iptal davası açma sebebi olarak düzenlenmiştir (MTK m.15/A,1,g).

Yabancı mahkeme kararlarını tanınması ve tenfizi için, yabancı mahkemede ki yargılamada hukuki dinlenilme hakkı gereği gibi sağlanmış olmalıdır<sup>1619</sup>. Tanıma ve tenfiz davalarında, yabancı ilamın verildiği yargılamada hukuki dinlenilme hakkının korunması, savunma hakkının etkin kullanımı bakımından gerekli olduğundan hâkimin re’sen araştırması gereken bir husustur. Hukuki dinlenilme hakkının ihlali anlamına gelecek olguların varlığı, Türk kamu düzeninin müdahalesini doğurur. Çünkü hukuki dinlenilme hakkının ihlali, adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelmektedir. Gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin gerekse, Anayasa’nın

<sup>1616</sup> **Matscher**, s.18.

<sup>1617</sup> Açıklama hakkını ortadan kaldıracığı için müşterek çocuklarının aşılmasının yapılabilmesi için tedbir kararı verilmesi talebi hakkında evrak üzerinde inceleme ile yetinilmemesi gerektiği, davalı tarafa usulüne uygun olarak duruşma günü bildirilmesi hakkındaki Yargıtay kararı için bkz. 2.HD, 03.04.2013, E.2012/17259, K.2013/9128 (**Gençcan**, s.257).

<sup>1618</sup> Yavuz **Alangoya**, Medenî Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973, s.162; **Özekes**, Hukuki dinlenilme, s.222.

<sup>1619</sup> Aynı koşul yabancı hakem kararlarının tanınması veya tenfizi için de geçerlidir. Türkiye’nin de tarafı olduğu, 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Sözleşmesi’nin V/1-b maddesine göre, “Aleyhine hakem hükmü öne sürülen tarafın hakemin tayininde veya hakemlik prosedüründen usulü dairesinde haberdar edilmemiş olduğu yahut da diğer bir sebep yüzünden iddia ve müdafaa vasıtalarını ikame etmek imkânını elde edememiş bulunduğu... ispat edilirse hakem kararının tanınması ve tenfizi talebi red olunur.” (RG, 25.9.1991, S.21002). 1961 tarihli Milletlerarası Ticari Hakemlik Hakkında Avrupa Sözleşmesi’nin IX/1-b maddesi ile UNCITRAL Model Kanunu’nun 34.maddesinde de benzer ifadelere rastlanmaktadır.

koruması altındaki adil yargılanma hakkının yabancı mahkemedeki yargılamada ihlal edilip edilmediği hususu taraf itirazına bırakılamaz<sup>1620</sup>.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 54.maddesine göre, o yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması halinde yabancı mahkeme kararının tenfizi mümkündür. Aynı kural, MÖHUK m.58 atfıyla tanıma talepleri için de geçerlidir. Biz yukarıdaki gerekçelerle, anılan düzenlemede savunma hakkı kısıtlanan tarafın korunması için Türk Mahkemesi'nde bu hususu ileri sürmesinin aranmasını doğru bulmamaktayız. Konuyla ilgili olarak yeni bir kanuni düzenlemeye gidilinceye kadar, bu yöndeki eksikliklerin aynı maddenin c bendi uyarınca kamu düzenine aykırılık nedeni sayılması ve bu gerekçeyle tanıma veya tenfiz istemlerinin reddedilmesinin uygun bir çözüm olabileceği kanaatindeyiz.

Son olarak belirtmek gerekir ki hukuki dinlenilme hakkına aykırılık, mutlak bir bozma sebebidir<sup>1621</sup>. Zira, hukuki dinlenilme hakkı mahkemenin kendiliğinden gözetmesi gereken temel bir yargılama ilkesidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bu durum açıkça ifade edilmese de, bozma sebepleri arasında sayılan, "*tarafardan birinin davasını ispat için dayandığı delillerin kanuni bir sebep olmaksızın kabul edilmemesi*" (HMK m.371) hukuki dinlenilme hakkının unsurlarından olan açıklama hakkı ile ilgilidir. Yine, "*Mahkemece, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbirini toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması*" halinde, istinaf incelemesini yapan, Bölge Adliye Mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına, davanın yeniden görülmesi için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine hükmedecektir (HMK m.353).

<sup>1620</sup> **Pekcanitez**, Hukuki dinlenilme, s.765; **Tanrıver**, Adil Yargılanma, s.206; **Özekes**, Hukuki dinlenilme, s.229.

<sup>1621</sup> **Özekes**, Hukuki dinlenilme, s.323.

## b. Hukuki Dinlenilme Hakkının Unsurları

Hukuki dinlenilme hakkının temel üç unsurdan oluşmaktadır. Bunlar, bilgilenme hakkı, açıklama hakkı, dikkate alınma hakkıdır.

### aa. Bilgilenme Hakkı

Hukuki dinlenilme hakkının ilk unsuru olan bilgilenme hakkı, tarafın, aleyhine açılmış olan bir davadan haberdar edilmesini gerektirir. Bu hak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinin üçüncü paragrafında bir suç ile itham edilen herkes için sağlanması gereken asgari teminatlar arasında sayılmıştır. Madde metninden sadece ceza davaları için öngörülen bir güvence olarak anlaşılrsa da, bilgilenme hakkı hukuki dinlenilme hakkının bir unsuru olarak hukuk yargılamaları için de gözetilmesi gereken bir haktır.

Daha geniş anlamda bilgilenme hakkı, ilgililerin, hukuki prosedürün başından sonuçlanmasına kadar yargılamadan ve yargılamanın seyrinden tam olarak haberdar olmalarını ifade eder. Nitekim HMK'nun 27.maddesinin ilk fıkrasının a bendinde, *“yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunması”* hukuki dinlenilme hakkı kapsamında gösterilmiştir. Hükümden anlaşıldığı gibi, bilgilenme hakkı tüm yargılama boyunca geçerlidir, sadece davanın başında tarafların iddia ve savunmalar hakkında bilgi sahibi olması yetmez; yargılamanın her aşamasından ve dosya kapsamındaki tüm bilgi ve belgelerden haberdar edilmeleri gerekir<sup>1622</sup>.

Hukuki dinlenilme hakkının bu ilk unsuruyla ilgili olarak HUMK'nda açık bir düzenleme olmamakla birlikte m.73'teki *“.. hâkim iki tarafı istima yahut iddia ve müdafaalarını beyan etmeleri için kanuni şekillere tevfikân davet etmedikçe hükmünü veremez”* şeklindeki ifadeden aynı ilke anlaşılıyordu<sup>1623</sup>. Bu kurala eski hukuktan

<sup>1622</sup> Clayton/ Tomlinson, s.33; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.325,330; Pekcanitez, Hukuki dinlenilme, s.769; Özekes, Hukuki dinlenilme, s.86-87; Tanrıver, Adil Yargılanma, s.207; Erdoğan, s.145,154; Yeşilova, s.60 vd.; Chen, s.287; Doswald- Beck/ Kolb, s.121; De Salvia, s.293 vd.; Eudes, s.184; van Drooghenbroeck, s.150; Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet, s.321; Harris, O'Boyle & Warbrick, s.254; Yılmaz, Şerh, s.293; Sungurtekin Özkan, Usul, s116.

<sup>1623</sup> Umar, Şerh, s.119; Yılmaz, Şerh, s.305; Budak, Üçüncü kişiler, s.11-13.

gelen bir terimle “taraf teşkili” ilkesi adı verilmektedir<sup>1624</sup>. Taraf teşkili, mahkeme için uyulması gerekli, esaslı merasime ilişkin bir usul hükmü ve yargılama hukuku güvencesidir. Yargıtay’ın da 73.maddenin uygulanması konusuna hassasiyetle yaklaşan kararları mevcuttur<sup>1625</sup>.

Tarafın bir yargılama ile ilgili açıklamada bulunup haklarını koruyabilmesi için öncelikle o yargılamanın varlığından haberdar olması gerekir<sup>1626</sup>. Bilgilenme hem

<sup>1624</sup> Roma hukukunda, Legis Actiones usulünde, davanın yürütülmesi için her iki tarafın da davaya bilfiil katılması şarttı. Magistra önüne davet edilen davalı bu davete uymadığında davacı tarafından zorla getirilebiliyordu. Sonraki dönemde Formula usulünde, davalının zorla getirilmesi usulü terk edilmişti; magistra önüne gelmeyen davalı para cezasına çarptırılıyordu. Bazı hallerde ise, mallarına el konularak paraya çevrilebiliyordu. Post-klasik dönemdeki Cognitio Extra Ordinem usulünde ise, gıyabi yargılama usulü kabul edilmiştir. Mecelle döneminde de, tarafların her ikisinin de mahkemeye gelmesi şeklinde anlaşılan teşkili tarafeyn dava şartlarından sayılmaktadır (Mecelle m.1618). **Budak**, Üçüncü kişiler, s.12, dn.33.

<sup>1625</sup> “Olayımızda, davalı şirket adına çıkarılan dava dilekçesi ve duruşma gününü bildirir davetiye borçlu şirketin yetkili temsilcilerinin hangi nedenle tebligatı alamayacak durumda oldukları belirtilemezsiniz şirketin işçisi Z. İmzasına tebliğ edilmiştir. Bu durumda davetiyenin Tebligat Yasası ve Tebligat Tüzüğü hükümlerine göre usulüne uygun şekilde tebliğ edildiği kabul edilemez. Borçluya usulüne uygun dava dilekçesi ve duruşma gününü bildirir davetiye tebliğ edilerek taraf teşkili sağlandıktan sonra işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir.” 6.HD, 02.02.2006, E:2005/11889, K:2006/642, (MİHDER S.6, 2007/1, s. 201). “..Tebligat Yasası’nın 25/a maddesinde ‘yabancı ülkeden kendisine tebliğ yapılacak kimse Türk vatandaşı olduğu takdirde tebliğ o yerdeki Türkiye Büyükelçiliği ve Konsoloslugu aracılığıyla da yapılabilir’ denilmektedir. Davalı ... tarihinde Türk vatandaşlığını kaybetmiş olup, Hollanda vatandaşıdır. Bu nedenle Tebligat Yasası’nın 25/a maddesine göre dava dilekçesinin tebliği usulsüzdür. Bu husus davalının savunma hakkını kısıtlayan önemli bir usul yanlışlığıdır.” 2.HD, 16.03.2006, E:2005/18357, K:2006/3553 (MİHDER S.6, 2007/1, s.199). “Kesinleşen kadastroya karşı açılan davada, taraflar arasındaki uyumsuzluk ortak sınıra ilişkindir. Somut olayda sağlıklı bir sonuca ulaşılabilmesi için öncelikle dava konusu 35 nolu taşınmaz kendilerine kayden temlik edilen dava dışı kişiler ile 34 parsel nolu taşınmazın tapu kayıt malikinin tebliğe elverişli adresleri zabıta aracılığı ile belirlenmeli, bu şahıslara dava dilekçesi ve duruşma günü Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ edilmeli ve bu şekilde taraf teşkili sağlanmalıdır.” 7.HD, 18.11.2005, E:2005/2826, K: 2005/3598 (MİHDER S.3, 2006, s.717). “Davanın takipsiz bırakılması sebebi ile 24.09.2001 tarihinde müracaata bırakıldığı 28.09.2001 tarihli dilekçe ile davacı tarafından yenilendiği ancak yenileme dilekçesi ve duruşma günü davalıya tebliğ edilmeden yargılamaya devam edilerek 08.12.2002 tarihinde davalının yokluğunda hüküm kurulduğu, bu suretle savunma hakkının kısıtlandığı anlaşıldığından kararın bozulması gerekmiştir.” 9.HD, 06.10.2003, E:2003/3758, K:2003/16321 (MİHDER S.3, 2006, s.737). “Davalı duruşmalara gelmemiş gıyabında karar oluşmuştur. Şu halde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 73.maddesi uyarınca davalı kanuni usullere göre davet edilmeden hüküm kurulmuş olup, davalıya savunma imkânı tanınmamıştır.” 2.HD, 6.6.1996, 6016/6056 (YKD 1998/2, s.197). Ayrıca bkz. 16.03.2006, E:2005/13430, K:2006/2438 (MİHDER S.5, 2006/3, s.1409); 1.HD, 13.07.2006, E.2006/6564, K.2006/8313 (MİHDER S.7, 2007/2, s.486). Yargıtay eski tarihli bir kararında, tarafın lehine hüküm verildiği gerekçesiyle, mahkemenin 73.maddeye aykırı biçimde tarafa çağrıda bulunmadan hüküm vermesinin savunma hakkını kısıtlamadığı yönünde görüş belirtmiştir. 10.HD, 10.10.1974, 4637/6056 (YKD 1975/7, s.84-85). Halbuki bir kimsenin lehine karar verilmiş olması, onun bilgilenme hakkının ihlal edilmediği anlamına gelmez. **Özekes**, Hukuki dinlenilme, s.89 dn.15.

<sup>1626</sup> Ancak geçici hukuki korumalar gibi, Kanunda açıkça belirtilen bazı durumlarda tarafın bilgilenmesi yargılamanın amacını bertaraf ederse, taraf karar verildikten sonra yargılama hakkında bilgilendirilmektedir. **Özekes**, Hukuki dinlenilme, s.89. Özekes, kanun koyucunun ihtiyati haciz uygulamaları bakımından da bilgilenme hakkı tanınmasına örnek olarak İİK m.262’yi göstermektedir. Anılan hükme göre, ihtiyati hacizde, haciz sırasında hazır bulunmayanlara doğrudan haciz tutanağı tebliğ edilir. Ancak kesin hacizde, haciz sırasında borçlu veya alacaklı bulunmadığında haciz tutanağı tebliğ edilmez; sadece tutanağı incelemeleri için davet edilir. Çünkü kesin hacizde taraflar, kural olarak takip kesinleşmiş olduğundan haberdardır. Oysa ihtiyati hacizde, genellikle borçlu

yargılamanın varlığına hem de içeriğine ilişkin olmalıdır. Nitekim HMK m.122’de, dava dilekçesinin mahkeme tarafından davalıya tebliğ edileceği düzenlenmiştir. Aynı hak m.126’da davacı bakımından gözetilmiş ve cevap dilekçesinin kendisine tebliğinden söz edilmiştir. Kanun yolu aşamasında, istinaf dilekçesinin karşı tarafa tebliğine ilişkin 347.madde (f.1) ve buna karşı verilecek cevap dilekçesinin tebliğini düzenleyen 348.madde (f.1) bilgilenme hakkının Kanunumuzdaki yansımalarıdır. Taşıdığı önem sebebiyle, tebligat ve davetiyelerin gönderimi için Kanunda öngörülen usullere titizlikle uyulmalıdır<sup>1627</sup>.

Tarafların duruşma gününden haberdar edilmemesi savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurur. Duruşma gününden haberdar edilmeyen tarafların duruşmaya gelmemiş olmaları nedeniyle dosyanın işlemde kaldırılması<sup>1628</sup> ve sonradan davanın açılmamış sayılması<sup>1629</sup> veya duruşma tutanağında belirtilen duruşma gününün dışındaki bir günde oturum açılıp hüküm verilmesi<sup>1630</sup> hukuki dinlenilme hakkının ve adil yargılanma hakkının ihlali niteliğindedir<sup>1631</sup>. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun konuyla ilgili şu kararı uygulamaya ışık tutmaktadır:

“... Duruşma tutanaklarının incelenmesinde; 14.09.2004 tarihli oturumda, duruşma için 11.10.2004 günü tayin edildiği halde, duruşma bu tarihte yapılmamış, taraf vekillerinin gelmediklerine dair bir tutanak da düzenlenmemiştir. Duruşma günü olmadığı halde, 19.10.2004 tarihinde celse açılarak duruşma yapılmıştır. Taraf vekillerinin duruşma gününden haberdar oldukları zapta yazılmış ise de; dosya kapsamında, taraf vekillerinin 19.10.2004 günü duruşma yapılmasına dair herhangi bir beyanları olmadığı gibi, duruşma günü değişikliğinden haberdar olduklarına ilişkin bir bilgi ve belge bulunmamaktadır.

Mahkeme belirlediği ve taraflara bildirmiş olduğu duruşma gününden önce veya sonra duruşma yapamaz. Yerel mahkemenin bu durumu gözden kaçırarak

---

dinlenmeden karar verilmektedir. Bu nedenle, daha sonra kendisine haciz tutanağının tebliğ edilmesi çok yerinde bir düzenlemedir. Bkz.s.237.

<sup>1627</sup> **Yılmaz**, Şerh, s.293, 306, 308 vd.; **Erdoğan**, s.155; **Yeşilova**, s.62.

<sup>1628</sup> “Mahkeme, mazeret dilekçesi sunan davacının mazeretini kabul ederek duruşma gününün kalemden öğrenilmesine karar vermiş olup, duruşma gününün bu şekilde öğrenilmesine ilişkin bir usul hükmü bulunmamaktadır. Bu nedenle davacının gününü kalemden öğrenmemiş olması nedeniyle katılmadığı duruşmada dosyanın işlemde kaldırılması doğru değildir.” 17.HD, 15.09.2009, E:2009/3152, K:2009/5407 (MİHDER C.7, S.20, 2011/3, s.247).

<sup>1629</sup> 13.HD, 30.9.1999, 5720/6501 (YKD 2000/4, s.565).

<sup>1630</sup> 19.HD, 19.10.2012, E.2011/1058, K.2011/12886 (**Karsh**, s.330,331).

<sup>1631</sup> **Yılmaz**, Şerh, s.302.

duruşma tarihinden sonra dosyayı ele alarak tarafların yokluğunda davayı başvuruya bırakması usul ve kanuna aykırıdır. Adil yargılama ve dinlenme hakkının bir gereği olarak hâkim, taraflara duruşmalarda hazır bulunmak, iddia ve savunmalarını bildirmek için imkân vermeli, tarafları usulüne uygun bir biçimde duruşmaya davet etmelidir..<sup>1632</sup>.

Adil yargılanma hakkı, medeni bir hakka ilişkin yargılamada tarafların yargılamaya aktif olarak katılabilmesi için duruşmada hazır bulunması hakkını da kapsayabilmektedir. Davacı gibi davalının da yargılamanın bütün evrelerinde hazır bulunma hakkı ile yargılamadaki bütün gelişmeler konusunda bilgi sahibi olma hakkı vardır <sup>1633</sup>. Duruşmada hazır bulunma hakkı esas olarak ceza davaları için geçerli olan bir haktır. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davalarda tarafların duruşmada avukatla temsil edilmesi yeterli olabilmektedir<sup>1634</sup>. Bununla birlikte, medeni haklara ilişkin bazı davalarda tarafın duruşmada hazır bulunması adil yargılanma açısından gerekli olabilir. Zira tarafın mahkemedeki davranışları kişisel özellikleri ve yaşam biçimi hakkında mahkemenin bilgi sahibi olmasını sağlayabilir<sup>1635</sup>.

AİHM içtihatlarında, medeni hak ve uyumsuzluklar bakımından duruşmada bulunma hakkı daha çok aile hukukuna ilişkin uyumsuzluklarda gündeme gelmiştir. Ebeveynlerin boşanma sonrası çocuklarını görme haklarına veya çocuğun gözetimine ilişkin davalar bu türdendir. **X/İsveç** davasında, çocuklarını görebilmek için İsveç mahkemelerinde dava açan başvurana İsveç'e giriş izni verilmemiştir. Başvuranın bu nedenle duruşmada hazır bulunamaması Komisyon tarafından ihlal olarak değerlendirilmiştir<sup>1636</sup>.

Davanın tarafı, duruşmada hazır bulunma hakkından feragat edebilir. Feragat açıkça ifade edilebileceği gibi, kendisine duruşma daveti usulünü uygun şekilde yapılmasına rağmen duruşmaya katılmamak şeklinde zımnî olarak da yapılabilir<sup>1637</sup>. Yeter ki, taraf özgür iradesiyle bu haktan feragat etsin ve bu durum kamu yararına

<sup>1632</sup> HGK, 24.09.2008, E:2008/17-588, K:2008/573 (MİHDER S.12, 2009/1, s.97).

<sup>1633</sup> **Yılmaz**, Şerh, s.291.

<sup>1634</sup> **Reid**, s.214; **Harris, O'Boyle & Warbrick**, s.247; **Stačiokas**, s.138.

<sup>1635</sup> **Clayton/ Tomlinson**, s.100; **İnceoğlu**, s.260; **Ovey/White**, s.159; **Yılmaz**, Şerh, s.291.

<sup>1636</sup> **İnceoğlu**, s.260.

<sup>1637</sup> **Harris, O'Boyle & Warbrick**, s.248; **İnceoğlu**, s.263.

aykırı olmasın<sup>1638</sup>. Tarafın duruşmaya katılmamasının feragat olarak değerlendirilebilmesi, duruşma tarihinden makul süre önceden haberdar edilmesine bağlıdır. Duruşma tarihi bildirim, tarafların duruşmaya katılmasına imkân verecek bir zamanda ve anladıkları dilde yapılmalıdır<sup>1639</sup>.

Taraflar ayrıca, mahkeme işlemleri hakkında da bilgi sahibi olmalıdırlar<sup>1640</sup>. Zira, mahkemenin yaptığı işlemler hakkında bilgilendirilmeyen taraf, ilgili işleme karşı koyma, işlemin değiştirilmesi veya düzeltilmesini isteme gibi haklarını kullanamaz. Mahkemenin işlemi hakkında herhangi bir kusuru olmadan bilgi sahibi olmaması sebebiyle yapması gereken bir işlemi yapmadığında, kendisinden bunun sonuçlarına katlanması beklenmemelidir<sup>1641</sup>. Örneğin, mahkeme kararı tefhim veya tebliğ edilmediğinde tarafın haberdar olmadığı bu karar hakkında kanun yoluna başvurması mümkün olmaz. İlaveten karar usulüne uygun şekilde tefhim veya tebliğ edilmediğinden kanun yoluna başvurma süresi de işlemeye başlamaz. Buna rağmen, bir şekilde karardan haberdar olan taraf kanun yoluna başvurmak istediğinde başvurusunun, başvuru süresinin dolması sebebiyle reddedilmesi hukuki dinlenilme hakkı ile bağdaşmaz.

Bilgilenme hakkı, ilk derece mahkemesinin kanun yoluna başvuru mahkemeye gönderdiği belgeler için de geçerlidir<sup>1642</sup>. Özellikle birçok İsviçre Kantonunda ilk derece mahkemesinin dava dosyasını yüksek mahkemeye gönderirken kendi görüşünü de dosyaya eklemesi ancak temyiz başvurusunda bulunanların bu görüş hakkında bilgilendirilmemesine ilişkin uygulamalar, Sözleşme organlarınca eleştirilmiştir<sup>1643</sup>. **Niderost-Huber/İsviçre** kararına<sup>1644</sup> konu olayda, başvuranın talebini reddeden İsviçre kanton mahkemesi kendi görüşlerini içeren bir sayfalık belgeyi Federal Mahkemeye göndermiştir. Söz konusu belge başvurana tebliğ edilmediği için başvuranın da bu belge hakkındaki görüş ve yorumlarını bildirmesi mümkün olmamıştır. AİHM, böyle bir uygulamanın amacının açıkça Federal Mahkemenin kararını etkilemek olduğunu belirlemiştir. Bu noktada,

<sup>1638</sup> Sejdovic/İtalya, 2006. Bu karar ceza yargılamasına ilişkindir. Ancak, bu kriterler medeni uyumsuzluklara da uygulanabilir. **Harris, O'Boyle & Warbrick**, s.247.

<sup>1639</sup> **Harris, O'Boyle & Warbrick**, s.248.

<sup>1640</sup> **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.393. HGK, 23.11.2011, E:2011/11-554, K:2011/684 (MİHDER C.8, S.21, 2012/1, s.106).

<sup>1641</sup> **Özekes**, Hukuki dinlenilme, s.90.

<sup>1642</sup> **İnceoğlu**, s.254.

<sup>1643</sup> **Matscher**, s.13.

<sup>1644</sup> 18.02.1997.



görüşlerin dosya kapsamındakilerden farklı bir konuyu içermiyor oluşunun ya da Federal Mahkemenin gönderilen görüşten etkilenmemesinin bir önemi yoktur. Tehlike altında olan, davacıların adaletin çalışmasına olan güvenidir; bu güven dosyada olan bütün belgeler hakkında kendi görüşlerini açıklama imkânına sahip olmalarına bağlıdır<sup>1645</sup>.

**Ruiz-Mateos/ İspanya** kararı, bilgilenme hakkının Anayasa Mahkemesi önündeki süreçlerde, devlet temsilcilerinin mahkemeye verdikleri görüşler bakımından da geçerli olduğunu göstermektedir. Karara konu olayda, başvuranlar Rumasa adlı şirket grubunun hissedarlarıdır. İspanya Devleti, 23 Şubat 1983'te yayınladığı bir kanun hükmünde kararname ile şirketler grubunun kamulaştırılmasına karar vermiş, bu kararname yasama meclisi tarafından onaylanmıştır. Başvurucular, kamulaştırılan malların iadesini sağlamak için dava açmışlar ve bu davada kamulaştırmaya ilişkin hükümlerin Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla sorunu Anayasa Mahkemesine götürmüşlerdir. Anayasa Mahkemesindeki yargılama sırasında devlet temsilcisi, ilgili yasanın Anayasaya uygun olduğu yönünde yazılı görüş vermiştir. Fakat başvuruçuların, iç hukuka göre, buna karşı görüş vermesi mümkün değildir. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi Anayasaya uygunluk kararı vermiştir<sup>1646</sup>. Başvuranların adil yargılanma haklarının ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'ne müracaat etmesi üzerine Mahkeme öncelikle hakkaniyete uygun yargılamanın anayasa yargısında da geçerli olup olmadığını tartışmıştır. Medeni hakka ilişkin dava ile Anayasa Mahkemesi önündeki iptal davasının birbirleriyle bağlantılı olduğu, başvuruçuların mülkiyet haklarına müdahaleden şikâyetçi olmak için kullanabilecekleri tek dolaylı olmayan yolun anayasallık sorununu iddia etmek olduğu gerekçelerine dayanarak 6.maddenin hem medeni hem de anayasal yargılamaya ilişkin olarak uygulanabilir olduğuna karar vermiştir<sup>1647</sup>. İhlal iddiasına ilişkin olarak ise, Mahkeme çelişmeli yargılama ilkesi açısından sorun tespit etmiştir. AİHM'ne göre bir davada taraflar, karşı tarafın sunduğu delil veya dosyada yer alan mütalaalar hakkında bilgi sahibi olma ve bunlar hakkında yorum yapma imkânına sahip olmalıdırlar. Belli sayıdaki kişileri doğrudan ilgilendiren bu tür davalarda, söz konusu kişilerin davaya diğer katılanların görüşlerine rahatça ulaşabilmesi ve onlar

<sup>1645</sup> Par.29.

<sup>1646</sup> Karar özeti için bkz. **İnceoğlu**, s.250-251.

<sup>1647</sup> Par.59. Bu karar, çelişmeli yargılama ilkesinin Anayasa Mahkemesi önünde de uygulanabildiğini göstermesi açısından önemlidir. **İnceoğlu**, s.251.

hakkında yorum yapılabilmesi güvence altına alınmalıdır<sup>1648</sup>. Bu nedenle olayda adil yargılanma hakkı ihlal edilmiştir.

Hukuki dinlenilme hakkının bu unsuruna uyulmaması sebebiyle adil yargılanma hakkının ihlali sorununun en sık rastlanıldığı durum, kanun yolu aşamalarında başsavcı mütalaasının bir kopyasının diğer tarafa tebliğ edilmemesidir. **Van Orshoven/Belçika** kararı<sup>1649</sup>, bir tıp doktoru hakkındaki disiplin yargılamasına ilişkindir. Başvuran, kendisinin meslek odası kaydının silinmesini öngören karara itiraz etmiş fakat başvurusu reddedilmiştir. Başvuran AİHM önündeki şikâyetinde, temyiz incelemesinin hiçbir aşamasında başsavcı tarafından sunulan mütalaaların kendisine iletilmediğini ve dolayısıyla bunlara yanıt verme imkânından yoksun bırakıldığını savunmuştur. AİHM, başvuranın başsavcı mütalaasından önceden haberdar olmasındaki menfaatini göz önünde bulundurduğunda, duruşma sona ermesinden önce mütalaaya yanıt verme olanağının olmamasını çelişmeli yargılanma hakkına aykırı bulmuştur. Bu hak, bir davanın her iki tarafının, mahkemeye sunulan deliller ve mütalaalara ilişkin bilgilendirilmesi ve görüş belirtme imkânına sahip olması anlamına gelmektedir. Mütalaa veren savcının davanın tarafı olmaması sonucu değiştirmemektedir. Bu nedenle 6.madde ihlal edilmiştir. Benzer biçimde emeklilik aylığı ile ilgili **Lobo-Machado/Portekiz** davasında<sup>1650</sup>, temyiz aşamasında başvuranın temyiz talebinin reddedilmesi yönünde temyiz mahkemesine görüş bildiren ve hukuken tarafsızlık özelliği olan *l'avocat générale*'in mütalası başvurana tebliğ edilmediğinden çelişmeli yargılama ilkesi açısından 6.maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Uygulamada savcının mütalaasının dosyada tutuluyor oluşu ve tarafın avukatının bundan haberdar olması AİHM tarafından yeterli bir güvence olarak kabul edilmemektedir. Çünkü savcılık mütalası dikkate değer bir öneme sahiptir ve tarafa tebliğ edilmemesi şeklindeki uygulama savunma açısından ek bir çaba ve uyanıklık gerektirmektedir<sup>1651</sup>. Bu uygulama sebebiyle Türkiye çok sayıda

<sup>1648</sup> Par.63.

<sup>1649</sup> 25 Haziran 1997, par.41.

<sup>1650</sup> 20.02.1996.

<sup>1651</sup> Borgers/Belçika, 30 Ekim 1991; Megtah/Fransa, 26 Temmuz 2002, par.51;The Fortum Corporation/Finlandiya, 15.07.2003, par.39-45; Brandstetter/Avusturya; J.J/Hollanda, par.39-40, 43. Serkan **Cengiz**/ Fahrettin **Demirağ**/ Teoman **Ergül**/ Jeremy **McBride**/ Durmuş **Tezcan**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Ankara 2008, s.230, 231, 232; **Yılmaz**, Şerh, s.293 vd.

mahkûmiyet kararının muhatabı olmaktan kaçamamıştır. Özellikle ceza yargılaması alanında 6.maddenin ihlal edildiğine dair çok sayıda içtihat vardır<sup>1652</sup>. Mahkûmiyet kararlarının çokluğu, iç hukukta mevzuat değişikliğini gerektirmiş ve 4778 sayılı Kanun ile CMUK m.316'ya “Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen tebliğ namenin, taraflara tebliğ edileceği” ne dair fıkra eklenmiştir. Şu anda yürürlükte bulunan CMK m.278'de, BAM Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen tebliğnamenin ilgililere tebliğ olunacağı; m.297'de, 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, ilgili tarafın tebliğden itibaren bir hafta içinde yazılı olarak cevap verebileceği kuralı düzenlenmektedir<sup>1653</sup>. Medeni hak ve yükümlülükler kapsamındaki idari uyuşmazlıklarda da, Danıştay başsavcısının görüşünün tarafa tebliğ edilmemiş olması adil yargılanma hakkına aykırı bulunmaktadır<sup>1654</sup>.

<sup>1652</sup> İncal/Türkiye, 09.06.1998; M.Göç/Türkiye, 09.11.2000; Duman/Türkiye, Baş. No: 28439/03, T: 23 Mart 2010; Kömürcü/Türkiye, Baş. No: 77432/01, T: 22 Haziran 2006; Doğan/Türkiye, Baş. No: 4119/0, T: 10 Ekim 2006; Hocaoğulları/Türkiye, Baş. No: 77109/01, T: 7 Mart 2006; Demirel/Türkiye, Baş. No: 12166/03, T: 20 Ekim 2009; Gözel ve Özer/Türkiye, Baş. No: 43453/04, 31098/05, T: 6 Temmuz 2010; Gülçer ve Aslım/Türkiye, Baş. No: 19914/03, T: 16 Haziran 2009; Gülecan/Türkiye, Baş. No: 23904/03, T: 28 Nisan 2009; Göktaş/Türkiye, Baş. No: 66446/01, T: 29 Kasım 2007; Falakaoğlu/Türkiye, Baş. No: 16229/03, T: 23 Ocak 2007; Deniz/Türkiye, Baş. No: 19646/03, T: 12 Şubat 2008; Ölmez/Türkiye, Baş. No: 7404/03, T: 27 Kasım 2007; Çimen/Türkiye, Baş. No: 19582/02, T: 3 Şubat 2009; Duman/Türkiye, Baş. No: 17149/03, T: 27 Ocak 2009; Demirci/Türkiye, Baş. No: 21843, T: 3 Haziran 2008; Demirel ve Ateş/Türkiye, Baş. No: 10037/03, 14813/03, T: 12 Nisan 2007; Baş. No: 11976/03, T: 9 Aralık 2008; Dindar/Türkiye, Baş. No: 32456/96, T: 20 Aralık 2005; Dayanan/Türkiye, Baş. No: 7377/03, T: 13 Ekim 2009; Akyazıcı/Türkiye, Baş. No: 43452/02, T: 15 Aralık 2009; Sağır/Türkiye, Baş. No: 37562/02, T: 19 Ekim 2006; Salduz/Türkiye, Baş. No: 36391/02, T: 27 Kasım 2008; Söğüt/Türkiye, Baş. No: 16593/03, 16600/03, T: 31 Mayıs 2007; Işık/Türkiye, Baş. No: 62226/00, T: 21 Şubat 2006; Martı/Türkiye, Baş. No: 9709/03, T: 19 Temmuz 2007; Tan/Türkiye, Baş. No: 31385/02, T: 4 Aralık 2007; Kabasakal ve Atar/Türkiye, Baş. No: 70084/01, 70085/01, T: 19 Eylül 2006; Karakoyun ve Turan/Türkiye, Baş. No: 18482/03, T: 11 Aralık 2007; Kızıl/Türkiye, Baş. No: 1375/03, T: 8 Nisan 2008; Taşçığıl/Türkiye, Baş. No: 16943/03, T: 3 Mart 2009; Tosun/Türkiye, Baş. No: 4124/02, T: 28 Şubat 2006; Özer/Türkiye, Baş. No: 35721/04, 3832/05, T: 5 Mayıs 2009; Kaya/Türkiye, Baş. No: 9007/03, T: 10 Nisan 2007; Özmen ve Diğerleri/Türkiye, Baş. No: 9149/03, T: 14 Haziran 2007.

<sup>1653</sup> **Yılmaz**, Şerh, s.293 vd.; Veli Özer **Özbek**, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı (Açıklamalı, Gerekçeli, İctihatlı), Ankara 2005, (Şerh), s.1093, 1147. Aslında temyiz yolu bakımından CMK'nın 297/3.maddesinde Yargıtay Cumhuriyet Savcısının tebliğnamesinin temyiz edene ve ayrıca tebliğname aleyhine olan katılan veya sanığa tebliğ edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Buna karşılık, istinaf yolu açısından tebliğnamenin tebliğ edilmesi gereken ilgililer maddede açıklanmamıştır. İstinaf yolunun, gerektiğinde maddi olayı kapsayan yeniden yargılamayı amaç edinmesi karşısında tebliğ hususu daha geniş tutulabilir. Bu nedenle tebliğname, içeriğinin aleyhine olup olmadığına bakılmaksızın temyiz edene ve ayrıca temyiz etmeseler dahi, sanık veya müdafii ile katılan ya da vekiline tebliğ edilmesi gerekecektir. **Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Saygılar/ Alan**, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2009, s.597.

<sup>1654</sup> Meral/ Türkiye Kararı, Baş. No: 2002/33446, T:27 Aralık 2007 (Çev. Özlem **Yılmaz**, TBBD, S.75, Mart-Nisan 2008, s.457-468).

Türk hukukunda tetkik hâkimlerinin görüşünün tebliğ edilmemesi, adil yargılanma hakkına aykırı sayılabilir mi? **Meral/Türkiye Kararında**, başvuranın tetkik hâkiminin görüşünün kendisine bildirilmemesinin adil yargılanma hakkına aykırı olduğu yönündeki şikâyeti AİHM tarafından reddedilmiştir. Ret kararında başvuranın, şikâyetini tam olarak gerekçelendirmediği ifade edilmiştir. Başvuran, *“tetkik hâkiminin karar taslaklarını hazırladığından ve dosya konusunda kendisine danışıldığından dolayı şikâyette bulunmamıştır”*<sup>1655</sup>.

Anlaşılabacağı üzere, daha çok usulî eksiklikler nedeniyle verilen mevcut karardan, tetkik hâkiminin dosya hakkındaki görüşünün tebliğ edilmemesinin, çelişmeli yargılama ilkesine uygun bulunduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Bu soruya cevap ararken, tetkik hâkimlerinin hazırladığı karar taslağının müzakere edilip edilmemesine göre ikili bir ayırım yapılabilir. Eğer tetkik hâkimince hazırlanan taslak daire üyeleri tarafından müzakere ediliyorsa, taslağın hazırlanması mahkeme üyelerinin kendi aralarındaki iş bölümü niteliğinde sayılabilir. Mahkemenin iç işleyişi ile ilgili olduğundan hazırlanan taslağın tarafa tebliğ edilmesine gerek yoktur. ÖZEKES de, hâkimin ve mahkeme üyelerinin dosya ile ilgili notları ya da üzerinde müzakere edilecek karar taslağının bilgilendirme hakkı kapsamında sayılmayacağı düşüncesindedir. *“Burada karara esas oluşturan bir yargılama aşaması söz konusu olmadığı için tarafın bilgilendirilmesine ihtiyaç yoktur”* demektedir<sup>1656</sup>.

Buna karşılık, tetkik hâkiminin hazırladığı karar taslağı, üyeler tarafından müzakere edilmiyorsa, tarafa tebliğ hakkı doğduğu kabul edilebilir. Artık burada karar taslağı, hazırlanması karara esas oluşturan bir yargılama aşaması sayılabilir. Tıpkı savcı mütalaasının tebliği gibi tetkik hâkimince hazırlanan taslak da tarafa tebliğ edilmelidir. Sadece bir raportörün veya naip hâkimin beyanı esas alınarak karar verildiğinde gerçek anlamda bir takım çalışmasından bahsedilemez<sup>1657</sup>. Ayrıca sadece bir kişinin hazırladığı taslağa göre karar verilmesi, taraf açıklamalarının diğer

<sup>1655</sup> **Yılmaz**, s.465.

<sup>1656</sup> **Özekes**, Hukuki dinlenilme, s.94-95. Yazar, toplu mahkemelerde sadece bir hâkimin değerlendirmelerinin esas alınması ve diğer üyeler ciddi bir değerlendirme yapmadan karar verilmesinin hukuki dinlenilme hakkına aykırı olacağına işaret etmektedir. Bkz. s.159.

<sup>1657</sup> **Özekes**, Hukuki Dinlenilme, s.160 (Von Stackelberg, s.364 naklen).

üyeler tarafından değerlendirilmediğini ve gereği gibi tartışılmadığını gösterir ki böyle bir uygulama çelişmeli yargılanma hakkına aykırıdır<sup>1658</sup>.

Mahkeme işlemlerinden başka tarafların, karşı tarafın ve diğer ilgililerin açıklamaları ve yapmış oldukları işlemler hakkında da bilgi sahibi olmaları sağlanmalıdır. Mevcut yargılamada ileri sürülen vakıalar, iddialar ve bu iddiaların ispatına ilişkin ortaya konan delillerden haberdar edilmelidirler<sup>1659</sup>. Aksi takdirde söz konusu iddialara cevap verilmesi, savunma yapılması veya karşı iddiada bulunulması ve bu konularda ispat faaliyetine girişilmesi mümkün olmayacaktır<sup>1660</sup>. Bu bakımdan bilgilenme hakkı deliller bakımından da geçerlidir. Örneğin, mahkemenin bilirkişiye başvurması halinde bilirkişinin hazırladığı rapordan taraflar mutlaka haberdar edilmeli ve rapor hakkındaki görüşlerini açıklama fırsatına sahip olmaları sağlanmalıdır<sup>1661</sup>.

Ayrıca bilgilenme hakkı delillerin toplanması aşamasını da kapsayabilmektedir. Örneğin, mahkemenin talep üzerine veya kendiliğinden

<sup>1658</sup> 2797 Sayılı Yargıtay Kanunu (RG. 08.02.1983, S.17953) m. 26'ya göre, tetkik hâkimleri, kurul ve daire başkanlarının kendilerine verecekleri dosya ve evrakı, süresinde inceleyerek bir rapor düzenlerler. Kararlara ve yapılacak işlere ilişkin düşüncelerini içeren raporları, kurullara açıklamakla yetinirler. Birinci Başkan, kurul ve daire başkanlarının verecekleri diğer görevleri yerine getirirler. Tetkik hâkimlerinin niteliklerini ve atanmalarını düzenleyen 36.maddeye göre, Yargıtay'da yeteri kadar tetkik hâkimi bulunur. Tetkik hâkimleri meslekte en az beş yılını fiilen doldurmuş adli yargı hâkim ve Cumhuriyet savcılarını arasından, Birinci Başkanlık Kurulunun görüşü alınarak yetkili Kurulca atanır. Atamanın gecikeceği ve tetkik hâkimine ihtiyacın zorunlu bulunduğu hallerde boş bulunan tetkik hâkimliği kadrolarına, bu kadrolara atanmak niteliğine sahip hâkimler ve Cumhuriyet savcılarını ilgili kurulca geçici yetki ile görevlendirilebilirler.

Temyiz incelemesinde tetkik hâkimlerinin yürüttüğü görev, Bölge Adliye Mahkemelerinde Daire üyelerinden biri tarafından yapılacaktır. 5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un (RG. 07.10.2004, S.25606) BAM üyelerinin görevlerini düzenleyen m.39/1'e göre, üyeler daire başkanı tarafından verilen dosyaları, gerekli şekilde ve zamanında inceleyerek bir rapor hazırlayacaklar ve heyete sunacaklardır.

Anılan mevzuat hükümleri, tetkik hakimleri ve BAM üyelerinin, kanun yolu incelemelerindeki etkisi net bir ifade ile açıklama içermemekle birlikte, bu hakimlerin, karara bağlanacak dosya konusunda görüşlerine başvurulduğu anlaşılmaktadır.

<sup>1659</sup> **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.388; **Pekcanitez**, Hukuki dinlenme, s.773; Jean **Viatte**, Communication Et Production Des Pièces En Justice, Gaz. Pal. du 14 Juin 1973, s.406; Natalie **Fricéro**, Les Pièces Du Procès À L'Épreuve Du Contradictoire, Recueil Dalloz 2006 (Les pièces), s.1150; Julien **Raynaud**, "Le Principe de la contradiction et article 1843-4 du code civile", Ann. dr. Eu. 2005s.784; **Chen**, s.291; **Grisel**, s.88; **Doswald-Beck/Kolb**, s.121; **De Salvia**, s.293 vd.; **Eudes**, s.184; **van Drooghenbroeck**, s.150; **Sudre/ MARGUÉNAUD/ ANDRIANTSIMBAZOVINA/ GOUTTENOIRE/ LEVINET**, s.321; **Harris, O'Boyle & Warbrick**, s.254.

<sup>1660</sup> **Özekes**, Hukuki dinlenme, s.91. Bir tarafça sunulan vakıalar ve deliller, karşı tarafın savunma yapabilmesine yetecek kadar somut ve açık değilse, hâkimin iddia ve somutlaştırma yükünün kime düştüğünü tespit ettikten ve ortaya konan dava malzemesi bu doğrultuda somutlaştırıldıktan sonra diğer tarafı bilgilendirmesi gerekir. Böyle bir ihtimalde davayı aydınlatma ödevi de bilgilenme hakkının kapsamındadır. **Özekes**, Hukuki dinlenme, s.92.

<sup>1661</sup> Feldbrugge/Hollanda, 29 Mayıs 1986, par.44.

bilirkişiye başvurması ihtimalinde, bilirkişi raporunun taraflara tebliğ edilmesi ve rapora itiraz hakkı tanınması her zaman yeterli olmayabilir. Tarafların veya en azından vekillerinin bilirkişi incelemesi sırasında hazır bulunması gerekebilir. **Mantovanelli/Fransa** kararına<sup>1662</sup> konu olayda bilirkişinin raporu, tarafın yokluğunda alınan tanık beyanlarına ve birtakım belgelere dayandığı için çelişmeli yargılama ilkesine aykırılık bulunmuştur. Karara konu olayda, başvurular arka arkaya yapılan birkaç ameliyat sonucu böbreklerde meydana gelen sorun nedeniyle komadan çıkamayan kızlarının hastanenin ihmali sonucu öldüğünü iddia etmektedirler. Yerel mahkeme, bu iddiaların değerlendirilerek rapor hazırlanması için bir bilirkişi atamıştır. Bilirkişi, ameliyatı yapan hekimle birlikte beş hastane görevlisi ile görüşmüş ancak bu görüşmeleri yaparken iç hukukta böyle bir yükümlülük olduğu halde başvuruları haberdar etmemiştir.

AİHM, öncelikle bilirkişinin yaptığı her görüşmeden ya da incelediği her belgeden tarafların haberdar edilmesi gerekmediği belirtmiştir. Öte yandan taraflar, bilirkişi raporuna etkili şekilde itiraz edebilecekleri ölçüde bilgilendirilmelidirler<sup>1663</sup>. En azından bilirkişinin raporuna esas aldığı, görüşünü dayandırdığı unsurlardan haberdar edilmelidirler. Başvuranların kızlarına halothane verilmesinin hastanenin ihmali gösterip göstermediği hakkında bilirkişinin cevaplama gereken soru, aslından mahkemenin hükmünü oluşturabilmesi için belirlemesi gerekenle aynıdır. Fakat, hâkimlerin bilgisi dahilinde olmayan teknik bir konudur. Bu nedenle her ne kadar mahkeme hukuken bilirkişi raporu ile bağlı değilse de rapor mahkemenin esasa ilişkin değerlendirmesinde önemli bir etkiye sahiptir. Başvuranların yeni bir bilirkişi atanması taleplerinin reddedilmesi karşısında, sahip oldukları tek imkân, raporun hazırlanmasından önce görüşlerini etkili şekilde açıklayabilmeleri ve bilirkişinin görüştüğü hastane personelinin çapraz sorguya tabi tutabilmeleridir. Görüşmelere katılmaları engellendiğinde bu imkândan da mahrum bırakılmışlardır. Bu nedenle adil yargılanma hakları ihlal edilmiştir<sup>1664</sup>.

Fransız Medenî Usûl Kanunu'nun 15. maddesinde tarafların iddialarını dayandırdıkları vakıaları ve bunlara ilişkin delilleri, ileri sürdükleri hukukî sebepleri, taraflardan her birinin savunmada bulunabilmesine imkân tanımak amacıyla,

<sup>1662</sup> 18 Mart 1997.

<sup>1663</sup> **Chen**, s.290; **Clayton/ Tomlinson**, s.101; **İnceoğlu**, s.314.

<sup>1664</sup> Par.36.

karşılıklı olarak birbirlerine bildirmeleri gerektiği belirtilmiştir. Bu durumda, hâkim yargılamada yalnızca tarafların birbirlerine bildirdikleri vakıaları, delilleri ve hukukî sebepleri dikkate alabilecektir<sup>1665</sup>. Anılan düzenleme doğrudan bilgilenme hakkını garanti altına almaktadır. Zira Kanun'un 16. maddesinde karşılıklı olarak tartışma imkânı verilmeyen taraflarca gösterilmiş veya ibraz edilmiş delillerin, yapılmış açıklamaların hâkimin kararında dikkate alınmayacağı belirtilmiştir. Türk usul hukukunda hukuki dinlenilme hakkını düzenleyen HMK m.27'den başka, yalnızca bilgilenme hakkına yer veren böyle bir kanun hükmü olmamakla birlikte, hukuki dinlenilme hakkına ilişkin genel madde, uygulamada aynı sonuca varılması açısından yeterlidir. Örneğin, Yargıtay bir kararında, karşı tarafa bildirilmeden ve tarafın görüşü alınmadan bilirkişi raporunun karara esas alınmasını hukuki dinlenilme hakkına aykırı bulmuştur<sup>1666</sup>. Gerek taraflardan birinin talebi üzerine, gerekse hâkim tarafından re'sen bilirkişi incelemesi yaptırılması halinde, Yargıtay tarafından da belirtildiği üzere, bilirkişi raporu taraflara tebliğ edilmeli ve rapor hakkında görüşlerini açıklama, rapora itiraz etme imkânı tanınmalıdır.

Bilgilenme hakkı son olarak, dosyadaki bilgi ve belgelerin incelenmesi hakkını da kapsamaktadır<sup>1667</sup>. Tarafların, dosyaya sunulan bilgi ve belgelerden haberdar edilmesini sağlamak mahkemenin görevidir; söz konusu bilgi ve belgelerin dosyada bulunuyor oluşu yeterli sayılmamaktadır<sup>1668</sup>. Tarafların, dosyadaki belgeleri inceleyebilmeleri ve bir belgenin kendilerinin yorumunu gerektirdiği kanaatinde olup olmadıklarını belirtme imkânları olmalıdır. Kişilerin adaletin işleyişine güvenmesi buna yani dosyadaki her belge hakkında görüş bildirebilme güvencesine bağlıdır<sup>1669</sup>.

Dosyadaki bilgi ve belgeler için yeterli inceleme şansı tanınmaması bilgilenme hakkına uygun düşmeyeceği gibi, eksik bilgilenme sonucu açıklama hakkı da etkili kullanılamayacak, hukuki dinlenilme hakkının her iki unsuru da eksik kalacaktır<sup>1670</sup>.

<sup>1665</sup> Christophe Lefort, Procédure Civile, 4<sup>e</sup> édition, Paris 2011, s.207.

<sup>1666</sup> HGK, 15.9.1965, 3-187/314 (İKİD 1965/59, s.4136). Benzer kararlar için bkz. 19.HD, 18.11.1994, 4422/11162 (Erdemir, s.634); 14.HD, 30.01.2012, 493/983 (Ali Haydar Karahacıoğlu/Aynur Parlar, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s.1034-1035); 19.HD, 05.11.2012, 9271/15978 (Mustafa Ateş, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yargıtay İlke Kararları, C.II, Ankara 2013,s.1252); 23.HD, 10.04.2013, 1242/2325 (Ateş, HMK, C.II, s.1257).

<sup>1667</sup> Clayton/ Tomlinson, s.33-34; Pekcanitez, Hukuki dinlenilme, s.774; Chen, s.291; Grisel, s.88.

<sup>1668</sup> Harris, O'Boyle & Warbrick, s.254.

<sup>1669</sup> F.R./İsviçre, Baş. No: 37392/97, T:28 Haziran 2001; Skondrianos/Yunanistan, Baş. No:63000/00; 74291/01; 74292/01, T:18 Aralık 2003; Clinique des Acacias vd./Fransa, Baş. No:65399/01; 65406/01; 65405/01; 65407/01, T:13 Ekim 2005.

<sup>1670</sup> Özkes, Hukuki dinlenilme, s.93; Yavaş, s.293.

Şayet bazı belgeler gizlilik ve benzeri gerekçelerle, mahkemeye ibraz edilemiyor veya tarafların incelemesine sunulmuyorsa, mahkeme tarafından karara dayanak yapılmamalıdır. Çünkü tarafın bilgisi olmadığı bir delil hakkında açıklama hakkını kullanması mümkün değildir<sup>1671</sup>. Bu, silahların eşitliği ilkesi açısından da sorun teşkil eder. Tarafların mahkemeye sunulan bilgi ve belgeler hakkındaki açıklamalarını etkili olarak yapabilmeleri için, dava dosyasına doğrudan ulaşabilmeleri gereklidir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin konuyla ilgili içtihatları da bu yöndedir<sup>1672</sup>.

**McMichael/Birleşik Krallık** kararı<sup>1673</sup> bu hakkın önemini ortaya koymaktadır. Karara konu yargılama, sosyal hizmetler müdürlüğünün küçük çocuğun bakılamaması sebebiyle ailesi yanından alınması hakkındaydı. Sosyal hizmetler dairesi, aile ve çocuğun bakımı hakkında bir rapor hazırlayarak mahkemeye sunmuştu ve bu rapor aynı zamanda annenin bir takım psikolojik sorunları olduğu iddiasını içermekteydi. İç hukuka göre sunulan bu rapor gizli olduğundan mahkeme başkanı ebeveynleri raporun içeriği hakkında bilgilendirdi ancak rapor kendilerine verilmedi. Mahkemenin hükmünü oluşturmasında olağanüstü öneme sahip olan bu rapora ulaşamamaları, tarafların mahkeme önünde kendilerini etkili olarak savunma ihtimalini ortadan kaldırmıştır. Bu nedenle AİHM, başvuruların çelişmeli yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasına hak vermiştir.

Bu karar, Sözleşmeciler devletlerin dosyadaki bilgi ve belgelere ulaşma usulünü düzenleyemeyecekleri anlamına gelmemektedir. Aksine, **Kamasinski/Avusturya**<sup>1674</sup> ve **Kremzow/Avusturya** kararlarında<sup>1675</sup> AİHM, avukatla temsilin zorunlu olduğu davalarda dosyaya yalnızca avukatın ulaşmasına izin verilebileceğini ve Sözleşmenin

<sup>1671</sup> **Özekes**, Hukuki dinlenilme, s.93.

<sup>1672</sup> **Chen**, s.291; **Grisel**, s.88. Türkiye aleyhine verilen bazı kararlar için bkz. Güner Çorum/Türkiye Kararı, Baş. No:59739/00, T:31 Ekim 2006; Gencer/Türkiye Kararı, Baş. No:31881/02, T:25 Kasım 2008; Çatak/ Türkiye Kararı, Baş. No:26718/05, T:6 Ekim 2009; İter/Türkiye Kararı, Baş. No:43554/04, T:29 Eylül 2009; Karaarslan/Türkiye Kararı, Baş. No:4027/05, T:27 Temmuz 2010; Kahraman/Türkiye Kararı, Baş. No:60366/00, T:31 Ekim 2006; Merdan/Türkiye Kararı, Baş. No:38011/05, T:29 Eylül 2009; Miran/Türkiye Kararı, Baş. No:43980/04, T:21 Nisan 2009; Okan Erdoğan/Türkiye Kararı, Baş. No:43696/04, T:29 Eylül 2009; Tamay ve Diğerleri/Türkiye Kararı, Baş. No:38287/04, 1416/05, 1688/05, 2596/05, 12342/05, 17250/05, 20241/05, 26665/05, 29859/05, 30476/05, 31959/05, 37140/05, 37196/05, 23484/06, T:29 Eylül 2009, 1 Ekim 2010. Kararların orijinal dilde metinleri için bkz. <http://www.echr.coe.int>; kararların Türkçe çevirileri için bkz. <http://www.inhak.adalet.gov.tr/>.

<sup>1673</sup> 24 Şubat 1995, Baş. No: 16424/90.

<sup>1674</sup> 19 Aralık 1989, par.88.

<sup>1675</sup> 21 Eylül 1993, par.52.



6.maddesinin böyle bir düzenleme yapılmasını yasaklamadığını belirtmiştir. Ancak iç hukukta avukatla temsil zorunluluğu yoksa ve taraflara davalarını bizzat takip etme olanağı veriliyorsa, aynı şekilde dosyaya doğrudan ulaşabilme hakkının da mutlaka tanınması gerekmektedir<sup>1676</sup>.

Bununla birlikte, bir tarafın mahkemeye sunduğu belgelerin diğer tarafa gönderilmemesi, dosyadaki belgelere ulaşıldığının ve bu belgeler hakkında açıklama hakkının kullanıldığının anlaşıldığı hallerde ihlal sayılmayabilmektedir. Örneğin bir olayda, Bakanlığın savunmasına eklediği belgeler, başvuran şirkete gönderilmemiş, dava dosyasına konmuştur. Hükümden sonra mahkemeye sunulan belgelerin kendilerine gönderilmemesi nedeniyle hakkaniyete uygun yargılama yapılmadığı iddiasıyla AİHM'na başvuruda bulunulmuştur<sup>1677</sup>. AİHM, söz konusu başvuruda, başvuran tarafın, dosyadaki belgelerin farkında olduğuna dikkat çekmiştir. Çünkü başvuran taraf avukatları, ulusal mahkemeye sundukları cevaba cevap dilekçesinde kendilerine gönderilmemiş olan belgelere çok sayıda atıfta bulunmuştur. Söz konusu belgeler, dosyada tarafların erişimine açık olduğundan burada savunma hakkının ihlalden bahsedilmemelidir. AİHM'nin yaptığı bu yorum, tarafların avukatla temsil edildiği davalar bakımından kabul edilebilirse de, avukatla temsil edilmeyen tarafa ayrı bir külfet yükleyebilir. Zira kendini avukatla temsil ettirmeyen ya da ettiremeyen taraf, özellikle bir de hukukçu değilse, kendisine gönderilmeyen belgelere ulaşmakta zorluk çekebilir.

Dosyanın incelemesi kapsamında, tarafların dosyadaki belgelerin orjinallerini görmeleri, belgeleri okumaları, sesli ve görüntülü materyalleri dinlemeleri ya da izlemeleri, fotokopi almaları mümkündür. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 158. ve 161. maddelerinde dosyadaki belgelerin incelenmesine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Kanun'un 158. Maddesinde, tutanakların tamamının veya bir kısmının örneklerinin, talep halinde taraflara ve fer'i müdahile verilebileceği; tutanağın eki niteliğinde olan ve gizlilik kararı kapsamında kalan belgelerin örneklerinin verilmesi için hâkimin izninin gerekli olduğu belirtilmiştir. Kanun'un 161. maddesinde ise, zabıt kâtibinin gözetimi altında tarafların veya fer'i müdahilin dava dosyasını inceleyebilecekleri; davayla ilgili diğer ilgililerin de ilgilerini ispatlamak kaydıyla ve

<sup>1676</sup> Foucher/Fransa, 18 Mart 1997.

<sup>1677</sup> Şenol Uluslararası Nakliyat, İhracat ve Limited Şirketi/ Türkiye Kararı, Baş No:75834/01, T:20 Mayıs 2008.

hâkimin izin vermesi şartıyla dosyayı tetkik edebilecekleri ifade edilmiştir. Yine aynı maddelerde, gizli olarak saklanmasına karar verilen belgelerin ve tutanakların incelenmesinin hâkimin açık iznine bağlı olduğu öngörülmüştür. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda belirtilen ilgili hükümlerin yanı sıra, Avukatlık Kanunu'nun 46. maddesinde avukatlara özgü özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, avukatlar ile stajyerler dava ve takip dosyalarını vekâletnamelerini ibraz etmeksizin inceleyebileceklerdir<sup>1678</sup>.

Kanunun koyduğu sınırlar çerçevesinde taraflara gerekli kolaylık sağlanmalıdır, tüm yargılama boyunca tarafların, birbirlerinin iddia ve savunmaları ile bunlara dayanak yapılan deliller hakkında tam bir bilgi sahibi olmaları garanti altına alınmalıdır. Bu, taraf aleniyeti olarak ifade edilmektedir. Taraf aleniyeti, yargılamanın her aşamasının taraflara açık olarak yürütülmesini gerektirir. Bu, yukarıda incelediğimiz genel anlamdaki aleniyet ilkesinden farklıdır. Çünkü taraf aleniyeti kural olarak taraflara ve davaya müdahil olmuş diğer kişilere tanınmış bir hak olup mahkemenin işlemlerinin onlar tarafından öğrenilmesi anlamına gelmektedir<sup>1679</sup>. Bu, ileri sürülen iddialara karşı koyma ve gerekirse karşı delil ileri sürebilmelerinin ön koşuludur. Bu bağlamda, dava malzemesine ulaşılması, dava dosyasının incelenmesi için gerekli ortamın yaratılması gerekir. Aksi halde hukuki dinlenilme hakkı ihlal edilmiş olacaktır<sup>1680</sup>.

Bilgilendirme mahkeme aracılığı ile yapılabileceği gibi, tarafın bizzat bilgi edinmesi suretiyle de gerçekleşmiş olabilir. Ancak hemen ifade etmek gerekir ki, mahkeme bir dilekçenin karşı tarafa tebliğ etmesi ya da keşif için tarafların davet etmesi gerekirken bunu yapmamışsa Mahkemenin hukuki dinlenilme hakkına uygun hareket etmediği açıktır. Tarafın, dilekçenin içeriğini ya da duruşma gününü kendi çabasıyla öğrenmiş olması sonucu değiştirmez. Ya da tarafın kendisinin bu yönde

<sup>1678</sup> İsviçre Hukuku'nda Federal Medenî Usûl Kanunu'nun 53. maddesinin 2. fıkrasında, tarafların dava dosyasını inceleyebilecekleri ve fotokopi alabilecekleri belirtilmiştir. Doktrinde, dava dosyasının incelenmesi hakkının yalnızca devam eden davalara özgü olmadığı; hak sahibinin korunmaya değer bir hakkı olduğunu ispatlaması şartıyla, sona ermiş davalara ilişkin dava dosyalarının da incelenebileceği savunulmaktadır. **Auer/ Malinverni/ Hottelier**, s.608). Yargı organlarının tarafları dava dosyasına girmiş olan ve mahkemenin kararında etkili olabilecek tüm yeni delillerden haberdar etmeleri, bunun için de dava dosyasını tarafların incelemesine sunmaları gerektiği Federal Mahkeme tarafından da dile getirilmiştir. Bkz. ATF 128 V 272 (**Auer/ Malinverni/Hottelier**, s.607).

<sup>1679</sup> **Üstündağ**, s.260; **Pekcanitez**, Hukuki dinlenilme, s.408-409; **Özekes**, Hukuki dinlenilme, s.94.

<sup>1680</sup> **Pekcanitez**, Hukuki dinlenilme, s.774; **Özekes**, Hukuki dinlenilme, s.92-93; **Tanrıver**, Adil Yargılanma, s.207.

beyanda bulunması dahi mahkemenin bildirim yükümlülüğüne aykırı davranması için haklı bir gerekçe olmamalıdır<sup>1681</sup>.

Üçüncü kişilerin de kendilerini ilgilendiren yargılama hakkında bilgi sahibi olmaları sağlanmalıdır. Dava sonucunda verilecek karardan doğrudan etkilenecek olan herkes, davadan haberdar edilmelidir<sup>1682</sup>. Kanun koyucunun bilgilendirme yöntemiyle ilgili olarak biraz esnek davrandığı görülmektedir. Örneğin davanın ihbarında, ihbarın şekline ilişkin HUMK’nda bir kural yer almıyordu. Bu sebeple ihbarın mahkeme aracılığı ile yapılması veya mahkeme dışında taahhütlü mektup ya da noter aracılığı ile yapılması mümkündür<sup>1683</sup>. HMK’nun ihbarın şekli kenar başlıklı 62.maddesine göre, *“ihbar yazılı olarak yapılır; ihbar sebebinin gerekçeleriyle birlikte açıklanması ve yargılamanın hangi aşamada bulunduğu belirtilmesi gerekir.”* Kanun koyucu, önceki düzenlemeden farklı olarak, ihbarın yazılı yapılmasını, ihbar sebebinin ve yargılama aşamasının bildirilmesini aramışsa da mahkeme aracılığı ile yapılmasını şart koşmamıştır. Bu sebeple, Kanundaki şartları karşıladığı sürece ihbarın yine taahhütlü mektup ya da noter aracılığı ile yapılması mümkündür.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda mahkemenin davayı kendiliğinden ihbarı açıkça ve ayrıca düzenlenmemiş olmakla birlikte, hâkimin hukuki sorumluluğunu gerektiren sebeplerden birine dayanılarak devlete karşı açılan tazminat davasında,

<sup>1681</sup> **Özekes**, Hukuki dinlenilme, s.95. “... İşin mahiyeti ve mahkemenin türüne göre bir yargısal işlem ancak tefhim veya tebliğ ile sıhhat kazanır.. HUMK.nunda mazeret üzerine gelmeyen tarafın duruşma günü mahkeme kaleminden öğrenmesi konusunda bir hüküm yoktur. O halde mazeretli olduğu kabul edildikten sonra duruşma günü kendisine bildirilmeyen tarafın yokluğunda karar verilemez. Hukuk Genel Kurulu bir kararında daha da ileri giderek ‘duruşmanın talikine dair talebi mahkemece kabul edilmiş olmakla duruşma için tayin edilen günün usulüne tevfikeyan bildirilmesi icap eder. Dilekçede duruşma gününün kalemden öğrenileceğinin beyan edilmesi, bu usulü muamelenin ihmalini gerektirmez’ şeklindeki görüşü vurgulanmıştır (HGK, 6.4.1955 tarih, 1591/1690 sayılı karar).” 1.HD, 28.1.1999, 110/321 (YKD 1999/8, s.1040-1041).

<sup>1682</sup> **Clayton/ Tomlinson**, s.33. Örneğin bir olayda, eşlerin boşanmasından önce evlilik içinde bir kız çocukları olmuştur. Boşanmadan sonra, kadının başvurusu ile savcı çocuğun evlilik dışı bir çocuk olduğu yolunda soybağı ile ilgili bir dava açmıştır. Bu yargılama sırasında çocuğun babası ve kadının evli iken kocası olan erkek yurt dışındadır. Kendisine ne dava dilekçesi ne duruşma zamanları bildirilmiş hatta kan grubu araştırılması için de çağrılmamıştır. Mahkeme yargılamanın sonunda, çocuğun, kadının evli iken kocası olan erkeğin çocuğu olmadığını tespit etmiş, hüküm herhangi bir şekilde tebligat yoluyla erkeğe bildirilmemiştir. Erkek iki yıl sonra hükümden haberdar olmuş ve kendisine aktif olarak yargılamaya katılma şansı tanınmayarak hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle anayasa şikâyeti yoluna başvurmuştur. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, böyle bir durumda babaya taraf olarak olmasa da hukuki durumu doğrudan etkilenen biri olarak yargılamaya yeterince katılma şansı tanınması gerektiğinden bahisle, erkeğin talebini kabul etmiştir. **Özekes**, Hukuki dinlenilme, s.287, dn.274.

<sup>1683</sup> **Kuru**, Usul IV, s.3518; **Özekes**, Hukuki dinlenilme, s.97.

Kanun koyucu mahkemenin, açılan tazminat davasını ilgili hâkime re'sen ihbar edeceğini öngörmüştür (HMK m.48/f.2). Bunun gibi, Medeni Kanun'da<sup>1684</sup> davanın re 'sen ihbarına ilişkin hükümlere rastlanmaktadır. Kanunda ayrıca düzenlenmemiş olsa da, koşullar gerektirdiğinde üçüncü kişinin açıklama hakkını kullanabilmesi için mahkemenin ihbarda bulunabileceği doktrinde savunulmaktadır<sup>1685</sup>. Yargıtay ise uygulamada, verilecek hükmün dava dışı olan üçüncü kişilerin haklarını etkilemesi durumunda, davacıya süre verilerek bu kişilere karşı dava açılmasının sağlanması ve daha sonra bu davaların birleştirilmesi yoluna gidilmesi şeklinde bir çözüm üretmiştir<sup>1686</sup>. Biz, mahkemenin gerektiğinde üçüncü kişiye resen ihbarda bulunabileceği yönündeki görüşe katılmaktayız. Çünkü yargılamanın hukuki sonucundan etkilenecek kişiye savunma hakkının tanınması adil yargılanma hakkına daha uygun olacaktır.

Şüphesiz, kişinin kendisi aleyhine açılan davadan haberdar edilmesini sağlayan en önemli araç tebligattır. Tarafların mahkeme aracılığı ile bilgilendirilmeleri kural olarak tebligat ve davetiyeler<sup>1687</sup> yoluyla olur. Tebligat genel olarak, yargılamaya ilişkin işlemleri, yargılamayla ilgili kişilere kanunda belirtilen usule uygun olarak

<sup>1684</sup> TMK m.301/f.3: "Babalık davası, Cumhuriyet Savcısına ve Hazineye; dava ana tarafından açılmışsa kayyım, kayyım tarafından açılmışsa anaya ihbar edilir."

<sup>1685</sup> **Özekes**, Hukuki dinlenilme, s.268.

<sup>1686</sup> "... marka tesciline karşı itiraz eden tarafın Enstitü kararına karşı itirazından sonuç alamayıp böyle bir davanın açılması karşısında, verilecek karardan doğrudan hakkı ve hukuku etkilenecek olan kişinin (tescil başvurusunda bulunan) davada taraf haline getirilmesi, davaya karşı beyanda bulunması ve delillerini ibraz etme hakkı tanınması zorunludur. Nitekim mahkemece de önce davacı taraf bu yönde önel verilmiş ve davacı ilgili kişiye de husumet yönelterek davalar birleştirilmiştir. Hal böyleyken, diğer davalıya usulüne uygun tebligat yapılarak savunma hakkı tanınması gerekirken, bu davalıya dilekçe tebliğ edilmeden aksi düşünce ile yargılamanın sonuçlandırılması doğru olmadığı gibi..." 11.HD, 23.5.2002, 2174/5089 (YKD2002/10, s.1520). "Kamu orta malı niteliğindeki meraların mülkiyeti hazineye kullanma (yararlanma) hakkı ise köye ait bulunmaktadır... Meraların mülkiyeti hazineye ait olduğuna göre husumetin hazineye yöneltilmesinde bir isabetsizlik yoktur. Bu durumda mahkemece köy tüzel kişiliğinin de davaya katılımı sağlanarak husumet yaygınlaştırıldıktan sonra tarafların iddia ve savunmaları sorulup gösterecekleri deliller toplandıktan sonra işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekir..." 17.HD, 22.2.2001, 726/779 (YKD 2001/8, s.1229). "Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki veçhelerine Dair Sözleşme 4461 Sayılı Yasa ile kabul edilmiş, 15.2.2000 günlü Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Dava aracı kurum tarafından açılmıştır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasının 73.maddesi uyarınca davanın çocuğu kaçırdığı iddia olunan anneye tevcihi dava dilekçesi ve duruşma günü davalıya (anneye) bildirilip tarafların delilleri toplanıp deliller sözü edilen sözleşme çerçevesinde değerlendirilip sonucu uyarınca karar verilmesi gerekir." 2.HD, 7.3.2002, 876/3056 (YKD 2002/7, s.1015). "Kararda davalı olarak gösterilmeyen annenin hem velayet yönünden hem de çocuk kaçırmanın doğuracağı sonuçlar yönünden doğrudan hukuki durumu etkileneceğinden taraf olarak kendisine tebligat yapıp yargılamada yer almasının sağlanması aranmıştır." **Özekes**, Hukuki dinlenilme, s.283, dn.262.

<sup>1687</sup> Davetiye, bir kimsenin mahkeme huzuruna yazılı şekilde davet edilmesidir. Önemi sebebiyle bazı durumlarda, davetiyenin özel bir şekilde düzenlenmesi davete icap edilmediğinde bunun sonuçlarının hatırlatılması öngörülmüştür. Buna meşruhatlı davetiye denir. **Pekantez**, Hukuki dinlenilme, s.773; **Özekes**, Hukuki dinlenilme, s.106.

bildirmek için yapılan belgelendirme işlemidir<sup>1688</sup>. Bilgilendirmenin şekli, bilgilendirmenin yapılıp yapılmadığını ve yapılma zamanının tespiti bakımından önemlidir. Çünkü Kanunun çeşitli hükümlerinde, özellikle sürelerin işlemeye başlaması gibi sonuçların doğması genellikle öğrenmeye bağlanmıştır. Ve öğrenmenin de, tefhim, tebliğ ve davetiye şeklinde olması aranmaktadır<sup>1689</sup>.

Yargıtay da kararlarında, tebligatın önemi üzerinde durmaktadır. Yüksek Mahkemeye göre, yetkili makamlar tarafından bir takım hukuki işlemlerin, bunların hukuki sonuçlarından etkilenmeleri amaçlanan kimselere kanuna uygun şekilde bildirim ve bu bildirim de usulüne uygun şekilde yapıldığının belgelenmesi olarak tanımlanan tebligat, Anayasa ile güvence altına alınan iddia ve savunma hakkının, daha da özde hukuki dinlenilme hakkının tam olarak kullanılması ve bu suretle adil bir yargılamanın yapılmasını sağlayan çok önemli bir araçtır<sup>1690</sup>.

Dava dilekçesinin usulüne uygun olarak kendisine tebliğ edilen kimse, ancak bu sayede aleyhine bir yargılamanın başladığını, davacının iddiasını ve dayandığı delilleri öğrenir; dava dosyasını inceleyip etkili bir savunma hazırlama imkânına sahip olur<sup>1691</sup>. Tebligatın, Tebligat Kanunu'nun öngördüğü usule uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Tebligat mevzuatındaki hükümlerin amacı tarafların en emin şekilde bilgi sahibi olmasının sağlanmasıdır. Dolayısıyla Tebligat hukuku düzenlemelerinin, bizzat hukuki dinlenilme hakkının gerçekleşmesine hizmet ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Tebliğin usulüne uygun olarak yapılmaması, bilgilenme hakkı ve dolayısıyla hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil edecektir<sup>1692</sup>. Yargıtay'ın tebligat mevzuatına aykırılık teşkil eden uygulamaların savunma hakkını kısıtladığına kanaat getirdiği çok sayıda içtihadı mevcuttur<sup>1693</sup>.

<sup>1688</sup> **Ansay**, s.166; **Kuru**, Usul V, s.5510-5511; **Özekes**, Hukuki dinlenilme, s.98; **Deliduman**, s.307.

<sup>1689</sup> “ Mahkemece yapılan yargılama sırasında ... günlü oturumda, davacı vekilinin mazereti kabul edilmiş, ara karar gereğince ‘duruşma gününün ekli pul ile bildirilmesine, tebligatın yetişmeme ihtimaline binaen ayrıca telefonla duruşma gününün bildirilmesine’ biçiminde karar verilmiştir. Bir sonraki celsede ‘telefonla bilgi verildi’ şerhi düşülerek davacı vekilinin yokluğunda hüküm kurulmuştur. Davacı vekiline usulüne uygun tebligat yapılmadığı, telefonla bilgi verilmesi şeklinde bir yöntemin usulde yer almadığı gözetilmeden savunma hakkının kısıtlanmış bulunması bozmayı gerektirmiştir.” 4.HD, 16.02.2010, E:2010/14953, K:2010/2310 (MİHDER C.8, S.23, 2012/3, s.149).

<sup>1690</sup> HGK, 23.11.2011, E:2011/11-554, K:2011/684 (MİHDER C.8, S.21, 2012/1, s.106); 2.HD, 18.03.2013, E.2012/21283, K.2013/7297 (**Gençcan**, s.253-254).

<sup>1691</sup> **Yılmaz**, Şerh, s.291; **Tanrıver**, Adil Yargılanma, s.207.

<sup>1692</sup> **Pekcanitez**, Hukuki dinlenilme, s.770-771; **Özekes**, Hukuki dinlenilme, s.98.

<sup>1693</sup> 1. HD, 10.3.1997, 2693/3095 (YKD 1997/7, s.1053); 2.HD, 24.6.1994 5855/6458 (YKD 1994/12, s.1908); 2.HD, 1.11.1996, 10682/11100 (YKD1997/3, s.358); 20.HD, 21.4.1994, 3067/4502 (YKD 1994/7, s.1134; 17. HD, 26.9.1996, 4020/4309 (YKD 1996/11, s.1775).

Uygulamada zaman zaman, ilan yoluyla tebligat (m.28) ile tebliğ imkânsızlığı hali (m.21) birbirine karıştırılmaktadır. İki kurumun ayırt edilmesi önemlidir. Çünkü, her iki kurumun koşulları ve her iki durumda yapılması gereken işlemler birbirinden farklıdır<sup>1694</sup>. Kanunun 21.maddesindeki usulün uygulanabilmesi için adresin belli olması, tebliğ görevlisinin adrese gelmesi ve fakat adreste kimseyi bulamaması gerekir. Buna karşılık Kanunun 28 ve devamı hükümlerinde düzenlenen ilan tebligatta daha geniş anlamda bir tebliğ imkânsızlığı vardır. Zira burada muhatabın adresi belli değildir. Muhatabın adresi hiç bilinmiyor ve tüm araştırmalara rağmen bulunamıyorsa, ortadaki tebligat olanaksızlığını aşmak için ilan yoluyla tebligat yapılır<sup>1695</sup>.

İlan tebligat, hukuki dinlenilme hakkı bakımından özenle üzerinde durulması gereken bir kurumdur. Kanun koyucu ilan tebligatı son çare olarak gördüğünden ilan tebligat usulünü sıkı şartlara bağlamış ve muhatabın haberdar olabileceği en güvenceli yolu belirlemeye çalışmıştır. Kanunun 29.maddesine göre, ilan ilgilinin en emin şekilde öğrenebileceği ve varsa tebliği çıkaran merciin bulunduğu yerde yayımlanan birer gazetede ve ayrıca elektronik ortamda yapılır. Tebliğ olunacak evrak ve ilan sureti, tebliği çıkaran merciin herkesin kolayca görebileceği bir yere asılır. Mercii, hal ve şartlara göre ikinci defa ilan yapılmasını gerekli görürse, iki ilan arasında bir haftadan az olmaz ve gerekirse, ikinci ilan yabancı memleket gazeteleriyle de yapılabilir. Yukarıdaki hükümlerden, kanun koyucunun ilan tebligat hususunda gerekli hassasiyeti gösterdiği anlaşılmaktadır. Kurumun, hukuki dinlenilme hakkına saygılı şekilde uygulanması için yargı organları da üzerine düşeni yapmalıdır.

İlan tebligata en son çare olarak müracaat edilmesi<sup>1696</sup>; başka türlü tebligat yapmak mümkün iken ilan tebligat yapılmaması gerekir. Tebligat konusunda bir güçlük yokken ya da adres araştırması için yeterince özen gösterilmemişken, ilan

<sup>1694</sup> Ejder **Yılmaz**/ Tacar **Çağlar**, Tebligat Hukuku, 6.Baskı, Ankara 2013, s.502.

<sup>1695</sup> **Yılmaz/Çağlar**, s.502-503; Timuçin **Muşul**, Tebligat Hukuku 3.Baskı, İstanbul 2010, s.109 vd., 147 vd.

<sup>1696</sup> “İlan tebligat en son başvurulacak bir çaredir. O nedenle adres araştırmasının titizlikle ve kararlılıkla yapılması zorunluluğu açıktır.” 2.HD, 13.9.1994, 6088/7993 (YKD1995/1, s.17). **Yılmaz/Çağlar**, s.503.

tebligat yolunun tercih edilmesi hukuki dinlenilme hakkına aykırılık oluşturur<sup>1697</sup>. Bu konuda bir güçlük olması hasebiyle ilanen tebligat usulünün zorunlu görülmesi halinde ise, ilgilinin haberdar olması en muhtemel vasıtalar tercih edilmelidir. ÖZEKES'in de belirttiği gibi, *“bu tür bir tebligatta aslında muhatap fiilen bilgi sahibi kılınmamakta, öyle olduğu kabul edilmektedir; bunun sonucu olarak hukuki dinlenilme hakkının sağlandığı da bir varsayımdan ibaret kalmaktadır”*<sup>1698</sup>. Bu gerekçeyle, somut olayda, ilanen tebligatla hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiği iddiası karşısında meseleye titizlikle yaklaşılmalı; ihlalin varlığı tespit edilmeye çalışılırken, ilanen tebligat usulüne zorunlu olarak başvurulması yeterli savunma gerekçesi sayılmamalı; adres tespiti için gerekli araştırmaların yapıp yapılmadığı<sup>1699</sup>, tebligatın usulü, ilanın yapıldığı gazetenin seçimi gibi unsurlar da araştırılmalıdır.

Yukarıda, makul sürede yargılanma hakkı bakımından tebligat hukukuna getirilen yenilikler hakkındaki açıklamalarımız sırasında değindiğimiz gibi<sup>1700</sup>, Ülkemizde, adres kayıt sistemine geçilmiş ve muhatabın bilinen en son adresin tebligata elverişli olmaması veya tebligat yapılamaması halinde, muhatabın adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresi son adres olarak kabul edilecektir. Bu halde başkaca bir araştırma yapılmadan tebligat, adres kayıt sistemindeki adrese yapılacaktır (Teb. Kan. m.10). Bu yeni düzenleme sonucunda, muhatabın adres kayıt sisteminde bir adresi mevcut olduğu sürece adresin meçhul sayılması mümkün olmayacaktır<sup>1701</sup>. Muhatabın adres kayıt sisteminde bir adresi bulunmuyorsa, ancak o zaman adresi meçhul sayılacak, 28.maddedeki araştırmanın ardından ilanen tebligat yapılacaktır. Dolayısıyla ilanen tebligata uygulama alanının daha dar bir hal aldığı söylenebilir<sup>1702</sup>.

<sup>1697</sup> Pekcanitez, Hukuki dinlenilme, s.772; Özekes, Hukuki dinlenilme, s.102.

<sup>1698</sup> Özekes, Hukuki dinlenilme, s.102.

<sup>1699</sup> “...davalının halen bulunduğu yabancı ülkede tebligata elverişli adresinin tesbiti mümkün bulunduğu anlaşılmaktadır. Tebligat Tüzüğü'nün 41-43.maddeleri uyarınca muhatabına tebliğ yapılması, şayet yabancı ülkede tebligata elverişli adresi tespit edilemezse aynı Tüzüğün 46.maddesine göre ilanen tebligat tebligatta da aynı tüzüğün 47.maddesi ve özellikle 2.bendinin 2 ve 3.fikrasındaki hükümlerimiz önünde bulundurulur Tüzüğe uygun tebligat işleminin tamamlanması gerekirken bu hükümlerle hiç de bağdaşmayan tebligatla getirilmesi hatalı olmuştur.” 6.HD, 4.10.1991, 10727/11521 (YKD 1992/2, s.203). “Davada, savunma hakkıyla sıkı sıkıya ilişkili olan adres araştırmasının zabıtaya yaptırılan bir inceleme ile sınırlı tutulması savunma hakkının kısıtlanmasına yol açabilecek bir durum yaratabilir.” 2.HD, 24.6.1994, 5855/6458 (YKD 1994/12, s.1908). Benzer şekilde, 8.HD, 1.3.1976, 5358/1621 (YKD 1977/7, s.943).

<sup>1700</sup> Bkz. s.310.

<sup>1701</sup> Yılmaz/Çağlar, Tebligat, s.510.

<sup>1702</sup> Yılmaz/Çağlar, Tebligat, s.510.

Tebliğat mevzuatına aykırı yapılan bir tebliğat usulsüz tebliğat sayılır<sup>1703</sup>. Bununla birlikte, kanun koyucu usulsüz tebliğatı tamamen geçersiz saymamış, muhatap öğrenmişse geçerli olacağına hükmetmiştir<sup>1704</sup>. Bu sonuç usul ekonomisi ilkesine de uygundur<sup>1705</sup>. Tebliğat Kanununun m.32 uyarınca, tebliğ tarihi muhatabın usulsüz tebliğatı öğrendiğini beyan ettiği tarihtir. Öğrenme tarihinin beyan edilenden başka bir tarih olduğunun iddia ve ispatına izin verilmemiştir (TebT m.51/f.3)<sup>1706</sup>.

Söz konusu düzenleme doğrultusunda, usulsüz tebliğatın hukuki dinlenilme hakkını ihlal ettiği kabul edilmeli<sup>1707</sup>; bununla birlikte ilgili usulsüz tebliğata konu işlem den haberdar olmuşsa artık hukuki dinlenilme hakkının çiğnendiğinden bahsedilmemelidir. Zira kanun koyucu ihlali telafi etmek amacıyla, öğrenmenin beyan edildiği tarihi tebliğ tarihi olarak kabul etmiş ve bunun aksinin ispatına imkân tanımayarak hukuki dinlenilme hakkı ihlal edilen kişi lehine bir düzenleme yapmıştır<sup>1708</sup>.

Hemen ifade edilmelidir ki, bilgilenme hakkının gerçekleşmesi için, önemli olan kanun koyucunun ve yargı organlarının gerekli tedbirleri alması ve bunun için yeterince imkân tanınmasıdır. Bu konuda hem mevzuat hükümleri bilgilenme hakkını garanti altına almalı hem de kuralın uygulanması aşamasında mahkemeler üzerine düşeni yapmalıdır. Her iki aşamada bilgilenme hakkına riayet edilmişse, artık tarafın kendi kusuruyla yargılama hakkında bilgi sahibi olmamasından devlet sorumlu tutulamaz. Örneğin, taraf tebliğatı almaktan imtina etmiş ya da adres bildirme yükümlülüğüne rağmen buna uymamış ve tüm araştırmalara rağmen adresi tespit

<sup>1703</sup> “Olayımızda, davalının ne sebeple adreste bulunmadığı tevsik edilmediği gibi, komşu imzası da alınmamıştır. Bu durumda dava dilekçesi ve duruşma gününe ilişkin davalıya yapılan tebliğat geçersiz olup Tebliğat Kanununun 21.maddesi ve Tüzüğü’nün 28.maddesine göre taraf teşkili sağlanmadığından savunma hakkı kısıtlanmak suretiyle karar verilmesi doğru değildir.” 6.HD, 26.01.2006, E:2005/10350, K:2006/268 (MİHDER S.4, 2006/2, s.1046).

<sup>1704</sup> “Usulsüz tebliğat sonucunda kesinleşen takipte uygulanan haciz sırasında bulunan ve haciz tutanağını imzalayan borçlunun, haczin uygulandığı tarihte tebliğatı öğrendiği kabul edilmeli ve itiraz ve şikayet süreleri tebliğatın öğrenildiği (haczin uygulandığı) tarihten itibaren başlatılmalıdır.” 27.04.2006, E:2006/6073, K:2006/9352 (MİHDER S.4, 2006/2, s.1132). Benzer şekilde bkz. 19.HD, 25.04.2006, E:2005/12005, K:2006/4461 (MİHDER S.5, 2006/3, s.1406). 12.HD, 24.02.2011, E:2010/20009, K:2011/1885 (MİHDER C.7, S.19, 2011, s.105).

<sup>1705</sup> **Özekes**, Hukuki dinlenilme, s.104.

<sup>1706</sup> 12.HD, 1.12.2000, 18136/18872 (YKD 2001/5, s.701).

<sup>1707</sup> 2.HD, 03.04.2013, E.2012/23347, K.2013/9136 (**Gençcan**, s.254).

<sup>1708</sup> **Pekcanitez**, Hukuki dinlenilme, s.770; **Tanrıver**, Adil Yargılanma, s.207; **Özekes**, Hukuki dinlenilme, s.104.



edilememişse veyahut da duruşmalara mazeretsiz olarak katılmamışsa, hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiğinden bahsedilmemelidir<sup>1709</sup>.

### bb. Açıklama Hakkı

Hukuki dinlenilme hakkının ikinci unsuru olan açıklama hakkı, taraflara yargılama sonucunda alınacak olan karara etkide bulunabilecek şekilde görüşlerini açıklayabilme olanağının verilmesini ifade eder<sup>1710</sup>. Taraflardan her birinin, diğerinin ileri sürdüğü vakıalar ile delilleri tartışabilmeleri ve görüşlerini açıklayabilmelerine imkân verildiği ölçüde hukuki dinlenilme hakkına saygılı bir yargılamadan ve sağlıklı bir karardan bahsedilebilecektir.

Anayasa m.36'da ifade edilen iddia ve savunma hakkı, hukuki dinlenilme hakkının bir unsuru olan açıklama hakkı ile yakından ilgilidir. Zira açıklama hakkı, hem iddiaların ortaya konulmasına hem de karşı taraf açıklamalarına ilişkin savunmaya yöneliktir. Bunlar aynı anda veya ayrı ayrı gerçekleşebilir. Örneğin, davalı taraf esasa cevap süresi içinde davacının iddialarına cevap verirken diğer yandan da karşılık dava ile kendi iddialarını ortaya koyabilir<sup>1711</sup> (HMK m.133).

Açıklama hakkı sahibine, hazırlık yapabilmesine ve açıklamalarını mahkemeye gereği gibi sunabilmesine yetecek imkân ve zaman tanınmalıdır<sup>1712</sup>. Ayrıca ortaya çıkan her yeni durum ve uyuşmazlık unsurunda açıklama hakkının kullanılmasına izin verilmelidir. Aksi halde hukuki dinlenilme hakkı ve dolayısıyla adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinin üçüncü fıkrasının b bendinde, kendisine bir suç yöneltilen herkesin, savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara<sup>1713</sup> sahip olma hakkı bulunduğu belirtilmektedir.

<sup>1709</sup> Özekes, Hukuki dinlenilme, s.88.

<sup>1710</sup> Jean Darbellay, Le Droit D'Être Entendu, RDS 1964, s.457; Pekantez/Atalay/Özekes, s.393-394; Pekantez, Hukuki dinlenilme, s.775; Tanrıver, Adil Yargılanma, s.208; Özekes, Hukuki Dinlenilme, s.106; Bohnet/ Haldy/ Jeandin/ Schweizer/ Tappy, s.144; Chen, s.287; Doswald-Beck/ Kolb, s.121; De Salvia, s.293 vd.; Eudes, s.184; van Drooghenbroeck, s.150; Sudre/ Margaünaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet, s.321; Harris, O'Boyle & Warbrick, s.254; Sungurtekin Özkan, Usul, s.117.

<sup>1711</sup> Özekes, Hukuki Dinlenilme, s.107.

<sup>1712</sup> Clayton/ Tomlinson, s.33; Grisel, s.87; Pekantez, Hukuki dinlenilme, s.768; Alanguya/Yıldırım/Deren- Yıldırım, s.188.

<sup>1713</sup> Gereklî kolaylıklar ifadesi, ceza yargılamalarında sanığın kendisini temize çıkartabilecek veya cezasını hafifletebilecek bir savunma yapabilmesi amacıyla, yetkili makamlar tarafından toplanan tüm delillere erişme olanağına sahip olmasını ifade etmektedir. Özel hukuk davalarında tarafların dosya ve belgelere ulaşabilmesi, silahların eşitliği ilkesi başlığı altında değerlendirilmiştir.

Yalnızca ceza yargılamaları bakımından kaleme alınan bu maddenin özel hukuk yargılamalarında da geçerli olduğu kabul edilmektedir<sup>1714</sup>.

Açıklama hakkı sahibi davada bir avukatla temsil ediliyorsa aynı haktan avukatının yararlanması gerekir. Avukatların açıklama hakkının sınırlanması halinde eksik ve yetersiz savunma dolayısıyla dava aleyhe sonuçlanabilir, kazanılacak bir dava kaybedilebilir. Uygulamada maalesef avukatlar, mahkemelerde savunma işlevlerini gereği gibi yerine getirememektedirler. Bunun başlıca sebebi, mahkemenin iş yoğunluğu nedeniyle duruşmalarda dosya başına düşen zamanın yetersiz olmasıdır. Zaman yetersizliği dolayısıyla hâkimler avukatlara savunma görevini ideal şekilde yapmaları için gerekli zamanı tanıyamamaktadırlar. Sözlü savunma hakkı sınırlanan avukat ise açıklama hakkını çoğu zaman yazılı olarak kullanmayı tercih etmektedir. Hâlbuki yazılı savunma, iyi hazırlanmış bir sözlü savunmanın yerini asla tutamaz. Kaldı ki, zaman yetersizliği sebebiyle hâkimler, uzun uzun hazırlanan yazılı savunmalara da vakit ayırmamaktadırlar<sup>1715</sup>. İşte taraf ya da avukatına gerek sözlü gerek yazılı şekilde, meramını tam olarak anlatmaya yetecek kadar açıklama hakkı kullandırılmaması adil yargılanma hakkının ihlali niteliğindedir<sup>1716</sup>.

Bununla birlikte, açıklama hakkı tamamen sınırsız da değildir<sup>1717</sup>. Öncelikle, açıklama hakkı, doğruyu söyleme ödevi ve dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanılmalıdır. İkinci olarak, gerek kanun koyucu gerekse hâkim tarafından hakkın kullanılma şekline, zamanına ve yerine ilişkin birtakım kısıtlamalar getirilebilir, yeter ki hakkın özüne dokunulmasın. Yoksa taraflara sınırsız bir açıklama hakkı tanınmasının makul sürenin geçirilmesi gibi mahzurları olabilir. Taraflardan biri hakkı suiistimal ederek uyuşmazlık konusuyla ilgili olmayan hususlar ileri sürerek veya önceki ifadelerini sürekli tekrar ederek zaman kazanmaya çalışabilir. Burada önemli olan, açıklama hakkının usul ekonomisi ve teksif ilkelerine uygun olarak kullanılmasıdır.

<sup>1714</sup> **Mole/Harby**, s.59.

<sup>1715</sup> **Okusal**, s.20-21.

<sup>1716</sup> Bu kadar ağır bir iş yükünün altında hâkimlerin dosyaları okuyarak bir karar vermek için olağan üstü gayret sarf ettikleri bilinen bir gerçektir. Bu ağır koşulların değiştirilmesi ve iş yükünün azaltılması yönündeki tedbirler mutlaka alınmalıdır. Ancak o zamana kadar da, bireylerin açıklama haklarını tam olarak kullanmaları sağlanmalıdır.

<sup>1717</sup> **Pekantez/Atalay/Özekes**, s.331; **Pekantez**, Hukuki dinlenilme, s.775-776.

Örneğin hâkim, ilgili vakıanın yeterince aydınlatıldığı kanaatine vardığında aynı konu ile ilgili olarak tarafı dinlemeyebilir. Dolayısıyla, açıklama hakkının kullanılması davanın aydınlatılması ile sınırlandırılmaktadır. Yeterince açıklığa kavuşmuş, karar için aydınlanmış hususlarda tekrar açıklama yapılması gerekli değildir ve hâkimin bu yöndeki talepleri reddetmesi hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil etmez<sup>1718</sup>. Hâkimin anahtar görevi, açıklama hakkı ile yargılamanın makul sürede sonuçlandırılması gerekliliği arasında doğru dengeyi kurmaktır<sup>1719</sup>.

Açıklama hakkının kullanılması gerekçesiyle, mahkemeye münasebetsiz evrak verilmesine, iddia ve savunma sınırlarını aşacak şekilde karşı tarafın kişilik haklarına tecavüze varan açıklamalarda bulunulmasına izin verilmez<sup>1720</sup>. Uyuşmazlık konusuyla ilgisiz veya uygunsuz olan bir dilekçe mahkemeye ibraz edildiğinde, dilekçenin yeniden düzenlenmesi için tarafa uygun bir süre verilir. Verilen süre içinde dilekçe düzenlenmezse tekrar süre verilmez (HMK m.32/f.2)<sup>1721</sup>. Münasebetsiz evrakın mahkemece incelenmemesi açıklama hakkının kısıtlandığı anlamına gelmez. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, nezaket ve saygı kuralları dışına çıkılarak yazılan, açıklama hakkının kullanılması bakımından gerekli olmayan ifadeleri içeren dilekçenin, münasebetsiz evrak kabul edileceği hakkındaki kararları uygulamaya örnek teşkil etmektedir<sup>1722</sup>.

<sup>1718</sup> **Matscher**, s.15; **Pekcanitez**, Hukuki dinlenilme, s.779; **Özekes**, Hukuki Dinlenilme, s.109-110; **Yavaş**, s.294.

<sup>1719</sup> **Mole/Harby**, s.59.

<sup>1720</sup> **Özekes**, Hukuki Dinlenilme, s.111; **Gençcan**, s.284.

<sup>1721</sup> Konu ile ilgili olarak HUMK m.78, okunamayan veya münasebetsiz olan evrakın iade edileceği şeklinde bir hüküm içeriyordu. Oysa yürürlükteki HMK m.32 hükmünde dilekçenin dosyada kalması öngörülmüştür.

<sup>1722</sup> "... Hukuk Genel Kurulundaki müzakere sırasında işin esasına girilmeden öncelikle davacı vekilinin temyiz dilekçesinde yer verdiği ibarelerin, adli yazışmalarda ve özellikle Yargıtay'a verilen dilekçelerde yazılması alışılmış (mutad) olmayan, itiraz sınırlarını aşan, davanın aydınlığa kavuşması, hakkın ortaya çıkarılması yönünden etkisi ve yazılmasında zorunluluk bulunmayan gereksiz (icapsız) sözler olduğu, bu nedenle 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 78.maddesinde anlamını bulan 'münasebetsiz evrak' niteliğinde bulunduğu kabul edilmiş; nezaket ve saygı kuralları içerisinde kalınarak icapsız sözlere yer verilmeden ve hukuk kuralları dışına çıkılmadan sadece hukuki nedenlerin açıklanıp belirtilmek suretiyle yeniden düzenlenmesi halinde inceleneceği sonucuna varılmıştır.

Davacı vekilinin temyiz dilekçesinin Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasının 78/2.maddesi gereğince, her sayfası Dairemiz mühürü ile mühürlendikten sonra dilekçeyi veren davacı vekiline geri verilmesinin sağlanması, kararın karşı tarafa tebliği ve tamamen davanın konusu içinde kalınarak hukuki itirazlarını içeren yeni bir temyiz dilekçesi yazması için kendisine (10) günlük süre verilmesi ve bu süre içinde yeni bir dilekçe vermediği takdirde temyiz isteğinden vazgeçmiş sayılacağına bildirilmesi konusunda gereğinin yapılması için dava dosyasının Yargıtay 9.Hukuk Dairesine geri çevrilmesine, 24.01.2007 oybirliği ile karar verildi" HGK, 24.01.2007, E:2007/9-22, K:2007/18 (MİHDER S.12, 2009/1, s.108). Ayrıca bkz. 2.HD, 18.03.2013, E.2013/4033, K.2013/7273 (**Gençcan**, s.284-285).

Tam bu noktada, uygulamadaki bir yanlışlığa değinmekte fayda vardır. HMK m.293 uyarınca, taraflar uyuşmazlık konusuyla ilgili olarak, dava açılmadan önce ya da dava açıldıktan sonra uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler. Maddede adı geçen uzman, mahkemenin atadığı bilirkişiden farklıdır<sup>1723</sup>. Alınan özel bilirkişi raporu esas itibariyle tarafın dilekçesine eklediği bir belgedir. Hâkim bu raporu serbestçe takdir eder fakat mutlaka dikkate almak ve kabul ya da ret gerekçesini açıklamak zorundadır. Aksi halde hukuki dinlenilme hakkının ihlali söz konusu olacaktır<sup>1724</sup>. Özellikle fikri mahkemelerde, uzman görüşünün dosyadan münasebetsiz evrak diye çıkarılması yönünde bir uygulama vardır ki, bu adil yargılanma hakkının ihlalidir. Uzman görüşü, bir taraf açıklamasıdır. Tarafın dilekçesine eklediği belgedir. Özellikle uzman görüşü, bilirkişinin raporundaki tespitleri çürütüyorsa hâkim mutlaka dikkate almalıdır.

Mahkeme huzurunda disiplini bozucu hareketlerde bulunanların mahkeme salonundan çıkarılması hukuki dinlenilme hakkına aykırı sayılmaz<sup>1725</sup>. Mahkemenin düzenini sağlamak hâkimin görevidir. HMK m.79/f.2'ye göre, bir taraf, duruşmada uygun olmayan tutum ve davranışta bulunursa, hâkim öncelikle kendisini uyarır; bu uyarılara uyulmazsa, kendisini vekil ile temsil ettirmesine karar verilip, hemen duruşma salonundan dışarıya çıkartılabilir. Duruşma salonundan çıkartılan tarafın kendisini vekil ile temsil ettirmemesi hâlinde, tarafın yokluğu hâlinde uygulanacak hükümlere göre işlem yapılır. Eğer duruşma sırasında uygun olamayan tutum ve davranışta bulunan kişi vekil ise, hâkim tarafından uyarılır ve fakat duruşma salonundan çıkarılamaz. Gerekirse, duruşmanın ertelenmesine karar verilebilir (HMK m.79/f.I). Hatırlanacağı gibi, HUMK 150. madde şimdiki düzenlemeden farklı olarak avukatların da duruşma salonundan çıkartılmasına imkân veriyordu. Yeni düzenleme, avukatlık mesleğinin saygınlığına daha uygundur. Açık Kanun hükmüne rağmen hâkimin bir tarafın avukatının duruşma disiplinini bozduğu gerekçesiyle mahkeme salonundan çıkartılmasına karar vermesi hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil edecektir kanaatindeyiz.

<sup>1723</sup> Hakan Pekcanitez, “Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi”, Prof.Dr. Saim Üstündağ’a Armağan, Ankara 2009 (Uzman Görüşü), s.398.

<sup>1724</sup> Pekcanitez, Uzman Görüşü, s.416.

<sup>1725</sup> Pekcanitez, Hukuki dinlenilme, s.781; Özekes, Hukuki dinlenilme, s.112.

Açıklama hakkının konusunu öncelikle vakıalar oluşturur. İster taraflarca getirilmiş olsun ister kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı bir dava olsun, karara etki edebilmesi muhtemel olan tüm vakıalar hakkında tarafların açıklama yapabilmesine izin verilmelidir<sup>1726</sup>. Burada vakıanın kim tarafından getirildiğinin bir önemi yoktur. İddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı çerçevesinde, tarafların zamanında ileri sürmediği vakıa ve taleplerini sonradan ileri sürmelerinin engellenmesi hukuki dinlenme hakkına aykırı sayılmaz. Zira karşı tarafın haklarını korumak ve davayı sürüncemede bırakmamak adil yargılanma hakkının ve etkin hukuki korunmanın gereğidir. Ancak, iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi kapsamında yer almayan bir hususun, yasak kapsamında değerlendirilmesi ve açıklama hakkının engellenmesi şüphesiz hukuki dinlenme hakkına yönelik bir ihlaldir<sup>1727</sup>. Aynı şekilde, tarafın yasak kapsamındaki bir vakıayı zamanında ileri sürememesi kendisine atfedilecek bir kusurdan kaynaklanmıyorsa açıklama hakkının kısıtlanmaması gerekir<sup>1728</sup>.

Kanunun iddia ve savunmanın değiştirilip genişletilmesine izin verdiği hallerde, hâkimin buna izin vermemesi de hukuki dinlenme hakkına aykırıdır. HMK m.141/f.2 uyarınca karşı tarafın açık muvafakati ve ıslah halinde iddia ve savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi mümkündür ve bu durumda dava artık yeni açıklamalar çerçevesinde görülmelidir. Bir tarafın iddia veya savunmasını genişletip değiştirmesine izin verildikten sonra hukuki dinlenme hakkı bakımından dikkat edilmesi gereken husus karşı taraf da yeni açıklamalara cevap verebilmesi için yeterli zaman ve imkân tanınmasıdır<sup>1729</sup>.

Vakıalarla birlikte, ispat faaliyeti de açıklama hakkının konusunu oluşturur. Bir vakıa ancak varlığı hakkında mahkemede bir kanaat oluşturduktan sonra karara esas alınabilir. Bu nedenle, ispat faaliyeti açıklama hakkından ayrı düşünülmemelidir<sup>1730</sup>.

<sup>1726</sup> **Pekcanitez**, Hukuki dinlenme, s.778; **Özekes**, Hukuki dinlenme, s.120-122.

<sup>1727</sup> **Özekes**, Hukuki Dinlenme, s.114-115.

<sup>1728</sup> Alman Anayasa Mahkemesi, süresinden sonra ileri sürülen hususların haklı bir sebep olmadan reddedilmesini hukuki dinlenme hakkının ihlali saymaktadır. **Özekes**, Hukuki Dinlenme, s.115.

<sup>1729</sup> **Yılmaz**, Şerh, s.303; **Özekes**, Hukuki Dinlenme, s.117-118.

<sup>1730</sup> **Chen**, s.290; **Clayton/ Tomlinson**, s.101; **İnceoğlu**, s.314-315; **Hohl**, s. 170; Jean **Larguier/Philippe Conte/ Christophe Blanchard**, Droit Judiciaire Privé-Procédure Civile, Paris 2010, s. 93. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.393-394; **Pekcanitez**, Hukuki dinlenme, s.778; **Özekes**, Hukuki Dinlenme, s.123; **Karlı**, s.549; Mustafa **Göksu**, “Hukuk Yargılamasında Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi (ABD ve İngiliz Hukuk Sistemlerindeki Discovery ve Disclosure Kurumları ile Karşılaştırılmalı Olarak)” MİHDER S.13, 2009/2, s.254; **Yılmaz**, Şerh, s.304.

Tarafların iddia ve savunmalarını dayandırdıkları vakıaların ispatı için delil ibraz etmeleri de açıklama hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Taraflara ispat hakkının gereği olarak, asıl ispat, karşı ispat, aksini ispat faaliyetine girişerek iddialarını ve savunmalarını dayandırdıkları vakıalarının doğruluğunu ispat edebilmek için delillerini gösterebilme, delillerin toplanması faaliyetine katılabilme; deliller hakkında karşılıklı tartışmada bulunabilme imkânı sağlanmalı; tarafların göstermiş oldukları delillerin tümü incelendikten sonra hâkim tarafından hüküm verilmelidir<sup>1731</sup>. AİHM, **Hentrich/Fransa Kararında**<sup>1732</sup>, ulusal mahkemede başvurana gerekli ispat imkânı tanınmamasının sonucu olarak adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini belirtmiştir. Tarafların delil gösterme imkânları ortadan kaldırılır ya da gereğinden fazla sınırlanırsa hukuki dinlenilme hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Hatta böyle bir durumda, delilleri incelenmeyen tarafın lehine karar verilmiş olması dahi ihlal sonucunu değiştirmeyecektir<sup>1733</sup>.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararı AİHM içtihatlarını destekler niteliktedir. Somut olayda, dava, basın yoluyla kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir. Davalılar dava konusu yazılarda ileri sürülen iddiaların gerçek olduğunu, davacının TRT Genel Müdürü olduğu dönemdeki yolsuzluklarının kamuoyuna aktarıldığını savunmuştur. Davalılar vekili savunmasına dayanak olmak üzere bir dilekçe ile kanıtlarını sunmuştur. Ancak yerel mahkemece bu kanıtlar toplanamamıştır. Eksik inceleme ve araştırma ile hüküm kurulamayacağı gerekçesiyle Yargıtay, ilk derece mahkemesi kararını bozmuş, davalı tarafından sunulan kanıtların araştırılarak bir sonuca varılmasını gerektiğini belirtmiştir<sup>1734</sup>.

<sup>1731</sup> Jean- François **Poudret**, Expertise Et Droit D'Être Entendu Dans L'Arbitrage International, Etudes De Droit International En L'Honneur De Pierre Lalive, Bâle 1993, s. 612; **Pekcanitez**, Anayasa Şikâyeti, s.276; **Hohl**, s. 171 ve 173; Gérard **Cohen-Jonathan**, L'Égalité Des Armes Selon La Cour Européenne Des Droits De L'Homme, Petites Affiches, 28 Novembre 2002, (L'égalité des arms), s.1 (<http://www.lextonso.fr/weblextenso/article/print?id=PA200223805>); Natalie **Fricero**, Procès Civil Équitable Et Juge Judiciaire: Nouveaux Pouvoirs, Nouveaux Devoirs, La Justice Civile Au Vingt Et Unième Siècle, Mélanges À Pierre Julien, Aix En Provence 2003, (La justice civile), s. 200; **Özekes**, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 129-130; Georges **Wiederkehr**, Les Droits De La Défense Et Le Principe De La Contradiction, s.164 (Dominique **d'Ambra**/ Florence **Benoît-Rohmer**/Constance **Grewe**, Procédure Et Effectivité Des Droits, Bruxelles 2003); **Auer/Malinverni/Hottelier**, s.609; Serge **Guinchard**, Procès Équitable, Répertoire De Procédure Civile, Mars 2011, (Procès équitable), s.103; **Bohnet/ Haldy/ Jeandin/ Schweizer/ Tappy**, s.146; Didier **Del Prete/ Eva Fischer/ Jean- Claude Ricci**, Institutions Juridictionnelles, Paris 2006, s. s.30; **Özekes**, Hukuki Dinlenilme, s.129; **Hofmann/Lüscher**, s.31.

<sup>1732</sup> 22.09.1994.

<sup>1733</sup> 9.HD, 21.5.1997, 8368/9628 (YKD 1998/6, s.858).

<sup>1734</sup> HGK, 29.03.2006, E:2006/4-4, K:2006/110 (MİHDER S.5, 2006/3, s.1355).

Davayı sonuçlandıracak delillerin karşı tarafın elinde olması halinde, bu delillerin mahkemeye ibrazı sağlanmalıdır. Aksi halde taraf iddiasını ispatlayamayacak ve hak kaybına uğrayacaktır. Tarafın adil yargılanma hakkının zedelenmemesi için mutlaka bu delillere ulaşılması gerekir<sup>1735</sup>. İspat yükünü taşıyan tarafın ileri sürdüğü vakıaları ispatlamaya yarayan ispat araçları karşı tarafın veya 3.kişinin elinde olduğu takdirde, ispat yükünü taşımayan tarafa, uyuşmazlığın aydınlatılmasına katkıda bulunma yükümlülüğü vardır. Tarafların ellerindeki belgeleri mahkemeye ibrazı mecburiyeti, aydınlatma ödevinin pozitif hukuktaki görünümünden biridir<sup>1736</sup>.

Kanunda öngörülen süre geçirildikten sonra mahkemeye sunulan delilin kabul edilmemesi hukuki dinlenilme hakkına aykırılık oluşturur mu? Kanun koyucu usul ekonomisi ve teksif ilkesi gereğince delillerin belli yargılama kesitinde ibrazını öngörmektedir. HMK m.119/f.1-f'ye göre, davacı iddia ettiği her bir vakıanın dayandığı delilleri dava dilekçesinde belirtmelidir. Ayrıca, dilekçesinde gösterdiği ve kendi elinde bulunan belgeleri asıllarını ve davalı sayısından bir fazla sayıda olan örneğini veya sadece örneklerini dava dilekçesine ekleyerek mahkemeye vermek zorundadır (HMK m.121). HMK m.129/f.1-e'ye göre, davalı da davacı gibi, delillerini cevap dilekçesinde belirtecek ayrıca yazılı delillerini dilekçesine ekleyerek mahkemeye verecektir (HMK m.129/f.2).

Bununla birlikte Kanun sonradan delil ibraz edilmesini kesin olarak yasaklamamıştır. Maddi gerçeğe ulaşılması amacını göz önünde tutan kanun koyucu HMK m.145 ile hâkime süresinden sonra ibraz edilen delilin akıbeti hakkında bir takdir yetkisi tanımıştır. Hükme göre kural olarak, taraflar Kanunda belirtilen süreden sonra delil gösteremezler. Ancak bir delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşımıyorsa veya tarafın kusurundan kaynaklanmayan bir nedenle delil süresinde ileri sürülemediyse mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir. HMK m.31 hükmü de bu takdir yetkisini destekler niteliktedir. Anılan düzenleme uyarınca, hâkim uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz hususlar hakkında taraflardan delil gösterilmesini isteyebilir. Hemen ifade etmek gerekir ki sonradan ibraz edilen bir delilin incelenmesi konusunda hâkim, kendisine tanınan takdir

<sup>1735</sup> Göksu, s.254.

<sup>1736</sup> Erdönmez, Belgelerin ibrazı, s.2.

yetkisini özenle ve dikkatle kullanmalıdır. Zira, sonradan ileri sürülmesinde hiçbir kusuru olmayan ve davanın aydınlatılması için önem taşıyan bir delilin mahkemece reddedilmesi tarafın açıklama hakkını ihlal edebilir. Bu sebeple, özellikle ret gerekçesinin açıkça belirtilmesi yerinde olacaktır. Son olarak, vaktinden sonra ileri sürülen delilin kabul edilmesi halinde karşı tarafa da o delille ilgili açıklama yapma ve karşı delil sunma imkânı tanınması gerektiğini ifade etmeliyiz.

Açıklama hakkının kapsamına hukuki sebeplerin de dahil olduğu kabul edilmektedir. Vakıalar gibi, tarafların uygulanacak hukuki sebepler bakımından düşüncelerini ifade etme hakkı olmalıdır. Hâkimin hukuku resen uygulayacağı kuralı (HMK m.33) tarafın bu konuda hiçbir görüş ileri süremeyeceği şeklinde anlaşılmalıdır. Hukuki sebeplerin tarafların açıklama hakkının kapsamında kabul edilmesi mahkeme tarafından bakıldığında “hukuki tartışma yükümlülüğü”<sup>1737</sup> doğurmaktadır. Hâkim yargılamada hiç tartışılmayan, tarafların bilgisi dışında kalan sürpriz nitelikteki bir hukuki sebep ve gerekçeyle karar vermemelidir<sup>1738</sup>.

Sürpriz karar verme yasağı kavramı genel olarak, yargılamanın adil ve hakkaniyete uygun şekilde yürütülmesi çerçevesinde, tarafların öngöremedikleri bir kararlar karşılaşmamaları olarak ifade edilmektedir<sup>1739</sup>. Ortaya çıkan karar, yargılama içerisinde tartışılmış ve değerlendirilmiş bir ihtimal olmalıdır. Yargılama belirli bir hukuki sebep veya sebeplere dayanarak yürütülmekte ve toplanılan deliller, verilen

<sup>1737</sup> **Özekes**, Hukuki Dinlenilme, s.135. “Dava dilekçesinde genel bir deyimle Borçlar Yasasıyla Medeni Yasanın ilgili kurallarından söz edilmiştir. O halde herşeyden önce davacının dayandığı hukuki esasın ne olduğu kendisine açıklanılmadan karar verilmesi ve Usulün 76.maddesi uyarınca dayanılan hukuk kuralının ne olduğu mahkemece açıklanılmamış olması usule aykırıdır” 4.HD, 13.4.1976, 2237/3896 (YKD1977/9, s.1225-1226).

<sup>1738</sup> Pierre **Hebraud**, La Verité Dans Le Procès Et Les Pouvoirs D’Office Du Juge, Annales De L’Université Des Sciences Sociales De Toulouse 1978, Tome XXVI, s. 398; Roger O. **Dalcq**, Rapport Belge, La Verité Et Le Droit (Journées Canadiennes-1987) Travaux De L’Association Henri Capitant, Tome XXXVIII, Paris 1989, s. 563; Georges **Bolard**, Les Juges Et Les Droits De La Défense, Études offertes à Pierre Bellet, France 1991, s. 63-64; Jean-François **Aubert**/ Kurt **Eichenberger**/Jörg Paul **Müller**/ René A.**Rhinow**/Dietrich **Schindler**, Commentaire De La Constitution Fédérale De La Confédération Suisse Du 29 Mai 1874, Berne 1996, s.57; **Bohnet/ Haldy/ Jeandin/ Schweizer/ Tappy**, s.145; Rémy **Cabrillac** /Marie-Anne **Frison-Roche**/Thierry **Revet**, Libertés Et Droits Fondamentaux, 17<sup>e</sup> édition, Paris 2011, s.645; **Pekcanitez**, Hukuki dinlenilme, s.776-777; **Özekes**, Hukuki Dinlenilme, s.131; **Hofmann/Lüscher**, s.30. Uluslar Ötesi Medenî Usûle İlişkin Unidroit Prensipleri’nin 5. maddesinin 5. paragrafında, taraflardan her birinin makul süre içinde ve hakkaniyete uygun olarak diğer tarafça gösterilmiş deliller, ortaya konulmuş vakıalar ve hukukî sebepler ile mahkeme tarafından verilen kararlar hakkında cevap verme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Anlaşıldığı üzere, maddede hukukî dinlenilme hakkının “açıklama hakkı” unsuru vurgulanmıştır. (Madde metni için bkz. <http://www.unidroit.org/french/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-f.pdf>). (Türkçe metin için ayrıca bkz. <http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-turkish.pdf>).

<sup>1739</sup> **Umar**, Şerh, s.121; **Pekcanitez**, Hukuki dinlenilme, s.787; **Özekes**, Hukuki Dinlenilme, s.185.



ara kararlar neticesinde taraflarda yargılamanın seyri ve üzerinde durulan uyuşmazlık konularına ilişkin haklı bir beklenti oluşmuşken, birdenbire bu tutumun değiştirilmesi ve taraflar uyarılmadan yargılamadaki tartışmaların tamamen dışında bir karar verilmesi halinde, bu karar sürpriz karar sayılacaktır<sup>1740</sup>.

Bir mahkemenin incelediği dava dosyası hakkındaki yerleşik içtihatlarından dönerek yeni bir içtihat geliştirmesi ve mevcut kararlarından farklı bir karar vermesi sürpriz karar yasağı çerçevesinde değerlendirilmektedir. Şüphesiz yargı organları yerleşik içtihatları dışında yeni bir karar verebilirler. Ancak yerleşik içtihatlardan ayrılarak yeni bir karar vermesinin gerekçelerini tam olarak ortaya koyulmalı ve tarafların açıklamaları da değerlendirilmelidir<sup>1741</sup>. Yargıtay dairelerinin yerleşik içtihatlarından dönebilmesi için, içtihatların birleştirilmesi talebinde bulunması ve bu konuda bir karar verilmesi gerekir (Yargıtay K. m.15/2-c; m.45). Yargıtay dairelerinden biri, yerleşmiş içtihatlarından dönmek isterse, içtihatların birleştirilmesi yoluna gidilmesine karar vererek gerekçeli bir yazı ile Birinci Başkana başvurulmalıdır<sup>1742</sup>. Fakat uygulamada, daireler genellikle bu yola başvurmadan içtihatlarını değiştirmektedir. Üstelik yeni içtihattan yerleşik içtihat olarak bahsedildiğinden, yerleşik içtihat adı altında o dairenin yeni içtihadı ileri karşılanmaktadır<sup>1743</sup>. Bu tutum, Yargıtay Kanununa aykırılık oluşturmaktadır<sup>1744</sup>.

Şüphesiz mahkemeler somut olayda ortaya çıkan hukuki durumun gerektirdiği şekilde yargılamaya yön verecek ve bir karara varacaktır. *Iura novit curia* ya da hâkimin hukuku görevinden ötürü uygulayacağı ilkesi, uyuşmazlığı sona erdirecek hükmü verebilmek için mahkemeye getirilen vakıalara bunlara uyan hukuk normunu uygulayacağını ifade eder<sup>1745</sup>. HMK'nın 33.maddesinde de bu ilke doğrultusunda hâkimin Türk hukukunu resen uygulayacağı belirtilmiştir. Taraflarca getirilen

<sup>1740</sup> **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.390; **Pekcanitez**, Hukuki dinlenilme, s.787; **Özekes**, Hukuki Dinlenilme, s.186; **Grisel**, s.88; **Sungurtekin Özkan**, Usul, s117, dn.21.

<sup>1741</sup> **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.390; **Pekcanitez**, Hukuki dinlenilme, s.788; **Karşlı**, s.332.

<sup>1742</sup> **Kuru**, İçtihatların Birleştirilmesi, s.17.

<sup>1743</sup> **Kuru**, İçtihatların Birleştirilmesi, s.17.

<sup>1744</sup> Uygulamada, içtihatların birleştirilmesi yolunun mahzurlu bulunduğu ifade edilmiştir. Bu görüşe göre, içtihatların birleştirilmesi yoluna başvurulduğu takdirde, hukukun gelişimi duracak, bir bakıma dondurulacaktır. Bkz. Esat Şener'in Konuşması, **Kuru**, İçtihatların Birleştirilmesi, s.50 vd. Ancak Yargıtay kararları arasında aykırılık bulunması halinde, bu aykırılığın giderilmesinde hukuki menfaat bulunmasına rağmen içtihatların birleştirilmesi yoluna gidilmemesi, verilen çelişkili kararlar sebebiyle, kanun önünde eşitlik ilkesini zedeleyeceği gibi, adalet duygusunu incitici rol oynar ve vatandaşların Devlete karşı güvenini sarsıcı bir etki doğurur. **Kuru**, İçtihatların Birleştirilmesi, s.9.

<sup>1745</sup> **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 186, **Karşlı**, s.326.

vakıalara uyan soyut hukuk normu, tarafların bu konudaki beyanlarından bağımsız olarak hâkim tarafından tespit edilecektir. Ancak bu yapılırken, tarafların mahkemenin görüşü hakkında bilgilendirilmesi, kendilerine açıklama hakkı tanınması, bu açıklamaların değerlendirilmesi şarttır<sup>1746</sup>. Böylelikle, tarafların yargılamadaki etkinliği de artacaktır. Uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak hukuk kuralının ilk derece mahkemesindeki yargılamada tartışılması kanun yoluna başvurulması ve burada yapılacak hukuki denetim bakımından da önem arz eder<sup>1747</sup>.

Özellikle aynı hukuki sonuç için birden fazla hukuki sebebe dayanıldığında hangi hukuki sebebin uygulanacağı tespit edilmeden önce tarafa açıklama yaptırılması gerekir ki dayanılan hukuki sebebe göre somut vakıaların koşul vakıalara uygunluğu araştırılsın<sup>1748</sup>. Ayrıca, yabancı hukuk kuralları<sup>1749</sup>, örf-adet kuralları, mahkeme kararları<sup>1750</sup> ve bilimsel görüşler açıklama hakkının konusunu oluşturur<sup>1751</sup>.

Açıklama hakkı yazılı veya sözlü şekilde gerçekleştirilebilir<sup>1752</sup>. Özellikle bazı yargılama aşamalarında veya hukuki yollarda kanun koyucu dosya üzerinden inceleme yapılmakla yetinilebileceğini öngörmüş olabilir. Örneğin, icra takipleri sırasında, icra mahkemesi dosya üzerinden inceleme yapabilir (İİK m.18/son). Yine temyiz incelemesinin kural olarak dosya üzerinden yapılacağı ifade edilmiştir. Bu

<sup>1746</sup> **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.395; **Pekcanitez**, Hukuki dinlenilme, s.787; **Özekes**, Hukuki Dinlenilme, s.187; **Karlı**, s.326.

<sup>1747</sup> **Özekes**, Hukuki Dinlenilme, s.134.

<sup>1748</sup> **Özekes**, Hukuki Dinlenilme, s.136. “Davacılar vekili, davada muvazaa, hile, ikrah, yetkisizlik, vekaletin kötüye kullanılması ve gabin hukuksal nedenlerine dayandıklarını bildirmiştir... Usul kuralları karşısında, dayanılan hukuksal nedenlerin ve bunlara bağlanan olayların birbiri ile bağdaşacak hale getirilmesi gerektiğinin zarureti ortadadır. O halde yasaların değişik hükümlerine tabi olan ve birbirleriyle bağdaşmayan hukuki sebeplerden hangisine ya da hangilerine dayandığı davacılar vekilinden sorulup davasının açıklattırılması ve yapacağı açıklama çerçevesinde yargılamaya devam edilmesi zorunlu iken, anılan usuli işlem yerine getirilmeden davaya bakılarak hükme bağlanması doğru değildir.” 1.HD, 1.5.1987, 1305/4122 (YKD 1987/11, s.1637).

<sup>1749</sup> MÖHUK m.2/f.1: “Hâkim, Türk kanunlar ihtilâfi kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular. Hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir.”

<sup>1750</sup> Sürpriz karar verme yasağının ihlâli delillerin toplanmasına ilişkin kararlar bakımından da uygulamada karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, mahkeme davalının senetle ispat zorunluluğuna ilişkin savunmasına rağmen, davacının delil başlangıcıyla ispat faaliyetinde bulunmak istemesi üzerine gösterdiği tüm tanıkları dinlemiş; davanın sonunda ise, konunun senetle ispat zorunluluğuna tâbi olduğunu, davacının delil başlangıcı olarak nitelendiği hususun bu nitelikte olmadığını belirterek, davayı reddetmesi bu kapsamdadır. Yavuz **Alangoya**, Medenî Usûlün Amacı ve Sosyal Karakteri Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V, Ankara 8-9 Eylül 2006, s.42.

<sup>1751</sup> **Özekes**, Hukuki Dinlenilme, s.137-138.

<sup>1752</sup> **Pekcanitez**, Hukuki dinlenilme, s.781; **Özekes**, Hukuki Dinlenilme, s.139.

durum hukuki dinlenilme hakkına aykırı değildir. Çünkü, hukuki dinlenilme hakkı kanun yollarının niteliğine uygun şekilde sağlanmaktadır. Dosya üzerinden işlem yapıldığında da taraflar pekâlâ açıklama haklarını kullanabilirler. Hukuki dinlenilme hakkı kanun yolu aşamasında da tereddütsüz kabul edilmekle birlikte, bu aşamada uygulama alanının hukuki denetimle sınırlı olduğu unutulmamalıdır. Önemli olan iki tarafa eşit davranılması ve hukuki dinlenilme hakkının tüm unsurlarının taraflar bakımından gerçekleşmiş olmasıdır.

Temyiz incelemesinde kural dosya üzerinden inceleme yapılması olmakla birlikte, HMK m.369/f.2’de yazılan bazı hallerde<sup>1753</sup>, taraflarca talep edilmesi ve gerekli tebligat masrafının ödenmesi halinde duruşma yapılmalıdır. Taraf talep etmesine ve tebligat giderini yatırmamasına rağmen duruşma yapılmazsa açıklama hakkının kısıtlanması sonucu doğar. Kanunda duruşma yapılması açıkça öngörülen bu gibi hallerde duruşma yapılmaması hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiği anlamına gelmektedir<sup>1754</sup>. Son olarak belirtmek gerekir ki, anılan fıkarda sayılan davalardan olmakla birlikte taraflarca talep edilmediği ya da gerekli masraf yatırılmadığı için duruşma yapılmaması halinde sonradan hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiği iddia edilemez.

İstinaf incelemesinde, duruşma yapılmasına gerek olmayan haller kanun koyucu tarafından 353.maddede açıkça sayılmıştır. Örneğin, davaya bakması yasak olan hâkimin karar vermiş olması ya da incelenen mahkeme kararının usul veya esas yönünden hukuka uygun olduğunun anlaşılması halinde duruşma yapılmadan inceleme sonuçlandırılacaktır. Kanunda sınırlı şekilde sayılan durumlar dışında ise, bölge adliye mahkemesi duruşma açmalı ve tahkikatı yürütmelidir. Aksi halde açıklama hakkının kısıtlanması tehlikesi gündeme gelebilir.

Kanunda, duruşma yapılıp yapılmaması yönünde hâkime takdir hakkı tanınan hallerde, hâkimin mümkün olduğunca takdirini duruşma yapılması yönünde

<sup>1753</sup> “tüzel kişiliğin feshine veya genel kurul kararlarının iptaline, evlenmenin butlanına veya iptaline, boşanma veya ayrılığa, velayete, soybağına ve kısıtlamaya ilişkin davalarla miktar veya değeri yirmibin Türk Lirasını aşan alacak ve ayın davalarında”

<sup>1754</sup> **Özkes**, Hukuki Dinlenilme, s.139, dn.169. “İstihkak davalarına İİK’nun 97/11.maddesi hükmü gereği genel hükümler dairesinde basit yargılama usulüne göre bakılır. Bu nedenle mutlaka duruşma açılması taraflara duruşma gün ve saatini bildirir davetiye tebliğ olunarak gösterilecek kanıtların toplanmasından sonra karar verilmesi gerekirken duruşma açılmaksızın dosya üzerinden inceleme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” 21. HD, 19.9.2000, 5467/5841 (YKD 2002/1, s.98-99); 6.HD, 27.03.2010, E:2010/1804, K:2010/4862 (MİHDER C.8, S.22, 2012/2, s.314).

kullanması hukuki dinlenilme hakkına daha uygun olacaktır. Açıklama hakkının sözlü şekilde kullanılması uyuşmazlığın daha iyi aydınlatılmasına yardımcı olabilir<sup>1755</sup>. Örneğin ihtiyati tedbir taleplerinde duruşma yapılıp yapılmayacağı konusunda hâkimin takdir hakkı vardır. Kanun, ihtiyati tedbir talep edenin haklarının derhal korunmasında zorunluluk bulunan hallerde karşı taraf dinlenmeden tedbire karar verilmesine izin vermektedir (HMK m.390/f.2). Hâkim takdir yetkisini kullanırken son derece dikkatli olmalıdır; kararın duruşma yapıldıktan sonra verilmesi bir hak kaybına yol açmayacaksa, tercihini duruşma yapılması yönünde kullanmalıdır<sup>1756</sup>.

Duruşma yapılması öngörülen hallerde, tarafların duruşma günü ve saatinden usulüne uygun şekilde haberdar edilmesi gerekir<sup>1757</sup>. Taraflara çıkarılan davetiyelerde bu yönde bir eksiklik bulunması tebligat mevzuatına aykırılık oluşturacağı gibi; aynı zamanda hem bilgilenme hakkı hem de açıklama hakkının eksik kalmasına yol açacaktır<sup>1758</sup>. Uygulamada, aynı güne konulmuş olan duruşmaların tümüne aynı saatin verildiği sıklıkla görülmektedir. Böyle bir uygulamanın hukuki dinlenilme ve adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil etmemesi için tarafların, en son duruşmanın biteceği ana kadar beklenmesi gerekir<sup>1759</sup>.

Açıklama hakkı sözlü şekilde kullanıldığında, taraf beyanlarının tutanağa aynen geçirilmesi hukuki dinlenilme hakkına uygun olur. Zira “*tarafların yargılamaya etki edebilme oranı arttıkça hukuki dinlenilme hakkı da mükemmelleşecektir*”<sup>1760</sup>. Uygulamada genellikle tutanaklara, “*taraflar geldi, açık*

<sup>1755</sup> **Özekes**, Hukuki Dinlenilme, s.142.

<sup>1756</sup> Ejder **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Cilt I, Ankara 2001 (Geçici himaye), s.890.

<sup>1757</sup> **Ansay**, s.160; **Özekes**, Hukuki Dinlenilme, s.145.

<sup>1758</sup> “HUMK.nun 73.maddesi hükmünde de çok açık bir şekilde vurgulandığı veçhile, mahkeme, tarafları dinlemeden ve onları iddia ve savunmalarını bildirmeleri için usulüne uygun olarak davet etmeden hükmünü veremez. İşte onun içindir ki, davetin ve özellikle de davetin yazılı şeklinin (davetiyenin) davadaki önemi büyüktür... o halde çıkarılan davetiyeye duruşma saatinin açıkça yazılmamış olması halinde, kural olarak o duruşmanın o gün çalışma saati sonuna kadar beklemesi gerekir. Temyiz incelemesine konu olan bu davada, davacı adına çıkarılan davetiyede duruşma saatinin yazılı olmadığı görülmektedir. Öte yandan açılan oturuma ilişkin tutanakta, duruşmanın çalışma saati sonunda yapıldığına ilişkin bir açıklık da olmadığına göre, bu tebligat tümüyle geçersizdir. “HGK 15.9.1982, 7-1812/787 (YKD 1983/7, s.954).

<sup>1759</sup> “6. sıradan 46. Sıradaki dava dosyasına kadar tek saat verilmek suretiyle (09.00) yaratılan bu belirsizlik nedeniyle taraflardan biri aleyhine haksız bir sonuca sebebiyet verilmemesi açısından, tarafları gelmeyen davaların duruşmalarının bitmesi muhtemel veya mümkün olan en son saat beklenerek, sonucuna göre karar verilmesi gerektiği düşünülmeden yazılı şekilde karar verilmesi yasaya aykırı bulunduğundan ... hükmün bozulmasına”. 16.HD, 14.02.2012, E:2011/8343, K:2012/1192 (İBD, C.87, S.2013/1, s.424).

<sup>1760</sup> **Özekes**, Hukuki Dinlenilme, s.148.

*duruşmaya başlandı, diyecekleri soruldu, dilekçelerimizi tekrar ederiz dediler”* gibi kalıplaşmış ifadeler yazdırılmaktadır. Ancak taraf veya vekilinin farklı bir beyanda bulunmasına rağmen bu şekilde tutanak tutulması hukuki dinlenilme hakkına uygun olmaz<sup>1761</sup>. HMK m.154 ile her ne kadar hâkime tarafların ve ilgililerin sözlü açıklamalarını gerektiğinde özet olarak tutanağa yazdırmak yetkisi tanınmışsa da ikinci fıkrada bu kişilerin ifadelerini hâkimin izniyle doğrudan tutanağa yazdırabilmesine izin verilmesi hukuki dinlenilme hakkı bakımından olumlu olmuştur.

Hukuki dinlenilme hakkı, yargılama hukukunun tüm kurumları açısından gözden kaçırılmaması gereken bir ölçüttür. Doktrinde TAŞ KORKMAZ, konuyu kesin süreler bakımından ele almış ve hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil etmemesi için kesin sürelerin usulüne uygun olarak belirlenmesinin önemini vurgulamıştır<sup>1762</sup>. Kesin sürelerle riayet edilmemesinin yaptırımını çok ağır sonuçlar doğurabilir. Kendisine kesin süre verilen taraf, bu süre içinde, kesin süre verilmesini gerektiren işlemi yapmadığında, işlemi yapma hakkı düşer ve bu yaptırım uygulandığında taraf, örneğin davacı iddiasını ispat edememiş sayılırsa davası reddedilir. Bu durum hukuki dinlenilme hakkının unsurları arasında en çok açıklama hakkı ile ilişkilendirilebilir.

Ağır sonuçları olan bu yaptırım karşısında, tarafların hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilmemesi için kesin süreye ilişkin hükümlerin son derece titiz uygulanması gerekmektedir. Usulüne uygun olarak belirlenmemiş bir süre, kesin süre adı altında verilip de ilgili işlem yapılmaksızın geçirildiğinde, süreyi geçiren tarafa kesin süreye riayet edilmemesinin yaptırımını uygulanmamalıdır. Aksi halde, tarafa kendisi hakkında verilecek karara etki etme imkânı tanınmadan hüküm verilmiş ve hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilmiş olacaktır<sup>1763</sup>.

Öncelikle, kesin sürenin verildiği aşama, yargılamanın akışına uygun olmalıdır. Örneğin, henüz davalıya dava dilekçesi tebliğ edilmeden ve duruşma davetiyesi gönderilmeden, davacıya delillerini ibraz etmesi için kesin süre verilmesi hukuki

<sup>1761</sup> Özekes, Hukuki Dinlenilme, s.147.

<sup>1762</sup> Hülya Taş Korkmaz, “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’na Göre Hâkimin Belirlediği Süreler ve Bu Sürelerin Hukuki Dinlenilme Hakkı İle İlişkisi” MİHDER 2008/2, S.10, s.430 vd.

<sup>1763</sup> Taş Korkmaz, kesin süre, s.431.

dinlenilme hakkını kısıtladığı gibi silahların eşitliği ilkesine de uygun düşmez<sup>1764</sup>. Kesin süre verilmesini gerektiren hallerde, belirlenen süre çok kısa olduğunda, yine yukarıda ifade edilen sakıncalar doğabilecektir. Süre gereğinden uzun olduğunda ise yargılamanın gereksiz yere sürüncemede kalması tehlikesi gündeme gelebilir. Bu sebeple yapılması gereken, Hâkimin kesin süreyi belirlerken, gerçekleştirilmesi gereken işlemin niteliği ile orantılı ve söz konusu işlemi gerçekleştirmeye yetecek bir süre tayin edilmesidir<sup>1765</sup>.

Usulüne uygun belirlenmeyen kesin süreye uyulmaması nedeniyle dava kendisine kesin süre verilen taraf aleyhine sonuçlandıktan sonra karara karşı kanun yoluna başvurulduğunda, Yargıtay, ilk derece mahkemesi kararlarını tarafların savunma hakkının kısıtlandığı gerekçesiyle bozmaktadır<sup>1766</sup>. Bu gerekçeyle bozulan kararların özünde, şüphesiz hukuki dinlenilme hakkına aykırılık yer almaktadır<sup>1767</sup>. Bu nedenle hâkimin tayin ettiği kesin sürenin usulüne uygun olarak belirlenmiş sayılabilmesi için, oranlılık ve belirlilik ilkeleri esas alınmalı; tespit edilen sürenin ne kadar olduğu, yapılması gereken işlemin ne olduğu, ara kararında açıkça belirtilmelidir<sup>1768</sup>.

Bir avukat yardımı almadan, bizzat taraflarca takip edilen davalar bakımından dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta, verilen sürenin kesin olduğunun, bu süreye

<sup>1764</sup> **Matscher**, s. 14, "... davalıya henüz dava dilekçesi tebliğ edilmemiş ve duruşma davetiyesi gönderilmemiştir. Bu aşamada davacıya delillerini ibraz etmesi için verilen kesin mehil bir sonuç meydana getirmez. Mahkemenin kesin mehil içinde kararın yerine getirilmemiş olmasına dayanarak usulü uyarınca taraf teşkil edilmemiş davada, davayı esastan red etmesi usul ve yasaya aykırıdır." HGK, 16.10.1985, 13-450/814 (ABD 1986/1, s.47). "Mahkemenin 23.3.1999 günlü celsesinde her ne kadar taraflara delil ve belgelerini ibraz etmeleri için 10 günlük kesin mehil verilmiş ise de, bu mehil yargılamanın süratle yapılması amacına uygun olarak verildiği takdirde hüküm ifade eder. 23.3.1999 tarihli celsede kesin mehil veren mahkeme duruşmayı 6.5.1999 gününe ertelemiştir. Oysa ki duruşma gününe kadar verilen süre içerisinde delillerin listesinin verilmesi ve ona ait belgelerin ibraz edilmesi dışında herhangi bir işlem yapılacağına ilişkin bir ara kararı da yoktur. Hal böyle olunca, müteakip duruşma gününe kadar tarafların 10 günlük süre içerisinde delil ve belgeler bildirmeleri dışında başka bir işlem öngörülmemesine göre, burada verilen 10 günlük sürenin makul ve yerinde bir süre olduğunu kabule hukuken olanak yoktur. Çünkü mahkeme zaten delillerin toplanmasına 6.5.1999 günü oturumundan sonraki dönemde başlayacaktır. O nedenle mahkemece verilen kesin mehil HUMK 163.maddesi hükmüne ve amacına uygun bir mehil olmadığından anılan madde sonuçlarını doğurmaz. Davacı müteakip 6.5.1999 günlü celsede delillerini bildirmiş olduğuna göre iddiası kapsamında delilleri toplanmalı, davalının karşı delilleri de değerlendirilmeli hasil olacak sonuca uygun bir karar verilmelidir." 13.HD, 5.10.1999, 5884/6686 (YKD 2000/6, s.901-902).

<sup>1765</sup> **Özekes**, hukuki dinlenilme hakkı, s.247; **Taş Korkmaz**, kesin süre, s.433.

<sup>1766</sup> 2.HD, 12.02.1998, 14394/1445 (Yasa 2000/2, s.287); 9.HD, 18.05.1999, 7782/9107 (Cevdet İlhan **Günay**, İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, 2000, s.336-337); 9.HD, 06.05.1996, 7518/9629 (**Günay**, s.426-427); 9.HD, 12.03.1997, 21294/4977 (Kazancı Bilişim- Mevzuat İçtihat Bankası); 2.HD, 21.12.1973, 7092/3759 (ABD 1974/4, s.737-738). Ek karar bul.

<sup>1767</sup> **Taş Korkmaz**, kesin süre, s.447.

<sup>1768</sup> **Taş Korkmaz**, kesin süre, s.447-448.

uyulmamasının yaptırımı ve bu yaptırımın uygulanmasının doğurabileceği sonuçlar hakkında, kendisine süre verilen tarafın bilgilendirilmesidir. Bu sayede tarafın bilgisizliği ya da tecrübesizliği yüzünden hak kaybına uğraması önlenmiş olacak ve yargılamaya etki edebilmesi sağlanacaktır<sup>1769</sup>. Yargıtay doğru bir uygulama ile, avukatla temsil edilmeyen tarafın hangi hususu kanıtlamak zorunda olduğu ve getirmesi gereken delillerin neler olduğu konusunda mahkeme tarafından bilgilendirilmesini aramaktadır<sup>1770</sup>.

Usulüne uygun olarak verilen kesin süreye riayet edilmemesi halinde ise, uygulanacak yaptırımlar hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil etmez; yeter ki taraf geçerli bir mazeret sunmamış olsun. Ciddi ve gerçek bir mazeret<sup>1771</sup> sebebiyle verilen süreye uyulamamasına rağmen tarafın ilgili işlemi yapmasına izin verilmemesi hukuki dinlenilme hakkına aykırı sayılabilir. Tarafın kusuru olmadan öngörülen süre içinde işlem yapamamasının durumunda ona tanınan en önemli imkân eski hale getirmedir (HMK m.95). Benzer şekilde icra hukukunda gecikmiş itiraz söz konusudur (İİK m.65). Kanunda aranan koşulların varlığı halinde taraflar bu imkândan yararlandırılmalıdır.

Açıklama hakkından önceden feragat edilmesi geçerli değildir. Çünkü hukuki dinlenilme hakkı ve bu hakkı kapsayan adil yargılanma hakkı tarafları korumak

<sup>1769</sup> **Taş Korkmaz**, kesin süre, s.448.

<sup>1770</sup> Yargıtay 15.Hukuk Dairesi, bir kararında bu hususu açıkça ifade etmiştir: “Davada, davalının davacıya ait gecekonduyu tamir etmesi gerekirken yıkıp davacıyı zarara uğrattığı ileri sürülerek 20.000,00 YTL maddi zararın davalıdan tahsili talep edilmiş, mahkemece davacıya verilen kesin mehile rağmen delillerini ibraz etmediği gerekçesiyle davanın reddine dair verilen karar davacı tarafından temyiz edilmiştir. Mahkemece davacıya verilen mehil sonucu mehile riayet edilmediğinden bahisle dava reddedilmiş ise de, davacının uymadığı ve gereğini yerine getirmediği ileri sürülen ara kararın sınırları ve kapsamı belli değildir. Avukatla temsil olunmayan ve hukuki bilgiden yoksun bulunan davacının hangi hususu kanıtlamak zorunda olduğu ve getirmesi gereken delillerin neler olduğu belli edilmeden yapılması emredilen şeylerin nelerden ibaret olduğu somut olarak gösterilmeden genel nitelikteki bir ara kararına dayanılarak kesin süre gereğinin yerine getirilmediğinden bahisle davanın reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur.” 27.05.2008, E:2007/4838, K:2008/3383 (MİHDER S.13, 2009/2, s.307).

<sup>1771</sup> **Özekes**, Hukuki dinlenilme, s.243. “Davalı, oturum arasında telgraf çekerek ameliyatı nedeni ile duruşmaya gelemeyeceğini bildirmiş mazeretin kabulünü istemiştir. Mahkeme, mazereti kabul etmeyerek aynı oturumda davanın kabulüne karar vermiştir. Davalı ciddi bir mazerete dayanmıştır. Gerçi mazereti tevsik edici bir belge ibraz etmemiş ise de borcun ödendiğine ilişkin belgeyi ibraz edeceğini savunması karşısında bir dahaki oturum için mazeretin tevsiki ve ödeme belgesinin ibraz edilmesi için meşruhatlı davetiye davalıya çıkarmak suretiyle bir usul izlenip ona bir imkan sağlanması daha sonra hasıl olacak duruma göre karar verilmesi hakkaniyet ve adalet duygularının bir gereği kabul edilmelidir... Gerçekte de borcu söndüren belgenin sunulması halinde dava red ile sonuçlanacaktır. Nitekim, bu imkan tanınmadığından, davalı ödeme belgesini temyiz dilekçesine eklemiştir. O nedenle böyle bir savunmaya daha makul ve ihtiyatlı bakmanın usul hükümlerinin özüne ve sözüne uygun düşeceğinde kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır.” 13.HD, 26.3.1992, 2432/2924 (YKD 1992/6, s.895-896).

maksadı ile kendilerine tanınan bir ilke olmasının yanında doğru ve sağlıklı bir karar verilmesi amacını da taşır ki bu yönüyle kamuyu da ilgilendirmektedir<sup>1772</sup>. Ancak kişi bu hakkının kullanıp kullanmamakta serbesttir. Kendisine fırsat verilmiş olmasına rağmen açıklama hakkını kullanmayan ya da kusurlu davranışları ile buna sebebiyet veren kimsenin hukuki dinlenilme hakkının çiğnendiğinden söz edilemez. Örneğin, tarafın, iddia veya savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağına aykırı olduğu için dinlenmemiş olması ya da duruşma düzenini bozucu tutum ve davranışları sebebiyle duruşma salonun çıkartılması sebebiyle görüş bildirememiş olması halinde hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilip edilmediği tartışılmayacaktır<sup>1773</sup>.

### cc. Dikkate Alınma Hakkı

Hukuki dinlenilme hakkının son unsuru olan dikkate alınma hakkı, tarafların iddia ve savunmalarının mahkemece tartışılmış olmasını gerektirir. Taraflara açıklama hakkının tanınması ve onların bu haklarını kullanmaları yetmez; hukuki dinlenilme hakkının gerçekleşmiş sayılması için yapılan açıklamaların dikkate alınması ve değerlendirilmesi gerekir<sup>1774</sup>. Bu son unsur gerçekleşmeden açıklama hakkının tanınmasının da pek bir önemi kalmayacaktır<sup>1775</sup>.

Dikkate alınma hakkı ile kast edilenin, tarafların taleplerinin aynen kabul edilmesi anlamına gelmediği hatırlatmak gerekir. Önemli olan tarafın açıklamalarının değerlendirilmesi yolu ile kendisine yargılamaya etki edebilme şansının tanınmasıdır<sup>1776</sup>. Ayrıca mahkemece yapılan değerlendirmenin yanlış olması ve hatalı sonuca varılması hukuki dinlenilme hakkının ihlali anlamına gelmez; ancak hukukun yanlış uygulanmasından bahsedilebilir<sup>1777</sup>. Örneğin, Mahkeme davalı

<sup>1772</sup> Özkes, Hukuki Dinlenilme, s.149-150.

<sup>1773</sup> Pekcanitez/Atalay/Özkes, s.590; Pekcanitez, Hukuki dinlenilme, s.780; Tanrıver, Adil Yargılanma, s.208.

<sup>1774</sup> Clayton/ Tomlinson, s. 35; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s.395; Stačiokas, s.137; Sungurtekin Özkan, Usul, s.117-118. “ Mahkemece, davalı bankanın savunması doğrultusunda herhangi bir inceleme yapılmaksızın davacının ileri sürdüğü iddiaların doğru olduğu kabul edilerek davanın kabulüne karar verilmiştir. Şu durumda mahkemece, davalı banka tarafından yapılan işlem ve uygulamaların anılan yasaya uygun olup olmadığı araştırılarak varılacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.” 4.HD, 10.05.2006, E:2005/6260, K:2006/5579 (MİHDER S.9, 2008/1, s.197).

<sup>1775</sup> Pekcanitez, Hukuki dinlenilme, s.784; Özkes, Hukuki Dinlenilme, s.153.

<sup>1776</sup> Özkes, Hukuki Dinlenilme, s.156.

<sup>1777</sup> Pekcanitez, Hukuki dinlenilme, s.786.



tarafın yetki itirazını dikkate almış, değerlendirmiş ama yetkisiz olmasına rağmen yetkili olduğuna kanaat getirerek itirazı reddetmiş olabilir<sup>1778</sup>. Örnek yargılama kesitinde hukuki dinlenilme hakkı gerçekleşmiştir. Hukuken yanlış sonuca ulaşılması hakka tesir etmez.

Dikkate alınma hakkı, doktrinde “dikkate alma ve değerlendirme yükümlülüğü” olarak ifade edilmektedir<sup>1779</sup>. Bunun sebebi, hukuki dinlenilme hakkının bu son unsurunun mahkeme tarafından gerçekleştirilecek olmasıdır. Bilgilenme ve açıklama hakkının gerçekleşmesi bakımından mahkemeye söz konusu hakların kullanılması için gerekli ortamı hazırlamak gibi bir ödev yüklenmektedir. Dikkate alınma hakkında ise taraf açıklamalarını dikkate alarak değerlendirecek makam doğrudan mahkemenin kendisidir.

Hukuki dinlenilme hakkının bu son unsurunun sağlanabilmesi için dikkate alma ve değerlendirmenin mutlaka mahkeme tarafından yapılması gerekir. Bu noktada uygulamadaki bir yanlışlığa değinmemizde fayda vardır. Dava dosyaları “dosyadaki bilgi ve belgelerin değerlendirilerek bir sonuca varılması” istemiyle bilirkişilere havale edilmektedir. Bu alışkanlığının, sonuçta doğru bir değerlendirme yapıp yapılmadığına bakılmaksızın hukuki dinlenilme hakkı ile bağdaşmağı söylenebilir<sup>1780</sup>.

Tarafların usulüne uygun şekilde mahkemeye sundukları dilekçeler dikkate alma ve değerlendirme yükümlülüğü kapsamındadır<sup>1781</sup>.

Taraflarca ileri sürülen vakıalar ile onların varlığını ortaya koymak amacıyla sunulan deliller mahkeme tarafından bir değerlendirmeye tabi tutulur. Bu

<sup>1778</sup> Özkes, Hukuki Dinlenilme, s.161.

<sup>1779</sup> Özkes, Hukuki Dinlenilme, s.154. Alman Anayasa Mahkemesi bu unsuru “dikkate almak ve göz önünde bulundurmak yükümlülüğü” olarak ifade etmektedir. Özkes, Hukuki Dinlenilme, s.154.

<sup>1780</sup> Ayrıca bilirkişiyeye ancak çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde başvurulabilir (HMK m.266). “... mahkeme... taraflar arasındaki sözleşme hükümlerinin yorumlanması, tarafların yükledikleri edimlerin belirlenmesi ve bu edimlerin yerine getirilip getirilmediğinin saptanması yönünden bilirkişi görüşüne başvurulmasını kararlaştırmıştır. Oysa bu hususlar tamamen hâkimin genel ve hukuki bilgisi ile çözümlenmesi gereken hukuki konulardır. Mahkemece sözü edilen ilkelere aykırı biçimde bilirkişi incelemesi yaptırılması isabetli değil.” 19.HD, 20.4.2001, 8519/3068 (YKD2003/4, s.578). Hakim yine de hukuki anlamda bilgisini tamamlamak istiyorsa Medeni Kanunun 1.maddesi anlamında bilimsel görüşlerden yararlanması söz konusu olabilir, ancak burada da dosyanın tümüyle incelenmesi istenmemelidir. Özkes, Hukuki Dinlenilme, s.162-163.

<sup>1781</sup> Özkes, Hukuki Dinlenilme, s.156.

değerlendirme sonucunda tarafların talepleri hakkında karar verilir. Karar genel olarak, yargı organının hukuki gerekçeye dayandırılmış irade açıklaması olarak tanımlanabilir. Bu noktada gerekçenin önemi ortaya çıkmaktadır. Zira mahkeme tarafından taraflarca ileri sürülen her türlü açıklamaların, vakıa ve delillerin mahkemece dikkate alınıp alınmadığı kendisini en belirgin şekilde kararın gerekçesinde gösterecektir.

Yargı kararının gerekçelendirilmesi, keyfi davranışları önleyecek, bireylerin yargıya karşı güven duygularının gelişimini sağlayacaktır. Bu açıdan, mahkeme kararlarının gerekçeli olmasının kamunun menfaatini de ilgilendirdiği söylenebilir<sup>1782</sup>. Yargıya güvenin yüksek olduğu toplumlarda hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesi gelişir ve korunur. İhtiyar değirmencinin, elinden değirmenini almak isteyen Krala, “... *Ama Berlin’de yargıçlar var*” sözlerini korkmadan söyleten; yargıya ve yargıca olan inançtır<sup>1783</sup>. Neden hakkını alamadığını ya da haksız bulunduğunu anlayamayan bir kişinin yargıya ve yargıca karşı kuşku ve güvensizlik duyması kaçınılmazdır. Gerekçe ile güvensizlik bulutları dağılacak; karara saygı duyulacaktır.

Gerekçe, mahkeme kararında hukuki dinlenme hakkının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti bakımından en önemli ölçüttür. Gerekçe, tarafın tüm iddialarının tartışıldığının, dava dosyasındaki olguların hangisinin hükme dayanak yapıldığının, birinin diğerine neden üstün tutulduğunun anlaşılmasının yegâne aracıdır. Ayrıca, keyfiliği önleyici bir işlevi bulunması ve sürpriz karar verilmesinin önüne geçmesi sebebiyle de hukuki dinlenme hakkının teminatını oluşturur. Gerekçe, hükümde varılan sonuç ile maddi vakıalar arasında bir köprü işlevi görür. Tarafların verilen karardan tatmin olması ancak bu şekilde sağlanacaktır<sup>1784</sup>.

AİHS’nin 6.maddesi mahkeme kararlarının gerekçeli olmasını gerektirmektedir. Aslında Sözleşmede bu zorunluluktan açıkça bahsedilmemişse de

<sup>1782</sup> **İnceoğlu**, s.322.

<sup>1783</sup> **Aşçıoğlu**, s.112.

<sup>1784</sup> **Pekcanitez**, Hukuki dinlenme, s.786; **Tanrıver**, Adil Yargılanma, s.209; **Özekes**, Hukuki Dinlenme, s.166-168; **Del Prete/ Fischer/ Ricci** s. 31; **Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/ Tappy**, s.146; **Auer/ Malinverni/ Hottelier**, s.611. Federal Mahkeme de mahkeme tarafından bir delilin neden reddedildiğinin, gerekçeli olarak açıklanması gerektiğini kararlarında belirtmektedir. Bkz. ATF 102 Ia c.2; ATF 104 Ia, c.3; ATF 107 Ia, c.3a ATF 111 Ia. **Poudret**, s.612; **Yılmaz**, Şerh, s.296; Hilmi **Şeker**, Esbab-ı Mucibe’den- retoriğe Hukukta Gerekçe, İstanbul 2010, s.29.

AİHM, hükmün gerekçeli olmasını adil yargılamanın genel bir unsuru olarak kabul etmektedir<sup>1785</sup>. Bu yükümlülük ilk kez, **X/Almanya** kararında<sup>1786</sup> telaffuz edilmiş ve adil yargılanma hakkının gerekçeli hüküm elde edebilme hakkını da kapsadığı belirtilmiştir.

Gerekçeli karar, yargıcın yaptığı değerlendirmelerin ve vardığı sonuçların anlaşılabilmesini ve karara karşı sağlıklı savunma yapılabilmesini, itiraz hakkının etkin şekilde kullanılabilmesini ve hükmün yargısal denetiminin sağlıklı şekilde gerçekleştirilebilmesini sağlar<sup>1787</sup>. Gerekçeli karar verme yükümlülüğü aynı zamanda, mahkemeye erişim hakkının gerçekleşmesini destekler<sup>1788</sup>. Taraflar hükme karşı temyiz yoluna başvurmak istediklerinde bu fayda ortaya çıkmaktadır.

**Hadjianastassiou/Yunanistan** kararında<sup>1789</sup> başvuran, yalnızca kısa kararın kendisine verilmesi sebebiyle gerekçeden haberdar olamadan temyiz başvurusunu yapmış, hükmün tam metnine ulaştığında ise temyiz itirazlarını genişletmesine izin verilmediğinden 6.madde ihlal edilmiştir. İlk derece mahkemesinin gerekçesi öğrenilemeden temyiz için başvuru yapmak zorunda kalınması Sözleşmenin 6.maddesinin 1.fikrasının ihlaline sebep olmaktadır. Gerekçe öğrenilemeden kanun yoluna başvuru yapmak zorunda kalınması, kanun yoluna etkili başvuru hakkını engellediği için adil yargılanma hakkı açısından önemlidir<sup>1790</sup>.

Bundan başka, gerekçede tarafların savlarına cevap verilmemesi halinde de ihlal tehlikesi ortaya çıkmaktadır. Mahkemeler her soruya ayrıntılı cevap vermek zorunda olmamakla beraber<sup>1791</sup>, eğer bir iddia hükme etki edecek nitelikteyse mahkeme kararında özel olarak bu iddiayı tartışmalıdır<sup>1792</sup>. Örneğin, **Ruiz**

<sup>1785</sup> **Harris, O'Boyle & Warbrick**, s.268; **Clayton/ Tomlinson**, s.104; **Tezcan/ Erdem/ Sancakdar**, s.247; **De Salvia**, s.313; **van Drooghenbroeck**, s.149-150; **Yılmaz**, Şerh, s.296; **Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.935.

<sup>1786</sup> 16.07.1981, Baş. No: 8769/79.

<sup>1787</sup> **Chen**, s.321; **Gölcüklü**, Doğru yargılama, s.34; **Erdoğan**, s.165; **De Salvia**, s.313; **van Drooghenbroeck**, s.150; **Guinchard/ Chainais/ Delicostopoulos/ Delicostopoulos/ Douchy-Oudot/ Ferrand/ Lagarde/ Magnier/ Fabri/ Sinopoli/ Sorel**, s.935; **Sungurtekin Özkan**, Usul, s.118.

<sup>1788</sup> **Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet**, s.285 vd.; **Şeker**, s.30.

<sup>1789</sup> 16 Aralık 1992.

<sup>1790</sup> **Reid**, s.238; **İnceoğlu**, s.324.

<sup>1791</sup> Van de Hurk/Hollanda, 19 Nisan 1994, par.61. **Şeker**, s.44.

<sup>1792</sup> **Mole/Harby**, s.49; **Reid**, s.234; **Harris, O'Boyle & Warbrick**, s.268; **Sudre/ Marguénaud/ Andriantsimbazovina/ Gouttenoire/ Levinet**, s.286-287; **Şeker**, s.37.

**Toriya/İspanya** kararına<sup>1793</sup> konu olayda, bir bar işleten başvuran kira sözleşmesinin sona erdirilmesi amacıyla kiraya veren tarafından dava edilmiştir. Başvuranın üçüncü kişiye ait kumar makinelerini kiralanan taşınmaza yerleştirerek bir alt sözleşme yaptığı iddia edilmektedir. Başvuran dava dilekçesine karşı verdiği cevap dilekçesinde bu tür davalarda zamanaşımının 15 yıl olduğunu, oysa kendisinin 28 yıldır bu yerin kiracısı olduğunu (1960-1988), bu süre içinde müzik makinesi, bilardo gibi eğlence makineleri koyduğunu ve bir itirazla karşılaşmadığını belirtmiştir. Başvuranın zamanaşımına ilişkin bu iddiası ne lehine verilen ilk derece mahkemesi kararında ne de bu kararı bozan üst derece mahkemesi tarafından değerlendirilmiştir.

AİHM'ne göre, başvuran zamanaşımı iddiasını açık ve kesin biçimde delilleriyle birlikte ortaya koymuştur. Eğer üst mahkeme başvuranın bu iddiasını yerinde bulsaydı, dava reddedilecekti. Hükümetin, iddianın açıkça dayanaktan yoksun olduğu için incelenmediği yolundaki savunması da tatmin edici değildir çünkü aksi yönde deliller başvuran tarafından dosyaya sunulmuştur. Üst mahkemenin iddia hakkından açık ve somut bir cevap vermemesinden, milli mahkemenin sadece inceleme yapmayı ihmal mi ettiği yoksa bu iddiayı zımnî şekilde reddetmeyi mi amaçladığı anlaşılamamaktadır. Dolayısıyla m.6&1 ihlal edilmiştir<sup>1794</sup>.

AİHM'nin aynı gerekçelerle ihlal bulduğu bir başka karar olan **Hiro Balani/İspanya** davasına<sup>1795</sup> konu yargılamada, başvuran mahkemeye belirli ve süratli cevap gerektiren bir dilekçe sunmuş; fakat yerel mahkeme, bu dilekçe hakkında bir karar vermemiştir. Mahkemenin bu tutumundan, sunulan dilekçenin ele alınmasının ihmal mi ettiği yoksa reddetmek niyetinde mi olduğu anlaşılamamaktadır. Cevap verilmemesi ret olarak algılanacaksa bu ret kararının gerekçelerinin ne olduğu da karardan anlaşılamamaktadır. Bu nedenle AİHM, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

<sup>1793</sup> 09.12.1994.

<sup>1794</sup> Par.30. **İnceoğlu**, s.326. AİHM'nin aynı gerekçelerle ihlal bulduğu bir başka karar için bkz. Hiro Balani/ İspanya, 09.12.1994.

<sup>1795</sup> 9 Aralık 1994; Benzer başkaca kararlar için bkz. Pronina/Ukrayna, 18.07.2006, par.25; Kuznetsov/Rusya, 11.01.2007, par.87.

Taşınmaz mülkiyetini konu alan **Higgins ve diğerleri/Fransa** kararında<sup>1796</sup>, üç dava arkadaşı istinaf mahkemesi kararı aleyhine temyiz mahkemesine başvurmuş, temyiz mahkemesi dava arkadaşlarından ikisinin yaptığı başvuruyu kabul ederken üçüncü hakkında bir karar vermemiştir. Söz konusu olayda, temyiz mahkemesinin üçüncü başvurunun akıbeti hakkında sessiz kalması AIHM tarafından gerekçeli karar hakkına aykırı bulunmuştur. Acaba temyiz mahkemesi ilk iki dava arkadaşı hakkında verdiği kararı üçüncüye teşmil etmeyi ihmal mi etmiştir yoksa üçüncü dava arkadaşının başvurusunu reddetmek niyetinde midir? Eğer amaç ret ise bunun gerekçeleri nedir? Temyiz mahkemesi kararı bu soruların cevabını verememektedir.

AIHM sonraki tarihli bir kararında üst derece mahkemelerindeki gerekçe zorunluluğunu biraz esnetmiş; görevi yalnızca hukuki denetim yapmakla sınırlı temyiz mahkemelerinin kararlarının gerekçelerini detaylandırmak zorunda olmadıklarını belirtmiştir<sup>1797</sup>.

Hükmün gerekçesinde değinilmeyen ve mahkeme tarafından bir cevap verilmeyen iddiaların dava konusu uyuşmazlıkla herhangi bir ilgisinin olmadığı hallerde mahkemenin sessizliği gerekçeli karar hakkına aykırılık teşkil etmez. **Jahnke ve Diğerleri/Fransa** kararında<sup>1798</sup>, konusu tazminat olan bir davanın sonucunda hükme karşı istinaf yoluna başvurulmuştur. İstinaf mahkemesi önünde, hem tazminatların yanlış hesaplandığı hem de işten atılmalarının Avrupa Birliği direktiflerinden birine aykırı olduğu iddia edilmiş ancak istinaf mahkemesi, ikinci iddiaya yanıt vermeden ilk derece mahkemesi hükmünü onamıştır. AIHM'ne göre, bu olayda hükmün gerekçeli verilmesi ilkesine aykırılık yoktur. Dava zaten işten çıkarılma sebebiyle açılan tazminat davasıdır. Başvuranların işten çıkarma uygulamasının AB direktifine aykırı olduğu iddiasının uyuşmazlığın çözümüne bir etkisi yoktur.

Mahkeme kararının görünürde bir gerekçeye sahip olması yeterli değildir. Tarafların uyuşmazlık çözümünde etkisi olacak iddia ve savunmaların tartışıldığı, delillerin değerlendirildiği, hükmün yargısal denetiminin sağlıklı şekilde

<sup>1796</sup> 19.02.1998.

<sup>1797</sup> Salé/Fransa, 21.03.2006.

<sup>1798</sup> 29.08.2000, Baş. No: 40490/98.

yapılabileceği, kendi içinde tutarlı<sup>1799</sup> bir gerekçe olmalıdır<sup>1800</sup>. Örnek olarak ele alınabilecek **H/Belçika** kararı, Barodaki kaydı uzun süre önce silinmiş başvuranın tekrar Baroya kaydının yapılması talebinin reddine ilişkindir. İç hukuka göre kaydı silinen kişi, bu kararın üzerinden on yıl geçtikten sonra “istisnai koşullar” ortaya çıktığında tekrar Baroya kaydolabilmektedir. Baro konseyi, kendisine yapılan başvuruyu istisnai koşullar olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir.

AİHM’ne göre, istisnai koşullar kuralı belirsizdir ve bu konudaki geçmiş içtihatlar da belirlenememektedir. İstisnai koşullar kuralının belirsiz olması başvuranın, talebinin keyfi biçimde inceleneceği korkusuna neden olmaktadır. Bu nedenle ret kararında yeterli gerekçenin verilmesi son derece önemlidir. Bu olayda, milli yargı yeri tarafından verilen kararda, istisnai koşullar olmadığı belirtilmekle beraber, başvuranın dayandığı koşulların neden istisnai olmadığı açıklanmamıştır. Gereksiz karar verilmesi adil yargılanma hakkının ihlaline neden olmuştur<sup>1801</sup>.

Hâkimler takdir haklarını kullanırken de, objektif olmalı ve bunu kararlarının gerekçelerine yansıtmalıdırlar. Yalnızca “tacdiren” gibi ifadelerle soyut şekilde hüküm verilmemeli; somut ölçülere dayanılmalıdır<sup>1802</sup>. Hâkimin sadece kanaate varmış olduğunu beyan etmesi gerekçe olamaz, hangi mülahazalar ile kanaate ulaşıldığı da belirtilmelidir<sup>1803</sup>. Bu, doktrinde subjektif tarafsızlık olarak ifade edilmektedir. Mahkemeler, görünürde tarafsızlık denilecek objektif tarafsızlıktan başka kararlarını gerekçelendirerek subjektif tarafsızlıklarını da göstermelidirler<sup>1804</sup>. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, gerekçenin açıklanmadığı, istisnai durumlar ya da ağır hata gibi genellemelere dayandırılan belirsiz kavramlar kullanılmasını subjektif tarafsızlığın ihlali olarak değerlendirmektedir<sup>1805</sup>.

<sup>1799</sup> Gerekçedeki çelişik ifadeler sebebiyle verilen bir ihlal karar için bkz. Hirvisaari/Finlandiya, 27.09.2001.

<sup>1800</sup> **Chen**, s.324; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.395-397; **Yılmaz**, Şerh, s.296.

<sup>1801</sup> Par.53. **İnceoğlu**, s.327-328.

<sup>1802</sup> **Özekes**, Hukuki Dinlenilme, s.170. “Yargıca tanınan takdir hakkının doğru ve uygun bir nedene dayanması ve gerekçelendirilmesi gerekir... davacının öngördüğü yaptırım türünü niçin uygun görmediğini, yanları tatmin edecek ve hukuka uygun olacak biçimde gerekçeye dayandırmalıdır... yerel mahkemece hüküm altına alınan yaptırımın türü, herhangi bir gerekçeye dayanmamakta ve böylece anayasaya ve usul kanunundaki düzenlemelere aykırı olarak karar verilmiştir.” 4.HD, 24.9.2002, 3829/9940 (YKD 2003/1, s.23).

<sup>1803</sup> **Yıldırım**, Delillerin değerlendirilmesi, s.198.

<sup>1804</sup> **Özekes**, Hukuki Dinlenilme, s.170; **Tezcan/Erdem/Sancaktar**, s.247.

<sup>1805</sup> **Tezcan/Erdem/Sancaktar**, s.248.

Ay. m.141/f.3, bütün mahkemelerin *her türlü kararlarının* gerekçeli olarak yazılacağını açık hükme bağlamıştır<sup>1806</sup>. Anılan hüküm doğrultusunda, mahkemelerin sadece nihai kararları değil; ara kararları<sup>1807</sup> ile geçici hukuki korumalar hakkındaki kararları da gerekçeli olmalıdır. Özellikle yargılamanın seyirini önemli ölçüde etkileyen ara kararlarında gerekçe gösterilmelidir. Burada kullanılabilir ölçüt ÖZEKES tarafından şu şekilde ifade edilmiştir: “*Özellikle o ara kararının aksine karar, bir nihai karar sonucunu doğuruyorsa veya ilgilinin durumunu önemli şekilde etkiliyorsa, gerekçenin belirtilmesi hukuki dinlenme hakkının gereğidir*”<sup>1808</sup>. Yazar, yetki itirazının reddi kararını örnek göstermektedir. Yetki itirazının kabulü kararı bir nihai karar olduğundan mahkeme gerekçe göstermek belirtmek durumundadır. O halde yetki itirazını reddettiğinde de gerekçesini bildirmelidir.

Kararların gerekçeli olması Anayasal bir zorunluluk olmasının yanında, HMK'nun 27.maddesinde de mahkeme kararlarının somut ve açık olarak gerekçelendirilmesi hukuki dinlenme hakkının kapsamında sayılmıştır (f.2/c)<sup>1809</sup>. Kanun koyucunun gerekçenin belirtilmesi yönündeki titiz yaklaşımının sonucu olarak Kanunun pek çok yerinde bu husus vurgulanmıştır. Duruşmaların gizli yapılması kararının gerekçesinin esas kararla birlikte açıklanması gereği (HMK m.28/f.3) örnek gösterilebilir. Yine bir belgenin sahte olduğunun iddiası karşısında hâkimin isticvaptan sonra başka incelemeye gerek duymadan bir kanaate varmış olması halinde, gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle kararını açıklaması (HMK m.211/f.1/a) beklenmektedir. Bir başka örnek, hâkimin birden fazla bilirkişi atamasına ilişkin düzenlemedir. Kural olarak, yalnızca bir kişi bilirkişi olarak görevlendirilebilir ancak Kanun gerekçesinin açıkça gösterilmesi şartı ile birden fazla kişinin bilirkişi olarak görevlendirilmesine izin vermektedir (HMK m.267). Bilirkişi raporunun hazırlanması için verilen süre yine gerekçe gösterilerek üç ayı geçmemek

<sup>1806</sup> 11.HD, 22.01.1991, 5289/100 (YKD 1991/6, s.877); 15.HD, 31.1.2002, 4351/454 (YKD 2002/10, s.1533); 19.HD, 16.12.1999, 7551/7739 (YKD 2000/4, s.586).

<sup>1807</sup> “...hakim, bilirkişi görüşü ile bağlı değildir ve her zaman yeniden bilirkişi görüşüne başvurabilir (HUMK m.284). Ancak, bu kural mutlak değildir. Bilirkişi görüşüne başvurulmasının nedeni de gerekçelendirilmeli ve bu da uyumsuzluğun niteliğine uygun olmalıdır. Yine kanaat oluşmadığına ilişkin soyut ve dosya bulgularına aykırı yeniden inceleme nedeni de yerinde görülmemiştir.” 4.HD, 6.11.2002, 7810/12411 (YKD 2003/4, s.530).

<sup>1808</sup> **Özekes**, Hukuki Dinlenme, s.183. Yazar ayrıca, hukuki dinlenme hakkının ihlali sonucunu doğuran her türlü ara kararlardan dönülebileceğini ve o ara kararının usuli kazanılmış hak doğurmasının dahi bu gerekliliği bertaraf etmeyeceği kanaatindedir. Çünkü bu, taraflardan birini diğerine tercih etmek anlamına gelir ki, eşitlik ilkesine ve hukuki dinlenme hakkına aykırıdır. Bkz. s.205.

<sup>1809</sup> Gerekçe gösterme zorunluluğu Fransız Medeni Usul Kanunu'nun 455.maddesinde yer almaktadır.

üzere uzatılabilir (HMK m.274). Zorunlu nedenlerle sadece hüküm sonucunun tefhime edildiği hallerde, gerekçeli kararın tefhim tarihinden itibaren bir ay içinde yazılması gerekir (HMK m.294/f.4; m.321/f.2)<sup>1810</sup>. Gerekçeli kararın yazıldığı tarih, hükmün içermesi gereken hususlar arasındadır (HMK m.297/f.1/e). Ayrıca hükümde yer alacak karşı oylar da mutlaka gerekçeleri ile belirtilmelidir (HMK m.298/3).

Gerekçe gösterme gerekliliği, kanun yolu incelemeleri bakımından da söz konusudur. İstinaf incelemeleri sonucunda verilen kararlarda olduğu gibi (HMK m.359/f.1/ğ) temyiz aşamasında temyiz aşamasında da gerekçe gösterme mecburiyeti Yargıtay bakımından devam etmektedir. Onama kararlarında, onanan ilk derece mahkemesi kararının hukuk kurallarına uygunluk gerekçesi gösterilmelidir (HMK m.370/f.1). Karar kısmen ya da tamamen bozulacaksa yine bunun gerekçesi belirtilmelidir (HMK m.371/f.1)<sup>1811</sup>. Bununla birlikte AİHM, gerekçe gösterme zorunluluğunu kanun yolu aşamalarında ilk derece mahkemelerindeki kadar katı uygulamamaktadır. Üst derece mahkemelerinin kararlarını dayandırıldığı gerekçeleri tamamen detaylandırılarak vermek yerine, sadece temel konulardan bahsedilmesini yeterli görmektedir<sup>1812</sup>.

Geçici hukuki korumalara ilişkin taleplerde ya da tahkim yargılamasında verilen kararın da gerekçeli olması aranmaktadır. Örneğin ihtiyati tedbir taleplerinde kural, muhtemel zararların karşılanması için teminat yatırılması olmakla birlikte hâkim bunun gerekli olmadığı kanaatine varırsa gerekçesini açıkça belirtmelidir (HMK m.392/f.1)<sup>1813</sup>. Tahkim yargılamasında da hakem veya hakem kurulunun

<sup>1810</sup> Kanunun zorunlu hallerde gerekçenin sonradan yazılmasına izin verdiğine dikkat çekmek gerekir. Bu nedenle mümkün olduğunca gerekçenin de kararla birlikte tefhim edilmesi; gerekçeli kararın sonraya bırakılmaması alışkanlığından vazgeçilmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Ayrıca, gerekçenin sonradan yazılmasını gerektiren hallerde, zorunlu sebebin ne olduğunun açıklanması hukuki dinlenme hakkına daha uygun olacaktır. **Özekes**, hukuki dinlenme, s.175.

<sup>1811</sup> Gerekçe bildirme zorunluluğu, HUMK m.388'de ilk derece mahkemeleri, m.439'da ise Yargıtay bakımından ifade edilmekte idi.

<sup>1812</sup> **Harris, O'Boyle & Warbrick**, s.268. Salé/Fransa, 21.03.2006.

<sup>1813</sup> Madde hükmünde "durum ve koşullar gerektiriyorsa" teminat alınmayabileceği belirtilerek hakime bu konuda geniş bir takdir hakkı tanınmaktadır. Buna karşılık, ihtiyati haciz taleplerinde teminata ilişkin İİK m.259'da bu takdir yetkisi daha sınırlıdır. Yalnızca alacağın bir ilama dayandığı hallerde teminat alınmayacağı açıkça düzenlenmiş; alacağın ilam niteliğinde bir belgeye dayanması ihtimalleriyle sınırlı olarak teminata lüzum olup olmadığı konusu hâkimin takdirine bırakılmıştır. Buna karşılık, alacağın bir ilam ya da ilan niteliğinde belgeye dayanmadığı her tedbir talebinde teminat aranmalıdır. Kanundaki bu açıklığa rağmen bazı belgelerin yeterli sayılarak teminat aranmadan ihtiyati haciz kararı verilmesi hukuki dinlenme hakkına aykırı olduğu gibi eşitlik ilkesi açısından da tartışmalı bir durum yaratmaktadır. **ÖZEKES**, özellikle bankaların tedbir ve haciz istekleri karşısında hâkimlerin, "bankanın güvenilir olduğu" düşüncesi ile teminatsız karar vermelerinin hukuki dinlenme hakkına aykırı olduğunu haklı olarak vurgulamaktadır. Bkz. s.217.



verdiği karara dayanak teşkil eden hukuki sebepler ile kararın gerekçesi mutlaka belirtilmelidir (HMK m.436/f.1/c).

Tarafların yargı kararlarının adil olduğuna ve güvenilirliğine olan inançları ancak gerçek bir gerekçeyle mümkündür<sup>1814</sup>. Gerekçesiz veya görünüşte gerekçeli kararlar, doğru olsalar bile ikna edici bir etkiye sahip olamazlar. Gerçek gerekçeden uzaklaştıkça, hukuki dinlenme hakkından, insan onurundan, adil yargılanmadan ve hukuk devletinden uzaklaşılacaktır<sup>1815</sup>. Bu nedenle, gerekçenin zihinler ve vicdanlardaki tüm soru işaretlerine cevap verecek titizlikte hazırlanması gerekir kanaatindeyiz.

Gerekçelendirme ihtiyacı, bugün için Türk hukuk yargılamasında maalesef tam olarak karşılanamamaktadır<sup>1816</sup>. İlk derece mahkemelerinde gerekçe adına, “*olayın oluş biçimine*”, “*bilirkişi raporundaki açıklamalara*”, “*tanık anlatımlarına göre vakianın doğruluğu*”, “*yanların sosyal ve ekonomik durumuna göre*” gibi, soyut, genel ve yuvarlak ifadelerle açıklanma yapılmaktadır. Sadece bilirkişi raporuna<sup>1817</sup>, tanık beyanlarına, tarafların dilekçelerine<sup>1818</sup>, önceki mahkeme kararına<sup>1819</sup> ya da bir başka icra dosyasına<sup>1820</sup> atıf yapmak hukuki dinlenme hakkına aykırıdır. Aynı

<sup>1814</sup> Özekes, Hukuki Dinlenme, s.168.

<sup>1815</sup> Özekes, Hukuki Dinlenme, s.169, dn.246.

<sup>1816</sup> Sağlam bir gerekçenin nasıl olması gerektiği hakkında bkz. Ertuğrul **Uzun**, “Yargıtay Kararlarından Örneklerle Yargı Kararlarında Gerekçelendirme Zafiyeti” MİHDER S.7, 2007/2, s.359 vd.

<sup>1817</sup> “Somut gerekçeleri içermeyen ve kendi içerisinde çelişkiler bulunan bilirkişi raporunun hükme esas alınması doğru görülmediği gibi, hak ve nesafete uygun kiranın takdiri mahkemeye ait olmasına rağmen bilirkişinin bu yönde belirleme yapması ve bunun karara dayanak teşkil etmesi hâkimin takdir hak ve yetkisini ortadan kaldırıcı mahiyette olup usul ve yasaya aykırıdır.” 3.HD, 18.1.2001, 11986/144 (YKD 2001/9, s.1331). “Somut olayda, gerekçe olarak toplanan kanıtlar bir yana bırakılmış, alınan bilirkişi raporuna bağlı kalınarak hüküm tesis edilmiştir... Hüküm tesisi bilirkişi egemenliğine terk edilmiştir... Bu husus usule aykırı olup tek başına bozma nedenidir” 15.HD, 31.1.2002, 4351/454 (YKD 2002/10, s.1533).

<sup>1818</sup> “...dava dilekçesine veya bilirkişi raporuna ya da herhangi bir belgeye atıfta bulunularak hüküm kurulamaz.” 1.HD, 28.5.1997, 7139/7157 (YKD 1997/11, s.1703).

<sup>1819</sup> “...yalnızca ‘önceki kararda direnilmesine’ denilmekle yetinilmiştir. O itibarla mahkemece HUMK’nun 388.maddesinin açık hükmü gözetilmeksizin yazılı biçimde karar verilmesi doğru değildir.” HGK, 18.02.1998, 2-155/119 (ABD 1998/3); “Açıklanan nedenlerle karar yazımında işin önemiyle mütenasip emeğin esirgenmemesi, beklenen özenin gösterilmesi gerekirken, temyiz edilen karar yanlar arasında kesin hükme kavuşan 1994/491 esas sayılı davada verilen kararın ilk sayfası-dava tarihine değin- olduğu gibi aktarılarak kaleme alınmıştır. Bu husus hatadan kaynaklanmamışsa, kararın ikinci sayfasında kanıt olarak değerlendirilmesi dışında bu aktarımın nedeni anlaşılmamıştır. Varlığından söz edilebilmesi için gerekçenin yargılama safahatına uygun olması gerekir. Aksi halde karar ‘görünürde gerekçeli’ olur ki bu da gerekçesiz karar sayılır. Kararların gerekçeli olması kamu düzenine ilişkin olmakla aksi hal bozma nedenidir.” 15.HD, 8.3.2000, 829/1121 (YKD 2000/10, s.1562-1563).

<sup>1820</sup> “Merci Hâkimliğince, ‘İcra Tetkik Mercii Hâkimliğinin... sayılı dosyası ile yine İcra tetkik Mercii Hakimliğinin... sayılı dosyası ve İcra Müdürlüğünün.. ve Dikili İcra Müdürlüğünün... sayılı dosyaları

şekilde tanık veya bilirkişi beyanlarının birebir tekrar edilmesi de gerekçenin varlığı için yeterli değildir<sup>1821</sup>. Son olarak tarafların hüküm sonucuna etki edecek iddialarının yanıtı bırakıldığı kararlara da rastlanmaktadır<sup>1822</sup>.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında gerekçeye verdiği önemi şu ifadelerle göstermiştir: “Uyuşmazlıkların çözümünde yargıya düşen en önemli görevlerden birisi de açık ve net çözümler bulmak, anlaşılabilir, tutarlı kararlarla kamu düzen ve barışının sağlanmasına hizmet etmek olmalıdır. Hükmün açık ve net olması gereği hükmün sonucu ile sınırlı olmayıp, iddiaların tek tek ele alındığı, cevaplandırıldığı, hukuka ve yasaya aykırı bulunma ya da bulunmama nedenlerinin açıklandığı, yasal dayanakların gösterildiği, anlamaya ve denetime elverişli gerekçenin varlığını da gerektirir. Zira taraflar ancak gerekçe sayesinde hükmün hangi maddi ve hukuki sebebe dayandırıldığını anlayabilecekleri gibi Yargıtay denetimi de ancak kararın gerekçe içermesi halinde mümkün olacaktır. İşte bu nedenledir ki, kararın gerekçesinde hangi maddi vakıanın hangi hukuki sebeple davacıyı haklı gösterdiğinin açıklanması halinde ancak, HUMK.nun 388.maddesine uygun bir kararın varlığından söz edilebilecektir. Gerek Anayasamız, gerek 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile getirilen ve yukarıda açıklanan yasal düzenlemelerin nihai amacı da budur”<sup>1823</sup>.

Buna rağmen, Yargıtay’ın da zaman zaman formül birtakım gerekçelerle verdiği kararlarına rastlanmaktadır. Örneğin, temyiz incelemesi sonucunda verilen kararda ilk derece mahkemesinin gerekçesinin benimsenmesi, buna göre temyiz nedenlerinin yerinde bulunmadığının ifade edilmesi “gerekçe” sayılamaz. Aynı şekilde karar düzeltme aşamasında, talep reddedilirken, “*karar düzeltme nedenlerinin mevcut bulunmadığının tespiti*” şeklindeki ibare de gerekçe sayılmamalıdır. Bu tip ifadeler içeren Yargıtay kararlarında, reddedilen itirazların

---

birlikte incelendiğinde vakalarla bunlardan çıkarılacak sonuç ve hukuki sebebin kararda davanın yerinde olduğu yazılmak suretiyle hüküm verilmiş ve bu suretle görünürde, diğer bir anlatımla yüzeysel gerekçeyle yetinilmiştir. Bu durumda karar gerekçeden yoksun sayıldığından..” 21.HD, 3.6.1997, 3258/3785 (YKD 1998/2, s.249).

<sup>1821</sup> Ayrıca mahkemenin böyle bir tutumla, hiçbir tartışma ve değerlendirme yapmayarak karar vermesi hak dağıtımından kaçındığı ve dolayısıyla görevini ihmal ettiği anlamına gelir ve sorumluluğunu doğurur. **Özekes**, Hukuki Dinlenilme, s.179.

<sup>1822</sup> “..Diğer yandan borçlu şikayetinde İİK.nun 58/3.maddesine dayanarak kendilerine gönderilen takip dayanağı belgenin HUMK 325.maddesi uyarınca Türkçe tercümesinin eklenmesi gerektiğini, ancak bunun yapılmadığını ileri sürdüğüne göre bu hususta da olumlu olumsuz bir karar verilmemesi isabetsizdir.” 12.HD, 10.05.2007, E:2007/6674, K:2007/9444, (MİHDER S.9, 2008/1, s.227).

<sup>1823</sup> YHGK, 03.12.2003, E:2003/4-776, K:2003/720 (MİHDER S.10, 2008/2, s.515).

bırakınız ret gerekçelerini, itirazların bile neler olduğu anlaşılammaktadır. Yargı organlarının matbu şekilde verdiği tüm kararlar hukuki dinlenilme hakkına ve dolayısıyla adil yargılanma hakkına aykırıdır<sup>1824</sup>. Bu nedenle hâkimlerin, önlerine gelen iddiaları dikkate alarak karar metnine eklemeleri gerekmektedir<sup>1825</sup>.

Gerekçe sorununun çözülebilmesi için eğitimin rolü büyüktür. Sözünü ettiğimiz eğitim hukuk fakültelerinden başlamalı ve hâkimlik stajı sırasında konunun üzerinde ayrıca durulmalıdır. Bundan başka, doktrinde kanun yolu aşamasında gerekçe denetimi üzerinde ağırlıklı olarak durulması önerilmekteyse de<sup>1826</sup>, konu henüz Yargıtay uygulaması bakımından da sıkıntılı olduğundan, bu çözüm önerisinin olumlu sonuç vereceğine ilişkin bir kanaate varamamaktayız.

---

<sup>1824</sup> Özekes, Hukuki Dinlenilme, s.177.

<sup>1825</sup> Uzun, s.376.

<sup>1826</sup> Aşcıoğlu, s.115.

## SONUÇ

İnsan haklarının evrensel boyutta korunması gerektiği fikrinin hâkim olduğu günümüzde, adil yargılanma hakkı, hem bir insan hakkı hem de demokratik hukuk devletinin yapı taşlarından biri olarak gerek ulusal gerekse uluslararası düzenlemelere konu olmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, adil Yargılanma hakkını garanti altına alan bölgesel metinler arasında öne çıkmaktadır. Bunun sebepleri, Sözleşme'nin iç hukuklarda öncelikle ve direkt olarak uygulanması ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Sözleşme'de yer alan hakların garanti altına alınıp alınmadığını denetleme görevi ve yetkisine sahip kılınmasıdır. Mahkeme bu fonksiyonunu bireysel başvuru yolu ile icra etmektedir. AİHM, Sözleşme'nin yorumlanmasında en yetkili otorite olduğu için Mahkemenin içtihatları, adil yargılanma hakkının güvence altına alınması yolundaki çabalara ışık tutmaktadır.

AİHS'nin 6.maddesi, adil yargılanma hakkının koruma alanını, yalnızca medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili davalar ve ceza yargılamaları ile sınırlandıracak şekilde kaleme alınmışsa da, idarî yargı alanına giren birçok uyuşmazlık bugün AİHM içtihatları ile 6.maddenin korumasından faydalandırılmaktadır. Mahkeme, bir uyuşmazlığın 6.maddenin koruma alanında olup olmadığı değerlendirmesini yaparken, ilgili uyuşmazlığın çözümü için verilecek kararın bireyin medeni hak veya yükümlülüklerinden birisini etkileyip etkilemediğine bakmaktadır. Özellikle maddi sonuçları olan davalar, dava sonucunda, bireylerin medenî hak veya yükümlülüklerinin etkileneceği gerekçesiyle 6.madde kapsamında sayılmaktadır. Bu tespitler, ilgili hak veya yükümlülüğün iç hukuktaki sınıflandırmasından bağımsız şekilde yapılmakta, böylelikle, bir hak veya yükümlülük AİHM tarafından medenî karakterli sayıldığında, ilgili uyuşmazlık konusu, tüm taraf devletlerdeki yargılamalar bakımından 6.maddenin uygulama alanına dahil edilmiş olmaktadır.

Medenî hak veya yükümlülüğe ilişkin yargılamanın 6.maddenin denetim alanına girebilmesi için ayrıca söz konusu hak ve yükümlülüğün iç hukukta tanınıyor olması ve uyuşmazlığın karara bağlanma sürecinde söz konusu hak ve yükümlülük için kesin sonuç doğması aranmaktadır. İç hukukta hak olarak tanınmayan, bir başka deyişle milli merciler önünde hak sıfatıyla ileri sürülüp makul zeminde savunulamayacak bir iddia 6.madde kapsamında sayılmamaktadır. “Medeni hak ve yükümlülük” kavramını iç hukuklardan bağımsız olarak yorumlayan AİHM’nin, bir yandan iç hukukta kabul edilmiş bir medeni hak arayışına girmesi eleştiriye hak eden çelişkili bir yaklaşımdır. Zira bu arayış, medeni hak kavramının özerk yorumunu ortadan kaldırmakta, hakkın olup olmadığını iç hukuka bağımlı hale getirmektedir.

Adil yargılanma hakkı, yargılamanın tüm aşamalarında gözetilmeli ve uygulanmalıdır. Her şeyden önce, uyuşmazlığın esastan karara bağlanacağı ilk derece mahkemesi yargılamayı 6.maddenin gereklerine uygun şekilde yapmalıdır. Ayrıca kanun yolu incelemelerinde, bu yargılama aşamalarının niteliğine uygun düştüğü ölçüde adil yargılanma hakkı güvencelerine saygı duyulması gerekir. Hatta Anayasa Mahkemesi önündeki yargılama süreçleri de, eğer dava sonucu bir medeni hak ve yükümlülük konusunda doğrudan belirleyici özellik taşıyorsa, 6.maddenin uygulama alanına girmektedir. Zorunlu tahkim süreçlerinde, taraflar, kendilerine devlet yargısı ile tahkim yargısı arasında bir seçim hakkı tanınmayarak zorunlu olarak tahkime yönlendirildikleri için, bu yargılamalar da 6.maddedeki güvencelere uygun şekilde gerçekleştirilmelidir.

Adil yargılanma hakkının, sağladığı güvenceler bakımından kapsamı oldukça geniştir. 6. maddenin birinci paragrafında açıkça sayılan güvencelerden ilki, kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanmaktır. Bu özelliklere sahip mahkeme önünde yapılan yargılamanın makul süre içinde bitirilmesi ikinci güvencedir. Bir diğer unsur, yargılamanın aleni yapılması ve hükmün açık oturumda verilmesidir. Duruşmaların aleni olması kuralı, yine maddede ifade edilen bazı istisnai hallerde sınırlandırılabilir. Maddede belirtilen son unsur ise, davanın adil yani hakkaniyete uygun şekilde görülmesidir ki bu ilke hem hukuki dinlenilme hakkını, hem çelişmeli yargılama ilkesini hem de silahların eşitliği ilkesini bünyesinde barındırmaktadır.

Öte yandan adil yargılanma güvenceleri, yalnızca 6.madde metninde sayılanlarla sınırlı değildir. AIHM, Sözleşmeyi yorumlama yetkisini, yeni güvenceleri adil yargılanma hakkı kapsamına alacak şekilde geniş kullanmaktadır. Bu yöntemle türetilen ve bugün 6.maddeye zımnen dahil olduğu tartışmasız olarak kabul edilen haklar, mahkemeye erişim hakkı ve hükmün icrası hakkıdır. Özellikle mahkemeye erişim hakkı, adil yargılanma hakkının etkili şekilde kullanılabilmesini sağlayan çok önemli bir güvencedir. Mahkemeye erişim hakkı, haklarını mahkeme önünde ileri sürerek hukuki korunma talebinde bulunmak isteyen her kişinin, aşılması güç bir engelle karşılaşmaksızın bu olanaktan yararlanabilmesi anlamına gelmektedir. Ayrıca, taraf devletlerin iç hukuk sisteminde verilen nihai ve bağlayıcı bir kararın, lehine hüküm elde eden tarafın zararına geçersiz kalmasının önlenmesi amacıyla hükmün icrası hakkı kavramı yaratılmıştır. Kararların icrası aşamasının, yargılamanın bütünleyici parçası olduğu görüşünden hareketle ortaya çıkan bu hak, mahkemeye erişim hakkının etkin şekilde gerçekleşmesine hizmet etmektedir. Zira, yargılama sonucunda verilen kararın icrası garanti altına alınmadığında, bireylerin mahkemeye erişiminin veya yargılamanın adil şekilde yürütülmesinin bir anlamı kalmamaktadır.

2001 yılına kadar, Türk hukukunda adil yargılanma hakkı kavramına açıkça yer verilmemişse de, gerek Cumhuriyet tarihi boyunca yapılan Anayasalardaki gerekse yargılama kanunlarındaki çeşitli hükümlerde, bu hakkın unsurlarına rastlamak mümkündür. Ayrıca, adil yargılanma hakkı, 1982 Anayasası'nın 2.maddesindeki hukuk devleti ilkesi gereğince, yine de hukuki dayanağa sahipti. Kavram, Anayasamızın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesine, 2001 yılında yapılan bir eklemeye açıkça Anayasal dayanağa kavuşmuştur. 36.maddede, adil yargılanma hakkının tanımı yapılmamaktadır. Hakkın içeriği, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Organlarının belirlediği evrensel standartlara uygun olarak doldurulacaktır. Anayasamızın 90.maddesindeki düzenleme de bu sonucu destekler niteliktedir.

Medenî usul hukukuna ilişkin pozitif düzenlemelerde, adil yargılanma hakkından açıkça söz eden bir hükme rastlanmamaktadır. Bununla birlikte, hakkın unsurlarının, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun farkı hükümlerinde dağılık

şekilde yer aldığı görülmektedir. 1 Ekim 2011’de yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun hazırlanması aşamasında, kanun koyucunun yargılamanın adil biçimde gerçekleşmesi yönünde gerekli tedbirlerin alınması konusundaki haklı endişesi kanunî düzenlemeye yansımış, bu yönde çokça olumlu adımlar atılmıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 1086 sayılı Kanuna kıyasla, hakkı korumaya yönelik daha fazla düzenlemeyi içermektedir. Kanunda, adil yargılanma hakkı ayrıca ve açıkça belirtilmemişse de, bu hakkın unsurları sayılan temel haklar, yargılamaya hâkim olan ilkeler başlığı altında düzenlenmiştir. Bunlar, hukuki dinlenilme hakkı (m.27); aleniyet ilkesi (m.28); usul ekonomisi ilkesi (m.30) olarak sayılabilir.

Sözleşmeye taraf devletler, adil yargılama hakkının tüm unsurlarının teoride olduğu gibi uygulamada da garanti altına alınmasını sağlamak amacıyla gerekli tüm önlemleri almak için pozitif bir yükümlülük altındadırlar. Hukuk sistemlerini, AİHM’nin bireysel başvuru incelemeleri sonucu belirlediği genel prensiplere uygun şekilde organize etmeli, bireylerin adil yargılanma hakkının gerçekleşmesi yönündeki tüm engelleri kaldırmalıdırlar. Bu, bazen bir mevzuat hükmünün yeniden düzenlenmesi, bazen de yargı organlarının belirli bir yöndeki uygulamalarının değiştirilmesi şeklinde vuku bulabilir. AİHM içtihatlarının etkisiyle, son yıllarda hız kazanan iyileştirme çabaları kayda değer olmakla birlikte Türk medenî usul hukukunda, adil yargılanma hakkının tamamen garanti altına alınabilmesi için atılması gereken daha pek çok adım vardır.

Mahkemeye erişim hakkının Türk medenî usul hukuku bakımından gerçekleştirilmesi için öncelikle adli yardım sistemi iyileştirilmelidir. Kanunda öngörülen adli yardım koşullarının somut olayda var olup olmadığı araştırılırken, biraz daha esnek bir yorum yönteminin tercih edilmesi, bireylerin mahkemeye erişimini kolaylaştıracak; daha da önemlisi onları, haklarını bu sebeple kaybetme tehlikesinden koruyacaktır. Ayrıca adli yardım talebinin kabul veya reddine ilişkin kararlara karşı kanun yolu açık bırakılmalıdır. Bu yönde yapılacak bir düzenleme, bireylerin mahkemeye erişim hakkını daha etkili bir şekilde garanti altına almış olacaktır. Hükmün icrası bakımından yapılması gereken ise, özellikle Devletin yargılamanın tarafı olduğu davalar sonucunda verilen kararların gecikmeksizin icra edilmesinin sağlanmasıdır. Yürütme organının, yargı kararlarına uymaması sebebiyle

Türkiye aleyhine verilen mahkûmiyet kararlarının çokluğu, idarenin bu olumsuz alışkanlıktan kurtulmasının önemine işaret etmektedir.

Mahkemeye ilişkin garantiler bakımından üzerinde durulması gereken nokta, hâkimlerin bağımsızlığı ilkesinin kuvvetlendirilmesi ihtiyacıdır. Bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı, diğer güvencelerin sağlanabilmesi için öncelikle garanti altına alınması gereken koşuldur. Yargının özellikle yürütme organına karşı bağımsızlığının sağlanması amacıyla ilave tedbirler alınmalıdır. Bu tedbirlerin başında, Adalet Bakanı ile müsteşarının Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu bünyesinden çıkarılması gelmektedir. Hâkimlerin mesleğe kabulü, atanması, nakli ve haklarında disiplin soruşturması açılması gibi, onların mesleki anlamda kaderini belirleyebilecek tüm konularda karar almaya yetkili bir kurulun başkanının Adalet Bakanı olması, Türk yargısının bağımsızlığı konusunda güven verici bir izlenim oluşturmamaktadır. Hâkimler hakkındaki disiplin cezalarına karşı yargı yolunun açılması ve mesleğin ekonomik yönden cazip hale getirilmesi alınması gereken diğer tedbirler arasındadır.

Adil yargılanma hakkı ve etkin hukuki korunma açısından önem arz eden bir başka unsur, makul sürede yargılanma hakkıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne adil yargılanma hakkının ihlal edildiği şikâyeti ile Türkiye aleyhine yapılan bireysel başvurularda, sayı itibarıyla en fazla olan, makul sürenin aşıldığı iddiasıdır. Makul süreye riayet edilmemesi sebebiyle Türkiye, çok ciddi tazminatlar ödemek durumunda kalmaktadır. Mahkemelerdeki iş yükü bu hakkın önündeki en büyük engeldir. Ancak AİHM'nin bu konudaki görüşü açıktır: yargılama faaliyetindeki geçici tıkanıklıklar, biran önce bu durumun giderilmesi için gerekli önlemler alındığında, devletin sorumluluğunu gerektirmez. Ancak bu tıkanıklık, devletin yargı sisteminde yapısal bir özellik halini almışsa, 6.madde kapsamındaki makul sürede yargılanma hakkının gereği yerine getirilemiyor demektir. Türk yargı sistemindeki yavaşlığın bu ikinci gruba dahil olduğunu ve ne yazık ki artık yapısal bir özellik halini aldığını kabul etmek gerekir. Bu olumsuz durumun sona erdirilmesi için, hâkim sayısı arttırılmalı, delillerin ve özellikle bilirkişi raporlarının zamanında mahkemeye sunulması sağlanmalı; ayrıca alternatif uyuşmazlık çözümleri gibi, iş yükünün azalmasına dolaylı olarak katkıda bulunacak kurumlar göz ardı edilmemelidir.



Adil yargılanma hakkının fonksiyonel garantilerinden bir diğeri olan aleniyet ilkesi bir bütün olarak duruşmaların aleni olmasını, ilgililerin dinleyici olarak ya da basın yolu ile duruşmaları takip edebilmesini ve hükmün aleni şekilde verilmesini kapsamaktadır. Türk hukuk yargılamasında aleniyet ilkesinin gerçekleşmesi bakımından kronik bir soruna rastlanmamaktadır. Aksine, duruşmaların gizli yapılmasına imkân veren ihtimallerin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde belirtilen, duruşmaların aleniyeti kuralının istisnalarına paralel şekilde arttırılması yerinde olacaktır.

Adil yargılanma hakkının son unsuru olan hakkaniyete uygun yargılanma hakkının içeriği, yine AİHM içtihatları ile netlik kazanmıştır. Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, birbirlerini tamamlayan üç alt unsurdan oluşmaktadır. Çelişmeli yargılanma hakkı gereğince, taraflar, dava dosyasına giren tüm dava malzemesinden haberdar olabilmeli ve bunları tartışabilmelidirler. Anayasamızdaki genel eşitlik ilkesinin usul hukukundaki yansıması olan silahların eşitliği ilkesi, bir davanın tarafı olan herkesin davasını takip ederken karşı tarafın sahip olduğu şartlara nazaran daha dezavantajlı duruma sokulmadan iddialarını mahkemeye sunabilmesi imkânına sahip olmasına anlamına gelmektedir. Yine bu başlık altında yer alan, hukuki dinlenilme hakkı ise, bir hukuk davasında, tarafların, ileri sürülen iddialar hakkında bilgilendirilmesini, bu iddialar hakkındaki cevaplarını ve varsa karşı iddialarını ileri sürebilmesini ve mahkeme tarafından dikkate alınma hakkını içermektedir.

Bir yargılama sonucunda verilen kararın doğru ya da adil olup olmadığını ilk bakışta anlamak mümkün olmadığına göre, yargılamanın taraflarında ve kamuda, hükmün ortaya çıkmasını sağlayan yargılamanın adil şekilde yürütüldüğü kanaatinin oluşturulması önem kazanmaktadır. Tarafların iddia ve savunmalarını, kendilerine tanınan eşit imkânlarla mahkemeye sunabildikleri ölçüde ve hükme etki edebilme şanslarının olduğu bir yargılama sonucunda, verilen kararın adil olduğu varsayımı da artacaktır. Bu nedenle, hakkaniyete uygun yargılanma hakkı bakımından Türk hukuk uygulamasında özellikle tebligat işlemlerinin tebligat mevzuatına uygun olarak gerçekleştirilmesine özen gösterilmelidir. Buna ilaveten mahkeme kararlarının gerekçelendirilmesi konusuna biraz daha titizlikle yaklaşılmalı, tarafların iddia ve

savunmalarının dikkate alındığı ve müzakere edildiği, kararların gerekçesinden net bir biçimde anlaşılabilirdir.

Bu çalışmada üzerinde durulan konular 6.maddedeki hakların esas koruyucuları olan hâkimler açısından özel bir önem arz etmektedir. Bir yargılamada adil yargılanma hakkının tüm unsurlarının gerçekleşmesini temin etmek öncelikle o davaya bakan hâkimin sorumluluğu altındadır. Hâkimler gibi, avukatlar da müvekkillerinin adil yargılanma hakkı güvencelerinin teoride ve hayali değil ve fakat uygulanabilir ve etkin kılınması için mesleki sorumluluk taşımaktadırlar. Özellikle adli yardım avukatları, hukuki yardımda buldukları kişilerin 6.maddedeki haklarını korumak için görevlendirilmektedirler. Ayrıca, medeni hak ve yükümlülüklerin akıbeti hakkında belirleyici rol oynayan diğer kamu kurumları, bu süreçleri idare ederken niteliklerine uygun düştüğü ölçüde 6.madde ile getirilen güvencelere riayet etmelidirler.

**KAYNAKÇA\*****GENEL ESERLER**

**Akcan**, Recep; Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri, Ankara 1999.

**Akılhoğlu**, Tekin; İnsan Hakları Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, Gözden Geçirilmiş 2.Bası, Ankara 2010.

**Alangoya**, Yavuz; Medenî Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973.

**Alangoya** Yavuz/ **Yıldırım** M. Kamil/ **Deren-Yıldırım** Nevhis; Medenî Usul Hukuku Esasları, 7.Baskı, İstanbul 2009.

**Ansay**, Sabri Şakir; Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Bası, Ankara 1960.

**Arslan**, Ramazan; Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977(İade-i Muhakeme).

**Arslan**, Ramazan; Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989 (Dürüstlük).

**Arslan**, Ramazan/ **Tanrıver**, Süha; “Yargı Örgütü Hukuku Ders Kitabı”, 2.Bası, Ankara 2001.

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

**Aubert**, Jean-François/ **Eichenberger**, Kurt/ **Müller**, Jörg Paul/ **Rhinow**, René A./ **Schindler**, Dietrich; Commentaire De La Constitution Fédérale De La Confédération Suisse Du 29 Mai 1874, Berne 1996.

**Auer**, Andreas/ **Malinverni**, Giorgio/ **Hottelier**, Michel; Droit Constitutionnel Suisse, Volume II, Berne 2006.

---

\* Kaynakçada kısaltılmış şekilleri gösterilmeyen eserler, metinde yazarların soyadı ile belirtilmiştir. Aynı yazarın birden fazla eserine yollama yapılmışsa, kullanılan kısaltmalar, ilgili kaynağın yanında parantez içinde ayrıca gösterilmiştir.

- Barlas**, Nami; *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, 2.Bası, İstanbul 2008.
- Başar**, Mükerrerem Onur; *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Makul Sürede Yargılanma Hakkı*, İstanbul 2011.
- Batum**, Süheyl; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri*, İstanbul 1993.
- Belgesay**, Mustafa Reşit; *Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanunu Şerhi I Teoriler*, 3.Bası, İstanbul 1948.
- Berkin**, Necmettin M.; *Medeni Usul Hukuku Esasları*, İstanbul 1969.
- Bilge**, Necip; *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, 2.Basım, Ankara 1967.
- Bilge**, Necip/ **Önen** Ergun; *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri*, Ankara 1978.
- Bohnet F./ Haldy J./ Jeandin N./ Schweizer Ph / Tappy D.**; *Code de procédure civile commenté*, Bâle 2011.
- Budak**, Ali Cem; *Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması*, İstanbul 2000 (Üçüncü kişiler).
- Budak**, Ali Cem; *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu ve Alman Medeni Usul Kanunu ile Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı, Güncellenmiş 3. Baskı*, İstanbul 2010 (Tasarı).
- Cabrillac Rémy / Frison-Roche Marie-Anne / Revet, Thierry**; *Libertés Et Droits Fondamentaux*, 17<sup>e</sup> édition, Paris 2011.
- Cengiz Serkan/ Demirağ Fahrettin/ Ergül Teoman/ McBride Jeremy/ Tezcan Durmuş**, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*, Ankara 2008.
- Centel**, Nur; *Ceza Muhakemesi Hukukunda Hâkimin Tarafsızlığı*, İstanbul 1996.
- Centel**, Nur/ **Zafer**, Hamide; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2003.
- Chen**, Xuming; *L'article 6&1 De La Convention Europeenne Des Droits De L'Homme Et La Procedure Civile Française, Thèse pour le Doctorat en Droit*, Université De Droit, D'économie Et Des Sciences D'Aix-Marseille, 2002.

- Clayton Richard/ Tomlinson, Hugh**; Fair Trial Rights, Reprinted From The Law of Human Rights, Oxford University Press, New York 2001.
- Cohen-Jonathan, Gérard**; Aspects européens des droits fondamentaux, Libertés et droits fondamentaux, Paris 1996 (Aspects européens).
- Çelikel, Aysel**; Milletlerarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 7.Bası, İstanbul 2004.
- d'Ambra, Dominique/ Benoît-Rohmer, Florence/ Grewe, Constance**; Procédure Et Effectivité Des Droits, Bruxelles 2003.
- Del Prete, Didier/ Fischer, Eva/ Ricci, Jean- Claude**; Institutions Juridictionnelles, Paris 2006.
- De Salvia, Michele**; Compendium de la CEDH, Les principes directeurs de la jurisprudence relative à la Convention européenne des droits de l'homme, Vol.1 Jurisprudence 1960 à 2002, Strasbourg 2003.
- Demircioğlu, Yaşar**; Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri, Ankara 2007.
- Deren-Yıldırım, Nevhis**; Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükümün Sübjektif Sınırları, İstanbul 1996 (Kesin Hüküm).
- Deren- Yıldırım, Nevhis**; Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, İstanbul, Alkım 2004 (Tahkim).
- Doswald- Beck, Louise/ Kolb, Robert**; Garanties judiciaires et droits de l'homme, Nations Unies, Systèmes européen, américain et africain, Textes et résumés de la jurisprudence internationale, Editions N.P. Engel, Kehl, Strasbourg, Arlington, Va. 2004.
- Dürüşken, Çiğdem (Çev.)**; Magna Charta Büyük Sözleşme, Humanitas Yunan ve Latin Klasikleri, İstanbul, Kasım 2009.
- Ercan, İsmail**; İcra ve İflas Hukuku, İstanbul 2012.
- Erdoğan, Gülnur**; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medenî Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2011.
- Erdönmez, Güray**; Medenî Usûl Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti, İstanbul 2010 (Belgelerin ibrazı).

- Erşen**, Serkan; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2007.
- Eudes**, Marina; La pratique judiciaire interne de la Cour européenne des droits de l'Homme, Prix Jacques Mourgeon, Paris 2005.
- Fricéro**, Natalie; Les Pièces Du Procès À L'Épreuve Du Contradictoire, Recueil Dalloz 2006 (Les pièces).
- Gemalmaz**, Mehmet Semih; İnsan Hakları Belgeleri I, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2003.
- Gemalmaz**, Mehmet Semih; Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 4.Baskı, İstanbul 2003 (Genel Teori).
- Gençcan**, Ömer Uğur; 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu, Bilimsel Açıklama- Son İçtihatlar, Ankara 2013.
- Gölcüklü**, A. Feyyaz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Doğru Yargılama, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulamasında Kişisel Haklar Semineri, Ankara 1995 (Doğru Yargılama).
- Gözler**, Kemal; Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 8.Baskı, Bursa 2010.
- Gözübüyük**, Şeref A.; Anayasa Hukuku, Anayasa Metni ve 11.Protokole Göre Hazırlanmış Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Son Değişikliklerle Güncelleştirilmiş 17.Bası, Ankara 2010.
- Gözübüyük**, Şeref/ **Gölcüklü**, Feyyaz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 11.Ek Protokola Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 9.Bası, Ankara 2011.
- Guinchard**, Serge; Procès Équitable, Répertoire De Procédure Civile, Mars 2011, (Procès équitable).
- Guinchard** Serge/ **Chainais** Cécile/ **Delicostopoulos** Constantin S./ **Delicostopoulos** Ioannis S./ **Douchy-Oudot** Méline/ **Ferrand** Frédérique/ **Lagarde** Xavier/ **Magnier** Véronique/ **Fabri** Hélène Ruiz/ **Sinopoli** Laurence/ **Sorel** Jean-Marc; Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès équitable, 5e édition, Dalloz 2009.
- Günay**, Cevdet İlhan; İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, 2000.

- Harris**, David, **O'Boyle** Micheal & **Warbrick** Colin, Law of The European Convention On Human Rights, Second Edition, Oxford University Press 2009.
- Hofmann** David/ **Lüscher** Christian, Le Code de procédure civile, Berne 2009.
- Hohl**, Fabienne; Procédure civile, Tome I, Introduction et théorie générale, Bern 2008.
- Ildır**, Gülgün; Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler, Ankara 2003.
- İnceoğlu**, Sibel; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, Tıpkı Dördüncü Bası, İstanbul 2013.
- Janis** Mark W./ **Kay** Richard S./ **Bradley** Anthony W.; European Human Rights Law, Text and Materials, Second Edition, Oxford University Press, New York 2000.
- Karakehya**, Hakan; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma, Eskişehir 2007.
- Karaosmanoğlu**, Fatih; İnsan Hakları, 2.Güncellenmiş Baskı, Ankara 2012.
- Karşlı**, Abdurrahim; Medeni Muhakeme Hukuku, 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş, 3.Baskı, İstanbul 2012.
- Kaşıkkara**, M. Serhat; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye, Ankara 2009.
- Kılıçoğlu**, Mustafa; 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, İstanbul 2012 (Şerh).
- Kılıçoğlu**, Evren; Medeni Yargılamada Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilen Delillerin Kullanılması, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora tezi, İstanbul 2011.
- Konuralp**, Haluk; Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Tıpkı Basım, Ankara 2009 (İspat).

- Kuijer**, Martin; *The Blindfold of Lady Justice, Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR*, doctoral thesis, University of Leiden 2004.
- Kurt Konca**, Nesibe; “Medenî Usûl Hukukunda ALENİYET İLKEİ”, Ankara 2009.
- Kuru**, Baki; *Nizasız Kaza*, Ankara 1961 (Nizasız Kaza).
- Kuru**, Baki; *Hâkim ve Savcılarının Bağımsızlığı ve Teminatı*, Ankara 1966 (Teminat).
- Kuru**, Baki; *İçtihatların Birleştirilmesi Yolu ile İlgili Bazı Sorunlar*, Ankara 1977 (İçtihatların Birleştirilmesi).
- Kuru**, Baki; *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Altıncı Baskı, C.I, İstanbul 2001 (Kuru, Usul I).
- Kuru**, Baki; *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Altıncı Baskı, C.III, İstanbul 2001 (Kuru, Usul III).
- Kuru**, Baki; *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Altıncı Baskı, C.IV, İstanbul 2001 (Kuru, Usul IV).
- Kuru**, Baki; *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Altıncı Baskı, C.V, İstanbul 2001 (Kuru, Usul V).
- Kuru**, Baki/ **Arslan**, Ramazan/ **Yılmaz**, Ejder; *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, 6100 Sayılı HMK’na Göre Yeniden Yazılmış 22. Baskı, Ankara 2011.
- Kuru** Baki/ **Arslan** Ramazan/ **Yılmaz** Ejder, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 26.Baskı, Ankara 2012.
- Kuru**, Baki; *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, İkinci Baskı, Ankara 2013 (İcra-iflas).
- Larguier**, Jean/ **Conte**, Philippe/ **Blanchard**, Christophe; *Droit Judiciaire Privé Procédure Civile*, Paris 2010.
- Leach**, Philip; *Taking A Case To The European Court Of Human Rights*, Third Edition, Oxford University Press, New York 2011.
- Moderne**, Franck; *La Convention Européenne Des Droits de l’Homme*, DALLOZ, Fransa 2006.
- Mole**, Nuala/ **Harby**, Catharina; *The Right To A Fair Trial, A Guide To The Implementation of Article 6 of The European Convention On Human Rights*, Human Rights Handbooks, No:3, Belgium 2006.



**Muşul**, Timuçin; Tebligat Hukuku 3.Baskı, İstanbul 2010.

**Nalbant**, Atilla; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku ve Anayasal Bireysel Başvuru”, AİHM ve Türkiye II, Uluslararası Sempozyum, 10 Aralık 2010, Ankara, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Yayın No:8.

**Nowak**, Manfred; U.N. Covenant On Civil and Political Rights, CCPR Commentary, 2nd edition, Kehl, Strasbourg, Arlington 2005.

**Oğuz**, Hüseyin; İdari Yargı Yönünden adil Yargılanma Esasları, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya 2006.

**Okusal**, Ali; Tam Bağımsız Yargı ve Tek Celsede Adalet, Ankara 2010.

**Ovey Clare/ White Robin, Jacobs and White**, The European Convention on Human Rights, Third Edition, Oxford University Press, 2002.

**Önen**, Ergun; Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979.

**Özbek**, Veli Özer; Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı (Açıklamalı, Gerekçeli, İctihatlı), Ankara 2005 (Şerh).

**Özbek**, Mustafa S.; Hukuk Yargılama Usulünde Gider Avansı, Ankara 2013.

**Özekes**, Muhammet; Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003 (Hukuki dinlenilme).

**Öztürk Bahri/ Tezcan Durmuş/ Erdem Mustafa Ruhan/ Sırma Özge/ Saygılar Yasemin F./ Alan Esra**; Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2009.

**Pekcanitez**, Hakan; Medenî Usul Hukukunda Fer’i Müdahale, Ankara 1992 (Müdahele).

**Pekcanitez**, Hakan/ **Atalay**, Oğuz/ **Özekes**, Muhammet; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medenî Usûl Hukuku, 13. Bası, Ankara 2012.

**Pekcanitez**, Hakan/ **Atalay**, Oğuz/ **Sungurtekin Özkan**, Meral/ **Özekes**, Muhammet; İcra ve İflâs Hukuku, 11.Bası, Ankara 2013.

**Pettiti** Louis-Edmond/ **Decaux** Emmanuel/ **Imbert** Pierre-Henri, La Convention Européenne Des Droits De L’Homme, Commentaire article par article, 2me édition, Paris 1999.

- Pınar**, Burak; Yargı ve İcra Harçları, 2.Baskı, Ankara 2009.
- Postacıoğlu**, İlhan E., Medenî Usul Hukuku Dersleri, 6.bası, İstanbul 1975.
- Postacıoğlu** İlhan E./ **Altay** Sümer, İcra Hukuku Esasları, Genişletilmiş 5.Bası, İstanbul 2010.
- Reid**, Karen; A Practitioners's Guide To The European Convention On Human Rights, Sweet & Maxwell, Fourth Edition, London 2011.
- Robert**, Jacques/ **Duffar**, Jean; Droits de l'homme et libertés fondamentales, 8e édition, Paris 2009.
- Robertson** A. H. & **Merrills** J. G.; Human Rights In Europe, A Study of European Convention on Human Rights, Manchester: Manchester University Press 1993.
- Smits**, Peter; Artikel 6 EVRM en de civiele procedure (thesis Erasmus University), Zwolle: Tjeenk Willink, 1996.
- Sudre**, Frédéric/ **Marguénaud**, Jean-Pierre/ **Andriantsimbazovina**, Joël/ **Gouttenoire**, Adeline / **Levinet**, Michel; Les grand arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme, 5e édition mise à jour, Paris 2009.
- Sungurtekin Özkan**, Meral; Türk Medeni Yargılama Hukuku, İzmir 2013.
- Şeker**, Hilmi; Esbab-ı Mucibe'den- retoriğe Hukukta Gerekçe, İstanbul 2010.
- Tahiroğlu**, Bülent/ **Erdoğmuş**, Belgin; Roma Usul Hukuku, İstanbul 1989.
- Tamer**, Fadıl Ahmet / **Kaplan**, Erol; Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2000.
- Tanör** Bülent/ **Yüzbaşıoğlu**, Necmi; 1982 Anayasası'na göre Türk Anayasa Hukuku, 10.Bası, İstanbul 2011.
- Taşpolat Tuğsavul**, Melis; Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), Ankara 2012.
- Tezcan**, Durmuş/ **Erdem**, Mustafa Ruhan/ **Sancakdar**, Oğuz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2002.
- Teziç**, Erdoğan; Anayasa Hukuku, 13.Bası, İstanbul 2009.

**Toklu**, Erdiñ; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli 2001.

**Toroslu**, Nevzat; Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 1998.

**Umar**, Bilge; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011 (Şerh).

**Üstündağ**, Saim; Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II (Yerel Mahkemelerde Yargılama, Kanun Yolları ve Tahkim, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7.Baskı) İstanbul 2000.

**van Drooghenbroeck**, Sébastien; La Cpnvention européenne des droits de l’homme, Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme 2002-2004, Volume 1, Articles 1 à 6 de la Convention, Bruxelles 2006.

**Velu Jacques & Ergec**, Rusen; La Convention européenne des droits de l’homme, Brussels: Bruyent 1990.

**Yeşilirmak**, Ali; Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Birlirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2011.

**Yıldırım**, M. Kamil; Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990 (Delillerin değerlendirilmesi).

**Yılmaz**, Ejder; Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Cilt I, Ankara 2001 (Geçici himaye).

**Yılmaz**, Ejder; İstinaf, Genişletilmiş 2.Baskı, Ankara 2005 (İstinaf).

**Yılmaz**, Ejder; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Değiştirilmiş 2.Baskı, Ankara 2013.

**Yılmaz**, Ejder/ **Çağlar**, Tacar; Tebligat Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2013.

## **MAKALELER**

**Akcan**, Recep; “Faks ile Tebligat Yapılması Sorunu”, 75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s.1-10.

- Akkan**, Mine; Medenî Usul Hukukunda Etkin Hukuki Koruma, MİHDER S.6, 2007/1, s.29-68.
- Akkan**, Mine; “Elektronik Ortamda Tebligat Yapılmasına İlişkin Gelişmeler” Halûk Konuralp Anısına Armağan 1, Ankara 2009, s.31-61 (Elektronik Tebligat).
- Akkaya**, Tolga; “Temyize Başvuru Hakkının Sınırlandırılması ve İzne Bağlı Temyiz Sistemi”, Halûk Konuralp Anısına Armağan 1, Ankara 2009, s.65-101.
- Aksoy**, Emine Eylem; “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 13.maddesi: Etkili Başvuru Hakkı”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s.17-24.
- Aktepe Artık**, Sezin; “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Yürürlüğe Girmesiyle Medeni Yargılama Hukukunda Neler Değişiyor?” İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 10, Sayı 20, Güz 2011/2, s.145-177.
- Alangoya**, Yavuz; “Kanun Yolunun Anayasal Temeli ve HUMK m.427 Hükmü ile Kanun Yolu Kapatılmış Olan Kararlara Karşı Kanun Yoluna Müracaat İmkânı”, 75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s.17-48.
- Altıparmak**, Cüneyd; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının esasları” TBBD, S. 63, Mart-Nisan 2006, s.244-270.
- Aşçıoğlu**, Çetin; “Yargıda Gerekçe Sorunu”, TBBD, S.48, Eylül-Ekim 2003, s.109-116.
- Atalay**, Oğuz; “Hukuk Muhakemeleri Tasarısında Avukatla Temsil Zorunluluğu ve Adli Yardım” Hukuki Perspektifler Dergisi, S.8, s.99, Eylül 2006.
- Atay**, Ender Ethem; “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuruları Sağlıklı Değerlendirebilir mi?”, Bireysel Başvuru “Anayasa Şikayeti”, HUKAB Sempozyum Serisi 1, Ankara 2011, s.126-136.
- Aybay**, Rona; AİHM’in İş Yükünün Azaltılması İçin Bir Öneri: “Zorunlu Uzlaştırma”, TBBD, S.67, Kasım-Aralık 2006, s.111-120.
- Aybay**, Rona; Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri, TBBD, S.70, Mayıs-Haziran 2007, s.187-213 (UA Antlaşmalar).

- Baysal**, Mustafa; “Güney Kore Cumhuriyeti Anayasa Şikâyeti Uygulaması”, Bireysel Başvuru “Anayasa Şikâyeti”, HUKAB Sempozyum Serisi 1, Ankara 2011, s.178-201.
- Bolard**, Georges; Les Juges Et Les Droits De La Défense, Études offertes à Pierre Bellet, France 1991, s.49-70.
- Boyar**, Oya; “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adli Yardım ve Adil Yargılanma Hakkı”, (Felsefe, Hukuk, Çalışma Ekonomisi, Kentleşme ve Çevre, Maliye) Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları, İstanbul 2010.
- Brunet**, Andrée; “Droit au procès équitable et contrôle de la motivation des desicions de la cour de cassation”, Justice et Droits Fondamentaux: Études offertes à Jacques Normand, Litec 2003, s.51-60.
- Budak**, Ali Cem; “Prof. Dr. Baki Kuru’nun ‘Nizasız Kaza’ İsimli Eserinden Beri Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Başlıca Değişiklikler” 75.Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s.273-306 (Nizasız kaza).
- Cengiz**, Serkan; “AİHM Kararlarının İç Hukuka Etkisi”, TBBD, s.79, Kasım-Aralık 2008, s.334-350.
- Centel**, Nur; “Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığı”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s.199-210 (Adil yargılanma).
- Cohen-Jonathan**, Gérard; L’Égalité Des Armes Selon La Cour Européenne Des Droits De L’Homme, Petites Affiches, 28 Novembre 2002, (L’égalité des arms), s.1 ([http:// www.lextonso.fr.](http://www.lextonso.fr) )
- Couchez**, Gérard; Principe De La Contradiction, JC Procédure Civile, Septembre 1998, Fasc.114, s. 1 vd.
- Çınar**, A. Rıza; “Hukuka Aykırı Kanıtlar”, TBBD, S.55, Kasım-Aralık 2004, s.31-64.
- Çiçek**, Erol; AİHS m.6 Adil Yargılanma Hakkı ve Türk Hukukunda Uygulanması, TBBD, S.72, Eylül-Ekim 2007, s.234-246.
- Çoban**, Ali Rıza; “Yeni Anayasa Mahkemesi Kanunu’nun Mahkemenin İş Yüküne Etkisi Açısından Değerlendirilmesi”, Bireysel Başvuru “Anayasa Şikâyeti”, HUKAB Sempozyum Serisi 1, Ankara 2011, s.161-177.

- Dalcq**, Roger O.; Rapport Belge, La Verité Et Le Droit (Journées Canadiennes-1987) Travaux De L'Association Henri Capitant, Tome XXXVIII, Paris 1989, s. 563.
- Darbellay**, Jean; Le Droit D'Être Entendu, RDS 1964, s.457.
- Deliduman**, Seyithan; "Tebliğat Giderinin (Zamanında) Yatırılmamasının Sonuçları", 75. Yaş Günü için Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 307-322.
- Deynekli**, Adnan; "Yargıtay'ın Anayasa Şikâyetine Bakışı", Bireysel Başvuru "Anayasa Şikayeti", HUKAB Sempozyum Serisi 1, Ankara 2011, s.77-88.
- Diñç**, Güney; "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Silahların Eşitliği", TBBD, S.57, Mart-Nisan 2005, s.283-306.
- Durmuş**, Tezcan; "Adil (Dürüst) Yargılanma Hakkının Uygulama Alanı Açısından İdari Uyuşmazlıkların Konumu", Yıldızhan Yayla'ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul 2003, s.469-484.
- Ekinci**, Hüseyin; "Anayasa Mahkemesi Kanunu Çerçevesinde Bireysel başvuruların İncelenmesi Usulü", Bireysel Başvuru "Anayasa Şikayeti", HUKAB Sempozyum Serisi 1, Ankara 2011, s.137-160.
- Erdönmez**, Güray; "Alman Hukukunda Verilmiş Bazı Mahkeme Kararları Işığında Gizli Yargılama Kavramına Genel Bir Bakış" Haluk Konuralp Anısına Armağan I, Ankara 2009, s.223-239 (Gizli Yargılama).
- Ergül**, Ozan; "Anayasa Mahkemesi ve Hâkim Tarafsızlığı", TBBD, S.54, Eylül-Ekim 2004, s.245-257.
- Favreau**, Bertrand; "Effectivité, équité, égalité, ou les arcanes du procès équitable", Mélanges Offerts à Silvio Marcus Helmons, Bruxelles 2003, p.117-128.
- Ferrand**, Frédérique; Le Principe Contradictoire Et L'Expertise En Droit Comparé Européen, R.I.D.C Janvier-Mars 2000, s.345-369.
- Flécheux**, Georges; "L'accès au droit", Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme, Droit et Justice 2002, p.177-182.
- Freixes**, Teresa; "The Right To A Fair Trial In Spain", The Right To A Fair Trial, European Commission For Democracy Through Law, Council Of Europe Publishing, Strasbourg 2000, s.56-71.

- Fricéro**, Natalie; “Modes alternatifs de règlement des conflits et procès équitable”, Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan, Volume I, Beuxelles 2004, s.839-853 (Modes alternatifs).
- Fricéro**, Natalie; Procès Civil Équitable Et Juge Judiciaire: Nouveaux Pouvoirs, Nouveaux Devoirs, La Justice Civile Au Vingt Et Unième Siècle, Mélanges À Pierre Julien, Aix En Provence 2003, s.181-202 (La justice civile).
- Gerçeker**, Hasan; “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Konulu Uluslararası Sempozyum Açılış Konuşması”, Bireysel Başvuru “Anayasa Şikayeti”, HUKAB Sempozyum Serisi 1, Ankara 2011, s.30-36.
- Göksu**, Mustafa; “Hukuk Yargılamasında Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi (ABD ve İngiliz Hukuk Sistemlerindeki Discovery ve Disclosure Kurumları ile Karşılaştırmalı Olarak)” MİHDER S.13, 2009/2, s.251-282.
- Gölcüklü**, A. Feyyaz; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ‘Adil Yargılanma’”, AÜSBFD, 1994, C.49, S.1, s.199-234 (Adil yargılanma).
- Grewe**, Constance; “Droit européen et droit constitutionnel: l’articulation malaisée entre le procès équitable et la justice constitutionnelle”, Le droit social-Le droit comparé, Études dédiées à la mémoire de Pierre Ortscheidt, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003, p.145-158.
- Grisel**, Etienne; “The Right To A Fair Trial In Swiss Law”, The Right To A Fair Trial, European Commission For Democracy Through Law, Council Of Europe Publishing, Strasbourg 2000, s.72-94.
- Guinchard**, Serge; “Le procès équitable”, Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l’homme, Droit et Justice 2002, p.183-256 (Cinquantième anniversaire de la Convention).
- Gülmez**, Mesut; “Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç hukuktaki Yeri ve Değeri” TBBD, S.54, Eylül-Ekim 2004, s.147-161.
- Hébraud**, Pierre; La Verité Dans Le Procès Et Les Pouvoirs D’Office Du Juge, Annales De L’Université Des Sciences Sociales De Toulouse 1978, Tome XXVI, s. 398.

- Ildır**, Gülgün; “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü” 75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s.385-401 (Hak Arama).
- İnceoğlu**, Sibel; Karşılaştırmalı Hukuk Yaklaşımıyla Yargıca Yönelik Disiplin Süreçlerinin Yargı Bağımsızlığına Etkisi” TBBD, S.72, Eylül-Ekim 2007, s.55-74 (Yargı Bağımsızlığı).
- Kanadoğlu**, Korkut; “Anayasa Şikayeti”, Bireysel Başvuru “Anayasa Şikayeti”, HUKAB Sempozyum Serisi 1, Ankara 2011, s.107-115.
- Kayser**, Pierre; “Le Principe de la Publicité de la Justice dans la Procédure Civile”, Mélanges Pierre Hébraud, Université des Sciences Sociales de Toulouse 1981, s.509-526.
- Kunig**, Philip; “Verfassungsbeschwerde in Deutschland, Ein Beispiel Für Die Türkei (Türkiye İçin Bir Örnek: Federal Almanya’da Bireysel Başvuru)”, Bireysel Başvuru “Anayasa Şikayeti”, HUKAB, Ankara 2011, s.37-52.
- Matscher**, Franz; “The Right To A Fair Trial In The Case-Law Of The Organs Of The European Convention On Human Rights”, The Right To A Fair Trial, European Commission For Democracy Through Law, Council Of Europe Publishing, Strasbourg 2000, s.10-23.
- Matscher**, Franz; “Le notion de ‘tribunal’ au sens de la convention européenne des droits de l’homme”, R. Koering-Joulin, Les nouveaux développements du proces équitable au sens de la Convention européenne des droits de l’homme, Brussels 1996 (Tribunal).
- Oder**, Bertil Emrah; “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda (Anayasa Şikayeti) Etkin ve Etkili Kullanım Sorunları”, Bireysel Başvuru “Anayasa Şikayeti”, HUKAB Sempozyum Serisi 1, Ankara 2011, s.89-106.
- Oniszczyk**, Jerzy; “The Right To Fair Trial In The Desicions Of The Polish Constitutional Tribunal”, The Right To A Fair Trial, European Commission For Democracy Through Law, Council Of Europe Publishing, Strasbourg 2000, s.141-156.
- Özbek**, Mustafa; “Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim”, MİHDER, S.4, 2006/2, s.907-927.
- Özer**, Tülay; “HUMK’tan HMK’ya Medeni Usul Kanunu Tasarıları”, MİHDER C.7, S.20, 2011/3, s.101-150.
- Özok**, Özdemir; “Neden Bağımsız Yargı?” TBBD, S.60, Eylül-Ekim 2005, s.27-30.



- Öztek**, Selçuk; “HUMK m.427’deki Kesinlik Sınırının Temyiz Kanun Yolunun Amacı Bakımından Değerlendirilmesi ve Anayasa Mahkemesinin 10.1.1986 Tarihli Kararı”, Hukuk Araştırmaları, C.2, s.2, 1987, s.62-74.
- Pekcanitez**, Hakan; “Medeni Yargıda Adil Yargılama”, İzmir Barosu Dergisi, S.2, Nisan 1997, s.35-55 (Adil yargılama).
- Pekcanitez**, Hakan; Tüketici Sorunları Hakem Heyeti, İz.BD 1996/3, s.40-58 (Hakem Heyeti).
- Pekcanitez**, Hakan; Tüketici Mahkemeleri, İBD 1996/1-2-3, s.141-162 (Tüketici Mahkemeleri).
- Pekcanitez**, Hakan; “Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi” Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı, TBB Yayını, Ankara 1999, s.635-666 (Aleniyet- Armağan).
- Pekcanitez**, Hakan; “Medenî Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesi” Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s.408-427 (Aleniyet).
- Pekcanitez**, Hakan; “Hukuki Dinlenilme Hakkı”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir 2000, s.753-791 (Hukuki dinlenilme).
- Pekcanitez**, Hakan; “Medeni Usul Hukukunda Yeni Bir Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi (HUMK m.445/11)”, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s.515-551 (Yargılamanın Yenilenmesi).
- Pekcanitez**, Hakan; “Genel Olarak Hukuk Muhakemeleri Tasarısı”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.8, Eylül 2006, s.69-78 (Tasarı).
- Pekcanitez**, Hakan; “Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi”, Halûk Konurapl Anısına Armağan I, Ankara 2009, s.789-850 (Hukuka aykırı deliller).
- Pekcanitez**, Hakan; “Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi”, Prof.Dr. Saim Üstündağ’a Armağan, Ankara 2009 (Uzman Görüşü), s.397-418.
- Pekcanitez**, Hakan; Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti, Anayasa Yargısı Dergisi 1995, C.XII, s.257-287.
- Pimentell**, David; “How Individual Complaints Are Handled In Other Countries (Dünyada Anayasa Şikayeti Uygulamaları)”, Bireysel Başvuru “Anayasa Şikayeti”, HUKAB Sempozyum Serisi 1, Ankara 2011, s.53-76.

- Poudret**, Jean- François; *Expertise Et Droit D’Être Entendu Dans L’Arbitrage International, Etudes De Droit International En L’Honneur De Pierre Lalive*, Bâle 1993, s.607-624.
- Puechavy**, Michel; “L’aide Juridictionnelle et La Convention Européenne Des Droits De L’Homme”, *Mélanges En Hommage À Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles 1998, s.621-633 (L’aide Juridictionnelle).
- Puechavy**, Michel; “Le Règle de L’épuisement des voies de recours internes et la nouvelle cour européenne des droits de l’homme”, *Libertés, Justice, Tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen- Jonathan*, Volume II, Bruxelles 2004, s.1299 vd. (Recours internes).
- Raynaud**, Julien; “Le Principe de la contradiction et article 1843-4 du code civile”, *Ann. dr. Eu.* 2005, s.784 vd.
- Rousseau**, Dominique; “Summing Up”, *The Right To A Fair Trial, European Commission For Democracy Through Law, Council Of Europe Publishing*, Strasbourg 2000, s.157-162.
- Rüstemzade**, Ayhan; “Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinde; Anayasa Şikayeti ve İncelemesi, Bireysel Başvuru “Anayasa Şikayeti”, *HUKAB Sempozyum Serisi 1*, Ankara 2011, s.202-228.
- Sağlam**, Musa; Bireysel Başvuru “Anayasa Şikayeti”, Ankara 2011, s.1-22.
- Sanioğlu**, Hilal; *Avrupa Birliği Hukukunda İnsan Hakları*, TBBD, S.74, Ocak-Şubat 2008, s.77-112.
- Seviğ**, Vasfi Raşit; “Engizisyon Muhakeme Usulü”, *AÜHFD C.18*, S.1-4, 1961, s.3-35.
- Simonart**, Henri; “Droit à un procès équitable et intervention législative en cours de procédure”, *Mélanges Offerts à Silvio Marcus Helmons*, Bruxelles 2003, p.297-307.
- Sperduti**, Giuseppe; “Sur la Notion de ‘droits et obligations de caractere civil’ dans l’article 6 par. 1 de la Convention européenne des droits de l’homme”, *Humanite et droit international, Mélanges René-Jean Dupuy*, Paris 1991, s.279-294.
- Stačiokas**, Stasys; “The Right To A Fair Trial In Lithuanian Law”, *The Right To A Fair Trial, European Commission For Democracy Through Law, Council Of Europe Publishing*, Strasbourg 2000, s.130-140.

- Sudre**, Frédéric; “Le droit à un procès équitable, ‘Hors les juridictions ordinaires’”, Au carrefour des droits, Mélanges en l’honneur de Louis Dubouis, Paris 2002, s.205-220.
- Sundberg**, Fredrik; “Le contrôle de l’exécution des arrêts de la cour européenne des droit de l’homme”, Libertés, Justice, Tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen- Jonathan, Volume II, Bruxelles 2004, s.1515-1535.
- Sungurtekin Özkan**, Meral; “Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi”, MİHDER S.2, 2005, s.353-369.
- Tanrıver**, Süha; Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi, TBBD, S.65, Temmuz-Ağustos 2006, s.119-128 (Hukuka Aykırı Deliller).
- Tanrıver**, Süha; “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk” Makalelerim II (2006-2010) Ankara 2011, s.3-31 (ADR).
- Tanrıver**, Süha; “Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, TBBD S.53, Temmuz-Ağustos 2004, s.191-215 (Adil Yargılanma).
- Tanrıver**, Süha; “Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine”, Makalelerim I (1985-2005), s.165-179 (Etkinlik).
- Taş Korkmaz**, Hülya; “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’na Göre Hâkimin Belirlediği Süreler ve Bu Sürelerin Hukuki Dinlenilme Hakkı İle İlişkisi” MİHDER 2008/2, S.10, s.409-450.
- Trócsányi**, László/ **Horváth**, Alexandra; “The Right To A Fair Trial In Hungary The Right To A Fair Trial, European Commission For Democracy Through Law, Council Of Europe Publishing, Strasbourg 2000, s.36-42.
- Türmen**, Rıza; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Adil Yargılanma Hakkı”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı (Sempozyum), TBB İHAUM, Ankara 2004, s.39-45.
- Uzun**, Ertuğrul; “Yargıtay Kararlarından Örneklerle Yargı Kararlarında Gerekçeleştirme Zafiyeti” MİHDER S.7, 2007/2, s.359-376.
- Üstündağ**, Saim; “Yargı Organlarının Sorunları ve Çözüm Yolları”, Makaleler, İçtihat Tahlilleri ve Çeviriler, Ankara 2010 (Yargı) s.163-179.

**Wildhaber**, Luzius (Çev. Burak Çelik); “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargı Yılı Açış Konuşması”, TBBD, S.64, Mayıs-Haziran 2006, s.27-38.

**van Compernelle**, Jacques; “Délai raisonnable et recours effectif”, Liber Amicorum Henri- D. Bosly, Loyauté, justice et vérité, la charte 2009, s.399-407 (Recours effectif).

**van Dijk**, Pieter; “The interpretation of civil rights and obligations by the European Court of Human Rights- one more step to take”, F. Matscher & H. Petzold, Protecting Human Rights: The European Dimension- Essays in Honour of G. Wiarda, Köln 1988, s.131-143.

**Vasilescu**, Florin Bucur; “The Right To A Fair Trial In Romania”, The Right To A Fair Trial, European Commission For Democracy Through Law, Council Of Europe Publishing, Strasbourg 2000, s.43-55.

**Viatte**, Jean; Communication Et Production Des Pièces En Justice, Gaz. Pal. du 14 Juin 1973, s.406 vd.

**Yavaş**, Murat; “Mehaz Kanun ile Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Medeni Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler ve Hâkimin Rolü” Prof. Dr. YAVUZ ALANGOYA için Armağan, İstanbul 2007, s.284-335.

**Yeşilova**, Bilgehan; “Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği” TBBD 2010, S.86, s.47-101.

**Yıldırım**, M. Kamil; “İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında” Prof. Dr. YAVUZ ALANGOYA için Armağan, İstanbul 2007, s.337-360 (ADR).

**Yıldırım**, M. Kamil; “Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasakları ve Özellikle Taraflarca Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller”, Erdoğan Teziç’e Armağan, İstanbul 2007, s.861 vd. (Hukuka aykırı deliller).

**Yıldırım**, Zeki; 6384 Sayılı Avrupa İnsan Hakları Mazhkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun: İnsan Hakları İhlallerinin Çözümüne Dair Farklı Bir Yaklaşım, (<http://www.ihtk.adalet.gov.tr/makale/makale.html>, 31.10.2013).

**Yılmaz**, Ejder; “Usul Ekonomisi” AÜHFD, 2008/1, s.243 vd (Usul Ekonomisi).

**Yılmaz**, Ejder; İş Mahkemelerinin değiştirilmesi İhtiyacı, Sicil İHD, 2007/8, s.1 vd. (İş Mahkemeleri).

**Yılmaz**, Ejder; “Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti”, ABD 1984/2, s.200 vd. (Yargılama Giderlerinin İşlevi).

**Yılmaz**, Ejder; “Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi (Avukatlık Kanunu m.35/A)”, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s.843-856 (Uzlaşma).

**Yılmaz**, Özlem (Çev.); “Meral/ Türkiye Kararı, Baş. No: 2002/33446, T:27 Aralık 2007” TBBD, S.75, Mart-Nisan 2008, s.457-468.

**Yokuş Sevük**, Handan; “Adil Yargılanma Kapsamında Aleniyet İlkesi” Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004.

**Zabunoğlu**, Yahya; “Bireysel Başvuru Yollarının Açılması: Türkiye’de Yargı Kollarının Ayrılmasında Ortaya Çıkan Sorunlar”, Bireysel Başvuru “Anayasa Şikâyeti”, HUKAB Sempozyum Serisi 1, Ankara 2011, s.116-125.

## İNTERNET KAYNAKLARI

<a href="http://www.ihb.gov.tr">http://www.ihb.gov.tr</a>	Türkiye İnsan Hakları Kurumu
<a href="http://www.abgs.gov.tr">http://www.abgs.gov.tr</a>	Türkiye Cumhuriyeti Avrupa Birliği Bakanlığı
<a href="http://www.admin.ch">http://www.admin.ch</a>	İsviçre Hükümeti Resmi İnternet Sitesi
<a href="http://www.echr.coe.int/ECHR">http://www.echr.coe.int/ECHR</a>	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Resmi Sitesi
<a href="http://hudoc.echr.coe.int">http://hudoc.echr.coe.int</a>	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Veri Tabanı
<a href="http://www.oas.org">www.oas.org</a>	Amerikan Devletleri Örgütü
<a href="http://www.african-court.org">http://www.african-court.org</a>	Afrika İnsan Hakları Mahkemesi
<a href="http://www.courdecassation.fr">www.courdecassation.fr</a>	Fransız Temyiz Mahkemesi
<a href="http://www.legifrance.gouv.fr">www.legifrance.gouv.fr</a>	Fransız Hukuku Bilgilendirme Hizmeti
<a href="http://www.adalet.gov.tr">www.adalet.gov.tr</a>	TC Adalet Bakanlığı Resmi Sitesi

[www.adlisicil.adalet.gov.tr](http://www.adlisicil.adalet.gov.tr)

TC Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü

<http://www.anayasa.gov.tr>

TC Anayasa Mahkemesi Resmi Sitesi

<http://www.barobirlik.gov.tr>

Türkiye Barolar Birliği Resmi Sitesi

<http://www.bireyselbasvuru.info>

Bireysel Başvuru Bilgilendirme Merkezi

<http://www.tdk.gov.tr>

Türk Dil Kurumu

<http://tr.wikipedia.org>

Vikipedi Özgür Ansiklopedi

<http://www.ibanet.org/>

Uluslararası Barolar Birliği

<http://www.ihtk.adalet.gov.tr>

TC Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Tazminat Komisyonu Başkanlığı

<http://www.belgeler.com>

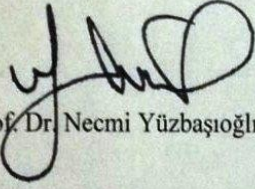
## ÖZGEÇMİŞ

Sezin AKTEPE ARTIK, 1982 yılında Ankara’da doğmuştur. 1999 yılında, İzmir Bornova Anadolu Lisesi’nden mezun olarak Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesinde lisans eğitimine başlamıştır. Bir yıl İngilizce hazırlık okuduktan sonra hukuk fakültesindeki eğitimini, 2004 yılında şeref derecesiyle tamamlamıştır. Aynı yıl, araştırma görevlisi olarak işe başladığı İstanbul Ticaret Üniversitesi’nde yüksek lisans programına kaydolmuş, 2006 yılında bu programdan mezun olmuştur. 2007 yılında Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Doktora programına kayıt yaptırmaya hak kazanmış, bir yıl Fransızca eğitiminin ardından doktora programına başlamıştır.

## TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. Galatasaray Üniversitesi  
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü  
Adı Soyadı : Sezin Aktepe Artık  
Tez Başlığı : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları  
Mahkemesi Kararları Işığında Türk Medeni Usul Hukuku Açısından  
Adil Yargılanma Hakkı  
Savunma Tarihi : 21 Ocak 2014  
Danışmanı : Prof. Dr. Hakan Pekcanitez

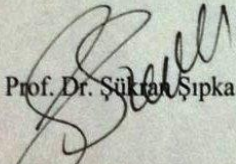
## JÜRİ ÜYELERİ



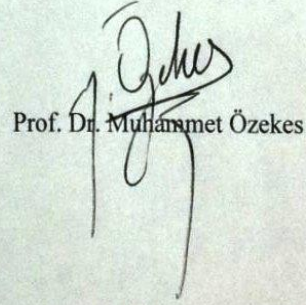
Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu



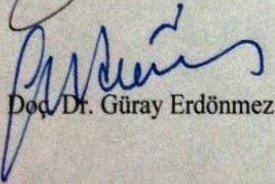
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez



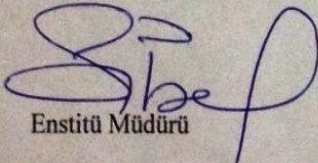
Prof. Dr. Şükran Şıpka



Prof. Dr. Muhammet Özkes



Doç. Dr. Güray Erdönmez



Enstitü Müdürü

Prof. Dr. Sibel YAMAK