

AÇLIK GREVLERİ VE HAK ARAMA HÜRRİYETİ

*Ahmet TAŞKIN**

I. AÇLIK GREVLERİ

A. Giriş

Açlık grevleri, yaklaşık yüzyıl önce ortaya çıkan bir eylem biçimidir. Hak arama, istekleri kabul ettirme yöntemi olarak kullanıldığı ve insanın yaşamını ilgilendirdiği için hukukun, tıbbın ve tıp etiğinin alanına girmektedir¹.

Tarihte, bazı uzak doğu ülkelerinde, bireylerin çok eskiden beri siyasî amaçlı olmaksızın açlık grevi ve benzeri yöntemlere başvurdukları bilinmektedir. Açlık grevinin bir siyasî protesto ve ilgi çekme yöntemi olarak uygulanmasına ilk defa Çarlık Rusya'sında rastlanmıştır; dünya çapında adını duyurması ise 1909 senesinde İngiliz Suffragistlerinin militan kadınının eylemleri ile olmuştur. Kadınlara oy hakkı verilmesini sağlamak için gerçekleştirdikleri suç teşkil eden eylemlerden dolayı mahkûm olan ve kendilerini siyasî suçlu olarak niteleyen suffragist kadınlar, adi suçlu muamelesi görmelerini protesto etmek amacıyla açlık grevleri başlatmışlardır.

Hindistan'da Gandhi, pasif direniş esnasında gerek soruna dünyanın ilgisini çekmek, gerekse şiddete başvuran bir kısım taraftarını yeniden pasif direnişe zorlamak için zaman zaman açlık grevine başvurmuştur.

İngiltere'de açlık grevi ise, İrlanda Cumhuriyetçi Ordusu (IRA) tarafından günümüze kadar zaman zaman uygulanmış ve gelmiştir. Bunlardan 1981 yılında yapılan açlık grevi büyük tepkiler doğurmuş; kendilerinin siyasî mahkûm olarak kabul edilmelerini talep eden 10 IRA militanı, bu isteklerinin İngiliz Hükümeti tarafından kesin şekilde reddedilmesi üzerine açlık grevine başlamışlar ve eylem grevcilerin ölmesiyle sonuçlanmıştır.

Günümüz dünyasının pek çok ülkesinde gerek cezaevlerinde ve gerekse sivil alanlarda pek çok açlık grevi eylemi yapılmaktadır. Mülteci kamplarında bulunan sığınmacılar, ücretini alamayan madenci, işçi veya memurlar,

* Tetkik Hakimi, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü .

¹ SEVİNÇ, Murat, "Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak: Açlık Grevleri", AÜSBFD, 57 [1], Ocak-Mart 2002, s. 112.

haksız olarak tutuklandığını veya mahkûm edildiğini ileri sürenler, hakkına ulaşmak isteyenler veya kendisine yapılan haksızlığın sona ermesini isteyenler vs. açlık grevini bir protesto veya eylem biçimi olarak görmektedir.

Türkiye'de ilk yaygın açlık grevleri 1970'li yılların sonları ile 1978 ve 1979 yıllarında yaşanmıştır. 1982 ve 1983 yıllarında özellikle Metris Askeri Cezaevinde uzun süreli açlık grevleri yapılmış, söz konusu eylemlerin temel amacı ise örgütsel faaliyetleri rahatça sürdürmek noktasında odaklaşmıştır. 12 Nisan 1984 ile 11 Haziran 1984 tarihleri arasında tek tip elbise uygulamasına karşılık ölüm hedefli açlık grevi eylemine başvurulmuş ve bu eylem sonunda 4 mahkûm ölmüştür.

1996 yılı Nisan ayında Ankara, İstanbul, İzmir, Bursa ve Aydın cezaevlerinde bulunan terör suçu mahkûmlarının başlatmış oldukları açlık grevi eylemleri kısa sürede pek çok cezaevine yayılmış ve mayıs ayı içerisinde ölüm hedefli açlık grevine dönüştürülmüş; bu eylemler sırasında Ankara, İstanbul, İzmir, Bursa ve Aydın cezaevlerinde bulunan toplam 12 terör suçu mahkûmu ölmüştür. Dünyanın en uzun süreli açlık grevleri 20. 10. 2000 tarihinde ülkemizdeki terör vasıflı cezaevlerinde başlamış ve 30'u aşkın hükümlü ve tutuklu bu eylemler sonunda hayatını kaybetmiştir.

Açlık grevleri, genel ve soyut anlamda bir protesto biçimi olsa da cezaevlerinde bulunan terör vasıflı mahkûmlar tarafından hak arama hürriyeti olarak algılanmış, direniş ve mücadele biçimi olarak da uygulanmıştır². Bunun nedeni, hak arama hürriyetinin yasalarca korunan hukukî ve meşru bir kavram oluşudur. Açlık grevinin "hak arama hürriyeti" olarak tanımlanma düşüncesi sivil toplumun belirli kesimleri tarafından da tasvip görmüştür. Sadece cezaevlerinde bulunan mahkûmlar tarafından değil, belli amaçlara ulaşmak isteyen sivil eylemciler tarafından da açlık grevleri hak arama hürriyeti olarak uygulanmıştır. İşte, konu açlık grevlerinin hak arama hürriyeti olarak görülüp görülemeyeceğidir³. Bir eylem veya protesto biçimi olarak açlık grevlerinin "hak arama hürriyeti" şeklinde tanımlanıp tanımlanamayacağı açlık grevinin ve hak arama hürriyetinin ana hatlarıyla açıklanmasıyla açıklığa kavuşabilir⁴.

² Bkz. YILMAZ, Ulaş Osman, Süresiz Açlık Grevi Direniş Güncesi, Öz Basım Yayım, İstanbul 1997, s. 354 vd.

³ Bkz. TAŞKIN, Ahmet, "Ceza İnfaz Kurumlarında Açlık Grevleri", Adalet Dergisi, S. 11, Nisan 2002, s. 71-78.

⁴ Bu nedenle biz, öncelikle açlık grevinin tanımını ve çeşitlerini kısaca belirledikten sonra hak arama hürriyetini daha ayrıntılı şekilde açıklayıp açlık grevinin hak arama hürriyeti ile yakınlığını veya uzaklığını tespiti çalışacağız. Sadece hak arama hürriyeti değil, direnme hakkı, ötanazi, yaşama hakkı, hakkın kötüye kullanımı, zorla besleme, zorla tıbbî

B. Açlık Grevinin Tanımı

Kelime anlamıyla açlık grevi, kendisine veya başkalarına yapılan bir haksızlığı protesto için bir kimsenin aç durarak gösterdiği tepkidir⁵.

Açlık grevini, 'belirli bir olayı, tutumu veya davranışı benimsemeyerek tepki göstermek, çeşitli istekleri yetkili kişi veya makamlara kabul ettirmek ya da savunulan görüşlere ilgi çekmek amacıyla uygulanan ve greve katılanların, vücudun ihtiyaç duyduğu besin maddelerini almayarak kendilerini aç bırakmaları esasına dayanan bir protesto yöntemi' şeklinde tanımlayabiliriz.

Bir tanıma göre açlık grevi, belirli bir hedefe ulaşmak, bir hareketi protesto etmek ya da bir görüşe taraftar bulmak için kamuoyu yaratmak düşüncesi ile kişinin tek başına veya bir grup şeklinde yemek yemeyi durdurarak ve/veya sıvı almayarak aç kalma eylemidir⁶.

Açlık grevcisi ise, zihinsel olarak ehliyetli, açlık grevine kendi iradesiyle karar vermiş, bu nedenle belirli bir zaman için yiyecek ve/veya sıvı almayı reddeden kişidir⁷.

Açlık grevinde vücudun ihtiyaç duyduğu besin maddeleri ya hiç alınmaz veya sınırlı olarak alınır. Dünyada bireysel amaçlarla açlık grevleri yapılmakla birlikte, bu yöntem özellikle siyasî ve terör hükümlü ve tutukluları ile onların cezaevi dışındaki destekleyicileri tarafından uygulanmaktadır. Hükümlü ve tutukluların açlık grevine kalkışmaları için kişi hak ve özgürlüklerinin hukuka aykırı bir biçimde kısıtlanması, hürriyetten yoksunluk süresince hukuka aykırı uygulamalara maruz bırakılmaları zorunlu ve şart değildir⁸.

Grevciler, hukuka ve insan haklarına aykırılık olmasa bile bir takım hukuk dışı taleplerinin gerçekleştirilmesi için de açlık grevine başvurabilmektedirler. Cezaevlerimizde az sayıda da olsa sevk amaçlı açlık grevine giden adli ve terör vasıflı hükümlüler olmuştur. Oysa bu eylemcilerin istedikleri cezaevine sevklerinin mevzuata uygun olmadığı kendilerine yazı ile bildirilmiştir. Söz konusu hükümlü ve tutuklular, taleplerinin reddedilmesi üzerine sevk oluncaya kadar açlık grevine başladıklarını bildirmişler, isteklerinin yerine getirilmeyeceğini anladıklarında da bu eylemlerinden vazgeçmişlerdir. Açlık grevinde amaç "ölüm" olmamakla birlikte ölüm tehlikesi her za-

müdahale, intihar ve insan hakları kavramları da açlık grevleri ile birlikte sıkça kullanılmıştır.

⁵ Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu Yayını, Ankara 1988, s. 11.

⁶ FEYZİOĞLU, Metin, Açlık Grevi, AÜHF Dergisi, 1993, C. 43, s. 1.

⁷ Dünya Tabipler Birliği Malta Bildirgesi

⁸ SEVİMLİ, Zekeriya, Ceza Infaz Kurumlarında Güvenlik, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 2000, s. 52.

man mevcuttur⁹. Bu yöntemle, çoğunlukla siyasî amaçlara ulaşmak için başvurulmaktadır¹⁰.

İspanya'da Grapo üyesi 50 mahkûmun 1989 yılının son aylarında cezaevlerinde başlattıkları açlık grevleri sırasında bu eylemlerle ilgili tartışmalar iki ana ve karşıt soru çevresinde yoğunlaşmıştır: Bunlardan birincisi, tutuklu ve hükümlülerin açlık grevi yapma hakları olup olmadığı; ikincisi ise, devletin açlık grevi yapanlara müdahale hakkı olup olmadığıdır. Avukatların görüşüne göre tutuklu ve hükümlülerin açlık grevi yapma hakları vardır ve hükümet bu hakkın kullanımını engelleyemez. Adalet Bakanı ve hükümete göre ise kamu güçleri, gözetimi altındakilerin ölmesini engellemek için her yola başvurabilir¹¹.

C. Genel Olarak Açlık Grevlerinin Türleri

1. Süreli Açlık Grevi

Kişinin, belirli bir olayı, tutumu veya davranışı benimsemeyerek tepki göstermek, çeşitli istekleri yetkili kişi veya makamlara kabul ettirmek ya da savunulan görüşlere ilgi çekmek amacıyla, vücudun ihtiyaç duyduğu besin maddelerini¹² belli bir süre almayarak kendisini aç bırakmasına süreli açlık grevi denir. Buradaki süre, genel itibarıyla grevcinin sağlık durumunu ciddi olarak bozmayacak kadar kısadır. Örneğin, hiç bir besin maddesi alınmayacak ise 3-5 gün, kısıtlı besin maddesi alınacak ise 1-2 ay sürebilir. Şüphesiz ki, buradaki süreler kesin olmayıp grevcinin direncine, kilosuna, yeme alışkanlığına, sınırlı olarak aldığı besinlerin miktar ve türüne göre değişkenlik arzeder.

2. Süresiz Açlık Grevi

Kişinin, belli bir amaçla¹³ vücudun ihtiyaç duyduğu besin maddelerini süresiz almayarak kendisini aç bırakmasına süresiz açlık grevi denir. Burada herhangi bir süre söz konusu olmadığı gibi grevin ne kadar süreceği de belli değildir. Süresiz açlık grevi, eylemcinin ölümüne kadar devam etmez. Bu eylemi süreli açlık greviden ayıran husus süresinin belli olmaması ve genel olarak daha uzun sürmesi; ölüm hedefli açlık greviden (ölüm orucu) ayıran husus ise ölümün hedeflenmemesidir. Bu eylem türünde grevcinin amacı da hedefi de ölüm değildir. Bununla birlikte, grevin çok uzaması halinde ani gelişen komplikasyonlar sonucu eylemci ölebilmektedir.

⁹ FEVZİOĞLU, agm. , s. 157-158.

¹⁰ SEVİNÇ, agm, s. 113.

¹¹ AKAL, Cemal Bali, "İspanya'da Açlık Grevinin Doğurduğu Sorunlar", Argumentum, Y: 2, S. 19, Şubat 1992, s. 291.

¹² Besin maddesinden amaç, kalori, protein, makro ve mikro element ile vitaminlerdir.

¹³ Bu amaçların neler olabileceği hususu "açlık grevi" tanımında belirtilmiştir.

3. Ölüm Hedefli Açlık Grevi

Kişinin, belli bir amaçla vücudun ihtiyaç duyduğu besin maddelerini ölüncüye kadar almayarak kendisini aç bırakmasına ölüm hedefli açlık grevi (ölüm orucu!) denir. Burada grevcinin amacı kesinlikle ölüm değildir. Amaç, yukarıda da belirtildiği gibi, belirli bir olayı, tutumu veya davranışı benimsemeyerek tepki göstermek, çeşitli istekleri yetkili kişi veya makamlara kabul ettirmek ya da savunulan görüşlere ilgi çekmektir. Kısaca, belli isteklerin yerine getirilmesini sağlamaktır. Ancak, grevci amaçlarına ulaşabilmek için ölümü göze almakta, ileriki aşamalarda ise hedeflemektedir¹⁴.

Amacın ölmek olmadığına dair en önemli kriter, isteklerin yerine getirilmesi halinde eylemin bitecek oluşudur. Açlık grevlerinde meydana gelen ölümlerin çoğu bu eylem türüne aittir.

Ölüm hedefli açlık grevleri, bu eyleme giden hükümlü ve tutukluların isimlendirmesi ile kamuoyunda ölüm orucu olarak bilinmekte ve kullanılmaktadır. Kişinin ölüncüye kadar yeme ve içmesini azaltmasına veya besin alımını tamamen kesmesine hatalı olarak ölüm orucu denilmektedir. Sözlük anlamıyla oruç, Tanrı'ya ibadet amacıyla yeme ve içme gibi birçok şeylerden belli bir süre veya biçimlerde kendini alıkoymadır¹⁵. Bu nedenle biz "ölüm orucu" yerine "ölüm hedefli açlık grevi" ifadesini isabetli buluyoruz.

4. Yemek Boykotu

Mutfak teşkilâtı bulunsun ya da bulunmasın, tutuklu veya hükümlünün devlet tarafından verilen işeyi almayarak, beslenmesini kendi kaynaklarından sağlamasına yemek boykotu denilir. Aslında bu eylem, bir açlık grevi türü değildir. Çünkü grevciler kendi kaynakları ile beslenmeyi sürdürdüler. Sadece devletin verdiği işeyi protesto amaçlı reddederler. Bazı mahkûmların bu eyleme açlık grevi olarak bakması, cezaevi idaresinin de olayı bu şekilde değerlendirmesi nedeniyle uygulamada açlık grevi olarak kayıtlara geçmektedir. Ancak, devletin verdiği işeyi almayan hükümlü ve tutuklular, kendi kaynaklarından beslenmeyi de bırakmış iseler, bu durumda açlık grevinden bahsedilir.

5. Dönüşümlü Açlık Grevi

Bir grup mahkûmun, belirli bir süre açlık grevi yaptıktan sonra, aynı sürede eyleme gidecek başka bir gruba bu eylemi devretmesi ve söz konusu eylemin aynı veya ayrı gruplar tarafından sürdürülmesine dönüşümlü açlık grevi denir. Eyleme gidecek hükümlü ya da tutuklular önceden bellidir ve

¹⁴ TAŞKIN, agm, s. 69.

¹⁵ Tükçe Sözlük, Türk Dil Kurumu Yayınları, C. 2, s. 119.

dönüşümlü olarak hareket etmektedirler. Açlık grevine gidecek gruplar aynı cezaevinde olabileceği gibi farklı cezaevlerinde de olabilirler. Ülkemizdeki cezaevlerinde dönüşümlü açlık grevleri, genel olarak üç gün süreli yapılmıştır. Grevciler üç günlük açlıktan sonra eylemi bırakmışlar, bıraktıkları gün bir başka gruba eylemi devretmişlerdir. Grevciler, üç günlük açlıktan sonra besin almaya başlayıp eski dirençlerine kavuşup tekrar eyleme başladıkları için bu eylem şekli çok uzun yıllar sürdürülebilir.

6. Destek Amaçlı Açlık Grevi

Bir cezaevindeki hükümlü veya tutuklunun başka bir cezaevinde devam eden açlık grevini desteklemek amacıyla yaptığı açlık grevine destek amaçlı açlık grevi denir. Eylemin amacı, açlık grevine giden diğer mahkûmları psikolojik olarak desteklemek ve eylemlerini sürdürmeleri için onlara moral vermektir. Ülkemizde de, 20. 12. 2000 tarihinde 3 örgüte mensup 376 hükümlü ve tutuklu tarafından 8 cezaevinde başlatılan açlık grevlerine PKK örgütü mensubu olan bazı mahkûmlar tarafından üçer günlük açlık grevleriyle psikolojik ve moral destek verilmiştir.

II. HAK ARAMA HÜRRİYETİ

A. Giriş

Hak arama hürriyeti genel olarak pozitif hukukça tanınmış hakların önkoşulu ve usulî güvencesi olarak anlaşılır. Hak arama hürriyeti, başvuru hakkı ve başvuru yollarının tanınmasıyla kullanılır. İdare makamlarına, yasama meclisine ve yargı makamlarına başvuru, idarî, siyasal ve yargısal başvuru olarak hak arama hürriyetinin görünümleridir¹⁶. Diğer bir ifadeyle hak arama özgürlüğü, idareye, yasama meclisine (dilekçe hakkı) ve yargı mercilerine başvuru haklarını içerir¹⁷.

Hukuk devletinde hak ve özgürlüklerin gerçek anlamda güvence altında olabilmesi için, haklarının çiğnendiğini düşündükleri zaman kişilerin bu ihlâlin ortadan kaldırılması ve gerekiyorsa telafi edilmesini sağlamak üzere başvurabilecekleri hak arama yollarının da açık bulunması gerekir. Kişilerin meşru yol ve araçlardan yararlanarak haklarını arayabilmeleri gerekir. Meşru hak arama yolları başlıca dava, resmî başvuru ve -başta ifade özgürlüğü, dernek, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakları olmak üzere- diğer sivil hakların serbestçe kullanımınıdır. Dava yoluyla hak arama özgürlüğünün varlığının ilk

¹⁶ KABOĞLU, Ö. İbrahim, Özgürlükler Hukuku, Afa Yayınları, İstanbul 1998, s. 86.

¹⁷ TANÖR, Bülent, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 3. Baskı, BDS Yayınları, İstanbul 1994, s. 141.

şartı yargının bağımsızlık ve tarafsızlığı yanında, yargıç güvencesinin ve doğal yargıç ilkesinin teminat altında olmasıdır.

Ayrıca, hukuk sisteminin suçsuzluk karinesi, suç ve cezaların kanuniliği, ceza sorumluluğunun şahsiliği ve suçun geçmişe yürümezliği gibi evrensel ilkeleri de tanımış ve güvence altına almış olması gerekir. *Suçsuzluk* karinesi, suçlu oldukları mahkeme kararıyla sabit oluncaya kadar herkesin masum sayılması demektir. Gerek İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (md. 11), gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (md. 6) suçsuzluk karinesini temel haklardan saymıştır. Böyle bir güvencenin olmadığı yerde, ceza yargısında hak arama çabası kişi açısından tam tersi sonuçlar yaratabilir. Bu, özellikle ceza soruşturması esnasında “şüpheli” ve “sanık”lara suçlu muamelesi yapılması durumlarında açıkça ortaya çıkan bir sakıncadır¹⁸.

Hak arama özgürlüğünün özellikle ceza yargılamasındaki başka bir güvencesi “doğal yargıç” (tabii hâkim) ilkesidir. Doğal yargıç ilkesi, kişilerin suçu işledikleri tarihte o suça bakmakla görevli olan mahkeme ve Hâkim tarafından yargılanmaları anlamına gelir. Buna “olağan mahkeme” kuralı da denebilir. Suç işlendikten sonra ve o suça (suçlara) özgü yeni bir mahkeme kurulması (veya mahkeme üyelerinin değiştirilmesi) bu ilkeye aykırıdır.

Hak aramanın dava dışındaki başlıca yolu resmî makamlara başvurudur. Bunun iki tipik biçimi vardır. Birincisi, genellikle dilekçe hakkı (siyasî başvuru) olarak adlandırılmakta olup, yasama organına yazılı olarak başvurmayı ve cevap talep edebilmeyi içermektedir. Türk Anayasasına göre de (md. 74), vatandaşlar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir. Kendileriyle ilgili başvuruların sonucu, dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir. İkinci yol, kişilerin idarî makamlardan kendileri hakkında işlem yapılmasını talep etmek üzere yazılı olarak başvurmalarıdır; buna da idarî başvuru denmektedir. Bu ikinci başvuru türü bazı durumlarda idarî dava açmanın ön şartıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13'üncü maddesinde yer alan, “millî makamlara başvuru” hakkı dava dışı yollarla da hak aramanın mümkün olduğunu göstermektedir. Gerek siyasî gerekse idarî başvuru sadece hukuk devletinin değil aynı zamanda demokrasinin de gereğidir. Çünkü, bunlar siyasal katılma ile doğrudan doğruya ilgili olan, kişilerin parlamentoyu, hükümet ve idareyi etkilemelerine ve denetlemelerine imkân veren yollardır¹⁹.

¹⁸ ERDOĞAN, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, 4. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2001, s. 107-108.

¹⁹ ERDOĞAN, *age*, s. 108-109.

İnsanlar, haklarını kullanırken çeşitli hukukî imkanlara sahiptirler. Bu bağlamda hak sahibi;

-Sahip olduğu hakka üçüncü kişilerin uymasını isteyebilir.

-Hakkını kullanmak ve korumak üzere adlî mercilerde dava açabilir.

-Talep ya da dava sonucuna ilişkin mahkeme kararına uymayan davalıya karşı cebri icra yoluna başvurabilir.

-Koşulları oluştuğunda hakkını bizzat güç kullanarak koruyabilir.

-Hakkına tecavüz eden üçüncü kişilere karşı maddî ve manevî tazminat davası açabilir²⁰.

B. Türk Hukukunda Hak Arama Hürriyeti

Hak arama hürriyeti ya da etkili başvuru yolu, sınırları iç hukuka göre saptanan bir kavram olduğundan, iç hukukta kesin hükme karşı, ya da kararlarının kesin olduğu kabul edilen bir yüksek mahkemenin kararlarına karşı başvuru yolunun bulunmaması 13'üncü maddenin ihlâli sayılmaz²¹. İHEB ve AİHS gibi uluslararası belgelerde bulunan bu kural, 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 40'inci maddesi ile de düzenlenmiştir. Doktrin ve yargı yerleri tarafından "şikâyet hakkı" olarak adlandırılan 40'inci maddenin birinci fıkrasında "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir", ikinci fıkrasında da AİHS'nin 13'üncü maddesinden fazla olarak "kişinin, resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre Devletçe tazmin edilir" kuralı bulunmaktadır.

1982 Anayasasının bu kuralında da, AİHS'nin 13'üncü maddesinde olduğu gibi, temel hak ve hürriyetlerin korunması için başvurulabilecek merci olarak yalnızca yargı yolu kastedilmemektedir. İç hukukumuzda, idarî makamların aldıkları kararların tanınması ve uygulanabilmesi için Hâkimin onayına ihtiyaç olmadığından, idarî kararlar alındıklarında etkilerini gösterirler. Bu nedenle de idarî karar organları, Türk mevzuatında "etkili başvuru yolu" niteliğini taşımaktadırlar²².

Temel hak ve hürriyetlerinin ihlâl edildiğini düşünen kişiler, bu kararı alan ya da kanun ve diğer düzenleyici işlemlerde gösterilen idarî makama başvurarak, haklarını arayabilirler. Ancak, AİHS'ne göre, Komisyona başvurulabil-

²⁰ YAVUZ, Cevdet, Özel Hukuk Hayatımız ve Sorunları, Yasalarımız, Haklarımız, TSİD, TÜSİAD-T/90. 12. 136, Aralık, 1990, s. 93.

²¹ AKILLIOĞLU, agm, s. 345.

²² AKILLIOĞLU, agm, s. 324.

mesi için, idarî makamın, ilgilinin istemini reddetmesi, yani olumsuz karar alması yeterli olmadığından, diğer “iç hukuk yollarının tüketilmesi” gerekmektedir. İdarenin aldığı olumsuz karara karşı başvurulabilecek son iç hukuk yolu ise, Sözleşmeye taraf diğer devletlerde olduğu gibi “yargı yolu”dur. Zira, Sözleşme “etkili başvuru yeri”nin düzenlenmesi konusunu taraf devletlerin iç hukuklarına bırakmakla birlikte, etkili başvuru yolu olarak düzenlenmesi gereken yargı yolunu, ayrıca ve açıkça, bu yolda uyulması gereken asgarî usul kuralları ile beraber AİHS'nin 6'ncı maddesinde düzenlemiştir.

1982 Anayasasının 36'ncı maddesinde; yine AİHS'nin 6'ncı maddesine paralel bir biçimde yargı yolu ile hak arama hürriyeti düzenlenmiş ve bazı eksiklikler olmakla birlikte, Sözleşmede olduğu gibi usul kuralları da hüküm altına alınmıştır. Eksiklikler ise, Anayasanın “hak arama hürriyeti” başlıklı, fakat aslında yalnızca yargı yolu ile hak aramayı düzenleyen 36'ncı maddesinde yer almama anlamındadır. Yoksa Anayasanın bütünü ve diğer usul kanunları gözönüne alındığında hiç yer almadıkları anlamında değildir. Zira, hem genel olarak hak arama hürriyeti (etkili başvuru yolu-şikâyet hakkı), hem de yargı yolu ile hak aramaya ilişkin asgarî uluslararası kurallar Anayasanın diğer hükümlerinde ve iç hukuktaki diğer kanunlarda ifadelerini bulmuşlardır.

“Hak” kavramının söz edildiği yerde, bu hakkın *tanınması*, *korunması* ve *aranması* kavramları birlikte düşünülür. Hak varsa, sahibine tanınır; sahibine tanınan hak, hukuk tarafından korunur ve nihayet; ihlâl edilen veya verilmeyen hak, sahibi tarafından hukukun kabul ettiği vasıta ve yollardan aranır.

Kelime olarak hak, hukuken korunan menfaattir²³. Menfaatler, örgütlü toplumların devam edebilmesi için, hukuk düzeninin kendileri hakkına bir şeyler yapması gereken iddialar, istekler, arzular ve beklentilerdir. İnsanlar, bireyler, gruplar, örgütlü birlikler olarak bazı menfaatlerin tatminini istemektedirler; bu nedenle hukukun bunları nazara alması gerekir. Menfaatler, pozitivist sosyoloji anlamında olgulardır; çünkü bunlar insan tabiatının dışı vuruş biçimleridirler. Menfaatleri hukuken güvence altına almanın yöntemi, bunlara hak statüsü tanımaktır.

Her toplumda, kabul edilip tanınmak için yasa koyucu ve mahkemeler üzerinde baskılar yapan *de facto* iddia ve istekler vardır. Toplumda herkes, arzularının tatminini, istemekte menfaat sahibidir. Ancak menfaat kavramı çoğu zaman kişisel çıkar ve yararlar karşılaştırılmıştır. Menfaatler nazariyesi, menfaatlerin tatmini bakımından, her bir menfaatin, gerçekten de bunu ileri süren bireyin yararına olup olmadığı ile ilgilenmez. Bireyin bütün istekleri-

²³ YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 1992, s. 325; ŞENER, Esat, Hukuk Sözlüğü, Seçkin Yayınevi, Ankara 2001, s. 262.

nin yerine getirilmemesinin nedeni, bunlardan bazılarının gerçekte bireyin yararına olmadığını düşünülmesi değildir. Bireyin bütün isteklerinin verilmemesinin nedeni, bunlarla çatışan başka menfaatlerin bulunması ve bunların da hukuken göz önünde bulundurulması gereğidir.

Menfaatler *bireysel*, *kamusal* ve *toplumsal* olmak üzere üçe ayrılırlar. *Bireysel menfaatler*, bireysel hayatı ilgilendiren ve bireysel hayat adına ileri sürülen istek, iddia ve arzulardır. *Kamusal menfaatler*, politik olarak örgütlenmiş toplum hayatını ilgilendiren ve bunun adına ileri sürülen iddia, istek ve arzulardır. Nihayet *toplumsal menfaatler* de, uygar bir toplumun toplumsal hayatını ilgilendiren ve toplumsal hayat adına ileri sürülen iddia, istek ve arzulardır; bunları bütün toplumsal grubun istekleri diye de nitelendirebiliriz²⁴.

Türk Hukukunda hak arama yollarını üç gruba ayırmak mümkündür. Bunlar;

- İdarî başvuru yoluyla hak arama,
- Siyasal başvuru yoluyla hak arama,
- Yargısal başvuru yoluyla hak aramadır.

1. İdarî Başvuru Yoluyla Hak Arama Hürriyeti

İdarî başvuru yoluyla hak arama, kişinin idarî makamlara *dilek*, *şikâyet* ve *itirazlarını* bildirmesiyle olur. Bu başvuru, kararı alan merciye yapılabileceği gibi (dilek başvurusu), onun bir üstündeki makama da sunulabilir (hiyerarşik başvuru)²⁵. Her iki başvuru yolu “dilek ve şikâyet” ifadesiyle 1982 Anayasasında yer almıştır. Anayasanın 74/1’inci maddesine göre, “Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye’de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir. Kendileriyle ilgili başvuruların sonucu, gecikmeksizin dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir”. Yetkili makama dilekçeyle yapılan başvuru idarî başvurudur. Kişiler, idarî başvuru yoluyla hakkını arama hürriyetine sahiptir.

2. Siyasal Başvuru Yoluyla Hak Arama Hürriyeti

Siyasal başvuru, yasama meclisine ya da meclislerine yapılan müracaatlar anlamındadır. Anayasanın 74/1’inci maddesine göre; “Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye’de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında ...Türkiye Büyük

²⁴ KEYMAN, Selahattin, Hukuka Giriş, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s. 262-263.

²⁵ TANÖR-YÜZBAŞIOĞLU, Türk Anayasa Hukuku, YKY Yayınları, İstanbul 2002, s. 195.

Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir²⁶. Günümüzde *dilekçe hakkı*, vatandaşların yasama organına yaptıkları bir başvuru olup, *dilek* veya *şikâyet* şeklinde kullanılır. Bunlardan *dilek* biçiminde olanı, yarı temsili hükümet sisteminin gerçekleştirilmesini sağlayan bir usuldür. Şikâyetin bireysel olmasına karşılık *dilek* ya da telkin biçimindeki başvurunun amacı ise genel niteliktedir. Anayasanın 74'üncü maddesinde yer alan dilekçe hakkı, siyasî başvuru yollarından biri olup, vatandaşların kendileriyle ya da kamu ile ilgili *dilek* ve *şikâyetleri* idarî makamlara ya da TBMM'ne yazı ile iletmelerini ifade eder. Yasama organına *dilek* biçiminde yapılan başvuruda, vatandaşlar kamu ile ilgili gördükleri hususların yasama organınca dikkate alınmasını ve giderek belli konularda yasal düzenleme yapılmasını harekete geçirmeyi amaçlar²⁷.

Dilekçe ile başvurulabilecek bir başka makam, TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu'dur. Bu kurul kendiliğinden ya da başvuru üzerine harekete geçer. Üç ay içinde de ilgiliye yanıt verilmesi gerekir. Komisyon 1 Mart 1991'den beri çalışma halindedir²⁸.

3. Yargısal Başvuru Yoluyla Hak Arama Hürriyeti

Yargısal başvuru yolları, idarî, anayasal ve adlî olmak üzere üçe ayrılır. Bu yollar ve bunlarla ilgili haklar, Anayasanın çeşitli maddelerinde düzenlenmiş olmakla birlikte, hak arama hürriyeti ile ilgili kaynak hüküm 36'ncı maddede yer almıştır. Anayasanın 36'ncı maddesine göre; "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir"²⁹.

a. Adlî Yargıda Hak Arama Hürriyeti

Kişilerin yargı ve yargıç önünde "doğru ve adil yargılanma hakkı" olduğu ve bu hakkın bir insanlık hakkı niteliğinde bulunduğu kabul edilmiştir. Adaletin gerçekleşebilmesi de ancak "bağımsız ve yansız yargılama" ile olur³⁰.

Adlî yargı, hem *hukuk* hem de *ceza* yargısı anlamındadır. Adlî yargı, kişinin haklarını hukukî ve cezaî olarak güvence altına alır³¹. Anayasanın "Hak arama hürriyeti" kenar başlıklı 36'ncı maddesi bunların başında gelir.

26 TANÖR-YÜZBAŞIOĞLU, age, s. 196.

27 TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1991, s. 227-228.

28 TANÖR-YÜZBAŞIOĞLU, age, s. 196.

29 TANÖR-YÜZBAŞIOĞLU, age, s. 197; TANÖR, age, s. 141.

30 ÇİNE, Özcan, "Bağımsız ve Yansız Yargılanma Hakkı", Türkiye'de İnsan Hakları, TODAİ, 2000, s. 111.

31 AKAD, Mehmet, Genel Kamu Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1997, s. 216.

Anayasanın bu hükmü geneldir; ancak özellikle adli yargı açısından ilk önemli kuraldır. Bu mercilere davacı olarak başvurunun yanı sıra itiraz, temyiz, yeniden yargılanma, karar düzeltme talebiyle başvuru olanakları da ilgili yasalarda düzenlenmiştir. Yine, hakları çiğnenmiş olan herkes yetkili makama başvurma ve zararının tazminini isteme hakkına sahiptir. Bu yol idarî yargıya ve adli yargıya ilişkin olanakları içerir.

Adli yargı yoluna başvuru hakkı, ceza hukukunun ve ceza yargılaması hukukunun temel hak ve özgürlüklerin ve mağdur olduklarını iddia edenlerin hizmetinde olmaları demektir. Bu yardım ve esirgeme özellikle Şu gibi durumlarda öne çıkar ve temel hakkın ya da özgürlüğün korunmasına hizmet eder: kişi dokunulmazlığı, yaşama hakkı, kişinin maddî-manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı, kişi haklarının önemli bir kanadı olan kişilik (şahsiyet) hakları, kişi özgürlüğü ve tutuklanmaya karşı korunma, seyahat ve yerleşme özgürlüğü, konut ve haberleşme dokunulmazlıkları, mülkiyet hakkı, din ve vicdan özgürlüğü, çalışma özgürlüğü, eğitim ve öğrenim hak ve özgürlükleri vb. Ceza hukuku bunlara yapılan saldırı ve ihlalleri inceler, yaptırımlar ve cezalar getirir. Bunlar cezaî şekilde ya da tazminat tarzında olabilir. İhlâl, kamu görevlisinin kusurundan doğmuşsa devlet tazmin eder ve gerekirse ilgili görevliye rücu edebilir³².

Adli yargı yolunda hak aramayı zorlaştıran engeller hukukî ve fiili niteliktedir: “Memur güvenceleri”, idarenin ve kolluk güçlerinin engellemeleri, eğitim ve bilgi eksikliği, malî sorunlar vb. Kamu ajanlarının yargılanabilmesindeki engeller ile kolluk güçlerinin bazı davranışları hak arama hürriyetini olumsuz yönde etkilemektedir. Bir kere, hak ve özgürlükleri ihlal ederken suç da işleyen kamu görevlisinin yargılanabilmesi oldukça zordur. Anayasanın, ceza soruşturması için idarî makamın iznini gerekli sayması (md. 129), 1609 sayılı özel yasanın bazı suçlar için bunu öngörmesi ve özellikle 1913 tarihli Memurin Muhakematı Kanunu’nun memurların işledikleri görev suçlarında ön soruşturma işini idarî kurullara vermesi ve savcıların memurlar hakkında doğrudan doğruya dava açamamaları, memur güvenceleri bakımından olumlu, ama mağdur kişilerin hak arama özgürlükleri açısından olumsuz unsurlardır.

İdarenin ve kolluk güçlerinin hak arama özgürlüğünü doğrudan doğruya engelleyen davranışlarına da rastlanmaktadır. Haklarında kovuşturma dosyası bulunan ve bunu bilerek ve yargılanmak üzere Türkiye’ye gelen bazı siyasi mültecilerin ülkeye sokulmaması bunun tipik örneğidir. Hak arama özgürlüğünün kullanılabilmesini zorlaştıran bir unsur da, insanların büyük bir

³² TANÖR- YÜZBAŞIOĞLU, age, s. 198 ; AKAD, age, s. 216.

bölümünün davalarını mahkeme önüne götürebilecek ve kendilerini vekille savunacak maddî olanaklara sahip bulunmayışlarıdır³³.

b. İdarî Yargıda Hak Arama Hürriyeti

Kamu otoriteleri, zaman zaman yetkilerini keyfi olarak kullanma ve aşma eğilimi içinde olurlar ve keyfi davranmaları ile de siyasî otoritelerin keyfiliklerinden daha çok zarar verirler³⁴. İdare olarak da bilinen kamu otoriteleri, kişiyi doğrudan ilgilendiren hukuksal işlem ve fiziksel eylemleri yapabilme yeteneğine sahiptir. Bu nedenle de kişiyi idare karşısında birtakım yöntemlerle korumak gerekir.

Kişileri kamu otoritelerine karşı koruyan *idarî yargı yolu* Anayasanın 36/1'inci maddesindeki genel hükümden yararlanır; ama bunun dışında özel koruma hükmü de öngörülmüştür. Anayasanın 125/1'inci maddesine göre; "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" Ancak, Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler (AY. md. 105), Yüksek Askerî Şûra (AY. md. 125/2), Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (AY. md. 159/4) ve Sayıştay (AY. md. 160/1) kararları ile uyarma ve kınama cezaları (AY. md. 129/3) yargı denetimi dışındadır. Olağanüstü yönetim usulleri altında yürütmenin durdurulması kararı verilmesi de sınırlanabilir (AY. md. 125/6). İdarî yargı yoluna ilişkin bir sakınca da, idareden bilgi isteme hakkının yeterli güvenceye sahip olmamasıdır.

c. Anayasal Yargıda Hak Arama Hürriyeti

Hak arama konusunda idarî yargı tek başına yeterli bir koruyucu değildir. İdarî işlemin denetlenmesinde ölçü alınan yasa, Anayasaya uygun değilse, idarî yargı denetimi ve bu yolla hak arama hürriyeti de kendilerinden bekleneni sağlayamaz. Bu yüzden anayasa yargısı yalnız hukukun ve Anayasanın üstünlüğünü sağlamak için değil, hak arama hürriyeti açısından da büyük önem taşır³⁵.

Anayasa, kendi hükümleri içinde İnsan Hakları ve Kamu Özgürlüklerinin korunması için genel güvenceler getirmiştir³⁶.

³³ TANÖR, age, s. 147.

³⁴ DEMİRKOL, Ferman, Bağımsız Yargının Fonksiyonları, Kazancı Yayını, İstanbul 1992, s. 43.

³⁵ TANÖR, age, s. 144.

³⁶ MUMCU, Ahmet/ KÜZECİ, Elif, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, 3. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara 2003, s. 309; MUMCU, Ahmet, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, 2. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara 1994, s. 319.

1982 Anayasasının “Hak Arama Hürriyeti” başlıklı 36’ncı maddesine göre; “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.”

Maddenin birinci fıkrasında hak arama “Hakkının” ilk şartı olan yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme hakkı ve hürriyeti hüküm altına alınmış ve bunun tabii sonucu olarak da kişinin yargı mercileri önünde iddia, savunma ve “Adil ve hakkaniyete uygun” yargılama hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Yargılama usulü kanunu ve yargı organı, Anayasa emri olarak, “Adil ve hakkaniyete uygun” yargılamayı sağlayacak şekilde düzenlenecektir.

Maddenin ikinci fıkrasında yargılama usulü hukukunun temel kurallarından biri olan “Mahkemelerin hakkın alınması görevini yerine getirmekten kaçınmayacakları” ilkesi yer almaktadır. Bu ilke uyarınca, mahkemeler önlerine getirilen davaya bakma ve bunu sonuçlandırmaya mecburdurlar. Mahkemelerin tarafsızlığını tehlikeye düşüren bir sebepten dolayı, Hâkimin, Hâkimlik görevini yerine getirmekten alıkonulduğu ve yargılama usulü kanunlarının öngördüğü haller, “Davaya bakmaktan kaçınma” yasağının dışında kalan bir husustur³⁷.

Hak arama hürriyeti Anayasanın 36’ncı maddesiyle güvence altına alınmıştır. Bu maddeye göre herkes, meşru vasıta ve yollardan yararlanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir³⁸. “Meşru vasıta ve yollar” ibaresinden hukuk düzenine uygun vasıta ve yollar anlaşılmalıdır³⁹. Hukukun izin vermediği ve korumadığı vasıta ve usuller hak arama yöntemi olarak kullanılamaz. Hukuk, meşru olan bir hakkı yine kendi belirlediği meşru yöntemlerle korur. Kişiyi hakkına götüren yol, esasta ve usulde meşruluktur. Diğer bir ifadeyle, amacın meşru olması ona götüren vasıtaların da meşru olmasını gerektirir. Hakkı bir talebin haksız yöntemlerle elde edilmeye çalışılması hak arama özgürlüğünün sınırları dışında kalır.

Anayasanın kabul ettiği esasa göre iddia ve savunma hakkının kullanılmasında ancak meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle olabilir. Buradaki “meşru” kelimesi, kanunda gösterilen usuller deyiminden daha geniş anlamı ifade etmektedir. İddia ve savunma hakkının her türlü etkiden uzak

³⁷ İZGİ, Ömer-GÖREN, Zafer, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, C. 2, TBMM B. evi, Ank. , 2002, s. 393.

³⁸ AMK, E: 1970/19, K: 1971/9. T: 21. 1. 1971, AMKD, S. 9, s. 249.

³⁹ AMK, E. 1985/23, K: 1986/2. T: 20. 1. 1986, AMKD. , S. 22, s. 18.

olarak kullanılması esastır. Bir davada tarafların yargı mercileri önünde iddia ve savunmalarını kaygıya kapılmadan, serbestçe yapmaları gerekir. Anayasanın öngördüğü meşru vasıta ve yollara ancak böylelikle başvurulmuş olur. Fakat bir dava sebebiyle söylenmesinde ve yazılmasında zorunluluk bulunmayan yani davanın aydınlığa kavuşmasında ve hakkın meydana çıkmasında etkisi olmayan hakaretlerde bulunulmasında elbette meşruluk vardır denemez. İşte böyle bir halde iddia ve savunma sınırı aşılmış olduğundan haysiyetler de korunmuş olur⁴⁰.

Anayasa, 36'ncı maddesinde, herkesin geçerli araç ve yollardan faydalanarak yargı yerlerinde davacı ya da davalı kimliğiyle iddia ve savunma hakkına sahip olduğunu belirtir. "İddia ve savunma hakkı" birbirini tümleyen ve birbirinden ayrılması olanaksız bir kurum niteliğiyle hak arama özgürlüğünün temelini oluşturur. Uluslararası hukuk kaynaklarında özgün yeri bulunan, hak arama özgürlüğü, değişik alanlardaki özellikleriyle İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 6-12'inci maddelerinde düzenlenmiştir. Bu özgürlük de, öbür hak ve özgürlükler gibi, ancak demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun biçimde yasa ile ve geçici olarak sınırlanabilir. Anayasaya aykırı olarak, açık ya da üstü kapalı sınırlamalar, hangi yolla yapılırsa yapılsın uygun karşılanamaz. İnsan varlığını soyut ve somut değerleriyle koruyup geliştirmek amacıyla hukuksal olanakları 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 Anayasayla bağdaşmaz⁴¹. Kişinin hukuksal yönden geçerli araç ve yollardan hak arama özgürlüğüne sahip olması hukuk devleti ilkesinin temel kurallarından biridir. Temel haklar ve ödevler kapsamındaki bu özgürlük, ancak Anayasanın öngördüğü genel ve özel nedenlerle sınırlanabilir⁴².

Anayasa ile tanınmış hak ve özgürlükleri "ihlal" edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir (Anayasa m. 40/1); devlet, işlemlerinde ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve süreleri belirtmek zorundadır (Anayasa m. 40/2). Yetkili "makam", o "hak ve hürriyetin" ihlâlini önleyebilecek yönetim makamları olduğu gibi; bu makamların gerekeni yapmaması veya

40 AMK, E: 1963/163, K: 36, T: 8. 6. 1965, RG : 4. 10. 1965, S. 12117.

41 AMK, E: 1991/2, K: 1991 /30, T: 19. 9. 1991, AMKD, S. 28. C. 1, s. 116-117.

42 AMK, E: 1993/21, K: 1993 /30, T: 21. 9. 1993, AMKD, S. 31. C. 1, s. 242.

yetkilerinin bulunmaması nedeniyle “yargı merciiler” de olabilir. Anayasanın 36 ve 40’ncü maddesi aslında tek kavramı dile getiriyor. “İnsan Hakkı” da olsa özgürlük de olsa, “bir alacak isteği” de olsa, bunların hepsi özde haktır. Öyle ise genel olarak hak arama özgürlüğü İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri başta olmak üzere her çeşit hak ihlalleri için söz konusudur⁴³.

Anayasa yargısı yolunda hak arama hürriyetinin iki şekli vardır. Bunlar; iptal davası ve itiraz yoluyla hak aramadır.

aa. İptal Davası Yoluyla Hak Arama Hürriyeti

Anayasa yargısının esas fonksiyonu, içinde temel hak ve hürriyetlerin, bunları koruma yöntemlerinin ve ihlalleri halinde hak arama yollarının bulunduğu anayasayı korumaktır. Yasama tasarrufları uygulamaya girip, kişilerin tek tek temel hak ve özgürlükleri üzerinde olumsuz etkilerini göstermeye başladığında bu tasarruflar nedeniyle hak ve menfaatleri zedelenecek kişilerin iptal istemine yetkilerinin olması Anayasa yargısının varlık sebebidir⁴⁴. Hak arama, bir hakka ulaşma kadar bir haksızlığın giderilmesi anlamına da geldiğinden Anayasa Mahkemesinde açılan iptal davası bir hak arama yöntemidir.

1982 Anayasasının 150’ncü maddesine göre; “Kanunların, kanun hükmündeki kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğüne veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, iktidar ve ana muhalefet partisi Meclis grupları ile Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir. İktidarda birden fazla siyasî partinin bulunması halinde, iktidar partilerinin dava açma hakkını en fazla üyeye sahip olan parti kullanır”.

bb. İtiraz Yoluyla Hak Arama Hürriyeti

1982 Anayasasının 152’ncü maddesine göre; “Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır. ”

Anayasa yargısında itiraz yolu ile hak arama hürriyetini kullanabilmenin ilk şartı dâvanın bir mahkemede görülmekte olmasıdır. Anayasa Mahkemesine göre; davaya bakmakta olan mahkeme, *adli, askerî veya idarî* davalara

⁴³ MUMCU/KÜZECİ, age, s. 310; MUMCU, age, 319-320; GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Anayasa Hukuku, 12. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 179.

⁴⁴ ÇINAR, age, s. 117-118.

bakan ve bu davalarda nihaî hüküm vermek suretiyle anlaşmazlıkları çözen her derecedeki mahkemedir. Vergi itiraz ve temyiz komisyonları uyuşmazlığı kesin olarak çözüme kavuşturmadıkları, il ve ilçe idare kurulları da hâkimlerden oluşmadığından mahkeme olarak kabul edilemezler⁴⁵.

Anayasa Mahkemesine göre, 'dava' deyimi, her şeyden önce iki kişi arasında çıkan bir durumu veyahut kendi üzerine suç atılan bir kimsenin cezalandırılması istemiyle savcı tarafından belli bir kimseye karşı ortaya çıkarılan uyuşmazlık durumunu anlatmaktadır. 'Dava' sözünü usul hakkındaki dar anlamında değil, geniş bir anlamda ve mahkemelerin bir karara bağlamakla ödevli oldukları davalar veya çekişmesiz yargıdan sayılan işler anlamında yorumlamak gerekir⁴⁶.

İtiraz yoluna başvuran mahkemenin elindeki davanın sona ermesi durumunda, bakılmakta olan bir davadan söz edilemez. Bu nedenle, itiraz eden mahkemenin elindeki davayı karara bağladıktan sonra, yaptığı başvurular Anayasa Mahkemesince reddedilir⁴⁷. Ancak, Anayasa Mahkemesine sonra davanın herhangi bir nedenle ortadan kalkması ya da sona ermesi durumlarında AYM, aykırılık itirazını incelemeye devam edip, iddiayı sonuçlandırmaktadır⁴⁸. Yargıtayın bozma kararı üzerine mahkemesine geri gelen işin "bakılmakta olan dava" sayılabilmesi için, mahkemenin bozma kararına uyması zorunludur⁴⁹.

C. Uluslararası Belgelerde Hak Arama Hürriyeti

1. Genel Olarak

İç hukuk sistemleri ile uluslararası antlaşmalar hak ve hürriyetlerin birer koruma sistemidir. Diğer bir ifadeyle, hakların ve hak sahiplerinin belirtilecek hak ihlalleri karşısında hak arama yollarının gösterildiği her hukuk sistemi aynı zamanda bir koruma sistemi oluşturur⁵⁰.

10 Aralık 1948'de Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nca kabul ve ilân edilmiş olan ve Türkiye tarafından 6. 4. 1949'da onaylanan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ile 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanıp 3 Eylül 1953'de yürürlüğe girmiş olan ve Türkiye tarafından 10. 3. 1954 tarihinde onaylanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, temel hak ve hürriyetleri korumaya

45 AMK, E: 1964/51, K: 1965/3, T: 12. 1. 1965, AMKD, S. 2, s. 19.

46 AMK, E: 1967/2, K: 1968/36, T: 26. 9. 1968, AMKD, S. 6, s. 262.

47 AMK, E: 1973/47, K: 1973/38, T: 25. 12. 1973, AYMKD, S: 11, s. 368-369.

48 AMK, E: 1966/31, K: 1967/45, T: 18. 12. 1967, AYMKD, S: 5, s. 247-248.

49 AMK, E: 1972/47, K: 1972/5, T: 21. 11. 1972, AYMKD, S: 10, s. 565-570.

50 AKILLIOĞLU, Tekin, İnsan Hakları, AÜSBF Yayını, Ankara 1995 s. 284.

yeterli olamayacağı fikri benimsenmiş ve ilerleyen dönemler içinde çeşitli denetim mekanizmaları da oluşturulmuştur. Ancak, temel hak ve hürriyetlerin korunmasında ilk ve asıl görevli olan egemen devlettir⁵¹. Uluslararası koruma tali niteliktedir. Bu nedenle de gerek İHEB, gerekse AİHS, asıl korumanın iç hukukla sağlanması gerektiğini belirten kurallar getirmektedir.

Bu belgelerde, iç hukukla düzenlenmesi istenilen kurallardan, temel hak ve hürriyetleri koruma konusunda en etkili olanı “hak arama hürriyeti” (etkili başvuru yolu, şikâyet hakkı) olup; temel hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkesin, belirlenen ulusal makamlar önünde bu ihlâlin kaldırılmasını ve hatta tazminini isteyebilme hakkını ifade etmektedir⁵².

İHEB'nin 8'inci maddesine göre; “Her şahsın kendisine anayasa veya kanun ile tanınan temel haklara aykırı işlemlere karşı etkin sonuç verecek şekilde yetkili ulusal mahkemelere başvurma hakkı vardır”. Ancak bu hüküm, “hak arama hürriyeti” ya da “etkili başvuru yolu” kavramını tam olarak kapsamaktan uzaktır. Çünkü, ihlâllere karşı nihaî çözüm olan ‘yargı yolu’nu öngörmekle birlikte, diğer ulusal makamları dışlar görünmektedir.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca 16. 12. 1966 tarihinde kabul edilip 23. 3. 1976'da yürürlüğe giren ve Türkiye tarafından 14. 8. 2000'de imzalanan Medenî ve Siyasî Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 2'nci maddesinin 3'üncü bendine göre;

-“Bu sözleşmeye taraf olan her devlet; Bu Sözleşme ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkese, bu ihlâl resmî görevi yerine getiren kişiler tarafından yapılmış dahi olsa, etkili bir başvuru yolu sağlamayı (Md. 2/3-a);

-Bu başvuruyu yapan kişinin söz konusu hakkın yargısal, idarî veya yasa organınca yahut ilgili devlet mevzuatınca yetkilendirilen başka bir merci tarafından karara bağlanmasını sağlamayı ve yargı yoluna başvurma imkânını genişletmeyi (Md. 2/3-b);

-Başvurunun haklı bulunması halinde gereğinin yetkili mercilerce yerine getirilmesini sağlamayı (Md. 2/3-b); taahhüt eder”.

AİHS'nin “Etkili Başvuru Hakkı” başlıklı 13'üncü maddesine göre; “Bu Sözleşmede tanınmış olan hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, ihlâl fiili, resmî görevlerini ifa eden kişiler tarafından, bu görevlerin ifası sırasında yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili başvuru hakkına sahiptir”.

51 GÖLCÜKLÜ, A. Feyyaz- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara 1994, s. 299.

52 ÇINAR, U. Sevinç, Temel Hakları Koruma Yöntemlerinden Biri Olarak Hak Arama Hürriyeti, (Doktora Tezi), Konya, 1998, s. 42.

Hak arama hürriyeti veya etkili başvuru yolu olarak adlandırılan bu koruma yönteminde; ilk olarak yürütmenin (idarenin) temel hak ve hürriyetleri ihlâl etmesi halinde, kişinin bu organa ya da iç hukukta gösterilen diğer bir organa (makama-mercie) başvurmasının sağlanması gerekmektedir. Taraf devletler için bir zorunluluk bulunmamakla birlikte kimi ulusal mevzuata göre, yasama organının temel hak ve hürriyetleri işlemleri ile ihlâli halinde, başvurulacak bir makam da gösterilmektedir.

AİHS'nin 13'üncü maddesine göre, temel hak ve hürriyetlerin ihlâli halinde, bu ihlâlin tespitini, ortadan kaldırılmasını, tazminini sağlayacak, nihai çözüm yeri olan yargının "etkili başvuru yolu" içinde gösterilmesi zorunludur. Sözleşme'de etkili başvurunun fiilen nasıl uygulanacağını gösterilmemiştir⁵³.

Şikâyetçi Komisyona başvurmadan önce iç hukuktaki bütün başvuru yollarını başından sonuna kadar etkin bir şekilde kullanarak tüketmelidir. Başvuru yollarına, kanun yolu olarak mahkemeye başvuru olduğu kadar, idarî makamlara şikâyet yöntemi de dahildir. Ancak, iç hukuktaki bu yolların, yapılan haksızlığı gidermek açısından elverişli ve uygun olması ve olumlu sonuç vermesi gerekir⁵⁴.

Eğer taraf devlet, Sözleşmedeki etkili başvuru kuralına rağmen bu yolu "herkese" sağlamamış veya hazırlamamış ise, hak ve hürriyeti ihlâl edilen kişinin, Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna başvurabilmesi daha doğrusu başvurusunun kabul edilmesi için gereken ön şart olan "iç hukuk yollarının tüketilmesi" şartı aranmayacaktır⁵⁵. Bu nedenle, iç hukuktaki başvuru yolunun yapılan ihlâli telafi etmek açısından yetersiz olduğunun anlaşılması halinde, Komisyon bu şartın yerine getirilmesini aramamaktadır. Örneğin, Komisyona göre, şikâyet yüksek mahkeme nezdinde kanun yoluna ancak, bu mahkemenin işin esası hakkında inceleme yetkisinin bulunması halinde başvurmalıdır. Mahkeme işin esasına girmeyip sadece hukuk normunun doğru uygulanıp uygulanmadığını denetliyorsa, hiçbir olumlu sonuç alınmayacağından bu yola başvurmaya gerek yoktur. Şikâyet de bu yüzden geri çevrilmez.

Türk Yargıtayı hem hukukî, hem de maddî sorunları incelediğinde Komisyona başvurmadan önce, karar mutlaka Yargıtay nezdinde temyiz edilmelidir. Bununla beraber, Yargıtayın kökleşmiş içtihadına göre temyiz talebinin reddedilmesi kuvvete muhtemelse, Komisyon, bu gibi durumlarda da iç hukuk-

53 ÇINAR, age, s. 43.

54 ÜNAL, Şeref, Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s. 176.

55 AKILLIOĞLU, age, s. 324.

taki başvuru yollarının tüketilmiş olması şartını aramamaktadır⁵⁶. Ayrıca, iç hukukta böyle bir yolun bulunmaması, aynı zamanda bir temel hak olan “hak arama hürriyetinin” kişiye tanınmaması anlamına da geldiğinden doğrudan doğruya şikâyet sebebi olacaktır. Yine AİHS'nin 13'üncü maddesi ile hüküm altına alınmış bu koruma yönteminin varlığının kabulü için, iç hukukta, bu yolun tanınmış, gösterilmiş olması yetmemekte, aynı zamanda “etkili” olması da gerekmektedir. Ancak, bir başvurunun reddedilmiş olması, ilgili makamın etkili başvuru yeri olmadığı anlamına gelmemektedir⁵⁷.

Yine, teorik olarak mevcut olmakla beraber, uğranılan haksızlık ve zararı telafi etmekte yetersiz olduğu anlaşılan başvuru yollarının kullanılmasına da gerek yoktur⁵⁸.

Sonuç olarak, AİHS, 13'üncü maddesiyle; taraf devletlere, temel hak ve hürriyetleri ihlâl edilen kişilerin başvurup, bu ihlâlin ortadan kaldırılmasını isteme hakkı ve bu hakkın hayata geçirilmesi için sonuca varıp, işi çözümlenecek etkili, yetkili makamlar bulundurmaları yükümünü getirmektedir. Ancak, yine o ülkede yaşayan herkesin, temel hak ve hürriyetlerine yapılan ihlâller nedeniyle haklarını arayabilecekleri nihaî yol olan yargı yolunun sağlanması, zorunluluğu da getirilip, bunun uygulanmasına ilişkin asgarî usul kuralları 6'ncı madde ile ayrıca ve açıkça hüküm altına alınmıştır.

2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Hak Arama Hürriyeti (Adil Yargılama)

AİHS'nin “adil yargılama” olarak da adlandırılan 6'ncı maddesinde yargı yolu ile hak arama hürriyeti düzenlenmiştir.

Mahkemelerin iyi çalışmasını isteme hakkı da diyebileceğimiz bu hakka göre, bir kimsenin ceza ve hukuk davasına bakacak mahkemenin bağımsız, tarafsız ve kanunî olması gerekmektedir (AİHS md. 6; 1982 Anayasası md. 138, 140-141). Mahkemenin bağımsız, tarafsız ve kanunî olması, Strasbourg Kurumları'nın içtihatlarıyla açıklık kazanmaktadır. Buna göre, mahkemenin bağımsız olması, onun başka bir kişi yahut organdan emir almaması, özellikle yürütme organının etki alanı dışında bulunması, üyelerinin her türlü etkinin dışında bulunması anlamına gelmektedir. Mahkemenin tarafsız olması, subjektif (mahkeme üyesi hâkimin birey sıfatıyla, bireysel tarafsızlığını) ve objektif (kurum olarak mahkemenin kişiye güven, tarafsız görünüm, makul her türlü şüpheyi ortadan kaldırır nitelikte bir izlenim bırakması) tarafsızlığı

⁵⁶ ÜNAL, age, s. 177.

⁵⁷ AKILLIOĞLU, age, s. 324.

⁵⁸ ÜNAL, age, s. 177.

ifade etmektedir. Mahkemenin kanunî olması ise, mahkemenin hem kuruluş ve yetkileri itibarıyla, hem de yargılama usulünün yürütme organının düzenleyici işlemleriyle değil, yasama organı tarafından dava konusu olay ortaya çıkmadan önce, kanunla kurulmuş olması anlamına gelmektedir. Divana göre, bununla kişi yahut olaya göre yargılama makamı oluşturmak gibi keyfiliklerin önlenmesi amaçlanmaktadır¹.

Ülkemizde, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, hür demokratik düzen ve nitelikleri Anayasa'da belirtilen (md. 2) Cumhuriyet aleyhine işlenen ve doğrudan doğruya Devletin iç ve dış güvenliğini ilgilendiren suçların yargılaması için kanunla Devlet Güvenlik Mahkemeleri kurulmuştur (DGMKYUHK md. 1).

Devlet Güvenlik Mahkemeleri, Fransa ve Almanya'da da kurulmuştur. Almanya'da Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin bir dairesi Devlet Güvenlik Mahkemesi olarak çalışmaktadır⁵⁹.

Sözleşmenin 6'ncı maddesine göre;

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

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

3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

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

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

c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve

⁵⁹ GÖZLÜGÖL, Said, Vakkas, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz Etkisi, Ank. , 1999, s. 120-122.

adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;

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

e) Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak⁶⁰.

Sözleşmenin 6'ncı maddesi bireyin medenî hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi veya suçlanması durumunda adil ve açık yargılanma hakkını teminat altına alır. 6'ncı maddenin birinci paragrafı hem medenî hem de ceza yargılamalarına uygulanır, ancak ikinci ve üçüncü paragrafların sadece ceza davalarına uygulanabileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte, belirli şartlarda bu paragraflar medenî yargılamalara da uygulanabilir⁶¹.

Adil yargılanma hakkı, ceza kanunlarının geriye yürümezliği (AİHS md. 7), ceza konularında itiraz hakkı (7 Nolu Protokol md. 2), haksız mahkûmiyet durumunda tazminat hakkı (7 Nolu Protokol md. 3) ve aynı suç nedeniyle iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı (7 Nolu Protokol md. 4) ile yakından ilgili bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle, Sözleşme'ye Ek 7 Nolu Protokol adil yargılama hakkına yeni unsurlar katmış bulunmaktadır. Özellikle, 7 Nolu Protokol'ün 4'üncü maddesi hükmü, hiçbir zaman herhangi bir nedenle askıya alınmayacak ve Sözleşme'nin 15'inci maddesi çerçevesinde askıya alınmaya konu olamayacaktır⁶².

a. Hak Arama Hürriyetinin (Adil Yargılamanın) Konusu

AİHS'nin 6/1'inci maddesi, "Herkes, gerek medenî hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezaî alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir." demek suretiyle, adil yargılamanın konusunu genel olarak, medenî davalar ve ceza davaları olarak belirlemiştir.

Komisyon ve Mahkeme kararlarında özel hukuk alanındaki hak ve yükümlülük kavramlarının açık bir tanımı yapılmamıştır. Gerçek ve tüzel kişiler arasındaki özel hukuk ilişki ve nizalarının medenî davalar olduğunda herhangi bir tereddüt yoktur. Diğer bir ifadeyle, gerçek kişiler arasındaki

⁶⁰ MOLE, Nuala- HARBY, Catharina, Adil Yargılanma Hakkı, İnsan Hakları Kitapları, No. 3, s. 5.

⁶¹ MOLE- HARBY, age, s. 6.

⁶² GÖZLÜGÖL, age, s. 124-125.

haksız fiilden kaynaklanan tazminat talepleri, akdî ilişkilerden kaynaklanan hak ve yükümlülükler, aile hukuku alanındaki uyuşmazlıklar gibi geleneksel özel hukuk uyuşmazlıkları 6'ncı madde kapsamındadır. Ayrıca kişinin hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi açısından sonuç doğuran bütün idarî tasarrufların da madde kapsamına girdiği kabul edilmektedir.

Komisyon, ilk kararlarında söz konusu hükmün idarî tasarruflar ve davalar konusunda uygulanmayacağı görüşünü savunmuştur. Örneğin, Avusturya ile ilgili Ringeisen olayında, adı geçen, bir tarım arazisinin satışı akdinin onaylanması için Bölgesel Arazi Satım Komisyonuna başvurmuş ve talebinin reddi üzerine de Komisyona şikâyetle bulunmuştur. Ancak Komisyon, olayın idarî niteliğini göz önüne alarak, konunun 6'ncı madde kapsamına girmediğini kararlaştırmıştır. Olayın daha sonra AİHM'ne intikal ettirilmesi üzerine, Mahkeme aksi görüşü savunarak, özel hak ve yükümlülüklerle ilişkin bütün uyuşmazlıkların 6'ncı madde çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini kararlaştırmıştır. Mahkemeye göre, olay hakkında uygulanan kanunların niteliği de önemli değildir. Bunlar ister hukukî, ister ticarî ve isterse idarî kanunlar olsun ve olaya idarî bir makam veya mahkemeden hangisi bakarsa baksın, konu somut olayda olduğu gibi özel bir hak ve yükümlülüğü ilgilendirdiği takdirde, 6'ncı madde uygulanmalıdır. Mahkeme somut olayda, Bölgesel Komisyonun idare hukuku kurallarına göre verdiği ret kararının hukukî işlem açısından doğurduğu sonucu ve olayın hukukî niteliğini göz önüne alarak, Avusturya'nın 6'ncı maddeyi ihlâl ettiğini kararlaştırmıştır.

AİHM daha sonra da kararlarında bu görüşünü geliştirerek, kamulaştırma, inşaat ruhsatı verilmesi; aynı şekilde bir meslek veya ekonomik faaliyetin icrası için yapılan ruhsat başvurularının geri çevrilmesine ilişkin kararlar dolaısıyla çıkan uyuşmazlıkları da 6'ncı madde kapsamına almıştır. Bir hukukçunun avukatlık stajı için yaptığı başvurunun meslek kuruluşunca reddedilmesi, bir gaz şirketi kurmak için istenilen izin talebinin geri çevrilmesi, toplu taşımacılık veya alkollü içki satışı ruhsatının geri alınması gibi uyuşmazlıklar bu uygulamaya örnek olarak gösterebilir. Buna karşılık, Komisyon ve Mahkeme, seçme ve seçilme hakkı gibi siyasî haklar, kamu görevinde istihdam edilme hakkı, iltica hukuku, salınan vergiye itiraz, şartlı salıverme talebinin reddi gibi salt kamu hukukuna ilişkin konularda çıkan uyuşmazlıklarda, 6'ncı maddenin uygulanamayacağı görüşündedir⁶³. Kamu hukukunun konusuna giren işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar da Komisyon ve Divan tarafından daha başlangıçta reddolunmamaktadır. Komisyon ve Divan, şikâyet konusu uyuşmazlık, kamu hukukundan kaynaklanmakla birlikte "kişiyi etkiliyor" ise şikâ-

63 ÜNAL, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara 2001, s. 166 (Avrupa İnsan. .)

yet konusunu incelemektedir. Örneğin, idarî yargının konusuna giren her işlem, şikâyet konusu yapıldığında incelenmemekte, bu işlemler sonucunda kişinin temel hak ve hürriyetini etkileyen bir sonuç doğuruyorsa inceleme konusu yapılmaktadır. Zira, Komisyon ve Divana göre olaya uygulanan kanunun niteliği önemli değildir. Bu kanunlar ister hukukî, ister ticarî ve isterse idarî kanunlar olsun ve olaya idarî bir makam ya da mahkeme baksın, somut olayda kişinin özel hukuk alanını da ilgilendiriyor veya etkiliyorsa, 6'ncı maddenin uygulanması gerektiğine karar vermektedir. İnşaat ruhsatı verilmesi isteminin reddi, bir meslek veya faaliyetin icrası için istenilen izin, idarî yargının temel ilkelere uygun işlemediği yolundaki itiraz, kamulaştırma, mülkiyet hakkına ilişkin uyuşmazlıklar Komisyon ve Divan tarafından 6'ncı madde kapsamında görülebilmektedirler.

Sözleşmenin 6'ncı maddesinin uygulanacağı diğer alan, ceza yargılaması, yani kişi aleyhine suç sebebiyle kovuşturmaya geçilmesiyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar devam eden süreçtir. Bu alanda, 6'ncı maddenin uygulanabilmesi için öncelikle kişiye yapılmış bir "suç isnadı", resmî bildirim gerekmektedir. İsnadın suç olup olmadığına millî hukuka göre belirlenmesi gerekmele birlikte, Komisyon ve Divan "suç isnadı"nın ulusal nitelermelerden bağımsız olarak değerlendirmektedir.

Divan, kişinin bir suç işlediğinden şüphelenip, bu nedenle yakalanıp, tutuklanması veya hakkında soruşturma açılmasını suç isnadı olarak belirtmek ve 6'ncı madde kapsamında görmektedir.

Genellikle ilgili devlet, hangi davranışların suç olarak değerlendirileceğine karar vermekte özgürdür. Ulusal hukukun suç saydığı fiil Sözleşmeye göre de suçtur. Ancak, ulusal hukukun suç saymadığı bir fiil Sözleşmeye göre suç sayıldığı takdirde problem çıkmaktadır. Çünkü, eğer ulusal hukuk fiili suç saymıyorsa, kendi iç hukukunda, Sözleşmenin 6'ncı maddesine tekabül eden kuralı uygulamamaktadır (cezaevi ile ilgili düzenlemeler ya da askeri disiplinle ilgili durumlarda olduğu gibi). Bu durumlar Divan genellikle ceza ile ilgili kabul ederek, 6'ncı maddenin uygulanması gerektiğine karar vermektedir⁶⁴.

b. Adil Yargılamanın Unsurları

AİHS'nin 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında herkesin "...yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahip" olduğu belirtilmektedir. Söz konusu fıkrada, adil yargılama kavramını oluşturan unsurların bir kısmı açıkça sayılmıştır. Bunlar, dâvanın a)kanunla kurulan, b)bağımsız ve tarafsız, c) mahkeme önünde, d)makul sürede, e)açık

⁶⁴ HAZIR, age, s. 48-49.

duruşmada görülmesidir. Sözleşmenin 6'ncı maddesinde sayılan güvenceler, her ne kadar ceza davasında sanık için öngörülmüş iseler de, gereğinde medenî hak yargılamasında da uygulama bulacaklardır⁶⁵. Buna göre, adil yargılamanın unsurlarını aşağıdaki şekilde sıralamak mümkündür:

aa. Bir Mahkemeye Başvurma Hakkının Olması

Sözleşme tarafından koruma altına alınmış hak ve hürriyetlerin gerçekten korunduğundan söz edilebilmesi için , devletin hak ve hürriyetlerin kullanımını sağlayacak tedbirlerin alınması ve mahkeme yolu ile hak ve hürriyetleri aramanın önündeki engellerin kaldırılması gerekmektedir. Kişilerin nitelikleri aşağıda belirtilen bir mahkemede hak arama özgürlüğüne sahip olması ve mahkemeye başvuru konusunda hiçbir engelle karşılaşmamları gerekmektedir⁶⁶. Bu hakkın kullanılması, ceza ve hukuk davaları açısından farklılıklar göstermektedir.

Hukuk davaları bakımından yargı organları önünde hak arama özgürlüğü, ilk kez İngiltere ile ilgili Golder olayında kabul edilmiştir. Olayda hükümlü olan şikâyetçi, cezaevinde çıkan bir olayda bir cezaevi görevlisi tarafından tartaklanmış ve onun hakkında tazminat davası açmak için avukatıyla temasa geçmek istemesi Adalet Bakanlığınca engellenmiştir. Komisyon, 1 Haziran 1973 tarihli raporunda, Sözleşmenin 6/1'inci maddesinin hukuk davası açma hakkını da güvence altına aldığından bahisle, şikâyetçinin avukatıyla bu konuya ilişkin yazışmasının engellenmesini Sözleşmeye aykırı bulmuştur. Komisyonun bu görüşü, daha sonra 21 Şubat 1975 tarihinde AİHM kararıyla da teyit edilmiştir.

Kuşkusuz, kanun yoluna başvuru hakkı da diğerleri gibi mutlak olmadığından, devletler bu hakkın kapsamını belirleyerek kullanılma şartları açısından düzenleme yapabilirler. Ancak, bu arada hakkın özüne hiçbir şekilde dokunulmamalıdır⁶⁷.

Hukuk davası açmak için Mahkeme masraflarını karşılayacak veya bazı davalarda istenilen teminatı gösterecek malî imkânlardan yoksun olmak, bazen hak arama özgürlüğü önünde bir engel teşkil edebilir. Örneğin, İrlanda ile ilgili Airey olayında, AİHM Sözleşmenin 6/1'inci maddesinin ihlâl edildiğine karar vermiştir. Olayda, adı geçen şikâyetçi kendisi için hayatî tehlike yaratan kocası aleyhine ayrılık davası açmak istemişse de, kendisi davasını bizzat savunacak

⁶⁵ GÖLCÜKLÜ, A. Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde "Adil Yargılama", Prof. Dr. İlhan ÖZTRAK'a Armağan, AÜSBFD, C. 49, S. 1-2, Ocak-Haziran , 1994, s. 200-201.

⁶⁶ AKILLIOĞLU, age, s. 314; ÜNAL, s. 173-174.

⁶⁷ ÜNAL, s. 173-174.

durumda bulunmadığı ve avukat tutacak parası da olmadığı için davayı açmamıştır. Mahkeme, somut olayda şikâyetçinin mahkemeye başvuru hakkının engellendiğini kabul etmiş, ancak devletin her davada adli yardımda bulunmak zorunda olmadığına işaretlerle, hak arama özgürlüğünün basit muhakeme usulüyle de güvence altına alınabileceğine dikkati çekmiştir⁶⁸.

Ceza hukuku alanındaki davalar açısından ise, mahkemeye başvuru hakkı mutlak bir hak değildir. Dolayısıyla, yetkili makamlar, örneğin savcılık kişi hakkında takipsizlik kararı vermişse, artık o kişi olay hakkında mutlaka bir mahkemenin karar vermesi için ısrar edemez. Ancak, savcılık veya herhangi bir idarî makamın kişi aleyhine karar vermesi halinde, mahkemeye başvuru yolu açık tutulmalıdır. Türkiye ile ilgili Gürdoğan ve diğerlerinin başvurularında da (Başvuru No: 15202-5/89) şikâyetçiler, işkence ve küçük düşürücü muameleye maruz kaldıkları halde, yargı yoluna başvurmalarının engellendiğini iddia etmişlerdir. Söz konusu başvurular, kendilerine kişi başına 300'er bin Fransız Frangı tazminat ödenerek dostane çözüm yoluyla sonuçlandırılmıştır.

Anayasanın 125'inci maddesine göre, ülkemizde, "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." Bu ilkenin tek istisnası, yine Anayasanın 159'uncu maddesinde yer almıştır. Buna göre, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz⁶⁹. Sözleşmeye göre kanun yoluna başvurma hakkı da "dâva hakkı" kapsamı içinde görülmektedir.

bb. Kanunla Kurulmuş, Bağımsız ve Tarafsız Mahkeme Olması

Mahkemenin kanunla kurulmuş olması şartı, onun mutlaka yargı erki içinde yer almasını gerektirmez. Nitekim, AIH Komisyonu ve AIHM, düzenli mahkemeler dışında bir çok organı Sözleşmenin 6'ncı maddesi anlamında Mahkeme olarak kabul etmiştir. Örneğin, askerî, veya cezaevi disiplin komisyonları, meslek disiplin kurulları, arazi satış onay komisyonları, toprak reformu komisyonları ve hakem mahkemeleri gibi bir çok organ kanunla kurulmuş Mahkeme sayılmıştır⁷⁰. Bu konuda *kanunî mahkeme*, *bağımsız mahkeme* ve *tarafsız mahkeme* deyimlerinin açıklanması gerekmektedir⁷¹.

Sözleşmenin 6'ncı maddesinde yer alan "mahkeme" kavramı ile; kanunla kurulan, bağımsız, tarafsız ve yargılama usulü güvencesine sahip bir ma-

68 ÜNAL, (Avrupa İnsan. .) s. 176.

69 ÜNAL, (Avrupa İnsan. .) s. 176-177.

70 ÜNAL, (Avrupa İnsan. .) s. 168.

71 KORKUSUZ, M. Refik, Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlükler, İstanbul 1998, s. 107.

kam anlaşılmalıdır⁷². Diğer bir ifadeyle mahkeme; bir davaya bakan, hâkim niteliğindeki kişilerden kurulu, yargı yetkisine haiz ve uyuşmazlığı esastan çözen makamdır⁷³. Şüphesiz mahkeme, tabii hâkim (kanunî hâkim) güvencesini de kapsamaktadır. Kanunla kurulmuş olmakla birlikte, olağanüstü bir nitelik taşıyan mahkeme “tabii hâkim” ilkesine aykırıdır⁷⁴. Mahkeme, yargılanacak uyuşmazlıktan önce kanunla kurulmalı ve yetkilendirilmelidir. Kişi ve olaya göre yargılama mercii kurmayı engelleyen, dâva açılmadan önce kurulup, yargılama usulünün yasama organı tarafından yasa ile belirlendiği bir mahkeme olmalıdır.

Sözleşmedeki anlamında “mahkeme” kavramı ile “yargısal rol” ve “adli fonksiyona” sahip bulunan, görevine giren konularda belli bir usul izleyerek ve hukuk kurallarına dayanarak, gereğinde devlet zoruyla yerine getirilmesi mümkün kararlar verme yetkisini sahip olan makam anlaşılmalıdır. Yalnız görüş bildirmekle görevli makamlar mahkeme değildir. Organın yukarıda belirtilen nitelikleri taşımak kaydıyla genel ve olağan yargılama mercileri grubu dışında yer alması veya yargısal fonksiyon yanında başka görevler de yürütmekte olması kendisinin mahkeme sayılmasına engel olmaz. Tam kaza yetkisine, yani dâva konusu olayı hem fiil hem de hukuk açısından inceleme yetkisine sahip bulunmayan merciler de mahkeme sayılmazlar⁷⁵.

Mahkemenin bağımsız olması, herhangi bir kişi, makam yahut organdan emir almamak, özellikle yürütme erki ve davadaki tarafların etki alanı dışında olmak demektir. Mahkemelerin ve hâkimlerin bağımsız olması, hak arama hürriyetinde, adil yargılamanın bir ön şartı ve unsurudur. AİHM, bir mahkemenin bağımsızlığını araştırırken, üyelerinin atanma ve görevden alınma usulüne, görev süresine, üyelere emir verme yetkisine sahip bir makamın mevcut olup olmadığına, üyelerin her türlü etkiden korumasını sağlayacak önlemlerin alınıp alınmadığına ve nihayet, mahkemenin, global bir değerlendirme ile, “bağımsız bir görünüm” verip vermediğine bakmaktadır⁷⁶. Adil yargılamadan bahsedebilmek için yargılamayı yapacak mercilerin

72 GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, age, s. 279.

73 ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1993, s. 374.

74 DONAY, Süheyl, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, Fakülteler Matbaası, İst. 1982, s. 73

75 GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, age, s. 280.

76 GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, age, s. 281.

Sözleşmede yer aldığı şekliyle bağımsız olması gerekmektedir. Bu bağımsızlık hem yürütmeye hem de yasamaya karşı olmalıdır⁷⁷.

Mahkemenin tarafsızlığı, dâvanın çözümünü etkileyecek bir ön yargı yokluğu; özellikle mahkemenin veya mahkeme üyelerinden bazısının taraflar düzeyinde, onların leh ve aleyhindeki bir duyuya ya da çıkara sahip olmaması demektir. AIHM, tarafsızlık kavramını objektif ve sübjektif olmak üzere iki ayrı açıdan ele almaktadır.

Mahkeme, tarafsızlık kavramını *objektif* ve *sübjektif* olmak üzere iki ayrı açıdan ele almaktadır: *Sübjektif tarafsızlık*, mahkeme üyesi yargıcın birey sıfatıyla, kişisel tarafsızlığı; *objektif tarafsızlık* da kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenim, yani hak arayanlara güven veren, tarafsız bir görünüme sahip bulunması; tarafsızlığı sağlamak için alınmış bulunan tedbirlerin oranının tarafsızlığı konusunda makûl her türlü şüpheyi ortadan kaldırır nitelikte olmasıdır⁷⁸.

Avrupa İnsan Hakları Divanı, yürütme gücüne ait herhangi bir organ ya da kişiye dâva açma yetkisi verilmesini, bu kişinin yargılama makamına katılmasını mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine aykırı görmektedir⁷⁹.

cc. Yargılamanın Makul Sürede Yapılması

Sözleşmenin 6/1'inci maddesi yargılamanın "makul bir süre içinde" bitirilmesi gerektiğini hüküm altına almaktadır. Ancak, dava konusu her olaya uygulanabilecek standart bir makul süre tespiti mümkün değildir. Bu nedenle Komisyon ve Divan, her somut olayda, olayın özelliklerine göre, sürenin makul olup olmadığını araştırıp, sonucuna göre bir karar vermektedir. Komisyon ve Divan sürenin makul olup olmadığını araştırırken, yargılamanın aldığı süre ile birlikte, şikâyetçinin bu sürenin uzamasında kusuru olup olmadığını, idarî otoritelerin tutumunu, yargılama makamlarının tutumunu ve dava konusunun niteliğini incelemektedir⁸⁰. Yargılama süresinin makul bir süre olup olmadığının tespitinde asıl önemli olan, gecikmenin kamu makamlarının davranışlarından kaynaklanıp kaynaklanmadığının araştırılmasıdır⁸¹. Dava konusunun niteliği, hukukî meselenin çözümündeki güçlük, karmaşıklık, delillerin toplanmasındaki zorluklar olarak kabul edilmektedir. Şikâyet-

⁷⁷ ÖZGE, Eralp, Adil Yargılama Hakkının Boyutları, Çağdaş Hukuk Dergisi, 1997, s. 12-13.

⁷⁸ GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, age, s. 282.

⁷⁹ ÇINAR, age, s. 53.

⁸⁰ ÜNAL, (Avrupa İnsan. .) s. 180; ÇINAR, age, s. 55.

⁸¹ ÜNAL, (Avrupa İnsan. .) s. 180.

çinir davanın uzamasında bir, kusuru yoksa, dava dosyası uzamayı gerektiren bir dosya değil ise, yargılama, idarî ya da yargılama makamlarının tutumu nedeni ile uzamışsa Divan, makul sürenin aşıldığına karar vermektedir.

Bu nedenle, taraf devletler, idarî ve yargı teşkilatlarını davaları makul süre içerisinde bitirecek şekilde örgütlemek ve düzenli olarak çalışmalarını sağlamakla yükümlüdürler.

Yargılama süresinin başlangıcı ve sonu mahiyetleri gereği, hukuk (medenî hak) ve ceza davalarında farklı olmaktadır.

Hukuk davalarında süre, dava dilekçesinin yargılama makamına verilmesi ile başlar. Ancak, ulusal mevzuat mahkemeye başvurmadan önce, bir idarî makama başvuruyu öngörmüş ise, süre bu tarihten başlar. Yargılama sürecinin tamamı bu süreye katıldığı gibi, hükmün verilmesinden sonraki istinaf (varsa), temyiz yollarını da kapsar.

Ceza davalarında sürenin başlangıcı, kişinin bir suçla itham edildiği, daha doğrusu ithamdan herhangi bir kovuşturma işlemi yapılmak suretiyle sanığın haberdar olduğu andan başlar. Sürenin sonu ise, kanun yolları da dahil olmak üzere, yargılamanın kesin hükümle sonuçlandırıldığı tarihte biter⁸².

Davada uygulanacak kanun hükmünün anayasaya aykırılığı nedeniyle, Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılmasından, bu mahkemeden kararın çıkmasına kadar geçen süre, makul süre hesabına dahil edilmez. Ancak, eğer Anayasa Mahkemesinin vereceği karar davanın esasını etkileyecek nitelikte ise, bu süre de hesaba dahil edilir⁸³.

Geciken adaletin adalet olmadığı deyimi bütün hukuk sistemlerinde mevcuttur.

dd. Yargılamanın Alenî Yapılması

Dar anlamda aleniyet, tarafların mahkeme huzurunda açık duruşmada dinlenilmeleri ve kararın açıkça verilmesi, isteyenlerin de yargılamayı izleyebilmelerini kapsar. AİHS'nin 6/1'inci maddesine göre, hüküm açık celsede verilir; ancak demokratik bir toplumda genel ahlâk, kamu düzeni ve millî güvenlik yararı veya küçüklerin korunması ya da dava taraflarının özel hayatlarının gizli tutulması gibi nedenlerle veya davanın açık celsede görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basma ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir. Yargılamanın ilke olarak kamuya açık olması, adil yargılanma hakkı açısından dava tarafları

⁸² ÇINAR, age, s. 56; ÜNAL, (Avrupa İnsan. .) s. 180.

⁸³ ÇINAR, age, s. 56.

için bir güvence olduğu kadar, kamuoyunun yargıya olan güven, saygı ve bağlılığını da arttırır⁸⁴.

*Geniş anlamda aleniyet ise, yukarıda sayılanlara ek olarak tarafların dosyada mevcut, her türlü bilgi ve belgeye ulaşabilmelerini kapsar*⁸⁵.

Sözleşmenin 6/1'inci maddesi ile, geniş anlamda aleniyetin sağlanması, yani duruşmaların taraflara ve kamuya açık bir şekilde yapılması, hükmün açık celsede verilmesi, bilgi ve belgeye ulaşılması koruma altına alınmıştır.

Komisyon ve Mahkemeye yapılan başvurularda, şikâyetler çoğunlukla kanun yollarına başvurulması halinde, üst mahkemelerdeki incelemelerin de duruşmalı ve kamuya açık yapıp yapılmayacağı konuları üzerinde yoğunlaşmıştır. Bu ilkelerden ilk derecede mahkemelerinde sapılması ise hiçbir şekilde kabul edilmemektedir. Komisyon ve Mahkeme, istinaf ve temyiz gibi kanun yollarına başvurulduğu durumlarda, üst mahkemelerdeki incelemenin duruşmalı ve kamuya açık olup olmayacağını yapılan incelemenin niteliğine göre belirlemektedir. İnceleme sadece hukukî sorunlara inhisar ediyorsa, duruşma yapmaya gerek yoktur. Buna karşılık, hukukî sorunlarla birlikte işin esası da inceleme konusu yapılıyorsa, dava duruşmalı ve kamuya açık olarak görülmelidir⁸⁶.

Alenî yargılama kuralının istisnaları da aynı fıkranın son cümlesinde belirtilmiştir. Buna göre; "kamu düzeninin veya millî güvenliğin veya ahlâkın veya küçüğün menfaati veya davaya taraf olanların korunması veya adaletin selametine zarar verecek hâllerde, mahkemece zorunlu görülen ölçüde, aleniyet dâva süresince tamamen veya kısmen basın mensupları ve halk hakkında kısıtlanabilir". Bununla birlikte hüküm, mutlaka aleni olarak verilir. Taraf devletlerce yapılan yargılamanın kısmen veya tamamen kapalı olmasına dair verdikleri kararlar, Divan ve Komisyonca, somut olayın özellikleri göz önünde bulundurulmak suretiyle değerlendirilmektedir.

Yargılamanın aleniyeti ilkesi, sadece medenî haklara ilişkin uyuşmazlıklarla, ceza yargılamalarında, yargı organları önünde görülen duruşmalarda uygulama alanı bulmaktadır. İdarî organların uyuşmazlıkları çözmeleri her zaman bir yargılama faaliyeti olmadığından, bu ilkenin uygulanması aranmamaktadır. Ancak, idarî organ da bir yargılama faaliyetinde bulunuyorsa,

84 ÜNAL, (Avrupa İnsan. .) s. 178.

85 AKILLIOĞLU, agm, s. 315.

86 ÜNAL, (Avrupa İnsan. .) s. 178.

Komisyon ve Divan bu konudaki şikâyetleri incelemekte ve bu ilkenin uygulanmasının gerekli olup olmadığını araştırmaktadır⁸⁷.

AIHM'ne göre, bir suçla itham edilen herkes, 6'ncı madde çerçevesinde ilke olarak açık duruşmada hazır bulunma hakkına sahiptir.

AIHM, İsveç'le ilgili Helmers davasında, ilk derece mahkemesinde duruşma yapılmış olmak kaydıyla, istinaf ve temyiz aşamalarında duruşma yapılmamasının bir dereceye kadar haklı görülebileceğini; ancak istinaf mahkemesinin sadece hukukî sorunları değil, işin esasını da incelemesi halinde mutlaka kamuya açık olarak duruşma yapılması gerektiği şeklindeki görüşünü teyit etmiştir.

AIHM, Ekbatani olayında, 6'ncı maddede öngörülen yargılamanın kamuya açık olması ve dolayısıyla saydamlığı ilkesinin, demokratik bir toplumun en temel ilkelerinden birisi olduğuna işaret etmiştir. Bu ilkeden ancak, söz konusu maddede belirtilen toplum ahlâkı, kamu düzeni ve millî güvenlik gibi genel mülahazalar ve küçüklerin korunması gibi bazı özel çıkarları korumak amacıyla sapılabilir.

AIHM, çok yeni bir kararında, duruşmaların kamuya açıklığı ilkelerinin disiplin komisyonları açısından da geçerli olduğunu kabul etmiştir. Fransa'da yerel bir disiplin komisyonu, gizli bir oturumda, meslek kurallarını ihlâl eden veteriner Serre hakkında, 3 yıl meslekten men cezası vermiştir. Bu ceza itiraz üzerine üst disiplin kurulunca incelenmiş ve aynı şekilde gizli bir oturumda onaylanmıştır. Şikâyetçinin başvurusu Danıştay tarafından da geri çevrilmiştir. AIHM, duruşmaların kamuya açıklığı ilkesinin temel zorunluluk olduğuna işaretle, Sözleşmenin ihlâl edildiğini tespit etmiştir.

Anayasanın 141'inci maddesine göre, "Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır." Türkiye'de ilk derece mahkemelerinde yargılama kamuya açık olarak yapılmaktadır. CUMK'nun 373'üncü maddesine göre, duruşma herkese açıktır. Bu ilkeden, Sözleşmede öngörüldüğü gibi, ancak genel ahlâk ve kamu güvenliği ve küçüklerin korunması gibi nedenlerle vazgeçilebilir. Sözleşmede öngörülen istisnalara, Anayasanın anılan maddesinde de yer verilmiştir. Türkiye'de istinaf mahkemeleri bulunmadığı için kanun yoluna Yargıtay nezdinde başvurulmaktadır⁸⁸.

ee. Yargılamanın Hakkaniyete Uygun Olması

Sözleşmenin 6/1'inci maddesinde yer alan "hakkaniyete uygun" deyimini bu maddenin özünü oluşturmaktadır ve 'dâva' olgusunun bütünü, yani

⁸⁷ ÇINAR, *age*, s. 58.

⁸⁸ ÜNAL, (*Avrupa İnsan. .*) s. 179.

tüm aşamalarını kapsar. Mahkeme hakkaniyete uygun yargılamanın genel ve nesnel bir tarifini vermiş değildir. Bunun yerine önüne gelen her davada, pragmatik bir yaklaşımla yargılama faaliyetinin bütününe inceleme altına alarak adil surette görülüp görülmediğini araştırmıştır. Yargılamanın hakkaniyete uygunluğu incelemesi, ulusal mahkeme kararının fiil veya hukuk açısından doğru olup olmadığını araştırma anlamında değildir. Strasbourg denetim organları, görevi ulusal mahkeme kararının maddî ve hukukî açıdan doğruluğunu bir üst derece mahkemesi gibi denetlemek değil; fakat yargısal faaliyetin tüm işlemlerini bir bütün halinde göz önünde tutularak yargılamanın adil olup olmadığı konusunda bir karar vermektir⁸⁹. Eyleme verilen cezanın fazla veya eylem nedeniyle verilen tutuklamanın uzun olması gibi maddî hukuka ilişkin konularda hakkaniyet araştırması yerine yargılama sürecinde adil davranılıp davranılmadığı denetlenmektedir.

Komasyon ve Divana göre, hakkaniyete uygun yargılamanın varlık şartlarından biri ve önemlisi, mahkemenin her türlü kararının gerekçeli olmasıdır⁹⁰. AİHM, mahkeme kararlarının gerekçeli olmasını, adil yargılama hakkının bir unsuru olarak nitelendirmiştir. Adil yargılanma hakkı, mahkemenin kararının, mutlaka ve otomatik olarak bir veya diğer tarafın yaptığı beyanlara dayandırılmasını değil, mahkemeye taraflarca sunulmuş olan bütün fiilî ve hukukî delillerin tarafsız bir şekilde göz önüne alınmasını gerektirir. Mahkeme taraflarca kendisine sunulan bütün delilleri, hüküm açısından önemli olsun olmasın, önyargısız olarak değerlendirmelidir. Sözleşmenin 6/1'inci maddesine göre, mahkemeler kararlarını gerekçeli olarak yazmak yükümlülüğü altında olmakla beraber, bundan, tarafların her iddiasına karşı ayrıntılı cevap verilmesi gerektiği sonucu çıkarılmamalıdır. AİHM'ne göre, millî mahkemeler, davanın ciddî bir şekilde incelendiği konusunda tarafları tatmin etmelidir.

Anayasamızın 141'inci maddesinde, "bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli" olması öngörülmüştür. Keza Hâkimler ve Savcılar Kanunu ve CMUK'da da benzer hükümlere yer verilmiştir. Ancak bütün bu emredici hükümlere rağmen, uygulamada mahkemelerimiz bu kurala tam anlamıyla uymamakta, kararlar genelde gerekçesiz veya yeterli gerekçeden yoksun olarak alınmaktadır⁹¹.

⁸⁹ GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, age, s. 290-291.

⁹⁰ ÇINAR, age, s. 58.

⁹¹ ÜNAL, (Avrupa İnsan. .) s. 188.

Adalet Divanına göre adil yargılamanın bir başka unsuru da mahkeme önünde sahip olunan haklar açısından tarafların tam bir eşitliğe sahip olması ve bu eşitliğin yargılama boyunca sürdürülmesidir (silâhların eşitliği ilkesi).

Yargılama sırasında taraflardan birinin delillerini toplamama, tanıklarının dinlememe, karşı iddiada bulunmasını engelleme, mahkemede hazır bulunmasına karşı çıkma, bu ilkenin uygulanmaması anlamına gelir.

Hakkaniyete uygun yargılamanın diğer unsurları ise sanığın kendini ve yakınlarını suçlamaya zorlanamaması, konuşulan dili anlayamayan sanık için tercüman bulundurulması, müdafî yardımından faydalandırılması gibi aynı zamanda Sözleşmenin 6'ncı maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında belirtilen sanığın haklarıdır. Zira sözleşmenin 6/2 ve 3'üncü maddelerinde yer alan hükümler adil yargılama kuralını koyan birinci fıkranın özel uygulanma şekilleridir.

"Hakkaniyete uygun yargılama"nın unsurları da yalnızca bu sayılanlarla sınırlı olmayıp, Divan ve Komisyon denetimlerini yaparken, karşılaştıkları her özel durumu bu kural açısından değerlendirmekte ve sonuca göre karar vermektedir⁹².

ff. Yargılamada Sanığın Haklarına Uyulması

AİHS'nin 6'ncı maddesinin 2'nci ve 3'üncü fıkralarında sanığın hakları düzenlenmiştir. Bu hakların tümüne birden "savunma hakları" denilmektedir. Sözlük anlamıyla savunma, "saldırıya karşı koyma", "bir kişi veya eylemi haklı gösterme amacını güden yazı veya konuşma" olarak tanımlanmaktadır⁹³.

Hukukta savunma, bir kimsenin kendi hakkında gündeme getirilen iddiaya karşı kendini koruması, tarafların hâkim önünde haklarını aramaları, dar anlamda ise, iddianın haksızlığını aşırılığını ispat etmek için yapılan çaba ve faaliyettir⁹⁴. Yargılama hukukunda savunma, suç işlediği sanılan kişinin, ona yüklenen suçu işlemediğini veya iddia edilenden daha az cezayı hak ettiğini yahut eyleminin hukuka aykırı olmadığını ya da bazı kanunî nedenlerle cezalandırılmaması gerektiğini yetkili makam önünde ileri sürmektir⁹⁵. Sanığın hakları; masumiyet karinesi, sanığın suçlamadan haberdar olması,

92 ÇINAR, age, s. 59.

93 Türkçe Sözlük, TDK Yayınları, C. 2, s. 1266; Meydan Larousse, Büyük Lügat ve Ansiklopedi, C. 17, s. 53.

94 TOSUN, Öztekin, Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Dördüncü Bası, C. 1, İstanbul 1984, s. 244.

95 CENTEL, Nur Başar, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, Kazancı Yayını, İstanbul 1984, s. 1.

sanığın savunmasını hazırlaması için yeterli zaman ve imkâna sahip olması, sanığın bizzat veya müdafii vasıtasıyla savunma yapmasına imkân tanınması, tanılarının dinlenmesinde eşitliğin sağlanması ve sanığın ücretsiz tercüman alma hakkına sahip olması şeklinde sıralanabilir.

aaa) Masumiyet Karinesi

Sözleşmenin 6/2'nci maddesinde düzenlenen masumiyet karinesi, ceza hukukunun genel bir ilkesini tekrarlamaktadır. Buna göre; "Bir suçla itham edilen herkes, suçluluğu kanunla ispatlanıncaya kadar masum sayılır". Masumiyet karinesinin uygulama alanı yalnızca ceza davası ile ve yargılama süresi ile sınırlı değildir. Henüz sanık hakkında dâva açılmadan, basın yoluyla veya resmî makamlar önünde de sanığın bu karineden yararlanması gerekmektedir⁹⁶. AİH Komisyonuna göre bu kuralın sonuçları şunlardır:

-Yargılamaya, itham edilen kişinin suçu işlediği inancı veya varsayımı ile başlanamaz.

-İspat külfeti iddia makamınınındır. Diğer bir ifadeyle sanık, masum olduğunu ve hakkındaki iddiaların aksini ispatlamak zorunda değildir.

-Şüpheden sanık yararlanır. Suçun kanıtlanması için savcılık makamı yeterli delil getirmek zorundadır. Bununla beraber bazı hukukî ve fiili karine-ler, makul olmak şartıyla sanık aleyhine delil teşkil edebilir ve bunların aksinin ispatı sanığa düşebilir⁹⁷. İddianın hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispatlanamaması halinde sanık mutlaka beraat ettirilmelidir.

bbb) Sanığın Suçlamadan Haberdar Olması

Sözleşmenin 6/3-a maddesine göre, suçla itham edilen kişi, kendisine yöneltilen suçlamasının niteliğinden (isnadın mahiyetinden) ve sebebinden (isnadın nedeninden) en kısa bir süre içinde ve anladığı bir dille ayrıntılı olarak haberdar edilmelidir. Haberdar edilmenin kapsamına sonradan ortaya çıkan değişiklikler de girmektedir. Bu bilgilerin kendisine suç isnat edilen kişiye ayrıntılı ve en kısa sürede bildirilmesindeki amaç, sanığın kendisini etkili bir şekilde savunmasının sağlanmasıdır. Bilgiden kastedilen ise, savunmanın hazırlanabilmesi için gereken bütün maddi ve hukukî bilgilerdir. Adil Yargılama hakkının bir gereği olarak, kişi yalnız işlediği suç hakkında değil, ithamın nedenleri, suçun niteliği ve ceza hukukundaki yeri hakkında da bilgi sahibi kılınmalıdır⁹⁸.

⁹⁶ ÇINAR, age, s. 62.

⁹⁷ ÜNAL, (Avrupa İnsan. .) s. 190.

⁹⁸ ÜNAL, (Avrupa İnsan. .) s. 193; ÇINAR, age, s. 62; GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, age, s. 300.

Bilginin “kısa bir zamanda” verilmesi hükmü göreceli olup somut olayın durumuna göre değerlendirilir. Komisyon ve Divan’a göre “kısa zaman”ın başlangıç noktası koğuşturmaya geçildiği an veya en geç sanığın hâkim karşısına çıkarıldığı andır. Verilecek bilgilerin “sanığın anlayacağı dilde” olması, tüm dâva dosyasının sanığın anladığı dile çevrilmesi anlamına gelmez⁹⁹.

İtham edilen kişi o ülkede konuşulan dili bilmiyorsa, bu bilgiler kendisine ana dilinde verilmelidir. Durumdan, kendisinin olayı kavradığı anlaşılıyorsa, bu bilgiler sözlü olarak da verilebilir. Bir yabancı devlet vatandaşına, resmî yollardan iddianame gibi suç ithamın içeren resmî bir yazı gönderildiğinde, gönderen makam o kişinin millî dile yeterince vakıf olduğunu kanıtlayamadıkça, belgeye çevirisi de eklenmelidir¹⁰⁰.

Kişiye verilecek bilgi, olayın özelliklerine göre değişir. Bu konuda Komisyon ve Mahkemeye fazla olay intikal etmemiş olmakla beraber, itham edilen kişinin, savunmasını hazırlayabilmesi için gereken bütün maddî ve hukukî bilgilerin kendisine aktarılması zorunlu kabul edilmektedir. Türk Anayasa Mahkemesi, bu anlayışla yerinde bir karar vermiştir. CMUK'nun 208/1'inci maddesine göre, duruşmaya davet edilen sanığa, hangi suçla itham edildiğini belirten iddianame, birlikte tebliğ edilir. Ancak, bu hükmün 2'nci fıkrasında, sulh ceza mahkemelerinde açılan davalara ait iddianamelelerin sanığa tebliğ edilemeyeceği belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi, savunma haklarını ihlâl eden bu hükmün AIHS'nin 6/3'üncü maddesi ile bağdaşmadığından bahisle, Anayasanın 13 ve 36'ncı maddelerine aykırı olduğuna karar vermiştir¹⁰¹.

ccc) Sanığın Savunmasını Hazırlaması İçin Yeterli Zaman ve İmkâna Sahip Olması

Kendisine suç isnat edilen kişinin, bu suçu işlemediğini, isnat edilen suç işlemeyi kastetmediğini, ya da suçu hangi şartlar altında ne sebeple işlediğini belirteceği savunmasını hazırlayabilmesi için hem zamana, hem de birtakım kolaylıklara ihtiyacı vardır. Sözleşmenin 6/3-b maddesi, sanığa bu zaman ve kolaylıkların tanınmasını garanti etmektedir. Sanığın savunmasını hazırlayabilmesinin ilk şartı, itham konusunda bilgilendirilmesi olduğundan, Sözleşmenin 6/3-a maddesi ile 6/3-b maddesi birbiriyle çok sıkı bağlantılı kurallardır.

⁹⁹ GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, age, s. 300.

¹⁰⁰ ÜNAL, (Avrupa İnsan. .) s. 194.

¹⁰¹ ÜNAL, (Avrupa İnsan. .) s. 193.

Savunmanın hazırlanabilmesi için tanınacak “zaman ve kolaylıklar”ın değerlendirilmesi, Komisyon ve Divan tarafından, yargılama faaliyetinin bütünü, dava konusu olay ve olayın özellikleri göz önünde tutulmak suretiyle yapılmaktadır¹⁰². Savunma hazırlığı için hangi sürenin yeterli sayılacağı, her dâvanın kendine özgü şartlarına bağlıdır. Basit ve kolay davalarda bu süre kısa, karmaşık ve ağır suçlara ilişkin davalarda ise uzun olacaktır.

Komisyon ve Mahkeme kararlarından bu konuda kesin bir sonuç çıkarmak mümkün değildir. Bununla beraber, sanığın çok ağır bir suçla itham edildiği bir davada, duruşmadan sadece bir gün önce kendisine savunmasını hazırlaması ve avukat tutması konusunda haber verilmesi gibi bazı durumlarda, Sözleşmenin 6/3-b maddesi ihlâl edilmiş sayılabilir.

Keza, sanığa savunmasını hazırlaması için hangi kolaylıkların sağlanması gerektiği de somut davanın özelliklerine göre belirlenmelidir. Bu kolaylıkların başında, kuşkusuz sanığın avukatıyla temas hakkı gelir. Bir disiplin cezası sonucu hücreye konmuş bulunan tutuklu sanığın bu sürede avukatıyla temasının yasaklanmasını, Komisyon Sözleşmeye aykırı bulmamıştır. Aynı şekilde, savunma avukatına, bazı tanıkların isimlerinin müvekkiline açıklanmasının yasaklanmasında da bir aykırılık görülmemiştir.

Komisyonla göre, sanıkla avukatı arasındaki güven ilişkisi ve avukatlık meslek sırnının gereği, tutuklu sanık avukatıyla ilke olarak özel ve gizli görüşebilmelidir. Örneğin, Avusturya’da yaşayan Türk vatandaşı Elvan Can, tutukluluk süresinin uzunluğu ve avukatıyla serbestçe görüşmesinin engellendiği gerekçesiyle Komisyonla şikâyetinde bulunmuştur. Komisyon, şikâyetçinin avukatıyla yetkililerin gözetimi altında görüşürülmesinin Sözleşmeye aykırı olduğunu tespit etmiştir. Bununla beraber AİHM, İngiltere’yle ilgili Campell ve Fell davasında, avukatın meslekî pozisyonunu kötüye kullandığı konusunda ciddi şüpheler uyandıracak olayların ortaya çıkması gibi bazı durumlarda, özel görüşmenin yasaklanabileceğini kabul etmiştir. Avukatın, müvekkiliyle işbirliği yaparak delilleri gizlemesi veya ortadan kaldırılması ya da dâvayı ciddi şekilde engellemesi gibi olaylar, bu uygulamaya örnek olarak gösterilebilir. Avukatların üzerlerinin aranması konusunda Komisyonla herhangi bir başvuru yapılmamıştır. Bu tür bir konu bir Alman mahkemesince incelenmiştir. Bu ülkede cezaevindeki müvekkiliyle görüşmek isteyen bir avukata, üzerini aratmadığı için giriş izni verilmemesi üzerine yapılan bir şikâyeti inceleyen Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi, Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanunun 24’üncü maddesinin, cezaevi yönetimine ziyaretçilerin üst baş arama yetkisi tanıdığına işaretlerle, avukatların bu konuda bir ayrıcalığa

¹⁰² ÇINAR, age, s. 63.

sahip olmadığına karar vermiştir. Sözleşmenin bu hükmü, sanığın avukatıyla olan yazışmalarını da kapsamaktadır. Örneğin, AİHM, Domenichini-İtalya davasında bu hükmün ihlâl edildiğini tespit etmiştir. Olayda cezaevindeki şikâyetçinin yazışmaları, infaz hâkiminin emriyle belirli sürelerde denetim altına alınmış ve bu arada avukatına yazdığı 5 mektup da okunmuştur. Mahkeme, İtalyan mevzuatının bu gibi önlemlerin hangi durumlarda alınabileceğinin açıkça düzenlenmemiş olmasının bu tür uygulamaları idarî makamların keyfî takdirine bıraktığına işaretlerle, açılan mektupların avukata geç ulaştırılmasının savunma hakkını ihlâl ettiği sonucuna varmıştır. Mahkeme, yine İtalya ile ilgili Diana davasında da aynı görüşünü korumuştur¹⁰³.

ddd) Sanığın Bizzat veya Müdafii Vasıtasıyla Savunma Yapmasına İmkan Tanınması

Sözleşmenin, 6/3-c maddesine göre, sanık, *kendi kendisini savunmak* veya *seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak* ve eğer avukat tutmak için malî imkânlardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, *mahkemece tayin edilecek bir avukatın ücretsiz yardımından yararlanabilmek* hakkına sahiptir.

Bu hüküm, ceza yargısının temel ilkesi olan adil yargılanma hakkının doğal bir sonucudur. Buna göre, sanık kendisini bizzat veya tutacağı bir avukat aracılığıyla savunmak gibi mutlak bir hakka sahiptir. Ancak, bunun için malî imkânları olması gerekir. Sanığın avukat tutmak için parası yoksa, savunmasını ilke olarak kendisi yapmak durumundadır. Çünkü bu gibi durumlarda, yukarıda ki hükme göre parası olmayan sanığa, ancak adaletin selameti gerektiriyorsa avukat atanabilecektir.

Öte yandan, Sözleşme, sadece bir cürümle itham edilen kişilerin avukatın yardımından yararlanma hakkını güvence altına almıştır. Bu durumda dahi, avukat ücretini ödeyecek malî imkânlardan yoksun olması ve adaletin selametinin de avukat atanmasını gerektirmesi gibi iki ön koşulun daha gerçekleşmesi gerekir. Sözleşme ancak bu şartlar altında bir avukat güvencesi sağladığı için, bu şartları taşımayan birisinin talebinin reddedilmesi, Sözleşmenin ihlâli olarak nitelendirilemez.

Nitekim Komisyon ve Mahkeme içtihatlarında, avukat tutamayacak durumda olan yoksul sanıklara sadece ağır suçlarda avukat atanması zorunlu kabul edilmekte ve aksine davranış Sözleşmeyi ihlâl olarak nitelendirilmektedir.

¹⁰³ ÜNAL, (Avrupa İnsan. .) s. 194-195.

Komisyon, yoksul olan sanığın talebine rağmen, ilk soruşturmada kendisine avukat atanmayarak savunma delillerinin yeterince toplanmamasını ve son soruşturma sırasında da talebinin yeniden reddedilerek kısa bir duruşma sonucu kendisinin mahkûm edilmesini, Sözleşmenin 6/3-c maddesi hükmü anlamında savunma hakkının ve adil yargılama ilkesinin ihlâli olarak nitelendirmiştir¹⁰⁴.

Sözleşme, avukatın adli yardımından yararlanma hakkını güvence altına aldığından, yetkili makamın öngörülen şartları taşıyan bir sanığa sadece avukatı atamakla yetinmesi yeterli değildir. AİHM'nin, Daud-Portekiz davasında belirttiği gibi, Sözleşme avukat atanma hakkını değil, onun yardımından etkin bir şekilde yararlanma hakkını sağladığı için, atanan avukatın savunma için bilfiil sanığın yanında yer alması zorunludur. Bununla beraber, devlet, bu şekilde atanan bir avukatın meslekî yeteneksizliklerinden de sorumlu tutulamaz.

Komisyon, avukatın yardımından yararlanma hakkının kanun yolları da dahil ceza yargısının bütün aşamalarını kapsadığı görüşündedir. Aynı şekilde AİHM de, Imbrioscia davasında avukatın adli yardımından yararlanma hakkının, hazırlık soruşturması da dahil, ceza yargılamasının bütün aşamalarını kapsadığını ve akit devletlerin hukuk sistemlerinde bu hakkın kullanılmasını güvence altına almak zorunda olduklarını belirtmiştir¹⁰⁵.

AİHM'ne göre, avukatın hukukî yardımından yararlanma hakkı hiç bir şekilde şartına bağlanamaz. Komisyona göre de, mutlak olan avukattan yararlanma hakkı, hiç bir gerekçeyle ortadan kaldırılamaz. Örneğin, John Murray-İngiltere olayında, İrlanda Cumhuriyet ordusu (IRA) mensubu olan şikâyetçi, polislin yapacağı terörle ilgili operasyonlara zarar verebileceği endişesiyle 48 saat süreyle avukatıyla görüştürülmemiştir. Şikâyetçi avukatı hazır bulunmadan ifade vermeyi reddetmiş ve yapılan yargılama sonucu, sorgulamadaki engelleyici tutumu da göz önüne alınarak 8 yıl hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Komisyon Sözleşmenin 6/3-c maddesinin ihlâl edildiğini tespit etmiştir. Daha sonra davayı inceleyen mahkeme de aynı sonuca varmıştır.

Sanığın avukattan yararlanma hakkı mutlak olmakla beraber, devlet bu hakkın kullanılmasının sınırlarını çizerek avukatların mahkemelerde mesleklerini nasıl icra edeceklerini serbestçe düzenleyebilir ve bazı durumlarda da kısıtlamalar koyabilir. Örneğin, sanığın savunmasının 3 avukatla sınırlandırılması, sanığın mensup olduğu suç örgütlerini destekledikleri doğrultusunda kuvvetli şüpheler bulunan bazı avukatların duruşmaya kabul edilmemesi gibi

¹⁰⁴ ÜNAL, (Avrupa İnsan. .) s. 196-197.

¹⁰⁵ ÜNAL, (Avrupa İnsan. .) s. 198.

bazı uygulamalar, Sözleşmeye uygun bulunmuştur. Ancak bu tür uygulamalar makul gerekçelere dayanmalıdır¹⁰⁶.

Mahkemeye göre, tutuklu sanığın avukatıyla temasının önlenmesi (c) bendi yanında 6'ncı maddenin 1'inci fıkrasında yer alan dâva hakkının da ihlâlidir. Delillerin karartılması gibi bir tehlike yoksa, sanık ve avukatın konuşması, özel ve gizlidir¹⁰⁷.

Sanığın kendi kendini bizzat savunması için mahkeme önünde bizzat hazır bulunması gerekir. Sanığın, mahkeme önünde şahsen hazır bulunması hususuna kural olarak istinaf ve temyiz yargılamalarında da riayet edilecektir. Duruşmada hazır bulunmak için kendine düşeni yerine getirmeyen sanığın bu hakkından zımmen vazgeçtiği düşünülerek gıyabında yargılamaya devam edilebilir. Ancak, söz konusu hakkın savunma ve dolayısıyla, âdil yargılamadaki önemi nedeniyle bu "vazgeçme"nin tereddüde yer vermeyecek şekilde açık olması ve aynı zamanda kamu yararına aykırı bulunmaması gerekir. Kendi kusuruyla savunma hakkını şahsen kullanmaktan mahrum kalan sanık konusunda Sözleşmenin 6/3-c maddesi hükmü çiğnenmiş olmaz. Sanığın kaçak olduğu veya başka bir nedenle kendisine ulaşmanın mümkün bulunmadığı durumlarda ulusal mevzuatın gıyapta yargılamayı kabul etmesine bu bent hükmü engel değildir. Fakat bu gibi hâllerde, sanığı durumdan haberdar etmek için resmî görevlilerin her yolu ciddî surette denemiş ve her türlü tedbiri almış olmaları gerekir¹⁰⁸.

eee) Tanıkların Dinlenmesinde Eşitliğin Sağlanması

Sözleşmenin 6/3-d maddesine göre sanık, "iddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı şartlar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek" hakkına sahiptir.

Bu hüküm sanığa, tanıkların dinlenmesi konusunda mutlak bir hak sağlamaktadır. Tanıkların davet edilmesi ve dinlenmesi şartlarını Sözleşmeye taraf olan devletlerin iç hukukları belirler, özellikle olayla ilgili olmayan tanıkların davet edilmesi talebi adlî makamlarca reddedilebilir. Bu nedenle, bu hükme dayanmak isteyen sanık, tanıklarının davet edilmesinin zorunlu olduğu, onların ifadesine başvurmaksızın gerçeğin ortaya çıkamayacağı ve dolayısıyla adaletin tecelli edemeyeceği konusunda adlî makamlarda kanaat

¹⁰⁶ ÜNAL, (Avrupa İnsan. .) s. 200-201.

¹⁰⁷ GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, age, s. 305.

¹⁰⁸ GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, age, s. 302-303.

uyandırmalıdır¹⁰⁹. Mahkeme, gösterilen tüm tanıkları dinlemek zorunda değildir. Bununla birlikte; Komisyon'a göre, bir savunma tanığının dinlenilmesi istemini reddeden mahkeme, kendisini bu sonuca götüren gerekçeleri kararında göstermek zorundadır; aksi uygulama Sözleşmenin (d) bendinin ihlali anlamına gelir¹¹⁰.

Tanıkların aynı şartlar altında davet edilmesini talep etme hakkı, adil yargılanma kavramı çerçevesinde, silâhların eşitliği ilkesinin (equality of arms) doğal bir sonucudur. Amaç, iddia makamı ve savunmayı, tanıkların davet edilmesi ve dinlenmesi açısından, aynı düzeyde ve eşit şartlar altında karşı karşıya getirmektir¹¹¹.

Sözleşmenin 6/3-d maddesindeki kural, konu ile hiç ilgisi olmayan kişilerin, sırf sanığa yargılamayı uzatmak veya başka nedenlerle savunma tanıkları olarak bildirilip dinlenilmesinin istenilmesi hakkını da verecek kadar mutlak olarak yorumlanamaz¹¹².

Sözleşmenin anılan hükmü, savunmaya yalnız tanıkların davet edilmesi açısından değil, iddia tanıklarının sorguya çekilmesi açısından da eşit haklar tanımaktadır. Savunmaya, iddia tanıklarını, ya başlangıçtaki ifadeleri sırasında veya davanın sonraki aşamalarında sorguya çekme fırsatı verilmelidir. Örneğin, Unterpertinger olayında, Avusturya mahkemesinin şikâyetçiyi iki tanığın poliste alınan ifadelerine dayanarak mahkûm etmesi Sözleşmeye aykırı bulunmuştur.

AİHM'nin tespitine göre, "cinayetle itham edilen bir teröristin çok kısa bir sürede yargılanarak ağır bir cezaya çarptırılması, sanığın çok uzak olan cezaevinden duruşmaya gecikmeli olarak getirilmesi, mahkeme başkanının duruşmadan çok kısa bir süre önce değiştirilmiş olması ve her şeyden önce delillerin çok önemli bir bölümünün açık duruşmada sanık huzurunda tartışılmamış olması hususları birlikte değerlendirildiğinde, söz konusu yargılamanın 6'ncı madde anlamında adil olduğunu ifade etmek mümkün değildir." Aynı şekilde, Kostovski davasında, Hollanda mahkemesinin şikâyetçiyi, kimlikleri gizli tutularak savunmaya verilmeyen iki tanığın ifadesine dayanarak silâhlı soygun suçundan mahkûm etmesini, AİHM Sözleşmenin 6/3-d maddesine aykırı bulmuştur. Mahkemenin kökleşmiş içtihadına göre sanık aleyhindeki bütün deliller, sanığın da hazır bulunduğu açık duruşmada, kendisine tanığı dinleme ve soru sorma hakkı da tanınarak getirilmelidir.

¹⁰⁹ ÜNAL, (Avrupa İnsan. .) s. 204.

¹¹⁰ GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, age, s. 308.

¹¹¹ ÜNAL, (Avrupa İnsan. .) s. 204.

¹¹² ÇINAR, age, s. 67.

Sanık ilke olarak aleyhindeki tanıkların dinlenmesi sırasında bulunma hakkına sahip olmakla beraber Komisyon, bazı durumlarda, avukatı hazır bulunmak şartıyla sanığın duruşmadan çıkarılabileceğini kabul etmektedir. Örneğin, Danimarka hukukuna göre, tanıkları tehdit eden sanığın mahkeme salonundan çıkarılması mümkündür. Komisyon, bu hükme dayanılarak sanığın salondan çıkarılmasında Sözleşmeye aykırılık görmemiştir. Olayda, güvenlik nedeniyle tanıkların kimlikleri de sanığa açıklanmamış, sadece avukatına bilgi verilmiştir.

Türk CMUK'nun konuyu düzenleyiş tarzı, Sözleşmenin 6/3-d fıkrasıyla uyum halindedir. Kanunun 215'inci maddesine göre, sanık savunma tanıklarını birlikte getirebileceği gibi, mahkemeye de davet ettirebilir. Kanun ayrıca, sanığın, iddia makamının tanıkları hakkında bilgilendirilmesini de öngörmüştür. Buna göre, iddia makamı davet edeceği tanıkların isim ve adreslerini zamanında sanığa bildirmek zorundadır. Keza, 217'nci maddeye göre mahkeme, tanık veya bilirkişinin dinleneceği günü, Cumhuriyet Savcısına, sanık ve müdafisine bildirecektir¹¹³.

ff) Sanığın Ücretsiz Tercüman Alma Hakkına Sahip Olması

Sözleşmenin 6/3-e maddesi, mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığını beyan eden sanığa, ücretsiz tercüman isteme hakkı tanımıştır.

Sanık statüsüne girmiş kişinin savunma hakkına dahil, tüm haklardan yararlanabilmesi, gerek kolluk, gerekse yargılama aşamasında, konuşulan, dinletilen her şeyi anlaması, evrak ve belgeleri anlamlandırabilmesini zorunlu kılar¹¹⁴.

Sanığın mahkemede konuşulan dili anlayamaması sağırılık ve dilsizlik gibi eksikliklerden de kaynaklanabilir. Bu gibi durumlarda da sanık ücretsiz olarak bir tercümanın yardımından yararlandırılmalıdır. Dil eksikliğinin hangi düzeyde bir tercüman atamasını gerektireceği somut olayın özelliklerine bağlıdır. Genel olarak, sanığın kendi yeteneğiyle veya bir tercümanın yardımıyla davayı anlayıp izleyecek bir konumda olması, adil yargılanma hakkının bir gereği kabul edilmektedir. AİHM, mahkemede konuşulan dili konuşup anlayamayan herkese ücretsiz bir tercüman atanması gerektiğini, tercüman ücretinin sonradan ilgililerden talep edilemeyeceğini belirtmiştir. Mahkemeye göre bu hak, yalnız duruşmalardaki sözlü çeviriyi değil, kanun yolları da dahil, davanın bütün aşamalarında kişinin adil bir şekilde yargı-

¹¹³ ÜNAL, (Avrupa İnsan. .) s. 205-206.

¹¹⁴ ÇINAR, age, s. 69.

lanmasının sağlanması için davayla ilgili önemli belgelerin çevrilmesini de kapsar. Bu belgelere mahkeme kararları da dahildir.

Sözleşmenin 6/3-e maddesinin, mutlaka bütün yazılı delil ve diğer belgelerin yazılı olarak çevrilmesini gerektirmediğini, sanığa yapılan çeviri yardımının, “aleyhindeki dava hakkında bilgilendirilerek kendisini savunmasına imkân sağlamaktan ibaret” olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, somut olayda mahkeme kararının yazılı olarak çevrilmemesine rağmen, muhtevasının şikâyetçiye sözlü olarak İngilizce açıklanmasını ve kendisine yapılan diğer çevirileri yeterli bulmuş ve Sözleşmeye aykırılık tespit etmemiştir.

Dava taraflarının mahkeme dilini anlamalarına rağmen, sırf gösteri ve propaganda amacıyla tercümandan yararlanma hakkını kötüye kullanmaları söz konusu olabilir. Örneğin, Mehdi Zana-Türkiye Davasında, sanık, duruşmada bildiği hâlde Türkçe konuşmayı reddetmiş ve savunmasını ana dilinde Kürtçe olarak yapmak istediğini bildirmiştir. Mahkeme, bu tutumunda ısrar ettiği takdirde, savunma hakkından vazgeçmiş sayılacağını kendisine ihtar etmiştir. Ancak kendisi Kürtçe konuşmaya devam ettiğinden, mahkeme savunma hakkından vazgeçtiğini tutanağa geçirmiştir.

AİHM'ne göre; “Başvuranın, mahkemeye Kürtçe yanıt vermek istemesi hiçbir biçimde açıkça savunma hakkından ve mahkeme önüne çıkma isteğinden vazgeçme anlamına gelmez. Sözleşmede garanti altına alınan bir hakkın kullanılmasından vazgeçilmesi, bunun açıkça söylenmesiyle mümkün olabilir.” Bununla birlikte, Fransa'daki ayrılıkçı etnik grup Brötan'ların Fransızca'yı yeterince anlamalarına rağmen, Fransız mahkemeleri önünde Brötanca tercüman talep etmelerinin karşılanmaması üzerine yapılan başvurular, AİHM'nce kategorik olarak geri çevrilmiştir. Mahkemenin kesinleşmiş içtihadına göre, akit devletler resmî dilleri dışındaki bir dilde yargılama yapmakla yükümlü değildir¹¹⁵.

Sanığa bedava olarak tercüman sağlanması (md. 6/3-e), 3'üncü fıkranın son bendi yargılamada kullanılan dili anlamayan, ya da konuşamayan sanığa bir tercümanın yardımından bedava yararlanma hakkını tanıyor. Mahkeme dilini anlayan ve konuşabilen sanığa, savunmasını arzuladığı başka bir dilde yapması için, tercüman sağlamaz. Amaç 6'ncı maddenin bütününe egemen adil yargılamayı gerçekleştirmek; sanığın, dil yetersizliği nedeniyle, kendini etkili şekilde savunmaktan aciz kalmasını önlemektir.

Hükmünde “duruşma” dilinden söz edilmiş olması bu hakkın yalnızca son soruşturma safhasında varolduğu anlamına gelmez Duruşma dili kovuşturmanın bütünü için geçerli olduğundan sanık bedava tercüman hakkına

¹¹⁵ ÜNAL, (Avrupa İnsan. .) s. 205-206.

baştan sona, tüm kavuşturma boyunca, kesin hükme kadar savunmaya yönelik yani "kendisinin adil şekilde yargılanmasını sağlayacak" tüm işlemler bağlamında sahiptir. Hükümün amacı sanığa kendini savunma imkânı sağlamak olduğuna göre, ancak savunma için gerekli ve yararlı çevirinin yapılması yeterlidir. Dava dosyasındaki tüm evrakın, savunmadaki fonksiyonuna bakılmaksızın tercümesi, fıkra hükmünün emri değildir¹¹⁶.

III. SONUÇ

Açlık grevi; belirli bir olayı, tutumu veya davranışı benimsemeyerek tepki göstermek, çeşitli istekleri yetkili kişi veya makamlara kabul ettirmek ya da savunulan görüşlere ilgi çekmek amacıyla uygulanan ve greve katılanların, vücudun ihtiyaç duyduğu besin maddelerini almayarak kendilerini aç bırakmaları esasına dayanan bir protesto yöntemidir.

Yine açlık grevi bugünün demokratik liberal dünyasında kişi hak ve özgürlüklerinin korunması için başvuru yollarından birisidir. "Türk hukuk düzeni tarafından tanınmış olan hukukî teminatların dışında hukuk dışı veya politik hukuka uygun başka teminatlar da vardır. Bunlar, kişinin idare tarafından verilen emirlere uymayı reddi, baskıya karşı direnme, ihtilal ve şiddet hareketlerine başvurma, toplu grev ve açlık grevleri yapmaları gibi yollardır¹¹⁷.

Kelime olarak hak, *hukuken korunan menfaattir*. Hak arama hürriyeti ise genel olarak pozitif hukukça tanınmış hakların önkoşulu ve usulî güvencesidir. Hak arama hürriyeti, *idareye, yasama meclisine* (dilekçe hakkı) ve *yargı mercilerine* başvuru yolları ile kullanılır. Bu üç yol dışında gerek ulusal ve gerekse uluslararası alanda hak arama yolu ve yöntemi yoktur. Türk Hukukunda hak arama yollarını üç gruba ayırmak mümkündür. Bunlar; *idari başvuru yoluyla hak arama, siyasal başvuru yoluyla hak arama* ve *yargısal başvuru yoluyla hak arama*dir.

Hak arama hürriyetinden söz edilebilmesi için öncelikle hukuken korunan bir menfaat olmalı, daha sonra bu hak hukukun gösterdiği yol ve yöntemlere göre aranmalıdır. Yani, kişilerin meşru yol ve araçlardan yararlanarak haklarını arayabilmeleri gerekir. Meşru hak arama yolları da başlıca dava, resmî başvuru ve -başta ifade özgürlüğü, dernek, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakları olmak üzere- diğer sivil hakların serbestçe kullanımudur. Dava yoluyla hak arama özgürlüğünün varlığının ilk şartı yargının bağımsızlık ve tarafsızlığı yanında, yargıç güvencesinin ve doğal yargıç ilkesinin teminat altında olmasıdır.

¹¹⁶ GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, age, s. 311.

¹¹⁷ SOYASLAN, Doğan, "Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapanlara Müdahale Sorunu", YD, S. 16/1-4, 1990, s. 269; SEVİNÇ, agm, s. 125-126.

Hak aramanın dava dışındaki başlıca yolu resmî makamlara başvurudur. Bunun iki tipik biçimi vardır. Birincisi, genellikle dilekçe hakkı (siyasî başvuru) olarak adlandırılmakta olup, yasama organına yazılı olarak başvurmayı ve cevap talep edebilmeyi içermektedir.

Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.

Temel hak ve hürriyetlerinin ihlâl edildiğini düşünen kişiler, bu kararı alan ya da kanun ve diğer düzenleyici işlemlerde gösterilen idarî makama başvurarak, haklarını arayabilirler. Ancak, AIHS'ne göre, Komisyona başvurulabilmesi için, idarî makamın, ilgilinin istemini reddetmesi, yani olumsuz karar alması yeterli olmadığından, diğer "iç hukuk yollarının tüketilmesi" gerekmektedir. İdarenin aldığı olumsuz karara karşı başvurulabilecek son iç hukuk yolu ise, Sözleşmeye taraf diğer devletlerde olduğu gibi "yargı yolu"dur. Zira, Sözleşme "etkili başvuru yeri"nin düzenlenmesi konusunu taraf devletlerin iç hukuklarına bırakmakla birlikte, etkili başvuru yolu olarak düzenlenmesi gereken yargı yolunu, ayrıca ve açıkça, bu yolda uyulması gereken asgarî usul kuralları ile beraber AIHS'nin 6'ncı maddesinde düzenlemiştir.

"Hak" kavramının söz edildiği yerde, bu hakkın *tanınması*, *korunması* ve *aranması* kavramları birlikte düşünülür. Hak varsa, sahibine tanınır; sahibine tanınan hak, hukuk tarafından korunur ve nihayet; ihlâl edilen veya verilmeyen hak, sahibi tarafından hukukun kabul ettiği vasıta ve yollardan aranır. İşte, tüm bu nedenlerle; süreli, süresiz veya ölüm hedefli açlık grevi; şekli, sebebi, adı ve amacı ne olursa olsun, cezaevlerinde protesto ve mücadele yöntemi olarak başvuru açlık grevleri hak arama özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez. Yukarıda da değinildiği üzere, bir eylemin meşru ve yasal olabilmesi için, bir hakkın varlığı ve bu hakkın hukukun izin verdiği yöntemlerle aranması gerekir.

Sembolik olarak kalması ve protesto boyutlarını aşmaması koşuluyla sivil alanda veya cezaevlerinde yapılan açlık grevleri meşru ancak hukuka aykırı bir eylem olarak nitelendirilebilir. Bu durumda dahi açlık grevleri hak arama hürriyeti ve yöntemi olarak kullanılamaz.