

AİHS M. 6 ADİL YARGILANMA HAKKI VE TÜRK HUKUKUNDA UYGULANMASI

Erol ÇİÇEK*

Bazı savcıların “*adil yargılanma hakkını*” çok Amerikan filmi izleyenlerin kuruntusu olarak nitelediği ülkemizde; bazı hakimlerimiz de “*davacı avukatının sloganı*” olarak görmektedir. Bu sözlerim yanlış anlaşılmasın, hakim ve savcılar duyarsız, avukatlar daha duyarlı demek istemiyorum. Bunlar, sadece bazı mesleki gözlemlerdir.. Bu makalenin amacı “*adil yargılanma hakkını*” sistematik ve geniş olarak incelemekten çok, konu hakkında bazı çarpıcı kararlara değinerek konuya hukukçuların ilgisini çekmek ve bu konuda duyarlılık yaratmaktır.

Anayasamızın 90. maddesi uyarınca kanun hükmünde olan AİHS, 10 Mart 1954 tarih ve 6366 sayılı kanun ile onaylanmıştır. Başka bir deyişle, evrensel ve bölgesel insan hakları sözleşmelerinde belirtilen “*adil yargılanma hakkı*” kavramına 1954 yılından beri iç hukukumuzda yer verilmektedir.

Bilindiği gibi “*adil yargılanma hakkı*” AİHS m. 6’da yer almaktadır. Bu hak 03.10.2001 tarihli 4709/14 sayılı kanunla yapılan değişiklikle Anayasamıza da girmiştir. Bu hakkın alt başlıkları olarak mahkemeye erişim, duruşmada bulunmak, silahların eşitliği ve nizalı dava hakkı, gerekçeli karar hakkı gibi hususlar bulunmaktadır. “*Adil yargılanma üzerine kurulmuş adalet görüşü, Anglo-sakson hukukunun Avrupa hukukuna etkisini göstermektedir. Anglo-sakson hukuku yazılı bir hukuk değil, yargıcın yorumuna dayanan gelenekçi bir hukuktur.*”

Avrupa yargıcı 6. maddeyi geniş biçimde yorumlar ve ulusal yargıcı aynı şeyi yapmaya davet eder. Böylece adil yargılanma hakkı etki alanını genişle-

* Hukukçu, Bursa Barosu eski üyesi.

tir. Adli, cezai, idari davalarla disiplin ve karma davalarda taraflara tanınan haklar gitgide artmaktadır. Böylece davaya taraf yurttaşların hakları genişletilmekte ve bu süreç gelişerek devam etmektedir.”¹

6. madde kapsamındaki garantiler sadece mahkemedeki yargılama sürecine uygulanmaz, bu süreçten önce ve sonraki aşamalarda da uygulanır. AİHM, Sözleşmede tanınan hakların içeriğini kendisi otonom olarak tanımlar. Bir hakkın Sözleşmede ifade edildiği anlamıyla medeni olarak görülüp görülmeyeceği, söz konusu hakkın ilgili Devletin iç hukukundaki yasal sınıflandırılmasına göre değil, esasa ilişkin içeriği ve etkilerine göndermeyle belirlenmelidir.²

Birincil hukuk ulusal hukuklardır ve adil yargılanma hakkının yerine getirilmesinden de esas olarak ulusal yargıçlar sorumludur.

Yapılan Anayasa değişikliği ile “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamaz. (Ek cümle: 7.5.2004-5170/7 m.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır” hükmü Anayasa’ya girmiştir. Ulusal hukukumuz ile onayladığımız sözleşmeler arasında bir uyuşmazlık bulunması durumunda. Uluslararası sözleşmelerin esas alınması anayasal bir buyruk haline gelmiştir. Nitekim Coralie Ambroise-Cesterot Fransız hukukuna ilişkin olarak aşağıdaki örneği vermektedir. “Ceza Mahkemeleri Usul Kanunu’nun bir maddesi (m. 546) 1999 yılına kadar polisiye vakalarda (hafif suçlar) verilen kararları istinafa götürme yetkisini münhasıran Cumhuriyet Başsavcısı’na veriyordu. Kanun aynı hakkı taraflara, şahsi hak davacısına, sanığa ve hatta Cumhuriyet savcısına vermeyi reddediyordu. Fransız Yargıtay’ının 6. Ceza Dairesi 6 Mayıs 1997 tarihli bir kararla, Cumhuriyet Başsavcısı’nın bu tür başvurularının görülemez olduğuna dair alınan bir kararı iptal etti. Nitekim eşitliğin bozulması için bir gerekçe yoktu. Kanun koyucu bu çözümü 1999 yılında 546. maddenin son fıkrasını kaldırmak suretiyle onayladı”³

Yukarıda yaptığımız girişten sonra adil yargılanma hakkının başlıca kavramlarına değinebiliriz. Öncelikle “açık duruşma” kavramıyla

¹ Coralie Ambroise/Cesterot, TBB, İHAS ve Adli Yargı sempozyum notları s. 323.

² König Federal Almanya Cumhuriyetine karşı, 28 Haziran 1978, 89. paragraf.

³ Coralie Ambroise/Cesterot, TBB, İHAS ve Adli Yargı sempozyum notları s. 322.

başlamak istiyorum. Bu konu bizim yasalarımızda da açık olarak yer almasına rağmen, duruşmalarda yerine getirilmemektedir. Özellikle adliye binalarının yetersiz olduğu bazı il ve ilçelerde duruşma salonu yetersizliğinden, seyrek de olsa hakim, savcı ve avukatlarımızın duyarsızlığından duruşmalar izleyicilerin olmadığı hakim odalarında yapılmaktadır. Taraflar dışında izleyicisi olmayan bazı duruşmalarda sorunlar çıkmaktadır. Ben, müşteki olarak bulunduğum bir ceza yargılaması duruşmasında, savcının duruşma salonunda bulunmadığını ve soruşturmanın genişletilmesi talebimi zapta geçirtemedim. Başka bir olayda da “*adil yargılanma hakkımızın ihlal edildiğini*” davacı avukatı olarak bulunduğum bir duruşmada zapta geçirtemedim. Ancak daha sonra bu istemin tutanağa geçirilmediği hususunda duruşma salonunda bulunan avukat arkadaşlarla tutanak tutmak zorunda kaldım. Bu olaylar avukatlar için bile duruşmanın açık yapılmasının ne kadar önemli olduğunu göstermektedir.

Davaların *makul sürede* bitirilememesi, Ülkemiz açısından büyük bir sorundur. AİHM makul süreyle ilgili incelemelerinde davanın karmaşıklığı, başvuruçunun dava sırasındaki tutumu, yetkililerin davranışı gibi kıstaslara göre hakkın ihlal edilip edilmediğine karar vermektedir. *Ulusal mahkemelerin iş yükünün ağırlığı savunmasını kabul etmemektedir.* Çocuk ve velayet davaları, vücut bütünlüğünün ihlali ve işverenle anlaşmazlıklarla ilgili davaların daha da hızlı görülmesi gerekmektedir. “*AİHM adli yetkililerin yargılamayı mümkün olduğunca hızlandırma çabalarının başvuruçunun 6. madde kapsamındaki garantilerden yararlanmasını sağlamak açısından önem taşıdığını açıklığa kavuşturmuştur. Dolayısıyla, ulusal mahkemenin özel bir görevi de yargılamada rolü olan herkesin gereksiz gecikmeleri önlemek için azami çaba göstermesini sağlamaktır.*”⁴

Adil yargılanma hakkının önemli alt kavramlarından biride *silahların eşitliği* ilkesidir.

Bunun anlamı *bir davaya taraf olan herkesin karşı taraf karşısında kendisini önemli bir dezavantajlı konumda bırakmayacak şartlarda, iddialarını mahkemeye sunabilmesi için makul bir fırsata sahip olabilmesidir.* Taraflar arasında adil bir denge kurulmalıdır.⁵

⁴ Nuala Mole ve Catharina Harby, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz, s. 50.

⁵ Bkz., Ör. De Haes ve Gijssels Belçika’ya karşı, 24 Şubat 1997.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, 02.12.2004 tarih ve 2001/216E. 2004/120 K. sayılı kararında, HUMK 432 maddesinin birinci fıkrasının ikinci tümcesinin ("*Bu süre 8.1.1943 sayılı kanuna tabi kamu kuruluşları hakkında otuz gündür*") iptaline karar vermiştir. Bu maddede, kanunda belirtilen kuruluşlara onlarla davalı olan taraflara nazaran 30 gün temyiz süresi tanınmaktadır. Aynı durum HUMK m. 195 içinde geçerli olmakla beraber, bu hüküm Anayasa geçici 15. madde kapsamında kaldığından yetkisizlik kararı verilmiştir. İptal kararının gerekçesi olarak Anayasa m. 10 ve 36 gösterilmiştir. Madde 36'da yer alan adil yargılanma hakkına ilişkin gerekçe şöyledir.

"Anayasa'nın 36. maddesi yönünden yapılan değerlendirmede de aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Anılan maddenin birinci fıkrasında 3.10.2001 günlü, 4709 sayılı kanunla yapılan değişiklikle, herkesin, "...adil yargılanma hakkına" sahip olduğu esası öngörülmüştür.

"Adil yargılanma hakkı"nın ulusal üstü düzeyde genel kabul görmüş ölçütleri arasında önemli bir yer tutan "silahların eşitliği" ilkesi, davanın tarafları arasında yargılama sırasında usul hükümleri yönünden eşit konumda bulunma, taraflardan birine dezavantaj diğerine avantaj sağlayacak kurallara yer vermeme esasını öngörmekte, diğer bir deyişle davanın tarafları arasında hakkaniyete uygun bir dengenin varlığını gerekli kılmaktadır.

İtiraz konusu kuralda, bir hukuk davasında taraf olma durumu nedeniyle hukuki durumları itibarıyla eşit oldukları açık olan 4353 sayılı yasa kapsamındaki kamu idare ve kuruluşları ile davanın diğer tarafını teşkil eden diğer kişi ve kuruluşlar arasında, temyiz süresi bakımından farklı düzenlemeler öngörüldüğü, bu durumun ise davada hakkaniyete uygun bir dengenin varlığına engel teşkil ettiği, bu bakımdan silahların eşitliği ilkesinin ihlâl edildiği, dolayısıyla kuralın Anayasa'nın 36. maddesinde ifadesini bulan adil yargılanma ilkesine de aykırı düştüğü sonucuna varılmıştır.

Bu nedenlerle, Anayasa'nın 10 ve 36. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir."

AİHM, Steel and Morris v. the United Kingdom davasında İngiltere'yi başvuruçulara yargılandıkları ulusal mahkemede avukat yardımından yoksun bırakarak silahların eşitliği ilkesine aykırı davrandığı, dolayısıyla adil yargılanmadıkları ve ifade özgürlüklerinin ihlâl edildiği gerekçesiyle mahkum etmiştir. Bu çok ilginç davayı biraz açıklamak gerekiyor. Bu davayla ilgili olgular şöyledir: Helen Ste-

el (düşük ücretli) ve David Morris (işsiz) adında Londra Gren Peace üyesi (Londra Gren Peace'in Uluslararası Green Peace örgütüyle alakası yoktur.) iki kişi Mc Donald's hakkında 6 sayfalık broşürler dağıtmışlardır. Bu broşürde, oldukça sert ifadelerle, Mc Donald's ın küresel ekonomik adaletsizliğe yol açtığı; yoksul ülkelerdeki küçük çiftçileri kendi ülkeleri için üretim yapmaktan alıkoyduğu, bu alanlarda et hayvanları için üretim yapıldığı, insan tüketimi için gerekli tahıllar yerine hayvan yemi üretildiği; her yıl İngiltere büyüklüğünde yağmur ormanlarının şirketin uygulamaları yüzünde tahrip olduğu, yağ, şeker, tuz bakımından zengin; lif, vitamin ve mineraller bakımından eksik hayvansal ürünlerin kalp, kanser ve kalınbağırsak hastalıklarına sebep olduğu; bunların teori değil tıbbi gerçekler olduğu; şirketin reklamlarında çocukları hedef aldığı ve çocukları istismar ettiği; bu şirketin kötü koşullarda işçi çalıştırdığı gibi iddialar yer almaktadır.

20 Eylül 1990 tarihinde, şirket bu kişiler aleyhinde 100.000 pounda ulaşan tazminat istemiyle, basın yoluyla hakaretten dava açmıştır. Şirket bu davada bu konularda uzman bir baş avukat ve yardımcılar tarafından temsil edilmiş; davalılar gönüllü bazı avukatlardan yardım almakla birlikte avukatsız olarak kendilerini savunmuşlardır. Bu dava 28 haziran 1994-13 Aralık1996 tarihleri arasında, 313 mahkeme işgünü sürmüş, İngiliz hukuk tarihinin en uzun süren davasıdır. Duruşma tutanakları 20.000. sayfa, delil niteliğinde 40.000 sayfa belge dosyada yer almış, 59 kişisi davalı tanığı olmak üzere 130 tanık dinlenmiştir. Davanın karmaşık bilimsel konularla ilgili olmasından dolayı hakim jürisiz yargılamaya karar vermiştir. Yargıç, şirketin çocukları istismar ettiğini, düşük ücretle işçi çalıştırdığı gibi bazı davalı iddialarını kabul etmesine rağmen, davalıları müştereken ve müteselsilsen 55.000 pound ödemeye mahkum etmiştir. Şirket bu miktarı davalılardan tahsil için bir girişimde bulunmamıştır. *Davalıların dava sırasındaki adli yardım olarak avukat talepleri İngiliz Adli Yardım Yasası gereği reddedilmiştir.*

Davalılar bu kararı, davacının zarar miktarını ispatlamasına gerek olmadığı; şirketin bu davayı açmağa yetkisi olmadığı; (İngiltere'de kamu tüzel kişileri bu tip davaları özgür demokratik bir toplumda bu tip şirketlerin her zaman eleştiriye açık olmaları gerektiren kanunlar nedeniyle açamamaktadır) şirketin şikayet konusu yaptığı konuları ispatla davet etmediği; şirketin şikayetine konu olan hususların yanlış olduğunu kendisinin ispatlaması gerektiği; şikayet konusu hususların doğruluğuna davalıların makul olarak inanıyor olmalarının İngiliz

hukukuna göre haklı bir savunma olduğu; bu tip şirketler karşısında kamu yararıyla ilgili yayınlara imtiyaz tanınması gerektiği; çocuklar, genç işçiler, hayvanlar ve çevre gibi kendilerini koruma araçlarına sahip olmayanların haklarını korumak için makul ve meşru bir yanıt olan broşüre kamu yararı adına imtiyaz tanınması gerekçeleriyle temyiz etmişlerdir. Temyiz mahkemesi çocuk istismarı ve şirket ürünlerinin sağlığı zararlı olduğu yönündeki iddiayı yorum olarak kabul etmiş ve bu konularda davalıları haklı bulmakla beraber, tazminatta bir miktar indirim yapıp kararı onamıştır.

Davacılar, adli yardım taleplerinin kabul edilmemesinden dolayı adil yargılanma haklarının ihlal edildiği AİHS m. 6 ve ifade özgürlüklerinin ihlali m. 10 gerekçe göstererek AİHM başvurmuşlardır.

Başvurucular, yukarıda açıkladığımız davanın karmaşık olması, uzun sürmesi, İngiliz hukukuna göre tarafların iddia ve savunmalarını ve bunların dayandığı tanık vs. delilleri ve bunların taraflarca sorgulanması işlemlerinin dengeli bir şekilde yapılması gerektiğini; davacı şirket ve kendi ekonomik durumlarının kıyaslanamayacağını; silahlar arasında bundan büyük eşitsizlik olamayacağını; davacının uzman avukatlardan yararlandığını; kendilerinin gönüllü fakat hakaret konusunda uzman olmayan avukatlardan kısmen yardım aldıklarını; ileri sürmüşlerdir. İngiliz hükümeti, davanın adli yardım gerektirecek kadar karmaşık olmadığını; adli yardımın devletlerin iç düzenlemesine bırakıldığını ve bu tip davalardaki daha önceki AİHM içtihatları doğrultusunda karar verilmesini istemiştir.

AİHM yaptığı değerlendirmede, tarafların kendilerini ve davalarını mahkeme önünde etkili bir şekilde sunabilmeleri ve silahların eşitliğinden yararlanmalarının adil yargılanma kavramının özünde yer aldığını belirtmiştir. (Par. 59) Devamla, bir davada adli yardımın gerekip gerekmediği sorusunu yanıtlarken, tarafların kendilerini etkin bir şekilde temsil edebilmeleri, davayla ilgili maddi hukuk ve usulü işlemlerin karmaşıklığı gibi unsurlara bağlı olarak her davanın kendi özel şartları içinde değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. (Par. 59) taraflardan biri diğeri karşısında esaslı olarak dezavantajlı bir konuma düşmedikçe, devlet açısından silahların eşitliğinin sağlanması bir zorunluluk değildir. (Par. 62) Mahkeme bu tespitlerinden sonra, bu tip davalardaki daha önceki içtihatlarıyla bu davayı karşılaştırmış ve bu davanın yukarıda açıkladığımız süre, usulü işlemler ve esas yö-

nünden karmaşıklığına değinmiştir. Ayrıca gönüllü avukatların düzensiz yardımlarının hakaret davalarında uzman tecrübeli avukatlarla temsille kıyaslanamayacağı tespitinde bulunmuştur.

Mahkeme, tarafların yararlandığı hukuki yardımlar arasındaki büyük eşitsizliğe vurgu yapmış ve sonuç olarak başvuru-cuların ulusal mahkemede yapmış oldukları adli yardım isteminin reddinin; başvuru-cuların kendilerini mahkeme önünde etkin bir şekilde savunmaktan yoksun bıraktığı tespitinde bulunmuş; bunun silahların eşitliği ilkesinin ve dolayısıyla adil yargılama hakkının ihlali olduğu kararına varmıştır. Ayrıca yargılama aşamasındaki usulü işlemleri de adil yargılanma hakkına aykırı bulmuş ve bunun da AİHS m. 10 ifade özgürlüğünün ihlali olduğuna karar vermiştir. Bu karar için bkz.⁶

Monique C. Lillard, German Law Journal, No: 5 (1 May 2005) da çıkan, “AİHM’ nin silahların eşitliği konusunda yeni bir adımı” adlı makalesinde; AİHM’nin gerekçelerinin büyük şirketlerde çalışan işçilerin işten çıkarılması durumunda adli yardımdan yararlanıp yararlanamayacaklarını tartışmaktadır. Bu davaların da karmaşık davalar olduğunu, işçinin ve ailesinin yaşamını çok yakından ilgilendirdiğini, bir tarafta bu konularda uzman şirket avukatlarının diğer tarafta mali gücü sınırlı ve hukuk bilgisi yetersiz işçilerin bulunduğunu ifade etmektedir. Sonuç olarak AİHM’nin bu kararının, bizi kapsam ve amaç yönünden düşünmeye sevk ettiğini belirtmektedir.

Van de Hurk v. the Netherlands davası da adil yargılanma hakkı açısından ilginç bir davadır. Van de Hurk süt sığırcılığı yapan Hollandalı bir çiftçidir. Başvurucu, AB direktifleri gereği konan süt üretim kotasının arttırılması için ilçe tarım müdürlüğüne başvurmuş; bu başvurusunun reddedilmesi üzerine tarım ve balıkçılık bakanlığına yaptığı itiraz da kabul edilmemiştir. Bakanlığın itirazı reddetmesi üzerine Endüstriyel Başvurular Mahkemesi’ne müracaat etmiştir. Bu mahkeme de başvuru- cunun talep ettiği ek kotadan faydalanabilmesi için gerekli olan minimum yatırımı yapmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Başvurucu daha sonra üç farklı iddia ile adil yargılanma hakkını ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM’e başvurmuştur. Bu gerekçelerden biri bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanmadığı iddiasıdır. *Bunun dayanağı da Kralın ve Bakanın mahkeme kararının icrasını askıya alma veya uygulamama kararı verebilmesidir. 1954 sayılı yasa 74. bölüm, mahkeme ka-*

6 <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/search.asp?skin=hudoc-en>

rarının kamu yararına aykırı olması halinde bakanların önerisi üzerine, bu kararı uygulamama veya kısmen uygulama hakkı vermektedir.

AIHM, daha önceki kararlarına atıf yaparak; bağlayıcı karar verme yetkisinin “*bağımsız mahkeme*” kavramının içinde yer aldığını tarafların zararına olarak adli olmayan bir güç tarafından değiştirilemeyeceğini belirtmiştir. Başvurucu, Endüstriyel Başvurular Mahkemesi’nde yapılan yargılamalarda hükümetin 1954 sayılı yasa 74. bölümden kaynaklanan hakkını hiç kullanmadığını kabul etmiş fakat başlı başına böyle bir hakkın bulunmasının bile “*bağımsız mahkeme*” kavramına aykırı olduğunu belirtmiştir. Hükümet savunmasında bu yetkinin mahkeme kararının gerekçelerini yok saymadığını, sadece kamu yararına aykırı bazı sonuçlarını engellediğini iddia etmiş; ayrıca bu yetkinin şimdiye kadar kullanılmadığını ve Genel İdare Yasası’nın 1 Ocak 1994 yürürlüğe girmesiyle yürürlükten kalkacağını belirtmiştir.⁷

AIHM, bu yasada verilen yetkinin mahkemeleri Kral’ın kararının dışına çıkamaması sonucunu doğurduğunu, yeniden yargılanmanın da etkin bir çare olmadığını, Kral’ın mahkeme kararını uygulamama hakkını kullandığı durumlarda, diğer tarafa tanınan tazminat hakkının mahkeme kararının yerini tutmayacağını kabul etmiş ve sonuçta başvuru hakkında “*bağımsız bir mahkeme*” tarafından “*karar*” verilmediğine ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Bu kararın bence en dikkat çekici yönü, yasada bulunan ve kullanılmayan bir yetkinin varlığının bile “*bağımsız mahkeme*” kavramına uymadığının kabulü olmuştur. Ülkemiz uygulamasında ise, idare mahkemesi kararlarına uyulmaması istisna olmaktan çıkmış adeta kural haline gelmiştir. Hukuk sistemimizde bu konuda bir eksiklik bulunmamaktadır. Fakat idarenin yargı kararlarına uymama alışkanlığı sürmektedir. Maalesef yeni ceza yasası da bu konuda özel bir hüküm getirmemektedir.

AIHM’nin gerekçeli kararlar ilgili içtihatlarına değinmek istiyorum. AIHM, dava aşamasında tüm itiraz ve sorunlara mahkemelerin yanıt vermesi gerektiğini düşünmüyor. *Davanın sonucunu temelden etkileyecek bir lâyiha, itiraz varsa ve mahkeme kararında özellikle bunun üzerinde durmalıdır.* Hiro Balani İspanya’ya karşı davasında mahkeme bu konu üzerinde durmuştur. Açıkça belirtmek gerekir ki, Türk Huku-

⁷ Monique C. Lillard, German Law Journal, No: 5 (1 May 2005), <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=602>

kunda gerekçeli karar konusunda AİHM'nin içtihatlarının çok ilerisindedir. Anayasa, usul yasalarımızda hükümler ve bazı Yargıtay içtihatlarındaki tutum bu konuda tatmin edicidir. Fakat uygulama için bunu söyleyebilmek mümkün değildir. Yasalarımızdaki çok açık ve kesin hükümlere rağmen Yargıtay dahil mahkemelerimizin kararlarının yeterli olduğunu söylenemez. Yargıtay, karar düzeltmelerde bile gerekçe yazmama alışkanlığını inatla sürdürmektedir.

Öner Yıldız/Türkiye davası Türk yargısına çok ciddi eleştirilerin yöneltildiği bir davadır.

AİHM, 1. Dairesi ve Türkiye'nin itirazı talebi üzerine Büyük Dairede de görülen Öner Yıldız-Türkiye davasında, Türk yargısına oldukça ciddi eleştiriler yöneltmiştir. Bilindiği gibi bu davanın konusu Ümraniye çöplüğündeki patlamadır. Savcı Ümraniye Belediye Başkanı ve İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanı hakkında TCK m. 230 (görevi ihmal) ve m. 455 (tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu ölüme sebebiyet verme, 26 kişiyi ölümü 11 kişinin kaybolması) dava açmış, yapılan yargılama sonucu sanıklar görevi ihmalden, cezanın alt sınırı olan 3 ay hapis ve 160.000. TL para cezasına çarptırılmış, hapis cezaları paraya çevrildikten sonra toplam 610.000. TL para cezasına çevrilip, sanıkların bir daha suç işlemeyeceği kanaatine varılarak ertelenmiştir.

1. Daire, devletlerin AİHS m. 2'ye uygun etkili bir ceza hukuku sistemi kurmaları yükümlülüğüne değindikten sonra; olayın ölümlere sebep olan yönünün mahkemece, yargılama süresince dikkate alınmadığını not etmiş ve fiilin insan hayatını tehlikeye atan bu yanın yargılanmasındaki mahkemenin isteksizliğinin (kaçınmasını) sanıklara *sanal dokunulmazlık* bahsettiği tespitinde bulunmuştur. (bkz., Par. 109) Bu tutumun, ölüme sebebiyet veren fiillere karşı ceza hukuku mekanizmasını etkili bir şekilde kullanma, sorumlularını etkili şekilde cezalandırma ve diğerlerini caydırma şeklindeki devlete düşen sorumluluğu devletin dikkate almaması anlamına geldiğini ayrıca belirtmiştir.

Hükümet, belediye başkanlarına verilen cezanın caydırıcı (yeterli) olmadığını iddia edilemeyeceğini, bu cezaların başkanların "*politik kariyerlerine*" zarar verdiğini ileri sürmüştür. 1. Daire bu konuyla ilgili tespitinde; Türk Ceza sisteminin bu yetersizliğinin, güya ceza yargılama sisteminin başkanların politik kariyerlerine yapacağı etki ve mağdurlara ev verilmesiyle giderilemeyeceği tespitinde bulunmuştur. (Par. 110, 111)

Büyük Daire, soruşturma kurumlarının Çevre Bakanlığı ve hükümet makamları aleyhine tüm suçlamalardan vazgeçerek davanın hayatı riske atma yönünün incelenmesini engellemek için suçlamaları yalnızca “ihmalgarlık” ile sınırlandırmaya çalıştıkları tespitinde bulunmuştur. (Bkz., Par. 115 kararın Türkçe çevirisi, Yargıtay web sitesi) Büyük Daire, daha sonra aşağıdaki tespitlerde bulunmuştur.

“Ancak, İstanbul Beşinci Ceza Mahkemesi’nde cezai işlemlerin başlatıldığı ve mahkemenin önüne getirilen davada olayları istediği gibi inceleyebilme, uygun bulunduğu soruşturmaların derinleştirilmesini isteme yetkisi olduğu göz önüne alındığında bu kusurların üzerinde durmak gereksizdir; üstelik bu mahkemenin verdiği karar Yargıtay’ın incelemesine de tabidir. Buna göre, AİHM’nin kanısınca asıl değerlendirilmesi gereken husus, bu gibi konularda oluşturulan tüm usulü şartlara tamamen uyarı bir hazırlık soruşturması olup olmadığını incelemek (bkz., yukarıdaki 94. paragraf) değil, insan hayatını korumak için kabul edilen yasaların muhafızları olan adli makamların, sorumluları cezalandırmaya kararlı olup olmadıklarını değerlendirmektir.”

“...Kararın işlevsel hükümleri bu hususta yorum yapmamakta ve üstelik ilk derece mahkemesinin, kazanın son derece ciddi sonuçlarına gereken önemi verdiğini düşündürmemektedir; sorumlu tutulan kişiler sonuçta gülünç sayılabilecek cezalara çarptırılmış, dahası bu cezalar ertelenmiştir.

117. Buna göre, Türk cezai adalet sisteminin trajediye yaklaşım biçiminin, bu Devlet görevlilerinin veya makamlarının olaydaki mesuliyetlerini tamamen tespit ettiğini ve yaşama hakkına saygı duyulmasını garanti eden iç hukuk hükümlerinin, özellikle de ceza kanununun caydırıcı işlevinin etkin bir şekilde uygulanmasını sağladığını söylemek mümkün değildir.

118. Kısacası, söz konusu davada, tehlikeli bir eylemin yürütülmesinden kaynaklanan ölümcül kazayla bağlantılı olarak, yaşama hakkının “kanunla” yeterince güvenceye alınamaması ve gelecekte insan hayatını tehlikeye atan benzeri davranışların caydırılamaması nedeniyle AİHS’nin 2. maddesinin usulü yönünden de ihlal edildiği kararı alınmalıdır.”

Son olarak ülkemiz uygulamasında çok sık görülen ve adil yargılanma hakkının ihlali niteliğindeki bazı uygulamalara değinmek istiyorum. İdari davalarda bazı gizli belge ve dosyaların davacı ve vekillerine incelettirilmemesi, yine tam yargı davalarında maddi ve manevi tazminat miktarının arttırılamaması, Cumhuriyet Savcısı’nın mütalaa-sından sonra davacıya cevap hakkı tanınmaması adil yargılanma hakkına aykırı gözükmektedir.

Özel hukuk alanında mevcut bilirkişi uygulamasının bırakın adil yargılanma hakkını ihlal etmesini, bunu ötesinde yargılama yetkisinin devri anlamına gelmektedir. Adeta mahkemeler usulü işlemleri yapmakta, bilirkişiler ise karar vermektedirler. Aslında bu konuda da tamamen uygulamanın yozlaşması ve buna mahkemelerin göz yumması söz konusudur.

Devletin kendi alacaklarına, borçlarına uyguladığından daha fazla faiz uygulaması, 213 sayılı VUK m. 112/4 fıkrası “*Fazla veya yersiz olarak tahsil edilen veya vergi kanunları uyarınca iadesi gereken vergilerin, ilgili mevzuatı gereğince mükellef tarafından tamamlanması gereken bilgi ve belgelerin tamamlandığı tarihi takip eden üç ay içinde iade edilmemesi halinde, bu tutarlara üç aylık sürenin sonundan itibaren düzeltme fişinin mükellefe tebliğ edildiği tarihe kadar geçen süre için aynı dönemde 6183 sayılı kanuna göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanan faiz, 120. madde hükümlerine göre ret ve iadesi gereken vergi ile birlikte mükellefe ödenir.*” AİHM’ de kaybedilen Akkuş/Türkiye (Türkçe metnine Yargıtay web sitesinden ulaşılabilir.) davasına rağmen hükümetler ve maalesef yargı da buna dahil herkes bildiğini okumaya devam etmektedir.

Türkiye’nin başını ilerde AİHM önünde derde sokmaya aday diğer bir konuda İcra ve İflas Yasası’ndaki “*Devlet mallarının haczedilemezliğine*” ilişkin 82. maddesindeki hükümdür. Devlet mallarının haczedilemeyeceğine dair konulmuş olan hüküm, kamu hizmetlerinin düzenli ve aralıksız bir tarzda yürütülmesini sağlamak olmasına rağmen idare tarafından amacı dışında kullanılmaktadır. Nitekim bu konuda yapılan bir başvuru AİHM tarafından kabul edilmiş ve esastan görüşülme-yi beklemektedir.

Bilindiği üzere Borçlar Kanunu’na göre haksız fiillerde zamanaşımı zararın ve failin öğrenilmesinden itibaren 1 yıl ve her halde fiilin gerçekleşmesinden sonra 10 yıldır. Buna benzer hükümler İYUK m. 13 ve AYİM kanununda da bulunmaktadır. Bu hükümler idari eylemlerden doğan zararlar için öğrenmeden itibaren 1 yıl ve her halde idari eylem tarihinden itibaren 5 yıllık zamanaşımı süreleri öngörmektedir. Yeni borçlar yasası taslağında (m. 77) bu süreler 2 ve 20 yıla çıkarılmıştır.

Uygulamada çalışan hukukçuların çok iyi bildiği üzere zararın geç öğrenilmesi zarar görenlerin hak kayıplarına neden olmaktadır. Özellikle beden tamlığının ihlal edildiği olgularda önce tıbbi raporlarla mağdurun beden bütünlüğünün zarar görmesinden dolayı çalışma

gücü kayıpları hesaplanmakta ve daha sonra bunlara dayanılarak bu kaybın sebep olduğu zarar peşin sermaye değeri olarak hesaplanmaktadır. Bu süreçte bilirkişi raporlarına yapılan itirazlardan ve yargının işleyişindeki aksaklıklardan dolayı süreç uzamakta ve 1 yıllık sürenin dolması söz konusu olabilmektedir.

Bu tip davalarda zararın miktarı önceden bilinemediği için kısmi dava açmak bir zorunluluktur. Aksi takdirde ret edilen kısım için ödenecek karşı vekalet ücreti, harç ve benzeri harcamalar önemli bir orana ulaşmaktadır. Bu da anayasal bir hak olan dava hakkını ve adil yargılanma hakkını ciddi şekilde zedelemektedir. Kısmi davada fazla ya ilişkin haklarınızı saklı tutsanız bile, zamanaşımı dava edilen kısım için kesilmektedir. Zararın tazmini gereken tutarını bilemediğinizde; alacağın zamanaşımına uğraması veya dava konusu alacak miktarını yüksek tutmak ve sonuçlarına katlanmak ikilemiyle karşı karşıya kalırsınız. Yukarıda açıkladığım uygulamaların, Anayasa m. 2 (hukuk devleti), m. 13 (sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmaması), m. 36 (hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı) ilkelerine aykırı olduğu düşüncesindeyim. Yargıtay dahil tüm yargı mercileri ve avukatların büyük çoğunluğu yukarıda değinmeye çalıştığım konulara karşı duyarsızdırlar. Adil yargılanma hakkı ile ilgili imzalanmış hiçbir uluslararası sözleşme olmasa, hatta bu hüküm Anayasa'mızda yer almasa dahi bir hukuk devletinde yukarıdaki belirttiğim konularda yargının çok duyarlı olması gerekir. Hukukun idesi adalettir, adaleti sağlama iddiasındaki hiçbir hukuk sistemi bu konulara duyarsız kalamaz. Bu arayış hukukun özünde vardır.

“Hukuk tahsili, hukuk binasının sağını solunu el yordamı ile yoklamağa değil, o binayı inşa etmeğe kabiliyetli hukukçular yetiştirmelidir. O halde, yalnız, yürürlükteki hukukun çerçevesini (sistemi) ve onun günlük tatbikatını (binanın sağını solunu yoklamak) öğrenmekle iktifa etmemek için, onun tarihi bir devre tekabül eden kaideler yekunu olduğunu, değişen devirle değişeceğini, pozitif hukukun aynı kalmadığını, daima yaşadığını öğrenecekler, yani hukuk nizamının temellerini atmağı, yeni prensipler çıkarmağı bilecekler; her yeniliğin neticelerini evvelden ölçmeğı, ve bunu mevcut sisteme nasıl aşılacak lazım geldiğini öğreneceklerdir.”⁹

⁸ Van de Hurk v. the Netherlands.

⁹ Prof. Dr. Ziya UMUR, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, s. 40

Yazımı Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz'in bir makalesinden yaptığım alıntıyla bitirmek istiyorum.

“Yurttaşların haksız dahi olsalar yasalara itaat görevi varsa, yargıçların da bu haksız yasalara karşı direnmek hakları ve görevleri vardır. Yargıçlar bu haklarını kullanmazlar, bu görevlerini idrak edemezler ise, yurttaşlar onların yerlerine geçerler. Yargıcın hukuk yaratmak işlevi işte burada, bu eleştirel tutumda gerçek anlamını bulur. O kendisinde bu cesareti bulmalı, bu sorumluluğu yüklenmelidir. Bunun için ise, tüm yurttaşlara güvencesini vereceği şeyi, özgürlüğünü almalıdır: Nemo dat, quod non habet (kimse kendisinde olmayan şeyi başkasına veremez)

Adaletin aslında daima istikrar getirdiğini, ama adaleti ağır biçimde ihmal eden her istikrar düşüncesinin, kendisiyle sakınılmak istenen istikrarsızlıktan daha vahim bir istikrarsızlığa yol açabileceğini bir hukukçu özellikle bugünün siyasi ortamında çok daha yoğun bir bilinçle görebilmelidir”¹⁰

¹⁰ Hayrettin Ökçesiz, Hukukçu Eğitiminde Bir Denek Taşı: “Radbruch Formülü” (<http://www.barobirlik.org.tr/yayinlar/makaleler/hokcesiz.doc>)