

YARGILAMA DİYALEKTİĞİ VE SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ

Bilgehan YEŞİLOVA*

I. GİRİŞ YERİNE

A. Genel Olarak

Özgürlükler, haklarla somutlaşıp talep edilebilir hâle gelirler.¹ Soyut insan haklarının bir kısmının hukuki güvenceye kavuşturularak pozitif hukukun bir parçasını oluşturması durumunda, artık somut insan haklarından söz edilir.² Anayasa'da yazılı pozitif insan hakları, "temel haklar" adını alır.³ Başlı başına dokunulmaz nitelikte bir yaşam alanı oluşturmayan; ancak maddi nitelikteki temel hakların (*maddi hukuka ilişkin insan haklarının*⁴) ve insan haklarının yargılama içinde gerçekleştirilmesine hizmet eden şekli haklara ise *yargısal temel haklar* denilmektedir.⁵

* Av., İzmir Barosu, Dr., LL. M Queen Mary.

¹ Böyle bir talep, hiç şüphesiz ki, muhatabına da, söz konusu talebi yerine getirme ödevi yükler (Akıllıoğlu T., *İnsan Hakları I, Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, Ankara 1995, s. 6 vd; Atalay E., "Yargısal Temel Haklar", *Prof. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan*, İzmir 1997, s. 437, 438).

² Akıllıoğlu, s. 6 vd, 19; Gözübüyük Ş /Gölcüklü F., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara 2007, s. 3; Atalay, s. 437, 438; Canıklioğlu M., "Anlamı, Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar ve Anayasalarımız", *Prof. Dr. Mahmut Tevfik Bırsel'e Armağan*, İzmir 2001, s. 468.

³ Akıllıoğlu, s. 6; Soysal M., *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Ankara 1990, s. 191; Atalay, s. 439, 441.

⁴ Budak A. C., *Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması*, İstanbul 2000, s. 4.

⁵ Atalay, s. 437, 441.

Yargısal temel haklara, *usulü güvenceler*,⁶ *yöntemsel hak veya yöntemsel (usuli) temel hak kuralları*⁷ denildiği bilinmektedir. Söz konusu haklar, devletin yargı organlarına, maddi temel hakların en üst düzeyde gerçekleştirilebilmesi için maddi gerçeğin araştırılması ödevini yükler. Bu bağlamda maddi temel haklara, etkili bir hukuki himaye kazandırılması da şarttır. İnsan hakları hukuku, maddi hukuka ilişkin hakların yargı veya cebri icra organları tarafından himayesi sırasında uygulanan usulleri, yine söz konusu faaliyetlerden etkilenen bireylerin korunması adına bazı şartlara tabi tutmaktadır ki, bunlara kısaca *yargılama hukuku güvenceleri* denilmektedir.⁸ Kısacası, yargısal temel hakların, yargılamaların hukuk devleti ilkesine uygun biçimde yapılmasını sağlamaya yönelik bir işlevi vardır.⁹ Hemen belirtmek gerekir ki, sözü geçen yargısal güvencelerin, çoğu zaman ve öncelikle ceza yargılamaları, şüpheli ve sanık için gündeme geldiği; tartışıldığı ve geliştirildiği bilinmekteyse de anılan teminatın medeni yargı dâhil olmak üzere yargılama hukukunun diğer dalları için de geçerli ve uygulanabilir olduğunda tereddüt etmemek gerekir (*karş. İİK m. 82/I b.12*).¹⁰

Adalet, hukukun hedefi olup en önemli unsurlarından birini *eşitlik* oluşturmaktadır. Uyuşmazlığın taraflarının veya taraflarından birinin haberi olmadığı, haberi olsa bile etki edemediği, dinlenmediği, taleplerinin dikkate alınmadığı bir yargılama, adil kabul edilemez.¹¹ *Hukuki dinlenilme hakkına eksiksiz biçimde itibar edildiği sürece, o oranda adli gerçek, maddi gerçeğe yaklaşacak*;¹² *hem şeklen hem de madden doğru ve ger-*

⁶ Kaboğlu İ., *Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme*, İstanbul 1994, s. 168.

⁷ Akıllıoğlu, s. 88.

⁸ Budak, s. 3. Ayrıca bkz. Özekes M., *Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, Ankara 2009, s. 30, 31, 33.

⁹ Yargısal temel haklar, *kişi hakları* kategorisi içinde düzenlense de devletten olumlu bir edimin gerçekleştirilmesini talep yetkisi veren *pozitif statü hakları* olarak da nitelendirilebilirler (Atalay, s. 441; Gören Z., *Temel Hak Genel Teorisi*, 3. Baskı, Ankara 1995, s. 30; Atalay, s. 443, 444; Caniklioğlu, s. 474; Pekcanitez H., "Hukuki Dinlenilme Hakkı", Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s 756, 757; İnceoğlu S., *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılama Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, İstanbul 2008, s. 218).

¹⁰ Budak, s. 6; Akcan R., *Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri*, Ankara 1999, s. 90-105; Özekes, *İcra*, s. 35 vd.

¹¹ Akıllıoğlu, s. 38; Özekes M., *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Ankara 2003, s. 21.

¹² *Gerçeğin bulunması amacı* bakımından medeni usul ve ceza usulü arasında bir fark

çeğe uygun bir kararın verilmesi sağlanacaktır.¹³ Bu noktada, gerçeğe ulaşılmasa dahi hukuki dinlenilme hakkından vazgeçilemez.¹⁴ Zira bu hak, kaynağını, insan onurundan; eşitlik ve hukuk devleti ilkelerinden almaktadır.¹⁵

İnsan onurunun korunması,¹⁶ hukuk devleti ilkesiyle birlikte¹⁷ yargısal temel hakların başlıca dayanaklarını oluşturmaktadır (*karş.* AY m. 1; 176/I).¹⁸ Gerçi örneğin hukuki dinlenilme hakkı, hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olmadığı gibi ondan daha eski ve söz konusu ilkenin varlığı için başlangıçta bulunması gereken bir şarttır.¹⁹ *Ancak hemen belirtmek gerekir ki, hukuki dinlenilme hakkı, hukuk devletinin bir göstergesi; hukuk devleti, hukuki dinlenilme hakkının güvencesidir.*²⁰

Birey, insan onuru sebebiyle sahip olduğu vazgeçilmez haklarını, *etkili bir biçimde gerçekleştirme imkânına yani hak arama hürriyetine*²¹

yoktur (*karş.* Centel N/Zafer H., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Bası, İstanbul 2008, s. 7). Bir usul hukukunda, hâkime, dava malzemesiyle ilgili olarak diğerine nazaran daha fazla yetki tanınmış olması, amaçta bir farklılığa neden olmaz. Birden fazla usulün varlığı ise birden fazla gerçek anlayışından değil; gerçeğe ulaşmak adına tercih edilen farklı metotların varlığından ileri gelir (Alangoya Y., *Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler*, İstanbul 1979, s. 86-90). *Ayrıca ve ayrıntısı için bkz. Üstündağ S., Medeni Yargılama Hukuku*, C. I-II, İstanbul 2000, s. 16-17; Taşpınar S., “Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu”, *Av. Dr. Faruk Erem Armağanı*, TBB Yayın No. 8, Ankara 1999, s. 759 vd.

¹³ Şimşek O., *Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi, DEÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü), İzmir 1999, s. 169.

¹⁴ Devletten, bağımsız mahkemeleri aracılığıyla yargılama yapıp sonuçlandırması talep edilir. Ancak devletin mutlak anlamda doğru bir karar verme yükümlülüğü de yoktur (Alangoya Y/Yıldırım K/Yıldırım N. D., *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 7. Bası, İstanbul 2009, s. 201). *Ayrıca bkz. Gözübüyük/Gölcüklü*, s. 291; İnceoğlu, s. 217.

¹⁵ Özkes, s. 66.

¹⁶ İnsan onuru, bireyin insan onuruna yakışır bir hayat sürdürmesi için gereken koşullara sahip olmasını şart koşar. Bütün temel haklar, insan onurundan kaynaklanır ve insan onurunun bağımsızlaşmış parçalarıdır (Aldabak E., “İnsan Haklarının Düşünsel ve Tarihsel Kökleri”, *Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan*, C. III, İstanbul 2003, 218, 219). *Ayrıca bkz. Şimşek*, s. 1; Caniklioğlu, s. 470, 471; Özkes, s. 43; AYM, 28.06.1966, 1963-132/29, AYMKD, S. 4, s. 187.

¹⁷ Tanör B/Yüzbaşıoğlu N., 1982 *Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul 2004, s. 100; Pekcanitez H/Atalay O/Özkes M., *Medenî Usûl Hukuku*, 8. Bası, Ankara 2009, s. 247; Özkes, *İcra*, s. 122.

¹⁸ Kaboğlu, s. 162-166; Atalay, s. 444 vd.

¹⁹ Pekcanitez, s. 757.

²⁰ Özkes, s. 42.

²¹ Kaboğlu, s. 88; Atalay, s. 449.

sahip olmalıdır. Zira hak arama özgürlüğü, sadece “alacaklının” hakkına ulaşabilmesi için değil; ama aynı zamanda, “borçlunun” da haksız müdahalelere karşı korunması yönünden önemlidir (AY m. 36, 40).²² Ne var ki, kişiye, sadece yargı organlarına başvuru imkânının tanınmış olması da, yetişmez. Kişi, ayrıca yargı organları karşısında, adil ve hukuki dinlenilme hakkına uygun yargılanmalıdır.²³ Zira yargılama içinde dinlenmeyen bireyin kişiliğinin ortaya çıktığından veya yargılama sırasında korunduğundan bahsedilemez.²⁴ İnsan onurunun muhafazası, bireyin yargılamanın objesi olmamasını; kendisiyle ilgili bir kararın verilmesi sürecine etki edip katkı verebilmesini; bunun için gereken ve etkin araçlara sahip olmasını (yani *doğru-dürüst yargılamayı*,²⁵ *hakkaniyete uygun yargılamayı*) gerektirir.²⁶ Bu nedenle hukuki dinlenilme hakkının insan onurunun bir gereği olması sebebiyle gerçek bir istisnası yoktur.²⁷

Aşağıda ayrıntısına değinilecek olmakla birlikte, şu kadarını söylemek mümkündür ki, adil yargılanma hakkı, tek bir hak olmayıp bir yargısal temel haklar demetidir. Bu kapsamda, adil yargılanma hakkı, taraflar arasında tam bir eşitliğin sağlanmasını ve *usulî hakkaniyetin* tüm yargılama boyunca korunmasını gerekli kılar ki, onun bu özelliğine *silahların eşitliği ilkesi* denilir.²⁸

B. Diyalektik Süreç ve Özellikleri

Diyalektik, farklı görüşlerin çatışması yoluyla gerçeğe ulaşma amacını güden bir tartışma sanatıdır. Bu tartışma yöntemi, karşıt görüşleri *karşılaştırarak*, *çözümleyerek* ve *çürüterek* gerçeğe ulaşma çabasından ibarettir (*karş.* HUMK m. 388/I, b. 3). Hemen şunu belirtmek gerekir ki, burada sözü edilen tartışma, aldatmaca, şaşırtmaca üzerine kuru-

²² Özekes, *İcra*, s. 128.

²³ Akkan M., “Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukukî Koruma”, 2007/1 *MİHDER*, S. 6, s. 38-40.

²⁴ Şimşek, s. 170.

²⁵ Akıllıoğlu, s. 19.

²⁶ *Ayrıntısı için bkz.* Atalay, s. 447.

²⁷ Pekcanitez, s. 757; Özekes, s. 45.

²⁸ Atalay, s. 453. *Ayrıca bkz.* Gözübüyük/Gölcüklü, s. 291.

lu bir sofistin demagojisinden çok farklı olup amaç, sözü edilen felsefi tartışma sanatının yardımıyla gerçeğin bulunup aydınlatılmasıdır.²⁹

Diyalektik tarihine burada değinilecek değildir. Özetle diyalektik, gelişmeyi, karşıtların etkileşimi; onların birliği ve fakat aynı zamanda karşılıklı mücadelesi olarak yorumlar. Bu niteliği, onu; gelişmeyi, basit yer değiştirmelere; çoğalma ve azalmalara; tekrarlamalara indirgeyen “metafizikten” ayırır.³⁰

Diyalektik süreç, “eklektik” özellikler göstermez. Gerçi yaşamın diyalektiği, düşüncelerin diyalektiğine; o da, kavramların diyalektiğine yansımalıdır. Ne var ki, açık görüşlülük; karşıtlıklara imkân tanımak, birbirleriyle bağdaşmayan düşünce ve kavramların keyfi bir biçimde bir araya getirilmesi; tutarsız ve ilkesiz bir birleşimi demek de değildir.³¹

Diyalektik, genel olarak “eskinin” yerini “yeninin” almasıdır. Ancak burada son derece önemli bir ayrıntı gizlidir. Oluşum halindeki “yeni”, esasen bir sonraki gelişme için kendi içinde zaten daha büyük imkânlar barındırır; bir başka açıdan “eski”, sonraki “yeninin” filizlerini kendi içinde taşır. Bu nedenledir ki, “yeninin” önüne geçilmez. Ancak “yeni”, “eskiyi” “olumsuzlama” yoluyla yani *yok ederek* ortaya çıkıyorsa o halde, oluşanın özüne şüpheyle bakmak gerekir.³² Gelişmeyle

²⁹ Korshunova, s. 76.

³⁰ Korshunova, s. 82.

³¹ Korshunova, s. 95. Açıklama hakkının kullanılması, mahkemeye münasebetsiz evrakın verilmesini; iddia ve savunma sınırlarını aşip karşı tarafın kişilik haklarına tecavüz sonucunu doğuran açıklamalarda bulunulmasını gerektirmez (*Karş. HUMK m. 78*) (Özekes, s. 111). Ayrıca bkz. “...İddia ve savunma hakkının her türlü etkiden uzak olarak kullanılması esastır. Bir davada tarafların yargı mercileri önünde iddia ve savunmalarını hiçbir endişeye kapılmadan serbestçe yapmaları gerekir. Ancak bu serbesti, *dava konusu olayın aydınlığa kavuşması bir başka anlatımla, hakkın meydana çıkarılmasına vesile olması amacına hizmet etmelidir.* Böyle olduğu takdirde Anayasanın öngördüğü meşru vasıta ve yollara başvurulmuş olur. Ancak o dava sebebiyle söylenilmesinde ve yazılmasında yarar bulunmayan, diğer bir deyişle *davanın aydınlığa kavuşmasında ve hakkın meydana çıkarılmasında hiç bir olumlu etkisi olmayan, hakareti oluşturan yazı ve sözlerin kullanılmasında meşruiyet vardır denilemez.* Bu gibi durumlarda iddia ve savunma sınırı aşılmış ve dolayısıyla haysiyetler korunmamış olur...” CGK, 20.10.1998, 4-225/316 (*İzBD*, 2000/Nisan, s. 123).

³² Tarafların süresinden sonra getirdikleri dava malzemesinin yargılamaya dâhil edilmemesi nedeniyle (*teksif ilkesi*) hukuki dinlenilme hakkının da ihlal edilip edilmediği, tartışılmıştır. Hukuki dinlenilme hakkı, bir yargısal temel hak olarak hem kanun koyucuyu hem de hâkimi bağladığından; teksif ilkesini çok katı yansıtan ve

çelişen; onu koşullandırmayan “olumsuzlamanın” karşıtlıkları yok eden ve yok sayan bu olumsuz yönü, diyalektik süreçle bağdaşmaz.³³ “Yeni” “eskinin” silinip atılması değildir; zira onun temelleri üzerinde yükselindiğinden; eskinin olumlu özelliklerinin korunması icap eder. Buna kısaca “olumsuzlamanın olumsuzlanması” denir.³⁴

Yukarıda, tarihi temelleri son derece eski olan diyalektiğin çalışma konumuzla da ilgili olduğunu düşündüğümüz yönlerine, kısaca değinmeye gayret ettik. Ancak bu özet dahi *kanımızca* “diyalektiğin” yargulamaya ve özellikle onun olmazsa olmaz ilkelerinden olan “silahların eşitliğine” son derece ışık tutucu, belirleyici ve ilham verici olduğunu göstermeye yetmektedir. Namık Kemal’in de ifade ettiği şekliyle mademki, *barika-i hakikat, müsademe-i efkârdan doğar*, şu halde, gerçeğe ulaşmak adına girilen mücadelenin belli bir takım nitelikleri taşıması gerekir:

a. Bu süreç, bir demagoji (lâf ebeliği) değildir.

b. Gerçek, karşıtların ancak bilinçli ve sistemli bir şekilde bir araya getirilişinden; etkileşiminden ortaya çıkar; bu nedenle *eklektik* özellikler göstermez.

c. Karşıtların, birbirlerini yok sayması; önemsemesi mümkün değildir. Zira etkileşim hâlindeki her iki farklı uç, oluşacak “yeninin” filizlerini içinde barındırır. Oluşanın, “eskiden” daha ileri, gelişmiş olabilmesi, yaşanan çatışmanın bir dayatma, yok sayma ve yok etme mücadelesi olmamasına bağlıdır (*karş. HUMK m. 445/I, b. 7*).³⁵

hukuki dinlenilme hakkına aykırı olan hükümler ve mahkeme uygulamaları, bu hakkın ihlali anlamına gelir (*Karş. HUMK m. 197, 198; 166-174; 185, 2002; 217, 244, 378; AYM, 20.7.1999, 1/33, RG. 4.11.2000, S. 24220*) (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 256).

³³ Aynı konuda birden fazla kararın doğru olma ihtimali bulunuyorsa, hukuki dinlenilme hakkı, bir yargılamada en doğru kararın ortaya çıkmasını sağlayacaktır. Hatta hukuki dinlenilme sağlanmadan; karşılıklı iddia ve savunmalar dinlenmeden gerçeğe ulaşmanın mümkün olduğu söylenemez. Ayrıntısı için bkz. Özekes, s. 23.

³⁴ Yargılama hukuku, tarafların haklarıyla ilgili meşru bir mücadele alanı ise de bu mücadelede, her şeyin geçerli olacağı ve kabul göreceği düşünülemez. *Doğruyu söyleme ve dürüst davranma ödevi*, bu mücadelede tarafların uymaları gereken sınırı çizmektedir (Arslan R., *Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*, Ankara 1989, s. 49; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 266-267).

³⁵ “...Felsefi ve hukuksal nitelikleri ve içerikleriyle adalet kavramı ve yargılama işlevi, birbirini tümleyen, birbirinden ayrılmaz sav, savunma ve karar üçlüsünden oluşan yargıyla yaşama geçmektedir....” AYM, 16.6.1992, 8/39 (Akad M./Dinçkol A., 1982 *Ana-*

C. Terminoloji Sorunu

Silahların eşitliği, yargılama hukuku içerisinde bilinen ve sıkça kullanılan bir ibaredir. Lâkin bu kullanım, kendisini oluşturan her iki kelime yönünden de *kanımızca* eksik ve değerlendirmeye açıktır. *Silah*, kelime anlamı olarak savunmak veya saldırmak amacıyla kullanılan araç; başvuru her şey; mecazi olarak ise bir konuda etkili nesne, etken araç anlamına gelmektedir.³⁶ Şu hâlde, her iki türdeki anlamıyla da silah, bir araç, aygıt olarak işlev görmektedir. Bu kullanımın yargılama içerisindeki yansıması, ilk bakışta ve son derece doğal olarak “*delil*” şeklinde belirlemektedir. Oysa yargılamadaki tarafların her koşul altında ve özellikle aynı anda, karşılıklı delillere sahip olmaları gerekmez; bu, mümkün de olmayabilir. Ancak bu hâlde dahi silahların eşitliği şeklinde ifade edilen ilke, taraflara örneğin *bilgilenme ve açıklama hakkı* gibi başkaca imkânlar daha sunmaktadır. Bu durum, ceza yargısında şöyle ifade edilmektedir: Savcı ile sanık arasında *silahlarda eşitlik* olmasını savunmak, taraf ile süjenin birbirine karıştırılması anlamına gelir.

Ceza yargısında, savcı ile sanık arasındaki *yetkilerin karşılıklı* olması aranır. Yani sanık kadar savcının da hâkimden uzak olması şarttır. Esas olan iddia ve savunma makamları için geçerli *usulî imkânların* birbirleriyle dengeli olması; dengenin birisi aleyhine bozulmamasıdır.³⁷ Bu durumun medeni yargı için de geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Eşitlik tarafların fiilen de aynı anda ve aynı araçlara sahip olmasını şart koşmaz. Birey, *silahların eşitliği ilkesi* sayesinde, **i)** talep ve iddialarının ispatına yarayan delilleri, *karşılıklı* olarak sunarak bunları tahkikata konu etme ve böylece sav yahut savunmayı yürütme hakkına sahip olmakla birlikte *ayrıca ve belki de öncelikle* başka usulî imkânlarla daha kavuşmaktadır. Bu şekilde kişi, **ii)** *sadece iddia ve taleplerini ileri sürmek* yönünden çekişmenin diğer yanına göre daha aleyhte bir durumda olmayacak *ama aynı zamanda* karşı tarafın iddia, talep ve savunmalarına karşı da **iii)** *beyan ve açıklamada bulunma* imkânına kavuşacaktır.³⁸ Esas olan, taraflar arasında adil bir usulî

yasası, Madde Gereçekleri ve Maddelerle ilgili Anayasa Mahkemesi Kararları, İstanbul 1998, s. 169).

³⁶ *Türkçe Sözlük*, Türk Dil Kurumu, 10 Baskı, Ankara 2005, s. 1766.

³⁷ Centel/Zafer, s. 194, 195.

³⁸ Pekcantez H., “Medeni Yargıda Adil Yargılanma”, *İzBD*, 1997/2, s. 45-48.

dengeinin bulunması; davanın ortaya koyulabilmesi bakımından tarafların makul *olanaklara* sahip olabilmesi ve *öncelikle* dosyadaki tüm delil ve mütalaaların taraflarca **bilinmesi** ve bunlar üzerinde *yorum yapıp tartışılabilmesidir*.³⁹

Sözü edilen ilkenin “*eşitlik*” unsuru yönünden de eleştirisi yapılabilir. Silahların eşitliği ilkesinde gaye, *-eşit muamele etmek adına-* tarafların, birbirlerine nazaran, oldukları gibi muhafaza edilmesi ve bu nedenle mevcut oransızlığın olduğu gibi sürdürülmesi değil; *taraflar arasındaki eşitsizliklerin de giderilmesi adına*, gerçekçi ve esaslı bir eşitlik anlayışının sağlanmasıdır. *Eş deyişle taraflar arasındaki eşitliğin sağlanması için taraflara farklı, eşit olmayan bir biçimde, davranılabilir* (karş. İİK m. 85/son⁴⁰). Bu nedenle yargılamanın daha ziyade *adilane bir surette yürütülmesi* ilkesi, çok daha gerçekçidir; taraflara sadece eşit değil; adilane bir biçimde de muamele edilmelidir.⁴¹ Zira önemli olan, *taraflar arasındaki, şayet varsa eşitsizliğin, -sosyal devletin de bir gereği olarak- adil yargılamayı engellemesine mâni olmaktır*.⁴²

D. Silahların Eşitliği İlkesinin Diğer Yargısal Temel Haklarla İlişkisi

Yargısal temel hakların tümünün, adaletin tecellisine *-usulünce gerçekleşmesine-* ilişkin hak (*right to a proper administration of justice*) başlığı altına toplandığı; yine bu bağlamda meselenin en geniş anlamıyla adil yargılanma hakkı (*right to a fair trial*) olarak ifade edilmeye ça-

³⁹ Fawcett J.E.S., *The Application of The European Convention on Human Rights*, Oxford 1987, s. 154.

⁴⁰ Ayrıca bkz. Özkes, *İcra*, s. 90, 91, 114.

⁴¹ İHAS özelinde, ülke hukukuna göre yüksek mahkemede görev yapan savcıların hazırlayacakları mütalaa için savunma makamından daha uzun bir süreden yararlanmaları, eşitsizlik olarak görülmüştür. Zira söz konusu savcılar, savunmadan farklı olarak yargılamaya sonradan katılmakta ve ilk derece mahkemesinde yaşananları, ilk defa tanımak ve çalışmak sorunda kalmaktadırlar (*Kremzow v. Austria*, 21.09.1993, A 268-B, 17 EHRR 322, §75).

⁴² Petrochilos G., *Procedural Law in International Arbitration*, 2004, s. 145; dn. 167; Jacot-Guillarmont O., “Rights Related to Good Administration of Justice”, *The European System for the Protection of Human Rights*, eds. R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, 1993, s. 392; Fawcett, s. 157. Ayrıca bkz. Alangoya Y., “Anayasanın Medeni Usul Hukukuna Etkisi”, *MHB*, 1981/2, s. 3; Pekcanitez, *Adil Yargılama*, s. 47, 48; Özkes, s. 49, 50.

lışıldığı bilinmektedir.⁴³ Özellikle İHAS'ın 6/I. maddesinde düzenlenerek güvence altına alınan (Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m. 14/I) yargısal temel haklar, **i) yargı mercileriyle; ii) yargılamayla ve iii) verilen kararlar ilgili yargısal temel haklar** şeklinde üç ana grup altında değerlendirilebilir.⁴⁴ Yargılamayla ilgili yargısal temel hakların özünü, **i) makul sürede ve ii) aleni surette yargılanma hakları** dışında hiç şüphesiz ki **iii) adil yargılanma hakkı ve içeriğindeki hukuki dinlenilme hakkı ile silahların eşitliği ilkesi** oluşturmaktadır.⁴⁵

İHAS'ın 6/I. maddesinde, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14/I. maddesinin aksine; yargılama makamları önünde *eşit muamele görme hakkı* şeklinde somut bir hüküm yer almamaktadır.⁴⁶ Yargılama makamları önündeki eşitlik, bireylerin ayrımcı gerekçelerle ilgili yargılama makamına başvuru hakkının kısıtlanmasına engel olan; *hukuk önünde eşitlik* ilkesinden de geniş bir anlamı ifade etmektedir (Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m. 2/I, 26).⁴⁷ Gerçi, böyle bir hakkın İHAS'da lâfzen düzenlenmemiş olmasına karşın; adaletin usulünce tecellisine ilişkin hakka (*right to a fair administration of justice*) zaten ve zımnen dâhil olduğu kabul edilmektedir. Yargılama makamları önündeki eşitlik, adil yargılanma hakkının bir parçası olan silahların eşitliği ilkesi ile de somut olarak karşılanabilmektedir.⁴⁸ Hemen belirtmek gerekir ki, İHAS'ın 6/III. maddesine konu ve kısaca *sanık haklarını içeren hüküm, sadece yol gösterici olup hakkaniyete uygun bir yargılamanın da her zaman yeter şartlarını karşılamaz. Öte yandan sanık hakları olarak ifade edilenler de aslında, pekâlâ özel hukuk uyuş-*

⁴³ *Delcourt case*, Judgement of 17.01.1970, A 11, 1 EHRR 355, §25; *Golder case*, Judgement of 21.02.1975, A 18, 1 EHRR 524, §33, 34. Ayrıca bkz. Gözübüyük/Gölcüklü, s. 276, 277.

⁴⁴ Jaksic A., *Arbitration and Human Rights*, Band 59, Berlin, Bern, 2002, s. 221; Ayrıca bkz. Gottwald P., "Die sachliche Kontrolle internationaler Schiedssprüche durch staatliche Gerichte", FS für Heinrich Nagel, Münster, 1987, s. 57; Heller K., *Der verfassungsrechtliche Rahmen der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, Band 4, Wien 1996, s. 18.

⁴⁵ Matscher F., "Der Einfluss der EMRK auf den Zivilprozess", FS für Wolfram Hencel, Berlin/NewYork 1995, s. 594.

⁴⁶ Joseph S/Jenny S/Satsan M., *The International Covenant on Civil and Political Rights*, Cases, Materials and Commentary, 2005, s. 394, 395.

⁴⁷ Weissbrodt D., *The Right to a Fair Trial*, Article 8, 10 and 11 of the Universal Declaration of Human Rights, London, 2001, s. 14, 15.

⁴⁸ van Dijk P., "Access to Court", *The European System for the Protection of Human Rights*, eds. R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, 1993, s. 352.

mazlıklarında, medeni yargı içinde kendilerine *-birebir olmasa da-* yer bulabilmektedirler.⁴⁹

Çalışma konumuzu oluşturan, silahların eşitliği ilkesinin diğer yargısal temel haklarla yakın bir ilişki içinde olduğu inkâr edilemez. Başta silahların eşitliği olmak üzere yargısal temel hakların köklerini, insan onurunda, hukuk devleti ve eşitlik ilkelerinde aramaktan doğal bir şey olmaz. Ne var ki, *silahların eşitliği ilkesiyle eşitlik, adil yargılanma* ve onun bir unsuru olan *hukuki dinlenme hakkı arasında* çok daha sıkı ve yakın bir bağ vardır. Kimi zaman bu yargısal temel hakların kavram olarak birbirlerinin yerine kullanıldığı; biriyle aslında diğerinin de anlatılmak istendiği, görülecektir.⁵⁰ Aşağıda, meselenin incelenmesi sırasında, sistematik bakımından daha ziyade *“hukuki dinlenme hakkının”* unsurlarına göndermede bulunulmuştur. Çünkü bir ilke olan silahların eşitliği, adil yargılanma hakkı ve hukuki dinlenme hakkı ile eşitlik ilkesinin kesiştiği yerde bulunmaktadır. *Söz konusu yargısal temel hakların kullanımı sırasında eşitlik ilkesi, dikkate alınması gereken zorunlu bir kistas olarak karşımıza çıkmakta; gölgesi, tüm yargılamanın üzerine düşmektedir.*

Kişilerin devlete karşı *yargı hakkı* bulunmaktadır ve kendiliğinden hak almayı bireylere yasaklayan devlet, hakkın dağıtımından kaçınamaz.⁵¹ Hak arama hürriyetinin iki yönü olduğu savunulur: Bunlardan ilki, yargıya (yargı hizmetine) ulaşabilirliğin (*access to justice*) sağlanması (adaletten yararlanma hakkı);⁵² ikincisi ise yargılamada ilgililere söz hakkının (dinlenme hakkının) (*due process*) tanınmasıdır.⁵³ Ne var ki, adil yargılanma hakkının gerçekleşebilmesi için öncelikle hak arama özgürlüğünün güvence altına alınması yani mahkemeye

⁴⁹ van Dijk P/van Hoof G. J H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, The Hague 1998, s. 429; Fawcett, s. 149; İnceoğlu, s. 219, 220; *Albert and Le Compte v. Belgium*, 10.02.1983, 5 EHRR 533, §30.

⁵⁰ Jacot-Guillarmod, s. 393; İnceoğlu, s. 219.

⁵¹ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 186; Tezcan D/Erdem R. M/Sancakdar O., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara, 2004, s. 43. Ayrıca bkz. Alangoya, s. 1 vd; Hanağası E., *Davada Menfaat*, Ankara 2009, s.39, 41.

⁵² Van Dijk/van Hoof, s. 418-419; İnceoğlu, s. 105, 106.

⁵³ Üstündağ, s. 26, 27; Yıldırım K., *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul 1990, s. 98, 99.

başvurarak⁵⁴ dava açma hakkının korunmuş olması gerekir.⁵⁵ Bu noktada, *hak arama hürriyeti* ve özellikle onun asli görünümü olan *mahkemeye başvurma (ulaşma) hakkı* ile hukuki dinlenilme hakkı tümüyle örtüşmez. Örneğin hukuki dinlenilme hakkı, yargılama başladıktan sonra, yargılamada taraflara, *eşit* bir şekilde davranılmasının garantisidir. Şu hâlde, salt hukuki korunmanın sağlanmış olması, *adil yargılanma hakkının* gereklerinin de yerine getirildiği anlamını taşımaz.⁵⁶ Ancak bu iki yargısal temel hak, birbirinden ayrı da düşünülemez.⁵⁷ Zaten Anayasa'da, hak arama özgürlüğü, hukuki dinlenilme hakkının bir parçasını teşkil eden iddia ve savunma hakkı ve adil yargılanma hakkı ile birlikte düzenlenmiştir (AY m. 36). Şurası kesindir ki, *gerçek bir hukuki koruma, ancak hukuki dinlenilme hakkının eksiksiz tanınması ile mümkündür*.⁵⁸ Bu nedenle de artık "*hukuki korunma talebinin*" adil yargı-

⁵⁴ Anayasa'nın 36/I ncı maddesinde geçen "*yargı mercileri*" tabiri, hiç şüphesiz ki öncelikle mahkemeleri ifade etmekteyse de aynı hükmün ikinci fıkrasıyla ve ardından yine Anayasa'nın bu kez 37 nci maddesiyle birlikte değerlendirilmesinden; söz konusu ibarenin mahkemeler dışında diğer yargılama makamlarını ve hatta tahkim yargılamasında hakemleri (*hakem heyetlerini*) de içerecek genişlikte olduğu, öğretilde kabul edilmektedir (*Karş. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi* m. 14/I). Herkes, *mahkemeye* başvurup uyumsuzluğuyla ilgili davacı olma ve iddialarını ileri sürme hakkına sahiptir; *ancak buna da mecbur değildir*. Mahkemeler ise görev ve yetkileri dâhilindeki davalara bakıp çözmekten kaçınamazlar (AY m. 36/II; 142). Şu hâlde birey, mahkemeler teşkilatı dışında yapılacak yargılamalarda da yine aynı hükümde sözü edilen yargısal temel haklara sahiptir ve devlet, burarlarda da aynı hak ve güvencelerin işletildiğini gözetmekle yükümlüdür. Kaldı ki, İHAS özeline de "*mahkemeler*" tabirinden hiçbir zaman *sadece* bilinen anlamıyla devlet tarafından örgütlenmiş mahkemeler teşkilatı anlaşılmamıştır (Petrochilos, s. 110; Jaksic, s. 186; İnceoğlu, s. 158 vd). Önemli olan, yargılama makamının olağanüstü nitelik arz etmemesi; yani yürütmeye ve onun tabii hâkim ilkesini ihlâl eden tek yanlı işlemlerine karşı bağımsız oluşudur (van Dijk/van Hoof, s. 457). Kısacası, başta Anayasa'nın 36 ncı maddesi olmak üzere özellikle İHAS'ın 6 ncı maddesinde düzenlenmiş yargısal temel hakların, bünyesine ve hukuki niteliğine uygun düştüğü ölçüde pekalâ tahkim yargılamaları için de geçerli olduğu konusunda ayrıntısı için bkz. Yeşilova B., *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, İzmir, 2008, s. 134-149, 165-207, 221-235.

⁵⁵ Akıllıoğlu, s. 183; Hanağası, s. 43-45.

⁵⁶ Özekes, s. 52-55. Ayrıca bkz. Budak, s. 13.

⁵⁷ Örneğin, üçüncü kişilerin yargılamada yer alarak hukuki dinlenilme haklarını kullanabilmeleri bakımından hukuki korunma talebi ile hukuki dinlenilme hakkı çakışmaktadır (Özekes, s. 55). Aynı konuda bkz. Pekantez H., *Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale*, Ankara 1992, s. 98-101; Budak, s. 27, 28.

⁵⁸ "Savunma hakkı hak arama özgürlüğünün bir tezahür şeklidir..." 9. HD, 18.5.1999, 7782/9107 (Günay C. İ., *İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara, 2000, s. 337).

lanma hakkı içinde eridiği kabul edilir.⁵⁹ Bugün, şekli bir hukuki korumanın sağlanması yeterli görülmemekte, “*etkili hukuki koruma*”nın varlığına ihtiyaç duyulmaktadır.⁶⁰ Bu bağlamda, hukuki dinlenme hakkı olmaksızın da sağlıklı ve etkin bir yargılamadan söz edilemez. *Usulî eşitlik* ilkesi ve onun somutlaşmış hâli olan hukuki dinlenme hakkı ile etkili bir hukuki koruma sağlanırken; bu yolla aslında yanlış karar verilmesinin de önüne geçilmektedir.⁶¹

Adil yargılanma hakkı genel olarak herkesin, uyuşmazlığının aleni biçimde, makul bir sürede, bağımsız ve tarafsız mahkemeler önünde hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini talep hakkını ifade eder.⁶² *Hukuki dinlenme hakkı*, adil yargılanma hakkına göre daha özel bir haktır.⁶³ Örneğin, avukatla temsil veya tercümandan yararlanma hakkı gibi bazı yargılama hukuku meseleleri, hukuki dinlenme hakkını da ilgilendirmekle birlikte daha ziyade adil yargılanma hakkı kapsamında ele alınıp incelenmektedir. Bununla birlikte adil yargılanma hakkı içinde yer alan unsurların, birbirleriyle yakın ilişki içinde olduğu da inkâr edilemez. Örneğin bağımsız ve tarafsız olmayan bir hâkimin taraflara eşit davrandığını; onları eşit şekilde dinleyerek doğru bir değerlendirme yaptığını kabul etmek hayli güçtür.⁶⁴ Hukuki dinlenme hakkı, adil yargılanma hakkının özellikle hakkaniyete uygun yargılanma unsuruyla ilgilidir. *Usulî hakkaniyet, yargılamada, taraflar arasında gerçek eşitliğin sağlanmasını ve buna uygun davranılmasını gerektirir.*⁶⁵ Taraflara karşı sergilenen haksız, eşit olmayan ve keyfi davranışlar, hu-

⁵⁹ Akkan, s. 46.

⁶⁰ Özkes, s. 54, 55; Pekcanitez, *Adil Yargılama*, s. 36; Atalay, s. 499. Kısaca birey, *hak arama özgürlüğüne* dayalı olarak *hukuki koruma talep ettiğinde* devlet, yargı organları aracılığıyla talep edilen *hukuki korunmayı* (hukuki yararın da olması şartıyla) temin edecektir. *Ayrıntısı için bkz.* Akkan, s. 30-32; 54-56. Hukuk yargılamasında etkinliğin sağlanması adına alınması gereken önlemler için bkz. Tanrıver S., Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine, 2000/1-4 AÜHFD, s. 67-83.

⁶¹ Özkes, s. 55.

⁶² Pekcanitez, *Adil Yargılama*, s. 36 vd.; Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 245 vd.

⁶³ Pekcanitez, s. 760; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 253 vd.

⁶⁴ Özkes, s. 57, 58, 159.

⁶⁵ Pekcanitez, *Adil Yargılama*, s. 45-48; Pekcanitez, s. 760; İnceoğlu, s. 220. Gerçeğin ortaya çıkabilmesi için hukuki dinlenme hakkına uygun davranılmalıdır. Hâkim bir taraftan açıklama isterken, diğer tarafın bu konudaki beyanlarını hiç dikkate almazsa, vakıta tam olarak aydınlatılmış olmaz. *Bu tutum, hâkimin her iki tarafa karşı eşit uzaklıkta ve onlara karşı tarafsız olması ilkesiyle çelişir* (Özkes, s. 79).

kuki dinlenilme hakkının ihlali sonucunu doğurur.⁶⁶ Bir yargılamanın adil olması gerektiğine işaret edilirken farklı kavramlar da kullanılsa bunlar, her zaman, hukuki dinlenilme hakkını ve taraflar arasındaki eşitlik prensibini içerir. *Neredeyse adil yargılanma hakkı, eşitliği; eşitlik de hukuki dinlenilme hakkını, beraberinde getirmektedir.*⁶⁷

Yargılamanın tarafları aynı haklara, aynı ölçüde sahip olmalıdırlar. *Eşitlik ilkesi ile örneğin hukuki dinlenilme hakkı birbirlerine çok yakın olmakla birlikte her zaman örtüşmezler.*⁶⁸ Zira eşitlik ilkesi, geniş bir içeriğe ve uygulama alanına sahip olup sadece yargılama alanında geçerli değildir. *Yargılamada eşitlik ise gerek yargılamanın başında ve gerekse devamında taraflara eşit şekilde hukuki dinlenilme hakkı sağlanarak gerçekleştirilir.* Kısaca *"bir tarafın dinlenmesi kimsenin dinlenmemesidir"* şeklindeki veciz anlatım, aslında eşitlik ilkesi ile hukuki dinlenilme hakkı arasındaki bağlantıyı da aydınlatmaktadır.⁶⁹ Gerçi eşitlik ilkesini, hukuki dinlenilme hakkından da ayırmak kolay değildir.⁷⁰ Örneğin hukuki dinlenilme hakkının açıkça düzenlenmediği İsviçre hukukunda, bu hak, eşitlik ilkesinden çıkarılmaktadır.⁷¹

⁶⁶ Pekcantez, s. 759.

⁶⁷ Petrochilos, s. 145. Ayrıca bkz. Yeşilova, s. 169.

⁶⁸ Özekes, s. 48. Gerek İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 10. maddesinin gerekse Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesinin hazırlanması sırasında, ilgili düzenlemelerde zaten *hukuki eşitlik* düzenlenmiş olmasına karşın; yargılamalar sırasında geçerli, taraflar arasındaki eşitlik ilkesine ısrarla ve oybirliğiyle göndermede bulunulmuş; bu konu, ayrıca ve açıkça düzenlenmiştir (Weissbrodt, s. 14, 15). Bu noktada ilginçtir, özellikle o dönemde, hâlâ geçerli olan kolonyal dönemin etkisiyle; yargılamalar sırasında kullanılan "resmi" dilin tarafça bilinmemesi durumuna önem verilerek söz konusu eşitsizlik hali, özel bir tartışma konusu teşkil etmiştir.

⁶⁹ Özekes, s. 48. Tahkim yargılamaları bakımından ise tarafların eşitliği meselesi, daha yargılamanın başlamasından önce henüz hakem heyetinin oluşumu aşamasında, özellikle *çok taraflı tahkim* uygulamalarında gündeme gelmektedir. *Ayrıntısı için bkz.* Yeşilova, s. 129, 399 vd.

⁷⁰ Cinsler arası eşitlik ilkesini hiçe sayan bir varsayıma yahut günlük hayat tecrübelerine göre yargılama yapıp hüküm vermek, adil yargılanma hakkının ihlâlidir (*Schuler-Zraggen v. Switzerland*, 24.06.1993, A 263, 16 EHRR 405, §66-67).

⁷¹ Alman hukukunda *da* hukuki dinlenilme hakkına ilişkin Anayasadaki düzenleme, eşitlik ilkesi karşısında özel hüküm niteliğinde görülür. *Ayrıntısı için bkz.* Özekes, s. 48, 49.

Eşitlik ilkesi, hakkaniyete uygun yargılanma içerisinde “silahların eşitliği ilkesi” olarak karşımıza çıkar.⁷² Hak ve yükümlülükler yönünden taraflar arasında tam bir eşitlik ve denge, yargılama boyunca sağlanmalı ve korunmalıdır (*karş. İİK m. 169a/VI, 170/III*).⁷³ Tarafların yargılama sırasında çeşitli nedenlerden kaynaklanan (*dil, yargılama giderlerini karşılamadaki güçlük vb.*) farklılıkları gündeme gelebilir. Özellikle hukuki dinlenilme hakkı, bu yöndeki engelleri ve doğurduğu eşitsizliği, izale etmeye yönelik tedbirler almayı gerektirir.⁷⁴

Silahların eşitliği, eşitlik ilkesi ile hukuki dinlenilme hakkının kesiştiği bölgenin adıdır. *Silahların eşitliği ilkesi, hukuki dinlenilme hakkını gerektiren kılar ve gereği gibi uygulanan hukuki dinlenilme hakkı da silahların eşitliği ilkesinin hayata geçmesine hizmet eder. Eş deyişle silahların eşitliği, sadece her iki tarafın da aynı şekilde dinlenmelerini değil; hukuki dinlenilme hakkına uygun şekilde dinlenmelerini gerektiren kılar.*⁷⁵

II. BİLGİLENME VE AÇIKLAMA HAKKI BAKIMINDAN EŞİTLİK

A. Karşı Tarafın ve Diğer İlgililerin Açıklamaları Hakkında Bilgilenme Hakkı

Hukuki dinlenilme hakkı, bu hakka sahip olanların yargılamanın başından sonuna kadar yargılamadan tam olarak haberdar olmalarını

⁷² Özkes, s. 49; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 250.

⁷³ Atalay, s. 453; Pekcanitez H., “Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti”, *Anayasa Yargısı* 12, 27-28 Nisan 1995, s. 278, 279; Özkes, s. 49; Özkes, *İcra*, s. 39, 51.

⁷⁴ Özkes, s. 49. Elinde olmayan, iradesi ve tasarrufu dışında gerçekleşen olaylardan tarafı, mutlak olarak sorumlu tutmak; anılan türden bir engel nedeniyle sürecinde söz konusu işlemi yapamadığı gerekçesiyle ilgili tarafın aleyhine karar vermek, adil yargılanma hakkının gereği olan eşitlik ilkesinin de ihlâlidir. *Eski hâlde iade kurumu, tarafa süresinde yapması gerektiği hâlde yapamadığı işlemi, tekrar yapma hakkı tanyarak taraflar arasında, bir tarafın kusuruna dayanmayan eşitsizlik hâlinin giderilmesine çalışmakta; hukuki dinlenilme hakkının bir unsuru olan açıklama hakkının gereği gibi tüketilmesine hizmet etmektedir* (Tercan E., *Medeni Usul Hukukunda* (Kesin Sürelerin Kaçırılması Halinde) *Eski Hale Getirme*, -Hali Sabika İrca- Ankara 2006, s. 80-81).

⁷⁵ Özkes, s. 50. Silahların eşitliği ilkesiyle tarafların birbirlerine karşı, haksız bir üstünlük içinde olmamalarının hedeflendiği açıktır. Buna karşın tarafların *her ikisinin* de aynı mahrumiyet içinde olması, temelde bir eşitsizlik olarak görülemez de özellikle hukuki dinlenilme hakkının ihlâli olarak kabul edilir (İnceoğlu, s. 237).

gerektirir (HUMK m. 73).⁷⁶ Bilgilenme hakkına sadece davanın başındaki iddia ve savunma bakımından değil; tüm yargılama boyunca itibar edilmelidir. Sadece, derdest yargılamanın varlığından tarafın haberdar edilmesi, yetiştirmez; başta diğer yanın olmak üzere yargılamada yer alan sair kimselerin *açıklamaları* hakkında da tarafın bilgilendirilmesi gerekir.⁷⁷ Davanın temelini oluşturan vakıalar, iddialar ve bu iddiaların ispatına yarayan deliller hakkında, yeterince bilgi sahibi olunmalıdır; aksi takdirde davaya cevap verip savunma yapılması; karşı iddiada bulunup ispat faaliyetine girişilmesi, mümkün olmaz.⁷⁸

Bilgilenme hakkı, dava dosyasının incelenmesi hakkını da içerir. Taraflar ve yargılamayla ilgili kişiler, dosya kapsamındaki tutanakları, bilgi ve belgeleri de inceleyebilir. Taraflar ve vekilleri, dosyayı incelemekten men edilemezler.⁷⁹ Bu, aslında dava malzemesinin de en iyi şekilde kontrolünü sağlar. Kaldı ki, tarafların mahkemede açıklama yapabilmesi için hazırlık yapmaları gerekir. Dosyadaki bilgi ve belgeler

⁷⁶ Ayrıca bkz. Avrupa Medeni Usul Model Kanunu Tasarısı m. 8.1 (Pekcanitez H./Yeşilova B., "Avrupa Medeni Usul Model Kanunu Tasarısı ve Değerlendirilmesi", Mahmut Tevfik Birsal'e Armağan, İzmir 2001, s. 347).

⁷⁷ Özkes, s. 87-89. *Stanford* davasında (*Stanford v. UK*, 23.02.1994, A 282-A), duruşma salonlarındaki zayıf akustik düzenin, sanığın/tarafın yargılamaya, özellikle duruşmaya aktif katılımına engel olduğu sürece İHAS m. 6/I'in ihlali sonucunu doğuracağı hükmedilmiştir (Merrills/Robertson, s. 100).

⁷⁸ Pekcanitez, s. 773. Tarafların bir işlemde bilgi sahibi olması, o işlemi öğrenmesi ile mümkün olur. Öğrenme doğrudan olabileceği gibi, tefhim, tebliğ veya davetiye yoluyla da gerçekleşebilir. "...Taraflar yargılamaya katılmasalar bile mutlaka duruşmadan haberdar edilmelidirler. ...usulüne uygun tebliğ ve taraf teşkili işlemlerinin yapılması, böylece davalıya savunma yapma olanağı tanınması, toplanan ve toplanacak delillerin değerlendirilmesi ve sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken..." 1. HD, 7.6.2000, 7264/7421 (YKD 2001/2, s. 175). **İlanen tebligatın** esasen bir faraziyeyle dayanması nedeniyle hukuki dinlenilme hakkıyla uyum içinde olup olmadığı sorgulanmıştır. Zira bu tür tebligatta, muhatap *fülen* bilgi sahibi kılınmamakta; hukuki dinlenilme hakkının sağlandığı varsayılmaktadır. Bu noktada öğretilen ileri sürülen kıstasa göre muhatap, tebligat adresinden *kendi isteğiyle ayrılmış* ve *artık ona tebligat yapılması imkânının ortadan kalktığı* bilinince hareket ederek ortaya çıkaracak sonuçları da göze almışsa, bu durumda yapılan ilanet tebligatın hukuki dinlenilme hakkına aykırı tarafı yoktur (Özkes, s. 102, 103).

⁷⁹ Pekcanitez, s. 774. Söz konusu mütalaa, görüş yahut beyan, dosya içerisinde mevcut olmakla birlikte tarafa da ayrıca iletilmemiş/gönderilmemişse tarafın (*avukatının*) böyle bir mütalaa dosyada zaten bulunduğunu ***bilmesi gerektiğinden hareketle*** bilgilendirme mecburiyetinden kaçınılamaz. Savunma açısından ayrıca bir çaba, gayret ve uyanıklık gerektirecek uygulamaların yerine getirilmemiş olmasından, savunma hakkından da feragat edildiği sonucu çıkarılamaz (*Brandstetter v. Austria*, 28.08.1991 A 211, 15 EHRR 378, §67-69).

üzerinde yeterli inceleme yapılamazsa eksik bilgilendirme sonucu, açıklama hakkı da eksik kullanılır.⁸⁰

Dosyanın incelenmesi kapsamında, tarafların dosyadaki belgelerin orijinallerini görmeleri, belgeleri okumaları, fotokopi etmeleri, sesli ve görüntülü materyalleri dinlemeleri ya da izlemeleri mümkündür (HUMK m. 157, 155; CMK m. 153, 234). Mahkeme, kanunda belirtilen sınırlar içerisinde, dosyanın muhafazasını da sağlayarak gerekli kolaylığı sağlamalıdır. *Taraf aleniyetinin* bir sonucu olarak, yargılamanın hiçbir aşaması, taraflardan habersiz ve onlardan gizli yürütülemez.⁸¹ Bu ilkeden, dosyanın tamamen tarafların insafına terk edilmesi anlamı da çıkartılamaz. Tarafların bir mücadele içinde buldukları ve meşru olmayan bazı davranışlar içine girebilecekleri düşünüldüğünde; mahkemenin bir tarafın bilgilendirme hakkını kullanırken; diğer tarafın haklarına zarar vermemesini de sağlama görevi bulunmaktadır (*karş.* Hukuk ve Ticaret Mahkemelerinin Yazı İşleri Yönetmeliği m. 39, 40). Ancak amaca uygun tedbirler, hukuki dinlenilme hakkının ihlali olarak görülmez.⁸²

⁸⁰ Özkes, s. 93; İnceoğlu S., “İnsan Hakları Bakımından Türk usul Hukukundaki Değişim ve Sorunlar”, *Uğur Alacakaptan’a Armağan*, C. 2 İstanbul 2008, s. 375; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 292.

⁸¹ Merrills J. G./Robertson A.H, *Human Rigts in Europe*, Manchester 1993, s. 100. *Taraf aleniyeti*, duruşmaların aleni olmasından farklı olup hukuki dinlenilme hakkı ile ilgilidir. Taraf aleniyetinde amaç, tutanakların, dosyanın taraflar ya da vekillerince incelenebilmesi, örnek alınabilmesi; duruşma aleniyetinde gaye, mahkemenin duruşma sırasında yaptığı işlemlerin üçüncü kişiler tarafından da izlenebilmesidir (Pekcanitez H., “Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi”, *Yargı Reformu 2000 Sempozyumu*, İzmir 2000, s. 408-409). Ayrıca bkz. Üstündağ, s. 260. Özellikle avukatların bu konudaki yetkileri için bkz. Sungurtekin Özkan M., *Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri*, 2. Baskı, İzmir 1999, s. 254 vd. *Duruşma aleniyeti*, bir yargılamanın kamusal karakterini ortaya koyarak, idarenin yargı hizmeti sırasında, demokratik toplum düzeni içinde, üçüncü kişiler tarafından da denetlenbilmesine imkan tanımaktadır. Ancak bu durum, söz konusu ilkeye, belli tipteki dava türleri yönünden, ahlâki değerler yanında kamu düzeninin ve güvenliğinin yahut küçüklerin ve kişilerin özel yaşamlarının korunması gerekçeleriyle bazı istisnaların getirilemeyeceği anlamına gelmez (Mowbay, s. 105; Fawcett, s. 162).

⁸² Özkes, s. 94. Duruşmaların aleniyeti yanında, *hükümün de aleniyeti*, özellikle üçüncü kişilerce de temin edilebilmesi, esastır. Hükümün temini yönünden taraflar dışında üçüncü kişiler bakımından kimi kayıtlamalara gitmek ve bunların sağlanıp sağlanmadığı araştırmak, mümkün değildir (*Sutter v. Switzerland*, 6 EHRR 1984, 272, §34, Mowbay, s. 113).

Bilgilenmenin/bilgilendirmenin asıl gayesi, tarafı, yargılamaya dâhil etmek; savunma hakkını kullanmasına imkân tanımaktır. Bilgilendirilen hususun gereğini yapabilmek; karşı beyan ve açıklamalarda bulunmak, hazırlık yapmayı ve zamanı gerektirir. Şu hâlde, bilgilendirilmenin yanında tarafa, mukabil iş ve işleri için yeterli zamanı tanımak, kullanılacak savunma hakkı için olmazsa olmaz bir ön şarttır. Örneğin duruşma günlerinin tespitinde yahut tanık ifadelerine karşı açıklama ve itirazda bulunmak için yeterli zamanı tanımak gerekir (HUMK m. 215; CMK m. 176, 226/III).⁸³

B. Açıklama Hakkı, Konusu ve Kullanılması

Sadece bir tarafın dinlenmesi, aslında kimsenin dinlenmemesidir. Her iki tarafa da yeterli açıklama hakkı tanındıktan sonra, uyuşmazlık, tam olarak anlaşılıp çözülebilir. *Açıklama hakkı, hem iddiaların ileri sürülmesine hem de diğer tarafın açıklamalarına karşı savunma yapıp onları çürütülebilmeye yöneliktir (çelişmeli yargılama ilkesi)*.⁸⁴ Tarafın önceden bilgilendirildiği hususlar dışında yeni şeyler daha ileri sürülürse bunlar için de ayrıca açıklama imkânı, tanınmalıdır.⁸⁵

Bu noktada, anayasa yargısındaki *somut norm denetimiyle* ilgili bir meseleye değinmek gerekir. Davaya bakmakta olan mahkeme, taraflardan birinin anayasaya aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanaatine varır yahut re'sen davaya uygulanacak kuralın anayasaya aykırı olduğunu görürse dosyayı, Anayasa Mahkemesi'ne gönderir (AY m. 152; 2924 s. K m. 28, 30) ve sorunu, zorunlu bekletici mesele olarak kabul eder.⁸⁶ Anayasa Mahkemesi önündeki yargılama, kural olarak dosya üzerinden sonuçlandırılacak olup "*gerek görülmesi halinde*", sözlü açıklamaları dinlenmek üzere *ilgililer* (?) davet edilecektir (2949 s.K

⁸³ Pekcanitez, s. 769; İnceoğlu, s. 241; İnceoğlu, *İnsan Hakları*, s. 37; 2. HD, 15.12.1998, 11936/13656 (YKD, 1999/3, s. 319); "...Mahkemece verilecek mehillerin tarafların özel durumları nazara alınarak verilmesi gerekir..." HGK, 28.02.1968, 1-922/116, ABD, 1968/3, s. 494.

⁸⁴ Üstündağ, s. 261; Pekcanitez, s. 775; İnceoğlu, s. 249; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 292.

⁸⁵ Pekcanitez, s. 775; Üstündağ, s. 261. Mahkemeye sunulanın, cevaplanmaya, açıklanmaya yahut çürütülmeye değer olup olmadığına karar vermek, savunmanın takdirindedir (*Bulut v. Austria*, 22.02.1996, Reports 1996-II, § 49) .Ayrıca bkz. İnceoğlu, s. 254-256.

⁸⁶ *Ayrıntısı için bkz. Tanör/Yüzbaşıoğlu*, s. 491-493.

m. 30/I). Ancak böyle bir davet yapılmadığı sürece Anayasa Mahkemesi önünde, anayasaya aykırılık hükmünü içeren ara-kararına karşı, asıl uyuşmazlığın aksi yönde kanaat taşıyan tarafının herhangi bir açıklama hakkı bulunmayacaktır. Davaya bakmakta olan mahkemenin anayasaya aykırılık iddiası konusunda, bir karar vermeden önce tarafların beyan ve açıklamalarını zaten almış olması ise acaba Anayasa Mahkemesince yapılacak inceleme bakımından *yeterli* kabul edilebilir mi? Zira somut norm deneti sırasında, ortada bir tek, davaya bakmakta olan mahkemenin anayasa aykırılık kanaatini içeren (ara) kararı ve onun gerekçeleri vardır. Oysa özellikle aksi düşüncüyü taşıyan tarafın (*yahut anayasaya aykırılık iddiasında bulunsa da –belki mahkemece kabul görmemiş ancak Anayasa Mahkemesince dikkate alınabilecek- daha farklı gerekçeleri ileri sürmüş olan tarafın*) Anayasa Mahkemesi önünde söz konusu karara (*veya gerekçelerine*) karşı beyan ve açıklamalarını sunabilmesi gerekir.⁸⁷

Medeni yargıda, sözlülük (ve dolayısıyla) doğrudanlık ilkelerine tümüyle uymaksızın bazı durumlarda, yargılamanın dosya üzerinden yürütülmesi tercih edilip düzenlenebilir. Bu noktada, İHAS içtihatlarının medeni yargıya karşı –ceza yargısına nazaran– daha esnek ve hoşgörülü olduğu bilinmektedir.⁸⁸ Ancak bu hâlde dahi taraflara, açıklama (savunma) imkânı tanınacak ve görüşleri dikkate alınacaktır.⁸⁹ Hukuki dinlenilme hakkının ve dolayısıyla silahların eşitliği ilkesinin tecellisi için duruşma yapılması, olmazsa olmaz bir şart olmamakla bir-

⁸⁷ Ruiz-Mateos-Spain, 23.06.1993, A 262-A, 16 EHRR 505, §59- 63. Karara konu olayda, devlet temsilcisinin Anayasa mahkemesi önünde dinlenmiş olmasına karşın anayasaya aykırılık iddiasında bulunan tarafın karşı görüş/beyan ve açıklamaları alınmamıştır. Böyle bir uygulamanın, çelişmeli yargılama ilkesinin ihlali sonucunu doğurduğu kabul edilmiştir. Ülke hukukumuz bakımından; *somut norm denetimi sırasında geçerli* 2949 sayılı Kanun'un 28 ve 30. maddeleri, karara konu olduğu şekilde bir uygulamayı tam anlamıyla karşılamamaktadır. Ne var ki, *ilgililerin (?) ancak sözlü yargılamaya davet edilebilmeleri yönünden mahkemeye tanınan takdir hakkı, -en azından- dosya üzerinden yapılacak incelemelerde gereken usuli güvenceyi taraflara (özellikle anayasaya aykırılık iddiasının aksini savunan taraf yönünden) sağlamamaktadır.*

⁸⁸ van Dijk/Van Hoof, s. 434;

⁸⁹ "Dava, ticaret sicil memurluğu kararına itirazdır...Her ne kadar anılan maddede itirazın evrak üzerinden incelenebileceği hüküm altına alınmış ise de, bu hüküm itiraz dilekçesinin usulüne uygun olarak ilgili Ticaret Siciline gönderilerek cevap için yasal süre tanınmasına, cevabının beklenmesine ve bu aşamadan sonra itirazın evrak üzerinde incelenerek karar verilmesine engel değildir...", 11. HD, 29.1.2001, 9754/499 (YKD, 2001/4, s. 543).

likte sözlülük ilkesinden vazgeçilmesi, her halükârda hukuki dinlenilme hakkından da ödün verileceği şeklide yorumlanmamalıdır. Örneğin HUMK'nın 7/I. maddesine göre mahkemece *duruşma yapılmadan* görevsizlik kararı verilebilirse de bu, teşkil-i tarafeynin de olmayacağı anlamına gelmez.⁹⁰ Benzer bir durum, bu sefer İYUK'un 14 ve 15. maddelerinin uygulanması hâlinde de gündeme gelebilmektedir. Buna göre dava dilekçesi, İYUK'un 14/III. maddesinde sayılan hususlar yönünden ilk incelemeye tabi tutulacak; bir kanuna aykırılık görülmezse *tebligat işlemi* yapılacaktır. Usul ekonomisi gereği, kimi usulü eksikliklerin daha baştan tespiti ve izalesi için tatminkâr bu düzenlemenin (İYUK m. 15/I, c, d, e) kayıtsız şartsız her hâlde tatbiki, temel hak ihlallerine neden olabilecektir. Zira yine düzenlendiği şekliyle anılan şartların ilk incelemeden sonraki bir safhada tespiti hâlinde de ve yargılamanın her aşamasında, söz konusu usulü eksikliğin kendisine bağlanan ve İYUK'un 15. maddesinde düzenlenen sonuca hükmedilebilecektir. Dava dilekçesinden tespit edilemeyen, "*davanın süresinde olup olmadığı meselesinin*" ilk defa cevap dilekçesiyle ortaya çıkması üzerine; davacıya, replik hakkı tanımadan; süre aşımı savunmasını yürütme imkânı vermeden (*örneğin olası bir tebligatın usulsüzlüğü yönünden*) davanın usulden reddine karar vermek,⁹¹ başta hukuki dinlenilme hakkı olmak üzere silahların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil eder.

Davacı, dava dilekçesiyle açıklamalarını yaptıktan sonra, davalı da cevap dilekçesinde bu açıklamalara yanıt verecektir. Dava ve cevap dilekçelerinin verilmesi, hukuki dinlenilme hakkının bir gereği olmakla birlikte, cevaba cevap (replik) (HUMK m. 209) ve cevaba cevaba cevap (düplik) (HUMK m. 210) dilekçelerinin *de* hukuki dinlenilme hakkı kapsamında verilmesinin gerekip gerekmediği, tartışılabilir. Replik ve düplik dilekçelerinin açıklama hakkına hizmet ettiği tereddütsüzdür. Ne var ki öğretilde, replik ve düplik haklarının *da* hukuki dinlenilme hakkının olmazsa olmazları arasında yer aldığı kabul edilmektedir. Davacıya, davalının *-karşılık dava açılmasa dahi-* cevaplarının doğruluğu ve hukuki niteliği hakkında karşı görüş geliştirme imkânı verilmeli; davalı *da* buna yanıt verebilmelidir. Ancak böylelikle *gerçek ve*

⁹⁰ Alangoya/Yıldırım/Yıldırım, s. 69; Özkes, s. 200. Karş. Kuru B., *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Altıncı Baskı, C. I, İstanbul, 2001, s. 218.

⁹¹ D. 8D. 09.02.2009, 2008-8642/925 sayılı kararıyla kesinleşen İzmir 1. İdare Mahkemesi'nin, 09.11.2007, 1633/1516 sayılı kararı (yayınlanmamıştır).

karşılıklı bir diyalog kurulabilir.⁹² Dava ve cevap dilekçeleriyle taraflar iddia ve savunmalarını açıklayabilmişlerse de *tartışma* ortamı, ancak replik ve düplikle sağlanabilir (*ayrıca bkz.* HUMK m. 376/II, 377/III).⁹³

Açıklama hakkını kullanan tarafın yaptığı açıklamalar, anlaşılır olmalıdır.⁹⁴ Gerçek bir açıklama hakkının varlığı, somutlaştırılmış vakıalarla mümkündür. Ancak somut, açık vakıalar üzerinde bir inceleme yapılması ve delil ikamesi mümkündür.⁹⁵

Açıklama hakkı, sınırsız değildir; hakkın özünü zedelemeyecek kimi sınırlamalar getirebilir. *Kural, yeterli açıklama imkânı tanınırken yargılamada makul sürenin aşılmasına da özen göstermektir.* Bu kapsamda, özellikle süre yönünden getirilen sınırlamalar, eşitlik ilkesine aykırı olmadığı ve hukuki dinlenilme hakkını anlamsız kılmadığı ölçüde geçerlidir. Taraflar arasındaki çekişme, karar için yeteri derecede aydınlandıktan sonra, tarafların karar için artık önem taşımayan yahut gereksiz açıklamalarına katlanılmak zorunda değildir; açıklama hakkı, yargılamanın amacını aşacak şekilde kullanılmamalıdır (*karş.* HUMK, 179, 195, 209, 210, 376/II).⁹⁶ Açıklama hakkı, hak sahibinin aklına her geleni söyleyebilmesi de demek değildir.⁹⁷ Önemli olan, ileride verilecek kararı etkileyecek nitelikteki açıklamaların yapılabilmesidir. Kaldı ki, gereksiz, faydasız ve bilinçsizce yapılan; yargılamanın dışına çıkan açıklamalar, önemli hususların da gözden kaçırılmasına neden olabilir.⁹⁸

Açıklama (savunma) hakkı kapsamında, ceza yargısı yönünden özellik arz eden durum, sanığın duruşmada *bizzat* hazır bulunma hakkının olmasıdır.⁹⁹ Ceza yargısının bireyin özgürlüğüne karşı arz ettiği

⁹² *Çelişmeli yargılama* ilkesi için bkz. İnceoğlu, s. 221, 249 vd.

⁹³ Özekes, s. 141.

⁹⁴ Dava dilekçesinin eksik ya da karışık olması sebebiyle davalının yeterli savunma yapma imkanını bulamaması, kamu düzenine aykırılık oluşturur (Berkin N., *Tatbi-katçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi*, İstanbul 2001, s. 381).

⁹⁵ Özekes, s. 122.

⁹⁶ Pekcanitez, s. 779.

⁹⁷ Pekcanitez, s. 775-776.

⁹⁸ Özekes, s. 110, 111.

⁹⁹ Van Dijk/vanHoof, s. 433. Haris D.J/O'Boyle M/Warbrick C., *Law of the European Convention on Human Rights*, London, Dublin, Edinburg 1995, s. 203; İnceoğlu, *İnsan Hakları*, s. 378. Medeni yargıda da, istisnai hâllerde, söz konusu hakkın ve mec-buriyetin bulunduğundan söz edilir. Ancak çoğu kez, zaten avukatla da temsil ediliyor olma, bu hakkın gerekliliğini ve aciliyetini ortadan kaldırır. Bununla birlikte

önem ve tehlike, kişinin yargılamada bizzat hazır bulunmasını; yargılamaya aktif olarak katılmasını; varsa avukatını bilgilendirip kararı etkileme imkânına sahip olmasını; *kim ve nasıl biri olduğunun mahkemece de tanınmasını*, zorunlu kılmaktadır.¹⁰⁰ Gerçi sanığın hazır bulunması, mutlak bir hak olmayıp örneğin sanığın duruşma düzenini bozması, bu haktan da sapılmasını hem mümkün hem zorunlu kılmaktadır.¹⁰¹ Mahkemede, disiplini bozucu hareketlerde bulunanın dışarı çıkarılması ve cezalandırılması, ne eşitlik ilkesine ne de hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil eder (*karş.* HUMK m. 70, 78/I, 150; CMK 203/II, III, 204).¹⁰² Mahkemenin düzenini sağlamak, hâkimin; toplu mahkemelerde mahkeme başkanının görevidir. Taraf, avukat, dinleyici, tanık gibi kimselerin mahkeme disiplini bozması ve saygınlığını zedelenmesi veya karşı tarafın kişilik haklarına saldırması üzerine duruşma salonundan çıkarılması ve hatta cezalandırılması mümkündür. Ancak tanınan yetkinin de mahkemece objektif bir şekilde kullanılması gerekir.¹⁰³

Medeni yargıda geçerli, iddia ve savunmanın değiştirilip genişletilememesine ilişkin yasağın (HUMK m. 185/I, b.2; 202/II) açıklama hakkına uygunluğu tartışılabilir. Gerçi söz konusu yasağın iki temel istisnası bulunmaktadır: Karşı tarafın rızası ve ıslah (HUMK m. 185/I, b. 2; 202/II, III).¹⁰⁴ Kaldı ki, mevcut vakıa ve talep kapsamında kalan

tarafın kişisel özelliklerinin, davranışlarının yahut yaşam biçiminin yargılama konusu olması, (*örneğin velayet davalarında yahut boşanma sonrası çocukla şahsi münasebet kurulması davalarında*), bir sanık hakkı olarak benimsenin ilkenin, artık medeni yargıda da geçerli olması sonucunu doğurur (*X v. Switzerland*, 28.02.1997, 9 DR 95, 98; *Helmets v. Sweden*, 29.10.1991, A 212-A, 15 EHRR 285) ki, bu hâllerde, takip edilen yargılama usulü bakımından da artık *dosya üzerinden inceleme* ile yetinilemez. *Ayrıca bkz.* İnceoğlu, s. 260.

¹⁰⁰ Van Dijk/Van Hoof, s. 434; Haris/O'Boyle/Warbrick, s. 203; İnceoğlu, s. 258. Bu halde, yargılamaların sanığın avukatlarınca takip edilmiş olması *da*, söz konusu hak ihlalinin izalesine yetişmez (*Zana v. Turkey*, 25.11.1997, Reports 1997-VII, §70-73).

¹⁰¹ *Sadece* hukukilik denetimin geçerli olduğu üst mahkemelerde yapılan yargılamalarda, duruşma yapılması şart olmadığı gibi aksi hâlde, sanığın avukatıyla birlikte hazır olması şeklinde bir yükümlülük de söz konusu değildir (van Dijk/Van Hoof, s. 433; Fawcett, s. 159). *Ayrıca bkz.* Pekantez, *Aleniyet*, s. 414, dn. 32; Özekes, s. 142, 143.

¹⁰² Pekantez, s. 781.

¹⁰³ Mahkemece hükmedilen cezanın niteliği hakkında bkz. İBK, 2.11.1983, 6/4 (YKD, 1984/2, s. 167).

¹⁰⁴ Pekantez/Atalay/Özekes, s. 311 vd. *Ayrıca bkz.* Kuru B., *Hukuk Muhakemeleri*

açıklamalar, yargılama içerisinde her zaman yapılabilir. Ne var ki, tarafların önceden ileri sürmeleri mümkün vakıa ve taleplerini, zamanında ileri sürmemiş olmaları nedeniyle sonradan ileri sürmelerine sınırlama getirilmesi de, hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil etmez. Zira uyuşmazlığı sürüncemede bırakmamak, etkin hukuki korumanın bir gereğidir. Buna karşın dava malzemesinin yargılama içinde, süresinden sonra da olsa ileri sürülmesine her halükârda karşı çıkmak, açıklama hakkının sınırlanması sonucunu doğurabilir. Çabuk karar vermek adına katı bir biçimde, şekli kurallara riayet etmek, usulî hakkaniyetin örselenmesi sonucunu doğurur (*karş.* HUMK m. 83, 90, 197, 198).¹⁰⁵

Medeni yargıda, davaya hiç cevap vermeyen davalı, davayı inkâr etmiş sayılır (HUMK m. 201).¹⁰⁶ Yeterli imkânın sunulmuş olması karşısında, hakkı kullanıp kullanmamak, hak sahibine aittir.¹⁰⁷ Ne var ki, bu hâlde dahi tarafın, açıklama hakkını *-gerekli görürse-* tam olarak kullanabilmesi için hangi imkânlara sahip olduğu konusunda aydınlatılması; öngörülebilir yanlış anlamaları ortadan kaldıracabilecek ihtarlar hakkında dikkatinin çekilmesi gerekir.¹⁰⁸ Ağır sonuçların doğabileceği; hak kayıplarının yaşanabileceği durumlarda, *-örneğin isticvaptan, meşruhatlı davetiye gönderilmemesine rağmen isticvaba icabet etmeyen tarafın vakiayı ikrar etmiş sayılmasında olduğu gibi-* asıl bu yöndeki hatırlatmaların yapılmaması, hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil edecektir.¹⁰⁹

Usulü, Altıncı Baskı, C. II, İstanbul 2001, s. 1722.

¹⁰⁵ Amacı maddi hakkı gerçekleştirmek olan yargılama, aynı zamanda hakkı yok etmek tehlikesini de beraberinde taşır. Yukarıda sözü edilen bu usulî katılık, *"ıslah"* kurumuyla yumuşatılmış olup bu yolla verilecek olası kararın usulî hakkaniyet ve maddi gerçeklik ilkelerine uygun olması sağlanmaktadır (Yılmaz E., *Medeni Yargılama Hukukunda Islah*, Ankara 1982, s. 52, 53). AYM, 20.7.1999, 1/33, RG, 4.11.2000, S. 24220.

¹⁰⁶ Ayrıca bkz. Kiraz T. Ö., *Medeni Yargılama Hukukunda İkrar*, Ankara 2005, s. 147.

¹⁰⁷ Pekcanıtez, s. 780.

¹⁰⁸ *"...gerekirse tarafların sosyal durumlarına göre önele uymamanın doğuracağı sonuçların açıklanması ve tarafların uyarılması gerekir."* 1. HD, 7.2.1991, 15946/1358 (YKD, 1991/10, s. 1472).

¹⁰⁹ Özkes, s. 149. *"...Davada ise, davacı davasını bizzat takip eden sade bir vatandaşır. Hâkimin tanıdığı süreye riayetsizlik ettiği takdirde, karşılaşacağı sonucu kestirmek olanağına sahip değildir... Ülke koşulları ve hayatın gerçekleri bu gibi hallerde bir ayrıcalık yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Davaların, bizzat taraflarca takip edildiği hallerde hâkim 163. maddenin anlamını süre verdiği kimseye anlatmak ve açık-*

Ceza yargısında ise bireyin açıkça susma; kendini suçlamama; kendi (*yahut kanunda öngörülen yakınları, karş. CMK m. 38/V*) aleyhine beyan ve delil vermeye zorlanamama hakkı bulunmaktadır. Bu ilkenin “*masumiyet karinesiyle*” de yakın bir ilişkisi olduğu savunulmuştur.¹¹⁰ Anılan ilkenin medeni yargıda geçerli ve yukarıda sözü edilen, süresinde cevap ver(e)meyen davalının davayı inkâr etmiş sayılacağı şeklindeki kanuni sonuçla paralel bir yapı arz ettiğini söylemek, yanlış olmasa gerek. *Lâkin çözümü gereken mesele, içinde bulunulan suskunluk hâlinin hiç mi sanığın/tarafın aleyhine yorumlanamayacağıdır. İHAS özeğinde, suskunluk hâline mutlak bir anlam yüklenmemiş; belli bazı şartların varlığı hâlinde suskunluğun da sanık aleyhine değerlendirilebileceği sonucuna varılmıştır. Buna göre, salt yahut esaslı bir biçimde, sanığın içinde bulunduğu suskunluk hâli, onun aleyhine yorumlanamaz; olası bir mahkûmiyet, sadece sanığın suskunluğuna dayandırılmaz. Ancak (sanık yönünden) izaha muhtaç hâllerin varlığı bakımından da suskunluk hâline (sanık lehine) mutlak bir anlam yüklenemez. Yargılama içinde ikame edilmiş (güçlü) delillerin takdiri sırasında, aydınlatılması, izah edilerek açıklanması ve (belki sanığın lehine de) yorumlanması gerekebilecek durumların ortaya çıkması hâlinde, böyle bir açıklamanın yapılmayarak yine de suskun kalınması, sağduyunun bir gereği olarak zaten (sanığın lehine) yorumlanacak bir yön olmamasından ileri gelir ve artık suskunluk hâlinin sanığın suçlu olduğu yönünde bir sonuç çıkarılmasını engeller yönü kalmaz.*¹¹¹

Medeni yargıdaki inkâr hâli ile ceza yargısı için ayrıca ve açıkça düzenlenen *susma hakkı* (CMK m. 38/V, 147/I, e) arasında yakınlık ve hatta irtibat kurmak mümkündür. Örneğin medeni yargı bakımından

lamak zorunluluğundadır. Olayda, hâkim keşif masrafını tanıdığı süre içinde yattırmadığı takdirde, davacıya iddiasını ispat edememiş bir kimse durumuna düşeceğini ve davalının bu nedenle reddedileceğini açıkça bildirmek ve onu uyararak mecburiyetindedir. *Hâkimin bu şekilde uyardığını bulduğunu duruşma tutanağına yazması ve hatta alakalının imzasını almak suretiyle bu yönü belgelendirmesi gereklidir. Kanun hâkime bu biçimde hareket etmek mükellefiyetini yüklenmemiş olmasına rağmen memleket gerçekleri hâkimin bu tarzda işlem yapmasını öngörmektedir...*” 1. HD., 15.11.1974, 9930/8418 (YKD, 1976/5, s. 610).

¹¹⁰ Van Dijk/Van Hoof, s. 436; İnceoğlu, s. 271-272. Ayrıca bkz. Centel/Zafer, s. 145. İstenilen belgelerin verilmemesi nedeniyle kişinin para cezasına çarptırılmasının sanığın kendisini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamama ilkesini ihlâl ettiğine ilişkin bkz. *Funke v. France*, 25.02.1993, A 256-A, 16 EHRR 297, §41-44. Karş. HUMK m. 330-333.

¹¹¹ *John Murray v. UK*, 08.02.1006, Reports 1996-I, §41-54.

doğruyu söyleme ödevi, tarafa, kendi aleyhine olan vakıaları da mahkemeye sunması şeklinde bir yükümlülük getirmez. Söz konusu ödev, bilinçli olarak gerçeğe aykırı iddialarda bulunmamayı kapsar.¹¹² Ancak görülmektedir ki, ceza yargısında dahi suskunluk hâline mutlak bir anlam verilmemektedir. Benzer bir mesele, medeni yargıda da söz konusudur. Örneğin isticvaba karar verilen taraf, tayin edilen günde duruşmaya gelmez; gelip de sorulara cevap vermezse isticvap konusu vakıaları ikrar etmiş sayılır; bu yöndeki ihtar, ayrıca davetiye de yazılır (HUMK m. 234). Hemen belirtmek gerekir ki, isticvapta ikrar faraziyesi, “*taraf larca hazırlama ilkesinin*” geçerli olduğu yargılamalarda uygulama alanı bulur. Kaldı ki, isticvapta, tarafın bir cevap verme yükümlülüğü değil; külfeti söz konusudur.¹¹³ Ancak tarafın isticvap konusu hakkında suskun kalması halinde, kendi aleyhine geçerli olmak üzere bir ikrar faraziyesinin de gündeme geldiğini kabul etmek gerekir. *Acaba bu sonucun, “tarafın kendi aleyhine olacak şekilde beyanda bulunmaya zorlanamaması” ilkesiyle çeliştiği düşünülebilir mi?*

Savunma, düzenlenen şekilde veya süresinde yapılmazsa hak kaybı sonucunu doğurur ki, bu, bir yükümlülüğün ihlâli nedeniyle değil; ilgilinin savunma hakkını kullanmaması sebebiyle ortaya çıkar. Hâkimin sorusuna makul bir gerekçe olmadan hiç cevap vermeyen yahut bu yöndeki davete dahi icabet etmeyen tarafın aleyhine, hâkim tarafından bir takım sonuçların çıkarılmasından yakınılamaz. Bu konuda dikkat edilirse taraf aleyhine herhangi bir hukuki ya da cezai yaptırım da öngörülmüş değildir.¹¹⁴ Gerçi hukukumuz bakı-

¹¹² Pekcanitez/Atalay/Özeker, s. 266, 267.

¹¹³ Kiraz, s. 155; Tercan E., *Medenî Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı*, (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması), Ankara 2001, s. 239.

¹¹⁴ Tercan, s. 239-243. Benzer bir tartışmayı, *yeminden kaçınma* hâli için de yapmak mümkündür. Taraf, kendisine teklif edilen yemini etmez veya yemini hasma yönelmez ise (*yeminin reddi*) yemin konusu vakıayı, ikrar etmiş sayılır (HUMK m. 337, 347). Gerçi, yemin delili, başvurulacak en son çaredir; taraf, iddiasını diğer delillerle ispat edememişse bu hâlde, son yol olarak yemin teklif edecektir. Ancak taraf, isticvaptan farklı olarak doğrudan yemin deliline *de* dayanabilir. Bu hâlde ilk bakışta tarafın, bir yandan *susmanın ikrar sayılması*; diğer yandan *yalan yere yeminin cezalandırılması* sonuçları arasında sıkıştırılarak kendi aleyhine beyanda bulunmaya zorlandığı düşünülebilir. Lâkin aynı taraf, kendi aleyhine olacak şekilde beyanda bulunmak istemezse yemini reddedebilir yani karşı tarafa yöneltebilir (Yılmaz E., *Medeni Yargılama Hukukunda Yemin*, Ankara 1989, s.67-69). Şu duruma göre aynı hukuki ikilem, bu sefer karşı taraf için geçerli olacaktır (*Bu nedenle söz konusu ikilemi, TCK'nın 119. maddesinde düzenlenen ve ön ödeme ifa edilmezse açılan kamu dava-*

mından hâkimin takdiri olmaksızın; kendiliğinden ve kanunen günde me gelen “*ikrar faraziyesi*”, özü itibariyle ilgilinin aleyhinde bir durum gibi gözükmekteyse de isticvap usulünü tüketebilmek açısından yerine getirilmesi gereken sair şartlar, böyle bir sonucun vahametini dengelemektedir. Örneğin, ispat yükü kendisine düşen taraf, iddiasını ispat için *hiçbir delil* gösterememişse bu hâlde, o tarafın lehine delil bulmak/*ikrar yaratmak için –başlı başına bir ispat aracı olmayan-* isticvaba başvurulamaz.¹¹⁵ Aslında medeni yargıda isticvap yönünden aranan kıstasların, İHAS özelinde, ceza yargısı için kabul edilen “...*Yargılama içinde ikame edilmiş (güçlü) delillerin takdiri sırasında, aydınlatılması, izah edilerek açıklanması ve (belki sanığın lehine de) yorumlanması gerekebilecek durumların ortaya çıkması hâlinde, böyle bir açıklamanın yapılmayarak yine de suskun kalınması, sağduyunun bir gereği olarak zaten (sanığın lehine) yorumlanacak bir yön olmamasından ileri gelir ve artık suskunluk hâlinin sanığın suçlu olduğu yönünde bir sonuç çıkarılmasını engeller yönü kalmaz...*” ilkesiyle örtüştüğü de düşünülebilir.¹¹⁶

sında, suçun sabit görülmesi üzerine cezanın yarı nispetinde arttırılacak olması şeklindeki zorlayıcı ve temel hakları ihlal ettiği düşünülen durumla aynı görmemek gerekir, İnceoğlu, s. 155, dn. 207). Söz konusu dengeleyici unsurun varlığı ve yeminin yaratacağı (medeni-cezai/olumlu-olumsuz) tüm hukuki sonuçların artık her iki taraf için de geçerli olabilmesi (kaldı ki, karş. HUMK m. 345, 352), kanımızca silahların eşitliği ilkesiyle çatışır bir durum, yaratmamaktadır.

¹¹⁵ Tercan, s. 224. Ayrıca bkz. HGK, 26.6.1996, 385/508, (İKİD, 1999/459, s. 14014); 3. HD, 19.2.1001, 1153/1539, (YKD, 2001/8, s. 1167).

¹¹⁶ Kaldı ki, tarafın namus ve haysiyetine etki edecek ve cezalandırılmasına yol açacak hususlarda da, isticvaba karar verilemez (karş. HUMK. m. 235, 337/I, 352) (Tercan, 242). TMK m. 284/I, b.2 hükmünün ise bu konuda özellikli bir yanının olduğunu kabul etmek gerekir. Zira anılan düzenlemeye göre, “...*Taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. Davalı, hakimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hakim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir.*” Öğretide yapılan ve bizim de burada değineceğimiz tartışma, tarafların ve hatta üçüncü kişilerin mahkemenin böyle bir kararına katlanma yükümlülüğünün olup olmadığıdır. Yani mahkemenin (özel hüküm sebeplerinden olan) söz konusu bilimsel incelemenin yapılması hakkındaki ara kararın gereği, *cebren* yerine getirilebilir mi? Gerçi hükmün ilk cümlesi, böyle bir katlanma yükümlülüğüne işaret etmekle birlikte; hemen arkadan gelen ikinci cümle, *sanki aksi bir durumun yaşanması ihtimalini dikkate alarak* olası bir sonuç öngörüsünde bulunmuştur. Fiziki zorlamayla (elleri, ayakları, ağzı bağlanarak) tarafın elbette ki sıhhati yönünden olumsuz bir sonuç yaratmayacak tıbbi incelemeye mecbur bırakılması (Kuru B., *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Altıncı Baskı, C. III, İstanbul 2001, s. 2876), öğretinin bir kısmınca mümkün görülmemiş (Konuralp H., *Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, Ankara 1999, s. 104); bu halde, artık

C. Sürpriz Karar Verme Yasağı

Sürpriz karar, tarafın, beklenmedik değil; ama yargılamanın o ana kadarki seyrine göre, kendisi yönünden ve objektif ölçüler altında ön-

aynı hükmün ikinci cümlesinin işletilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır (Alango-ya/Yıldırım/Yıldırım, s. 361, 362; Baygın C., “Kan Bağına Dayanan Soybağı”, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002/1-4, s. 266; Acabey M. B., *Soybağı Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı*, İzmir 2002, s. 132) (karş. AY m. 17/II). Bu arada üçüncü kişiler yönünden de aynı yükümlülük geçerlidir ve bu hâlde onlar için *tanıklıkla* ilgili hükümler işletilecek olup yine öğretilde, HUMK’nın 253 nci maddesinin kendilerine uygulanarak gereğinde zorla böyle bir tıbbi incelemeye maruz bırakılabilecekleri kabul edilmektedir (Akcan R., “Medeni Usul Hukukunda Özel Hüküm Sebeplerinin Bir Örneği Olarak İnsan Vücudunun Muayenesi ve Kişilerden Zorla Kan Alınması”, *Halûk Konuralp Anısına Armağan*, C. 1, Ankara 2009, s. 931, 932). Aleyhlerine bir hüküm kurulması mümkün olmadığından; hükmün ikinci cümlesinin üçüncü kişiler yönünden de uygulanmasını beklemek mümkün değildir. Öte yandan üçüncü kişinin dava içindeki *tanıklık* durumu ile aynı üçüncü kişinin *bu kez de* geniş anlamdaki keşfe (*özel hüküm sebebi olarak tıbbi inceleme*) katlanması arasında, kanuni bir bağ kurulması, tartışmaya açıktır (karş. CMK m. 76/IV). Şu hâlde, her iki durumda da, yani gerek tarafın gerekse üçüncü kişinin böyle bir tıbbi incelemeye zorlanması bakımından ilgili düzenleme, sadece HUMK’nın 367. maddesi hükmü olabilir ki, mahkeme, “... bu husus hakkında iki tarafı istima ettikten sonra tebşüyyün edecek hale göre *iktiza eden tedbirleri ittihaz eder.*” (Ayrıca bkz. Kuru, C. III, s. 2876). Alınacak tedbirlerin *zorla muayeneyi de* kapsayıp kapsamadığı, tartışmaya açıktır (karş. AY m. 17/II; CMK m. 75, 76). Bir an için HUMK’nın ilgili hükmünün *gereken zorlamayı* içerdiği kabul edilse dahi bu sefer de özel hüküm olan TMK m. 284/I, b.2 yönünden aynı sonuca varmak mümkün olmayabilir. Zira şayet kanun koyucu, bu son hükümle ilgili olarak *icbar* sonucunu öngördüyse dahi *neden aynı hükmün bu sefer ikinci cümlesini düzenlediğini* sorgulamak gerekir (Ayrıca bkz. Konuralp, s. 105). Yani, tarafın, düzenlenen kanuni yükümlülüğün gereğini yerine getirmemesi, ihtimal dâhilindedir ve kanun koyucu, böyle bir olasılığı da görmezden gelmemek üzere, anılan türden bir sorun karşısında çaresiz bırakmamıştır (Karş. *Davalıca tıbbi incelemeye ait masrafların yatırılmaması üzerine davanın kabulüne ilişkin ilk derece mahkemesi kararı, söz konusu masrafların hazinece karşılanması gerektiği ve davalının gereken DNA incelemesine karşı koymasının söz konusu olmadığı gerekçeleriyle bozulmuştur. Ayrıntısı için bkz. 2. HD. 22.10.2007, 2006-19367/14093, Kazancı İBB*). Ancak bu sefer de, üçüncü kişiler yönünden bir açmaz vardır ki, hâlâ onların *zorla* bir tıbbi incelemeye maruz bırakılıp bırakılmayacağı (ve elbette ki bunun kanuni dayanağı) hayli tartışmalıdır. Bütün bunlara rağmen; aksi hâlde kanunun öngördüğü sonucun da susma hakkıyla çatıştığını düşünmek güçtür. Zira tarafın içinde bulunduğu yalın suskunluk hâli (pasif tutum), bir yandan karşı tarafı ispat imkânsızlığı içinde bırakmakta; öte yandan kamu düzeniyle son derece ve yakından ilgili bir konuda, meselenin tam olarak çözümü ancak tıbben mümkün olduğu hâlde, böyle bir incelemeyi hiçbir haklı ve meşru neden göstermeksizin akamete uğratmaktadır. Bu hâlde, tarafın söz konusu pasif tutumuna itibar edilemez; aleyhine olarak *hükmedilebilecek* sonuç da onun susma hakkıyla çelişmez (Kaldı ki ceza yargısı yönünden bkz. Centel/Zafer, 276-278).

görülemez bir kararla karşılaşmasıdır.¹¹⁷ Davayı belirli hukuki sebep veya sebeplere dayalı olarak yürütmüş; verdiği ara kararlarıyla; topladığı delillerle yahut yargılamayı yürütürken sergilediği tutumuyla belli meselelere ağırlık verdiği anlaşılan mahkemenin, tarafları önceden uyardıktan, söz konusu yön ve içerikteki tutumundan dönerek onunla zıt yönde bir karar vermesi, sürpriz karar olarak kabul edilir.¹¹⁸

Mahkemelerin yerleşik içtihatlarından dönecek veya yerleşik hukuk uygulamasından farklı bir çözümü benimseyecek olmaları hâlinde, artık bu durumun da sürpriz karar verme yasağı içerisinde değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Mahkemeler, elbette ki yeni içtihatlar geliştirebilirler; önceki içtihatlarından farklı kararlar verebilirler. Ancak bunun için öncelikle taraflar, bu yönde bilgilendirilmeli, onlara açıklama şansı tanınmalı, dinlenmeli ve bundan sonra söz konusu yenilik getirilmelidir.¹¹⁹

Mahkeme, yargılamayı yürütür ve hukuku uygular; nihai görüşünü kararında belirtir. Olması gereken, söz konusu kararın zaten yargılamada tartışılmış, değerlendirilmiş bir anlamda tüketilmiş hususlara dayanmasıdır. Esasen hâkimin “*hukuki tartışma yükümlülüğünden*” söz edilmekteyse de bu, güç bir meseledir.¹²⁰ Zira arzu edildiği gibi hâkimin pasif bir dinleyiciden çıkıp uyarı yükümlülüğü ile birlikte hukuki tartışma yapan bir kişi olması *ile* tarafların karara *ortak* olması yahut tarafların hâkim kararına *müdahale* etmesi arasında ince ve aşılması bir o kadar da kolay sınır bulunmaktadır.¹²¹ Karar verme yetkisi, mahkemeye aittir. Bu yetkiyi ortadan kaldıracak şekilde, hukuki dinlenilme hakkı genişletilemez. Sürpriz karara engel olmak adına tarafla-

¹¹⁷ Üstündağ, s. 262; Pekcanitez, s. 787; “... argumentlar bakımından tam bir serbestlik içinde bulunduğunu kabul ve teslim etmeliğimiz gereken hâkimin *tavsif ameliyesi* bakımından aynı serbestliğe sahip olduğunu aynı derecede kolaylıkla kabul edemeyiz. Kabul edersek, işte o zaman karşı tarafı sürpriz içinde bırakacak bir taktiğin usulü muhakemeye hâkim olması neticesini hasıl ederiz ki, bunun mahzurlu olduğu ve bu sebeple caiz olmadığı gözden uzak kalmamalıdır.” (Postacıoğlu İ. E., “Davanın ve Kazıyei Muhkemenin Unsuru Olarak Hukuki Sebep”, *Recai Seçkin'e Armağan*, Ankara 1974, s. 509).

¹¹⁸ Pekcanitez, s. 787.

¹¹⁹ Pekcanitez, s. 787-788.

¹²⁰ “*Hukuki dinlenilme hakkı tanınmadıkça, taraflarca talep edilmemiş ve tartışılmamış bir hukuk kuralı mahkemece uygulanamaz.*” Avrupa Medeni Usul Model Kanunu Tasarısı m. 3.5; *yabancı hukuk kuralları için bkz.* m. 3.7 (Pekcanitez/Yeşilova, s. 342, 343).

¹²¹ *Ayrıntısı için bkz.* Üstündağ, s. 262.

ra, kararın oluşum sürecine gereğinden fazla katılma imkânı sunmak, sağlıklı bir kararın oluşmasına da engeldir.¹²²

D. Avukatla Temsil Hakkı/Zorunluluğu

Hüküm, tarafın leh ve aleyhinde verilir; vekil ise sadece taraf adına hareket eder; bu nedenle bağımsız bir hakkı bulunmaz. Hukuki dinlenilme hakkının gerçekleşebilmesi için avukat tutma zorunluluğundan mutlak olarak bahsetmek olası değildir. Buna karşın avukat yardımından istifade edilmesini *yasaklamak*; avukatla temsilin *ortadan kaldırılıp sınırlandırılması*, hukuki dinlenilme hakkının ihlali sonucunu doğurur.¹²³

Taraf, yargılamada avukatla temsil ediliyorsa hukuki dinlenilme hakkı bakımından tarafın sahip olduğu tüm haklara, kural olarak vekili de sahiptir.¹²⁴ Kaldı ki, bu hâlde, bilgilenme ve açıklama hakkına yönelik işlemlerin avukata yönelik yapılması da bir zorunluluktur; aksi, yani tarafın avukatla temsil edilmesine rağmen usulî işlemlerde tarafın muhatap alınması, hukuki dinlenilme hakkıyla çelişir (TebK m. 11).¹²⁵

Avukatla temsil zorunluluğunun ise hukuki dinlenme hakkıyla ne kadar bağdaştığı tartışmalıdır. Esasen salt hukuki dinlenilme hakkının temini için böyle bir zorunluluktan bahsedilemez.¹²⁶

Ceza yargısında sanığın bir müdafî tarafından temsil edilme; adaletin selameti gerektiriyorsa ve sanık da gereken mali kaynaklardan yoksun ise bu sefer mahkeme tarafından tayin edilecek avukatın yardımından istifade etme hakkı vardır (İHAS m. 6/III, c).¹²⁷ Medeni yar-

¹²² Özkes, s. 191.

¹²³ "...Bağımsız avukatlığın kurumsal garantisini, Anayasamızın 36. maddesindeki hak arama özgürlüğü ile ilgili hüküm oluşturur. Bağımsız avukatlık faaliyeti, hukuk devletinin hedeflediği hukukun gerçekleştirilmesi amacına hizmet etmekte olduğundan, hukuk devletinin temel direklerinden biri olarak adlandırılabilir." (Sungurtekin Özkan, s. 104-105).

¹²⁴ *Ayrıntısı için bkz.* Sungurtekin Özkan, s. 263 vd.

¹²⁵ Özkes, s. 296.

¹²⁶ Özkes, s. 297.

¹²⁷ İHAS özelinde, medeni yargıda, tarafın *avukatla temsil edilmek konusunda* devlet yardımından istifade etmesi, istisnai ve içtihatlarla belirlenen şartlara bağlı bir durum olarak kabul edilirken; *Mahkeme*, ceza yargısında, söz konusu hâli devletler

gıda ise taraf, elbette ki kendisini bir avukatla temsil ettirebilir; ancak ceza yargısındaki gibi ve aynı koşullarda, avukat yardımından yararlanma hakkı, düzenlenmemiştir. Bugün için kural olarak hukukumuzda, avukat tutma mecburiyeti yoktur (HUMK m. 59, *karş. Av. K. 35/ III*). Taraf, ancak belli özel durumların varlığı hâlinde, avukat tutmaya zorlanabilir (HUMK m. 70, 71). HUMK'nın 70. maddesinde tarafın veya onu temsil eden avukatın duruşma disiplinini bozması durumunda, taraf, avukat (veya yeni bir avukat) tutmaya zorlanır; taraf avukat tutmazsa duruşma yokluğunda yapılır. Hükümün gayesi, duruşmaların sağlıklı yürütülmesini sağlamaktır. Kaldı ki, yargılamanın tarafın yokluğunda yürütülecek olması ihtimaline karşı da hukuki dinlenilme hakkı güvence altına alınmaktadır. HUMK'nın 71. maddesinde ise, tarafın davasını gereği gibi yürütemeyecek olması durumunda, kendisine bir avukat tutması emredilir; aksi hâlde yargılama yokluğunda yapılır. Bu hâlde de hem tarafın hakları hem de hukuki dinlenilme hakkı korunmaya çalışılmaktadır.¹²⁸

Medeni yargıda, avukat tutma zorunluluğu bakımından her iki yönde de görüş geliştirmek mümkündür.¹²⁹ Örneğin tarafların hâkim

yönünden bir yükümlülük, ödev olarak kabul etmektedir. Ancak burada da İHAS m. 6/III, *c'*'nin getirdiği *-adaletin selameti* gibi- sınırlamalar söz konusudur (İnceoğlu, s. 331). Lâkin böyle bir yardım, sadece tahkikat dönemiyle de sınırlı olmayıp yargılama öncesi ve sonrasını da *-denetim sürecini de-* kapsayacak uzunlukta kabul edilmektedir (Mowbay, s. 117, 118, 120; Fawcett, s. 193; Merrills/Robertson, s. 124). Bu noktada gündeme gelen bir başka tartışma, devletin tayin edilen müdafiinin eylemleri (ihmali, kusuru) nedeniyle bir sorumluluğunun olup olmadığıdır. Ne türdeki ihmali bir tutumun, devletin sorumluluğuna neden olabileceği tartışmalı olmakla birlikte *Mahkeme, Artico (Artico v. Italy, A 37, 1980, 7 EHRR 1981, 528)*, davasında, söz konusu yükümlülüğün (avukat tayini) şeklen de olsa yerine getirilmiş olmasının, devletin kendisi için öngörülen ödevini başarıyla ifa ettiği anlamına gelmeyeceği sonucuna varmıştır. Gerçi sergilenen ihmalin derecesi ve mahkemenin bu durumdan haberdar edilip edilmediği hususları, ayrıca birer ölçüt olarak kabul edilmekle birlikte (İnceoğlu, s. 331) özellikle sanığın, atanan avukata katlanma yükümlülüğünün olmadığı da kabul edilmektedir. Benzer bir tartışma, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesinin hazırlanması sırasında da gündeme gelmişti. O zaman da, sanığın kendi avukatını belirleyebilecek mali güçte olmamasının; onu, her tayin edilene de katlanma yükümlüğü altına sokmadığı, belirtilmişti. Hatta belli ölçüde, sanığın seçim hakkına öncelik verilmesi gerektiği dahi savunulmuştu (Weissbrodt, s. 57).

¹²⁸ Ayrıca bkz. Umar B., "Medeni Usul Hukukunda Davanın Dinlenme Koşulu Olarak Ehliyet", *İÜHFİM*, C. XXIX, S.3, s. 618.

¹²⁹ *Ayrıntısı için bkz. Akkan M., "Alman Medeni Usûl Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğuna İlişkin Düzenlemeler Genel Bakış", Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Ar-*

önünde *şahsen* dinlenmeyi talep hakları vardır ki, anayasal düzeyde, aksi yönde bir sınırlama getirilmiş değildir. Ne var ki, mukayeseli hukukta, böyle bir kanuni düzenleme de Anayasaya aykırı bulunmamıştır. Zira bu hüküm, esasen tarafları korumak için getirilmiştir. Avukat tutma zorunluluğu, hukuki dinlenme hakkının daha kaliteli ve *etkili* bir şekilde kullanılmasını sağlamak şeklinde inkâr edilemez bir amacı barındırır.¹³⁰ Avukat tutma zorunluluğunun kabul edildiği ortamda, tarafın tüm çabasına rağmen mahkemenin bulunduğu yerde bir avukat tutmayı başaramaması hâlinde, mahkemenin ona bir avukat bulması gerekeceği açıktır. Yine avukat tutamayan bir kimsenin de adli yardım hükümlerinden yararlandırılması gerekecektir. Anılan zorunluluğun varlığına rağmen taraf, yargılamadan menedilmediği gibi açıklama hakkı da tümüyle ortadan kaldırılmış değildir.¹³¹

E. Tercümandan Yararlanma Hakkı

Anayasa gereği, mahkemelerin dili Türkçedir ve taraflar, anlaşarak yargılamada Türkçe dışında başka bir dilin kullanılmasını kararlaştıramazlar (AY m. 3/I). Taraflar, dilekçelerini ve beyanlarını; mahkemeler de tutanaklarını ve kararlarını Türkçe yazmalı ve duruşmada da yargılama dili olarak Türkçe kullanılmalıdır.¹³²

Yargılama dili Türkçe olmakla birlikte özellikle sözlü yargılamada *Türkçe bilmeyen* veya (*sağır-dilsiz olması sebebiyle*) dili kullanamayan bir kimsenin ne açıklamada bulunması ne de söylenenleri anlayabilmesi mümkündür. Bu şartlar altında, tarafın bilgilendirme, açıklama ve karara etki edebilme haklarının tam olarak hayata geçtiği iddia edilemez. Ana dilde dinlenme ve bu nedenle de tercüman bulundurulması tale-

mağan, Ankara 2009, s. 4 vd.

¹³⁰ Pekcanitez, s. 783; Pekcanitez, *Adil Yargılama*, s. 49; Sungurtekin Özkan, s. 13. Etkin hukuki korumanın sağlanabilmesi için özellikle *mahkemeye başvuru hakkıyla ilgili olarak kanun koyucuların usul kanunlarında dava ehliyeti, tarafların temsili, yargılama giderleri ve bunların önceden ödenmesi yahut adli yardım gibi konularda, düzenlemeler yapması mümkün ve tabiidir. Ayrıntısı için bkz. Akkan, Avukatla Temsil Zorunluluğu*, s. 5, 7.

¹³¹ Pekcanitez, *Adil Yargılama*, s. 49; Sungurtekin Özkan, s. 13; Özekes, s. 299.

¹³² Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 264-265; Pekcanitez, s. 782; Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 273.

bi, adil yargılanmanın ve hukuki dinlenilme hakkının bir gereği olarak kabul görmüştür.¹³³

Tercümandan yararlanma hakkı, dil sorununa dayalı eşitsizliği gidermeyi amaçlar. Bu nedenle yargılama dilini anlayıp konuşabilen bir kimse, anadilinin yargılama dili olmadığı gerekçesiyle tercümandan yararlanma hakkına *da* sahip olduğunu iddia edemez.¹³⁴ Yargılama dilini bilen kimse için sözü edilen eşitsizlikten bahsedilemez.¹³⁵ Kişi, Türkçe bilen bir vekille temsil ediliyorsa (*medeni yargı özelinde*) zaten tarafın bizzat mahkemede bulunması gerekmez.¹³⁶

Ücretsiz tercümandan yararlanma hakkı, İHAS'ın 6/III-e maddesinde *ceza işlerinde ve duruşmalar için*¹³⁷ kabul edilmiş,¹³⁸ medeni yargı yönünden suskun kalınmıştır. Bu, medeni yargıda tercüman hakkı ol-

¹³³ Pekcanitez, s. 782.

¹³⁴ Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 271, 273.

¹³⁵ İHAM'ın 15.11.1997 tarihli *Zana* kararında, sanığın Türkçe bilmesine rağmen; ısrarla tercüman talep etmesi üzerine mahkeme, *sanığın savunma hakkından vazgeçmiş sayılacağını belirtmiş* ve bu durum, yerel mahkemece tutanak altına alınmıştır. *Mahkeme*, bu durumu Sözleşme'nin 6/I ve 6/III-c hükümlerine aykırı bulmuştur. Yani *Mahkeme*, tercüman hakkına ilişkin Sözleşme'nin 6/III-e hükmünü değil; genel olarak 6/I ve sanığın kendisini doğrudan veya vekil aracılığı ile savunabilmesine ilişkin 6/III-c hükmünü uygulamıştır. Şayet yerel mahkemece tercümandan yararlandırmamakla birlikte, savunma hakkından da vazgeçmiş sayılmasına karar verilmeseydi hüküm, adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkıyla çatışmayacaktı (Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 273). *Mahkemenin dilini bildiğinde tereddüt duyulmayan kişi, tercüman tutulması hakkından faydalandırılmaz; ancak savunma hakkından ve özellikle (ceza işlerinde) duruşmada şahsen bulunma hakkından da mahrum edilemez.* Şayet aynı kişi, duruşmanın disiplini bozucu davranışlarda da bulunuyorsa, yine sadece ilgili disiplin kuralları işletilir; tümüyle savunma hakkından yoksun bırakılmaz (Özekes, s. 301).

¹³⁶ Pekcanitez, s. 782. Buna karşın ceza işleri ile ilgili olarak *avukatının duruşmada konuşulan dili bilmesi, sanığın ücretsiz tercümandan yararlanması hakkını ortadan kaldırmaz. Ne var ki, hâkimlerin sanığın duruşma dilini bilip bilmediğini değerlendirme yetkisi de vardır* (Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 275; Tezcan D., "Tercümandan Yararlanma Hakkı", *Mihçioğlu'na Armağan*, Ankara 1997, s. 696; Mowbay, s. 124).

¹³⁷ Ceza hukuku bakımından *duruşmalar dışında da*, bu hakkı tanınmanın insan haklarına daha uygun olacağı konusunda bkz. Tezcan, s. 697; 6. CD, 20.11.1995, 11619/12124 (YKD, 1996/2, s. 304).

¹³⁸ Ceza işlerinde, sanığı suçlayan tüm belgelerin tercümesi gereklidir ve bu da tercümandan yararlanma hakkının bir parçasıdır (Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 275; Tezcan, s. 697).

madığı anlamına gelmez; ne var ki, tercüman giderleri ya taraflarca karşılanır ya da adli yardım kurumundan yararlanır.¹³⁹

III. DELİLLERE İLİŞKİN TEMEL KURALLAR

A. Delillerin Sunulması ve Tartışılması Hakkı

Bir vakıayı sadece ileri sürmek, yetiştirmez. Öncelikle o vakıanın ispatı elverişli şekilde somutlaştırılması; sonra da kanunun aradığı ispat ölçüsünü karşılayacak düzeyde ispat edilmesi gerekir. İspat faaliyeti ve bu bağlamda delil ikamesi olmazsa, tarafların iddiaları hakkında bir karar vermek de mümkün değildir. Esasen iddia, somutlaştırma, ispat ve delil ikame yükleri,¹⁴⁰ ispat edememe veya delil göstermeme yönlerinden taraflar için bir risk taşıyor; bu konularda da taraflara, açıklama imkânının tanınması gerekir.¹⁴¹

İspat ve delil hakkı olmadan; açıklama hakkı da anlamını yitirir. Tarafların delil gösterme imkânları ortadan kaldırılır; gereğinden fazla sınırlanır; hukuki dinlenme hakkı ile bağdaşmayan delil yasakları getirilir ya da gösterdikleri deliller incelenmezse bütün bunlar hukuki dinlenme hakkının ihlali sonucunu doğurur.¹⁴² Bu bağlamda, delillerin ibrazı ve ikamesi ile ilgili kuralların uygulanmasında, taraflara eşit şans tanınmalı; tarafın özellikle karşı yanın tutumu sonucunda ispat imkânsızlığı içinde kalmasına mani olunmalıdır (*karş.* HUMK m. 326-336). Yine örneğin yargılama sırasında, bilirkişinin tarafları dinlemesi gerekiyorsa, karşı taraf hazır olmadan bilirkişi, sadece bir tarafı dinleyemez ve bu durum kendisine ihtar edilir (HUMK m. 279).¹⁴³

Deliller konusunda aranan eşitlik yönünden İHAS özelinde, şu iki hususun öne çıktığı görülmektedir: Bunlardan ilkinde göre aslında bir

¹³⁹ Pekcanitez, s. 783.

¹⁴⁰ Bu kavramlar için bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 400 vd; Atalay O., *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı*, İzmir 2001, s. 8 vd. İspat kurallarının kaynağını, hukuki dinlenme hakkına dayandırmak mümkün değildir. Ancak bunların kullanımı, hukuki dinlenme hakkına uygun olmalıdır (Özekes, s. 125).

¹⁴¹ Özekes, s. 125.

¹⁴² Pekcanitez, s. 777; Yıldırım, s. 98.

¹⁴³ Tanrıver S., *Bilirkişinin Hukuki Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu*, Ankara 2002, s. 93. Ayrıca bkz. *Mantovanelli v. France*, 18.03.1997, Reports 1997-II, §33-35.

süreci ifade eden yargılamanın herhangi bir evresinde yaşanan eşitsizlik hâli, derhal tüm yargılamayı, hakkaniyetsiz bir duruma düşürmektedir. Yaşanan hak ihlallerinin aynı yargılamanın sonraki evrelerinde düzelmiş, izale edilmiş olması durumunda, yargılamanın bütünü yönünden artık hükme yansımış bir eşitsizliğin olmadığı/kalmadığı kabul edilir.¹⁴⁴ İkinci husus, *nicelik değil; nitelik eşitliğidir*. Sayısal eşitsizlik, her zaman bir eşitsizlik kaynağı olarak görülemez; kaldı ki, aynı türden bir eşitlik, aslında görünürde kalmış; gerçekte var olan eşitsizliği örten bir durum olarak da karşımıza çıkabilir. Asıl olan, yargılama makamının tarafların delillerine verdiği önem ve ağırlık ile *eşit muamele* edip etmediğidir.¹⁴⁵ Örneğin İHAS özelinde, mahkemelerin tanıklara kendi milli usul hukuklarının gereği olarak farklı muamele etmesi, her zaman bir eşitsizlik olarak görülmemiştir. Taraflardan birinin tanığının diğerinin aksine yeminsiz dinlenmesi, karşı tarafın tanığına *salt yeminli olması nedeniyle* özel bir önem ve ağırlık verilmediği sürece bir eşitsizlik teşkil etmez (*karş.* HUMK m. 247; CMK m. 50, 236/I). Kaldı ki, bu durumda, yeminsiz dinlenen tanık, yeminli dinlenmiş olsaydı; daha farklı nasıl bir sonuca gidilecek olduğunun da somut olarak ortaya konması gerekir. Öte yandan yargılama bütünlüğü içerisinde, bir an için tek bir delil türü bakımından eşitsizlik yaşandığı kabul edilse dahi bu durum, diğer başka türdeki taraf delilleriyle zaten giderilmiş yahut çürütülmüş ise artık yine tarafların silahları arasında bir eşitsizlik olduğu kabul edilemez.¹⁴⁶

Delillerin takdiri sırasında, söz konusu delilin taraflar nezdinde nasıl algılandığıyla ilgili olarak da bir takım değişiklikler yaşanabilir. Örneğin iddianameye esas teşkil eden uzman raporunu hazırlayan kurum çalışanına, bir kez daha, bu sefer mahkemece ve bilirkişi olarak başvurulması, ilgili görevliyi, sanık gözünde bilirkişi değil; iddia makamının tanığı hâline dönüştürür. Bu noktada, alınan bilirkişi raporu ile sanığın uzman-tanığının beyanları arasında, *salt* bunlardan biri, mahkemece tayin edilen bilirkişi olduğu için farklılık yaratılamaz. Zira söz konusu ilgilinin tarafsızlığı, artık kuşku götürür bir hâl almıştır.

¹⁴⁴ *X v. Austria*, 05.03.1983, 31 DR 66, 68.

¹⁴⁵ *Haris/Boyle/Warbrick*, s. 266; İnceoğlu, s. 225, 226. Ayrıca bkz. *Bönish v. Austria*, 06.05.1985, A 92, 9 EHRR 191, §32.

¹⁴⁶ *Van Dijk/Van Hoof*, s. 431; *Ankerl v. Switzerland*, 23.10.1996, Reports 1997-II, No. 32, §35-38. *Karş.* *Dombo Beher BV v. Netherlands*, 27.10.1993, A, 274-A, 18 EHRR 213, §34-35.

Ancak buradan, genel olarak hazırlanan bir bilirkişi raporunun iddia makamının iddiasını teyit ettiği *her hâlde*, mahkemeler için başka bilirkişiler atama yükümlülüğünün doğduğu sonucu da çıkarılamaz.¹⁴⁷

İHAS özelinde de delilleri değerlendirme ve gösterilmek istenen delilin ilgili olup olmadığına karar verme yetkisi, *-gerekçesi de gösterilmek ve büyük bir keyfilik teşkil etmemek kaydıyla-* esas olarak ülke mahkemelerine aittir.¹⁴⁸ Lâkin aynı esnada, çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren bir konuda, bilirkişiye gidilmemesi dahi hak ihlâli olarak kabul edilebilmiştir.¹⁴⁹

Delillerin ikamesi sırasında, tarafın karşılayamayacağı bir masraf avansı istenirse ve aynı taraf, adli yardımdan da yararlandırılmıyorsa, bu durum, hukuki dinlenilme hakkının ihlaline neden olur.¹⁵⁰

Mahkeme, kanuna aykırı olan; davayı uzatmak amacıyla veya düristlük kuralına aykırı şekilde ya da uyuşmazlık konusu olmayan hususlarda gösterilen yahut uyuşmazlığın çözümüne katkıda bulunmayacak delilleri incelemeyebilir. Bu durum, silahların eşitliği ilkesiyle çatışmaz. Zira burada hakkın kullanılması değil; kötüye kullanılması söz konusudur.¹⁵¹ Buna karşın uyuşmazlıkla ilgili birden fazla tanık gösterilmişse sadece bunlardan bir kaçının dinlenmesi ile de yetinile-

¹⁴⁷ *Bönish v. Austria*, 06.05.1985, A 92, 9 EHRR 191,§21, 33-34; *Brandstetter v. Austria*, 28.08.1991, A 211, 15 EHRR 378, §43-40.

¹⁴⁸ *Bricmont v. Belgium*, 07.07.1989, A 158, 12 EHRR 217, §89; van Dijk/Van Hoof, s. 431; Fawcett, s. 197, 198. Tanıklık bakımından idari yargıya yöneltilen eleştiri için bkz. İnceoğlu, *İnsan Hakları*, s. 382. Ayrıca bkz. Candan T., Açıklamalı İdari Yargılama usulü Kanunu, 2.Baskı, Ankara 2006, s. 253; 584.

¹⁴⁹ *H v. France*, 24.10.1989, A 162-A, 12 EHRR 74, §70. Bu arada, her ne kadar İHAS m. 6/III, d hükmünde, "*tanıkların dinlenmesinde hak eşitliği*" meselesi düzenlenmişse de *Mahkeme*, anılan düzenlemeyi, yine İHAS m. 6/I hükmüyle birlikte değerlendirmekte ve başta bilirkişiler olmak üzere diğer tüm ispat araçlarını kapsayacak genişlikte yorumlamaktadır (İnceoğlu, s. 221, 320).

¹⁵⁰ Özkes, s. 127, 128. Adli yardım, İHAS özelinde, özellikle medeni yargıda, tümüyle açıklığa kavuşturulmuş ve istisnasız kabul edilen bir durum, değildir. Hatta tam aksine *Mahkeme*, ülke hukuklarına *medeni yargıda* adli yardım müessesesinin kurulması gerektiği yönünde bir yükümlülük yüklenmediği sonuca varmıştır. Buna karşın somut olayın gerekleri ve özellikleri, böyle bir devlet yardımını, İHAS m. 6/I yönünden haklı ve mecbur bırakabilmektedir (Mowbray A., *Human Rights Law in Perspective, The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the Court of Human Rights*, Oxford 2004, s. 103).

¹⁵¹ Pekantez, s. 778. Ayrıca bkz. Yıldırım, s. 148 vd.

mez. Öte yandan, gösterilen tanıkların inandırıcı olmadıkları gibi sebeplerle de değerlendirilmesinden ödün verilemez.¹⁵²

Mahkeme, sözü edilen kıstaslar dâhilinde *delil incelemesinden kaçınmaz*.¹⁵³ Ne var ki, *delilleri değerlendirmek*, bunları karara esas alıp almamak, hâkime aittir. Bu hâlde dahi taraflara, *açıklama hakkı* kapsamında, delillerin değerlendirilmesiyle ilgili beyanda bulunarak yargılamaya etki edebilme imkânı tanınmalıdır.¹⁵⁴ Bu nedenledir ki, taraflar bilirkişi raporuna itiraz edebilirler (HUMK m. 283; CMK m. 67) veya tanıkların dinlenmesi sırasında hazır bulunarak soru sorulmasını sağlayabilirler (HUMK m. 255/II, 267; CMK m. 59/II, 215).¹⁵⁵

*Tarafların, yargılamaya ilişkin konularda bilinmezlik içinde bırakılması; yargılama usulü hakkında her an bir sürprizle karşılaşacak olması, düşünülemez. Örneğin tanıkların, bilirkişilerin yahut tahkim yargılamalarında olduğu gibi yargılamayı yürütecek hakemlerin isimleri ve kimlerden ibaret olduğu*¹⁵⁶ taraflarca bilinmelidir (*karş.* CMK m. 58/II- V). Aksi hâl, ne adil yargılanma hakkı ile ne de hukuki dinlenilme hakkı ile bağdaşır.¹⁵⁷

¹⁵² Özkes, s. 128.

¹⁵³ "...Türk konsolosluk memurunun almış olduğu ifadelere değer verilerek hüküm kurulamaz. Mahkemece yapılacak iş, tanıkların hâkim tarafından dinlenmesi için buldukları ülke mahkemesine talimat yazmak, delilleri birlikte değerlendirmek ve hasil olacak sonuca göre karar vermektir." 2. HD, 17.10.2000, 9050/12427 (YKD, 2001/2, s. 177).

¹⁵⁴ Pekantez, s. 778; Yıldırım, s. 98-99; Üstündağ, s. 600 vd. Delilleri hakim değerlendirdir. Bu sırada hâkim tarafından yanlışlık yapılması, hukuki dinlenilme hakkına aykırılık oluşturmaz; yanlış bir hukuki değerlendirme, ancak kanun yolu denetiminde dikkate alınır (Pekantez, s. 786; Özkes, s. 161).

¹⁵⁵ Van Dijk/Van Hoof, s. 431; Yıldırım, s. 98. "Zabıta marifetiyle yürütülen hazırlık koşturması davacının giyabında yürütülmüş ve orada dinlenen tanıkların beyanını hakkında herhangi bir itirazda bulunmasına imkân verilmemiştir. Öyle ise davalının ...tanıkları mahkemede dinlenerek hâsil olacak neticeye göre karar verilmek gerekirken..." 15. HD, 23.1.1976, 4721/245 (YKD, 1976/4, s. 536). Üst mahkemeler, hukukilik denetimi yanında, maddi olaylar hakkında da kara verme yetkisine sahipse yapacağı bu yöndeki bir yargılamada, alt mahkemece dinlenmiş olan tanık ve sanıkların yazılı şekildeki beyanlarına dayanarak karar veremez. (İnceoğlu, s. 286).

¹⁵⁶ OLG Köln, IV YBCA 1979, s. 258.

¹⁵⁷ Briner R/von Scslsbrendorff F., "Article 6 of the European Convention on Human Rights and its Bearing upon International Arbitration", *Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel, Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century*, 2001, s. 96, 97; Alangoya, s. 3. Ayrıca bkz. Yeşilova, s. 173.

Silahların eşitliği ilkesinin ispat yükü kuralları üzerinde bir etki doğurması beklenmemelidir. Maddi hukuk gereği, sorumsuzluğunu ispatlamakla yükümlü taraf, *silahların eşitliği ilkesine sığınarak -ilk bakışta-* menfi/olumsuz gibi görünen bir vakıanın yahut durumun ispatından kurtulamaz. Bu, İHAS özelinde de *-tarafklar arasında bir dengesizlik yahut hakkaniyete aykırı bir durum, yaratmadığı sürece-* bir iç hukuk meselesi olarak kabul edilmiştir.¹⁵⁸

B. Hukuka Aykırı Surette Elde Edilen Deliller

Hâkimin ikame edilen vakıanın gerçekliği hakkında, bir kanaate ulaşması gerekir. Bunun için de hakkı ihlal edilen veya ihlal edilmesi tehlikesi altına bulunan taraf, mahkemeye başvurduğunda, kendi lehine hak çıkardığı iddiasını ispat etmek zorundadır.

Genel olarak *ispat yasakları* başlığı altına toplanabilecek hususların alt başlıklara ayrılarak değerlendirilmeye tabi tutulması mümkündür: Buna göre **i) konusu bakımından ispat yasakları** denildiğinde, aslında delile konu vakıa bakımından bir yasak söz konusudur. Örneğin zaten kesin hükme konu bir vakıanın sonraki yargılamada bir kez daha ispata muhtaç olmadığı açıktır. Ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararına esas aldığı *vakıalar* bakımından da hukuk mahkemesi önünde elbette bir ispat yasağı söz konusu olacaktır (BK m. 53). Yine HUMK'nın 236. maddesi bağlamında sulh müzakeresinde sebkedilen ikrar, muteber olmayıp delil olarak kullanılamayacaktır. **ii) Metot yönünden ispat yasağında** ise ispatın konusu, esasen yasak olmayıp delilin elde edilmesinde yasak yöntemler (*isticoapta tehdit veya boşanma davasında mahkemece dinlenmek üzere davet edilen eşe, diğer eşin duruşmadan önce iğne yapılarak hiçbir şey hatırlamamasını sağlaması gibi*) kullanılmıştır. Burada aslında ne delilin ne de delile konu vakıanın kendisi, başlı başına bir hu-

¹⁵⁸ G v. France, 05.10.1998, 57 DR 100, 106-107. *İspat imkânsızlığı yaşayan tarafa yardım edilmesinin nedeni, hukuki dinlenilme hakkı ve bu bağlamda tarafa meramını anlatabilmesi için silahların eşitliği ilkesine uygun olarak gerekli imkân ve kolaylığın sağlanmasıdır. İspat imkânsızlığını yaratan bir başka durum "delil engellemesi" dir ki, bu, dürüstlük kuralına da aykırıdır. İspat imkânsızlığına karşı çözüm yollarının ayrıntısı için bkz. Atalay, Menfi Vakıalar, s. 124, 128 vd. Ayrıca bkz. Arslan, s. 91-92. Yine delil sözleşmeleri yönünden hâkimin delil elde edememek sonucu ile karşı karşıya bırakılmaması gerekir (Yıldırım, s. 259).*

kuka aykırılık içermektedir.¹⁵⁹ **iii)** *Delil yasakları* şeklinde ifade edilen bir başka ayrıma göre ise belli bir delilin yine belli bir vakıa için ya da genel olarak yargılama içerisinde kullanılmasının önüne geçilmektedir. Örneğin medeni yargılama hukukumuz bakımından senetle ispat mecburiyeti (HUMK m. 288) yahut tanıklıktan çekinme hakkının varlığı (HUMK m. 245, 246), bu kapsamdadır. Öğretide, hukuka aykırı surette elde edilen deliller de bu başlık altında incelenmiş olmakla birlikte¹⁶⁰ böyle bir alt-başlık yerine ispat metodu yasağı dışında ayrıca *temel hakları ve özel hayatı korumak amacıyla yasaklanan deliller* kategorisinin bulunduğu da belirtilmiştir.¹⁶¹

Medeni yargıda hukuka aykırı surette elde edilen delillerin yargılama içerisindeki akıbetleri, son derece tartışmalı olup mesele, bu yönde özellikle medeni yargılama hukuklarında somut, pozitif bir düzenleme olmayan ülke hukukları için daha karmaşıktır (*karş.* AY m. 36/I, 38/VI; CMK m. 38/V; 148/III).¹⁶² Delilin hukuka aykırı elde edilişi ile bunun yargılama sırasında ikamesine yasak getirilmesi arasında bir ayırım yapılıp yapılmayacağı, sorunun özünü teşkil etmektedir. Maddi hukuk-usul hukuku ayırımını takip eden görüş, örneğin kişinin özel hayatına, konutuna yahut mektuplarına herkesin saygı göstermesini isteme hakkının (İHAS m. 8) sadece maddi hukuk yönünden müeyyelendirildiği inancını taşımaktadır. Yine buna göre bir yargılama, ispat yasaklarına yer verdi nispette hukuk devletine daha uygun düşecektir, denilemez. Delilin **i)** elde edilişi ile **ii)** ikamesi ve **iii)** değerlendirilmesi, ayırt edilmelidir. Anılan görüşe tümüyle karşı çıkan ve delil elde edilirken bir anayasa hükmünün ihlali halinde, artık ispat yasağı-

¹⁵⁹ Yıldırım, s. 238, 239; Yıldırım K., “Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasakları ve Özellikle Taraflarca Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller”, Erdoğan Teziçe Armağan, İstanbul 2005, s. 862, 863; Pekcanitez H., “Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi”, *Halûk Konuralp Anısına Armağan*, C. 1, Ankara 2009, s. 790, 791. Ayrıca bkz. Berkin, s. 734; Üstündağ, s. 627; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 427 vd; 2. HD, 20.10.2008, 17220/13614, (Pekcanitez, *Delil*, s. 842, 843); 4. HD, 26.10.2007, 13723/13089, (Kazancı İBB); HGK, 25.09.2002, 2-617/648, (Kazancı İBB); HGK, 28.5.2003, 1-374/370, (Kazancı İBB); 13. HD., 22.2.2000, 9505/1439, (Kazancı İBB).

¹⁶⁰ Yıldırım, *Deliller*, s. 862.

¹⁶¹ Pekcanitez, *Delil*, s. 792.

¹⁶² Yıldırım, *Deliller*, s. 864 vd; Tanrıver S., “Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun Değerlendirilmesi”, *Makalelerim* 2006, Ankara 2007, s.27 vd; ayrıca bkz. *TBB*, 2006/65, s. 119-128; Pekcanitez, *Delil*, s. 793 vd;

nın gündeme geleceğini; hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin geçersiz kabul edilerek hiçbir surette ikamesine izin verilemeyeceğini savunanlar da vardır. Kaldı ki, özellikle hukukumuz yönünden temel hakların sadece devlete karşı bir güvence sağladığı da düşünülemez (karş. AY m. 11/I). Hukuka aykırı yoldan elde edilen deliller kullanılırsa artık hukuka aykırı davranışlar, *hem de mahkemece* tasvip görmüş olacaktır. Bununla birlikte yine karşı görüş içinde yer alan ancak delilin elde edilişi sırasında yaşanan hukuka aykırılıklar arasında, ayırım yapanlar da vardır. Örneğin çalınmış senedin ikamesinde ve değerlendirilmesine tereddüt duyulmazken; ancak *insan haysiyetine ve onuruna* (işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele) aykırı olarak elde edilen deliller için bir yasağın geçerli olduğu belirtilmektedir.¹⁶³ Bu anlamda, sadece *kişilik haklarına* bir aykırılık söz konusu (TMK m. 23, 24) ise gündeme gelen hak ihlali, somut olayda meşruiyet açısından bir değerlendirilmeye tabi tutulmakta; ancak meşru müdafaa yahut daha yüksek değerde bir başka menfaat söz konusu ise delil ikamesine ve ikame edilen bu delilin değerlendirilmesine cevaz verilmektedir.¹⁶⁴

Öğretide, anayasada teminat altına alınmış temel hakların ya da özel yaşam alanının veya kişilik haklarının ihlali sonucunda bir delil elde edilmişse bu tip bir delilin mahkemede kullanılmasına izin verilemeyeceği savunulmuştur.¹⁶⁵ Anayasa'nın 38/VI. maddesinin ceza yargısı yanında, bugün medeni yargılama hukukumuz yönünden de bağlayıcı olduğu düşünülmektedir. Kaldı ki, ceza usul hukukumuz yönünden yasak olduğu açıkça düzenlenmiş olan hukuk aykırı elde edilen delillerin, kamu yararının ceza yargısına göre daha az olduğu medeni yargıda, geçerli kabul edilmesini gerektiren herhangi bir neden de olamaz. Her ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğe ulaşılması

¹⁶³ Ayrıca bkz. İnceoğlu, s. 288.

¹⁶⁴ Yıldırım, *Deliller*, s. 864-867; Pekcanıtez, *Delil*, 793-799; *Schenk v. Switzerland*, 12.07.1988, A 140, 13 EHRR 242, §30-48. Mahkumiyet, sadece ve esas olarak özel yaşamın gizliliğine aykırı olarak toplandığı iddia edilen delile dayanmıyorsa; yargılama içerisinde söz konusu delil, çekişmeli bir biçimde tahkik edilip güvenilirliği ve gerçekliği konusunda itiraza uğrayabilmişse artık hakkaniyete aykırılıktan bahsedilemeyecektir (İnceoğlu, s. 288). Ayrıca bkz. Haris/O'Boyle/Warbrick, s. 210.

¹⁶⁵ İHAS içtihatlarında, kategorik olarak özel yaşamın gizliliği ihlâl edilerek elde edilen bir delilin hüküm verilirken kullanılmasına karşı çıkılmamakta; başkaca şartların varlığı, dikkate alınmaktadır (İnceoğlu, s. 289).

savunulamaz.¹⁶⁶ *Kaldı ki, aksi tutum, delil ikame eden taraf için dürüstlük kurallarına da aykırılık teşkil edecektir.*¹⁶⁷

Hukuka aykırı yollardan elde edilen deliller konusunda, günde-me gelebilecek hadiselerin kısa da olsa sistematik bir değerlendirilme-si yapılabilir. Örneğin iki taraf arasında doğrudan yahut telefon ara-cılığıyla gerçekleşen konuşmanın gizlice ses veya görüntü bandına kaydedilmesi;¹⁶⁸ karşı tarafın rızası hilafına bu sefer üçüncü bir kişi-nin iki kişi arasındaki konuşmaya tanıklık etmesi,¹⁶⁹ çalınmış senet ya da belgelerin ikamesi;¹⁷⁰ kişilerin gözetlenmesi¹⁷¹ yahut bir yerin gizlice

¹⁶⁶ Tanrıver, *Delil*, s. 32.

¹⁶⁷ *Ayrıntısı için bkz.* Berkin, s. 734, 735; Pekcanitez, *Delil*, s. 826-829; Tanrıver, *Delil*, s. 34. *Ayrıca bkz.* Üstündağ, s. 762; Pekcanitez/ Atalay/Özekes, s. 427 vd; Yıldırım, *De-liller*, s. 868.

¹⁶⁸ Kocanın, eşinden habersiz bir şekilde, birlikte oturdukları eve ses-kayıt tertibi-batı kurdurarak eşinin konuşmalarını kaydetmesine ve bunları, boşanma dava-sında delil olarak kullanmasına cevaz veren içtihat için bkz. 2. HD. 20.10.2008, 17220/13614, (Kazancı İBB). Söz konusu kararda, evlenmekle artık “*eşlerin özel ya-şamının*” değil; daha ziyade “*aile yaşamının*” gizliliğinin ve dokunulmazlığının söz ko-nusu olacağı; eşlerin ortak yaşam alanının, birbirlerine karşı özel ve gizli bir alan olarak görülemeyeceği sonucuna varmış olup eleştirisi için bkz. Pekcanitez, *Delil*, s. 842.

¹⁶⁹ Ticari içerikli telefon görüşmeleri yönünden geçerli daha esnek yorum için bkz. Pekcanitez, *Delil*, s. 844.

¹⁷⁰ Bir eşin diğer eşe ait “*günlüğü*”, eşlerin birlikte yaşadığı evde, (*çalmadan, zorla ele geçirmeden kısaca hukuka aykırı surette elde etmeden*) eşin evi terk etmesinden sonra; kilitli olmayan bir yerde bulması sonucunda, orada yazılanları boşanma davasın-da delil olarak kullanabilmesine ilişkin bkz. HGK. 25.09.2002, 2-617/648, (Kazancı İBB). *Ayrıca bkz.* Yıldırım, *Deliller*, s. 869.

¹⁷¹ *Tesadüfi tanıklık için yapılan ayırım konusunda bkz.* Pekcanitez, *Delil*, s. 847. Davalı-nın gizlice ses ve görüntü kaydının yapılmasının ve bu surette delil elde edilme-sinin (aynen telefon görüşmelerinin yasadışı dinlenmesinde olduğu gibi) *kişinin şeref ve haysiyetine tecavüz etme amacı taşımaya dahi* kişilik haklarına saldırı (TMK m. 24, BK m. 49) sonucu doğuracağına ilişkin bkz. 4. HD. 26.10.2007, 13723/13089, (Ka-zancı İBB). *Karş.* İsviçre Federal Mahkemesi, özel sorumluluk sigortacısının sigorta-lısını *gizlice izlettirmesi* nedeniyle elde etmiş olduğu görüntülerin, bu kez bir kamu kurumu olan İsviçre Kaza Sigortası Kurumu tarafından delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı sorunuyla ilgili olarak söz konusu kamu kurumunun anı-lan türden delile *adeta sığınmasında* bir mahsur görmezken; bu sefer aynı kurumun kendisinin *de* bu yolla bir delil elde edip edemeyeceği sorununa olumlu yanıt ver-memiştir. Gerçi, mahkeme, iki özel hukuk kişisi arasında yaşanan hadisede, zaten bir hukuka aykırılık görmemiş; sigorta hukukunda, diğer sigortalıların *ortak men-faatinin* yapılacak haksız ödemelerin engellenmesi suretiyle korunması ilkesine bü-yük bir önem vermiştir. Yine bu kapsamda, özel dedektif tarafından kaydedilen görüntülerin ispatı gereken husus bakımından *kaçılmaz* ve sadece bu içerikte ol-

video kaydının yapılması;¹⁷² hukuka uygun olmakla birlikte gerçekleştirilen dinleme faaliyeti sırasında izin verilen konu dışında kalan dinlemelerin akıbeti, hep yargılama içerisinde, ikamesinde sorun yaşanan delil konuları olmaktadır.

Hukuka aykırı surette elde edilen deliller bakımından; bugün için dahi kesin bir sonuca varılabilmiş değildir. Şayet konuya ilişkin ilgili yargılama hukukunda, açık bir hüküm bulunmuyorsa varılacak sonuç, daha da tartışmalı olmaktadır. En azında İHAS özelinde dahi özlenen netlikte bir kesinliğe ulaşılamamıştır.¹⁷³ Ne var ki, işkenceyle ve insanlık onuruna aykırı düşecek surette elde edilen delillerin akıbeti konusunda hiçbir tartışma yaşanmazken,¹⁷⁴ kişilik haklarının ihlali durumunda, aynı katı ve istisnasız tutuma rastlanılamamaktadır. Bu hâlde başkaca etkenler daha dikkate alınmakta ve somut olayın özellikleriyle yargılama sırasında şayet ikame edilmişse diğer delillerin varlığına ve ağırlığına bakılmakta; özellikle ihlal edilen normun koruduğu menfaat ile ispat edilmeye çalışılan menfaat arasında bir denge, ölçü aranmaktadır.¹⁷⁵ Örneğin, bir cinayet suçunda, maddi gerçeği ortaya çıkartmaktaki yararın başvuru-mağdurun kişilik haklarının korunmasındaki yarardan daha fazla olduğu düşünülmekte; anılan türden bir ihlal sonucunda elde edilen delilin hüküm verilirken kullanıl-

ması nedeniyle ölçülülük ilkesiyle de çatışmadığı belirtilmiştir. Şaşırtıcı olan; temel hakların ancak kanunla sınırlanabilmesine ilişkin anayasal hükmün; ilgili mevzuatın sigortacıya deliller bakımından açık bir yasak getirmeden; salt vakıaların aydınlatılması konusunda ödev yüklediğine dair norm ile yerine getirildiğinin kabul edilmesidir (BGE 129 V 323). Öte yandan, sigortalının alenen görülebilen alanlarda, serbest iradesi ile yürüttüğü bir faaliyet sırasında izlenmiş ve kaydedilmiş olması halinde, sigortalının özel hayatına gerçekleşen müdahalenin de *ağır olmadığı* kabul edilmiştir (BGE 132 V 241). Ayrıca bkz. Kılıçoğlu E., “Karar Çevirisi, Özel Dedektif Tarafından Gerçekleştirilen İzlemenin ve Görüntü Kaydının Hukuka Uygunluğu ve Sigorta Uyuşmazlıklarında Delil Olarak Kabul Edilebilirliği Sorunları Hakkında İsviçre Federal Mahkemesi’nin İki Kararı”, *Halûk Konuralp Anısına Armağan*, C. 1, Ankara 2009, s. 554 vd.

¹⁷² Söz konusu video kayıtlarının *ancak somut bir suçun ispatı* bakımından delil olarak kullanılabilmesine ilişkin bkz. Pekcanitez, *Delil*, s. 847.

¹⁷³ İnceoğlu, s. 287.

¹⁷⁴ Aynı durum, Sözleşme’nin 3 üncü maddesi yanında, doğrudan 6. ncı maddesi ihlal edilerek elde edilen deliller için de geçerli olup *Mahkeme*, (gizli ajandan farklı olarak) *ajan provokatör* yardımıyla elde edilen delillerin de yargılama içerisinde kullanılmasına cevaz vermemektedir (İnceoğlu, s. 288).

¹⁷⁵ İnceoğlu, s. 288; İnceoğlu, *İnsan Hakları*, s. 379. Ayrıca bkz. Alangoya/Yıldırım/Yıldırım, s. 301, 302.

masında sakınca görülmemektedir.¹⁷⁶ Ancak burada, bir kez daha söz konusu delilin kabulüyle ilgili olarak başkaca ölçütler daha geliştirilmektedir. Örneğin, söz konusu dinleme, *tek veya ana suçlayıcı delil teşkil etmemektedir*. Kaldı ki savunma makamının da söz konusu delilin gerek sıhhatini gerekse içeriğini çürütme imkânı vardır.¹⁷⁷

Bu konuda, ülkemiz açısından ceza yargısının (CMK m. 217/II) medeni yargıya nazaran, normatif düzeyde, daha ileri bir konumda olduğu söylenebilir (*karş.* HMK *Tasarısı* m. 193/II). Lâkin aynı meseleyle ilgili olarak Anayasa'nın ilgili iki hükmünün mukayeseli hukuk karşısında önemli bir farklılık yarattığını da belirtmek gerekir. Anayasa hükümleri, kişiler yönünden de bağlayıcı temel kurallar olup bu, aynı hükümlerin yatay uygulanabilirliğine imkân tanımaktadır (AY m. 11/I).¹⁷⁸ Anayasa'nın 36/I. maddesinde ise kişilerin yargı mercileri önünde, iddia ve savunma haklarını, ancak *meşru vasıtalarla* kullanabileceği hüküm altına alınmaktadır. Gerçi yine Anayasa'nın bu sefer 38/VI. maddesinde "*suç ve cezalara ilişkin esaslar*" kenar başlığı altında, konuyla ilgili açık bir düzenleme getirilmişse de (*karş.* AY m. 176/II) *kanımızca* Anayasa'nın 36/I. maddesinin açıklığı karşısında, (*özelliikle medeni yargı için*) 38/VI inci madde hükmüne müracaat etmeye ihti-

¹⁷⁶ *Schenk v. Switzerland*, 12.07.1988, 13 EHRR 242 §30, 44. Bu davada, hukuka aykırı surette elde edilen delil, bir üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen telefon dinlemesi şeklinde olup yine aynı kimsece söz konusu kaset, yetkili mercilere iletilmiştir.

¹⁷⁷ İnceoğlu, s. 291. *Mahkeme* nezdinde meselenin bir sorun teşkil ettiği açıktır. Örneğin kişilik hakları ihlal edilerek elde edilen delil, *bir üçüncü kişi* tarafından temin edilmiş olabileceği gibi, *kamu görevlilerince* ve fakat yetkilerini kötüye kullanmaksızın da (*elde edilen delilin nasıl toplanacağına dair açık sınırlamalar bulunmaması nedeniyle*) elde edilmiş olabilir. Bu noktada yapılabilecek bir üçüncü ayrım ise yine kamu görevlilerinin bu sefer iç hukuka aykırı biçimde elde etmiş olduğu delillerin akıbetidir. Örneğin *Khan v. UK* (23.05.2000, *App.No.* 35394/97, §35-40) kararında, kamu görevlileri, iç hukuk hükümlerine göre yetkilerini kötüye kullanmamış olmalarına karşın; aynı kamu görevlilerinin delilin elde edilişi sırasında giriştikleri eylem, İHAS'ın 8. maddesinin ihlali sonucu doğurmuştur. Bunun yanında *Komisyon* bir başka davada, iç hukuka aykırı biçimde bir delilin toplanıp toplanmadığını denetleme yetkisini kendinde görmezken; bu sefer *Mahkeme'nin* yine *Khan* davasında (*Schenk* davasından farklı olarak ki, bu davada söz konusu delili elde eden bir üçüncü kişidir) iç hukuka uygun (aksi yönde sınırlayıcı bir düzenleme olmadığı için) olarak (İHAS'ın 8. maddesinin ihlal edilmiş olması dışında) söz konusu delilin toplandığına göndermede bulunması, şüphayle karşılanmıştır (İnceoğlu, s. 291-291).

¹⁷⁸ Gören, s. 71.

yaç da duyulmayabilir.¹⁷⁹ Sözü edilen hükümde geçen “meşru” ibaresinin, vasıtalar yönünden “hukukilik” terminolojisine nazaran çok daha esnek ve geniş içerikli olduğunu kabul etmek gerekir. Hüküm, “meşru” şeklinde, hukuki olmayan; daha ziyade, sosyolojik ve politik bir ibare içermektedir. Örneğin, “yasallık/kanunilik” ifadeleri, kullanılabilirken; tercih edilmemişlerdir. Gerçi, gerek “meşruluğun” gerekse “yasallığın” örtüşmesi beklenir; ancak bunlar, zorunlu olarak birbirlerini gerektirmez.¹⁸⁰ “Meşru” kavramının cümle içinde, kullanıldığı yer de ilginçtir. Kavrama ilk kez 1924 Anayasası’nda yer verilmiş; hüküm “...herkes mahkeme huzurunda hukukunu müdafaa için lüzum gördüğü meşru vesaiti istimalde serbesttir.” şeklinde düzenlenmiştir. Görüleceği üzere burada, meşru olması beklenen yegâne husus, mahkeme huzurundaki yargılamada, istimal edilecek vesaittir. Sonraki anayasalarda ve özellikle 1982 Anayasası’nda, “meşru” ibaresi, hükmün başına alınmış, hem iddia ve savunma hakkının kullanımı esnasında, meşru yollardan faydalanılması hem de davacı ve davalı olmak hususunda, yargı mercilerine ulaşılabileceği esnada, meşru yolların tüketilmesi gerektiği, vurgulanmıştır. Bu ayırım, son derece bilinçli bir tercihin ürünüdür; yani, hem yargı mercilerine giden yol meşru olmalı hem de yapılacak yargılamada, meşru vasıta ve yollar tüketilmelidir.¹⁸¹

¹⁷⁹ Ayrıca bkz. Tanrıver, *Delil*, s. 30.

¹⁸⁰ Çınar S. U., *Temel Hakları Koruma Yöntemlerinden Biri Olarak Hak Arama Hürriyeti*, Konya 1998, (Yayımlanmamış doktora tezi), s. 79, 80.

¹⁸¹ Ayrıca bkz. Tanrıver, s. 31. 1961 Anayasası’na “meşru” ibaresinin “kanuni” kavramından daha genel ve kapsayıcı olduğu için alındığı bilinmektedir (AYM, 29.1.1980, 1979-38/11, AYMKD, S. 18, s. 101). Ne var ki, 1982 Anayasası yönünden, Anayasa’nın hazırlık çalışmaları sırasında, meşru ve kanuni kavramları arasında bir fark olmadığı belirtilmiştir (Çınar, s. 80, dn. 120, 121). Medeni yargıda, hukuka aykırı surette elde edilen delillerin akıbeti konusunda, Anayasa hükümlerinin yatay etkisi, hiç şüphesiz ki kullanılabilir ilk dayanaktır. Kaldı ki, yine Anayasa’nın 36 ncı maddesi, medeni yargı-ceza yargısı arasında bir fark yaratmaksızın kullanılacak vasıtalarla ilgili olarak “meşru” biçimde bir nitelendirme yapmıştır ki, bu da, medeni yargı yönünden dikkate alınması gereken bir diğer husus olmaktadır. Ancak acaba, aynı “meşru” ibaresi, hukukilik yahut kanunilik sıfatlarından farklı olarak özellikle de medeni yargıda, hukuka aykırı surette elde edilen delillerin kullanılışı bakımından daha esnek (!) bir yorum yapılmasına sebebiyet verebilir mi? Medeni yargıda, uyuşmazlıkların taraflarının çoğunlukla özel hukuk kişileri olması, hukuka aykırı surette delil elde edenlerin de yine bu kişiler olması sonucunu doğurmaktadır. Şu hâlde, özellikle *Mahkeme*’nin kişilik haklarına saldırı teşkil ettiği hâlde ve bu nedenle aslında hukuka aykırı olarak elde edilmiş delilin yargılama içerisinde, hükme esas olmak üzere yine de kullanılabilmesi yönünden geliştirmiş olduğu ölçütlerin (İnceoğlu, s. 290) acaba meşruiyet adına medeni yargıda da kul-

C. Gizli Yargılama

Yargılama sırasında deliller, aleni şekilde ileri sürülür; toplanan deliller, çekişmeli yargılamanın da bir gereği olarak mahkemede, huzurda dinlenir ve incelenir. Tarafların toplanan deliller hakkında açıklama ve gerekiyorsa karşı delil gösterme hakları vardır. Bu noktada *gizli yargılama* ile kastedilen, taraflardan birinin (*bazen de tarafla birlikte hâkimin*) hükme dayanak teşkil edebilecek vakıalar hakkında, çeşitli nedenlerle bilgi sahibi olmaması hâlidir. Özellikle medeni yargıda gündeme gelen nedenler, başta ticari yaşamda işletmelere ait kimi ekonomik sırların korunması yahut tanıklığına ihtiyaç duyulmakla birlikte tarafın tepkisinden ürken, çekinen kimsenin tanıklık yapmasını, mümkün kılmak olabilmektedir. Sorun, örneğin sır sahibinin sırrının korunması yönünde sahip olduğu meşru menfaat ile karşı tarafın sahip olduğu hukuki dinlenilme hakkının ve silahların eşitliği ilkesinin yargılama içerisinde nasıl bir arada; bir diğerinden fedakârlık edilmeksizin korunabileceğidir.¹⁸²

Sır sahibinin sırrının korunması için örneğin duruşmaların aleni yapılmaması gibi kimi tedbirlere başvurulabilirse de bunların koru-

lanılması mümkün müdür? Bu noktada, bir kanuna aykırılık olmakla birlikte başta menfaatler dengesi olmak üzere yargılama sırasında gözetilen sair hususlar (çekişmeli yargılama ilkesi gibi), acaba *hukuka aykırılığı örtbilecek bir meşruiyet nedeni* yaratabilir mi? Bu farklı bakış açısının “*meşru*” ibaresinin geniş ve muğlâk anlamından kaynakladığı sonucuna varılabilir. Zira kanımızca, “*kanuna (hukuka) aykırı ve fakat meşru*” biçiminde bir değerlendirme yapılabileceği gibi “*hukuka (kanuna) aykırı olmasa dahi zaten meşru değil*” şeklinde bir düşünce de geliştirilebilir. Bu noktada özellikle medeni yargıda (ceza yargısından farklı olarak), hukuka aykırılığın doğrudan delilin elde edilişi ile ilgili olmadığını da belirtmek isteriz. Esasen Anayasa’nın 38/VI. maddesinin, 2001 yılındaki değişikliklerle birlikte ilk elden “*hukuka aykırılık*” yerine “*kanuna aykırılık*” ibaresine (söz konusu kanun hükmü her nerede bulunursa bulunsun ve aynı esnada herhangi bir hak ihlaline neden olunup olunmadığı önemsenmeksizin) göndermede bulunması, bu noktada son derece manidardır. Şayet, öğretilerde de kabul edildiği gibi (Pekcanitez, *Delil*, s. 826), söz konusu hükümün medeni yargıda da geçerli olduğu sonuca varılacaksa (ki bu durum, meşruiyet üzerine yaptığımız tartışmayı da gereksiz bırakacaktır) örneğin kişilik haklarının ihlali sonucu doğuran eylemler yönünden (*senedin çalınması vb hâller de dâhil olmak üzere*) hiçbir ayırım gözetmeksizin (*ihlâlin kimin tarafından gerçekleştirildiği de önemli olmaksızın*) ve başkaca ölçütlere sığınmaksızın (*hukuka uygunluk nedeni olmadığı sürece*) söz konusu bulgunun, yargılama içerisinde, *-bırakın hükme esas alınıp alınmamasını-* “*delil*” olarak nitelendirilmesi dahi mümkün değildir.

¹⁸² Erdönmez G., “Alman Hukukunda Verilmiş Bazı Mahkeme Kararları Işığında Gizli Yargılama Kavramına Genel Bir Bakış”, *Halûk Konuralp Anısına Armağan*, C. 1, Ankara 2009, s. 224 vd. Ayrıca bkz. İnceoğlu, s. 299.

yucu etkisi, son derece kısıtlı olacaktır. Özellikle sırrın korunması yönünden bir tehdit olarak algılanan *karşı tarafın*, aleni yargılama yapılmaya da delillerin toplanması aşamasından hariç tutulması, son derece tartışmalıdır. *Acaba sır sahibinin etkin hukuki himaye hakkı, diğer tarafın hukuki dinlenilme hakkından daha mı üstün ve öncelikle korunması gereken bir yargısal temel haktır?* Zira sır sahibinin elinde bulunan delili inceleyemeyen taraf, bilgilenme ve açıklama hakkından mahrum bırakıldığı gibi karşı delil getirip tartışma ve çürütme imkânlarından da yoksundur.¹⁸³

Gizli yargılamayla tahkikatın sadece taraf yönünden değil; bazen hâkim için de gizli olması gibi sonuçlara neden olduğu bilinmektedir.¹⁸⁴ Tarafın hukuki dinlenilme hakkı yanında hâkimin de örneğin bilirkişi raporunu tetkik ederken rapora konu edilen vakıalar hakkında bilgi sahibi olması; raporu eleştirel şekilde değerlendirebilmesi gerekir. Bilirkişi raporunda varılan tespitlerin dayanaklarının gizlenmesi, söz konusu raporun delil olarak kabulüne engel olmalıdır. Bir olayda tanık olan sendika üyesi işçinin kimliği, hem karşı taraftan hem de mahkemedeki gizlenmiş; tanığın noter önünde vermiş olduğu ifadesi esas alınmış; noter önünde beyan edilenlerin delilli olan belgeler, sadece bilirkişiler tarafından tetkik edilmiştir.¹⁸⁵ Sendikalı işçinin, davacı olan ve üyesi bulunduğu sendikanın, (*tanık işçinin*) işverenine karşı açmış olduğu davada yaptığı tanıklılığı nedeniyle çeşitli baskılara maruz kalması, ihtimal dâhilindedir; sendikal özgünlüğün ve hakların korunmaya değer meşru menfaatleri yansıttığında da şüphe yoktur. Buna karşın, aynı usulün özellikle iş hukuku uygulamalarında, işverenin baskısı altında kolaylıkla kalabilecek kimselerin yapacakları gizli tanıklılıklara yine işçiler aleyhine kullanılması da mümkündür. Kaldı ki, anılan uygulama neticesinde doğrudanlık ilkesi zedelendiği gibi karşı taraf işveren, notere giden ve beyanda bulunan tarafın beyanlarını ve delili olarak ibraz ettiği belgeleri çürütme, bunlara karşı delil ikame etme imkânından da yoksun bırakılmıştır. Taraf, tanıklık eden kimsenin kendisinin işçisi olup olmadığını dahi bilmemekte; noterin ve bilirkişinin tespitlerine mahkûm edilmektedir. Şu hâlde, yargı

¹⁸³ Erdönmez, s. 226; OLG Nürnberg, BB 1984, 1252 vd.

¹⁸⁴ BGH, NJW, 1992, 1817.

¹⁸⁵ BAG, NJW, 1993, 612 vd.

yetkisinin artık münhasıran hâkim tarafından kullanılıp kullanılmadığı dahi şüphelidir.¹⁸⁶

Gizli yargılamalar, İHAS içtihatlarına da konu olmuştur. Sanığın savunma hakları, kendi aleyhine olan tanığa *ya* ifadesinin alındığı sırada *ya da* sonraki bir evrede, soru sorup verilen beyanları tartışarak çürütmek imkânının verilmesini de kapsar (İHAS m. 6/III, *d*).¹⁸⁷ Örgütlü suçlarla mücadelede, tanıkların yaşamlarının tehlikeye atılması, göz ardı edilmeyecek bir husustur (*karş.* CMK m. 58/III). Ne var ki, olası bir mahkûmiyet kararı da, münhasıran veya esaslı olarak bu tip gizli (*tarafça sorgulanmamış*) bilgilere/beyanlara dayandırılmama-¹⁸⁸ yahut dengeleyici güvenceler öngörülmelidir.¹⁸⁹

¹⁸⁶ Erdönmez, s. 236-237.

¹⁸⁷ Somut olayda, tanıkların beyanlarının, *sorgu hakimince* dahi alınmış olması yeterli görülmemiştir (*Kostovski v. Netherlands*, 20.11.1989, A 166, 12 EHRR 434, §41-42).

¹⁸⁸ *Kostovski v. Netherlands*, 20.11.1989, A 166, 12 EHRR 434, §44-45. *Artnér* davasında (*Artnér v. Austria*, 28.08.1992, A 242-A 24) tüm aramalara rağmen ortadan kaybolan tanığın sorgu yargıcı ve polis önünde verdiği ifadeler, duruşmada okunmuş olmakla birlikte sanık tarafından sorgulanamamıştır. *Mahkeme*, söz konusu beyanların, zaten hükmün dayandığı “tek delil” olmaması nedeniyle bu şekilde yürütülen bir yargılamayla ilgili olarak herhangi bir hak ihlali bulmamıştır. Bir başka olayda ise (*S.N. v. Sweden*, 02.07.2002, §48-51) tecavüz mağduru S. N.’nin ifadesi, hem videoya hem de ses bandına, polis tarafından ve sanık-başvurucunun (yahut avukatının) olmadığı bir ortamda kaydedilmiştir. Ancak ikinci sorgu öncesi, sanık avukatıyla polisler arasında yapılan görüşmede, sorgulamanın nasıl yapılması ve hangi konular üzerinde durulması gerektiği konuşulmuş ve sorgulama bu yönde gerçekleştirilmiştir. Esasen küçüğün ifadeleri dışında başkaca bir belirleyici delil olmamasına rağmen; *Mahkeme*, sadece ses ve görüntü kayıtlarının duruşmada dinlenip tartışılmasını, savunma hakları açısından yeterli görmüş; küçüğün cinsel suç mağduru olması gerçeği karşısında, özel yaşamının ve ruh sağlığının korunmasını, savunma hakları karşısında daha üstün bir değer olarak kabul etmiştir. Aynı esneklik, gizli ajanlar (*anonim tanık olarak polisler de dâhil olmak üzere*) için (*elde edilen delilin yargılamada oynadığı rol önemsenmeksizin*) geçerli görülmemiştir (*Lüdi v. Switzerland*, 15.06.1992, 15 EHRR 173, §47).

¹⁸⁹ Buna karşın, kimlikleri gizlenen kimselerin yine sorgu hakimi önünde ve fakat bu kez *savunma vekilinin de huzurunda* tanıklık etmeleri, yeterli görülmüş, savunma vekilinin varlığı, dengeleyici unsur olarak kabul edilmiştir (*Doorson v. Netherlands*, 26.03.1996, 22 EHRR 330, § 70-76). Ayrıca bkz. Mowbay, s. 122; Merrills/Robertson, s. 128; İnceoğlu, *İnsan Hakları*, s. 380.

IV. USULÎ EŞİTLİĞİ ETKİLEYEN DİĞER NEDENLER

A. Hâkimin Dava Dışında Edindiği Şahsi Bilgisini Kullanması

Taraflara bilgilendirme ve açıklama hakkı tanımadan; davayla ilgili olmakla birlikte hâkimin dava dışında edindiği şahsi bilgisini,¹⁹⁰ yargılama sırasında uyuşmazlığın çözümünde kullanması, öncelikle hukuki dinlenilme hakkının ihlalidir (*karş.* HUMK m. 573, b. 3). Hâkimin dava dışında edindiği şahsi bilgisini, taraflara bilgilendirme ve açıklama hakkı tanıyacak şekilde yargılama içinde önceden açıklamış olması varsayımda *dahi* varılan sonuçta olumlu yönde bir değişiklik meydana gelmez. Hukuki dinlenilme hakkıyla tarafa, yargılamanın sonucuna etki edebilme imkânı tanınırken; *silahların eşitliği ilkesi sayesinde, yargılamanın sonucunun daha baştan belli olmaması güvence altına alınır.* Oysa hâkimin dava dışında edindiği bilgiye dayalı kanaatinin çoğu kez kesin olması; artık değiştirilmesinin son derece zor olması, taraflar yönünden kabulü güç durumlara neden olur. Aksi hâlde, yani hâkimin söz konusu dava dışı bilgiyi, yargılama içinde önceden paylaşmaması durumunda ise taraflar yönünden; bu sefer tam bir bilinmezlik gündeme gelecektir ki bu hâlde, sürpriz karar verme yasağı da ihlâl edilmiş olacaktır.¹⁹¹

Hâkim, kendi algılamasını, tarafsız olarak değerlendiremez. Bu noktada, hâkimin dava dışında (yargılama dışında) elde ettiği bilgi ile örneğin yargılama sırasında yapılan keşfe dayalı gözlemi arasında son derece büyük bir fark olduğunu kabul etmek gerekir: Keşfe dayalı gözlem, algılama ve bunlar üzerine inşa edilecek kanaate, daha oluşum aşamasındayken taraflar, çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine uygun olarak etki edebileceklerdir (HUMK m. 280, 364). Yargılama içerisinde, zaten oluşmuş olan kanaatin tartışmaya açılması ise neden olunan ihlâlin izalesi için yetiştirmez. Önemli olan, oluşum safhasındaki algılama ve kanaate, tarafların karşılıklı olarak etki

¹⁹⁰ Şahsi bilgiyi, meşhur ve maruf olan hususlardan ayırmak gerekir (HUMK m. 238/II). Şayet bilgi, hâkimin ilişkin olduğu vakiya kişisel yakınlığı veya bireysel çabasına bağlı olarak yahut tesadüfen değil de kamuya açık bir kaynaktan elde edilmiş ve başkalarınca da paylaşılıyor ise artık malum ve meşhur bilgi hâlini alır (Atalı M., "Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Vakıalar Hakkında dava Dışında Edindiği (Şahsi) Bilgisini Kullanması", *Halûk Konuralp Anısına Armağan*, C. 1, Ankara 2009, s. 158).

¹⁹¹ Atalı, s. 147, 148. Ayrıca bkz. Yıldırım, s. 250.

edip seyrini değiştirebilmek imkânına sahip olmalarıdır.¹⁹² Aksi hâlde, hâkimin yargılamayı, kendi şahsi bilgisini teyit etmek üzere yönlendirmesi tehlikesi dahi vardır.¹⁹³ Hâkim, taraflara karşı eşit mesafede bulunmakla yükümlüdür; bu yükümlülük tüm yargılama boyunca devam eder. Edinilen şahsi bilgi, hâkimi ister istemez, taraflardan birine yakınlaştırır; diğerinin işini güçleştirir. Kanaatin oluşumu aşamasında, taraflar arasındaki denge/eşitlik, bozulmuş olur (*karş.* HUMK m. 29, b.3). Dava dışı sahip olduğu şahsi bilgi nedeniyle aslında tanık olması icap eden hâkimin, tanık olmaksızın bildiklerini hâkim sıfatıyla hükme konu etmesi, silahların eşitliği ilkesine göre bilgilenme ve açıklanıp çürütülme sürecine tabi olmadan bir vakianın/dava malzemesinin yargılamayı şekillendirmesi, sonucunu doğurur.¹⁹⁴

B. Davanın Tarafı Hâline Gelenlerin Yargılamadaki Rolü

Kimi ülke hukuklarında, tarafsız ve hatta bağımsız oldukları kendi mevzuatlarında ayrıca ve açıkça düzenlenmiş kurum görevlilerinin yargılama içerisinde, *-taraflardan birinin lehine ve doğal olarak diğerinin aleyhine olacak şekilde-* görüş bildirmeleri, tarafın, ileri sürülenleri yanıtlama ve çürütme imkânının olmaması hâlinde, İHAS temelinde, silahların eşitliği ilkesine aykırı bulunmuştur.¹⁹⁵ Özellikle yüksek mahkemelerde, *kanun sözcüsü (procureur general)* yahut benzeri adlarla görev yapanların (hatta *raportör-yargıçların*), görevlerini ifa ederken yargılamanın tarafları için başlı başına bir eşitsizlik kaynağı olup olmadığı, uyuşmazlık konusu olmuştur (*karş.* CMK m. 297).¹⁹⁶ *Görevi ifada sergilenen nesnellik; ilgili diğer kurum yahut kuruluşlara karşı bağımsızlık, ileri sürülen görüşten tarafın habersiz bırakılmasını, meşru kılmaya yetmez.* Zira ilgilinin görüşü, en nihayetinde bir tarafın lehinde veya aleyhinde olacaktır. İleri sürülen görüşten önce bilgilenmek; sonra da *-gerekiyorsa-* söz konusu görüşü yanıtlamak, tarafın hakkıdır. Üstelik aynı ilgi-

¹⁹² Atalı, s. 153.

¹⁹³ Atalı, s. 153; Ertanhan M., *Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık*, Ankara 2005, s. 63. Ayrıca bkz. Alangoya, *İlkeler*, s. 130.

¹⁹⁴ Atalı, s. 155, 156; Ertanhan, s. 61; Feyzioğlu M., *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık*, s. Ankara 1996, s. 61-63. Ayrıca bkz. Alangoya, *İlkeler*, s. 130; Tartışmalar için bkz. Yıldırım, s. 246 vd.

¹⁹⁵ İnceoğlu, s. 241 vd.

¹⁹⁶ İnceoğlu, s. 243.

linin müzakerelere de (tarafın yokluğunda) katılması, *-tarafı ilgili ara-sındaki-* var olan eşitsizliği daha da arttırıcı niteliktedir.¹⁹⁷

Aynı sorun, ülke hukukumuzu da yakından ilgilendirdiği şekliyle Fransız *Conseil d'Etat* için gündeme gelmiş; kanun sözcüsünün yargılamadaki rolü, gerek tarafın beyan edilen mütalaaya karşı açıklama yapamamış gerekse müzakerelere tarafın yokluğunda katılmış olması nedeniyle tartışma konusu olmuştur. Yargılamada, tarafların savlarının kabulü veya reddi konusunda alenen görüş açıklamış olan ilgilinin, artık *-aleyhine görüş bildirilen-* tarafın karşısında yer aldığı kabul edilir. Böyle bir kimsenin, üstelik müzakerelerde hâkimlerle birlikte yer alması, tarafı, eşit olmayan bir konumda bırakır.¹⁹⁸

Danıştay Kanunu'nun 61/I, III. maddesine göre *savcılar*, kendilerine havale edilen dosyalarla ilgili *düşüncelerini*, gerekçeli ve yazılı olarak; gerekli görüldüğü takdirde ve önceden haber verilmek kaydıyla sözlü olarak (*bir açıklık olmamakla birlikte duruşmalı işlerde olsa gerek*) verirler. İYUK'un 18/IV. maddesine göre duruşmalarda savcının bulunması şarttır. Savcının yazılı düşüncesini açıklamasından sonra taraflara, son olarak ne diyecekleri sorulur ve duruşmaya son verilir.¹⁹⁹ Her iki hükmün birlikte değerlendirilmesinden; idari yargıda, duruşmalı işler bakımından savcının yargılamaya müdahalesi üzerine taraflara görüş ve düşüncelerini açıklama imkânı, kanunen sunulmakla birlikte *aynı durumun, duruşmalı inceleme yapılmasına karar verilmemiş işler bakımından da geçerli olduğu söylenemez*. Savcının görüşü, duruşmasız işlerde, ceza yargısının aksine, tarafa tebliğ edilmemektedir. İncelemesi sırasında savcının Danıştay Başkanlığı aracılığıyla ilgili yerlerden her türlü bilgiyi isteyebileceği; işlem dosyalarını getirtebileceği dikkate alındığında, duruşmasız işler bakımından geçerli uygulamanın, özellikle de İHAS'a konu içtihatlar özelinde, silahların eşitliği ilkesiyle çatıştığı sonucuna varılabilir.²⁰⁰

¹⁹⁷ *Borgers v. Belgium*, 30.10.1991, A 214, 15 EHRR 92, §24-29.

¹⁹⁸ *Kress v. France*, 07.06.2001, Appl. No. 39594/98, §76.

¹⁹⁹ Türk idari yargı teşkilatında, *savcılık* kurumu ve tarihi gelişimi için bkz. Bereket Z/ Demirkol S., "İdari Yargıda Savcılık Kurumu, İdarenin Yargısal Denetiminde Etkinliğin Sağlanması Yolunda Somut Bir Öneri", *DD*, S. 90, Yıl: 26, s. 38 vd.

²⁰⁰ İnceoğlu, *İnsan Hakları*, s. 378; Dinç G., "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Savunma ve Hak arama Sürecinde Silahların Eşitliği", *TBB*, İHAUM İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adil Yargı, Sempozyum, Ankara 2004, s. 371. Benzer bir tartışma, öğretilerde Danıştay *tetkik hâkimleri* için de yapılmıştır. Özellikle

C. Yargılamaya Yasama Müdahalesi

Devletin tarafı olduğu yargılamalarda, kendi lehine kazanımlar elde etmek adına geçmişe etkili kanun hükümlerini yasalastırması, yargılamanın tarafları arasındaki eşitliğin açık ihlâlidir.²⁰¹ Bir olayda imtiyaz sözleşmesinin haksız feshi üzerine tahkimde görülen ve *kara-ra bağlanan* uyuşmazlık hakkında, hakemlerin yargı yetkisinin bulunmaması nedeniyle yargı yoluna başvurulmuş; derdest yargılama sırasında kabul edilen bir yasa ile demokrasiye geçilmeden önce yapılan imtiyaz sözleşmelerinin feshi üzerine tahkim anlaşmalarının da kendiliğinden geçersiz kalacağı kanun hükmüne bağlanmıştır. Böyle bir hükmün daha doğrusu müdahalenin ardından yargılama makamlarınca uyuşmazlığın çözümü yönünde sağlıklı bir sonuca ulaşılması artık olası görülmemiştir. Zira taraflar arasındaki uyuşmazlık, yasama organınca zaten çözümlenmiş durumdadır. Somut olayda taraflardan birinin devlet olduğu ve yasama organının da kendi safında yer aldığı dikkate alındığında; somut olayda taraflar için hakkaniyet ölçülerini çok aşan bir durumun, yaşandığı görülebilir.²⁰²

V. SONUÇ

Adalet, hukukun hedefi olup en önemli unsurlarından birini eşitlik oluşturmaktadır. Adil yargılanma hakkı, tek bir hak olmayıp bir yargısal temel haklar demetidir. Bu kapsamda, adil yargılanma hakkı, taraflar arasında tam bir eşitliğin sağlanmasını ve usulî hakkaniyetin tüm yargılama boyunca korunmasını gerekli kılar. Onun bu özelliğine silahların eşitliği ilkesi denilir. Kaldı ki, diyalektik süreçte de, karşıtların birbirlerini yok sayması; önemsemesi mümkün değildir.

le Danıştay Kanunu'nun 62/I. maddesinde sözü edilen; kendilerine yüklenen görevlerle ilgili olarak tetkik hâkimlerinin *kendi düşünce ve görüşlerini de yazılı yahut sözlü olarak açıklayabilmeleri*, uygulama içinde yine duruşmalı işlerde, tetkik hâkimlerinin taraflar huzurunda raporlarını okumaları, *duruşmasız yapılan incelemeler için de* bu raporlardan tarafların haberdar edilmesini zorunlu kılmaktadır (Dinç G., "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Silahların Eşitliği", 57 *TBB*, 2005, s. 301, 302). Ayrıca bkz. Gözübüyük/Gölcüklü, s. 293.

²⁰¹ *Stran Grek Refineries v. Greece*, 09.12.1994, A 301-B, 19 EHRR 293, §42-50.

²⁰² Derdest yargılamalara *yasama müdahalesi* yönünden ayrıca bkz. Merrills/Robertson, s. 100.

Silahların eşitliği ilkesinde gaye, tarafların, birbirlerine nazaran, oldukları gibi muhafaza edilmesi ve bu nedenle mevcut oransızlığın olduğu gibi sürdürülmesi değil; taraflar arasındaki eşitsizliklerin giderilmesi adına, gerçekçi ve esaslı bir eşitlik anlayışının sağlanmasıdır. *Usulî eşitlik ilkesi* ve onun somutlaşmış hâli olan hukuki dinlenilme hakkı ile etkili bir hukuki koruma sağlanırken; bu yolla aslında yanlış karar verilmesinin de önüne geçilmektedir. *Usulî hakkaniyet*, yargılamada, taraflar arasında gerçek eşitliğin sağlanmasını ve buna uygun davranılmasını gerekli kılar. Yargılamada *eşitlik*, gerek yargılamanın başında ve gerekse devamında, taraflara eşit şekilde hukuki dinlenilme hakkı sağlanarak gerçekleştirilir. Kısaca, bir tarafın dinlenmesi kimsenin dinlenmemesidir.

Çalışma içerisinde, silahların eşitliği ilkesini etkileyen; zedeleyen yahut kuvvetlendiren bazı durumlara değinilmiş; öğretilerde yapılan tartışmaların aktarılmasına gayret edilmiştir. Bilgilenme ve açıklama hakkı, silahların eşitliği ilkesi yönünden olmazsa olmaz kimi özellikler içerir. Ancak silahların eşitliği ilkesinden bahsedildiğinde ilgi ve dikkatin ister istemez, deliller ve ispat faaliyeti üzerinde yoğunlaşması, tabiidir. Zira ispat faaliyeti (*delil ikamesi*) olmazsa tarafların iddiaları hakkında bir karar vermek mümkün olmaz. İspat ve delil hakkı olmadan; açıklama hakkı da anlamını yitirir. Yargılama sırasında deliller, *-gizli yargılamayla ilgili tartışmalar bir yana-* aleni şekilde ileri sürülür; toplanan deliller, çekişmeli yargılamanın da bir gereği olarak mahkemede, huzurda dinlenir ve incelenir. Tarafların toplanan deliller hakkında açıklama ve gerekiyorsa karşı delil gösterme hakları vardır. Bu noktada, hukuka aykırı surette elde edilen deliller ve gizli yargılama konusunda yapılan tartışmalar dikkate alındığında, gerek İHAS gerekse ülke mahkemeleri özelinde daha kat' edilmesi gereken çok uzun bir yolun olduğu görülmektedir.

Delilleri değerlendirmek *-gerekçesi de gösterilmek ve keyfilik teşkil etmemek kaydıyla-* hâkimin takdirindedir. Bu hâlde dahi taraflara, açıklama hakkı kapsamında, delillerin değerlendirilmesiyle ilgili beyanda bulunarak yargılamaya etki edebilme imkânı tanınmalıdır. Hâkimin dava dışında edindiği şahsi bilgisini, yargılama içerisinde kullanmasıyla taraflar arasındaki eşitliğin de bozulduğu, rahatlıkla söylenebilir. Mevzuatta düzenlendiği şekilde, kimi kamu görevlilerinin yargılama da rol aldıkları; tarafların leh ve aleyhlerinde görüşler ileri sürdükle-

ri bilinmektedir. Bu hâlde de tarafın bilgilenme ve açıklama hakkı vardır; tamdır ve korunmalıdır.

KAYNAKLAR

- Acabey M. B., *Soybağı Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı*, İzmir 2002.
- Akad M./Dinçkol A., *1982 Anayasası, Madde Gereklere ve Maddelerle ilgili Anayasa Mahkemesi Kararları*, İstanbul 1998.
- Akcan R., *Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri*, Ankara 1999.
- Akcan R., "Medeni Usul Hukukunda Özel Hüküm Sebeplerinin Bir Örneği Olarak İnsan Vücudunun Muayenesi ve Kişilerden Zorla Kan Alınması", *Halûk Konuralp Anısına Armağan*, C. 1, Ankara 2009.
- Akıllıoğlu T., *İnsan Hakları I, Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, Ankara 1995.
- Akkan M., *Alman Medeni Usûl Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğuna İlişkin Düzenlemeler Genel Bakış, Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan*, Ankara 2009, (Akkan, *Avukatla Temsil Zorunluluğu*).
- Akkan M., *Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukukî Koruma*, 2007/1 *MİHDER* S. 6.
- Alangoya Y., *Anayasanın Medeni Usul Hukukuna Etkisi*, *MHB* 1981/2.
- Alangoya, Y., *Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler*, İstanbul 1979, (Alangoya, *İlkeler*).
- Alangoya Y./Yıldırım K./Yıldırım N. D., *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 7. Baskı, İstanbul 2009.
- Aldabak E., *İnsan Haklarının Düşünsel ve Tarihsel Kökleri, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan*, C. III, İstanbul 2003.
- Arslan R., *Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*, Ankara 1989.
- Atalay E., *Yargısal Temel Haklar, Prof. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan*, İzmir 1997.
- Atalay O., *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı*, İzmir 2001 (Atalay, *Menfi Vakıalar*).
- Atalı M., *Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Vakıalar Hakkında dava Dışında Edindiği (Şahsî) Bilgisini Kullanması, Halûk Konuralp Anısına Armağan*, C. 1, Ankara 2009.

- Baygın C., Kan Bağına Dayanan Soybağı, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002/1-4.
- Bereket Z./Demirkol S., İdari Yargıda Savcılık Kurumu, İdarenin Yargısal Denetiminde Etkinliğin Sağlanması Yolunda Somut Bir Öneri, *DD S.90*, Yıl: 26.
- Berkin N., *Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi*, İstanbul 2001.
- Briner R./von Scelsbrendorff F., Article 6 of the European Convention on Human Rights and its Bearing upon International Arbitration, Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel, *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century*, 2001.
- Budak A. C., *Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması*, İstanbul 2000.
- Candan T., *Açıklamalı İdari Yargılama usulü Kanunu*, 2.Baskı, Ankara 2006.
- Caniklioğlu M., Anlamı, Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar ve Anayasalarımız, *Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birselle Armağan*, İzmir 2001.
- Centel N./Zafer H., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Bası, İstanbul 2008.
- Çınar S. U., Temel Hakları Koruma Yöntemlerinden Biri Olarak Hak Arama Hürriyeti, Konya 1998, (Yayınlanmamış Doktora Tezi).
- Dinç G., Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Savunma ve Hak arama Sürecinde Silahların Eşitliği, *TBBĐ, İHAUM İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adil Yargı, Sempozyum*, Ankara 2004.
- Dinç G., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Silahların Eşitliği, 57. *TBBĐ*, 2005.
- Erdönmez G., Alman Hukukunda Verilmiş Bazı Mahkeme Kararları Işığında Gizli Yargılama Kavramına Genel Bir Bakış, *Halûk Konuralp Anısına Armağan*, C. 1, Ankara 2009.
- Ertanhan M., *Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık*, Ankara 2005.
- Fawcett J. E. S., *The Application of The European Convention on Human Rights*, Oxford 1987.
- Fezyioğlu M., *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık*, s. Ankara 1996.
- Gottwald P., *Die sachliche Kontrolle internationaler Schiedssprüche durch staatliche Gerichte*, *FS für Heinrich Nagel*, Münster 1987.
- Gören Z., *Temel Hak Genel Teorisi*, 3. Baskı, Ankara 1995.
- Gözübüyük Ş./Gölcüklü F., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması*, Ankara 2007.

- Günay C. İ., *İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara 2000.
- Hanağası E., *Davada Menfaat*, Ankara 2009.
- Haris D. J. O'Boyle M/Warbrick C., *Law of the European Convention on Human Rights*, London, Dublin, Edinburg 1995.
- Heller K., *Der verfassungsrechtliche Rahmen der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, Band 4, Wien 1996.
- İnceoğlu S., *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılama Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, İstanbul 2008.
- İnceoğlu S., *İnsan Hakları Bakımından Türk usul Hukukundaki Değişim ve Sorunlar, Uğur Alacakaptan'a Armağan*, C. 2 İstanbul 2008, (İnceoğlu, *İnsan Hakları*).
- Jacot-Guillarmond O., *Rights Related to Good Administration of Justice, The European System for the Protection of Human Rights*, eds. R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, 1993.
- Jaksic A., *Arbitration and Human Rights*, Band 59, Berlin, Bern 2002.
- Joseph S./Jenny S./Satsan M., *The International Covenant on Civil and Political Rights, Cases, materials and Commentary*, 2005.
- Kaboğlu İ., *Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme*, İstanbul 1994.
- Kılıçoğlu E., *Karar Çevirisi, Özel Dedektif Tarafından Gerçekleştirilen İzlemenin ve Görüntü Kaydının Hukuka Uygunluğu ve Sigorta Uyuşmazlıklarında Delil Olarak Kabul Edilebilirliği Sorunları Hakkında İsviçre Federal Mahkemesi'nin İki Kararı, Halûk Konuralp Anısına Armağan*, C. 1, Ankara 2009.
- Kiraz T. Ö., *Medeni Yargılama Hukukunda İkrar*, Ankara 2005.
- Konuralp H., *Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, Ankara 1999.
- Korshunova L., *Felsefe Nedir?, Çeviren: Vasif Erenus*, Ankara 2004.
- Kuru B., *Hukuk Muhakemeleri, Usulü Altıncı Baskı, C. I*, İstanbul 2001.
- Kuru B., *Hukuk Muhakemeleri, Usulü Altıncı Baskı, C. II*, İstanbul 2001.
- Kuru B., *Hukuk Muhakemeleri, Usulü, Altıncı Baskı, C. III*, İstanbul 2001, (Kuru, C. III).
- Matscher F., *Der Einfluss der EMRK auf den Zivilprozess, FS für Wolfram Henckel*, Berlin/NewYork 1995.
- Merrills J. G./Robertson A.H., *Human Rigts in Europe*, Manchester 1993.
- Mowbray A., *Human Rights Law in Perspective, The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the Court of Human Rights*, Oxford 2004.

- Özekes M., *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Ankara 2003.
- Özekes M., *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, Ankara 2009, (Özekes, *İcra*).
- Pekcanıtez H., Hukuki Dinlenilme Hakkı, *Seyfullah Edis'e Armağan*, İzmir 2000.
- Pekcanıtez H., Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, *Yargı Reformu 2000 Sempozyumu*, İzmir 2000, (Pekcanıtez, *Aleniyet*).
- Pekcanıtez H., *Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale*, Ankara 1992 (*Tek Atf*).
- Pekcanıtez H., Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi, *Halûk Konuralp Anısına Armağan*, C. 1, Ankara 2009, (Pekcanıtez, *Delill*).
- Pekcanıtez H., Medeni Yargıda Adil Yargılanma, *İzBD*, 1997/2, (Pekcanıtez, *Adil Yargılama*).
- Pekcanıtez H., Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti, *Anayasa Yargısı*, 12, 27-28 Nisan 1995, (*Tek Atf*).
- Pekcanıtez H./Atalay O/Özekes M., *Medenî Usûl Hukuku*, 8. Bası, Ankara 2009.
- Pekcanıtez H./Yeşilova B., Avrupa Medeni Usul Model Kanunu Tasarısı ve Değerlendirilmesi *Mahmut Teofik Birsnel'e Armağan*, İzmir 2001.
- Petrochilos G., *Procedural Law in International Arbitration*, 2004.
- Postacıoğlu İ. E., Davanın ve Kazıyei Muhkemenin Unsuru Olarak Hukuki Sebep, *Recai Seçkin'e Armağan*, Ankara 1974.
- Soysal M., *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Ankara 1990.
- Sungurtekin Özkan M., *Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri*, 2. Baskı, İzmir 1999.
- Şimşek O., Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması, (Yayınlanmamış Doktora Tezi, DEÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü), İzmir 1999.
- Tanör B/Yüzbaşıoğlu N., *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul 2004.
- Tanrıver S., *Bilirkişinin Hukuki Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu*, Ankara 2002 (*Tek Atf*).
- Tanrıver S., Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması gereken Önlemler Üzerine, 2000/1-4, *AÜHFD*, (*Tek Atf*).

- Tanrıver S., Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun Değerlendirilmesi, *Makalelerim*, 2006, Ankara 2007, (Tanrıver, *Delil*)
- Taşpınar S., Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu, *Av. Dr. Faruk Erem Armağanı*, TBB Yayın No. 8, Ankara, 1999.
- Tercan E., *Medeni Usul Hukukunda (Kesin Sürelerin Kaçırılması Halinde) Eski Hale Getirme, -Hali sabıka İrca-, Ankara 2006 (Tek Atf)*.
- Tercan E., *Medenî Usul Hukukunda Tarafların İsticobası, (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması)*, Ankara 2001.
- Tezcan D., Tercümandan Yararlanma Hakkı, *Mihçioğlu'na Armağan*, Ankara 1997.
- Tezcan D./Erdem R. M/Sancakdar O., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara 2004.
- Türkçe Sözlük*, Türk Dil Kurumu, 10 Baskı, Ankara 2005.
- Umar B., Medeni Usul Hukukunda Davanın Dinlenme Koşulu Olarak Ehliyet, *İÜHFM C. XXIX*, S.3.
- Üstündağ S., *Medeni Yargılama Hukuku*, C. I-II, İstanbul 2000.
- Van Dijk P., Access to Court, *The European System for the Protection of Human Rights*, eds. R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, 1993.
- Weissbrodt D., *The Right to a Fair Trial, Article 8, 10 and 11 of the Universal Declaration of Human Rights*, London, 2001.
- Van Dijk P./Van Hoof G. J H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, The Hague 1998.
- Yıldırım K., *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul 1990.
- Yıldırım K., *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasakları ve Özellikle Taraflarca Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller*, Erdoğan Teziçe Armağanı, İstanbul 2005, (Yıldırım, *Delil*).
- Yılmaz E., *Medeni Yargılama Hukukunda Islah*, Ankara 1982.