

**AİHM KARARLARI IŞIĞINDA
TUTUKLU SANIK BAKIMINDAN
HAZIRLIK SORUŞTURMASI DOSYASINI
İNCELEME HAKKI**

*Yrd.Doç.Dr. Mustafa Ruhan ERDEM**

§ 1. GİRİŞ

Tutuklulukta dosyayı inceleme hakkının kapsamı konusunda savunma hakkının ihlâl ettiğini tespit eden 2001 tarihli üç kararı¹, gerek öğretide ve gerekse uygulamada büyük yankı uyandırmıştır.

Özellikle sanığın tutuklu olduğu durumlarda mevcut düzenleme ve uygulamanın, Türkiye aleyhine olası bir başvuru durumunda AİHS m. 5/4'ün ihlalinin gündeme getirip getirmeyeceği bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. AİHM'in anılan kararlarının Almanya aleyhine verilmiş olması, CMUK'un kaynağı durumunda olan Alman CMUK'daki konuya ilişkin düzenlemelerin, yakın zaman içinde yapılan değişikliklerin de göz önünde bulundurulması suretiyle ayrıntılı biçimde ele alınması zorunluluğunu ortaya koymaktadır.

**§ 2. HUKUKSAL DİNLENME / ADİL YARGILANMA HAKKI
VE HAZIRLIK SORUŞTURMASININ GİZLİLİĞİNİN
KORUNMASI**

Sanık, kendisine yönelik suçlamayı ve bu suçlamanın dayanağını bilirse, ancak bu takdirde etkili biçimde savunma yapabilir; bu ise sanığın ve müdafininin dosya içeriğinden ve delillerden bilgi sahibi olmasını gerektirir².

* D.E.Ü. Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-mail:merdem@mail.com

¹ StV 2001, s. 201 vd.

² **Laufhütte**, Heinrich, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, München 1999, § 147 no. 1; **Lüderssen**, Klaus, in: Löwe-

Hazırlık soruşturmasının sanık açısından ortaya çıkardığı yük ve yargılamanın bu aşamasının, daha sonraki aşamalar için büyük önem taşıması, sanığın kendisini etkin biçimde savunması ve hukuksal dinlenme hakkının gerçekleşmesi bakımından dosya inceleme hakkının olabildiğince erken sağlanmasını vazgeçilmez kılmaktadır³. Bu hak, hukuksal dinlenme ve silah eşitliği ilkesinin ayrılmaz bir parçası olarak Anayasa m.34 ve AİHS m. 6/3 a) ve c)'de garanti altına alınmıştır⁴. Buna karşılık öğretide, AİHS m. 6/3 a) ve c)'nin muhakemenin ilk başladığı andan itibaren kapsamlı bir dosya inceleme hakkını garanti etmediği; eğer savunmaya, muhakemenin daha sonraki aşamalarında bu olanak verilmiş ise, anılan hükümlerin gereğinin karşılanmış olacağı belirtilmektedir⁵.

AİHM'nin yeni kararları da, bir taraftan sanığın, tutukluluğu konusunda kendisi için önemli görünen soruşturma ile ilgili olabildiğince kapsamlı bilgi edinmeye yönelik haklı çıkarları; diğer taraftan ceza koğuşurma organlarının soruşturma tedbirlerinden sanığın önceden bilgi sahibi olmasına dayanarak olayın aydınlatılmasının engellenmesine yönelik girişimlerini önlemeye yönelik gereksinimleri arasındaki çatışma üzerinde yoğunlaşmış bulunmaktadır.

Dosyayı inceleme hakkı, sanığın tutuklu olup olmamasından bağımsız olarak geçerlidir. Nitekim CMUK m. 143, müdafinin dosyayı inceleme hakkı bakımından sanığın tutuklu veya tutuksuz olmasına göre bir ayırım yapmaktadır⁶. Bununla birlikte sanığın tutuklu olduğu durumlarda savunma için dosya içeriğinden olabildiğince erken ve kapsamlı bilgi sahibi olması daha önemli olup, bu hak, soruşturmanın tehlikeye düşmesini önleme amacına göre

Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 2, Berlin-New York 1989, § 147 no. 1; **Pfeiffer**, Gerd, Das Akteneinsichtsrecht des Strafverteidigers, Festschrift für Walter Odersky zum 75. Geburtstag (hrsg. Böttcher/ Hueck/Jähnke), Berlin 1996, s. 453; **Toroslu**, Nevzat, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2003, s. 137; **Donay**, Süheyl, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul 1982, s. 144.

³ **Schlothauer**, Reinhold, Zum Rechtsschutz des Beschuldigten nach dem StVAG bei Verweigerung der Akteneinsicht durch die Staatsanwaltschaft, StV 2001, s. 192.

⁴ **Kühne**, Hans-Heiner, Strafprozessrecht, Heidelberg 2003, no. 216.

⁵ **Gollwitzer**, Walter, in: Löwe/Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 6/2, Berlin-New York, Art. 6 MRK no. 182; **Frowein**, John Abr./**Peukert**, Wolfgang, Europäische Menschenrechtskonvention, Kehl am Rhein/Straßburg/Arlington 1996, Art. 6 no. 128.

⁶ **Pfeiffer**, in: FS Odersky, s. 455 vd.

önceliğe sahiptir⁷. Gerçekten hazırlık soruşturması çerçevesinde başvuru ve içlerinde kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması sonucuna yol açması nedeniyle en önemlisi tutuklama olan tedbirler, sanığın, gerek AİHS ve gerekse Anayasa ile garanti altına alınan haklarına ciddi müdahale oluşturmaktadır. İşte bu yüzden AİHS m. 5/4'de tutuklu sanığa, tutukluluk durumunun hukuka uygunluğunun yargısal yoldan denetlenmesini isteyebilme hakkı tanınmıştır⁸. Söz konusu hükme göre, “*yakalanması ve tutuklanması nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılan herkes, özgürlüğün sınırlanmasının kanuna uygunluğu hakkında kısa bir sürede karar verme ve durum kanuna aykırı görüldüğünde salıverilmesine karar verilmesi için bir yargı organına başvurma hakkına sahiptir*”. İşte tutukluluk durumunun hukuka uygunluğunun denetlenmesi için en önemli ve bir hukuk devletinde vazgeçilmez olan haklardan birisi de tutuklu sanık ve/veya müdafî tarafından hazırlık soruşturması dosyasının incelenebilmesidir. Nitekim AİHM de anılan son üç kararında, tutuklu olan sanığın dosyayı inceleme hakkını, doğrudan AİHS m. 6/3 a) ve c)ye değil, m. 5/4'e dayandırmış⁹; etkili bir ceza koşturması ve sanığın savunma hakkı arasındaki çıkar çatışmasını, sanık lehine çözüme kavuşturmuştur.

⁷ **Lange**, Jürgen, Vollständige oder teilweise Akteneinsicht für inhaftierte Beschuldigte in den Fällen des § 147 II StPO? Falsche und richtige Folgerungen aus den Urteilen des EGMR vom 13. 2. 2001 gegen Deutschland - Zugleich Anmerkung zu einschlägigen neuen Beschlüssen der OLGe Köln (NStZ 2002, 659) und Hamm, NStZ 2003, s. 348; **Marberth-Kubicki**, Annette, Die Akteneinsicht in der Praxis, StraFo 2003, s. 366.

⁸ **Kieschke**, Olaf/**Osterwald**, Birgit, Art. 5 IV contra § 147 II StPO, NJW 2002, s. 2003.

⁹ Ancak bu, tutuklama dışında sanığın veya müdafinin dosyayı inceleme hakkına sahip olmadığı anlamına gelmemektedir. Tutuklama dışında da adil yargılanma ilkesi, sanığın muhakeme dosyasını inceleyebilmesini gerektirmektedir (**Esser**, Robert, Auf dem Weg zu einem Europäischen Strafverfahrensrecht, Berlin 2002, s. 424). Bununla birlikte AİHS m. 6/1'in hazırlık soruşturmasında uygulama alanının oldukça sınırlı olması bir yana, yargılamanın adil olup olmadığı konusunda Divan'ın yargılamayı *bir bütün olarak* göz önünde bulundurması, bu ilkeye yönelik aykırılığın yargılamanın daha sonraki aşamalarında giderilmesi durumunda AİHS m. 6/1'in ihlalini kabul etmemesi (**Schroeder**, Friedrich-Christisan, Die Gasamtprüfung der Verfahrenfairness durch den EGMR, GA 2003, s. 293 vd.), tutuklu sanık açısından dosya incelemenin, AİHS m. 6/1 değil, 5/4 çerçevesinde ele alınmasını gerektirmektedir.

§ 3. AİHM'İN TUTUKLU SANIK BAKIMINDAN DOSYANIN İNCELENMESİ HAKKINA İLİŞKİN UYGULAMASI

I. AİHM'İN BELÇİKA'YA KARŞI 30.3.1989 TARİHLİ LAMY KARARI

1. Kararın İçeriği

AİHM, 1989 tarihli Lamy kararında AİHS m. 5 ve 6'ye dayanarak tutuklu olan başvurucunun, hazırlık soruşturması sırasında dosyayı inceleme hakkına getirilen sınırlamanın savunma hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir¹⁰. Menajeri, başvuru olan "SPRL Lamy" şirketi 29.11.1982 tarihinde borca batık olduğunu açıklar. 18.2.1983 tarihinde Verviers İlk Derece Mahkemesi yargıcı başvurucuyu sorgular ve tutuklanmasına karar verir. Karar, suçun ağırlığı, kamu düzeni ve güvenliğinin ihlal edilmesi, iflas içinde bulunan şirketin borçlarının yüksekliği, soruşturma zorunluluğu ve yabancı bir ülkeye kaçma tehlikesi gerekçesine dayanmaktadır. 22.2.1983 tarihinde başvuru, müdafii ile birlikte Verviers İlk Derece Mahkemesi önünde hazır bulunur. Müdafii, savunmasında özellikle sanığın tutuklanması için 10.4.1874 tarihli kanun anlamında ciddi ve olağandışı bir durumun varlığını tartışma konusu yapar. 10.3.1983 tarihinde Liège İstinaf Mahkemesi'nin ilgili dairesi tutuklanmanın devamına karar verir ve başvurucunun salıverildiği 18.8.1983 tarihine kadar aydan aya sanığın tutukluluğunu uzatır. 12.11.1987 tarihinde 3 yıl özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkum edilen başvuru, 20.6.1983 tarihinde Komisyon'a yaptığı başvuruda diğerleri yanında, kendisine ve müdafisine, tutuklanmasından sonraki ilk 30 gün için hazırlık soruşturması dosyasını inceleme olanağı verilmediği gerekçesiyle AİHS m. 5/4'ün ihlalini ileri sürmüştür. Müdafii, ilk 30 gün içinde dosyayı, özellikle tutuklamaya dayanak oluşturan sulh ceza yargıcı ve polis raporlarını inceleme ve bu dokümanlara dayanan yorum ve tespitlere karşı koyabilme olanağına sahip olamamıştı. Mahkemeye göre, müdafinin, müvekkilin tutukluluğunun hukuka uygunluğuna karşı vaziyet alabilmek için önem taşıyan hazırlık soruşturması dosyasındaki dokümanlara ulaşma hakkının engellenmesi durumunda, artık yargılamada silah eşitliğinin gerçekleştirildiğinden söz edilemez. Tutukluluk durumunun incelenmesi için sulh ceza yargıcının ve polisin raporlarına dayanılmış olup, bunlar -diğer tüm dosya gibi- savunmaya açık değildi. Bu dokümanların

¹⁰ StV 1993, s. 283 = ÖJZ 1989, s. 763.

incelenmesi, AIHM'ye göre savunma için "önemli" idi. Başvurucu, karar için önem taşıyan belgelere dayanan değerlendirmelere karşı koyamamıştı. Bu yüzden silah eşitliği açısından AIHS m. 5/4 ihlal edilmiştir.

2. Değerlendirme

Öğretide, söz konusu karar, özellikle müdafinin dosya inceleme hakkının *kapsamı* bakımından farklı biçimde değerlendirilmiştir. Örneğin *Zieger'e* göre¹¹, karardan, AIHM'in tutukluluk durumunun yüz yüze incelenmesi için, savunmanın, mahkemeye sunulan *tüm dosya hakkında* bilgi edinme hakkını kabul ettiği sonucu çıkmaktadır. Savcının, sanığın tutukluluğuna veya tutukluluk durumunun devamına karar vermesini talep ettiği andan itibaren, müdafie, sulh ceza yargıcına sunulmuş olan tüm dosyayı inceleme olanağı sağlanmalıdır. Her ne kadar karara konu olan olayda, ilk 30 gün için dosyanın incelenmesi olanağının ortadan kaldırılması söz konusu olduğu ve bu nedenle de ancak "*soruşturma amacının tehlikeye düşecek olması*" durumunda bu tür bir yasak öngören Alman CMUK § 147 açısından kararda ileri sürülen görüşün geçerli olmadığı ileri sürülebilir ise de, kararda özellikle özgürlükten yoksun bırakmaya karşı etkili bir yargısal korunma zorunluluğunun, yargılamanın yüzyüzelikliğini de gerektirdiğinin açıkça vurgulanmış olması, bu görüşün yerinde olmadığını göstermektedir.

Buna karşılık öğretide çoğunlukta olan yazarlar, Divan'ın, bu kararda, tutuklu sanık açısından *kısmi bir dosya inceleme hakkı* tanıdığını, bu hakkın kesinlikle dosyanın tümüne ilişkin olması gerekmediğini kabul ettiğini belirtmişlerdir¹². Nitekim bunlardan *Meyer-Goßner*, eğer sanık tutuklu ise, dosyayı inceleme hakkının, artık daha özel sıkı koşullar altında sınırlandırılabilmesine

¹¹ **Zieger**, Matthias, Akteneinsichtsrecht des Verteidigers bei Untersuchungshaft. Zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fall Lamy, StV 1993, s.322; benzer **Marberth-Kubicki**, StraFo 2003, s. 367.

¹² **Lammer**, Dirk, Anmerkung, StV 1994, s. 3; **Taschke**, Anmerkung, StV 1993, s. 297; **Walischewski**, Leonhard, Das Recht auf Akteneinsicht bei strafprozessualen Zwangsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren, StV 2001, s. 248; **Lange**, NSTZ 2003, s. 349. **Esser** tutuklu işlerde dosyayı inceleme hakkının sınırlanmasının *istisna* olacağını, eğer dosyadan, ancak sürpriz etkisiyle sonuç alınabilecek bir soruşturma tedbirinin planlandığı ortaya çıkıyorsa, dosyayı inceleme hakkının sınırlandırılabilmesini kabul etmektedir (**Esser**, Europäisierung, s. 353).

işaret etmekte, ancak öğretide egemen görüşün sınırsız bir dosya inceleme hakkını reddettiğini de vurgulamaktadır¹³.

3. Kararın Alman Uygulamasına Yansıması

1989 yılında verilmiş olmasına rağmen, uzun süre Lamy kararı Alman öğreti ve uygulamasının dikkatini çekmemiştir. Her ne kadar tutuklu sanığın dosyayı inceleme hakkına ilişkin doğrudan Lamy kararına gönderme yapan bazı yargı kararları bulunmakta ise de; uygulamada “*soruşturma amacının tehlikeye düşmesi*” nedeniyle bu hakkın yasaklanmasının AİHS’e aykırı sayılmayacağı; Lamy kararına konu olan olaydan farklı olarak Alman Hukuku’nun bu hakkı genel olarak değil, yalnızca belirtilen durumda sınırlamış olduğu görüşü egemen olmuş¹⁴; bunun sonucu olarak koğuşturma organları, sanık tutuklu olsun ya da olmasın, “*soruşturma amacının tehlikeye düşecek olmasına*” dayanarak (Alman CMUK § 147/2) dosya inceleme hakkına ancak çok sıkı koşullarda olanak tanımışlardır¹⁵.

Frankfurt Eyalet Mahkemesi, 1992 tarihli bir kararında savcının bu konudaki takdir yetkisinin, tutuklama konusunda yargıç tarafından verilen kararlar dolaylı bir denetime tabi tutulduğunu, eğer hukuksal dinlenme ve Lamy kararında değinilen silah eşitliği ilkesi ihlal edilmiş ise, mahkemenin sanığın tutukluluk durumuna son vermek suretiyle bunu göz önünde bulundurmuş olacağı sonucuna ulaşmıştır¹⁶.

Alman Anayasa Mahkemesi, 27.5.1993 tarihli kararında dosyayı inceleme hakkını, AİHM Lamy kararında kısmen de olsa dosyayı inceleme hakkının AİHS m. 5/4’ün ihlalini oluşturacağını belirtmiş olmasına rağmen,

¹³ Meyer-Göbner, Lutz, Strafprozessordnung, München 2003, § 147 no. 25a. Ancak yazarlar, AİHM’nin Almanya’ya karşı vermiş olduğu üç kararla, daha önceki uygulamasını daha da sertleştirdiğine işaret etmektedirler.

¹⁴ Bu yöndeki uygulama ve uygulamaya yönelik görüşün eleştirisi için bkz. Zieger, StV 1993, s. 323.

¹⁵ Lange, NStZ 2003, s. 349 vd.; Kieschke/Osterwald, NJW 2002, s. 2003; Kühne, no. 221; Dedy, StraFo 2001, s. 149; Marberth-Kubicki, StraFo 2003, s. 366; Ambos, Kai, Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Verfahrensrechte, ZStW 2003, s. 628. Az çok önem taşıyan, özellikle savcılık tarafından “organize” olarak nitelendirilen suçlar ile adam öldürme suçlarında kural olarak son soruşturma aşamasına kadar Almanya’da bu olanak müdafiyeye sağlanmamaktadır (Zieger, StV 1993, s. 321).

¹⁶ StV 1993, s.292 *Taschke’nin Açıklaması İle Birlikte*; Sanığa sözlü bilgi verilmesinin yeterli olduğu konusunda ayrıca bkz. BVerfG v. 27. 5. 1993 NJW 1994, s. 579 = StV 1994, s. 1. *Lammer’in Açıklaması İle Birlikte*.

birçok durumda tutuklama için önem taşıyan olgu ve deliller hakkında sözlü bilgi verilmesi suretiyle savunmanın çıkarlarının yeterince göz önünde bulundurulmuş olacağını ortaya koymak suretiyle sınırlandırmıştır¹⁷. Yine Mahkeme, 1994 tarihli bir başka kararında da¹⁸, tutuklama kararında sanığın suçlama, delil ve tutuklama nedenleri konusunda bilgilendirilmesi gerektiğini öncelikle genel olarak tespit etmiştir. Özellikle tutuklamaya ilişkin sözlü duruşmada, soruşturma amacını tehlikeye düşürmediği sürece, soruşturmada elde edilen sonuçların sanığa açıklanması gerekir. Mahkeme, karmaşık olaylarda yalnızca sözlü açıklamada bulunmanın her zaman yeterli olmadığına da işaret etmektedir. Sanığın, tutuklu işlerde dosyadan bilgi edinmeye ilişkin özel bir yararı vardır. Adil yargılama ve hukuksal dinlenme hakkı, müdafinin, karara etkili biçimde katılmak için bilgiye gereksinim duyduğu ve mahkemenin kararına dayanak aldığı olgu ve deliller hakkında sözlü açıklamada bulunmasının yeterli olmadığı durumlarda, dosyayı inceleme hakkına sahip olmasını gerektirmektedir. Ancak kural olarak tutuklama kararı için önem taşıyan olgu ve deliller bakımından kısmi bir dosya inceleme hakkı yeterlidir. Eğer savcı tarafından bu engellenirse, bu takdirde mahkeme, tutuklama kararını sanık tarafından bilinmeyen olgu ve delillere dayandıramaz ve gerektiğinde tutuklama kararını ortadan kaldırmak zorundadır.

Görüldüğü gibi, tutuklu sanığın dosyayı inceleme hakkını hukuksal dinlenme ve adil yargılama hakkına dayandıran Alman Anayasa Mahkemesi, bu hakkı, olgu ve delillerin sözlü olarak bildirilmesinin *mümkün olmaması* koşuluna bağlı tutmuş; böyle bir durumda dahi, kural olarak dosyanın *bir kısmının* incelenmesi olanağının müdafiyeye sağlanmış olmasını yeterli görmüştür. Alman Anayasa Mahkemesi, AİHM tarafından *Lamy* başvurusuna ilişkin olarak verilmiş olan kararda dile getirilen tutukluluk durumunun incelenmesine yönelik duruşmada sanık ve iddia makamı arasında “*silah eşitliği ilkesi*” ve “*yargılamanın yüzyüzeligi*”nin gerçekleştirilmesi zorunluluğuna değinmemiş¹⁹; Alman CMUK § 147/2’nin uygulanmasında AİHM’nin AİHS m. 5/4’e ilişkin görüşünü göz önünde bulundurmamıştır. Bununla birlikte Mahkeme, savcının, Alman CMUK § 147/2’ye dayanarak dosyayı

¹⁷ **Kempf**, Eberhard, Anmerkung zu EGMR, U. v. 13.02.2001 - 24479/94, 25116/94 und 23541/94 - (Akteneinsicht bei Untersuchungshaft), StV 2001, s. 206.

¹⁸ *BVerfG* NJW 1994, s. 3219 = StV 1994, s. 465= NSTZ 1994, s. 551. Geniş bilgi için bkz. **Amelung**, Knut/ **Wirth**, Stefan, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts seit 1990 zum Schutz der materiellen Grundrechte im Strafverfahren, StV 2002, s. 164.

¹⁹ **Marberth-Kubicki**, StraFo 2003, s. 367.

inceleme hakkının *tamamen* sınırlandırılmasını da kabul etmemiş; sonuçta hazırlık soruşturması dosyasının, mahkemeye sunulmuş olmakla birlikte, sanığın müdafisine sunulmuş olmayan bölümleri bakımından bir *değerlendirme yasağından* söz etmiştir.

Öğretideki eleştirilere rağmen²⁰, Anayasa Mahkemesi'nin, tutukluluk durumunda da hazırlık soruşturması dosyasının tamamının incelenmesini kabul etmeyen bu görüşü uygulamaya da egemen olmuş²¹; örneğin Köln Eyalet Yüksek Mahkemesi, 29.5.2001 tarihli bir kararında, müdafiyeye, yalnızca tek iddia tanığının ifadesini içeren tutanağı inceleme olanağı sağlanmasının, hukuksal dinlenme hakkı için yeterli olduğu sonucuna ulaşmıştır²².

Alman mahkemeleri ve bu arada Alman Anayasa Mahkemesi kararlarında ortaya konan görüşün, AİHM kararları ile uyumlu gözükmediği açıktır. Gerçekten tutuklu işlerde savunmanın dosyayı inceleme hakkının kapsamına ilişkin olarak AİHM ve Alman Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında ortaya konulan görüşler arasındaki farklılık hemen dikkati çekmektedir. Özellikle farklılık, sulh ceza yargıcının suçlama hakkında sözlü açıklamada bulunmasının, dosyayı inceleme hakkı yerine geçip geçemeyeceği konusunda kendisini göstermektedir. Alman Anayasa Mahkemesi, bunu kural olarak *gerekli ve yeterli* gördüğü halde, AİHM'in, esas itibarıyla savunmanın *her durumda* dosyayı inceleme hakkına sahip bulunması gerektiği eğiliminde olduğu söylenebilir²³.

²⁰ **Rudolphi**, H.-J., Anmerkung zu OLG Düsseldorf, B. v. 23.06.1988 - 1 Ws 547/88 - (Auseinandersetzung mit der Qualität der Beweismittel im Rahmen von U-Haftentscheidungen), OLG Düsseldorf, B. v. 23.06.1988 - 1 Ws 547/88 - (Auseinandersetzung mit der Qualität der Beweismittel im Rahmen von U-Haftentscheidungen), StV 1988, s. 535; **Zieger**, StV 1993, s. 322; **Schmitz**, Roland, Das Recht auf Akteneinsicht bei Anordnung von Untersuchungshaft, wistra 1993, s. 320; **Kieschke/Osterwald**, NJW 2002, s. 2003; yine bkz. **Deckers**, Rüdiger, Verteidigung in Haftsachen, NJW 1994, s. 2262; **Bohnert**, Joachim, Untersuchungshaft, Akteneinsicht und Verfassungsrecht, GA 1995, s. 478; karşılaştırınız **Meyer-Goßner** § 147 no. 25; **Laufhütte**, in: KK § 147 no. 9.

²¹ **BGH**, NJW 2000, s. 84; **BGH** NStZ 1996, s. 146; **OLG Saarbrücken**, NJW 1995, s. 1440; **OLG Hamm**, NStZ-RR 2001, s. 254; fakat karşılaştırınız **KG**, StV 1994, s. 318 ve **OLG Köln**, StV 1998, s. 269.

²² NStZ 2002, s. 659.

²³ **Lange**, NStZ 2003, s. 351.

II. AlHM'İN ALMANYA'YA KARŞI 13.2.2001 TARİHLİ GARCIA LUIZ, LIETZOW VE SCHÖPS KARARLARI

1. Kararların İçeriği

A. Garcia Alva Kararı²⁴

Olayda, Berlin ceza koğuşturma organları, başvurucuya ve diğer kişilere yönelik olarak uyuşturucu madde ticaretine katılma şüphesi nedeniyle bir soruşturma başlatırlar. Mart 1993'de başka bir hazırlık soruşturması çerçevesinde tanık olarak dinlenen ve daha önce uyuşturucu madde ticareti nedeniyle 12 yıl özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkum edilmiş bulunan K, 1991 yılından beri kendisi tarafından yürütülen uyuşturucu madde ticaretine katılan, aralarında başvurucunun da bulunduğu çok sayıda kişinin adını ve Mart 1993'deki sorgusunda da başka bilgiler vermiştir. K, ifadesinde diğerleri yanında ayrıca başvurucunun değişik tarihlerde evinde toplamı 17,5 kg tutan kokaini A.C. için sakladığını söylemiş, ayrıca başvurucunun kendisine de iki kez kokain sattığını iddia etmiştir.

6.4.1993'de Uyuşturucu Madde Kanunu'na muhalefet şüphesiyle başvurucuya karşı bir hazırlık soruşturması başlatılır ve aynı gün akşam başvurucu göz altına alınır. Bir gün sonra başvurucunun Berlin polisi tarafından ifadesi alınır; ifadede, kendisine, tanık K'nın ifadesine dayanarak, 1991 yılında 22 kg kokaini A.C. için sakladığı, son işlenen uyuşturucu madde suçlarına yardım ettiği ve 40 gr kokaini K'ya sattığı konusunda kuvvetli şüphe bulunduğu bildirilir. Bunun üzerine başvurucu, A.C. ile karşılaştığını ve bunun uyuşturucu ticaretinde parmağı olduğunu bildiğini söyler ve uyuşturucu ticaretine başkalarının karıştığına ilişkin de açıklamada bulunur. Ancak tanık K tarafından kendisine yönelik suçlamaları kabul etmez. Başvurucu, ifadesi alındıktan sonra aynı gün aleyhine tutuklama müzekkeresi çıkaran Berlin Tiergarten Sulh Ceza Mahkemesi yargıcına sevk edilir. Tutuklama müzekkeresine göre, başvurucu, kendisine karşı ayrıca bir ceza muhakemesi yürütülen A.C. tarafından gönderilen (yaklaşık 6 kg) kokain ile 16-18.11.1991 tarihleri arasında (yine yaklaşık 6 kg) kokaini sakladığı ve 3000 DM karşılığında iki parti kokaini K'ya sattığı şüphesi altındadır. Başvurucuya tutuklama müzekkeresinin içeriği hakkında sözlü bilgi verilir. 8.4.1993 tarihinde başvurucunun müdafii Berlin Savcılığı nezdinde dosyayı inceleme talebinde bulunur.

²⁴ StV 2001, s. 205 vd.

Savcılık, bunun üzerine başvuruçunun kolluk ve sulh ceza yargıcı önündeki ifadesinin, ev arama tutanağının ve tutuklama müzekkeresinin birer fotokopisini gönderir; dosyada bulunan diğer dokümanlar bakımından müdafinin talebini, Alman CMUK § 147/2 uyarınca, bunun, devam etmekte olan hazırlık soruşturmasının amacını tehlikeye düşüreceği gerekçesiyle reddeder. Daha sonra başvuruçunun bir başka kişiyi yeni müdafii olarak atar ve bu müdafii de Mayıs 1993'de yeniden bir talepte bulunur ve ayrıca tutukluluk durumunun incelenmesini talep eder. Bunun üzerine savcılık 13.3.1993'de o aşamaya kadar birkaç klasörden oluşan tutukluluk dosyasını Berlin Tiergarten Sulh Ceza Mahkemesi'ne gönderir. 14.5.1993'de yukarıda anılan belgelerin yeniden örneklerini gönderir ve dosyanın diğer kısmı bakımından da, aksi takdirde soruşturma amacı tehlikeye düşeceği gerekçesiyle geçici bir süre için dosyanın tamamen incelenmesinin sağlanamadığını açıklar. 27.5.1993'de Berlin Tiergarten Sulh Ceza Mahkemesi, başvuruçunun, müdafinin ve savcının hazır bulunduğu sözlü duruşmadan sonra tutukluluk durumunun devamına karar verir. Sulh Ceza Mahkemesi, soruşturmada elde edilen sonuçları ve özellikle de bu arada yeniden dinlenmiş olan K'nın ifadesini göz önünde bulundurarak, başvuruçunun hakkında tutuklama müzekkeresinde anılan suçları işlemiş olmak ve uyuşturucu madde ticaretiyle bağlantılı olarak organize suçluluğa da katılmış olmak yönünde kuvvetli şüphe bulunduğunu tespit eder. Mahkeme, K'nın ifadesinin özellikle ayrıntılı ve ikna edici olduğu görüşündedir. Ne başvuruçuya ve ne de onun müdafisine K'nın ifadesini içeren tutanağı inceleme olanağı verilmiştir. 14.6.1993'de Berlin Eyalet Mahkemesi bu karara karşı başvuruçunun yaptığı itirazı reddetmiştir. Kendisine hazırlık soruşturması dosyasının bir örneği sunulan Mahkeme, gerçi dosyanın tamamen incelenmesinin reddedilmesi nedeniyle yapılan itiraz hakkında bir karar vermeye yetkili olmadığını belirtmiş, ancak delilleri karartma şüphesinin mevcut olduğunu teyid etmiştir. 15.7.1993'de Berlin Ağır Ceza Mahkemesi 14.6.1993 tarihli karara yönelik başvuruçunun diğer itirazlarını da reddetmiştir. Mahkemeye göre, tanık K'nın ifadesi konusunda sanığın sözlü olarak bilgilendirilmesi, kendisini etkili bir biçimde savunması için yeterlidir. Başvuruçunun AIHS m. 5/4 ve AIHM'nin Lamy kararına dayanmış ise de, Ağır Ceza Mahkemesi, başvuruçunun olayının, dosyayı incelemesinin tamamen değil, yalnızca etkili bir ceza koğuşturması yönündeki kamunun haklı çıkarlarının gerekli olması yönüyle engellenmesi bakımından Lamy kararına konu olan olaydan farklılık gösterdiği düşüncesindedir. Bu mahkeme de delilleri karartma tehlikesi bulunduğu ilişkin kararını, savcılık tarafından itiraz için hazırlanmış ve 7.7.1993'de mahkemeye gönderilmiş olan ikinci

dosya içeriğine dayandırmıştır. 9.8.1993'de başvuru Alman Anayasa Mahkemesi nezdinde anayasa şikayetinde bulunmuş ve ayrıca savcılığın tanık K'nın ifadesinden kendisini suçlayıcı pasajları bildirmesini talep etmiştir. 13.8.1993'de müdafii, tanık K'nın ifadesini içeren tutanağın başvuru ile ilgili bölümlerinin fotokopisini elde etmiştir. İfadenin diğer yerleri karalanmak suretiyle okunmaz hale getirilmiştir. 23.8.1993'de müdafii, kendisine gönderilen fotokopi, karalamalar nedeniyle tam olarak anlaşılabilir olmadığı için yeniden dosyanın tamamının incelenmesi talebinde bulunmuş ise de, bu talep reddedilmiştir. 13.9.1993'de savcılık dosyanın tamamının incelenmesinin engellenmesi için artık bir neden kalmadığını başvuru müdafisine bildirmiş, Anayasa Mahkemesi'ne de ayrıca bu konuda bilgi verilmiştir. Bu gelişmeler üzerine Anayasa Mahkemesi başvurucuya şikayetini devam ettirmek isteyip istemediğini sormuş, başvuru da bunu kabul etmiştir. Başvuru müdafisine 17.9.1993'de dosyayı inceleme olanağı verilmiştir. 12.7.1994'de başvuru uyuşturucu madde ticaretine yardım nedeniyle 4 yıl özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkum edilmiş, tutuklulukta geçen süre cezadan indirilmiştir.

Başvuru Garcia Alva, diğerleri yanında AIHS m. 5/4'e dayanarak tutukluluğuna ilişkin duruşmada hazırlık soruşturması dosyasını inceleme olanağı verilmediği gerekçesiyle Komisyon'a başvurmuştur.

Divan'a göre "Divan, yakalanan veya özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin Sözleşme anlamında özgürlükten yoksun bırakmanın "*hukuka uygunluğu*" için önem taşıyan gerek muhakeme hukukuna ve gerekse maddi hukuka ilişkin koşullar bakımından tutukluluğun incelenmesine yönelik talepte bulunma hakkına sahip olduklarını anımsatır. Bu, yetkili mahkemenin, yalnızca iç hukuktaki muhakeme gereklerinin yerine getirilip getirilmediğini değil, aynı zamanda tutuklamanın yeterli şüpheye dayanıp dayanmadığı ve tutuklama ve bununla bağlantılı olarak özgürlükten yoksun kılma ile izlenen amacın hukuka uygun olup olmadığını da incelemesini gerektirir.

Tutuklamaya itirazı inceleyen bir mahkeme, yargısal garantileri sağlamalıdır. Muhakeme, yüz yüze olmalı ve muhakemenin tarafları (savcı ve özgürlüğünden yoksun kılınan kişi) arasında "*silah eşitliği*" gerçekleştirilmelidir. Sanığın özgürlükten yoksun bırakılmasının hukuka aykırılığını etkili biçimde tartışma konusu yapmak için önem taşıyan hazırlık soruşturması dosyasındaki delillere müdafinin ulaşması engellenmiş ise, artık bu durumda silah eşitliğinin sağlandığından söz edilemez. Özgürlükten yoksun bırakmanın AIHS m. 5/1

(c) kapsamına girdiği durumlarda, sözlü duruşma zorunludur²⁵. Bu gereklilik, Sözleşmenin 6. maddesinde düzenlenen yüzyüze muhakeme hakkından ortaya çıkmaktadır; ceza işlerinde bu, gerek savcılık ve gerekse savunmaya, diğer muhakeme tarafına sunulan belge ve deliller hakkında bilgi edinme ve bunlar hakkında açıklamada bulunma olanağının tanınması anlamına gelmektedir. Mahkemenin içtihatlarına göre, AİHS m. 6'nın lafzından ve özellikle de kendine özgü öneminden, bu hükmün *belli ölçüde* son soruşturmadan önce gerçekleştirilen muhakeme için de geçerli olduğu sonucuna varılmalıdır²⁶. Bundan, ilgilinin temel hakları bakımından özgürlükten yoksun kılmanın yol açacağı dramatik sonuçlar yüzünden, esas itibarıyla AİHS m. 5/4 uyarınca yapılan muhakemede de, sözgelimi yüzyüze muhakeme gibi, adil bir yargılamanın temel gerekliliklerinin, yürütülmekte olan bir hazırlık soruşturmasında da yerine getirilmiş olması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Her ne kadar iç hukuk bu gerekliliği farklı biçimlerde yerine getirebilirse de, tercih edilen yöntemle diğer muhakeme tarafına, sunulan belgelerden bilgi sahibi olma ve gerçekten bunlara karşı vaziyet alma olanağı güvence altına alınmış olmalıdır (§ 39)²⁷.

Mevcut olayda başvurucuya, yakalandığı sırada kendisine karşı mevcut şüphe nedenleri ve deliller ile tutuklama nedenleri bildirilmiştir. Gerçi müdafinin talebi üzerine, polis ve sulh ceza yargıcı tarafından başvurucunun ifadesini içeren tutanak, evinde yapılan aramaya ilişkin tutanak ile hakkında çıkarılan tutuklama kararının birer fotokopisi savunmaya verilmiş; ancak savcılık, soruşturmanın bu aşamasında müdafinin, hazırlık soruşturması dosyasını ve özellikle de K'nın ifadesini inceleme yönündeki talebini, bu belgelerin incelenmesinin, soruşturmanın amacını tehlikeye düşüreceği gerekçesiyle geri çevirmiştir. Berlin-Tiergarten Sulh Ceza Mahkemesi, hazırlık soruşturması dosyasının içeriğine -ve önemli ölçüde de K'nın ifadesine- dayanarak, başvurucunun söz konusu suçu işlemiş olduğu yönünde kuvvetli şüphe altında bulunduğu sonucuna ulaşmıştır. Başvurucunun söz konusu karara yönelik olarak yapmış olduğu itirazlar, Haziran-Temmuz 1993 tarihleri arasında Berlin Eyalet Mahkemesi ve Berlin Ağır Ceza Mahkemesi tarafından reddedilmiştir (§ 40).

²⁵ Diğerleri yanında bkz. Belçika'ya karşı 30.3.1989 tarihli Lamy kararı, Serie A- 151, s. 16-17, § 29 ve Bulgaristan'a karşı Nikolova kararı, no. 31195/96, § 58, ECHR 1999-II

²⁶ Bkz. İsviçre'ye karşı 24.11.1993 tarihli Imbrioscia kararı, Serie A- 275, s. 13, § 36

²⁷ "mutadis mutandis" Avusturya'ya karşı 28.8.1991 tarihli Brandstetter kararı, Serie A-211, s. 27, § 67

Buna göre hazırlık soruşturması dosyasının içeriği ve özellikle K'nın ifadesi, başvurunun tutukluluk durumunun devamına ilişkin Sulh Ceza Mahkemesi kararı için belirleyici olmuş gözükmektedir. Bunlar, savcı ve Sulh Ceza Mahkemesi tarafından biliniyordu; ancak bunların tam içeriği konusunda başvuru ile onun müdafii o sırada henüz bilgi sahibi değillerdi. Bunun sonucu olarak her ikisi de, savcının ve Sulh Ceza Mahkemesi'nin dayandığı bilgileri, uygun biçimde tartışma konusu yapmak ve özellikle sabıkalı olan ve kendisine karşı başka bir bağlamda uyuşturucu madde ticareti nedeniyle soruşturma yürütülmekte bulunan K'nın ifadesinin inandırıcılığı ve geçerliliğini çürütmek olanağından yoksun bırakılmışlardır. Gerçi tutuklama müzekkeresi, başvurucuya karşı suç şüphesine dayanak oluşturan olaylar bakımından bazı bilgiler içermektedir. Bununla birlikte söz konusu açıklamalar, savcılık tarafından kendisine sunulan tüm bilgilere dayanarak Sulh Ceza Mahkemesi'nin anlayışına göre yalnızca bir sonuç çıkarma niteliğindedir. Divan'ın değerlendirmesine göre, eğer buna temel oluşturan delillerden haberdar olamamış ise, bu tür bir sonuç çıkarmanın inandırıcılığını sarsmak olanağı, sanık için hemen hemen mümkün değildir. Sözgelimi kolluk tarafından yapılan veya diğer soruşturmalardan elde edilen bilgiler ile ifadeler ve buna ilişkin delillerden haberdar olma konusunda sanığa yeterli olanak tanınmasının koşulu, incelemek istediği delillerin savunma için önemli olmasıdır (§ 41).

Divan, savcılığın, dosyayı inceleme talebini, Alman CMUK § 147/2 uyarınca aksi takdirde oldukça karmaşık olan ve çok sayıda başka şüphelileri içine alan izleyen soruşturmalardan elde edilecek sonucu tehlikeye düşüreceği gerekçesiyle reddettiğinin bilincindedir. Divan, şüphelilerin delilleri manipüle etmesini ve yargının işleyişine hanel getirmelerini engellemek için, ceza koşturmasının etkin biçimde yürütülmesi gerektiğini ve bunun da soruşturma çerçevesinde toplanan bilgilerin bir kısmının gizli tutulabileceğini kabul etmektedir. Ancak bu haklı amaç, savunmanın haklarının önemli ölçüde sınırlandırılmasını göze almak suretiyle izlenemez. Bu yüzden özgürlükten yoksun kılmanın hukuka uygunluğunu değerlendirmek için önemli olan bilgilere, şüphelinin müdafininin uygun biçimde ulaşması sağlanmalıydı (§ 42).

Bu durumda bilgi edinemediği için başvuru tarafından uygun biçimde tartışılmamış olan hazırlık soruşturması dosyasının içeriği ve özellikle K'nın ifadesine Berlin mahkemelerinin gerekçelerinde verdikleri önem göz önünde bulundurulduğunda, başvuru hakkında verilen tutuklama kararının hukuka uygunluğunu inceleyen anılan mahkemeler önünde yapılan muhakeme, AIHS

m. 5/4'de öngörülen garantileri yerine getirmemektedir. Bu yüzden anılan hüküm ihlal edilmiştir (§ 43).

B. Lietzow kararı²⁸

Karara konu olan olayda Frankfurt Sulh Ceza Mahkemesi, 30.1.1992 tarihinde başvurucuya karşı dolandırıcılık ve rüşvet alma şüphesiyle tutuklama müzekkeresi çıkarır. Mahkeme, başvurucunun 1981-1989 tarihleri arasında Atık Sular Daire Başkanı olarak mühendislik bürolarından, N'den ve onun yardımcısı W'den düzenli olarak kendisine ödeme yapmalarını kabul ettiği yönünde kuvvetli şüphe mevcut olduğu düşüncesindedir. N ve W hakkında ayrıca soruşturma başlatılır. Her ikisi ile başvurucu arasında, başvurucunun düzenli olarak kamu ihalelerini söz konusu mühendislik bürosuna vermesi yönünde bir anlaşma bulunmaktadır. Mahkeme, ayrıca somut içeriği konusunda ayrıntılı bilgi vermediği kolluk tarafından yapılan soruşturmalar ve N ve W'nin ifadelerine dayanmıştır. Sulh Ceza Mahkemesi, ayrıca Alman CMUK § 112 anlamında delilleri karartma şüphesinin mevcut olduğunu, başvurucunun tutuklanmaması durumunda diğer suç ortaklarıyla veya tanıklarla bağlantı kurabileceği, bunun da olayın aydınlatılmasını güçleştireceği gerekçesiyle kabul etmiştir. Başvurucu, 6.2.1992 tarihinde yakalanmıştır. 7.2.1992 tarihinde başvurucunun müdafii tutukluluk durumunun sözlü duruşmada incelenmesi talebinde bulunmuştur. Bu talebe dayanarak müdafii, savcılıktan soruşturma dosyasındaki belgeleri, en azından tutuklama kararına dayanak oluşturan W ve N'nin ifadelerini incelemeyi talep etmiştir. Aynı gün savcı, Alman CMUK § 147/2'ye dayanarak müdafiiin, N ve W'nin ifadelerini inceleme yönündeki talebini reddetmiş ve bunu da diğerleri yanında rüşvet alma nedeniyle yürütülen ve çok sayıda memurun soruşturulacağı karmaşık bir ceza muhakemesinin bir bölümünü oluşturan daha sonraki soruşturmaları tehlikeye düşüreceği ile gerekçelendirmiştir. Bundan başka başvurucuya karşı yürütülen soruşturmanın, soruşturmaya konu olan diğer işlerden ayrılamadığını da eklemiştir. Sulh Ceza Mahkemesinde tutuklama ile ilgili duruşmayı göz önüne alarak savcı 10.2.1992'de mahkemeye 6 klasörden oluşan dosyayı göndermiştir. 17.2.1992 tarihinde başvurucu, savcının 7.2.1992 tarihli yanıtına karşı Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi nezdinde karar talep etmiştir. 24.2.1992'de başvurucu tarafından talep edilen tutukluluk durumuna ilişkin duruşma Frankfurt Sulh Ceza Mahkemesi'nde gerçekleşmiştir. Sorulması

²⁸ StV 2001, s. 201 vd.

üzerine başvuru, W ile bulunduğu yer ve ayrıca Atık Sular Daire Başkanlığı'ndaki genel konumu ve W ile tutuklanmasından kısa bir süre önce bağlantı kurduğu durumlarla ilgili olarak bazı açıklamalarda bulunmuştur. Başvurucunun dinlenmesinden sonra Sulh Ceza Mahkemesi tutukluluk durumunun devamına karar vermiştir. Başvurucuya yönelik kuvvetli şüphe bakımından Mahkeme, tutuklama müzekkeresinde tespit edildiği gibi şüphenin devam ettiğini tespit etmekle yetinmiştir. Ayrıca Mahkeme, özellikle başvuru duruşmada yakalanmasından kısa bir süre önce W ile bağlantıya geçtiğini ifade etmesine dayanarak, delilleri karartma tehlikesinin mevcudiyetinin devam ettiğini belirtmiştir. Bu bakımdan Mahkeme, başvuru daha bu anda bir başka şüpheliyi etki altına almaya ve daha uygun bir ifade vermeye sevk etmeye çalıştığı sonucuna varmıştır. Bu bağlamda başvuru kendisine yönelik suçlamadan, bununla ilgili delillerden ve başka tanık ve sanıkların ifadelerinden bilgi sahibi olmadan önce tüm bunların olup bittiği olgusuna özel bir ağırlık verilmiştir. Sulh Ceza Mahkemesi, ayrıca savcı tarafından yapılan soruşturmanın ileri bir aşamaya geldiğini ve yakında sonuçlanabileceğini tespit etmiştir. 27.3.1992 tarihinde başvuru 24.2.1992 tarihli karara karşı itirazda bulunmuştur. Bunun üzerine Frankfurt Sulh Ceza Mahkemesi, 3.4.1992 tarihinde başvuru oturduğu yeri değiştirmemesi, değiştirdiğinde bundan Frankfurt savcılığını haberdar etmesi, olayla ilgili olarak her çağrıya uyması, Atık Sular Dairesi personeli ve mühendislik bürosu çalışanları ile yürütülmekte olan ceza koşturması ile ilgili herhangi bir görüşme yürütmemesi ve 200.000 DM teminat yatırması koşuluyla tutuklama kararını kaldırmaya karar vermiş ve başvuru aynı gün tutukevinden çıkarılmıştır.

27.4.1992 tarihinde Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi, başvuru, hazırlık soruşturması dosyasını inceleme yönündeki talebinin reddine ilişkin 7.2.1992 tarihli savcılık kararının ortadan kaldırılması talebini reddetmiştir. Mahkemeye göre, ancak savcılık soruşturmasının sona ermesinden sonra olaya bakan mahkeme başvuru dosyayı inceleme hakkının sağlanması konusunda karar vermeye yetkilidir. Bu yönde sonradan yapılacak yargısal denetim hukuksal korunma açısından anayasal gereklere uygunluk göstermektedir ve hazırlık soruşturması sona erinceye kadar bir başvuru yolunun geçici olarak mevcut bulunmaması etkili bir ceza koşturması yararına göze alınmalıdır.

Başvuru 13.5.1992 tarihinde bu arada ölen W'nin ifadesini inceleme yönünde savcılıktan yeniden talepte bulunur. 19.5.1992 tarihinde savcı bu

talebi Alman CMUK § 147/2 uyarınca dosyanın incelenmesinin soruşturma amacını tehlikeye düşüreceği gerekçesiyle reddeder. 3.6.1992 tarihinde başvuru, 7.4 ve 24.4.1992 tarihli kararlara karşı anayasa şikayetinde bulunur. 27.4.1993'de başvurunun müdafii dosyayı inceleme talebini yenilirse de, savcılık, önceki kararına dayanarak bu talebi 3.5.1993 tarihinde reddeder. 29.10.1993 tarihinde Anayasa Mahkemesi, başvurunun anayasa şikayetini karara konu yapmama kararı verir ve bu karar 5.11.1993 tarihinde tebliğ edilir. 8.7.1994 tarihinde Frankfurt Sulh Ceza Mahkemesi başvurucuya yönelik tutuklama kararını kaldırır. 31.8.1994 tarihinde başvurunun müdafii dosyayı inceleme olanağı elde eder. 8.7.1996 tarihinde Frankfurt Sulh Ceza Mahkemesi, başvurucuyu iki olayda yolsuzluk nedeniyle 40.000 DM yüksekliğinde para cezasına mahkum eder. Başvurucu istinafa başvurmuş, ancak daha sonra kişisel nedenlerle başvurusunu geri almıştır.

Garcia Alva kararı § 39'daki açıklamaları burada da tekrarlayan Divan'a göre, mevcut olayda başvurucuya 6.2.1992 tarihinde bildirilen tutuklama müzekkeresi, suçlamalara dayanak oluşturan olguların, Sulh Ceza Mahkemesinin görüşüne göre başvurunun tutuklanmasını haklı gösteren delillerin bir özetini ve mahkemenin dayandığı deliller, yani W ve N'nin ifadeleri ile kolluk tarafından o güne kadar yapılmış olan soruşturmalara kısa bir gönderme içermektedir. Göz önünde bulundurulmuş delillerin somut içeriği hakkında başkaca bir ayrıntı belirtilmemiştir. 7.2.1992 tarihinde başvurunun müdafii, Sulh Ceza Mahkemesi nezdinde tutukluluk durumunun sözlü duruşmada ele alınmasını talep etmiştir. Bundan başka müdafii, savcılık nezdinde dosyanın incelenmesini, en azından N ve W'nin ifadelerini içeren tutanağın bir örneğinin, bunlar Sulh Ceza Mahkemesi tarafından başvurunun tutuklanmasına ilişkin karar için önemli görüldüğünden, kendisine verilmesini talep etmiştir. Savcı, Alman CMUK § 147/2'ye dayanarak bu belgelerin incelenmesinin soruşturmanın amacını tehlikeye düşüreceği gerekçesiyle bu talebi reddetmiştir. 10.2.1992 tarihinde savcılık, Sulh Ceza Mahkemesine, başvuru ve diğer sanıklarla ilgili 6 klasörden oluşan dosyayı göndermiştir. 24.2.1992'de Sulh Ceza Mahkemesi, başvurunun tutukluluğunun devamına karar vermiştir. Mahkeme, başvurucuya karşı kuvvetli şüphenin bulunmaya devam ettiğinden hareket etmiş olmasına rağmen, buna dayanak oluşturan olaylar hakkında başkaca bir ayrıntıya yer vermemiş, tutuklama müzekkeresine dayanmakla yetinmiştir. Sulh Ceza Mahkemesi, başvurunun, yakalanmasından önce diğer sanıklara etkide bulunma girişimine dayanarak delilleri karartma tehlikesinin de bulunmaya devam ettiği sonucuna ulaşmıştır.

Buna göre W ve N'nin ifadeleri, Mahkemenin, başvuruçunun tutukluluk durumunun devamına ilişkin kararında kilit rol oynamıştır. Gerek savcılık ve gerekse Sulh Ceza Mahkemesi her iki ifadeyi de biliyor olmalarına rağmen, bu aşamaya kadar bunun somut içeriği konusunda ne başvuruçunun ve ne de onun müdafii bilgi sahibidir. Bunun sonucu olarak her ikisi de savcılığın ve Sulh Ceza Mahkemesinin ulaştığı sonuçları uygun biçimde tartışma konusu yapma, özellikle de N ve W'nin ifadelerinin inandırıcılığı ve geçerliliğini çürütme olanağına sahip olamamışlardır. Gerçi tutuklama müzekkeresi, başvuruçuya karşı şüpheye dayanak oluşturan bazı olguları ortaya koymaktadır. Bununla birlikte bu yolla ortaya konan bilgiler, yalnızca savcı tarafından kendisine sunulan olayların tümünden Sulh Ceza Mahkemesinin sonuç çıkarması niteliğindedir. Divan'ın değerlendirmesine göre, eğer buna temel oluşturan delillerden haberdar olamamış ise, bu tür bir sonuç çıkarmanın inandırıcılığını sarsmak olanağı sanık için hemen hemen mümkün değildir. Kolluk tarafından yapılan veya diğer soruşturmalardan elde edilen bilgilerle, ifadeler ve buna ilişkin delillerden haberdar olma konusunda sanığa yeterli olanak tanınmasının koşulu, incelemek istediği delillerin savunma için önemli olmasıdır.

Divan, savcılığın, dosyayı inceleme talebini, Alman CMUK § 147/2 uyarınca aksi takdirde oldukça karmaşık olan ve çok sayıda başka şüphelileri içine alan izleyen soruşturmalardan elde edilecek sonucu tehlikeye düşüreceği gerekçesiyle reddettiğinin bilincindedir. Bu görüş Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin 24.4.1992 tarihli kararında da teyid edilmektedir. Divan, şüphelilerin delilleri manipüle etmesini ve yargının işleyişine hanel getirmelerini engellemek için, ceza koğuşturmasının etkin biçimde yürütülmesi gerektiğini ve bunun da soruşturma çerçevesinde toplanan bilgilerin bir kısmının gizli tutulmasını gerektirebileceğini kabul etmektedir. Ancak bu haklı amaç, savunmanın haklarının önemli ölçüde sınırlanmasını göze almak suretiyle izlenemez. Bu yüzden özgürlükten yoksun kılmanın hukuka uygunluğunu değerlendirmek için önemli olan bilgilere, şüphelinin müdafininin uygun biçimde ulaşması sağlanmalıydı.

Bu durumda bilgi edinemediği için başvuruçunun tarafından uygun biçimde tartışılmamış olan W ve N'nin ifadelerine Sulh Ceza Mahkemesinin gerekçesinde verdiği önem göz önünde bulundurulduğunda, başvuruçunun hakkında verilen tutuklama kararının hukuka uygunluğunu inceleyen Frankfurt Sulh Ceza Mahkemesi önünde yapılan muhakeme, AIHS m. 5/4'de öngörülen garantileri yerine getirmemektedir. Bu yüzden anılan hüküm ihlal edilmiştir.

C. Schöps Kararı²⁹

1992 yılı başından bu yana Essen Savcılığı, başvuran ve başka çok sayıda sanığa yönelik olarak dolandırıcılık nedeniyle soruşturma başlatmıştır. 11.3.1993 tarihinde Essen Sulh Ceza Mahkemesi, suç örgütü kurmak, uyuşturucu madde ticaretiyle uğraşmak ve birçok olayda dolandırıcılık suçu işlemiş olmak şüphesiyle başvuru ve diğer iki şüpheli S ve L'ye karşı tutuklama müzekkeresi çıkarır.

Sulh Ceza Mahkemesi, Aralık 1988'de, piramitsel ilişkiye dayalı oyun düzenlemek suretiyle yüksek kazançlara ulaşmak amacıyla sanıkların bir araya geldikleri şüphesi altında olduklarını tespit eder. Ayrıca sanıklar Mallorca'dan Almanya'ya kokain sokmak ve burada satmak konusunda anlaşmışlardır. Sanıklar bu suç örgütü için başka üyeler bulmuş ve çok sayıda suça karışmışlardır. Suç örgütünün kurulduğu 1989 yılından Mart 1993'e kadar yaklaşık 1.000 kişi piramitsel ilişkiye dayalı oyun düzenlemek suretiyle dolandırılmış ve bu yolla toplam 60 milyon DM zarar ortaya çıkmıştır. Bundan başka sanıklar, Ekim 1990-Ağustos 1992 arasında birçok kez yaklaşık 100 kg ağırlığında kokaini Almanya'ya sokmuşlardır ve burada satmışlardır. Sulh Ceza Mahkemesi, tanık ifadelerine, sanıkların verdiği bilgiye ve telefon dinlemeden elde edilen sonuçlara dayanarak başvuru ve diğer iki sanığın, anılan suçları işlemiş olma konusunda kuvvetli şüphe altında buldukları sonucuna ulaşmıştır.

Sulh Ceza Mahkemesi, Alman CMUK § 112/2 no.2 anlamında kaçma şüphesinin bulunduğunu da kabul etmiştir. Mahkeme, bu bağlamda sanıkların, kendilerine isnad edilen suçun ağırlığı ve yol açtıkları zararın yüksekliği nedeniyle uzun süreli bir özgürlüğü bağlayıcı hesaba katacaklarını belirtmiştir. Ayrıca sanıklar kaçmak için gerekli finansal araçlara da sahiptirler. Bundan başka Alman CMUK § 112/2 no. 3 anlamında delilleri karartma şüphesi de mevcuttur. Çünkü sanıklar, suç örgütü üyesi olarak faaliyetlerini, "maşa kişiler" kullanmak ve muvazaalı işlemlere başvurmak suretiyle gizleyebilecekleri için, delilleri ortadan kaldıracakları ve tanıkları etki altına alacaklarından hareket edilmelidir.

Başvuru 19.3.1993 tarihinde yakalanır. Müdafinin huzurunda sulh ceza yargıci tarafından kendisine yönelik suçlama ve 11.3.1993 tarihli tutuklama müzekkeresi hakkında bilgi verilir. Başvuru bu konuya ilişkin bir

²⁹ StV 2001, s. 203 vd.

açıklamada bulunmaz; ancak sözlü duruşma talep ederse de, bunu daha sonra geri alır. Başvurucu, Mart 1993 başlarında müdafinin, savcılık nezdinde hazırlık soruşturması dosyasını inceleyebilmesi yönünde talepte bulunur ise de, dosyanın incelenmesinin soruşturmanın yürüyüşü için tehlike oluşturduğu gerekçesiyle bu talebi reddedilir. Başvurucu, 3.5.1993 tarihinde müdafinin huzurunda kendisine isnad edilen fiillerle ilgili olarak polis tarafından dinlenir. Başvurucu, aradan geçen süre içinde birden çok kez müdafii ile görüştüğüne değinir. Çoğunlukla müdafii huzurunda gerçekleşen diğer sorgularında da kendisine yönelik isnadlar ve özellikle de dinlenen telefon konuşmalarının içeriği ile ilgili olarak ifadesi alınır. 8.9.1993 tarihinde Essen Sulh Ceza Mahkemesi, tutuklama kararının kapsamını, özellikle vergi kaçırma, rüşvet, yalan tanıklık ve yalan yere yemine azmettirme bakımından genişletir. Mahkeme, başvurucu ve diğer sanıklar bakımından kaçma şüphesinin devam ettiğini teyid eder; buna göre de başvurucunun tutukluluk durumunun devamına karar verir. 14.9.1993 tarihinde kapsamı genişletilmiş olan tutuklama kararı sanığa açıklanır. Bunu üzerine müdafii, dosyayı inceleme talebinde bulunur. Ancak bu talep hakkında bir karar verilmez. Orijinal dosya, soruşturmaya devam edilmesi amacıyla savcılık nezdinde tutulurken, bunun fotokopileri tutukluluk durumunun incelenmesi amacıyla Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesi'ne gönderilir.

14.9.1993 tarihinde Hamm Genel Savcılığı, başvurucunun ve diğer bir sanığın tutukluluk durumunun devamına karar verilmesini talep eder. 24 klasör dosyayı eklediği talebinde, Genel Savcılık tutukluluğun geçmişine ve sanığa yönelik suçlamalara ilişkin bir özet açıklama koyar. Deliller konusunda ise, tutuklama müzekkeresine ve ekteki dosyada mevcut 1993 tarihli polis raporuna göndermede bulunur. 21.10.1993 tarihli dilekçesinde başvurucunun müdafii, Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesi nezdinde dosyayı inceleme, sanığın tutukluluk durumunun devamının incelenmesi amacıyla sözlü duruşma ve sanığın serbest bırakılması talebinde bulunur. Müdafii, o güne kadar soruşturma dosyasını elde edemediği için savcılığın talebine karşı görüş belirlemediğini ekler. Savcının açıklamaları eksiktir ve bu yüzden de görüş belirtmek için yeterli değildir.

Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesi raportörünün dosyaya el yazısı ile düştüğü nota göre, başvurucunun müdafii, kendisiyle yaptığı telefon görüşmesinde önceden dosyayı incelemeksizin başvurucunun tutukluluk durumunun devamına ilişkin kararın ele alınmasına katıldığını belirtir. Oysa başvurucunun verdiği, müdafii tarafından da doğrulanan bilgilere göre, müdafii ve

raportör, ancak dosyanın incelenmesinden sonra başvuruçunun tutukluluk durumunun devamı konusunda görüş açıklayabileceği ve bu bakımdan Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin dosyanın incelenmesini sağlaması konusunda uzlaşmışlardır.

3.11.1993'de Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesi, başvuruçunun tutukluluk durumunun devamına karar verir. Yüksek Mahkeme, o güne kadar yapılan soruşturmalardan elde edilen sonuçlara göre, yani sanık ve suç ortaklarının açıklamalarına, mağdurların verdiği bilgiye, telefon dinleme tutanaklarına, el konulan dokümanlara ve geçici borsa raporuna dayanarak sanıkların kuvvetli suç şüphesi altında olduklarını teyid eder. Kaçma şüphesi bakımından Mahkeme, sanığın önemli finansal olanaklara ve Mallorca'da taşınmaza sahip olduğunu tespit eder. Bundan başka yakalanması aşamasına kadar başvuruçunun, ABD, İsviçre ve Liechtenstein ile bağlantıya geçmiş bulunmaktadır.

22.11.1993 tarihinde Essen Savcılığı başvuruçunun müdafine dosyayı inceleme olanağı sağlar. Başvuruçunun verdiği bilgilere göre, mevcut 24 klasörden yalnızca 22'sinin incelenmesine olanak verilmiştir. Müdafii, 1994 başında diğer klasörlerin de incelenmesi talebinde bulunmuştur.

Savcılık, 7.2.1994 tarihinde yargı yetkisindeki değişikliğin bir sonucu olarak Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi nezdinde başvuruçunun tutukluluk durumunun devamına karar verilmesini talep eder ve talebine 69 klasör ve 3 küçük ekten oluşan soruşturma dosyasını da ekler. Başvuruçunun müdafii, 28.2.1994 tarihli dilekçesinde bugüne kadar yalnızca 22 klasörün incelenmek üzere kendisine verildiğini ve önceki görüşü dışında başka bir açıklamada bulunma durumuna olmadığını belirtir.

Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi 1.3.1994 tarihinde başvuruçunun tutukluluk durumunun devamına karar verir. Yüksek Mahkeme, Düsseldorf Eyalet Mahkemesi'nin önceki kararında ortaya konan gerekçelerin halen geçerli olduğunu tespit eder. Soruşturmalar ileri bir aşamaya gelmiştir. Polis, Ocak 1994'de yaklaşık binin üzerinde tanığın ifade alma işleminin bittiği bilgisini içeren bir ara rapor hazırlar. Söz konusu rapor ve vergi inceleme raporu Şubat 1994'ün sonunda tamamlanmış olacaktır. Savcılık, raporların tamamlanmasından sonra iddianameyi bitirme niyetindedir. Eyalet Yüksek Mahkemesi ayrıca başvuruçunun, AİHS m. 5/4'e dayanarak Komisyon'a, hazırlık soruşturması dosyasını incelemesinin yasaklanması nedeniyle yapmış olduğu başvuruçunun tutuklama kararının geçerliliğini etkilemeyeceğini de

tespit eder. 25.3.1994'de başvuru, Anayasa Mahkemesi nezdinde 3.2.1993 ve 1.1.1994 tarihli kararlara karşı anayasa şikayetinde bulunur ve özellikle soruşturma dosyasını yeterince inceleme olanağı bulamadığından yakınır. Toplam 132 klasörden oluşan soruşturma dosyasının yalnızca 22 klasörünü inceleyebildiğini belirtir. Kendisi ve müdafii, suçlamalara karşı vaziyet almak ve savunma hakkını etkili biçimde kullanmak durumunda olamamışlardır. Anayasa Mahkemesi, 2.5.1994 tarihinde başvuruçunun anayasa şikayetini karara konu yapmama kararı verir.

25.3.1994 tarihinde Essen Savcılığı, başvuruçunun ve diğer 4 sanık hakkında çok sayıda suçun isnad edildiği iddianameyi tamamlar. İddianamede başvuruçunun, 91 olayda dolandırıcılık, rüşvet, yalan tanıklığa ve yalan yere yemine azmettirme ile suçlanır. İddianame, 9.6.1994 tarihinde tebliğ edilir. Aynı gün Essen Savcılığı başvuruçunun müdafine iki ek ve 123 klasörden oluşan yaklaşık 16.000 sayfalık dosyayı bir hafta için incelemesine izin verir. Diğer müdafilerce de inceleneceği gerekçesiyle bir hafta içinde dosyanın geri gönderilmesini ister. 23.6.1994 tarihinde savcılık dosyanın geri gönderilmesi için uyarıda bulunur. Geri verme tarihi dosyaya yazılmaz. Başvuruçunun verdiği bilgilere göre, müdafine verilen dosya eksikti.

30.6.1994 tarihinde Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi başvuruçunun tutukluluk durumunun devamına karar verir. Diğer sanıkların müdafinin talebi üzerine, dosyaya ilişkin görüşlerini ortaya koyma konusunda yeterli olanak vermek üzere karar bir hafta süreyle ertelenir. Yüksek Mahkeme, 3.2.1993 ve 1.3.1994 tarihli önceki kararlarda ortaya konan gerekçelerin geçerliliğini sürdürdüğü kanısındadır. Mahkeme, ayrıca soruşturmanın ilerlediğini de tespit eder. Bu arada iddianame tamamlanmış ve Essen Eyalet Mahkemesi'ne sunulmuştur. 19.9.1994 tarihinde Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi, başvuruçunun salıverilmesine karar verir. Gerçi kuvvetli şüphenin ve tutukluluk durumunun devamı için aranan koşulların halen mevcut olduğundan hareket edilmiş, ancak tutukluluğun artık oransız olacağı sonucuna varılmıştır. Eyalet Yüksek Mahkemesi, özellikle Essen Eyalet Mahkemesi önündeki yargılamada Mayıs 1994'den bu yana herhangi bir ilerleme olmadığına da işaret etmiştir. Başvuruçunun, aynı gün tutukevinden çıkarılmıştır.

Essen Eyalet Mahkemesi'nin 15.12.1998 tarihli kararıyla başvuruçunun, dolandırıcılık, rüşvet ve yalan yere yemine azmettirme nedeniyle toplam 5 yıl 6 ay özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkum edilmiştir.

Garcia Alva kararı § 39'daki açıklamaları burada da tekrarlayan Divan'a göre, mevcut olayda başvurunun tutukluluğunun hukuka uygunluğu Hamm ve Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemeleri önünde muhakemenin üç aşamasında incelenmiştir. Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesi önündeki ilk incelemeye yol açan yargılama aşamasında müdafinin huzurunda 19.3.1993 tarihinde yakalandığı sırada başvurucuya sulh ceza yargıcı tarafından hangi fiillerin isnad edildiği anlatılmış; bunun dışında tutuklama müzekkeresi hakkında da bilgi verilmiştir. 14.9.1993 tarihinde başvurucuya, kapsamı genişletilen tutuklama kararı hakkında yeniden müdafinin huzurunda bilgi verilmiştir.

Mahkeme, hazırlık soruşturması dosyasının incelenmesinin yasaklanmasından yakının sanığın iç hukuka göre uygun biçimde başvuruda bulunması gerektiği kanısında ise de³⁰, tek başına muhakeme dosyasına buna ilişkin bir kaydın düşülmemiş olması, bu yönde bir talepte bulunulmadığı konusunda yeterli bir delil oluşturmaz.

Dosyanın incelenmesi yönündeki ilk talebin ne zaman yapıldığı bir tarafa, Divan, ikinci bir dosya Düsseldorf Eyalet Mahkemesi'ne gönderilmiş olduğu halde, orijinal dosyanın devam eden soruşturmalar için gerekli olduğu düşüncesiyle 14.9.1993 tarihli talebe, koğuşurma organlarının karşılık vermediğine işaret eder. Bu bakımdan Divan, yargılamanın, m. 5/4'ün gereklerini karşılayabilecek biçimde düzenlenmesinin ceza koğuşurma organlarına düştüğünü tespit eder; çünkü Sözleşme teorik veya görünüşte değil, pratik ve etkili biçimde temel hakları garanti altına almak ister. Bu gerekliliğin yerine getirilmesi mevcut durumda hiç de zor değildi. Düsseldorf Eyalet Mahkemesi 3.11.1993 tarihine kadar herhangi bir karar vermediği için başvurunun tutukluluk durumunun hukuka uygunluğunun incelenmesi amacıyla dosyayı incelemek için Mahkemenin 6 haftadan daha uzun bir süresi vardı. Bu ise, savunmaya dosyayı inceleme olanağı vermek için yeterli bir süreydi.

Divan, müdafinin dosyayı incelemeksizin tutukluluk durumunun incelenmesine onay verdiğine ilişkin olarak da, Sözleşme'de garanti altına alınan haklardan vazgeçmenin, buna etkinlik tanınabilmesi için açık biçimde tespit edilmesi gerektiğini hatırlatır. Kaldı ki, yargısal haklardan vazgeçme, olayın

³⁰ Bkz. Mutadis mutandis Yunanistan'a karşı 13.7.1995 tarihli Kampanis kararı, Serie A-318-B, s. 46 § 51

önemine uygun asgari garantileri gerekli kılmaktadır³¹. Mevcut olayda söz konusu telefon konuşmasının tam içeriği bakımından mevcut belirsizlik ve Eyalet Yüksek Mahkemesi tarafından tutukluluk durumunun incelenmesinin önemi nedeniyle, müdafii, başvurucu adına 3.11.1993 tarihli karardan önce dosyayı inceleme hakkından hiçbir tereddüde yer yermeyecek biçimde vazgeçmiş olduğundan hareket edilemez.

Sonuçta, başvurunun müdafii, Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin karar verdiği sırada, 24 klasörden oluşan ve tutuklama müzekkeresine göre bir çok tanığın ve diğer iki sanığın ifadeleri ile hazırlık soruşturması sırasında dinlenen telefon konuşmalarının tutanaklarını içeren soruşturma dosyasını inceleme olanağına henüz sahip olamamıştı. Eylül 1993'de savcılık, tutukluluk durumunun devamına karar verilmesini talep ederken, başvurucuya karşı mevcut şüpheyi, bu arada borsa uzmanlar raporu ve elkonulan dokümanları da içeren hazırlık soruşturması dosyasındaki bilgilere dayandırmıştır. Bu dokümanlar, sonuçta başvurunun tutukluluk durumunun devamına karar verilmesi bakımından büyük önem taşımaktaydı. Başvurunun tutukluluk durumunun devamına ilişkin savcılığın talebine yönelik dilekçesinde, müdafii dosyayı incelemesinin yasaklanması suretiyle savunma haklarının kısıtlandığına Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin dikkatini çekmiştir.

Gerçi başvurucuya, sulh ceza yargıcı tarafından kendisine yönelik isnadlar ile sonradan Essen Sulh Ceza Mahkemesi tarafından kapsamı genişletilen tutuklama müzekkeresi hakkında bilgi verilmiştir. Bununla birlikte bu yolla verilen bilgiler, savcılık tarafından Essen Sulh Ceza Mahkemesi'ne gönderilen tüm bilgilere dayanan olayların bir özetinden ibaretti. Divan'ın görüşüne göre sanık, bunun dayandığı delillerden haberdar olmaksızın, bu tür bir sonuç çıkarmanın güvenilirliğini tartışabilecek durumda değildi. Oysa sanığın, suçlayıcı ifadeler ve kolluk tarafından yapılan soruşturmalarda diğer soruşturmalardan elde edilen sonuçlar ve deliller hakkında bilgi elde etme konusunda yeterli olanağına sahip olması gerekir. Bu, özellikle başvurucuya yönelik şüpheye dayanak oluşturan ve yalnızca genel biçimde tutuklama müzekkeresinde ve 14.9.1993 tarihli tutukluluk durumunun devamına ilişkin talepte değinilmiş bulunan kapsamlı deliller ile sanık ve diğer kişilere yönelik yapılan soruşturmanın özel güçlükleri nedeniyle daha da geçerlidir.

³¹ Bkz. Avusturya'ya karşı 25.2.1992 tarihli Pfeifer ve Plankl kararı, Serie A-227, s. 16 - 17, § 37

Bu durumda, bu arada yaklaşık 6 aydan beri süren başvuru tutukluluk durumunun hukuka uygunluğunu tartışma konusu yapabildiği için Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesi önündeki sözlü duruşmadan önce dosyanın incelenmesi savunma için büyük önem taşımaktaydı.

Yargılamanın izleyen aşamalarında müdafiyeye, daha 14.9.1993 tarihinde bu yönde bir talepte bulunmuş olmasına rağmen, ilk kez 22.11.1994 tarihinde dosyayı inceleme olanağı verilmiştir. O sırada müdafiyeye tümü (veya bir kısmı) sunulan dosya 24 klasörden oluşuyordu. Bununla birlikte Genel Savcılık tarafından başvuru tutukluluk durumunun devamına karar verilmesi talep edildiğinde, başvuru müdafiyeye inceleme olanağı verilmeyen başka 45 klasör ve 3 ek de o güne kadarki 24 klasöre eklenmiş idi. Bunun sonucu olarak Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi, 1.3.1994 tarihinde kararını verdiğinde, mahkemeye sunulmuş bulunan dosyanın, ancak oldukça sınırlı bir bölümünü müdafiyeye inceleyebilmişti. 28.2.1994 tarihli Yüksek Eyalet Mahkemesi'ne verdiği dilekçede müdafiyeye, ancak 22 klasörü inceleyebildiğine ve önceki açıklamaları dışında bir görüş ortaya koyma durumunda olmadığına işaret etmişti.

Divan, Alman Hukuku'na göre dosya incelemenin müdafiyenin talebini gerekli kıldığını kabul etmektedir. Bununla birlikte belirli koşullarda, eğer savunma, dosya içeriği konusunda bilgi edinmenin aciliyetine işaret etmiş ve başvuru tutukluluk durumunun devamına ilişkin bir talepte bulunmuş ise, hazırlık soruşturması dosyasının tamamen incelenmesinin gerçekleştirilmesi için sonradan eklenen dosyaların da müdafiyeye sunulmuş bulunması gerekir. Eğer dosya, ilk inceleme olanağının sağlandığı Kasım 1993'ten bu yana çok sayıda eklenen yeni klasörlerle tamamlanmış ise, bu takdirde de dosyayı inceleme için her seferinde yeni bir talepte bulunulmasını aramak aşırı formal ve uygunsuz bir tutum olur. Divan, bu bağlamda 9.6.1994 tarihinde tüm soruşturma dosyasını göndermeden önce, savunmanın yeni bir talepte bulunmasını beklemediğine dikkat çeker.

Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin 1.3.1994 tarihli kararında ortaya koyduğu gerekçeler dikkate alındığında kapsamı genişletilen tutuklama müzekkeresinin hukuka uygunluğunu tartışma konusu yapabildiği için dosyanın daha kapsamlı biçimde incelenmesi savunma için önemliydi. Yargılamanın ilk aşamasıyla bağlantılı olarak ortaya konulduğu gibi, bu olanak müdafiyeye verilmediği için, aynı nedenlerle bu aşama da, adil bir yargılamanın gereklerine uygunluk göstermemektedir.

Sonuç olarak Divan, 3.9.1993 ve 1.3.1994 tarihli başvuruçunun tutukluluk durumunun hukuka uygunluğunun incelenmesine ilişkin yargılamanın m. 5/4'ün gereklerini karşılamadığını tespit eder. Bu yüzden anılan hüküm ihlal edilmiştir.

2. Değerlendirme

AIHM, Şubat 2001'de *Garcia Alva, Lietzow ve Schöps* başvurularına ilişkin olarak Almanya aleyhine verdiği üç kararda *Lamy* kararı ile başlayan ve *Nikolava* kararı³² ile süren, hazırlık soruşturmasında tutuklamaya ilişkin duruşmada dosyayı inceleme hakkına ilişkin uygulamasını teyid etmiştir. Her üç olayın ortak özelliği, sanıkların tutuklu olması ve bunun hukuka uygunluğu konusunda karar verecek olan mahkemeye, dosyanın tamamının sunulmuş olmasına karşılık sanığın müdafisine sunulmamış olmasıdır. Divan, anılan başvurulara ilişkin olarak, her üç durumda da AIHS m. 5/4'ün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Buna göre, tutukluluğun incelenmesine ilişkin duruşma, *yargısal* ("judicial") nitelik taşımalı ve *yüz yüze* (kontradiktörisch) yürütülmeli; taraflar, iddia makamı ve tutuklu sanık arasında *silah eşitliği* ("equality of arms") güvence altına alınmalıdır³³. Bu ise, tutuklu sanığın müdafininin, tutukluluğun hukuka uygunluğu için önem taşıyan tüm dokümanları inceleyebilmesini zorunlu kılar.

AIHM, tutuklama müzekkeresinde yer verilen veya ayrıca ek olarak sulh ceza yargıcının, savcılıkça kendisine sunulan hazırlık soruşturması dosyasından edindiği olguların, bir özet veya sonuç çıkarma niteliği taşıdığını açığa kavuşturmuştur. Dayanağını oluşturan deliller hakkında tutuklu sanık ve onun müdafine bilgi verilmeksizin, bir tür sonuç çıkarma niteliğindeki bu olgulara dayanarak verilen tutuklama veya tutukluluk süresinin uzatılması kararları Sözleşme'ye aykırılık oluşturur. Yalnızca tutuklama müzekkeresinde yer

³² AIHM'nin Bulgaristan'a karşı Nikolova kararı, § 58, NJW 2000, s. 2885= EuGRZ 1999, s. 321.

³³ Divan'ın, tutuklu sanığın dosya inceleme hakkını "*silah eşitliği ilkesi*"ne dayandırması, bazı yazarlar tarafından eleştiri konusu yapılmıştır. Bu yazarlara göre, savcı, hazırlık soruşturması ve aynı zamanda tutuklama muhakemesinde tüm dosya içeriğine ulaşma olanağına sahip olduğuna göre, sanığın da tüm dosya içeriğine ulaşma olanağına sahip olması gerekir. Ancak böyle bir sonuç, başka bir bağlamda Divan tarafından da kabul edilen ceza koşturması organlarının hazırlık soruşturmasını gizli yürütmeye ilişkin çıkarları ile bağdaşmaz. Bu yüzden tutuklu sanığın dosya inceleme hakkı, silah eşitliğine değil, doğrudan adil yargılama ilkesine dayandırılmalıydı (**Esser**, Europäische Strafverfahrensrecht, s. 352).

verilen veya sulh ceza yargıcına sunulan bilgiler, karara dayanak oluşturan delilleri göz önünde bulundurmaksızın yalnızca bir sonuç çıkarma ve özet niteliğinde olduğu için, savunmaya buna karşı vaziyet almak için yeterli olarak tanımaz ve bu yüzden de yüzyüze bir muhakemenin gereklerini karşılamaz³⁴. Bundan başka AİHM, dosyayı inceleme hakkını, “mahkemenin kararını dayandırdığını düşündüğü olgu ve delillerle” de sınırlandırmamış; aksine bunun, savcılık tarafından sulh ceza yargıcına sunulmuş bulunan “kolluk tarafından yapılan soruşturmalarda diğer soruşturmalardan elde edilen sonuçlar gibi” tüm diğer dosya içeriğini de kapsadığını vurgulamıştır. Eğer incelemenin aciliyeti ortada ve dosya yeni bölümler içeriyorsa, bu takdirde yeni bir inceleme talebine gerek olmaksızın “dosyanın tümüyle incelenmesi hakkının etkili biçimde sağlanması için” kendiliğinden dosyanın müdafiyeye gönderilmesi gerekir.

Genel olarak her üç başvuru açısından da Divan, yetkili mahkemenin, tutuklamaya dayanak oluşturan suç şüphesinin kabul edilebilir ve tutuklama nedenlerinin de hukuka uygun olup olmadığını, iç hukuktaki muhakeme hukuku gereklerinden bağımsız olarak incelemek zorunda olduğunu vurgulamış bulunmaktadır. Bunun için adil ve yüzyüze bir muhakemenin garantileri ve özellikle silah eşitliği sağlanmış olmalıdır. Eğer savunma, müvekkilinin tutukluluğunun hukuka uygunluğunu tartışmak için önemli olan belgelerin incelenmesinden alıkonulmuş ise, bu takdirde AİHS m. 5/4 ihlal edilmiş olur. Kıta Avrupası’na egemen olan anlayış açısından bakıldığında, bu görüşün, Anglo-Sakson Hukuku’nda geçerli taraf muhakemesinin bir yansıması olduğu söylenebilir de, Divan, sözleşmecî devletleri bu tür bir muhakeme yapısını kabul etmeye zorlamamakta, yalnızca dosya içindeki bilgilere karşı vaziyet alabilmek için gerçek bir olanağın mevcudiyetinin güvence altına alınmasını istemektedir³⁵. *Lietzow* kararından, bu ilkenin, tutuklama kararı, ister kaçma şüphesine, isterse delilleri karartma tehlikesine dayandırılmış olsun, her iki durum için de geçerli olduğu sonucu çıkmaktadır³⁶.

Gerçi Divan, belirli bilgilerin gizli tutulması da dahil olmak üzere, etkin bir hazırlık soruşturmasının zorunluluğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte

³⁴ **Kempf**, StV 2001, s. 206; aynı yönde **Kühne**, Hans-Heiner/Esser, Robert, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zur Untersuchungshaft, StV 2002, s. 390.

³⁵ **Ambos**, Kai, Europarechtliche Vorgaben für das (deutsche) Strafverfahren - Teil II - Zur Rechtsprechung des EGMR 2000-2002, NStZ 2003, s. 15.

³⁶ **Kempf**, StV 2001, s. 207; **Kühne/Esser**, StV 2002, s. 390.

bu haklı amaç, savunmanın haklarının özünün zedelenmesi sonucuna yol açmamalı; savunmaya, tutuklama kararına dayanak oluşturan delillerden bilgi sahibi olma olanağı verilmelidir.

Böylece Divan, sanığın delillere etkide bulunmasını ve soruşturmanın yürüyüşünü tehlikeye düşürmesini engellemek için hazırlık soruşturmasında savcılığın, sahip olunması gereken bilgiler açısından savunmaya göre üstün olması zorunluluğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte sanığa da kendisini savunması için, sanık ve tanık ifadeleri ve diğer deliller ile polis soruşturması ve diğer soruşturmalardan elde edilen bilgiler sunulmuş olmalıdır. Alman Anayasa Mahkemesi de AIHM gibi, tutuklama kararı için önem taşıyan ve sanığın bilgisine sunulmuş olmayan dosya içeriğinin, tutuklama veya tutukluluk durumunun devamına ilişkin karara dayanak olamayacağını kabul etmektedir³⁷. Bununla birlikte AIHM, Alman Anayasa Mahkemesi'nden bir adım daha ileri gitmekte ve haklı olarak sanığın özgürlüğüne yönelik tutuklama yoluyla ortaya çıkan müdahalenin özel ağırlığını göz önünde bulundurmaktadır³⁸.

Böylece Alman Anayasa Mahkemesi tarafından karara konu yapılan "*birçok durum*" için tutuklama müzekkeresinde zorunlu olarak yer verilen veya sulh ceza yargıcı tarafından yapılan sözlü açıklamaların AIHM'nin yüzyüze bir yargılama ve silah eşitliği ilkesine yönelik taleplerini karşılamaktan uzak olduğu açıkça ortaya çıkmaktadır. Gerçekten AIHM, müdafinin dosyayı inceleme hakkını, -Alman Anayasa Mahkemesi'nden farklı olarak- mahkemenin kararına gerekçe yapmayı düşündüğü olay ve delillerle sınırlı görmemekte; sulh ceza yargıcının, delillerden hareketle çıkardığı sonucun denetlenmesini mümkün kılmak için sanık ve müdafine, kuvvetli şüpheye dayanak oluşturan olgular hakkında sözlü açıklamada bulunulmasının yeterli olmadığını, bu hakkın açıkça tutuklama kararına dayanak olan "*ifade ve diğer deliller*", fakat aynı zamanda "*kolluk tarafından yapılan veya diğer soruşturmalardan elde edilen sonuçlar gibi*" tüm diğer dosya içeriği bakımından da geçerli olduğunu vurgulamaktadır. Sonuçta müdafinin dosyayı inceleme yetkisi, savcılık tarafından sulh ceza yargıcına sunulmuş olan tüm dosyayı içermelidir³⁹. Alman Anayasa Mahkemesi, olayın karmaşıklığı nedeniyle, tutuklamaya karar veren yargıcın sözlü açıklamada bulunmasının yeterli

³⁷ Kühne/Esser, StV 2002, s. 391.

³⁸ Kieschke/Osterwald, NJW 2002, s. 2003.

³⁹ Kempf, StV 2001, s. 207.

olmadığı durumlarda dosya inceleme olanağı tanımakta iken, AİHM, kural-istisna ilişkisini tersine çevirmekte ve sözlü açıklama veya tutuklama müzakeresinde yer verilen bilgilerin hiçbir durumda dosya inceleme hakkının yerini tutamayacağını vurgulamaktadır⁴⁰.

AİHM, eğer tutukluluğun hukuka uygunluğunu tartışma konusu yapmak için dosya içeriğinden bilgi edinme zorunluluğu varsa, daha kapsamlı ve sınırsız bir dosya inceleme hakkı sağlamaktadır⁴¹. Bu hak, tutuklamaya dayanak oluşturan deliller ve hatta gerektiğinde bunların nasıl ele alındığına ilişkin bilgi edinmeyi de içermekte⁴² ve bu yönüyle Alman Anayasa Mahkemesi tarafından sağlanan sınırlı dosya inceleme hakkının ötesine geçerek yüksek mahkeme kararları üzerinde de etki göstermektedir. Buna göre savcılık en azından tutuklama kararına dayanak oluşturan soruşturma işlemlerine savunmanın ulaşmasını sağlamak, bu bağlamda söz konusu işlemleri dosyadan çıkararak bir örneğini müdafiyeye vermek zorundadır⁴³.

3. Kararların Alman Hukukuna Yansımaları

Anılan AİHM kararlarından çok kısa bir süre sonra Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi tarafından verilen karar⁴⁴, aralarında devlet işletme yöneticisinin de bulunduğu birden fazla sanığa yönelik olarak rüşvet alma ve güveni kötüye kullanma nedeniyle başlatılan kapsamlı bir muhakeme ile ilgili idi. Sanık, Alman CMUK § 121 uyarınca tutukluluk durumunun incelenmesinden önce Eyalet Yüksek Mahkemesi nezdinde yalnızca 26, daha sonra da 19 klasörü inceleyebilmişti. Savcılık, Alman CMUK § 147/2 uyarınca devam eden soruşturmalardan elde edilecek sonucu tehlikeye düşüreceği gerekçesiyle son dosyaların 2-3 haftaya kadar incelenmesine izin vermemişti. Bununla birlikte Eyalet Yüksek Mahkemesi, Lamy ve son olarak Almanya'ya karşı verilmiş olan üç karara da gönderme yaparak, tutuklama konusunda önem taşıyan durumlar hakkında görüşünü ortaya koyması için savunmanın dosyayı

⁴⁰ Kühne/Esser, StV 2002, s. 391.

⁴¹ Kempf StV 2001, s. 207; Kempf, Eberhard, Die Rechtsprechung des EGMR zum Akteneinsichtsrecht und §§ 114, 115 Abs. 3, 115a Abs.3 StPO, in: FS für Peter Rieß zum 70. Geburtstag (hrsg. Hanack/Hilger/Mehle/Widmaier), Berlin 2002, s. 217; Ambos, NStZ 2003, s. 14 vd; Deckers, Rüdiger, Anmerkung, StV 2002, s. 320.

⁴² Kempf, in FS Riess, s. 219 vd; Ambos, NStZ 2003, s. 16.

⁴³ Ambos, NStZ 2003, s. 16.

⁴⁴ StV 2002, s. 318 vd. Deckers'in Açıklamasıyla birlikte

inceleme hakkına sahip olduğu ve mahkemenin bu yüzden son klasörleri değerlendiremeyeceği gerekçesiyle tutuklama kararını kaldırmıştır.

Söz konusu karar öğretide farklı yönlerden değerlendirilmiştir. Örneğin *Decker*⁴⁵, Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin, bu kararlar, kuvvetli şüphe bakımından da olsa, savunma için kısmi dosya incelemenin yeterli bir dayanak oluşturmadığını açığa kavuşturduğunu; AIHM'in Almanya'ya karşı 13.2.1001 tarihli üç kararında da, yanlış anlamaya yol açmayacak biçimde tutuklamaya ilişkin yüzyüze muhakeme zorunluluğuna, sınırsız bir dosya inceleme hakkının da dahil olduğunun dile getirildiğini düşünmektedir. Mahkeme, böylece, kısmi dosya incelemenin de kuvvetli şüphenin kabulünü tartışma konusu yapmak ve bunun dayandığı olgu ve delillerin güvenilirliğini incelemek bakımından savunma için yeterli bir dayanak olmadığını açığa kavuşturmuş bulunmaktadır.

Bu arada uygulamada seyrek de olsa AIHM'nin anılan kararlarına bazı göndermeler bulunmakta ise de; AIHM kararlarının doğrudan bağlayıcılığı bulunmadığı gerekçesiyle savcılıkların oldukça çekimser davrandıkları da vurgulanmaktadır⁴⁶.

§ 4. AIHM KARARLARINDAN ÇIKAN SONUÇLAR

I. KANUNLA DÜZENLEME ZORUNLULUĞU

Acaba anılan AIHM kararları, tutuklu sanık açısından dosya inceleme konusunda özel bir düzenleme getirilmesi zorunluluğu ortaya koymakta mıdır? Başka bir anlatımla koğuşturma organlarının, “*soruşturma amacının tehlikeye düşmesi*” (Alman CMUK § 147/2) kavramına verilecek anlam bakımından önceki tutumlarını değiştirmesi yeterli olacak mıdır, yoksa AIHM tarafından Sözleşmeye yönelik ihlal tespitleri kanun koyucunun müdahalesini mi gerektirecektir?

⁴⁵ **Deckers**, StV 2002, s. 320; aksi yönde **Lange**, NStZ 2003, s. 350.

⁴⁶ **Kieschke/Osterwald**, NJW 2002, s. 2004. **Marberth-Kubicki** de, Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi kararını, AIHM kararlarının, iç hukukta etkisini göstermesi bakımından önemli bir aşama olarak nitelendirmekte; ancak uygulamanın tutuklu sanık için dosya inceleme hakkının tanınmasındaki çekimserliklerinin sürdüğüne işaret etmektedir (**Marberth-Kubicki**, StraFo 2003, s. 368).

Bu soruya yanıt vermek için öncelikle Almanya, Avusturya ve İsviçre örneği göz önünde bulundurulmak suretiyle tutuklu sanığın dosya inceleme hakkının karşılaştırmalı hukukta nasıl çözüme kavuşturulduğu belirlenmelidir.

Avusturya'da müdafii bulunmayan sanığa da dosyayı inceleme hakkı tanınmakta (Av. CMUK § 45/2 c.2), dosyanın incelenmesine -iddianamenin tebliğ edilmesi aşamasına kadar (Av. CMUK § 209)- ancak bazı belgeler bakımından engel olunabilmekte ve bunun için de “*bu belgeler hakkında derhal bilgi edinilmesinin soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmesinden korkulan özel nedenlerin*” bulunması aranmaktadır (Av. CMUK § 45/2 c.3). Uygulamada ise, kolluk soruşturması aşamasında kural olarak dosyayı inceleme hakkı sağlanmamaktadır⁴⁷. Av. CMUK § 45a'da sanığın tutuklu olması durumunda, müdafiyeye *tutuklamaya dayanak oluşturan dosyanın ilgili kısımlarının tümünün* bir örneğinin “*gecikmeksizin*” ücretsiz olarak res'en verileceği düzenlenmiştir.

İsviçre'de dosyayı inceleme hakkı, ancak hazırlık soruşturmasının sona ermesinden sonra ve ancak soruşturma amacı tehlikeye düşmeyecekse tanınmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi, bunu, kamu yararının, sanığın yararına göre üstün olduğu gerekçesine dayandırmıştır; dosyayı inceleme hakkının sınırlandırılması savunma hakkına aşırı bir müdahale oluşturmaz; çünkü nihayetinde sanık -hazırlık soruşturmasından sonra- yargıç önünde dosyayla ilgili tüm bilgileri edinmek suretiyle kendisini savunabilir⁴⁸. Federal Mahkeme'nin daha sonraki kararlarında da, dosyayı inceleme hakkı, bununla çatışan kamu yararı veya sırrın korunmasına ilişkin yararın bulunmaması koşuluna bağlı tutulmuştur⁴⁹. Bununla birlikte Bern ve Züriç gibi bazı kantonlarda henüz daha hazırlık soruşturması aşamasında müdafiyeye dosya inceleme hakkı tanınmış olup, ancak delilleri karartma tehlikesi varsa, bu hakkın kullanılmasına engel olunabilmektedir⁵⁰. Bundan başka Züriç CMUK § 61'de yargıç tarafından verilen bir tutuklama kararı çerçevesinde tutuklama için önemli olan delil ve dokümanlar bakımından “*derhal*” dosyayı inceleme

⁴⁷ Bertel, Christian/Venier, Andreas, Strafprozessrecht, 7. Auflage, Manz Verlag, Wien 2002, no. 243.

⁴⁸ BGE 101 Ia, s. 18; aynı yönde BGE 119 Ib, s. 19 vd.; BGE 120 IV, s. 245.

⁴⁹ BGE 122 I, s. 161 vd.; BGE 127 I, s. 151.

⁵⁰ Ambos, ZStW 2003, s. 629 vd.

hakkına yer verilmektedir⁵¹. İsviçre’de de, Almanya’da olduğu gibi, kestirme bir yasak uygulaması egemendir⁵².

Almanya’da, sanığın dosyayı inceleme hakkı, ancak hazırlık soruşturmasının sona ermesinden sonra sınırsız olarak geçerli olup (Alman CMUK § 147/2, § 169a), bundan önce -savcı tarafından tesbit edilen- soruşturmanın amacının tehlikeye düşecek olması, dosyayı inceleme hakkına engel olmak için yeterli sayılmaktadır (ancak bkz Alman CMUK § 147/3). Buna karşı gidilebilecek herhangi bir yargı yolu bulunmamakla birlikte; 1999 tarihli Ceza Muhakemesi Değişikliğine İlişkin Kanun⁵³ sanığın tutuklu olması durumunda, AIHM’nin sanığa veya müdafisine tutuklamaya dayanak oluşturan dosyadaki bilgilerden görüş sahibi olabilmesi gerektiği doğrultusundaki görüşünün de etkisiyle⁵⁴, savcının hazırlık soruşturması dosyasının incelenmesi talebinin reddine karşı yargı yoluna gidilebilmesine olanak tanımıştır (Alman CMUK § 147/5 c. 2, § 161a/3 ile bağlantılı olarak § 147/7)⁵⁵. Bunlar gerektiğinde dosyadan çıkarılabilir ve bir örneğinin alınması için müdafiiye verilebilir⁵⁶. Sanık ve yasal temsilcisi, biraz sonra ayrıca üzerinde duracağımız üzere, avukat olsa bile, dosyayı inceleme hakkına sahip değildir (ancak bkz Alman CMUK § 147/7).

Alman Federal Adalet Bakanlığı, Almanya’ya karşı verilen bu üç karar üzerine, kanun koyucunun müdahalesine gerek olmadığından hareket etmiş; anılan kararlar, yalnızca bilgi edinmeleri için yargı organı üyelerine gönderilmiştir⁵⁷. *Kieschke/Osterwald’e* göre de, AIHM, her üç durumda da bunun arkasında yatan kanundaki düzenlemeye değinmeksizin, yalnızca savcıların söz konusu hükmü uygulamasında Sözleşmeye yönelik bir ihlal görmüştür. Alman CMUK § 147/2, dosyayı inceleme hakkının sınırlanması zorunluluğu öngörmemekte; aksine bunu savcılığın takdirine bırakmaktadır⁵⁸. Alman CMUK § 147/2, daha ziyade engelsiz ve etkin bir soruşturma yapılmasına

⁵¹ Schmid, Niklaus, *Strafprozessrecht*, 3. Aufl. Zürich 1997, s. 213 vd.

⁵² Schmid, *Strafprozessrecht*, s. 76.

⁵³ BGBl 2000 I, s. 1253.

⁵⁴ Ambos, *ZStW* 2003, s. 630.

⁵⁵ Eleştiri için bkz. Dedy, *StraFo* 2001, s. 149.

⁵⁶ OLG Hamm NStZ 2003, s. 386; OLG Köln NStZ 2002, s. 659.

⁵⁷ Kieschke/Osterwald, *NJW* 2002, s. 2004.

⁵⁸ Schmitz *in* Lamy kararından sonra bu yöndeki görüşü için bkz. Schmitz, *wistra* 1993, s. 324.

yönelik kamu yararını göz önünde bulundurmak suretiyle savcıya dosya inceleme hakkının sınırlandırılması yetkisi vermektedir. Bu bakımdan sözleşmeye yönelik ihlal, doğrudan mevcut düzenlemeden kaynaklanmadığı için kanunda değişiklik yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Bununla birlikte ileride benzer ihlallerin kesin olarak ortaya çıkmasından kaçınılması için, eğer sanık tutuklu ise, dosya inceleme hakkı, hiçbir yanlış anlamaya ve duraksamaya yer vermeyecek biçimde Alman CMUK § 147/2'e bir cümle eklenmesi suretiyle güvence altına alınabilir. Böylece sözleşmeye aykırı olarak devam etmekte olan uygulamaya da son verilmiş olacaktır⁵⁹.

Görüldüğü gibi Avusturya ve İsviçre'nin bazı kantonlarında tutuklu sanık için dosyanın incelenmesi hakkı bakımından özel bir düzenlemeye yer verilmiş; Almanya'da ise, en azından savcının dosyanın incelenmesi talebinin reddi kararına karşı tutuklu sanık veya müdafî tarafından yargı yoluna başvurma olanağı tanınmıştır.

15.7.2003 tarih ve 4928 sayılı kanundan önce Türk Hukuku'nda suçun, DGM'lerin görev alanına girip girmemesine göre müdafîin dosyayı inceleme hakkı, CMUK m. 143'de farklı biçimde düzenlenmişti. Yeni düzenleme ile bu ayırım ortadan kaldırılmış ve 3842 sayılı kanun ile değişik CMUK m. 143'ün DGM'lerde de uygulanmasına olanak sağlanmıştır. 1992 yılında 3842 sayılı kanunla yeniden düzenlenen CMUK m. 143 uyarınca müdafî hazırlık dosyasının tamamını inceleme ve istediği evrakın bir suretini alma hakkına sahip olup; ancak eğer "*hazırlık soruşturmasının gayesini tehlikeye düşürebilecekse*" C. Savcısının talebi üzerine sulh ceza yargıcı kararıyla bu hak kısıtlanabilir. Böylece 3842 sayılı kanundan önceki kural-istisna ilişkisi tersine çevrilmiş ve hazırlık soruşturması dosyasını inceleme yasağı kaldırılmıştır⁶⁰. Müdafîin hazırlık soruşturması dosyasını inceleyebilmesinin kural haline getirilmesi, savunma açısından olumlu bir gelişme olmakla birlikte, bunun, sanığın kaçmasına ve delilleri ortadan kaldırmasına⁶¹ ve böylece

⁵⁹ **Kieschke/Osterwald**, NJW 2002, s. 2004.

⁶⁰ **Yurtcan**, Erdener, CMUK Ceza Yargılaması Hukuku 1992 Değişiklikleri, İstanbul 1993, s. 28; **Yurtcan**, Erdener, CMUK Şerhi, İstanbul 2000, s. 365; **Demirbaş**, Timur, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, İzmir 1996, s. 135.

⁶¹ **Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa R./**Özbek**, V. Özer, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2000, no. 342; **Demirbaş**, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, s. 135; **Cihan**, Erol/**Yenisey**, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1997, no. 199. Bununla birlikte yazarların, sanığın tutuklu olup olmamasına göre herhangi bir ayırım yapmadan, müdafîin hazırlık soruşturması dosyasını, ancak savcının araştırma

koğuşurma organlarının, hazırlık soruşturmasının amacının tehlikeye düşmesini önlemek için, müdafinin incelemesine açık olmayan ikinci bir dosya tutması sonucuna yol açabileceği söylenmelidir⁶².

Bizim düşüncemize göre, koğuşurma organlarının, AIHM'in son kararlarında ortaya koyduğu ölçü içerisinde sanığın tutuklu olduğu durumlarda dosya inceleme hakkı tanınmaları ve "soruşturma amacının tehlikeye düşmesi" kavramına da bu çerçevede bir anlam vermeleri durumunda herhangi bir sorunla karşılaşmaz. Bununla birlikte "soruşturma amacının tehlikeye düşeceğine" dayanarak dosya inceleme hakkının reddedilmesinin olası bir başvuruya konu olmasını engellemek açısından CMUK m. 143/2'ye "Ancak, sanığın tutuklu olduğu durumlarda tutukluluğun hukuka uygunluğunu tartışma konusu yapmak bakımından önem taşıyan dosyadaki tüm olgu ve delillerin müdafii veya sanık tarafından incelenmesine, soruşturma amacının tehlikeye düşmesi gerekçesiyle engel olunamaz" yönünde bir cümle eklenmesi yararlı olacaktır. Gerçi CMUK m. 143/2, "soruşturma amacının tehlikeye düşebileceği" durumlarda, bu hakkın ancak yargıç kararıyla sınırlandırılmasına olanak tanıdığı için, ülkemiz bakımından bu tür ihlal iddialarının gündeme gelmeyeceği söylenebilir. Nitekim uygulamada soruşturma amacının tehlikeye düştüğü durumlarda da, sanık ister tutuklu olsun, ister olmasın bu hak tanınmakta⁶³ ve savcılar ancak çok istisnai durumlarda sulh ceza yargıcından dosya inceleme hakkının sınırlandırılmasını talep etmektedirler. Ne var ki, burada asıl sorun, DGM'nin görev alanına giren suçları işlemek şüphesiyle tutuklu olan sanıklar bakımındandır⁶⁴. Gerçekten DGM'lerin görev alanına giren suçlarda CMUK m. 143, değişiklikten önceki biçimiyle uygulandığından ve önceki düzenlemeye göre de, iddianamenin mahkemeye verilmesi aşamasına kadar kural olarak müdafinin dosyayı inceleme hakkı mevcut olmadığından;

işlemlerini bitirmesinden itibaren inceleyebilmesi yönünde CMUK m. 143'de bir değişiklik yapılması konusundaki önerilerinin, AIHM kararlarında ortaya konulan görüşle bağdaştırılması zor gözükmemektedir.

⁶² Öztürk/Erdem/Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, no. 342 dn. 393.

⁶³ Bu uygulamanın, etkin bir hazırlık soruşturma yürütülmesi ve bu bağlamda sanığın delilleri manipüle etme ve -varsa- tanık ve diğer suç ortağı sanıkları etki altına almaya yönelik girişimlerinin önlenmesi bakımından ortaya çıkaracağı sakınca ise ayrı bir tartışma konusudur.

⁶⁴ Aynı sorun, Askeri Mahkemeler Kuruluş ve Yargı Usulü Kanunu m. 90, müdafinin dosyayı inceleme hakkını açıkça düzenlediği için CMUK m. 143, askeri yargıda uygulanamayacağından, bu kanun kapsamına giren suçlardan dolayı tutuklu olan sanıklar bakımından da söz konusudur.

ancak hazırlık soruşturmasının amacına “*halel vermeyeceğinin anlaşılması halinde*” savcı tarafından dosyanın incelenmesine olanak tanınabildiğinden, uygulamada sanık ve müdafilerine, sanık ister tutuklu olsun, ister olmasın, hazırlık soruşturması aşamasında *kural olarak* dosyayı inceleme olanağı verilmemekteydi. AİHS m. 5/4’e aykırı olan bu uygulamaya son verilmesi için, 3842 sayılı kanunun, CMUK m. 143’de yapılan değişikliğin DGM’lerin görev alanına giren suçlar bakımından uygulanmayacağını öngören 31/1. maddesinin yürürlükten kaldırılması zorunlu görünmekteydi. Nitekim 4928 sayılı kanunla anılan hüküm yürürlükten kaldırılmak suretiyle, AİHM’e olası bir başvurunun önüne geçilmiştir.

II. DOSYA İNCELEME HAKKININ KAPSAMI

Eğer sanık tutuklu ise, AİHM’nin kararlarından, tutukluluğun hukuka uygunluğunu tartışma konusu yapmak için kısmi dosya incelemenin yeterli olmadığı sonucu çıkmaktadır. Tutuklama talebinde bulunan savcılık *tüm dosya içeriğini* kararı verecek yargıca göndermeli; savcılık ve yargıcın bilgi kaynakları *aynı* olmalıdır. Eğer savcı, dosya içeriğini gizli tutmak istiyorsa, bunları tutuklama kararı verecek olan yargıca da sunmamalıdır⁶⁵. Bu da gösteriyor ki, sanığın, tutuklu olduğu durumlarda söz konusu hak, kural olarak mutlak⁶⁶.

Bazı yazarlara göre ise, AİHM, kural olarak dosyanın *tamamının* incelenemesinden hareket etmemiş, bunu, olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak, yalnızca bu somut olay için dosyanın *tamamının* incelenmesini kabul etmiştir. Dosyanın hangi durumlarda tamamının incelenebileceği veya incelenip incelenemeyeceği her somut olay açısından ele alınması gereken bir konudur⁶⁷.

Bize göre her üç kararda ileri sürülen görüş oldukça açıktır ve savcı tarafından, tutuklama kararı verecek olan sulh ceza yargıcına sunulmamış olan hiçbir delilin tutuklama veya tutukluluğun devamına ilişkin karara dayanak oluşturması mümkün değildir. Gerçi savcılık, dosyadaki bazı delillerin bir taraftan sanığın soruşturmaya konu suçu işlediği konusunda kuvvetli şüpheye dayanak olması açısından önem taşıdığını, ancak diğer taraftan bu delillerin

⁶⁵ Kühne, no. 216.

⁶⁶ Almanya’daki hukuksal durumun bu gerekliliği ancak belli ölçüde göz önünde bulundurduğu söylenmektedir, Bkz. Ambos, ZStW 2003, s. 628.

⁶⁷ Lange, NStZ 2003, s. 348 vd.

sulh ceza yargıcına sunulmasının sürmekte olan soruşturmalardan elde edilecek sonuçların tehlikeye düşmesi sonucuna yol açabileceğini düşünebilir. Bu durumda savcılık, eğer “*diğer deliller*” sanığın tutuklanması için yeterli ise, tutuklamayı talep ederken olabildiğince bu delillere dayanma yoluna gitmeli⁶⁸; aksi takdirde sanığın tutuksuz olarak yargılanması sağlanmalıdır. Görülüyor ki, koğuşturma organları, tutuklama ve dosyayı inceleme hakkına engel olma arasında bir seçim yapmak zorundadır; bu ise zorunlu olarak ya tutuklamaya ancak çok sıkı koşullar altında başvurma veya dosya inceleme hakkına engel olma sonucuna yol açacaktır⁶⁹. Çünkü dosyayı inceleme hakkının engellenmesi, incelenmesi yasaklanan deliller için tutuklama bakımından *değerlendirme yasağı* oluşturur⁷⁰. Bu ise çoğu zaman tutuklama kararının kaldırılması sonucuna yol açacaktır; çünkü dosya içeriğinden bilgi sahibi olmayan sanık savunmasızdır ve bu yüzden artık tutuklu olarak kalması da mümkün olamayacaktır⁷¹.

Öte yandan dosya incelemenin kapsamı, soruşturmanın o anki durumuna bağlıdır; dolayısıyla savcılık bunu düzenli aralıklarla gözden geçirmeli ve tutukluluk süresine bağlı olarak sanığın bilgi edinme gereksiniminin de arttığını ve bu yüzden bununla bağlantılı olarak dosya inceleme hakkının kapsamının da genişleyebileceğini göz önünde bulundurmalıdır⁷².

III. DOSYA İNCELEME HAKKININ YASAKLANMASININ YARGISAL DENETİMİ

Almanya’da 1.11.2000 tarihinde yürürlüğe giren bir kanun ile eklenen Alman CMUK § 147/5 ile savcı tarafından dosyayı inceleme hakkının reddedilmesine karşı üç durumda özel bir yargısal denetim öngörülmüştür⁷³.

⁶⁸ Aynı yönde **Lange**, NStZ 2003, s. 352.

⁶⁹ **Ambos**, NStZ 2003, s. 16.

⁷⁰ *BVerfG* NJW 1994, s. 3220 = NStZ 1994, s. 551 = StV 1994, s. 465; *OLG Hamm* StV 2002, s. 318; aynı yönde **Schlothauer** StV 2001, s. 195 vd.; **Deckers** StV 2002, 320; **Amelung/Wirth** StV 2002, 164; **Ambos**, NStZ 2003, s. 15.

⁷¹ **Deckers** StV 2002, 320; **Ambos**, NStZ 2003, s. 16.

⁷² **Lange**, NStZ 2003, s. 352.

⁷³ Buna göre Savcılık tarafından dosyanın incelenmesine ilişkin talebin reddine karşı, üç durumda yargı yoluna gidilebilir: a) hazırlık soruşturmasının sona erdiği kaydı dosyaya düşülmüş ise, b) Alman CMUK § 147/3’de öngörülen ayrıcalıklı belgelerin incelenmesine muhalefet edilmiş ise; c) Sanık özgürlüğünden alıkonulmuş ise (Geniş bilgi için bkz. **Schlothauer** StV 2001, s. 192 vd.

İlk bakışta savunma için yeterli olmasa da önemli bir adım gibi gözüken bu düzenlemenin⁷⁴ uygulama alanının sınırlı olması nedeniyle bir düş kırıklığı uyandırdığı belirtilmektedir⁷⁵. Değişiklikten önce gerek uygulamada ve gerekse öğretide, savcının dosyanın incelenmesi talebinin reddine karşı yargısal bir denetim olanağı bulunmadığı kabul edilmekte⁷⁶ ve bu nedenle soruşturma amacının tehlikeye düşüp düşmediğine tek başına savcılık karar vermekteydi⁷⁷. Tutukluluk durumunun yargısal denetiminde hukuksal dinlenme açısından ortaya çıkabilecek olası boşluk, tutuklama kararının kaldırılması sonucuna yol açması bakımından göz önünde bulundurulmakta ise de, buna çok seyrek durumlarda başvurulmaktaydı⁷⁸. Gerçi getirilen düzenlemenin, dosya inceleme hakkının kapsamını genişletmediği; yargı denetimi yapan organın da, sonuçta Alman Anayasa Mahkemesi ve AİHM tarafından geliştirilen ölçütlere dayanarak karar vereceği söylenebilirse de⁷⁹; savcılığın dosya inceleme hakkını yasaklamasına karşı öngörülen yargısal denetim olanağı karşısında, artık AİHM'in m. 5/4'ü bağlayıcı biçimde yorumlayan kararları da göz önünde bulundurulacağına göre, savcılık kararına karşı etkin bir denetim gerçekleştirilecek⁸⁰ ve böylece savcılarının çoğu zaman yeterince gerekçelendirme gereği duymadıkları "soruşturma amacının tehlikeye düşeceği" için gelişigüzel dosya inceleme hakkına engel olmalarının da önüne geçilmiş olacaktır.

Türk Hukuku'nda 3842 sayılı kanunla 1992 yılında yapılan değişiklikten önce, hazırlık soruşturması dosyasının incelenmesi talebinin reddine karşı

⁷⁴ **Hilger**, Hans, StVÄG und Verteidigung, in: FS für Rieß, s. 178; **Gatzweiler**, Norbert, Folgen des Strafverfahrensänderungsgesetzes 1999 (StVÄG 1999) - Änderung des Akteneinsichtsrechts, StraFo 2001, s. 1.

⁷⁵ **Hilger**, in: FS für Rieß, s. 179; **Dedy**, StraFo 2001, s. 149.

⁷⁶ **Meyer-Goßner**, § 147 no. 39; **Laufhütte**, in: KK § 147 no. 18; **Pfeiffer**, Gerd, Strafprozessordnung Kommentar, München 2001, § 147 no. 11; **Pfeiffer**, in: FS Odersky, s. 462; karşı görüş **Lüderssen**, in: LR, § 147 no. 157 vd.; **Zieger**, StV 1993, s. 323; bu konuda geniş bilgi için bkz. **Schlothauer** StV 2001, s. 192 vd.

⁷⁷ **Zieger**, StV 1993, s. 321.

⁷⁸ Hamm Yüksek Eyalet Mahkemesi kararı yanında yine bkz. Köln Yüksek Eyalet Mahkemesi kararı, StV 1998, s.269.

⁷⁹ Nitekim bu yönde **Lange**, NStZ 2003, s. 351.

⁸⁰ **Kempf**, StV 2001, s. 207.

herhangi bir yargısal denetim öngörülmesi değildi⁸¹. Buna karşılık 3842 sayılı kanunla yeniden düzenlenen CMUK m. 143 uyarınca “*hazırlık soruşturmasının gayesini tehlikeye düşürebilecekse*” C. Savcısının talebi üzerine sulh ceza yargıcı kararıyla bu hak kısıtlanabilir⁸². Bu durumda hazırlık soruşturmasını yürüten savcı, eğer soruşturmanın amacına ulaşması bakımından dosyanın incelenmesini sakıncalı bulmakta ise, sulh ceza yargıcına başvuracak ve onun tarafından bir yasaklama kararı verilmesini talep edecektir; böyle bir talepte bulunmadığı sürece dosyanın incelenmesine engel olamayacaktır⁸³. Sulh ceza yargıcının, dosyanın müdafî tarafından incelenmesinin, gerçekten soruşturma amacını tehlikeye düşürdüğü yönünde bir kanaate ulaşılabilmesi için de, savcının “*tüm dosyayı*” sulh ceza yargıcına sunması zorunlu görünmektedir. Alman CMUK § 147/5’de 2000 yılında yapılan değişiklikle, savcı tarafından verilen hazırlık soruşturması dosyasını inceleme hakkının reddi kararına karşı yargı yoluna gidilmesi durumunda, “*açıklanması, soruşturma amacını tehlikeye düşürecekse, yargı denetimi sonucu verilecek kararın gerekçesiz olacağı*” öngörülmüştür. Oysa bizim hukukumuzda, savcının, hazırlık soruşturması dosyasının incelenmesinin reddi yönündeki talebi üzerine, sulh ceza yargıcının vereceği kararın gerekçesiz olacağına ilişkin bir düzenleme öngörülmediği ve Anayasa m. 141/3’de “*bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli yazılır*” yönünde bir düzenlemeye yer verildiği için, sulh ceza yargıcı, soruşturma amacına yönelik somut bir tehlikenin gerçekten mevcut olup olmadığını kararında tartışmak zorundadır. Sulh ceza yargıcı kararının, müdafî ve sanığa tebliğ edilmesi durumunda, kararın gerekçesinden hareketle, soruşturma amacını tehlikeye düşürmeleri her zaman söz konusu olabilir. *Kanaatimizce* bu sakıncanın ortadan kaldırılabilmesi için, sulh ceza yargıcı tarafından verilen, soruşturmanın amacının tehlikeye düşecek olması gerekçesine dayanarak hazırlık soruşturması dosyasının incelenemeyeceğine

⁸¹ 4928 sayılı kanunla 3842 sayılı kanunun 31/1. maddesi yürürlükten kaldırılıncaya kadar DGM’lerin görev alanına giren suçlar bakımından da dosyanın incelenmesi talebinin reddine karşı yargısal bir denetim olanağı mevcut değildi.

⁸² Bu düzenlemeden, hazırlık soruşturması sırasında dosyayı incelemeye karar verme yetkisinin *savcıya* ait olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla *kolluğun* dosya inceleme hakkı verme veya vermeme yetkisi yoktur (Alman Hukuku bakımından aynı yönde **Meyer-Göbner**, § 147 no. 34). Müdafî, kolluktaki hazırlık dosyasını incelemek istediğinde, bu yönde öncelikle savcılığa talepte bulunması gerekir (**Demirbaş**, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, s. 135).

⁸³ **Yurtcan**, 1992 Değişiklikleri, s. 28; **Yurtcan**, CMUK Şerhi, s. 365.

ilişkin kararın, soruşturmanın amacına yönelik tehlike ortadan kalkmadığı sürece, müdafî ve/veya sanığa tebliğ edilmemesi yerinde olacaktır.

IV. “SORUŞTURMA AMACININ TEHLİKEYE DÜŞMESİ” KAVRAMINA VERİLECEK ANLAM

“Soruşturma amacının tehlikeye düşmesi”, dosyanın incelenmesi durumunda, olayın aydınlatılmasının güçleşeceği veya olanaksızlaşacağından korkulmasını gerektiren nedenlerin bulunması anlamına gelmektedir⁸⁴. Öğretide bu kavrama verilecek anlam bakımından uzak ve belirsiz bir tehlikenin yeterli olmadığı, ancak belirli olaylara dayanan somut bir tehlikenin de bulunması gerektiği; tek başına suçun niteliği ve soruşturmanın kapsam ve kendine özgülüğünün böyle bir tehlikenin varlığına gerekçe yapılabileceği kabul edilmektedir⁸⁵.

AİHM’in yeni kararlarıyla, gelişigüzel soruşturma amacının tehlikeye düşecek olmasına dayanarak, tutuklu olan sanığın dosya inceleme hakkının engellenmesinin Sözleşmeye aykırılık oluşturduğu açıklık kazanmıştır⁸⁶. Bu bakımdan koğuşturma organlarının, sanığın tutuklu olduğu durumlarda, müdafî veya sanığın dosyayı incelemesine engel olmak için artık “soruşturma amacının tehlikeye düşeceği” gerekçesine (Alman CMUK § 147/2) sığınması olanağı kalmamıştır. Koğuşturma organları, artık bundan böyle, aynı tür ihlallerin ileride gündeme gelmesinden kaçınmak için AİHM’in AİHS m. 5/4’e ilişkin görüşünü de göz önünde bulundurmak⁸⁷; dosya inceleme hakkına hangi koşullarda engel olunabileceğini somut olarak ortaya koymak zorunda-

⁸⁴ **Pfeiffer**, in: FS Odersky, s. 459; **Laufhütte**, in: KK, § 147 no. 9; **Meyer-Goßner**, § 147 no. 25.

⁸⁵ **Laufhütte**, in: KK § 147 no. 9; **Meyer-Goßner**, § 147 no. 25; **Zieger**, StV 1993, s. 321; karşı görüş **Lüderssen**, in: LR, § 147 no. 136; **Centel**, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2003, s. 150 vd.

⁸⁶ Uygulamaya yönelik eleştiri için bkz. **Schlothauer** StV 2001, s. 193.

⁸⁷ **Kempf**, StV 2001, s. 207; **Kieschke/Osterwald**, NJW 2002, s. 2004. Buna karşılık **Lange**, AİHM’nin söz konusu kararlarının, bundan böyle soruşturma amacının tehlikeye düşmesi durumunda (Alman CMUK § 147/2) dosya inceleme hakkının engellenmesinde sanık haklarının da göz önünde bulundurulmasına vesile oluşturduğunu; bilinmesi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmeyecek olan dosya kısımların tüm dosyadan ayıklanıp, başka bir dosyada tutulabileceğini, bu durum savcılık için ek bir külfet getirirse de, bu yolla AİHM’nin istenmeyen kararlarının önüne geçilmiş olacağını belirtmektedir (**Lange**, NStZ 2003, s. 351). Her üç kararda ortaya konan görüş karşısında, böyle bir uygulamanın, AİHM’in istenmeyen kararlarının önüne geçebileceği bize oldukça şüpheli gözükmektedir.

dırlar. Soruşturma amacının tehlikeye düşecek olmasına yapılacak kestirme bir gönderme yerine, böyle bir tehlikenin mevcut olduğuna ilişkin somut tutanak noktaları ortaya konmalı ve bu amaç en azından somut olarak tehlikeye düşecek olmalıdır⁸⁸.

V. DOSYA İNCELEME YERİNE SÖZLÜ AÇIKLAMA

Daha önce değindiğimiz Alman Anayasa Mahkemesi kararına göre sözlü duruşmada tutuklama için önem taşıyan durumlar hakkında tutuklu sanığa sözlü bilgi verilmesi çoğu durumda yeterli olabilir. Oysa AIHM, yeni tarihli üç kararında sözlü açıklamada bulunmayı yeterli görmemiştir. Bu bakımdan hangi durumda olursa olsun savunmanın, hazırlık soruşturması dosyasının kendisi için önem taşıyan bölümlerini bizzat inceleyebilmesi gerekir⁸⁹.

VI. BELGELERİN KISMEN KARALANARAK OKUNMAZ HALE GETİRİLMESİ

Özel ve AIHM kararında da ele alınmış bir sorun da, bir taraftan tutuklu sanığı suçlayıcı ve bu nedenle de savunması için önem taşıyan, fakat diğer taraftan gizli tutulması gereken bilgiler içeren kapsamlı bir ifadenin, tutuklama kararına konu yapılmasıdır. Bunların tutanağın düzenlenmesi sırasında birbirinden ayrılması söz konusu olamayacağı için, tutanağın kısmen karalanması yoluna gidilmesi gündeme gelir.

Bu tür bir durum Köln Eyalet Yüksek Mahkemesi kararına konu olmuştur. Karara konu olayda insan ticareti ve fuhuş için kadın tedariki suçlaması, Doğu Avrupalı bir “*kamu tanığı*”nin ifadesine dayanıyordu. Verdiği bilgiler, birden fazla karmaşık başka olayla ilgili olarak yapılacak soruşturmalara ilgili tutanak noktaları içeriyordu. Bu yüzden savcılık, ifadeyi içeren bu tutanağı tutuklamaya itiraz muhakemesinde yalnızca mahkemeye sunmak istemiş, ancak başka genelev ve sanıklara ilişkin pasajları karalamak suretiyle okunmaz hale getirmişti; bunun üzerine yalnızca tutuklama kararındaki suçlamalara yönelik olarak tanığın yeniden ifadesi alındı. Müdafiyeye her iki tutanak da verildi. Bu soruşturma amacı ve savunma hakları arasındaki uzlaştırıcı çözüme Köln Eyalet Yüksek Mahkemesi de yeşil ışık yakmıştır.

⁸⁸ **Ambos**, ZStW 2003, s. 630; **Ignor**, Alexander/**Matt**, Holher, Integration und Offenheit im Strafprozeß - Vorschläge zu einer Reform des Strafverfahrens, StV 2002, s. 105.

⁸⁹ **Lange**, NStZ 2003, s. 352.

Böyle bir uygulamanın, AİHM kararlarında ortaya konan gereklere aykırı olduğu açıktır. Bu yüzden eğer tanık ifadesinin, hem sanığın tutuklanması ve hem de olayın aydınlatılması açısından gerekli olduğu düşünülüyorsa, savcılık, ikisi arasında bir tercih yapmak durumunda olacağı için, eğer bu ifadenin savunma tarafından incelenmesinin, soruşturma amacını tehlikeye düşüreceği düşüncesinde ise, sulh ceza yargıcından bu yönde bir karar almak koşuluyla bu ifadenin incelenmesine engel olabilecek; ancak böyle bir durumda, artık tutuklama veya tutukluluk durumunun devamına ilişkin talebinde bu ifadeye dayanamayacaktır.

VII. BİZZAT SANIĞA DA DOSYA İNCELEME HAKKININ TANINMASI

AİHM, 18.3.1997 tarihli Fransa'ya karşı *Foucher* kararında, bizzat kendisini savunan sanığa dosyayı inceleme hakkı tanınmaması durumunda, makul bir savunmanın mümkün olamayacağı gerekçesiyle Fransa'nın AİHS m. 6/3 ve 6/1'i ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır⁹⁰. Oysa Almanya'da 2.8.2000 değişikliğine kadar⁹¹, öğretide bazı yazarların aksi yöndeki görüşlerine rağmen, Alman CMUK § 147 yalnızca *müdafîye* hazırlık soruşturması dosyasını inceleme yetkisi vermekte olup, bizzat kendisini savunan müdafî bakımından böyle bir hak söz konusu değildi⁹². Öyle ki, Alman Anayasa Mahkemesi, bu

⁹⁰ AİHM'nin 18.3.1997 tarihli Fransa'ya karşı *Foucher* kararı, NStZ 1998, s. 429, Deumeland'ın Açıklamaları İle Birlikte

⁹¹ BGBI 2000 I, 1253.

⁹² **Laufhütte**, in: KK, § 147 no. 2; **Roxin**, Claus, Strafverfahrensrecht, München 1998, § 19 no. 64; **Lüderssen**, in: LR, § 147, no. 9; **Meyer-Göbner**, § 147 no. 3; **Pfeiffer**, § 147 no. 1; **Pfeiffer**, in: FS Odersky, s. 454; **Kühne**, no. 220; **Müller**, Hermann, in: KMR Kommentar zur Strafprozessordnung, Neuwied/Kriftel/Berlin 1993, § 147 no. 23. Bununla birlikte AİHM'nin *Foucher* kararından sonra, müdafî olmayan sanığın Alman Hukuku'nda da dosyayı inceleme hakkına sahip olduğu görüşü giderek taraftar toplamaya başlamıştır (**Deumeland**, Klaus Dieter, Anmerkung zu EGMR, Urteil v. 17.02.1997 - 10/1996/629/812 - (Akteneinsicht durch Beschuldigten), NStZ 1998, s. 429 vd.; **Haass**, Jörg Zu den Auswirkungen der Entscheidung des EGMR zur Akteneinsicht von Beschuldigten am Beispiel der Entscheidung des LG Mainz I. Entscheidungen und Problem, NStZ 1999, s. 443. Yazara göre, Mahkemeler, doğrudan iç hukuk hükmü niteliğinde olan AİHS m. 6'ya dayanarak sanığa da dosya inceleme hakkı tanıyabilirler. Bu noktada etkin bir savunmanın, sanığın kendisine yönelik isnadların neye dayandığını bilmesini gerektirdiğine dikkat edilmelidir. Dosyanın önemli bölümlerinin sanığa incelettirilmesine engel olunamayacağından, bu yolla elde edilen bilgilerin kötüye kullanılmasına karşı bir düzenleme gereklidir. Bununla birlikte *de lege feranda* sanığa da dosya inceleme hakkı tanınması

yasağın bizzat kendisini savunan “avukat” bakımından da geçerli olduğu sonucuna ulaşmıştı⁹³. Yeni düzenlemeye göre, soruşturma amacı tehlikeye düşmeyecekse ve üçüncü kişilerin daha üstün yararlarına aykırılık oluşturmayacaksa, müdafii olmayan sanık dosyadan bilgi ve belgelerin bir örneğini elde etme olanağına sahiptir. Görüldüğü gibi, yeni kanun değişikliği de sanık bakımından dosya inceleme hakkı öngörmemekte, yalnızca ceza koşturma organlarının takdirine giren bir bilgi ve dosyadan örnek vermeyi düzenlemektedir⁹⁴.

Türk Hukuku’nda ise, müdafii olmayan sanığın bizzat dosyayı inceleme hakkına sahip olup olmadığı tartışmalı olup, öğretide çoğunluk görüşü, bu hakkın bizzat sanığa değil, yalnızca müdafiiye tanınmış bulunduğu doğrultusundadır⁹⁵. *Kanaatimizce* dosya inceleme olanağının verilmesi durumunda, sanığın bazı belgeleri yok edebilecek olması⁹⁶, tek başına müdafii olmayan sanığın dosya inceleme hakkının ortadan kaldırılmasına gerekçe oluşturmaz.

istenmiştir (**Welp**, Jürgen, Probleme des Akteneinsichtsrechts, FS Peters 1984, s. 314 vd. Bu konuda geniş bilgi için bkz. **Böse**, Martin, (K)ein Akteneinsichtsrecht für den Beschuldigten? Die Entscheidungen des EGMR und des LG Mainz, (Anmerkung zu: EGMR, U. v. 18.03.1997 (“Foucher”), und LG Mainz, B. v. 22.10.1998 - 1 Qs 225/98 -), StraFo 1999, s. 293 vd.

⁹³ BVerfGE 53, s. 214. Mainz Eyalet Mahkemesi’ne göre de, sanığa dosya inceleme hakkının düzenlenmesi, kanun koyucunun görevi olup, AİHM’nin bu yöndeki kararları durumda bir değişiklik meydana getirmez (LG Mainz, NJW 1999, s.1271). Bu karara yönelik eleştiriler için bkz. **Dörr**, Dieter, Anmerkung zu LG Mainz, B. v. 22.10.1998 - 1 Qs 225/98 - (Akteneinsicht des Beschuldigten), JuS 2000, s.287.

⁹⁴ Bu yüzden getirilen düzenlemenin AİHM’nin kararlarında ortaya konan gereklilikleri karşılamakta yetersiz olduğu haklı olarak ileri sürülmüştür (**Esser**, Europäische Strafverfahrensrecht, s. 435 vd.; **Kühne**, no. 220).

⁹⁵ **Kunter**, Nurullah/**Yenisey**, Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku I (Ceza Muhakemesinin Genel Hükümleri), İstanbul 2002, no. 30.6; **Cihan/Yenisey**, Ceza Muhakemesi, no. 202; **Öztürk/Erdem/Özbek**’in de, dosyayı inceleme hakkının, sanığa da tanınmasının gerekip gerekmediğinin CMUK m. 143’deki düzenlemenin açıkça anlaşılacağına, ancak AİHM’nin bu yöndeki kararlarına işaretle bu yönde bir düzenleme yapılması gereğine işaret ettiklerinden, mevcut düzenlemeye göre sanığın bizzat dosya inceleme hakkına sahip olmadığı görüşünde oldukları söylenebilir (**Öztürk/Erdem/Özbek**, Ceza Muhakemesi, no. 342 dn. 391). Adalet Bakanlığı da 8.2.1955 tarihli bir genelgesinde sanığın müdafii olsun ya da olmasın bu hakka sahip olmadığı görüşünü ortaya koymuştur (Bunun için bkz. **Donay**, Sanığın Hakları, s. 149 dn. 53).

⁹⁶ **Cihan/Yenisey**, Ceza Muhakemesi, no. 202. Nitekim bu tehlike göz önünde bulundurulurken Alman Hukuku’nda da, dosyanın sanığa verilemeyeceği kabul edilmektedir (**Meyer-Goßner**, § 147 no. 4).

Hazırlık soruşturması dosyasının fotokopisini inceleme olanağının sanığa verilmesi, bir görevli nezaretinde dosyanın incelenmesine olanak tanınması veya sanığa bir müdafii atanması suretiyle⁹⁷ bu tehlike her zaman ortadan kaldırılabılır⁹⁸. Bu yüzden müdafii olmayan sanığın dosyayı inceleme hakkına sahip olduğu görüşü⁹⁹ bize daha isabetli gelmektedir. Kaldı ki, AİHM'in Fransa'ya karşı *Foucher kararı* açıkça müdafii olmayan sanığa da dosya inceleme hakkı tanıdığı için, CMUK m. 143'de açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen, doğrudan AİHS m. 6/1 ve 5/4'e dayanmak suretiyle müdafii olmayan sanığa da dosya inceleme hakkının tanınması zorunlu görünmektedir¹⁰⁰. Gerçi müdafiiin, sanıktan farklı olarak "yargının bir organı olan" ve bu yüzden de kendi kişisel bilgisini, soruşturma amacını tehlikeye düşürmek için kötüye kullanmama yükümlülüğü altında bulunan *müdafiiye* dosyayı inceleme hakkı tanınmasının bir sakınca oluşturmayacağı iddia edilebilir. Ne var ki, müdafiiin, soruşturma ile ilgili konularda sanığa bilgi vermesini önlemeye yönelik bir güvence mevcut değildir¹⁰¹. Öyle ki, müdafii, sanığa

⁹⁷ Bugünkü durumda CMUK m. 138'de yer alan sanığın "kendisini savunamayacak derecede *malul olması*" deyimini geniş yorumlamak suretiyle, sanığın dosyayı incelemesinin soruşturma amacını tehlikeye düşürecek olduğunun kabul edildiği durumlarda, kendisine bir müdafii atanmasının mümkün olduğu ve böyle bir durumda dosyanın sanık tarafından değil, onun müdafii tarafından incelenebileceği düşüncesindeyiz. Nitekim Almanya'da AİHM kararlarının, Alman CMUK § 147/7 açısından da bazı sonuçları olacağı, müdafii olmayan sanık, müdafii olan sanığa göre daha elverişsiz bir duruma getirilemeyeceğine göre, bu durumda ya tutuklama durumunda kendisine kapsamlı bir dosya inceleme hakkı tanınması veya Alman CMUK § 140/2 uyarınca bir müdafii atanması gerekeceği haklı olarak ileri sürülmektedir (**Ambos**, NStZ 2003, s. 16; **Ambos**, ZStW 2003, s. 630; **Kempf StV** 2001, s.207; karşılaştırınız **Esser**, Europäische Strafverfahrensrecht, s. 354, yazara göre dosya içeriğinin kişisel olarak sanığa mı, yoksa onun müdafiiine mi tanınması gerektiği AİHM'in Lamy kararından açıkça anlaşılmamaktadır).

⁹⁸ Bkz. **Donay**, Sanığın Hakları, s. 145; **Dedy**, StraFo 2001, s. 153.

⁹⁹ **Donay**, Sanığın Hakları, s. 145. Yargıtay 6.CD de bizce yerinde olarak müdafiiin yetkilerini belirlemek amacıyla konulan CMUK m. 143'ün savunma hakkını bizzat kullanan sanığın dosyayı incelemesine engel oluşturmadığı sonucuna ulaşmıştır (Yar. 6CD 30.1.1961 475/497, **Donay**, Sanığın Hakları, s. 150 dn. 54).

¹⁰⁰ Her ne kadar AİHM kararların bağlayıcı etkisinin, yalnızca aleyhine başvuru yapılan devlet bakımından söz konusu olduğu söylenebilirse de, verilen kararın diğer devletler bakımından *yönlendirici* bir fonksiyonu vardır. Sözleşmeciler devletler ileride Sözleşmeye yönelik bir ihlalin kendileri bakımından da gündeme gelmesini engellemek için bir başka devlet aleyhine verilmiş de olsa, verilen karara göre hareket etmek zorundadırlar (**Ress**, Georg, Wirkung und Beachtung der Urteile und Entscheidungen der Strassburger Konventionorgane, EuGRZ 1996, s. 350).

¹⁰¹ **Lange**, NStZ 2003, s. 348.

esas itibarıyla tüm dosya içeriği ile ilgili bilgi vermeye yetkili, hatta yükümlüdür¹⁰². Sanığa bizzat dosya inceleme hakkının tanınmasının ortaya çıkarabileceği sakıncalar, onun müdafinin bulunması durumunda da mevcut olduğuna göre, müdafii olmayan sanığa dosya inceleme hakkı tanınmamasını haklı gösterebilecek bir nedenin bulunmadığı düşüncesindeyiz.

§ 5. SONUÇ

AIHM kararlarından ortaya çıktığı üzere, tutuklama veya tutukluluğun devamına ilişkin karar açısından önem taşıyan tüm dosya içeriğini sanık ve müdafinin inceleme hakkı vardır. Bu hakkın, “*soruşturma amacının tehlikeye düşeceği*” gerekçesiyle ortadan kaldırılması mümkün değildir. Gerçi Divan, ceza koğuşturmasının etkin biçimde yürütülmesi zorunluluğunu ve bunun da soruşturma amacının tehlikeye düşeceği durumlarda toplanan bilgilerin bir kısmının gizli tutulmasını gerektirebileceğini kabul etmektedir. Bununla birlikte bu amaç, tutuklu sanığın savunma haklarının sınırlanmasını haklı göstermez. Bu açıdan bakıldığında, savcılık, dosyanın incelenmesinin soruşturmanın amacını tehlikeye düşüreceği düşüncesinde ise, sulh ceza yargıcından bunların incelenmemesi yönünde bir karar verilmesini talep edecek; eğer sulh ceza yargıcı bu yönde bir karar vermiş ise, savunmanın incelemesine açık olmayan bu bilgi ve delilleri tutuklama kararı verecek olan yargıca sunamayacaktır. Bu yüzden eğer savunmanın incelemesine açık olan “*diğer deliller*” tutuklama kararı verilmesi için yeterli ise sulh ceza yargıcı, yalnızca bu delillere dayanarak sanığın tutuklanmasına veya tutukluluğunun devamına karar verebilecek; aksi takdirde sanığın tutukluluk durumuna son verecektir. Gerçi sanığın delilleri manipüle etme ve tanıkları baskı ve etki altına almaya yönelik girişimlerini önlemek bakımından sanığın tutuklanması yararlı gözükabilir. Ancak bu tehlikenin, tutuklu sanığın, müdafii veya yakınları ile istediği zaman ve kimsenin duymayacağı bir ortamda görüşme hakkına sahip olması nedeniyle, tutuklama yoluyla ortadan kaldırılmasının çoğu zaman mümkün olmadığı gözden uzak tutulmalıdır. Tutuklama kararını verecek olan sulh ceza yargıcına sunulmuş olup da, savunmanın incelemesine açık olmayan hiçbir delil tutuklama kararına dayanak oluşturamayacağı için, AIHM kararlarında ortaya konan gereklilikler, bizde zaten nerdeyse öne

¹⁰² Meyer-Göbner, § 147 no. 20; Laufhütte, in: KK, § 147 no. 8; Centel/Zafer, s. 151; Pfeiffer, in: FS Odersky, s. 458.

alınmış bir cezaya dönüşen tutuklamaya ilişkin uygulamaya da son verilmesi sonucuna yol açacaktır.

1992 değişikliği ile yeniden düzenlenen CMUK m. 143'e dayalı bugünkü uygulamanın, *esas itibarıyla* AİHS m. 5/4'e yönelik bir ihlali gündeme getirmeyeceği düşüncesindeyiz. Bununla birlikte hazırlık soruşturmasını yürüten savcının "*soruşturma amacını tehlikede gördüğü*" gerekçesiyle sulh ceza yargıcından dosyanın incelenmesine engel olmak için karar verilmesini talep ettiği durumda, tutuklu olan sanığın, verilen tutuklama kararının hukuka uygunluğunu tartışma konusu yapmak için dosyayı inceleme gereksinimi göz önünde tutulmadığı takdirde, seyrek de olsa AİHS m. 5/4'ün ihlali gündeme gelebilir. DGM'lerin görev alanına giren bir suçtan dolayı tutuklu olan sanıklar bakımından söz konusu olabilecek sorun ise, 4928 sayılı kanun ile 3842 sayılı kanunun 31/1. maddesinin yürürlükten kaldırılması sonucu, bu kanunla değişik CMUK m. 143'ün DGM'lerde de uygulanmasına olanak sağlanması ile birlikte ortadan kalkmış gözükmektedir. Bugünkü durumda AİHS m. 5/3'e yönelik ihlal olasılığının "tamamen" ortadan kaldırılması bakımından CMUK m. 143/2'ye "*Ancak, sanığın tutuklu olduğu durumlarda tutukluluğun hukuka uygunluğunu tartışma konusu yapmak bakımından önem taşıyan dosyadaki tüm olgu ve delillerin müdafii veya sanık tarafından incelenmesine, soruşturma amacının tehlikeye düşmesi gerekçesiyle engel olunamaz*" yönünde bir cümle eklenmesinin, yararlı olacağı düşüncesindeyiz.

Kısaltmalar

<i>AIHM</i>	: <i>Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi</i>
<i>AIHS</i>	: <i>Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi</i>
<i>Art.</i>	: <i>Artikel</i>
<i>Bd.</i>	: <i>bant</i>
<i>BGBL</i>	: <i>Bundesgesetzblätter</i>
<i>BGH</i>	: <i>Bundesgerichtshof</i>
<i>Bkz.</i>	: <i>bakınız</i>
<i>BVerG</i>	: <i>Bundesverfassungsgericht</i>
<i>CD</i>	: <i>Ceza Dairesi</i>
<i>CMUK</i>	: <i>Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu</i>
<i>DGM</i>	: <i>Devlet Güvenlik Mahkemesi</i>
<i>dn.</i>	: <i>dipnot</i>
<i>E</i>	: <i>Entscheidung</i>
<i>EGMR</i>	: <i>Europäische Gerichtshof für Menschenrechte</i>
<i>EuGRZ</i>	: <i>Europäische Grundrechte</i>
<i>FS</i>	: <i>Festschrift</i>
<i>GA</i>	: <i>Goltdammer's Archiv</i>
<i>JuS</i>	: <i>Juristische Schulung</i>
<i>KK</i>	: <i>Karlsruher Kommentar</i>
<i>LG</i>	: <i>Landesgericht</i>
<i>LR</i>	: <i>Löwe-Rosenberg</i>
<i>m.</i>	: <i>madde</i>
<i>NJW</i>	: <i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
<i>no.</i>	: <i>numara</i>
<i>NSZ</i>	: <i>Neue Zeitschrift für Strafrecht</i>
<i>OLG</i>	: <i>Oberlandesgericht</i>
<i>ÖJZ</i>	: <i>Österreichische Juristen Zeitung</i>
<i>s.</i>	: <i>sayfa</i>
<i>StPO</i>	: <i>Strafprozessordnung</i>
<i>StraFo</i>	: <i>Strafverteidiger Forum</i>
<i>StV</i>	: <i>Strafverteidiger</i>
<i>U</i>	: <i>Urteil</i>
<i>ZStW</i>	: <i>Zeitschrift für gesamte Rechtswissenschaft</i>

