

SORUŞTURMA EVRESİNDE MÜDAFİ VE VEKİLİN EVRAK İNCELEME YETKİSİ

(Power of Defender and Attorney to Examine Documents During the Investigation Phase)

Örnek İnsan ve Akademisyen Prof. Dr. Nur CENTEL Hocam'ı doktora öğrenimimin ilk aşamasından itibaren tanıma fırsatı buldum ve daima desteğini hissettim. Değerli Hocam adına hazırlanan bu Armağan için, Hocam'ın doktora tezi olan "Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî" başlıklı kitabında, müdafîin önemli yetkilerinden biri olarak ele aldığı evrak inceleme yetkisini çalışmanın anlamlı olacağını düşündüm. Hocam'ın çalışma konularından birini ele almaktan ve öğrencisi olmaktan onur duyduğumu belirtmek isterim.

Ali PEHLİVAN*

ÖZET

Uygulamada soruşturma evresinde, müdafî veya vekil sıfatıyla evrak inceleme talebinde bulunan avukatlardan vekâletname ibraz etmesi istenilebilmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu m.153'te, müdafî ve vekilin evrak inceleme yetkisi kabul edilmiş; bu yetkinin kullanılması vekâletname ibrazına bağlanmamıştır. Müdafî veya vekil sıfatıyla evrak inceleme talebinde bulunan avukatın beyanına güvenilmeli ve soruşturma evrakı avukat tarafından vekâletname ibrazına bağlı olmaksızın incelenebilmelidir. Avukatlık Kanunu m.2/3 ve m.46/2'de yer alan emredici düzenlemeler de bunu gerektirmektedir.

Anahtar kelimeler: Soruşturma evresi, Evrak inceleme, Kısıtlama kararı, Avukatın evrak inceleme yetkisi, Vekâletname ibrazı, Avukatın işi red hakkı.

Abstract

In practice, during the investigation phase, lawyers acting as an attorney or a defender can be asked to present power of attorney in case they ask for examination of documents. Article 153 of Code of criminal procedure recognizes the right of attorneys or defenders to examine documents without conditioning this right to the presentation of power of attorney. Declaration of a lawyer acting as attorney or defender shall be trusted and he/she shall examine the documents related the investigation phase without presenting the power of attorney. Imperative provisions of articles 2/3 and 46/2 of Legal Profession Act require the above.

* Dr., Avukat, ali_pehlivan@yahoo.com

Keywords: Investigation phase, Document examination, Deision of restriction, Power of defender to examine documents, Presentation of power of attorney, Right of attorney to refuse the case.

Giriş

Ceza muhakemesi hukuku; bir kişinin suç işleyip işlemediğinin nasıl belirleneceği, kişinin kendisine yöneltilen suçu işlediği sonucuna varıldığında ne şekilde cezalandırılacağına ilişkin kurallar bütünüdür¹.

Suç faileri cezalandırılarak cezanın genel önleme fonksiyonu yerine getirilmekte ve toplumun korunması sağlanmaktadır². Ceza kanunları ve diğer özel ceza kanunlarında yer alan soyut cezalar, ancak uygulandığı takdirde, suç işlemeyi düşünenlerin caydırılmasında etkili olabilir³. Türk Ceza Kanunu m.1'e göre Ceza Kanunu'nun amaçları arasında yer alan suçun işlenmesinin önlenmesi, ceza muhakemesi hukuku aracılığıyla sağlanabilir⁴.

Ceza muhakemesi hukuku, toplumun korunmasının yanı sıra temel hak ve özgürlüklere müdahalenin sınırını ortaya koyarak bu hak ve özgürlüklerin korunmasına da hizmet etmektedir⁵. Anayasa m.2'ye göre Türkiye Cumhuriyeti, bir hukuk devletidir. Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmış olması, hukuk devletinin gereklerinden biridir⁶. Anayasa'nın Temel Haklar ve Ödevler başlıklı ikinci kısmının Kişinin Hakları ve Ödevleri'ne ilişkin üçüncü bölümünde, "Hakların korunması ile ilgili hükümler" arasında yer verilen hak arama özgürlüğü kapsamında⁷ iddia ve savunma hakkını içeren düzenleme, temel hak ve özgürlüklerin korunmasının esasını oluşturmaktadır: "Herkes, meşrû vasıta ve yollardan fayda-

¹ Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul Ekim 2012, 3; Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sırma, Özge/Kirit Saygılar, Yasemin/Özaydın, Özdem/Akcan Alan, Esra/Erdem, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Editör: Bahri Öztürk, Ankara Nisan 2013, 35.

² Kunter, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989, k.no.15.

³ Centel/Zafer, 5.

⁴ Soyaslan, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010, 49.

⁵ Soyaslan, 49-50.

⁶ Öztürk, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koşuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması), Ankara 1991, 65; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kirit Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erdem, 115; Demirbaş, Timur, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, Ankara 2013, 83; Şahin, Cumhuriyet, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara 1994, 68-69; Kocaoğlu, S. Sinan, Müdafî, Ankara Şubat 2011, 51-52; Günday, Metin, İdare Hukuku, Ankara 2004, 38; Giritli, İsmet/Bilgen, Pertev/Akgüner, Tayfun/Berk, Kahraman, İdare Hukuku, İstanbul 2012, 72. Anayasa Mahkemesi kararlarında da, temel hak ve özgürlüklerin korunması, hukuk devletinin gerekleri arasında sayılmaktadır. Örneğin bak. AyMK 27.12.2012 tarih ve 2012/35 Esas, 2012/203 Karar Nolu kararı, RG 12.7.2013, No.28705.

⁷ "Hak arama"nın, hem iddiayı hem savunmayı kapsadığı konusunda bak. Centel, Nur Başar, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, İstanbul 1984, 13.

lanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” (Anayasa m.36/1)⁸.

Ceza muhakemesi hukukunun amacı maddi gerçeğin bulunmasıdır. Geçmişte yaşanan bir olay ve olaylar bütünü, deliller aracılığıyla ortaya konularak maddi gerçek bulunmaya çalışılmaktadır⁹. Maddi gerçeğe; iddia, savunma ve yargılama makamının kolektif faaliyetiyle daha kolay ulaşılabileceği düşünülmüş ve muhakemenin yürüyüşü buna göre düzenlenmiştir. İddia makamı, bir suçun belli bir kişi (şüpheli) tarafından işlendiğini ileri sürer. Böylelikle iddia makamı tarafından ortaya bir “tez” (sav) atılır. Savunma makamı; ortada suç bulunmadığı, suçun şüpheli veya sanık tarafından işlenmediği, olayda bir hukuku uygunluk nedeni bulunduğu ya da sanığın talep edilenden daha az bir cezayla cezalandırılması gerektiğini ileri sürerek “antitez” te (karşı sav) bulunur. Yargılama makamı tarafından tez ve antitezden bir “sentez” e yani hükme varılır¹⁰. Varılacak hükmün adil ve sağlıklı olabilmesi için, hüküm verme faaliyetine katılan bütün makamlar; birbirlerinin fikirlerini öğrenmeli, her bir makam, diğer makamın fikirlerine karşı beyanda bulunabilmelidir. Bu nedenle muhakeme faaliyetine katılan iddia ve savunma makamının bu faaliyetlerinin güvence altına alınabilmesi için bazı hak ve yetkilere sahip olmaları gerekir. İddia makamı, toplum adına Cumhuriyet savcılığı tarafından temsil edilmekteyse de, mağdur ve suçtan zarar görenler, istedikleri takdirde muhakeme faaliyetine katılabilirler¹¹. Savunma makamı, şüpheli ve sanık ile müdafiden oluşmaktadır.

Kişiler, ceza muhakemesi hukukunda şüpheli ve sanık sıfatıyla “savunma hakkı”na; mağdur ve suçtan zarar gören sıfatıyla “iddia hakkı”na sahiptirler¹². Ki-

⁸ Anayasa Mahkemesi tarafından iddia ve savunma hakkının birbirini tamamladığı, bu iki hakkın esas olarak hak arama özgürlüğüne dayandığı, bu hakların yöntem, süre ve gerekler yönünden koşullara bağlanarak düzenleme yapılması dışındaki kısıtlama ve engellemelerin uygun olmayacağı belirtilmiştir: “... ‘Sav ve savunma hakkı’ birbirini tümleyen ve birbirinden ayrılmaması olanaksız bir kurum niteliğiyle hak arama özgürlüğünün temelidir. Yaşam hakkının karşı ögesi olmaktan ötede, bu hakka işlerlik ve anlam kazandıran önemiyle insanlık yaşamında yadsınmaz bir yeri olan hak arama özgürlüğü, toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri olmakla birlikte, bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme uğraşının uygar yöntemidir. ... Anayasa’ya aykırı olarak, açık ya da üstü kapalı sınırlamalar, hangi yolla yapılırsa yapılsın uygun karşılanamaz, insan varlığını soyut ve somut değerleriyle koruyup geliştirmek amacıyla hukuksal olanakları kapsamlı biçimde sağlama, bu konuda tüm yollardan yararlanma hakkını içeren hak arama özgürlüğü, hukuk devletin başlıca ölçülerinden, demokrasinin en çağdaş gereklerinden, vazgeçilmez koşullarından biridir. Kullanılmasını yöntem, süre ve gerekler yönünden koşullara bağlayarak düzenleme dışında kısıtlama, engelleme ve olumsuz yönde etkileme hoşgörüsüyle karşılanamaz ve bu doğrultudaki düzenlemeler Anayasayla bağdaşmaz” (Bak. AyMK 19.9.1991 tarih ve 1991/2 Esas, 1991/30 Karar Nolu karar, RG 16.9.1992, No.21347).

⁹ Centel/Zafer, 5; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erdem, 39.

¹⁰ Centel/Zafer, 3.

¹¹ Tosun; Savcılık tarafından yapılan iddia görevi, “toplumsal iddia”, mağdur ve suçtan zarar görenin başvurusu ise “bireysel iddia” olarak adlandırmıştır. Bireysel iddia görevi, toplumsal iddia görevinden önce kabul edilmiştir. Tosun, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Cilt I, Genel Kısım, İstanbul 1984, 185.

¹² İddia hakkı ile savunma hakkı arasındaki sıkı ilişki için bak. Özgenç, İzzet/Şahin, Cumhuriyet, “İddia ve Savunma Hakkı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran-Aralık 2001, Cilt: V, Sayı: 1-2 (2003), 84-111 (makalenin elektronik ortamdaki formatı için bak. http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/5_5.pdf, Erişim Tarihi: 10.12.2012).

şilerin sahip olduğu savunma hakkı ile iddia hakkını gereği gibi kullanabilmeleri, kural olarak hukuki yardımdan faydalanmalarına bağlıdır. Kişilerin faydalanacağı hukuki yardım, avukatlar tarafından verilmektedir¹³. Kişilere hukuki yardımda bulunma görevini üstlenen avukatların, bu görevin gereklerini yerine getirebilmeleri için bazı yetkilere sahip olması zorunludur. Bu yetkilerden belki de en önemlisi, inceleme konumuzu oluşturan evrak inceleme yetkisidir. Uygulamada, avukatların kovuşturma evresinde evrak incelemesinde nadiren sorun yaşanmaktadır. Mahkemeler tarafından avukatların kovuşturma evresinde dosya inceleme talepleri, genellikle sorunsuz bir şekilde yerine getirilmektedir. Bu nedenle çalışma, avukatların müdafî ve vekil sıfatıyla soruşturma evresindeki evrak inceleme yetkisiyle sınırlandırılmıştır. Avukatların soruşturma evresindeki evrak inceleme yetkisi, Ceza Muhakemesi Kanunu ile Avukatlık Kanunu'na göre incelenecektir.

I. Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Müdafî ve Vekilin Evrak İnceleme Yetkisi

1. Soruşturma Evresi ve İlgili Muhakeme Süjeleri

Avukatın soruşturma evresindeki evrak inceleme yetkisinin ortaya konulabilmesi için soruşturma evresi kavramı ile bu evrede görevli konuyla ilgili muhakeme süjelerinin tanımlanmasında yarar görülmüştür. Bu nedenle soruşturma, şüpheli, mağdur, suçtan zarar gören, müdafî ve vekil kavramları kısaca açıklanacaktır.

a. Soruşturma evresi

Soruşturma evresi, kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evredir (CMK m.2/1-e). Ceza Muhakemesi Kanunu m.160/1'e göre, Cumhuriyet savcısı ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davası açılmasına gerek olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmakla yükümlüdür. Bir suçun işlendiği izlenimi üzerine Cumhuriyet savcısı tarafından başlatılan soruşturmanın sonunda; kamu davası açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağı bulunmaması halinde, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilecektir (CMK m.172/1). Bu karara itiraz edilmediğinde ya da yapılan itiraz ilgili ağır ceza mahkemesi tarafından reddedildiğinde, kural olarak soruşturma evresi bitmiş olur. Bu takdirde, soruşturmanın konusunu oluşturan fiille ilgili yeni delil meydana çıkmadıkça, aynı fiille ilgili kamu davası açılmayacaktır (CMK m.172/2).

Cumhuriyet savcısı tarafından yapılan soruşturmanın sonunda toplanan delillerin, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturması durumunda, soruşturma konusu suçla ilgili yargılama yapmakla görevli mahkemeye hitaben bir iddianame düzenlenmelidir (CMK m.170/2-3). Kendisine iddianame gönderilen mahkeme-

¹³ Benzer yönde bak. ve karşı. Özkan, Meral Sungurtekin, Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir 2012, 26.

nin, iddianameyi kabul etmesiyle birlikte soruşturma evresi sona erer. İddianame kabul edildiğinde, kovuşturma evresi başlar (CMK m.2/1-f).

b. Şüpheli

Bir suçun işlendiği izlenimi üzerine başlatılan soruşturmada, suçun işlendiği sonucuna varıldıktan sonra, bu suçun kimin tarafından işlendiği tespit edilmeye çalışılır. Şüpheli, işlendiği sonucuna varılan suçun fail veya suç ortağı (şerik) olabileceği düşünülen kişilerdir¹⁴. Bu nedenle meçhul bir faile karşı yürütülen ve henüz kimsenin fail olma ihtimalinin ortaya çıkmadığı aşamada, şüpheliden söz edilemez¹⁵. Suçun, şüpheli tarafından işlendiğine dair somut olgular bulunmalıdır. Soruşturma makamı olan Cumhuriyet savcısı ve onun yardımcısı sıfatıyla adli kolluk tarafından bir kişiden şüphelenilerek o kişi hakkında araştırmaya başlanması halinde, hakkında araştırmaya başlanılan kişinin şüpheli sıfatını aldığı söylenebilir. Ceza Muhakemesi Kanunu m.2/1-a'da, şüphelinin, "soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişi" şeklinde geniş tanımlanması isabetlidir. Bu geniş tanım sayesinde, suç şüphesi altında bulunan kişiler, ceza muhakemesi hukukunda kendilerine şüpheli sıfatıyla tanınan haklardan yararlanabilecektir¹⁶.

c. Mağdur

Mağdur kavramı, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda tanımlanmamıştır. Diğer bir söyleyişle kavrama Kanun'un tanımlar başlıklı 2.maddesinde yer verilmemiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu Dördüncü Kitap'ta "Mağdur, Şikâyetçi, Malen Sorumlu, Katılan" başlıklarına yer verilmiştir. Dördüncü Kitap'ın Birinci Kısmı'nda "mağdur ve şikâyetçi" başlıklarına yer verilmekle birlikte, bu kavramlar açıklanmamıştır. Mağdur, suçla korunan hak ve menfaatin sahibidir; bir başka anlatımla suçtan doğrudan doğruya zarar gören kişidir¹⁷. Örneğin kendisine karşı yaralama suçu işlenen A, suçun mağdurudur.

¹⁴ Centel/Zafer, 131; Şahin, 27 vd.; Taner, M. Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul 1955, 118; Demirbaş, 39.

¹⁵ Şahin, 26-27. Zanlı ve şüpheli kavramları ile aralarındaki ilişki konusunda bak. Demirbaş, 36-38.

¹⁶ Şüpheli hakları ile sanık haklarının, kural olarak örtüştüğüne dair bak. Centel/Zafer, 136. 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu döneminde de, şüpheli ve sanık hakları bakımından büyük bir fark bulunmadığı, sanık kavramının geniş anlamda kullanılarak şüphelinin, sanık haklarından yararlandırılmasının mümkün olduğu belirtilmiştir. Şahin, 45. 1412 Sayılı Kanun dönemindeki uygulamada, hazırlık soruşturmasında (CMK'ya göre soruşturma evresi) kuşku edilen kişilerin sanık olarak nitelendirildiği konusunda bak. Özgen, Eralp, "İşkence ve İnsanlık Dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması", TBBD, Sayı: 2 (1988), 217, dn.20 (Makalenin elektronik ortamdaki formatı için bak. http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/1988-19882-1073.pdf, Erişim Tarihi: 10.12.2012). 1412 Sayılı Kanun döneminde, sanık sıfatının öne çekilmesinin beraberinde başka sakıncalar getireceği, bu nedenle sanık sıfatı edinilmesinden önce de müdafinin hukuki yardımına başvurulabileceğinin kabulünün daha uygun olacağı belirtilmiştir. Bak. Centel, 93.

¹⁷ Centel/Zafer, 794; Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, 288; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erdem, 237.

d. Suçtan zarar gören

Suçtan zarar gören kavramı da, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda tanımlanmamış olup, suçtan zarar görenin, "kamu davasına katılma hakkına sahip olanlar" arasında olduğunun belirtilmesiyle yetinilmiştir. Öğretide, mağdur, şikâyetçi, suçtan zarar gören kavramlarının Ceza Muhakemesi Kanunu'nda özenli bir biçimde kullanılmadığı, suç tanımındaki hak ve menfaati ihlal edilmemekle birlikte, suç sebebiyle hak ve menfaatleri ihlal edilen kişilerin, suçtan zarar gören oldukları belirtilmektedir. Buna göre suçla korunan hak ve menfaatin sahibi olmamakla birlikte, işlenen suç sebebiyle hak ve menfaatleri ihlal edilen kişiler, suçtan zarar görenlerdir¹⁸. Örneğin kendisine karşı yaralama suçu işlenen kişinin vücut bütünlüğü, kendisine karşı cinsel saldırı suçu işlenen kişinin cinsel dokunulmazlığı ve özgürlüğü, bu mağdurların yakınlarının ise manevi bütünlüğü ihlal edilmektedir.

e. Müdafî

Ceza Muhakemesi Kanunu m.2/1-c'ye göre müdafî, şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukattır. Savunma; suç isnadına karşı şüpheli veya sanığın yararına yapılan, şüpheli ve sanığı fiili ve hukuki olarak korumaya yönelik faaliyettir¹⁹.

Hakkında soruşturma yapılan şüphelinin, en temel haklarından biri savunma hakkıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6'ya göre savunma hakkı, adil yargılanma hakkının unsurlarındandır. Şüphelinin savunma hakkını gereği gibi kullanabilmesi, kural olarak hukuki yardım almasına bağlıdır. Çünkü şüpheli, çoğunlukla hukuk bilgisinden yoksundur; hukuk bilgisinden yoksun olan şüphelinin iddia makamını teşkil eden ve profesyonel bir meslek icra eden savcıya karşı kendisini gereği savunması olanaksızdır²⁰. Şüpheli, hukuk bilgisine sahip olsa bile, kendisine karşı bir suçlamada bulunduğu için telaşa kapılabilir, sinirlenebilir veya soğukkanlılığını kaybedebilir²¹. Bu nedenlerle savunma hakkı, kural olarak bir müdafîin yardımından yararlanmayı gerektirir.

Ceza Muhakemesi Kanunu m.149/1'ye göre şüpheli, varsa kanuni temsilcisi,

¹⁸ Centel/Zafer, 794; Öztürk/Erdem, 288; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erdem, 237-238.

¹⁹ Centel, 1; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erdem, 248.

²⁰ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erdem, 251; Taner, 126; Demirbaş, 141.

²¹ Centel, 7 vd.; Öztürk/Erdem, 313; Demirbaş, 141-142; Eser, Albin, "Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu" (Çev. Nur Centel), Yargıtay Dergisi, Cilt:16, Sayı:3 (1990), 328-329; Centel, Nur, "Müdafî ile Savunma Hakkı ve Adalet Bakanlığı Genelgesi", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:76, Sayı:2 (Haziran 2002), 320; Karakehya, Hakan, "Ceza Muhakemesi Uygulamamızda Atanmış Müdafîliğe İlişkin Görülen Sorunlar", Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2012, 3. Cilt, Ankara 2012, 239; Güner, Semih, Avukatlık Hukuku, Ankara 2011, 51-52; Dülger, Murat Volkan, "Ceza Muhakemesinde Müdafîin Konumu ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", Ankara Barosu Dergisi, Sayı:2012/4, 45.

şüpheliye müdafî seçebilir. Kanuni temsilci, ergin olmayan şüpheliler için velidir (Türk Medeni Kanunu m.335 vd). Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı gibi nedenlerle fiil ehliyeti kısıtlanan şüphelilerin kanuni temsilcisi ise vapidir (Türk Medeni Kanunu m.404 vd.). Görüldüğü üzere Kanun'da, şüpheliye müdafî seçebilecek olan kişilerin, şüpheli ve varsa şüphelinin kanuni temsilcisi olduğu hükmüne bağlanmıştır.

Ancak Ceza Muhakemesi Kanunu m.91/4'e göre şüphelinin eşi ile birinci veya ikinci derecede kan hısımları; yakalama işlemine, gözaltına alma ve gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin Cumhuriyet savcısının yazılı emrine karşı, hemen serbest bırakılmayı sağlamak için sulh ceza hakimine başvurma olanağına sahiptirler. Şüphelinin eşi ve ikinci derece kan hısımlarına²², belirtilen işlemlerle ilgili sulh ceza hakimine bizzat başvurma olanağı tanındığı dikkate alındığında, adı geçenlerin, başvuru yapmak üzere bir müdafinin hukuki yardımından faydalanabilecekleri açıktır. Şüphelinin eşi, şüpheliye açık olan kanun yollarına süresi içinde kendiliğinden başvurabilir (CMK m.262). Bu nedenlerle şüphelinin eşi ve ikinci derece kan hısımları, şüpheli için bir müdafî seçebileceklerdir.

Şüphelinin kan hısmı olmakla birlikte, hısımlık derecesi Kanun'da belirtilen ikinci dereceden daha uzak olanlar (örneğin kuzenler) ve hatta şüpheliyle hısımlık bağı bulunmayan kişilerin, şüpheli için müdafî seçip seçemeyecekleri ortaya konulmalıdır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun metnine bağlı kalındığında, bir başka anlatımla sözel yorum yapıldığında, bu kişilerin şüpheli için müdafî seçemeyecekleri söylenebilir; çünkü Ceza Muhakemesi Kanunu m.149'da şüphelinin haricinde, şüpheli için müdafî seçebilecek olanların sadece "kanuni temsilci" olduğu hükmüne bağlanmıştır. Bu yorum benimsendiğinde, yukarıda belirtilen Ceza Muhakemesi Kanunu m.91/4 ve 262'nin varlığına rağmen ikinci derece kan hısımları ile eşin dahi şüpheli için müdafî seçememesi gerekir. Kanımızca şüpheliyle yakınlığı olan herhangi bir kimsenin (örneğin şüphelinin nişanlısı, arkadaşı, hatta komşusu), şüpheli için müdafî seçebileceği kabul edilmelidir. Aksi takdirde şüphelinin, soruşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafinin yardımından yararlanabileceğine ilişkin hükmün uygulanabilirliği daraltılmış olacaktır²³ (CMK m.149/1, 1. cümle). Bu kişiler tarafından seçilecek müdafinin, şüphelinin yararına faaliyette bulunacağı açıktır; çünkü müdafî, şüphelinin savunmasını yapan kimsedir. Savunmanın; şüpheli yararına yapılan, onu hukuki ve fiili olarak korumaya yönelik faaliyet olduğu dikkate alındığında, şüpheliyle herhangi bir yakınlığı olan kimse tarafından şüpheliye müdafî seçilebileceği söylenebilir. Belirtelim ki, bu kişilerce seçilecek müdafinin, şüpheli tarafından kabul edilmemesi mümkündür. Dolayısıyla bu kişiler, şüphelinin iradesine aykırı olmamak kaydıyla müdafî seçilebilir. Ka-

²² Şüphelinin alt ve üst soyu (çocukları ve anne/baba), birinci derece; kardeşleri ise ikinci derece kan hısımdır (MK m.495 vd.).

²³ Benzer yönde bak. ve karşı. Yenisey, Feridun, "Ceza Davalarında Müdafinin ve Mağdur Vekilinin Dosyayı İncelemesi İçin Vekâletname İstenmesi Sorununun, Soruşturma Evresindeki Durumu" (www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/dwnldCntHT.jsp?...98, 5, Erişim Tarihi:13.01.2013)

nuni temsilci veya eş tarafından seçilen müdafii de, şüpheli tarafından reddedilebilir. Müdafiden yararlanma hakkı şüpheliye tanındığına göre, şüpheli kural olarak istediği müdafii hukuki yardımından faydalanabilir veya şüpheli kendisine tanınan bu hakkı kullanmak istemeyebilir (CMK m.150/1).

Ceza Muhakemesi Kanunu, bazı hallerde müdafiden yararlanma hakkı kullanılmak istenmese bile, şüphelinin, bir müdafii yardımından faydalandırılmasını zorunlu görmüştür. Buna göre müdafii bulunmayan şüpheli; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise, istemi aranmaksızın kendisine bir müdafii görevlendirilir (CMK m.150/2). Şüpheliye isnad edilen suçun cezasının alt sınırı beş yıldan fazla hapis olduğunda da, şüphelinin istemi olmasa dahi kendisine bir müdafii görevlendirilecektir (CMK m.150/3). Tutuklanması talep edilen şüphelinin müdafii yoksa şüphelinin sorgusunda hazır bulunmak üzere müdafii görevlendirilecektir (CMK m.101/3). Zorunlu müdafilik olarak adlandırılan bu durumlarda müdafii, soruşturmanın yapıldığı yerin barosu tarafından görevlendirilir (CMK m.156/2). Zorunlu müdafiliğin söz konusu olmadığı durumlarda, müdafii seçebilecek durumda olmadığını beyan eden şüpheliye, istemi halinde bir müdafii görevlendirilecektir (CMK m.150/1, 2. cümle). Şüphelinin, kendisine sonradan müdafii seçmesi halinde, baro tarafından görevlendirilen müdafii görevi sona erer (CMK m.156/3).

f. Vekil

Vekil; ceza muhakemesinde katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişiyi temsil eden avukattır (CMK m.2/1-d). Katılan; kamu davasına katılma talebi kabul edilen suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişidir (CMK m.237 vd.). Bu itibarla katılan kavramı, kovuşturma evresine ilişkindir.

Suç işlendiğinde, kamu düzeni bozulur²⁴. Bu nedenle her suç, devleti ve toplumu mağdur eder. Savcılık kurumu, suçtan mağdur olan toplum adına iddia görevini yapar. Ancak suçların büyük bir kısmı, doğrudan doğruya kişilerin hak ve menfaatlerini ihlal etmektedir. Bu kişiler, kendilerine karşı suç işleyen failerin tespiti ve cezalandırılmasını isterler²⁵. Suçtan zarar görenler²⁶, hak arama özgürlüğü kapsamında, soruşturmanın yürütülmesinde etkin olabilmelidirler.

Suçtan zarar görenlerin, hukuki yardım almaksızın soruşturmada etkin olabilmeleri zayıf bir olasılıktır. Suçtan zarar görenlerin korunmasına ilişkin çağdaş eğilim²⁷, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda gözetilmiş ve bazı durumlarda suçtan zarar görenlere, baro tarafından vekil atanması öngörülmüştür. Soruşturma konusu suçun cinsel saldırı veya alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan

²⁴ Soyaslan, 49.

²⁵ Centel/Zafer, 793.

²⁶ Suçtan zarar gören kavramı, tarafımızca mağduru da kapsayacak biçimde kullanılmıştır.

²⁷ Cihan, Erol/Yenisey, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1997, k.no.161.

olması halinde, vekili bulunmayan suçtan zarar görenin istemi üzerine baro tarafından kendisine vekil görevlendirilir (CMK m.234/1-a-3). Suçtan zarar görenin, vekili bulunmayan onsekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malûl olması halinde, vekil görevlendirmesi istem aranmaksızın yapılır (CMK m.234/2). Belirtelim ki, Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m.5/4'te, vekili bulunmayan mağdur ve şikâyetçilere talepleri hâlinde, baro tarafından kendilerine bir vekil görevlendirileceği hüküm altına alınmıştır²⁸. Böylelikle her suçtan zarar görene, baro tarafından kendisine vekil sıfatıyla avukat talep etme hakkı tanınarak şüpheli ile suçtan zarar gören arasında eşitlik sağlanmaya çalışılmıştır.

2. Soruşturmanın Gizliliği ile Müdafî ve Vekilin Evrak İnceleme Yetkisinin Bağdaştırılması Sorunu

Ceza Muhakemesi Kanunu m.157/1'e göre "Kanunun başka hüküm koyduğu hâller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir." 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda, benzer bir hüküm yer almamakla birlikte, soruşturmanın gizli olduğu kabul edilmekteydi²⁹. Soruşturma evresinde, suça ilişkin deliller bulunur ve korunur (CMK m.160/2). Bulunan deliller yeterli ise kamu davası yoluyla mahkeme önüne götürülür³⁰. Soruşturmanın gizliliği ilkesiyle şüpheli veya üçüncü bir kişi tarafından delillerin karartılması engellenmeye çalışılmakta, suçsuzluk karinesi ve kişilerin lekelenmeme hakkı korunmaktadır³¹.

Soruşturma evresinin gizliliğine ilişkin Ceza Muhakemesi Kanunu m.157'de, Kanunun başka hüküm koyduğu hallerin saklı olduğu ve savunma haklarına zarar verilmemesi gerektiğine işaret edilmiştir. Bir başka anlatımla kanun koyucu, Kanunda yer alan başka hükümlerin saklı olduğuna işaret ederek gizliliğin mutlak

²⁸ RG 2.3.2007, No.26450.

²⁹ Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010, 487.

³⁰ Centel/Zafer, 75.

³¹ Ünver/Hakeri, 488; Özbek, Veli Özer, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı), Ankara 2005, 672; Bıçak, Vahit, Suç Muhakemesi Hukuku, Ankara 2011, 340; Okuyucu-Ergün, Güneş, "Soruşturmanın Gizliliği", AHFD, Cilt:59, Sayı:2 (2010), 252 (makalenin elektronik ortamdaki formatı için bak. <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2010-59-02/AUHF-2010-59-02-okuyucu-ergun.pdf>, Erişim Tarihi: 15.12.2012); Alşahin, Mehmet Emin, "Müdafîin Dosya İnceleme Yetkisi", Legal Hukuk Dergisi, Cilt:IV, Sayı:2 (Nisan 2006), 1056. Ceza Muhakemesi Kanunu m.157'nin gerekçesinde de suçsuzluk karinesi ve lekelenmeme hakkı vurgulanmıştır: "Soruşturma evresinin gizliliği, ceza adaletinin doğruluk, dürüstlük, gerçeğe ulaşma ilkelerine, uyulması için bir zorunluluktur. Ancak her şeyden önce suçsuzluk karinesinin sağlam tutulabilmesi yönünden de vazgeçilemez niteliktedir. Aksi takdirde, bizde ve yabancı ülkelerde örneklerine rastlandığı üzere yargısız infazlar sonucu insanlar ıstıraplara sürüklenmekte ve suçsuzluk karinesi böylece lafta kalmaktadır." Madde gerekçesi için bak. Yalvaç, Gürsel, Karşılaştırmalı-Gerekçeli TCK, CMK, CGTİK ve İlgili Kanunlar ile Yönetmelikler, Ankara 2007, 863-864.

olmadığını belirtme gereği duymuştur. Bu belirtmeyle yetinilmemiş ve gizliliğin savunma haklarına zarar veremeyeceği hükme bağlanmıştır. Kanımızca madde metnindeki “savunma hakları” ibaresi, hem şüphelinin “savunma hakkı”nı hem de suçtan zarar görenin “iddia hakkı”nı ifade etmektedir. Aksi takdirde, uzun yıllardan bu yana yerleşik hale gelen savunma hakkının çoğul olarak kullanılması açıklanamaz.

Savunma hakları ibaresi, şüpheli ve suçtan zarar görenin haklarını kapsamaktadır. Savunma ve iddia hakkına zarar verilmemesi için soruşturmanın gizliliği ilkesi, müdafii ve vekil tarafından soruşturma evrakının incelenmesine engel oluşturmamalıdır³². Madde gerekçesinde de, avukatın soruşturma dosyasını inceleyebileceğine işaret edilmiştir³³. Nitekim kanun koyucu, Ceza Muhakemesi Kanunu m.153'te, soruşturma evrakının avukat tarafından müdafii veya vekil sıfatıyla incelenebileceğini kabul ederek genel nitelikteki gizlilik ilkesini yumuşatmıştır. Soruşturmanın gizliliği ilkesi, tek başına müdafii veya vekile evrak incelenmemesinin gerekçesi olamayacaktır³⁴.

3. Evrak İnceleme Yetkisinin Önemi ve Şüpheli ile Suçtan Zarar Görenin Bazı Temel Haklarıyla Bağlantısı

Evrak inceleme olmaksızın müdafii veya vekil tarafından üstlenilen savunma veya iddiada bulunma görevinin yerine getirilmesi mümkün olamaz. Bu itibarla evrak inceleme yetkisi, müdafii veya vekilin yetkilerinin temelini oluşturmaktadır³⁵. Evrak inceleme yetkisi, öğretide daha çok müdafii yetkileri bağlamında ele alınmıştır. Müdafii yetkileri başlığı altında yer verilen ilk yetki, genellikle evrak inceleme yetkisidir³⁶. Evrak inceleme; adil yargılanma, tutuklamaya etkili itiraz

³² Benzer yönde bak. ve karşı. Centel/Zafer, 80; Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku 2. Cilt, Ankara 2012, 3; Demirbaş, Timur, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, Ankara 2013, 32-33; Alşahin, 1056.

³³ “Tasarı, soruşturma evresinde tarafların ve özellikle şüphelinin ve avukatının yetkilerini belirtmektedir. Avukat, belirli istisnalarla soruşturma dosyasını incelemek olanağına sahiptir. Ancak avukat, adalete hizmet eden bir mesleğin mensubu olarak dosyadan elde ettiği bilgileri sadece müvekkilini, kanunun verdiği olanaklar çerçevesinde savunması için kullanacak, bunları yayımlamak, örneğin medyaya vermek gibi eylemlere girişmeyecektir.” Yalvaç, 864.

³⁴ Benzer yönde bak. Koca, Mahmut, “Müdafii Hazırlık Dosyasını İnceleme Hakkı”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C:1, Sayı:1 (1997), 163 (makalenin elektronik formatı için bak. <http://hukuk.erkincan.edu.tr/dergi/makale/1997-9.pdf>, Erişim Tarihi:14.12.2012); Gür, Necip Taha, “Müdafii Dosya İnceleme Hak ve Yetkisi”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:86, Sayı:2 (2012), 209-210. Madde gerekçesinin son paragrafında da, Ceza Muhakemesi Kanunu m.153'ün gerekçesine de bakılması gerektiğine işaret edilmiştir. Yalvaç, 864.

³⁵ Benzer yönde bak. ve karşı. Demirbaş, 175; Özkan, 347-348; Aday, Nejat, Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 1994, 97.

³⁶ Centel, 111 vd.; Centel/Zafer, 174 vd.; Ünver/Hakeri, 227; Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 1996, 191; Kunter, k.no.257; Cihan/Yenisey, k.no.229; Tosun, 616; Kocaoğlu, 170; Özbek, Veli Özer/Kanbur, Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara Ekim 2012, 561 vd.; Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku, I, Ankara Eylül 2012, 199; Toroslu/Fezyioğlu, müdafii görevini özgürce yapması ve işlemlerin kendi-

ve lehe delillerin toplanmasını isteme hakkı yönünden yaşamsal önem taşımaktadır³⁷.

a. Evrak inceleme yetkisinin adil yargılanma hakkıyla bağlantısı

Adil yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin birçok kararında vurgulandığı üzere, demokratik toplumların varlığı ve devamı bakımından hayati öneme sahiptir. Bu nedenle adil yargılanma hakkı, mümkün mertebe geniş yorumlanmalıdır³⁸. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddesinde açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, hak arama özgürlüğü³⁹, silahların eşitliği⁴⁰ ve çelişmeli muhakeme⁴¹, adil yargılanma hakkının unsurları arasındadır. Savunma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6/3'te düzenlenmiştir. Savunma hakkının alt unsurlarından bir tanesi, isnadı öğrenme hakkıdır. Isnadı öğrenme hakkı, önemi sebebiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6/3-a'da açıkça hüküm altına alınmıştır. Buna göre bir suçla itham edilen herkes, kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilme hakkına

sine bildirilmesini isteme yetkisinden sonra evrak inceleme yetkisini incelemişlerdir. Bak. Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, 142-143. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erdem tarafından müdafî başlığı altında, evrak inceleme yetkisi ayrıntılı olarak incelendikten sonra, müdafî diğer yetkileri kısaca belirtilmiştir. Bak. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erdem, 255 vd., 272-273. Demirbaş tarafından müdafîin şüpheliyle görüşme, hukuki yardımda bulunma ve hazır bulunma yetkilerinden sonra evrak inceleme yetkisine yer verilmiştir. Bak. Demirbaş, 161 vd.

³⁷ Benzer yönde bak. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erdem, 255-256.

³⁸ Gölcüklü, Feyyaz/Gözübüyük, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2005, k.no.492a; Özdek, Yasemin, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, Ankara Mart 2004, 198; Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz/, Önok, Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Ankara 2011, 216.

³⁹ Gölcüklü/Gözübüyük, k.no.505. Anayasa Mahkemesi tarafından bireysel başvuruya ilgili verilen 12.2.2013 tarihli kararda da (Başvuru No: 2012/620), hak arama özgürlüğünün önemi vurgulanmış ve bu özgürlüğün adil yargılanma hakkının ön koşulunu oluşturduğu belirtilmiştir: "Anayasa'nın hak arama özgürlüğüne ilişkin 36. maddesiyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil yargılanmanın ön koşulunu oluşturur. Öte yandan, Anayasa'nın 125. maddesinde belirtilen idarenin her türlü eylem ve işleme karşı yargı yolunun açık olması ilkesine göre, idari işlemlere karşı yargı yolu, Anayasa'da belirtilen kimi ayırık durumlar dışında yasalarla sınırlandırılmaz" (AyMK 2.6.2011 tarih ve 2008/88 Esas, 2011/85 Karar Nolu kararı, RG 22.2.2013, No.28567).

⁴⁰ Gölcüklü/Gözübüyük, k.no.529a; İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2005, 220.

⁴¹ Gölcüklü/Gözübüyük, k.no.552; Özdek, 212; İnceoğlu, 249.

sahiptir. Bu hak, suçtan zarar gören açısından hak arama özgürlüğü kapsamında iddia hakkının kullanılması anlamına gelir.

Adil yargılanma hakkının, kovuşturma evresine ilişkin bir hak olduğu, bu nedenle soruşturma evresiyle ilgisinin bulunmadığı düşünülebilir. Kovuşturma evresi, soruşturmaya dayanmaktadır; bir başka anlatımla kamu davası, esas olarak soruşturma evresinde şekillenmektedir. Bu nedenle adil yargılanma hakkı, soruşturma evresi için de geçerlidir⁴². Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları da bu yöndedir⁴³. Evrak inceleme yetkisi; adil yargılanma hakkının isnadı öğrenme/iddia hakkı, silahların eşitliği ve çelişmeli muhakeme unsurları yönünden değerlendirilecektir.

aa. Isnadı öğrenme hakkı/iddia hakkı

Evrak inceleme yetkisi; şüpheli bakımından isnadın öğrenilebilmesi, suçtan zarar gören bakımından ise iddia hakkının kullanılabilmesi için gereklidir. Savcılık makamı tarafından toplum adına soruşturma yapılır. Soruşturma bizatihi savcılık makamı tarafından yürütüldüğünden bu makam, soruşturma ile ilgili bütün bilgi ve belgelere sahiptir, emrinde adli kolluk bulunmaktadır (CMK m.161, m.164). Ceza muhakemesinde suç isnadında bulunulan şüphelinin, kendisini gereği gibi savunabilmesi öncelikle isnadı öğrenmesine bağlıdır⁴⁴.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "ifade ve sorgunun tarzı" başlıklı 147. maddesine göre ifade ve sorgudan önce, şüpheli veya sanığa isnat edilen (yüklenilen) suç anlatılacaktır (CMK m.147/1-b). Anlatmak kavramı, bildirmeye göre daha geniş kapsamlıdır, bu nedenle şüpheliye açıklayıcı bazı bilgilerin de verilmesi gerekir⁴⁵.

⁴² Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erdem, 256; Demirbaş, 175.

⁴³ AİHM'nin 6.6.2000 tarihli (Başvuru No:28135/95) Magee/Birleşik Krallık kararına göre, "... ceza davalarında, 6. Madde'nin esas amacı her ne kadar "yöneltilen suçlama" hakkında karar vermeye bir "mahkemede" adil yargılanmayı sağlamak ise de bu, 6. Madde'nin yargılama öncesi takibatta hiç uygulanmayacağı anlamına gelmez. Dolayısıyla, 6. Madde ve özellikle de 3. fıkrası dava henüz açılmadan önce de geçerlidir, zira başta bu hükümlere uyulmazsa yargılamanın hakkaniyeti ciddi şekilde olumsuz etkilenebilir (bkz. Imbrioscia-İsviçre davası, 24 Kasım 1993 tarihli karar, Seri A No. 275, s. 13, paragraf 36)". Bak. Dutertre, Gilles Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Kasım 2003 Almanya, 159 (Avrupa Konseyi tarafından yayınlanmıştır). (Kitabın internet ortamındaki formatı için bak. http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/aihm_kararlarindan_ornekler.pdf, Erişim Tarihi:24.12.2012). Aynı yönde bak. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erdem, 256.

⁴⁴ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erdem, 255; Zafer, Hamide, Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu, İstanbul Mayıs 2004, 356. Erem'e göre isnadı öğrenme (ithamı öğrenmek hakkı), savunma hakkının ön koşuludur. Bak. Erem, Faruk, "Savunma Hakkını Kısıtlayan Antidemokratik Hükümler", Bülent Nuri Esen'e Armağan, Ankara 1977, 608.

⁴⁵ Şahin (Sorgu), 119. Demirbaş'a göre şüpheliye verilecek açıklayıcı bilgiler, suçlulukla mücadelede zarar vermeyecek genişlikte olmalıdır. Buna karşılık adı geçen yazar tarafından da şüphelinin kendisini savunabilmesi için neyle suçlandığını bilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bak. Demirbaş, 131.

Ancak kolluk, savcılık veya hakim tarafından şüpheliye isnad edilen suç anlatılmış olsa bile, şüpheli, hakkındaki suçlamaları ve bunlarla ilgili delilleri tam olarak bilemeyebilir. İfade ve sorguyu yapacak makamlar tarafından suçlama ve deliller, bütün ayrıntılarıyla bildirilse bile şüpheli, bu bildirimlere güvensizlik duyabilir. Kolluk birimleri, savcı veya hakim tarafından iş yoğunluğu, zaman darlığı, soruşturma evrakına tam olarak vakıf olamamak gibi nedenlerle, suçlama ve delillerin şüpheliye tam olarak bildirilmemesi mümkündür. Müdafî evrak inceleme yetkisi tanınması, belirtilen sakıncaların giderilmesini sağlayacaktır⁴⁶. Evrakı inceleyen müdafî, şüpheliyi suçlama ve deliller konusunda aydınlatacak, yeterince bilgilenen şüpheli, savunmasını gereğini yapabilecektir. Belirtelim ki, şüpheliye evrak inceleme imkânı tanınması⁴⁷, müdafî aracılığıyla evrak incelemenin önemini ortadan kaldırmamaktadır. Çünkü şüpheli; hukuk bilgisinden yoksundur veya hukukçu olsa bile suçlamayla karşı karşıya kaldığı için soruşturma evrakının içeriğini doğru bir şekilde değerlendirmesi çoğunlukla mümkün olamayacaktır. Evrak içeriği bilinmeksizin savunma yapmak, deyim yerindeyse hayali yel değirmenlerine karşı savaşmaya zorlanmak anlamına gelir⁴⁸.

⁴⁶ Erem, Faruk, *Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku*, Ankara 1986, 182; Koca, “Müdafîin Hazırlık Dosyasını İnceleme Hakkı”, 164.

⁴⁷ Soruşturma evresinde dosya içeriğinin şüpheli tarafından incelenebileceği ve belgelerin bir örneğinin harçsız olarak alınabileceği, Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik m.45'te 2010 yılında yapılan değişiklikle kabul edilmiştir (RG 24.12.2010, No.27795). Öğretide, bu yetkinin şüpheliye tanınması yerinde bulunmuş; ancak düzenlemenin yönetmelik yerine kanunla yapılmasının daha uygun olacağı belirtilmiştir. Bak. Centel/Zafer, 89-90.

Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik, Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik m.98 ile yürürlükten kaldırılmıştır (RG 6.8.2013, No.28730). Hükümlerinin büyük bir kısmı 6 Ağustos 2013 tarihinde yürürlüğe giren bu Yönetmelik (m.99/1-b), kısaca Yazı İşleri Yönetmeliği olarak anılacaktır. Yazı İşleri Yönetmeliği m.54'te de, Kalem Yönetmeliği m.45'e paralel bir düzenlemeye yer verilerek dosya içeriğinin şüpheli tarafından incelenebileceği ve belgelerin bir örneğinin harçsız olarak alınabileceği kabul edilmiştir.

⁴⁸ Benzer yönde bak. Centel, 111; Toroslu/Feyzioğlu, 143; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, 255; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erdem, 255; Şahin, Cumhuriyet, “Sanığın Dosyasını Hazırlamak İçin Gerekli Zamana ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004/1-2, 279; Şahin (Muhakeme), 199; Karakehya, “Türk Ceza Muhakemesinde Sanığın Dosyasını İnceleme Hakkı”, 134-135; Alşahin, 1056; Mahmutoğlu, Fatih Selami/Dursun, Selman, *Türk Hukuku'nda Müdafîin Yasaklılık Halleri*, Ankara 2004, 136. AİHM'nin 10.7.2001 tarihli (Başvuru No:29900/96 ve 29903/96) Sadak ve Diğerleri/Türkiye kararında, isnadı öğrenme hakkının savunma hakkıyla bağlantılı olduğu belirtilmiştir: “Son olarak, AİHS'in 6. Madde 3-b fıkrası çerçevesindeki şikâyetle ilgili olarak AİHM, 6. Madde 3. fıkranın a ve b bentlerinin bağlantılı olduğu ve suçlamanın niteliği ve nedenleri konusunda bilgilendirilme hakkının sanığın savunmasını hazırlama hakkı ışığında ele alınması gerektiği kanısındadır (bkz. yukarıda anılan Pélissier ve Sassi davası kararı, paragraf 54)”, Dutertre, 183. Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok'a göre de, isnadı öğrenme hakkı, soruşturma evresinde başlamaktadır. Bak. Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, 257.

Suçtan zarar gören, evrak inceleme yetkisi sayesinde, soruşturmaya yön verebilir ve iddialarını gereği gibi ortaya koyabilir⁴⁹. Suçtan zarar gören, soruşturma evrakının içeriğini bilmediği takdirde, iddia ve delillerini ortaya koyma imkânından yoksun kalır. Örneğin soruşturma evrakının içeriğinden haberdar olan suçtan zarar gören tarafından bu içerikten hareketle suç faillerinin kim veya kimler olabileceği konusunda somut tahminlerde bulunulabilir. Bu sayede adı geçen kişiler, soruşturmaya dahil edilebilecektir. Hatta suçtan zarar gören, inceleme sonucunda, soruşturma konusu suçun şüpheli tarafından işlenmediğini, esas faillerin soruşturma dışı bırakıldığını anlayabilir ve bu konuda savcuyu uyararak soruşturmanın gerçek failere yönelmesini sağlayabilir. Bu nedenlerle soruşturma evrakı, suçtan zarar gören vekili tarafından incelenebilmelidir. Evrak inceleme yetkisinin suçtan zarar görene tanınmış olması⁵⁰, bu yetkinin vekil tarafından kullanılmasının önemini ortadan kaldırmaz. Suçtan zarar gören de çoğunlukla hukuk bilgisinden yoksundur; hukukçu olsa bile kendisine karşı doğrudan veya dolaylı olarak suç işlendiğinden öfkelenmesi, soğukkanlılığını yitirmesi gibi nedenlerle evrak içeriğini hukuki yardım almaksızın değerlendiremeyebilir.

bb. Silahların eşitliği ilkesi

Soruşturma evresi, savcının tekelindedir; savcı, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda gösterilen sınırlamalara uygun olmak kaydıyla araştırma yapabilir (CMK m.160). Savcılık makamı tarafından yapılan araştırmaların sonunda, somut şüphe sebepleri ortaya çıktığında suçun faili olabilecek kişiler şüpheli sıfatıyla soruşturmaya dahil edilir. Şüpheli ve müdafii, iddia makamını teşkil eden savcıya karşı savunma makamını oluşturur. Savunma makamı, geniş yetki ve olanaklara sahip iddia makamına karşı güçlendirilmelidir.

Ceza muhakemesinde savunma makamının güçlendirilmesi zorunlu olmakla

⁴⁹ Kovuşturma evresinde, katılanın, dava dosyasındaki evrakın örneğini ancak vekili aracılığıyla alabileceğine dair CMK m.234/1-b-3 hükmünü iptal eden Anayasa Mahkemesi kararında yer alan gerekçelerin, soruşturma evresi için de geçerli olduğu söylenebilir. Soruşturma evrakının incelenmesi ve evraktan örnek alınması, hak arama özgürlüğünün bu bağlamda adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir parçasıdır. Suçtan zarar gören, bu sayede soruşturmanın seyrine yön verebilecek ve soruşturmayı etkilemek olanağına sahip olacaktır. Böylelikle suçtan zarar görenin, yargı mercileri önünde davacı olarak iddiada bulunma, bilgiye ulaşarak soruşturmanın gidişatına yön verme hakkı sınırlandırılmamış olur (AyMK 17.5.2012 tarih ve 2011/37 Esas, 2012/69 Karar Nolu kararı, RG 21.7.2012, No.28360).

⁵⁰ Suçtan zarar görene, Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik m.45'te 2010 yılında yapılan değişiklikle soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleme ve belgelerin bir örneğini harçsız olarak alma hakkı tanınmıştır (RG 24.12.2010, No.27795). Anılan Yönetmelik, yukarıda belirtildiği üzere Yazı İşleri Yönetmeliği m.98 ile yürürlükten kaldırılmıştır (RG 6.8.2013, No.28730). Yazı İşleri Yönetmeliği m.54'te de suçtan zarar görenin, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleme ve belgelerin bir örneğini harçsız olarak alma hakkı kabul edilmiştir.

birlikte, iddia ve savunma makamı arasında, hak ve yetkiler bakımından eşitliğin sağlanması mümkün değildir. Soruşturmanın başlatılması ve sürdürülmesi yetkisi savcıya tanınmıştır. Savunma makamına, soruşturmayı başlatma ve sürdürme yetkisi tanınamayacağı açıktır; çünkü kural olarak hiç kimse kendisi aleyhine sonuç doğuracak bir girişimde bulunmaz. Bu nedenle savunma makamı ile iddia makamının “eşit” olması değil, bu iki makamın yetkileri arasında “karşılıklılık” bulunması gerektiği söylenebilir. Silahların eşitliği ilkesi; iddia ve savunma makamlarına usul hukukuna ilişkin tanınan olanakların dengeli olması, dengenin savunma aleyhine bozulmamasını ifade eder⁵¹.

Silahların eşitliği ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddesinin metninde yer almamaktadır. Bu ilke, yukarıda belirtildiği üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından adil yargılanma hakkının geniş yorumlanması sonucu madde kapsamına dahil edilmiştir. Başlangıçta iddia ve savunma makamı arasında biçimsel usuli eşitlik şeklinde anlaşılan silahların eşitliği ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Sözleşmeyi geliştirici yorumuyla “bir tarafın olayı diğer tarafa karşı kendisini olumsuz bir duruma sokmayacak koşullar altında açıklayabilmesi zorunluluğu”nu ifade eder şekilde anlaşılmaya başlanmıştır⁵².

Soruşturma evresinin başından sonuna kadar bütün bilgi ve belgelere sahip olan, bizzat veya emrindeki adli kolluk marifetiyle araştırma yapabilen iddia makamına karşı, savunma makamına evrak inceleme yetkisi tanınmasının olmazsa olmaz bir yetki olduğu söylenebilir. Savunma makamı, evrak incelemeksizin, savunmaya ilişkin gerçek anlamda herhangi bir faaliyette bulunamaz⁵³.

İddia makamının savcı tarafından temsil edildiği, bu nedenle silahların eşitliği ilkesi kapsamında suçtan zarar görene evrak inceleme yetkisinin tanınmasının gerekmediği söylenebilir. Suçtan zarar gören, hak arama özgürlüğü kapsamında iddia hakkına sahiptir. Bu hak, adil yargılanma hakkının unsurlarından biridir. Ceza muhakemesi faaliyetine katılması kabul edilen suçtan zarar görenin, bu faaliyete katılması evrak inceleme yetkisini zorunlu kılar.

cc. Çelişmeli muhakeme ilkesi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından içtihatlar yoluyla adil yargılanma hakkı kapsamına dahil edilen çelişmeli muhakeme ilkesi; davanın taraflarının, gösterilen deliller veya sunulan mütalâaları öğrenme ve bunlarla ilgili görüş bildire-

⁵¹ Centel/Zafer, 194.

⁵² Ambos, Kai, “Silahların Eşitliği Çelişmeli Ön Soruşturma ve AHİS m.6” (çev:Yener Ünver), Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Ankara 2004, 24.

⁵³ Demirbaş, 174.

bilme hakkına sahip olmaları anlamına gelir⁵⁴. Bu sayede taraflar, adaletin işleyişine güven duyabileceklerdir⁵⁵.

Savunma makamı, iddia makamını teşkil eden savcı ve suçtan zarar görenin görüşlerini ve delilleri öğrenebilmesi için soruşturma evrakının içeriğini inceleyebilmelidir. Ancak bu incelemeden sonra, savcı ve varsa suçtan zarar görenin görüşlerine ve mevcut delillere karşı yorumda bulunulabilir; savunma makamının karşı görüş ve delilleri sunulabilir. Suçtan zarar gören de, evrak içeriğini bilmedikçe şüpheli ve hatta savcının görüşlerini⁵⁶, soruşturmaya ilgili yaklaşımlarını, dosya içeri-sindeki delilleri öğrenemez. Savunma makamı ile savcının görüşleri ve deliller öğrenilmeksizin bunlara karşı yorumda bulunulması, soruşturma konusu suçun şüpheli tarafından işlendiği ilişkin ya da başka bir hususta delil ileri sürülmesinin pek de mümkün olmadığı açıktır. Bu nedenlerle şüpheli ve müdafii ile suçtan zarar gören ve vekili, soruşturma evrakını inceleyebilmelidir. Şüpheli veya suçtan zarar gören, ancak bu sayede soruşturmada etkin bir şekilde yer alabilir.

b. Evrak inceleme yetkisinin tutuklamaya etkili itiraz hakkıyla bağlantısı

Tutuklamanın, ceza muhakemesi hukukunda öngörülen en ağır koruma tedbiri olduğu söylenebilir. Suçluluğu konusunda kesinleşmiş bir yargı kararı bulunmayan şüpheli veya sanık, tutuklama kararının sonucunda kişi özgürlüğünden yoksun kalmaktadır. Bu nedenle hangi koşullarla tutuklama kararı verilebileceği ve tutuklunun sahip olduğu haklar, Anayasa m.19 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.5'te ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.5'e göre tutuklanan kişi, tutuklanmasına ilişkin karara karşı etkili bir itiraz hakkına sahip olmalıdır⁵⁷. Tutuklama kara-

⁵⁴ Centel/Zafer, 195; Özdek, 212; İnceoğlu, 249.

⁵⁵ Başvurucuya belgelerin ulaştırılmamasına ilişkin AİHM'nin 28.6.2001 tarihli (Başvuru No:37292/97) E.R./İsviçre kararında şöyle denilmiştir: ... Adil yargılanma kavramı, kural olarak, aynı zamanda bir davanın taraflarının gösterilen deliller veya sunulan mütalâalar hakkında bilgi sahibi olması ve bunlarla ilgili görüş bildirmesi hakkını da içinde barındırır (bkz. Lobo Machado-Portekiz ve Vermeulen-Belçika davaları, 20 Şubat 1996 tarihli kararlar, Reports 1996-I, sırasıyla s. 206 paragraf 31 ve s. 234 paragraf 33). /... Burada asıl önemli olan, davacıların adaletin işleyişine olan güvenidir ki, bu da diğer hususların yanı sıra, davacıların dosyadaki tüm belgelerle ilgili görüş bildirme fırsatı bulduklarını bilmelerine bağlıdır (bkz. yukarıda belirtilen Nideröst-Huber kararı, s. 108, paragraf 29 [Nideröst-Huber – İsviçre davası, 18 Aralık 1997 tarihli karar, Reports 1997-I, s. 108, paragraf 27]), Dutertre, 167.

⁵⁶ Örneğin suç, iştirak halinde işlenmiştir; ancak soruşturma tek bir şüpheliye yönelik olarak sürdürülmektedir ya da suç, bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesine rağmen soruşturmada örgütle ilgili bir araştırma yapılmamaktadır.

⁵⁷ AİHS m.5/4'e göre "Yakalama veya tutuklama/tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve, eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir." Tutuklamaya itiraz hakkı, Anayasa m.19/7'de, "Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir" hükmüyle güvence altına alınmıştır.

rına karşı etkili bir itirazın yapılabilmesi, evrak içeriğinin bilinmesine bağlıdır⁵⁸. Bu nedenlerle soruşturma evresinde evrakın incelenmesi, tutuklamaya etkili itiraz yapılabilmesinin ön koşulunu oluşturmaktadır. Ancak bu sayede, tutuklama kararında gösterilen gerekçelerin doğru olmadığı veya tutuklama tedbiri yerine başka koruma tedbiriyle amaca ulaşılabilceği ileri sürülebilir⁵⁹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bir kararında, "tutukluluk durumunun incelenmesine ilişkin talebin gerçekleştirilmesi bakımından zorunlu ise kapsamlı ve sınırsız bir dosya inceleme hakkının bulunması" gerektiği belirtilmiştir⁶⁰. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre yakalanan veya tutuklu bulunan şüphelinin, özgürlük kısıtlamasına esas teşkil eden belgeleri incelemesi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebileceği gerekçesiyle engellenemez⁶¹.

⁵⁸ Demirbaş, 188.

⁵⁹ Benzer yönde bak. Erdem, Mustafa Ruhan, "AİHM Kararları Işığında Tutuklu Sanık Bakımından Hazırlık Soruşturması Dosyasını İnceleme Hakkı", D.E.Ü.H.F.D., Cilt:6, Sayı:1 (2004), 67; Çınar, Ali Rıza, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kürüm-Türkiye Kararının, Sözleşme ve İç Hukuktaki İlgili Hükümlere Göre Değerlendirilmesi", TBBD, Sayı:95 (2011), 81-82 (makalenin elektronik ortamdaki formatı için bak. http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2011-95-719.pdf, Erişim Tarihi:10.1.2013); Kazancı, Behiye Eker, "AİHS ve AİHM Kararları Çerçevesinde Yakalama ve Tutuklama Koruma Tedbiri ile Kişi Güvenliği ve Hürriyetinin Sınırlandırılması", TBBD, Sayı:98 (2012), 97 (makalenin elektronik ortamdaki formatı için bak. http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2012-98-1121.pdf, Erişim Tarihi:10.1.2013). Örneğin uyuşturucu madde ticareti suçlamasıyla tutuklanan şüphelinin kardeşi tarafından tutuklama kararına itiraz edilmesi için avukata başvurulmuştur. Başvurulan avukat tarafından soruşturma evrakı incelenmiş, yapılan incelemeden sonra tutuklama kararına karşı gerekçeli itiraz dilekçesi verilmiş, itiraz üzerine şüpheli serbest bırakılmıştır. Soruşturmanın sonunda serbest bırakılan şüpheli hakkında, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmiştir (İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 08.03.2012 tarih ve 2011/160651 Soruşturma, 2012/13915 Karar Nolu yayınlanmamış kovuşturmaya yer olmadığı kararı). Görüldüğü üzere, müdafî tarafından evrak incelenemediğinde, şüpheli uzun bir süre özgürlüğünden yoksun kalacak; bu durum, şüphelinin maddi ve manevi bakımdan zarara uğramasına yol açacağı gibi uğranılan zararın CMK m.141 vd. hükümlerine göre tazmin edilecek olması nedeniyle kamunun da zararına yol açacaktır.

⁶⁰ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erdem, 267; Demirbaş, 189; AİHM'nin 19.6.2001 tarihli Atlan ve Diğerleri/Birleşik Krallık kararı. AİHM tarafından geçici bir süre alıkoymayla ilgili verilen 30.3.1989 tarihli Lamy-Belçika kararında, etkili itiraz hakkı, dava dosyasında bulunan evraka erişim ve çelişmeli muhakeme ilkesiyle birlikte değerlendirilmiştir: "Tutukluluk halinin gerekliliğinin takdiri ile bilâhare mahkûmiyetin değerlendirilmesi arasında öylesine yakın bir ilişki vardır ki kanunen ikinci halde gerekli olmasına rağmen ilk durum için evraka erişim talebinin reddedilmiş olması doğru değildir. / Kraliyet Savcısının tüm dosyaya vakıf olmasına rağmen, izlenen usulde, başvuru sahibinin kendisinin gözaltında tutulmasına ilişkin gerekçelere gerektiği şekilde itiraz etme fırsatı bulunmamaktadır. Silâhların eşitliği sağlanmadığı için, izlenen usul gerçek anlamda nizalı değildir (bkz. gerekli değişikliklerle, daha önce belirtilen Sanchez-Reisse davası kararı, Seri A No. 107, s. 19, paragraf 51). / Dolayısıyla, 5. Madde 4. fıkrâ (madde 5-4) hükümleri ihlal edilmiştir" Dutertre, 137-138.

⁶¹ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, 208-209; Ünver/Hakeri, 228. AİHM'nin 13.2.2001 tarihli Lietzow/Almanya kararında (Başvuru No:24479/94) şöyle denilmiştir: "Mahkeme (AİHM), Savcının dosyada bulunan belgelere erişim talebini Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 147. Madde 2. fıkrâ uyarınca reddettiğini, gerekçe olarak da aksi takdirde devam eden ve son derece karmaşık olduğu ve çok sayıda başka şüphelinin de dahil olduğu soruşturmaların başarıyla sonuçlanması açısın-

c. Evrak inceleme yetkisinin lehe delillerin ileri sürülmesi ve toplanmasını isteme hakkıyla bağlantısı

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda şüpheli ve suçtan zarar görene, lehe delilleri ileri sürme ve bunların toplanmasını isteme hakkı tanınmıştır. Ceza Muhakemesi Kanunu m.147/1-f'ye göre ifade alınmasından önce şüpheliye; şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınır. Şüpheliye tanınan bu hakkın etkin kullanılması, müdafinin hukuki yardımına bağlıdır⁶². Müdafî tarafından aleyhteki şüphe nedenlerinin ortadan kaldırılması veya lehe delillerin ileri sürülmesi, başka bir soruşturmaya ilişkin evrakın incelenmesini gerektirebilir. Müdafîliği üstlenilen şüpheli, diğer soruşturmanın tarafı olmayabilir. Soruşturmanın tarafı olmayan şüpheli; müdafî vekâletname vermiş olsa bile, evrakın incelenmesi mümkün olamayacaktır⁶³; çünkü vekâletname, soruşturmanın tarafı olmayan bir kişi tarafından verilmiştir. Hukuki yardım kapsamında lehe olan delillerin ileri sürülmesi ve toplanabilmesi için müdafî, diğer bir soruşturma evrakını inceleyebilmelidir.

Suçtan zarar gören, soruşturma evresinde delillerin toplanmasını isteme hakkına sahiptir (CMK m.234/1-a-1)⁶⁴. Suçtan zarar görenin, suça ilişkin delilleri tespit edebilmesi ve bunların toplanmasını istemesi, vekilin yardımı olmaksızın genellikle mümkün olmaz. Vekil tarafından suça ilişkin delillerin tespiti ve toplanması sürecinde, vekillik görevi üstlenilen soruşturmanın dışında başka bir soruşturma evrakının incelenmesi gerekebilir. Bu soruşturma evrakının incelenmesi, vekâletname ibrazına bağlı tutulduğu takdirde, evrakın vekil tarafından incelenmesi

dan bir risk ortaya çıkabileceğini ileri sürdüğünü müşahede etmiştir. Bu görüş, Frankfurt Temyiz Mahkemesinin 24 Nisan 1992 tarihli kararında da yer almaktadır (bkz. yukarıdaki 19. paragraf). / Mahkeme, ceza soruşturmalarının etkili bir şekilde gerçekleştirilmesi ihtiyacının bilincindedir; bu ihtiyaç gereği soruşturma esnasında toplanan bilgilerin bir bölümünün şüphelilerin delilleri tahrip etmesinin ve adaletin gerçekleşmesine zarar vermesinin önlenmesi amacıyla gizli tutulması da söz konusu olabilir. Ancak, bu meşru amaç, savunma haklarıyla ilgili önemli kısıtlamalar pahasına güdülemez. Dolayısıyla, bir kişinin alıkonulmasının hukukiliğinin tespitinde esas teşkil eden bilgilerin şüphelinin avukatına da uygun şekilde açıklanması gerekir. / Bu şartlar altında ve Bölge Mahkemesinin Bay W. ve Bay N.'nin ifadelerinden yola çıkarak ileri sürdüğü ve başvuru sahibine iletilmediği için başvuru sahibinin gerektiği şekilde itiraz edemediği gerekçenin taşıdığı önem itibarıyla, başvuru sahibinin tutuklu olarak alıkonulmasını inceleyen Frankfurt Bölge Mahkemesinin izlediği usulde Sözleşme'nin 5. Madde 4. fıkra hükümlerinde öngörülen güvenceler sağlanmamıştır. Dolayısıyla bu madde hükümleri ihlal edilmiştir" Dutertre, 138.

⁶² Benzer yönde bak. Kocaoglu, 226-227.

⁶³ Bursa Barosu tarafından aşağıda incelenecek olan Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik m.45'te yer alan ilk düzenlemeyle ilgili Adalet Bakanlığına yapılan başvuruda da, benzer bir gerekçeyle müdafî veya vekil olan avukatın vekâletname ibraz etmeksizin evrak inceleme yetkisine sahip olması gerektiği belirtilmiştir (<http://www.bursabarosu.org.tr/haberler.php?kimlik=312>, Erişim Tarihi:18.12.2012).

⁶⁴ Centel/Zafer, 786.

mümkün olamayabilir. Suçtan zarar gören, soruşturmanın tarafı olmadığına, vekilin, vekâletnameyi haiz olsa bile, evrak inceleme talebi reddedilecektir. Talebin reddi, delillerin toplanmasını isteme hakkının, fiilen kullanılamaması anlamına gelir.

4. Evrakın İncelenebilmesi İçin Vekâletname İbrazının Gerekli Olup Olmadığı Sorunu

a. Genel olarak

Vekâletname, bir kimsenin vekil olduğunu bildiren, noterlik tarafından onaylanmış belgedir⁶⁵. Ceza muhakemesi hukukunda, müdafî veya vekil olduğunu beyan eden avukatın; müdafî veya vekil sıfatıyla evrak inceleyebilmesi için şüpheli veya suçtan zarar gören tarafından kendisine verilmiş bir vekâletname ibraz etmekle yükümlü olup olmadığına açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Uygulamada, bazı Cumhuriyet savcıları tarafından soruşturma evrakını müdafî veya vekil sıfatıyla incelemek isteyen avukatlardan, görevlendirme yazısı veya vekâletname ibraz etmeleri talep edilmektedir. Vekâletname ibraz etmeyen avukatların, müdafî veya vekil sıfatıyla soruşturma evrakını incelemelerine izin verilmemektedir. Bu anlayışa göre müdafî veya vekil sıfatıyla evrak inceleme talebinde bulunan avukat, ya vekâletname ibraz etmeli ya da bu avukatın baro tarafından atandığına dair görevlendirme yazısı bulunmalıdır. Bu uygulamanın, aşağıda değerlendirilen Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik'in⁶⁶ eski 45. maddesine dayalı olarak yapıldığı söylenebilir. Vekâletname talep edilip edilemeyeceğine ilişkin açıklamalar; 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, Kalem Yönetmeliği m.45 ve Yazı İşleri Yönetmeliği m.54'e göre yapılacaktır.

b. CMUK hükümleri bakımından değerlendirme

Konunun anlaşılabilmesi için 20 Nisan 1929 yılından 1 Haziran 2005 tarihine kadar uygulanan, hatta temyiz kanun yoluna ilişkin hükümlerinin büyük bir kısmı halen yürürlükte olan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun incelenmesinde yarar bulunmaktadır⁶⁷.

⁶⁵ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük (www.tdk.gov.tr, Erişim Tarihi: 14.1.2013).

⁶⁶ RG 1.6.2005, No.25832. Adı geçen Yönetmelik, kısaca Kalem Yönetmeliği olarak anılacaktır. Daha önce belirtildiği üzere, 1 Haziran 2005 tarihli bu Yönetmelik, Yazı İşleri Yönetmeliği m.98 ile yürürlükten kaldırılmıştır (RG 6.8.2013, No.28730).

⁶⁷ 4.4.1929 Tarih ve 1412 sayılı CMUK, RG 20.4.1929, No.1172. Bu Kanun, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 4.12.2004 tarih ve 5271 sayılı CMK ile yürürlükten kaldırılmıştır (RG 17.12.2004, No.25673). Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m.8'e göre bölge adliye mahkemelerinin Resmi Gazetede ilân edilecek göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 322. maddesinin dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraları hariç olmak üzere, 305 ilâ 326. maddeleri uygulanacaktır. Bak. 23.3.2005 tarih ve 5320 sayılı Kanun,

1412 Sayılı Kanun'da, vekâletnameye ilişkin hükümler oldukça sınırlıydı⁶⁸. Kanun yoluna başvuran müdafii, bu başvuruyu geri alabilmesi için vekâletnamesinde buna ilişkin özel bir yetki bulunma zorunluluğu öngörülmüştür. Şahsi davanın davacısının vekili ile sanığının müdafii, davacı veya sanık olmaksızın duruşmaya katıldıklarında, kendilerinden vekâletname istenmekteydi. Temyiz incelemesinde, sanığı temsil edecek müdafii ve müsadere talebi edilen eşyanın sahibini temsil edecek müdafii, vekâletname ibrazıyla yükümlüdür. Belirtilen durumlar dışında, Kanunda vekâletname şartı aranmamıştır. 1412 Sayılı Kanun m.226'da, 1973 yılında yapılan değişiklik⁶⁹ uyarınca sanığın duruşmadan varestede tutulması vekâletnamesinde açıklık bulunan müdafii tarafından talep edilebilirdi.

1412 Sayılı Kanun döneminde, seçilen müdafii, seçildiğini vekâletnameyle ispatının şart olmadığı, sanığın mahkemeyi bir şekilde haberdar etmesinin yeterli olduğu, vekâletname ibrazının sadece gaip sanık yönünden aranacağı belirtilmiştir⁷⁰. Sanık tarafından mahkemenin bir şekilde haberdar edilmesine dair gerekliliğin, soruşturma evresiyle ilgisi bulunmamaktadır⁷¹; mahkemenin haberdar edilmesi, kovuşturma evresinde söz konusu olabilir. Soruşturma evresinde, kolluk veya savcılık makamının şüpheli tarafından haberdar edilme zorunluluğunun aranması, gözetim altında bulunmayan şüpheli bakımından, müdafii hukuki yardımından yararlanma hakkının pratikte engellenmesine yol açar; çünkü şüpheliye ulaşılamayabilir veya ulaşılmaya çalışılırken zaman kaybı söz konusu olabilir. Bu durumda, hukuki

RG 31.03.2005, No.25772 (Mükerrer).

⁶⁸ 1412 Sayılı CMUK'un ilk halinde vekâletnameye ilişkin hükümler şunlardan ibaretti: "Maznun namına bir müdafii duruşmaya gelebilir. Kanuni hısımlarından bir kimse de onu temsil etmek üzere, kendisinden bir vekâletname aranmaksızın kabul olunabilir" (m.273). "Müdafii vuku bulmuş bir müracaattan vaz geçebilmesi ayrıca hususi vekâleti haiz bulunmasına bağlıdır" (m.295/2). "Ağır cezaya müteallik hükümlerde Temyiz Mahkemesi tetkikatını maznunun temyiz istidasındaki talebi üzerine veya dilerse resen duruşma icrası suretiyle yapar. Duruşma gününden maznuna veya talebi üzerine müdafii haber verilir. Maznun duruşmada hazır olabileceği gibi kendisini vekâletnameyi haiz bir müdafii ile de temsil ettirebilir" (m.318/1. Bu hüküm halen yürürlüktedir. Bak. yukarıdaki dipnot). "Davacı yalnız olarak veya kendisine yardım için yanında bir avukat veya davavekili bulundurarak hazır bulunabileceği gibi vekâletnameyi haiz bir avukat veya davavekili tarafından da temsil edilebilir" (m.348). "Maznun yalnız olarak veya kendisine yardım için yanında bir avukat veya davavekili bulundurarak hazır bulunabileceği gibi vekâletnameyi haiz bir avukat veya davavekili tarafından kendisini temsil ettirebilir" (m.356). "Müsadere veya imha olunacak yahut istimalden kaldırılacak eşya üzerinde hakkı olan kimseler de mümkünse duruşmaya davet olunur. Bunlar maznunun haiz olduğu hakları kullanabilirler ve vekâletnameyi haiz bir müdafii ile kendilerini temsil ettirebilirler" (m.393/2).

⁶⁹ 5.3.1973 Tarih ve 1696 sayılı Kanun, RG 15.3.1973, No.14477.

⁷⁰ Kunter, k.no.131.

⁷¹ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu tarafından şüpheli veya sanığın mahkemeyi herhangi bir şekilde haberdar etmesinin yeterli olduğu belirtilmiş ise de, kanımızca soruşturma evresinde mahkeme söz konusu olamaz. Bak. Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul Kasım 2006, k.no.13.8.

yardımanın sunulmaması veya zamanında sunulması tehlikesi doğacak, adil yargılanma hakkının ihlali gündeme gelebilecektir⁷².

1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda 1992 yılında yapılan ve özellikle savunma hakkını güçlendirmeye yönelik düzenlemelerde⁷³, müdafî tarafından hukuki yardım kapsamında yapılacak bazı muhakeme işlemlerinin, vekâletname ibrazına bağlanamayacağı hüküm altına alınmıştır. 1412 Sayılı Kanun m.106/1'e göre sorgu ve m.135/1-3'e göre ifade alma işlemlerinde, müdafî vekâletname aranmaksızın hazır bulunabilecektir. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu m.144'te yapılan değişiklikle yakalanan veya tutuklu bulunan kişinin, vekâletname aranmaksızın müdafî ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşmesi sağlanmıştır. Bu değişikliklerin gerekçesinde, vekâletname aranmamasına ilişkin düzenlemelere hangi nedenlerle yer verildiği açıklanmamıştır⁷⁴. Ancak Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu m.135'in değişiklik gerekçesinde, savunma hakkının gereği gibi kullanılabilmesi için müdafîin yardımının şart olduğu belirtilmiştir⁷⁵. Bu nedenle değişikliklerin savunma hakkını güçlendirmeye yönelik olduğu söylenebilir. Kapsamlı değişiklik tasarısına başkanlık eden Yurtcan'a göre vekâletname istenmemesinin nedeni, vekâletname çıkarılması işleminin yargılamayı geciktirme tehlikesidir⁷⁶. Kanımızca bu değişikliğin nedeni, özellikle gözaltında bulunan şüphelilere hukuki yardımda bulunmak üzere kolluk makamlarına başvuran müdafîlerin, vekâletnamelerinin bulunmadığı gerekçesiyle şüphelilerle görüştürülmeyecek savunma hakkının engellenmesini ortadan kaldırmaktır. Bazı kolluk birimleri tarafından 2000'li yılların başında dahi, gözaltında bulunan şüpheliyle görüşme talebinde bulunan müdafiden vekâletname talep edilebilmekteydi. Bu nedenle değişikliklerin, savunma hakkının esaslı unsurlarından müdafîin hukuki yardımından yararlanma hakkına ilişkin uygulamada yaşanan sorunların giderilmesine yönelik olduğu söylenebilir.

⁷² Benzer yönde bak. Yenisey, "Ceza Davalarında Müdafîin ve Mağdur Vekilinin Dosyayı İncelemesi İçin Vekâletname İstenmesi Sorununun, Soruşturma Evresindeki Durumu", 5; Taşkın, Ş. Cankat, "Müdafînin Dosyayı İnceleme Hakkının Değerlendirilmesi", TBBD, Sayı:75 (2008), 401.

⁷³ 18.11.1992 Tarih ve 3842 sayılı Kanun, RG 1.12.1992, No.21422. Anılan değişikliklerin kapsamlı olarak tartışıldığı bir sempozyum için bak. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Son Değişiklikler Sempozyumu Özel Sayısı, Cilt: 4 , Sayı : 1-2 (1994).

⁷⁴ Değişiklik gerekçeleri için bak. Gözübüyük, Abdullah Pulat, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Gözübüyük Şerhi, İstanbul 1994, 642, 707-708, 750.

⁷⁵ "İnsan haklarının günümüzdeki gelişmesi sonucu, demokratik ülkelerde kuşku duyulan kişi veya sanığa iyi bir savunma imkânı sağlanmış, savunması sırasında müdafîi bulundurma hakkı tanındığı gibi bazı delillerin toplanmasını isteme hakkı verilmiş veya hiçbir şey söylememe imkânı sağlanmıştır." Gözübüyük, 707-708.

⁷⁶ Yurtcan, 167.

c. CMK hükümleri bakımından değerlendirme

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da, vekâletnameye ilişkin az sayıda hüküm bulunmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu m.154'e göre şüpheli veya sanık, vekâletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir. Ceza Muhakemesi Kanunu m.196/1'de, sanık tarafından yetkili kılınan müdafii, sanığın duruşmalara katılma zorunluluğunun kaldırılmasını talep edebileceği öngörülmüştür. Ceza Muhakemesi Kanunu m.266/2'de, müdafii veya vekil tarafından kanun yolu başvurusundan vazgeçilebilmesi, vekâletnamede bu hususta özel yetki bulunması koşuluna bağlanmıştır.

Kanun koyucu, vekâletnamenin aranmayacağına dair 1412 sayılı Kanun'da 1992 yılında değişikliklerden bir tanesini koruma ihtiyacı duymuştur. Korunan düzenleme, şüpheli veya sanığın vekâletname aranmaksızın müdafiiyle her zaman görüşebileceği hükmüdür. Kanun koyucu tarafından sorgu ve ifade alma işlemlerinde, müdafiden vekâletname istenemeyeceğini dair düzenlemelere yer verme gereği duyulmamış⁷⁷, buna karşılık şüpheli ve sanıkla müdafii görüşmesinde vekâletname aranmayacağına ilişkin hüküm aynen kabul edilmiştir. Kanımızca uygulamada yaşanabilecek olası sorunlara karşı hükmün korunmasında yarar görülmüştür. Bu durum, sanıkla görüşmek isteyen müdafiden vekâletname aranmayacağına ilişkin 1992 yılındaki değişiklik ile ilgili yukarıda yapılan tespitin doğruluğunu ortaya koymaktadır.

Şüpheli ve sanıkla görüşmek için vekâletname aramayan kanun koyucunun, soruşturma evrakının incelenmesi için vekâletname zorunluluğunu aramayacağı söylenebilir⁷⁸. Müdafii tarafından evrak incelenmediğinde, şüpheliye yapılacak hukuki yardımın sınırlı kalacağı açıktır.

d. Kalem Yönetmeliği m.45 hükmü bakımından değerlendirme

Soruşturma evresinde, müdafii veya vekil sıfatıyla avukatlar tarafından yapılan evrak inceleme taleplerinde uygulamada yaşanan sorunun, Kalem Yönetmeliği'nin⁷⁹ 45. maddesinde yer alan ilk düzenlemeden kaynaklandığı söylenebilir. Anılan Yönetmelik m.45'in ilk haline göre "Müdafii soruşturma evresinde soruşturmanın

⁷⁷ Şüphelinin kolluk ve Cumhuriyet savcılığında ifadesinin alınması işlemlerinde, vekâletname ibrazı zorunluluğunun arandığına dair Ankara Barosu'na mensup bazı avukatlar tarafından yakınmalarda bulunulmuş ve Adalet Bakanlığı'ndan soruna çözüm bulunması talep edilmiştir. Bak. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 28.3.2012 tarih ve 18552 sayılı, Ankara Barosu Başkanlığı'na yönelik yazısı (<http://www.ankarabarusu.org.tr/images/diger/2012/abcigm.pdf>, Erişim Tarihi: 18.12.2012).

⁷⁸ Benzer yönde bak. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, k.no.13.8.

⁷⁹ Cumhuriyet Başsavcılıkları İle Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik, RG 1.6.2005, No.25832. Daha önce belirtildiği üzere, 1 Haziran 2005 tarihli bu Yönetmelik, Yazı İşleri Yönetmeliği m.98 ile yürürlükten kaldırılmıştır (RG 6.8.2013, No.28730).

amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla görevlendirme yazısı veya vekâletname ibraz ederek soruşturma evrakı içeriğini inceleyebilir ve dilekçeyle müracaatı halinde istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir./Mağdur veya şikâyetçinin vekili soruşturma evresinde soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla görevlendirme belgesi veya vekâletname ibraz ederek soruşturma evrakının içeriği ile elkonulan ve muhafazaya alınan eşyayı inceleyebilir ve dilekçeyle müracaatı hâlinde istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir.”

Kalem Yönetmeliği'nin alıntılanan hükmü, soruşturma evresinde müdafî veya vekil tarafından evrak incelenmesini, görevlendirme yazısı veya vekâletname ibrazına bağlamıştır. Görevlendirme yazısı, baro tarafından CMK m.150 ve m.234'e göre atanan müdafî veya vekil için söz konusu olabilir⁸⁰. Bir başka anlatımla baro tarafından atanmayan müdafî veya vekil tarafından görevlendirme yazısı ibraz edilemez. Bu itibarla söz konusu hüküm uyarınca, baro tarafından atanmayan müdafî veya vekil sıfatıyla evrak inceleme talebinde bulunan avukatların vekâletname ibraz etmek zorunda oldukları söylenebilir.

Kalem Yönetmeliği m.45 hükmü; uygulamada çoğunlukla belirtilen yönde yorumlanmış, müdafî veya vekil sıfatıyla evrak inceleme talebinde bulunan avukatlardan vekâletname ibraz etmeleri istenmiş, vekâletname ibraz etmeyen avukatlara soruşturma evrakı incelenmemiştir. Söz konusu Yönetmelik hükmü, Ceza Muhakemesi Kanunu m.153 ve aşağıda değinileceği üzere Avukatlık Kanunu m.2/3 ve 46/2'ye aykırı olmasına rağmen⁸¹, Cumhuriyet savcılar tarafından normlar hiyerarşisi (altlık-üstlük ilişkisi⁸²) görmezden gelinmiş, hükmün uygulanması yeğlenmiş ve evrak inceleme talepleri buna dayalı olarak genellikle geri çevrilmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'na aykırı olan Kalem Yönetmeliği m.45'in iptali talebiyle Türkiye Barolar Birliği tarafından Danıştay 10. Dairesi nezdinde iptal davası açılmıştır. Ancak dava, reddedilmiştir⁸³. Bu nedenlerle söz konusu hüküm,

⁸⁰ Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m.5-6. RG 2.3.2007, No.26450.

⁸¹ Aynı yönde bak. Gür, “Müdafîin Dosya İnceleme Hak ve Yetkisi”, 211; Dülger, “Ceza Muhakemesinde Müdafîin Konumu ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, 64. Demirbaş'a göre, bu durumda Avukatlık Kanunu m.46/2 hükmü, adeta devre dışı kalmaktaydı. Bak. Demirbaş, 181.

⁸² Anayasa m.124/1'e göre, “Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.” Hukuk kuralları arasındaki altlık-üstlük ilişkisi konusunda bak. Aybay, Aydın/Aybay, Rona, Hukuka Giriş, İstanbul 2012, 112; Karakehya, Hakan, “Türk Ceza Muhakemesinde Sanığın Dosya İnceleme Hakkı”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XI, Sayı:3-4 (2007), 140-142 (makalenin elektronik formatı için bak. <http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2007-2-5.pdf>, Erişim Tarihi:14.12.2012).

⁸³ İptal davasında yürütmenin durdurulması talebi, Danıştay 10. Dairesi'nin 22.11.2005 tarih ve 2005/5971 Esas Nolu kararıyla reddedilmiştir. Bu karara yapılan itiraz da, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 16.02.2006 tarih ve 2006/20 Y.D. İtiraz Nolu kararıyla reddedilmiştir. Yürütmenin durdurulması talebinin reddedilmesi sebebiyle Kalem Yönetmeliği m.45; mevzuattaki var-

uzun süre yürürlükte kalmış ve uygulanmıştır. Anılan hüküm sebebiyle soruşturma evresinde, evrak inceleme talepleriyle ilgili ciddi sorunlar yaşandığı anlaşılmaktadır⁸⁴.

Kalem Yönetmeliği m.45'in uygulamada yol açtığı ciddi sorunlara kayıtsız kalınmamış ve anılan hüküm değiştirilmiştir⁸⁵. Yapılan değişikliklerle Yönetmelik hükümü, Ceza Muhakemesi Kanunu m.153'e uygun hale getirilmiştir: “Şüpheli ya da müdafii soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir./Şüpheli ya da müdafii dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek almasına ilişkin yetkisi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi ve ilgili hâkimin kararıyla kısıtlanabilir./ Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında üçüncü fıkra hükmü uygulanmaz./Bu maddenin içerdiği haklardan mağdur ya da şikâyetçi ile suçtan zarar gören ve vekilleri de yararlanır.” Değişiklik uyarınca şüpheli ve suçtan zarar görenler de (mağdur ile şikâyetçi), müdafii ve vekillerinin aracılığıyla olmaksızın, soruşturma evrakını inceleyebilecek ve evraktan örnek alabileceklerdir⁸⁶.

İlgini sürdürmüş, dolayısıyla uygulanmaya devam edilmiştir. İptal davası, Danıştay 10. Dairesi'nin 22.5.2008 tarih ve 2005/5971 Esas, 2008/3448 Karar Nolu kararıyla reddedilmiştir (Anılan kararın tam metni için bak. <http://www.bursabarosu.org.tr/paylasim/File/dosyalar/2009/28072009.pdf>, Erişim Tarihi: 18.12.2012).

⁸⁴ Örneğin Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 23.6.2008 tarih ve 35867 sayılı Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı'na yönelik yazısında, yukarıda değinilen yürütmenin durdurulması talebinin reddi istemine yapılan itiraz üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından verilen karara atıf yapılmıştır. Söz konusu yazı ekinde, soruşturma evresinde evrak inceleme talepleriyle ilgili Ankara ve Konya Cumhuriyet Başsavcılıklarının tereddütlerine verilen cevaplara yer verilmiştir. Bu cevaplarda da, Kalem Yönetmeliği m.45 uyarınca, soruşturma evrakını müdafii veya vekil sıfatıyla incelemek isteyen avukatların taleplerinin, görevlendirme yazısı veya vekâletname ibraz edilmediği takdirde, reddinin uygun olacağı belirtilmiştir (<http://www.barobirlik.org.tr/calisma/haberler/yazismalar/cmk/g9n32300.PDF>, Erişim Tarihi: 18.12.2012).

⁸⁵ Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'in 1. maddesiyle, uygulamada sorunlara yol açan m.45 değiştirilmiştir. RG 24.12.2010, No.27795.

⁸⁶ Öğretide, söz konusu değişiklik yerinde bulunmakla birlikte, evrak inceleme yetkisinin özellikle şüpheliye kanunla tanınmasının daha uygun olacağı belirtilmektedir. Centel/Zafer, 89-90. Anayasa Mahkemesi tarafından Ceza Muhakemesi Kanunu m.234/1-b (3)'te, kovuşturma evresinde, mağdur ve şikâyetçinin, ancak vekilleriyle aracılığıyla örnek isteyebileceklerine dair hükümde yer alan “vekili aracılığı ile” ibaresi, Anayasa m.2 ve m.36'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir: “Kovuşturma aşamasında mağdur ile şikâyetçinin dava dosyasındaki tutanak ve belgelerden örnek alması hak arama özgürlüğünün bu bağlamda adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Böylece tutanak ve belgelerden örnek alınması mağdur ile şikâyetçiye muhakemenin seyrine yön vermek ve etki etmek olanağını da sağlayacaktır. İtiraz konusu ibare ile mağdur ile şikâyetçinin vekilleri olmaksızın dosyadaki tutanak ve belgelerden örnek alması engellenerek, yargı mercileri önünde davacı olarak iddiada bulunma, bilgiye ulaşarak muhakemenin gidişatına yön verme haklarının sınırlandırılması hak arama özgürlüğü ile bağdaşmaz.” Bak. AyMK 17.5.2012 tarih ve 2011/37 Esas, 2012/69 Karar Nolu kararı, RG 21.7.2012, No.28360. İptal kararı, kovuş-

Kalem Yönetmeliği m.45'in, yapılan değişiklikle Ceza Muhakemesi Kanunu m.153 ile uyumlu hale getirilmesi, evrak incelemeye ilişkin uygulamada yaşanan sorunları giderememiştir⁸⁷. Yargıtay 15. Ceza Dairesi tarafından kanun yararına bozma talebi üzerine 25 Ekim 2011 tarihinde verilen kararda, Kalem Yönetmeliği m.45'te yapılan değişiklik gözardı edilmiştir⁸⁸. Bir başka anlatımla, yaklaşık bir yıldan bu yana değiştirilmiş şekliyle yürürlükte bulunan Yönetmelik hükmü, Yargıtay tarafından üstelik de kanun yararına bozma gibi olağanüstü bir kanun yolunda, hiç değiştirilmemiş gibi sonuca varılmıştır⁸⁹.

Kalem Yönetmeliği m.45'te yapılan değişiklik, bizatihi değişikliği yapan Adalet Bakanlığı tarafından da yok sayılmıştır. Adalet Bakanlığı'nın bir istişari görüş yazısında; Yargıtay 15. Ceza Dairesi tarafından kanun yararına bozma istemi üzerine verilen karar ile Danıştay 10. Dairesi tarafından verilen Kalem Yönetmeliği m.45'in iptal isteminin reddine dair karara atıf yapılmıştır⁹⁰. Yukarıda belirtildiği üzere, Yargıtay 15. Ceza Dairesi tarafından verilen kararda, Kalem Yönetmeliği m.45'in değiştirildiği hususu göz ardı edilmiştir. Danıştay 10. Dairesi tarafından verilen red kararı, Kalem Yönetmeliği m.45'te kanuna aykırılık bulunmadığının idari yargı

turma evresiyle ilgili verilmiş olmakla birlikte; gerekçe, soruşturma evresinde evrak incelenmesinin hem şüpheli hem suçtan zarar gören açısından bir hak olarak kabul edilmesinin önemini ve bu nedenle Kalem Yönetmeliği m.45'teki değişikliğin, kanunla güvencelenmesi daha uygun olsa da, yerinde olduğunu göstermektedir.

⁸⁷ Aynı yönde bak. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erdem, 257.

⁸⁸ Y15CD, 25.10.2011 tarih ve 2011/10088 Esas, 2011/5760 Karar Nolu kararı (<http://www.kazanci.com>). Kanun yararına bozma talebine konu olay kısaca şu şekildedir: Bir avukat tarafından Bursa Cumhuriyet Başsavcılığı'na yürütülen bir soruşturma evrakı incelenmek istenir. İnceleme istemi, savcılık tarafından reddedilir. Savcılığın red kararına karşı sulh ceza mahkemesine yapılan başvuru kabul edilir. Savcılık tarafından sulh ceza mahkemesinin kararına karşı yapılan itiraz, asliye ceza mahkemesince reddedilir.

Yargıtay 15. Ceza Dairesi'nin kararında, kanun yararına bozmaya atfen düzenlenen ihbarnamedeki düşüncenin yerinde görüldüğünün belirtilmesiyle yetinilerek bozma talebi kabul edilmiştir. Bu nedenle kararın anlaşılabilmesi için, ihbarnamenin gerekçesine bakılmalıdır. İhbarnamede; "Belirtilen yasal düzenlemeler ile dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde, genel olarak soruşturma evresinin gizli olduğu, şüpheli müdafii ya da katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişi vekili olan avukatın soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla soruşturma evrakını inceleyebileceği, ancak bunun için de avukatın müdafii veya vekil olduğuna dair görevlendirme yazısı veya vekâletname ibraz etmesi gerektiği, vekâletname ya da görevlendirme yazısı olmadan sadece mahkemelerdeki dava dosyaları ile icra dairelerindeki takip dosyalarının incelenebileceği, soruşturma dosyalarının ise incelenemeyeceğinin gözetilmemesi" denilerek bozma isteminin, esas olarak Kalem Yönetmeliği m.45'e dayandırıldığı anlaşılmaktadır; çünkü Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, evrak inceleme için görevlendirme yazısı veya vekâletname aranmasına dair bir hüküm bulunmamaktadır.

Kalem Yönetmeliği m.45'te yapılan değişiklik, Dülger tarafından da görmezden gelinmiştir. Bak. Dülger, "Ceza Muhakemesinde Müdafinin Konumu ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", 64.

⁸⁹ Benzer yönde bak. Altıparmak, Cüneyd, "Avukat, Soruşturma Dosyasını Vekâlet Sunmadan İncelememi", Güncel Hukuk Dergisi, Sayı: Ekim 2012/10-106, 58.

⁹⁰ Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 28.3.2012 tarih ve 18552 sayılı yazısı (<http://www.ankarabarasu.org.tr/images/diger/2012/abcigm.pdf>, Erişim Tarihi: 18.12.2012).

tarafından tespiti anlamına gelebilir. Ancak Yönetmelik hükümlerini uygulamakla görevli idari makam olan Adalet Bakanlığı⁹¹, Kalem Yönetmeliği m.45'i değiştirmiştir. Bir başka anlatımla dava konusu edilen ve iptal istemi reddedilen idari işlem, idare tarafından geri alınmış⁹²; Kalem Yönetmeliği m.45 hükmü, Ceza Muhakemesi Kanunu m.153'e uygun hale getirilmiştir⁹³. Belirtelim ki, Kalem Yönetmeliği'nde, m.45 ile sınırlı bir değişiklik yapılmıştır. Ancak Adalet Bakanlığı, hükümleri kendisi tarafından yürütülen Kalem Yönetmeliği'nin ilgili maddesini değiştirmiş olmasına rağmen, sanki bu yönde bir değişiklik yapılmamışçasına görüş beyan etmiştir⁹⁴.

e. Yazı İşleri Yönetmeliği m.54 hükmü bakımından değerlendirme

Yazı İşleri Yönetmeliği'nin "soruşturma evrakının incelenmesi ve örnek

⁹¹ Kalem Yönetmeliği m.94 ve bu Yönetmeliğin değiştirilmesine dair Yönetmelik m.3'e göre Yönetmelik hükümleri, Adalet Bakanı tarafından yürütülür (RG 1.6.2006, No.25832; RG 24.12.2010, 27795).

⁹² İdari işlemin geri alınması konusunda bak. Günday, 157 vd; Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, 1120 vd.

⁹³ Demirbaş, 181.

⁹⁴ Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 28.3.2012 tarih ve 18522 sayılı yazısında; "Soruşturma evresinde, usul ve kanun hükümlerine göre müdafî olarak görevlendirilmeyen veya vekâleti bulunmayan avukat ile müdafîliği şüphelice doğrulanmayan avukatın, ifade sırasında hazır bulunamayacağı, soruşturma evrakının içeriğini inceleyemeyeceği ve evraktan suret alamayacağı" denildikten sonra, "Müdafî olarak görevlendirilmiş ya da vekâletnamesi bulunan avukatın, soruşturma aşamasında şüphelinin ifadesinde hazır bulunabileceği, evraktan suret alabileceği" sonucuna varılmıştır (Bak. anılan yazı, 4, 2-3 nolu sonuç paragrafları).

Buna göre baro tarafından görevlendirilmeyen veya vekâletnamesi bulunmayan avukat, müdafîliği şüpheli tarafından doğrulanmadıkça ifade sırasında hazır bulunamayacak ve evraktan suret alamayacaktır. Ancak hemen akabinde, baro tarafından müdafî olarak görevlendirilmeyen ya da vekâletnamesi bulunmayan avukatın, şüphelinin ifadesi sırasında hazır bulunamayacağı ve evraktan suret alamayacağı belirtilmiştir. Bir başka anlatımla "müdafîliği şüpheli tarafından doğrulanmış avukat" dahi, baro tarafından görevlendirilmediği veya vekâletname ibraz etmediği takdirde ifade sırasında hazır bulunamayacaktır. Bu itibarla istişari görüş, kendi içinde çelişkili olduğu gibi Ceza Muhakemesi Kanunu'na aykırıdır ve şüpheli hakları bakımından ciddi sorunlar içermektedir. Çünkü istişari görüşe göre şüphelinin ifadesine müdafîi olarak katılmak isteyen avukat, ya görevlendirmiş olmalı ya da vekâletname ibraz etmelidir. Baro tarafından görevlendirilmeyen müdafiden vekâletname talep etmek, savunma hakkını kısıtlayacağı gibi işin doğasına da aykırılık teşkil etmektedir. Benzer yönde bak. Yerdelen, Erdal, "Soruşturma, m.145-174", 3 (www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/190.doc, Erişim Tarihi:18.12.2012). Soruşturma evresinin işleyişi düşünüldüğünde, vekâletname düzenlenmesi; şüphelinin, çoğunlukla müdafiden yararlanamaması veya seçtiği müdafinin yardımından yoksun kalmasıyla sonuçlanacaktır. Bu takdirde, 1992 yılından bu yana Türkiye'de savunma hakkını güçlendirici uygulamanın yerini eskisi alacaktır. Böylesi bir sonucun kabul edilemeyeceği açıktır. Şüpheli tarafından müdafîi olarak kabul edilmeyen bir avukatın, şüpheli müdafîi sıfatıyla ifadede hazır bulunamaması, tabir yerinde ise malumun ilanıdır. Belirtelim ki, şüphelinin bu yöndeki iradesi, kuşkuya yer bırakmayacak biçimde açık olmalı ve müdafîi olarak kabul edilmeyen avukat huzurunda beyan edilmelidir. Bu nedenle müdafîi sıfatıyla gelen avukat, kısa da olsa şüpheli ile görüşebilmelidir. Aksi takdirde, şüphelinin, müdafîi olarak gelen avukatla görüşmek istemediği veya müdafîliğini kabul etmediğine ilişkin kolluk makamlarının uygulamada nadiren olsa da rastlanan soyut beyanları, şüphelinin hukuki yardımdan yoksun kalmasına yol açabilir.

alınması” başlıklı m.54 hükmü, yukarıda incelenen Kalem Yönetmeliği m.45’te 24.12.2010 tarihinde yapılan değişikliğe paralel bir düzenleme içermektedir: “Şüpheli ve müdafii soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini fizikî ya da elektronik ortamda harçsız olarak alabilir./ Şüpheli ve müdafii dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek almasına ilişkin yetkisi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının istemi ve ilgili hâkimin kararıyla kısıtlanabilir./ Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifade-sini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında üçüncü fıkra hükmü uygulanmaz./ Bu maddenin içerdiği haklardan mağdur, şikâyetçi, suçtan zarar gören ve vekilleri de yararlanır.” Bu itibarla Kalem Yönetmeliği m.45 ile ilgili yapılan açıklamalar, Yazı İşleri Yönetmeliği m.54 için de geçerlidir.

f. Değerlendirme

Kalem Yönetmeliği m.45’te yapılan değişiklik aradan geçen uzun zamana rağmen içselleştirilmemiş olmakla birlikte, soruşturma evresinde müdafî veya vekil sıfatıyla evrak inceleme talebinde bulunan avukatlardan vekâletname talep edilmesine ilişkin sorun, mevzuat düzeyinde sona ermiştir. Yukarıda belirtildiği üzere, Yazı İşleri Yönetmeliği m.54’te, Kalem Yönetmeliği m.45’e uygun bir düzenleme yapılmıştır. Bu itibarla mevzuat düzeyinde sorun bulunmadığı söylenebilir.

Soruşturmaya yürüten savcılık makamı; müdafî veya vekil sıfatıyla evrak inceleme talebinde bulunan avukatın, müdafî veya vekil olup olmadığına ilişkin tereddüt duyabilir. Müdafî veya vekil sıfatıyla evrak inceleme talebinde bulunan avukat; şüpheli veya suçtan zarar gören ile birlikteyse, avukatın, müdafii veya vekil sıfatı kuşkusuzdur. Şüpheli veya suçtan zarar gören, yanında bulunan avukatın müdafii veya vekili olduğunu zımnen beyan etmektedir⁹⁵. Ancak müdafî veya vekil sıfatıyla evrak inceleme talebinde avukat, uygulamada genellikle şüpheli veya suçtan zarar gören yanında olmaksızın savcılık makamına başvurmaktadır⁹⁶.

Avukatın, “müdafî” veya “vekil” sıfatını kazanabilmesi (statüsüne girebilmesi) için, bu avukatın hukuki yardımının şüpheli veya suçtan zarar gören tarafından istenilmesi veya kabul edilmesi ya da baroca görevlendirilmesi gerektiği söylenebilir⁹⁷. Ancak müdafî veya vekil sıfatıyla evrak inceleme talebinde bulunan avukat, şüpheli veya suçtan zarar gören tarafından kendisinin müdafî/vekil olarak seçildiğini ispat-

⁹⁵ Nitekim sanıkla birlikte duruşmaya katılan ve sanık tarafından müdafiliği reddedilmeyen avukat tarafından dosyaya vekâletname ibraz edilmeksizin yapılan temyiz isteminin geçerli olduğu sonucuna varılmıştır (YİBK 20.10.1975 tarih ve 1975/7 Esas, 1975/9 Karar Nolu karar, www.hukuk-turk.com).

⁹⁶ Müdafî veya vekil sıfatıyla avukatlar tarafından şüpheli veya suçtan zarar gören olmaksızın, kollukta evrak inceleme talebi, nadiren söz konusu olmaktadır.

⁹⁷ Centel, 91; Centel/Zafer, 171; Yenisey, “Ceza Davalarında Müdafii ve Mağdur Vekilinin Dosyayı İncelemesi İçin Vekâletname İstenmesi Sorununun, Soruşturma Evresindeki Durumu”, 3.

lamak zorunda bırakılmamalıdır⁹⁸. Aksi takdirde müdafî veya vekil, birçok olayda fiilen evrak inceleyemeyecektir. Bu takdirde şüpheli veya suçtan zarar gören, adil yargılanma hakkı kapsamında bulunan hukuki yardımdan faydalanamamış olur. Müdafî veya vekil sıfatı olduğunu, şüpheli/suçtan zarar gören ya da yakınları tarafından soruşturma evrakının incelenmesinin talep edildiğini beyan eden avukatın, bu beyanına güvenilmeli ve soruşturma evrakı Ceza Muhakemesi Kanunu m.153 uyarınca incelenmelidir⁹⁹. Bir başka anlatımla talepte bulunanın avukat olduğunu belgelemesi yeterlidir. Kanımızca Ceza Muhakemesi Kanunu m.149/3'te, "müdafî" yerine "avukat" kavramının kullanılması, bu yorumun doğruluğunu göstermektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu m.149/3'e göre "Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukatın, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukukî yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz." "Müdafî" yerine "avukat" kavramının kullanılmış olması, avukatın müdafî olduğu yolundaki beyanının, kanun koyucu tarafından yeterli görüldüğünü göstermektedir¹⁰⁰. Çünkü hükme göre avukat, müdafîe tanınan bütün hak ve yetkileri kullanabilir¹⁰¹. Bu yorum, aşağıda ele alınacak olan Avukatlık Kanunu m.46/2'de, "Avukat veya stajyer, vekâletname olmaksızın dava ve takip dosyalarını inceleyebilir. Bu inceleme isteğinin ilgililerce yerine getirilmesi zorunludur. Vekâletname ibraz etmeyen avukata dosyadaki kağıt veya belgelerin örneği veya fotokopisi verilmez" düzenlemesiyle de uyumludur¹⁰².

⁹⁸ Benzer yönde bak. Aday, 97.

⁹⁹ Benzer yönde bak. ve karşı. Centel/Zafer, 171; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erdem, 256-257; Yenisey, "Ceza Davalarında Müdafîin ve Mağdur Vekilinin Dosyayı İncelemesi İçin Vekâletname İstenmesi Sorununun, Soruşturma Evresindeki Durumu", 5-6; Kocaoğlu, 118. Sungurtekin'e göre de evrak incelemek isteyen avukat, vekâletname ibraz etmek zorunda değildir, evraktan suret alınmak istenmesi halinde ise vekâletname ibraz edilmelidir. Bak. Sungurtekin, 351.

¹⁰⁰ Karş. Yenisey, "Ceza Davalarında Müdafîin ve Mağdur Vekilinin Dosyayı İncelemesi İçin Vekâletname İstenmesi Sorununun, Soruşturma Evresindeki Durumu", 3.

¹⁰¹ CMK m.149, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu m.136'nın (3842 sayılı Kanunla değişik) karşılığını oluşturmaktadır. 1412 Sayılı Kanun m.136'nın 1. ve 2. fıkraları, CMK m.149/1-2'de esas olarak korunmuş; ancak 3. fıkra değiştirilmiştir. 1412 Sayılı Kanun m.136/3 şöyleydi: "Zabıtaca yapılan soruşturma da dahil olmak üzere, soruşturmanın her safhasında müdafîin, yakalanan kişi veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukukî yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz." Kanun koyucu tarafından eski hükümde (CMUK m.136/3) yer alan "müdafî" yerine, yeni hükümde (CMK m.149/3) "avukat" kavramı kullanılması bilinçli bir tercih olduğu söylenebilir.

CMUK m.136/3'teki düzenlemeye göre, müdafîe tanınan yetkilerin kullanılmasının vekâletname ibrazına bağlı olmadığı konusunda bak. Çine, Özcan, "Müdafîden Vekâletname İstenmemelidir", Ankara Barosu Dergisi, Sayı:4 (1993), 600 (makalenin elektronik ortamdaki formatı için bak. <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1993-4/5.pdf>, Erişim Tarihi:18.12.2012).

¹⁰² Benzer yönde bak. ve karşı. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erdem, 257.

Ceza Muhakemesi Kanunu m.149/3'te yer alan hükmün müdafîe ilişkin olduğu, bu hükümden hareketle “vekil” sıfatıyla evrak inceleme talebinde avukatın, bu beyanın doğru olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılamayacağı söylenebilir. Ceza muhakemesi faaliyetine katılanların, olanaklar elverdiği ölçüde eşit hak ve yetkilere sahip olmasını ifade eden silahların eşitliği ilkesi, kanımızca müdafîe tanınan bütün yetkilerin kural olarak vekile de tanınmasını gerektirir. Müdafîin evrak inceleme yetkisinin düzenlendiği Ceza Muhakemesi Kanunu m.153/5'e göre “Bu Maddenin içerdiği haklardan suçtan zarar görenin vekili de yararlanır.” Anılan hüküm uyarınca, vekil de, müdafî gibi evrak inceleme yetkisine sahiptir¹⁰³. Suçtan zarar gören vekili sıfatıyla evrak inceleme talebinde bulunan avukatın da beyanına güvenilmeli; avukat, vekilliğini ispatlamak zorunda bırakılmamalıdır.

Şüpheli müdafîi veya suçtan zarar gören vekili sıfatıyla evrak inceleme talebinde bulunan avukatın, yazılı olarak talepte bulunması uygun olacaktır. Müdafîi veya vekil sıfatıyla evrak incelemek isteyen avukat tarafından dilekçe ekinde avukatlık kimliğinin bir örneğinin sunulması, talepte bulunanın avukat olduğunu belgeleyecek ve bu belgelendirme, evrak inceleme için yeterli olacaktır¹⁰⁴. Evrak inceleme talebini içeren dilekçe ekinde avukatlık kimliğinin sunulması, soruşturmanın “yazılılık” ilkesinin gereğidir (CMK m.169/2)¹⁰⁵. Yazı İşleri Yönetmeliği m.54/6'ya göre soruşturma evrakının incelenmesi veya belgelerden örnek alınmasından sonra, dosya inceleme veya belge örneği alma tutanağı düzenlenmelidir. Dosya inceleme veya belge örneği alma tutanağının düzenlenmesine ilişkin Yönetmelik hükmü, önerimizle uyumludur. Bu sayede müdafîi veya vekil sıfatıyla kendisine evrak inceleme yetkisi tanınan avukatın, bu yetkisini kötüye kullanması halinde, hakkında disiplin soruşturması ve eylemin suç oluşturması halinde ceza soruşturması yapılabilecektir. Ancak müdafîi veya vekil sıfatıyla evrak inceleme talebinde bulunan avukatın, kötüye kullanma ihtimali düşünülerek evrak inceleme yetkisinin elinden alınması doğru olmaz¹⁰⁶. Kanımızca avukat olduğunu ispat eden ve şüpheli veya suçtan zarar gören adına evrak inceleme talebinde bulunduğunu beyan eden avukatın talebinin reddi, koşullarının bulunması halinde görevi kötüye kullanma suçu teşkil edebilir (TCK m.257)¹⁰⁷.

¹⁰³ Madde gerekçesinde, suçtan zarar görenin vekilinin evrak inceleme yetkisine sahip olduğu belirtilmiş; ancak bu yetkinin, şüphelinin korunmaya değer üstün yararının bulunması halinde kullanılamayabileceğine işaret edilmiştir. Bir başka anlatımla suçtan zarar gören vekili; bazı istisnai hallerde, şüpheli müdafîine tanınan evrak inceleme yetkisinden yararlandırılmayabilecektir. Kanımızca şüphelinin korunmaya değer üstün yararının, vekilin evrak inceleyememe nedeni olması, pek de rastlanacak bir durum değildir.

¹⁰⁴ Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 3.2.1995 tarihli istişari görüş yazısında da, Avukatlık Kanunu m.46 ile CMUK m.106 ve 135 uyarınca avukatın, vekâletname olmadan ifade alma işleminde hazır bulunabileceği ve soruşturma evrakını inceleyebileceği belirtilmiştir. Bak. Yaşar, Osman, Ceza Muhakemesi Kanunu, II. Cilt, Ankara 2011, 1799.

¹⁰⁵ Soruşturmanın yazılılık ilkesi konusunda bak. Centel/Zafer, 91-93; Ünver/Hakeri (2. Cilt), 3; Taner, 267-268; Demirbaş, 31-32.

¹⁰⁶ Centel, 120; Gür, “Müdafîin Dosya İnceleme Hak ve Yetkisi”, 213.

¹⁰⁷ Benzer yönde bak. ve karşı. Aday, 97, dn.324.

5. Evrak İnceleme Yetkisinin Kapsamı ve Sınırı

a. Genel olarak

Müdafî veya vekil; soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir, istediği evrakın bir örneğini harçsız olarak alabilir (CMK m.153/1, m.153/5). Müdafî veya vekil olan avukatın şüpheli veya suçtan zarar gören ya da yakınları tarafından seçilmesi ya da baro tarafından görevlendirilmiş olmasının, bu yetkinin kullanılması bakımından herhangi bir önemi bulunmamaktadır¹⁰⁸. Kural, soruşturma evrakının tamamının müdafî veya vekil tarafından herhangi bir sınırlama olmaksızın incelenebilmesidir¹⁰⁹. Bir başka anlatımla Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza mahkemesi hakimi tarafından verilmiş bir kısıtlama kararı olmadıkça soruştur-

¹⁰⁸ Centel/Zafer, 174; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erdem, 256; Koca, "Müdafîin Hazırlık Dosyasını İnceleme Hakkı", 163, dn. 1.

¹⁰⁹ Öztürk/Erdem, 318. 1412 Sayılı CMUK'un ilk halinde, CMK m.153'ün karşılığını oluşturan CMUK m.143 şu şekildeydi: "İlk tahkikatın neticesinde ve tahkikat yapılmışsa iddianamen mahkemeye verilmesinden sonra müdafî davaya müteallik her nevi evrak ve vesaiki tetkik etmek hakkını haizdir. / Bundan evvel dahi tahkikatın gayesine halel vermeyeceği anlaşılırsa tahkikata müteallik her nevi evrak ve vesaiki tetkik etmek için müdafîe müsaade olunur. / Maznunun sorgusunu havi zabıtname ile ehli hibre raporlarının ve maznunun hazır bulunmağa salâhiyeti olduğu sair adli muamelelere müteallik zabıt varakalarının müdafî tarafından tetkikine hiç bir vakit muhalefet edilemez. / Tahkikat dosyasının mahkemeye tevdiinden sonra müdafî, maznun birden fazla olsa dahi, bu dosyadan istediği evrakın birer suretini harçsız alabilir" (RG 20.4.1929, No.6983). Soruşturmanın (o zamanki adıyla hazırlık soruşturması) amacına zarar verilmemesi hallerinde, kamu davasının açılmasından önce de soruşturma evrakının incelenebileceğine dair CMUK m.143/2 hükmü, genellikle uygulama alanı bulamamış; soruşturma evrakının incelenmesi talepleri, soruşturmanın gizliliği ve amacının tehlikeye düşeceği gerekçesiyle reddedilmiştir. Bir başka anlatımla kamu davası açılmadan önce evrakın incelenememesi yerleşik hale gelmiştir. Aynı yönde bak. Centel, 119; Koca, "Müdafîin Hazırlık Dosyasını İnceleme Hakkı", 165-166. Hatta uygulamada, CMUK m.136'da soruşturmanın her hal ve derecesinde müdafî yardımından söz edilmesine rağmen, müdafîin soruşturma evresinde hukuki yardımda bulunmasına izin verilmemiştir. Bak. Eser, "Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu" 331.

Kanun koyucu tarafından CMUK'ta 1992 yılında 3842 sayılı Kanun m.19 ile yapılan değişiklikle savunma hakkına aykırı bu uygulamaya son verme gereği duyulmuştur:

"Müdafî hazırlik evrakı ile dava dosyasının tamamını inceleme ve istediği evrakın bir suretini harçsız alma hakkına sahiptir. / Müdafînin hazırlik evrakını incelemesi veya hazırlik evrakından suret alması hazırlik soruşturmasının gayesini tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine sulh hakimi kararıyla hazırlik soruşturması sırasında bu hak kısıtlanabilir. / Yakalanan kişinin veya sanığın sorgusunu içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve yakalanan kişi veya sanığın hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında ikinci fıkra hükmü uygulanamaz" (18.11.1992 Tarih ve 3842 sayılı Kanun, RG 1.12.1992, No.21422). Yapılan değişiklikle müdafîin, hazırlik evrakını dahi kural olarak serbestçe inceleyebileceği kabul edilmiştir. Bak. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, k.no.30.6; Yurtcan, 191; Koca, "Müdafîin Hazırlık Dosyasını İnceleme Hakkı", 164. Belirtelim ki, savunma hakkını güçlendirici bu uygulama, öğretilerde bazı yazarlar tarafından eleştirilmiştir. Bu konuda bak. Cihan/Yenisey, k.no.229; Hafizoğulları, Zeki, "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine", AHFD, C:43, Sayı:1 (1993), 38 (makalenin elektronik ortamdaki formatı için bak. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/299/2794.pdf>, Erişim Tarihi:15.12.2012).

ma evrakı, talep halinde müdafî veya vekilin incelemesine sunulmalıdır¹¹⁰ (CMK m.153/2). Ceza Muhakemesi Kanunu m.153 hükmü, esas olarak 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu m.143'te 1992 yılında yapılan değişikliğe dayanmaktadır¹¹¹.

Soruşturma evresinde dosya içeriğini ve istediği evrakın bir örneğini harçsız olarak alabilen müdafîin, muhafaza altına alınmış delilleri inceleyip incelemeyeceğine dair açık bir düzenleme yapılmamıştır. Ceza Muhakemesi Kanunu m.153/4'te, muhafaza altına alınmış delillerin kovuşturma evresinde incelenebileceği hükmü karşısında, bu yetkinin soruşturma evresinde müdafîe tanınmadığı söylenebilir. Ancak çelişmeli muhakeme ilkesi ve özellikle koruma tedbirlerine yönelik kanun yoluna başvurulabilmesi için muhafaza altına alınmış delillerin de müdafî tarafından incelenmesi gerekir¹¹². Suçtan zarar gören (mağdur ve şikâyetçi) vekiline, soruşturma evresinde muhafaza altına alınmış delilleri inceleme yetkisi tanınmıştır (CMK m.234/1-4). Suçtan zarar gören vekiline tanınan bu yetkinin, müdafîe tanınmamasının silahların eşitliği ilkesiyle bağdaşmayacağı açıktır¹¹³. Soruşturma evresinde muhafaza altına alınmış deliller, korundukları yerlerde ve görevliler nezaretinde¹¹⁴, müdafî veya vekil tarafından beraberlerinde getirdikleri uzmanlara inceletilebilmelidir¹¹⁵. Aksi takdirde Ceza Muhakemesi Kanunu m.67/6 uyarınca bilimsel mütalâa alınabileceğine dair hüküm, bazı durumlarda uygulama alanı bulamayacaktır¹¹⁶. Alman hukukunda da, müdafîin, soruşturma evresinde evrak inceleme ve muhafaza altına alınmış delilleri görme yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir¹¹⁷.

¹¹⁰ Aynı yönde Yurtcan, 191.

¹¹¹ CMK m.153'ün gerekçesinde de, 18.11.1992 tarih ve 3842 sayılı Kanunla değişik CMUK m.143'e bağlı kalındığı belirtilmiştir. Bak. Yalvaç 860.

¹¹² Demirbaş, 175. Aksi görüş bak. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, k.no.30.6; Kocaoğlu, 177.

¹¹³ Centel/Zafer, 174-175. CMK m.153'ün gerekçesinde; şüpheli veya sanığın üstün yararlarının bulunması halinde, suçtan zarar gören vekiline tanınan evrak inceleme yetkisinin kullandırılmayabileceğine dolaylı olarak işaret edilmiştir. Bak. Yalvaç, 860. Şüpheli veya sanığın korunmaya değer üstün yararının varlığı söz konusu olduğunda, suçtan zarar gören vekiline evrak inceletilmeyeceği görüşünde olan kanun koyucunun; soruşturma evresinde vekile tanıdığı muhafaza altına alınmış delilleri inceleme yetkisini, müdafîe tanımadığı söylenemez.

¹¹⁴ Yazı İşleri Yönetmeliği m.90/1'e göre "Mağdur, şikâyetçi, suçtan zarar gören ve katılanın vekilleri ile müdafî kovuşturma evresinde dosya içeriği ile muhafaza altına alınmış delilleri fizikî ya da elektronik ortamda yazı işleri müdürü veya görevlendireceği bir zabıt kâtibinin yanında inceleyebilir." Kovuşturma evresiyle ilgili bu hüküm, muhafaza altına alınmış delillerin incelenmesi bakımından, kıyasen soruşturma evresine de uygulanabilir.

¹¹⁵ Bu husus, Centel/Zafer tarafından kovuşturma evresiyle sınırlı olarak belirtilmiştir. Bak. Centel/Zafer, 175. Kovuşturma evresinde muhafaza altına alınmış delillerin incelenebileceği kabul edildiğine göre uzman kişi, soruşturmada da bu delilleri inceleyebilmelidir.

¹¹⁶ CMK m.67/6'ya göre "Cumhuriyet savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafî veya kanunî temsilci, yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında, uzmanından bilimsel mütalâa alabilirler. Sadece bu nedenle ayrıca süre istenemez."

¹¹⁷ Centel/Zafer, 175. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m.147/2 cümle 2'de yapılan değişikliklerle soruşturma evresinde evrak incelemeyle ilgili kısıtlama kararı verilmiş olsa bile, müdafî tarafından

Müdafî veya vekil tarafından soruşturma evrakının tamamı incelenebilir. Kolluğun olaya el koyduğu andan itibaren toplanan tüm belgeler, fotoğraflar, adli sicil kayıtları gibi her türlü belge bu kapsamdadır. Soruşturma evresinde toplanmış bulunan her türlü evrakın, bir başka anlatımla soruşturma dosyasının bütün içeriği; kısıtlama kararı verilmedikçe, müdafî veya vekilin incelemesine sunulmalıdır¹¹⁸. Soruşturma dosyasında bulunan her türlü bilgi ve belgenin, savcı ve onun yardımcısı sıfatıyla adli kolluk tarafından soruşturma ve dolayısıyla kovuşturma evresi bakımından önemli görüldüğü söylenebilir. Önemli görülen her türlü bilgi ve belge, müdafî veya vekil tarafından incelenebilmelidir¹¹⁹. Bu sayede, delillerin müşterekliği ve çelişmeli muhakeme ilkesi sağlanacak, “gizli dosya” uygulaması söz konusu olamayacaktır¹²⁰.

b. İnceleme yeri ve süresi

Müdafî veya vekil tarafından soruşturma evresinde, soruşturma evrakı kolluk veya savcılıkta incelenebilir. Kollukta bulunan soruşturma evrakının, Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle incelenebileceğine dair Yakalama, Gözaltı Alma ve İfade Alma Yönetmeliği¹²¹ m.22'de yer alan hüküm, Danıştay tarafından iptal edilmiştir¹²².

incelenemeyen belgelerin tutuklama kararına esas alınamayacağı kabul edilmiştir. Bu değişikliğin, AİHM'nin yukarıda değinilen (dn. 60-61) kararları uyarınca yapıldığı belirtilmektedir. Bak. Ünver/Hakeri, 228 , dn.538.

¹¹⁸ CMK m.153/1'de de, “dosya içeriği” kavramı kullanılmıştır.

¹¹⁹ Centel/Zafer, 175.

¹²⁰ Kunter/Yenisay/Nuhoğlu, k.no.31.9. Gizli dosya veya evrak uygulamasının, Anayasa'ya aykırı olacağı konusunda bak. Erem, “Savunma Hakkını Kısıtlayan Antidemokratik Hükümler”, 608-609.

¹²¹ RG 1.6.2005, No.25832.

¹²² Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m.22/1'de yer alan “Kollukta bulunan soruşturma dosyası için yetkili Cumhuriyet savcısının yazılı emri gerekir” ibaresi, Danıştay 10. Dairesi'nin 22.5.2008 tarih ve 2005/5845 Esas, 2008/3450 Karar Nolu kararına iptal edilmiştir: “... davalı idarece, müdafînin kollukta bulunan soruşturma dosyasının tamamına yönelik inceleme ve örnek alma talebi ile 5271 sayılı Yasanın 153. maddesinin 3. fıkrasında sayılan belgelere yönelik inceleme ve örnek alma talebi arasında fark gözetilmek suretiyle bir düzenleme yapılması gerekirken, bu ayırım yapılmaksızın, kolluktaki dosyalara yönelik tüm müdafî taleplerinin karşılanmasının Cumhuriyet Savcısının yazılı emrine bağlayan dava konusu düzenlemede hukuka aykırılık bulunmamaktadır” (www.hukukturk.com).

Danıştay'ın kararı, sonucu itibarıyla doğru olmakla birlikte, gerekçe yönünden hatalıdır. CMK m.153/3'te gösterilen belgeler, ayırık tutulsa bile, kollukta bulunan soruşturma dosyalarının incelenmesiyle ilgili Cumhuriyet savcısının yazılı emrinin aranması, CMK'da yer almayan bir sınırlama nedenidir; dolayısıyla düzenleme, bu nedenle hukuka aykırıdır. Aynı yönde bak. Centel/Zafer, 176, dn.271. Öğretide kollukta bulunan soruşturma evrakının, müdafî tarafından incelenbilmesi için, durumun kolluk tarafından Cumhuriyet savcısına iletilip gelecek cevaba göre hareket edilmesi gerektiği savunulmuş olmakla birlikte, biraz önce açıklanan nedenlerle bu görüşe katılmamaktayız. Bu görüş için bak. Demirbaş, 176. Belirtelim ki, Demirbaş tarafından da Danıştay'ın iptal kararı, kollukta bulunan evrakın incelenmesinin, savcının “yazılı onayı”nı gerektiren bir işlem olarak görülmesi nedeniyle yerinde bulunmuştur. Bak. Demirbaş, 179.

Savcılıkta bulunan soruşturma evrakı, soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla Cumhuriyet savcısının belirleyeceği personel huzurunda kalemde veya ön büroda incelenir (Yazı İşleri Yönetmeliği m.54/son)¹²³. Soruşturma evrakının, soruşturmayı geciktirmemesi gerektiği belirtilmiş olmakla birlikte, evrakın ne kadar süreyle incelenebileceği tam olarak ortaya konulmamıştır. Müdafî veya vekil tarafından evrakın ne kadar süreyle inceleyebileceği, her somut olayın koşullarına göre değerlendirilmelidir. Soruşturma evrakı, bir veya birden çok kez görülebilir; ancak evrakın sürekli incelemeye hazır tutulmasının istenmesi, hukukun genel ilkeleri gereğince “hakkın kötüye kullanılması” teşkil edebilir¹²⁴. Öğretide, şüpheli veya sanık aleyhine bir önlemin alınması söz konusu olduğu takdirde, müdafîin durumu şüpheli veya sanıktan gizlemeyeceği, bu nedenle müdafîin evrak incelemesinin belli bir süreyle geciktirilebileceği ileri sürülmüştür¹²⁵. Kanımızca bu yaklaşım, kabul edilemez; çünkü hakkın kötüye kullanılması niteliğinde bulunmadıkça, müdafî veya vekil tarafından istenildiği zaman evrak incelenebilmelidir. Evrakın incelenmesi,

¹²³ Yazı İşleri Yönetmeliği m.54/son'un karşılığı, Kalem Yönetmeliği m.45/son hükmüdür. Kalem Yönetmeliği m.45/son'daki düzenleme, Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'in 1. maddesiyle değiştirilmiştir (RG 24.12.2010, No.27795). Değişiklikten önce, soruşturma evrakının, soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla, Cumhuriyet savcısı huzurunda incelenebileceği kabul edilmişti. Alman hukukunda ise, müdafî tarafından talep edildiğinde, önemli sebepler olmadıkça, somut delil parçaları dışındaki evrak, müdafîin işyeri veya konutunda incelenebilir (Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m.147/4). Amaç, dosyanın incelenmesi ve değerlendirilmesinde kolaylık sağlanmasıdır. Bak. Eser, “Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu” 337.

Kanımızca soruşturma evrakının, ön büroda incelenebileceğine dair Yazı İşleri Yönetmeliği m.54/son'da yer alan düzenleme, uygulamada ciddi sorunlara yol açabilecek niteliktedir. Ön büro, Cumhuriyet başsavcılığı ile ceza mahkemelerine sunulan veya buralardan talep edilen her türlü evraka ilişkin işlemlerin yapıldığı yazı işleri birimidir (m.4/1-ö). Ön büronun görevleri, Yazı İşleri Yönetmeliği m.53'te gösterilmiştir. Ön büro görevlileri, kısıtlama kararı olmayan derdest soruşturma dosyalarında; mağdur, şikâyetçi, suçtan zarar gören ve vekilleri ile şüpheli ve müdafîin talebi hâlinde dosya içerisindeki belgelerin örneğini kimlik tespiti yaparak verecektir (m.53/1-b). Yazı İşleri Yönetmeliği m.53'e göre ön büro görevlileri, başka işleri de yerine getirmekle yükümlüdür. Çok sayıda işi yerine getirmekle görevlendirilen ön büronun, özellikle İstanbul gibi büyük adliyelerde; müdafî veya vekil sıfatıyla avukatların ve şüpheli ile suçtan zarar görenlerin evrak inceleme ve belgelerden örnek alma taleplerini, tam olarak yerine getirebilmesi kanımızca olası değildir. Bu durum, uygulamada ciddi gecikme ve yakınmalara yol açacaktır. Kapalı ve derdest soruşturma dosyalarında; kapak bilgisi, belge ve karar örneği talep eden kişinin dosyadaki sıfatı hususunda tereddüt oluşması hâlinde, talep konusunda karar vermek üzere Cumhuriyet savcısının bilgilendirerek talimatı doğrultusunda gereğinin yapılacağına dair Yazı İşleri Yönetmeliği m.54/1-c hükmü uyarınca, bir çok evrak inceleme talebi, ön büro tarafından kanımızca bu hükmeye dayalı olarak kabul edilmeyecek ve taleple ilgili savcının talimatı bekleneyecektir.

¹²⁴ Centel/Zafer, 176; Centel, 117; Koca, “Müdafîin Hazırlık Dosyasını İnceleme Hakkı”, 168; Özkan, 346, dn.287. Hakkın kötüye kullanılması, Türk Medeni Kanunu m.2'de, “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. / Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz” hükmüyle yasaklanmıştır. Bak. 22.11.2001 Tarih ve 4721 sayılı Kanun, RG 8.12.2001, No.24607.

¹²⁵ Centel/Zafer, 177-178; Özkan, 348.

ancak soruşturmanın amacının tehlikeye düşebileceği gerekçesiyle sulh ceza hakimi tarafından verilen kısıtlama kararıyla engellenebilir. Usulüne uygun verilmiş bir kısıtlama kararı olmadıkça, herhangi bir gerekçeyle evrak incelemesi geciktirilemez.

Soruşturma evrakının, müdafî veya vekil tarafından güvenli elektronik imza kullanılması suretiyle Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) üzerinden incelenmesi mümkündür¹²⁶. Müdafî veya vekil tarafından soruşturma evrakının Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi'nde incelenmesi, müdafî veya vekil tarafından soruşturma dosyasına vekâletname ibraz edilmiş ve müdafî veya vekilin dosyayla ilgili sisteme tanıtılmış olmasına bağlıdır.

c. İnceleme yetkisinin sınırlandırılması

Soruşturma evrakının incelenmesi veya belgelerden örnek alınması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebileceği durumlarda, bu yetkinin kısıtlanması mümkündür. Kısıtlama kararı, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hakimi tarafından verilecektir (CMK m.153/2). Bu hakimlik kararına karşı, itiraz kanun yoluna başvurulabilir (CMK m.267)¹²⁷. Sulh ceza hakimi tarafından verilebilecek kısıtlama kararının, Cumhuriyet savcısı tarafından re'sen kaldırılması mümkündür. Soruşturma evresini yürütmekle görevli olan savcı, kısıtlamanın gereksiz olduğu sonucuna vardığı takdirde, kısıtlama kararını re'sen kaldırabilmelidir. Hakkında tutuklama veya adli kontrol kararı verilmiş bulunan şüpheliyi serbest bırakma yetkisine sahip olan savcı, kural olarak bütünüyle kendisi tarafından yürütülen soruşturmaya ilgili kısıtlama kararını evleviyetle kaldırabilir (CMK m.103/2)¹²⁸.

Soruşturmanın geciktirilmesi, engellenmesi, olayın aydınlatılmasının zorlaştırılması gibi durumların varlığı halinde, soruşturmanın amacının tehlikeye düşebileceği kabul edilebilir¹²⁹. Kısıtlama kararı verilebilmesi için soyut değil somut tehlike bulunmalıdır. Sulh ceza hakimi tarafından verilecek kısıtlama kararı gerekçeli olmalıdır. Bu durum, her türlü hakim ve mahkeme kararının gerekçeli olma zorunluluğunu öngören Anayasa m.141/3 ve Ceza Muhakemesi Kanunu m.34'ün de gereğidir¹³⁰. Ancak uygulamada, özellikle özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlarla ilgili soruşturmaların büyük bir kısmında, gerekçeden yoksun kısıtlama kararlarına rastlanmaktadır¹³¹. Kısıtlama kararı, soruşturmanın

¹²⁶ 2.7.2012 Tarih ve 6352 sayılı Kanun m.95 ile CMK'ya eklenen m.38/A/2'ye göre "Kanunlarda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, dosyalar güvenli elektronik imza kullanılarak UYAP'tan incelenebilir ve her türlü ceza muhakemesi işlemi yapılabilir" (RG 5.7.2012, No.28344).

¹²⁷ Karş. Koca, "Müdafîin Hazırlık Dosyasını İnceleme Hakkı", 165.

¹²⁸ Gür, "Müdafîin Dosyayı İnceleme Hak ve Yetkisi", 214; Okuyucu-Ergün, "Soruşturmanın Gizliliği", 255-256.

¹²⁹ Centel, 120.

¹³⁰ Gür, "Müdafîin Dosyayı İnceleme Hak ve Yetkisi", 214; Okuyucu-Ergün, "Soruşturmanın Gizliliği", 252.

¹³¹ Benzer yönde bak. Dülger, "Ceza Muhakemesinde Müdafîin Konumu ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", 64.

amacının tehlikeye düşmesi nedenine dayalı olarak verilebilir. Müdafî veya vekil tarafından bu yetkinin kötüye kullanılması ihtimali gözetilerek kısıtlama kararı verilemez; yetkisini kötüye kullanan müdafî veya vekil hakkında disiplin muhakemesi ya da eylemin suç teşkil etmesi halinde ceza soruşturması yapılabilir¹³².

Cumhuriyet savcısı tarafından hakkında kısıtlama kararı verilmesi mümkün olmayan belgeler dışındaki evrakın tamamının kısıtlanması talep edilmesine rağmen, kısmi kısıtlama kararı verilmesi mümkündür. Bu nedenle incelenmesi veya örnek alınması soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmeyecek belgelerle ilgili kısıtlama kararı verilmemelidir¹³³.

d. İncelenmesi engellenemeyen belgeler

Bazı belgelerin incelenmesi, kanun koyucu tarafından savunma hakkı için çok önemli görülmüş ve bu belgelerle ilgili kısıtlama kararı verilemeyeceği kabul edilmiştir¹³⁴. Ceza Muhakemesi Kanunu m.153/3'e göre "Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında, ikinci fıkra hükmü uygulanmaz."¹³⁵ Anılan hükümden anlaşılacağı üzere, yakalanan kişinin¹³⁶ veya şüphelinin ifadesi, bilirkişi raporları ile yakalanan kişinin veya şüphelinin hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer adli işlem tutanaklarının incelenmesi ve bu belgelerden örnek alınması engellenemez¹³⁷. Söz konusu belgelerin incelenmesi mutlak olup sulh ceza hakimî tarafından bu belgelerle ilgili kısıtlama kararı verilemez¹³⁸. Bu belgelerin, müdafiden gizlenmesini gerektiren bir durum olmadığı belirtilmiştir¹³⁹.

Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesi içeren tutanaklar, kolluk veya savcılık

¹³² Centel/Zafer, 176; Centel, 120; Koca, "Müdafîin Hazırlık Dosyasını İnceleme Hakkı", 166-167.

¹³³ Okuyucu-Ergün, "Soruşturmanın Gizliliği", 253.

¹³⁴ Centel, 121; Koca, "Müdafîin Hazırlık Dosyasını İnceleme Hakkı", 167.

¹³⁵ 1412 Sayılı CMUK m.143'te, 1992 tarihinde yapılan değişiklikten önce de, bu belgelerin incelenmesinin engellenemeyeceği kabul edilmişti: "Maznunun sorgusunu havi zabıtname ile ehli hibre raporlarının ve maznunun hazır bulunmağa salâhiyeti olduğu sair adli muamelelere müteallik zabıt varakalarının müdafî tarafından tetkikine hiç bir vakit muhalefet edilemez" (CMUK m.143/3).

¹³⁶ Madde metninde, şüpheliye yer verildiğine göre "yakalanan kişi" kavramının kullanılmasının gereksiz olduğu düşünülebilir; çünkü kişi yakalanmış ise, bu kişiye suç isnadında bulunulmuştur; dolayısıyla kişi şüpheli sıfatını edinmiştir. Ancak kişinin, suç isnadı olmaksızın da yakalanması mümkündür. Örneğin 30.3.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m.35 uyarınca sarhoş olan kişi, sarhoşluğun etkisi geçinceye kadar kontrol altında tutulur. Sarhoşluk, kabahat niteliğinde bir fiildir; bu fiille ilgili suç isnadında bulunulduğu söylenemez. AİHS m.5/1-e'de de, bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulabileceği kabul edilmiştir. Bu nedenlerle yakalanan kişi şüpheli olmayabilir. Bu itibarla CMK m.153/3'te, şüphelinin yanı sıra yakalanan kişi kavramının kullanılması yerindedir.

¹³⁷ Centel/Zafer, 177;

¹³⁸ Yurtcan, 191.

¹³⁹ Şahin (Muhakeme), 200.

makamları tarafından alınan ifade alma işlemlerine ilişkin tutanaklardır¹⁴⁰. Şüphelinin hakim tarafından soruşturma konusu suçla ilgili dinlenilmesi sorgudur (CMK m.2/1-h). Ceza Muhakemesi Kanunu m.153/3'te, ifade tutanakları belirtilmiş olmakla birlikte, şüphelinin sorgusunu içeren tutanaklar da incelenebilmelidir¹⁴¹. Her durumda incelenebilecek olan ifade ve sorgu tutanakları, bizzatı şüphelinin ifade ve sorgusunu içeren tutanaklardır. Bir başka anlatımla, aynı soruşturma dosyasında yer alan diğer şüphelilere ait ifade ve sorgu tutanakları, bu kapsamda değildir¹⁴².

İncelenmesi ve örnek alınması engellenemeyecek ikinci belge, bilirkişi raporlarıdır. Bilirkişi raporları; tıbbi, psikolojik, teknik ve ekonomik ve benzeri konulara ilişkin olabilir¹⁴³. Soruşturulan suçun aydınlatılması bakımından yararlı görülen objektif nitelikteki bilirkişi raporlarının gizlenmesinde herhangi bir yarar bulunmamaktadır.

Yakalanan kişi veya şüphelinin hazır bulunmaya yetkili olduğu adli işlemlere ilişkin tutanakların da incelenmesi engellenemez. Ceza Muhakemesi Kanunu m.84'e göre tanık ve bilirkişilerin erken dinlenmesi ile keşif işlemlerinde, şüpheli ve sanık hazır bulunabilir¹⁴⁴. Yer gösterme, yakalama ve arama işlemlerinde de şüphelinin hazır bulunabileceği açıktır. Bu itibarla şüphelinin hazır bulunmaya yetkili olduğu adli işlemlerin sınırlı sayım ilkesine tabi olmadığı ve bir çok muhakeme işleminin bu kapsamda olduğu söylenebilir. Yakalanan kişi veya şüphelinin, söz konusu işlemlere katılması şart değildir; önemli olan yakalanan kişi veya şüphelinin işleme katılma yetkisinin bulunmasıdır¹⁴⁵.

e. İnceleme sonucunda öğrenilen bilgilerin kullanılması

Müdafî veya vekile evrak inceleme yetkisinin tanınmasının nedeni, şüpheli veya suçtan zarar görenin haklarının korunması ve haklarını gereği gibi kullanılabilmesidir. Soruşturma evrakından edinilen bilgiler, müdafî veya vekil tarafından savunma/iddia hakkının kullanılması bakımından şüpheli veya suçtan zarar görene aktarılabilir. Evrak inceleme; şüphelinin savunma, suçtan zarar görenin iddia hak-

¹⁴⁰ CMK m.2/1-g'ye göre ifade alma, şüphelinin kolluk görevlileri veya Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma konusu suçla ilgili olarak dinlenmesidir.

¹⁴¹ Soruşturma evresinde, müdafîin katılımı olmaksızın şüphelinin sorgusu yapılamaz; çünkü CMK m.101/3'e göre müdafîin, şüphelinin sorgusuna katılması zorunludur. Bu nedenle müdafî tarafından sorgu tutanaklarının incelenmesine ve bir örneğinin alınmasına engel olunamayacağı açıktır. 1412 Sayılı CMUK m.143/3'te "sorgu tutanakları"nın incelenmesinin engellenemeyeceği belirtilmiş olmakla birlikte, kolluk ve savcılık tarafından alınan ifadelere ilişkin tutanakların da bu kapsamda olduğu kabul edilmekteydi. Bak. Centel, 121; Koca, "Müdafîin Hazırlık Dosyasını İnceleme Hakkı", 167; Yurtcan, 191; Özkan, 345.

¹⁴² Centel, 121.

¹⁴³ Centel/Zafer, 177; Centel, 121.

¹⁴⁴ Centel/Zafer, 177; Gür "Müdafîin Dosyayı İnceleme Hak ve Yetkisi", 215.

¹⁴⁵ Centel/Zafer, 177; Centel, 122; Özkan, 346, dn.287; Zafer, 355; Koca, "Müdafîin Hazırlık Dosyasını İnceleme Hakkı", 167; Gür, "Müdafîin Dosyayı İnceleme Hak ve Yetkisi", 215-216.

kının aracıdır. Bu nedenle müdafî veya vekil tarafından soruşturma evrakından öğrenilen bilgiler, özel konuşmalarda kullanılmamalı veya üçüncü kişilere açıklanmamalıdır¹⁴⁶. Bununla birlikte, savunma veya iddia hakkının kullanılması bakımından zorunlu olması halinde, örneğin delil elde edilmesi amacıyla, soruşturma evrakından edinilen bilgilerin üçüncü kişilere aktarılması mümkündür¹⁴⁷.

Ceza Muhakemesi Kanunu m.153'ün gerekçesinde de, evrak incelemesi sonucu öğrenilen bilgilerin, üstlenilen savunma göreviyle sınırlı olarak kullanılması gerektiği belirtilmiştir¹⁴⁸.

II. Avukatlık Kanunu'na Göre Müdafî ve Vekilin Evrak İnceleme Yetkisi

1. Avukatlık Mesleğine İlişkin Özellikler

a. Genel olarak

Soruşturma evrakını müdafî veya vekil sıfatıyla inceleyebilecek olan avukatlardır. Avukatlık mesleği¹⁴⁹ ile avukatların hak ve yetkileri Avukatlık Kanunu'nda düzenlenmiştir¹⁵⁰. Avukatlık Kanunu'nda avukatlık; kamu hizmeti ve serbest meslek niteliğinde kabul edilmiş, yargı organları ile emniyet makamlarının avukatlara görevlerini yerine getirmede yardımcı olma zorunluluğu öngörülmüştür. Avukatlık Kanunu'na göre avukatlar, yargının kurucu unsurlarından birisi olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil ederler. Bağımsızlığın sağlanabilmesi için avukatların kendilerine teklif edilen işi sebep göstermeden reddedebilecekleri; hatta bazı durumlarda teklif edilen işin reddi zorunluluğu kabul edilmiştir. Anılan düzenlemelerin yaşama geçirilmesi amacıyla Avukatlık Kanunu m.46/2'de, avukat ve avukat stajyeri tarafından vekâletname olmaksızın dava ve takip dosyalarının incelenebileceği, inceleme isteğinin ilgililerce yerine getirilmesinin zorunlu olduğu hüküm altına alınmıştır.

¹⁴⁶ Özkan, 348; Zafer, 362.

¹⁴⁷ Centel, 115; Centel/Zafer, 177. Belirtelim ki, müdafî veya vekil olan avukat tarafından soruşturma evresinde dosya içeriğiyle ilgili olarak kamuya herhangi bir açıklamada bulunulamayacağına dair CMK Tasarısı m.153/6'da yer alan hüküm kanunlaşmamıştır. Bak. Yalvaç, 860.

¹⁴⁸ "... Adaletin adil olarak işleminde sistemin, savcı gibi, önemli bir yargı unsurunu oluşturan avukatın dosya içeriğine ulaşabilmesi, elbette ki uygundur. Ancak adalet sisteminin, hakim ve savcı gibi bir yapısal unsurunu oluşturan avukat gizlilik ilkesine sadık kalacak ve bunun sonucu olarak dosya içeriğini sadece kanuna göre savunma işlevini yerine getirirken kullanacak, ancak işlevi dışı maksatlarla bunları kullanamayacak ve açıklamalarda bulunmayacaktır." Yalvaç, 860.

¹⁴⁹ Avukatlığın tarihi gelişimi hakkında bak. Centel, 21 vd.; Güner, 63 vd.; Soyaslan, 186-187.

¹⁵⁰ 19.3.1969 tarih ve 1136 sayılı Kanun, RG 7.4.1969, No.13168.

b. Avukatlık mesleğinin kamu hizmeti niteliğinde olması

Avukatlık Kanunu m.1'e göre avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir. Serbest meslek olarak bilinen avukatlığın, aynı zamanda kamu hizmeti niteliğinde bulunduğu kabul edilmiştir¹⁵¹. Kamu hizmetinin, serbest meslekten önce belirtilmiş olması sebebiyle kanun koyucu tarafından mesleğin kamusal yönünün daha baskın görüldüğü söylenebilir.

Kamu hizmeti kavramının anlamı ve kapsamı, tam olarak ortaya konulmamış olmakla birlikte, görülmesinde kamunun yararı bulunan ve toplumsal bir gereksinmeyi karşılayan faaliyet şeklinde tanımlanması mümkündür¹⁵². Bir faaliyetin kamu hizmeti niteliğinde bulunması için kamuya yararlı olması, kamu kurumları tarafından yerine getirilmesi veya özel kişilerce kamu kurumlarının denetimi altında yürütülmesi gerekir. Anayasa m.36'da temel hak ve özgürlüklerin korunmasının esasını oluşturan hak arama özgürlüğünün gerçek anlamda kullanılabilmesi, genellikle bir avukatın hukuksal yardımını gerektirir¹⁵³. Bu nedenle avukatlık, adaletin gerçekleştirilmesi ve dağıtımını bakımından yaşamsal öneme sahiptir. Avukatlar, kamu hizmeti niteliğinde bulunduğu kuşkusuz olan adaletin gerçekleştirilmesine ve dağıtımına katıldıklarından, avukatlık mesleğinin kanun koyucu tarafından kamu hizmeti olarak öngörülmesi olağandır¹⁵⁴. Avukatlık Kanunu m.2/1'de, "Avukatlığın amacı; hu-

¹⁵¹ Avukatlık Kanunu'nun gerekçesinde de, avukatlığın kamu hizmeti niteliğinin, mesleğin temel niteliklerinden birisi olduğu ve avukatların hak ve sorumluluk bakımından Cumhuriyet savcılarının mümkün merite yakın bir statüye kavuşturulduğu belirtilmiştir. Gerekçe için bak. İstanbul Barosu Dergisi, Avukatlık Kanunu Özel Sayısı, Cilt:42 (Mayıs-Haziran 1969), 99.

¹⁵² Özkan, 6; Güner, 103; Günday, 294; Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, 1048; Gözübüyük, Şeref/Tan, Turgut, İdare Hukuku, Cilt I, Ankara 2008, 670. Kamu hizmeti kavramı, Anayasa Mahkemesi tarafından da; "Geniş anlamda, Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararını ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler" şeklinde tanımlanmıştır (Bak. AyMK 8.11.2012 tarih ve 2012/27 Esas, 2012/173 Karar Nolu kararı, RG 28.3.2013, No.28601).

¹⁵³ Birleşmiş Milletler Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler (Havana Kuralları)'nın Başlangıç kısmında, "...Bütün insanların sahip olduğu ekonomik, sosyal ve kültürel veya kişisel ve siyasal nitelikteki insan hakları ve temel özgürlüklerin yeterli bir biçimde korunması, herkesin bağımsız hukukçuların sağladığı adli hizmetlere etkili bir biçimde ulaşma hakkına sahip olmasını gerektirdiği" belirtilmiş ve "Avukatların görevlerini gereği gibi yerine getirmelerini sağlama ve geliştirme konusunda üye devletlere yardımcı olmak için formüle edilen aşağıdaki Avukatların Rolüne Dair Prensipler, ulusal mevzuat ve uygulama bakımından hükümetler tarafından dikkate alınır ve avukatlarla birlikte yargıçlar, savcılar, yürütme ve yasama organı mensupları gibi diğer kimselerin ve genel olarak halkın dikkatine sunulur" denilerek avukatların etkin bir şekilde görev yapmalarının, devletin bütün erkeklerinin sorumluluğunda olduğu vurgulanmıştır. Birleşmiş Milletler Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler (Havana Kuralları) için bak. Güner, Semih, Avukatlık Mevzuatı, Ankara 2002, 519 vd. Avrupa Konseyi Avukatlık Mesleğinin İcrasındaki Özgürlükler Hakkında 9 Numaralı Tavsiye Kararı'nın Giriş'inde de, "...Avukatların ve oluşturdukları mesleki kuruluşların, insan haklarının ve temel hakların korunmasını sağlamakta oynadıkları rolün" önemine işaret edilmiştir, Güner (Mevzuat), 531.

¹⁵⁴ Özkan, 6-9; Güner, 106-107; Korkusuz, M. Refik, Avukatlık Hukukuna Giriş, Adana 2008, 4.

kuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır” denilmek suretiyle avukatlık faaliyetlerinin, adaletin gerçekleşmesine yönelik olduğu hüküm altına alınmıştır¹⁵⁵.

Avukatlar, bir baroya kayıtlı olmak zorundadırlar; mesleki faaliyetlerini bağılı buldukları baronun gözetim ve denetimi altında sürdürmektedirler. Barolar, tüzel kişiliği bulunan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarıdır (AvK m.76/1)¹⁵⁶. Avukatlık faaliyetinin, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşla-

Nitekim bu hususta Avukatlık Kanunu'nun gerekçesinde, “Adaletin tedviri gibi kamu hizmeti olduğunda münakaşa edilemeyecek bir hizmetin ifası bahis konusu olduğu cihetle, avukatlık meslekinin kamu hizmeti sayılması tabiidir” denilmiştir. Gerekçe için bak. İstanbul Barosu Dergisi, Avukatlık Kanunu Özel Sayısı, 101. Aksi görüş bak. Aday, 38.

¹⁵⁵ Anayasa Mahkemesi de, avukatlık mesleğinin, adaletin gerçekleştirilmesine yönelik olduğu görüşündedir:

“Avukatlık mesleğinin nitelikleri ve önemi, bir kamu hizmeti olduğu, avukatın yargılama süreci içinde adaletin bulunup ortaya çıkarılmasında görev aldığı, kamu yararını koruduğu, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun genel gerekçesinde belirtilmiştir. Yasa'nın 1. ve 2. maddelerinde avukatlığın kamusal yönü ağır basan bir meslek olduğu vurgulanmıştır. Bilgi ve deneyimlerini öncelikle adalet hizmetine vererek, adalete ve hakkaniyete uygun çözümler için hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında yargı organlarıyla yetkili kurul ve kurumlara yardımcı görev bilen avukatın, hukuk devletinin yargı düzeni içindeki yeri özellikle taşımaktadır. /... Hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulu olan “bağımsız yargı”, yargının olmazsa olmaz koşulu olan “savunma” ile birlikte anlam kazanır. Savunma, “sav-savunma-karar” üçgeninden oluşan yargının vazgeçilmez ögesidir. Adaletli bir yargılamanın varlığı, ancak avukatın etkin katılımıyla sağlanabilir. /...Öte yandan, Anayasa'nın 36. maddesinde, herkesin meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Yargının kurucu unsurlarından olan, bağımsız, serbestçe temsil eden, hukuksal ilişkilerin düzenlenmesinde, her türlü hukuksal sorun ve uyuşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesinde ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında temel görev üstlenen avukat, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının da önemli bir unsurudur” (Bak. AyMK 15.10.2009 tarih ve 2007/16 Esas, 2009/147 Karar Nolu kararı, RG 8.1.2010, No.27456). AİHM'nin 28.10.2003 tarihli Steur/Hollanda (Başvuru No:39657/98) kararında da, avukatların, adaletin gereği gibi dağıtılmasında katkıda buldukları vurgulanmıştır: “Mahkeme, avukatların halk ile mahkemeler arasındaki araçlar olarak sahip oldukları özel statünün, adalet dağıtımında kendilerini merkezi bir konuma yerleştirdiğini hatırlatır. Böyle bir konum baro üyelerinin davranışlarına getirilen olağan sınırlamalara anlam vermektedir. Dahası hukukun üstünlüğüne dayalı bir devlette temel işlev gören ve adaletin garantörü olan mahkemeler, halkın güveninden yararlanmak zorundadırlar. Avukatların bu alandaki kilit rolleri göz önünde tutulduğunda, adaletin gereği gibi dağıtılmasına katkıda bulunmaları ve böylece halkın güvenini sürdürmeleri beklentisi, haklı bir nedendir” Güner, 54.

¹⁵⁶ Anayasa m.135/1'e göre “Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları; belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlâkını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişilikleridir.”

rının gözetim ve denetimi altında sürdürülmesi, kamu hizmetinin özel kişilerce yürütülmesi halinde, bunların kamu kurumları tarafından denetlenmesi koşulunun sağlanması anlamına gelir¹⁵⁷.

Kamu hizmeti gördüğü kabul edilen avukatlar, mesleki faaliyetlerini her hangi bir zorlukla karşılaşmadan sürdürebilmelidir. Aksi takdirde kamu hizmetinin, hiç veya gereği gibi işlememesi söz konusu olabilir¹⁵⁸. Bu durum, hizmet kusuru teşkil edebilir¹⁵⁹. Aşağıdaki paragrafta değinildiği üzere, yargı makamları da dahil kamu ve özel kuruluşların avukatlara görevini yerine getirmede yardımcı olmak zorunda olduklarına dair düzenleme, kamu hizmeti niteliğinde bulunan avukatlık faaliyetlerinin aksamaksızın yürütülmesi amacına yöneliktir. Avukatların, evrak incelemeksizin üstlendikleri görevin gereklerini yerine getirebilmeleri kural olarak mümkün değildir.

c. Yargı organlarının avukatlara görevlerini yerine getirmede yardımcı olma zorunluluğu

Kamu hizmeti niteliğinde bulunan avukatlık faaliyetlerinin aksamaksızın yürütülebilmesi için yargı makamları dahil olmak üzere kamu ve özel kuruluşların, avukatlara görevini yerine getirmede yardımcı olmak zorunda oldukları, kanun koyucu tarafından emredici bir şekilde öngörülmüştür: “Yargı organları, emniyet

¹⁵⁷ Özkan, 10; Güner, 109-110.

¹⁵⁸ Karş. Güner, 105-106.

¹⁵⁹ Hizmet kusuru kavramı için bak. Günday, 330 vd.

AİHS m.6/3-c'ye göre şüpheli veya sanığın maddi olanaklarının yetersiz olması ve adaletin yerine getirilmesi için gerekli görüldüğü takdirde, şüpheli veya sanığa re'sen müdafii atanmalıdır. Re'sen atanacak bu müdafii, üstlendiği görevin gereklerini yerine getirmemesi halinde; başka bir müdafii görevlendirilmemesi, adil yargılanma hakkının ihlalini teşkil edebilir. AİHM'nin 27.04.2006 tarihli Sannino/İtalya (Başvuru No:30961/03) kararında; müdafiden yararlanma hakkının gerçek ve etkin olması gerektiği, müdafii olarak görevlendirilen avukatın açıkça yetersiz olduğu durumlarda, devletin müdahale ederek sanığın uygun bir şekilde temsilini sağlamakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Bak. Cengiz, Serkan/ Demirağ, Fahrettin/Ergül, Teoman/McBride, Jeremy/ Tezcan, Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Ankara Kasım 2008, 181-182; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, 265. AİHM'nin 10.10.2002 tarihli Czekalla/Portekiz (Başvuru No:38830/97) kararında da, adli yardım çerçevesinde görevlendirilen müdafii açık bir ihmalinin bulunması halinde, resmi makamların, adil yargılanma hakkının garanti altına alınması için müdahale etme yükümlülüklerinin bulunduğu sonucuna varılmıştır. Bak. Cengiz/Demirağ/Ergül/McBride/Tezcan, 182.

Bu nedenle kanımızca zorunlu ve hatta seçilmiş müdafii veya vekil tarafından üstlenilen görevin gereklerinin bariz bir biçimde yerine getirilmemesi, müdafii veya vekilin yetersiz olduğu durumlarda, yargı makamları tarafından duruma müdahale edilerek zorunlu müdafii veya vekilin değiştirilmesi yoluna gidilmeli; seçilmiş müdafii veya vekille ilgili olarak ise durum, temsil edilen şüpheli/sanık veya suçtan zarar gören ile müdafii veya vekilin bağlı olduğu baroya bildirilmelidir. Aksi takdirde, henüz uygulamada örneği bulunmamakla birlikte, hatalı teşhis ve tedavi hizmetlerine karşı idare aleyhine açılan davalarda olduğu gibi idarenin sorumluluğuna gidilebileceği görüşünderiz; çünkü bu durumun hizmet kusuru teşkil ettiği söylenebilir.

makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıflar avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorundadır. Kanunlarındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu kurumlar avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunmakla yükümlüdür. Bu belgelerden örnek alınması vekâletname ibrazına bağlıdır” (AvK m.2/3).

Anılan hüküm uyarınca, avukatlara görevlerini yerine getirmede yardımcı olmak zorunda olan kurumlar, avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri, incelenmek üzere avukata sunmakla yükümlüdürler. Belgelerin incelenmesi, vekâletname ibrazına bağlı değildir; ancak belgelerden örnek alınmak istenmesi halinde vekâletname ibraz edilmelidir. Bu itibarla müdafî veya vekil sıfatıyla soruşturma evrakını incelemek isteyen avukat da, vekâletname ibraz etmekle yükümlü değildir. Avukatın vekâletname ibraz etmeksizin bilgi ve belgeleri inceleme yetkisinin, “kanunlardaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla” tanındığı, Ceza Muhakemesi Kanunu m.157’e göre soruşturma evresinin gizli olduğu, bu nedenle Avukatlık Kanunu m.2/3’te yer alan hükmün, soruşturma evrakının incelenmesi bakımından uygulama alanı bulamayacağı söylenebilir. Ancak yukarıda açıklandığı üzere, soruşturmanın gizliliği, müdafî veya vekil sıfatıyla avukat tarafından evrak incelenmemesinin gerekçesi olamaz. Tekrara düşmemek bakımından, anılan açıklamalara yollamada bulunmakla yetiniyoruz¹⁶⁰.

d. Avukatın bağımsızlığı

aa. Genel olarak

Avukatlık Kanunu m.1/2’de, “Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder”¹⁶¹ denilerek avukatın bağımsızlığı yasal güvenceye bağlanmıştır¹⁶². Avukatın bağımsızlığına ilişkin Anayasa’da açık bir hüküm

¹⁶⁰ Bak. “Soruşturma Evresinin Gizliliği ile Müdafî ve Vekilin Evrak İnceleme Yetkisinin Bağdaştırılması Sorunu”.

¹⁶¹ Anılan hüküm, 2.5.2001 tarih ve 4667 sayılı Kanun m.1 ile yapılan değişiklikten önce şu şekildeydi: “Avukat, görevini yerine getirmede bağımsızdır.” RG 7.4.1969, No.13168. 4667 Sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 10.5.2001 tarih ve 24398 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁶² Türkiye Barolar Birliği tarafından Avukatlık Kanunu m.117/1-7 uyarınca kabul edilen Meslek Kuralları m.2’ye göre “Mesleki çalışmada avukat, bağımsızlığını korur; bu bağımsızlığı zedeleyecek iş kabulünden kaçınır.” Avukatlıkla ilgili Meslek Kuralları için bak. www.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata.../avmeslek_kurallari.aspx, Erişim Tarihi 30.1.2013).

Öğretide, avukatın bağımsızlığının hakim bağımsızlığı gibi anayasal güvenceye bağlanmasının yerinde olacağı belirtilmiştir. Bak. Centel, 52. Anayasa m.138 ve Alman Anayasası m.97’de, hakimlerin bağımsızlığı güvence altına alınmıştır. Bak. Centel, 52, dn.2; Özkan, 113, dn.274. Bununla birlikte, avukatlık mesleği ile hakimlik mesleğinin bağımsızlığı arasında nitelik farkı bulunmamaktadır. Hakim, maaşını devletten aldığı için ekonomik yönden devlete bağımlıdır; dolayısıyla özellikle devlet aleyhine karar veremeyebilir. Bu nedenle hakim bağımsızlığının anayasal

yer almamakla birlikte, avukatlar, hak arama özgürlüğünün yaşama geçirilmesini sağlamaktadırlar¹⁶³. Hak arama özgürlüğü, Anayasa m.2'de hükme bağlanan hukuk devletinin temel gerekleri arasındadır. Hak arama özgürlüğünün etkin bir şekilde kullanılması, bu hakkın kullanılmasına aracılık eden avukatların bağımsız olmalarını gerektirir¹⁶⁴. Avukatın bağımsızlığı, geniş kapsamlı bir kavramdır. Avukat; devlete, baroya ve müvekkiline karşı¹⁶⁵ bağımsız olmalıdır¹⁶⁶. Bağımsızlık; herhangi bir gücün etkisi veya baskısı altında kalmaksızın, üstlenilen görevin hukuk kurallarına uygun bir şekilde yerine getirilmesi ve herhangi makamın görüşüne başvurma zorunluluğunun bulunmamasıdır¹⁶⁷. Müdafî veya vekillik görevini üstlenen avukatın görevini iyi yapabilmesi bağımsız olmasına bağlıdır¹⁶⁸.

Avukatlık Kanunu'nda, avukatın bağımsızlığını sağlamaya yönelik bazı düzenlemelere yer verilmiştir¹⁶⁹. Müdafî veya vekillik görevini üstlenen avukat; görevini yerine getirirken kişisel düşünce, önyargı ve dünya görüşünden sıyrılmalı, hukuk kurallarına uygun bir şekilde müvekkilinin haklarını korumaya çalışmalıdır¹⁷⁰. Avukatlık Kanunu'nda, avukatın bağımsızlığının sağlanması amacıyla avukata tanınmış olan işi red hakkının kullanılabilmesi ve işin reddi zorunluluğu bulunan durumların tespiti, ancak evrakın incelenmesi ile mümkündür¹⁷¹.

güvenceye kavuşturulması gerekli görülmüş, avukatlık ise serbest meslek olduğundan buna gerek görülmemiştir. Bak. Centel, 52, dn.2. Belirtelim ki, ceza muhakemesi öğretisinde müdafîni bağımsızlığından söz edilmiştir. Örneğin bak. Centel/Zafer, 165-168. Müdafîlik gibi vekillik görevi de avukatlar tarafından yerine getirilmektedir. Bu nedenle müdafî ve vekil bağımsızdır.

¹⁶³ Özkan, 115.

¹⁶⁴ Centel, 53; Centel/Zafer, 165; Güner, 113.

¹⁶⁵ Müdafînin müvekkiline ekonomik bağlılığının, onun kanunla kendisine tanınan faaliyet alanındaki yetkilerini tam olarak kullanmasını engellediği konusunda bak. Zafer, 308, dn.293. Öğretide, yargıcın maaşını devletten ve noterin ücretini ilgiliden alması, yargıç ve noterin bağımlılığını gerektirmediğine göre, müdafînin de şüpheli veya sanıktan ücret almasının, müdafîni bağımlı hale getirmeyeceği görüşü de savunulmuştur. Bu yöndeki görüş için bak. Centel, 54-55.

¹⁶⁶ Özkan, 56 vd.; Zafer, 308, dn.289; Güner, 112 vd. Centel tarafından avukatın bağımsızlığı; muhakeme sülheleri olan savcı, sanık ve mahkeme ile baro ve üçüncü kişiler yönünden ele alınmıştır. Bak. Centel, 53 vd. Avukatın (müdafîni) bağımsızlığı; Tosun tarafından müvekkil (müşteri), yargılama ve iddia makamı ile barolar yönünden incelenmiştir. Bak. Tosun, 608 vd.

¹⁶⁷ Karş. Centel, 52; Centel/Zafer, 530; Toroslu/Feyzioğlu, 142; Ünver/Hakeri, 223; Kocaoğlu, 253-254. Bağımsızlık kavramıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bak. Centel, Nur, Hakimin Tarafsızlığı, İstanbul 1996, 6 vd.

¹⁶⁸ Kunter, k.no.254; Toroslu/Feyzioğlu, 142; Kocaoğlu, 254; Güner, 115; Aday, 41.

¹⁶⁹ Yukarıda belirtildiği üzere (dn.163), avukatın bağımsızlığı ile hakim bağımsızlığı arasında niteliksel bir fark bulunmamaktadır. Bu itibarla hakim bağımsızlığına ilişkin açıklamaların avukatlara uyarlanması mümkündür.

¹⁷⁰ Kocaoğlu, 256; Güner, 114.

¹⁷¹ Demirbaş, 181. Avukatlık Kanunu m.13'e göre "Bir hakim veya Cumhuriyet Savcısının eşi, sebep veya nesep itibarıyla usul ve fürundan veya ikinci dereceye kadar (Bu derece dahil) hısımlarından olan avukat, o hakim veya Cumhuriyet Savcısının baktığı dava ve işlerde avukatlık edemez." Anılan hüküm, avukatın bağımsızlığını korumaya yöneliktir. Avukat tarafından müdafî veya vekil sıfatıyla üstlenilen işte, avukatın akrabasının hakim veya savcı olarak görev yapması, avukatı baskı altında tutabilir. Bu durum, aynı zamanda üçüncü kişilerin yargılama faaliyetinin işleyişine dair kuşkuya

bb. Avukatın işi red hakkı

Avukatlık Kanunu'nda, avukata herhangi bir neden göstermeksizin kendisine önerilen işi red etme hakkı tanınmıştır. Avukatlık Kanunu m.37/1'e göre "Avukat, kendisine teklif olunan işi sebep göstermeden reddedebilir." Avukata, işin reddi hakkı tanınarak avukatın bağımsızlığı sağlanmaya çalışılmış, avukatın kendi görünüşünün aksine tutum ve davranışlarda bulunması engellenmek istenmiştir¹⁷². Avukat tarafından müdafî veya vekil sıfatıyla evrak incelenmediği takdirde, işi red hakkı genellikle kullanılamayacaktır. Örneğin şüpheli tarafından kendisine müdafîlik görevi önerilen avukat, soruşturma evrakını incelediğinde, mağdurun arkadaşı veya yakını olduğunu öğrenebilir ya da olayın gerçekleşme biçimine bağlı olarak şüphelinin savunmasını üstlenmek istemeyebilir. Avukatın bir işi üstlenip üstlenmeyeceğine karar vermesi, bir başka anlatımla işi red hakkını kullanıp kullanmaması, birçok olayda evrakın incelenmesine bağlıdır¹⁷³. Bu nedenle avukat, soruşturma evrakını vekâletname olmaksızın inceleyebilmelidir. Aksi takdirde avukat, henüz üstlenip üstlenmeyeceği belli olmayan bir işle ilgili vekâletname ibraz etmekle yükümlü tutulmuş olur¹⁷⁴.

cc. Avukatın işi red zorunluluğu

Avukatlık Kanunu m.38/1-a'ya göre avukat; kendisine önerilen işin yolsuz veya haksız ya da sonradan yolsuz veya haksız olduğu kanısına varırsa, işi reddetmek zorundadır¹⁷⁵. Avukatın, müdafî veya vekil sıfatıyla kendisine önerilen işin yolsuz veya haksız olduğunu anlaması, evrakı incelemesine bağlıdır. Bir başka anlatımla avukat tarafından evrak incelenmeksizin, önerilen işin yolsuz veya haksız olduğunun anlaşılması mümkün değildir¹⁷⁶. İşin reddi zorunluluğunun öngörüldüğü

kapılmasına yol açabilir. Benzer yönde bak. ve karş. Tosun, 614. Örneğin avukat tarafından evrak incelenmediğinde, akrabalık ilişkisi bulunan hakim veya savcının soruşturmada görevli olduğunun bilinmesi mümkün olmayabilir.

¹⁷² Kunter, k.no.254; Özkan, 114; Tosun, 607.

¹⁷³ Aynı yönde bak. Dereli, Ferruh, "Yeni Avukatlık Kanununun Kabulü Üzerine Başkanın Konuşması", İstanbul Barosu Dergisi, Avukatlık Kanunu Özel Sayısı, 16. Avukata işi red hakkı tanınmasının, avukatın kendisini hakim yerine koyması anlamına geleceği, bu nedenle İngiltere'de avukatlara işi red hakkının tanınmadığı konusunda bak. Erem, Faruk, "Avukatın İş Reddetme Hakkı", Ankara Barosu Dergisi, Sayı:4 (1969), 631.

¹⁷⁴ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erdem, 257; Demirbaş, 181.

¹⁷⁵ Müderrisoğlu, Feridun, Avukatlıkta Vekâlet ve Ücret Sözleşmesi ve İçtihatlar, Ankara 1974, 32 vd.; Aday, 80 vd. Avukatlık Kanunu m.38'de, işin reddi zorunluluğunun öngörüldüğü diğer durumlar şunlardır: Avukat; aynı işte menfaati zıt bir tarafa avukatlık etmiş veya mütalâa vermiş olursa (m.38/1-b); evvelce hakim, hakem, Cumhuriyet savcısı, bilirkişi veya memur olarak o işte görev yapmış olursa (m.38/1-c); kendisinin düzenlediği bir senet veya sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri sürmek durumu ortaya çıkmışsa (m.38/1-d); görmesi istenilen iş, Türkiye Barolar Birliği tarafından tespit edilen mesleki dayanışma ve düzen gereklerine uygun değilse (m.38/1-f).

¹⁷⁶ Bursa Barosu tarafından Adalet Bakanlığına yapılan başvuruda da, avukat tarafından işin reddi zorunluluğu bulunan durumların tespiti için avukata vekâletname ibraz etmeksizin evrak inceleme yetkisinin tanınması gerektiği belirtilmiştir (<http://www.bursabarasu.org.tr/haberler.php?kimlik=312>, Erişim Tarihi:18.12.2012).

durumlarda, işi üstlenen avukat, disiplin cezasıyla karşı karşıya kalabilir¹⁷⁷. Evrak incelemek için avukatın vekâletname ibrazıyla yükümlü tutulması, red zorunluluğu bulunan durumlarda dahi işin üstlenilmesine yol açar. Bu nedenle avukat tarafından vekâletname ibraz edilmeksizin soruşturma evrakı incelenebilmelidir.

2. Avukatlık Kanunu m.46 Uyarınca Evrak İnceleme Hakkı

Avukat tarafından gerek özel hukuk gerekse ceza muhakemesi hukuku kapsamında üstlenilen savunma görevinin yerine getirilmesi, avukata evrak inceleme yetkisinin tanınmasını zorunlu kılmaktadır. Avukatın bu yetkisi, mesleğin yerine getirilmesinde “yaşamsal önemi” haizdir¹⁷⁸. Avukatlık mesleği için yaşamsal değerde olan evrak inceleme hakkı, Avukatlık Kanunu m.46/2’de, “Avukat veya stajyer, vekâletname olmaksızın dava ve takip dosyalarını inceleyebilir. Bu inceleme isteğinin ilgililerce yerine getirilmesi zorunludur. Vekâletname ibraz etmeyen avukata dosyadaki kağıt veya belgelerin örneği veya fotokopisi verilmez” düzenlemesiyle hüküm altına alınmıştır¹⁷⁹.

Evrak inceleme yetkisinin güvencelenmesi amacıyla kanun koyucu tarafından avukatın evrak inceleme yetkisine sahip olduğunun belirtilmesiyle yetinilmemiş, inceleme isteğinin ilgililerce yerine getirilmesinin zorunlu olduğu vurgulanmıştır¹⁸⁰. Evrak inceleme talebinde bulunan avukat, evrakla ilgisini belgelemek zorunda kaldığında, savunma mesleği, aşılması zor bir engelle karşı karşıya kalır¹⁸¹. Bir başka

¹⁷⁷ Avukatlık Kanunu m.136/1’e göre, Kanunun avukatların hak ve ödevleri ile ilgili altıncı kısmında yazılı esaslara uymayanlar hakkında ilk defasında en az kınama, tekrarında, davranışın ağırlığına göre, para veya işten çıkarma cezası uygulanır. İşin reddi zorunluluğuna ilişkin Avukatlık Kanunu m.38 hükmü, avukatların hak ve ödevlerine ilişkin altıncı kısımda yer almaktadır. Disiplin cezalarıyla ilgili ayrıntılı bir çalışma için bak. Mısır, M. Haşim, Avukatlık Disiplin Hukuku, Ankara 2008.

¹⁷⁸ Aday, 97.

¹⁷⁹ Avukatlık Kanunu m.46/2’de, “dosya” kavramının kullanıldığı, bu nedenle dosya yerine “evrak”ın kullanılmasının hatalı olduğu düşünülebilir. Güncel Türkçe Sözlük’te dosya; “aynı konu, aynı kimse, aynı işle ilgili belgeler bütünü”, evrak ise “resmi kurumlarda işlem gören belgeler” şeklinde tanımlanmıştır (www.tdk.gov.tr, Erişim Tarihi: 30.1.2013). Görüldüğü üzere, belgeler bütünü anlamına gelen dosya yerine evrak kavramı kullanılabilir. Bu nedenle Avukatlık Kanunu m.46/2 hükmünün, vekâletname olmaksızın “dava ve takip dosyaları”nın incelenmesine imkân verdiği; “soruşturma evrakı”nın, ne dava ne de takip dosyası niteliğinde olduğu, hükmün soruşturma evrakının incelenmesi bakımından uygulanmasının mümkün olmadığı şeklindeki bir yorum kanımızca hatalı olacaktır. Uygulamada bazen rastlanan bu yaklaşımın, hükmün amacıyla bağdaşmayacağı, hatta dosya ve evrak sözcüklerinin anlamı dikkate alındığında, sözel yoruma dahi aykırılık teşkil edeceği açıktır. Öğretide de, evrak inceleme yetkisi, CMK m.153 (CMUK m.143) ve Avukatlık Kanunu m.46 kapsamında açıklanmıştır. Bak. Centel/Zafer, 175; Tosun, 616; Zafer, 353; Aday, 97; Özkan, 342 vd; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt Saygılar/Özaydın/Akcan Alan/Erdem, 256-257; Demirbaş, 174; Yurtcan, Erdener, CMK Şerhi, İstanbul Kasım 2005, 375.

¹⁸⁰ Anılan hüküm, 2.5.2001 tarih ve 4667 sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.32 ile Avukatlık Kanunu m.46’ya eklenmiştir. RG 10.5.2001, No.24398.

¹⁸¹ Aday, 97. Birleşmiş Milletler Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler (Havana Kuralları) m.21’e

anlatımla bu takdirde, üstlenilen görevin yerine getirilmesi mümkün olmaz. Bu durum, müdafî veya vekil sıfatıyla evrak inceleme talebinde bulunan avukat için de geçerlidir. Avukatlık Kanunu m.46/2'de de, aynı yönde düzenleme yapılmıştır¹⁸².

Sonuç

Ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğin bulunmasıdır. İddia, savunma ve yargılama makamının kolektif faaliyetiyle maddi gerçeğe daha kolay ulaşılabilceği düşünülmüştür. İddia ve savunma makamı, ceza muhakemesine etkin bir şekilde katılabilmelidir. Bu durum, Anayasa m.36'da hükme bağlanan hak arama özgürlüğünün de gereğidir. Bireyin hak arama özgürlüğünün yaşama geçmesi, kural olarak hukuki yardımdan faydalanmayı gerektirir. Ceza muhakemesinde avukatlar, şüpheli ve suçtan zarar görene müdafî ve vekil sıfatıyla hukuki yardımda bulunmaktadırlar. Müdafî veya vekil sıfatıyla üstlenilen görevin (hak arama özgürlüğü) gereklerinin yerine getirilmesi için avukatlara evrak inceleme yetkisi tanınmıştır. Aksi takdirde, avukatlar tarafından şüpheli veya suçtan zarar görenle ilgili üstlenilen veya üstlenilme ihtimali bulunan hak arama özgürlüğünün gerçekleşmesi mümkün olamayacaktır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, vekâletnamenin varlığını gerektiren muhakeme işlemleri sınırlıdır. Evrak incelemeye ilişkin Ceza Muhakemesi Kanunu m.153 ve m.234'te, soruşturma evrakının vekâletname ibraz edilmek suretiyle incelenebileceğine dair herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Kaldı ki ceza muhakemesi hukukunda hak arama özgürlüğünün yaşama geçirilmesi için "şüphe durumunda serbestlik lehine yorum" (in dubio pro libertate – şüpheden özgürlük yararlanır) ilkesi uyarınca, soruşturma evrakı avukatlar tarafından vekâletname olmaksızın incelenebilmelidir. Müdafî veya vekil sıfatıyla evrak inceleme talebinde bulunan avukatın beyanına güvenilmelidir. Evrak inceleme, soruşturma evresinin yazılılığı ilkesi gereğince yazılı olarak talep edilmeli ve talepte bulunan avukat olduğunu belgelemelidir.

Avukatlık Kanunu'na göre avukatlık faaliyeti, kamu hizmeti niteliğindedir. Kamu hizmetinin gereği gibi yerine getirilmesi için Avukatlık Kanunu'nda avukatın bağımsızlığını sağlamaya yönelik bazı hükümlere yer verilmiştir. Avukatlık Kanunu m.37'de avukata tanınan işi red hakkının kullanılabilmesi ve m.38'de hükme bağlanan işin reddi zorunluluğu bulunan durumların anlaşılması bakımından, soruş-

göre "Yetkili makamların ellerinde veya denetimleri altında bulunan gerekli bilgileri, dosyaları ve belgeleri, avukatların müvekkillerine etkili bir hukuki yardım verebilmelerini sağlayacak yeterli bir sürede ulaşmalarını temin etmek, kamu makamlarının görevidir. Avukatların bu belgelere en kısa sürede ulaşmaları sağlanır," Güner (Mevzuat), 525. Avrupa Konseyi Avukatlık Mesleğinin İcrasındaki Özgürlükler Hakkında 9 Numaralı Tavsiye Kararı m.7 uyarınca avukatlar, müvekkillerinin haklarını mesleki kurallara göre savunurken ilgili her türlü dosyaya erişebilmelidirler, Güner (Mevzuat), 533.

¹⁸² Özkan, 347-348.

turma evrakının avukat tarafından vekâletname ibraz edilmeksizin incelenebilmesi gerekir. Avukatlık Kanunu m.46/2'de de, vekâletname olmaksızın avukatlar tarafından dava ve takip dosyalarının incelenebileceği hükme bağlanmıştır. Soruşturma evrakı da, anılan hüküm kapsamındadır. Avukatlık Kanunu m.46/2 son cümle uyarınca soruşturma evrakından örnek alınmak istenmesi halinde ise, vekâletname ibraz edilmelidir.

KAYNAKÇA

- Aday, Nejat, Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 1994.
- Alaşahin, Mehmet Emin, "Müdafiin Dosya İnceleme Yetkisi", Legal Hukuk Dergisi, Cilt:IV, Sayı:2 (Nisan 2006), 1053-1066.
- Altıparmak, Cüneyd, "Avukat, Soruşturma Dosyasını Vekâlet Sunmadan İncelemi mi", Güncel Hukuk Dergisi, Sayı: Ekim 2012/10-106, 56-58.
- Ambos, Kai, "Silahların Eşitliği Çelişmeli Ön Soruşturma ve AHİS m.6" (çev:Yener Ünver), Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Ankara 2004.
- Aybay, Aydın/Aybay, Rona, Hukuka Giriş, İstanbul 2012.
- Bıçak, Vahit, Suç Muhakemesi Hukuku, Ankara 2011.
- Cengiz, Serkan/Demirağ, Fahrettin/Ergül, Teoman/McBride, Jeremy/Tezcan, Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Ankara Kasım 2008.
- Centel, Nur Başar, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, İstanbul 1984.
- Centel, Nur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakim'in Tarafsızlığı, İstanbul 1996.
- Centel, Nur, "Müdafi ile Savunma Hakkı ve Adalet Bakanlığı Genelgesi", İBD Cilt:76, Sayı:2 (Haziran 2002), 315-332.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul Ekim 2012.
- Cihan, Erol/Yenisey, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1997.
- Çınar, Ali Rıza, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kürüm-Türkiye Kararının, Sözleşme ve İç Hukuktaki İlgili Hükümlere Göre Değerlendirilmesi", TBBD, Sayı:95 (2011), 41-96.
- Çine, Özcan, "Müdafiden Vekâletname İstenmemelidir", Ankara Barosu Dergisi, Sayı:4 (1993), 598-604.
- Demirbaş, Timur, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, Ankara 2013.
- Dereli, Ferruh, Yeni Avukatlık Kanunu'nun Kabulü Üzerine Başkanın Konuşması, İstanbul Barosu Dergisi, Avukatlık Kanunu Özel Sayısı, Cilt:42 (Mayıs-Haziran 1969), 7-26.

- Dutertre, Gilles Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Almanya Kasım 2003.
- Dülger, Murat Volkan, "Ceza Muhakemesinde Müdafîin Konumu ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", Ankara Barosu Dergisi, Sayı:2012/4, 39-76.
- Erdem, Mustafa Ruhan, "AİHM Kararları Işığında Tutuklu Sanık Bakımından Hazırlık Soruşturması Dosyasını İnceleme Hakkı", Dokuz Eylül Ü.H.F.D., Cilt:6, Sayı:1 (2004), 67-112.
- Erem, Faruk, Diyaletik Açıdan Ceza Yargılaması Hukuku, Ankara 1986.
- Erem, Faruk, "Savunma Hakkını Kısıtlayan Antidemokratik Hükümler", Bülent Nuri Esen'e Armağan, Ankara 1977, 607-618.
- Erem, Faruk, "Avukatın İşi Reddetme Hakkı", Ankara Barosu Dergisi, Sayı:4 (1969), 631.
- Eser, Albin, "Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu" (Çev. Nur Centel), YD, Cilt:16, Sayı:3 (1990), 313-338.
- Giritli, İsmet/Bilgen, Pertev/Akgüner, Tayfun/Berk, Kahraman, İdare Hukuku, İstanbul 2012.
- Gölcüklü, Feyyaz/Gözübüyük, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2005.
- Gözübüyük, Abdullah Pulat, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Gözübüyük Şerhi, İstanbul 1994.
- Gözübüyük, Şeref/Tan, Turgut, İdare Hukuku, Cilt I, Ankara 2008.
- Güner, Semih, Avukatlık Mevzuatı, Ankara 2002.
- Güner, Semih, Avukatlık Hukuku, Ankara 2005.
- Günday, Metin, İdare Hukuku, Ankara 2004.
- Gür, Necip Taha, "Müdafîin Dosya İnceleme Hak ve Yetkisi", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:86, Sayı:2 (2012), 208-219.
- Hafizoğulları, Zeki, "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine", AHFD, C:43, Sayı:1 (1993), 37-47.
- İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2005.
- Kazancı, Behiye Eker, "AİHS ve AİHM Kararları Çerçevesinde Yakalama ve Tutuklama Koruma Tedbiri ile Kişi Güvenliği ve Hürriyetinin Sınırlandırılması", TBBD, Sayı:98 (2012), 75-104.
- Karakehya, Hakan, "Türk Ceza Muhakemesinde Sanığın Dosya İnceleme Hakkı", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XI, Sayı:3-4 (2007), 131-147.

- Karakehya, Hakan, "Ceza Muhakemesi Uygulamamızda Atanmış Müdafiliğe İlişkin Görülen Sorunlar", Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2012, 3. Cilt, Ankara 2012, 236-251.
- Koca, Mahmut, "Müdafinin Hazırlık Dosyasını İnceleme Hakkı", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C:I, Sayı:1 (1997), 163-169.
- Kocaoğlu, S. Sinan, Müdafii, Ankara Şubat 2011.
- Korkusuz, M. Refik, Avukatlık Hukukuna Giriş, Adana 2008.
- Kunter, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989.
- Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul Kasım 2006.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami/Dursun, Selman, Türk Hukuku'nda Müdafinin Yasaklılık Halleri, Ankara 2004.
- Mısıır, M. Haşim, Avukatlık Disiplin Hukuku, Ankara 2008.
- Müderrişoğlu, Feridun, Avukatlıkta Vekâlet ve Ücret Sözleşmesi ve İçtihatlar, Ankara 1974.
- Okuyucu-Ergün, Güneş, "Soruşturmanın Gizliliği", AHFD, Cilt:59, Sayı:2 (2010), 243-275.
- Özkan, Meral Sungurtekin, Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir 2012.
- Özbek, Veli Özer, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı), Ankara 2005.
- Özbek, Veli Özer/Kanbur, Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara Ekim 2012.
- Özdek, Yasemin, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, Ankara Mart 2004.
- Özgen, Eralp, "İşkence ve İnsanlık Dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması", TBBD, Sayı: 2 (1988), 208-233.
- Özgenç, İzzet/Şahin, Cumhur, "İddia ve Savunma Hakkı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1-2 (2003), 84-111.
- Öztürk, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koşuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması), Ankara 1991.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006.
- Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sırma, Özge/Kırıt Saygılar, Yasemin/Özaydın, Özdem/Akcan Alan, Esra/Erdem, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Editör: Bahri Öztürk, Ankara Nisan 2013.

- Soyaslan, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010.
- Şahin, Cumhur, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara 1994.
- Şahin, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku, I, Ankara Eylül 2012.
- Şahin, Cumhur, “Sanığın Dosyasını Hazırlamak İçin Gerekli Zamana ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:8, Sayı:1-2 (2004), 273-292.
- Taner, M. Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul 1955.
- Taşkın, Ş. Cankat, “Müdafinin Dosyayı İnceleme Hakkının Değerlendirilmesi”, TBBD, Sayı:75 (2008), 394-416.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz/, Önok, Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Ankara 2011.
- Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006.
- Tosun, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Cilt I, Genel Kısım, İstanbul 1984.
- Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010.
- Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku 2. Cilt, Ankara 2012.
- Yaşar, Osman, Ceza Muhakemesi Kanunu, II. Cilt, Ankara 2011.
- Yalvaç, Gürsel, Karşılaştırmalı-Gerekçeli TCK, CMK, CGTİK ve İlgili Kanunlar ile Yönetmelikler, Ankara 2007.
- Yenisey, Feridun, “Ceza Davalarında Müdafîin ve Mağdur Vekilinin Dosyayı İncelemesi İçin Vekâletname İstenmesi Sorununun, Soruşturma Evresindeki Durumu” (www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/dwnldCntHT.jsp?...98, Erişim Tarihi:13.01.2013).
- Yerdelen, Erdal, “Soruşturma, m.145-174”, 3 (www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/190.doc, Erişim Tarihi:18.12.2012).
- Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 1996.
- Yurtcan, Erdener, CMK Şerhi, İstanbul Kasım 2005.
- Zafer, Hamide, Faile Yardım Suçu ve Müdafîin Bu Suçtan Sorumluluğu, İstanbul Mayıs 2004.

