

CEZA SORUŐTURMASINDA MÜDAFİİN ROLÜNE ELEŐTİREL YAKLAŐIM

Prof. Dr. Nur Centel*

I. Giriő

Çağdaő hukuk sistemlerinde ceza yargılamasının adil olmasının unsurlarından biri *sıahlarda eşitlik*, yani suçlayan ile suçlanana tanınan yetkiler arasında denge bulunmasıdır. Denge, şüpheli ile sanığın müdafı yardımı almasıyla sağlanabilir. Çünkü devlet adına suçlamayı yapan savcı hukuk öğrenimi görmüştür; delil araştırma yetkisi ve gücü vardır. Hukuk bilgisi olmayan şüpheli ise, hukukçu iddia makamı karşısında güçsüzdür. Kaldı ki, şüpheli hukuk öğrenimi görmüő olsa da bu konunun etkisiyle kendini gerektiği gibi savunamaz; özellikle tutuklu ise kendi lehine delilleri araőtıramaz. Bu durum avuktan yararlanmanın önemini ortaya koymaktadır.

Öte yandan, ceza muhakemesinde savunmanın gerçekleştiğinin kabul edilmesi için müdafıin faaliyetine mutlaka ihtiyaç vardır. Özellikle kapsamlı davalarda müdafıin katılımı olmaksızın adil bir muhakmeden söz edilemez¹.

Nitekim, bazı anayasalarda savunma hakkının ötesinde açıkça sanığın müdafı ile savunulma hakkından da söz edilmiőtir². Anayasamızın 36. maddesinde müdafı ile savunulmaya doğrudan doğruya yer verilmiş değıildir. Ancak, “herkesin (ve sanığın) meşru vasıta ve yollardan yararlanarak yargı mercileri önünde savunma hakkı” bulunduğunun ifade edilmiş olması, müdafiliğın anayasal güvencesi sayılır. Bu açıdan savunma meşru bir yol, müdafı de meşru bir araçtır. Dolayısıyla, Ay m.36'nın müdafı ile savunulmayı kapsadığı ileri sürülebilir³.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6/3-c'de ise, her sanığın, kendi kendini savunmaktan başka, kendisinin seçeceği veya ekonomik gücü yoksa ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemenin atayacağı bir avukatın yardımından para ödemediği yararlanma hakkına da sahip olduğu belirtilmiő ve Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Milletlerarası Andlaşma m.14/3-d ile de sanığın müdafiden yararlanması konusunda açık hüküm getirilmiş bulunmaktadır.

Müdafı muhakemenin adil ve yasalara uygun olarak yapılip yapılmadığına, soruşturma organlarının sanığa karşı haksız ve yasalara aykırı davranıp davranmadıklarına dikkat etmekle görevlidir⁴.

* Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

¹ H.Zafer, Faile Yardım Suçu ve Müdafıin Bu Suçtan Sorumluluđu, İstanbul 2004, 255.

² Örneğın, 1947 Japon Anayasası'nın 37., 1948 Kore Anayasası'nın 9., 1935 Filipinler Anayasası'nın III/1-17., 1952 Polonya Anayasası'nın 53/II.maddeleri, sanığın müdafı ile savunulma hakkına yer vermiştir. Bak. İ.Lütem, Yeni Anayasalar I-IV, Ankara 1953-54, 477 vd.

³ N.Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafı, İstanbul 1984, 12-13.

⁴ Bak.K.H.Gössel, “Die Stellung des Verteidigers im rechtsstaatlichen Strafverfahren”, ZStW 94 (1982), 30-32.

Aşağıda müdafinin ceza muhakemesine katılımı soruşturma evresiyle sınırlı olarak irdelenmekte; müdafinin ceza soruşturmasındaki rolünün yasal düzeye ve uygulamada yeterli olup olmadığı araştırılmaktadır.

Anlatım düzeni olarak soruşturma evresinde müdafinin hazır bulunma, şüpheliyle görüşme-yazışma, dosyayı inceleme-suret alma, tebligat kabul etme ve kanun yoluna başvurma hakkı sırası izlenmektedir.

II. Müdafinin Hazır Bulunması

1. Genel olarak

Müdafinin yardımından yararlanma hakkının fiilen gerçekleşmesi, müdafinin işlemler sırasında şüpheli veya sanığın yanında yer almasıyla sağlanabilir. Müdafinin hukuki yardımda bulunması, onun soruşturma ve kovuşturma işlemleri sırasında sanığın yanında bulunmasını gerektirmektedir.

2. İfade ve sorgu işlemlerinde hazır bulunma

Şüpheli, soruşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafinin yardımından yararlanabilir (CMK m.149/1). Müdafinin hukuki yardımda bulunması, onun soruşturma işlemlerinde sanığın yanında olmasını gerektirir. Aynı zamanda hazır bulunma, şüphelinin müdafiden yararlanma hakkının fiilen gerçekleşmesi demektir.

Yasa'ya göre, soruşturma evresinde şüphelinin ifadesinin alınması veya sorguya çekilmesi sırasında müdafinin yanında olması ve hukuki yardımda bulunması hakkı engellenemez ve kısıtlanamaz (CMK m.149/3). Soruşturma evresinde en çok üç müdafinin ifadesinin alınmasında hazır bulunabilir (CMK m.149/2).

Şüphelinin yanında bulunma, soru sorma hakkını da içerir. Müdafinin şüpheliye tüm yasal haklarını hatırlatabilir; ifade tespiti veya sorguya çekilme sırasında soru sorup tutanağa geçirilmesini isteyebilir ve şüphelinin haklarını korumaya yönelik müdahalelerde bulunabilir⁵. Kuşkusuz hukuki yardım, maddi olayı karartabilecek müdahaleler yapılmasını veya cevabı içinde olan sorular sorulmasını kapsamaz⁶. Müdafinin her türlü müdahalesi tutanağa geçirilir (Gözaltı Y. m.23).

Uygulamada, kolluktaki ifade esnasında, müdafinin soru sormasına izin verilmediğinden şikayet edilmektedir. Hatta kolluğun şüpheliye yönlendirici soru sorduğu veya şüphelinin sözlerini istediği yönde değiştirmeye çalıştığı hallerde müdafinin müdahale etmesi, onun şüphelinin yerine beyanda bulunduğu suçlamasına yol açmaktadır.

Savcılıkta ifade alınması uygulamasında ise, genellikle soru yöneltilebilmekte; ancak, sorunun müdafinin tarafından yöneltildiği ifade tutanağında her zaman gösterilmemektedir.

⁵ N.Centel, "3842 Sayılı Yasa Hükümleri Karşısında Tutuklama ve Yakalama", Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, 621.

⁶ Sanığın beyanlarını, suç delillerini değiştirme veya soruşturmayı yanlış yola yöneltme, müdafinin TCK m.281'deki suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçunun faili haline getirebilir.

3. Özel görevli mahkemelerin yargılama alanına giren suçların soruşturulmasında hazır bulunma

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Yasası'nda belli suçların soruşturulması ve kovuşturulması bakımından özel yetkilerle donatılmış bulunan ağır ceza mahkemelerinin görev ve yargı çevresinin belirlenmesine, soruşturma ve kovuşturma usulüne ilişkin düzenlemeler⁷, halen özel yetkiler azaltılarak Terörle Mücadele Yasası'nın 10.maddesine aktarılmıştır⁸. Bu Yasa'ya göre kurulan mahkemeler *özel görevli mahkemeler, bölge ağır ceza mahkemeleri veya terörle mücadele mahkemeleri* olarak adlandırılmaktadır. CMK m.250/1'e göre kurulmuş olan özel yetkili mahkemeler ise kaldırılmış; ancak, görülmekte olan davalara kesin hükümlerle sonuçlandırılıncaya kadar bu özel yetkili mahkemelerin bakmaya devam etmesi öngörülmüştür. Yeniden düzenlenmiş olan TMK m.10'daki kovuşturmaya ilişkin hükümler bu davalarda da uygulanacaktır⁹.

Özel görevli mahkemelerin görev alanına giren suçlardan şüpheli olanların ifadelerinin alınması veya sorguya çekilmesi sırasında müdafî hazır bulunabilir¹⁰. Bu konuda halen, Ceza Muhakemesi Yasası'nda yer alan genel kurallar geçerlidir. Soruşturma evresinde terör suçlarından veya terör amacıyla işlenen suçlardan şüpheli olanların *gözaltı süresince* sadece *bir müdafîin* hukuki yardımından yararlanmasına ve şüphelinin kolluk tarafından ifadesi alınırken ancak *bir müdafîin* hazır bulunmasına ilişkin kısıtlama, TMK m.10'daki yeni düzenlemede mevcut değildir. O halde, özel görevli ağır ceza mahkemelerinin yargılama alanına giren tüm suçlar bakımından soruşturma evresinde ifade alınmasında, diğer suçlarda olduğu gibi, artık üç avukat hazır bulunabilir (CMK m.149/2).

Terör suçlarından veya terör amacıyla işlenen suçlardan şüpheli olanların *sorgusunda* bulunabilecek müdafî sayısı ise önceki dönemde de genel kurallara göre belirlenmek durumundaydı. Çünkü, sorgu işlemi gözaltı işlemleri kapsamında değildir¹¹.

4. Tutuklama kararının verilmesinde ve karara itirazda hazır bulunma

a. Tutuklama Kararı Verilmesinde Hazır Bulunma

Yasa'ya göre, tutuklama talep edildiğinde, şüpheli veya sanık kendisinin seçeceği veya Baro tarafından görevlendirilecek bir müdafîin yardımından ya-

⁷ 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu mülga m.250-252.

⁸ 02.07.2012 Gün ve 6352 Sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelemesi Hakkında Kanun m.75. RG 05.07.2012, No.28344.

⁹ 02.07.2012 Gün ve 6352 Sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelemesi Hakkında Kanun geç.m.2/4. RG 05.07.2012, No.28344. Bu mahkemelerin C.savcılar tarafından yürütülmekte olan soruşturmalar ise Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca Terörle Mücadele Yasası m.10 uyarınca görevlendirilen Cumhuriyet savcılarına devredilmiştir.

¹⁰ Önceki düzenleme için bak.12.04.1991 Gün ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 10. maddesinde değişiklik yapan 29.06.2006 gün ve 5532 sayılı Yasa m.9. RG 18.07.2006, No.26232.

¹¹ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku (2011), 181.

rarlanır (CMK m.101/3). Bu nedenle, tutuklama kararı müdafinin huzurunda verilmelidir.

Bu kurala uygulamada uyulmakla birlikte; barolarda zorunlu müdafilik konusunda sorun yaşanan dönemlerde istisnaen müdafii görevlendirilememekte ve dolayısıyla tutuklama kararı müdafinin yokluğunda verilmektedir.

Tutukluluğun uzatılması kararında müdafinin görüşünün alınması (CMK m.102/3) kuralına ise uygulamada uyulmamaktadır. Müdafii sadece kovuşturma evresinin duruşma oturumlarında tutuklu sanığın tahliyesini talep ederken tutukluluğun uzatılması konusunda görüş açıklayabilmektedir.

Yol tutuklaması denilen sürecin başlangıcında, yani hakimin hakkında yakalama emri bulunan şahsın kimliğini denetleyip asıl yetkili hakime gönderilmesine karar vermesi sırasında müdafii her zaman bulunmamaktadır¹².

b. Tutuklama kararına itirazda hazır bulunma

Tutuklamaya veya tutuklama talebinin reddedilmesine karşı itiraz kanun yoluna gidilebilir. Tutuklama talebini reddetmiş olan makamın itirazı yerinde görmeyip en çok üç gün içinde dosyayı itiraz merciiine göndermesi halinde itiraz mercii de tutuklama kararı verebilir (CMK m.271).

İtirazı inceleyecek merci, yazılı cevap vermesi için itirazı karşı tarafa bildirebilir. Mercii inceleme ve araştırma yapabileceği gibi; gerekli gördüğünde bunların yapılmasını da emredebilir (CMK m.270). Yasa'da gösterilen istisnalar dışında, itiraz konusunda duruşma yapılmaksızın karar verilir. Ancak gerekli görüldüğünde Cumhuriyet savcısı ve sonra müdafii veya vekil dinlenir (CMK m.271). Tutuklama talebi reddedildiğinde şüpheli salıverileceğinden ve sadece dosya incelenerek karar verilmesi de mümkün olduğundan, itiraz üzerine şüphelinin yokluğunda tutuklama kararı verilmesi mümkündür.

Tutuklamaya itiraz incelemesinde gerekli görüldüğünde savcı ve müdafii dinlenmesine ilişkin kural (CMK 271) uygulamada etkin biçimde işletilmemektedir. İtiraz mercii, kararını vermeden önce Cumhuriyet savcısının itiraz konusundaki görüşünü yazılı olarak almakta, dinleme yoluna gitmemektedir. Savcının yazılı görüşü müdafie bildirilmemekte ve müdafinin yazılı görüşü de alınmamaktadır. Bu durumun, tutuklamaya karşı itiraz hakkını güvenceleyen

¹² Yasa'ya göre, yakalama emriyle aranan kişi suçun işlendiği yerdeki mahkemenin yargı çevresi dışında yakalanır ve en geç yirmidört saat içinde yetkili sulh ceza hakiminin önüne götürülmeyecektir. Yetkisiz olan bu hakim, yakalanan kişinin yakalama emrinde gösterilen kişi olup olmadığını denetler ve yetkili hakime gönderilmesi için kişiyi tutuklar. Söz konusu tutuklama kararı, yakalanan kişinin suçun işlendiği yerdeki sulh ceza hakimine götürülmesi işlevini görür. Uygulamada bu işleme *yol tutuklaması* denilmekte ve kişi bu şekilde aylarca özgürlüğünden yoksun kalmaktadır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarına göre, yakalanan kişinin dört gün içinde yakalamanın koşullarını değerlendirecek hakim önüne çıkarılması gerektiğinden, yol tutuklaması söz konusu içtihatlarla çelişmektedir. Belirtelim ki, kısa bir süre önce yayınlanan "Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik"te hakim veya mahkeme kararı ile yakalanan kişinin *Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS)* ile dinlenmesine olanak tanınmıştır (RG 20.09.2011 No.28060). Bu sistemin yaygın bir şekilde kullanılması halinde, yargı çevresi dışında yakalanan kişilerin Yasa'da öngörülen sürede yetkili hakim önüne götürülememesinden doğan sakıncalar giderilebilecektir.

İHAS m.5/4'e aykırı olduğu kuşkusuzdur. Olması gereken, tutuklamaya itiraz incelemesinin duruşmalı yapılması ve görüşlerini açıklayabilmeleri için şüpheli ile müdafinin de hazır bulunmalarına fırsat tanınmasıdır.

Nitekim, itiraz incelemesinin çelişmeli yapılarak taraflar, savcı ve tutuklu arasında eşitlik ile yargı süreci güvencelerinin sağlanması İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından vurgulanan hususlardır¹³. Mahkeme'ye göre, itiraz incelemesine ilişkin duruşmanın aleni yapılması zorunlu olmamakla birlikte¹⁴, tutuklu ile müdafinin katılımıyla yapılmalı ve inceleme çelişmeli olmalıdır¹⁵. Bu bakımdan, Yasa'da itiraz merciine taraflara bildirme ve onları dinleme konusunda takdir hakkı verilmiş olması Mahkeme'nin kararlarıyla paralellik göstermemektedir.

Savcı dosyanın tamamına hakim olduğu halde tutukluya veya müdafine bu olanağın tanınmaması, savunmasını sözlü olarak yapmasını ve tutukluluk halinin devamını haklı göstermek için dayanılan gerekçelere gereği gibi itiraz etmesini engelleyecektir. Bu durumda silahlarda eşitlik sağlanamayacak ve çelişmelilik ilkesine uyulmamış olacaktır¹⁶.

5. Aramada ve öne alınan işlemlerde hazır bulunma

Müdafin şüphelinin konutunun, işyerinin, üstünün ve eşyasının *aranması sırasında* hazır bulunmasına engel olunamaz (CMK m.120/3). Ayrıca, şüphelinin evinin veya eşyasının aranması sırasında belge ve kağıtlarına elkonulmuş ise sulh ceza hakimi veya Cumhuriyet savcısı tarafından bu belgeler incelendiği sırada müdafin de hazır bulunma hakkı vardır (CMK m.122/2).

Müdafin, kural olarak gizli yapılan soruşturma evresinde *keşif* işleminde, tanık ve bilirkişinin *erken dinlenmesinde*, soruşturmayı geciktirmemek koşuluyla *yer gösterme* işleminde hazır bulunma yetkisi vardır (CMK m.84/1, 85/2).

Erken dinleme işleminde şüpheli, sanık, mağdur, müdafin ve vekil hazır bulunabilir (CMK m.84/2, 180). Bu işlerde hazır bulunmaya hakkı olanlar, işin geri bırakılmasına neden olmamak koşuluyla, işlemin yapılması gününden önce haberdar edilir (CMK m.84/4, 181/1).

III. Müdafin Şüpheliyle Görüşmesi ve Yazışması

1. Genel olarak

Müdafinle görüşme, adil yargılanma hakkının bir bölümü olarak savunma hakkının kapsamındadır (CMK 154, CGİK 114/5). Müdafin, şüpheli veya sanığı hakları konusunda bilgilendirir. Bu hukuki yardım şüpheliyle muhakenin diğer sülheleri arasında eşitlik sağlanmasına hizmet eder.

Müdafinin savunmayı hazırlaması için şüpheli veya sanık ile arasında bilgi alış-verişinin bulunması gerekir. Müdafinin şüpheli veya sanıkla görüşme ve yazışma yetkisi, özellikle gözaltına alınma veya tutukluluk hallerinde önem kazanır.

¹³ Iljkov/Bulgaristan, 33977/96, 26.07.2001.

¹⁴ Reinprecht/Avusturya 67175/01, 15.11.2005.

¹⁵ Grauzinis/Litvanya, 37975/97, 10.10.2000; Mamedova/Rusya, 7064/05, 01.06.2006.

¹⁶ Lamy/Belçika, 10444/ 83, 30.03.1989.

Müdafii ile müdafinin stajyeri tutuklu sanıkla her zaman görüşebilmeli ve yazışabilmelidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, şüpheli ya da sanığın soruşturmanın erken aşamalarından itibaren müdafie erişme hakkına sahip olmasının savunma hakkı açısından büyük bir önem taşıdığını ifade etmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında, yargılamanın adil sayılması açısından sanığın müdafii yardımından fiilen ve gerçekten yararlanmış olup olmadığı konusunun denetlendiği görülmektedir¹⁷. Mahkeme, sorgulamanın başında avukatın yokluğunu, adil yargılanma hakkının ihlali olarak görmektedir¹⁸. Öyle ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, tutuklu sanığın avukatıyla görüşmesinin önlenmesi, adil yargılanmanın yanı sıra mahkemeye başvurma hakkının da ihlâlidir¹⁹.

Mahkemeye göre, delillerin karartılması gibi bir tehlikenin bulunmadığı hallerde sanık ile avukatın konuşması özel ve gizlidir^{20 21}.

2. Gözaltında bulunan şüpheliyle görüşme

Şüpheli yakalandığı andan itibaren müdafiden yararlanma hakkına sahiptir. Kolluk, yakalanan kişiye yasal haklarını hatırlatır (CMK m.90/4); bu haklar arasında müdafiden yararlanma hakkı da yer alır (YGİY m.6/4).

Kolluk ve savcı tarafından ifade alma, hakim tarafından sorguya çekilme işlemlerinde, ifade veren veya sorguya çekilen kişiye müdafii seçme hakkının bulunduğu ve onun hukuki yardımından yararlanabileceği, müdafinin ifade veya sorguda hazır bulunabileceği ayrıca bildirilir (CMK m.147/1-c).

Soruşturma evresinde, müdafinin gözaltında veya tutuklu bulunan şüpheli ile *görüşme ve hukuki yardımda* bulunma yetkisi vardır (CMK m.149/3). Müdafinin, şüpheliyle gözaltı biriminde görüşme hakkı engellenemez ve kısıtlanamaz. Şüpheli veya sanık, vekâletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir (CMK m.154). Uygulamada bu hususun sağlandığı gözlemlenmektedir.

Ancak, 6352 sayılı Yasa'yla yeniden düzenlenen Terörle Mücadele Kanunu m.10 uyarınca kurulan özel görevli ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren terör suçlarından veya terör amacıyla işlenen suçlardan şüpheli olanların gözaltında müdafiiyle görüşme hakları Cumhuriyet savcısının talebi ve

¹⁷ Bak. Kom.R. Can/Avusturya, 12.07.1984, I/İsviçre, 14.05.1992, Kom.R. Biondo/İtalya, 8.12.1983, Rosa Tripodi/İtalya, 14.10.1992, F.Gölcüklü/Ş.Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Ankara 2002, k.no.543.

¹⁸ K.Magee/Birleşik Krallık ve Averill/Birleşik Krallık, 06.06.2000, Gölcüklü/Gözübüyük (2002), k.no.545/a.

¹⁹ K.Golder/Birleşik Krallık, 21.02.1975, Gölcüklü/Gözübüyük (2002), k.no.545/c.

²⁰ Campbell ve Fell/Birleşik Krallık, Gölcüklü/Gözübüyük (2002), k.no.545/c.

²¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, hükümlü olup da infaz kurumunda suç işledikleri gerekçesiyle Kurum Teftiş Kurulunca yargılanan başvuruçuların, Kurulun yaptığı kovuşturma sırasında avukatla irtibat kurmalarına ve soruşturma sona erinceye kadar avukatla görüşmelerine izin verilmemesini ve daha sonra avukatla yaptıkları görüşmelerin görevlilerce dinlenmesini adil yargılanma hakkının ihlali olarak görmüştür. Bak.Campbell ve Fell/Birleşik Krallık, 28.06.1984, O.Doğru, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Rehberi (1960-1994), İstanbul 1999, Karar no.84, 49.

hakim kararı ile *yirmidört saat süreyle* kısıtlanabilir. Bu süre içerisinde ifade alınamaz (TMK m.10/3-e)²². Bu mahkemelerin görev alanına giren diğer suçlar bakımından ise genel kurallar geçerlidir.

6352 Sayılı Yasa yürürlüğe girmeden önceki dönemde CMK m.250 uyarınca kurulan özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin yargılama alanına giren aynı suçların soruşturulmasında da geçerli olan bu hükmün uygulanması sürecinde kolluğun olabildiğince şüpheliyi konuşturmaya çalıştığından ve bu arada onu yordduğundan, örneğin uyumasını hatta oturmasını engellediğinden şikayet edilmiştir. Bu süreçte vücut üzerinde iz bırakmayacak biçimde şüpheliye kötü muamele yapıldığı, hakaret ve tehditte bulunduğu belirtilmiştir.

Ayrıca, örgütlü suçlarda müdafinin şüpheliyle görüşmesi yer yokluğu, yetkili amirin yerinde olmaması gibi gerekçelerle bir kaç saat ertelenmekte, yani engellenmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 08.02.1996 tarihli John Murray/ Birleşik Krallık kararında gözaltına alınan kişinin avukatıyla görüşmesinin 48 saat boyunca engellenmesini 28.10.1994 tarihli kararında *ceza yargılamasının ilk aşamalarından itibaren hukuki yardım sağlanmasının gerekli olduğu* gerekçesiyle Sözleşme m.6/1 ile m.6/3-c'yi ihlal ettiğine karar verdiğini hatırlatmaktadır. Ancak Mahkeme daha sonra Brennan/Birleşik Krallık davasında, diğer suçluların haberdar olabileceği gerekçesiyle başvurusunun 24 saat süreyle avukatıyla görüşmesinin engellenmesini Sözleşmeye aykırı görmemiş; suça dahil olduğu iddia edilen diğer kişilerin durumu öğrenmeleri riskinin görüşmenin engellenmesi bakımından makul bir gerekçe olduğunu kabul etmiştir. Mahkemenin bu sonuca ulaşmasında, şüpheliden ilk 24 saat boyunca kendi kendini suçlayan nitelikte bir ifadenin alınmamış olması etkili olmuştur²³.

3. Tutuklu şüpheliyle görüşme

Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında, müdafinin, tutuklu bulunan şüpheli veya sanıkla *görüşme ve hukuki yardımda* bulunma yetkisi vardır (CMK m.149/3).

Özel yasalardaki hükümler dışında, tutuklunun müdafiiyle haberleşmesi ve kurum düzeni çerçevesinde görüşmesi hiçbir suretle engellenemez ve kısıtlanamaz. Müdafinin tutuklu şüpheli/sanıkla görüşmesi kaydedilemez (CGİK m.114/5).

Bu konuda Terörle Mücadele Yasası'nın içerdiği savunma hakkını kısıtlayıcı nitelikteki kurallar halen yürürlükten kaldırılmış bulunmaktadır.

Önceki düzenlemeye göre, Terörle Mücadele Yasası kapsamındaki suçlardan dolayı yapılan soruşturmada, müdafinin terör örgütü mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık ettiğine ilişkin bulgu veya belge elde edilmesi halinde, Cumhuriyet savcısının talebi ve sulh ceza hakiminin kararıyla

²² 02.07.2012 Gün ve 6352 Sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun m.75. RG 05.07.2012, No.28344. Önceki düzenleme için bak. 12.04.1991 Gün ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 10. maddesinde değişiklik yapan 29.06.2006 gün ve 5532 sayılı Yasa m.9. RG 18.07.2006, No.26232.

²³ S.Cengiz/ F.Demirağ/ T.Ergül/ J.McBride/ D.Tezcan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Ankara 2008, 177.

görüşmede bir görevli hazır bulundurulabilirdi. Ayrıca, bu kişilerin müdafie verdiği veya müdafi tarafından şüpheliye verilen belgelerin hakim tarafından incelenmesi ve hakiminden belgenin kısmen veya tamamen verilmesini veya verilmesini kararlaştırması mümkündür. Bu kararlara karşı itiraz yolu açıktı²⁴.

Müdafi, CMK m.151/3 kapsamında müdafilik görevinden yasaklanmış ise, yasaklanma süresince (başka davalarla ilgili olsa bile) müdafiliğini üstlendiği kişiyle tutukevinde görüşemez. Müdafi hakkında yasaklanma kararı, suç işlemek amacıyla örgüt kurma (TCK m.220) ve silahlı örgüt kurma (TCK m.314) suçları ile terör suçlarından tutuklu olanların müdafiliğini üstlenen seçilmiş veya atanmış müdafi veya hükümlü vekili hakkında aynı suçlardan dolayı kovuşturma açılan hallerde C.savcısının talebiyle mahkeme tarafından verilebilir (CMK m.151/3-6)²⁵.

4. Tutukevine girişte denetim

Müdafi, tutuklu müvekkiliyle görüşmek üzere ceza infaz kurumuna girerken duyarlı kapıdan geçmek zorundadır. Müdafiin üstü metal dedektörle aranır; eşyaları X-Ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirilir, ayrıca şüphe halinde elle aranır. Bu cihazların bulunmadığı yerlerde arama ve kontrol elle yapılır (CGİK m.86/3, 7)²⁶.

Bu konuda çeşitli şikayetler bulunmaktadır. Örneğin, X-Ray cihazının uyarı vermemesi için ayakkabı ve kemerin çıkarılmasının gerekmesi onur kırıcı olmaktadır. Kalem, kolonyalı mendil gibi cihazın uyarı vermesine yol açan nesnelerin iç ceplerde unutulması halinde kapsamlı aramalar yapılmakta, bu durumda bazen infaz koruma görevlilerinin kaba davranışları sözkonusu olmaktadır.

Ceza infaz kurumlarına giren avukatlar tarafından savunmaya ilişkin olduğu yazılı şekilde beyan edilen belge ve dosyalar, incelenemez (CGİK m.86/4).

Ancak, özellikle F tipi cezaevlerinde müdafiin yanında bulunan belgelerin incelenmek istendiğinden şikayet edilmekte; müdafiin buna itiraz etmesi tartışma ve gerginliklere yol açmaktadır.

²⁴ Savunma hakkını kısıtlayıcı nitelikteki bu düzenleme için bak. 12.04.1991 Gün ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 10. maddesinde değişiklik yapan 29.06.2006 gün ve 5532 sayılı Yasa m.9. RG 18.07.2006, No.26232.

²⁵ Yasaklama kararı kovuşturma konusu suçla sınırlı olarak bir yıl süreyle verilebilir ve altı aydan fazla olmamak üzere iki kez uzatılabilir. Kovuşturma sonunda mahkumiyet dışında bir karar verilmesi halinde, yasaklanma kararı hükmün kesinleşmesi beklenmeksizin kendiliğinden son bulur. Yasa'da avukata isnat edilen suç ile savunmasını üstlendiği suç arasında organik bir bağlantının bulunması aranmadığı gibi; yasaklanmanın yasaklanma kararı verilmesine neden olan tutuklu veya hükümlünün dava ve işleriyle ilgili olacağı da açıkça gösterilmemiştir. Bu durum yasağın geniş kapsamlı uygulanmasına sebebiyet verebilir. Bu tür yasaklanmanın müdafiin savunduğu sanığın suçuna katılması veya müdafilik görevi dolayısıyla sahip olduğu yetkileri suistimal etmesi hallerinde ve olguya dayanan kuvvetli şüphe aranması koşuluyla hukuka uygun görülebileceği, aksi takdirde masumiyet karinesinin ihlal edilmiş olacağı konusunda bak. Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku (2011), 193-194.

²⁶ Yasa'da sayılan görevlilerin yanı sıra avukatların da üstleri ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında elle aranmaz. Duyarlı kapı cihazının ikazının sürmesi halinde bu kişiler ancak elle aramayı kabul ettikleri takdirde kuruma girebilirler (CGİK m.86/3).

Başka ülkelerden örnek verilecek olursa, İtalya'da, cezaevine giren avukatların üstlerinin dedektörle aranması kabul edilmiştir. Ancak, avukatların cezaevine yasaklanmış bir nesne soktuğuna dair şüphe sözkonusu ise üstleri de aranabilir; bu arama sırasında savunmaya ilişkin belgeler incelenemez. Belçika'da ise avukatlar bilgisayar kontrollü bir kapıdan geçmekte ve çantalarının içi yüzeysel olarak incelenmektedir. Danimarka, Hollanda ve Finlandiya'da cezaevine suç eşyası sokacağına dair hakkında şüphe duyulan her avukat aranmaktadır²⁷.

Almanya'da cezaevinde müvekkillerini ziyaret etme hakkına sahip olan avukatlar, güvenlik nedeniyle, örneğin silah veya uyusturucu madde bakımından aranabilir; ancak savunmaya ilişkin belgeler incelenemez. İstisna olarak mahkeme, başka suçtan da tutuklu bulunsa, terör örgütüne üyelikten şüpheli veya sanık olanların müdafii ile yazışmalarının ve diğer gönderilerin hakim tarafından denetlenmesine karar verebilir. Müdafii ile şüphelinin denetlemeyi onaylamamaları halinde, gönderiler ilgisine iletilmez, geri yollanır. Yazılı iletişimin bu şekilde denetlendiği hallerde, müdafii ile şüphelinin görüşmesinde bunların iletilmesini engelleyecek tedbirler alınır. Denetleme konusunda infaz kurumunun bulunduğu yerdeki sulh mahkemesi hakimi yetkilidir; bu hakim aynı davada artık hakim veya savcı olarak görev yapamaz ve denetleme dolayısıyla öğrendikleri bakımından tanıklıktan çekinme yükümlülüğü altındadır²⁸.

5. Tutuklu şüpheliyle yazışma

Şüpheli veya sanık, vekâletname vermemiş olsa da avukatla her zaman yazışabilir. Bu kişilerin müdafii ile yazışmaları denetlenemez (CMK m.154; CGİK m.68/4, 114/5). Şüpheli veya sanık ile avukat arasındaki yazışmalara bu kişilerin yanında bulundukça elkonulamaz (CMK m.126). Yanında bulunma, yazışmaların ilgili kişilerin egemenlik alanında bulunması demektir²⁹.

Şüpheli veya sanıkla müdafinin yazışmaları, mektup, telgraf veya belgeler içeren paket gönderilmesi biçiminde olabilir. Hatta diğer paketlerin içindeki yazılar da, yazışma kavramına dahil sayılmalıdır³⁰.

Müdafinin şüpheli veya sanığa yazdıklarının denetlenmeden, açılmadan şüpheliye veya sanığa verilmesi ve şüpheli veya sanığın müdafii yazdıklarının da aynı biçimde, açılmadan postaya verilmesi gerekir. Bunların denetimi, sadece postanın müdafiden gelip gelmediğini veya müdafie gönderilip gönderilmediğini anlamak için yapılmalıdır³¹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, şüpheli veya sanığın müdafii ile yazışması, diğer yazışmalarına oranla daha ayrıcalıklıdır. Cezaevi yönetimi, şüpheli veya sanığa müdafiden gelen mektupları, sadece istisnai hallerde açmalı ve okumamalıdır. Aksi takdirde, Sözleşme'nin özel ve aile yaşamına saygı

²⁷ Bak.Ş.Ünal, "Cezaların İnfazı Sürecinde Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya İle Olan İlişkileri", İnfaz Hukukunun Sorunları, Probleme des Strafvollzugsrechts, 24/25.11.2000 Tarihli Sempozyum, Ankara 2001, 256-257.

²⁸ Wessing in Graf, Strafprozessordnung mit gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen Kommentar, München 2010, §148, k.no.15 vd.; §148a k.no.1 vd.

²⁹ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku (2011), 189 dn.265.

³⁰ Bak.L.Meyer-Goßner, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, München 2010, §148, k.no.6,

³¹ Bak.Wessing in Graf, §148, k.no.6-7.

hakını güvenceleyen 8. maddesi ihlâl edilmiş olur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 25.03.1992 tarihli Campbell ve Bell/Birleşik Krallık kararında şöyle demektedir: “Cezaevi yetkilileri, avukatın tutukluya gönderdiği mektubu, zarfın içinde normal belirleme yöntemlerinin ortaya çıkartamayacağı, yasa dışı bir şey olduğu konusunda makul şüphe varsa açabilir. Ancak mektup sadece açılmalı ve okunmamalıdır. Mektubun okunmasını önlemek üzere, örneğin mektubun tutuklu önünde açılması gibi önlemler alınmalıdır. Diğer yandan, sadece mektubun içeriğinin cezaevinin veya başkalarının güvenliğini tehlike altına soktuğu veya bir şekilde suç oluşturma özelliği bulunduğu konusunda makul sebeplerin bulunduğu durumlarda, bir tutuklunun avukatına gönderdiği ve avukatından gelen mektupların okunmasına izin verilmelidir. Neyin *makul sebep* olduğu mevcut şartlara bağlıdır. Ancak şüphenin makul olması, tarafsız bir gözlemcinin bu ayrıcalıklı iletişimin istismar edildiği konusunda ikna olmasını sağlayacak olayların veya bilgilerin mevcut olmasına bağlıdır”³². 28.11.1991 Tarihli S./İsviçre davasında ise başvuruçunun avukatıyla görüşmesine polisin eşlik etmesi ve avukatına gönderdiği mektuplara el konulması, müdafiyile savunulma hakkının ihlâli olarak görülmüştür³³.

6. Görüşme ve yazışmada uyulacak kurallar

Müdafin sanıkla görüşmesinde ve yazışmasında kuşkusuz uyulması gereken kurallar vardır. Müdafin, tutuklu şüpheli veya sanıkla görüşme hakkının bulunması, müdafin hiç bir kuralla bağlı olmaması anlamını taşımaz.

Öncelikle müdafin gözaltına alınan/tutuklanan şüpheli veya sanıkla görüşmesi veya yazışması, sadece savunmayı hazırlamak amacıyla yönelik olmalıdır. Ancak, bu amacın dışında çıkılıp çıkılmadığını denetlemeye tutukevi görevlilerinin yetkisi yoktur. Ortada müdafilikten yasaklanmayı gerektirecek bir kötüye kullanma bulunduğu kuşkusuna varsa, gereğine göre Baro’ya veya adli makamlara durum duyurulmalı, bunun dışında ise müdafin tutuklu şüpheli veya sanıkla serbestçe görüşme ve yazışma hakkı, tutukevi yetkililerince engellenmemelidir³⁴.

Öte yandan müdafî, tutukevinin ziyaret saatlerine uymalı ve gönderdiği postayı, müdafiden geldiğini tutukevi görevlilerinin kolayca anlayacağı biçimde yazmalıdır³⁵.

Müdafî, şüpheli veya sanığı ziyareti sırasında, üçüncü kişilerin mektupları dışında, savunmanın hazırlanması için gerekli olan yazı ve diğer belgeleri, hiçbir izne gerek olmaksızın şüpheli veya sanığa verebilmelidir³⁶.

Hakkın kötüye kullanılması sözkonusu değil ise, müdafin şüpheli veya sanıkla görüşmesinin süre yönünden sınırlandırılmaması ve yazışmalarına belli bir üst sayı konulmaması gerekir.

³² G.Dutertre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2003, 340.

³³ Karar için bak.Doğru, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Rehberi (1960-1994), Karar no.288, 242 vd.

³⁴ Bak.H.Dahs, Handbuch des Strafverteidigers, Köln/Marienburg, 1971, 182.

³⁵ Bak.Dahs, 181.

³⁶ Bak.BGH 26, 304, Meyer-Goßner, §148, k.no.15.

IV. Müdafinin Dosyayı İncelemesi ve Dosyadan Suret Alması

1. Dosyayı inceleme

a. Genel olarak

Müdafî, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgenin örneğini harçsız olarak alabilir (CMK m.153/1). İddianamenin değerlendirilmesi süreci soruşturma evresi kapsamında olduğundan (CMK m.2/1-e), müdafî bu süreçte de aynı yetkiye sahiptir. Bu yetkinin kullanılması bakımından müdafînin, şüpheli, sanık veya yasal temsilcisi tarafından seçilmiş ya da baro tarafından görevlendirilmiş olması önemli değildir.

Müdafî, mahkemenin yararlanabileceği ve değerlendirmesinin gerekeceği her belgeyi inceleyebilmelidir. Bunlar, suçluluğun veya suçsuzluğun kanıtlanmasında önemli sayılacak bilgiler içeren belgeler olabilir. Kolluğun olaya ilk elkoyduğu andan itibaren topladığı fotoğraflar, yazılı belgeler, adli sicil kaydı, sicil dosyası, davayla ilgili daha önceki hukuk veya ceza davalarının ilâmları, raporlar ve istinabe tutanakları gibi. Bunların incelenmesi engellenmemelidir; çünkü, sözkonusu inceleme savunma hakkı kapsamındadır.

Dosyayı incelemek için müdafînin *vekâletname göstermesi gerekmez*. Müdafî, dosyayı stajyeri aracılığı ile de inceleyebilir. Bu inceleme isteğinin ilgilerce yerine getirilmesi zorunludur (Av.K. m.2/2, 46/2). Dosyadan örnek alınması ise, vekaletname gösterilmesine bağlıdır (Kalem Y. m.83).

Müdafînin yanı sıra şüphelinin kendisinin de soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleme ve istediği belgenin örneğini harçsız olarak alma hakkı vardır³⁷.

İHAS m.5/4'e göre, yakalanma veya tutuklanma nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılan şüphelinin, özgürlüğünün kısıtlanmasının hukuka uygun olup olmadığının hakim tarafından denetlenmesini isteme hakkı bulunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında özellikle tutuklu şüpheliye, müdafî bulunsun veya bulunmasın, şahsına tanınmış olan bu itiraz hakkını kullanabilmesi için yakalanmasına, gözaltına alınmasına veya tutuklanmasına dayanak oluşturan bilgilerden haberdar olma hakkının tanınması gerektiği vurgulanmaktadır. Şüpheli ile müdafînin, tutukluluğun hukuka uygunluğunu tartışma bakımından önem taşıyan dosyadaki tüm belgelere mutlak olarak, hiç bir sınırlandırma bulunmaksızın ulaşması sağlanmalıdır³⁸.

18.03.1997 Tarihli Foucher/Fransa kararında sanığın veya avukatının dava dosyasına ulaşmasına getirilen kısıtlamanın, savunma hakkına saygı dolayısıyla delillerin duruşmadan önce sanığa verilmesini ve sanığın avukatı aracılığıyla deliller hakkındaki görüşünü sözlü olarak sunmasını engellememesini gerektirdiği vurgulanmaktadır. 16.02.2000 Tarihli Rowe- Davis/Birleşik Krallık

³⁷ Yönetmelik hükmüyle tanınan bu hak için bak. Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 1. maddesiyle değişik Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik m.45. RG 24.12.2010, No.27795. Anayasa Mahkemesi ise mağdur ile şikâyetçinin tutanak ve belgelerden doğrudan örnek isteyememesini Anayasa'ya aykırı göreceği CMK m.234/1-b-3'de yer alan ".. vekili aracılığı ile.." ibaresinin iptaline karar vermiştir. Bak.AyM, 17.05.2012-2011-37/69, RG 21.07.2012, No.28360.

³⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu konuda verdiği kararlar ile Alman ve Avusturya hukukuna ilişkin düzenlemeler için bak. M.R.Erdem, "AİHM Kararları Işığında Tutuklu Sanık Bakımından Hazırlık Soruşturması Dosyasını İnceleme Hakkı", Dokuz Eylül Üniversitesi HFD VI, 1 (2004), 67 vd.

kararında ise çelişmeli yargılamanın, ceza davasındaki anlamının hem savcının hem de savunmanın diğer tarafın sunduğu görüşler ile deliller hakkında bilgi sahibi olmasını, karşı değerlendirmelerini sunması için gereken fırsatın tanınmasını zorunlu kıldığı belirtilmektedir³⁹.

b. Koruma altında bulunan delillerin incelenmesi

Yasa'da koruma altına alınmış olan delillerin müdafî tarafından incelenip incelenemeyeceği konusuna değinilmemiştir. Ancak, kovuşturma evresinde bu yetkinin müdafîye tanınmış olması, soruşturma evresi açısından bu konunun bilinçli olarak düzenlenmediğini düşündürmektedir.

Müdafîin iddiaya karşı gerçek bir savunma hazırlayabilmesi, özellikle işlemlere ve koruma tedbirlerine karşı kanun yoluna başvurabilmesi için, soruşturma evresinde de koruma altındaki delilleri incelemesi mümkün olmalıdır. Buna yönelik yasal düzenleme yapılmalıdır. Mağdur vekiline soruşturma evresinde delilleri inceleme yetkisinin tanınmış olmasına karşılık (CMK m.234/4); şüpheli müdafîine bu yetkinin tanınmamasını silâhların eşitliği ilkesiyle bağdaştırmak da mümkün görünmemektedir.

Alman hukukunda müdafî, mahkemeye sunulmuş (*kovuşturma evresinde*) veya davanın açılması halinde sunulacak olan (*soruşturma evresinde*) belgeleri incelemeye ve aynı şekilde resmi olarak muhafaza altına alınan delilleri görmeye yetkilidir (Alman CMK m.147/1). Delilleri görme hakkı, belgeleri inceleme hakkının bir bölümü değil, bu hakkı tamamlayan bir haktır. "Deliller" ile elkonulmuş veya dosyada ya da başka bir yerde koruma altına alınmış olan nesnelere kastedilmektedir. Müdafî, belge, belge dizinleri ile keşfe ve bilirkişi incelemesine konu olan nesnelere inceleyebilir⁴⁰.

c. İnceleme yeri ve süresi

Müdafî soruşturma evresinde dava evrakını, evrak kollukta ise kollukta, savcılıkta ise savcılık kaleminde inceleyebilir. İnceleme izne bağlı değildir; bu incelemeyi Cumhuriyet savcısının yazılı emrine bağlayan bir yönetmelik hükmü Danıştay tarafından iptal edilmiştir⁴¹.

Soruşturma evrakı soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla Cumhuriyet savcısının belirleyeceği personel huzurunda kaleminde incelenir⁴².

³⁹ Cengiz/Demirağ/Ergül/McBride/Tezcan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, 175.

⁴⁰ Meyer-Goßner, §147, k.no.19; Wessing in Graf, §147, k.no.13 vd.

⁴¹ YGİY m.22'ye göre, müdafî, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir. Kollukta bulunan soruşturma dosyasının incelenmesi için, yetkili Cumhuriyet savcısının yazılı emrinin gerekeceğine ilişkin Yönetmelik hükmü, 5271 sayılı CMK m.153/3'te sayılan belgeler ayrı tutulmadığı için Danıştay tarafından iptal edilmiştir. Bak.Danıştay10.D, 22.05.2008-2005-5845/2008-3450. Bu iptal kararında gerekçe yerinde değildir; Yasa'da gösterilen belgeler ayrı tutulsa da kollukta bulunan soruşturma dosyasının incelenmesinin Cumhuriyet savcısının yazılı emrine bağlanması, Yasa'da öngörülmemen bir sınırlandırmanın getirilmesi olacaktır.

⁴² Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik m.1'le değişik, Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkeme-

Müdafinin dava evrakını ne kadar süreyle inceleyebileceği, her olayın özelliğine göre takdir edilmelidir. Müdafinin, davayla ilgili belgeleri bir veya birçok kez görebilir. Ancak, bunların sürekli incelenmeye hazır durumda tutulmalarını isteyemez.

Alman hukukunda müdafinin talep ettiğinde, önemli sebepler olmadığı sürece, koruma altında bulunan deliller dışındaki belgeleri işyerinde veya konutunda incelemek üzere alabilir (Alman CMK m.147/4)⁴³.

Uygulamada, soruşturma evresinde bu tür deliller genellikle müdafinin gösterilmemesinde; kovuşturma evresinde dahi müdafinin bu delillere ulaşmak için özel çaba harcaması gerekmektedir.

d. İnceleme yetkisinin sınırlandırılması

Müdafinin dosyayı inceleme yetkisi, soruşturma evresinde kısıtlanabilir. Bunun için, dosya içeriğinin incelenmesi veya belgelerden örnek alınması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürecek olmalıdır (CMK m.153/2). Kısıtlamaya, savcının istemi üzerine, sulh ceza hakimi karar verir. Soruşturmanın amacını tehlikeye düşürme, soruşturmanın geciktirilmesi, engellenmesi, olayın aydınlatılmasının zorlaştırılması demektir. Örneğin, ancak önceden bilinmediği takdirde başarıya ulaşacak bir soruşturma işleminin yapılacağı dosyadan anlaşılacak ise, dosyaya bakmak soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilir. Aranması gereken, soyut değil, somut tehlike olmalıdır.

Soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmekten başka bir nedenle, müdafinin dosyayı incelemesi engellenmemelidir. Dava evrakından edindiği bilgileri savunma amacının dışında ve kötüye kullanan müdafinin hakkında ya Baro'ya başvurularak disiplin muhakemesi kuralları işletilmeli ya da eylem bir suç oluşturuyor ise, adli makamlara duyurulmalıdır. Bunun dışında, mesleğini icra hakkına sahip olduğu sürece, kötüye kullanma olasılığı düşünlü olarak müdafinin dava evrakını inceleme yetkisinin elinden alınmaması gerekir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sanığı suçlamadan kurtarmaya yarayan veya onun kusurunu tartışmalı hale getiren bilgilerin gizlenmesi, savcılığın, soruşturmanın amacının tehlikeye düşeceğine ilişkin gerekçeyi göstermeden tutuklu sanığın dosyayı inceleme hakkını engellemesi hallerini Sözleşme'ye aykırı bulmaktadır. 19.06.2001 Tarihli Atlan vd./Birleşik Krallık kararında, "tutukluluk durumunun incelenmesine ilişkin talebin gerekçelendirilmesi bakımından zorunlu ise kapsamlı ve sınırsız bir dosya inceleme hakkının bulunması" güvencelenmektedir. Yeterli bilgiye ulaşamayan sanık savunmasız kalacak, bu ise silâhların eşitliği ilkesini ihlâl edecektir⁴⁴. Öte yandan, 13.02.2001 tarihli Lietzow/Almanya kararında, tutuklama kararı verilmesine neden olan şüphelinin büyük oranda dinlenen tanık ifadelerine dayandığını iddia eden şüpheli ve müdafinin, tutuklama kararına itiraz ederken dosyadaki bu beyanlara ulaşma olanağının tanınmamasının savunma hakkını sınırlandırdığı ve İHAS m.5/4'ü ihlâl ettiği sonucuna varılmıştır.

leri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik m. 45. RG 24.12.2010, No.27795.

⁴³ Wessing in Graf, §147 k.no.24.

⁴⁴ Ambos (Erdem), 144-145.

e. Müdafinin incelemesi engellenemeyen belgeler

Şu belgelerin incelenmesi ve örneğinin alınması hiçbir zaman yasaklanamaz: 1) Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanaklar, 2) bilirkişi raporları, 3) yakalanan kişinin veya şüphelinin hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar (CMK m.153/2-3).

Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanaklar, kolluk ve savcılıktaki ifadeye ilişkin tutanaklardır. Hakim karşısındaki sorguya ilişkin tutanaklara da müdafinin ulaşması engellenmemelidir.

Bilirkişi raporları, tıbbi, psikolojik, teknik, ekonomik vb. konulara ilişkin ve dava için gerekli olan bilirkişi raporlarıdır.

Yakalanan kişi veya sanığın hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar ise soruşturma evresinde şüphelinin katılmaya yetkili olduğu ve erken dinleme niteliğini taşıyan, tanık-bilirkişi dinlenmesi veya keşif yapılması gibi işlemlerin tutanaklarıdır. Yakalanan kişi veya şüphelinin bu işlemlere katılmış olması şart değildir.

f. Özel görevli mahkemelerdeki dosyaların incelenmesi

CMK m.250 uyarınca kurulmuş olan özel yetkili mahkemelerin görev alanında bulunan suçlardan Terörle Mücadele Yasası'nın kapsamına girenler sözkonusu olduğunda, soruşturmanın amacının tehlikeye düşeceği hallerde inceleme yetkisinin kısıtlanabileceği bu Yasa'da mutlak bir şekilde ifade edilmiş, herhangi bir istisna gösterilmemişti⁴⁵. Yasa'daki bu mutlak ifade, uygulamada yasaklama getirilen dosyalardaki hiç bir belgenin müdafie gösterilmemesine, dolayısıyla savunma hakkının kısıtlanmasına, örneğin tutuklamaya itiraz gerekçesinin oluşturulamamasına sebebiyet vermiştir. Olması gereken, CMK m.153/3'de gösterilen istisnanın bu suçlar bakımından da uygulanması ve yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanakların, bilirkişi raporları ile bu kişilerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanakların müdafie gösterilmesiydi⁴⁶. Terörle Mücadele Yasası'nın 10.maddesinde yapılan yeni düzenlemede bu hükme yer verilmediğinden, artık Ceza Muhakemesi Yasası'ndaki genel kurallar bu suçlar bakımından da geçerli olacaktır. Müdafinin dosyayı inceleme yetkisi kısıtlandığında, Terörle Mücadele Yasası m.10/1 uyarınca kurulan özel görevli mahkemelerin (*terörle mücadele mahkemelerinin*) görev alanına giren suçlar bakımından da belli belgelerin incelenmesi ve bu belgelerden örnek alınması engellenemeyecektir (CMK m.153/2)⁴⁷. Bu mahkemelerin görev alanına giren suçların soruşturulması evresinde müdafinin dosyayı inceleme yetkisinin kısıtlanmasına ise TMK m.10/3-c uyarınca görevlendirilmiş olan ve *öзgürlük hakimi* olarak isimlendirilen hakimler karar verecektir.

⁴⁵ Bak.12.04.1991 Gün ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 10. maddesinde değişiklik yapan 29.06.2006 gün ve 5532 sayılı Yasa m.9. RG 18.07.2006, No.26232.

⁴⁶ Aynı doğrultuda: T.Demirbaş, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, Ankara 2011, 172 vd.

⁴⁷ Bu mahkemelerin kurulması konusunda bak. 02.07.2012 Gün ve 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Erteleme Hakkında Kanun m.75. RG 05.07.2012, No.28344.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sanığı suçlamadan kurtarmaya yarayan veya onun kusurunu tartışmalı hale getiren bilgilerin gizlenmesi, savcılığın, soruşturmanın amacının tehlikeye düşeceğine ilişkin gerekçeyi göstermeden tutuklu sanığın dosyayı inceleme hakkını engellemesi hallerini Sözleşme'ye aykırı bulmaktadır. 19.06.2001 Tarihli Atlan vd./Birleşik Krallık kararında, “tutukluluk durumunun incelenmesine ilişkin talebin gerekçelendirilmesi bakımından zorunlu ise kapsamlı ve sınırsız bir dosya inceleme hakkının bulunması” güvencelenmektedir. Yeterli bilgiye ulaşamayan sanık savunmasız kalacak, bu ise silâhların eşitliği ilkesini ihlâl edecektir⁴⁸.

Bu tür suçlarda gizlilik kararı alınması adeta kural haline gelmiştir. Uygulamada sadece terör suçları için değil, özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren tüm suçlarda dosya incelenmesi bakımından genellikle gizlilik kararları verilerek savunma hakkının kullanılmamasına yol açılmıştır. Terörle Mücadele Yasası 10.maddenin yeni düzenlemesiyle birlikte adeta kural haline gelmiş bulunan bu tür suçlarda gizlilik kararı alınması uygulamasının değişmesi gerekmektedir.

g. İnceleme sonucunda öğrenilen bilgilerin kullanılması

Müdafii, incelediği belgelerin içeriğini sadece savunma amacıyla kullanabilir. *Özel konuşmalarda veya edebi eserlerde*, bu bilgilerin kullanılmaması gerekir⁴⁹.

Müdafii, dosyadan edindiği bilgilerden üçüncü kişilere, örneğin *basın mensuplarına* sözetmemelidir. Ancak, savunma için gerekli olduğunda, lehte delil bulmak gibi amaçlarla bunun dışına çıkılabilir⁵⁰.

Bununla birlikte, müdafinin davayla ilgili olarak dosyadan öğrendiği ve savunma için gerekli her bilgiyi, örneğin suç ortağı ve tanıkların sanığın leh ve aleyhindeki ifadelerini, polislin araştırma raporlarını, savunma amacının dışına taşmayacak biçimde, sanığa aktarması mümkündür. Çünkü dava dosyasını incelemek başlıbaşına bir amaç değil, sanığın savunmasını sağlayacak bir araçtır.

Belirtelim ki, yakında sanığın aleyhine bir önlem alınabileceğini dava dosyasını incelediği sırada anlayan müdafinin, bunu sanıktan gizlemesi gerektiğini söylemek zordur. Bunun yerine, dosyayı inceleme zamanı iyi planlanarak, müdafinin bunu öğrenmesi engellenmelidir.

2. Dosyadan suret alma

Dosyadan suret alma, savunma için gereklidir. Müdafii, *vekâletname ibraz etmek koşuluyla*, dosyada bulunan ve inceleyebileceği her belgenin suretini veya fotokopisini harçsız olarak alabilir (Av.K. m.2/2, 46/2).

Müdafinin yanı sıra onun stajyeri ve sekreteri de fotokopi yoluyla dava dosyasından örnek alabilir (Av.K.m.46/1). Müdafinin dosyada vekâletnamesinin bulunmadığı hallerde stajyerin ve sekreterin dosyadan suret alması, vekaletnamenin gösterilmesine ve o avukatın yanında çalışıldığının belgelenmesine bağlıdır.

⁴⁸ Ambos (Erdem), 144-145.

⁴⁹ Bak.Müller/Sax(KMR), Kommentar zur Strafprozeßordnung, Darmstadt 1966, §147, k.no.6c.

⁵⁰ Karş.Wessing in Graf, §147 k.no.21.

Baro tarafından görevlendirilen müdafii ile şüpheli veya sanık arasında vekâlet ilişkisi kurulmadığından, bu müdafii dosyadan örnek alması için *ve-kâletrname ibraz* etmesi gerekmez. Dolayısıyla, baro tarafından görevlendirilen müdafii stajyerinin veya sekreterinin suret almak için bu avukatın yanında çalıştıklarını belgelemeleri yeterlidir.

V. Müdafii Tebligat Kabul Etmesi

1. Genel olarak

Tebligat Yasası m.11/1'e göre, vekil aracılığıyla takip edilen işlerde tebligat vekile yapılır. Vekil birden çok ise bunlardan birine tebligat yapılması yeterlidir. Tebligat birden fazla vekile yapılmış ise, bunlardan ilkinde yapılan tebliğ tarihi esas alınır. Ancak, Ceza Muhakemesi Yasası'nın, kararların sanıklara tebliğ edilmelerine ilişkin hükümleri saklıdır.

Ceza Muhakemesi Yasası'ndaki özel hükümler saklı kalmak koşuluyla Tebligat Yasası'nın hükümleri ceza işlerinde de geçerlidir (CMK m.37). Yargıtaya göre, sanığın ve müdafii yokluğunda tefhim olunan kararın sadece vekile tebliğ edilmesi gerekir. Ayrıca sanığa tebligat yapılması gerekli değildir. Ancak herhangi bir nedenle vekile tebligat yapılmaması halinde, sanığa tebligat yapılmalıdır⁵¹.

Ceza muhakemesinde müdafii her zaman sanığın temsilcisi olmadığı için, kural olarak muhakeme işlemlerinin sanıkla müdafie ayrı ayrı bildirilmesi gerekir. Sadece müdafie bildirme, sanığa bildirme yerine geçmez⁵². Tebligat Yasası hükümlerinin müdafii hukuki statüsüne uygun olarak ceza muhakemesi hukuku açısından ayrıca ve açıkça düzenlenmesi gerekir. Müdafii sanığın temsilcisi olduğu durumlarda, sadece müdafie bildirme yeterlidir ve ayrıca sanığa bildirme gerekmez (Tebligat K. m.11/1, CMK m.37)⁵³. Ancak müdafii sanığı temsil etmesi, gaip ve kaçakların muhakemesi için görevlendirilmesi gibi sınırlı hallerde sözkonusudur (CMK m.244/4, 247/4). Nitekim 5271 sayılı Yasa'da koruma tedbirlerine ilişkin olanlar dışında, aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek hakimlik veya mahkeme kararlarının hazır bulunamayan *ilgisine tebliğ edileceği* belirtilerek müdafii yanı sıra sanığa da tebligat yapılmasının yolu açılmıştır (CMK m.35/2).

Uygulamada, tebligatlar genellikle sadece müdafie yapılmakta; müdafii varlığı halinde, şüpheli veya sanığa tebligat yapılmasına nadiren rastlanmaktadır.

Ceza muhakemesinde şüpheli, sanık ve müdafii birlikte ancak birbirinden bağımsız olarak savunma makamını işgal eden iki süjedir. Dolayısıyla savunmayı ilgilendiren tüm kararlar iki süjeyi de ilgilendirir. İlgili sıfatıyla hem müdafie hem de sanığa tebligat yapılmalıdır⁵⁴.

⁵¹ YCGK 26.04.1993-3-53/124; E.Cihan/F.Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1996, 301.

⁵² Bak. N.Kunter/F.Yenisey, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap, Ceza Muhakemesinin Genel Hükümleri, İstanbul 2002, N.30.5(256). Müdafie tebligat konusunun ayrıca düzenlenmesi gerektiği konusunda bak.F.Demirağ, "Ceza Yargısında Tebligat Sorunları", Askerî Yargıtay'ın 85'nci Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Ankara 1999, 386.

⁵³ YİBK, 10.07.1940-7/75, RG.30.09.1940, No 4625.

⁵⁴ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku (2011), 191.

2. Koruma tedbirlerine ilişkin tebligat

Yasa'ya göre, ilgililerin yokluğunda verilen koruma tedbirlerine ilişkin kararlar, hazır bulunmayan ilgiliye ve dolayısıyla müdafisine bildirilmez (CMK m.35/2).

Koruma tedbirine ilişkin kararın bilinmemesi nedeniyle bu karara karşı kanun yoluna başvurulması ve böylelikle etkili bir kanun yolu denetimi sağlanması olanağı ortadan kalkmaktadır. Şüpheli veya sanık, hakkında verilen karardan haberdar olmadığı için kaldığı otelde gözaltına alınma gibi beklemediği durumlarla karşılaşabilmektedir.

VI. Müdafinin Kanun yoluna Başvurması

1. Genel olarak

Müdafî, müdafiliğini üstlendiği kişinin lehine olarak kanun yollarına başvurabilir. Bu yetki Yasa'da kural olarak şüpheli veya sanığın iradesine bağlı bir yetki olarak düzenlendiğinden, müdafî için ayrı bir başvurma süresi işlememekte ve bu süre, şüpheli veya sanığa tanınan süreyle aynı olmaktadır.

Soruşturma aşamasında kanun yoluna başvurma genellikle yakalamaya ve tutuklamaya itiraz edilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır (CMK m.91/4, 101/5, 104/2).

Şüpheli veya sanık kanun yoluna gitmek istemediğini mahkemeye veya avukatına açıkça bildirmedikçe, müdafinin sanık veya mağdur için kanun yoluna başvurusu geçerli olacaktır (CMK m.261). Bu müdafî sanığın veya şüphelinin (ya da yasal temsilcilerinin) seçtiği veya mahkemenin Baro'dan istediği avukat olabilir.

Onsekiz yaşını doldurmamış ya da sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malûl olanlar için Baro tarafından görevlendirilen zorunlu müdafî, şüpheli veya sanığın iradesine aykırı olarak, onun yararına kanun yoluna başvurabilir (CMK m.266/3).

Bu kural genişletilerek zorunlu müdafilik hallerinde, seçilmiş de olsa müdafinin sanığın iradesinden bağımsız olarak kanun yollarına başvurusu kabul edilmelidir. Çünkü zorunlu müdafilik, müdafinin görevlendirilmesiyle ilgili bir kavram değildir; bu hallerde kanun ve adalet yararına savunma yapılmasında yarar görülmektedir.

Şüphelinin kanun yolları konusunda irade açıklamadığı hallerde, müdafî kanun yoluna gitmekte yarar olup olmadığını kendisi takdir eder. Müdafî bunu müvekkiline zarar vermek kastıyla yapmadığı sürece görevi kötüye kullanma suçu oluşmaz (TCK m.257/1).

Yasal temsilcinin vekâlet verdiği müdafinin kanun yoluna başvurusu ise o tarihte ergin olan şüphelinin açık isteğine aykırı olmadığı takdirde geçerlidir⁵⁵.

Muhakeme sırasında müdafilik sıfatı olmayan, ancak sonradan kanun yolu süresi sona ermeden seçilen veya mahkemenin istemi üzerine baro tarafından atanan müdafî de kanun yoluna başvurabilir⁵⁶.

⁵⁵ YCGK, 21.01.1974-73-5-490/26, YKD I, 1 (Ocak 1975), 34-36.

⁵⁶ Bak.T.T.Yüce, Türk-Alman Ceza Muhakemeleri Hukukunda Kanun Yolları (İtiraz-İstinaf-Temyiz), Erzurum 1967, 25.

Kanun yoluna başvurabilmek için, müdafinin vekâletnamesinin bulunması şart değildir⁵⁷. Bu durum, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da belirtilmiştir⁵⁸.

2. Başvurma yetkisinin kaldırılması

Müdafî, kanun yoluna kendi adına değil, müdafiliğini yaptığı şüpheli veya sanık adına başvurduğundan, onun iradesi öncelik taşır. Bu nedenle şüpheli, müdafinin kanun yoluna başvurma yetkisini başlangıçtan itibaren veya sonradan sınırlandırabilir veya tümüyle elinden alabilir.

Müdafinin kanun yoluna başvurma yetkisinin sınırlandırılması açık olmalıdır (CMK m.261). Ancak, şüphelinin kanun yoluna başvurmadan vazgeçmesiyle kararın kesinleştiği hallerde müdafinin de kanun yoluna başvurması olanaksızdır.

Şüpheli veya sanık, kanun yoluna başvurulmasını istemediğini müdafinin kendisine bildirir. Bu takdirde müdafî, kanun yoluna başvuramaz; bundan önce başvurmuşsa, sözkonusu başvuru kendiliğinden geçersiz olmaz, geri alınması gerekir.

Avukatın, vekili olduğu mağdurun isteği dışında kanun yoluna başvuramaması yerindedir. Ancak, müdafî sanığın temsilcisi değil, sanığa yardımcı bağımsız bir adalet organı olduğuna göre, aslında sanığın iradesi o yolda olmasa bile, sanığın lehine olacağını düşündüğü durumlarda, müdafinin kendiliğinden kanun yoluna gidebilmesi gerekir⁵⁹.

Şüpheli veya sanığın, CMK m.150/2 uyarınca baro tarafından görevlendirilen zorunlu müdafinin kanun yollarına başvurma yetkisini kaldırması sözkonusu değildir (CMK m.266/3).

VII. Değerlendirme ve Sonuç

Hak arama özgürlüğü, herkesin meşru vasıta ve yollardan yararlanarak yargı mercileri önünde savunma hakkına sahip olmasının yanı sıra (Ay m.36), avukat yardımı almasını da kapsamaktadır (İHAS m.6/3-c). Bu nedenle hukukumuzda müdafîyle savunulmanın artık açıkça anayasal bir hak olarak ifade edilmesinin zamanı gelmiş bulunmaktadır⁶⁰.

⁵⁷ Bak. Meyer-Goßner, §297 k.no.2; Kunter/Yenisey I, N.30.10 (261).

⁵⁸ YİBK, 20.10.1975-7/9, YKD I, 10 (Ekim 1975), 5-10.

⁵⁹ Aynı doğrultuda: Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku (2011), 731; N.Kunter/ F.Yenisey, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İkinci Kitap, Ceza Muhakemesinin Yürüyüşü, İstanbul 2003, N.58.3 (512).

⁶⁰ "Mahkemeye başvurma (hakkını arama) hakkı"nın, ceza muhakemesinde kişinin bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemeye başvurmayı değil, kişiye yöneltilen suç isnadının hakim tarafından *makul sürede karara bağlanmasını talep etme* hakkını ifade ettiği ve müdafîyle savunulmanın artık anayasal bir hak olarak düzenlenmesi gerektiği düşüncesiyle, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 27 Aralık 2011 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına sunulan *Anayasa Teknik Raporunda* yeni yapılacak olan Anayasa'da "Hak Arama Özgürlüğü" başlığı altında şu düzenlemenin yer almasını önermiş bulunmaktayım: "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Sanık kendisinin seçeceği veya ekonomik gücü yoksa yasadaki gösterilen hallerde mahkemenin atayacağı bir avukatın yardımından yararlanma hak-*

Müdafinin ceza muhakemesindeki görev ve yetkileri kovuşturma evresiyle sınırlı değildir. Şöyle ki, müdafiyile savunulma adil yargılanma hakkının unsurlarından biridir. Adil yargılama ilkesi ise, soruşturma evresini de kapsayan bir ilkedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 06.06.2000 tarihli Magee/Birleşik Krallık kararında şöyle demektedir: “Adil yargılanma hakkının düzenlendiği İHAS m.6’nın esas amacı, yöneltilen suçlama hakkında karar vermeye yetkili bir mahkemede adil yargılanmayı sağlamaktır. Ancak, bu durum adil yargılanma ilkesinin yargılama öncesi soruşturmada hiç uygulanmayacağı anlamına gelmez. Sözleşme m.6 ve özellikle fıkra 3 dava açılmadan önce de geçerlidir; aksi takdirde yargılamanın hakkaniyeti ciddi şekilde olumsuz etkilenebilir”.

Sözleşmenin 6.maddesinin üçüncü fıkrasında her sanığın isnadı öğrenme, savunma için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olma, müdafiden yararlanma, soru sorabilme, tanık dinletme ve gerektiğinde tercüman isteme haklarına sahip olduğu gösterilmektedir. Bu açıdan, soruşturma evresinde müdafinin yardımı konusunda getirilen her kısıtlamanın adil yargılama ilkesini ihlal edeceği kuşkusuzdur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, şüpheli ya da sanığın soruşturmanın erken aşamalarından itibaren müdafie erişme hakkına sahip olmasının savunma hakkı açısından büyük bir önem taşıdığını ifade etmektedir. Yukarıda değinildiği gibi, Mahkeme kararlarında yargılamanın adil sayılması açısından sanığın müdafinin yardımından fiilen ve gerçekten yararlanmış olup olmadığı konusunun özenle denetlendiği görülmektedir. Mahkeme, sorgulamanın başında avukat bulunmamasını adil yargılama hakkının ihlali olarak görmektedir. Öyle ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre, tutuklu sanığın avukatıyla görüşmesinin engellenmesi, adil yargılanmanın yanı sıra mahkemeye başvurma hakkının da ihlâlidir.

Bu açıdan, 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasası kapsamına giren suçlarda gözaltına alınan şüphelinin müdafii ile ilk yirmidört saat görüşmesini engellemenin uygulamada kural haline getirilmiş olması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarıyla çelişmektedir. Bu engelleme, sadece suç ortaklarının bulunduğu ve onların durumdan haberdar olacağı kuşkusuna varsa uygulanmalıdır. Ayrıca bu süreçte gayriresmi de olsa şüpheliden bilgi edinmeye çalışılmamalıdır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre, delillerin karartılması gibi bir tehlikenin bulunmadığı hallerde sanık ile avukatın konuşması özel ve gizlidir; avukat ile sanığın yazışmalarına ise ancak çok sınırlı hallerde elkonulabilir.

Bu bağlamda belirtelim ki, Terörle Mücadele Yasası kapsamındaki suçlardan tutuklu bulunanlar ile müdafinin görüşmesinin denetim altında gerçekleştirilmesine, tutuklu ile müdafinin birbirlerine verdikleri belgelerin hakim tarafından incelenerek muhataba iletilmesinin tamamen veya kısmen engellenmesine olanak tanıyan düzenleme 6352 sayılı Yasa’yla birlikte artık hukukumuzda yer almamaktadır.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m.5/4’e göre, yakalanma veya tutuklanma nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılan şüphelinin, özgürlüğünün kısıtlanmasının hukuka uygun olup olmadığının hakim tarafından denetlen-

kına sahiptir. Bu son halde avukatlık ücreti devlet tarafından karşılanır /Hiç bir mahkeme görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz. Kişi kendisine yöneltilen suç isnadının hakim tarafından makul sürede karara bağlanmasını talep hakkına sahiptir”.

mesini isteme hakkı bulunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında özellikle tutuklu şüpheliye, müdafii bulunsun veya bulunmasın, şahsına tanınmış olan bu itiraz hakkını kullanabilmesi için, yakalanmasına, gözaltına alınmasına veya tutuklanmasına dayanarak oluşturan bilgilerden haberdar olma hakkının tanınması gerektiği vurgulanmaktadır. Bu açıdan, uygulamada şüpheli ile müdafinin, tutukluluğun hukuka uygunluğunu tartışma bakımından önem taşıyan dosyadaki tüm belgelere mutlak olarak, hiç bir sınırlandırma bulunmaksızın ulaşması sağlanmalıdır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sanığı suçlamadan kurtarmaya yarayan veya onun kusurunu tartışmalı hale getiren bilgilerin gizlenmesi, soruşturmanın amacının tehlikeye düşeceği konusunda gerekçe gösterilmeden tutuklu sanığın dosyayı inceleme hakkının engellenmesi hallerini Sözleşme'ye aykırı bulmaktadır. Yine yukarıda değinildiği gibi, Mahkeme, tutukluluk durumunun incelenmesine ilişkin talebin gerekçelendirilmesi bakımından zorunlu ise kapsamlı ve sınırsız bir dosya inceleme hakkının bulunması gerektiğini, yeterli bilgiye ulaşamayan sanığın savunmasız kalacağını, bunun ise silâhların eşitliği ilkesini ihlâl edeceğini belirttiği gibi; tutuklama kararının büyük oranda tanık beyanlarına dayandığı hallerde şüpheli ile müdafine, tutuklama kararına itiraz ederken dosyadaki bu beyanlara ulaşma olanağının tanınmamasının savunma hakkını sınırlandıracağını ve Sözleşmenin ihlal edilmiş olacağını da çeşitli kararlarında vurgulamaktadır.

Gerçekten, müdafinin iddiaya karşı etkili bir savunma yapabilmesi, özellikle koruma tedbirlerine karşı kanun yoluna başvurabilmesi için soruşturma evresinde tüm dosyayı incelemesi gerekir. Bu açıdan, ülkemizde uygulamasında dosyayı inceleme yasağı kural haline getirilmemeli ve ayrıca müdafinin koruma altındaki delilleri inceleme yetkisine de Yasa'da açıkça yer verilmelidir. Mağdur vekiline soruşturma evresinde muhafazaya alınan delilleri inceleme yetkisinin tanınmış olmasına karşılık (CMK m.234/4); şüpheli müdafine bu yetkinin tanınmaması silâhların eşitliği ilkesiyle çelişmektedir.

Müdafinin dosyayı inceleme yetkisinin sınırlandırılması konusunda Terörle Mücadele Yasası'nda yer alan mutlak ifade, bu Yasa'nın 10.maddesinin yeni düzenlemesinde öngörülmemiştir⁶¹. Bu durum, silâhların eşitliği ve adil yargılanma ilkelerini ihlal eden önceki uygulamayı değiştirmelidir. Dosyadaki hiç bir bilgiye ulaşamayan müdafinin, uygulanan koruma tedbirinin hukuka uygunluğunu değerlendirme, hangi delillerin toplanmasını isteyeceğini bilme ve itiraz gerekçesini oluşturma konularında ilerleme sağlaması mümkün değildir. Özellikle tutuklamaya itiraz aşamasında savunma hakkının kullanılması açısından belli belgelere her zaman bakılabilmelidir.

Öte yandan, hukukumuzda tutuklama kararına itirazın incelenme yöntemi çelişmelilik ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Bu inceleme duruşmalı yapılmalı, savcı ve müdafii dinlenmelidir.

Son olarak belirtelim ki, ceza muhakemesi hukukuna ilişkin kurallar giderek artan ölçüde yasama organı yerine yürütme organı tarafından konulmaktadır. Hak yaratılması veya kısıtlanmasının yönetmeliklerle değil, yasal düzenlemelerle yapılması gerekir. Örneğin, Yakalama Gözaltına Alma ve İfade

⁶¹ Bak. 02.07.2012 Gün ve 6352 Sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun m.75. RG 05.07.2012 No.28344.

Alma Yönetmeliğinin 22/1.maddesinde, müdafin soruşturma evresinde kollukta bulunan soruşturma dosyasını incelemesini yetkili Cumhuriyet savcısının yazılı emrine bağlayan bir düzenleme yapılmıştı⁶². Yasa'da gösterilmeyen bu sınırlandırmanın yürütme organı tarafından idari tasarrufla getirilmesinin yanlışlığı, düzenlemenin Danıştay tarafından iptal edilmesiyle giderilmekle birlikte⁶³; bu arada bir çok soruşturmada adil yargılama ilkesi (telafi edilemeyecek şekilde) ihlal edilmiş oldu.

Şüphelinin dosyayı incelemesine ve istediği belgenin bir örneğini harçsız olarak almasına ilişkin düzenleme yine bir yönetmelikle yapılmış⁶⁴ ve Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik ile muhakeme hukukuna ilişkin önemli değişiklikler öngörülmüştür⁶⁵. Olması gereken, bu düzenlemelerin de yasal güvenceye kavuşturulmasıdır.

⁶² RG 01.06.2005 No.25832.

⁶³ Danıştay 10.Daire Kararı, 22.05.2008- 2005-5845/2008-3450.

⁶⁴ Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı ilk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik m.1. RG 24.12.2010 No.27795.

⁶⁵ RG 20.09.2011 No.28060.

