

MÜDAFİN DOSYA İNCELEME HAKKININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Ş. Cankat TAŞKIN*

I. Müdafinin Dosyayı İnceleme, Suret Alma Hakkı ve Bu Hakkın Kötüye Kullanılması

1. Giriş

Müdafinin dosya inceleme yetkisi ceza yargılamasında, müdafinin savunma hakkını kullanması bakımından önem taşıyan bir yetkidir. Ancak Türk Hukuku'nda pek çok alanda görüldüğü gibi, ne yazık ki bu alandaki düzenlemelerde de tartışmalar yaratabilecek, farklı uygulamalara yol açabilecek değişik yasal düzenlemeler değişik yasalarla öngörülmüştür. Bu çalışmamda, söz konusu düzenlemelere değinerek düzenlemelerin eksik yönlerini belirteceğim ve Türk hukukunda müdafinin dosyayı inceleme, suret alma hakkını gerek ceza yargılamasında müdafî ve vekil bakımından gerekse medeni yargılamadaki vekil bakımından değerlendirerek; bu hakkın kötüye kullanılması durumunda uygulanabilecek yaptırımları değerlendirerek çalışmamı sonlandıracağım.

A. Müdafinin Hukuki Niteliği ve Ceza Yargılamasında Müdafî

Müdafinin hukuki niteliği bakımından Türk Hukuk öğretisinde değişik görüşler öne atılmıştır. Bu görüşler müdafinin sanığın temsilcisi, yardımcısı; sanıktan bağımsız ayrı bir özne olduğu görüşleridir.¹

* Marmara Üniversitesi Kamu Hukuku YL

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Mahmutoğlu, Fatih Selami / Dursun, Selman, *Türk Hukukunda Müdafinin Yasaklılık Halleri*, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, Eylül 2004, s. 20.

Ancak öğretilerdeki baskın görüş, müdafinin kendine özgü hak ve yetkileri bulunan ve sanığa yardımcı olan sınırlı bir adli organ olduğudur.² Ben de bu görüşün CMK'nın mantığıyla daha iyi bağdaştığı kanısındayım.³

Ceza yargılamasında müdafii sanığa yardımcı olan sınırlı bir adli organ olduğuna göre, öncelikle müdafinin savunma hakkını kısıtlanmadan ve rahatlıkla kullanabilmesinin sağlanması gerekmektedir. Savunma hakkının kısıtlanması CMK 289/1h hükmü gereğince mutlak bozma nedenidir. Müdafinin savunma hakkını etkin biçimde kullanabilmesi bakımından dosya inceleme ve dosyadan örnek alma hakkı önem taşımaktadır. Aşağıda bu konu ayrıntılı olarak ve medeni yargılamadaki müdafii yetkileriyle karşılaştırılarak ele alınacaktır.

B. Müdafinin Dosya İnceleme, Dosyadan Örnek Alma Yetkisinin CMK m. 153 Açısından Değerlendirilmesi

Türk Hukukunda savunmanın dosyadan örnek alması ve dosyayı incelemesi bakımından farklı yasalarda farklı düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Fakat konuyu ceza yargılaması bakımından değerlendirecek olursak, CMK m. 153 hükmüne öncelikle değinmek gerekecektir.

CMK m. 153/1 hükmü gereğince, müdafinin dosyadan örnek almasına kural olarak sınırlama getirilemez. Buna göre, müdafinin soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilmesi ve dosyadan örnek alabilmesi mümkündür.

Müdafinin bu yetkisinin kısıtlanabilmesi için gerekli olan koşullar CMK m. 153/2 de belirtilmiştir. Buna göre, müdafinin dosyayı incelemesi ya da belgelerden örnek alabilmesi soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecekse, Cumhuriyet Savcısı'nın istemi üzerine ve sulh ceza yargıcının kararıyla müdafinin bu yetkisi kısıtlanabilecektir.

Burada ilkin değinilmesi gereken, müdafinin soruşturmanın ama-

² Zafer, Hamide, *Faille Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu*, BETA Kitabevi, Mayıs 2004, İstanbul, s. 315.

³ Taşkın, Ş. Cankat, "Müdafinin ve Vekilin Hukuki Yardımı, Sınırları İle Uygulamada Karşılaşılan Sorunların AİHM İçtihatları Işığında Değerlendirilmesi" konulu makale, *TBB Dergisi*, Sayı 69 (Mart-Nisan 2007), s. 218.

cını ne zaman tehlikeye düşürmüş sayılabileceğidir?Müdafi şüpheli tarafından önceden bilindiği taktirde başarıya ulaşamayacak olan bir soruşturma işleminden haberdar olmuşsa ve bunu şüpheliye bildirdiğinde, bu işlemin anlamı kalmayabilecekse; müdafinin bu bildirimini soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek hal olarak değerlendirilebilecektir.⁴ Örneğin müdafi dosyaya baktığında şüpheli hakkında tutuklama kararı verilebileceği ya da şüphelinin evinde arama yapılabileceği (evde isnat oluşturabilecek suç ögesinin bulunması durumunda) konusunda bir kanaat edinir ve bunu da şüpheliye bildirirse, bunun sonucunda da şüpheli tutuklanmamak için kaçmaya ya da kanıt vermemek için evindeki kanıtı karartmaya girişirse müdafinin dosyayı incelemesi nedeniyle soruşturmanın amacı tehlikeye düşmüş sayılabilecektir.

Önemle vurgulanması gereken bir nokta şudur ki gizlilik kararı verilen durumda bile dosyadaki bazı belgelerin müdafi tarafından incelenmesinin ya da belgelerden örnek alınmasının engellemeyecek olmasıdır. Bu belgeler yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanaklar, bilirkişi raporları, şüphelinin ya da yakalananın hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklardır. Şu halde, dosyada gizlilik kararı olsa bile müdafinin bu sayılan belgeleri incelemesi veya bu belgelerden örnek alması kısıtlanamayacaktır. (CMK m. 153/3)

Müdafinin dosyayı incelemesinin veya dosyadan örnek almasının kısıtlanması (gizlilik kararı) ancak Cumhuriyet Savcısı'nın istemiyle ve sulh ceza yargınının kararıyla mümkün olabilecektir. CMK m. 153/2 düzenlemesinin yazılışını bu kaniye ulaştırmaktadır. Başka bir deyişle, sulh ceza yargıcının savcının istemi olmaksızın kendi başına müdafinin bu yetkisini kısıtlayabilme hakkı olmaması gerekir.⁵ Bu gerekçemi, soruşturma aşamasının efendisinin savcı olmasına bağlıyorum. Zira CMK m. 160 ve 161 düzenlemeleri Cumhuriyet Savcısı'nı "soruşturmanın imparatoru" haline getirmiştir.⁶ Buna göre savcı olmadan soruşturma aşaması işlemez ve soruşturma aşamasındaki hiçbir işlem yapılamaz.

⁴ Zafer, a. g. e., s. 355.

⁵ Taşkın, "Müdafii. . .", s. 225.

⁶ Öztürk, Bahri / Erdem, Ruhan, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s. 273.

Kural bu olmakla birlikte, CMK m. 163 gereğince, bazı durumlarda sulh ceza yargıcı soruşturma aşamasındaki tüm yetkileri kullanabilecek ve “*soruşturmanın imparatoru*” haline gelebilecektir. Ancak sulh ceza yargıcının bu yetkisini kullanabilmesi için suçüstü hali veya gecikmede sakınca olan bir durum olmalı; bunun yanı sıra savcıya erişilemiyor ya da olayın genişliğinin savcının iş yükünü aşıyor olması gerekmektedir. Örneğin küçük bir ilçede tek bir savcı ve tek bir yargıç olduğu düşünülduğünde ve savcının o anda ölümlü bir trafik kazasına müdahale etmek için olay yerine gittiği bir olayda, müdafinin dosyayı inceleme ya da dosyadan örnek alma yetkisinin kısıtlanmasını gerektirecek acil bir durum belirdiğinde buna sulh ceza yargıcının karar verebilmesi de olanaklı olacaktır. Ancak sulh ceza yargıcının bu yetkisinin çok ayrıksı ve olağanüstü durumlarda kullanılacak bir yetki olduğu da unutulmamalıdır.

Gizlilik kararına karşı, bu karar yargıçlık kararı olduğu için CMK 267 maddesi gereğince itiraz olanaklıdır. Bu itiraz da CMK m. 268’deki usule göre görüşülecek ve karara bağlanacaktır.

Acaba savcının soruşturma aşamasında dilediği gibi dosyadaki her belgeyi incelerken sanık müdafinin dosyayı incelemesine gizlilik kararıyla engel olunması AİHS m. 6; BMMSHS m. 14; İHEB m. 10; AY m. 36 anlamında güvencelenen ve adil yargılanma hakkının kapsamında değerlendirilen “*silahların eşitliği ilkesi*”ne aykırılık oluşturmaktadır mıdır?

Silahların eşitliği ilkesini, yargılama taraflarının sav ve savunma yetkilerini kullanmada eşit olanaklardan yararlanması olarak tanımlayabiliriz. Bu ilkeye göre, taraflardan biri yargılama sürecinde hangi haklardan yararlanıyorsa, diğerine de o hakları aynen tanımak gerekecektir. Hele ki konuşulan ceza yargılamasıysa ve şüphelinin/sanığın hakları söz konusuysa bu ilkenin önemi daha da açık biçimde belirmektedir.⁷

Kanımcı dosyaya, haklı bir neden olmaksızın, gizlilik kararı verilmesi silahların eşitliği ilkesine aykırı olacaktır. Zira savcı soruşturma aşamasında dosya kapsamını dilediği gibi inceleyebilirken, müdafiyi

⁷ Aynı yönde bkz. Sungurtekin, Meral, *Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 62, İzmir, 1995, s. 193 dn 299.

bu hakkını kullanmaktan yoksun bırakması hakkaniyetle bağdaşmayacaktır. Bu şekilde şüphelinin/sanığın da savunma hakkı kısıtlanmış olacaktır.⁸ Ancak öğretilerde Mahmutoğlu&Dursun bunun aksini savunmakta ve müdafinin de aynı savcı gibi hazırlık evrakının tümünü görebilmesinin silahların eşitlenmesi demek olmadığını, tam tersine eşitliğin savcı aleyhine bozulması anlamına geldiğini belirtmektedirler. Çünkü soruşturma evresi savcının silahıdır ve soruşturma evrakını (silahını) gösterip göstermemekte bu nedenle savcının tekelinde olmalıdır.⁹

Müdafiye soruşturma aşamasında getirilen bu kısıtlama koğuşturma aşamasında getirilememektedir. Zira CMK 153/4 maddesine göre, müdafii, iddianamenin yargıevi (mahkeme) tarafından kabul edildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilecektir. Bütün tutanak ve belgelerin birer örneğini harçsız olarak alabilecektir. Bu durum koğuşturma aşamasının açıklığı ilkesiyle de koğuttur. Ancak burada akla şu soru gelebilir: “Müdafi acaba yalnızca muhafaza altına alınmış olan delilleri mi inceleyebilecektir? Muhafaza altına alınmış olan delilden kasıt nedir?. Bu ifade savunma hakkının sınırlandırılması anlamına mı gelmektedir?”.

Öztürk/Erdem’e göre, “Maddenin 4’üncü fıkrasında MUHAFAZA ALTINA ALINMIŞ DELİL’den bahsedilmesi bir sınırlama değildir; yani, buradan avukatın tüm dosyayı ve bu arada tüm delilleri değil de sadece muhafaza altına alınanları görebilir şeklinde bir yorum yapılması kabul edilemez. Zira savcılık ve onun emrindeki adli kolluk topladığı delilleri muhafaza altına almaya mecburdur; bunları asla kendine saklayamaz”.¹⁰ Ben de bu görüşün doğru olduğunu düşünmekteyim. Zira yasa koyucu koğuşturma aşaması bakımından da bir kısıtlama öngörseydi, bunu aynı soruşturma aşamasında yaptığı gibi yapabilir ve CMK m. 153/2 benzeri bir düzenlemeyi maddeye ekleyebilirdi. Ayrıca böyle bir kısıtlama koğuşturma aşamasındaki işlemlerin açıklığını düzenleyen CMK m. 182 ve AY m. 141 düzenlemelerine de aykırı olacaktır.

Ancak YİGY m. 22/4 ‘e göre, müdafiiin dosya inceleme konusundaki sınırsız yetkisi iddianamenin yargıevine verilmesiyle başlamaktadır. Bu durumda, söz konusu düzenlemenin CMK m. 153/4’teki

⁸ Taşkın, “Müdafii. . .”, s. 225.

⁹ Mahmutoğlu / Dursun, a. g. e., s. 141.

¹⁰ Öztürk / Erdem, a. g. e., s. 319.

“iddianamenin kabulü” ölçütüne göre savunma hakkını daha fazla genişlettiği ve şüphelinin lehine olduğu söylenebilecektir kanısındayım. Anlam karışıklığına ve yorum farklılığına yol açmamak için CMK m. 153/4 hükmünün de “daha özgürlükçü” olan YİGY m. 22/4 gibi yorumlanması uygun olacaktır.¹¹

YİGY m. 22/1.c’deki düzenlemenin yürütmesi Danıştay tarafından durdurulmuştur.¹² Yürütmesi durdurulan söz konusu düzenlemeye göre, kollukta bulunan soruşturma dosyasını müdafinin inceleyebilmesi için cumhuriyet savcısının yazılı emri gerekmektedir. Söz konusu düzenleme CMK m. 153’e ve m. CMK mantığına aykırıdır ve yasada yer alamayan bir sınırlama burada yönetmelikle getirilmek istenmiştir.¹³

C. Dosya İnceleme ve Dosyadan Örnek Alma Konusunda m. CMK 153 Düzenlemesiyle Çatışan Diğer Yasal Düzenlemeler ve Çözüm Önerisi

Yukarıda incelemiş olduğumuz CMK m. 153 düzenlemesinin yanı sıra, Av. K. m. 2/son; 46/2 düzenlemeleri ile HUMK m. 157/c. 2 düzenlemesiyle ilgili yönetmeliğin düzenlemesine; İdari İşler ve Kalem Hizmetlerine İlişkin Yönetmelik m. 51’e, Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun’un 90. maddesine; kanımca çok tartışmalı olan Ceza Mahkemeleri Kalem Yönetmeliği’nin 45. maddesine değinmek; CMK m. 250 vd hükümleriyle TMK’da dosya incelemeye yönelik düzenleme olup olmadığını belirtmek konumuzun anlaşılması bakımından önem taşımaktadır.

Gerçekten Av. K. m. 2 ve 46/2 düzenlemeleri CMK m. 53 ile çatışabilecektir. Örneğin bir dosyadan, herhangi bir gizlilik kararı olmadığı halde, CMK m. 153/3’te sayılan belgelerden birini (örneğin şüpheli müdafii dosyadaki adli tıp raporunu almak ve savunmasını buna dayandırmak istiyor olsun) dosyada vekaletnamesi olmaksızın isteyen bir müdafiiye Av. K. m. 2 hükmü gerekçe gösterilerek, müdafinin dosyada vekaletnamesi bulunmaması nedeniyle belgelerden örnek veril-

¹¹ Taşkın, “Müdafii. .” s. 225.

¹² DİDDGK-15. 12. 2005 tarih ve 2005/762 sayılı kararı.

¹³ Demirbaş, Timur, “Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Müdafilik”, *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl:3, Sayı 32 (Ağustos 2005), s. 2882.

meyebilecektir. Aynı sakınca vekil bakımından da düşünülebilir.

Bu engellenmenin yasal olduğu tartışmasızdır. Fakat acaba bu engelleme hukuki midir? Başka bir deyişle, dosyadan örnek alması “*kendi yasa gerekeçe gösterilerek*” önlenecek bir müdafii, savunmasını sağlıklı biçimde nasıl yapacaktır? Bu durumda şüphelinin savunma hakkı kısıtlanmış olmayacak mıdır?. Olayın diğer bir boyutu da avukatın ancak dosyayı inceleyerek o davayı alıp almayacağı yönünde kanaat edinebilecek olmasıdır. Avukatı belki de reddedeceği bir hukuk yardımı için vekaletname almaya mecbur etmek gereksiz masraf ve zamana neden olunması anlamına gelir.¹⁴

Şu halde ortaya önemli bir sorun çıkmaktadır. Şüphelinin savunma hakkının kısıtlanmamasını sağlamak için ne yapmak gerekecektir? Avukatlık Kanunu mu, yoksa CMK mı öncelikle uygulanacaktır?

Kanımca sorunun çözümü için savunma hakkının kısıtlanmaması eksenli bir yaklaşım yerinde olacaktır. Buna göre, CMK m. 149/1-3; 153/1; 154 düzenlemelerini Av. K m. 2/son ve 46/2 düzenlemelerine göre “daha özel” kabul etmek ve CMK’yı Avukatlık Kanunu karşısında, çatışma halinde öncelikle uygulamak gerekmektedir. Zira CMK hükümleri hem şüphelinin daha lehine oluşu hem de savunma hakkını düzenliyor olması nedeniyle kanımca Avukatlık Kanunu m. 2’ye göre daha öncelikli bir uygulama alanına sahiptir.¹⁵ Ayrıca çoğu kez soruşturma aşamasındaki işlemler ivedilik taşıdığından, şüpheliden vekaletname ibraz etmesini istemek hem teknik olarak olanaklı olmayabilir; hem de hak yitimlerine ve savunma hakkının etkin biçimde kullanılmasının engellenmesine yol açabilir.

Ancak öğretilerde Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, müdafiiin dosyayı incelemesi bakımından vekaletname koşulu aranmayacağını kabul etmekle birlikte, hiçbir avukatın ilgili olmadığı bir dosyayı salt merakını gidermek için incelemeyeceğinin kabul edilmesi gerektiğini ve dosyası incelenmek istenen şüphelinin durumdan haberdar edilmesi; hatta gözaltındaki şüphelinin görüşü alındıktan sonra buna izin verilmesi gerektiğini savunmaktadır.¹⁶

¹⁴ Aynı yönde bkz, Özkent, Ali Haydar, *Avukatın Kitabı*, İstanbul 1940, Arkadaş Basımevi, (2. Baskı: Tıpkı Basım: Ufuk Reklamcılık ve Matbaacılık, İstanbul 2002). s. 338.

¹⁵ Taşkın, “Müdafii. . .”, s. 226.

¹⁶ Kunter, Nurullah / Yenisey, Ferudun, Nuhoğlu, Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Ola-*

Bu görüşe, soruşturma aşamasındaki işlemlerin ivedilikle yapılması gerektiği, çoğu kez şüphelinin gözaltındayken sağlıklı düşünecek bir psikolojide olamayabileceği ya da kolluk görevlilerinin dosyaya bakmak isteyen şüpheli müdafini engellemek (ve dolayısıyla şüphelinin savunma hakkını engellemek) için müdafiyeye “şüphelinin izni yoktur” diyebilecek olmaları; bu iznin nasıl alınacağına belirsiz olması ve izin koşulunun gerek şüphelinin gerekse müdafinin işini zorlaştıracağı gerekçeleriyle katılmıyorum. Ancak öte yandan, soruşturma aşamasının gizli olduğu da göz önüne alınacak olursa, dosyadaki bilgilerin olayla ilgisi olmayan savunmanlarca görülüp basına sızdırılması ve böylece şüphelinin kişilik haklarının ihlali olasılığının da bulunduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

Diğer yandan, şüphelinin izninin alınacak olması CMK m. 156 gereğince barodan görevlendirilecek müdafinin işini yapmasını güçleştireceği ve kendi istemi olmaksızın kendisine CMK m. 150/2 veya 3 gereğince müdafii atanması; başka bir deyişle devletin “*sen istemesen de sana müdafii atıyorum*” dediği bir durumda (yani şüphelinin istencine önem vermediği bir durumda) dosya inceleme ya da dosyadan örnek alma bakımından müdafinin şüphelinin istenciyle bağlı tutulmasının yasanın temel mantığıyla bağdaşmayacağı kanısındayım. Diğer taraftan, şüpheli kendi müdafini CMK m. 150/1 gereğince kendisi seçmişse, zaten o müdafinin kendisini savunmasına rıza göstermiş demektir. Bu nedenle, gözaltındaki müdafiden ayrıca şüphelinin rızasının aranması da bu yönüyle gereksiz bir merasim olacaktır kanısındayım. Kaldı ki uygulamada CMK servisleri görevlendirmeleri telefonla aramak yoluyla ya da kısa mesajla yapmakta ve müdafiyi gözaltındaki şüpheliye yönlendirmektedirler. Bunun dışında (ifade tutanağı haricinde) görevlendirmeyi doğrulayacak herhangi bir bulgu veya belge de bulunmamaktadır; zaten teknik olarak da gözaltındaki birine gönderilen müdafii için hemen o anda yazılı bir görevlendirme belgesi hazırlanabilmesi de olanak dışıdır. Dolayısıyla, müdafinin görevli olduğu yönündeki beyana kolluk tarafından itibar edilmeli ve müdafinin dosyayı inceleme hakkını kullanması için ayrıca şüpheliden onay alınmamalıdır.

Ceza Muhakemesi’nde müdafinin dosya inceleme yetkisi bakımından üzerinde önemle durulması gereken diğer bir düzenleme ise Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri’nin

rak Ceza Muhakemesi Hukuku, Arıkan Yayinevi, İstanbul-Mart 2006, s. 484.

Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik (Ceza Kalem Yönetmeliği) 45. maddesidir.¹⁷

Ceza Kalem Yönetmeliği'nin 45. maddesi yukarıda incelemiş olduğumuz Avukatlık Kanunu m. 2, 46 düzenlemeleriyle CMK m. 153 düzenlemesine aykırılıklar içermektedir. Öncelikle, ne CMK m. 153'te ne de Av. K m. 2 ve 46'da avukatın (müdafiin) dosyayı incelemesi için vekaletname ya da yetki belgesi sunma şartı aranmıştır. Oysa, Ceza Kalem Yönetmeliği (CKY) 45. maddesine göre, müdafiin dosyayı incelemesi için dahi vekaletname ya da yetki belgesi ibraz etmesi gerekmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, müdafiden vekaletname ya da yetki belgesinin soruşturma evresinde istenmesidir.

Oysa CMK düzenlemeleri ile Avukatlık Kanunu düzenlemeleri karşılaştırıldığında, kanımca (ve CMK m. 149 ve 153 göre) CMK düzenlemeleri, dosyadan evrak örneği almak için bile vekaletname ya da yetki belgesi sunulması koşulu aranmamıştır. Durum böyleyken, yasa ile getirilmemiş olan bir kısıtlamanın yönetmelikle getiriliyor oluşu AY m. 2 anlamında hukuk devleti olan Türkiye'de kabul edilebilir bir yaklaşım değildir. Aynı şekilde, AY m. 124'ün buyurucu düzenlemesine göre, yönetmelikler kanunlara aykırı düzenlemeler içermeyecek, ancak kanunların uygulanışını açıklayacaktır. Oysa, CKY m. 45 ile getirilen ve savunma hakkını, dosyaya vekaletname ya da yetki belgesi sunulması koşulunu koyarak, kısıtlayan düzenleme hem CMK m. 149 ve 153'e'ya hem Avukatlık Kanunu 2 ve 46'ya hem de AY m. 2 ve 124'e aykırıdır. Bir hukuk devletinde, yasalarla getirilen güvenceler yönetmeliklerle ortadan kaldırılamaz. Kaldırılırsa, o devlet hukuk devleti olamaz.

¹⁷ Soruşturma evrakının incelenmesi.

M. 45- 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun başka hüküm koyduğu haller saklı kalmak ve savunma hakkına zarar vermemek kaydıyla görevlendirme yazısı veya vekaletname ibraz ederek soruşturma evrakının içeriğini inceleyebilir ve dilekçeyle müracaatı halinde istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir.

Mağdur veya şikayetçinin vekili soruşturma evresinde soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla görevlendirme belgesi veya vekaletname ibraz ederek soruşturma evrakının içeriği ile el konulan ve muhafazaya alınan eşyayı inceleyebilir ve dilekçeyle müracaatı halinde istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir.

Mağdur veya şikayetçi soruşturmanın gizlilik ve amacını bozmamak şartıyla, vekili olmadan da Cumhuriyet Savcısı'ndan dilekçeyle başvurarak belge örneği isteyebilir.

Soruşturma evrakı, soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla, Cumhuriyet Savcısının huzurunda incelenebilir.

Soruşturma evresinde kişi özgürlüğünü kısıtlayıcı arama, yakalama, gözaltına alma, tutuklama gibi işlemler yapılabildiğinden, savunma hakkının soruşturma evresinde özellikle kısıtlanmaması gerekmektedir. Buna göre, gözaltındaki veya tutuklu şüphelinin müdafii dosyayı üstelik de gizlilik kararı olmamasına rağmen CKY m. 45 gerekçe gösterilecek inceleyememiş ve bu nedenle de müdafii savunmasını hazırlayamamış; sözcülemiş şüpheli de bunun sonucunda tutuklanmışsa, şüphelinin CMK m. 141/1. a gereğince haksız olarak tutuklandığını kabul etmek¹⁸ ve şüpheli lehine AY m. 19/son ve m. 40/son düzenlemelerine göre uygun bir tazminata hükmetmek gerekir kanısındayım. Bu tazminatın da bu tip hak ihlallerinin önlenmesi ve caydırıcılığın sağlanması bakımından hem AY m. 40/son hem de AY m. 129/5 gereğince, bu şekilde tutuklama isteyen ve tutuklamaya karar veren savcı ile yargıca rücu edilmesi gerekmektedir.¹⁹

Ayrıca, CKY m. 45. maddesi, CMK m. 153/2 anlamında bir gizlilik kararı olmamasına rağmen şüpheli müdafinin dosyayı incelemesine engel olması yönüyle de hem CMK m. 153/2 düzenlemesine, hem AY m. 36'daki "*hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı*"na hem de AİHS m. 5'teki kişi özgürlüğünün korunması ile AİHS m. 6'daki adil yargılanma hakkı ilkelerine aykırıdır. Olası bir başvuruda AİHM tarafından mahkumiyetle karşılaşabilme olasılığımızın yüksek olduğu kanısındayım.

Bir savcının ya da (CMK m. 163'teki koşulların varlığı durumunda sulh ceza yargıcının) CKY m. 45'in hukuka aykırılığı açıkça ortadayken bu yönetmelik hükmünü uygulamaması, başka bir deyişle "*yoksayması*" gerekmektedir.²⁰ Aksi taktirde, konulmuş olan yasal ve anayasal güvenceler yönetmelik düzenlemesiyle anlamsız kılacak; bu durum da AY m. 11 anlamında "*Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü*" ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

¹⁸ (CMK m. 147/1. c ve 149 düzenlemelerine aykırılık: şüpheli, bu durumda "görünüşte" müdafii yardımından yararlanmış olmakla birlikte, müdafii savunma hakkını yeterince kullanamamış olduğundan, aslında müdafinin yardımından etkin biçimde yararlanmadığı, yasanın deyişle "müdafinin hukuki yardımından" yoksun kaldığı kabul edilmelidir.

¹⁹ Taşkın, "Müdafii. . .", s. 228.

²⁰ Taşkın, Şaban Cankat, "Arama Yönetmeliği'nin 27. Maddesinin Değerlendirilmesi" konulu yayımlanmamış makale ve tebliğ sunumu (Bursa Barosu'nun 3-4 Mart 2007 tarihli "Hukuka Aykırılıklar ve Çözüm Yolları" konulu Sempozyumunda sunulmuştur.)

Yönetmelik hükmünün yok sayılabilesinin yolunu Anayasa Mahkemesi'nin "Demokratik Barış Hareketi Partisi"nin kapatılması kararı açmıştır.²¹ Bu karara göre, 23. 7. 1995 yılında yapılan AY m. 68 değişikliği sonucunda, Siyasi Partiler Kanunu'nun 89. maddesindeki parti kapatma nedenleri güçleştirilmiştir. Başka bir deyişle, 89. madde AY m. 68 düzenlemesine aykırı hale gelmiştir. Anayasa Mahkemesi, kendisine Anayasa'ya aykırı hale gelen 89. maddenin iptali yönünde bir başvuru yapılmadığından ve bir yasayı re'sen iptal etme yetkisi de bulunmadığından, 89. maddeyi iptal edememiş fakat bunun yerinde kanımca Türk Hukuku'nda "devrim" sayılabilecek bir karara imza atmış ve 1995 değişikliği ile Anayasa'ya aykırı hale gelen Siyasi Partiler Kanunu'nun 89. maddesi düzenlemesini "yok saymıştır".²²

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı üzerine, yargıçlarımızın AİHS'e ve AİHM içtihatlarına aykırı uygulamalara yol açabilecek 45. maddeye dayanan işlemleri hukuka aykırı saymaları ve 45. maddeye göre karar vermemeleri, CMK, Av. K ve AY hükümlerini esas almaları, 45. maddeyi yok saymaları gerektiği kanısındayım. ²³ Ayrıca, 45. maddeye göre, üstelik de ortada CMK m. 153/2 anlamında bir gizlilik kararı olmamasına rağmen müdafinin dosyayı inceleme hakkını ortadan kaldıran bir emir veren cumhuriyet savcısının ya da yargının bu emrinin AY 137 gereğince "kanunsuz emir" sayılması gerektiği ve TCK m. 24/3 gereğince bu emri veren cumhuriyet savcısıyla yargıcın bundan ötürü sorumlu tutulması gerektiğini düşünmekteyim.

45. maddede eleştirilecek bir diğer nokta ise, müdafinin dosyayı incelemesinin "savcının huzurunda" yapılacak olmasıdır. Bunun da şüpheli müdafinin olası hukuka aykırı işlemlerinin denetlenebilmesinin sağlanması bakımından uygun gördüğümü belirtmekle beraber; aslında müdafiyeye "müdahaleye" yol açabilecek olması nedeniyle de savunma hakkını kısıtlayıcı bir düzenleme olduğunu düşünmekteyim.

45. maddede dikkati çeken diğer bir nokta ise, mağdur veya şikayetçinin dosyadan bir evrakı bizzat alabilmesine CMK m. 234/1. a. 4 düzenlemesine rağmen izin verilmiş olmasıdır. CMK m. 234/1. a. 4

²¹ Anayasa Mahkemesi'nin "Demokratik Barış Hareketi Kararı" ölçütleri için bkz, Can, Osman, *Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s. 92 vd.

²² Kararın tam metni için <http://www.anayasa.gov.tr/general/kararbilgibank.asp> (17. 05. 2007)

²³ Aynı yönde, bkz. Taşkın, "Arama Yön. 27" konulu yayımlanmamış makale

gereğince, mağdur veya şikayetçi “*ancak vekili aracılığıyla*” dosyadaki evrakın bir örneğini temin edebilecektir. Oysa CKY m. 45/4 düzenlemesi, mağdurun veya şikayetçinin yasadan kaynaklanan hakkını daha geniş olarak kullanabilmesini sağlamaktadır. Ancak aynı maddenin, şüphelinin haklarını kısıtlayıcı uygulamalara yol açacak şekilde düzenlenmiş olması da AY m. 36/1 ve AİHS m. 6 anlamında adil yargılanma hakkının kapsamında değerlendirilen “*silahların eşitliği*” ilkesine aykırı oluşu da maddenin ayrıca eleştirilmesi gereken diğer bir yönüdür. Aynı hakkın şüphelinin kendisine de tanınması doğru olacaktır.

CKY m. 45’te şüpheli müdafii bakımından aranan ve dosya inceleme bakımından vekaletname ya da yetki belgesi sunulmasını şart koşan düzenlemeye ilişkin yöneltilmiş olan eleştiriler, bu şartı mağdur veya şikayetçi vekili bakımından da arayan 45/3 düzenlemesi için de yinelenmelidir. Böyle bir koşulun yönetmelikle getirilmiş olması CMK m. 234 düzenlemesine aykırıdır.

D. HUMK ve İlgili Yönetmeliklerle İdari Yargı ve Askeri Ceza Yargısında Dosya İncelemeye ve Dosyadan Örnek Almaya İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

HUMK ve Hukuk ve Ticaret Mahkemeleri Yazı İşleri Yönetmeliği (HMYİY) de avukatın dosyayı incelemesi ve dosyadan örnek alması bakımından düzenleme getirmiştir. Buna göre, HUMK m. 157 ile HMYİY m. 39 da birbirine koşut düzenlemeler getirildiği görülmektedir. HUMK m. 157/2 gereğince “*her iki taraf veya vekilleri dava dosyasını tetkik ve mütalaa edebilirler.*” Düzenleme, her iki tarafa da bizzat dosyayı inceleme ve dosya üzerinde tartışma olanağı tanımaktadır. Ancak, dosyadan örnek alma bakımından bir açıklık taşımamaktadır. Aynı yöndeki belirsizlik HMYİY m. 39. maddesinde de mevcuttur.

Şu halde, taraf vekilleri bakımından medeni yargılamada Av. K m. 2/son ve 46/2 düzenlemelerine başvurarak sorunu çözmek gerekecektir. Buna göre, avukat ya bizzat ya da yanındaki katibi veya stajyeri aracılığıyla işlerinin takip ettirebilecek, hatta belgelerden örnek de alılabilecektir. Ancak, belgelerden avukatın ya da yanındaki stajyerinin veya katibinin örnek alabilmesi için, dosyada avukatın vekaletnamesinin bulunması gerekecektir. Ayrıca kanımca stajyerin ya da

katibin dosyadan örnek alması için ayrıca, o katibin ya da o stajyerin dosyasından örnek alınacak olan avukatın yanında çalıştığına veya staj yaptığına dair ilgili baro başkanlığı ve avukat tarafından onaylanmış, fotoğraflı belgeyi de mahkemeye sunması gerekecektir.

Dosya mutlaka tutanak yazıcısının yanında okunacak ve mahkeme yargıcının da durumdan haberi olacaktır.

Sungurtekin, Av. K. m. 46 düzenlemesinin MK m. 1020 (Eski 928) ile birlikte yorumlanması gerektiğini belirterek; MK m. 1020'ye göre, ilgili olduğunu kanıtlayan herkesin kendisince önemli olan belgelerin kendisine gösterilmesini ve belgelerden bir örneğinin kendisine verilmesini isteme hakkı olduğunu hatırlatmaktadır. Örneğin avukatın tapu kaydını görmesi müvekkilinin bir taşınmazı almak istemesi ya da müvekkili lehine bir taşınmaz üzerinde ipotek kurulması söz konusu olduğu olduğunda var kabul edilmelidir.²⁴

İdari yargılamadaki durum bakımından ise, Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin İdari İşleri ile Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesi Usul Ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik²⁵ (İKY) uygulanacaktır. İKY m. 51 ile HMYİY m. 39 ve HUMK m. 157 düzenlemeleri oldukça koşturur. Buna göre, taraflar veya vekilleri dosyayı yazı işleri müdürünün ya da onun görevlendireceği bir zabıt katibinin yanında okuyabileceklerdir. Ancak burada da dosyadan örnek alma konusu düzenlenmiş değildir. Bu durumda, taraf vekilleri bakımından Av. K m. 2/son ve 46/2 uygulanmalıdır.

Ancak uygulamada, özellikle idari yargıda taraf vekillerinden dosyadaki herhangi bir evrakın fotokopisini almak için yazılı başvuru koşulu aranmaktadır ki bu uygulama hem yasal dayanaktan yoksundur hem de gereksiz zaman yitimlerine yol açmaktadır. Taraf vekillerinin dosyadan örnek alması için dosyada vekaletnamelerinin bulunması yeterlidir. Ayrıca dilekçe vermelerine gerek yoktur.

Askeri ceza yargısındaki durumu ise Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Hakkındaki Kanun²⁶ (AMKYK) m. 90 düzenlemektedir. Buna göre, "(1) Müdafî, iddianamenin askeri mahkemeye

²⁴ Sungurtekin, a. g. e., s. 193.

²⁵ 8. 7. 2982 tarih ve 17448 sayılı Resmi Gazete.

²⁶ Kanun No:353, Kabul Tarihi:23. 10. 1963, 26. 10. 1963 tarih ve 11541 sayılı mükerrer Resmi Gazete.

verilmesinden itibaren davaya ait her çeşit evrakı incelemek ve dosyadan istediği evrakın birer benzerini almak hakkında sahiptir. (2) Bundan önce de soruşturmanın amacını bozmayacağı anlaşılırsa soruşturmaya ait her çeşit evrak ve belgeleri incelemesi için müdafiyeye izin verilir. (3) Sanığın sorgusuna ait tutanak, bilirkişi raporları ve sanığın hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer adli işlemlere ait tutanakların müdafî tarafından incelenmesine hiçbir vakit karşı konulamaz. (4) Savaş halinde ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri uygulanmayabilir.”

Askeri ceza yargısında, müdafinin dosyadan örnek alması durumu, barış ve savaş hali bakımından ayrı ayrı düzenlenmiştir. Buna göre barışta müdafî kural olarak soruşturma evresinde dosyayı inceleyebilecek ve soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmüyorsa, dosyadaki belgelerden örnek de alabilecektir. Ancak burada, yukarıda incelemiş olduğumuz CMK m. 153/2'deki gibi bir gizlilik kararı alınması gereğinden bahsedilmemiştir. Şu halde, gizlilik kararı olmadan da müdafinin dosya incelemesi soruşturmanın amacını tehlikeye düşürecekse bu yetkisi kısıtlanabilecek midir? Bu konudaki kararı kim verecektir?

Bu konuda AMKYK'da bir boşluk olduğunu varsaymak ve CMK m. 153/2 hükmündeki “gizlilik kararı” koşulunu askeri yargı bakımından da benimsemek gerektiği kanısındayım. Bu durumda, askeri yargıda, gizlilik kararını askeri mahkeme yargıcının vermesi gerekecektir.

Gizlilik kararı alınmadan dosya inceleme hakkı engellendiğinde, askeri yargıda şüphelinin hakları ihlal edilebilecek bu da Türkiye'nin olası bir başvuruda AIHM'den mahkumiyetiyle sonuçlanabilecektir. Yine, CMK m. 153/2 hükmünün askeri yargıdaki yargılama usulünü düzenleyen kurallara kıyasen uygulanması durumunda, şüphelinin veya müdafininin AMKYK m. 202 vd düzenlemelerine göre karara karşı itiraz olmağını kullanabilmesi de sağlanmış olacaktır. Ne var ki AMKYK'da “bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde CMK uygulanır” şeklinde bir düzenleme bulunmamakta, CMK'nın uygulanacağı durumlar ilgili bazı maddelerde belirtilmektedir. Fakat bu durumun, şüphelinin savunma hakkının ihlali söz konusu olduğunda başka bir CMK ilkesi ile bertaraf edilebileceğini düşünüyorum: “CMK'da özgürlük lehine kıyas serbesttir.”²⁷

²⁷ Öğretide Öztürk / Erdem de CMK ile AMKYK arasında genellik-özellik ilişkisi bulunmadığını, çünkü CMK'ya sadece belli konularda gönderme yapıldığını; ge-

CMK'da yalnızca yargıç kararlarına karşı itiraz öngörülmüşken (CMK m. 267); askeri yargıda bu hem yargıcın hem de savcının kararlarına karşı öngörülmüştür. (AMKYK m. 202). Şu halde, barış zamanında müdafinin dosyayı incelemesini engelleyen savcının emrine karşı da AMKYK m. 202 vd hükümlerine göre itiraz olanağı vardır denilebilir.

Askeri yargıda müdafinin dosyayı incelemesi ya da dosyadan örnek alması, koğuşurma aşaması bakımından iddianamenin mahkemeye verilmesiyle başlayacaktır. Dolayısıyla, askeri yargı CMK m. 153/4 ile karşılaştırıldığında, bu konuda CMK'ya göre daha ileri bir düzenleme getirmiştir. Zira CMK m. 153/4, "*iddianamenin kabulünden itibaren*" dosyadaki belgelerin incelenebileceğini belirtmektedir.

Askeri yargıda, müdafinin dosya inceleme ve dosyadan örnek alma hakkında savaş hali durumunda önemli bir kısıtlama getirilmiştir. Buna göre müdafi savaş durumu olsa bile ancak koğuşurma aşamasında dosyayı inceleme ve dosyadan örnek alma bakımından sınırsız bir yetkiye sahip olabilecek; fakat soruşturma aşamasında ise müdafinin-soruşturmanın amacının tehlikeye girip girmediğine bakılmaksızın dosyayı inceleme ya da evrak örneği alma hakkı kısıtlanabilecektir. Ayrıca sanığın sorgusuna ait tutanak, bilirkişi raporları ve sanığın hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer adli işlemlere ait tutanakların incelenmesi ya da bunlardan örnek alınması da savaş durumunda AMKYK m. 90/son gereğince engellenebilecektir. Yasanın bu hükmünün savaş durumunda da uygulamaya sokulmaması gerektiği kanısındayım. Aksi taktirde, AİHS m. 3 ile güvencelenen ve AİHS m. 14 ile de hiçbir koşulda ayrıksısı kabul edilmeyen "*işkence ve kötü muamele yasağı*"nın önünün açılması riski ortaya çıkabilecek (çünkü dosyadan müdafinin bu durumu denetleyebilme olanağı kalmayabilecek); dosyadaki birtakım evrakın müdafiden saklanması ve "*gizli dosya*" oluşturulması gündeme gelebilecektir. Bu nedenle, düzenleme yeniden gözden geçirilmelidir.

CMK m. 250 vd. düzenlemelerinde müdafinin dosyayı inceleme

nel-özel ilişkisi olsaydı CMK'ya bu tür göndermelerde bulunulmasına gerek olmayacağını belirterek;kural olarak yeni CMK'nın düzenlemelerinin askeri yargıdaki yargılama usulleri hakkında uygulanamayacağını, ancak CMK'da yer alan kuralların AMKYK'da hüküm yoksa kıyasen uygulanabileceğini savunmaktadır. (Öztürk / Erdem, a. g. e., s. 846)

ve dosyadan örnek alma hakkıyla ilgili herhangi bir özel düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle bu maddeye göre yürütülecek olan soruşturmalarda yukarıda belirtmiş olduğum genel düzenlemeler uygulanacaktır.

Terörle Mücadele Kanunu ise, müdafinin dosyayı incelemesi bakımından özel bir düzenleme getirmiştir. Kanunun 10/d bendine göre, müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecekse, Cumhuriyet Savcısı'nın istemi üzerine ve yargıç kararıyla müdafinin bu yetkisi kısıtlanabilecektir. Buradaki yargıcın CMK m. 250 vd. düzenlemelerine göre görevlendirilmiş olan özel görevli ağır ceza mahkemesi üyesi olması gerektiğini düşünmekteyim. Zira, yasakoyucu burada da sulh ceza yargıcının görevli olduğunu düşünseydi, CMK m. 153/2'de olduğu gibi bunu yasada açıkça belirtirdi.

Ancak gerek askeri ceza yargılamasında gerekse Terörle Mücadele Yasası'nda yakının vekilinin dosyayı incelemesi ve dosyadan örnek alması düzenlenmiş değildir. Şu halde, CMK m. 234/1. a. 4 düzenlemesi bu yasaların kapsamındaki suçlarda yakının vekilleri bakımından kıyasen uygulanmalıdır.

E. Şüphelinin veya Yakınının Bizzat Dosyayı İncelemesi veya Dosyadan Örnek Alması

Şüpheli ve yakınının dosyayı bizzat incelemeleri ya da dosyadan bizzat örnek almaları konusunu aydınlatmak için konuyla ilgili öğretilerdeki görüşlere, Bilgi Edinme Hakkı Yasası düzenlemelerine (m. 20); Dilekçe Yasası düzenlemelerine (özellikle m. 3); Anayasa m. 74'e, CMK ve ilgili yönetmeliklerdeki düzenlemelere değinmek yararlı olacaktır.

Şüphelinin dosyadaki belgeleri görmesi veya dosyadan örnek alması bakımından ne CMK'da ne de YİGY'nda açık bir düzenleme mevcuttur. Zaten, şüpheli, kendisi hakkında bir suç işlemiş olabileceği yönünde güçlü veriler bulunan ve bu nedenle de izlemeye alınan, gözaltında tutulan, ifadesi alınan, sorgulanan, hakkında değişik güvenlik tedbirleri uygulanan kişidir. Dolayısıyla, bir suç işleme şüphesi altında bulunan kişinin, kendisiyle ilgili evrakın bir örneğini alması ya da dosyayı incelemesi, olayda kendisi hakkında uygulanma olasılığı bulunan tedbirlerden haberdar olmasını ve bu tedbirlere karşı gereken önlemi

almasına yol açabilecek; bu durumda da örneğin yakalanacağını anlayan bir şüphelinin yurt dışına kaçması, soruşturmanın yürütülmesini tehlikeye sokabilecektir.²⁸

Ancak benim de taraftarı olduğum bir başka görüşe göre, şüphelinin dosyayı inceleme hakkı engellenmemelidir. Zira, şüpheli kendisi hakkındaki isnadı öğrenme ve savunmasını hazırlama için gerekli kolaylıkların kendisine tanınmasını isteme hakkına sahiptir. (CMK m. 147); öte yandan bu görüşün de aksayan yönü, şüphelinin kendisi hakkındaki bir tedbir istemini öğrenmesi durumunda ya kaçabileceği ya da delil karartabileceğidir. Soruşturma aşamasında delillerin müşte-rekliği ilkesi yoktur.

Şu halde, şüphelinin dosyayı incelemesi veya dosyadan örnek alması bakımından yasada açık bir yasaklama getirildiği söylenemeyeceğine göre, CMK m. 153/2'deki "gizlilik kararı" şüphelinin dosyayı incelemesi bakımından, kıyasen, bir çözüm olarak düşünülebilir. Ancak bu durumda bile, kanımca CMK m. 253/3'te sayılmış olan yakalanan kişinin ya da şüphelinin ifadesini içeren tutanaklarla, bilirkişi raporları ve şüphelinin hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer işlemlere ilişkin tutanakların şüpheliden gizlenmemesi de gerekecektir.

Zira, şüphelinin ve yakalanan kişinin kendisi hakkındaki isnadı öğrenme ve savunması için gerekli kolaylıklara sahip olmayı istemesi hem CMK m. 147 hem AİHS m. 5 ve 6 ile güvencelenmiş olan temel bir haktır. Kaldı ki evinde arama yapılan şüpheliye, istemi üzerine arama tutanağından bir örnek verilmesi (CMK m. 121/1); yine yakalanan, gözaltına alınan veya tutuklanan kişiye, yakalanma, gözaltına alınma veya tutuklanma nedenlerinin derhal yazılı olarak; bu mümkün değilse en kısa sürede yazılı halde getirilmek üzere sözlü olarak bildirilmesi (AİHS m. 5/2; BMMSHS... AY m. 19/5; CMK m. 97; YİGY m. 6/7) de ceza yargılaması hukukunun en temel kurallarındandır.

Ayrıca, HUMK gereğince tarafların davayı açmak ve yürütmek için mutlaka vekil tutmaları zorunlu değildir. (HUMK m. 59/1; Av. K. m. 35/3). Tarafların vekil tutma zorunluluğu olmadığına göre, davayı bizzat izlemeleri de mümkün olduğundan dosyadaki evrakın bir örneğini almalarının da olanaklı olduğu kabul edilmelidir.

Şu halde, suç şüphesi altında bulunan kişinin kural olarak kendi-

²⁸ Zafer, H., a. g. e., s. 354.

siyle ilgili olan dosyayı görebilmesi gerekir. Bilgi Edinme Hakkı Yasası (BEHK) m. 4 gereğince herkesin bilgi edinme hakkı bulunmaktadır. Benzeri bir düzenleme Dilekçe Yasası'nın 3. maddesinde de vardır. Ayrıca, AY m. 74 de herkesin dilekçe hakkı olduğunu ve başvurulara yazılı olarak en kısa sürede yanıt verileceğini düzenlemektedir.

BEHK gereğince bir istemi alan ilgili kamu kuruluşu, başvuran kişinin istemini değerlendirecek ve kişiye istediği bilgiyi yazılı olarak verecektir. Ancak bunu yaparken BEHK m. 9'a göre, açıklanması durumunda sakıncalı olabilecek bilgiler ya da belgeler varsa bu belgeleri ayırarak ve kişiyi de bundan haberdar ederek söz konusu belgeleri kişinin bilgisine sunmak zorundadır.

BEHK m. 20 ise, adli mercilerdeki soruşturma ve kovuşturma aşamasındaki bilgi ya da belgelerin açıklanmasına ilişkin özel bir düzenleme içermektedir. Buna göre m. 20/b gereğince suçların önlenmesi ve soruşturulması ya da suçluların kanunî yollarla yakalanıp kovuşturulmasını tehlikeye düşürecek nitelikteki bilgiler açıklanmayabilecektir. Dolayısıyla, idari makamların kendilerine şüpheli tarafından yapılacak böyle bir başvuruyu BEHK m. 20/b'yi gerekçe göstererek reddetme olanağı bulunmaktadır kanısındayım. Ancak bu karara karşı da şüphelinin BEHK m. 13 gereğince Bilgi Değerlendirme Yüksek Kurulu'na itiraz olanağı bulunabilir.

Öte yandan, böyle bir başvuru üzerine acaba CMK hükümleri mi yoksa BEHK hükümleri mi öncelikle uygulanacaktır. Bu sorun, BEHK m. 5/c. son'daki ifadeden kaynaklanmaktadır. Buna göre, BEHK yürürlüğe girdikten sonra, diğer kanunların bu kanuna aykırı olan düzenlemeleri uygulanmayacaktır. Öyleyse CMK'nın düzenlemeleri de mi uygulanmayacaktır? Ya da CMK ile BEHK düzenlemeleri çatıştığında hangisi öncelikle uygulanmalıdır?

Öncelikle, BEHK CMK'dan daha önce yürürlüğe girmiştir. Ayrıca, CMK şüphelinin hakları bakımından BEHK'ya göre daha özeldir. Ancak, CMK'da bulunmayan şüphelinin dosyadan bizzat örnek alma hakkı BEHK'ya göre mevcuttur. Şu halde, BEHK, CMK'ya göre şüphelinin daha lehinedir ve daha özgürlükçüdür. Şu halde, kanımca BEHK, CMK'ya göre, dosyadan örnek alma hakkı bakımından öncelikle uygulanmalıdır.

Kural bu olmakla birlikte, CMK'da da şüphelinin dosyadan örnek

alma ve dosyayı inceleme hakkı açıkça kısıtlanmadığına göre, ancak ortada CMK m. 153/2 anlamında bir gizlilik kararı bulunması durumunda şüphelinin dosyayı incelemesi veya dosyadan örnek alma hakkı kısıtlanabilecektir. Nitekim BEHK m. 9 da buna işaret etmektedir.

BEHK m. 20'de 1412 sayılı CMK düzenlemelerinin bu yasanın kapsamı dışında olduğu belirtilmiştir. Ancak 1412 sayılı CMUK yürürlükte değildir. 5271 sayılı yeni CMK'da da yukarıda değişik nedenlerle birkaç kez belirtmiş olduğum gibi, kanımca şüphelinin dosyayı bizzat incelemesi veya dosyadan örnek alması bakımından açık bir kısıtlama da getirilmiş olmadığına göre, şüphelinin savunma hakkı bakımından daha lehine olan BEHK düzenlemelerinin uygulanması gerekecektir.

Şüphelinin dosyadaki verileri yok etmesinin önlenmesi için dosya incelemesini savcının ya da onun görevlendireceği bir görevlinin gözetiminde yapması sağlanmalıdır. Ortada, delil karartmaya yönelik ciddi bir tehlike söz konusuysa CMK m. 153/2 düzenlemesi uygulanmalı ve gizlilik kararı alınmalıdır. Bu durumda da CMK m. 153/3'teki belgelerin örneğinin alınması ya da bunların incelenmesine engel olmamak gerekir. Şüphelinin bu şekildeki bir başvurusunun da yazılı olarak yapılması ve başvurusunun da dosyaya girmesinin sağlanması gerekir.

CKY m. 45/4; CMK m. 234/1. a. 2 düzenlemelerine göre, mağdurun bizzat Cumhuriyet Savcısı'ndan belge örneği isteme hakkı bulunmaktadır. Kanımca mağdura tanınan bu hakkın şüpheliye tanınmaması adil yargılanma hakkının kapsamında değerlendirilen silahların eşitliği ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Bu nedenle, CMK m. 234/1. a. 2 düzenlemesi şüpheli bakımından da kıyasen uygulanmalıdır. Kaldı ki şüphelinin dosyadan örnek alması ya da dosyanın içeriğinden haberdar olması müdafinin zorunluluğu bulunmayan suçlar bakımından daha da önem kazanmaktadır. Zira bu suçlarda şüpheli, müdafinin istemediğinden kendisine müdafinin atanmamakta ve şüpheli savunmasını bizzat yapmaktadır. Bu nedenle, şüphelinin dosyadan örnek alma ve dosyayı inceleme hakkı şüpheliye bizzat tanınmalıdır.

Mağdur bakımından dosyadan örnek alma ve dosyayı inceleme hakkı için değinilmesi gereken önemli bir nokta da CMK m. 234/1. a. 4 düzenlemesidir. Buna göre, mağdur ya da yakının ancak vekili aracılığı ile ve CMK m. 153'e uygun olmak koşuluyla soruşturma belgelerinin, el konulan ve muhafaza altına alınan eşyayı inceletebi-

lecektir. Bu düzenleme, mağdurun ya da yakınanın şüpheli ya da sanıkla hasım olması nedeniyle ona karşı kin güdebilmesi; intikam hissi içerisinde olabileceği düşünülerek konmuştur. Bu yönüyle de doğru bir düzenlemedir. Ancak öte yandan düzenleme, yukarıda değinmiş olduğum CMK m. 234/1. a. 2 ile mağdura ve yakınana verilen; Cumhuriyet Savcısı'ndan belge örneği isteme hakkı ile çatışmaktadır. Öyle ki mağdur ya da yakınan Cumhuriyet Savcısı'ndan bizzat belge örneği isteyebilecek fakat bu belgeler soruşturma belgesiye bunu ancak vekili aracılığıyla inceletebilecektir. Oysa CMK m. 234/1. a düzenlemesi soruşturma evresinde mağdurun ve yakınanın haklarını düzenlediğinden; dosyadaki belgeler mutlaka soruşturma evrakı olacaktır. Şu halde kanımca 234/1. a. 2 ile çatışan 234/1. a. 4 düzenlemesi birbiriyle koştur duruma getirilmelidir. Aksi halde, mağdurun ya da yakınanın dosyadan örnek alma hakkı bakımından ciddi tartışmalar ortaya çıkabilecektir.

Öte yandan CKY m. 45/4 düzenlemesine göre, mağdur ya da yakınan vekili olmadan da Cumhuriyet Savcısı'ndan belge örneği isteyebilecektir. Bu da CMK m. 234/1. a. 4 düzenlemesine terstir.

Mağdurun belge isteme yönündeki isteminin Cumhuriyet Savcısı tarafından reddedilmesi üzerine mağdur buna itiraz edebilecek midir? CMK m. 234 bu konuda bir açıklık taşımadığından, sorunun çözümü için genel düzenleme olan CMK m. 267'ye başvurmak gerekecektir. Ancak CMK m. 267 de sadece yargıç kararlarına ve yasanın açıkça gösterdiği durumlarda mahkeme kararlarına karşı itiraz olanağı tanımıştır. Şu halde, savcının bir emriyle hakkı kısıtlanan mağdurun CMK'ya göre yolunun kapalı olduğu görülmektedir.

Buna çözüm olarak, böyle bir durumda mağdur ya da yakınan yukarıda bahsetmiş olduğum BEHK'ya göre bir başvuruda bulunmalı, bunun reddi durumunda da yine aynı yasaya göre konuyu Bilgi Değerlendirme Yüksek Kurulu'na taşınmalıdır. İkinci bir çözüm ise, CMK m. 173 düzenlemesinin mağdur ya da yakınan bakımından kıyasen uygulanması; Cumhuriyet Savcısı'nın dosya incelememe yönündeki kararının da bir tür koşturmaya yer olmadığı kararı gibi düşünülmesi ve en yakın yer ağır ceza mahkemesine itiraz olanağının sağlanmasıdır. Aksi halde mağdur aleyhine de hak yitimleri oluşabilecektir.

F. Dosyadan Örnek Alma Hakkının Kötüye Kullanılması ve Yaptırımını (TCK 285)

Dosyadan belge ve örnek alma hakkının kötüye kullanılması durumunda müdafinin ve vekilin hem avukatlık meslek kuralları doğrultusunda disiplin sorumluluğuna hem de TCK doğrultusunda cezai sorumluluğuna gidilebilecektir. Sungurbey, bu durumun Av. K. m. 134'teki görevinin gerektirdiği dürüstlüğü göstermemek kapsamında kaldığını belirtmektedir.²⁹ Böyle bir davranış aynı zamanda Avukatlık Meslek Kuralları'nın 3 ve 4. maddelerine de aykırılık oluşturmaktadır

TCK m. 285 ile gizliliğin ihlali, yeni bir olarak oluşturulmuş ve yaptırıma bağlanmıştır. Buna göre, soruşturma aşamasının gizliliğini açıkça ihlal eden kimse cezalandırılacaktır. Ancak kural suçun maddi unsuru bakımından aleniyetin aranması olmakla beraber, soruşturma aşamasında alınan ve kanun hükmü gereğince gizli tutulması gereken kararların ve bunların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliğinin ihlalinde ise aleniyet koşulunun gerçekleşmesi aranmayacaktır. Bu nedenle, dosyada CMK m. 153/2 gereğince alınmış olan bir gizlilik kararı bulunmasına rağmen, bu gizliliği ihlal eden müdafi bakımından TCK m. 285'in uygulanması gündeme gelebilecektir.

Alman Hukuku'nda da benzeri bir düzenleme mevcuttur. Ancak Almanya'da bu nedenle avukatın sorumluluğuna ender olarak gidilmektedir.³⁰

G. Sonuç ve Değerlendirme

Müdafinin ve vekilin dosyayı incelemesi ve dosyadan örnek alması bakımından ceza muhakemesi sistemimizde soruşturma ve kovuşturma evreleri ayrı ayrı düzenlenmiş olup; kovuşturmada delillerin müşterekliği ve aleniyet ilkeleri gereğince ne müdafiyeye ne de vekile dosyadan örnek alma veya dosyayı inceleme bakımından bir kısıtlama getirilmiş değildir. Ancak kovuşturma evresi bakımından YİGY m. 22/4 ve AMKYK m. 90 bakımından, iddianamenin mahkemeye verilmesiyle başlaması; CMK m. 153'e göre daha güvenceli bir rejim öngörmektedir ve CMK bakımından da bu rejim kabul edilmelidir.

²⁹ Sungurbey, *a. g. e.*, s. 195.

³⁰ Sungurbey, *a. g. e.*, s. 195, dn 306.

Kovuşturma aşaması bakımından ceza muhakemesi sistemimizde bir duraksama söz konusu değilken, soruşturma aşamasında bu yetkinin kullanılması bakımından ise farklı düzenlemelerin getirilmiş olduğu; özellikle CKY m. 45. maddesi ile Av. K m. 2; 46/2 ve CMK m. 153'teki güvencelerin kısıtlandığı ya da tamamen ortadan kaldırıldığı, düzenlemenin CMK m. 234 ile de çelişen yönlerinin bulunduğu; bu nedenle soruşturma evresinde müdafinin dosyadan örnek alma ve dosyayı incelemesinin farklı mahkemelerde farklı şekilde yorumlanabileceği; bunun da savunma hakkını ciddi olarak kısıtlayabileceği kanısındayım. Ayrıca, CKY m. 45 ile müdafinin dosyayı incelemesi için vekaletname veya yetki belgesi aranması hem uygulamada şüphelinin birtakım güçlüklerle karşılaşmasına neden olacak; hem de CMK m. 153/2 anlamında bir gizlilik kararı olmamasına rağmen şüphelinin savunma hakkının, müdafiiine dosya inceletmeme yoluyla kısıtlanabilmesi söz konusu olabilecektir.

Yönetmelikle, yasa hükmünün bertaraf edilmesi ve uygulanamaz duruma getirilmesi hukuk devleti olan Türkiye'de kabul edilebilir bir yaklaşım değildir. Şu halde, gerek AY m. 2, 11 ve 124'e gerekse Av. K m. 2; 46/2 ve CMK m. 153'e aykırı olan CKY m. 45, idari yargıda iptal edilene dek, uygulamacılar tarafından, Anayasa Mahkemesi'nin Demokratik Barış Hareketi Partisi'nin kapatılması davasındaki gerekçelerle yok sayılmalı ve uygulanmamalıdır. Aksi halde, olası bir başvurudan Türkiye'nin savunma hakkını kısıtlaması nedeniyle AIHM nezdinde mahkumiyeti gündeme gelebilecektir.

Av. K düzenlemeleriyle CMK düzenlemelerinin dosyadan örnek alma bakımından çeliştiği görülmektedir. Bu durumda, şüphelinin lehine olan ve sonradan yürürlüğe giren CMK hükümleri Av. K. hükümlerine yeğlenmeli ve öncelikle uygulanmalıdır. Ayrıca, avukatların kendi yasası ile kendilerine getirilmiş olan sınırlama yeniden düzenlenmeli ve CMK ile Av. K. yalnızca ceza yargılaması bakımından koşut hale getirilmelidir. Avukatlık Kanunu'na, CMK bakımından dosya incelemede ve dosyadan örnek almada CMK hükümleri uygulanır şeklinde 46. maddeye eklenecek bir fıkra bu yöndeki tartışmaları sonlandıracaktır.

Mağdura ya da yakınana Cumhuriyet Savcısı aracılığıyla verilen, dosyadan örnek isteme yetkisi şüpheliye de tanınmalı; hele şüphelinin kendi ifadesini içeren tutanaklarla, hazır bulunmaya yetkili olduğu işlemlerin tutanaklarını görmesi ve onlardan örnek alması engellenme-

melidir. CMK'ya buna yönelik açık bir düzenleme koymak, BEHK'teki başvuru yoluna başvurarak belge örneği istenmesi gibi bir uygulamanın da önünü kapatacağından, yasalar arasındaki çelişkili uygulamaların da önüne geçilecektir.

Dosyadan belge ve örnek alma hakkının müdafii veya vekil tarafından kötüye kullanılması durumunda TCK m.285 düzenlemesi ve avukatlık meslek kurallarının öngördüğü disiplin yaptırımları dikkatle uygulanmalı ve savunma hakkının kötüye kullanılmasının önüne geçilmelidir. İyi savunma için iyi uygulama, iyi uygulama içinse iyi yasa gerekir.

KAYNAKÇA

- <http://www.anayasa.gov.tr/general/kararbilgibank.asp> (17. 05. 2007)
- Can, Osman, *Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.
- Demirbaş, Timur, "Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Müdafilik", *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl:3, Sayı 32 (Ağustos 2005).
- Kunter, Nurullah / Yenisey, Ferudun, / Nuhoglu, Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Arıkan Yayınevi, İstanbul-Mart 2006.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami / Dursun, Selman, *Türk Hukukunda Müdafinin Yasaklılık Halleri*, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, Eylül 2004.
- Özkent, Ali Haydar, *Avukatın Kitabı*, İstanbul 1940, Arkadaş Basımevi, (2. Baskı: Tıpkı Basım:Ufuk Reklamcılık ve Matbaacılık, İstanbul 2002).
- Öztürk, Bahri / Erdem, Ruhan, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.
- Sungurtekin, Meral, *Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:62, İzmir 1995.
- Taşkın, Şaban Cankat, "Arama Yönetmeliği'nin 27. Maddesinin Değerlendirilmesi" konulu yayımlanmamış makale ve tebliğ sunumu (Bursa Barosu'nun 3-4 Mart 2007 tarihli "Hukuka Aykırılıklar ve Çözüm Yolları" konulu Sempozyumu)
- Taşkın, Şaban Cankat, "Müdafinin ve Vekilin Hukuki Yardımı, Sınırları İle Uygulamada Karşılaşılan Sorunların AİHM İçtihatları Işığında Değerlendirilmesi" konulu makale, *TBB Dergisi*, Sayı 69 (Mart-Nisan 2007).
- Zafer, Hamide, *Fail Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu*, BETA Kitabevi, Mayıs 2004 İstanbul, s. 315.