

MÜDAFİNİN ve VEKİLİN HUKUKİ YARDIMI, SINIRLARI ile UYGULAMADA KARŞILAŞILAN SORUNLARIN AİHM İÇTİHATLARI IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Ş. Cankat Taşkın *

Müdafî ve vekil yetkileri ile katılan, şüpheli ve sanık hakları birbirinden ayrılamayan, birbirinin bütünleyici parçası olan kavramlardır. Müdafî olmazsa sanık hakkı; vekil olmazsa katılan hakkı olmaz.

Bu derece iç içe geçmiş olan ceza yargılaması kişilerinden müdafînin ve vekilin yetkileri ile bu yetkilerin iç hukukumuzdaki sınırının ne olduğunun incelenmesi adil yargılanma ilkesinin ülkemiz hukukunda daha etkin uygulanması ve gerek müdafînin gerekse vekilin yargılamaya daha etkin katılmasını sağlamak bakımından önem taşımaktadır.

1. Medeni Yargılama Bakımından

Vekilin medeni yargılamadan kaynaklanan hukuki yardımında kural müvekkilin talimatıyla bağlı olmaktır. Talimata aykırı davranışından ötürü müvekkilin zararı doğarsa; vekil bunu gidermekle yükümlüdür. (BK 388, 389, 390, 321)

Bireyin Medeni Yargılama bakımından da avukat yardımından yararlanması temel insan haklarından olan savunma hakkının gereklerindendir ve adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. (AİHS m. 6)

Bunun iç hukuktaki yansıması Anayasa m. 36'dır. Anayasa m. 36, AİHS m. 6 kadar geniş yazılmamıştır. Ancak AİHS m. 6 ile birlikte yorumlanmalıdır. Zira bu yaklaşım aynı zamanda AY 90/son gereğidir.

AİHM'in Artico-İtalya Kararı ile Airey-İrlanda Kararları Medeni Yargılamada da avukat yardımından yararlanmanın temel bir insan

* Av. Bursa Barosu.

hakkı olduğu ve bu kurala uyulmamasının sözleşmenin 6. maddesinin ihlali anlamına geleceğini göstermesi bakımından önemlidir. Kararlarda ayrıca, avukat yardımından “etkin” olarak yararlanmanın öneminden bahsedilmektedir. Eş deyişle, avukatın yargılamada bulunması yetmez; avukat aynı zamanda etkin bir hukuki yardım sunmuş olmalıdır.¹

2. Ceza Yargılaması Bakımından

A. Temel Kural: Savunmada Sınırsızlık ve Serbestlik

I. Müdafî ve Vekilin Ceza Yargılamasındaki Yetkileri

Ceza Yargılamasında kural hukuki yardımın “sınırsız” olmasıdır. (CMK 149). Bu konudaki temel kuralları AİHS 6/3. c; İHEB 11; BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m. 14/1; Anayasa m. 36; ile CMK 149-156, 197 ve 234-239 (mağdur bakımından) arasındaki hükümler belirlemektedir.

Özellikle CMK 149/1 gereğince şüpheli veya sanık soruşturma ve kovuşturmanın *her aşamasında* müdafî yardımından yararlanma hakkına sahiptir.

a. Müdafinin ve Vekilin Soruşturma Aşamasındaki Yetkileri

Müdafî, soruşturmanın her aşamasında şüpheliye hukuki yardımda bulunabilir (CMK 149/1). Hatta birden çok müdafî de şüpheliye hukuki yardım sunabilir. Soruşturma aşamasının her basamağında müdafinin şüpheliyle görüşme; ifade alma veya sorgu sırasında onun yanında bulunma hakkı engellenemez; kısıtlanamaz (CMK 149/3).

Müdafî, soruşturma aşamasında dosya içeriğini inceleyebilir ve dosyadan istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak temin edebilir (CMK 153/1). Bu maddedeki haklardan suçtan zarar görenin vekili de aynen yararlanabileceğine göre, onun da soruşturma aşamasında dosyadan örnek alması harca tabi olmaksızın ve vekaletname aranmaksızın mümkün olmalıdır (CMK 153/5).

Müdafî soruşturma aşamasında şüpheliyle her zaman ve vekaletname aranmaksızın; konuşulanların duyulamayacağı bir ortamda gö-

¹ Konuyla ilgili AİHM Kararları Prof. Dr. Bahri Öztürk-Doç. Dr. M. Ruhan Erdem’in *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, adlı kitabından alınmıştır. (9. Baskı, Seçkin Yayınevi, s. 167)

rüşme hakkına sahiptir. Müdafî ile şüphelinin yazışmaları denetime tabi tutulamaz (CMK 154). Bu hakkın katılan-vekil ilişkisi bakımından da uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz. Yani CMK 154 hükmü, mağdur ile şikayetçi ve katılanın hakları bakımından da (CMK 234/1. a-3; CMK 239) kıyasen uygulanmalıdır.

Müdafinin sorguda bulunma ve sorgu sırasında da şüpheliye hukuki yardım sunma hakkı vardır (CMK 147/1. c; 91/6).

Aynı yöndeki düzenlemeler Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Yasada da belirtilmektedir (CGTİHK m. 42/4; 43/3; 44/5; 68/4; 86/8. c. son; 114/5). Burada özellikle m. 44/5 çok dikkat çekicidir. Zira tutuklunun “*hücrede dahi*” avukatıyla görüşme hakkı engellenmemektedir. Ayrıca yasanın 114/4-5 hükmü de tutuklunun tutukevinde müdafii ile görüşmesini ve haberleşmesini güvencelemektedir.

Yönetmeliklerde de tam serbestlik kuralı korunmaktadır. (Yakalama Yön. 20/3; 21/1. Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkındaki Yön. m. 19).

b. Müdafinin ve Vekilin Kovuşturma Aşamasındaki Yetkileri:

Müdafî ve vekil bakımından tam serbestlik kuralı CMK 153/4² ile karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, müdafî ve vekil iddianamenin yargıevi (mahkeme) tarafından kabul edildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilecektir. Bu konuda CMK 153/2’deki gizlilik kararı kovuşturma aşaması bakımından geçerli olamayacaktır ki kovuşturma aşaması kural olarak açıktır.

Düzenleme yanlış yorumlara yol açabilir. Zira yasanın lafzi yorumuna göre sanki yalnızca muhafaza altına alınmış olan delillerin incelenebileceği anlaşılmaktadır. Oysa yasa amacına göre yorumlandığında, inceleme yetkisinin kovuşturma aşamasının aleniliği de dikkate

² CMK 153 hükmü şöyledir: “Müdafinin dosyayı inceleme yetkisi: (1) Müdafî soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir. (2) Müdafinin dosyayı incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet Savcısı’nın istemi üzerine, sulh ceza hakiminin kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir. (3) Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında, ikinci fıkra hükmü uygulanmaz. (4) Müdafî, iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir; bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir. (5) Bu maddenin içerdiği haklardan suçtan zarar görenin vekili de yararlanır.

alındığında; yalnızca muhafaza altındaki delillerle sınırlı olmaması gerektiği görüşündeyiz. Aksi halde, düzenleme ile istenilen amaca ulaşılammış ve savunma hakkı kısıtlanmış olacaktır.

Müdafî ve vekilin acaba otopside, yer göstermede, aramada, keşifte bulunma hakkı var mıdır?

CMK 74/2 gereğince gözlem altına alınan şüpheliye veya sanığa hakimnin veya yargıevinin istemi üzerine baro tarafından müdafî atanır. Buradaki müdafinin de CMK 149 vd. hükümlerinde belirtilen yetkilerle haklara sahip olması gerektiği görüşündeyiz.

Acaba CMK 75'te düzenlenen şüpheli ve sanığın beden muayenesi işlemi sırasında şüphelinin veya sanığın müdafîi işlemde hazır bulunma hakkına sahip midir? Yasa hükmünde açıkça belirtilmediğine göre müdafinin bu işlem sırasında hazır bulunma hakkı olmadığını düşünmekteyiz. Ayrıca, bu işlem, 75/3 gereğince ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu bir görevli tarafından yapılabileceğine göre; bu işlem sırasında şüpheli veya sanıkla bu görevlinin bire bir durumda bulunması gerekmektedir. Şu halde, müdafî bu işlemde fiilen bulunamamalıdır.

Fakat acaba şüphelinin, sanığın ya da müdafinin belirlediği bir sağlık görevlisi (hekim) bu işlem sırasında hazır bulunabilecek midir? Bizce bu konuda otopsi (CMK 87) hükmü kıyasen uygulanmalı ve şüpheli, sanık ya da bunların müdafîi tarafından atanan hekim beden muayenesi sırasında hazır bulunabilmelidir. Aynı gerekçelerle, CMK 76'da düzenlenen diğer kişilerin beden muayenesi işleminde, mağdur vekilinin veya mağdurun belirleyeceği bir hekimin de muayene sırasında hazır bulunma hakkının engellenmemesi gerektiğini düşünmekteyiz.

CMK 81'de düzenlenen "Fizik Kimliğin Tespiti" tedbirinde de şüphelinin veya sanığın müdafîi ile -olayın özelliği gerektiriyorsa- suçtan zarar görenin vekilinin de hazır bulunmasının engellenmemesi gerektiğini düşünmekteyiz. Zira şüphelinin veya sanığın fizik kimliğinin tespiti şüpheli ya da sanık aleyhinde sonuçlar doğurabilecek bir işlemdir. Çünkü bu işlemler sırasında kolluk görevlileri şüpheliden fotoğraf, beden ölçüsü, parmak ve avuç içi izi; bedensel özellikleri ve ses kaydı alabilmektedirler. Bu nedenle bu işlemi uygulayacak olan kolluk görevlilerinin hak ihlallerine yol açabileceği düşünülerek, şüpheli veya sanığın müdafîinin bu işlem sırasında hazır bulunarak hukuki yardım sağlaması ile AY 38/5'teki "hiç kimse kendisini veya kanunda gösterilen

yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.” Hükmü ve CMK 149’da düzenlenen şüphelinin veya sanığın soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında müdafî yardımından yararlanma hakkının engellenememesi ve kısıtlanamaması hükmü de işlevsel kılınmış olacaktır.

Bu tedbirin uygulanmasında şüpheli veya sanık bakımından CMK 149/2 ile getirilen 3 avukat sınırı uygulanamaz. Çünkü yasa metnine göre, 3 avukat sınırı ancak soruşturma evresinin “*ifade alma*” başlığı ile sınırlı olan bir sınırlamadır. Şu halde, bu tedbir bakımından görüşümüze göre, şüpheli veya sanık için müdafî sayısı bakımından herhangi bir kısıtlama söz konusu değildir. Ancak fizik kimliğin tespiti işlemi kovuşturma aşamasında da yapılabileceğinden, kovuşturma aşaması bakımından zaten avukat sayısında bir sınırlama söz konusu değildir. Bu, diğer işlemler bakımından da geçerli olan temel kuraldır.

CMK 83’te düzenlenen keşif sırasında da şüpheli veya sanığın müdafî ile suçtan zarar görenin ya da katılanın vekili hazır bulunabilirler ve kendilerine yasa ile tanınmış olan tüm yetkileri (CMK 201’deki doğrudan soru sorma hakkı; 177-178’deki doğrudan delil getirme hakkı dahil) kullanabilirler.

CMK 85’te düzenlenen “*yer gösterme*” işlemi ile CMK 52/2’de gösterilen “*yüzleştirme*” işlemlerinde de müdafî ile (yasada açıkça belirtmemesine rağmen) vekilin de bulunması ve haklarını kullanması engellenememelidir.

CMK 86 ve 87’de düzenlenen *ölünün kimliğinin tespiti* bakımından görüşümüze göre, müdafinin veya vekilin atayacağı hekimin bu işlemler sırasında hazır bulunması engellenememelidir.

CMK 120/3 hükmü gereğince kişinin avukatının arama sırasında hazır bulunması engellenemez. Fakat avukata aramadan önce haber verilmez. Başka bir deyişle, aramanın özelliği “*önceden haber verilmeksizin*” yapılması olduğundan avukata önceden haber verilmemesi doğrudur. Fakat bizce, eğer kişinin evine gidilmişse ve arama işlemine başlanacağı kişiye söylenmişse, kişinin avukat istemesi veya avukatını seçmesi durumunda da aramaya başlamadan önce avukatın beklenmesi doğru olacaktır. Kolluk, avukat beklenirken delillerin kaybolmaması için gereken önlemleri almalı; ancak avukat geldikten sonra aramaya başlamalıdır. Aksi halde, CMK 120/3 hükmü “*uygulanamaz*” hale gelecektir. Ya da ancak kişinin avukatı arama sırasında “*tesadüfen*” aranılacak yerde bulunuyorsa bu hüküm uygulanabilecektir.

Aramada ve yukarıda incelediğimiz diğer koruma tedbirlerinde avukatın hazır bulunması hukuka aykırılıkları önleyecek; hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılmamasını sağlayacak ve AY 36 ile AİHS 6'da düzenlenen "adil yargılanma hakkı"nın işlevsel kılınmasının önünü açacaktır.

Özellikle aramada CMK 138 ile düzenlenen "tesadüfen elde edilen deliller" konusu önem taşıdığından, kolluğun aramadaki sınırı ve amacı aşırıp aşmadığı ancak aramada avukatın hazır bulunmasının mutlaka sağlanması ile denetlenebilecektir. Yine CMK 141/1. i hükmüne göre, hakkındaki aramanın ölçüsüz olarak gerçekleştirildiği iddiası ile şüphelinin veya sanığın açacağı tazminat davaları da böylece azaltılmış olacaktır.

II. Konuyla İlgili AİHM İçtihatları

AİHM, *Öcalan-Türkiye kararı*nda savunma hakkının daha yakalama ile başlayacağını dile getirerek, Öcalan ile müdafisinin 7 gün boyunca görüştürülmemesini Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlali, olarak yorumlamış ve Türkiye'yi tazminata mahkum etmiştir. (Aynı yönde bkz. , *John Murray-Birleşik Krallık Kararı*)

Ücretsiz müdafilik de AİHM Kararları ile önerilmektedir.³ AİHM; *Tuan Tran Pham Hoang-Fransa Kararı*'nda (aynı yönde bkz., *Quaranta-İsviçre Kararı*) ücretsiz müdafiden yararlanmanın adil yargılanma hakkının temel kurallarından olduğuna; ancak bu haktan yararlanabilmek içinse öncelikle şüphelinin müdafi ücretini karşılayamayacak durumda olması ve adaletin sağlıklı işlemesi bakımından müdafi atanmasının gerekmesi koşullarının varlığına işaret etmektedir.

İkinci koşul için yargıevi olayın karmaşıklığını, suçun ve cezanın ağırlığını, başvurucunun tutumunu dikkate alır; değerlendirmeyi buna göre yapar. Ücretsiz avukat yardımından yararlanmak medeni yargılama bakımından da bir haktır. (*Airey-İrlanda Kararı*)

AİHM,⁴ *Golder-İngiltere Kararı*'nda (21.02.1975) hükümlü ve tutukluların yazışmalarına ya da avukatlarıyla görüşmelerine sınırlandırma getirilmesini AİHS m. 8 hükmünün ihlali olarak yorumlamıştır. Yargıevine göre, bu tür sınırlandırmalar ancak AİHS 8/2'de belirtilen koşulların varlığı durumunda (ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ül-

³ Kararlar için bkz., dn 1, a. g. e., s. 167 vd.

⁴ Karar için bkz., dn 1, a. g. e., s. 177 vd.

kenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüğünün korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla) uygulanabilir.

Golder Kararı'ndaki gibi kendisine hakaret ettiği gerekçesiyle bir gardiyan hakkında dava açmak için avukatıyla görüşmek istemesinin önlenmesi m. 8/2'deki kısıtlama koşullarından sayılmayacak ve bu ihlali gerçekleştiren hükümet m. 8/2'den tazminat ödemeye mahkum edilebilecektir.

AİHM'in benzer nitelikteki kararları *Boyle&Rice-İngiltere* (27.4.1988) ve *McCallum-İngiltere* (30.08.1990) *Silver vd&İngiltere* (25.03.2983) kararlarıdır.⁵ Yargıevi bu kararlarda infaz kurumlarında belirli bir düzenin sağlanması bakımından hükümlülerin yazışmaları dahil bazı kısıtlamalara gidilebileceğine değinmekle birlikte, hükümlülerin mektuplarının bazılarının yerlerine gönderilmemesi nedeniyle İngiltere'yi mahkum etmiştir.

AİHM'in hükümlü-avukat haberleşmesi bakımından *Campbell&İngiltere* (25.03.1992) ve *Schönenberder/Durmaz&Almanya* (1988) kararları önemlidir.⁶ Buna göre hükümlünün yazışmalarına belli sınırlar konabilir; fakat hükümlü/sanık ile avukatı arasında yapılan yazışmaların hiçbir şekilde denetime tabi tutulamaması gerekir. Çünkü avukat ile sanık arasındaki haberleşmenin gizli olması kuraldır.

Ayrıca *Schönenberger/Durmaz&Almanya* Kararında avukatının sanığın beyanda bulunmama hakkı olduğu, söyleyeceği her şeyin yargılayanın ilerleyen aşamalarında aleyhinde delil olarak kullanılabileceği ve ifade vermemesinin kendi yararına olacağını belirten tutuklu sanığa gönderilen mektubun savcı tarafından tutukluya ulaştırılmadan 4 gün sonra avukata geri gönderilmesinin sözleşmenin 8. maddesi ile güvenceleşen haberleşmeye saygı hakkının ihlali olduğuna hükmederek Almanya Hükümeti'ni tazminata mahkum etmiştir.

Yargıtay da yerleşik içtihat halini almış kararlarında, müdafî yardımından yararlanmanın önlenmesini savunma hakkının ihlali olarak görmekte ve şöyle demektedir: "*Savunma hakkı hiçbir gerekçe ile kısıtlanamaz*" Ayrıca savunma hakkının kısıtlanması CMK 289/1. h hükmü gereğince mutlak bozma nedenidir.

⁵ Kararlar için bkz., dn 1, a. g. e., s. 177 vd.

⁶ Kararlar için bkz., dn 1, a. g. e., s. 177 vd.

III. Müdafinin Hukuki Niteliği Hakkındaki Görüşler ve Uygulamada Karşılaşılan Bazı Sorunlarla İlgili Çözüm Önerilerimiz

Öğretide müdafinin sanığın yardımcısı mı yoksa temsilcisi mi olduğu konusu tartışmalıdır. CMK'nın gerekçesine göre, müdafî sanığın yardımcısıdır ve müdafî aynı zamanda adalete de yardım etmelidir. Avukatlık Yasası m. 1, avukatlığın hukuki sorunların çözülmesinde yardımcı, bağımsız, serbest bir kamu hizmeti olduğunu belirtmektedir. Ayrıca, öğretide çoğunluk müdafinin sanığın yardımcısı olduğunu savunmaktadır ki biz de bu görüşün CMK'nın mantığıyla daha iyi bağdaştığını düşünmekteyiz.

Sanıkla müdafî arasındaki ilişkinin temsil ilişkisi olamayacağı açıktır. Çünkü temsil eden, temsil olunanın talimatları ile bağlı olup; bu talimatların dışında hareket etmesi söz konusu olamaz. Oysaki Ceza Yargılaması bakımından müdafinin yetkilerinin hukuk yargılamasının tersine kural olarak "sınırsız" olduğundan müdafinin sanığın talimatlarıyla bağlı olmaması ve maddi gerçeğin ortaya çıkması için sanık talimat vermemiş olsa dahi sanığın lehine isteklerde bulunarak sanığa ve adalete yardımcı olması gerekir.

Ceza Genel Kurulu 1974 yılında verdiği bir kararında şunu belirtmiştir: "Müdafî, temsil yetkisini haiz olan vekilden ayrı bir statüye tabidir ve hukuktaki vekiller kadar geniş ve mutlak bir temsil hakkını haiz değildir."

Savunma dokunulmazlığı da müdafinin hukuki yardımda bulunurken baskı altında kalmamasını sağlamak bakımından önemli bir düzenlemedir (TCK 128). Buna göre avukat, savunma dilekçesinde kullandığı ifadeler ve savunma yöntemi nedeniyle kural olarak suçlanamaz ve hakkında soruşturma açılmaz.

Ayrıca, Türkiye Barolar Birliği *Avukatlık Meslek Kuralları'nın* 21. maddesi avukatın kişisel ya da mesleki onurunun zorunlu kıldığı hallerde duruşmayı terk edebileceğini ve bu durumda avukatın derhal baroyu bilgilendireceğini düzenlemektedir.

Meslek Kuralları'nın 21. maddesi özellikle kovuşturma aşamasında yargievi tarafından avukatın savunma hakkı ağır bir şekilde ihlal edilmişse ve avukat da gereken tüm müdahalelerde bulunmasına rağmen bu ihlali sonuçlandıramamışsa kullanılabilir. Fakat bu durumda sanığın haklarının zedelenmemesine avukat azami özeni göstermelidir. Önceliğin sanığın hakkına mı yoksa mesleğin veya avukatın onu-

runa mı verilmesi gerektiğini avukat somut olaya göre çok iyi tahlil etmeli ve duruşmayı terk etme hakkını bundan sonra kullanmalıdır.

5271 sayılı CMK'nın sisteminde zorunlu müdafilik kuralı; müdafisiz yargılama ayrıksıdır. Buna göre isteyen her şüpheliye yakalama anından itibaren müdafii atanması gerekmektedir (AİHS m. 6/3. b, c; CMK 150). İsteği halinde mağdura da vekil atanır. (CMK 234-239) Şüpheli 18 yaşından küçükse; sağır ya da dilsizse yahut kendini idare edemeyecek derecede malulse isteği aranmaksızın şüpheliye müdafii atanır. Üst sınırı 5 yıl veya üzerinde olan suçlar bakımından da şüpheliye müdafii atanması zorunludur. Şüpheli bu müdafilere ücret ödemez ancak Türkiye Barolar Birliği'nin rücu hakkı saklıdır. Ancak burada yakın gelecekte karşılaşılabilecek sorunlardan biri de hem zorunlu müdafiliğin gerektiği hallerde kişinin müdafii olmadan yargılamaya devam edilmeyip kişiye müdafii atanması (kişiye tercih olanağı verilmemesi) hem de dönüp kişiden atanan bu müdafinin/vekilin ücretinin rücu edilecek olmasıdır. Görüşümüze göre bu düzenleme doğru değildir. Çünkü kişiye hem istemediği halde (zorunlu olarak) müdafii/vekil atanmakta hem de istemediği halde atanan bu vekilin/müdafiiye ödenen ücret Barolar Birliği tarafından rücu edilmektedir. Bunun yerine, aşağıda önerdiğimiz çözüm uygulanmalıdır.

Adil yargılanma hakkı bakımından düşünüldüğünde çok çağdaş, ilerici ve AİHM içtihatlarıyla AİHS m. 3/c ve d hükümleriyle koştur o bir düzenleme olan CMK 150 hükmü ne yazık ki uygulamada birtakım sorunlara yol açmaktadır.

Görüşümüze göre, soruşturma işlemleri bakımından (yakalama anından sorgu aşamasının sonuna dek) isteyen her şüpheliye avukat atanması uygundur ve doğrudur ancak kovuşturma aşamasında isteyen herkese ya da CMK 150/3 hükmü gereğince üst sınırı 5 yıl ve üstü ceza gerektiren her suç için müdafii atanması hükmü değiştirilmelidir. Zira hüküm şimdiki durumuyla uygulanmaya çalışıldığında, uygulamada ciddi sıkıntılarla karşılaşmakta; gelir durumuna ve ödeme gücüne bakılmaksızın herkese avukat atanması hem devletin bunun maliyetini karşılaması bakımından birtakım güçlükler yaratmakta; hem de kovuşturma aşamasında belli bir noktaya gelindikten sonra o dosya için görevlendirilen müdafii meslektaşlarımız dosyanın içeriğinden habersiz olduğundan etkili ve doğru bir savunma yapamamaktadırlar.

Ayrıca CMK 151/2 gereğince yeni atanan müdafii savunmasını hazırlamak için yeterli zaman olmadığını beyan ettiğinde yasanın bu yurucu düzenlemesi gereği, müdafiiye yeterli sürenin verilmek duru-

munda oluşu da kovuşturma aşamasındaki yargılamanın uzamasına yol açabilmektedir. Adil yargılanma açısından 151/2 doğru bir hükmüdür fakat yasanın 150/1 ve 3 hükmü ile birlikte yorumlandığında yargılamanın uzaması gibi olumsuz bir sonuca da yol açabilmesi bakımından AİHS 6/1 hükmünün makul sürede yargılanma bakımından ihlali sonucunu doğurabilecektir. Özellikle de bazı ceza *yargievilerinde* 9 ay 10 ay süre sonraya duruşma günü verildiği düşünüldüğünde-ki bu durum CMK 190'a açıkça aykırıdır- yargılamanın uzaması kaçınılmaz olarak gündeme gelebilecektir.

Bu sakıncanın önlenmesi bakımından soruşturma aşamasında görev verilen müdafilere aynı dosyanın kovuşturma aşamasında da görev verileceği CMK 156'ya eklenecek bir fıkra ile yasa hükmü haline getirilmeli; ancak CMK 156/3 hükmü aynen korunmalıdır. Bu düzenleme müdafinin ya da vekilin işi en başından beri izliyor olması nedeniyle hem duruşmanın gereksiz yere uzamasını önleyecek hem de bazı hak yitimleri gerek sanık gerekse katılan bakımından engellenebilecektir.

Örneğin uygulamada sıklıkla görüldüğü gibi, yeni atanan bir müdafî huzurdayken ve dosya hakkında bilgi sahibi değilken yargievinin sanığı ya da tanığı sorgulaması sıkça görülmektedir. Böyle bir durumda müdafiden doğru ve etkin bir savunma yapması beklenmemelidir. Zira müdafî dosya hakkında bilgi sahibi olmadığından CMK 201'den kaynaklanan soru sorma hakkını kullanamayacağı gibi; CMK 217/1 gereğince sanık, tanık, mağdur (katılan) ya da bilirkişi beyanı duruşmaya getirilip tartışıldığından yargievi bu beyanlara göre karar verebilecektir. Bu halde de doğru ve etkin yargılanma hakkını düzenleyen AİHS m. 6 başta olmak üzere İHEB 10, AY 36/1 açıkça ihlal edilmiş olacak ve müdafî “*noter gibi*” çalışmak durumunda kalacağından TCK m. 6/1. d ile avukata verilen “*yargının kurucu unsuru*” ifadesi Ceza Yargılaması bakımından işlevsiz kılınmış olacaktır.

Böyle bir durumda müdafinin CMK 151/2 hükmünü gerekçe göstererek sorgunun ertelenmesini istemesi gerekmektedir. Ancak böyle bir istemde bulunulduğunda yargievleri uygulamada çoğu kez bu haklı isteği sanığın ve tanıkların yeniden çağrılmalarındaki güçlüğü gerekçe göstererek reddetmektedirler. Dolayısıyla, CMK 156 hükmü yukarıdaki önerimiz doğrultusunda düzenlenmedikçe uygulamada avukatlardan etkili ve doğru bir savunmada bulunmaları beklenmemelidir. Zira CMK şüphelinin veya sanığın olabildiğince iyi savunulmasını öngörmekteyken, uygulama dayanağını yasadan aldığı için

yanlış sonuçlar doğurmakta ve böylece hem savunma hakkı kısıtlanmakta hem de müdafî yetkileri fiilen daralmış olmaktadır.

Ayrıca yine CMK 150 hükmü kovuşturma aşaması bakımından düzenlenmeli ve 1. fıkraya *“istemi halinde sanığın mali durumu araştırılır ve bundan sonra uygun görülürse sanığa müdafî atanır”* şeklinde değiştirilmelidir. Bu araştırmayı yargıevleri Cumhuriyet Savcılıkları aracılığıyla yaptırabilecekleri gibi, baroların CMK uygulama merkezleri de adli yardım bürolarının uyguladığı ölçütleri kullanarak bu araştırmayı yapabilirler. Araştırma yöntemi bir yönetmelikle düzenlenebilir. Bu konuda Avukatlık Yasası’nın 178/1. maddesi yol göstericidir.

Kovuşturma aşaması bakımından müdafî yardımından ücretsiz olarak yararlanmak hukuk yargılamasındaki *“Adli Yardım”* kurumu ile koşut hale getirilmelidir. Bu sağlandığında, gerçekten mali durumu iyi olan ancak ücretsiz müdafî yardımından yararlanan kişiler kendi müdafîlerini seçme yoluna gideceğinden hem uygulamada avukatlar bunun yararını göreceklere hem de müdafîler önlerindeki CMK dosya yükü azalacağı için yeterli ve etkili savunma yapmaktan uzak ve noter görevi görme durumundan kurtulmuş olacaklardır. Böylece AİHS 6/1’de ve AY 36/1’de güvencelenen *“adil yargılanma”* hakkı da korunmuş ve sağlanmış olacaktır.

CMK 150/2 aynen korunmalı fakat CMK 150/3’teki *“üst sınırı 5 yıl”* ifadesi *“alt sınırı 5 yıl”* olarak yeniden düzenlenmelidir.

Benzeri bir düzenleme CMK 234/b 5 ve 239/1 hükümleri bakımından da yapılmalı ve madde hükümleri *“istemi halinde mağdurun veya suçtan zarar görenin mali durumu araştırılır ve bundan sonra uygun görülürse baro tarafından avukat atanır”* şeklinde yeniden düzenlenmelidir. CMK 239/2 hükmü ise aynen korunmalıdır. Bu konuda da Avukatlık Kanunu’nun 178/1 maddesi yol gösterici olarak düşünülebilir.

Ancak burada önemle vurgulanması ve unutulmaması gereken bir nokta da Avukatlık Yasası’nın 37. maddesi gereğince avukatın hiçbir gerekçe göstermeden iş reddetme hakkının bulunması hükmü ile CMK 150 hükmünün çatışıp çatışmadığıdır. Eş deyişle, avukat acaba kendisine baro tarafından gerek soruşturma gerekse kovuşturma aşamasında verilen bir işi reddedebilecek midir?

Avukatlık Yasası CMK’ya göre özel yasadır; şu halde öncelikle uygulanmalıdır ve bu nedenle avukat baro tarafından gönderilmiş bir işi de kişisel ilkeleri ile bağdaşmadığı vb gerekçelerle ya da herhangi bir gerekçe göstermeden reddedilir denildiği takdirde aynı yasanın 1.

madde ile avukata yüklenen “*kamu görevi görme*” sıfatı gözden kaçırılmış olacak ve şüpheli, mağdur ya da sanık bakımından önemli hak yitimleri söz konusu olabilecektir. Kaldı ki bizce CMK’nın müdafî ve vekil yetkilerine ilişkin düzenlemeleri Avukatlık Yasası’na göre öncelikle uygulanmalıdır. Her ne kadar Avukatlık Yasası CMK’ya göre özel bir yasa olsa da müdafî/vekil yetkileri ve şüpheli/suçtan zarar gören/sanık hakları gözetildiğinde CMK hükümlerinin daha özel olduğu ve Avukatlık Yasası hükümlerine göre öncelikle uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz.

Şu halde CMK uygulaması bakımından avukata işi reddetme hakkının verilmemesi gerekmektedir. Ayrıca, uygulamada CMK’da görev yapan avukatlar bu görevi yapmak için baroya başvurmakta (gönüllülük esası) ve bu başvuru sonucunda CMK’da görevlendirilmektedirler. Şu halde, hem CMK’da çalışmaya gönüllü olup hem de CMK’dan gelecek görevi-geçerli bir mazereti olmaksızın- reddetmek görüşümüze göre CMK mantığı ile de bağdaşmamaktadır. Bu konuda Avukatlık Yasası’nın Adli Müzaheretî düzenleyen 179/1 hükmü gözetilmeli ve kural olarak avukatın kendisine baro tarafından görev yazısı verildiğinde bu görevi üstlenmek zorunda olduğu kabul edilmelidir.

B. Ceza Yargılamasında Müdafî Yetkisindeki Kısıtlamalar

CMK ve diğer mevzuat, müdafîye bir yandan önemli yetkiler verirken; bu yetkileri bir yandan da önemli ölçüde sınırlamaktadır. Sınırlamalar şöyledir:

1. CMK ile Getirilen Sınırlandırmalar
2. CGTİHK ile Getirilen Sınırlandırmalar
3. Yönetmeliklerle Getirilen Sınırlandırmalar
4. Terörle Mücadele Yasası İle Getirilen Sınırlandırmalar

1. Sınırlandırmalara İlişkin Değerlendirme

CMK 149 ile şüpheli veya sanığın müdafî yardımından yararlanabilme koşulları belirlenmiştir. Buna göre, şüpheli veya sanık soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında en az 1 müdafînin hukuki yardımından yararlanabilir. Soruşturma veya kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukatın şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma ve sorgu süre-

since yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkı kısıtlanamaz, engellenemez. Ancak belirtilen bu geniş yetki ve haklara rağmen, CMK 149/2 önemli bir kısıtlama getirmiştir. Bu kısıtlama şöyledir:

a. CMK 149/2 ile soruşturma evresindeki ifade almada en çok 3 avukatın yardımından yararlanılabileceği belirtilmektedir. *Prof. Bahri ÖZTÜRK'e göre 3 avukatın yardımından yararlanmak şüpheli bakımından bir teminattır. Zira kolluktaki bir hukuka aykırılık 3 avukat varsa belgelendirilebilecektir.*⁷

Kovuşturma evresinde ise avukat sınırlaması getirilmemiştir. Görüşümüze göre, kovuşturma evresinde sanığa sınırsız avukatın yardımından yararlanma olanağı tanınırken soruşturma aşamasında bu sayının 3 le sınırlandırılması sanığın savunma hakkını kısıtlamak demektir.

Aynı yöndeki kısıtlama Yakalama Yön m. 20'de de vardır. Ancak, müdafinin ifade alma sırasında şüphelinin yanında bulunması ve ona hukuki yardım sunması engellenememektedir. Fakat Yönetmeliğin 23/d maddesi ile 20. maddesi karşılaştırıldığında; 23/d ile müdafiyeye önemli bir kısıtlama getirildiği görülmektedir.

Buna göre, "müdafî ancak hukuki yardımda bulunabilecek; şüpheliye sorulan sorulara doğrudan yanıt veremeyecek; onun yerini aldığı izlenimi doğuran herhangi bir müdahalede bulunamayacaktır. Ayrıca, müdafinin her türlü müdahalesi tutanağa geçirilir."

Özellikle müdafinin her türlü müdahalesinin tutanağa geçirilmesi; müdafinin savunma hakkını kullanırken duraksama içerisinde kalmasına ve hakkında soruşturma açılabilmesi tehlikesi ile görevini gerektiği gibi yapamamasına yol açması bakımından sakıncalıdır. "Müdafî noter değildir! Müdafî, yapılan işlemin şeklen hukuka uygun olduğunun tanımı olmasının yanı sıra; şüphelinin hakkının ihlal edilmemesini ve maddi gerçeğin ortaya çıkmasını sağlamakla da görevlidir!"

Neyin müdahale olacağına kim karar verecektir? Ayrıca, onun yerini aldığı *İzlenimi Veren* ifadesi ile ne kastedilmektedir? Bu izlenimin oluştuğuna kim, neye göre karar verecektir? Savunma hakkını kullanarak görevini yapmaya çalışan müdafinin hukuk bilgisi ile kolluktaki polis memurunun ya da jandarmadaki askerin hukuk bilgisi eş düzeyde olabilir mi? *Düzenleme AY 36/1, AİHS 6/3, İHEB 11 ve AİHM içtihadlarına aykırıdır!*

⁷ Bkz., dn. 1-a. g. e., s. 313.

b. CMK 151/3, 4 ve 6'nın Değerlendirilmesi

151/3 ile TCK 220 ve 314'teki suçlardan tutuklu veya hükümlü olanların müdafileri hakkında kovuşturma açılırsa bu avukatın, o hükümlü veya tutuklunun müdafilik görevinden yasaklanması düzenlenmektedir. Yasaklamayı savcı talep eder ve kovuşturmanın yapıldığı yargıevi derhal karara bağlar. Karar en çok 1 yıl için verilir ve 2 kez 6'şar aylık sürelerle sınırlı olarak uzatılabilir.

Görüşümüze göre yasa hükmü yerindedir. Silahlı örgüt kurmak suçundan tutuklu olan ya da hüküm giyen biriyle aynı örgütle çalışmaktan ya da bu örgüte yardım etmekten ötürü müdafî hakkında kovuşturma başlatılması durumunda; bu müdafî hem mesleki bağımsızlığını koruyamayacak hem de bu suça karışmış olmaktan ötürü hakkındaki ciddi bir isnadı bertaraf etmesi gerekecektir. Kural, avukatlık mesleğinin saygınlığını da korumaktadır. Bu tür eyleme karışması nedeniyle hakkında kovuşturma başlatılan bir avukatın mesleğin saygınlığı bakımından da-hüküm giymesi halinde-mesleğe devam edememesi (tedbiren açığa alınması) gerekmektedir.

151/6 da yerinde bir kısıtlamadır. Çünkü hakkında aynı örgüte üye olmak bakımından kovuşturma açılan avukat; önceki suç ortağının başka işleriyle dahi olsa, önceki suç ortağıyla bağlantı kurmamalıdır.

c. CMK 153/2'nin Değerlendirilmesi

Müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden bir örnek alması soruşturmanın amacı bakımından tehlike oluşturacaksa, savcının istemi ve sulh yargıcının kararıyla müdafinin bu yetkisi kısıtlanabilir.

Müdafî ancak iddianame yargıevi tarafından “kabul edildikten sonra” dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir.

Madde aslında müdafîye görünüşte hak vermektedir. Ancak, müdafîyi önemli iki noktada köşeye sıkıştırmaktadır. Birincisi, soruşturmanın amacının tehlikeye düşmesi söz konusu olabilecekse savcı istemi ve yargıç kararıyla müdafinin dosyayı “incelemesi veya belgelerden örnek alması” kısıtlanabilecektir. (Bu kararı yargıcın re'sen verememesi gerektiğini düşünmekteyiz. Zira yasada savcının talebi bir koşul olarak öngörülmektedir. Başka bir deyişle, Cumhuriyet savcısının istemi olmadan yargıcın kısıtlamaya karar verememesi gerekir). Bu düzenleme savunma hakkının ihlalidir! AİHS m. 6'ya ve AY 36'ya aykırıdır! Ayrıca, düzenleme “silahların eşitliği” ilkesine de aykırıdır. Aynı soruşturmada, iddia makamı tüm dosya içeriğini inceleyip belgelerden

istediği gibi örnek alabilirken; savunma makamının bu yetkileri sınırlandırılabilir. Bunu da Cumhuriyet Savcısı keyfi bir taleple yargıca iletebilecektir. Zira soruşturma amacının tehlikeye düşürülüp düşürülmediğinin ilk takdirini savcı yapacak ve tehlikeye düşürüldüğü kanaatine vararak yetki sınırlandırılmasını yargıçtan isteyecektir. Kararı yargıcın verecek olması düzenleme bakımından yalnızca “görünüşte teminattır!”. Savunma makamının savunma hakkı hiçbir gerekçeyle kısıtlanamamalıdır.

Kısıtlama kararına karşı itiraz olanağının öngörülmemiş olması da çok önemli bir eksiklikler ve AİHS 6 ve 13 ile AY 36/1 hükümlerine aykırıdır.

Düzenlemedeki ikinci sakınca ise; düzenlemenin 4. fıkrasındadır. Buna göre müdafî ancak “kovuşturma aşamasından itibaren” dosyayı ve muhafaza altına alınmış olan delilleri inceleyebilecektir. Müdafîye kovuşturma aşamasından itibaren verilen bu yetkinin soruşturma aşamasında verilmemiş olması düşündürücüdür ve bunu yasa koyucu bizce bilerek bu şekilde düzenlemiştir. “Amaç savunmayı zayıflatmaktır.” Fıkra hükmünün son cümlesinde belge örneklerini harçsız olarak alabilmesi yerindedir fakat bu kadar kısıtlamadan sonra bu kadar cırcı bir yetki yalnızca göstermeliktir.

Aynı yöndeki düzenlemeyi Yakalama Yönetmeliği’nin 22. maddesinde de görmekteyiz. Fakat burada m. 22/1. c. son dikkat çekicidir. Buna göre, kolluktaki soruşturma dosyasını müdafinin inceleyebilmesi için savcının yazılı emri gerekir. “Bu sınırlama dayanak hüküm olan CMK 153’e aykırıdır. Yasa ile getirilmeyen bir sınırlandırıcı hüküm yönetmelikle getirilmiştir! Bu nedenle yönetmeliğin bu cümlesinin iptali için idari yargıya gitmek gerekmektedir.” Ayrıca, bu sınırlandırma savunma hakkının ciddi olarak kısıtlanması anlamına gelecek ve hatta kolluk bu yetkisini kötüye kullanabilecektir.

Madde 22/4’e göre ise; müdafinin sınırsız yetkisi ancak iddianame-nin yargıevine verilmesiyle başlar. Bize göre, yönetmelik burada yasaya göre (CMK 153/4) daha özgürlükçü yorumlanarak iddianamenin kabulünü beklemeden müdafinin bu haktan yararlanabilmesi sağlanmalıdır. Çünkü hü-kümde “verildiği an” denmektedir.

Avukatlık Yasası m. 2/son CMK 153 ve 154 ile kıyaslandığında acaba müdafî ve vekil yetkileri bakımından müdafinin veya vekilin belgelerden örnek alması için vekaletname sunması gerekecek midir? Bu bir kısıtlama olarak yorumlanabilir mi?⁸

⁸ Avukatlık Yasası’nın 2/son maddesine göre, yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıflar avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorundadırlar. Kanunlarındaki özel hükümler saklı

Diyelim ki soruşturma aşamasında, örneğin sorguda şüpheli müdafii, dosyadaki adli tıp raporunu almak ve sorguda sanığı savunurken bu belgeye dayanmak istiyor olsun. Dosyada CMK 153/2 anlamında sulh ceza yargıcının gizlilik kararının da bulunmadığını düşünelim. Şüpheli müdafinin dosyadaki birtakım belgelerin fotokopisini alma istemi, kolluk tarafından AY md/2 son hükmündeki “vekaletname ibraz edemediği” gerekçesi ile reddedilebilecek midir?

AY m. 2/ son hükmü gereğince kolluğun müdafiiye yönelik bu engellemesi hukukidir. Fakat bu durumda şüphelinin savunma hakkı kısıtlanmış olmayacak mıdır? Ayrıca, AY m. 2/son hükmü mü yoksa CMK 149/1-3; 153/1; 154 hükümleri mi müdafii bakımından öncelikle uygulanacaktır?

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, CMK hükümlerinin hem şüpheli lehine olması hem de savunma hakkını düzenliyor olması bakımından AY m. 2/son hükmüne göre öncelikle uygulanması gerekmektedir. Ayrıca soruşturma aşamasındaki işlemler bakımından şüpheli den vekaletname ibraz etmesini istemek çoğu kez hak yitimlerine ve savunma hakkının etkin biçimde kullanılmasının engellenmesine yol açacaktır. Böyle bir istem, aynı zamanda CMK 154 ve 153/1 hükümleri gözetildiğinde yasanın mantığı ile de bağdaşmamaktadır.

Öte yandan, CMK 153/1 ile şüpheli müdafii; 153/4 hükmü ile sanık müdafii ve 153/5 hükmü ile de suçtan zarar görenin vekiline verilen, istediği belgenin bir örneğini harçsız olarak alma hakkı; bu hakkın kullanılmasının vekaletname ibraz edilmesi koşuluna bağlanamayacağı hükmünün CMK’ya (özellikle 154. maddeye bir ek fıkra konmak suretiyle) konmamış olması; AY m. 2/son hükmü karşısında, ceza yargılamasında görev alan müdafileri ve vekilleri açıkça güç durumunda bırakacaktır.

Oysaki CMK 149/3; 153 ve 154 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde müdafii veya vekil bakımından dosyadaki belgelerin örneğini almanın vekaletname ibrazı koşuluna bağlanamayacağı açıkça anlaşılmaktadır. Ne var ki CMK’da müdafinin veya vekilin bu yetkisini kullanması için vekaletname ibrazına gerek olmadığı açıkça düzenlenmediğinden; soruşturma makamları AY m. 2/son hükmünü gerekçe göstererek savunma hakkını kısıtlayabileceklerdir. Bu konudaki duraksamaları ve hak yitimlerini engellemek için konunun CMK’da açıkça düzenlenmesi yerinde olacaktır.

kalmak kaydıyla, bu kurumlar avukatın gerek duyduğu bildi ve belgeleri incelemesine sunmakla yükümlüdür. Bu belgelerden örnek alınması vekaletname ibrazına bağlıdır.

Müdafi yetkilerinin kısıtlanması bakımından “Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Mahkemelerinin Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik” (Kısaca “Yönetmelik” olarak adlandıracağız) 45. maddesini de incelemek gerekmektedir.⁹

Yönetmeliğin 45. maddesi yukarıda ayrıntılı olarak incelediğimiz AY m. 2/ son; CMK 149/3, 153 ve 154 hükümlerine açıkça aykırıdır. Zira gerek AY m. 2/ son hükmü gerekse CMK’nın 153. maddesi müdafinin/ vekilin dosyayı “incelemesini” vekaletname ibraz etme koşuluna bağlamamıştır. Hatta bizce CMK Avukatlık Yasası’ndan daha da ileri giderek müdafiye/ vekile “belge örneği almak için dahi” vekaletname ibraz etmesi koşulunu aramamıştır. Kaldı ki soruşturma aşamasının mantığı da işlemlerin çabuk görülmesini gerektirdiğinden hak yitimlerinin yaşanmaması bakımından bu yaklaşım yerindedir.

Fakat ne yazık ki yönetmelik hükmüne göre, soruşturma aşamasında bırakın dosyadan örnek almayı; müdafinin/ vekilin “dosyayı incelemesi dahi vekaletname veya yetki belgesi yahut görevlendirme belgesi ibraz etmek” koşuluna bağlanmıştır. Bu da yetmemiş ve dosyanın incelenmesi ancak Cumhuriyet Savcısı huzurunda olma koşuluna bağlanmıştır. Bu düzenleme savunma hakkını kısıtladığı için hem CMK 149, 153 ve 154. maddesi hükümlerine; hem AY m. 2/son hükmüne hem AY 19, 36/1; 90/son ile 124. maddesi hükümlerine ve İHEB 10; Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m. 14 ile AİHS 5/3-4 ile 13. maddesine açıkça aykırıdır ve iptali için idari yargıya başvurulmalıdır.

Ne var ki yönetmelik hükmü yasa hükümlerinin üzerine çıkmış ve yasa ile getirilmeyen kısıtlamalar yönetmelikle getirilmiştir. Bir hukuk devletinde yönetmeliklerle, yasaların getirdiği özgürlükler kısıtlanamaz. Kısıtlanırsa, o devlet hukuk devleti olamaz.

⁹ Soruşturma evrakının incelenmesi

Madde 45 - 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun başka hüküm koyduğu haller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek şartıyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir.

Müdafi soruşturma evresinde soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla görevlendirme yazısı veya vekaletname ibraz ederek soruşturma evraki içeriğini inceleyebilir ve dilekçeyle müracaatı halinde istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir.

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

Mağdur veya şikâyetçi soruşturmanın gizlilik ve amacını bozmamak şartıyla vekili olmadan da Cumhuriyet savcısından dilekçeyle başvurarak belge örneği isteyebilir.

Soruşturma evraki soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla “Cumhuriyet Savcısı huzurunda” incelenir.

Ayrıca TCK'ya yasa hükümlerinin uygulanmaması suçu ihdas edilmelidir. Zira yönetmeliklerle yasa hükümlerini değiştirmek Türkiye'nin ciddi bir hukuk sorunudur. Pek çok alanda karşımıza çıkmaktadır. Yönetmelikler ancak yasaların nasıl uygulanacağını gösterir ve yasadaki belirsiz noktaları giderici açıklamalar getirebilir. Yoksa yönetmeliklerle özgürlükler kısıtlanamayacağı gibi; yasaların hükümleri de değiştirilemez. Oysa ki 45. madde ile yasalarla şüpheliye ve müdafii (ya da suçtan zarar görene ve vekiline) verilen tüm haklar tamamen kısıtlanmaktadır.

Yönetmeliğin 45. maddesinin uygulanması sonucunda şüphelinin bundan bir zarar görmesi (örneğin müdafii soruşturma evrakını inceleyemediği için haksız olarak tutuklanması) durumunda şüphelinin CMK 141 vd. hükümlerine göre açacağı tazminat davası nedeniyle idarenin şüpheliye ödeyeceği tazminatın yönetmeliğin 45. maddesine göre savunma hakkını kısıtlayarak özgürlük kısıtlamasına yol açan kamu görevlisine AY 129/5 hükmüne göre rücu etmelidir. Burada AY 137'de ve TCK 24'te düzenlenen "kanunsuz emir" hükmü de yönetmeliğin 45. maddesini uygulayan görevlinin sıfatı gözetilerek gerekirse o kamu görevlisi hakkında uygulanmalıdır ve bu durumda da kamu görevlisinin amiri sorumlu tutulmalıdır.

d. CGTİHK 59/1 ve 4'ün Değerlendirilmesi

59/1 gereği, bir hükümlünün avukatıyla vekaletname olmadan *en çok üç kez* görüşebilmesi mümkündür. *Bu konuda kısıtlamaya gidilmesi- nin AİHS m. 6'ya ihlal ettiği görüşündeyiz. Avukatla görüşmeye sayı sınırı konmaması gerekir.*

59/4 ise CMK 151/3 ve 4 ile getirilen sınırlamaya benzemektedir. Ancak buradaki birinci fark görüşme kısıtlamasının TCK 302-314 arasındaki suçlarla sınırlandırılmış olmasıdır. *Görüşümüze göre, uygulama yerindedir. Zira terör ve silahlı örgüt suçlarında terör örgütü liderinin avukatları aracılığı ile örgütü yönetmeye devam ettiği bilindik bir gerçektir.*

e. CGTİHK 59/5'in Değerlendirilmesi

Bu hükümle amaçlanan devletin yargı bağımsızlığını korumaktır. Buna göre; Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere ve karşılıklılık esasına uygun olmak koşuluyla; yabancı ülkelerde haklarında soruşturma veya kovuşturma yapılmakta olan, yabancı ülkede veya

uluslararası yargı mercilerinde dava açmak isteyen, lehinde veya aleyhinde dava açılmış olan Türk vatandaşı hükümlüler veya yabancı uyruklu hükümlülerle bunların yabancı uyruklu avukatları, bu soruşturma ve kovuşturma, açılacak ya da açılmış davalarla sınırlı olmak üzere ve vekaletname de ibraz etmek kaydıyla görüşebilirler. Vekaletname sunamayan yabancı uyruklu avukatların hükümlüyle görüşebilmesi için yanlarında Türkiye Baroları'na kayıtlı bir avukatın hazır bulunması gerekmektedir.

Bu hüküm kötü yazılmıştır. Anlaması oldukça güçtür. *Burada anlatılmak istenen bizce şudur:*

"Haklarında yabancı bir ülkede soruşturma veya kovuşturma başlatılan veya yabancı bir ülkede davacı ya da davalı olmak isteyen TC vatandaşı ya da yabancı uyruklu hükümlülerin kendi avukatlarıyla görüşebilmeleri için; avukatın uyuşundaki devletle Türkiye arasında bu konuda bir karşılıklılık anlaşması bulunması; ayrıca avukatın vekaletname sunması ve görüşmenin yalnızca o eylemle sınırlı olması koşulları birlikte gerçekleşmelidir. Avukatın vekaletname ibraz edememesi durumunda, görüşme sırasında yanında Türkiye Baroları'ndan birine kayıtlı olan bir avukat hazır bulunacaktır."

Hükümün daha net açıklamasını Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkındaki Yönetmelik'te görmekteyiz. (25. madde). Buna göre, yabancı uyruklu bir avukatın Türk vatandaşı ya da yabancı uyruklu hükümlü ile görüşebilmesi için avukatın tabiiyetindeki devletle Türkiye arasında bu konuda bir anlaşma bulunması ve yabancı uyruklu avukatın vekaletname ibraz etmesi ya da vekaletnamesi yoksa bir Türk avukatla birlikte hükümlüyü ziyaret etmesi gerekmektedir. AİHM'e başvuru bakımından ise hükümlüler bakımından ilgili belgelerin terçümesinin kurumun en üst amirine ibrazı gerekmektedir. *Burada amirinin bilgilendirilmesi yeterlidir. İbrazdan bu anlaşılacak gerekir. Amirden izin almak söz konusu değildir. Aksi halde AY 36 ve AİHS m. 6 ile güvenceleşen "hak arama hürriyeti" kısıtlanmış olacaktır.*

f. Terörle Mücadele Yasasında Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yasa'da (29. 06. 2006 tarih ve 5532 sayılı yasa) Müdafî Yetkilerine Getirilen Kısıtlamalar

Değişiklik Yasası'nın 9. maddesiyle Yasa'nın 10. maddesinde yapılan değişiklikle müdafî yetkileri ve sanık hakları yeniden düzenlenmiştir.¹⁰

¹⁰ MADDE 9- 3713 sayılı kanunun 10. maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde

Buna göre kural olarak bu yasanın kapsamına giren suçlarla ilgili olarak, öncelikle Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250 ilâ 252. maddeleri uygulanır. Bu maddelerde hüküm bulunmayan hususlarda CMK'nın diğer hükümleri uygulanır.

Yasa m. 10/b'ye göre, şüpheli, gözaltı süresince yalnız bir müdafii hukuki yardımından yararlanabilir. Gözaltındaki şüphelinin müdafii ile görüşme hakkı, Cumhuriyet Savcısı'nın istemi üzerine, hâkim kararıyla yirmi dört saat süre ile kısıtlanabilir; ancak bu süre içerisinde ifade alınamaz.

24 saat sonunda şüpheliyle görüşen müdafii, şüpheliye karşı zor kullanılıp kullanılmadığını denetlemeli ve bu konuda şüpheliden -bi-rebir görüşmede- bilgi almalıdır. Ne var ki burada da şöyle bir ciddi

değiştirilmiştir.

“Soruşturma ve kovuşturma usulü

MADDE 10- Bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250 ilâ 252. maddelerinde hüküm bulunmayan hususlarda diğer hükümleri uygulanır. Ancak;

a. Soruşturmanın amacı tehlikeye düşebilecek ise yakalanan veya gözaltına alınan veya gözaltı süresi uzatılan kişinin durumu hakkında Cumhuriyet Savcısı'nın emriyle sadece bir yakınına bilgi verilir.

b. Şüpheli, gözaltı süresince yalnız bir müdafii hukuki yardımından yararlanabilir. Gözaltındaki şüphelinin müdafii ile görüşme hakkı, Cumhuriyet Savcısı'nın istemi üzerine, hâkim kararıyla yirmi dört saat süre ile kısıtlanabilir; ancak bu süre içerisinde ifade alınamaz.

c. Şüphelinin kolluk tarafından ifadesi alınırken ancak bir müdafii hazır bulunabilir.

ç. Kolluk tarafından düzenlenen tutanaklara, ilgili görevlilerin açık kimlikleri yerine sadece sicil numaraları yazılır.

d. Müdafii dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacı tehlikeye düşürebiyecek ise, Cumhuriyet Savcısı'nın istemi üzerine hâkim kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir.

e. Bu Kanun kapsamında yer alan suçlardan dolayı yapılan soruşturmada müdafii savunmaya ilişkin belgeleri, dosyaları ve tutuklu bulunan şüpheli ile yaptığı konuşmaların kayıtları incelemeye tâbi tutulamaz. Ancak müdafii terör örgütü mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık ettiğine ilişkin bulgu veya belge elde edilmesi halinde, Cumhuriyet Savcısı'nın istemi ve hâkim kararıyla, bir görevli görüşmede hazır bulundurulabileceği gibi bu kişilerin müdafiiye verdiği veya müdafii bu kişiye verilen belgeler hâkim tarafından incelenebilir. Hâkim belgenin kısmen veya tamamen verilmesine veya verilmemesine karar verir. Bu karara karşı ilgililer itiraz edebilirler.

f. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendinin (8) numaralı alt bendindeki, 139. maddesinin yedinci fıkrasının (a) bendinin (2) numaralı alt bendindeki ve 140. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin (5) numaralı alt bendindeki istisnalar uygulanmaz.

g. 13.12.2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 92. maddesinin ikinci fıkrası hükmü bu Kanun kapsamında yer alan suçlar bakımından da uygulanır. ”

sıkıntı doğabilecektir. Yasanın 10/e bendine göre, şüpheliyle müdafinin bire bir görüşmeleri müdafinin terör örgütü mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık ettiğine ilişkin bulgu veya belge elde edilmesi halinde, Cumhuriyet Savcısı'nın istemi ve hâkim kararıyla, kısıtlanabilecek hatta görüşmede bir görevli hazır edilebilecektir. Müdafinin şüpheliyle görüşmesi bu gerekçeyle kısıtlandığında müdafinin şüpheliye ilk 24 s içerisinde kötü muamelede bulunduğu nasıl öğrenebilecektir? Bunun müdafinin işini güçleştireceği tartışmasıdır.

Yasanın bu hükmü CMK 149/2 ve YİGY 20/2 ile karşılaştırıldığında önemli bir kısıtlama içermektedir. Zira sözü geçen maddelere göre, şüpheli CMK kapsamındaki bir suçtan ötürü yakalanmışsa ya da gözaltındaysa 3 müdafinin yardımından yararlanabilecektir. Bu da şüpheli adına bir teminattır. Bu şekilde kolluktaki bir hukuka aykırılık belgelendirilebilecektir.

Öte yandan, 10/e bendine göre, müdafinin terör örgütü mensuplarının örgütsel amaçlı *“haberleşmelerine aracılık ettiğine ilişkin ‘Bulgu veya Belge’ elde edilmesi halinde”* şüpheliyle olan yazışmalarının hakim kararıyla incelenmesi ve hatta görüşme sırasında bir görevlinin hazır bulunması da doğru bir uygulamadır.

Bir şüphelinin, avukatı aracılığıyla örgüte sözlü ya da yazılı talimat vermesi her koşulda engellenmelidir. Zira burada, şüpheli hakkından önce kamu yararı ve kamu barışı gözetilmelidir. Örneğin şüphelinin terör örgütüne müdafisi aracılığıyla haber gönderip bir yerlerde canlı bomba patlatılmasını istemesi başka bir yöntemle engellenemez. Kaldı ki burada tüm müdafiler için bir kısıtlama getirilmemektedir. Bu yetkinin kısıtlanabilmesi için şüphelinin müdafisi aracılığıyla örgüte haber gönderdiği yönünde bulgu ya da belge elde edilmiş olması gerekmektedir. Bu da yetmemekte ve o belgenin (bulgunun) gerçekten terör örgütüne yardım ve haber taşıma amaçlı olduğuna karar verilmesi gerekmektedir. Bu kararı da yargıç verecektir.

Düzenleme CMK 151/3-4-5-6; CGTİK 59/4 ve Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret

Edilmeleri Hakkındaki Yönetmeliğin 20/2 maddeleriyle AİHM içtihatlarına da uygundur. Bu kararlardan bazıları şunlardır.¹¹

“Almanya’da, avukatların suça karışmış olması, yargının işlemlerini engellemesi, sanıkları suç işlemeye teşvik ederek tutuklu bulundukları yerlerin

¹¹ (Vural Savaş'ın Fazilet Partisi'nin temelli kapatılmasına ilişkin Anayasa Mahkemesi'ne verdiği 7.5.1999 tarihli iddianameden alınmış bölümlerdir)

güvenliklerinin bozulmasına neden olması ve nihayet siyasi suçlarda devlet güvenliğinin tehlikeye atılması gibi hallerde, mahkemeye, avukatı duruşmadan çıkarma yetkisi tanınmıştır.

Alman CMUK'un söz konusu hükümleri çerçevesinde yapılan uygulamalar bir çok davaya konu olmuştur. "Örneğin, cezaevindeki müvekkiliyle görüşmek isteyen bir avukata üzerini aratmadığı için giriş izni verilmemesi" üzerine yapılan şikayeti inceleyen, Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi, Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un 24. maddesinin, cezaevi yönetimine ziyaretçilerin üst baş arama yetkisi tanıdığına işaretlerle, avukatların bu konuda bir ayrıcalığa sahip olmadığına karar vermiştir.

Aynı şekilde, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Alman suç örgütü "Baeder-Meinhof (Kızıl Ordu Cephesi) çetesi mensuplarının" bu konudaki tüm başvurularını geri çevirmiştir. "Şikayetler genelde," cezaevi şartlarının kötülüğü, "diğer hükümlü ve tutuklulardan tecrit edilerek hücreye konulma," işkence ve insanlık dışı muameleye maruz kalma ve yazışma ve haberleşme özgürlüğünün kısıtlanması ve "avukatlarla görüşmelerinin engellenmesi konuları üzerine yoğunlaşmıştır."

Örgüt mensuplarının Berlin'li Avukat Machler'in şikayetini inceleyen Komisyon, Sözleşmeye herhangi bir aykırılık tesbit etmemiştir. "Komisyonun değerlendirmesine göre," özellikle tutuklunun uzun süre hücrede tecrit edilerek diğer hükümlü ve tutuklularla temastan men edilmesi arzu edilen bir durum olmamakla beraber, bu tür bir önlem kendisinin kaçmasını önlemek ve cezaevinin düzenini sağlamak açısından zorunlu olabilir. Kaldı ki, şikayetçinin ziyaretçileri engellenmemiş ve hücrelerinde okuma malzemesi ve radyo bulundurmasına da izin verilmiştir. Ayrıca, bizzat kendisinin, "Kızıl Ordu grubunun, bu olay dolayısıyla mücadeleye devam edeceğini açıklaması ve diğer mahkumlara kaçmasına yardım için çağrıda bulunması, tecrit edilerek hücreye konulması için makul ve haklı gerekçelerdir."

Keza aynı örgütün üyesi olmakla suçlanan bayan avukat Berberich, Ekim 1970'de tutuklanması ve Haziran 1974'de 12 yıl hapis cezasına çarptırılmıştır. Adı geçenin aynı gerekçelerle ve özellikle tutukluluk süresinin uzunluğu dolayısıyla Komisyona yaptığı şikayet reddedilmiştir. Aynı şekilde, anılan "örgüt mensuplarından Baeder, Matnz, Meinhof ve Grundman'ın, kendilerinin hücreye konulmak suretiyle diğerlerinden tecrit edilmeleri, ziyaretçilerinin kısıtlanması, yazışmalarının ve gazete okumalarının engellenmesi dolayısıyla komisyona yaptıkları başvurular da kabul edilmemiştir." Örgüt üyelerinden G. Ensslin, A. Baeder ve J. Raspe'nin 30 Ağustos 1977 Münip Stammeheim Cezaevinde esrarengiz bir şekilde iltihar etmeleri üzerine komisyon üyeleri cezaevini ziyaret ederek cezaevi koşullarını yerinde incelemiş ve adı geçenlere

işkence veya aşağılayıcı muamele yapılmadığı ve ölümlerinde de bir gayrı tabiiyet bulunmadığı sonucuna varmıştır -Doç. Dr. Şeref Ünal, Milletlerarası Hukuk Açısından Güneydoğu Sorunu ve Terörle Mücadele, 1997, S. 64 ve devamı-.

f. Almanya'da 1976 yılında "terör suçu" yaratan Ceza Kanunu'nun 129/a maddesi kabul edilmiş, usul kanununda değişiklik yapılarak, bu madde ile, sınırlı sayıdaki belli suçlarda tukuklama yetkisi genişletilmiştir. "1977 yılında Schleyer'in kaçırılmasından sonra, terör sanığı ile avukatının temaslari, eylem devam ettiği sürece tamamen yasaklanmıştır." 1978 yılında yapılan bir başka değişiklikle, terör suçu kuşkusu mevcut bulunan durumlarda "evde arama yapmak yetkisi" genişletilmiş, terör sanığı ile avukatının görüşmesi sırasında araya "ayırıcı bir cam" konulması uygulaması getirilmiştir (m. 148/2). 1986 yılında terör suçunun cezası ağırlaştırılmış, terör suçuna tahrik suçu yaratılmıştır -Prof. Dr. Feridun Yenisey, 13. 05. 1992 tarihli Cumhuriyet Gazetesi-.

g. Yunanistan'da Terörle Mücadele Kanunu basına aşırı kısıtlamalar getirmiştir.

h. Alman CMUK'un 1975 değişikliği ile, soruşturmanın hiçbir aşamasında, sanık tarafından seçilen avukat sayısının üçü geçmeyeceği kuralı konulmuştur.

i. Fransa'da, 1970 den beri, CMUK'un 110. maddesinde olduğu gibi tutuklamada üst sınır yoktur. (Yeni CMK yasamızda 102. madde ile tutuklama süresi sınırlandırılmıştır)

j. "Tüm demokratik ülkelerde, polise verilen yetkiler genişletilmiş; Telefon dinleme, bilgisayarın suç araştırmasında kullanılması, adam izleme, gizli ajan kullanılması, peşine polis takma, belirli durumlarda uzaktan teknik aletlerle konutların içininin dinlenilmesi yasalaştırılmıştır."

İstanbul Barosunca düzenlenen ve 3-24 Şubat 1995 tarihleri arasında yapılan "Hukuka Aykırı Deliller sempozyumu"nda konuşan "Prof. Dr. Feridun Yenisey," bu konuda şu bilgileri veriyor:

(Devlet güvenliğini ilgilendiren veyahut da örgütlü suç dediğimiz suçlarda, genel ceza muhakemesinden farklı bir hüküm gurubu var mı? Evet, var. "Dünyanın her ülkesinde, örgütlü suçluluk nedeniyle, toplumda yaşayan fertlerin hakları ve özgürlükleri daha çok kısıtlanıyor. Terör işin içine girince daha sıkı bir kısıtlama olduğunu görüyoruz." Şimdi burada birkaç örnek verelim, Batı kanunlarında yeni uygulanmaya başlayan, Bunlardan birincisi, Trol-a metodu dediğimiz metot. Bilgisayar kullanılıyor sanık yakalamak için. Bilgisayar nasıl kullanılıyor? Belli krimojen özellikler tespit ediliyor ve bu

belli kriminojen özellikleri taşıyan kişilerin bilgisayardan taraması yapıyor. İki milyonluk bir şehirden özellikleri ortaya koyarak yüz bine indiriyorsunuz, tekrar tarama yapıp elli bine, yirmi bine, on bine, beş yüz, altı yüze iniyor ve o beş yüz, altı yüz kişinin hayatı izlenmeye başlıyor. Bunlar potansiyel terör eylemcisi yahut potansiyel örgütlü suçluluk elemanı olarak kabul edilebiliyor. Tabii kriminojen özellik gösteren davranış taşıyorlarsa. Ve böylece gerçekten birçok suç ortaya çıkartılmış. Özellikle de mali suçlarda, ekonomik suçlarda bu yapılıyor. Bütün banka trend aksiyonları bilgisayar vasıtasıyla taranmaya başlıyor, en çok hareket hangi hesapta var? İsimler birleştiriliyor, birçok formüller filan var. Onlara göre adamı gözaltına alıyorlar, Fakat bu yakalayarak değil, hareketleri takip ediliyor, telefonu dinleniyor kapısının önüne sabit bir video kamerası konuyor ve evinin önü 24 saat kameraya alınıyor, otomobili ne bir biker konuluyor. Nereye giderse adam izleniyor ve daha sonra da eğer bu kişi gerçekten bir şüphe sebebi bulunarak gözaltına alınır, yakalanırsa onunla temas eden herkes de şüpheli durumuna giriyor. “İşte Di Pietro’nun çalışma sistemi bu: Temiz eller operasyonu bu yöntemlerle yapılıyor).”

Yine Prof. Dr. Feridun Yenisey, 7.2.1995 tarihli Yeniyyüzyıl Gazetesi’ne yazdığı “Mafyayı Önleme Yasasının Önemi” başlıklı makalesinde, konunun bir başka yönüne ışık tutuyor:

(İtalya’da yeni bir Ceza Muhakemesi Kanunu hazırlandı. Bu kanun, halen Amerika’da uygulanmakta olan taraf muhakemesi sistemini Avrupa’ya taşıdı.

Ancak yapılan bu değişiklik, bütün iyi niyetlere rağmen başarı sağlamadı. Özellikle örgütlü suçluluk alanında büyük oranda artış oldu. “Bunun üzerine 1991 yılında çıkarılan bir dizi yasa ile savcı ve polisin yetkileri genişletildi. Yeni bilimsel metotların, suç izi araştırılmasında uygulanması kabul edildi.” Bilgisayarın suç izi bulunmasında kullanılması büyük başarı sağladı. Meselâ vergi kayıtları veya kişisel bilgiler içeren veriler sorgulanarak şüphelilere ulaşmak mümkün oldu. Gizli ajan kullanılması, telefonların yanı sıra evde yapılan konuşmaların uzaktan teknik aletlerle dinlenmesi yasallaşınca, örgütler ardı ardına su yüzüne çıkarıldı.

Temiz eller operasyonunun bir tek kişinin başarısı değil. Sistemde yapılan değişikliğin bir sonucu olduğu gözden uzak tutulmamalıdır)

Konuyla ilgili diğer AİHM Kararları da şunlardır:

(Selahattin Erdem-Almanya Kararı)

Selahattin Erdem, PKK terör örgütünün Almanya Bölgesi 2. sorumlusudur. Cezaevindeyken avukatı aracılığı ile terör örgütüne bilgi

aktarmaya devam etmektedir. Alman Hükümeti, kendi iç mevzuatını ihlal etmek pahasında da olsa Selahattin Erdem'in avukatıyla olan görüşmesi sırasında bir baskın düzenler ve Selahattin Erdem'in avukatının üzerinde terör örgütüne iletilmek üzere düzenlenmiş olan talimatlar bulur.

Erdem'in avukatı hakkında hem baro disiplin soruşturması açar hem de cezai soruşturma başlatılır. Avukat meslekten ihraç edilir; temyiz başvurusu ise yargı tarafından reddolunur. Aynı zamanda avukat, hakkındaki ceza kovuşturmasından da hüküm geyer.

Bunun üzerine Erdem'in avukatı AİHM'e başvurarak AİHS 6. maddesinin ihlal edildiğini; kendisinin aranması ile iç hukuk kurallarının çiğnendiğini ve bu nedenle de Almanya Hükümeti'nin tazminata mahkum edilmesi gerektiğini savunur. AİHM *"Alman Hükümeti'ni haklı bularak Erdem'in avukatının talebini reddeder. Terör suçlarında müdafî yetkilerinin sınırlandırılabilmesine karar verir."*

Benzeri bir yaklaşımı AİHM *Lawless-İrlanda ve İrlanda Birleşik Krallık Kararları'nda* da göstermiş ve terörle mücadele sırasında şüpheli ve sanık hakları bakımından birtakım olağanüstü kısıtlamalara gidilmesinin sözleşmeyi ihlal etmeyebileceğine önemle değinmiştir.

Yasa hükmündeki belki de tek eleştirilecek nokta, görüşmede bulunacak olan görevlinin kim olacağıdır. Bunu yargıç takdir edecektir. Fakat yargıç, bu görevlinin kolluk görevlisi olmamasına dikkat etmelidir. Bu görevli, olaydan tamamen bağımsız olan ve hukuk eğitimi almış olan biri olabilir fakat kesinlikle kolluk olmamalıdır. Yasa hükmünde değişikliğe gidilmeli ve yasaya bu görevlinin nitelikleri açıkça yazılmalıdır ya da bu husus ilgili yönetmeliklerde, kafalarda kuşku kalmayacak şekilde netleştirilmelidir.

CMK 151/5 ile bağlantı sağlamak bakımından, durumun ilgili baroya bildirilmesi üzerine baro disiplin kurulunun resen harekete geçmesini sağlamak için Avukatlık Yasası'nda da değişiklik yapılmalıdır. Böyle bir fiilin duyumunu alan baronun resen disiplin soruşturmasına başlaması uygun olacaktır.

Ancak terör suçları bakımından müdafî ve sanık (şüpheli) haklarında birtakım kısıtlamalara gidilmesi gereklidir. Karşılaştırmalı hukukta da bu yönde pek çok kısıtlamaya gidildiği görülmektedir. Bunlardan bazıları şöyledir:¹²

¹² (Vural Savaş'ın Fazilet Partisi'nin temelli kapatılmasına ilişkin Anayasa Mahkemesi'ne verdiği 7.5.1999 tarihli iddianameden alınmış bölümlerdir):

a. Almanya'da terörizmin artması ve bu suçların sanıkları ile müdafileri arasındaki temasların sorunlar yaratması üzerine, müdafinin ve dolayısıyla sanığın haklarına kısıntılar getirilmiştir. Mesela hakimın okunmasına müsaade etmediği yazılar kabul edilmemekte, görüşmenin gizlice bir şey verilmesini önleyecek biçimde yapılması sağlanmakta, hatta bazı hallerde müdafinin müdafilik görevi yapması yasaklanmaktadır. Bütün bu kısıntıların demokratik Devletin teröristlere karşı korunması ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin bütün muhakeme sisteminde uygulanabilmesi için yapıldığı belirtilmektedir- Otto Triptferer, *The Criminal Justice System Of The Federal Republic of Germany*; Prof. Dr. Nurullah Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, s. 475-.

b. Yine Almanya'da, Alman CMUK'un 148. maddesine 1976'da yeni bir fıkra eklenerek, soruşturmanın konusu terörist eylemler için örgüt kurma olduğunda, tutuklu sanığa gönderilen veya birlikte getirilen yazılı belge veya diğer eşyanın hâkime gösterilmeden sanığa iletilmesine izin verilmeyeceği kuralı getirilmiştir-Nur Başar Centel, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî*, 1984, S. 147-.

c. İngiltere'de "Police and Criminal Evidence Act" 1989 yılında değiştirilmiş ve yakalanan terör suçu sanıklarının polis tarafından yedi güne kadar gözaltında tutulması kabul edilmiş, poliste alınan ifade sırasında avukat bulundurma hakkı gibi haklardan terör suçu sanıklarının yararlandırılması yolu kapatılmıştır- R. Morgan, 1992, "Pre - Trial Detention in England and Wales" in Dünkel F. and Vegg eds-.

d. Alman CMUK'un 112/11. maddesine göre, bazı ağır suçlarda, teknik anlamda tutuklama nedeni bulunmaksızın tutuklamaya başvurulabileceği öngörülmektedir. Bu maddeye göre, mevsuf ve basit adam adam öldürme, soykırım, terör örgütü kurma, yaptığı eylemle başkasının yaşamı ya da vücut bütünlüğünü tehlikeye düşürme, patlayıcı madde kullanma suçlarından birini işlemiş olma kuvvetli şüphesi altında bulunan kişi, kaçma ve delillere karartma şüphesi mevcut olmasa da, tutuklanabilir.

"1965'de yürürlüğe giren değişiklik yasası ile Almanya'da "tekrarlama tehlikesi" tutuklama nedenleri arasına alınmıştır." Alman hukukunda, bu tutuklama nedeninin muhakemeyi güvenceleme aracı değil, toplumu, sanığın başkaca önemli suçlarından korumak için önleyici tedbir olduğu belirtilmektedir.

Alman CMUK'un 148/11. maddesi ile de, terör örgütü kurmakla suçlanan tutuklu sanıkla müdafinin yazışmalarının, önce hâkim tarafından kontrolüne olanak verilmiştir. - Nur Centel, *Ceza Muhakemesinin Hukukunda Tutuklama ve Yakalama*, 1992, s. 47, 51, 64, 65, 119-.

e. "Belçika'da bu tür tehlikeli hükümler, tek kişilik hücrelerde yatırılırlar." Bütün eşyaları her gün hücrelerinden dışarıya alınır ve tekrar yerleştirilir, hücre gece aydınlatılır, hükümlüler gündüz hücrelerinden dışarıya çıkarılırlar. Avluya çıktıklarında da her gün hücrelerinde arama yapılır.

Bu hükümlülerin ilk sekiz günlerinde 15 dakika da bir hücreleri gözlenir. Bu kategoriye giren suçluların çalıştırılmaları kabul edilmiş, ziyaretçileri ile görüşmeleri ve mektuplaşmaları engellenmiştir. İngiltere'de bu gruba giren tutuklu ve hükümlüler bir infaz kurumunda on beş günden fazla bırakılmamaktadır.

Şüphelinin müdafisiyle görüşmediği dönemde ifadesinin alınamayacak olması da yasanın getirdiği önemli bir teminatıdır. Bu süre içerisinde soruşturma makamları gerekli incelemeleri rahatça yapabilecektir. Fakat bu düzenlemenin önemli bir sakıncası şüpheliye üzü (işkence) yapılarak şüpheliden ifade alınmasının olanaklı oluşudur. Her ne kadar yasada şüphelinin ifadesinin alınamayacağından bahsediliyor olsa da ilk 24 saat içerisinde kolluk görevlileri pekala şüpheliye yasak ifade yöntemleri uygulayarak şüpheliden birtakım bilgileri alabileceklerdir. Bu sakınca, mevcut yasal düzenlemelere göre engellenmelidir.

g. CMK 252/1. f Hükümünün İncelenmesi

Birden ili kapsayan özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin (eski DGM'ler) yetkisine giren bir yargılama sırasında, yargievi başkanı gerek sanık gerekse müdafii hakkında olağanüstü önlemler alabilmektedir.¹³

¹³ CMK 252/1. f: "Mahkeme başkanı, duruşmanın düzenini bozan sanığı veya müdafii o günkü oturumun tamamına çıkmamak üzere duruşma salonundan çıkartır. Bu kişilerin sonra gelen oturumlarda da duruşmayı önemli ölçüde aksatacak davranışlara devam edecekleri anlaşılırsa ve hazır bulunmaları da gerekli görülmezse, yokluklarında duruşmaya devam olunmasına mahkemece karar verilebilir. Bu karar, esasa ilişkin iddia ve savunmanın yapılmasına engel olacak biçimde uygulanamaz ve sanığın kendisini başka bir müdafii ile temsil ettirmesine izin verilir. Duruşma salonundan çıkarılan sanık veya müdafinin bundan sonraki oturumlarda da duruşma düzenini bozmakta ısrar etmeleri halinde, bir daha aynı dava ile ilgili oturumların tamamına veya bir kısmına katılmamalarına da karar verilebilir. Bu hüküm müdafii hakkında uygulandığı takdirde durum ilgili baroya bildirilir. Bu halde de sanığın kendisini başka bir müdafii ile temsil ettirmesi için uygun bir süre verilir. Oturumların bir kısmına ya da tamamına katılmamasına karar verilen müdafii Avukatlık Kanunu'nun 41. maddesinin 2. fıkrası gereğince tayin edilmiş ise durum kendini tayin eden merciye de bildirilir. Duruşma salonundan çıkarılan sanık veya müdafii tekrar duruşmaya alındıklarında, yokluklarında yapılan iş ve işlemlerin esaslı noktaları kendilerine bildirilir. Sanık ya da müdafii dilerse yokluklarındaki tutanak örnekleri de kendilerine verilir. Duruşma salonundan çıkartılan

Buna göre, başkan sanığı ve müdafii tüm oturumlara katılmaktan men edebilir. Oysaki CMK 203 vd hükümlerine bakıldığında, yargıvi başkanının yetkisinin bu kadar geniş olmadığı rahatlıkla görülecektir. Ayrıca, 203. madde hükmü gereğince salondan çıkarılan kişi daha sonraki oturumlarda bulunma ya da kendisini müdafî aracılığı ile temsil ettirme hakkına sahiptir. Yokluğunda duruşma yapılan sanığa, o yokken yapılan işlemler açıklanır.

252/1. f hükmü gereğince salondan çıkarılan sanığa veya müdafii istemesi durumunda yokluklarında yapılan işlemlerle ilgili belgelerin birer örneği verilecektir. Bu, savunma hakkının kullanılması bakımından çok önemli bir teminattır. Bu teminat CMK 204 hükmünde belirtilmemiştir. Dolayısıyla, olağan bir yargılamada yalnızca yoklukta yapılan işlemler “*bildirilecek*” ancak 250. maddenin uygulandığı yargılamalar bakımından ise, yoklukta yapılan işlemlere ilişkin belgeler sanığa ve müdafiiine derhal verilecektir.

252 ile getirilen diğer bir kısıtlama ise, sanığa ve müdafiiine yokluklarında yapılan işlemlerin ancak “*esaslı noktalarının*” bildirilecek olmasıdır. Oysa CMK 204’ün uygulandığı yargılamalarda, sanığa yokluğunda yapılan tüm işlemler açıklanacaktır.

252. madde ile getirilen diğer önemli bir kısıtlama ise, sanığın ya da müdafiiinin sonraki oturumlarda da düzeni bozacaklarının anlaşılması durumunda, sonraki oturumlara katılmalarının yasaklanabilecek olmasıdır ki bizce bu hüküm yargıvi başkan tarafından iyi değerlendirilmediği takdirde ciddi savunma ihlallerine ve hak kayıplarına yol açabilecek bir hükümdür. Çünkü bu halde CMK 203’teki gibi yalnızca bir oturuma değil, tüm oturumlara katılmak yasaklanmaktadır.

Öte yandan, 252. madde, CMK 250/1’de sayılan ve bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından uygulanacak bir önlem olduğundan; sınırlı sayıdaki suçlar için uygulanacaktır.

Ayrıca, bu tip sert önlemlerin alınmaması durumunda, duruşma sırasında dahi bazı sanıkların ya da müdafilerinin örgütün propagandasını yapabilecekleri (hatta DGM’ler döneminde yaptıkları) unutulmamalıdır. Bu da yargıevinin çalışmasını zorlaştıracak; belki de olanaksızlaştıracaktır.

Her durumda sanığa kendisini avukatla temsil ettirebilmesi için hak tanınmış olması da CMK 252/1. f ile getirilen önemli bir teminattır.

veya oturumlara katılmamalarına karar verilen sanık veya müdafiler mahkemenin tayin edeceği süre içerisinde yazılı savunma verebilirler.

2. Kanunyolu Aşamasındaki Yetkiler (CMK 261)

Avukatın yetkisi CMK 261 ile kısıtlanmaktadır. Avukat, ancak müdafiliğini vekilliğini üstlendiği kişilerin açık arzusuna aykırı değilse kanun yollarına başvurabilir. Şu halde, hükmün karşıt anlamından çıkan sonuç şudur: *“Müdafiye açıkça ‘‘Kanunyoluna Başvurmayacaksın!’’ denilmediği sürece; müdafî kanun yoluna başvurmak zorundadır.”* Açık arzunun yazılı olarak verilmesi gerektiği görüşündeyiz.

Hüküm sanık/şüpheli/mağdur bakımından sakıncalıdır. Bizce bazı hallerde (özellikle bazı ağır suçlarda) sanık istemese hatta buna ilişkin yazılı beyan verse bile müdafinin kanun yoluna başvurması gerekmektedir. Zira sanık genellikle hukuk eğitimi almamış olan biridir. Dolayısıyla kanun yoluna başvurulmasının lehine sonuçlar doğurabileceği konusunda yeterli donanımına sahip olmayabilir. Bu durumda kanun yoluna gidilmediğinde hüküm kesinleşeceğinden; sanığın aleyhine bir durum ortaya çıkabilecektir. Dolayısıyla, müdafî yalnızca sanığı aydınlatmakla kalmamalı; sanığın yararına olacağına inanıyorsa hükmü *“sanık istemese dahi”* kanun yolu yargılamasına taşınmalıdır. Sanık, bir anki sinirle ya da ümitsizlikle hükmün temyiz edilmemesi gerektiğini düşünmüş olabilir. Oysa belki de o tip olaylarda Yargıtay sanık lehine olabilecek kararlar verebilmektedir.

3. Müdafî Yetkileri ve Hukuka Aykırı Deliller Kuramı

Müdafinin yetkisini etkili biçimde kullanması hukuka aykırı delil elde edilmesinin ve bu delile dayanılarak hüküm kurulmasının önünde önemli bir engel olacaktır.

Özellikle ifade alanında CMK 148/4 hükmü müdafilerin sorumluluğunun aslında ne kadar da önemli olduğunu ortaya koymaktadır.¹⁴Buna göre, kolluk huzurundaki ifade alma sırasında şüphelinin müdafii hazır ve ifade tutanağını imzalamışsa şüpheli bu tutanak ile bile mahkum edilebilecektir. Şu halde müdafinin görevi ve işinin önemi bu hükümde daha açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Demek ki müdafî, savunmasını aldığı şüphelinin kendi imzasını içeren ifade tutanağı ile mahkum edilebileceği gerçeğini asla aklından çıkarmayacak ve şüpheliye hukuki yardımda bulunurken çok dikkatli olacaktır.

¹⁴ CMK 148/4 hükmü şöyledir: *“(4) Müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hakim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınmaz.”*

CMK 148/4 hükmü; CMK 213 ile birlikte yorumlandığında daha da önem kazanmaktadır. Buna göre, CMK 213 gereğince müdafî huzurunda kollukta verilen ifade ile kovuşturma aşamasındaki ifade arasında çelişki görüldüğünde bu ifade duruşmada okunabilecektir. Bu da müdafinin imzasını içeren ifade tutanağının aslında kovuşturma makamları bakımından çok önemli olduğunu göstermesi yönüyle dikkate şayandır.

Yine CMK 217 hükmüne göre, kolluktaki ifade ile kovuşturma aşamasında verilen ifade arasında çelişki varsa bu çelişkiyi gidermek amacıyla yapılacak okuma ile ya da çelişki olmasa dahi (örneğin sorguda ve kovuşturma aşamasında sanık susma hakkını kullanmış olsun) müdafinin imzasını içeren ifade tutanağı delil değeri kazanacak ve *“hukuka uygun”* kabul edilerek hükme esas alınabilecektir. (CMK 217/2; 148/3). Ancak müdafî huzurunda alınmayan kolluk ifadesinin CMK 206/2 a gereğince yargıevi tarafından kendiliğinden hukuka aykırı kabul edilmesi ve bu hukuka aykırılığın CMK 230/1 b hükmü gereğince karar gerekçesinde belirtilmesi; yine CMK 217 gereğince hükme esas alınmaması; tüm bunlara rağmen hükme esas alınmışsa CMK 289/1 i hükmü gereğince *“bozulması”* gerekeceği tartışmadan uzaktır.

Aramada avukatın bulunması durumunda da görüşümüze göre, avukatın da imzasını içeren arama tutanağı karine olarak CMK 148/4 hükmü gibi değerlendirilip 148/3 ve 206/2 a'ya göre hukuka uygun kabul edilerek reddolunmayacak ve 217 gereğince hükme esas alınabilecektir.

Ayrıca, AY 38/6 hükmü de her koşulda dikkate alınmalı ve müdafinin/vekilin katılımının şart olduğu hallerde müdafî/vekil bulunmaksızın yapılan tüm işlemler veya elde edilen tüm bulgular hukuka aykırı sayılmalı; bunlara dayanılarak hüküm kurulamamalıdır.

Müdafinin yetkilerine getirilen bazı kısıtlamalar, görüldüğü gibi, hukuk devleti ilkesine ve silahların eşitliğine aykırılıklar taşımaktadır. Bu nedenle bu aykırılıkların giderilerek yasa mantığının çağımız gereklerine uygun hale getirilmesi gerekmektedir. *“İyi savunma için iyi yasa gerekir!”*