



Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu Başkanlığı'nın daveti üzerine “*Ceza Muhakemesi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi (2/2282)*” görüşmelerine Birliğimizi temsilen Hukuk İşleri Müdür Yardımcısı Av. Ekim ERGÜN katılmış ve aşığıdaki görüş sunulmuştur:

6 Mart 2014 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan, 6526 sayılı Kanunla, müdafinin dosya içeriğini incelemesi ve belgelerden örnek almasının, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebileceği durumlarda sulh ceza hakimi kararıyla kısıtlanabileceğine ilişkin Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 153. maddesindeki hüküm yürürlükten kaldırılmıştır.

Adalet Komisyonu tarafından “*demokratikleşme ve temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınması amacının gerçekleştirilmesinde önemli bir aşama olarak*” görülen bu değişiklik, “*iddia ve savunma makamları arasında, iddia ve savunma faaliyetinin gereği gibi yapılmasına engel olacak ayırımlar yapılması; örneğin iddia makamının bildiği bir delili savunma makamının bilmemesi, silâhların eşitliği olarak bilinen ilkeye aykırılık teşkil etmektedir. Silâhların eşitliği, savunma makamının bir hukuk devletinde kendisine tanınmış bulunan hakları etkin bir şekilde kullanabilmesi anlamına gelmektedir. Bu ilkenin daha etkin bir şekilde hayata geçirilebilmesi amacıyla Ceza Muhakemesi Kanununun 153 üncü maddesinde önemli bir değişiklik yapılmaktadır. Söz konusu maddeye göre müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkiminin kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilmektedir. Teklifte, söz konusu hüküm yürürlükten kaldırılmakta ve müdafinin soruşturma evresinde hiçbir kısıtlama olmaksızın dosya içeriğini inceleyebilmesi ve istediği belgelerden örnek alabilmesi sağlanmaktadır.*” şeklinde gerekçelendirilmiştir.

6526 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten dört ay sonra, 2/2282 Esas Numaralı Kanun Teklifi ile, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 153. maddesinin mülga ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarının tekrar yürürlüğe girmesi önerilmiştir. Gerekçe ise yürütülen bir soruşturmanın her aşamasında müdafinin bir dilekçeyle tüm dosyanın fotokopisine ulaşabilmesi, yeterli delil toplanmadan dosyadaki tüm delillerin deşifre olması, şüphelilerin kaçması, soruşturmanın sonuçsuz kalması Alman Ceza Usul Kanunu’nun 147. maddesinde de bu esasın kabul edilmesidir.



Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Her ne kadar teklifin gerekçesinde soruşturma dosyasındaki tüm delillerin deşifre olduğu bu nedenle soruşturmaların yürütülemediği belirtilmiş ise de, günümüz soruşturmalarında adeta neredeyse tek delil elde etme yöntemi olarak sıklıkla kullanılan “iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması” işlemleri Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 135. maddesinin 6. fıkrası uyarınca tedbir süresince gizli tutulmakta ve soruşturma dosyasına girmemektedir.

Strafprozeşordnung (StPO) siyasal sisteme bağlı olarak geçirdiği değişikliklerle birlikte 1 şubat 1877 tarihinden bu yana Almanya’da yürürlüktedir ve gerçekten soruşturmanın amacının tehlikeye girebileceği gerekçesiyle müdafinin dosya içeriğini inceleme yetkisinin kısıtlanabileceğine ilişkin bir hüküm, StPO’nun 147. maddesinin ikinci fıkrasında mevcuttur. Ancak bu hükmün uygulanması bir istisna olup Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin konuya ilişkin olarak vermiş olduğu kararlar neticesinde neredeyse 2001 yılından beri uygulanmamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Lamy / Belçika kararına göre, olayların gerçekte yürürlükte olan mevzuata göre tutuklu kişi mahkeme önüne çıkarılmadan önceki iki gün boyunca soruşturma dosyası, mahkeme kaleminde şüphelinin müdafinin incelemesine açık bulundurulmalıdır. Bu hükme dayanılarak dosya tutukluluğunun ilk 30 günü boyunca Lamy’nin avukatına gösterilmemiş, ancak hakkındaki tutuklama kararı gözden geçirilmek üzere mahkeme önüne çıkarılmadan önceki 48 saat boyunca incelemeye hazır tutulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mahkemenin tutukluluğun kaldırılması veya devamına karar verileceği yargılamanın bu aşamasında başvurucu tarafından dosya içeriğine erişimin vazgeçilemez olduğu sonucuna varmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre dosyadaki belgelerin incelenmesi etkin bir biçimde tutuklama kararının hukuka uygunluğuna itiraz edebilmek için zorunludur. Savcı tüm dosya içeriği hakkında bilgi sahibiyken müdafinin dosya içeriğine duruşmadan kısa bir süre önce ulaşabilmesi silahların eşitliği ilkesine aykırı bulunmuştur ve bu cihetle de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 5-4’ün ihlaline karar verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin dosyadaki kısıtlılıkla ilgili vermiş olduğu önemli bir diğer karar da Schöps / Almanya kararıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi



Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

özgürlüğü kısıtlanan kişinin avukatının müvekkilinin tutuklanmasının hukuka uygunluğuna etkin bir şekilde itiraz etmesi için incelemesi zorunlu olan soruşturma dosyasına erişiminin engellenmesi halinde silahların eşitliği ilkesinden bahsedilemeyeceği sonucuna varmıştır. Özgürlüğün kısıtlanmasının kişinin temel hakları üzerindeki sonuçları göz önüne alındığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 5/4 kapsamında izlenecek usul, soruşturmanın koşulları elverdiği ölçüde, çelişmeli yargılama gibi adil bir yargılamanın temel gerekliliklerine saygı göstermelidir. Bu sebeple Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, soruşturma dosyasının istediği anda müdafinin incelemesine hazır bulundurulmamasını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı bulmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Garcia Alva / Almanya kararına göre hakkındaki suçlamalar kendisine bildirilen bir kişinin bu suçlamaların dayandığı delillerden haberdar olmadıkça böyle bir karara karşı koyabilmesi olası değildir. şüpheli, ulaşmak istediği delillerin savunması ile alakası olduğu kanıtlayabilip kanıtlayamadığına bakılmaksızın her türlü beyana ve diğer delillere ulaşabilmelidir. Mahkeme bu kararında ceza soruşturmalarının etkin bir biçimde yürütülebilmesinin soruşturma esnasında elde edilen bilgilerin bir kısmının şüphelilerin bu bilgileri değiştirmesi ve adaletin işleyişini engellemesi tehlikesine karşı gizli tutulabileceğini kabul etmiştir. Ne var ki bu meşru amaca ulaşmak için savunma haklarının özüne dokunan kısıtlamalara gidilemeyecektir. Bu sebeple de tutukluluk halinin hukuka uygunluğunun denetimi için gerekli olan bilgiler, münasip bir biçimde şüphelinin avukatının incelemesine hazır bulundurulmalıdır. StPO m.147/2'ye göre soruşturmanın amacını tehlikeye atacaksa müdafinin dosyayı incelemesi engellenebilirse de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvurucunun tutuklanmasında esas alınan bir tanığın beyanının "meşru kamu menfaati"nin bunu gerektirdiğinden ve hile yapılması riski bulunduğundan bahisle gizli tutulmasını ve başvurucuya sadece sözlü olarak bu beyanın içeriğinin bildirilmiş bulunmasını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.5/4'e aykırı bulmuştur.

Bu kararlarla birlikte Alman Ceza Usul Kanunu'nda herhangi bir değişiklik yapılmadan, Alman uygulayıcılar, uygulamalarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını esas almışlardır. Hatta bu kapsamda dosya içeriğinin bırakın müdafiden gizlenmesini, soruşturmada savcı ve müdafii bilirkişiye birlikte seçmekte ve hatta bilirkişiye sorulacak soruları bile birlikte hazırlamaktadırlar. Hal böyleyken



Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

bugün Almanya'da ceza soruşturmasının zafiyete uğradığından bahsetmek veya Almanya'da soruşturma yürütülemediğini iddia etmek ise mümkün değildir.

*Silahların eşitliği ilkesine göre iddia ve savunma makamlarının eşit haklardan yararlanmaları, taraflardan birine tanınan hakların, diğerine de aynen tanınması gerekmektedir. Bu durum, savunma hakkının gerçekten hakkıyla yapılmasının zorunlu bir gereğidir. Soruşturma aşamasında müdafinin dosya içeriğini incelemesinin engellenmesi savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 153. maddesinin mülga ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkraları yürürlükte iken savunma hakkını yok edecek şekilde uygulanmıştır. Soruşturma dosyasında gizlilik kararını sulh ceza hakiminden talep edecek savcının talebinde soruşturmanın amacının neden tehlikede olduğunu gerekçelendirmesi gerekirken, bu gerekçelendirmeyi yapmadan matbu taleplerde buldukları buna rağmen hakimlerin ise *savcı istedi* ya da *ayıp olmasın* gibi nedenlerle dosyalarda kısıtlama kararları verdikleri sıklıkla gözlemlenmekteydi.*

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 153. maddesinin mülga ikinci fıkrasının kötüye uygulandığı çok sayıda örnek olmakla birlikte Reyhanlı patlamalarına ilişkin Reyhanlı Sulh Ceza Mahkemesi'nin 2013/584 D. İş nolu kararının hüküm fıkrası aynen şu şekildedir:

Reyhanlı Cumhuriyet Başsavcılığının TALEBİNİN KABULÜ İLE; 11.05.2013 tarihinde Reyhanlı ilçesinde meydana gelen ve pek çok kişinin ölmesine ve yaralanmasına neden olan patlama ile ilgili söz konusu soruşturmaya ilişkin ve dosya ve soruşturma kapsamı içinde kalan olay yerine ve olayda ölen ve yaralananlara ilişkin ve olay içeriğine ilişkin her türlü sesli ve görüntülü, yazılı ve görsel medyadaki yayınlar ile internet ortamındaki bu kapsamdaki bilgilerin CMK md. 153 vd maddeleri gereğince YAYINLANMASININ VE GÖSTERİLMESİNİN YASAKLANMASINA,

Kamuoyunda ÇHD davası olarak bilinen aralarında Çağdaş Hukukçular Derneği Genel Başkanı'nın da bulunduğu ÇHD üyesi 9 avukat, 21 Ocak 2013 tarihinde tutuklanmış, 19 Temmuz 2013 tarihinde ise iddianame mahkeme tarafından kabul edilmiştir. Soruşturma dosyasında gizlilik kararı verildiği için sanık sıfatı taşıyan 9 u tutuklu 22 avukat soruşturma dosyasında yer alan delilleri ancak 19 Temmuz 2013 tarihinde inceleyebilmişler hatta neredeyse 6 ay boyunca 9 avukat neden tutuklu olduklarını bile anlayamamışlardır.



Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Ayrıca Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 153. maddesinin mülga ikinci fıkrasında yer alan düzenleme nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye aleyhine çok sayıda ihlal kararı vermiştir. (örneğin Erkan İnan / Türkiye, Sarar / Türkiye kararları) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ceviz / Türkiye kararının konuya ilişkin kısmı şöyledir:

Sözleşmenin 5. maddesinin 4. paragrafı uyarınca tutukluluğa itirazı değerlendiren mahkemede tarafların, yani savcı ve sanığın eşitliğini teminen tarafların davaya katılma hakkına itina gösterilmesi gerektiğini hatırlatmaktadır. Eğer müdafii, müvekkilinin tutukluluğunun hukukiliğine etkili biçimde itiraz edebilmesi için önem arz eden dosya içeriğini inceleme hakkından mahrum bırakılıyorsa, tarafların eşitliği sağlanmamış demektir (örneğin bkz. Lamy v. Belçika, 30 Mart 1989, paragraf. 29, seri A no 151, Nikolova v. Bulgaristan [BD], no 31195/96, paragraf. 58, AİHM 1999-II, Schöps v. Almanya, no 25116/94, paragraf. 44, AİHM 2001-I, Lietzow v. Almanya, no 24479/94, paragraf. 44, AİHM 2001-I ve Mooren v. Almanya [BD], no 11364/03, paragraf. 124, 9 Temmuz 2009).

AİHM, somut olayda hâkimin 29 Mayıs 2007 tarihinde CMK madde 153/2 uyarınca başvuranın ve avukatının dosyaya erişim hakkını soruşturmanın amacına uygun yürütülmesini tehlikeye atmamak için kısıtlama kararı aldığını kaydetmektedir.

AİHM, başvuranın inceleme hakkından mahrum bırakıldığını ileri sürdüğü dosya içeriğinin ilgilinin tutukluluğunun hukukiliğine itirazında temel önem taşıdığını kabul etmektedir. Ancak, AİHM, savcı ve sonradan hâkimin ifade almaları esnasında müdafii tarafından nezaret olunan başvurana kaydedilen telefon görüşmeleri, baş şüphelinin ifadeleri ve tutuklanmasıyla sonuçlanan teknik takip hakkında sorular sorulduğunu kaydetmektedir. Benzer şekilde, müdafii müvekkilinin tutukluluğuna yönelik itirazında kaydedilen telefon görüşmelerinin dökümlerinin ve teknik takip tutanaklarının içeriklerine bilhassa atıfta bulunmuştur. Dolayısıyla, buradan başvuranın ve müdafinin tutukluluğa temel teşkil eden belgelere erişimlerinin olduğu anlaşılmaktadır ki başvuran ve müdafii bu belgelerin içeriğine atıfta bulunmuşlardır. Bu nedenle, AİHM başvuranın ve müdafinin söz konusu dokümanların içeriği hakkında yeterli bilgiye sahip olduklarını ve tutukluluk halinin gerekçelerine yeterli biçimde itiraz etme imkânını elde ettiklerini kaydetmektedir.

Bu kararda ihlal kararı verilmemiştir ancak ihlal kararı verilmemesinin nedeni müdafinin tutukluluğa itirazda telefon görüşmelerine atıf yapılmasıdır.



Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun mülga ikinci fıkrası konuya ilişkin hazırlanan çok sayıda raporda eleştirildiği gibi, Avrupa Komisyonu'nun ilerleme raporlarında da eleştirilmiştir. Örneğin 2013 yılı ilerleme raporunda bu konu,

Hâkimler, savcılar ve savunma tarafı ile ilgili olarak adliyelerde ve duruşmalar esnasındaki uygulamaya yönelik düzenlemeler, "silahların eşitliği ilkesi"ne saygı duyulmasını veya bu ilkenin var olduğu algısını güvence altına almamaktadır. Bu durum, hâkimlerin tarafsızlığına ilişkin algıyı gölgelemeye devam etmektedir.

şeklinde ele alınmıştır. 2012 yılı ilerleme raporunda ise,

Uygulamada, ceza adalet sistemine ve özellikle ağır ceza mahkemelerine dair endişeler dile getirilmiştir. Bu endişeler daha çok, savunma makamının savcılık dosyasına sınırlı erişimi, şüphelilere ilişkin tutuklama veya tutukluluk halinin devam etmesi kararları ve yargılama öncesi tutukluluk sürelerine odaklanmıştır. Yargılama öncesi tutukluluk yerine alternatifler yeterince uygulanmamaktadır. Türkiye'de, tutukluluğuna karşı itiraz edenlerin taleplerini değerlendirecek ve makul bir başarı beklentisi ile yargılama öncesi tutukluluklarının hukuka uygunluğuna ilişkin itiraz imkânı sunacak etkili bir iç hukuk yolu yoktur.

şeklinde ifade edilmiştir.

Ceza muhakemesi hukuku, özellikle sanığın yargılamadaki hakları ülkenin hukuk devleti olma yolunda en önemli göstergelerden birisidir. Teklifin gerekçesindeki hususlar, teklife ilişkin karşılaştırmalı hukuk açasından Avrupa İnsan Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları, Almanya'daki uygulamalar, ülkemizdeki uygulamalar ve ülkemiz aleyhine verilen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ve konuya ilişkin hazırlanan raporlar kısaca özetlenmiştir. Bu nedenlerle teklifin reddedilmesi gerektiğini değerlendiriyoruz.