

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

SORUŞTURMANIN GİZLİLİĞİ

Yüksek Lisans Tezi

Günce ARTANTAŞ

Ankara - 2019

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

SORUŞTURMANIN GİZLİLİĞİ

Yüksek Lisans Tezi

Günce ARTANTAŞ

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN

Ankara - 2019

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
CEZA VE CEZA MUHALEMESİ HUKUKU ANABİLİM DALI

SORUŞTURMANIN GİZLİLİĞİ

Yüksek Lisans Tezi

Günce ARTANTAŞ

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN

Tez Jürisi Üyeleri:

Adı Soyadı

Prof. Dr. Muharrem Ö. 2625

Doç. Dr. Güneş Okuyucu Ergün

Dr. Öğr. Üyesi Burcu ERTEM

.....

İmzası

.....

.....

.....

.....

Tez Sınavı Tarihi: ...17...06...2019.....

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün akademik bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. (..17.. / ..06.. / 2019)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin

Adı Soyadı

..Günce.. A. tartaş

İmzası

.....
.....
.....

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	v
KISALTMALAR CETVELİ.....	viii
BİRİNCİ BÖLÜM.....	1
SORUŞTURMANIN GİZLİLİĞİ KAVRAMININ TARİHSEL GELİŞİMİ VE KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ.....	1
I. MUHAKEMENİN AMACI VE MUHAKEME MAKAMLARI ARASINDAKİ İLİŞKİLER BAKIMINDAN SİSTEMLER.....	1
II. İTHAM SİSTEMİ.....	4
III. TAHKİK SİSTEMİ.....	7
IV. İŞBİRLİĞİ SİSTEMİ.....	14
V. GİZLİLİĞİN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ.....	25
İKİNCİ BÖLÜM.....	31
DAHİLİ GİZLİLİK.....	31
I. İfade Alma, Sorgu, Tanık ve Bilirkişinin Dinlenmesi İşlemleri.....	31
II. Keşif, Yer Gösterme ve Arama İşlemleri.....	34
III. Yakınlara Haber Verilmesi.....	36
IV. Soruşturma Dosyasını İnceleme Hakkı.....	36
1. Müdafinin Dosya İnceleme Yetkisi.....	37
A. Genel Olarak.....	37
B. Dosya İnceleme Yetkisinin Konusu.....	41
C. İnceleme Yeri ve Süresi.....	42

D. İnceleme Yetkisinin Sınırlandırılması.....	43
E. Müdafinin İncelemesi Engellenemeyen Belgeler	50
F. Vekaletname İbrazi Sorunu.....	52
G. İnceleme Sonucunda Öğrenilen Bilgilerin Kullanılması.....	57
H. Örnek Alma Yetkisi.....	59
I. Delilleri İnceleme Yetkisi	61
2. Şüphelinin Dosya İnceleme Hakkı	64
3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Dosya İnceleme Hakkı.....	69
A. Adil Yargılanma Hakkı Bakımından (AİHS m.6).....	70
a. Genel Olarak.....	70
b. Adil Yargılanma Hakkının Soruşturma Evresinde Uygulanabilirliği	71
c. Soruşturma Evresinde Silahların Eşitliği.....	75
aa. Genel Olarak	75
bb. Silahların Eşitliği ve Dosya İnceleme Hakkı	79
d. AİHS m.6/3 ve Dosya İnceleme Hakkı	82
aa. Madde 6/3-a	82
bb. Madde 6/3-b	85
cc. Madde 6/3-c	87
B. Kişi Özgürlüğü ve Güvenlik Hakkı Bakımından (AİHS m.5/4)	89
4. Mağdur, Suçtan Zarar Gören ve Vekilin Dosya İnceleme Hakkı	95
A. Mağdur ve Suçtan Zarar Görenin Dosya İnceleme ve Örnek Alma Hakkı	95
B. Vekilin Dosya İnceleme ve Örnek Alma Hakkı	98

V. Soruşturmanın Tarafı Olan Kişilere Karşı Gizli Tutulması Gereken İşlemler	100
1. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi	102
2. Gizli Soruşturmacı Görevlendirme	103
3. Teknik Araçlarla İzleme	105
4. Arama	106
5. Tanık Koruma Tedbiri.....	107
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM.....	109
HARİCİ GİZLİLİK	109
I. Basın Özgürlüğü ve Sınırlandırılması.....	111
1. Şeref Varlığının ve Diğer Kişilik Haklarının Korunması	113
2. Adli Görevlerin Korunması Yönünden Getirilen Sınırlar.....	115
II. Soruşturma Gereklere ile Bilgi Edinme Gereklere Arasında Dengenin Kurulması: Adil Yargılanma Hakkı	116
III. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Harici Gizlilik	126
1. Soruşturma Evresinde m.6/2'nin Uygulanabilirliği	127
2. Soruşturma Organlarının İhlalleriyle İlgili Kararlar	128
3. Basın Mensuplarının İhlalleriyle İlgili Kararlar	133
<i>SONUÇ</i>	<i>141</i>
<i>ÖZET</i>	<i>145</i>
<i>SUMMARY</i>	<i>147</i>
<i>KAYNAKÇA</i>	<i>149</i>

KISALTMALAR CETVELİ

AİHM : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHS: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

App. : Application

AÜHF : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

AÜSBFD : Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi

AYM : Anayasa Mahkemesi

BAM : Bölge Adliye Mahkemesi

bkz : bakınız

C. : Cilt

CD. : Ceza Dairesi

CGK : Ceza Genel Kurulu

CMK : Ceza Muhakemesi Kanunu

CMUK : Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu

Çev. : Çeviren

DEÜHF : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

DEÜHFD : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

E. : Esas

ECHR : European Convention on Human Rights

Ed. : Editör

GSÜHFD : Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

HMK : Hukuk Muhakemeleri Kanunu

İÜHF: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İÜHFD : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

K. : Karar

Kon. : Konuşmacı

m. : madde

p. : page

para. : paragraf

pp. : pages

Rap. : Raportör

s. : sayfa

sec. : section

ss. : sayfalar

S. : Sayı

T. : Tarih

TBB : Türkiye Barolar Birliği

TBBD : Türkiye Barolar Birliği Dergisi

TCK : Türk Ceza Kanunu

v. : versus

vb. : ve benzeri

vd. : ve devamı

Vol. : Volume

Y. : Yıl

YD : Yürütmeyi Durdurma

Yön. : Yönetmelik

GİRİŞ

Tarihsel olarak muhakemenin tahkikat (*inquisito*) işlemlerine özgülendiği tahkik sisteminin içinde doğan soruşturmanın gizliliği, işbirliği sisteminde soruşturma evresi tahkik sisteminden esinlenerek oluşturulduğu için bu evrede muhakeme makamları arasındaki, özellikle de iddia ve savunma makamları arasındaki ilişkiyi düzenleyen, bu ilişkinin doğasını belirleyen bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

19. yüzyıldan bu yana Kıta Avrupası hukuklarında, tahkik sisteminden alınan soruşturma evresini düzenleyen ve şüphelinin aleyhine olan katı hükümlerin ortadan kaldırılması, bu evrede şüphelinin mahrum kaldığı teminatların ceza muhakemesi kanunlarına sokulması yönünde bir eğilim bulunmaktadır. Söz konusu protestolar esas olarak soruşturmanın gizliliğini hedef almaktadır. Buna karşın günümüzde Kıta Avrupası ceza muhakemesi hukuklarında, soruşturma evresinde iddia makamının savunma makamından daima daha üstün olduğu, muhakemeyi halen iddia makamınca gizli ve çelişmesiz olarak yürütülen soruşturma evresinin ve dolayısıyla hazırlanan soruşturma dosyasının şekillendirdiği tespiti yapılmaktadır.

Türk hukukunda da soruşturmanın, kanunun başka hüküm koyduğu haller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla, gizli olduğu Ceza Muhakemesi Kanununun 157. maddesinde; müdafinin soruşturma dosyasını inceleme yetkisi ve bu yetkinin kısıtlanması ise 153. maddesinde düzenlenmiştir.

Ceza muhakemesi hukukunda soruşturmanın gizliliği, bu çalışmada üç ana bölüm altında ele alınmaktadır. Birinci bölümde, soruşturmanın gizliliği kavramının ceza muhakemesi sistemleri içindeki gelişimi incelenmektedir. Soruşturmanın

gizliliğini eleştiren görüşlere ve değişik ülkelerde şüpheli haklarının geliştirilmesi yönünde yapılan reformlara yer verilmekte; soruşturmanın gizliliğiyle ilgili genel açıklamalar yapılmakta ve gizliliğin kavramsal çerçevesi çizilmektedir.

İkinci bölümde, müdafinin soruşturma evresinde hazır bulunma hakkının olduğu işlemler üzerinde durulduktan sonra, çalışmanın odak noktasını oluşturan soruşturma dosyasını inceleme hakkı, Türk hukukundaki temel tartışmalarıyla birlikte, müdafinin ve diğer muhakeme süjeleri bakımından değerlendirilmektedir. Ardından dosya inceleme hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında ele alınmakta; öncelikle adil yargılanma hakkının soruşturma evresinde uygulanabilirliği sorunu irdelenmekte; dosya inceleme hakkı 6.maddenin 1.fıkrası (silahların eşitliği) ve 3.fıkranın a, b, c bentlerinde tanınan haklar bakımından incelenmektedir. Tutuklu şüphelinin dosya inceleme hakkı ise kişi özgürlüğü ve güvenlik hakkı bakımından ayrıca incelenmektedir. Doğası gereği soruşturmanın tarafı olan kişilere karşı gizli olan işlemlere de farklı bir başlık ayrılmaktadır.

Çalışmanın üçüncü ve son bölümünde ise, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde basın özgürlüğünü sınırlandırma nedenlerinden ikisi olarak öngörülen “yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi” ve “başkalarının şöhret ve haklarının korunması” amacının, soruşturmanın gizliliğinin koruduğu kamusal ve bireysel menfaatlerle örtüştüğü tespiti yapıldıktan sonra, soruşturma gerekleri ile bilgi edinme gerekleri arasında dengenin kurulması hususu tartışılmaktadır. Son olarak bu bölümde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin soruşturma organları ve basın mensuplarının şüphelinin suçsuzluk karinesini ihlal ettiklerine hükmettiği kararlarına yer verilmektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM

SORUŞTURMANIN GİZLİLİĞİ KAVRAMININ TARİHSEL GELİŞİMİ VE KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

I. MUHAKEMENİN AMACI VE MUHAKEME MAKAMLARI ARASINDAKİ İLİŞKİLER BAKIMINDAN SİSTEMLER

Ceza muhakemesinin bütün normları, ceza muhakemesinin amacını gerçekleştirmeye çalışır.¹ Dolayısıyla soruşturmanın gizliliğini veya duruşmanın açıklığını öngören muhakeme normları da ceza muhakemesinin amacının gerçekleştirilmesine yönelmiştir. Bu itibarla ceza muhakemesinin amacının tespiti, ceza muhakemesi hukukunda yapılacak ilk işlerden biridir. Ceza muhakemesinin amacının ne olduğunu anlayabilmek içinse ceza muhakemesinin bir tarihçesini yapmakta ve geçirdiği evreleri incelemekte yarar vardır.²

Ceza muhakemesi hukukunda amaç ve dolayısıyla normlar zamanla fakat yavaş olarak değişmektedir. Yavaşlığın sebebi bu hukukun da toplumun hukuk bilincine dayanması ve bu temelin yavaş değişmesidir.³ Sözü edilen değişim, bütün dünyada benzer şekilde olmuş ve üç evreden geçmiştir. Bu üç evre aynı zamanda ceza muhakemesi hukukundaki sistemleri ifade etmektedir. Her sistemin kendi koşulları içinde ceza muhakemesinin amacı ve normları değişmiştir.

¹ KUNTER, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, 9.Bası, İstanbul 1989, s.22.

² KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.22.

³ Bkz. KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.23.

Ceza muhakemesi sistemlerinin oluşumu veya birbirlerinden ayrılması bakımından ise muhakeme makamları arasındaki ilişki belirleyici olmuştur. Muhakeme makamlarından birinin diğerine nazaran önem kazanması⁴, aralarındaki ilişkinin gizlilik veya açıklık ilkelerine göre düzenlenmesi sonuçta verilecek hükmü etkilemektedir. Nitekim muhakeme makamları, çeşitli devirlerde ve çeşitli toplumlarda duyulan ihtiyaçlara göre farklı farklı düzenlenmiş; bazen bireyin bazen devletin hükmüne daha fazla önem verilmiştir. Nihayet bazı sistemlerdeyse, bireyle toplum dengede tutulmaya çalışılmıştır.⁵

Muhakeme makamları arasındaki ilişkiler, gizlilik veya açıklık ilkelerine göre düzenlenmiş; bir anlamda gizlilik veya açıklık muhakeme makamları arasındaki ilişkinin doğasını belirlemiş, o sisteme nüvesini vermiştir. Gizlilik veya açıklık ihtiyacının doğmasının sebebi de tarihin o döneminde korunan toplumsal veya bireysel menfaatler olmuştur. Tarih boyunca toplum veya bireye verilen önem, ceza muhakemesine de yansımış; böylece uygarlığın tarihi kronolojik olarak ceza muhakemesinin tarihinde de apaçık gözükmiştir. Örneğin, itham sisteminde suç toplumsal bir sorun olarak ele alınmadığı ve ceza muhakemesi maddi gerçeğe ulaşma amacı taşımadığından, muhakemenin açıklığı nedeniyle delillerin karartılması tehlikesi bir anlam ifade etmemiştir. Fakat tahkik sisteminde muhakemenin maddi gerçeğe ulaşması amacı ortaya çıktığı anda, bu durum muhakemenin gizli yürütülmesi ihtiyacını doğurmuş; bu dönemde toplum-birey diyalektiğinde toplum öne geçmeye başlamıştır. Daha sonra ise maddi gerçeğe her şekilde olursa olsun ulaşmak gerektiği yönündeki anlayış terk edilmiş, maddi gerçeğe ulaşmak muhakemenin amacı olmakla

⁴ KEYMAN, Selahattin, Ceza Muhakemesinde Savcılık, AÜHF Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s.33.

⁵ KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.62; KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.33.

birlikte aynı zamanda insanlık onuruna saygı gösterilmesi⁶ ve şüpheli/sanığın haklarının korunması ihtiyacı da nazara alınmıştır. Ceza muhakemesi bu dönemde tam anlamıyla iki evreye ayrılmış; delillerin toplandığı evreye gizlilik, delillerin tartışıldığı evreye ise açıklık hakim olmuştur.

Bu bağlamda sözü edilen sistemler, muhakeme makamları arasındaki ilişkiler özellikle de iddia ve savunma makamları arasındaki ilişki ve bu ilişkileri düzenleyen gizlilik ve açıklık ilkeleri yönünden incelenmelidir.

Uygarlık tarihi boyunca mevcut olan bu üç sistem mantıksal görünüş biçimlerine uygun ve kronolojik olarak birbirlerini takip etmiştir. Birbirlerinden kesin olarak ayrılabilen üç ceza muhakemesi sistemi şunlardır: İtham sistemi, tahkik sistemi ve işbirliği sistemi. Neredeyse her toplumun ceza muhakemesi itham sistemiyle başlamış, daha sonra bu sistem yerini tahkik sistemine bırakmıştır. Günümüzde ise bunun aksi yönünde bir gelişim belirmiştir. Dünyada itham sisteminin asli teminatları olan kamuya açıklık ve yüze karşılık ilkelerini yeniden başlangıçtaki değerine kavuşturmak yönünde bir eğilim gözlemlenmektedir.⁷ Kovuşturma evresi esasen kamuya açık olduğundan, bu eğilim soruşturmanın gizliliği, bu evredeki şüpheli haklarının kullanılması ve özellikle iddia ve savunma makamları arasındaki dengenin sağlanması bakımından önem arz etmektedir.

⁶ KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.29.

⁷ ESMEIN, Adhemar, A History of Continental Criminal Procedure (Çev. John Simpson), Little Brown and Company, Boston 1913, s.3; KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.33.

II. İTHAM SİSTEMİ

İtham sistemi, ilkel mücadeleyi sembolize ettiği ve bunu düzenlediği için uygarlığın tarihinde ilk görülen sistemdir.⁸ Kökeni doğu uygarlıklarına dayandırılan bu sistem, Antik Yunan ve Roma'da belirli bir form almış; ardından Roma İmparatorluğu'nun son zamanlarında ortadan kaybolmaya başlamıştır. Roma İmparatorluğu'nun çöküşünden sonra ise basit veya sarsak bir biçimiyle Cermen ve feodalite teamüllerinde uygulanmıştır. Günümüzde ise Anglo-Sakson hukukunda ve bunu örnek alan hukuk sistemlerinde yaşamaktadır.⁹

İtham sistemini karakterize eden özellik, muhakemenin aslında taraflar arasındaki bir düello olduğu fikridir. Yargıcın taraflardan birini haklı bulmasıyla bu ilkel kavga sonuçlanır. Bu düşünce aynı zamanda medeni muhakemeyi de karakterize etmektedir. Medeni muhakeme ile ceza muhakemesi birbirlerinden ayırt edilemez. Her ikisi de ithamla birlikte başlar, aynı yargıç tarafından görülen davalar benzer bir süreci takip eder ve sonunda aynı amaca ulaşılacak istenir.¹⁰ İtham sistemi, cezayı tazminattan ayırt edemeyen bir ceza hukuku anlayışına sahiptir.¹¹ Dolayısıyla muhakemenin amacının suçun işlenmesiyle birlikte doğan bireysel zararın tazmin edilmesi olduğu söylenebilir.

⁸ ESMEIN, A History of Continental Criminal Procedure, s.7; KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.33.

⁹ ESMEIN, A History of Continental Criminal Procedure, s.7; EREM, Faruk, Ceza Usulü Hukuku, AÜHF Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara 1978, s.64; KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.34.

¹⁰ ESMEIN, A History of Continental Criminal Procedure, s.4; SEVİĞ, Vasfi Raşit, "X uncu Asırdan Günümüze Kadar Ceza Muhakemeleri Usulü ve Gelişmesi", AÜHFD, C. 13, S. 3-4, 1956, s.302. Benzer yönde bkz. AULD, F. C., "The Comparative Jurisprudence of Criminal Process", The University of Toronto Law Journal, Vol.5, No.1, Y.1935, s.88; EREM, Ceza Usulü Hukuku, s.63.

¹¹ EREM, Ceza Usulü Hukuku, s.63; KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.34. İtham sistemi, ceza hukukuna özel hukuk açısından bakılan dönemlere aittir. Bu dönemlerde, suçun yol açtığı sosyal zarara karşı hassasiyet hemen hiç yoktur. Bkz. KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.37.

Ceza davasıyla hukuk davasının gereği gibi birbirlerinden ayrılmaması nedeniyle, söz konusu düello mutlak bir eşitlik içinde gerçekleştirilir. İtham eden ve itham edilen, sonucu belirleyecek olan tarafsız bir hakem önünde çarpışan kişiler konumdadırlar.¹² Bu bağlamda, itham sisteminde muhakeme makamı, özel bir itham makamı ile bunun karşısındaki özel bir savunma makamından oluşmaktadır. İtham ve savunma, görevi sadece neticeyi tespitten ibaret bulunan yargıca nazaran daha üstün makamlar olarak kabul edilmektedirler.¹³ Muhakeme, itham ile savunma makamları arasında bir diyalog niteliğindedir. Yargıcın buna katılması ancak pasif şekilde olur.¹⁴

Muhakeme makamı sùjelerini teşkil eden yargıç, ithamcı ve bireysel savunma arasındaki ilişkiler açıklık, sözlülük, yüzekarşılık esaslarına göre düzenlenir. Sözü edilen bu üç ilke o kadar önemlidir ki, itham sistemi çoğu zaman bunlarla özetlenir.¹⁵ Bu sistemde duruşma, belirli bir yerde toplanmış halk huzurunda cereyan ettiği için açıktır. Muhakeme sadece birkaç saat sürdüğü ve delillerin yazılı olarak muhafazası faydasız görüldüğü için sözlü; taraflar eşit şekilde ve karşılıklı olarak birbirlerinin getirdikleri delilleri tartıştıkları için de yüzekarşıdır.¹⁶ Muhakeme taraflar bakımından çelişmelidir. Açıklık, sözlülük ve çelişmelilik özgürlüklerin korunması için çok teminatlıdır.¹⁷

¹² Bkz. KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.35; KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.63; TANER, Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 3.Bası, İstanbul 1955, s.10.

¹³ KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.62.

¹⁴ KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.66; KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.35.

¹⁵ Bkz. KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.36; ESMEIN, A History of Continental Criminal Procedure, s.6; EREM, Ceza Usulü Hukuku, s.64; TANER, Ceza Muhakemeleri Usulü, s.10.

¹⁶ Bkz. KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.36.

¹⁷ KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.63.

İtham sisteminin bugün dahi taraftar toplamasının ve övülmesinin asıl sebebi, şüpheli/sanığın durumunu teminata kavuşturmasıdır.¹⁸ Şüpheli/sanığın sahip bulunduğu teminatlar, bir taraftan yargıcın pasif durumunun diğer taraftan da muhakemenin açık, sözlü, yüze karşı¹⁹ ve çelişmeli olmasının bir sonucudur.

Bununla beraber, sistemin önemli sakıncaları da bulunmaktadır. Diğer teknik sakıncaları haricinde, bu çalışmanın kapsamı içinde değerlendirilmesi gereken en önemlileri davanın iyice hazırlanmadan duruşma safhasına getirilmesi ve delillerin taraflarca araştırılıp yargıç huzuruna getirilmesidir.²⁰ Bunlar genel olarak gizli bir soruşturma evresinin bulunmamasından doğan sakıncalardır. Bu sistemde, faydasız delillerin ayıklanmasını ve davanın esaslı konulara yönelmesini sağlayan bir soruşturma evresi yoktur²¹ ve muhakeme tamamen açık şekilde gerçekleştirilen duruşmaya özgülenmiştir. Deliller taraflarca toplanır; ayrıca muhakemenin başından itibaren açık olması sebebiyle delillerin karartılması tehlikesi doğmaktadır.²² Ne var ki itham sisteminde suç toplumsal bir sorun olarak ele alınmadığı ve ceza muhakemesi maddi gerçeğe ulaşma amacı taşımadığı için muhakemenin açıklığı nedeniyle delillerin karartılması tehlikesi bir anlam ifade etmemiştir.

İtham sisteminin günümüzde yaşamaya devam ettiği Anglo-Sakson ülkelerinde, ceza muhakemesi halen sözlü ve aleni biçimde gerçekleştirilen duruşmaya özgülenmiş durumdadır. Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin aksine Anglo-Amerikan hukukunda, yargıç veya jürinin duruşmadan önce soruşturma dosyasını incelemeleri

¹⁸ KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.63; KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.36.

¹⁹ Bkz. KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.36; TANER, Ceza Muhakemeleri Usulü, s.11.

²⁰ Bkz. KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.36.

²¹ Bkz. KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.36.

²² KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.64; TANER, Ceza Muhakemeleri Usulü, s.11; ESMEIN, A History of Continental Criminal Procedure, s.11; KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.37.

ve böylece muhakemeyi soruşturma evresinin şekillendirmesi söz konusu değildir. Savunma makamı gibi itham makamı da delil toplamaktadır; fakat soruşturma dosyası sadece savcılığın duruşmada ortaya koyacağı delillerin sıralandığı bir program olarak nitelendirilmektedir.²³ Yargıç ve jürinin duruşmada adeta “tabula rasa” bir karar verici konumunda olması istenir.²⁴

III. TAHKİK SİSTEMİ

İtham sisteminin sözü edilen sakıncaları, tahkik sistemini doğurmuş ve burada muhakeme tamamen gizli soruşturmaya indirgenmiştir. Tahkik sistemi, bu ismini “tahkikat” (*inquisito*) denilen başlangıç formalitelerinden alır. Bu tahkikat, davanın bundan sonraki evrelerini şekillendiren ve sonuç üzerinde ağırlığını hissettiren bir evre olarak görünür.²⁵

Tahkik sistemi, Kilise hukuku içinde doğmuş²⁶; ardından Kıta Avrupası ülkelerinin milli hukuklarını etkisi altına almıştır. 12.yy’ın sonunda Kilise hukuku, daha etkili bir ceza muhakemesi ihtiyacını duymuş; 1215’te toplanan *Lateran Konseyi*, ceza muhakemesinde önemli değişiklikler gerçekleştirmiştir.²⁷ Bu yeni doktrine göre, yargıçlar re’sen gizli soruşturma yapma yetkisine kavuşmuşlar; itham edilen ile

²³ TRECHSEL, Stefan, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, Oxford 2005, s.224. Anglo-Amerikan hukukunda, Kıta Avrupası’nda olduğu şekliyle soruşturma dosyasına karşılık gelen bir doküman olmadığı yönünde bkz. PLOSCOWE, Morris, “*The Development of Present-Day Criminal Procedures in Europe and America*”, *Harvard Law Review*, Vol. 48, Y.1935, s.435.

²⁴ Bkz. TANER, Fahri Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s.139.

²⁵ Bkz. KEYMAN, *Ceza Muhakemesinde Savcılık*, s.38.

²⁶ Kilise hukuku içinde bir muhakeme sistemi halini almışsa da, kilise bu sistemin temellerini geç imparatorluk dönemi Roma hukukundan bulup çıkarmıştır. Roma İmparatorluğu’nun son dönemlerinde itham sisteminin adeta bir şantaj sistemine dönüşerek yozlaşmasının ardından, yetkili yargıcın özel ithamcıyı beklemeden objektif biçimde soruşturma yapması usulü doğdu. Bu gizli ve yazılı usul özellikle vatana ihanet yargılamalarında uygulanırdı; en önemli soruşturma aracı ise işkenceydi. Bkz. PLOSCOWE, *The Development of Present-Day Criminal Procedures*, s.447-448.

²⁷ ESMEIN, *A History of Continental Criminal Procedure*, s.80; PLOSCOWE, *The Development of Present-Day Criminal Procedures*, s.447; SEVİĞ, *X uncu Asırdan Günümüze Kadar Ceza Muhakemeleri Usulü ve Gelişmesi*, s.319; KEYMAN, *Ceza Muhakemesinde Savcılık*, s.38.

tanıklar gizli şekilde sorguya çekilmeye başlanmıştır.²⁸ Krallıkların kurulmasıyla beraber, 1453, 1498, 1539 tarihli ceza muhakemesine ilişkin kral emirnameleri (*ordonnances royales*) gittikçe daha geniş bir şekilde tahkik sistemini benimsemiştir.²⁹ 1670 tarihli emirname (*Ordonnance Criminale*) Engizisyon hukukunu “kod” haline getirmiş ve bu kod diğer Kıta Avrupası ülkelerinin ceza muhakemesi kanunlarına kaynaklık etmiştir.³⁰ 1670 tarihli emirnamenin barbarlığına karşı duyulan tepki ve reform talebinin³¹ de etkisiyle Fransız Devrimi yaşanmış; insan haklarına ve

²⁸ PLOSCOWE, The Development of Present-Day Criminal Procedures, s.447; KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.39.

²⁹ PLOSCOWE, The Development of Present-Day Criminal Procedures, s.449; KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.38.

³⁰ PLOSCOWE, The Development of Present-Day Criminal Procedures, s.449; ESMEIN, A History of Continental Criminal Procedure, s.40.

³¹ Fransız Devrimi’nden önce Engizisyon’un zulümlerine karşı çıkan Aydınlanma düşünürleri, Manş Denizi’nin diğer yakasındaki usul hukukunu keşfetmişler ve itham sisteminin aleniyet, çelişmelilik, müdafî yardımından yararlanma gibi özelliklerine hayran olmuşlardır. Bu düşünürlerden özellikle Beccaria ve Voltaire’in çalışmaları üzerinde durmak gerekir. Beccaria, “Suçlar ve Cezalar Hakkında” adlı eserinin “Yargılamaların Biçimleri” başlıklı 14.bölümünde şöyle demektedir: “*Yargılamalar ve suçun kanutları herkese açık olmalıdır. Çünkü açıklık, toplumun biricik çimentosu/bağı olan kamuoyunun gücü/baskısı ve tutkuları dizginlemesi için zorunludur. Halkın ‘biz köle değiliz ve kendimizi koruyoruz’ demesi için de bu gereklidir.*” Yine “Gizli Suçlamalar” başlıklı 15.bölümde, “*Zorbalığın en sağlam, en güçlü kalkanı olan gizlilik silahını kuşandığı zaman iftiradan kim kendisini koruyup kurtarabilir ki? Acaba hem bütün toplumun değerlerini çiğneyen, onu sarsan ve hem de herkesin gözü önünde açıkça yargılanması insanların yararına bulunmayan bir suç olabilir mi? Evrenin unutulmuş herhangi bir köşesinde yeni yasalar yapmayı üstlenseydim, bu tür gizli soruşturmalar geleneğinden beni alıkoymak için, kuşkusuz önce bizzat kendi elim beni sarsar, titretirdi; çoluk çocuk bütün kuşakların gözlerimin önüne dikildiklerini görürdüm.*” Bkz. BECCARIA, Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında (Çev. Sami Selçuk), İmge Kitabevi, 7.Baskı, Ankara 2018, s.79-83. Beccaria’nın söz konusu eserine şerh niteliğinde bir kitap yazan Voltaire, bu eserinde 1670 Emirnamesi’nin teknik açıdan kritiğini yapmıştır. Voltaire’e göre, 1670 Emirnamesi, bir çok açıdan sanığın mahvına yönelmiştir; bu durum muhakemenin bütün evreleri bakımından geçerlidir. Muhakemenin gizliliği hakkında şöyle demektedir: “*Bütün gizli muhakemeler, bombayı ateşleyecek fitilin yavaş yavaş yanmasını andırır. Gizlilik adaletin bir niteliği olabilir mi? Gizlilik sadece suçların bir niteliği olabilir. Bu Engizisyon’un muhakeme usulüdür.*” “Prix de la Justice” eserine atfen bkz. ESMEIN, A History of Continental Criminal Procedure, s.365; SEVİĞ, Vasfi Raşit, “Engizisyon Muhakeme Usulü”, AÜHFĐ, C.18, S.1, Y.1961, s.31. “*Romalıların muhakeme usulü ile bizimkini kıyaslayalım. Roma’da (Cumhuriyet dönemi) tanıklar suçlanan kişinin huzurunda ve aleni biçimde dinlenirdi; şüpheli tanığa cevap verebilir, soru sorabilir veya bunu yapması için müdafîni görevlendirebilirdi. Bu muhakeme usulü, açık ve yüceydi; Roma’nın yüceliğini yansıtırđ. Bizde ise (Fransa’da) her şey gizli biçimde yürütölmektedir. Tek bir yargıç, katibiyle birlikte tanıkları ayrı ayrı dinlemektedir. Bu gelenek ise “Code de Testibus”un yanlış bir çevirisinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla hukukumuzun bu kısmı, bir gramer hatası üzerine kuruludur.*” “*Tanıklar genellikle ayaktakımına mensupturlar ve yargıç onlarla yalnız kaldığıında istediğı her şeyi söyletebilir. Bu tanıklar ikinci kez yine gizli biçimde dinlenirler; böylece tanıklık doğrulanmış sayılır. Öyle görünmektedir ki hukuk, yargıcı, suçlanan kişinin yargıcı olmaktan çok onun düşmanı gibi davranmaya zorlamaktadır. Şüpheliyi delillerle yüzleştirme yetkisi yargıcın ellerine bırakılmıştır; eğer yargıç bunun uygun olmadığını düşünüyorsa yüzleştirmeyebilir. Ne kadar harika! Muhakemenin bu kadar önemli bir kısmı boşlukta bırakılabiliyor. Yüzleştirmenin yapıldığı ihtimalde dahi, eğer dürüst bir tanık bir şeyi yanlış hatırladığını veya abartarak anlattığını söylerse yalan tanıklıktan ötürü cezalandırılır. Bunun doğal sonucu ise tanığın yanlış ifadesini kendini ele vermemek*

dolayısıyla ceza muhakemesine ilişkin bakış açısı değişmiş; ardından toplum-birey veya iddia-savunma diyalektiğinde dengeyi ifade eden işbirliği sistemine varılmıştır.

Tahkik sisteminin uygulanmaya başlanması, aynı zamanda ceza hukuku ve müeyyide konusunda farklı bir anlayışın geçerli olmaya başladığına işaret eder. Artık suç, belirli bir kişiye karşı değil de topluma karşı işlenmiş sayılmaktadır. Ceza, mağdurun zararını telafi eden bir tazminat olmaktan çıkıp kamusal bir nitelik kazanmıştır.³² Ceza hukuku anlayışının değişmesine bağlı olarak, ceza muhakemesinin amacı da dönüşüm geçirmiştir. Tahkik sisteminde maddi gerçeğe ulaşılması amaçlanır³³, fakat bunun yanında sanığın cezalandırılması amacı da güdülür. Bu nedenle tahkik sisteminde amaç, “her ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğe ulaşmak”tır. Yine de tarihsel olarak toplum-birey diyalektiğinin toplum lehine çözüldüğü bu sistemde³⁴, maddi gerçeğe ulaşma amacının ortaya çıkması önemlidir. Muhakemenin maddi gerçeğe ulaşması amacı ortaya çıktığı anda ise, bu durum tahkik sistemini tanımlayan iki özelliği, yani suçluyu bulmak için yapılan gizli soruşturmayı ve onun itirafını elde etmek için yapılan işkenceyi³⁵ getirmiştir.

adına doğrulamasıdır.” Şüphelinin müdafiden yararlanamamasını da eleştirmektedir: “Suçla itham edilen bir kişi, müdafî yardımından yararlanamayacağı için ülkeden kaçmaktadır; çünkü hukukun sözü edilen kuralı kişiyi bu adımı atmaya zorlamaktadır.” Bkz. VOLTAIRE, Commentary on Crimes and Punishments, 1764, Chapter 22-24 (<https://oll.libertyfund.org/titles/beccaria-an-essay-on-crimes-and-punishments>). Savunma hakları, bütün ağızlardan çıkan ortak istek; fakat bu kutsal haklara saygı gösterilmesini sağlamak için ne yapmak gereklidir? Muhakemenin açıklığı, müdafinin yardımından yararlanabilme, işkencenin ve kanuni delil sisteminin kaldırılması. Bunlar bir hukuk reformu talep eden Aydınlanma düşünürlerinin ortak talepleridir. Bkz. ESMEIN, A History of Continental Criminal Procedure, s.368. Voltaire de bu reform çağrısını yineliyor: “Eğer bir gün Fransa’da insanlığın hukuku, suçların işlenmesini kolaylaştırmadan bizim sert geleneklerimizi yumuşatacak ise; bu hukukumuzun şiddetle yapıldığı düşünülen muhakeme kurallarını yeniden düzenlemekle gerçekleştirilecektir. Bazıları suçların aydınlatılmasının şiddeti gerektirdiğini söyler; bu insanlığın adaletinin haksızlığa karşı savaşıdır.” Bkz. VOLTAIRE, Commentary on Crimes and Punishments, Chapter 22.

³² Bkz. KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.39; SEVİĞ, X. Asırdan Günümüze Kadar Ceza Muhakemeleri Usulü ve Gelişmesi, s.311.

³³ KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.64; AULD, The Comparative Jurisprudence of Criminal Process, s.87.

³⁴ KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.64; KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.41.

³⁵ ESMEIN, A History of Continental Criminal Procedure, s.8.

Bu bağlamda ceza muhakemesinin tarafların arasındaki bir düello olduğu fikrinden vazgeçilmiştir. Muhakeme makamı, tezi ve antitezi de kendisinde temsil eden yargılama makamından oluşmaktadır.³⁶ Yargılama makamına oldukça geniş yetkiler tanınmasına karşın, ithamcı ve sanığın görevleri yalnızca görünüşten ibarettir.³⁷ Yargılama makamının yani yargıcın oynadığı bu rol, özel ithamcının ortadan kalkması ve iddia ile yargılama görevlerinin aynı süjede toplanması sonucunu dahi doğurmuştur.³⁸ Görüldüğü üzere, itham sisteminde tarafsız bir hakem durumunda olan yargıç artık böyle değildir. Yargıcın delillerin toplanmasında oynadığı aktif rol, bunun en önemli göstergesidir.³⁹ İtham görevinin yerine getirilmesi ve delillerin araştırılması konusundaki yetkilerinin sonucu olarak tarafsız bir hakem durumundan çıkmış bulunan yargıç, hem taraf hem de yargılama makamı süjesi statüsünü kazanmıştır ki, tahkik sisteminin en önemli sakıncası da budur.⁴⁰ Yargılama görevi ile muhakeme görevinin özdeş sayılmaları sonucu, itham sisteminde bir diyalog olan muhakemenin bu sefer bir monolog haline geldiği görülmektedir.⁴¹

Tahkik sisteminde, muhakeme makamları arasındaki ilişkiler gizlilik ve yazılılık ilkelerine göre düzenlenmiş;⁴² itham sisteminin açıklık ilkesinden muhakemenin amacına ulaşamaması tehlikesini doğurduğu için vazgeçilmiştir. Muhakemeyi şekillendiren, hatta “muhakemenin ruhu” olarak adlandırılan⁴³

³⁶ KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.64; KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.41.

³⁷ Bkz. KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.39; EREM, Ceza Usulü Hukuku, s.65.

³⁸ Bkz. KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.39; EREM, Ceza Usulü Hukuku, s.65.

³⁹ ESMEIN, A History of Continental Criminal Procedure, s.8-9; KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.41.

⁴⁰ Bkz. KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.41.

⁴¹ Bkz. KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.66; KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.41.

⁴² ESMEIN, A History of Continental Criminal Procedure, s.9; AULD, The Comparative Jurisprudence of Criminal Process, s.89; EREM, Ceza Usulü Hukuku, s.65; TANER, Ceza Muhakemeleri Usulü, s.11; KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.40.

⁴³ Bkz. PLOSCOWE, The Development of Present-Day Criminal Procedures, s.449.

soruşturma evresinde mutlak gizlilik ilkesi uygulanır.⁴⁴ Ayrıca muhakemenin her evresi çelişmesizdir yani şüpheli/sanığın taraf olarak aktif bir rolü yoktur, sadece yazılı savunması alınır.⁴⁵ Sanık bu sistemde bir kişi, bir süje değil, bir “şey”dir, “obje”dir.⁴⁶ Bu bağlamda itham sistemine nazaran çok daha sistematik ve kompleks bir sistem olan tahkik sisteminin kurumları birbirlerinden ayrılamaz bir bütünün parçalarını oluşturmaktadır.⁴⁷ Dolayısıyla bu sistemi karakterize eden gizli soruşturma ve sanığın muhakemenin objesi olmasının yansımasını teşkil eden işkence kurumları da birbirlerine ışık tutmaktadır.

Tahkik sisteminde muhakeme makamları arasındaki ilişkilerin gizlilik esasına göre düzenlenmesinin sebebi, muhakemenin amacına ulaşabilmesi yani maddi gerçeğe ulaşılabilmesidir. Fakat yukarıda belirtildiği üzere, maddi gerçeğe ulaşmakla birlikte sanığın cezalandırılması amacı da güdüldüğü için, daha doğru bir ifadeyle, tahkik sisteminin amacı, “her ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğe ulaşmak”tır. Gizli soruşturmada, tanıklar ayrı ayrı, sanığın yokluğunda ve yalnızca soruşturmacı/hakim tarafından dinlenir⁴⁸; ardından suçlu olduğu varsayılan şüphelinin sorgusunda itirafı elde edilmeye çalışılır. Sorgu bir sanat⁴⁹, ikrar ise delillerin en önemlisidir⁵⁰ ve kanuni delil sistemi nedeniyle çoğu olayda şüphelinin ikrarının elde edilmesi mahkumiyet bakımından zorunludur.⁵¹ İtirafın elde edilmesi için başvuru olan klasik metot ise

⁴⁴ Bkz. KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.40. Tahkik sisteminin uygulandığı bazı yerlerde, duruşmanın belirli bir devresi alenidir. Ancak hazırlık tahkikatı her zaman için gizli yapılır. Muhakemenin diğer kısımları gibi duruşmanın da gizli olduğu yönünde bkz. PLOSCOWE, The Development of Present-Day Criminal Procedures, s.452.

⁴⁵ KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.64.

⁴⁶ KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.64.

⁴⁷ ESMEIN, A History of Continental Criminal Procedure, s.8.

⁴⁸ ESMEIN, A History of Continental Criminal Procedure, s.90, 220; PLOSCOWE, The Development of Present-Day Criminal Procedures, s.450.

⁴⁹ PLOSCOWE, The Development of Present-Day Criminal Procedures, s.450.

⁵⁰ İkrar delillerin kraliçesidir (*Confessio est regina probationum*). Bkz. AULD, The Comparative Jurisprudence of Criminal Process, s.89.

⁵¹ ESMEIN, A History of Continental Criminal Procedure, s.113.

işkencedir⁵²; şüphelinin ancak büyük acı içindeyken doğruyu söyleyeceği düşünülür. Muhakemenin objesi olarak görüldüğünden sanığın işkenceye uğraması doğaldır. Bu nedenle maddi gerçeğe şüpheli/sanığın insanlık onuru pahasına ulaşılmasından söz edilmektedir.

Bu mantığa göre, şüpheli/sanık suçunu itiraf ettiği anda maddi gerçeğe ulaşılmaktadır. Görüldüğü üzere, uygarlığın gelişmişlik düzeyi nedeniyle deliller tamamen beyana dayalıdır ve soruşturmacı hakimin delil toplamak görevi aslında beyanları yazıya geçirmekten ibarettir. Dolayısıyla itham sisteminde söz konusu olan açıklık nedeniyle delillerin karartılması tehlikesi de esasen tanıkların tanıklıktan çekineceği düşüncesi üzerine kuruludur. Bu nedenle tanıklar, ayrı ayrı ve yalnızca hakimin bulunduğu bir odada dinlenmektedirler. Sanık ve tanıklar hiçbir şekilde yüzleştirilmemekte, hatta tanıkların isimleri ve beyanlarından sanığın haberi dahi olmamaktadır.⁵³ Çünkü tanık beyanlarını öğrenen sanığın ikrardan kaçınması mümkündür. Açıklık, en önemli delil olan sanığın ikrarını tehlikeye attığı ve dolayısıyla maddi gerçeğe ulaşamaması tehlikesini doğurduğu için sakıncalıdır. Bu bağlamda gizli soruşturma ve işkence birbirlerini tamamlayan ve ayrılamayan kurumlardır.

Toplumun korunması yönünden itham sistemine nazaran daha etkili olmasına rağmen, yargıcın oynadığı aktif rol ve makamlar arasındaki ilişkilerin gizlilik ilkesine göre düzenlenmesinin bir sonucu olarak tahkik sistemi, şüpheli/sanığı muhakemenin

⁵² İşkence, 12.yüzyıldan itibaren itham sisteminde “ordeal” olarak adlandırılan kurumun yerini almış ve o tarihten bu yana Avrupa’daki her ülkeye sirayet etmiştir. 14.yüzyılın sonunda işkence, en önemli delil elde etme aracı haline gelmiş; hatta yargıçlara yönelik olarak işkencenin nasıl uygulanacağını anlatan kitaplar hazırlanmıştır. Bu nedenle, işkence bir ölçüde eski ceza muhakemesinin en temel ve kökleşmiş kurumlarından biridir. Bkz. ESMEIN, A History of Continental Criminal Procedure, s.9.

⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz. ESMEIN, A History of Continental Criminal Procedure, s.92.

objesi haline getirmiş, ona hiçbir teminat tanımamıştır. Bu teminatsızlık özellikle, bireysel ve toplumsal savunmanın geniş ölçüde kısıtlanmış olması şeklinde görülür.⁵⁴ Şüpheli/sanık, en temel savunma haklarından dahi yoksun bırakılmıştır. Şüpheli hakkındaki soruşturma tamamlanıncaya kadar kendisine yöneltilen isnattan ve aleyhindeki delillerden haberdar edilmez⁵⁵ ki, bu kişinin kendisini savunabilmesinin önkoşuludur. Ayrıca sanığın gizli yapılan sorgusunda bir müdafinin yardımından yararlanmak olanağı yoktur. Bu ilke, muhakemenin her evresi yönünden geçerlidir.⁵⁶ Bu nedenle de, aslında varolmayan iddia ve savunma makamları arasındaki eşitlikten söz etmek olanaksızdır.⁵⁷

Günümüzde tahkik sistemi geleneğinden gelen Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde, muhakemeyi halen gizli ve çelişmesiz olarak yürütülen soruşturma evresi şekillendirmektedir.⁵⁸ Bu sistemlerde iddia makamı tarafından şüpheliye ve müdafine karşı gizli ve çelişmesiz olarak hazırlanan soruşturma dosyası, duruşmadan önce hakim tarafından okunmakta ve bu dosya muhakemenin üzerinde yürüdüğü bir demiryolu gibi ona hakim olmaktadır.⁵⁹ Soruşturma evresinin itham sisteminde olduğu gibi açık ve çelişmeli yürütülmesi halinde delillerin karartılacağı ve böylece maddi

⁵⁴ KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.41; KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.65; TANER, Ceza Muhakemeleri Usulü, s.12.

⁵⁵ PLOSCOWE, The Development of Present-Day Criminal Procedures, s.452; KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.41; TANER, Ceza Muhakemeleri Usulü, s.12.

⁵⁶ PLOSCOWE, The Development of Present-Day Criminal Procedures, s.450; KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.41.

⁵⁷ KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.42; KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.64.

⁵⁸ TRECHSEL, Stefan, “Access to the File: An Essential Element of Fair Trial”, Prof. Dr. Şeref Gözübüyük’e Armağan, Turhan Kitabevi, Mayıs 2005, s.344; PLOSCOWE, The Development of Present-Day Criminal Procedures, s.434.

⁵⁹ TOSUN, Öztekin, “Adalet Reformu Yönünden Türk Sisteminde Hazırlık, İlk ve Son Soruşturma”, İÜHFİD, C.37, S.1-4, Y.1971, s.54. Aynı yönde bkz. TRECHSEL, Human Rights in Criminal Proceedings, s.224; FIORI, Disclosure of Information in Criminal Proceedings, s.114; PLOSCOWE, The Development of Present-Day Criminal Procedures, s.435; AULD, The Comparative Jurisprudence of Criminal Process, s.97.

gerçeğe ulaşamaması tehlikesinin doğacağına ilişkin anlayış varlığını sürdürmektedir.

IV. İŞBİRLİĞİ SİSTEMİ

İşbirliği sistemi, itham ve tahkik sistemlerinin karşılaştırılması ve en iyi taraflarının bir araya getirilmesiyle oluşturulmuştur.⁶⁰ Fransız Devrimi'nden sonra 1670 Emirnamesi'ni eleştiren ve kendi ülkelerinde İngiliz sisteminin uygulanmasını talep eden düşünürlerin fikirleri hayat bulmuş, kısa bir süre için itham sistemi bütün kurumlarıyla Fransa'da uygulanmıştır. Fakat 13.yy'da tahkik sistemini doğuran ihtiyaçlar tekrar hissedilmiş, devrim sonrası yaşanan iç çatışmalar ve artan suç oranları nedeniyle 1670 Emirnamesi ideal bir ceza muhakemesi kanunu olarak görülmeye başlanmış, bu kanunun tekrardan yürürlüğe sokulması istenmiştir.⁶¹ Bu noktada 1670 Emirnamesi ve Fransız Devrimi sonrası alınan İngiliz sistemi arasında bir orta yol bulunmuştur: 1670 Emirnamesi'nin en işlevsel hükümleri, bunlardan şüpheli için en katı olanları da dahil olmak üzere, muhakemenin ilk kısmını yani soruşturma evresini düzenlerken; muhakemenin ikinci kısmı yani kovuşturma evresi itham sisteminin teminatlarını korumuştur.⁶² Böylece 1808 tarihli Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu, işbirliği sistemini sistematik hale getirmiş ve bir kez daha Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu Kıta Avrupası ülkelerinin ceza muhakemesi kanunları için bir model teşkil etmiştir.⁶³

⁶⁰ Bkz. KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.42.

⁶¹ ESMEIN, A History of Continental Criminal Procedure, s.40; PLOSCOWE, The Development of Present-Day Criminal Procedures, s.460 vd.

⁶² ESMEIN, A History of Continental Criminal Procedure, s.40; PLOSCOWE, The Development of Present-Day Criminal Procedures, s.462; FIORI, Disclosure of Information in Criminal Proceedings, s.88.

⁶³ ESMEIN, A History of Continental Criminal Procedure, s.40.

Dolayısıyla bu sistemde, bir evre tahkik diğer evre de itham sisteminden esinlenmiştir. Tahkik sistemini tanımlayan gizlilik, yazılılık, yüze karşı olmama gibi ilkeler, delillerin toplandığı soruşturma evresi için kabul edilmişken; buna karşın kovuşturma evresinde açıklık, sözlülük, yüze karşı olma gibi itham sistemine ait ilkeler uygulama alanı bulmaktadır.⁶⁴

Sistemlerden hiçbiri tek başına ceza adaletinin sağlanması bakımından zorunlu olan teminatlara sahip değildir. Saf bir itham sisteminde suçun araştırılıp kovuşturulması özel ithamcının isteğine bırakılmakta ve muhakemenin bütün evrelerinde uygulanan açıklık ilkesi delillerin toplanması yönünden bir tehlike yaratmaktadır.⁶⁵ Saf bir tahkik sisteminde ise gizli soruşturma ve işkence gibi birbirini tamamlayan kurumlar şüpheli/sanık açısından yukarıda bahsedilen başka sakıncalar doğurmaktadır. Özetle, saf bir itham sisteminde taraflar her şeyken, yargıç hiçbir şey; saf bir tahkik sisteminde yargıç her şey, taraflarsa hiçbir şey konumundadır.⁶⁶

İtham sistemi, bireysel iddia ve savunma makamlarını üstün tutmuşken; tahkik sistemi, toplum makamı olan hakimin makamını üstün tutmuş⁶⁷, iddia ve hüküm görevleri tek bir makamın elinde toplanmış, savunma izole edilmiş, böylece şüpheli/sanık tamamen yargıcın merhametine bırakılmıştır.⁶⁸ İşbirliği sistemi ise birey

⁶⁴ EREM, Ceza Usulü Hukuku, s.67; KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.42; TANER, Ceza Muhakemeleri Usulü, s.13; ESMEIN, A History of Continental Criminal Procedure, s.12; YARSUVAT, Duygun, "Türk Ceza Muhakemesi Hukukuna Hakim İlkeler: İtham Sistemi mi, Tahkik Sistemi mi?", Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, GSÜHFD, C.1, S.1, Y.2010, s.378.

⁶⁵ EREM, Ceza Usulü Hukuku, s.66; KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.43.

⁶⁶ Bkz. KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.43.

⁶⁷ KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.65.

⁶⁸ Bkz. KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.43; PLOSCOWE, The Development of Present-Day Criminal Procedures, s.463.

ve toplum makamları arasında bir işbirliği esasına dayanır. İddia, savunma ve yargılama makamları kollektif hükme ulaşmak için birlikte çalışırlar.⁶⁹

Şüpheli/sanığın muhakemenin objesinden bir muhakeme süjesine dönüşmesine paralel olarak, işbirliği sisteminde muhakeme makamı yargılamaya katılan bütün makamlardan meydana gelmektedir.⁷⁰ Bu sistemde üç muhakeme makamı arasında görev bakımından öyle bir denge vardır ki, ne itham sisteminde olduğu gibi tarafların ne de tahkik sistemindeki gibi yargıcın üstünlüğü söz konusudur.⁷¹ Yargılama makamı yalnızca bir karar makamı olmadığı gibi; maddi gerçeğin araştırılmasına ilişkin bütün yetkileri de kendi bünyesinde toplamamıştır. Yargılama makamı, iddia ve savunma makamlarıyla birlikte maddi gerçeğin araştırılmasına ilişkin yetkilere sahiptir. Maddi gerçeği araştırıp hüküm verme yani muhakeme görevini bütün makamlar elbirliğiyle yaparlar.⁷² İşbirliği sisteminde hüküm verme faaliyeti ne tarafların diyalogu ne de yargıcın monoloğudur. Hüküm verme faaliyeti, bütün muhakeme makamlarının katılmasıyla gerçekleştirilen bir kolokyumdur.⁷³

Bu itibarla işbirliği sisteminde ceza muhakemesinin amacı, muhakeme makamlarının hepsinin katılmasıyla verilen ve maddi gerçeği ifade eden kollektif hükme ulaşmaktır.⁷⁴ İşbirliği sistemini bu bakış açısıyla incelemek gerekir. Muhakeme makamlarının her birinin kollektif hükme katılmasının bir gereği olarak,

⁶⁹ KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.65.

⁷⁰ KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.62; KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.43.

⁷¹ KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.65; KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.44.

⁷² KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.65, 66; KEYMAN, , Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.44.

⁷³ KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.66; KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.44.

⁷⁴ KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.27, 37; KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.43.

şüpheli/sanığın haklara sahip olması doğaldır. Ayrıca kollektif hükme katılma zorunluluğu, makamlar arasında bir dengenin bulunmasını da gerektirir.

İşbirliği sistemi, iddia, savunma ve yargılama makamları arasındaki dengeye dayanmaktadır. Ceza muhakemesinin yargısal olması, makamlardan birisinin tek yanlı olarak görüşünü diğer makamlara kabul ettirememesine yani hükmün gerçekten de kollektif olmasına bağlıdır. Çelişme metoduna uygun olarak verilen hüküm, bir tez ve antitezin sentezi olduğuna göre, yargısal hükme ancak üç ayrı makamın işbirliği sonucunda ulaşılabilir.⁷⁵ Makamlar arasındaki işbirliği yönünden ise iddia ve savunma makamları arasındaki ilişki önem arz etmektedir.⁷⁶ Ceza muhakemesinin yargısal olmakta devam edebilmesi için iddia ve savunma makamlarının çelişme içindeki karşılıklı (diyalektik) durumlarının dengeye dayanan işbirliğine göre düzenlenmesi gerekmektedir.⁷⁷

İddia ve savunma makamlarının karşılıklı durumlarının dengesinden söz edilince, çoğunlukla “silahların eşitliği” kavramı akıllara gelmektedir. Silahların eşitliği ilkesi, özellikle Anglo-Sakson hukukunda en basit tabiriyle savcı ve müdafinin yetkilerinin mutlak biçimde aynı olması şeklinde anlaşılmaktadır. Ancak bilindiği üzere, iddia makamı olarak savcı özel bir görev yerine getirir. Savcı, ceza soruşturmasını başlatan ve yürüten muhakeme makamıdır. Elbette ki, bu yetki aynı şekilde şüpheli ve müdafine tanınmaz. Bununla birlikte, savcının sözü edilen yetkilerine karşılık, savunma makamına da bu yetkilerin anti-tezini teşkil eden yetkiler

⁷⁵ Bkz. KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.44; KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.38, 62.

⁷⁶ KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.50.

⁷⁷ KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.51; KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.244. Hükmün şeklen değil, gerçekte varoluşu iddia-savunma diyalektiğine bağlıdır. Bkz. EREM, Faruk, Savunma Diyalektiği ve Son Gelişmeler, TBB Yayınları, Ankara 1973, s.12.

tanınmalıdır. Dolayısıyla silahların eşitliği ilkesinden “durumların dengesi” anlaşılır; bu da yetkilerin mutlak eşitliği değil, karşılıklı olması demektir.⁷⁸ Eğer savunma makamına iddiaya karşı koymak olanağı veren yetkiler tanınırsa dengeye dayanan işbirliği gerçekleşebilir.⁷⁹

Makamlar arasında dengeye dayanan işbirliğinin kurulması özellikle soruşturma evresi bakımından önemlidir. Çünkü kovuşturma evresinde muhakemenin çelişmeli karakterinin kendisini tam olarak göstermesi beklenir. Kovuşturma evresindeki sorunlar genellikle devlet sırlarıyla ilişkilidir ve bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır.

Muhakeme makamları arasındaki işbirliğinin derecesi muhakemenin evrelerine göre değişmektedir. Soruşturma evresi gizli ve yazılıdır, kural olarak çelişmelilik azdır; kovuşturma evresi ve bunun en önemli kısmı olan duruşmada açıklık, sözlülük ve yüzekarşılık tam olarak uygulanmaktadır.⁸⁰ Muhakeme makamları arasındaki işbirliğinin derecesinin muhakemenin evrelerine göre değişmesi işin mahiyeti gereğidir. Soruşturmada savcının durumu, ona daha fazla yetki verilmesini gerektirebilir.⁸¹ Soruşturma evresinin asıl görevi delilleri korumak/toplamak olduğu ve şüphelinin delilleri karartacağından korkulduğu içindir ki, bu evrede çelişme ilkesi çok kısıtlı bir şekilde uygulanır. Soruşturma evresinde makamlar arasındaki işbirliği, hiçbir zaman kovuşturma evresindeki gibi olamaz. Ancak soruşturmada da savunma makamına savunma için gerekli yetkiler tanınmalıdır.⁸² Usul diyalektiği, kovuşturma

⁷⁸ Bkz. KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.52.

⁷⁹ KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.49; KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.246. En ilerlemiş muhakeme usulleri, iddia ve savunma makamını mümkün olduğu kadar dengede bulunduranlardır. Bkz. TANER, Ceza Muhakemeleri Usulü, s.13.

⁸⁰ KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.66; KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.44.

⁸¹ KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.246.

⁸² KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.246.

evresine indirgenemez. Kuşkusuz kovuşturma evresinde aleni duruşmada, bu daha somut gözükür. Fakat kelimenin tam anlamıyla usul diyalektiğinin sonuç verebilmesi, “olayların özündeki çelişkilerin” aleni duruşmada tartışma konusu haline getirilebilecek kadar açık seçik ortaya konulabilmesi, bunun soruşturma evresinde de tanınmasına bağlıdır.⁸³ Hükmün kolektif verildiğinden söz edebilmek için soruşturma evresinde iddia ve savunma makamları arasındaki dengenin⁸⁴ sağlanması zorunludur.

Dengeye dayanan işbirliği gereğince, savunma makamı tarafından kolektif hükme katılma soruşturma evresinden itibaren mümkün olmalıdır. Çünkü muhakemenin sonunda verilecek olan nihai hüküm, bu evrede çok daha önceden hazırlayıcı hükümler olarak verilmeye başlanmıştır.⁸⁵ Bu bağlamda soruşturmanın gizliliğini amaçsal yorumlamak ve alanını olabildiğince daraltmak gerekir. Soruşturma evresinde savunma hakkı, soruşturmanın amacına varabilmesi için, bunu gerektirecek ölçüde kısıtlanır. Eğer soruşturmanın amacının tehlikeye düşmesi gibi bir durum söz konusu değilse, soruşturma savunma makamına karşı açık ve çelişmeli olarak yürütülmelidir. Soruşturma evresinde gizliliğin alanı daraldığı ölçüde, makamlar arasındaki işbirliği artacaktır.

Şu an işbirliği sistemi uygulansa dahi tahkik sistemi geleneğinden gelen Kıta Avrupası’nda soruşturma evresinde, iddia makamının savunma makamından her zaman daha üstün olduğu tespiti yapılmaktadır.⁸⁶ Dikkat edilecek olursa, bu üstünlüğün soruşturma evresinin savunma makamına karşı gizli olmasından

⁸³ EREM, Ceza Usulü Hukuku, s.63.

⁸⁴ Erem’e göre, soruşturma evresinde savunma makamının yetkilerinin iddia makamının yetkilerine eşit kılınması zorunludur. Bkz. EREM, Ceza Usulü Hukuku, s.70; YARSUVAT, İtham Sistemi mi, Tahkik Sistemi mi?, s.387.

⁸⁵ KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.37.

⁸⁶ TRECHSEL, Access to the File, s.345; PLOSCOWE, The Development of Present-Day Criminal Procedures, s.436, 470; AULD, The Comparative Jurisprudence of Criminal Process, f s.100.

kaynaklandığı anlaşılabilir. Soruşturma evresinin “imparatoru” olan savcı, soruşturmayı çelişmesiz biçimde yürütmekte, şüphelinin hukuki durumunu etkileyen tedbirler uygulanmasını sağlamak ve muhakemenin üzerinde yürüdüğü soruşturma dosyasını tek başına oluşturmaktadır; buna karşın şüpheli, soruşturma gizli olduğu için temel hak ve özgürlüklerini bu kadar etkileyen soruşturma işlemleri hakkında bilgi edinmemekte ve kendisini savunmamaktadır. Savcının soruşturmayı yürüten makam olması sebebiyle edindiği ve şüphelinin haberdar olamadığı bilgiler, iddia makamını savunma makamından üstün hale getirmektedir.

İşbirliği sisteminde soruşturma evresinin esinlendiği tahkik sisteminin ne kadar reddedildiği veya kabul edildiği hususu⁸⁷, savunma makamına ve özellikle şüpheliye tanınan hakların kapsamını belirlemektedir. Örneğin, bahsedilen etkiden kurtulamayan Fransa’da şüpheliye tanınan hakların kapsamı dar tutulmuşken⁸⁸; kendini itham

⁸⁷ Bkz. KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.46.

⁸⁸ Fransız Ceza Muhakemesi Hukukunda soruşturma evresi halen tahkik sisteminin etkisi altındadır. Özellikle soruşturmanın polis tarafından yürütülen kısmında, şüphelinin kendisine yöneltilen suçlamanın içeriği hakkında bilgi edinemediği, müdafî yardımından yararlanamadığı ve soruşturma dosyasına erişemediğinden söz edilmektedir. Örneğin, bu kısımda şüpheli veya müdafinin dosyayı inceleme hakkını düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Sulh ceza hakimi tarafından yapılan denetimin şüphelinin haklarını korumak bakımından yeterli olduğu savunulmaktadır. Soruşturma dosyasının oluşturulması yönünden de bu kural geçerlidir; yapılan her soruşturma işlemi kayıt altına alındığı için dosyanın güvenilir olduğu düşünülmektedir. Fransız ceza muhakemesi, savunma makamının devam eden bir soruşturmaya ve dosyanın oluşturulmasına aktif biçimde katılımını öngörmemektedir. Müdafîin dosyadaki bilgilere erişememesi, onun etkili bir savunma stratejisi geliştirmesini de engellemektedir. Müdafî, şüphelinin kendisine verdiği bilgilerle yetinmek zorundadır. Soruşturmanın polis tarafından yürütülen bu kısmında şüphelinin haklarına saygı gösterildiğinden emin olması gereken savcı da bu denetim görevini yerine getirmemektedir. Dosyanın iddia ve savunma makamları arasındaki gerçek bir diyaloga göre şekillendiği ve dosyayı okuyan savunma makamının savcıdan ek soruşturma işlemleri yapılmasını talep edebileceği fikri gerçeği yansıtmaktan uzaktır. Şüpheli, AİHS’te kendisine tanınan hakların ancak çok küçük bir kısmından yararlanabilmektedir. Bkz. FIORI, Disclosure of Information in Criminal Proceedings, s.104 vd. AİHM’e göre, tutuklandığı andan itibaren şüpheliye tanınan hakların kapsamı genişlemektedir. Bunun aksine Fransız hukukunda, soruşturma bir hakim tarafından yürütülmeye başlandığı anda şüpheli haklarını kullanabilmeye başlamaktadır. Savunma makamı, bu andan itibaren daha aktif bir rol alabilmektedir. Müdafî artık soruşturma dosyasına erişebildiği için incelediği delillerin ışığında bir savunma stratejisi geliştirebilmektedir. Fransız Ceza Muhakemesi Kanununun 114.maddesine göre, şüphelinin sorgusu ancak müdafîinin de hazır bulunması halinde gerçekleştirilebilir. Sorgu için belirlenen tarihten en az 5 gün önce müdafîye sorguda hazır bulunması gerektiği bildirilir ve sorguya en az 4 gün kala soruşturma dosyası incelemesi için müdafîin emrine hazır bulundurulur. Bkz. FIORI, Disclosure of Information in Criminal Proceedings, s.111. Fransız ceza muhakemesi sistemi, AİHS’te tanınan şüpheli hakları ile soruşturma evresinde sürdürdüğü tahkik sistemi geleneği arasında bir denge bulmakta zorlanmaktadır.

sistemine yaklaştırmaya alışan İtalya'da şüpheli hakları ileriye doğru bir gelişim gstermiştir.⁸⁹

Soruşturma evresine müdafii aktif katılımı yönünde yapılan öneriler, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürecek adımlar olarak algılanmaktadır. Bkz. FIORI, Disclosure of Information in Criminal Proceedings, s.114.

⁸⁹ 1913'te İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu, Fransız sisteminden ayrılarak şüphelinin haklarını genişletmiş, fakat daha sonra 1931'de Faşist doktrin gereğince Rocco kanununda şüphelinin haklarını kısıtlayan bir anlayış benimsenmiştir. Bkz. PLOSCOWE, The Development of Present-Day Criminal Procedures, s.467. 1988'de yürürlüğe giren İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu ise tahkik sisteminin kalıntılarını temizlemeyi amaçlamakla birlikte bunu soruşturma evresinde ne kadar gerçekleştirebildiği tartışmaya açıktır. Yine de soruşturma evresinde savunma makamına kendi araştırmalarını yapma hakkı tanıyarak ve ikili dosya sistemi getirerek şüphelinin haklarını daha ileri bir noktaya taşıdığı belirtilmelidir. İtalyan hukukunda da, soruşturmanın amacına ulaşabilmesinin belli ölçüde gizliliği gerektirdiği kabul edilmektedir. İtalyan Ceza Muhakemesi Kanununun (CCP) 329.maddesine göre, soruşturma evresi boyunca savcı tarafından gerçekleştirilen işlemler gizlidir; fakat şüpheli, her halde soruşturma işlemlerinin tamamlanmasından geç olmamak kaydıyla, bu işlemler hakkında bilgilendirilir. Kanununun 335.maddesi, kasten adam öldürme veya örgüt kurma gibi sayılan suçlar haricindeki bir suçun işlendiği haberini alan savcının, şüpheli veya müdafinin talep etmesi halinde, söz konusu suç haberine ilişkin bir soruşturma yürütüldüğü hususunda şüphelinin bilgilendirilmesi hakkını düzenlemektedir. Eğer sayılan suçlar söz konusuysa savcının savunmayı bilgilendirme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ayrıca soruşturmanın selameti bunu gerektiriyorsa, savcı 3 ayı geçmemek kaydıyla bir suç işlendiği haberini aldığını savunma makamından gizleyebilir. 369.madde, hakkında soruşturma yürütülen kişinin, suçlandığı fiilin işlendiği tarih, yer, bu fiilin ceza kanununun hangi maddesini ihlal ettiği ve isterse mdafiyarından yararlanabileceği hususunda savcı tarafından bilgilendirilmesini düzenlemektedir. Fakat savcının şüpheliye bu bilgilendirmeyi yapma zorunluğu ancak müdafinin de hazır bulunma hakkının olduğu (sorgu gibi) işlemleri gerçekleştirmeden önce doğmaktadır. Bunun dışında doğası gereği şüpheliye karşı gizli kalması gereken arama veya yakalama emri gibi işlemlerde, müdafinin hazır bulunma hakkı olsa da, şüphelinin bilgilendirilmesi zorunlu değildir. Doğası gereği gizli olan soruşturma işlemlerine ilişkin belgeler, gerekleştirilmelerinden itibaren 3 gün içinde inceleyebilmesi için savcılıkta müdafii emrine hazır bulundurulur (CCP art.364-365). 1995 yılında 369.maddedeki bildirim yapılması, şüphelinin talebine bağlanarak amacından bir ölçüde koparılmıştır. şu an için şüphelinin soruşturma işlemleri tamamlanana kadar hakkında bir soruşturma yürütüldüğünü öğrenememesi ve dolayısıyla bu hassas evrede savunma haklarını kullanamaması mümkündür. Kanunun 415.maddesi, soruşturma işlemlerinin tamamlanmasından sonra, şüpheli ve müdafinin soruşturmanın sonucu hakkında bilgilendirilmesini öngörmektedir. Soruşturma evrakını bu andan itibaren inceleme olanağına kavuşan savunma makamı, 20 gün içinde dosyaya kendi görüş ve düşüncelerini, sunmak istediği belgeleri ve kendi araştırmaları sırasında topladığı diğer materyalleri ekleyebilir. Ayrıca şüpheli savcıda ek soruşturma işlemleri yapmasını ve ifadesinin alınmasını isteyebilir. Savcı ek soruşturma işlemleri başlatmak zorunda değilse de, şüphelinin istemi halinde onun ifadesini almak zorundadır. Soruşturma işlemlerinin tamamlandığı an, artık dönüşün olmadığı an olarak nitelendirilmektedir. Bundan daha geç bir zamanda şüphelinin hakkında bir soruşturma yürütüldüğünü öğrenmesi veya soruşturma evrakına erişimi kabul edilmemektedir. şüpheli, 335. veya 369.madde kapsamında daha önceki bir aşamada hakkında soruşturma yürütüldüğünü öğrenebilir; fakat bu sadece bir olasılıktır. Ayrıca İtalyan ceza muhakemesi hukukunda, 335. veya 369.madde kapsamında şüpheli hakkında bir soruşturma yürütüldüğünü ğrense bile, soruşturma işlemleri devam ettiği sürece soruşturma dosyasının incelenebilmesi mümkün değildir. Soruşturma işlemleri devam ederken incelenebilecek tek soruşturma evrakı, müdafii hazır bulunma hakkının olduğu işlemlere ilişkin evraktır. Bkz. FIORI, Disclosure of Information in Criminal Proceedings, s.67 vd. Getirilen ilk yenilik, savunma makamına kendi araştırma işlemlerini yapma yetkisinin tanınmasıdır. 391.maddeye göre, savunma makamı, olay hakkında bilgi sahibi olduğu düşünülen kişilerin ifadelerini toplayabilir; soruşturma için önemli olan belgeleri doğrudan kamu otoritelerinden talep edebilir; teknik incelemeler yaptırabilir; olayla ilgili yerlerde keşif yapabilir ve bir yargı kararı olması koşuluyla kamuya açık olmayan yerlere de bu amaçla girebilir. Savunma makamının araştırmalarının sonuçlarıyla hazırlanan savunma dosyası, doğrudan yargıca sunulur. Bkz. FIORI, Disclosure of Information in Criminal

Türk hukukunda ise 1992 yılı şüpheli hakları yönünden bir milat olma niteliğini taşımaktadır. Bu tarihten önce doktrinde, soruşturma evresinde iddia ve savunma makamları arasında ideal bir işbirliğinin gerektirdiği dengenin var olmadığı savunulmaktaydı.⁹⁰ Müdafin soruşturma dosyasını inceleme hakkına ilişkin ve soruşturma evresinin bazı aşamalarında (özellikle şüphelinin sorgusunda) müdafinin hazır bulunma hakkının olmaması gibi kollektif hükmü etkileyen sınırlamalar buna gerekçe gösterilmekteydi.⁹¹ 1992 yılında mülga CMUK'ta yapılan değişikliklerle birlikte, şüphelinin ifadesi alınırken müdafie hazır bulunma yetkisi tanınmış ve müdafinin soruşturma dosyasını incelemesi savcının iznine bağlı olmaktan çıkarılmıştır.

Proceedings, s.80. İtalyan hukukundaki ikinci ve sistemi gerçek anlamıyla itham sistemine yaklaştıran yenilik ise duruşma hakiminin tarafsızlığının korunabilmesi için soruşturma evresinin sonuçları hakkında bilgi sahibi olmasının engellenmesidir. Buna ikili dosya sistemi (*doppio fascicolo*) adı verilmektedir: soruşturma dosyası ve duruşma dosyası birbirlerinden farklıdır. Duruşma hakiminin soruşturma dosyasını incelemesine izin verilmemektedir. Duruşma dosyası, duruşmanın açılacağı anlaşıldıktan sonra ara muhakeme evresinin hakimi, iddia ve savunma makamları tarafından birlikte oluşturulmaktadır. Duruşma dosyasının ara muhakeme evresinin hakiminin gözetiminde ve tarafların katılımıyla hazırlanması, şüpheli bakımından vazgeçilemez bir teminattır. Duruşma dosyasında, soruşturma dosyasında da bulunan bazı belgeler bulunabilir. Örneğin, duruşmada tekrar edilmesi objektif olarak imkansız olan veya soruşturma evresinde hakim huzurunda tarafların yüzüne karşı gerçekleştirilen soruşturma işlemlerine ilişkin belgeler, maddi deliller gibi. Bunun dışında soruşturma evresinde iddia veya savunma makamı tarafından toplanan ve dosyaya konulması hususunda her iki makamın da rıza gösterdiği belgeler de duruşma dosyasına konabilir. Diğer bir deyişle duruşma dosyası, duruşma hakiminin soruşturma evresi hakkındaki bilgisini sınırlandırmak ve tarafsızlığını korumak için, sadece konulması zorunlu olan asgari belgeleri içermelidir. Savcının hazırladığı soruşturma dosyasındaki belgeler, ancak itham sisteminin sözlülük ve doğrudanlık ilkelerine uygun biçimde duruşmada yeniden üretilmeleri yoluyla delil statüsünü kazanmalıdır. Bkz. FIORI, Disclosure of Information in Criminal Proceedings, s.62. Dolayısıyla tahkik sistemi geleneğinden gelen Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde, duruşma hakiminin soruşturma dosyasını okuyarak duruşmaya çıkması ve soruşturma dosyasının muhakemenin üzerinde yürüdüğü bir demiryolu gibi ona hakim olması yönünde yapılan eleştiri, İtalyan ceza muhakemesi hukuku bakımından geçerli değildir.

Ayrıntılı bilgi için bkz. AMODIO, Ennio/SELVAGGI, Eugenio, "An Accusatorial System in a Civil Law Country: The 1988 Italian Code of Criminal Procedure", Temple Law Review, V.62, Y.1989, pp.1211-1224; ILLUMINATI, Giulio, "The Frustrated Turn to Adversarial Procedure in Italy", Washington University Global Studies Law Review, V.4, Y.2005, pp.567-581; FRECCERO, Stephen P., "An Introduction to the New Italian Criminal Procedure", American Journal of Criminal Law, Vol.21, Y.1994, pp.345-383; AMODIO, Ennio, "The Accusatorial System Lost and Regained: Reforming Criminal Procedure in Italy", The American Journal of Comparative Law, Vol. 52, Y. 2004, pp. 489-500.

⁹⁰ EREM, Ceza Usulü Hukuku, s.191; KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.52. Soruşturmada savunmanın durumunun istenilen düzeyde olmadığı yönünde ayrıca bkz. KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.246.

⁹¹ EREM, Ceza Usulü Hukuku, s.191; KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.52.

Şüphelinin elde ettiği söz konusu kazanımlar 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda korunmuştur.

Aslında 19.yy'dan bu yana Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin, 1670 Emirnamesi'nden aldıkları şüphelinin aleyhine olan katı hükümlerin ortadan kaldırılması ve soruşturma evresinde şüphelinin mahrum kaldığı teminatların ceza muhakemesi kanunlarına sokulması yönünde bir eğilim bulunmaktadır.⁹² Sulh ceza hakimlerinin odalarının, kamuya değilse bile en azından belirli kişilere açılması istenmektedir. Bunun için müdafinin şüphelinin sorgusunda hazır bulunmasına izin verilmeli, savunma makamının soruşturma evresinden itibaren varlığı tanınmalı, maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla alınan koruma tedbirlerine karşı argümanlarını sunma olanağı verilmelidir.⁹³ Söz konusu protestolar genel olarak soruşturmanın gizliliğini hedef almaktadır. Gizlilik, şüpheli için olduğu kadar yargıç için de tehlikelidir. Gizlilik, adaleti henüz kaynağında zehirlemektedir.⁹⁴ Artık soruşturma evresinde daha az gizlilik, daha fazla yüzekeşlilik bir zorunluluk halini almıştır.⁹⁵

⁹² ESMEIN, A History of Continental Criminal Procedure, s.41. Hatta bu eğilimde olanların bir kısmı, karma sistem olarak da adlandırılan işbirliği sistemini tahkik sisteminin bir kalıntısı olarak nitelendirmekte ve bu sistemin demokratik bir ülkede uygulanamayacağını savunmaktadırlar. Bu düşünceyi benimseyenlere göre, itham sistemi eski demokratik cumhuriyetlerin benimsediği usuldür. Eğer Kilise Hukuku yolunu değiştirmeseydi, bütün usul hukuku itham sistemine göre şekillenecekti. Bu nedenle karma sistem usul hukukunda bir gerileme veya duraklama olarak da düşünülebilir. Bugünkü usul hukukunun engizisyonu anımsatan hükümleri varsa, bundandır. Usul hukuku, engizisyon sisteminden itham sistemine dönmedikçe insan haysiyetine yakışır bir muhakemeden söz edilemez. İtham sistemine dönmek zorunludur. Bkz. EREM, Ceza Usulü Hukuku, s.21 vd. Mantiğa aykırı, insanlık kurallarını hiçe sayan karma sistemin bir çok uygar ülkede iki yüzyıldır nasıl yaşayabildiği ve reform teşebbüslerine nasıl karşı koyabildiği şaşırtıcıdır. Tahkik sisteminden tamamıyla kurtulmak çabalarını önlemek ve etkisiz hale getirmek için icat edilmiş olan karma sistem, taviz vererek engizisyonu yaşatmaktadır. Usul diyalektiği, ancak itham sistemi içinde düşünülebilir. Bkz. EREM, Ceza Usulü Hukuku, s.69. Soruşturma evresinin itham sistemine daha fazla yaklaşması gereklidir. EREM, Ceza Usulü Hukuku, s.70. Anglo-Sakson sisteminde yetişen hukukçuların savunduğu bu düşüncenin aksine, Kıta Avrupasında Fransız Devrimi sonrası yerleşen anlayışı tahkikçi diye etiketlemek ve engizisyon mahkemelerinde yürütülen muhakemeyle, bugünkünü aynı kategoride sınıflandırmak büyük bir haksızlıktır. Bkz. TANER, Çelişme ve Silahların Eşitliği, s.145.

⁹³ ESMEIN, A History of Continental Criminal Procedure, s.41.

⁹⁴ ESMEIN, A History of Continental Criminal Procedure, s.41. "Secrecy poisons justice at its source" sözü İngiliz hukukçu Stephen'a atfedilmektedir.

⁹⁵ EREM, Ceza Usulü Hukuku, s.70; YARSUVAT, İtham Sistemi mi, Tahkik Sistemi mi?, s.387.

Bireyci, şüphelinin teminatlarının güçlendirilmesini, soruşturma organlarının devamlı biçimde kontrol edilmesini, keyfilğin azaltılarak özgürlüklerin alanının genişletilmesini talep eden bu eğilimin karşısında, kollektivist ve sosyal savunmanın güçlendirilmesini arzulayan zıt bir eğilim daha bulunmaktadır. Bu düşünceyi benimseyenlere göre, şüpheli, suçsuzluk karinesi adı altında özetlenen teminatlardan mahrum bırakılmalıdır.⁹⁶ Yine de baskın görüş, suçluluğa karşı soruşturma organlarının yetkilerinin artırılması yönünde değil; soruşturma organlarının yetkilerini kötüye kullanmasına karşı şüphelinin korunması yönündedir. Bu doğrultuda birçok ülkenin ceza muhakemesinde kendine özgü ve sayısız reformlar gerçekleştirilmeye çalışılmıştır.⁹⁷

Kıta Avrupası'nda sadece kovuşturma evresinde çelişme ilkesinin uygulanması ve şüphelinin aksine sanığa daha geniş haklar tanınması artık yeterli görünmemektedir. Kovuşturma evresinde savunma makamı dosyanın tamamına erişmektedir; fakat muhakemenin bu son evresinde uygulanan açıklığın bir anlam ifade edip edemediği sorgulanmalıdır. Çünkü muhakemenin üzerinde yürüdüğü dosya bu evrede halihazırda oluşturulmuş ve savunma makamı buna etkili biçimde katılamamıştır. Soruşturma evresinde savunma makamının oynayacağı daha aktif bir rol, ama özellikle dosyaya olabildiğince erken erişim ve dosyanın oluşturulmasına katılma, AİHS'e taraf olan ülkelerin hukuk sistemlerini Sözleşme'nin öngördüğü standartlarla uyumlu hale getirecektir.⁹⁸

Günümüzde soruşturma evresinde iddia ve savunma makamları arasındaki ilişkinin dengeye dayanan işbirliğine göre düzenlenmesi gereği savunulmaktadır.

⁹⁶ ESMEIN, A History of Continental Criminal Procedure, s.41.

⁹⁷ ESMEIN, A History of Continental Criminal Procedure, s.42.

⁹⁸ FIORI, Disclosure of Information in Criminal Proceedings, s.114.

Bunun en işlevsel yolu ise soruşturmanın gizliliğini amacı doğrultusunda sınırlandırmak, bu evreyi olabildiğince çelişmeli hale getirmek, şüphelinin haklarını genişletmek, onun mevcut haklarını etkili biçimde kullanılabilmesini ve müdafî yardımından yararlanmasını sağlamaktır. İkinci bölümde inceleneceği üzere, bu hususta AİHM'in içtihatları özellikle Kıta Avrupası ülkelerinde şüpheli haklarının geliştirilmesi bakımından yol gösterici olmuştur.⁹⁹

V. GİZLİLİĞİN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

Ceza Muhakemesi Kanununun 2. maddesinde, soruşturma, “*kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evre*” şeklinde tanımlanmıştır. Soruşturma sırasında suçun işlendiği haberi alınmış ve işin hakim önüne götürülmesi için gerekli araştırmaya girişilmiştir. Kısaca, soruşturma işin yargılama makamına götürülmesi için hazırlandığı evredir.¹⁰⁰

Soruşturmanın görevi kovuşturmayı hazırlamak olduğu için, soruşturma hakkında da hükümler konulması gerekmiştir. Muhakeme sisteminin itham veya tahkik sistemlerine olan yakınlığının boyutu bu hükümlerin ne kadar az veya ayrıntılı olduğunu da belirlemiştir. İtham sistemine yakın olan bir muhakeme düzeninde soruşturma evresi hakkında daha az hükmün bulunduğu söylenebilirken; tahkik

⁹⁹ Örneğin, tutuklu şüphelinin soruşturma dosyasını inceleme hakkının kısıtlanması konusunda Almanya aleyhine verilen ihlal kararlarından sonra, Alman Ceza Muhakemesi Kanununun 147.maddesine şu cümle eklenmiştir: “... şüpheli tutuklu bulunmakta ise veya şüpheli gözaltındayken talep ederse, müdafie özgürlük kısıtlamasının hukuka uygunluğunu değerlendirebilmesi için önem taşıyan bilgiye uygun bir şekilde ulaşması sağlanır; kural olarak, dosyayı bu ölçüde inceleme izni verilir.” Bkz. CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, “6572 Sayılı Yasaya Göre Soruşturma Evresinde Avukatın Dosyayı İncelemesi”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, C.8, Y.2016, S.20, s.494.

¹⁰⁰ TOSUN, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri: Muhakemenin Yürüyüşü, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1973, s.7.

sistemine daha yakın olan bir muhakeme düzeninde ise soruşturma evresi hakkında daha ayrıntılı hükümler bulunduğu görülmektedir.¹⁰¹

Kıta Avrupası hukuk sistemlerinden iktibas edilen çağdaş Türk hukuk sisteminin, özellikle Alman Ceza Muhakemesinden esinlenen Türk Ceza Muhakemesi Hukukunun, tahkik sistemine daha yakın olduğu söylenebilir. Bu yüzden 5271 sayılı CMK'nın ikinci kitabı soruşturma evresine ayrılmıştır. Bu kitabın ilk hükmü olan, 157. maddeye göre, “*Kanunun başka hüküm koyduğu haller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir.*” Görüldüğü gibi, Kanun koyucu başka hükümlerle belirli işlemlerde belirli kişilere karşı gizliliği kaldırmış olabilir.

Soruşturmanın gizliliği esasen biri kamusal diğeri bireysel olan iki farklı menfaatin korunmasına hizmet etmektedir. Soruşturmanın amacına ulaşabilmesi ve suçsuzluk karinesinin şeref ile ilgili yönünü ifade eden lekelenmeme hakkının korunabilmesi için soruşturmanın gizlilikle yürütülmesi gerekmektedir.¹⁰²

Soruşturmanın gizliliği, soruşturmanın amacına varabilmesi için kabul edilmiştir.¹⁰³ Soruşturma evresinde suç şüphesinin öğrenilmesi üzerine bir fiil için dava açılıp açılmayacağı konusu araştırılmaktadır. Bu araştırmanın gizli yapılması gerekir; çünkü araştırma açıkça yapıldığında suçu işleyen kişi, gerekli önlemleri alarak kamu davasının açılmasını imkansız hale getirebilir, dava açılacağını hissederek kaçabilir, delilleri ortadan kaldırabilir.¹⁰⁴ Soruşturma evresinin görevi, nihai maddi

¹⁰¹ TOSUN, Muhakemenin Yürüyüşü, s.5.

¹⁰² OKUYUCU ERGÜN, Güneş, “*Soruşturmanın Gizliliği*”, AÜHFD, Y. 2010, C. 59, S. 2, s.245.

¹⁰³ TOSUN, Muhakemenin Yürüyüşü, s.76.

¹⁰⁴ TOSUN, Muhakemenin Yürüyüşü, s.25. Gizliliğin kabul sebebinin, ilgililerin delilleri öğrenerek bunları etkisiz hale getirmeye yönelik gayretler sarfetmelerini önlemekten ibaret olduğu aşikardır. Bkz. EREM, Ceza Usulü Hukuku, s.275; TOROSLU, Nevzat/FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara 2017, s.149.

gerçeği bulmak değildir. Kovuşturma evresinde mahkemenin görevi maddi gerçeği bulmak iken; soruşturma evresinin görevi, bunu mümkün kılacak delilleri arařtırmak¹⁰⁵, kısaca kovuşturmayı hazırlamak, onun daha iyi, daha çabuk, daha teminatlı yapılabilmesini sağlamaktır.¹⁰⁶ Soruşturma evresinde, davanın maddi gerçeğe uygun biçimde sonuçlandırılmasını sağlamaya yönelik işlemler yapılır.¹⁰⁷ Soruşturmanın düzgün işlemesi aslında bütün muhakemenin düzgün işlemesi anlamına gelir.¹⁰⁸ çünkü kovuşturmanın sonunda verilen hüküm, hazırlayıcı hüküm olarak çok daha önceden verilmeye başlanmıştır. Bu yüzden muhakeme terimi sadece kovuşturma evresini ifade etmek için kullanılmaz.¹⁰⁹ Muhakeme bir bütündür ve muhakemenin nihai amacı da maddi gerçeğin ortaya konulmasıdır. Soruşturmanın selameti, aslında maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi koşullarının korunmasıdır. Kamusal menfaat bu Şekilde korunmaktadır.

Soruşturmanın gizli bir biçimde yürütülmesi bireylerin haklarının korunması bakımından da zorunludur. Belki de sonunda hakkında dava bile açılmayacak bir konu için kişiye açıkça isnatlarda bulunulması doğru değildir.¹¹⁰ 157. maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi, soruşturmanın gizliliği öncelikle suçsuzluk karinesine sayđı gösterilmesi yönünden vazgeçilmezdir. Aksi halde, dünyanın pek çok ülkesinde örneklere rastlanıldığı üzere, yargısız infazlar sonucu Şüphelilerin toplumdaki

¹⁰⁵ CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, 14.Bası, İstanbul 2017, s.103.

¹⁰⁶ KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.758.

¹⁰⁷ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.87.

¹⁰⁸ KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.760.

¹⁰⁹ KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.37. Eskiden tek safhadan ibaret olan muhakemeye, tabii olarak, sadece muhakeme deniliyordu. Sonradan bu safhada yapılan faaliyetlerin daha iyi, daha çabuk, daha teminatlı yapılması için yeni bir safha ortaya çıkınca, bu yeni safhaya ilk zamanlar sadece “soruşturma” denildi ve artık son safha haline gelmiş olan eski faaliyetlere “muhakeme” denilmekte devam olundu. Ancak her iki safhanın da muhakeme olduğu anlaşılınca, muhakeme tabiri iki safhalı yeni bütüne verilerek, birinci ve ikinci safhaların ayrı ayrı adlandırılması gerekti. Bkz. KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.757.

¹¹⁰ TOSUN, Muhakemenin Yürüyüşü, s.25.

itibarları yerle bir edilmekte ve suçsuzluk karinesi sadece uygulanmayan kanun metinleri üzerinde kalmaktadır.

Bu itibarla, soruşturmanın gizliliğini ihlal etmenin müeyyidesi, TCK'nın 285. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında düzenlenmiştir:

“(1) Soruşturmanın gizliliğini alenen ihlal eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Bu suçun oluşabilmesi için;

a) Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğinin açıklanması suretiyle, suçlu sayılmama karinesinden yararlanma hakkının veya haberleşmenin gizliliğinin ya da özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi,

b) Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğine ilişkin olarak yapılan açıklamanın maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engellemeye elverişli olması, gerekir.

(2) Soruşturma evresinde alınan ve soruşturmanın tarafı olan kişilere karşı gizli tutulması gereken kararların ve bunların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliğini ihlal eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.”

Söz konusu normun amacı, 157. maddede soruşturmanın gizliliği ilkesinin öngörülmesindeki amaçla koşut olarak, bir taraftan soruşturma işlemlerinin düzgün bir biçimde gerçekleştirilebilmesi ve böylelikle maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi koşullarının; diğer taraftan suçsuzluk karinesine saygı gösterilerek şüphelinin lekelenmeme hakkının korunmasıdır.¹¹¹ Maddenin 2012 yılında değişiklik geçirdikten

¹¹¹ OKUYUCU ERGÜN, Soruşturmanın Gizliliği, s.262. Gizliliğin ihlaliyle iki hukuki değeri korumak amaçlanmaktadır. Birincisi soruşturma işlemlerinin maddi gerçeğin tespitine imkan verecek şekilde icrasının sağlanması; ikincisi suçsuzluk karinesinin ve özel hayata ilişkin bilgilerin gizliliğinin korunmasıdır. Bkz. HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler: Millete ve Devlete Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, 1.Baskı, Ankara 2016, s.221.

sonraki halinde, haberleşmenin ve özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesinden söz edildiği için, ayrıca bu menfaatleri de korumayı amaçladığı kabul edilmelidir.

Soruşturmanın gizliliği, soruşturma evresinin başlangıcından sonuna kadar devam eder. Bu nedenle, soruşturmanın başlamasından kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın verilmesi veya iddianamenin kabulüne kadar¹¹², soruşturma işlemleri kural olarak gizlidir. Gizlilik soruşturmanın sona ermesiyle birlikte¹¹³ ortadan kalkar. 153.maddenin 4.fikrasından bu sonuca varmak mümkündür.¹¹⁴ Buna göre, *“iddianamenin kabulü ile birlikte müdafî dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir, bütün tutanak ve belgelerin harçsız olarak örneğini alabilir.”* Kovuşturma, başlangıcından itibaren açık yürütülür.

Soruşturmanın gizliliğinin katı biçimde yorumlanmaması gerekir. Gizlilik, soruşturmanın açıklıktan zarar görmesini önlemek için kabul edildiğinden, böyle bir

¹¹² Ceza Muhakemesi Kanunu gizliliğin sona ermesi bakımından iddianamenin kabulü kriterini benimsemiştir. Doktrinde ise bütün deliller toplandıktan sonra iddianamenin düzenlenmesi aşamasına gelindiğinde soruşturma evresinin gizliliğinin kaldırılması gerektiği söylenmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu 2002 Tasarısında, “hazırlık soruşturmasının bittiğinin” dosyaya kaydedilmesi ve Cumhuriyet savcısı bu kaydı düştüğünde dosyanın gizliliğinin kalkması öngörülmüştü. Fakat Ceza Muhakemesi Kanunu bu yolu tercih etmemiştir. Bkz. YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 5.Bası, Ankara 2017, s.581. Benzer şekilde CMK’nın TBMM’de 4.12.2004 tarihinde kabul edilen ilk şeklinde, soruşturmanın gizliliğinin iddianamenin mahkemeye verildiği tarihte sona ermesi öngörülmüştü. Kanun koyucunun ilk iradesinin iddianamenin değerlendirilmesi aşamasında dosyadaki kısıtlama kararını kaldırarak çelişmeyi güçlendirmek yönünde olduğu anlaşılmaktadır. Ancak kanun yürürlüğe girmeden önce yapılan değişikliklerle kısıtlama kararının iddianamenin mahkeme tarafından kabulüyle birlikte sona ermesi kabul edilmiştir. Halbuki önceki düzenleme daha yerindeydi ve müdafie kamu davası açılmadan dosyanın tüm içeriğini öğrenme olanağı sunuyordu. Bkz. TANER, Çelişme ve Silahların Eşitliği, s.237.

¹¹³ Mülga CMUK döneminde, 1985’te ilksoruşturma kaldırılmadan önce, ilksoruşturmadaki gizliliğin, sorgu hakimi esaslı sonuçlara varır varmaz ve bunları sabote etme imkanı ortadan kalkar kalkmaz sona ermesi gerektiği söylenmekteydi. 190.maddede, ilksoruşturmanın amacının gerçekleştiği kanısına varınca sorgu hakiminin dosyayı savcıya göndereceği belirtilmişti. Doktrinde gizliliğin bu anda sona erdiği kabul edilmekteydi. Buna göre, müdafî de dosyayı serbestçe inceleme hakkını bu anda kazanmaktaydı. Anlaşıldığı üzere, ilksoruşturma sona ermeden onun gizliliği sona ermekteydi; çünkü sorgu hakimi daha ilksoruşturmayı sona erdirecek kararı vermeden önce savcıya ve daha sonra sanığa görüşlerini sormakta, savcıya sormakla gizlilik son bulmakta, bu suretle ilksoruşturma bitmeden gizlilik bitmekteydi. Bunun sebebi de, savcının iddianamesi sanığa tebliğ edildiğinde onun bunu cevaplandırabilmesini sağlamak olarak açıklanmaktaydı. Bkz. TOSUN, Muhakemenin Yürüyüşü, s.81; KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.471.

¹¹⁴ OKUYUCU ERGÜN, Soruşturmanın Gizliliği, s.248.

zarar söz konusu olmadığında, hatta bazı konuların açıklanması sayesinde soruşturma daha kolay yapılacak veya toplum bundan fayda görecektir ise, gizliliğin varlık sebebi kalmayacağı için açıklığa dönülmesi gerekir.¹¹⁵ Bu bağlamda soruşturmanın gizliliğini de amaca ulaşabilmek bakımından değerlendirmek gerekir.¹¹⁶ Gizlilik kural olmakla beraber, soruşturma evresinde yapılan işleme, kişilere ve soruşturmanın hangi aşamada bulunduğuna göre gizliliğin yoğunluğu değişir; yani gizlilik de ihtiyaca göre farklı şekiller alır.¹¹⁷

Soruşturmanın gizliliğinin, birincisi dahili ve ikincisi harici gizlilik olmak üzere iki anlamı bulunmaktadır. Dahili gizlilik, soruşturma işlemlerinde ilgililerden başka kimsenin hazır bulunamamasını ve tarafların birtakım soruşturma işlemlerini öğrenme yasağını; harici gizlilik ise soruşturma işlemlerinin kamuya açıklanması, özellikle de yayınlanması yasağını ifade etmektedir.¹¹⁸ Söz konusu kavramlar, bundan sonraki iki bölümün başlıklarını oluşturmaktadır.

¹¹⁵ Bkz. TOSUN, Muhakemenin Yürüyüşü, s.26. Gizlilik, soruşturmada daha iyi netice alınacağı düşüncesiyle konmuştur. O halde gizlilik soruşturma işleminin özü ile ilgisi olmayan bir kavram, bir çeşit tedbir niteliğindedir. Bkz. EREM, Ceza Usulü Hukuku, s.275.

¹¹⁶ OKUYUCU ERGÜN, Soruşturmanın Gizliliği, s.248; TOSUN, Muhakemenin Yürüyüşü, s.76.

¹¹⁷ KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.760.

¹¹⁸ OKUYUCU ERGÜN, Soruşturmanın Gizliliği, s.249. Benzer yönde bkz. CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.103.

İKİNCİ BÖLÜM

DAHİLİ GİZLİLİK

Soruşturma işlemlerinin kural olarak gizli olması, soruşturma işlemlerinde hazır bulunması gereken kişilerin haricinde başka kimsenin hazır bulunamayacağı şeklinde anlaşılır.¹¹⁹ Gizliliğin yoğunluğunun, soruşturma evresinde yapılan işleme ve kişilere göre değişeceği belirtilmişti. Bu yüzden kanunda her bir soruşturma işlemi bakımından kimlerin hazır bulunma yetkisine sahip olduğu hususunda farklı düzenlemeler öngörülmüştür.

I. İfade Alma, Sorgu, Tanık ve Bilirkişinin Dinlenmesi İşlemleri

İfade alma veya sorguya çekme işlemlerinde, ifade almaya yetkili olan kolluk, savcı ve sorguya yetkili olan hakim dışında, ifadesi alınan veya sorguya çekilen şüphelinin hazır bulunacağı açıktır. Bu kişiler dışında, 169.maddenin 1.fıkrası gereğince, “*Şüphelinin ifadesinin alınması veya sorgusu sırasında Cumhuriyet savcısı veya sulh ceza hakiminin yanında bir zabıt katibi bulunur.*” Kolluk tarafından ifade almada ayrı bir zabıt katibinin bulunması zorunluluğu düzenlenmediğinden, ifadeyi alan kolluk, bunu kendisi tutanağa geçirebileceği gibi, bir meslektaşının yardımından da faydalanabilir.¹²⁰

Şüphelinin yabancı olması halinde, ifade alma sırasında bir tercümanın da bulundurulması gerekir.¹²¹ CMK m.202/1’e göre, “*Sanık veya mağdur, meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmiyorsa; mahkeme tarafından atanan tercüman*

¹¹⁹ KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.760.

¹²⁰ DEMİRBAŞ, Timur, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011, s.101.

¹²¹ DEMİRBAŞ, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, s.101.

aracılığıyla duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar tercüme edilir.”

İlgili maddenin 3.fikrasında, bu madde hükümlerinin, “*soruşturma evresinde dinlenen şüpheli, mağdur veya tanıklar hakkında da uygulanacağı*” öngörülmüştür.

1992 yılında 3842 sayılı Kanunla getirilen değişikliklerden birisi de, şüphelinin ifadesi alınırken müdafie hazır bulunma yetkisinin tanınması olmuştur.¹²² Bu hüküm 5271 sayılı Kanununun 149.maddesinin 3.fikrasında da korunmuştur. Buna göre, “*Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında¹²³ avukatın, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukukî yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz.*” Müdafinin hukuki yardımı, soruşturma işlemlerinde şüphelinin yanında olmasını gerektirmektedir. Hazır bulunma, şüphelinin müdafiden yararlanma hakkının fiilen gerçekleşmesi anlamına gelir.¹²⁴ “*Şüphelinin ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde, şüphelinin istemesi halinde müdafinin ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği kendisine bildirilir* (m.147/1-

¹²² Değişiklikten önce sanığın sorgusu tam bir gizlilik içinde yapılmaktaydı. O dönemde de doktrinde bazı yazarlar, şüpheli için daha teminatlı olduğu gerekçesiyle, sorgu sırasında müdafinin hazır bulunması gerektiği fikrini ileri sürmüşlerdi. Bkz. TOSUN, Muhakemenin Yürüyüşü, s.79. Şüphelinin soruşturma evresindeki sorgusunda müdafinin hazır bulunmamasının, kollektif hükme katılmak bakımından gerekli dengeyi bozacak nitelikte olduğu yönünde bkz. KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.53. Bkz. KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.761. Şüphelinin sulh hakimi tarafından sorguya çekilmesi veya savcı tarafından ifadesinin alınması sırasında müdafinin hazır bulunmamasını gizlilik bakımından haklı görmeye imkan yoktur; çünkü müdafii sorgu veya ifade tutanağını inceleyebilir. Bkz. EREM, Faruk, “*Savunma Hakkının Kökeni*”, Ankara Barosu Dergisi, Y.1984, S.5, s.701. Müdafii yanında değilse şüpheli kendini özgür değil, daima baskı altında hissedecektir. Susma hakkına sahip olduğu kabul edilmiş olan şüphelinin konuşacak ise yanında müdafinin bulunmasında mahzur görmek çelişkilidir. Bkz. TANER, Çelişme ve Silahların Eşitliği, s.194. Bu tür kısıtlamalar, kolluğun kısa sürede ikrar elde etmek üzere şüpheli üzerinde baskı oluşturmasına ve onun çaresizliğinden faydalanılmasına imkan tanıyordu. Bu şekilde soruşturma belki daha kısa sürüyordu, ancak elde edilen bilginin gerçekliğe uygunluğu son derece şüpheliydi.

¹²³ EREM, mülga CMUK dönemindeki soruşturma evresinde müdafinin ancak belirli işlemlerde hazır bulunabileceği hükmünün çağımız usul hukuku anlayışına aykırı olduğunu belirtmiştir. Bu hususta 1931 tarihli Faşist İtalyan Usul Kanununun gerekçesini hatırlatmaktadır: “*Soruşturmanın gizliliğindeki kamu faydası, savunma bakımından bir istisna kabul edilemeyecek kadar büyüktür. Esasen böyle bir istisna soruşturmayı yapan hakime itimatsızlık demek olacaktır. Liberal demokrasilerde idareye karşı resmi itimatsızlığın pek çok tatbikatı vardır. Fakat faşist devlette böyle bir tatbikata yer verilemez, zira rejimin esas prensipleriyle tezat haline düşer.*” Ancak faşist bir kanunun gerekçesine uygun düşen bir hükmün demokratik bir memleket kanununda bulunması isabetsizdir. Bkz. EREM, Savunma Hakkının Kökeni, s.695.

¹²⁴ CENTEL, Nur, “*Ceza Soruşturmasında Müdafinin Rolüne Eleştirel Yaklaşım*”, İÜHFD, C.72, Y.2014, S.2, s.704.

c).” İfade alma ve sorgu işlemlerinde müdafie hazır bulunma olanağının tanınması gizlilik ilkesinin katılığını bir ölçüde azaltmıştır.¹²⁵

Şüphelinin soruşturma evresinin her aşamasında müdafinin hukuki yardımından faydalanması, silahların eşitliğinin bir gereğidir. Şüpheli, genelde hukuki meselelerde bilgi sahibi olamayacağından haklarını nasıl kullanacağını ve kendisini nasıl savunacağını bilemez. Olaya ihtiyatla yaklaşan ve ceza hukuku bilgisine sahip olan müdafinin, ifade alma ve sorgu da dahil olmak üzere soruşturma evresinin her aşamasında şüpheliye yardım etmesinin önemi açıktır.¹²⁶

84.maddenin 2.fıkrası hükmü, “*ancak tanık veya bilirkişinin duruşma sırasında hazır bulunamayacağı veya oturdukları yerin uzaklığı nedeniyle bulunmalarının güç olduğu anlaşıldığı için, tanık veya bilirkişinin önceden dinlenmelerinde şüpheli, sanık, mağdur ve bunların müdafii ve vekilinin hazır bulunabileceğini*” öngörmüştür. Bu hükmün mefhum-u muhalifinden, kural olarak, şüpheli, müdafii, mağdur ve vekilinin tanık veya bilirkişinin soruşturma evresinde dinlenmesi sırasında hazır bulunamayacakları anlaşılmaktadır. Yani tanık ve bilirkişi kovuşturma evresinde hazır bulunacaklarsa¹²⁷, başka bir anlatımla erken dinleme değil, soruşturma evresi için dinleme yapılıyorsa, bu kişilerin dinlenmelerinde şüpheli, müdafii, mağdur ve vekili hazır bulunamaz.¹²⁸

¹²⁵ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.103.

¹²⁶ TANER, Çelişme ve Silahların Eşitliği, s.195.

¹²⁷ Kovuşturmada tekrarlanamayacak veya tekrarlanması şüpheli işlemlerin yapılmasında ilgililer daima hazır bulundurulmalıdır. Bkz. TOSUN, Muhakemenin Yürüyüşü, s.80.

¹²⁸ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.103. Centel ve Zafer burada sadece şüpheli ile müdafinin hazır bulunamayacağını söylemektedirler.

Keza “mağdur, şüpheli veya sanığın bulunması, tanıklardan birinin gerçeğe uygun tanıklık etmesine engel olabilecekse, o işte mağdur¹²⁹, şüpheli veya sanığın bulunmamasına karar verilebilir (m.84/3).” Fakat bu halde müdafî ve mağdur vekilinin bulunmaması yönünde bir karar verilmesi mümkün değildir. İfade alma ve sorguda olduğu gibi, tanık ve bilirkişinin dinlenmesi sırasında da Cumhuriyet savcısı veya sulh ceza hakimine zabıt katibi eşlik eder.¹³⁰

II. Keşif, Yer Gösterme ve Arama İşlemleri

“Keşif yapılması sırasında şüpheli, sanık, mağdur ve bunların müdafî¹³¹ ve vekili hazır bulunabilir (m.84/1). Bu işlerde hazır bulunmaya hakkı olanlar, işin geri bırakılmasına neden olmamak koşuluyla, işlerin yapılması gününden önce haberdar edilirler. Şüpheli veya sanık tutuklu ise, hakim veya mahkeme tarafından ancak zorunlu sayılan hallerde keşifte hazır bulundurulmasına karar verilebilir (m.84/4). Yine keşif sırasında Cumhuriyet savcısı veya sulh ceza hâkiminin yanında bir zabıt kâatibi bulunur (m.169/1).”

Keşif, büyük olasılıkla tekrarı mümkün olmayan ve sonuçları duruşmada okunabilen bir işlem niteliğinde olduğundan, muhakeme süjelerinin bu işlemde hazır bulunma haklarının korunması gerekir. Süjelerin yalnızca haberdar edilmeleri yeterli değildir; gerekli hazırlıkları yapılabilecekleri bir zaman aralığı tanınmalıdır. Keşif

¹²⁹ 84.maddenin 3.fıkrasında en başta mağdur sayılmasına rağmen hazır bulunmamasına karar verilebilecekler arasında sayılmamaktadır. Fakat mağdurun bulunması tanıklardan birinin gerçeğe uygun tanıklık etmesine engel olabilecekse onun da bu esnada bulundurulmamasına karar verilmesi gerekir. “Mağdur, şüpheli veya sanığın huzuru, tanıklardan birinin gerçeğe uygun tanıklık etmesine engel olabilecekse, o işte şüpheli veya sanığın bulunmamasına karar verilebilir.” Mülga CMUK döneminde aynı yönde: TOSUN, Muhakemenin Yürüyüşü, s.80.

¹³⁰ OKUYUCU ERGÜN, Soruşturmanın Gizliliği, s.249.

¹³¹ Şüphelinin hazır bulunmaya yetkili olduğu işlemlerde şüphelinin hazır bulunmaması veya tutuklu olduğu için hazır bulunma hakkının olmaması, müdafîinin hazır bulunmasını engellemez. Bkz. CENTEL, Nur Başar, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1984, s.129.

sırasında müdafinin hazır bulunması, savunmanın yargılama makamının gördüklerine tanıklık edebilmesi ve daha sonra bu konularda savunma yapabilmesi açısından büyük öneme sahiptir.¹³²

“Cumhuriyet savcısı, kendisine yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmuş olan şüpheliye yer gösterme işlemi yaptırabilir. Soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla, müdafî de yer gösterme işlemi sırasında hazır bulunabilir (m.85).” “Kendisine yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmuş olan şüpheli”yle kastedilen, susma hakkını kullanmayı ifade veren ve söz konusu ifadesinde, soruşturmaya konu suça ilişkin bir “yer”den bahseden şüphelidir. Soruşturmanın gecikmesine istinaden yer gösterme işleminin müdafî hazır bulunmaksızın da yapılabilmesi imkanını veren 2.fıkra, istisnai bir nitelik taşıdığından ancak zorunlu ve “gerçekten gecikmesinde sakınca bulunan hallerde” uygulanmalıdır. Aksi takdirde şüphelinin savunma hakkının ihlal edildiğinden söz edilebilir.¹³³

Öte yandan, *“müdafîin şüphelinin konutunun, işyerinin, üstünün ve eşyasının aranması sırasında hazır bulunmasına engel olunamaz (CMK m.120/3).”* Arama delil elde etme vasfının yanı sıra, kişinin özel hayatını ilgilendirmesi bakımından müdafîin hukuki yardımına ihtiyaç duyulan bir işlemdir. Böylece müdafî, işlemin hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini denetleme ve bu bağlamda gerekli müdahaleleri yapma olanağına kavuşmaktadır.¹³⁴ Ayrıca *“şüphelinin evi veya eşyasının aranması sırasında belge ve kağıtlarına el konulmuş ise sulh ceza hakimi ve*

¹³² TANER, Çelişme ve Silahların Eşitliği, s.200.

¹³³ FEYZİOĞLU, Metin, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, TBB, Y.2006, S.62, ss.27-61, s.33. Aslında Kanunda yer alan gecikmeye ilişkin istisnanın gerekliliği de tartışmaya açıktır. İfadesi sırasında suça ilişkin açıklama yapmış olan ve bu sırada istediği takdirde müdafî yardımından yararlanabilen şüphelinin, bu işlemden sonra yaptırılacak olan yer gösterme sırasında müdafîinin hazır bulunmasının yer gösterme işlemini geciktirme olasılığı oldukça düşüktür. Bkz. TANER, Çelişme ve Silahların Eşitliği, s.199.

¹³⁴ TANER, Çelişme ve Silahların Eşitliği, s.201.

Cumhuriyet savcısı tarafından bu belgeler incelendiği sırada müdafinin de hazır bulunma hakkı vardır (CMK m.122).” Bu düzenlemenin amacı, müdafinin söz konusu belgelerden bizzat haberdar olmasını sağlamak olduğu kadar, delillerin sıhhatini de denetlemektir.¹³⁵

III. Yakınlara Haber Verilmesi

Kanunun 147.maddesinin 1.fikrasının d bendi gereğince, *“yakalanan kişinin yakalandığı, yakınlarından istediğine derhal bildirilir.”* Söz konusu maddede 95.madde hükümleri saklı tutulmuştur. Buna göre, *“şüpheli veya sanık yakalandığında, gözaltına alındığında veya gözaltı süresi uzatıldığında, Cumhuriyet savcısının emriyle bir yakınına veya belirlediği bir kişiye gecikmeksizin haber verilir. Yakalanan veya gözaltına alınan yabancı ise, yazılı olarak karşı çıkmaması halinde, durumu, vatandaşı olduğu devletin konsoloslukuna bildirilir.”*

Yakalamanın bildirilmesi Cumhuriyet savcısının emrine bağlanmıştır. Cumhuriyet savcısının, eğer soruşturmanın selameti için bunu gerekli görüyorsa bildirimini erteleyip erteleyemeyeceği konusunda kanunda bir açıklık yoktur.¹³⁶

IV. Soruşturma Dosyasını İnceleme Hakkı

Soruşturma işlemlerinin gizliliği başka şeydir, o işlemler üzerine düzenlenen tutanağın (veya belgenin) gizliliği yine başka şeydir. Soruşturma işlemlerinin gizliliği,

¹³⁵ TANER, Çelişme ve Silahların Eşitliği, s.202.

¹³⁶ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.359.

işlemlerin gizli yapılması demek olup bu işlemlere ilişkin tutanağın da aynı şartlarla gizli olmasını gerektirmeyebilir.¹³⁷

Soruşturma evresinde gerçekleştirilen işlemlerin tutanağa geçirilmesi durumunda, dosyadan bu tutanakların örneklerinin alınması veya okunması, dosyanın gizliliğiyle ilgilidir ve ayrı kurallara bağlanmıştır. Soruşturma dosyasını inceleme ve örnek alma yetkisi, kanunda, şüphelinin müdafii ile mağdur vekiline tanınmıştır. Soruşturma evresinde, şüpheli, mağdur ve suçtan zarar görenin birinci elden dosyayı inceleme ve örnek alma hakkı Ceza Muhakemesi Kanununda açıkça düzenlenmemiştir.¹³⁸

1. Müdafii Dosya İnceleme Yetkisi

A. Genel Olarak

Savunma görevini gerektiği gibi yerine getirebilmesi için¹³⁹, müdafii şüpheli hakkındaki isnadı, onun leh ve aleyhindeki delilleri bilmesi gerekir.¹⁴⁰ Müdafii, aslında savcılık ve kolluk tarafından toplanan leh veya aleyhteki delilleri değerlendirerek savunma yapma olanağına kavuşmaktadır.¹⁴¹ İtham sistemindeki çelişmeli soruşturma ve sözlülük, şüpheliye ve müdafiiine bu olanağı sağlamaktadır.¹⁴² Fakat tahkik

¹³⁷ KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.496. Karşı görüş için bkz. YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.580. Yazarlara göre, işlemin gizli yapılması, tutanağın da gizli olmasını gerektirir.

¹³⁸ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.104.

¹³⁹ Dosyadaki hiçbir bilgiye ulaşamayan müdafii, uygulanan koruma tedbirinin hukuka uygunluğunu değerlendirme, hangi delillerin toplanmasını isteyeceğini bilme ve itiraz gerekçesini oluşturma konusunda ilerleme sağlaması mümkün değildir. Özellikle tutuklamaya itiraz bakımından dosyadaki bilgilere erişim büyük önem arz etmektedir. Bkz. CENTEL, Ceza Soruşturmasında Müdafii Rolüne Eleştirel Yaklaşım, s.722.

¹⁴⁰ EREM, Ceza Usulü Hukuku, s.190; TOROSLU/FEYZİOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.144.

¹⁴¹ ESER, Albin (Çev.Centel, Nur), “*Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu*”, Yargıtay Dergisi, Y.1990, S.3, s.336.

¹⁴² Anglo-amerikan hukukunda hakim veya jürinin duruşmadan önce soruşturma dosyasını incelemeleri söz konusu değildir. Soruşturma dosyası, savcılığın duruşmada ortaya koyacağı delillerin sıralandığı bir program olarak nitelendirilmektedir. Bkz. TRECHSEL, Human Rights in Criminal Proceedings, s.224.

sisteminden esinlenen Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde muhakemeyi şekillendiren¹⁴³ soruşturma evresinin gizli ve yazılı olması, müdafinin soruşturmanın akışına ilişkin bilgilere erişimini engellemektedir.¹⁴⁴ Söz konusu sistemlerde, duruşma hakimi soruşturma dosyasını incelemiş olarak duruşmaya çıkar; dosyayı ne kadar iyi incelerse, bu sanık için o kadar kötü olur, çünkü hakim sanık hakkında peşin hüküm vermiştir bile. Çelişmesiz olarak¹⁴⁵ yani iddia ve savunma makamları karşı karşıya gelmeden elde edilmiş kalın bir soruşturma dosyası duruşma hakiminin üzerinde muhakemeyi yürüttüğü bir demiryolu gibi ona hakim olur.¹⁴⁶ Bu durumun yarattığı sakıncanın giderilebilmesindeki en uygun yol ise müdafie dosya inceleme yetkisinin tanınmasıdır.¹⁴⁷

Mülga CMUK'un 143.maddesine göre, müdafinin soruşturma dosyasını inceleyebilmesi için, iddianamenin mahkemeye verildiği ana kadar, kural olarak, izin aranmaktaydı. Soruşturmanın amacına zarar vermeyecekse, müdafinin, soruşturmaya ilişkin her türlü belgeyi incelemesine izin verilmesi gerekirdi. İstisna olarak, izin alınmaksızın incelenebilen belgeler de vardı. İddianamenin mahkemeye verildiği andan sonra ise, müdafii, davaya ait her türlü belgeyi inceleyebilirdi. Delillerin müşterekliği ve mahkemenin ortaya konulmuş olan delilleri duruşmadan edindiği kanaate göre değerlendirmesi ilkelerinin zorunlu sonucu olarak, kovuşturma evresinde

¹⁴³ TRECHSEL, Stefan, Access to the File: An Essential Element of Fair Trial, s.344.

¹⁴⁴ CENTEL, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii, s.111.

¹⁴⁵ Usul diyalektiği, kovuşturma evresine indirgenemez. Kuşkusuz kovuşturma evresinde aleni duruşmada, bu daha somut gözüktür. Fakat kelimenin tam anlamıyla usul diyalektiğinin sonuç verebilmesi, "olayların özündeki çelişkilerin" aleni duruşmada tartışma konusu haline getirilebilecek kadar açık seçik ortaya konulabilmesi, bunun soruşturma evresinde de tanınmasına bağlıdır. Bkz. EREM, Faruk, "Diyalektik Açından Ceza Yargılaması", AÜHFD, C.34, S.1, Ocak 1977, s.7.

¹⁴⁶ TOSUN, Öztekin, Adalet Reformu Yönünden Türk Sisteminde Hazırlık, İlk ve Son Soruşturma, s.54. Aynı yönde bkz. TRECHSEL, Human Rights in Criminal Proceedings, s.224.

¹⁴⁷ CENTEL, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii, s.111. Benzer yönde bkz. TOSUN, Adalet Reformu Yönünden Türk Sisteminde Hazırlık, İlk ve Son Soruşturma, s.66; TRECHSEL, Access to the File, s.344.

müdafinin dosyayı incelemesinin hiçbir istisnası kabul edilmemiştir.¹⁴⁸ Ancak, o dönemde de soruşturmanın gizli olduğu düşüncesiyle, soruşturmanın amacına zarar vermeyeceği anlaşılırsa, müdafinin soruşturmaya ilişkin her türlü belgeyi incelemesine izin verileceği yolundaki yasa hükmünün uygulanmadığı ve müdafilerin bu yoldaki izin istemlerinin sürekli reddedildiği belirtilmiştir.¹⁴⁹ Türkiye Barolar Birliği, CMUK m.143/1'in "*Müdafî, soruşturmanın her safhasında davaya ilişkin her çeşit yazı ve belgeleri incelemek hakkına sahiptir.*" biçiminde değiştirilmesini tavsiye etmiştir.¹⁵⁰ Doktrinde de soruşturma evresinde müdafinin evrak inceleme yetkisinin mutlak olmayıp izne bağlanmış bulunması eleştirilmiştir. Savcının dava evrakını istediği zaman inceleme yetkisi olduğu halde müdafinin bundan yoksun bırakılması, iddia ve savunma makamları arasındaki dengeyi bozmakta¹⁵¹ ve usul diyalektiğinin doğru sonuç vermesini engellemektedir.¹⁵² Müdafinin soruşturma evresinde dava evrakını izin almadan inceleyebileceğinin kural haline getirilmesi; ancak, soruşturmanın amacı için zararlı olabilecek sınırlı hallerde incelemenin engelleneceği istisnasına yer verilebileceği önerisinde bulunulmuştur.¹⁵³

1992 yılında bu öneri hayata geçirilmiş ve CMUK'un 143.maddesinde müdafinin izin aranmaksızın dava dosyasını inceleyebilmesini öngören değişiklik yapılmıştır: "*Müdafî hazırlık evrakı ile dava dosyasının tamamını inceleme ve istediği*

¹⁴⁸ KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.472.

¹⁴⁹ Öyle ki CMUK m.143/3'te emredici bir şekilde öngörülen, "sanığın sorgusunu havi tutanak ile bilirkişi raporlarının ve sanığın hazır bulunmaya yetkili olduğu sair adli muamelelere müteallik tutanakların müdafî tarafından tetkikine hiçbir vakit muhalefet edilemez" kuralına bile uyulmadığı gözlemlenmiştir. Bkz. ÖZTÜRK, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması), DEÜHF Yayını, Ankara 1991, s.74.

¹⁵⁰ Türkiye Barolar Birliği'nin 27.02.1970 gün ve 24/303 sayılı Genelgesi.

¹⁵¹ EREM, Ceza Usulü Hukuku, s.191; KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.52; ÖZGEN, Eralp, Ceza ve Ceza Muhakeme Hukuku Bilgisi, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir 1988, s.194.

¹⁵² EREM, Ceza Usulü Hukuku, s.62.

¹⁵³ CENTEL, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, s.120. Benzer yönde bkz. ÖZTÜRK, Koğuşturma Mecburiyeti, s.75. Yeni düzenlemeler yapılırken soruşturmanın gizliliği, savunma makamında bulunanların, özellikle müdafinin savunmayı hazırlayabilmesine olanak sağlayacak şekilde yumuşatılmalıdır.

evrakın bir suretini harçsız alma hakkına sahiptir. Müdafinin hazırlık evrakını incelemesi veya hazırlık evrakından suret alması hazırlık soruşturmasının gayesini tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine sulh hakimi kararıyla hazırlık soruşturması sırasında bu hak kısıtlanabilir.”¹⁵⁴ Söz konusu değişiklik, doktrinde çoğunlukla olumlu karşılanmakla beraber, bazı yazarlarca da eleştirilmiştir. Hafizoğulları’na göre, bu değişiklikle hazırlık soruşturmasının şüphelinin müdafine açıklığı, gizliliğin istisna olduğu esası getirilmiştir. İlk bakışta iddia ve savunma makamları arasındaki dengeyi kurmayı amaçladığı düşünülebilirse de, yapılan değişiklik ön soruşturmanın mantığına ters düşmektedir. Bu değişiklikle savunma makamı güçlendirilmiş, şüpheli korunmuş olmamaktadır, aksine soruşturma evresi işleme duruma getirilerek suçlu ve suçluluk korunmuş olmaktadır.¹⁵⁵

2005 tarihli CMK’nın 153.maddesi 1.fıkrasında da bu hüküm korunmuştur: “Müdafî, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir.” İddianamenin mahkemece değerlendirildiği süreç de soruşturma evresine dahil olduğundan, müdafii bu süreçte de söz konusu yetkisini kullanabilir. Dördüncü fıkraya göre ise, “Müdafî, iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir; bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir.” Bu yetki soruşturma evresinde belirli koşullar altında kısıtlanabilirken, kovuşturma evresinde

¹⁵⁴ Söz konusu değişiklik metninin gerekçesi şu şekildedir: “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 143 üncü maddesine göre hazırlık tahkikatının gizliliği sanık ve müdafii yönünden genel bir kural değildir. Hazırlık tahkikatının gizli olduğu ileri sürülerek evrakı incelemelerine mani olmak savunma hakkının özüne dokunmak, onu ortadan kaldırmak anlamını taşıdığı cihetle bu madde ile 143 üncü madde değiştirilmiş, gizlilik istisna olup ancak bu yönde hakim kararı mevcut ise müdafinin evrakı inceleme hakkı kısıtlanabilecektir.”

¹⁵⁵ HAFIZOĞULLARI, Zeki, “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine”, AÜHFD, Ayrı Basım, Ankara 1994, s.38. Aynı yönde bkz. DEMİRBAŞ, Timur, “Hazırlık Soruşturmasında Savunma”, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, Alfa Yayıncılık, İstanbul 1999, s.216. Fransız hukuku bakımından benzer görüş için bkz. VOUIIN, Robert, “The Protection of the Accused in French Criminal Procedure”, The International and Comparative Law Quarterly, Vol.5, No.1, January 1956, pp.1-25, p.17.

müdafinin dosya inceleme yetkisinin herhangi bir gerekçeyle kısıtlanması mümkün değildir.

Müdafinin dosyayı inceleme yetkisi bakımından onun şüpheli, sanık ya da yasal temsilci tarafından seçilmiş veya Baro tarafından atanmış olması, bir farklılık yaratmamaktadır.¹⁵⁶

B. Dosya İnceleme Yetkisinin Konusu

Soruşturmaya ilişkin her türden belge, dosya inceleme yetkisinin konusunu oluşturmaktadır. Söz konusu belgeler, “savcılıkça iddianameye eklenen, kolluğun olaya ilk el koyduğu andan itibaren toplanmış bulunan leh ve aleyhteki tüm belgeler, fotoğraflar, adli sicil kaydı, sicil dosyası, davayla ilgili daha önceki hukuk veya ceza davalarının ilamları, raporlar ve istinabe tutanakları”dır. Suçluluk veya suçsuzluğun kanıtlanması bakımından önemli görülen bilgileri içeren herhangi bir belge, fotoğraf ya da ses kaydının¹⁵⁷ incelenmesinin engellenmesi olanaksızdır. Zira böyle bir davranış, savunma hakkının özüne dokunur. Müdafinin, mahkemenin yararlanabileceği ve değerlendirmesinin gerekeceği bütün belgeleri inceleme yetkisi vardır.¹⁵⁸ Buna karşılık dosya inceleme hakkı, Cumhuriyet savcısının tuttuğu notları ve iç yazışmaları içermez. Mahkeme üyelerinin veya savcının duruşma sırasında tuttuğu notlar da dosya inceleme hakkının kapsamı dışındadır.¹⁵⁹

¹⁵⁶ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.204.

¹⁵⁷ Savcılık tarafından mahkemeye sunulan ve disket veya CD üzerinde elektronik olarak kaydedilmiş veriler de CMK m.153 anlamında dosyadır ve esas itibariyle kağıttan oluşan dökümanlarla bunlar arasında bir farklılık yoktur. Bkz. ÖZTÜRK, Bahri /TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ SIRMA GEZER, Özge/ SAYGILAR KIRIT, Yasemin/ ÖZAYDIN, Özdem/ ALAN AKCAN, Esra/ ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s.261.

¹⁵⁸ CENTEL, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafinin, s.113; TRECHSEL, Access to the File, s.345.

¹⁵⁹ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.259.

Birden fazla şüpheliye yönelik olarak yürütülen soruşturmalarda, müdafî dosyanın tamamını inceleyebilir. Dosyanın yalnızca şüpheliyle ilgili olan kısmının incelenmesi şeklinde bir sınırlama getirilemez. Birlikte yürütülen soruşturmada sonradan ayırma kararı verilmiş olsa dahi, müdafî dosyası ayrılan şüphelilere ilişkin dosyaları inceleyebilir. Eğer soruşturma en başından itibaren ayrı yürütülmüşse ve diğer dosyalarda müdafîin savunduğu şüpheliye ilişkin birtakım bilgi ve belgeler bulunuyorsa, müdafî bunları da inceleyebilmelidir.¹⁶⁰

C. İnceleme Yeri ve Süresi

Müdafî soruşturma dosyasını, eğer dosya kollukta bulunuyorsa kollukta,¹⁶¹ savcılıkta bulunuyorsa savcılık yazı işlerinde inceleyebilir.¹⁶² Yazı İşleri Hizmetleri Yönetmeliği'ne göre, “*soruşturma evrakı soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla Cumhuriyet savcısının belirleyeceği personel huzurunda kalemde veya ön büroda incelenir (m.137/7).*”

¹⁶⁰ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.260; TANER, Çelişme ve Silahların Eşitliği, s.215.

¹⁶¹ Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 22.maddesine göre, “*Müdafî, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir. Kollukta bulunan soruşturma dosyası için, yetkili Cumhuriyet savcısının yazılı emri gerekir.*” Kolluktaki evrakın, Cumhuriyet savcısının yazılı izniyle incelenebileceğine ilişkin hüküm şu gerekçeyle iptal edilmiştir: “*Davalı idarece, müdafînin kollukta bulunan soruşturma dosyasının tamamına yönelik inceleme ve örnek alma talebi ile 5271 sayılı kanunun m.153/3'te sayılan belgelere yönelik inceleme talebi arasındaki fark gözetilmek suretiyle bir düzenleme yapılması gerekirken, bu ayırım yapılmaksızın kolluktaki dosyalara yönelik tüm müdafî taleplerinin karşılanmasını Cumhuriyet savcısının yazılı emrine bağlayan düzenlemede hukuka uyarlık görülmemiştir.*” (Danıştay 10. Daire, 22.5.2008, E.5845/K.3450)

Centel ve Zafer'in yerinde olarak belirttiği üzere, kararın gerekçesi doğru değildir. 153.maddede sayılan belgeler ayırık tutulsa bile kollukta bulunan soruşturma dosyasının incelenmesinin Cumhuriyet savcısının yazılı emrine bağlanması kanunda gösterilmeyen bir sınırlandırmanın yönetmelik hükmüyle getirilmesi anlamına gelir.

¹⁶² Alman hukukunda, müdafî, talep ettiğinde, önemli sebepler olmadığı sürece, deliller dışındaki belgeleri işyerinde veya konutunda incelemek üzere alabilir (Alman CMK m.147/4).

“Müdafî, kovuşturma evresinde, dosya içeriği ile muhafaza altına alınmış delilleri fiziki ya da elektronik ortamda yazı işleri müdürü veya görevlendireceği bir zabut katibinin yanında inceleyebilir (Yazı İşleri Yön. m.165/1).”¹⁶³

Müdafîin dosyayı ne kadar bir süre boyunca inceleyebileceği olayın somut koşulları içinde değerlendirilmelidir. Müdafî dosyayı bir ya da daha fazla kez inceleyebilir; fakat dosyanın devamlı biçimde incelenmeye hazır halde tutulmasını isteyemez. Çünkü muhakemenin ilerlemesi, dosyanın incelenmesi nedeniyle geciktirilemez. Ancak muhakeme geciktirilmeden müdafîin inceleme yapabilmesi mümkün olmayacaksa, bu gecikmeye göz yumulmalıdır. Müdafî, dosyayı incelemeyi savunma yapamaz; fakat muhakeme kısa bir gecikmeyle de olsa her zaman yürüyebilir.¹⁶⁴

D. İnceleme Yetkisinin Sınırlandırılması

“Müdafîin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecekse, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hakiminin kararıyla kısıtlanabilir¹⁶⁵ (CMK m.153/2).”

¹⁶³ Yazı İşleri Yönetmeliği'nin 100.maddesi 1.fıkrası da aynı yöndedir: *“İlgili kanunlardaki kısıtlamalar saklı kalmak koşuluyla; sanık, mağdur, şikâyetçi, suçtan zarar gören, katılan ve davanın tarafları, avukat veya stajyerleri vekâletname olmaksızın, dava dosyasını yazı işleri müdürü ya da görevlendireceği bir zabut kâtibi nezaretinde inceleyebilirler.”* Söz konusu iki hükmün, savunma ve adil yargılanma hakkına ilişkin olan hususlarda Adalet Bakanlığı'nın düzenleme yetkisi olmadığından, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 13/04/2017 tarihli ve YD İtiraz No: 2017/291 sayılı kararıyla yürütmesi durdurulmuştur.

¹⁶⁴ Bkz. CENTEL, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, s.117; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.261.

¹⁶⁵ 21 Şubat 2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanunla 153.maddenin, müdafî ile vekilin soruşturma evresinde dosyayı inceleme yetkisini sınırlandıran 2., 3. ve 4. fıkraları yürürlükten kaldırılmıştır. Bu değişiklikle o tarihte müdafî ile vekilin dosyayı incelemesi bakımından öngörülen hiçbir kısıtlama kalmamıştı. Fakat bu değişiklikten 8 ay sonra 2 Aralık 2014 tarihli ve 6572 sayılı Kanunla söz konusu madde tekrar değiştirilmiş ve şu anki halini almıştır. Ancak hükmün ilk halinden farklı olarak kısıtlama kararı artık sadece Kanunda sayılan suçlar dolayısıyla yürütülen soruşturmalarda verilebilmektedir. 6526 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce herhangi bir suç dolayısıyla yürütülen bir soruşturmada dosya inceleme yetkisi kısıtlanabilmekteydi. Bu değişikliğe ilişkin eleştiriler için bkz. CENTEL/ZAFER, 6572 Sayılı Yasaya Göre Soruşturma Evresinde Avukatın Dosyayı İncelemesi, s.486-488; TANER, Fahri Gökçen, *“Ceza Muhakemesi Hukukunda ‘Yapboz’ Yılı 2014”*, Güncel Hukuk, S.133, Ocak 2015, s.14-17.

İddianamenin mahkemece kabul edildiği andan itibaren bu konuda herhangi bir sınırlama söz konusu değildir.¹⁶⁶ Zira kovuşturma evresinin ayırıcı özelliği aleni olmasıdır; bu evrede müdafinin dosyayı inceleme yetkisi mutlaktır.¹⁶⁷

“Müdafinin dosya içeriğini inceleme yetkisini kısıtlama kararı ancak aşağıda sayılan suçlara ilişkin yürütülen soruşturma kapsamında verilebilir:

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),

2. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102),

3. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),

4. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),

5. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220),

6. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (madde 302, 303, 304, 307, 308),

7. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316),

8. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 326, 327, 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337).

b) 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.

c) 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 160 ıncı maddesinde tanımlanan zimmet suçu.

¹⁶⁶ TOROSLU/FEYZİOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.145.

¹⁶⁷ TANER, Ceza Muhakemeleri Usulü, s.130.

d) 21/3/2007 tarihli ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan suçlar.”¹⁶⁸

Söz konusu katalogda yer alan suçlarla bu katalogda yer almayan suçların, gizliliğin ihlali bakımından birbirlerinden ne gibi bir farklılık arz ettikleri açıklanmaya muhtaçtır. CMK’da yer alan kataloğa bakıldığında, genellikle cezası ağır olan suçların katalogda yer aldığı görülmektedir. Tutuklamaya ilişkin katalogda kendisine cezası ağır bir suç isnat edilen kimsenin kaçacağı varsayımından hareket edilmesi kendi içerisinde anlamlıdır. Ancak soruşturma evresinde kendisine cezası ağır bir suç isnat edilen şüpheliden dosyanın gizlenmesinin hangi amaca hizmet ettiği anlaşılammaktadır.¹⁶⁹ Bu bağlamda, tutuklamadaki katalog suçlarla büyük ölçüde örtüşen sayılan suçlardan biri hakkında yürütülen bir soruşturmada şüpheliye tutuklama tedbirinin uygulanması ve aynı zamanda soruşturma dosyasını inceleme yetkisinin kısıtlanması kararının verilmesi oldukça muhtemel gözükmektedir. Fakat daha sonra belirtileceği üzere, AİHM, tutukluluk halinde soruşturma dosyasının incelenmesine özel bir önem atfetmektedir.

Soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmekle kastedilen, soruşturmanın amacının gerçekleştirilmesine engel olunması, olayın aydınlatılmasının zorlaştırılmasıdır. Örneğin, yalnızca savunma makamının daha önceden bilmediği takdirde sonuç verecek bir soruşturma işleminin gerçekleştirileceği dosyadan

¹⁶⁸ Avukatın soruşturma evresinde dosyaya bakması konusunda katalog suç sisteminin getirilmiş olmasının, her dosyada yasaklama kararı verilemeyeceği için şüpheli açısından güvence teşkil ettiği düşünülebilirse de, uygulamanın bunun aksine olacağı yönünde bkz. CENTEL/ZAFER, 6572 Sayılı Yasaya Göre Soruşturma Evresinde Avukatın Dosyayı İncelemesi, s.494. Buna göre, nasıl ki katalog suçlarda tutuklamanın zorunlu olduğu gibi yanlış bir algı ve uygulama söz konusu ise, dosyaya bakılmasının engellenmesi bakımından da aynı durum söz konusu olacaktır.

¹⁶⁹ TANER, Çelişme ve Silahların Eşitliği, s.231.

anlaşılacaksa, dosyanın incelenmesi soruşturmanın amacını tehlikeye düşürecek demektir. Burada soyut, belirsiz, gerçekleşmesi pek zayıf görünen bir zarar olasılığı değil, somut bir tehlike aranmalıdır.¹⁷⁰ Bu yüzden sulh ceza hakiminin verdiği dosyanın kısıtlanması kararı sözde değil, gerçek bir gerekçeyi içermelidir. Dosya içeriğinin incelenmesi ya da belgelerden örnek alınmasının soruşturma açısından ne gibi tehlikeler yarattığı anlatılmalı, somut delillere dayandırılmalıdır. Sadece “dosya içeriğinin incelenmesinin veya belgelerden örnek alınmasının soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebileceğine” atfen verilen ve herhangi bir somut delile dayandırılmayan bir kısıtlama kararı gerçek anlamda bir gerekçe içermemektedir.¹⁷¹

Kısıtlama kararının gerekçesi soruşturmanın amacının tehlikeye düşürülmesi olabileceğinden, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmeyecek belgelerin dışarda tutulması kaydıyla kısıtlama kararı talep edilebilir ve sulh ceza hakimi tarafından kısmi kısıtlama kararı verilebilir.¹⁷² Keza Cumhuriyet savcısının, müdafinin incelemesinin engellenemeyeceği belgeler haricindeki belgelerin tamamını kapsayan bir kısıtlama talebinde bulunmuş olmasına karşın, kısıtlama kararının bu belgelerin tamamını içermesi gerekmemektedir. “Çoğun içinde az da vardır” veya latince ifadesiyle “*In toto et pars continetur*” kuralı gereğince, soruşturma dosyasında bulunan ve müdafinin incelemesinin engellenemeyeceği belgeler haricindeki belgelerin tamamının incelenmesini ve örneğinin alınmasını kısıtlama yetkisine sahip olan sulh ceza hakimi, söz konusu belgelerin bir bölümünün incelenmesini ya da örneğinin alınmasını kısıtlama yetkisine *a fortiori* sahiptir.¹⁷³ CMK m.153/2’yle ulaşılmak istenen amaç

¹⁷⁰ Bkz. CENTEL, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, s.120.

¹⁷¹ OKUYUCU ERGÜN, Soruşturmanın Gizliliği, s.252.

¹⁷² CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.209.

¹⁷³ OKUYUCU ERGÜN, Soruşturmanın Gizliliği, s.253.

(*ratio legis*), şüphelinin dosyada bulunan belgelere zarar vermek yoluyla delilleri karatmasını veya müdafinin zamansız biçimde incelediği dosyadan öğrendiği bilgilerle delil elde edilmesini zorlaştırmasını, kısaca soruşturmanın amacının tehlikeye düşürülmesini önlemektir. Bu nedenle, şüphelinin lehindeki veya karartmasının mümkün olmadığı delillerle ilgili belgeler hakkında kısıtlama kararı verilmemesi gerekir.¹⁷⁴

Cumhuriyet savcısı yalnızca bazı belgeler hakkında kısıtlama isteminde bulunmasına karşın, sulh ceza hakimi bu belgelerin dışında, hakkında kısıtlama talebinde bulunulmayan belgeleri de kapsayacak bir kısıtlama kararı verme yetkisine sahip değildir. Soruşturma evresinde belirli şüpheliler için kendisinden tutuklama talebinde bulunulan sulh ceza hakimi, sadece bu şüpheliler hakkında tutuklama kararı verip, hakkında tutuklama isteminde bulunulmayan diğer şüpheliler için de tutuklama kararı veremediği gibi; benzer şekilde hakkında kısıtlama talep edilmeyen belgeleri de içerecek bir kısıtlama kararı verme yetkisine sahip değildir. Soruşturma evresini yürütmekle görevli makamın Cumhuriyet savcısı olduğu ve soruşturma evresinde sulh ceza hakiminin sadece talep üzerine ve söz konusu talep hakkında karar verebileceği unutulmamalıdır.¹⁷⁵

Silahların eşitliği ilkesi, kısıtlama kararının, hem müdafiyi hem de suçtan zarar gören vekilini kapsamamasını gerektirmektedir. Bu nedenle, yalnızca müdafinin dosya inceleme yetkisini kısıtlayan bir karar verilip, bu kısıtlama kararının mağdur ve suçtan zarar gören vekilini kapsamadığı yönünde bir karar verilemez.¹⁷⁶

¹⁷⁴ OKUYUCU ERGÜN, Soruşturmanın Gizliliği, s.253.

¹⁷⁵ OKUYUCU ERGÜN, Soruşturmanın Gizliliği, s.254.

¹⁷⁶ OKUYUCU ERGÜN, Soruşturmanın Gizliliği, s.257.

Müdafinin dosya inceleme yetkisinin kısıtlanması artık anlamsız hale geldiğinde, Cumhuriyet savcısı sulh ceza hakiminin verdiği kısıtlama kararını re'sen kaldırabilir. Soruşturma evresinin yürütülmesinde esas görevli ve yetkili makam iddia makamıdır. Soruşturma işlemleri, doğrudan Cumhuriyet savcısınca yapılabileceği gibi, adli kolluğa da yaptırılabilir. Muhakemenin bu evresinde sulh ceza hakiminden karar alınması ya da soruşturmanın sulh ceza hakimince yürütülmesi istisnadır. Soruşturma evresinde tutuklama veya adli kontrol kararı, Cumhuriyet savcısının talebi üzerine sulh ceza hakimince verilebilmesine rağmen, 103.maddenin 2.fikrasında Cumhuriyet savcısına, “adli kontrol veya tutuklamanın artık gereksiz olduğu kanısına varacak olursa” şüpheliyi kendiliğinden serbest bırakma yetkisi verilmiştir. Bu itibarla, “kısıtlamanın artık gereksiz olduğu” kanaatine varan ve soruşturma evresinin yürütülmesinde esas yetkili olan Cumhuriyet savcısı, CMK m.103/2'ye kıyasen, dosyadaki kısıtlılık kararını da re'sen kaldırabilir. Aksini kabul etmek hukuk mantığına ters düşer.¹⁷⁷ Ayrıca Cumhuriyet savcısı kısıtlama kararını bütünüyle değil, kısmen kaldırabilir; başka bir deyişle kısıtlama kararındaki bazı belgelerin incelenmesine ya da örneğinin alınmasına izin verebilir.¹⁷⁸

Kısıtlama kararının ancak katalogta sayılan suçlardan birine ilişkin olarak yürütülen bir soruşturmada verilebileceği yukarıda belirtilmişti. Burada dikkat edilmesi gereken nokta ise soruşturma evresinin başında o ana kadar elde edilen delillere göre yapılan suçun hukuki niteliği hakkındaki değerlendirmenin ileride değişmesinin mümkün olduğudur. Savcılığın hukuki nitelendirmesi değişip katalogta

¹⁷⁷ OKUYUCU ERGÜN, Soruşturmanın Gizliliği, s.255-256; CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.209.

¹⁷⁸ OKUYUCU ERGÜN, Soruşturmanın Gizliliği, s.256.

sayılmayan bir suça dönüştüğünde, savcılığın daha önce alınan karara dayanmaması ve kısıtlama kararını kaldırması gerekir.¹⁷⁹

Söz konusu karar bir hakimlik makamı kararı olduğundan bu karara itiraz edilebilir. İtiraz kanun yolunda da soruşturmanın amacına ulaşmasına engel olabilecek somut bir tehlikenin var olup olmadığının denetimi yapılmalıdır.¹⁸⁰

Dosya inceleme yetkisinin kısıtlanması, en geç iddianamenin kabulüyle birlikte kendiliğinden sona erer.

Soruşturma evresinde dosya inceleme yetkisinin kısıtlanması ancak sulh ceza hakimi tarafından yapılabilen bir işlemdir. Usulüne uygun olarak verilmiş bir kısıtlama kararı olmamasına rağmen savcılık tarafından dosyanın müdafie gösterilmemesi veya bir kısıtlama kararı bulunsa bile müdafinin incelemesinin engellenemeyeceği belgelerin müdafie gösterilmemesi halinde görevi kötüye kullanma suçu oluşur.¹⁸¹ Sulh ceza hakiminin verdiği bir karar olmaksızın dosyanın müdafie gösterilmemesi halinde, uygulamada sulh ceza hakimliğine itirazda bulunmaktadır. Ancak kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı kovuşturma davası açılması gibi özel olarak öngörölmüş bir yasal çare yoksa, kural olarak Cumhuriyet savcısının verdiği kararlara karşı itiraz edilememektedir. Aslında Cumhuriyet savcısının vereceği bu ve benzeri kararlara karşı yasal bir yolun Kanun'da açıkça düzenlenmesi yerinde olur.¹⁸² Hukuk mantığı içinde bakıldığında ise kısıtlama kararını vermeye yetkili olan sulh ceza hakiminin, söz konusu kararın var olmadığı bir durumda da ihlali tespit etmeye yetkili olduğu

¹⁷⁹ TANER, Çelişme ve Silahların Eşitliği, s.233.

¹⁸⁰ TANER, Çelişme ve Silahların Eşitliği, s.234.

¹⁸¹ ÖNTAN, Yaprak, "Soruşturma Evresinde Avukatın Dosya İnceleme Yetkisi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 90. Kuruluş Yıldönümü Armağanı, AÜHF Yayınları, Ankara 2017, s.585; TANER, Çelişme ve Silahların Eşitliği, s.235.

¹⁸² ÖNTAN, Soruşturma Evresinde Avukatın Dosya İnceleme Yetkisi, s.585.

söylenbilir. Savcılık ortada bir kısıtlama kararı olmamasına rağmen dosyayı göstermiyorsa veya hakkında kısıtlama verilemeyecek bir belgenin gizlenmesi söz konusuysa, ilgili süjeler sulh ceza hakimine başvuru yaparak hukuka aykırı durumun ortadan kaldırılmasını sağlayacak bir yargısal emir verilmesini isteyebilmelidirler.¹⁸³

Soruşturmanın amacının tehlikeye düşmesi dışındaki bir nedenle, müdafinin dosya içeriğini incelemesine mani olunmamalıdır. Dosyadan öğrendiği bilgileri savunma amacına aykırı biçimde kullanan müdafinin hakkında Baro'ya başvurularak disiplin hukuku işletilebilir veya fiili suç teşkil ediyorsa adli mercilere bu durum bildirilebilir. Bunun haricinde, mesleğini yerine getirme hakkı bulunduğu müddetçe, savunma amacına aykırı kullanma ihtimali göz önüne alınarak müdafinin, dosya inceleme yetkisinden mahrum bırakılamaz.¹⁸⁴

E. Müdafinin İncelemesi Engellenemeyen Belgeler

Soruşturma evresinde, soruşturmanın amacının tehlikeye düşeceğinden bahisle müdafinin dosyayı inceleme yetkisi sulh ceza hakiminin kararıyla kısıtlanmış olsa bile, savunma için çok önemli olan bazı belgelerin incelenmesi hiçbir suretle engellenemez: “1)Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanaklar, 2)bilirkişi raporları, 3)yakalanan kişinin veya şüphelinin hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar (CMK m.153/3).”

“Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanaklar”, kolluk ve savcılıkta alınan ifadeyle ilgili tutanaklardır. Hakim karşısındaki sorguya ilişkin tutanaklar da bu kapsamda düşünülmelidir.¹⁸⁵ İfade ve sorgu, her ikisi de şüphelinin

¹⁸³ TANER, Çelişme ve Silahların Eşitliği, s.235.

¹⁸⁴ Bkz. CENTEL, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafinin, s.120.

¹⁸⁵ Mülga CMUK m.143'te “maznun sorgusunu havi zabıtname” ifadesi kullanılmaktaydı. O dönemde de bu ifade müdafinin sadece yargıç karşısındaki sorgu tutanaklarını inceleyebileceği şekilde

resmi bir makam önünde verdiği beyan olmaları itibarıyla, aynı niteliğe sahip işlemlerdir. Buna karşın, bağlantı nedeniyle aynı soruşturma dosyasında bulunan diğer şüphelilere ilişkin ifade ve sorgu tutanakları buna dahil değildir. Çünkü her bir şüpheli diğer şüpheli bakımından tanık konumundadır ve tanık dinleme tutanakları gizlilik kararı verilen hallerde müdafinin inceleyebileceği belgelerden değildir.¹⁸⁶

Bilirkişi raporları, bilirkişinin, kendisinden aydınlatılması beklenen konuya ilişkin saptama ve değerlendirmeler yaparak ulaştığı sonucu ve kendisine yöneltilen soruların cevapları hakkında edindiği kanaati ortaya koyan raporlardır.¹⁸⁷ Bilirkişinin görevi yalnızca kendisine sorulan sorulara cevap vererek değerlendirme yapmaktır ve bu değerlendirmenin öğrenilmesi soruşturmanın amacını tehlikeye sokacak bir nitelik taşımaz.¹⁸⁸

“Yakalanan kişi veya şüphelinin hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar” ise soruşturma evresinde şüphelinin katılmaya yetkili olduğu, erken dinleme niteliğini taşıyan tanık ve bilirkişi dinlenmesi, keşif ve yer gösterme gibi işlemlere ait tutanaklardır.¹⁸⁹ Şüphelinin sayılan işlemlere katılma yetkisini kullanıp kullanmaması, söz konusu tutanakların incelenmesi engellenemeyen belge olma niteliğini değiştirmemektedir.¹⁹⁰

yorumlanmamaktaydı. Sorgu tutanakları, kolluk ve savcılıktaki ifadeye veya yargıç karşısındaki sorguya ilişkin tutanaklardır. Bkz. CENTEL, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, s.121.

¹⁸⁶ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.210.

¹⁸⁷ ÖNTAN, Yaprak, Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s.148.

¹⁸⁸ TANER, Çelişme ve Silahların Eşitliği, s.230.

¹⁸⁹ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.210.

¹⁹⁰ Bkz. CENTEL, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, s.122.

F. Vekaletname İbraz Sorunu

Soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilmek için müdafinin vekaletname ibraz etmesi gerekmez.¹⁹¹ Avukatlık Kanununun¹⁹² ve Yazı İşleri Hizmetleri Yönetmeliği'nin¹⁹³ ilgili hükümlerinden bu sonuca varılmaktadır. Avukatlık Kanununun 46.maddesinin 2.fıkrasına göre, “*Avukat veya stajyer, vekâletname olmaksızın dava ve takip dosyalarını inceleyebilir. Bu inceleme isteğinin ilgililerce yerine getirilmesi zorunludur. Vekâletname ibraz etmeyen avukata dosyadaki kağıt veya belgelerin örneği veya fotokopisi verilmez.*”

Uygulamada ise soruşturma evresinde avukatın müdafî veya vekil sıfatıyla dosyayı inceleyebilmesi için müdafî veya vekil olduğunu gösteren bir görevlendirme yazısı veya vekaletname ibraz etmesi aranmaktadır. Vekaletname ibraz etmeyen avukatların, müdafî veya vekil olarak soruşturma dosyasını incelemelerine müsaade

¹⁹¹ TOROSLU/FEYZİOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.145; CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.206; YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.199; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.257; ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAĞSIZ, Pınar/TEPE, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, 11.Bası, Ankara 2018, s.229; ÖNTAN, Soruşturma Evresinde Avukatın Dosya İnceleme Yetkisi, s.573; SOYASLAN, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayınları, 7.Baskı, Ankara 2018, s.203; ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 14.Baskı, Ankara 2018, s.223; ALŞAHİN, Mehmet Emin, “*Müdafîin Dosya İnceleme Yetkisi*”, Legal Hukuk Dergisi, Y.2006, S.40, s.1058.

¹⁹² Ayrıca Avukatlık Kanunu m.2/2'ye 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 zorundadır. Kanunlarındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu kurumlar avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunmakla yükümlüdür. Bu belgelerden örnek alınması vekaletname ibrazına bağlıdır...*” Görüldüğü üzere, bilgi ve belgelerin incelenmesi değil sadece bu belgelerden örnek alınması vekaletname ibrazına bağlanmıştır.

¹⁹³ Yazı İşleri Hizmetleri Yönetmeliği'nin “Soruşturma evrakının incelenmesi ve örnek alınması” başlığını taşıyan 137.maddesinin 2.fıkrası şu şekildedir: “*Şüpheli ve müdafî soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini fizikî ya da elektronik ortamda harçsız olarak alabilir.*”

Yazı İşleri Yönetmeliği yürürlüğe girmeden önce aynı konuyu düzenleyen Kalem Yönetmeliği'nin 45.maddesinde, “müdafîin soruşturma evresinde soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla görevlendirme yazısı veya vekaletname ibraz ederek soruşturma evrakının içeriğini inceleyebileceğinden” söz edilmekteydi. Önce yapılan değişiklikle bu hükümden vekaletname gösterme koşulu çıkarılmış; yönetmelik yürürlükten kaldırıldıktan sonra çıkarılan Yazı İşleri Yönetmeliği'nde de vekaletname ibrazına ilişkin bir kurala yer verilmemiştir.

edilmemektedir. Uygulamada yaşanan bu problemin, Kalem Yönetmeliği'nin 45.maddesinin ilk halinden kaynaklandığı söylenmiştir. Fakat Kalem Yönetmeliği'ni yürürlükten kaldıran ve aynı konuyu düzenleyen Yazı İşleri Yönetmeliği'nin 137. maddesinin Kanuna uygun hale getirilmesi de dosya incelemeye ilgili uygulamada yaşanan problemleri ortadan kaldıramamıştır.¹⁹⁴ Yargıtay, söz konusu değişiklikten sonraki tarihli bir kararında, “*genel olarak soruşturma evresinin gizli olduğu, şüpheli müdafii ya da katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişi vekili olan avukatın soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla soruşturma evrakını inceleyebileceği, ancak bunun için de avukatın müdafii veya vekil olduğuna dair görevlendirme yazısı veya vekaletname ibraz etmesi gerektiği, vekaletname ya da görevlendirme yazısı olmadan sadece mahkemelerdeki dava dosyaları ile icra dairelerindeki takip dosyalarının incelenebileceği, soruşturma dosyalarının ise incelenemeyeceği*” görüşünü benimsemiştir.¹⁹⁵

Müdafii sıfatıyla vekaletname veya görevlendirme yazısı ibraz etmeden ifadeye katılan avukatın dosyayı inceleyebilmek için vekaletname veya görevlendirme yazısı ibraz etmek zorunda bırakılmasını müdafiliğin hukuki statüsüyle bağdaştırmak mümkün değildir.¹⁹⁶ Hukuk Muhakemeleri Kanununda bütün kurumlar davacı ve davalı üzerinden açıklanmaktadır. Kanunun bir bölümü davaya vekalet yani vekaletin

¹⁹⁴ PEHLİVAN, Ali, “*Soruşturma Evresinde Müdafii ve Vekilin Evrak İnceleme Yetkisi*”, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan içinde, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, C.19, Y.2013, S.2, s.1509-1515; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.257.

¹⁹⁵ Yargıtay 15. CD, 25.10.2011, E.2011/10088, K.2011/5760; Yargıtay 15. CD, 25.02.2013, E.2013/2162, K. 2013/3283.

¹⁹⁶ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.206. Aynı yönde bkz. YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.200. Müdafii şüpheli ile vekaletname aramadan görüştüren Kanun, görüşmeden önce dosyayı inceleyecek olan avuktan vekaletname istenmesi, müdafiden beklenen hukuki yardımı engeller niteliktedir. Bkz. TANER, Çelişme ve Silahların Eşitliği, s.221. Gözaltında veya geçici olarak kendisine ulaşılamayan şüpheliye, vekaletname çıkartma yükü yüklemek CMK ve Avukatlık Kanununda yer alan düzenlemelerin amacına hizmet etmez.

verilmesi ve vekaletnamenin ibrazı konularına ayrılmıştır. Buna karşın ceza muhakemesinde müdafinin hak ve yetkileri Kanunda, şüpheliden ayrı olarak sayma yoluyla belirlenmiştir. Müdafî, muhakemeye katılma şekli önemli olmaksızın, şüpheliden bağımsız ancak onun menfaatine hareket etmesi gereken bir muhakeme süjesidir. Müdafî, şüphelinin temsilcisi değil, onun hukuki savunmasını destekleyen ya da ona savunmasını hazırlamasında yardım eden bağımsız bir süjedir. Bu yüzden, hukuk muhakemesinin aksine¹⁹⁷, ceza muhakemesinde, örnek alma yetkisinde olduğu gibi, belirtilen sınırlı durumlar dışında¹⁹⁸, şüpheliyle müdafî arasında vekalet ilişkisinin kurulması ve bunun ispatı gerekliliği öngörülmemiştir. Çünkü ceza muhakemesinde savunma makamını teşkil eden süjeler arasındaki ilişki temsil kavramıyla açıklanamamaktadır. Avukatın yardımcı sıfatıyla seçildiğine işaret eden bir ispat aracının gösterilmesi, onun muhakeme işlemlerini yapabilmesi bakımından yeterli olmalıdır. Söz konusu ilişkinin Hukuk Muhakemeleri Kanununda öngörüldüğü gibi bir vekalet sözleşmesiyle kurulmuş ve ispat edilmiş olması gerekmez.¹⁹⁹ Avukatlık Kanunu hükümleri gereğince, hukuk muhakemesinde de dosyanın vekaletname ibraz edilmeden incelenebileceği açıktır. Burada hukuk muhakemesindeki vekilin konumuyla, ceza muhakemesindeki müdafinin konumunun farklılığı belirtilmeye çalışılmıştır.

Özellikle henüz müdafî veya vekil ilişkisinin kurulmadığı ve avukatın dosyanın incelenmesi sonucunda davayı üstlenmeyi düşündüğü hallerde, avukatın kendisine

¹⁹⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanununun 77.maddesine göre, “*Vekaletnamesinin aslını veya onaylı örneğini vermeyen avukat, dava açamaz ve yargılamayla ilgili hiçbir işlem yapamaz.*”

¹⁹⁸ Kanunun müdafiden vekaletname istediği haller çok sınırlı tutulmuş olduğu için, yasada gösterilen bu haller dışında herhangi bir işlem için müdafiden vekaletname istenmemesi gerekir. Bkz. YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.199.

¹⁹⁹ ZAFER, Hamide, “*Savunma Hakkı ve Sınırları*”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan içinde, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, C.19, Y.2013, S.2, s.512-514.

tanınan red hakkını kullanabilmesi²⁰⁰ ve işin reddi zorunluluğu bulunan durumları²⁰¹ tespit edebilmesi yalnız dosyanın incelenmesiyle mümkün olabilir. Dolayısıyla avukatın, soruşturma dosyasını vekaletname olmaksızın inceleyebilmesi gerekir. Aksi halde, avukat henüz üstlenip üstlenmeyeceğini bilmediği bir mevzuyla ilgili vekaletname ibraz etmekle mükellef kılınmış olur.²⁰²

Soruşturma dosyasını inceleyebilmek için müdafinin vekaletname ibraz etmesinin gerekmediği hususunda bir tartışma bulunmamaktadır. Fakat vekaletname ibraz etmesi gerekmeyen müdafinin soruşturma dosyasını inceleyebilmek için başka herhangi bir belge ibraz etmesinin gerekip gerekmediği hususunda farklı görüşler öne sürülmüştür. Bir görüşe göre, müdafî veya vekil sıfatından şüphe duyulan avukat, şüpheli ya da mağdur tarafından kendisinin müdafî veya vekil olarak seçildiğini ispatlamak mecburiyetinde bırakılmamalıdır. Müdafî veya vekil sıfatı olduğunu, bu kapsamda soruşturma dosyasını incelemek istediğini beyan eden avukatın, söz konusu beyanına güvenilmeli ve soruşturma dosyası 153.madde gereğince incelenmelidir. Kısacası talepte bulunan kişinin avukat olduğunu belgelemesi yeterlidir. Bu nedenle, 143.maddenin 3.fıkrası ve Avukatlık Kanununun 46.maddesinin 2.fıkrasında “müdafî” yerine “avukat” kavramı kullanılmıştır. Bu tercih, avukatın müdafî olduğuna ilişkin

²⁰⁰ Avukatlık Kanunu m.37/1'e göre, “Avukat, kendisine teklif olunan işi sebep göstermeden reddedebilir.”

²⁰¹ Avukatlık Kanunu m.38'de, avukatın işi reddetme zorunluluğu bulunan haller sayılmıştır:

“a) Kendisine yapılan teklifi yolsuz veya haksız görür yahut sonradan yolsuz veya haksız olduğu kanısına varırsa

b) Aynı işte menfaati zıt bir tarafa avukatlık etmiş veya mütalaa vermiş olursa

c) Evvelce hâkim, hakem, Cumhuriyet savcısı, bilirkişi veya memur olarak o işte görev yapmış olursa

d) Kendisinin düzenlediği bir senet veya sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri sürmek durumu ortaya çıkmışsa

f) Görmesi istenilen iş, Türkiye Barolar Birliği tarafından tespit edilen mesleki dayanışma ve düzen gereklerine uygun değilse”

²⁰² PEHLİVAN, Soruşturma Evresinde Müdafî ve Vekilin Evrak İnceleme Yetkisi, s.1533. Benzer yönde bkz. ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.257; ÖNTAN, Soruşturma Evresinde Avukatın Dosya İnceleme Yetkisi, s.574; ALŞAHİN, Müdafîin Dosya İnceleme Yetkisi, s.1058; TANER, Çelişme ve Silahların Eşitliği, s.218.

beyanının Kanun koyucu tarafından yeterli bulunduğunu göstermektedir.²⁰³ Diğer görüşe göre, avukat ile şüphelinin irtibat halinde olduğunu gösteren bir yazının Cumhuriyet savcılığına ibraz edilmesi yerinde olacaktır.²⁰⁴ Bir diğer görüşe göre ise, ceza muhakemesinde ancak müdafî statüsüne girmiş olan avukatın soruşturma dosyasını inceleme hakkı bulunmaktadır. Bu nedenle, dosyayı incelemek isteyen avukatın şüpheli tarafından seçilen ya da Baro tarafından görevlendirilen müdafî olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Fakat bunun tespiti için CMK’da özel bir şekil şartı öngörülmemiştir, müdafîin şerh düşmesi yeterlidir.²⁰⁵

Vekaletname ibraz etmeyen dosyayla ilgisiz üçüncü kişilerin dosyayı incelemek suretiyle soruşturmanın gizliliğine, lekelenmeme hakkına ve kişisel bilgilerin gizliliğine zarar vereceğinden korkulması doğaldır. Bu korkunun bertaraf edilmesi için Yazı İşleri Hizmetleri Yönetmeliği m.137/6’da dosya inceleme tutanağına ilişkin bir düzenleme getirilmiştir.²⁰⁶ Dolayısıyla müdafîin dosyayla ilişkisini yazılı bir şekilde ispatlayamadığı hallerde dahi, dosyayı incelemesine izin verilmesi gerekir. Burada incelemenin engellenmesinin doğurabileceği zarar tehlikesi, ilgisiz bir avukatın dosyayı incelemesinin engellenmesine yönelik menfaate ağır basmaktadır.²⁰⁷ Avukatın görevinin gereklerine aykırı hareket ettiği, örneğin; sırf kişisel husumet nedeniyle bir kişi hakkında yürütülen soruşturma kapsamında tutulan

²⁰³ PEHLİVAN, Soruşturma Evresinde Müdafî ve Vekilin Evrak İnceleme Yetkisi, s.1518.

²⁰⁴ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.206. Centel ve Zafer, başka bir makalelerinde ise, şüpheliye sorma olanağı bulunan hallerde, örneğin şüpheli gözaltında ise dosyayı incelemek isteyen avukatı müdafî olarak kabul edip etmediğinin sorulmasını, aksi takdirde avukatın beyanına güvenilerek soruşturma evrakının kendisine gösterilmesi gerektiği düşüncesini benimsemişlerdir. Bkz. CENTEL/ZAFER, 6572 Sayılı Yasaya Göre Soruşturma Evresinde Avukatın Dosyayı İncelemesi, s.490.

²⁰⁵ YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.200-212.

²⁰⁶ ÖNTAN, Soruşturma Evresinde Avukatın Dosya İnceleme Yetkisi, s.576. Yazı İşleri Yönetmeliği m.137/6: “İncelemenin yapıldığına veya belge örneği alındığına dair düzenlenen dosya inceleme ya da belge örneği alma tutanağı, dosyayı inceleyen veya belge örneği alan ile nezaret eden görevli tarafından imzalandıktan sonra taranarak UYAP’a aktarılır.”

²⁰⁷ TANER, Çelişme ve Silahların Eşitliği, s.218.

dosyayı incelediği iddia edilecek olursa, dosya inceleme tutanağının olup olmadığı kontrol edilebilir.²⁰⁸

Kovuşturma evresinde dosyayı inceleyebilmek için müdafinin vekaletname göstermesi gerekmez.²⁰⁹

G. İnceleme Sonucunda Öğrenilen Bilgilerin Kullanılması

Müdafinin incelediği dosyanın içeriğini yalnızca savunma görevinin amacıyla sınırlı olarak kullanabilir.²¹⁰

Doktrinde bir görüş, müdafinin dosyadan öğrendiği bilgilerden üçüncü kişilere, örneğin basın mensuplarına bahsetmemesi gerektiğini; fakat yapacağı savunma açısından bu durum bir zorunluluk arz ediyorsa, şüphelinin lehine delil bulmak gibi, bunun dışına çıkılabileceğini savunmaktadır.²¹¹ Aksi görüşe göre ise müdafinin de soruşturma işlemlerine katılan diğer kimseler gibi soruşturmanın gizliliğine uymakla yükümlüdür; bu nedenle dosya incelemesinden öğrendiği bilgileri hiçbir şekilde basına açıklayamaz.²¹² Esasen müdafinin, kendi müvekkiliyle ilgili olarak yapılmış soruşturma işlemlerini açıklama hakkına sahip olmalıdır. Müdafinin, sadece soruşturma dosyasını incelemesi esnasında öğrendiği diğer şüphelilerle ilgili soruşturma işlemlerini açıklayamaz.²¹³ Eğer şüpheli veya müdafinin, bir soruşturma işleminden kendilerine

²⁰⁸ ÖNTAN, Soruşturma Evresinde Avukatın Dosya İnceleme Yetkisi, s.576; TANER, Çelişme ve Silahların Eşitliği, s.219.

²⁰⁹ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.207.

²¹⁰ Bkz. CENTEL, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafinin, s.115; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Millete ve Devlete Karşı Suçlar, s.223.

²¹¹ Bkz. CENTEL, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafinin, s.115.

²¹² ÜNVER/HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.49.

²¹³ OKUYUCU ERGÜN, Soruşturmanın Gizliliği, s.247.

tanınan bir hakka dayanarak haberdar oluyorsa artık gizliliğin temeli kalmamaktadır.²¹⁴

Müdafii, soruşturmaya ilişkin dosyadan öğrendiği ve savunma için zorunlu olan herhangi bir bilgiyi, örneğin müşterek fail ve tanıkların şüphelinin leh ve aleyhine ifadelerini ya da kolluğun araştırmalarını, savunma görev ve amacının sınırları içinde kalacak şekilde şüpheliye aktarabileceğini²¹⁵ kabul etmek gerekir. Çünkü soruşturma dosyasının incelenmesi başlı başına bir amaç değil, şüphelinin kendini savunabilmesini sağlayan bir araçtır.²¹⁶

İncelediği dosyadan yakında şüpheli aleyhine bir önlem alınabileceğini anlayan müdafii, nasıl davranması gerektiği hususunda, doktrinde farklı düşünceler savunulmaktadır. Bir görüşe göre, müdafii söz konusu durumu şüpheliye bildirmemelidir.²¹⁷ Diğer bir görüşe göre ise, müdafii şüpheliye bu hususta bilgi vermemesini uygulamada sağlamak olanaksızdır. Bunun yerine, müdafii dosyayı inceleme zamanına ilişkin bir plan yapılmalı, bu durumu öğrenmesi engellenmeli ve böylece tedbirle ulaşılmak istenen sonuç sağlanmalıdır.²¹⁸ Gerçekten de, şüpheli

²¹⁴ ERMAN, Sahir/ÖZEK, Çetin, Açıklamalı Basın Kanunu ve İlgili Mevzuat, Alfa Yayınları, İstanbul 2000, s.249. Bu bakımdan, örneğin İtalyan Ceza Muhakemesi Kanununun kullandığı formül çok daha yerindedir. İlgili kanununun 329.maddesine göre, “Savcılık veya adli kolluk tarafından yapılan soruşturma işlemleri, şüpheli bunları öğreninceye ve herhalde soruşturma sonuçlanıncaya kadar gizlidir.”

²¹⁵ Dosyadaki belgelerin örnekleri alınmışsa, müdafii bu örnekleri şüpheliye de verebileceği yönünde: Bkz. CENTEL, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii, s.126. Ayrıca bkz. ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.262; ÜNVER/HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.220. Fransız hukukunda şüphelinin dosyadan doğrudan bilgi edinmesi yargısal denetime tabidir. Müdafii, şüpheliye aktarmak istediği belgeler için öncelikle soruşturma hakiminin onayını almak zorundadır. Bkz. FIORI, Disclosure of Information in Criminal Proceedings, s.112.

²¹⁶ Bkz. CENTEL, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii, s.115.

²¹⁷ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.262.

²¹⁸ CENTEL, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii, s.115. Müdafii ve şüpheli arasındaki ilişkinin güvene dayalı olduğu ve müdafii şüpheliden bilgi saklamaya zorlanmasının bu güveni tahrir edeceği yönündeki benzer görüş için bkz. TRECHSEL, Human Rights in Criminal Proceedings, s.233.

aleyhine bir önlem alınabileceğini dosyayı incelediği sırada anlayan müdafinin, bunu şüpheliden gizleyeceğini düşünmek gerçeklikle bağdaşmamaktadır.

H. Örnek Alma Yetkisi

Müdafinin incelediği her belgenin içeriğini aklında tutmasının veya not almasının imkansız olduğu açıktır. Oysa müdafinin bunları bilmesi, şüpheliyi savunabilmesi için zorunludur. Dolayısıyla müdafinin, inceleme yetkisine sahip olduğu her belgenin örneğini de alabilir.²¹⁹ Zira savunmanın gereği gibi hazırlanabilmesi için dosya içeriğinin uygun bir ortamda ve zaman ayrılarak incelenmesi gerekir.²²⁰ Müdafinin örnek alma yetkisi, 153.maddenin 1.fıkrasında dosya inceleme yetkisiyle birlikte tanınmıştır: “Müdafinin, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir.” Müdafinin dosya inceleme yetkisinin kısıtlanması gibi, örnek alma yetkisinin de kısıtlanması aynı koşullara bağlanmıştır. Diğer bir deyişle, müdafinin dosyadaki belgelerden örnek alma yetkisinin kısıtlanmasına karar verilebilmesi için dosya içeriğindeki belgelerden örnek alınması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürecek olmalıdır. Kısıtlamaya, Cumhuriyet savcısının talebi üzerine, sulh ceza hakimi karar verir. Keza müdafinin dosyada yer alan belgelerden örnek alma yetkisi, yalnızca 2.fıkrafta sayılan suçlarla ilgili olarak yürütülen bir soruşturma kapsamında kısıtlanabilir.

Müdafinin soruşturma dosyasındaki belgelerden örnek alma yetkisi hakim kararıyla kısıtlanmış olsa bile, “yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren

²¹⁹ CENTEL, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafinin, s.124. Mülga CMUK döneminde, dava evrakından suret alma, m.143/4'e göre, ancak soruşturma evrakı mahkemeye verildikten sonra mümkündür. Yani hazırlık ve ilksoruşturma aşamalarında dava evrakının incelenmesi izni verilebile, bunların suretinin alınması mümkün değildir. O dönemde bu hüküm eleştirilmekte ve en azından görülmeleri yasaklanamayan belgelerin suretlerinin alınmasına izin verilmesi gerektiği söylenmekteydi. Bkz. CENTEL, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafinin, s.125.

²²⁰ TANER, Çalışma ve Silahların Eşitliği, s.216.

tutanaklar ile bilirkişi raporları ve yakalanan kişinin veya şüphelinin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklardan” örnek alınmasının engellenmesi mümkün değildir.

Müdafinin dosyayı inceleme ve örnek alma yetkisini düzenleyen 153.maddede, örnek alınması sırasında müdafinin vekaletname veya görevlendirme yazısı göstermesi gerektiğine dair bir açıklamaya yer verilmemiştir. Yazı İşleri Yönetmeliği m.137/2 hükmü de aynı yöndedir.²²¹ Fakat Avukatlık Kanununun 2. ve 46.maddelerinde evre ayırımına işaret edilmeden örnek alınması vekaletname ibrazına bağlanmıştır.

Uygulamada da vekaletname veya görevlendirme yazısı ibraz edilmesi halinde dosyadan örnek alınmasına izin verilmektedir. Doktrinde soruşturma dosyasının incelenebilmesi için vekaletname ibrazına gerek olmadığı, bunun müdafinin ceza muhakemesindeki konumuyla bağdaşamayacağı şeklinde getirilen yorumun, örnek alma yetkisinin kullanılabilmesi bakımından da geçerli olduğu düşünülmektedir. Avukat ile şüpheli veya sanık arasındaki ilişkinin vekalet ilişkisi değil yardım ilişkisi olduğu, ceza muhakemesinde müdafilik yapacak olan avukatın şüpheli veya sanıkla arasındaki ilişkiyi vekaletname ile ispat etmesinin gerekli olmadığı belirtilmektedir. Buna göre, soruşturma ve kovuşturma dosyasından örnek alınabilmesi için vekaletname istenmemesi gerekirse de müdafinin avukat olduğuna ve şüpheliyle irtibatlı olduğuna dair bir belgeyi göstermesi her zaman talep edilebilir.²²²

²²¹ Yazı İşleri Hizmetleri Yönetmeliği'nin vekaletname ibrazı konusunda soruşturma ve kovuşturma evresine ilişkin düzenlemeleri farklıdır. m.137/2'ye göre, şüpheli ve müdafinin soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini fiziki ya da elektronik ortamda harçsız olarak alabilir. Burada müdafinin belge örneği istediğinde vekaletname veya görevlendirme yazısı ibraz edeceğine işaret edilmemiştir. Buna karşın, m.165/4'e göre, mağdur, şikayetçi, suçtan zarar gören ve katılanın vekilleri ile müdafinin vekaletname veya görevlendirme yazısı ile başvurmaları halinde kovuşturma dosyasındaki bütün tutanak ve belgelerin örneğini harçsız olarak alabilir.

²²² CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.211.

Avukatlık Kanunu m.46’da, müdafiden başka onun stajyeri ve sekreterinin de fotokopi yoluyla dava dosyasından örnek alabilecekleri öngörülmüştür. Avukatın dosyada vekaletnamesi bulunmuyorsa stajyerin ve sekreterin dosyadan örnek alabilmek için avukatın vekaletnamesini ve ilgili avukatın yanında çalıştıklarına dair bir belgeyi göstermeleri zorunludur. Avukat ancak vekaletname göstererek örnek alabilirken, stajyerin veya sekreterin hiçbir belge göstermeden dosyadan örnek alması düşünülemez. Eğer müdafinin dosyada vekaletnamesi varsa stajyer veya sekreterin, dosyada vekaletnamesi bulunan avukatın yanında çalıştıklarını ispat etmeleri yeterlidir.²²³

Yine kovuşturma evresinde müdafinin dosyadaki belgelerden örnek alma yetkisi hiçbir şekilde kısıtlanamaz.²²⁴

I. Delilleri İnceleme Yetkisi

Kanun koyucu soruşturma evresinde dosya içeriğinin ve belgelerin incelenme yetkisini düzenlemiş, ancak koruma altına alınmış olan delillerin müdafî tarafından incelenip incelenemeyeceği konusunda açık bir düzenleme getirmemiştir. Örneğin; müdafî, olay sırasında kullanıldığından şüphelenilen ve koruma altına alınan silahı mı yoksa yalnızca olay yeri incelemesi tutanaklarını mı inceleyebilecektir?²²⁵ Kanunun 234.maddesine göre, mağdur ile şikâyetçi, “153 üncü maddeye uygun olmak koşuluyla

²²³ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.211.

²²⁴ Buna rağmen Yazı İşleri Yönetmeliği’nin 100.maddesinin 2.fikrasında, müdafî ile birlikte sanık, mağdur, şikâyetçi, suçtan zarar gören, katılan ve bu kişilerin vekillerinin “*daire başkanı veya görevlendireceği üyenin onay vermesi hâlinde*” dava dosyasından istedikleri bütün kayıt ve belgelerin örneğini alabileceklerinden söz edilmektedir. Danıştay 10.Dairesi, dava dosyasından örnek almayı, Kanunda bu konuda bir ayırım olmamasına rağmen, ilgili daire başkanı veya görevlendireceği bir üyenin onayına tabi tutan ve bu suretle savunma hakkını kısıtladığı kanaatine varılan Yönetmeliğin 100. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “*daire başkanı veya görevlendireceği üyenin onay vermesi hâlinde*” ibaresinin yürütülmesinin durdurulmasına karar vermiştir. (Danıştay 10. Daire, E.2016/1446, 14.11.2016)

²²⁵ ÖNTAN, Soruşturma Evresinde Avukatın Dosya İnceleme Yetkisi, s.569.

vekili aracılığı ile soruşturma belgelerini ve elkonulan ve muhafazaya alınan eşyayı inceletme” hakkına sahiptir. Buna karşın, m.153/1’de müdafinin dosya inceleme yetkisi bakımından koruma altına alınan eşyalardan bahsedilmemiştir. Söz konusu maddenin dördüncü fıkrasına göre ise, “Müdafî, iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir.” Bu fıkranın lafzı ile müdafinin de vekil gibi soruşturma evresinde koruma altına alınan eşyayı inceleyebileceğinin açıkça öngörülmemesi nedeniyle, doktrinde soruşturma evresinde müdafinin koruma altına alınmış olan delilleri inceleme yetkisinin bulunup bulunmadığı hususunda farklı görüşler ortaya atılmıştır.²²⁶

Bir görüşe göre, kanun koyucunun buradaki tercihi bilinçlidir; soruşturma evresinde koruma altına alınan eşyayı inceleme yetkisi yalnızca mağdur vekiline tanınmıştır.²²⁷ Müdafî, m.153/4 gereğince, ancak iddianame mahkeme tarafından kabul edildikten sonra koruma altına alınmış olan delilleri inceleyebilir. Dosya inceleme yetkisi ile delilleri inceleme yetkisi birbirlerinden farklı kavramları ifade etmektedir. Bu yüzden, m.153/4’te muhafaza altına alınmış deliller ile dosya inceleme yetkisi ayrı ayrı düzenlenmiştir.²²⁸

²²⁶ ÖNTAN, Soruşturma Evresinde Avukatın Dosya İnceleme Yetkisi, s.570.

²²⁷ YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.211. Yazarlara göre, soruşturma evresinde müdafinin emanete alınan delilleri inceleme yetkisi olmamakla beraber, vekile tanınan bu hak müdafie de tanınmalı idi. Aynı görüş için bkz. TANER, Çelişme ve Silahların Eşitliği, s.240 vd. Mevcut düzenleme iki yetkiyi açıkça ayırdığı için müdafie soruşturma evresinde delilleri inceleme yetkisinin tanındığı şeklinde bir yorum yapılmasına izin vermemektedir. Olması gereken bu yetkinin müdafie de tanınmasıdır, ancak düzenleme bu şekilde yapılmamıştır. Konu AİHM içtihatları bağlamında ele alındığında ise dosya inceleme yetkisinin delilleri de kapsayacak biçimde anlaşıldığı görülmektedir. Bu nedenle CMK’daki hükmün yazılış tarzından bağımsız olarak müdafinin delil inceleme yetkisinin olduğu söylenmelidir.

²²⁸ KARAKEHYA, Hakan, “Türk Ceza Muhakemesinde Sanığın Dosya İnceleme Hakkı”, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, Y.2007, S.3-4, s.133; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.256.

Diğer görüşe göre ise, delilleri görme hakkı, belgeleri inceleme hakkını tamamlayan bir haktır.²²⁹ Soruşturma dosyası yalnızca belgelerden oluşmamakta, diğer delilleri de kapsamaktadır.²³⁰ Fiili imkansızlık nedeniyle bir delilin fiziki dosyaya konamıyor olması, onun dosyanın bir parçası olmadığı anlamına gelmemelidir.²³¹ Müdafie dosya inceleme yetkisi tanınmasının amacı, dosya içinde yer alan pek çoğu savunma için fazla bir şey ifade etmeyen yazışmaları değil delilleri görmesini sağlamaktır.²³² Müdafinin iddiaya karşı gerçek bir savunma yapabilmesi, özellikle işlem ve koruma tedbirlerine karşı kanun yoluna başvurabilmesi için, soruşturma evresinde koruma altına alınmış olan delilleri inceleme yetkisi bulunmalıdır. Duruşmada görüleceği ileri sürülerek incelemenin engellenmesi yerinde değildir.²³³ Ayrıca mağdur vekiline soruşturma evresinde delilleri inceleme yetkisi açıkça tanınmış olmasına karşın; şüpheli müdafine söz konusu yetkinin tanınmamış olmasını silahların eşitliğiyle bağdaştırmak mümkün değildir.²³⁴ Kanun koyucunun müdafî ve vekil arasında böyle bir farklılığa gitmesi için herhangi bir sebep bulunmamaktadır. Amaç eğer delillerin korunması ise, bunlara yalnızca müdafinin istemeden zarar verebileceği düşünülemez. Müdafinin mağdur vekilinin aksine delillere kasten zarar vereceği ihtimalinin değerlendirilmesi de, savunma makamına karşı bir

²²⁹ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.205. Benzer yönde bkz. ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.269.

²³⁰ KOCA, Mahmut, "Müdafinin Hazırlık Dosyasını İnceleme Hakkı", Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, Y.1997, S.1, s.165; TRECHSEL, Human Rights in Criminal Proceedings, s.229. Benzer yönde bkz. GRABENWARTER, Christoph, European Convention on Human Rights: Commentary, C.H. Beck/Hart/Nomos/Helbing Lichtenhahn Verlag, München 2014, s.154.

²³¹ ÖNTAN, Soruşturma Evresinde Avukatın Dosya İnceleme Yetkisi, s.570.

²³² TANER, Çelişme ve Silahların Eşitliği, s.238.

²³³ Bkz. CENTEL, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, s.114.

²³⁴ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.205. Ancak, kovuşturma evresinde bu yetkinin müdafie tanınmış olması, soruşturma evresi açısından bu konunun bilinçli olarak düzenlenmediğini düşündürmektedir. Bkz. CENTEL, Ceza Soruşturmasında Müdafinin Rolüne Eleştirel Yaklaşım, s.714. Alman hukukunda, müdafî mahkemeye sunulmuş (kovuşturma evresinde) veya davanın açılması halinde sunulacak olan (soruşturma evresinde) belgeleri incelemeye ve aynı şekilde resmi olarak muhafaza altına alınan delilleri görmeye yetkilidir (Alman CMK m.147/1). Bkz. CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.205.

hukuk devletinde söz konusu olamayacak bir önyargının olduğunu gösterir. Doktrindeki tartışmanın ve farklı uygulamaların son bulması adına en makul çözüm, müdafii de soruşturma evresinde koruma altına alınan delilleri inceleme yetkisinin CMK’da açıkça tanınmasıdır.²³⁵

Delillerden kasıt, el konulan veya dosyada ya da başka bir yerde koruma altına alınan nesnelere. Müdafî, belge ve belge dizinleriyle, keşfe veya bilirkişi incelemesine konu olan nesnelere inceleyebilmelidir.²³⁶ Müdafîin koruma altına alınmış olan delilleri nerede ve nasıl inceleyeceği konusunda kanunda bir açıklık yoktur. Delilin koruma altına alındığı yerde incelenebileceği söylenebilir. Delilin uzman bir kişiyle beraber incelenmesinin gerektiği durumlarda, müdafî yanında uzman kişi de getirebilmelidir.²³⁷ Delilleri inceleme olanağının, müdafîye duruşmadan makul bir süre önce tanınmış olması gerekir.²³⁸

2. Şüphelinin Dosya İnceleme Hakkı

Çağdaş hukuk sistemlerinde ve Türk hukukunda, şüpheli, artık yalnızca soruşturmanın objesi olarak değil, muhakemenin bir süjesi olarak nitelendirilmektedir.²³⁹ Şüpheli veya sanığın süjeliği, ancak 19.yy’ın özgürlükçü hareketlerinin etkisiyle tahkik sisteminin işbirliği sistemine evrilmesinin ardından kabul görmeye başlamış; şüpheli gitgide bağımsız haklara kavuşup muhakemenin

²³⁵ ÖNTAN, Soruşturma Evresinde Avukatın Dosya İnceleme Yetkisi, s.571. Aynı yönde bkz. CENTEL/ZAFER, 6572 Sayılı Yasaya Göre Soruşturma Evresinde Avukatın Dosyayı İncelemesi, s.496.

²³⁶ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.205.

²³⁷ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.207. Aksi takdirde, CMK m.67/6’da yer alan, “Cumhuriyet savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafîi veya kanunî temsilci, yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler.” hükmü işlevsiz kalacaktır. Bkz. ÖNTAN, Soruşturma Evresinde Avukatın Dosya İnceleme Yetkisi, s.570. Benzer yönde bkz. TRECHSEL, Human Rights in Criminal Proceedings, s.229.

²³⁸ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.269.

²³⁹ ESER, Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu, s.317.

yürüyüşüne etkin biçimde katılan bir muhakeme süjesine dönüşmüştür. Anayasa'nın 17.maddesinde garanti altına alınan insan onuru, şüpheli yönünden de dokunulmaz olduğu ve bu onur bir insanı iradesiz objeye dönüştürerek alçaltmayı yasakladığı için, şüphelinin süjeliği modern ceza muhakemesi hukukunda artık tartışılmamaktadır.²⁴⁰

Şüpheli, belirli ölçüde zorunlu olarak bir ispat aracı olsa da, daha üstün olan konumuyla belirli haklarla donatılmış bir muhakeme süjesi konumundadır. Ceza muhakemesinde şüphelinin, bir taraftan soruşturmanın objesi olarak soruşturma organlarının ölçüsüz müdahalesinden korunması ve diğer taraftan da muhakemenin bir süjesi olarak durumunun teminat altına alınması için birtakım haklarının bulunması gerekir.²⁴¹ İşte ceza muhakemesinde hak ve yetkilere sahip olan şüpheli, iddia makamının karşısında, varsa müdafiiyle beraber savunma makamını işgal eder. Bu makam, şüphelinin kişiliğinden ayrı, onun statüsüne tahsis edilmiş, hak ve yetkilerle donatılmış bir makamdır.²⁴²

Dosyayı inceleme ve örnek alma hakkının, şüpheli/sanığın kişiliğinden ayrı, onun statüsüne tahsis edilen hak ve yetkilerden biri olup olmadığı, özellikle mülga CMUK döneminde tartışılmıştır. Bu dönemde müdafie açıkça bu yetki tanınmış olmasına rağmen, şüphelinin de bu yetkiye sahip olup olmadığı hususunda kanunda açıklık bulunmamaktaydı.²⁴³ Doktrindeki hakim görüş, kanun koyucunun sadece aldığı eğitim ve bağlı bulunduğu meslek kuralları nedeniyle, inceleme sırasında dosya evrakını yoketmeyeceği, değiştirmeyeceği, onlara zarar vermeyeceği düşünülen

²⁴⁰ ESER, Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu, s.318. Aynı yönde bkz. YÜCE, Turhan Tufan, "Sanığın Savunması Açısından Ceza Soruşturmasının Ümanist İlkeleri", TBBD, 1988/1, s.159.

²⁴¹ ESER, Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu, s.318. Benzer yönde bkz. ÖZGEN, Ceza ve Ceza Muhakeme Hukuku Bilgisi, s.153.

²⁴² CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.158.

²⁴³ CENTEL, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii, s.112.

müdafie bu yetkiyi tanıdığını ileri sürmüştür. Tosun'a göre, şüphelinin kendi dosyasını inceleme yetkisinin olmaması insana çok garip gelmekle beraber, kanun şüphelinin dosyasını ortadan kaldırmasından çekindiği için ona bu yetkiyi vermemiştir. Müdafie ekmegini bu meslekten kazanan bir kişi olduğundan, ona şüpheliye gösterdiği inancsızlığı göstermemiş ve dosyayı incelemesine izin vermiştir.²⁴⁴ Şüpheli dosyasında neler olduğunu bizzat gidip öğrenme yetkisine sahip değildir; bu olanağı ancak müdafii aracılığıyla kullanabilir.²⁴⁵ Kunter'e göre, dosya inceleme yetkisi müdafie tanınmasına rağmen şüpheliye tanınmamıştır; meslek adamı olan ve meslek disiplinine tabi bulunan müdafie, bu yönden bir güvence arz etmektedir.²⁴⁶ Muhakemenin gidişinden şüphelinin haberi olması savunma hakkının zorunluluklarından ise de kanun bunu sağlayacak başka hükümler koymuş, inceleme için dosyanın şüpheliye verilmesini tehlikeli görmüştür. Fakat bu hüküm, incelemenin yasaklanması demek değildir. Denetim altında incelemeye izin verilebilir, hatta verilmelidir.²⁴⁷ Bu hak, dosyayı incelettirmemenin sakıncalarını önleyip savunmayı kolaylaştıracağı için müdafii olmayan şüpheliye de tanınmalıdır.²⁴⁸

Aksi görüş ise kanunda açıklık bulunmamasının, şüphelinin dosyasını incelemekten yasaklanmış olduğu anlamına gelmeyeceğini savunmuştur. Erem'e göre, şüpheli/sanığın kendi dosyasını inceleme hakkı vardır. İthamı ve bunun delillerini bilmemek savunmayı güçleştirir veya olanaksız hale getirir. Bu itibarla savunma hakkı, soruşturma dosyasını öğrenmek hakkını da içerir.²⁴⁹ Kanunda buna ilişkin açık

²⁴⁴ TOSUN, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri: Genel Kısım, İÜHF Yayınları, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976, s.467.

²⁴⁵ TOSUN, Genel Kısım, s.480.

²⁴⁶ KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.471.

²⁴⁷ KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.458.

²⁴⁸ KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.472. Müdafii bulunmayan şüpheliye de bu hakkın tanınması gerektiği yönündeki diğer görüşler için bkz. GÜNAL, Yılmaz, "Bir Örnek Olay Nedeni İle Sanığın Dosyasını Tetkik Özgürlüğü", AÜSBFD, C.29, Y.1974, S.1-2, s.84.

²⁴⁹ EREM, Savunma Hakkının Kökeni, s.689.

bir hüküm bulunmasa da, şüphelinin müdafisine tanınmış olan bu hakkın asilden esirgenmesi mümkün değildir. Hakkındaki dosyayı ancak müdafinin gözü aracılığıyla görebilen şüpheli gereği gibi savunulduğunu bilecek durumda değildir. Ceza davalarında aynı derecede resmi aslına uygun, eksiksiz “ikinci dosya usulü” kurulmalıdır.²⁵⁰ Centel’e göre, özellikle müdafii bulunmayan şüphelinin dosyasına bakamaması, savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuracağından, zorunlu müdafilik sistemi getirilinceye kadar şüphelinin dosyasını inceleyebilmesi kabul edilmelidir.²⁵¹ Yargıtay da, bu dönemde, müdafii bulunmayan şüphelinin dosyasını inceleyebileceği görüşünü benimsemiştir.²⁵²

5271 sayılı CMK da, müdafii dosyayı inceleme ve örnek alma hakkının aksine, şüpheli/sanığın dosya inceleme ve örnek alma hakkına ilişkin herhangi bir hüküm içermemektedir. Şüphelinin müdafii bulunmayabilir ya da şüpheli, müdafii bulursa dahi ondan ayrı olarak, bireysel savunmasını hazırlayabilmek için soruşturma dosyasını incelemeye ve örnek almaya gereksinim duyabilir. Şüphelinin dosyayı inceleyememesi bireysel savunma hakkının, örneğin, soruşturma evresinde yakalama ve gözaltına alma işlemlerine karşı kişisel olarak sulh ceza hakimine başvuruda bulunma veya tutuklamaya şahsen itiraz etme hakkının, gereği gibi kullanılmasını engeller. Kanunda “savunma hakkına zarar vermemek koşuluyla” soruşturma evresindeki usul işlemlerinin gizliliği kabul edilmiştir. Bu kural uyarınca, savunma hakkının kullanılabilmesi için incelenmesi gerekli olan işlemlerin tutanaklarının

²⁵⁰ EREM, Ceza Usulü Hukuku, s.166. Aynı yönde bkz. GÜNAL, Bir Örnek Olay Nedeni İle Sanığın Dosyasını Tetkik Özgürlüğü, s.88.

²⁵¹ CENTEL, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii, s.112.

²⁵² Yargıtay 6. CD, 30.1.1969, 475/497: “CMUK’un müdafii davaya müteallik hernevi evrak ve vesikaları tetkik etmek hakkına haiz olduğunu belirtmekte bulunan 143.maddesi müdafii yetkilerini tayin bakımından vazedilmiş bir hüküm olup bu hükmün savunma haklarını bizzat kullanan sanığın kendisine ait dosyayı incelemesine engel teşkil etmediğinden...” Bkz. GÜNAL, Bir Örnek Olay Nedeni İle Sanığın Dosyasını Tetkik Özgürlüğü, s.88.

şüpheliye karşı gizli olmaması gerekir. Soruşturma evresinde soruşturma dosyasının, müdafii bulunmayan şüpheliye karşı gizlenmesi, bu evrede şahsen hukuki yollara başvurma hakkını zedeler. Hukuki yollara şahsen başvurma hakkının kullanılabilmesi için, müdafii bulunsun veya bulunmasın, şüpheliye soruşturma dosyasının herhangi bir kısıtlama olmaksızın incelettirilmesi ve örnek verilmesi gerekir.²⁵³ Eğer şüphelinin dosyada yer alan belgeleri yok edebileceği düşünülüyorsa, kendisine belgelerin fotokopileri verilebilir.²⁵⁴

Doktrinde ifade edilen bu görüşlerin etkisiyle, Yazı İşleri Hizmetleri Yönetmeliği'nin 137.maddesinin 2.fikrasıyla bu hak şüpheliye de tanınmıştır.²⁵⁵ Şüphelinin dosya inceleme hakkı, düzenlenmesi yönetmeliğe bırakılmayacak kadar önemlidir ve bu nedenle yasal güvenceye kavuşturulmalıdır.²⁵⁶

Gizli olan soruşturma evresinde bu hakka sahip olan şüphelinin, aleni olan kovuşturma evresinde (sanık sıfatıyla) evleviyetle bu hakka sahip olduğunu kabul etmek gerekir.²⁵⁷ Yazı İşleri Yönetmeliği'nin 100. ve 165. maddeleri sanığın dava dosyasını inceleyebileceğini ve ondan örnek alabileceğini açıkça hükme bağlamıştır.

²⁵³ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.104. Benzer yönde bkz. YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.212; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.262; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.228; KARAKEHYA, Türk Ceza Muhakemesinde Sanığın Dosya İnceleme Hakkı, s.136; TANER, Çelişme ve Silahların Eşitliği, s.226.

²⁵⁴ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.258; TRECHSEL, Human Rights in Criminal Proceedings, s.229; TANER, Çelişme ve Silahların Eşitliği, s.225.

²⁵⁵ Yazı İşleri Hizmetleri Yönetmeliği m.137/2: "Şüpheli ve müdafii soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini fizikî ya da elektronik ortamda harçsız olarak alabilir."

²⁵⁶ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.104.

²⁵⁷ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.173.

Müdafinin soruşturma dosyasını inceleme ve örnek alma yetkisinin bu evrede kısıtlanmasını öngören hüküm şüpheli açısından da geçerlidir.²⁵⁸

3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Dosya İnceleme Hakkı

Şüpheli, kendisine yönelik suçlamayı ve bu suçlamanın dayanaklarını bilirse, etkili biçimde savunma yapabilir; bu ise şüphelinin ve müdafinin dosya içeriği ve deliller hakkında bilgi sahibi olmasını gerektirmektedir.²⁵⁹ Kendisine karşı soruşturma başlatılmasına neden olan isnat hakkında olabildiğince erken bilgi sahibi olmak, şüpheliye, savunmayı da zamanında başlatmak ve savunma araçlarından faydalanmak imkanı sağlar. Çünkü delil ileri sürme, soru sorma, susma hakkı gibi bir muhakeme süjesi olarak şüpheliye tanınmış olan hakların gerçekten kullanılabilmesi, kendisine yönelik isnadın içeriğinden hangi kapsamda ve hangi anda bilgi edinebileceğine bağlıdır.²⁶⁰

Soruşturmanın şüpheli açısından ortaya çıkardığı yük ve yargılamanın bu evresinin hazırlayıcısı olduğu kovuşturma için büyük önem arz etmesi, şüphelinin kendisini etkili biçimde savunabilmesi ve adil yargılanma hakkının gerçekleştirilmesi yönünden dosya inceleme hakkının olabildiğince erken tanınmasını zorunlu hale getirmektedir. Söz konusu hak, adil yargılanma hakkının ve özellikle silahların eşitliği ilkesinin ayrılmaz bir parçası olarak Anayasa'nın 36. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinde güvence altına alınmıştır.²⁶¹

²⁵⁸ Yazı İşleri Hizmetleri Yönetmeliği m.137/3: “Şüpheli ve müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek almasına ilişkin yetkisi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının istemi ve ilgili hâkimin kararıyla kısıtlanabilir.”

²⁵⁹ TRECHSEL, Access to the File, s.343.

²⁶⁰ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.255-256.

²⁶¹ ERDEM, Mustafa Ruhan, “AİHM Kararları Işığında Tutuklu Sanık Bakımından Hazırlık Soruşturması Dosyasını İnceleme Hakkı”, DEÜHFD, C.6, Y.2004, S. 1, s.68. Dosya inceleme hakkının

AIHM kararları, bir yandan şüphelinin isnadın içeriği veya tutuklu ise tutukluluğu konusunda kendisi için önem arz eden soruşturmaya ilişkin bilgileri edinmeye yönelik haklı menfaati; diğer yandan soruşturma organlarının şüphelinin soruşturma tedbirleri hakkında önceden bilgi edinerek olayın aydınlatılmasını engelleme teşebbüslerini önlemeye yönelik gereksinimi arasındaki çatışma üzerine yoğunlaşmış bulunmaktadır.²⁶²

A. Adil Yargılanma Hakkı Bakımından (AIHS m.6)

a. Genel Olarak

“Bir suç ile itham edilen herkesin, adil veya dürüst yargılanma hakkı vardır²⁶³ (AIHS m.6/1).” Anayasa’nın 36.maddesine göre, “Herkes adil yargılanma hakkına sahiptir.” Adil yargılama, insan haklarıyla şüpheli (veya sanığın) ve mağdurun hakları ihlal edilmeksizin yapılan yargılamadır. Davanın dürüst bir biçimde dinlenmesiyle ilgili olan bu hak, kendisini teşkil eden ve AIHS’in 6.maddesinde sayılan unsurlardan

özellikle AIHS m.6/3-a ve b bentlerinde güvence altına alındığı yönünde bkz. TRECHSEL, Access to The File, s.343.

²⁶² ERDEM, Tutuklu Sanık Bakımından Hazırlık Soruşturması Dosyasını İnceleme Hakkı, s.68.

²⁶³ AIHS’in Adil Yargılanma Hakkı başlığını taşıyan 6.maddesine göre: “1. Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar aleni olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.

3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek;

e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak.”

bağımsız, genel (torba) bir haktır. AİHM'e göre adil yargılanma kavramı, aynı zamanda ceza ve ceza muhakemesi hukukunun asli ilkelerinden doğan unsurları da kapsar. Örneğin, dosya inceleme hakkının esasının büyük ölçüde dayandırıldığı "silahların eşitliği" gibi kavramlar adil yargılanma hakkından türetilmiştir.²⁶⁴

Adil yargılama kavramı 6.maddenin özünü teşkil etmektedir ve kapsamını soyut bir tanımla açıklamak olanaksızdır; bütünsel olarak muhakemenin dürüst bir biçimde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği ele alınarak²⁶⁵, her somut olayda ayrı değerlendirme yapmak gerekmektedir. Muhakemenin hangi evrede olduğuna ve farklı özelliklerine göre 6.maddenin uygulaması değişmektedir.²⁶⁶

Adil bir yargılamanın gerçekleştirilebilmesi için, yargılamanın yürütülmesi esnasında alınan tedbirlerin, savunma hakkının kullanılmasıyla bağdaşması gerekmektedir.²⁶⁷ Ceza muhakemesindeki savunma haklarının teminat altına alınması demokratik toplumun temel bir ilkesi olarak nitelendirilmektedir ve dolayısıyla AİHM'e göre, 6.maddedeki bu haklar "teorik ve hayali değil, etkili ve pratik kılınacak şekilde" yorumlanmak zorundadır.²⁶⁸

b. Adil Yargılanma Hakkının Soruşturma Evresinde Uygulanabilirliği

Kovuşturma evresinde yargılama makamı, işlendiği ve suç teşkil ettiği iddia edilen bir olayı deliller aracılığıyla yeniden canlandırmaya, onun adeta resmini

²⁶⁴ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.162.

²⁶⁵ *Kostovski v. The Netherlands*, 20.11.1989, App. No. 11454/85, para.39. Bkz. İNCEOĞLU, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s.218.

²⁶⁶ Bkz. İNCEOĞLU, Adil Yargılanma Hakkı, s.218.

²⁶⁷ *Ludi v. Switzerland*, 15.6.1992, App. No. 12433/86, para.49-50. Bkz. İNCEOĞLU, Adil Yargılanma Hakkı, s.218.

²⁶⁸ *Artico v. Italy*, 13.05.1980, App. No. 6694/74, para.33. Bkz. İNCEOĞLU, Adil Yargılanma Hakkı, s.218.

yapmaya çalışır. Bu faaliyette en önemli unsur delillerdir. Soruşturma evresinde delillerin ele geçirilmesi, bunların kaybolmasının önlenmesi ve kovuşturmaya kadar el altında tutulması gerekir. Soruşturma evresinin görevi, “delilleri arayıp bulmak ve koruma altına almak”tır.²⁶⁹ Tam da bu nedenle, muhakemenin yapısı içinde soruşturma, çok hassas bir evredir. Soruşturma evresinin bulguları, kovuşturma evresini şekillendirecektir. Şüpheli de, bu evrede çok kırılgan bir pozisyonadadır; çünkü konutu aranabilir, tutuklanabilir ve kendisi hakkında uygulanan bu gibi koruma tedbirleri toplumdaki saygınlığını lekeleyebilir.²⁷⁰

Anayasa, adil yargılanma hakkının yargı mercileri önünde kullanılabileceğini belirterek hata etmiştir; uyuşmazlığın henüz yargı mercilerinin önüne gelmediği soruşturma evresinde de, özellikle savunma hakkının kullanılabilmesi gerekir.²⁷¹

Komisyon, erken dönem kararlarında, ancak “suç isnadı altında olan bir kişinin” 6.maddede sayılan haklardan yararlanabileceğini söylemiş, bunu da büyük ölçüde kovuşturma evresiyle sınırlandırmıştır. İlk defa, *Can v. Avusturya* kararında, soruşturma evresinin kovuşturmanın çerçevesini çizdiğini belirtmiş ve bu nedenle taşıdığı önemin altını çizmiştir. Komisyon’a göre, isnat gibi savunmanın da temeli bu evrede oluşturulmaktadır. Sözleşme’nin m.6/3-c bendinde garanti altına alınan müdafiyeye erişim hakkına soruşturma evresinde de ihtiyaç duyulmaktadır.²⁷² Çünkü müdafî, soruşturma evresinde uygulanan koruma tedbirlerinin²⁷³, özellikle

²⁶⁹ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.87.

²⁷⁰ FIORI, Brando Matteo, Disclosure of Information in Criminal Proceedings, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk 2015, s.140.

²⁷¹ EREM, Savunma Hakkının Kökeni, s.689; CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.168.

²⁷² GRABENWARTER, ECHR: Commentary, s.158.

²⁷³ “Soruşturma yargıçları "cezai suç isnadı"ni karara bağlamamakla birlikte, yaptıkları işlemler, yargılama aşaması dahil, muhakemenin daha sonraki aşamasının yürütülmesi ve adilliği üzerinde doğrudan bir etkiye sahiptir.” Bkz. *Vera Fernândez-Huidobro v. Spain*, 06.01.2010, App. No. 74181/01, para.108-114.

tutukluluğun, hukuka uygunluğunu denetleyebilir ve şüphelinin lehine olabilecek delillerin izini, hala mümkünken, sürebilir.²⁷⁴

AİHM, *Imbrioscia v. İsviçre* kararında bu konudaki içtihadını ortaya koymuş ve “Imbrioscia Test” adını verdiği yöntemi uygulamaya başlamıştır. Mahkeme, ceza yargılamasını bütün olarak ele almakta, fakat 6.maddenin öncelikle duruşma (kovuşturma) evresinde uygulanabilir olduğunu düşünmektedir. Ne var ki, 6.maddede güvence altına alınan makul süre veya savunma hakkı gibi bazı gerekliliklere duruşmadan önceki evrede uyulmaması, yargılamanın adilliğine bütünüyle zarar veriyor ise²⁷⁵ soruşturma evresinde de 6.madde uygulanabilir yani adil yargılama hakkının ihlal edildiğinden söz edilebilir.²⁷⁶

Magge v. UK kararında ise, AİHM şöyle demektedir: “Ceza davalarında 6.maddenin esas amacı, yöneltile suçlama hakkında karar vermeye yetkili bir mahkemede adil yargılanmayı sağlamaktır. Ancak, bu durum Sözleşme m.6’nın yargılama öncesi soruşturmada hiç uygulanmayacağı anlamına gelmez. Dolayısıyla, m.6 (ve özellikle 3.fıkrası) dava açılmadan önce de geçerlidir. Çünkü bu hükümlere uyulmamasından yargılamanın dürüstlüğü ciddi şekilde olumsuz etkilenebilir.”²⁷⁷

²⁷⁴ *Can v. Austria*, 12.07.1984, App. No. 9300/81, para.47.

²⁷⁵ AİHM’in, soruşturma evresinde şüpheli haklarının ihlal edildiğinden söz edebilmek için yargılamanın adilliğinin bütünüyle etkilenmesi koşulunu araması doktrinde eleştirilmiştir. Ambos’a göre, bu tutum soruşturmada şüpheli haklarına riayet etmeye halel getirmektedir. Bkz. AMBOS, Kai, “*Silahların Eşitliği, Çelişmeli Ön Soruşturma ve AİHS m.6*” (çev:Yener Ünver), Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Ankara 2004, s.42.

²⁷⁶ *Imbrioscia v. Switzerland*, 24.11.1993, App. No. 13972/88, para.36. Benzer yönde: *Murray v. United Kingdom* (8.02.1996, App. No. 18731/91) davasında, polis tarafından yürütülen araştırmalar esnasında dahi 6.maddenin uygulanabilir olduğuna hükmetmiştir. Bkz. SCHABAS, William A., *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford 2015, s.280; REID, Karen, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, Sweet & Maxwell, London 2011, s.188.

²⁷⁷ *Magge v. United Kingdom*, 6.6.2000, App. No. 28135/95, para.41.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde, yakalama ve tutuklama halinde uygulanabilecek 5.madde haricinde, duruşmadan önceki safhayı düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Söz konusu boşluk, halihazırda kırılğan bir pozisyonda bulunan şüphelinin haklarının ihlalini gündeme getirmektedir. Kovuşturmanın hazırlayıcısı olan soruşturma evresinde de, tutuklu olup olmamasından bağımsız olarak şüphelinin birtakım haklara sahip olması gereklidir.²⁷⁸ Bu bağlamda, AİHM, 6.maddede “suçlamanın esası hakkında karar verecek mahkemenin” önünde kullanılacak haklardan bahisle kovuşturma evresine, “bir suç ile itham edilen” kişi ile de sanığa işaret edildiği yönünde şekilci bir yorum yapmaktan kaçınmış; otonom kavramlar doktrini çerçevesinde söz konusu kavramlara daha geniş bir anlam yüklemiştir.

AİHM, bir kişiyle ilgili adli işlemlere başlandığı andan itibaren, resmi bir isnat bulunsun veya bulunmasın, o kişinin 6.maddede öngörülen haklardan yararlanabilmesini kabul etmiş; böylece sanıklığın hangi andan itibaren başladığı hususundaki tartışmalar²⁷⁹, haklar açısından sona ermiştir. Mahkeme, soruşturma makamları somut nedenlere dayanarak bir kimseden şüphelenmeye ve o kişi hakkında araştırma yapmaya başladıklarında, geniş anlamda sanıklığın da başlamış olduğunu kabul etmektedir. Bu nedenle, artık Sözleşme'deki hakları şüpheli hakları şeklinde anlamak gerekmektedir.²⁸⁰ İsnat, bir kişinin bunu yapmaya yetkili bir makam

²⁷⁸ FIORI, Disclosure of Information in Criminal Proceedings, s.148.

²⁷⁹ Mülga CMUK döneminde kural olarak, bir kimsenin hakkında ceza davası açılmasıyla birlikte sanıklık statüsü başlatılsa da, daha asıl ceza davası açılmadan o kişiye bazı işlemlerin yapılması durumunda da sanık olduğu kabul edilebilmekteydi. Böylece bir kimse hakkında ceza davası açılmadan önce savcı onun tutuklanması istemiyle hakime başvurduğunda veya onun aleyhine hakim tarafından yapılabilen bir işlem için hakime başvurup sorguya çekilmesini istediğinde de, o kişi sanık sıfatını almaktaydı. Sanıklık sıfatının başlaması, özellikle sanığa tanınan hakların kullanılması bakımından önem arz etmekteydi. Bkz. TOSUN, Genel Kısım, s.474.

²⁸⁰ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.157; İNCEOĞLU, Adil Yargılanma Hakkı, s.101. Benzer yönde bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.216. Soruşturma evresinde aynı haklar bundan böyle şüpheli hakları olarak ifade edilecektir. Zira bireye

tarafından suçlandığına dair kendisine yapılan resmi bildirim olarak tanımlanmakla birlikte²⁸¹; bazı durumlarda kişinin suçlandığını ima eden tedbirler biçimini almaktadır.²⁸² Örneğin, kişinin şüphe üzerine yakalanması veya tutuklanması, hakkında soruşturma açılması ve özellikle soruşturma evresinde koruma tedbirlerinin uygulanması cezai bir isnadın bulunduğunu gösterir. Böylelikle görünüşte değil muhakemenin gerçekliği içinde isnat kavramı değerlendirilmektedir.²⁸³ Bu hususta mahkemenin kullandığı kriter ise “şüphelinin hukuki durumunun önemli ölçüde etkilenmesi (*the situation of the suspect has been substantially affected*)” olmuştur.²⁸⁴

Sonuç olarak, mahkemenin “cezai isnat” kavramına getirdiği geniş ve amaçsal yaklaşım, 6.maddenin soruşturma evresinde de uygulanabilmesini sağlamıştır.²⁸⁵

c. Soruşturma Evresinde Silahların Eşitliği

aa. Genel Olarak

Silahların eşitliği ilkesi, adil yargılanma hakkının bir parçasıdır.²⁸⁶ Silahların eşitliği, günümüzde iddia ve savunma makamlarına muhakeme hukukuyla ilgili olarak sunulan olanakların birbiriyle dengeli olmasını ve dengenin şüpheli (veya sanığın)

yönelik hak ihlallerinin en yoğun olduğu ve bu anlamda temel hak ve özgürlüklerin korunmaya en muhtaç olduğu dönem soruşturma evresidir.

²⁸¹ *Eckle v. Germany*, 15.7.1981, App. No. 8130/78, para.73.

²⁸² GRABENWARTER, ECHR: Commentary, s.112; RAINEY, Bernadette/WICKS, Elizabeth/OVEY, Clare, Jacobs, White & Ovey: *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2014, s.250. Bkz. *Foti and Others v. Italy*, 10.12.1982, App. No. 7604/76, para.52.

²⁸³ SCHABAS, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, s.280 vd; GRABENWARTER, ECHR: Commentary, s.112. Bkz. *Wemhoff v. Germany*, 27.06.1968, App. No. 2122/64; *G.C.P. v. Romania*, 20.12.2011, App. No. 20899/03, para.41.

²⁸⁴ SCHABAS, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, s.277; GRABENWARTER, ECHR: Commentary, s.112. Ayrıca bkz. *Foti and Others v. Italy*, 10.12.1982, App. No. 7604/76, para.5; *Eckle v. Germany*, 15.7.1981, App. No. 8130/78, para.73; *Lutz v. Germany*, 25.08.1987, App. No. 9912/82, para.52.

²⁸⁵ SCHABAS, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, s.280.

²⁸⁶ SCHABAS, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, s.288.

aleyhine bozulmamasını ifade etmektedir. Olması gereken, yetkiler arasında eşitlik değil, karşılıklılık bulunmasıdır.²⁸⁷

Söz konusu ilke, Anglo-Amerikan hukukunda geçerli olan taraf muhakemesini yansıtan bir yapıya sahiptir.²⁸⁸ Medeni usul hukukunda geçerli olan taraflar arasındaki eşitliği, ceza muhakemesine aktarmak isteyenler, muhakeme dallarının arasındaki farklılığa rağmen, savcı ile şüpheli/sanığın sahip buldukları haklar bakımından tam bir eşitlik gerektiğini savunurlar. Fakat savcı ile şüpheli/sanık arasında tam bir eşitlik olması gerektiğini savunmak, taraf ile süjeyi karıştırmak anlamına gelir. Ceza muhakemesinde muhakeme makamları arasındaki ilişkiler dengeye dayanan işbirliğine göre düzenlenir. Savcılık, ceza muhakemesinde klasik anlamda taraf değil, zarar gören toplum tarafının bir makamıdır.²⁸⁹

Savcı, sırf iddia makamı olması sebebiyle, soruşturmayı yürütmek ve iddianame düzenlemek şeklinde tezahür eden özel bir görev ifa eder. Bu görev, aynen savunma makamına tanınabilecek nitelikte olmaktan uzaktır.²⁹⁰ Bununla beraber, soruşturmayı yürütme yetkisi, savunma makamına bazı farklı ve bunun antitezini oluşturan yetkilerin (iddiaya karşı koyma) tanınmasını gerektirir. Bu yetkinin de, soruşturmayı yürütme yetkisinin müdafie verilmemesi gibi, iddia makamına tanınmasına olanak yoktur.²⁹¹ Öyleyse, çelişmeyi bir düello olarak gören anlayıştan

²⁸⁷ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.230; OKUYUCU ERGÜN, Güneş, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Silahların Eşitliği İlkesi”, Legal Hukuk Dergisi, Y. 2013, C. 11, sy. 131, s.5.

²⁸⁸ İNCEOĞLU, Adil Yargılanma Hakkı, s.220.

²⁸⁹ KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.198.

²⁹⁰ KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.198; OKUYUCU ERGÜN, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Silahların Eşitliği İlkesi, s.5. Kıta Avrupası’nda soruşturma dosyasını tek başına hazırlayan makam savcılık olduğundan aslında silahların eşitliğinden söz edilemeyeceği; savcının her daim bir adım önde olacağı yönünde bkz. TRECHSEL, Access to the File, s.345. Ancak bunun karşılığında savunma makamı da suçsuzluk karinesinden yararlanmaktadır. Bkz. TRECHSEL, Human Rights in Criminal Proceedings, s.223.

²⁹¹ KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.199.

kalan silahların eşitliği ilkesini, yetkilerde denge şeklinde kabul edip yorumlamak gerekir. Yetkiler arasında eşitlikten değil, karşılıklı olmaktan söz edilmelidir.²⁹² Muhakemedeki diyalektik, savcı ve şüpheli/sanık arasındaki yetkilere ilişkin dengeye dayanan karşılıklılık aracılığıyla sağlanacaktır. Tahkik sisteminden uzaklaşıp demokratik bir ceza muhakemesine ulaşma ancak bu şekilde gerçekleşebilir.²⁹³

AIHM, silahların eşitliği kavramını ilk defa *Neumeister v. Avusturya* kararında kullanmış ve ilke daha sonra adil yargılanma hakkından türetilerek m.6/1'in kapsamında görülen bir ilke olmuştur.²⁹⁴ Dolayısıyla, silahların eşitliğinin ihlali yargılamanın adil olmaması anlamına gelmektedir.

Silahların eşitliği, iddia ve savunma makamları arasında adil bir denge bulunmasını gerektirir. İddia ve savunma makamları, deliller de dahil, tezlerini ortaya koyma konusunda makul olanaklara sahip olmalıdır. Bu itibarla, ilke, daha çok tanıkların, bilirkişilerin dinlenmesinde ve diğer delillerin ileri sürülmesinde hak eşitliği kavramıyla ilişkilendirilmiştir.²⁹⁵ Önceleri, “iddia ile savunma makamı arasında biçimsel usulü eşitlik olarak” görülen bu ilke, daha sonra geliştirilerek “bir süjenin olayı diğer süjelere karşı kendisini olumsuz bir pozisyona sokmayacak koşullar altında açıklayabilmesi zorunluluğu” şekline dönüştürülmüştür.²⁹⁶

²⁹² KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.199; ÖZGEN, Ceza ve Ceza Muhakeme Hukuku Bilgisi, s.120. Benzer yönde bkz. ÖZTÜRK, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşurma Mecburiyeti, s.74. Ülkemizin de dahil bulunduğu Kıta Avrupası Hukukunda böyle bir eşitlik henüz aranmamaktadır; bugün silahların eşitliği denilince, daha çok akla gelen, savunma makamının bir hukuk devletinde kendisine tanınan hakları gerçekten kullanabilmesidir.

²⁹³ KEYMAN, Ceza Muhakemesinde Savcılık, s.199.

²⁹⁴ İNCEOĞLU, Adil Yargılanma Hakkı, s.220.

²⁹⁵ İNCEOĞLU, Adil Yargılanma Hakkı, s.221.

²⁹⁶ *Dombo Beheer BV v. The Netherlands*, 27.10.1993, App. No. 14448/88, para.33. Bkz. AMBOS, Silahların Eşitliği, Çelişmeli Ön Soruşturma ve AIHS m.6, s.23-24; SCHABAS, The European Convention on Human Rights: A Commentary, s.288; GRABENWARTER, ECHR: Commentary, s.134.

Silahların eşitliği ilkesi her somut olayda yeniden değerlendirilmektedir. Mahkeme, silahların eşitliği ilkesine uyulup uyulmadığını denetlerken, somut olayda başvuru konusu eşitsizliğin “muhakemeyi fiilen ve gerçekten adaletsiz kılıp kılmadığına” bakmaktadır.²⁹⁷

Süjeler arasındaki denge çelişmeli yargılamanın (*adversarial trial*) sağlanmasıyla da yakın ilişkilidir. Çelişmeli yargılama ilkesi, “bir davada iddia ve savunma makamının, diğer tarafın sunduğu delil ve dosyada yer alan değerlendirmeler hakkında bilgi sahibi olma ve bunlar hakkında yorum yapma olanağına sahip olması” demektir.²⁹⁸ O halde çelişmeli bir yargılama yapılmadığı zaman, iddia ve savunma makamları arasında adil bir dengenin sağlanması da mümkün olmayacaktır.²⁹⁹ Muhakeme süjelerinden herhangi birisinin kendi görüşünü diğer süjelere gerçek olarak zorla kabul ettirdiği, delillerin ve değerlendirmelerin tartışılmadığı bir yargılamada silahların eşitliği ilkesine uyulduğundan söz edilemez.³⁰⁰

Silahların eşitliği ilkesi, şüphelinin kendi aleyhinde ileri sürülen olgular ve bunların hukuki nitelendirilmesi hakkında bilgilendirilmesi, savunmasını hazırlaması için yeterli süreye sahip olması, süjelerin deliller ve beyanlar hakkında bilgisinin bulunması olanaklarını kapsar.³⁰¹

²⁹⁷ *Kremzow v. Austria*, 21.09.1993, App. No. 12350/86, para.75. Bkz. İNCEOĞLU, Adil Yargılama Hakkı, s.221.

²⁹⁸ RAINEY/WICKS/OVEY, Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights, s.264; SCHABAS, The European Convention on Human Rights: A Commentary, s.288; REID, A Practitioners's Guide to ECHR, s.123.

²⁹⁹ İNCEOĞLU, Adil Yargılama Hakkı, s.221.

³⁰⁰ OKUYUCU ERGÜN, AİHM Kararları Işığında Silahların Eşitliği İlkesi, s.5

³⁰¹ AMBOS, Silahların Eşitliği, Çelişmeli Ön Soruşturma ve AİHS m.6, s.27.

bb. Silahların Eşitliği ve Dosya İnceleme Hakkı

AİHM, adil yargılanma hakkı yönünden muhakemeyi bütünsel olarak değerlendirdiğinden, soruşturma evresinde silahların eşitliği ilkesine aykırı olan ve ilerdeki aşamalarda giderilemeyen ihlaller nedeniyle, yani savunma hakkının çekirdek alanına dokunulduğu için hakkın ihlalinin kovuşturma evresinde telafi edilemeyeceği³⁰² durumlarda Sözleşme'nin 6.maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmaktadır.

Mahkeme, Sözleşme'nin 6.maddesinde açıkça zikredilmemiş olsa da, dosya inceleme hakkını adil yargılanma hakkının özünde bulunan bir parçası olarak görmektedir. Ne var ki, dosya inceleme hakkı mutlak bir hak olarak nitelendirilemez ve soruşturmanın selameti³⁰³, tanıkların korunması gibi kamusal menfaatler kesin surette soruşturmanın gizliliğini gerektirdiğinde sınırlandırılabilir. Fakat söz konusu sınırlandırmanın, yargılamanın dürüstlüğünü bütünüyle etkilenmemesi için, savunma makamına tanınan başka imkanlarla telafi edilmesi gerekir.³⁰⁴

AİHM kararlarında soruşturma evresinde dosya inceleme hakkı, özellikle tutuklu şüpheli ve müdafii yönünden 5.madde bağlamında ele alınmıştır. Buna karşın, konunun m.6/1 ve silahların eşitliği ekseninde değerlendirildiği³⁰⁵ kararlara da rastlanmaktadır. Bunlardan belki en önemlisi ise *Foucher v. France* kararıdır.

³⁰² AMBOS, Silahların Eşitliği, Çelişmeli Ön Soruşturma ve AİHS m.6, s.41.

³⁰³ AİHM, örneğin *Foucher v. France* kararında dolaylı olarak soruşturmanın selametinin dosyaya erişim hakkının sınırlandırılmasını gerektirebileceğini kabul etmiştir. Mahkemenin bu tutumu doktrinde eleştirilmektedir. Bkz. TRECHSEL, Human Rights in Criminal Proceedings, s.212.

³⁰⁴ FIORI, Disclosure of Information in Criminal Proceedings, s.150; REID, A Practitioner's Guide to ECHR, s.124.

³⁰⁵ TRECHSEL, Access to The File, s.345.

Foucher, kamu görevlisine hakaret iddiasıyla hakkında açılan soruşturmada, kendisini bizzat savunmaya karar vermiş; bunun için savcılıktan soruşturma dosyasını inceleme ve örnek alma isteminde bulunmuştur. Savcılık bu talebi, soruşturma dosyasının ancak müdafî aracılığıyla incelenebileceği gerekçesiyle reddetmiştir. Foucher, etkili bir savunma yapabilmesi açısından incelemesi zorunlu olan dosyaya erişim hakkının engellenmesinin Sözleşme'nin 6.maddesinin 1. ve 3.fikralarını ihlal ettiği gerekçesiyle konuyu AİHM önüne taşımıştır. Mahkeme, dosya inceleme hakkı konusundaki içtihadını şekillendirirken, adil yargılanma hakkının önemli bir unsuru olan silahların eşitliği ilkesi gereğince, savunma makamının, iddia makamına karşı dezavantajlı bir pozisyona düşmeden, görüşünü açıklama olanağı bulup bulamadığına bakmıştır. Buna göre, başvuru dosyasına erişimi ve dosyanın içindeki belgelerin örneğini alması kendisi hakkında hazırlanan resmi rapora itiraz edebilmesi yani yöneltilen suçlamaya karşı etkili bir savunma geliştirebilmesi açısından gereklidir. Dosyaya erişiminin söz konusu olmaması nedeniyle, 3.fıkıyla birlikte m.6/1'deki gerekliliklere aykırı olarak başvuru etkili bir savunma geliştirememiş ve silahların eşitliği ilkesi ihlal edilmiştir.³⁰⁶ AİHM, bu kararla müdafî olmayan şüpheliye de dosya inceleme hakkı tanımıştır.

Fakat müdafî dosyayı inceleyebilmesine karşın şüphelinin incelemesine izin verilmemesinin söz konusu olduğu *Kamasinski v. Austria* kararında daha pragmatik bir bakış açısı benimseyerek adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiştir.³⁰⁷ Halbuki müdafîinden ayrı olarak şüpheliye de dosya inceleme hakkının tanınması bir zorunluluktur. Ancak şüphelinin kendisi olayın gerçekte nasıl

³⁰⁶ *Foucher v. France*, 18.03.1997, App. No. 22209/93, para.31-36. Ayrıca bkz. TRECHSEL, Human Rights in Criminal Proceedings, s.212; GRABENWARTER, ECHR: Commentary, s.155.

³⁰⁷ *Kamasinski v. Austria*, 19.12.1989, App. No. 9783/82. Ayrıca bkz. RAINEY/WICKS/OVEY, Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights, s.291.

yaşandığını bilebilir, bu nedenle tanıkların beyanlarını yorumlayabilir veya diğer delillerin doğruluğunu değerlendirebilir. Müdafî ise suçlamaya konu olan olayın gerçekte nasıl yaşandığını bilemeyeceğinden bu olanaktan yoksundur.³⁰⁸

Rowe and Davis v. UK kararında, savcının bazı delilleri, soruşturma evresinden başlayarak kovuşturma evresinde de devam edecek şekilde savunma makamı ve hakime göstermemesi tartışılmıştır. AİHM, bir ceza yargılamasında birbirleriyle yarışan menfaatlerin söz konusu olabileceğini; tanıkların veya polisin gizli soruşturma metotlarının korunması ya da ulusal güvenlik gibi kamusal menfaatler bunu gerektirdiğinde bazı bilgilerin savunma makamından gizli tutulabileceğini, başka bir deyişle bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin veya önemli bir kamusal menfaatin korunması amacıyla belirli belgelerin savunma makamına gösterilmeyebileceğini; fakat savunma makamının içinde bulunduğu bu elverişsiz durumun ona tanınan başka usuli teminatlarla telafi edilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Buna göre, somut olayda iddia makamının hakimın görüşüne başvurmaksızın birtakım delil ve belgeleri savunma makamından gizlemesi ve kamu yararının neyi gerektirdiğine kendi başına karar vermesi, 6.maddenin 1.fikrasına ve dolayısıyla silahların eşitliği ilkesine aykırıdır.³⁰⁹

Bu kararlardan, AİHM'in, soruşturma evresinde dosya inceleme hakkının kısıtlanmasının silahların eşitliği ilkesini ihlal ettiği ve bu ihlalin yargılamanın dürüstlüğüne bütünüyle etkilediği sonucuna ulaştığı anlaşılmaktadır. Şüphelinin soruşturma dosyasına erişiminin engellenmesi, savunma makamını iddia makamı

³⁰⁸ TRECHSEL, Access to the File, s.345; TRECHSEL, Human Rights in Criminal Proceedings, s.230.

³⁰⁹ *Rowe and Davis v. United Kingdom*, 16.02.2000, App. No. 28901/95, para.61-63. Ayrıca bkz. OKUYUCU ERGÜN, Soruşturmanın Gizliliği, s.258; RAINEY/WICKS/OVEY, Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights, s.264; GRABENWARTER, ECHR: Commentary, s.138.

karşısında dezavantajlı bir konuma getirmektedir. Özellikle tahkik sistemi geleneğinden gelen Kıta Avrupası'nda, soruşturma evresinin bulgularının kovuşturma evresini şekillendirdiği göz önünde bulundurulduğunda, soruşturma dosyasını inceleme hakkı kısıtlanan bir şüphelinin kendisini etkili bir biçimde savunamayacağı söylenebilir.³¹⁰ Her şeyden önce teleolojik olarak, bir anlamda muhakemenin sonucunu belirleyen soruşturma evresinin bulgularına şüphelinin doğrudan doğruya etki edebilmesi için, silahların eşitliği ilkesinin mümkün olduğunca soruşturma evresinde de dikkate alınması zorunludur.³¹¹

d. AİHS m.6/3 ve Dosya İnceleme Hakkı

Sözleşme'nin 6.maddesi 3.fıkrası bentlerinde sayılan haklar, adil yargılanma hakkının çeşitli görünümelerini teşkil etseler de, özü itibariyle bu hakların bütünsel olarak adil yargılanmayı güvence altına alma veya onun gerçekleştirilmesine katkı sağlama amacına yöneldiği belirtilmelidir. Bu itibarla bir yargılama sürecinde 3.fıkradaki haklarının ihlal edildiğini öne süren bir başvuruçunun söz konusu şikayeti çoğunlukla 1.fıkra ile bağlantılı olarak incelenmektedir.³¹²

aa. Madde 6/3-a

AİHS m.6/3-a, *“bir suç ile itham edilen herkesin, kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilme hakkına sahip olduğunu”* belirtmektedir. Bu cümle, Sözleşme'nin, ancak tutuklu bir kişi hakkında uygulanabilecek, 5.maddesinin 2.fıkrasını hatırlatmaktadır. Yine de m.6/3-a'nın daha geniş bir koruma alanının bulunduğu

³¹⁰ FIORI, Disclosure of Information in Criminal Proceedings, s.153.

³¹¹ AMBOS, Silahların Eşitliği, Çelişmeli Ön Soruşturma ve AİHS m.6, s.26.

³¹² REID, A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights, s.121.

söylenmelidir; çünkü söz konusu madde tutuklu olmayan şüpheli bir kimse hakkında da uygulanabilir.³¹³

Sözleşme'nin 6.maddesinin 3.fıkrasının a ve “bir suç ile itham edilen kişinin savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmasını” öngören b bentleri birbirleriyle bağlantılıdır.³¹⁴ AİHM'e göre, kişinin “kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden haberdar edilme hakkı”, “savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı”nın ışığında değerlendirilmelidir. Bir kişinin kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebi hakkında bilgi sahibi olamaması, onun savunmasını düzgün bir biçimde hazırlayabilmesine de engel oluşturur.³¹⁵ Savunma makamının, suçlamanın niteliği ve sebebi hakkında ayrıntılı biçimde bilgilendirilmiş olması, yargılamanın adil kabul edilebilmesinin önkoşuludur.³¹⁶

Suçlamanın niteliği ve sebebiyle ilgili olarak verilecek bilginin, ayrıntılı olması gerekir; fakat söz konusu ayrıntının derecesini muhakemenin hangi evrede bulunduğu belirleyecektir. Her halükarda itham edilen kişinin, suçlamanın kapsamını anlayabilmesi ve etkili bir savunma hazırlayabilmesi bakımından yeterli ölçüde bilgilendirilmesi zorunludur. Soyut ve genel nitelikteki bir bilgilendirmenin, savunmanın hazırlanmasını kolaylaştıracağı düşünülemez.³¹⁷

Bu noktada, yeniden, şüphelinin kendisine atfedilen suçlamanın niteliği ve sebebi hakkında bilgilendirilme hakkı ile soruşturmanın selameti yani soruşturmanın

³¹³ FIORI, Disclosure of Information in Criminal Proceedings, s.124.

³¹⁴ SCHABAS, The European Convention on Human Rights: A Commentary, s.308.

³¹⁵ REID, A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights, s.125.

³¹⁶ *Pellissier and Sassi v. France*, 25.03.1999, App. No. 25444/94, para.54.

³¹⁷ *Mattoccia v. Italy*, 25.07.2000, App. No. 23969/94, para.60. Bkz. REID, A Practitioner's Guide to ECHR, s.172.

gizli yürütülmesindeki kamusal menfaat karşı karşıya gelmektedir. Soruşturma evresinde suç işlediğinden şüphelenilen kişi hakkında birtakım araştırmalar yapılmaktadır; fakat soruşturmanın sonunda bu şüphelinin asılsız olduğu kanaatine varılabilir, şüpheli hakkında iddianame düzenlenmeyebilir. Bir görüşe göre, itham iddianamenin düzenlenmesiyle başlar yani bir suç ile itham edilen kişi, hakkında iddianame düzenlenmiş olan kişidir. Dolayısıyla bu kişiyi suçlamanın niteliği ve sebebi hakkında bilgilendirme zorunluluğu da iddianamenin düzenlenmesiyle birlikte başlamaktadır; böylece soruşturmanın selameti de zarar görmeyecektir. Şüpheli, soruşturma evresinin sonuna kadar kendisi hakkında yürütülen araştırmalardan haberdar olabilir. Bu görüş, özellikle de tahkik sistemi geleneğinden gelen ve soruşturma evresinin muhakemenin sonucunu şekillendirdiği Kıta Avrupası hukuklarında, şüphelinin savunmasını hazırlayabilmek için “gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkını” tamamen gözardı etmektedir.³¹⁸ Oysa ki, suçlamanın niteliği ve sebebi hakkında ayrıntılı bilgilendirme, dosyaya ilişkin bilgiyi de içermektedir.³¹⁹

Suçlamanın niteliği ve sebebi hakkında olabildiğince erken bir zamanda haberdar olma hakkı, şüphelinin gafil avlanmaktan korunmasını sağlamaktadır. Yargılamanın dürüstlüğünü bütünüyle etkileyecek bir gizlilik içinde, soruşturma organlarıyla karşı karşıya kalmamak için şüpheli soruşturmanın başından itibaren yeterli ve geniş kapsamlı olarak bilgilendirilmek zorundadır. Bu nedenle,

³¹⁸ Bkz. FIORI, Disclosure of Information in Criminal Proceedings, s.158. Trechsel, bu görüşten biraz ayrılmaktadır. Ona göre de, m.6/3-a’da söz edilen bilgilendirmeye kastedilen iddianamedir. Fakat bu, muhakemenin iddianame düzenlenmeden önceki aşamalarında şüphelinin soruşturma hakkında hiçbir bilgi edinmeyeceği şeklinde yorumlanamaz. İsnatla değil dosyaya erişimle ilgili olan bu hak, m.6/3-b bendinde söz edilen kolaylıklardan biri olarak anlaşılmalıdır. Bkz. TRECHSEL, Human Rights in Criminal Proceedings, s.200.

³¹⁹ FIORI, Disclosure of Information in Criminal Proceedings, s.164; AMBOS, Silahların Eşitliği, Çelişmeli Ön Soruşturma ve AİHS m.6, s.30.

bilgilendirme yükümlülüğü iddianamenin düzenlenmesiyle değil, soruşturma makamları somut nedenlere dayanarak bir kimseden şüphelenmeye ve o kişi hakkında araştırma yapmaya başladıklarında doğmaktadır. Şüphelinin söz konusu haklarını kötüye kullanarak soruşturmayı başka şekilde yönlendireceğinden çekiniliyorsa ve bu çekince somut nedenlere dayanıyorsa, bilgilendirme her halükarda daha sonraya kalabilir.³²⁰

Özetle, şüphelinin “kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilme hakkı”, soruşturma evresinde dosya inceleme hakkı biçiminde tezahür etmektedir.

bb. Madde 6/3-b

AIHS m.6/3-b³²¹, “*bir suç ile itham edilen herkese, savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkını*” vermektedir. Önceki kısımda da bahsedilen ve bu konuda öncü olma niteliğini taşıyan *Can v. Austria* kararında, söz konusu hükmün anlamı belirlenmeye çalışılmıştır. Komisyon’a göre, bir suçla itham edilen kişi, savunmasını uygun ve kısıtlanmamış bir biçimde geliştirebilme olanağına sahip olmalıdır; bu ise, ancak, kişinin soruşturma evresinde de kendi tezlerini ortaya koyabilmesi ve muhakemenin akışına etki edebilmesiyle mümkündür. AIHS m.6/3-b, savunmanın hazırlanması için gerekli olan her türlü kolaylığı kapsamaktadır.³²²

Savunmanın hazırlanmasındaki kolaylıklardan, belki de en faydalı olanı, şüpheliye dosya inceleme hakkının tanınmasıdır.³²³ Etkili bir savunma geliştirebilme

³²⁰ AMBOS, Silahların Eşitliği, Çelişmeli Ön Soruşturma ve AIHS m.6, s.28.

³²¹ AIHS m.6/3-b bendinin genellikle m.6/3-c bendiyle bağlantılı olarak değerlendirildiği ve doğrudan m.6/3-b’nin ihlal edildiğine hükmedilen sadece birkaç kararın bulunduğu hakkında bkz. RAINEY/WICKS/OVEY, Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights, s.291.

³²² *Can v. Austria*, 12.07.1984, App. No. 9300/81, para.53.

³²³ TRECHSEL, Human Rights in Criminal Proceedings, s.222.

olanağına sahip olması açısından, şüphelinin yalnızca suçlamanın niteliği ve sebebi hakkında bilgilendirilmiş olması yetmez; ayrıca söz konusu suçlamanın dayanağını teşkil eden materyaller yani soruşturma dosyası hakkında da bilgi sahibi olması kaçınılmazdır.³²⁴

Jespers v. Belgium kararında, savcılıkça, polis tarafından yazılan birtakım raporları, üçüncü kişiler tarafından gönderilen mektup ve bazı belgeleri içeren “ikinci bir gizli dosya” oluşturulması ve başvurusunun söz konusu delillere erişememesi hususu tartışılmıştır. Bu hususta Komisyon’un cevaplamak zorunda kaldığı en büyük soru, savcılığın birtakım belgeleri gizlemesinin, şüphelinin m.6/1 (silahların eşitliği) ve m.6/3-b’de öngörülen haklarını ihlal edip etmediği olmuştur. Komisyon’a göre, şüphelinin savunmasını hazırlamak için sahip olduğu kolaylıklar, soruşturma evresinin başından beri ele geçirilen bütün dökümanlardan haberdar olma olanağını da içermektedir. Sözleşme’de açıkça yer almasa da, m.6/3-b hükmünden şüphelinin soruşturma dosyasını inceleme hakkına sahip olduğu sonucuna ulaşılabilir. Hükümde söz edilen “kolaylıklar”, muhakemenin belirli bir evresiyle sınırlandırılmaz; soruşturma evresinde de m.6/3-b uygulama alanı bulur. Soruşturma organlarının topladığı, şüphelinin kendisini suçlamadan kurtaracağını düşündüğü ilgili bütün materyaller yani genel anlamıyla soruşturma dosyası, şüphelinin inceleyebilmesi için hazır bulundurulmalıdır.³²⁵

Jespers v. Belgium kararı, soruşturma dosyasını inceleme hakkı mevzubahis olduğunda, silahların eşitliği ilkesinin ve m.6/3-b hükmünün birbirini tamamladığını

³²⁴ TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, s.222,228; FIORI, *Disclosure of Information in Criminal Proceedings*, s.129; SCHABAS, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, s.309.

³²⁵ *Jespers v. Belgium*, 14.12.1981, App. No. 8403/78, para.52-58.

göstermektedir. Komisyon, silahların eşitliği ilkesinin yalnızca m.6/1 hükmüne dayandırılmayacağını, ayrıca 3.fikra özellikle de b bendinden de türetilbileceğini belirtmektedir.³²⁶

cc. Madde 6/3-c

AİHS m.6/3-c, “bir suç ile itham edilen herkesin, kendisini bizzat savunma veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanma hakkına sahip olduğunu” belirtmektedir. Bir suçla itham edilen kişinin, bir müdafinin yardımından yararlanması, kendisinin etkili bir savunma geliştirebilmesini sağlayacaktır.

İlgili hüküm, yukarıda bahsedilen m.6/3-b bendiyle örtüşmektedir. *Campbell and Fell v. UK* kararında ortaya konulduğu gibi, bir müdafinin yardımından yararlanmak, b bendinde sözü edilen kolaylıklardan birisidir.³²⁷ Ayrıca m.6/3-c'nin uygulama alanının oldukça geniş olduğu söylenmelidir; şüpheli/sanık muhakemenin her evresinde müdafinin yardımından yararlanabilir.³²⁸ AİHM, soruşturma evresinin bulgularının muhakemenin sonucunu şekillendirdiğinin altını önemle çizerek, şüphelinin bu evredeki kırılğan pozisyonunu doğrulamaktadır. Bu kırılğanlığı dengeleyebilecek, telafi edebilecek en iyi yol ise bir müdafinin yardımından yararlanmaktır.³²⁹ Müdafinin yardımından yararlanma hakkı zorunlu olarak, şüphelinin leh ve aleyhindeki delillere erişimi yani soruşturma dosyasını inceleme hakkını da

³²⁶ TRECHSEL, Human Rights in Criminal Proceedings, s.223; FIORI, Disclosure of Information in Criminal Proceedings, s.160.

³²⁷ *Campbell and Fell v. United Kingdom*, 28.06.1984, App. No. 7819/77, para.99. Ayrıca bkz. REID, A Practitioner's Guide to ECHR, s.125.

³²⁸ *Can v. Austria*, 12.07.1984, App. No. 9300/81, para.54. Bkz. REID, A Practitioner's Guide to ECHR, s.187.

³²⁹ *Salduz v. Turkey*, 27.11.2008, App. No. 36391/02, para.54. Bkz. SCHABAS, The European Convention on Human Rights: A Commentary, s.310; REID, A Practitioner's Guide to ECHR, s.188.

içermektedir.³³⁰ AİHM'e göre, Sözleşme'de öngörülen haklar “teorik ve hayali değil, onları etkili ve pratik kılacak şekilde” yorumlanmak zorundadır.³³¹

Ceza muhakemesinde müdafinin ikili bir rolü vardır. Birincisi, müdafinin denetsel rolüdür. Müdafinin, muhakeme boyunca şüpheli/sanığın haklarına saygı gösterilmesini sağlamaya çalışır; bilgi ve tecrübesini bunun denetimi için kullanır. İkincisi ise daha aktif bir roldür. Müdafinin, etkili bir savunma geliştirebilmek için muhakemenin akışına ve sonucuna tesir etmeye çalışır. Bu noktada şu sorular gündeme gelmektedir: Eğer müdafinin rolü sadece şüpheli/sanığın haklarına saygı gösterilip gösterilmediğinin denetimiyle sınırlandırılırsa, etkili bir savunma yapıldığından söz edilebilir mi? Müdafinin muhakemenin akışına ve sonucuna etki edebilmesi bakımından suçlamanın dayanağını oluşturan delillere erişim, genel olarak dosyayı inceleme hakkı olmazsa olmaz bir koşul (*condicio sine qua non*) mudur?³³²

Bu itibarla, şüpheli, müdafinin yardımından pratik ve etkili bir biçimde yararlanma hakkına sahiptir. Müdafinin savunmasının etkili olması ise onun muhakemenin akışına ve sonucuna tesir edebilmesiyle ilgilidir. Soruşturma evresinde, müdafinin muhakemenin akışına ve sonucuna tesir edebilmesi, ancak soruşturma dosyasını inceleme hakkına sahip olmasıyla mümkündür. Sonuç olarak, müdafinin soruşturma dosyasını incelemesiyle şüpheli, müdafinin yardımından fiilen ve gerçekten yararlanabilmektedir.³³³

³³⁰ FIORI, Disclosure of Information in Criminal Proceedings, s.160.

³³¹ *Artico v. Italy*, 13.05.1980, App. No. 6694/74, para.33.

³³² FIORI, Disclosure of Information in Criminal Proceedings, s.161.

³³³ FIORI, Disclosure of Information in Criminal Proceedings, s.162.

B. Kişi Özgürlüğü ve Güvenlik Hakkı Bakımından (AİHS m.5/4)

Soruşturma dosyasını inceleme hakkı, şüphelinin tutuklu olup olmamasından bağımsızdır. CMK'nın 153.maddesinde müdafinin dosyayı inceleme hakkı yönünden şüphelinin tutuklu veya tutuksuz olmasına göre bir ayırım yapılmamaktadır.³³⁴ Bununla beraber şüphelinin tutuklu olduğu hallerde bu tedbirin uygulanmasına karşı savunma geliştirilebilmesi amacıyla dosya içeriğinden olabildiğince erken ve kapsamlı bilgi sahibi olunması, soruşturmanın amacının tehlikeye düşmesine nazaran daha önemlidir.³³⁵ Gerçekten soruşturma evresinde uygulanan ve içlerinde kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması sonucunu doğurması nedeniyle en önemlisi tutuklama olan koruma tedbirleri, şüphelinin, AİHS ve Anayasa'da güvence altına alınan haklarına ağır bir müdahale teşkil etmektedir. Bu bağlamda, Sözleşme'nin 5.maddesinin 4.fıkrası tutuklu şüpheliye, tutukluluğunun hukuka uygunluğunun yargısal yoldan denetlenmesini isteme hakkı tanımıştır. Bu hükme göre, *“yakalanması veya tutuklanması nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılan herkes, özgürlüğün sınırlanmasının kanuna uygunluğu hakkında kısa bir sürede karar verme ve durum kanuna aykırı görüldüğünde salıverilmesine karar verilmesi için bir yargı organına başvurma hakkına sahiptir”*. Tutuklu şüpheli ve müdafininin soruşturma dosyasını inceleme hakkı, tutukluluğun hukuka uygunluğunun denetlenebilmesi bakımından bir hukuk devletinde vazgeçilmesi mümkün olmayan haklardan biri olarak nitelendirilmektedir. AİHM de aşağıda incelenecek olan kararlarında, tutuklu olan şüphelinin dosyayı inceleme hakkını, doğrudan adil yargılanma hakkına değil, kişi özgürlüğü ve güvenlik hakkına dayandırmış; soruşturma işlemlerinin düzgün

³³⁴ Bkz. ERDEM, Tutuklu Sanık Bakımından Hazırlık Soruşturması Dosyasını İnceleme Hakkı, s.68.

³³⁵ Bkz. ERDEM, Tutuklu Sanık Bakımından Hazırlık Soruşturması Dosyasını İnceleme Hakkı, s.69.

işlemedeki kamusal menfaat ve şüphelinin savunma hakkı arasındaki çatışmayı, şüpheli lehine çözmüştür.³³⁶

Lamy v. Belgium kararında, tutuklu bulunan başvuru kendisinin ve müdafinin, tutuklanmasından sonraki ilk 30 gün boyunca soruşturma dosyasını inceleyemediğini; özellikle tutuklamanın dayanağını teşkil eden sulh ceza hakimi ve kolluk raporlarını inceleme ve bu belgelerde yer alan yorum ve tespitlere karşı koyma olanağına sahip olmadığını iddia etmiştir. AİHM'e göre, soruşturma dosyasında bulunan ve tutukluluğun hukuka uygunluğuna karşı tez geliştirilebilmesi bakımından önem arz eden belgelere müdafinin erişimi zorunludur; aksi takdirde yargılamada silahların eşitliğinin gerçekleştirildiğinden söz edilemez.³³⁷ Mahkeme, söz konusu durumun müdafinin etkili bir savunma yapmasını engellediğini, çünkü hakim tutukluluğun devamına veya şüphelinin serbest bırakılmasına karar verdiği bu kritik aşamada, müdafinin önemli birtakım ifadeleri inceleme olanağına sahip olmadığını belirterek, m.5/4'ün ihlal edildiğine hükmetmiştir.³³⁸

Garcia Alva v. Germany kararına konu olayda savcılık, kolluk ifadesi, sulh ceza hakimi önündeki sorgu, arama tutanağı ve tutuklama kararının birer örneği dışında, müdafinin soruşturma dosyasında yer alan diğer belgelere erişimini, bunun yürütülen soruşturmanın amacını tehlikeye düşüreceği gerekçesiyle reddetmiştir. Ardından müdafinin, belgelere erişiminin tutukluluğa itiraz edebilme bakımından zorunlu olduğunu belirterek dosya inceleme talebini yinelemiştir; savcılık bu talebi tekrar

³³⁶ ERDEM, Tutuklu Sanık Bakımından Hazırlık Soruşturması Dosyasını İnceleme Hakkı, s.69.

³³⁷ *Lamy v. Belgium*, 30.03.1989, App. No. 10444/83, para.29. Ayrıca bkz. ERDEM, Tutuklu Sanık Bakımından Hazırlık Soruşturması Dosyasını İnceleme Hakkı, s.70; TRECHSEL, Access to the File, s.351.

³³⁸ *Lamy v. Belgium*, 30.03.1989, App. No. 10444/83, para.29. Ayrıca bkz. OKUYUCU ERGÜN, Soruşturmanın Gizliliği, s.258; TRECHSEL, Human Rights in Criminal Proceedings, s.232.

reddetmiştir. Sulh ceza hakimi başvuruçunun tutukluluğunun devamına karar vermiş ve bu kararını başvuruçunun müdafinin incelemesine izin verilmeyen ifadelere dayandırmıştır. AİHM, tutukluluğun hukuka uygunluğunun denetlendiği yargılamalarda da çelişme ve silahların eşitliği ilkesinin geçerli olduğunu belirtmektedir. Ancak soruşturma dosyasında bulunan ve tutukluluğun hukuka uygunluğuna karşı tez geliştirilebilmesi bakımından savunma makamının incelemesinin zorunlu olduğu belgelere erişim imkanı tanınmazsa, silahların eşitliği ilkesine saygı gösterildiğinden söz edilemez. Tutukluluğun kişiyi özgürlüğünden mahrum bırakmak gibi kritik bir etki doğurduğu göz önüne alındığında, m.5/4 kapsamındaki yargılamalar da adil yargılanma hakkının temel gerekliliklerini karşılamalı; özellikle tutuklu şüpheli soruşturma dosyasındaki belirlemeler hakkında bilgi sahibi olmalı ve kendisine bunlar hakkında yorum yapma olanağı gerçekten tanınmalıdır. Somut olayda, başvuruçunun tutukluluğunun devamına karar verilmesinin temel dayanağını oluşturan soruşturma belgelerine müdafî erişemediği için, savunma makamı şüphelinin tutukluluğuna karşı tez geliştirebilme olanağından yoksun bırakılmıştır. Mahkeme, soruşturmanın amacına ulaşabilmesi için etkili bir biçimde yürütülmesi gereğinin bilincindedir; şüphelilerin delilleri karartmaması ve adaletin işleyişinin engellenmemesi için soruşturma evresinde toplanan bazı bilgiler gizli tutulabilir. Fakat bu meşru amaç, savunma makamının haklarının ciddi biçimde kısıtlanması pahasına güdülemez. Tutukluluğun hukuka uygunluğunun değerlendirilmesi bakımından zorunlu olan bilgilere, şüphelinin müdafinin erişimi sağlanmalıdır. Bu nedenle, somut olayda m.5/4 ihlal edilmiştir.³³⁹

³³⁹ *Garcia Alva v. Germany*, 13.02.2001, App. No. 23541/94, para.39-43. Ayrıca bkz. OKUYUCU ERGÜN, Soruşturmanın Gizliliği, s.259; TRÉCHSEL, Access to the File, s.352; GRABENWARTER, ECHR: Commentary, s.95. Benzer kararlar için bkz. *Schöps v. Germany*, 13.02.2001, App. No.

Lietzow v. Germany davasında da, başvuru dosyasında bulunan belgelere erişim talebi, savcılıkça, devam eden, son derece karmaşık ve çok sayıda başka şüpheliyi de kapsayan soruşturmanın amacına ulaşması yönünden bir tehlike doğabileceği gerekçesiyle reddedilmiştir. Mahkeme, soruşturma işlemlerinin düzgün bir şekilde gerçekleştirilmesi gereğinin farkındadır; dolayısıyla soruşturma evresinde ele geçirilen materyallerin bir kısmının, şüphelinin delilleri karartması ve adaletin işleyişine zarar vermesinin önlenmesi amacıyla, gizli tutulmasının söz konusu olabileceğini kabul etmektedir. Fakat bu meşru amaç, savunma makamının haklarının ciddi biçimde kısıtlanması pahasına güdülemez. Bu nedenle, bir kişinin tutukluluk durumunun hukuka uygunluğunun değerlendirilmesi bakımından zorunlu olan bilgilere müdafinin erişiminin sağlanması gerekir. Başvuru, soruşturma dosyasında bulunan ve tutukluluğa dayanak gösterilen bazı kişilerin ifadelerine erişemediği için, tutukluluk durumuna karşı etkili bir savunma geliştirememiştir, bu ise m.5/4'ün ihlali anlamına gelmektedir.³⁴⁰

Bu noktada, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru yolunda ele aldığı benzer bir karara değinilmesi faydalı olacaktır. *Yavuz Pehlivan ve Diğerleri* kararında, Anayasa Mahkemesi, AİHM'in tutukluluğa esas teşkil eden delilin savunma makamına gösterilmemesiyle ilgili içtihadını benimsemiş gözükmektedir. Mahkemeye göre, “*Somut olayda başvuru sahiplerine isnat edilen suçlamalara dayanak olarak gösterilen deliller, başvuru sahiplerinde bulunan deliller değil, üçüncü kişilerde ele geçirilen dijital materyaller olup, soruşturma ve kovuşturma sürecinde yargılama*

25116/94, para. 50-55; *Mooren v. Germany*, 09.07.2009, App. No. 11364/03, para. 121-125; *Nikolova v. Bulgaria*, 25.03.1999, App. No. 31195/96, para.63-64.

³⁴⁰ *Lietzow v. Germany*, 13.02.2001, App. No. 24479/94, para.47-48. Ayrıca bkz. DUTERTE, Gilles, Avrupa İnsan Hakları Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Strasbourg 2003, s.138; TRECHSEL, Human Rights in Criminal Proceedings, s.233.

makamlarının tutuklu yargılanan başvuruculara tutuklu buldukları süre boyunca bu delilleri incelemelerine ve teknik inceleme yapturmalarına izin vermedikleri görülmektedir. Başvurucuların, tutukluluğun yasallığına etkili bir şekilde itiraz edebilmek için temel öneme sahip dijital materyaller ve belgelerin içeriği ile ilgili yeterli bilgiye ve ayrıca ilgili dijital materyaller hakkında teknik inceleme yapma imkânına sahip olmadıkları ve bu nedenle de silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.”³⁴¹

Yukarıdaki üç kararda da şüpheliler tutukludur ve bu durumun hukuka uygunluğunu değerlendirecek olan mahkemeye soruşturma dosyasının tamamı sunulmuş olmasına karşın, şüpheli ve müdafinin dosyanın incelenmesi olanağı tanınmamıştır. AİHM’e göre, m.5/4, tutuklu şüphelinin ve müdafinin, tutukluluğun hukuka uygunluğunun denetimi bakımından önem arz eden bütün materyallere erişimini zorunlu kılmaktadır. Söz konusu materyaller, “mahkemenin kararını dayandırdığını düşündüğü olgu ve delillerle” sınırlandırılmaz; savcılık tarafından sulh ceza yargıcına sunulan diğer tüm belgeleri de içerir yani soruşturma dosyasının tamamını kapsar.³⁴² Mahkeme, bazı bilgilerin savunma makamından gizli

³⁴¹ AYM, *Yavuz Pehlivan ve Diğerleri*, T.9.7.2015, No. 2013/2312, para.80.

³⁴² ERDEM, *Tutuklu Sanık Bakımından Hazırlık Soruşturması Dosyasını İnceleme Hakkı*, s.92. Tutuklama talebinde bulunan savcılık tüm dosya içeriğini kararı verecek yargıca göndermeli; savcılık ve yargıcın bilgi kaynakları aynı olmalıdır. Eğer savcı, dosya içeriğini gizli tutmak istiyorsa, bunları tutuklama kararı verecek olan yargıca da sunmamalıdır. Tutuklama kararı verecek olan sulh ceza yargıcına sunulmamış olan hiçbir delilin tutuklama veya tutukluluğun devamına ilişkin karara dayanak oluşturması mümkün değildir. Gerçi savcılık, dosyadaki bazı delillerin bir taraftan şüphelinin soruşturmaya konu suçu işlediği konusunda kuvvetli şüpheye dayanak olması açısından önem taşıdığını, ancak diğer taraftan bu delillerin sulh ceza yargıcına sunulmasının sürmekte olan soruşturmada elde edilecek sonuçların tehlikeye düşmesi sonucuna yol açabileceğini düşünebilir. Bu durumda savcılık, eğer “diğer deliller” şüphelinin tutuklanması için yeterli ise, tutuklamayı talep ederken olabildiğince bu delillere dayanma yoluna gitmeli; aksi takdirde şüphelinin tutuksuz olarak yargılanması sağlanmalıdır. Çünkü soruşturma dosyasını inceleme hakkının engellenmesi, incelenmesi yasaklanan deliller için tutuklama bakımından değerlendirme yasağı oluşturur. Ayrıca bkz. ERDEM, *Tutuklu Sanık Bakımından Hazırlık Soruşturması Dosyasını İnceleme Hakkı*, s.100-101. Savcılık, şüphelinin tutukluluğuna dayanak teşkil edebilecek fakat savunma makamının öğrenmesi halinde soruşturmanın amacının tehlikeye düşeceği belgeleri, tutukluluk isteminde bulunduğu sulh ceza hakimine sunmayarak aslında bir risk üstlenmektedir. Bu ihtimalde sulh ceza hakimi sunulan belgelerin şüphelinin tutuklanması bakımından yeterli olmadığına karar verebilir. Ancak şüphelinin soruşturma dosyasının

tutulabileceğini ve soruşturma işlemlerinin düzgün bir biçimde gerçekleştirilebilmesi gereğini kabul etmektedir. Fakat bu meşru amaç, savunma makamının haklarının özüne dokunulması sonucunu doğurmamalıdır; tutuklama kararının dayanağını oluşturan deliller ve hatta bu delillerin nasıl değerlendirildiği hakkında da bilgi sahibi olma olanağı verilmelidir. Bu bağlamda, AİHM'e göre, tutukluluğun hukuka uygunluğuna karşı bir tez geliştirilebilmesi için soruşturma dosyasının içeriği hakkında bilgi edinilmesi zorunlu ise, daha kapsamlı ve sınırsız bir dosya inceleme hakkı sağlanmalıdır.³⁴³

Sonuç olarak, soruşturma dosyasını inceleme hakkı, hem şüpheliye hem de müdafine muhakemenin başlangıcından itibaren, yani kişinin cezai bir isnatla karşı karşıya kaldığı, tutuklandığı veya herhangi bir şekilde hukuki durumunun önemli ölçüde etkilendiği andan itibaren tanınmalıdır. Delillerin tahrip edilmesi veya yok edilmesi böylece soruşturmanın amacının tehlikeye düşürülmesi ihtimali, elbette ki dikkate alınmalıdır. Özellikle soruşturma makamlarının niyet ve planlarının gizli kalması zorunludur. Ancak şüphelinin tutuklandığı andan itibaren, delillerin tahrip veya yok edilme tehlikesi de azalacağından soruşturma dosyasını inceleme hakkının sınırlandırılmaması düşünülebilir. Bununla beraber, şüpheli ve müdafiyeye dosya inceleme hakkının tanınması ile maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi koşullarının korunması arasındaki çatışmanın çözümünün hiçbir şekilde kolay olmadığı belirtilmelidir.³⁴⁴

içeriği hakkında bilgi sahibi olması, serbest kalmasına nazaran daha büyük tehlike arz ediyorsa savcılık bu yolu tercih etmelidir. TRECHSEL, Access to the File, s.353.

³⁴³ Bkz. ERDEM, Tutuklu Sanık Bakımından Hazırlık Soruşturması Dosyasını İnceleme Hakkı, s.94.

³⁴⁴ TRECHSEL, Human Rights in Criminal Proceedings, s.235.

4. Mağdur, Suçtan Zarar Gören ve Vekilin Dosya İnceleme Hakkı

Mağdur, suçtan zarar gören ve vekilin dosya inceleme hakkı, soruşturmanın hukuka uygun biçimde yürütülüp yürütülmediği hakkında fikir sahibi olmak bakımından önemlidir. Böylelikle bu süjeler de, toplanan ve toplanması gereken delilleri öğrenebilir ve toplanmasını istedikleri delilleri savcılık makamına bildirerek soruşturmaya yön verebilirler. Ayrıca kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiği takdirde, bu karar karşı başvuru yapabilmek açısından da dosya içeriğini bilmek gerekmektedir.³⁴⁵

A. Mağdur ve Suçtan Zarar Görenin Dosya İnceleme ve Örnek Alma Hakkı

Ceza Muhakemesi Kanunu m.234/1-a-2'ye göre, “mağdur ve şikayetçi³⁴⁶, soruşturma evresinde *soruşturmanın gizlilik ve amacını bozmamak koşuluyla*

³⁴⁵ TANER, Çelişme ve Silahların Eşitliği, s.214. Mülga CMUK'ta soruşturma evresinde mağdur, suçtan zarar gören ve vekile dosya inceleme hakkı tanınmamıştır. Bu nedenle, o dönemde sayılan süjelerin soruşturmaya yön vermeleri veya savcılıktan çeşitli taleplerde bulunmaları imkansızdı. Zira söz konusu süjeler bu durumda kendilerine kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiği veya kamu davası açıldığı bildirilene kadar, soruşturmanın gidişatından bilgi sahibi olamıyor ve toplanmasını istedikleri delilleri savcılığa bildiremiyorlardı. Bkz. TANER, Çelişme ve Silahların Eşitliği, s.227.

³⁴⁶ Suçun mağduru (pasif süje), ceza normu tarafından korunan ve suç tarafından ihlal edilen, yani suçun hukuki konusunu oluşturan hukuki varlık veya menfaatin sahibi veya hamilidir. Şikayet, işlenen bir suçla ilgili olarak soruşturma ve kovuşturma başlatılmasının bu konuda yetkili olan kimsenin başvurusuna bağlanmasıdır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, şikayet hakkına sahip olan kimseyi göstermek için, 73.maddesinde “yetkili kimse” ve “suçtan zarar gören” ibarelerini kullanırken, özel hükümlerinde bazen “mağdurun şikayetinden” söz etmekte, bazen de “şikayet üzerine” demektedir. Şikayet hakkının niteliğine uygun olarak bu yetkinin suçun pasif süjesine veya mağdura, yani suçun varlığı için ihlali zorunlu olan varlık veya menfaatin sahibi veya hamiline ait olduğunu kabul etmek gerekir. Bkz. TOROSLU, Nevzat/TOROSLU, Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2016, s.112, 478. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda “mağdur” ve “şikayetçi” kavramları kullanılırken özenli davranılmamıştır. Mağdur ile müşteki, yani şikayetçi, suçla ihlal edilen ve ceza ile korunan hukuki değer veya menfaatin hamili kişidir. Kanun, bazı suçlarda, mağdur denen bu kişiye, suçun takip edilebilmesi için şikayette bulunma hakkı tanımıştır. Örneğin, basit yaralama suçunda “mağdurun şikayeti üzerine”; hakaret suçunda “suçun soruşturulması ve kovuşturulması mağdurun şikayetine bağlıdır” hükümleri bu savı doğrulamaktadır. Bkz. HAFIZOĞULLARI, Zeki, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Davanın ve Cezanın Düşürülmesi”, Ankara Barosu Dergisi, S.64, 2006/3, s.31. Aynı yönde bkz. GÜNGÖR, Devrim, 5237 ve 5271 Sayılı Kanunlar Işığında Şikayet Kurumu, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s.43 vd. Bu bağlamda, şikayet hakkına sahip olan kişi daima suçun mağduru olduğundan, mağdur ve şikayetçi farklı kavramları ifade ediyormuşçasına bu kişilerin ayrı ayrı belge örneği isteme haklarından söz edilmesi hatalıdır.

Cumhuriyet savcısından belge örneği isteme hakkına sahiptir.” Mağdurun örnek alma hakkı “soruşturmanın gizlilik ve amacını bozmama” koşuluna bağlanmıştır. Bu durumda mağdur için de örnek alma hakkının kısıtlanabileceğini kabul etmek gerekmektedir.³⁴⁷

Mağdur ve suçtan zarar görenin³⁴⁸ soruşturma evresinde dosya içeriğindeki belgeleri ve elkonulmuş veya muhafaza altına alınmış olan delilleri inceleme hakkı CMK’da açıkça düzenlenmemiştir.

Yazı İşleri Hizmetleri Yönetmeliği m.137/5’e göre, “*mağdur, şikayetçi, suçtan zarar gören ve bunların vekilleri, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini fiziki ya da elektronik ortamda harçsız olarak alabilir.*” Yönetmelik’te de elkonulmuş veya muhafaza altına alınmış delillerin incelenmesiyle ilgili bir açıklık yoktur. Bu hak soruşturma evresinde mağdur ve suçtan zarar görene tanınmamıştır. Bu kişilerin vekilleri delilleri inceleme hakkına sahiptir (CMK m.234/1-a-4).

Yönetmelik m.137’de esas olarak şüpheli ve müdafinin hakları gösterilmiş; “mağdur, suçtan zarar gören ve vekillerinin de bu haklardan yararlanabileceği” belirtilmiştir. Bu bağlamda, mağdur, suçtan zarar gören ve vekilin söz konusu

³⁴⁷ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.915.

³⁴⁸ Kural olarak örtüşseler bile suçun mağduru ile “suçtan zarar göreni” birbirinden ayırmak gerekir. Nitekim suçtan zarar gören, tazmin edilebilir bir zarara uğrayan dolayısıyla iade ve tazmini isteme hakkına sahip olan ve ceza davasına katılabilen kişidir. Suçtan zarar gören, suçun mağduru olmayabilir. Bunun tipik örneği insan öldürme suçudur. Zira bu suçta mağdur ölen, suçtan zarar görenler ise ölenin aile bireyleridir. Bkz. TOROSLU/TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, s.114. Suçtan zarar gören kavramı çoğunlukla, pasif süjeye, yani suçun mağduruna karşılık gelir. Ancak bu kavram bazı hallerde mağdurdan daha geniş bir kapsama sahiptir. Şöyle ki; belirli bir suçtan, mağdurun dışında başka kimselerin de hukuken korunan varlıkları, menfaatleri zarara uğramış olabilir ve bu zararın tazminini isteme hakları doğabilir. Böylece suçtan zarar göreni, suçun mağduru ve aynı zamanda suçun işlenmesiyle hukuken korunan bir menfaati zarara uğrayan veya tehlikede bırakılan kişi olarak kabul etmek gerekecektir. Bkz. GÜNGÖR, Şikayet Kurumu, s.44.

haklarının kısıtlanıp kısıtlanamayacağı sorusunun cevaplanması gerekmektedir. Örnek alma hakkı, kanunla düzenlenmiş ve CMK m.234/1-a-2’de örnek isteme “soruşturmanın gizlilik ve amacını bozmama” koşuluna bağlanmıştır. Eğer örnek isteme bu koşula bağlı ise dosya içeriğini inceleme hakkının sınırsız olduğunu düşünmek mantık kurallarına ters düşecektir.³⁴⁹

Kovuşturma evresinde, mağdurun CMK m.234/1-b-3’e göre tutanak ve belgelerden örnek isteme hakkı bulunmaktadır.³⁵⁰ Mağdur ve suçtan zarar görenin dosya inceleme ve elkonulmuş veya muhafaza altına alınmış eşyayı inceleme hakkı CMK’da düzenlenmemiştir. Yazı İşleri Yönetmeliği m.165/1’e göre, “*kovuşturma evresinde mağdur ve suçtan zarar gören, dosya içeriği ile muhafaza altına alınmış delilleri fizikî veya elektronik ortamda yazı işleri müdürü ya da görevlendireceği bir zabut kâtibinin yanında inceleyebilir.*”

³⁴⁹ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.915. Mağdurun dosya inceleme hakkının kısıtlanabileceği yönünde bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.237.

³⁵⁰ Anayasa Mahkemesi, CMK m.234/1-b-3’te yer alan “...vekili aracılığı ile...” ibaresinin Anayasa m.2 ve 36’ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir. Bu kararla, mağdur veya şikâyetçi, kovuşturma evresinde doğrudan doğruya tutanak ve belgelerden örnek isteme hakkına kavuşmuştur. “Yargılamanın süjelerinden olan mağdur ile şikâyetçinin dosyadaki tutanak ve belgelere ulaşmasına *sadece avukatları aracılığı ile olanak verilmesi beklenen adaletin ve yargısal sonucun elde edilmesine engel olacaktır ki bu da hukuk devleti ilkesini zedeleyecektir. Kovuşturma aşamasında mağdur ile şikâyetçinin dava dosyasındaki tutanak ve belgelerden örnek alması hak arama özgürlüğünün bu bağlamda adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Böylece tutanak ve belgelerden örnek alınması mağdur ile şikâyetçiye muhakemenin seyrine yön vermek ve etki etmek olanağını da sağlayacaktır. İtiraz konusu ibare ile mağdur ile şikâyetçinin vekilleri olmaksızın dosyadaki tutanak ve belgelerden örnek alması engellenerek, yargı mercileri önünde davacı olarak iddiada bulunma, bilgiye ulaşarak muhakemenin gidişatına yön verme haklarının sınırlandırılması hak arama özgürlüğü ile bağdaşmaz.*” AYM, 17.05.2012, E.2011/37, K.2012/69, No:28360. İptal kararından önceki dönemde, “vekili aracılığıyla” ibaresinin eleştirisi için bkz. KATOĞLU, Tuğrul, “*Mağdurun Korunması ve Mağdur Hakları*”, 3.Yılında Yeni Ceza Adalet, Sistemi (Ed.Bahri ÖZTÜRK), Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s.700.

B. Vekilin Dosya İnceleme ve Örnek Alma Hakkı

CMK m.153/5'e göre, “*vekil soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir.*”³⁵¹ CMK m.234/1-a-4'e göre, “*mağdurun, 153.maddeye uygun olmak koşuluyla, ancak vekili aracılığı ile soruşturma dosyasını ve elkonulan veya muhafaza altına alınan eşyayı inceleme hakkı bulunmaktadır.*”

İlgili hükümler birlikte değerlendirildiğinde vekilin soruşturma evresinde, soruşturma dosyasını inceleme, istediği belgenin bir örneğini harçsız olarak alma ve elkonulan veya muhafaza altına alınan eşyayı inceleme hakkı bulunduğu söylenebilir. Soruşturma evresinde müdafie açıkça tanınmamış olan delilleri inceleme yetkisi vekile tanınmıştır.³⁵²

CMK m.153'te kural olarak müdafinin soruşturma dosyasını inceleme, örnek alma hakkı ve bu hakkın kısıtlanabileceği haller düzenlenmiştir. Vekilin söz konusu hakkına ise, “*Bu maddenin içerdiği haklardan suçtan zarar görenin vekili de yararlanır.*” demek suretiyle atıf yapılmıştır. Yollama sadece haklara ilişkin olduğundan, doktrinde, vekilin dosya inceleme hakkının soruşturma evresinde kısıtlanıp kısıtlanamayacağını yorumla açık olduğu belirtilmiştir.³⁵³ Suçtan zarar gören vekilinin yalnızca bu maddede öngörülen soruşturma dosyasını inceleme hakkından yararlanacağını, fakat vekilin bu hakkının kısıtlanamayacağını düşünmek,

³⁵¹ Mülga CMUK döneminde, katılanın da önsoruşturmada dosyayı inceleme hakkının bulunmasının gerektiği, ancak sanık ile anlaşılıp dosya içeriğinden ona haber vermek üzere davaya katılmış olması ihtimali olduğundan, katılana tanınan bu yetkinin müdafie tanınandan fazla olamayacağı, hatta bu yetkinin bizzat katılana değil, bir teminat arz etmesi sebebiyle vekiline tanınması gerektiği, nitekim bu yetkinin sanığa değil müdafie tanındığı yönünde bkz. KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.763.

³⁵² Bu konuyla ilgili tartışmalar için delilleri inceleme yetkisi alt başlığına bakınız.

³⁵³ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.916.

son derece lafzi bir yorum yapmak anlamına gelecektir.³⁵⁴ Maddede belirtilen haklar bazı hallerde sınırlandırılabilir ve suçtan zarar görenin vekiline de söz konusu sınırlamalarla birlikte bu haklardan yararlanma hakkı tanınmıştır. Bu itibarla, müdafî gibi suçtan zarar gören vekilinin de m.153'te öngörülen sınırlamalara tabi olduğu kuşkusuzdur. Soruşturmanın amacının tehlikeye düşmesi söz konusuysa, Cumhuriyet savcısının talebi üzerine, sulh ceza hakiminin kararıyla suçtan zarar gören vekilinin dosyayı inceleme ve örnek alma yetkisi kısıtlanabilir. Ancak tıpkı müdafî gibi suçtan zarar gören vekilinin de “yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanaklar ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanakları” inceleme ve bunlardan örnek alma hakkı hiçbir şekilde kısıtlanamaz.³⁵⁵

AİHM, özel hayatın gizliliğinin korunması veya soruşturmanın etkili biçimde yürütülmesi gibi gerekçelerle, mağdur, suçtan zarar gören ve vekilin soruşturma dosyasını inceleme hakkının kısıtlanabileceğini, bu kısıtlamanın Sözleşme'nin 6.maddesinin 1.fıkrasını ihlal etmeyeceğini belirtmektedir. Değinen gerekçelerin yokluğunda ise mağdur, suçtan zarar gören ve vekilin soruşturma dosyasını inceleme hakkının kısıtlanması yargılamanın adilliğini lekeler. Mahkeme, bu noktada, silahların eşitliği ilkesi ve çelişmeli yargılanma hakkının altını önemle çizmekte; buna karşın, soruşturma evresinde söz edilen ilkelerin uygulanmasının somut olayın koşullarına bağlı bulunduğunu da kabul etmektedir.³⁵⁶

³⁵⁴ OKUYUCU ERGÜN, Soruşturmanın Gizliliği, s.256.

³⁵⁵ OKUYUCU ERGÜN, Soruşturmanın Gizliliği, s.256.

³⁵⁶ *Forum Maritime SA v. Romania*, 04.10.2007, App. No. 38692/05, para.128-138. Ayrıca bkz. MCBRIDE, Jeremy, The Case Law Of The European Court Of Human Rights On Victims' Rights In Criminal Proceedings, European Union – Council of Europe Joint Project, s.14. (<https://rm.coe.int/council-of-europe-georgia-european-court-of-human-rights-case-study-vi/16807823c4>)

Kovuşturma evresinde, vekilin dosyayı inceleme hakkı müdafî ile aynı şekilde düzenlenmiştir. “*Vekil, iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir; bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir (CMK m.153/4).*”

V. Soruşturmanın Tarafı Olan Kişilere Karşı Gizli Tutulması Gereken İşlemler

Soruşturmanın gizliliğini ihlal etmeyi suç olarak öngören TCK'nın 285.maddesinin 2.fıkrası hükmü şöyledir: “*Soruşturma evresinde alınan ve soruşturmanın tarafı olan kişilere karşı gizli tutulması gereken kararların ve bunların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliğini ihlal eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.*” Bu bağlamda, kanunun açıklığı ilkesinin bir gereği olarak, söz konusu hükümde geçen “Soruşturma evresinde alınan ve soruşturmanın tarafı olan kişilere karşı gizli tutulması gereken karar ve bunların gereği olarak yapılan işlemler hangileridir?” sorusunun cevaplandırılması gerekmektedir.

Doğası gereği bazı muhakeme işlemleri gizlidir. Açık olması, muhakemenin amacının gerçekleşmesine engel olacak işlemler gizli yapılır. Gizli işlemle kastedilen ise işleme konu olan ilgililerin yani soruşturmanın tarafı olan kişilerin bundan haberdar edilmemesidir. Nitekim “arama”, “iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması”, “gizli soruşturmacı görevlendirilmesi”, “teknik araçlarla izleme” gibi muhakeme işlemleri, herkesten gizli olarak yürütülür.³⁵⁷ Bir başka deyişle, bu işlemler sadece

³⁵⁷ OKUYUCU ERGÜN, Güneş, Ceza Muhakemesi İşlemleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s.80. Aynı yönde bkz. TANER, Çelişme ve Silahların Eşitliği, s.221-222. “Arama” dışındaki tedbirler bakımından benzer yönde bkz. ERDEM, Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2001, s.290.

işlemi yapan ve uygulayanlar tarafından bilinir ve bu kimselerce gizli tutulması gerekir. Gizli işlemlerin sadece bu işlemlerin süjeleri tarafından bilinmesi, şüpheliye ve üçüncü kişilere bundan haber verilmemesini gerektirir.³⁵⁸ Aksi takdirde işlem amacına ulaşmaz. Şöyle ki, konutta yapılacak bir aramadan şüphelinin haberinin olması halinde, şüphelinin yakalanması veya o yerde olduğu umulan suç delillerinin ele geçirilmesi mümkün olmaz. Benzer şekilde iletişiminin dinlendiğini bilen şüphelinin yapılan dinlemeyi etkisiz hale getirecek önlemler alması mümkündür. Bu nedenle, söz konusu işlemler, muhakemenin hangi evresinde uygulanırsa uygulansın gizli tutulur.³⁵⁹ Dikkat edilecek olursa, 285.maddenin 1.fikrasından farklı olarak, söz konusu işlemlerin gizliliğinin ihlali açısından aleniyetin gerçekleşmesinin aranmaması da tam olarak bu yüzdendir. Kanun koyucu, soruşturmanın tarafı olan kişilere karşı gizli tutulması gereken işlemlerin gizliliğine daha büyük bir önem atfetmiş ve bunların gizliliğinin aleni olmayan bir biçimde ihlal edilmesi halinde dahi, bu normla korunan hukuki varlık veya menfaatin ihlal edileceğini öngörmüştür.³⁶⁰ Başka bir deyişle, bu gibi işlemlerin gizliliğinin aleni olmayan bir biçimde ihlal edilmesi halinde dahi maddi gerçeğe ulaşılması tehlikeye konulmuş olacaktır.

Ceza Muhakemesi Kanunu, “iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması” ve “gizli soruşturmacı görevlendirilmesi” ile ilgili olarak alınan karar ve yapılan işlemlerin gizli tutulacağını; Tanık Koruma Kanunu, tanık koruma tedbiri bakımından gizliliğin tedbir sona erdikten sonra da devam edeceğini açıkça hükme bağlamıştır. Kanun koyucu, bu tedbirlerin gizliliğinin ihlalinin soruşturmanın amacını tehlikeye

³⁵⁸ OKUYUCU ERGÜN, Ceza Muhakemesi İşlemleri, s.42.

³⁵⁹ OKUYUCU ERGÜN, Ceza Muhakemesi İşlemleri, s.80.

³⁶⁰ OKUYUCU ERGÜN, Soruşturmanın Gizliliği, s.265.

düşüreceğini daha en baştan kabul etmiştir. Diğer gizli muhakeme işlemleri bakımından ise tedbirin doğasını dikkate almak gerekmektedir.

Doğası gereği gizli olan muhakeme işlemlerinin her biri bakımından gizliliğin sona erdiği an farklıdır.

1. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi

CMK'nın 135.maddesine göre, *“Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması durumunda, hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir.”*

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi şekillerinden olan “iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiri”, belirli suçlar için başvurulabilen³⁶¹ ve şüpheliye uygulanan, gizli bir koruma tedbiridir. Bu tedbirde, yapılan işlemlerin soruşturma organlarına aidiyetini gizlemek suretiyle şüpheliden bilgi elde edilmesi amaçlanmaktadır.³⁶² Bu itibarla, tedbirin gizli olması doğasından ve niteliğinden kaynaklanmaktadır. Zira tedbirin muhatabı tarafından bilinmesi halinde, tedbir etkisizleşecek ve anlamsız hale gelecektir.³⁶³ Tedbire, şüpheli veya sanık hakkında yani katalogta belirtilen suçların soruşturulması veya

³⁶¹ Gizli soruşturma tedbirleri istisna olmak gerektiğinden, her suç için değil, ancak böylesine ağır tedbirlere başvurulmasını haklı gösterecek belli ağırlıktaki suçlar için bu tedbirlere başvurulabilir. Bkz. ERDEM, Gizli Soruşturma Tedbirleri, s.295.

³⁶² ERDEM, Gizli Soruşturma Tedbirleri, s.49; ÖZEN, Muharrem, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Gizli Soruşturma Tedbirleri”, TCK-CMK-Kabahatler Kanunu ve İlgili Yönetmeliklerin Değerlendirilmesi Semineri Tebliği, 10-11 Şubat 2006, T.C. İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü, Eğitim Dairesi Başkanlığı, s.306.

³⁶³ ÖZEN, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Gizli Soruşturma Tedbirleri, s.307.

kovuşturulması evrelerinde başvurulur. İleriye dönük olarak uygulanan tedbire kovuşturma evresinde de başvurulabilmesini, tedbirin gizliliği ile bağdaştırmak zordur.³⁶⁴

“Bu tedbirle ilgili olarak alınan karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur (CMK m.135/7).” Bir başka deyişle, tedbir sonuçlanana kadar alınan karar ve yapılan işlemler, soruşturmanın tarafı olan kişilere karşı gizlidir. Şüpheli bakımından gizlilik, tedbir bittiği anda³⁶⁵ sona ermektedir. Bu andan sonra şüpheli ve müdafinin, “iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiri” ile ilgili belgelere erişimi soruşturmanın amacını tehlikeye düşürecekse³⁶⁶, soruşturma dosyasını inceleme yetkisinin kısıtlanması söz konusu olabilir.

2. Gizli Soruşturmacı Görevlendirme

CMK'nın 139.maddesine göre, *“Soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi halinde, kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir.”*

Gizli soruşturmacı, faaliyetlerini izlemek üzere bir örgüt içine yerleştirilir; örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş veya faaliyeti süresince işlenecek suçlarla ilgili delilleri toplamakla görevlendirilir. CMK'ya göre, gizli soruşturmacı

³⁶⁴ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.456.

³⁶⁵ Şüpheli/sanığın muhakemenin akışına aktif olarak etkide bulunma olanağına sahip olmasının zorunlu bir sonucu olarak, tedbirin uygulanmasından sonra, olabildiğince erken ve kapsamlı biçimde, ilgiliye hakkında tedbir uygulandığı konusunda bilgi verilmesi gerektiği yönünde bkz. ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.567.

³⁶⁶ Yenisey ve Nuhoğlu, bir örgüt suçu soruşturuluyorsa bir şüpheli hakkında iletişimin denetlenmesi tedbiri sona erdikten sonra, fakat diğer şüpheliler hakkında halen tedbir uygulanırken, hakkında tedbirin sona erdiği şüphelinin müdafininin soruşturma dosyasının bu kısmını inceleyemeyeceğini belirtmektedirler. Bkz. YENİSEY/NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.462. Bu ihtimalde, şüpheli ve müdafininin tedbirle ilgili belgelere erişiminin soruşturmanın amacını tehlikeye düşürdüğü söylenebilir.

görevlendirilmesi tedbiri, sayılan suçlar için başvurulabilen gizli bir koruma tedbiridir.³⁶⁷ Fakat koruma tedbiri kavramı, daha çok delilin korunmasını amaçlayan bir faaliyeti ifade ettiğinden, gizli soruşturmacı görevlendirme, koruma tedbiri niteliğinde olmayıp öncelikle delile ulaşmak amacıyla başvurulmuş bir araştırma vasıtasıdır.³⁶⁸ Bu araştırmanın amacına ulaşabilmesi, yani soruşturma konusu suçun delillerinin elde edilebilmesi için gizli soruşturmacı görevlendirme kararının tabiatıyla gizli kalması gerekmektedir.

139.maddenin 3.fıkrasına göre, “*Soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin karar ve diğer belgeler ilgili Cumhuriyet Başsavcılığında muhafaza edilir. Soruşturmacının kimliği, görevinin sona ermesinden sonra da gizli tutulur.*” Mantıken en azından gizli soruşturma faaliyeti sona erene kadar gizli soruşturmacı görevlendirilmesi kararı, şüpheliye karşı gizli tutulacaktır. Hükmün lafzı, gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin bütün belgelerin soruşturma evresinin sonuna kadar Cumhuriyet savcılığında bulundurulacağını ve soruşturma dosyasına konamayacağını çağrıştırmaktadır. Ancak gizli soruşturmacının kimliği dışında, eğer gizli soruşturma faaliyeti sona erdiyse ve soruşturmanın amacı tehlikeye düşürülmeyecekse araştırılan suça ilişkin belgeleri, şüpheli ve müdafinin inceleyebileceğini kabul etmek gerekmektedir. Gizli soruşturmacının kimliği ise daima gizli tutulur.

³⁶⁷ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.474; ÖZEN, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Gizli Soruşturma Tedbirleri, s.314. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesinin hukuki niteliğiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. KÖKSAL, Atacan, “Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi”, AÜHFD, C.65, S.4, Y.2016, s.2135 vd.

³⁶⁸ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.474.

3. Teknik Araçlarla İzleme

CMK'nın 140.maddesine göre, “Sayılan suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebepleri bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi halinde, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri teknik araçlarla izlenebilir, ses veya görüntü kaydı alınabilir.”

Teknik araçlarla izleme tedbiri, kanunda sayılan suçlar için soruşturma ve kovuşturma evrelerinde başvurulabilen gizli bir koruma tedbiridir.³⁶⁹ CMK'da, şüpheli ve sanığın faaliyetlerinin teknik araçlarla izlenmesi, ses veya görüntü kaydının alınmasından söz edilmektedir. Tedbire kovuşturma evresinde de başvurulabilmesi, tedbirin gizli olma özelliği ile bağdaşmamaktadır. Teknik araçlarla izleme, koruma tedbiri niteliğinde olmayıp, öncelikle delile ulaşmak amacıyla başvuru bir araştırma vasıtasıdır.³⁷⁰ Bu araştırmanın amacına ulaşabilmesi, yani soruşturma konusu suçun delillerinin elde edilebilmesi için teknik araçlarla izleme kararının tabiatıyla gizli kalması gerekmektedir.

Teknik araçlarla izleme tedbirinin gizliliğine ilişkin olarak, CMK'da bir hüküm bulunmamaktadır.³⁷¹ Halbuki yapılan işlemlerin soruşturma organlarına aidiyetini gizlemek suretiyle şüpheliden bilgi elde edilmesinin amaçlanması bakımından, teknik araçlarla izleme ile iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiri arasında herhangi bir fark yoktur. Bu nedenle, teknik araçlarla izleme tedbirinde de şüpheli bakımından gizlilik, tedbir bittiği anda sona

³⁶⁹ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.479; ÖZEN, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Gizli Soruşturma Tedbirleri, s.316.

³⁷⁰ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.479.

³⁷¹ Böyle bir hüküm bulunmamasına rağmen, uygulandığı sürece teknik araçlarla izleme kararının müdafiyeye karşı gizli kalması gerektiği yönünde bkz. ŞAHİN, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Seçkin Yayıncılık, 9.Baskı, Ankara 2018, s.212.

ermektedir. Bu andan sonra şüpheli ve müdafinin, teknik araçlarla izleme tedbiriyle ilgili belgelere erişimi soruşturmanın amacını tehlikeye düşürecekse, soruşturma dosyasını inceleme yetkisinin kısıtlanması söz konusu olabilir.

4. Arama

“Şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler ile diğer bir kişinin de üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler, şüpheli veya sanığın ele geçirilmesi veya suç delillerinin elde edilmesi amacıyla aranabilir (CMK m.116, 117).” Görüldüğü üzere, aramanın amacı şüphelinin ele geçirilmesi veya suç delillerinin elde edilmesidir. Bu amaca varılabilmesi içinse arama tedbirinin, hakkında tedbir uygulanan şüpheliye karşı gizli olması gerekir. Konutta yapılacak bir aramadan şüphelinin haberinin olması halinde, şüphelinin yakalanması veya o yerde olduğu umulan suç delillerinin ele geçirilmesi mümkün olmaz.³⁷²

CMK’da aramanın gizliliğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrinde arama, her ne kadar gizli olarak hazırlanmakta ise de, açık olarak icra edildiği ve böylece şüphelinin iradesi olmaksızın veya iradesine rağmen, ancak onun tarafından görülebilir bir biçimde uygulandığı için gizli soruşturma tedbiri olarak nitelendirilmemektedir.³⁷³ Ancak dikkat edilecek olursa, icra edildiği ana kadar arama da şüpheliye karşı gizlidir; arama kararı uygulanmaya başladığı anda şüpheliye karşı gizlilik sona ermektedir. Bu bağlamda, arama, doğası gereği soruşturmanın tarafı olan kişilere karşı gizli olan muhakeme işlemlerindedir.

³⁷² OKUYUCU ERGÜN, Ceza Muhakemesi İşlemleri, s.80. Arama kararı henüz icra edilmeden önce ilgili kişilerin bu karardan haberdar edilmesi, maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engeller bir nitelik taşımaktadır. Bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Millete ve Devlete Karşı Suçlar, s.224. Arama kararının soruşturmanın tarafı olan kişilere karşı gizli olduğu yönünde bkz. DÖNMEZER, Sulhi/BAYRAKTAR, Köksal, Basın Hukuku, Beta Yayıncılık, 5.Bası, İstanbul 2013, s.348.

³⁷³ ERDEM, Gizli Soruşturma Tedbirleri, s.289.

5. Tanık Koruma Tedbiri

Kaynağının insan olması nedeniyle, üzerinde en çok tartışılan ve güvenilmezliği iddia edilen ispat aracı tanıklıktan, bu eleştirilere rağmen, hiçbir hukuk düzeni vazgeçememiştir. Ceza muhakemesinde, özellikle önceden delil hazırlamanın olanaksızlığı nedeniyle tanığın ve tanık beyanının sahip olduğu önem, muhakeme hukukunun diğer kollarına nazaran çok daha büyüktür.³⁷⁴ Ancak tanıklıkları nedeniyle kendilerinin ve yakınlarının hayatları, malvarlıkları tehlikeye girecek olan kişilerin tanıklık yapmalarını ve doğruyu söylemelerini beklemek zordur. Özellikle örgütlü suçlulukla mücadele edilebilmesi için tanıkların korunması gerekir.³⁷⁵

5726 sayılı Tanık Koruma Kanunuyla, sayılan kişilerin³⁷⁶ korunması amaçlanarak belirli suçlarda ceza muhakemesi güvence altına alınmaya çalışılmıştır. *“Tebirinin uygulanabilmesi için ayrıca, koruma tedbirinin kapsamına giren kişilerin hayatının, beden bütünlüğünün veya malvarlığının ağır ve ciddi bir tehlike içinde bulunması ve bu kişilerin korunmalarının zorunlu olması gerekir (Tanık KK m.4/2).”*

Tanık koruma tedbiri, gizli koruma tedbiri niteliğindedir. Kanununun 10.maddesine göre, *“tedbir kararı gizlilik esaslarına uygun olarak verilir.”* Burada gizlilik, diğer gizli koruma tedbirlerinde olduğu gibi hakkında tedbire başvuru kişiye karşı değil, şüpheliye/sanığa ve kamuya karşıdır.³⁷⁷ Sadece tedbir kararının verilmesi değil, *“Tanık Koruma Kanunu kapsamında alınan bütün kararlar ve*

³⁷⁴ FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, US-A Yayıncılık, Ankara 1996, s.3

³⁷⁵ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.487; FEYZİOĞLU, Tanıklık, s.272.

³⁷⁶ Bu Kanun hükümlerine göre haklarında tanık koruma tedbiri uygulanabilecek kişiler şunlardır:

a) Ceza muhakemesinde tanık olarak dinlenenler ile 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 236 ncı maddesine göre tanık olarak dinlenen suç mağdurları.

b) (a) bendi hükümlerine göre dinlenenlerin nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile eşi, kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoy, ikinci derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları ve evlatlık bağı bulunanlar ile yakın ilişki içerisinde olduğu kişiler. (m.4)

³⁷⁷ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.488.

yürütülen işlemler gizlidir. Gizlilik, tedbir sona erdikten sonra da devam eder (Tanık KK m.18/1).”

“Kamu kurum ve kuruluşları, bu kanun kapsamında yapılan ve yürütülen işlemlerde gizlilik kuralına uygun olarak hareket eder ve kendi teşkilat veya birimlerinde gerekli tedbirleri alır (Tanık KK m.18/2).”

“Koruma kararlarının alınmasında ve uygulanmasında yer alan kamu görevlileri ile bu işlemlerde her ne şekilde olursa olsun görev alan diğer kişiler, bu görevleri nedeniyle öğrendikleri bilgileri görev sona erdikten sonra da açıklayamazlar (Tanık KK m.18/3).”

“Gizlilik kuralı, hakkında tedbir uygulananlar için de geçerlidir (Tanık KK m.18/4).”

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HARİCİ GİZLİLİK

Soruşturmanın gizliliğinin iki anlamı bulunduğu, bunlardan ikincisinin harici gizlilik olarak adlandırıldığı daha önce belirtilmişti. Harici gizlilik, soruşturma işlemlerinin kamuya açıklanması, özellikle de yayınlanması yasağı anlamına gelir.³⁷⁸ Harici gizlilik hususundaki problemler, soruşturma gerekleri ile bilgi edinme gerekleri arasındaki çelişkiden doğmaktadır. Maddi gerçeğe ulaşılabilmesi koşullarının korunması için etkili bir araştırma ve soruşturma faaliyetinin yürütülmesi amacı ile basının haber verme hakkını kullanma ve kamuoyunu bilgilendirme amacı ve suçsuzluk karinesi arasında sürekli bir yarışan menfaatler ilişkisi bulunmaktadır.³⁷⁹

Bir taraftan, kamuoyu, soruşturmaya konu olay ve şüpheli hakkında mümkün olduğunca ayrıntılı bilgilere erişmek istemektedir ve söz konusu haber alma hakkı, Anayasa'nın 28. ve AİHS'in 10.maddesinde korunmaktadır. Diğer yandan ise, şüpheli, hem soruşturma makamlarının önyargılarla dolu bilgilendirmelerine hem de basın ve medyanın önyargılı haberlerine karşı korunmaya muhtaçtır.³⁸⁰ Adil yargılanmanın bir parçası ve belki de özünü teşkil eden suçsuzluk karinesi³⁸¹, muhakeme boyunca şüpheliyi suç işlediği önyargısına karşı korumayı amaçlamaktadır. Anayasa'nın 38.maddesi, *“suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimsenin suçlu*

³⁷⁸ OKUYUCU ERGÜN, Soruşturmanın Gizliliği, s.249; CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.93.

³⁷⁹ OKUYUCU ERGÜN, Soruşturmanın Gizliliği, s.248.

³⁸⁰ NEULING, Christian-Alexander (Çev.ÜNVER, Yener), *“Ceza Adaleti ve Medya-Hazırlık Soruşturmasında Medya Aheniliği mi Yoksa Adli Susma Yükümlülüğü mü?”*, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ed.İÇEL, Kayıhan/ÜNVER, Yener, Ankara 2007, s. 230.

³⁸¹ FEYZİOĞLU, Metin, *“Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”*, AÜHFD, C.XLVIII, S.1, Y.1999, s. 152.

sayılamayacağını” öngörmektedir. AİHS m.6/2’ye göre, “Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.”

Modern toplumda, basın ve medya önplandadır; böyle bir toplumda, olayla ilgili bilgiler bireysel algının dışında sadece basın, radyo, televizyon ve internet üzerinden aktarıldığı için negatif anlatımlar kişisel iletişime nazaran daha derin sosyal hasarlara yol açmaktadır.³⁸² Dolayısıyla, şüphelinin kişiliği bakımından söz konusu olabilecek tehlikeler, artık devletten çok kamuoyundan ve özellikle de kitle iletişim araçlarından kaynaklanmaktadır. Şüpheli, basında, radyo ve televizyonda olay ve yaşam öyküsü anlatılıp “pazara çıkarılmakta”, böylece mahkum olmanın çok ötesinde maddi ve manevi zararlara uğramaktadır. Şüpheli, kitle iletişim araçlarının yarattığı önyargı nedeniyle birtakım tehlikelerle karşı karşıya kalmaktadır ki; bu tür tehlikelere karşı şüpheliyi korumak için suçsuzluk karinesine yeni ve ağır görevler düşmektedir.³⁸³

Muhakeme boyunca basın ve yayın organları, soruşturmaya konu olayı kamusallaştırarak toplumun bu olaya önem göstermesini temin eder ve adli organları hukuka uygun şekilde hareket etmeye zorlarlar. Bu nedenle, demokratik anayasal bir hukuk devletinde, basın yayın organlarının ceza muhakemesi sürecini gözlemlemesi³⁸⁴ ve özgür olması bir zorunluluktur. Ancak, basın özgürlüğü, diğer hak ve özgürlüklere

³⁸² KÜHNE, Hans Heiner (Çev.GÜNEŞ, Ahmet Mithat/ÖZAYDIN, Özdem), “*Yargı ve Medya, Savcılıkların ve Ceza Mahkemelerinin Kamu Çalışması*”, Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi, Oniki Levha Yayıncılık, C.1, İstanbul 2013, s.16. Ayrıca bkz. “*Ceza Muhakemesi Sürecinde Medyada Yaratılan Önyargı ve Adil Yargılanma Haklarının Korunması*” (Kon.Hans Heiner KÜHNE, Rap.Devrim GÜNGÖR), 9.Türkiye Ceza Hukuku Günleri, 2.Oturum Raporu, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C.3, S.2, Y.2015, s.307.

³⁸³ ESER, Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu, s.338.

³⁸⁴ KINDHAUSER, Urs (Çev.Serdar TALAS), “*Ceza Muhakemesinin Basın Yayın Yoluyla İhlali*”, Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi, Oniki Levha Yayıncılık, C.1, İstanbul 2013, s.42.

saygı gösterilmemesi, örneğin şüphelinin haklarının ihlal edilmesi³⁸⁵ ya da muhakemenin etki altına alınması haklarını kuşkusuz içermemektedir.³⁸⁶ Bu itibarla, birbirleriyle kesişen iki hak ve özgürlüğün kullanılmasının sınırlarını çizmek gündeme gelmektedir.³⁸⁷

I. Basın Özgürlüğü ve Sınırlandırılması

Basın, düşüncenin yalnızca açıklanması yönünden değil, düşüncenin oluşturulması yönünden de önemli bir araçtır. Nitekim basın yoluyla düşüncelerin açıklanması, yalnızca bunları başkalarına ulaştırmakla kalmayıp açıklanan düşüncelerin etkisiyle bireylerde ve toplumda yeni düşüncelerin yaratılmasına katkıda bulunmaktadır.³⁸⁸ Basının toplumsal bir işleve sahip bulunması, son derece etkili olması ve bazı teknik imkanları gerektirmesi nedeniyle anayasa koyucular, aslında düşüncenin açıklanması özgürlüğünden başka bir şey olmayan basın özgürlüğünü³⁸⁹ anayasalarda ayrıca düzenlemeyi tercih etmişlerdir. Basın özgürlüğünden haber verme, eleştirme ve eser yaratma hakları doğmaktadır.³⁹⁰

³⁸⁵ Demokrasi geleneğinin dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerinin yerleşmediği bir toplumda, aynı toplumun bireyleri olmalarını nedeniyle basın mensuplarının da şüphelinin hak ve özgürlüklerine saygı göstermemesi beklenen ve doğal bir sonuçtur. Ancak basının, kamuoyunu yönlendirme ve oluşturma konusundaki etkisi ona önemli bir görev yüklemektedir; bu da toplumda demokrasi kültürünün oluşmasına katkıda bulunmak, bir anlamda toplumu eğitmektir. Bunu yapabilmek için, basın ve medya mensuplarının, önce kendilerinin demokrasi kültürünü özümseyerek, şüphelinin hak ve özgürlüklerine saygı göstermeleri gerekmektedir. Bkz. CENTEL, Nur, “*Dürüst Yargılama ve Medya Bakımından Demokrasi Kültürü*”, AÜSBFD, C. XLIX, S. 3, Y.1994, s.71.

³⁸⁶ CENTEL, Dürüst Yargılama ve Medya Bakımından Demokrasi Kültürü, s. 58.

³⁸⁷ YARSUVAT, Duygun, “*Kitle İletişim Araçlarının Ceza Adaletine Etkisi*”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No:10, Ocak 1995, s.97; DÖNMEZER/BAYRAKTAR, Basın Hukuku, 344; ERMAN, Sahir, “*Türkiye’de Kitle İletişim Özgürlüğü*”, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, Alfa Basım Yayım, İstanbul 1999, s.23.

³⁸⁸ TOROSLU, Nevzat, “*Medya ve Hukuk: Basın Özgürlüğü ve Sınırları*”, Medya Gücü ve Demokratik Kurumlar, Ankara 1998, s.59; KAPANİ, Münci, Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınevi, 7.Basım, Ankara 2013, s.269.

³⁸⁹ Düşünce ve kanaat hürriyeti, fikir ve düşüncelerin basılmış ve teksir edilmiş şekilde yayınlanmasına taallük ettiği andan itibaren basın hürriyeti adını alır. Bu itibarla haklı olarak denilebilir ki, fikir ve kanaat hürriyetinin, esasta, fiilî değer almasını basın hürriyeti sağlamaktadır. Bkz. DÖNMEZER, Sulhi, “*Basın Hürriyetini Düzenleyen ve Sınırlayan Mevzuatın Değerlendirilmesi*”, İÜHFD, C. XXXII, S.1, Y.1966, s. 430.

³⁹⁰ TOROSLU, Medya ve Hukuk: Basın Özgürlüğü ve Sınırları, s.60.

Bunlardan harici gizlilik bakımından önem arz eden ise haber verme hakkıdır. Anayasa'nın 28.maddesine göre, “Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.” Haber alma hakkının varlığı, haber verme hakkının varlığını da zorunlu kılar. Diğer bütün haklar gibi haber verme hakkı da kavramsal mantık ve hukuk düzeni tarafından belirlenen objektif sınırlar içerisinde kullanılabilir.³⁹¹ Anayasa'nın 28.maddesinin verdiği atıfla 26.maddesine göre, basın özgürlüğü, “millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi” amaçlarıyla sınırlanabilir. AİHS m.10, “herkesin ifade özgürlüğü hakkına sahip olduğunu, bu hakkın kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsadığını” belirtmektedir. 2.fıkraya göre, “Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.”

³⁹¹ TOROSLU, Medya ve Hukuk: Basın Özgürlüğü ve Sınırları, s.60.

1. Şeref Varlığının ve Diğer Kişilik Haklarının Korunması

Basının haber verme hakkına getirilen sınırlamaların başında, bireyin kişilik haklarını, özellikle şerefini korumaya yönelik olanlar gelir. Demokratik hukuk düzeninde, düşünceyi açıklama özgürlüğünün, kimsenin kişilik haklarına saldırma hakkını vermediği tartışmasız kabul edilmektedir. Anayasa'nın 28. ve AİHS'in 10.maddesi, düşünceyi açıklama ve basın özgürlüğünün “başkalarının şöhret ve haklarının korunması” amacıyla sınırlanabileceğini hükme bağlamıştır. Asıl sorun düşünceyi açıklama özgürlüğünün ve dolayısıyla basın özgürlüğünün meşru kullanımı ile kişilik haklarının korunması arasında makul bir dengenin sağlanmasıdır.³⁹²

Muhakeme boyunca şüpheliyi suç işlediği önyargısına karşı korumayı amaçlayan suçsuzluk karinesi, tarihsel olarak kökenini iki kaynaktan bulmaktadır: Aydınlanmanın bir ürünü olan tüm insanların normatif anlamda eşit oldukları ve tüm vatandaşların kanun önünde hükümetlere karşı eşit hukuki haklara/rollere sahip oldukları düşüncesi. Bu aynı zamanda her vatandaşın öncelikle aynı şekilde lekelenmemiş olduğu anlamına da gelmektedir. Ceza muhakemesi sonunda vatandaşın suçlu olduğuna dair verilen bir hükümle normatif eşitlik ortadan kalkar³⁹³ ve kendisinin bu andan itibaren toplum nezdinde “lekelenmiş” söz edilebilir. Suçsuzluk karinesi, adil yargılanma hakkının bir parçasıdır; fakat bu suçsuzluk karinesinin kişilik haklarından tamamen bağımsız olduğu anlamına gelmemektedir. Lekelenmeme hakkı, suçsuzluk karinesinin şeref ile ilgili yönünü ifade etmektedir.

³⁹² TOROSLU, Medya ve Hukuk: Basın Özgürlüğü ve Sınırları, s.63. Aynı yönde bkz. ÖZEN, Muharrem, “*Hakaret Suçlarında Haber Verme ve Eleştiri Hakkı*”, 3.Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi (Ed.Bahri ÖZTÜRK), Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s.324.

³⁹³ KINDHAUSER, Ceza Muhakemesinin Basın Yayın Yoluyla İhlali, s.48.

Şeref varlığından maksat, kişinin sosyal değerinin dayandığı şartların bütünüdür. Bir başka deyişle, bireyin içinde yaşadığı ortamda sahip olduğu ahlaki, entellektüel, fizik ve diğer niteliklerinin bütünü şeref varlığını oluşturmaktadır.³⁹⁴ Bu varlık, hem bireyin kendi sosyal değeri hakkındaki değerlendirmesi (buna dair hissi) hem de diğer insanların bireyin sosyal değeri hakkındaki değerlendirmesi yani bireyin sahip olduğu şöhreti, itibarı yönünden korunmaktadır.³⁹⁵ Suçsuzluk karinesi, bir yönüyle şüphelinin masum bir kişi olduğuna ilişkin toplumsal algıyı yani onun itibarını korumayı amaçlamaktadır.³⁹⁶ Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar suçlu addedilemeyecek bir kişiye, basın yoluyla başkalarının onun hakkındaki değerlendirmelerini yani itibarını zedeleyecek fiil veya nitelikler isnat edilmesinin, suçlu olarak algılanmasına yol açacak şekilde görüntülerinin yayınlanmasının³⁹⁷, kesinlikle suçludur şeklinde damgalanmasının³⁹⁸ söz konusu kişinin lekelenme hakkını, dolayısıyla suçsuzluk karinesini ihlal edeceği açıktır. Bu itibarla, soruşturmanın gizliliği kuralının benimsenmesinin bir nedeni de suçsuzluk karinesi ve kişilerin lekelenme haklarının korunmasıdır.³⁹⁹

Basın özgürlüğünün meşru kullanımı ile kişilik haklarının korunması arasında dengenin nasıl kurulabileceği, bundan sonraki başlıkta incelenecektir. Burada dikkat

³⁹⁴ TOROSLU, Medya ve Hukuk: Basın Özgürlüğü ve Sınırları, s.64; ÖZEN, Hakaret Suçlarında Haber Verme ve Eleştiri Hakkı, s.315.

³⁹⁵ TOROSLU, Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, AÜHF Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s.322.

³⁹⁶ TRECHSEL, Human Rights in Criminal Proceedings, s.164.

³⁹⁷ Bu davranış ayrıca TCK'nın 285.maddesinin 5.fıkrasında suç olarak düzenlenmiştir: “*Soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak algılanmalarına yol açacak şekilde görüntülerinin yayınlanması halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*”

³⁹⁸ Kuşku yok ki, gazete manşetlerinde, suçluların (şüphelilerin değil) yakalanarak veya tutuklanarak cezaevine (tutukevine değil) gönderildiği müjdelerinin rahatsızlık uyandırmaması, adliye yerine gizli kamerayla çekilmiş haber programlarına iltifat edilmesi gibi örnekler onayladığımız insan hakları metinlerindeki ve Anayasamızdaki temel hakların toplumsal etkililiğini sağlamakta ne kadar başarılı olabildiğimizin bir göstergesidir. Bkz. FEYZİOĞLU, Suçsuzluk Karinesi, s.143.

³⁹⁹ OKUYUCU ERGÜN, Güneş, “*Suçsuzluk Karinesi: Alice Harikalar Diyarında*”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Ocak 2012, s.44.

edilmesi gereken husus, basın özgürlüğünün “başkalarının şöhret ve haklarının korunması” amacıyla sınırlanabileceği ve bu amacın soruşturmanın gizliliğinin koruduğu bireysel menfaat başka bir deyişle, suçsuzluk karinesine uyularak şüphelinin lekelenmeme hakkının korunması amacıyla örtüştüğüdür.

2. Adli Görevlerin Korunması Yönünden Getirilen Sınırlar

Anayasa'nın 28. ve AİHS'in 10.maddesi, düşünceyi açıklama ve basın özgürlüğünün “yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi” veya “gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması” amacıyla sınırlanabileceğini öngörmektedir.

Anayasa'da söz edilen yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesini sadece kovuşturma evresiyle sınırlı biçimde anlamamak gerekir; daha önce de belirtildiği üzere, kovuşturmanın sonunda verilen hüküm, hazırlayıcı hüküm olarak çok daha önceden verilmeye başlanmıştır. Bu yüzden muhakeme terimi sadece kovuşturma evresini ifade etmek için kullanılmaz; muhakeme bir bütündür, soruşturma evresini de içine alır. Muhakemenin nihai amacı, maddi gerçeğin ortaya konulması iken; soruşturma evresi, maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi koşullarının korunmasını amaçlamaktadır. Bu bağlamda, maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi koşullarının korunması yani suçun failinin tespit edilebilmesi için etkili bir araştırma ve soruşturma faaliyetinin yürütülmesi, soruşturmanın gereğine uygun olarak yürütülmesini yani geniş anlamıyla yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesini ifade etmektedir.

Soruşturmanın gizliliği, soruşturmanın amacına varabilmesi için kabul edilmiştir. Soruşturma evresinde suç şüphesinin öğrenilmesi üzerine bir fiil için dava

açılıp açılmayacağı konusu araştırılmaktadır. Bu araştırmanın gizli yapılması gerekir; çünkü araştırma açıkça yapıldığında suçun faili, gerekli önlemleri alarak kamu davasının açılmasını imkansız hale getirebilir, dava açılacağını hissederek kaçabilir, delilleri ortadan kaldırabilir. Basın mensupları soruşturmanın gizliliğini ihlal ederek soruşturmaya konu suça dair haberler yaptıklarında, delillerin yok edilmesi, şüphelilere yardım edilmesi⁴⁰⁰, kısacası soruşturmanın amacına varamaması tehlikesi doğmaktadır. Dikkat edilecek olursa, soruşturmanın gizliliğinin kabul edilmesinin nedenlerinden biri olan soruşturmanın amacına varabilmesi yani soruşturmanın selametiyle, Anayasa'nın 10.maddesinde öngörülen soruşturmanın gereğine uygun olarak yürütülmesi yani geniş anlamıyla yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amacı örtüşmektedir. Özetle, soruşturmanın gereğine uygun olarak yürütülmesi amacıyla basın özgürlüğünün kısıtlanabileceğini kabul etmek gerekmektedir.

II. Soruşturma Gerekliliği ile Bilgi Edinme Gerekliliği Arasında Dengenin Kurulması: Adil Yargılanma Hakkı

Soruşturma evresinde, suç işleyen kişinin ortaya çıkarılabilmesi için etkili bir araştırma ve soruşturma faaliyetinin yürütülmesi amacı ile basının haber verme hakkını kullanma ve kamuoyunu bilgilendirme amacı ve suçsuzluk karinesi arasında sürekli bir yarışan menfaatler ilişkisi bulunduğu ve bu menfaatlerin her birinin Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde korunduğu, bir önceki kısımda ortaya konmuştu. İşte aralarında bir çatışma ilişkisi bulunan söz konusu menfaatlerin arasında bir denge kurulması gerekliliği⁴⁰¹ de, tam olarak her birinin Anayasa ve

⁴⁰⁰ Türk Ceza Kanunu 285.madde gerekçesine bakınız.

⁴⁰¹ OKUYUCU ERGÜN, Soruşturmanın Gizliliği, s.261; SCHABAS, The European Convention on Human Rights: A Commentary, s.302.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde korunmasından kaynaklanmaktadır. Soruşturma evresinde harici gizlilik konusundaki sorunların çözümünde yani menfaatler arasında dengenin kurulmasında temel alınacak ölçüt ise adil yargılanma hakkının ihlal edilmemesi olmalıdır.⁴⁰²

Soruşturma evresinde adil yargılanma hakkının ihlal edilmemesi, her şeyden önce soruşturma makamları veya basın yayın organlarının suçluluk veya suçsuzluk hususunda hüküm veremeyecekleri anlamını taşımaktadır. Ceza muhakemesinde şüpheliye tanınan hakların gerçek anlamıyla hayata geçirilebilmesi suçsuzluk karinesine uyulmasına bağlıdır; çünkü suçsuzluk karinesinin uygulanmadığı bir sistemde, adil yargılanma hakkının varlığından söz edilemez.⁴⁰³ Suçluluk veya suçsuzluk hususunda hükmü, kovuşturma evresinde sadece mahkeme makamı verebilir. Suçsuzluk karinesi, cezanın sonuçlarının öne alınması gibi her tür muhakameyi değersizleştirmeyi yasaklamaktadır; suçsuzluk karinesinin asıl görevi, muhakeme tamamlanıncaya kadar onun sonuçlarının müphemliğini korumaktır.⁴⁰⁴ Eğer soruşturma işlemleri başından itibaren gizli yürütülürse, bu müphemlik korunabilir. Soruşturma evresinde suçsuzluk karinesinin etkililiğinin sağlanması bakımından, Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin "*Soruşturmanın gizliliğinin uygulanması*" başlığını taşıyan 27.maddesi çok önemli bir adım olarak nitelendirilmektedir⁴⁰⁵: "*Suçluluğu bir yargı hükmüne bağlanana kadar kişinin masumiyeti esastır ve soruşturma evresi gizlidir. Bu nedenle, soruşturma*

⁴⁰² Değerlendirme ölçütü olarak muhakemenin şekli adilliği/dürüstlüğü'nün önerildiği benzer görüş için bkz. KINDHAUSER, Ceza Muhakemesinin Basın Yayın Yoluyla İhlali, s.40.

⁴⁰³ OKUYUCU ERGÜN, Suçsuzluk Karinesi: Alice Harikalar Diyarında, s.41.

⁴⁰⁴ KINDHAUSER, Ceza Muhakemesinin Basın Yayın Yoluyla İhlali, s.49. Aynı yönde bkz. TRECHSEL, Human Rights in Criminal Proceedings, s.163.

⁴⁰⁵ FEYZİOĞLU, Suçsuzluk Karinesi, s.143; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.219; ÜNVER/HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.206; ŞAHİN, Ceza Muhakemesi Hukuku I, s.148.

evresinde gözüaltındaki bir kişinin suçlu olarak kamuoyuna duyurulmasına, basın önüne çıkartılmasına, kişilerin basınla sorulu cevaplı görüştürülmelerine, görüntülerinin alınmasına, teşhir edilmelerine sebebiyet verilmez ve soruşturma evraki hiçbir şekilde yayımlanamaz.”

Olması gereken hukuk açısından (*de lege feranda*), soruşturma sırasında gerçekleştirilen işlemlerin gerçekleştirildikleri olgusunun soruşturma makamları tarafından basına açıklanabileceğini ve basın organlarının da işlemin yapıldığı olgusunu kamuoyuyla paylaşabilecekleri kabul edilmelidir. Burada yasaklanan, soruşturma işlemlerinin içeriklerinin açıklanmasıdır.⁴⁰⁶ Bir belgenin düzenlendiği veya bir soruşturma işleminin yapıldığının yayınlanması yasak değildir. Örneğin, soruşturma boyunca, şüphelinin veya tanığın ifadesinin, tutuklama kararının ya da bilirkişi raporunun içeriğinin yayınlanması yasakken; şüphelinin ifadesinin alındığının, konutunun arandığının⁴⁰⁷, tutuklandığının, dosyanın bilirkişiye gönderildiğinin, bilirkişi raporunun geldiğinin veya bir kimsenin tanık olarak dinlendiğinin yayınlanması yasağa dahil değildir.⁴⁰⁸ Ancak soruşturma organları ve basının suçluluğun tespiti bakımından önem arz eden kendi varsayımları ve

⁴⁰⁶ Bkz. OKUYUCU ERGÜN, Soruşturmanın Gizliliği, s.261.

⁴⁰⁷ Yargıtay kararına konu olan bir olayda, gazeteci olan sanık 21.03.2006 tarihli gazetede, “*villada E.'nin kayıp paraları arandı*” başlıklı bir yazı kaleme almış; içeriğinde de “*sauna çetesi lideri olduğu iddiasıyla tutuklu bulunan K.'nin savcılığa hitaben yazdığı mektupta, E.'in eski sahibi M.'nin A. İ.'te bir villanın bodrumuna yaklaşık 1 milyar dolar gömüğünü ileri sürmesi üzerine, polisin söz konusu villanın içinde iki ayrı yerde kazı yaptığı, kazı sonucunda Z.'nin iddiasının gerçek olmadığı belirlendi*” şeklinde ifadeler yer vermiştir. Yargıtay’a göre, söz konusu haber, AİHS, Anayasa ve Basın Kanunu ile koruma altına alınan basın özgürlüğünün kapsamında değerlendirilmelidir: “Haberde, soruşturma dosyasındaki hukuki işlem veya kararlarla ilgili bir açıklama olmayıp, arama faaliyetinin haber verme hakkı sınırları içerisinde yayın konusu yapıldığı gözetilmeden TCK’nın 285.maddesinde düzenlenen soruşturmanın gizliliğini ihlal suçunu işlediği biçimindeki yasal olmayan gerekçe ile sanık hakkında hükümlülük kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” (Yargıtay 4.CD, T.07.03.2012, E.2010/5233, K.2012/5399)

⁴⁰⁸ OKUYUCU ERGÜN, Soruşturmanın Gizliliği, s.261; TOROSLU, Medya ve Hukuk: Basın Özgürlüğü ve Sınırları, s.74. Benzer yönde bkz. KINDHAUSER, Ceza Muhakemesinin Basın Yayın Yoluyla İhlali, s.46.

değerlendirmeleri alenileştirme imkanının dışındadır; şüphelinin mahkum olacağı izlenimi asla verilmemelidir.⁴⁰⁹

Bu bağlamda, menfaatler arasındaki denge, soruşturma makamları, basın ve kamuoyunu soruşturmaya konu olay hakkında, soruşturmanın amacına zarar vermeden ve suçsuzluk karinesini dolayısıyla adil yargılanma hakkını ihlal etmeden, bilgilendirdiği takdirde kurulabilir. Soruşturma makamları, soruşturma işlemlerinin içeriklerini değil sadece işlemlerin yapıldığı olgusunu basın ve kamuoyuna açıkladıklarında ve şüphelinin suçlu olduğunu kesin olarak belirten her türlü formülasyondan kaçınarak⁴¹⁰ sadece şüphelerini ifade ettiklerinde, soruşturmanın amacı tehlikeye düşmeyecek, şüphelinin suçsuzluk karinesi ihlal edilmeyecek ve toplumun aydınlatılması gereği ile haber alma hakkı da gerçekleştirilmiş olacaktır. Bu doğrultuda, basın yayın organları da ancak soruşturma makamlarının kamuoyunu bilgilendirmesinin sınırları içinde, haber verme hakkına sahiptir.

Soruşturma makamlarının, basın ve kamuoyunu soruşturmaya konu olay hakkında bilgilendirmesini öngören Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 2003 Tasarısı'nın 159.maddesi şu şekildeydi: "*Cumhuriyet savcısı, yanlış bilgilerin yayılmasını ve suçsuzluk karinesinin ihlâlini önlemek üzere, gerekli gördüğünde*

⁴⁰⁹ KINDHAUSER, Ceza Muhakemesinin Basın Yayın Yoluyla İhlali, s.45-49. Bilhassa nesnel unsurların haberlere konu edilmesi gerekir; ancak bu haberlerin şüphelinin fiili suçunu ele alan değerlendirmeleri içermemesi gerekir. Ayrıca bkz. KÜHNE, Yargı ve Medya, s.20; NEULING, Ceza Adaleti ve Medya-Hazırlık Soruşturmasında Medya Aleniliği, s.230; TRECHSEL, Human Rights in Criminal Proceedings, s.177; GRABENWARTER, ECHR: Commentary, s.168. Özellikle adli olaya konu olan kişi hakkında, olayın o andaki durumunda kullanılması gereken nitelendirmelerin dışında bir nitelendirme yapılmamalı; örneğin, şüpheli yerine "sanık veya suçlu" terimleri kullanılmamalıdır. Bkz. ÖZEK, Çetin, Türk Basın Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1978, s.179. Amerikan Barolar Birliği'nin belirlediği dürüst yargılamayı sağlamak için suç haberlerinin verilmesinde uyulması gereken ahlak standartları arasında, özellikle olayların yansıtılmasıyla yetinilmesi ve bir değerlendirmeye gidilmemesi, delillerin değerlendirilmesine çalışılmaması önerileri vardır. Bkz. DÖNMEZER, Sulhi, Basın Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 4.Bası, İstanbul 1976, s.312.

⁴¹⁰ KÜHNE, Yargı ve Medya, s.23. Resmi makamların bilgilendirmesi asla şüphelinin suçlu olduğu imasını içermemeli ve kamuoyu nezdinde suçlu olarak damgalanmasına neden olmamalıdır. Bkz. OKUYUCU ERGÜN, Suçsuzluk Karinesi: Alice Harikalar Diyarında, s.44.

soruşturmanın gizliliğine ve selâmetine zarar vermeyecek biçimde olaylar hakkında kamuoyuna açıklamada bulunabilir.”

Benzer bir hüküm, CMK m. 157'nin 2.fıkrasıyla getirilmeye çalışılmış; ancak Komisyon'da bu fıkra gereksiz görülerek metinden çıkarılmıştır. Söz konusu ikinci fıkraya dair gerekçede şöyle bir ifade yer almaktadır: *“maddenin ikinci fıkrasında Cumhuriyet savcıları için kamuyu aydınlatma olanağı tanınmıştır. Ancak Cumhuriyet savcısı bu gereği yerine getirirken soruşturmanın gizlilik ve selâmetine zarar vermeyecek bir üslubu veya anlatım tarzını seçecek ve bir takım tebliğler vasıtası ile kamuoyuna açıklamalarda bulunulabilecektir.”* Bu bağlamda, 157. maddenin tasarısındaki ilk halinde, kamuoyunun yürütülen bir soruşturmaya ilişkin doğru ve düzgün haber alabilmesinin sağlanması bakımından Cumhuriyet savcısına kamuoyuna yürüttüğü soruşturma ile ilgili bilgi verme olanağı tanınmış; ancak sonradan gereksiz görülerek bu düzenleme metinden çıkarılmıştır.⁴¹¹ Bu itibarla, pozitif hukuk bakımından (*de lege lata*), Cumhuriyet savcılarının, soruşturma sırasında gerçekleştirilen işlemlerin gerçekleştirildikleri olgusunu dahi, basın ve kamuoyuyla paylaşamayacakları kabul edilmelidir. Soruşturmanın gizliliği yükümü Cumhuriyet savcıları bakımından da geçerlidir.⁴¹²

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 18.10.2011 tarihli, *“Soruşturmanın gizliliği ve basının bilgilendirilmesi”* başlıklı 33 nolu genelgesine⁴¹³ göre ise *“kamuoyunun doğru bir şekilde bilgilendirilmesini sağlamak amacıyla*

⁴¹¹ OKUYUCU ERGÜN, Soruşturmanın Gizliliği, s.246.

⁴¹² OKUYUCU ERGÜN, Soruşturmanın Gizliliği, s.246-247. Söz konusu gizlilik yükümüne uymayan Cumhuriyet savcısının cezai sorumluluğu TCK'nın 285.maddesi bağlamında değerlendirilir. Savcılarının cezai sorumluluklarıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. BAŞ, Eylem, *“Hakimlerin ve Savcılarının Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları”*, Ankara Barosu Dergisi, Y.2016, S.3, s.273 vd.

⁴¹³ HSYK, Sayı:B.03.1.HSK.0.70.12.04-010.06.02-147-2011.

soruşturmalarla ilgili açıklamaların Cumhuriyet başsavcısının bilgilendirilmesi koşuluyla Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca basın sözcüsü olarak görevlendirilen Cumhuriyet savcısı; görevlendirme yapılmayan yerlerde ise Cumhuriyet başsavcısı tarafından yazılı ya da kamuoyunun doğrudan bilgilendirilmesinin yararlı olacağı değerlendirilen durumlarda da sözlü açıklama yapılabilir” Ceza Muhakemesi Kanununda yasalaşması engellenen kamuyu aydınlatma olanağının, daha sonra idarenin bir iç işlemiyle getirilmeye çalışılması normlar hiyerarşisine aykırıdır. 157.maddeye göre, “*Kanunun başka hüküm koyduğu haller saklı kalmak ... koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir.*” Dolayısıyla, soruşturmanın gizliliği kuralının istisnaları, Kanun’da gösterilmelidir. Ceza Muhakemesi Kanununun çizdiği sınırların dışında, genelgeye dayanarak Cumhuriyet savcıları, soruşturmaya konu olay hakkında kamuoyunu bilgilendiremezler. Olması gereken hukuk açısından ise soruşturma makamlarının, basın ve kamuoyunu bilgilendirmesinin yerinde olacağı belirtilmişti. Bu hususta en iyi çözüm, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 2003 Tasarısı’nın 159.maddesi⁴¹⁴ veya 157.maddenin Komisyon’da metinden çıkarılan 2.fıkrası gibi bir hükmün Ceza Muhakemesi Kanununa konulması olacaktır.

Karşılaştırmalı hukukta da konuya dair değişik çözüm önerileri getirilmiştir.⁴¹⁵

Örneğin, Almanya’da tüm büyük savcılık ve mahkemelerin basınla alakalı birimlerinde savcı veya hakimler çalışmaktadır. Bu basın birimlerinin görevi, kamuya bu kurumlardaki çalışmalarla alakalı bilgi vermektir. Savcılığın basın birimi, kendi

⁴¹⁴ Centel, söz konusu hükmün 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununa alınmasının yerinde olacağını belirtmektedir. Soruşturma evresinde kamuoyuna kimin açıklama yapmaya yetkili olduğunun gösterilmesinde yarar vardır. Bkz. CENTEL, Nur, “*Yeni Ceza Muhakemesi Yasası’na Göre Hazırlık Soruşturmasının Başlaması ve Yürütülmesi*”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2005, S.1, s.134.

⁴¹⁵ Bkz. NEULING, Ceza Adaleti ve Medya-Hazırlık Soruşturmasında Medya Aleniliği, s.235 vd.

çalışmaları hakkında özel haftalık veya aylık planlar hazırlar ve bu planları basın tarafından da ulaşılabilir hale getirirse, o zaman kamuyu soruşturmaya konu olaylar hakkında bilgilendirmek de sorunsuz hale gelecektir. Böylece basın, Anayasa’da garanti altına alınan basın özgürlüğü çerçevesinde bilgilendirme görevini yerine getirebilecektir.⁴¹⁶ Alman Ceza Yargılaması ve Para Cezası Yönetmeliği’nin 23.maddesine⁴¹⁷ göre,

“1) Kamunun bilgilendirilmesinde, basın, radyo ve televizyon ile işbirliği, bu kurumların özel görevleri ve bu kurumlar sayesinde kamuoyunda görüş oluşturulmasındaki anlam dikkate alınarak yapılmalıdır. Bu bilgilendirme, ne soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmeli ne de duruşmanın sonuçlarını önceden belirtmelidir; bu esnada şüphelinin adil yargılanma hakkı da ihlal edilmemelidir. Olayın şartlarına göre kamunun haber alma hakkının, şüpheli veya mağdurun kişisel haklarına karşı ağır basıp basmadığının denetlenmesi gerekir. Mağdurun gereksiz yere küçük düşürülmesi engellenmelidir. Kamunun genel bilgilendirilme isteği, genel olarak isim zikredilmeden de karşılanabilir.

2) Kamunun, iddianame şüpheliye teslim edildikten veya başka şekilde bildirildikten sonra, ancak dava açılmasıyla olayın ayrıntıları hakkında bilgilendirilmesi mümkündür.”

⁴¹⁶ KÜHNE, Yargı ve Medya, s.17.

⁴¹⁷ Bkz. KÜHNE, Yargı ve Medya, s.18; ZAFER, Hamide, “Medya Özgürlüğü ve Adli Haberlerin Verilişi”, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay’ın Anısına Armağan, Marmara Hukuk Fakültesi, İstanbul 1999, s.772.

Yönetmelik hükmünün yeterli olmadığını düşünen yazarlar, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'na eklenmek üzere aşağıdaki önerilerini⁴¹⁸ sunmuşlardır. *Dalbkerme*'in önerisi şu şekildedir:

“1) Soruşturma evresi aleni değildir. Kamuoyunun bilgilendirilmesinde, basın, radyo ve televizyonla birlikte bunların kamuoyunda düşünce oluşturmak açısından özel ödevleri ve önemi dikkate alınarak birlikte çalışılması gerekmektedir. Bu bilgilendirme ne soruşturmanın amacını tehlikeye sokmalıdır ne de duruşmanın sonucunu etkilememelidir. Bu bilgilendirme, suçsuzluk karinesi ilkesi ile şüphelinin adil yargılanma hakkına uygun olmalıdır. Bu nedenle, yargılama süreçlerinin tarafsızlığını veya maddi gerçeğin bulunmasını veya adil bir kararı ihlal eden damgalayıcı tek taraflı açıklamalar yapılmamalıdır. Özellikle bildirim içeriği veya konuşma diliyle yapılan açıklama, şüpheliyi önceden kusurlu veya fail olarak gösteren bir etki yaratmamalıdır.

2) Şüphelinin muvafakatı olmaksızın kendisinin kimliğinin açıklanması, suçun aydınlatılması için emredilmiş olmadıkça, davanın açılmasına kadar gizli kalmalıdır. Şüphelinin kimliğinin açıklanmasına yakın/benzer açıklamalar için de aynı şey geçerlidir.

3)Yazılı açıklamalar veya basın açıklamaları yayınlanırsa o takdirde ilgili kimse, özellikle şüpheli tarafından, o kimse müdafii tarafından temsil edildiği sürece, onun müdafii de en geç ve fakat eş zamanlı olarak bir nüshası bildirilmelidir. Şüpheli ve müdafii basın toplantısına zamanında davet edilmelidir; basın toplantısı süresince bu kimselere cevap vermek ve açıklama yapmak olanağı tanınmalıdır.”

⁴¹⁸ Bkz. NEULING, Ceza Adaleti ve Medya-Hazırlık Soruşturmasında Medya Aleniliği, s.235 vd.

Bernd-Dieter Meyer'in önerisine göre ise:

“1) Fiil hakkındaki genel açıklamalar, yargılamanın konusu ve soruşturmadan elde edilen ve korumaya alınan bilgiler ilke olarak basın ve medya açısından sınırlandırılmıştır. Soruşturma evresinin sonuçlarına atıf yapan açıklamalar yapılamaz. Dosyadan kopya alınmasına izin verilmek suretiyle (başkalarına) nakledilemez.

2) Tek başına veya diğer koşullarla birlikte şüphelinin, suçtan zarar görenin veya bir tanığın kimliğini gizlemeye elverişli olan koşullar hakkında veya kamuoyundaki bu kişilerden birisinin değerlendirilmesi için önemli olan diğer koşullar hakkında ancak eğer ilgili kimse rıza gösterirse açıklama yapılabilir. Eğer ilginin kimliği daha önce basında yayımlanmışsa, kimlik hakkındaki bilgilerde rızaya ihtiyaç yoktur.

3) Eğer kamuoyunun ilgili koşullara ilişkin bilgilenme yararı daha üstün ise, ancak o zaman şüpheli hakkında ikinci fıkranın birinci cümlesinde zikredilen açıklamalar yapılabilir. Aşağıdaki hallerde kural olarak kamuoyunun bilgilenme yararının daha üstün olduğu kabul edilmelidir:

a. Fiilden bağımsız olarak şüpheliye popüler bir kimsenin davranışı söz konusu ise,

b. Şüpheli kimseye bir hukuka aykırı fakat kendine özgü koşullar nedeniyle kamuoyu açısından öncelikli bir yararı ihlal eden ve fiilin şüphelinin çok çabuk şüpheli konumuna geldiği bir fiil isnat ediliyorsa.

Fiil işlendiği zaman 18 yaşından küçük olan şüpheli hakkında 2.fıkranın 1.cümlesinde zikredilen açıklamalar yayınlanamaz. Bu tür bir şüphelinin kimliği eğer daha önce basında yayımlanmış ise bu şüphelinin kimliği hakkında açıklamalar yapılabilir.

4) Talep üzerine ilgili kimseye kendisinin kişiliği ile ilişkili verilerin basın temsilcilerine verilmiş olduğu hususunda bildirimde bulunulmalıdır.

5) Eğer akrabaları muvafakat ederlerse ölen kimsenin kimliği hakkında bilgi verilebilir. Burada 2. fıkranın ikinci ve üçüncü cümleleri geçerlidir.”

Bu çalışmada öne sürülen düşünceleri en iyi yansıtan ve aşağıdaki değinilecek olan AİHM içtihatlarıyla en uyumlu olan öneri, *Neuling*'e aittir. Buna göre, soruşturma makamları genel olarak, anlaşılabilir basın açıklamalarında bulunmak yükümlülüğü altındadır; özellikle soruşturma evresinin yürütülmesi hakkındaki açıklamalarda kamuoyunda yanlış kanaatlerin oluşmasına neden olunmaması hususunda özenli davranmaya dikkat etmelidirler. Bunu yaparken, kamuoyunun bilgilene hakkı ile şüphelinin korunan menfaatlerini karşılıklı olarak dengelemeleri gerekir.⁴¹⁹

“1) Soruşturma evresi gizlidir. Eğer açıklama yapılması suretiyle soruşturmanın amacı tehlikeye sokulmuyorsa, savcılık, basın ve medyaya açıklamada bulunabilir. Kolluk bu bilgilendirmeyi yalnızca savcılığın onayıyla yapabilir.

⁴¹⁹ NEULING, Ceza Adaleti ve Medya-Hazırlık Soruşturmasında Medya Aleniliği, s.234.

2) Kovuşturma evresinden önce, şüphelinin alenen bireyselleştirilmesi mümkün değildir. Şüphelinin buna rıza göstermesi veya bunun suçların aydınlatılması açısından gerekli olması halinde ise birinci cümle uygulanmaz.

3) Soruşturma evresinin görünen gidişatı hakkında, objektif-tasviri bilgiler, özellikle de,

- a. Soruşturan makam,
- b. Suçlamanın içeriği,
- c. Koruma tedbirlerinin uygulanması,
- d. Soruşturma evresinin tamamlanması gibi hususlarda haber verilebilir.

4) Şüphelinin korunmaya muhtaç menfaatlerini ihlal etmeye elverişli soruşturma evresinin iç koşulları hakkında subjektif-değerlendirici bilgiler verilmesi, özellikle de,

- a. Soruşturma önlemleri ve soruşturma verilerinin tek yönlü değerlendirilmesi,
- b. Şüphelinin kusurlu veya fail olarak sunulması ve bu suretle muhakeme süjelerinin muhakemeye katılmaması veya muhakemenin kurallara aykırı şekilde yürütülmesi hukuka aykırıdır.”

III. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Harici Gizlilik

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 6.maddesinin 2.fıkrasında “bir suç ile itham edilen herkesin, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılacağını”, 10.maddede ise “herkesin ifade özgürlüğü hakkına sahip olduğunu, bu hakkın kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsadığını, görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılmasının, yasayla öngörülen ve

demokratik bir toplumda başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabileceğini” öngörmektedir. Ayrıca aşağıda görüleceği üzere, AİHM, sadece etkili bir araştırma ve soruşturma faaliyeti yürütülebilmesi amacıyla değil, suçsuzluk karinesinin gözetilmesi gereken durumlarda da soruşturma makamlarının soruşturmayı gizli tutmaları gereğinin altını çizmektedir.

Bu bağlamda, AİHM’in, soruşturma evresinde maddi gerçeğe ulaşılabilmesi koşullarının korunması için etkili bir araştırma ve soruşturma faaliyetinin yürütülmesi amacı ile basının haber verme hakkını kullanma ve kamuoyunu bilgilendirme amacı ve suçsuzluk karinesi arasındaki çatışmayı çözmek konusundaki yaklaşımının incelenmesi gerekmektedir.

1. Soruşturma Evresinde m.6/2’nin Uygulanabilirliği

Genel olarak, 6.maddenin soruşturma evresinde uygulanabilirliği⁴²⁰ hususuna bir önceki bölümde değinilmişti. Burada AİHM’in, 6.maddede “suçlamanın esası hakkında karar verecek mahkemenin” önünde kullanılacak haklardan bahisle kovuşturma evresine, “bir suç ile itham edilen” kişi ile de sanığa işaret edildiği yönünde bir yorum yapmadığı; otonom kavramlar doktrini çerçevesinde söz konusu kavramlara daha geniş bir anlam yüklediği anımsanmalıdır. AİHM’e göre, bir kişiyle ilgili adli işlemlere başlandığı andan itibaren, resmi isnat bulunsun veya bulunmasın, o kişi Sözleşme’den doğan haklardan yararlanabilir. Soruşturma makamları, somut nedenlere dayanarak bir kimseden şüphelenmeye ve o kişi hakkında araştırma

⁴²⁰ 71.sayfaya bakınız.

yapmaya başlamışlarsa, geniş anlamda sanıklık başlamıştır. Eğer “şüphelinin hukuki durumu önemli ölçüde etkileniyorsa (*the situation of the suspect has been substantially affected*)”, resmen bir suç isnadı yapılmamış olsa dahi, 6.madde uygulama alanı bulur. Bu itibarla, ortada bir suç isnadının bulunduğunu kabul etmek için ceza davasının açılmış olması bir önkoşul olarak aranamaz. 6.maddenin ve dolayısıyla suçsuzluk karinesinin sağladığı güvenceler, kamu davasının açılmasından önce başlar.⁴²¹

Soruşturma evresinde soruşturma makamları veya basın organları, şüphelinin suçluluğu veya suçsuzluğu hususunda açıklama yapmaya, daha kötüsü hüküm vermeye başladıklarında, “şüphelinin hukuki durumunun önemli ölçüde etkilendiği” kabul edilmelidir.

2. Soruşturma Organlarının İhlalleriyle İlgili Kararlar

Allet de Ribemont v. France kararında, AİHM, suçsuzluk karinesinin sadece bir yargıç veya mahkeme tarafından değil, başka kamu otoriteleri tarafından da ihlal edilebileceğine hükmetmiştir.⁴²² Söz konusu olayda, Allet de Ribemont bir cinayete yardım ve yataklık etmek suçlamasıyla gözaltına alınmış; komiser ve suç soruşturma bölüm müdürü tarafından bir basın toplantısı düzenlenmiş; bu toplantıda Fransız polisinin en üst rütbeli bazı görevlileri Allet de Ribemont’dan, hiçbir kayıt ya da kısıtlama getirmeksizin, cinayetin azmettiricilerinden biri, dolayısıyla da o cinayetin suç ortağı olarak söz etmişlerdir. Mahkemeye göre, bu bariz biçimde başvuruçunun suçlu olduğuna ilişkin bir beyandır. Bu beyan, öncelikle, kamuoyunun bu kişinin suçlu olduğuna inanmasına katkıda bulunmuştur; ayrıca yetkili yargı mercinin gerçekleri

⁴²¹ OKUYUCU ERGÜN, Suçsuzluk Karinesi: Alice Harikalar Diyarında, s.43.

⁴²² *Allet de Ribemont v. France*, 10.02.1995, App. No. 15175/89. Ayrıca bkz. OKUYUCU ERGÜN, Suçsuzluk Karinesi: Alice Harikalar Diyarında, s.44. Suçsuzluk karinesi, kişilerin kesin bir mahkeme kararı ile suçlu bulunmalarından önce, suçlu gibi değerlendirilmelerine neden olacak herhangi bir adli karara ya da kamu görevlileri tarafından yapılacak açıklamalara karşı korunmasını amaçlar.

değerlendirmesi konusunda bir önyargı yaratmıştır. Dolayısıyla, m.6/2 ihlal edilmiştir.⁴²³

AIHM, soruşturma makamlarının kamuoyunu bilgilendirmesinde uyulması gereken ilkeyi şöyle açıklamaktadır: “Sözleşmenin 10.maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü, bilgi edinme ve verme özgürlüğünü de içermektedir. Bu nedenle m.6/2, yürütülmekte olan bir ceza soruşturması hakkında yetkililerin kamuoyuna bilgi vermesine engel değildir. Ancak suçsuzluk karinesine saygı gösterilmesi mevzubahis olduğundan, m.6/2, bilginin gereken bütün dikkat ve özen gösterilerek verilmesini zorunlu kılmaktadır.”⁴²⁴

Y.B. ve diğerleri v. Türkiye kararına konu olan olayda, polis tarafından basına dağıtılan “basın açıklamasında” başvuruçular, hiçbir kayıt konmaksızın yasadışı bir örgütün mensubu olarak gösterilmişler ve adı geçen kişilerin İzmir’in değişik yerlerinde birden fazla suç işlediklerinin tespit edildiği belirtilmiştir. Bu esnada, gazetecilere başvuruçuların fotoğraflarını çekmeleri için izin verilmiştir. Ertesi gün başvuruçular hakim karşısına çıktıklarında, basında belirli suçların faili olarak gösterilmişler ve fotoğrafları yayımlanmıştır. Mahkeme, soruşturma makamlarının devam eden soruşturmalar hakkında kamuoyunu bilgilendirebileceğini fakat bunun suçsuzluk karinesini ihlal etmemek için gerekli dikkat ve özen sınırları içinde verilebileceğini hatırlattıktan sonra, ancak nesnel bilgilerin kamuoyuna

⁴²³ *Allenet de Ribemont v. France*, 10.02.1995, App. No. 15175/89, para.41. Ayrıca bkz. DUTERTE, Avrupa İnsan Hakları Kararlarından Örnekler, s.178; RAINEY/WICKS/OVEY, Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights, s.286; REID, A Practitioner’s Guide to ECHR, s.222.

⁴²⁴ *Allenet de Ribemont v. France*, 10.02.1995, App. No. 15175/89, para.38. Bkz. SCHABAS, The European Convention on Human Rights: A Commentary, s.302.

açıklanabileceğini ve bu bilgilerin suçluluğa dair herhangi bir değerlendirme veya önyargı içermemesi gerektiğini belirtmektedir.⁴²⁵

AİHM'e göre, basın açıklamasındaki ifadelerin, başvuranların itham edildikleri suçları işlediklerini onaylayan değerlendirmeler şeklinde yorumlanması mümkündür. Polis yetkililerinin tutumları, başvuruçuların basına sunulma şekli ve özellikle kimliklerini kolayca ortaya koyan bilgilerin basına verildiği göz önünde bulundurulduğunda, soruşturma makamlarının suçsuzluk karinesine saygı göstermediği anlaşılmaktadır. Basın açıklaması, bir taraftan kamuoyunun başvuranların suçlu olduğuna inanmasını sağlamış, diğer taraftan yetkili hakimlerin olayları değerlendirmesinde önyargılı davranmalarına sebep olmuştur.⁴²⁶

Karakaş ve Yeşilirmak v. Türkiye davasında da, polisin bir basın toplantısı düzenlemesi ve gazetecilere şüpheliler hakkında bilgi vererek onların fotoğraflarının çekilmesine izin vermesi konu edilmiştir. Basın toplantısından sonra iki gazete, başvuruçuların isimlerini ve fotoğraflarını yayımlamış; bir eylem düzenlemeye hazırlandıkları sırada örgüt üyesi olmaları nedeniyle polis tarafından yakalandıklarını belirtmiştir. Ancak AİHM, polisin başvuruçuların suçlu olduklarını ifade ettiğini veya soruşturma makamlarının olaya ilişkin değerlendirmelerinde önyargılı davrandığını tespit edemediğinden, m.6/2'nin ihlal edilmediği yönünde karar vermiştir.⁴²⁷

⁴²⁵ *Y.B. and Others v. Turkey*, 28.10.2004, App. No. 48173/99. INFORMATION NOTE No. 68 on the case-law of the Court, s.17. (https://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2004_10_68_ENG_815395.pdf); REID, A Practitioner's Guide to ECHR, s.222.

⁴²⁶ Bkz. CENGİZ, Serkan / DEMİRAG, Fahrettin / ERGÜL, Teoman / MCBRIDE, Jeremy / TEZCAN, Durmuş, AİHM Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2008, s.15.

⁴²⁷ *Karakaş ve Yeşilirmak v. Turkey*, 28.06.2005, App. No. 43925/98. Bkz. CENGİZ/DEMİRAG/ERGÜL/MCBRIDE/TEZCAN, AİHM Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, s.14.

Daktaras v. Litvanya kararında, AİHM, şüphelinin suç işlediğine dair yalnızca bir şüphenin bulunduğu yönündeki bir beyan ile kesin bir mahkumiyet kararı bulunmaksızın şüphelinin söz konusu suçu işlediği yönündeki net bir beyan⁴²⁸ arasında ayırım yapılması gereğini ifade etmiştir.⁴²⁹ Somut olayda, kamuoyunda “yeraltı dünyasının lideri” olarak ünlenen başvuru soruşturma dosyasını inceledikten sonra, soruşturmanın hiçbir temeli olmadığını iddia ederek kendisi hakkındaki dosyanın kapatılmasını istemiştir. Savcı, söz konusu istemi reddederken, “o ana kadar toplanan delillerin şüphelinin suçluluğunu kanıtladığını” söylemiştir. Soruşturma makamları, kamuoyu ilgisinin çok yoğun olduğu bu olayda basına açıklama yaparken şüphelinin kriminal geçmişine işaret etmiş, fakat onun soruşturulan suçu işlediği yönünde kesin belirlenmeler yapmamış, önyargılı değerlendirmelerden kaçınmışlardır. Mahkeme, savcının “kanıtlandığı” sözcüğünü kullanmasını talihsiz olarak nitelendirmekle birlikte, bu sözcüğün kullandığı bağlamda şüpheli hakkında hüküm vermek anlamını taşımadığını belirtmektedir. Savcının ifadeleri, şüpheli hakkında kamu davası açılmasına yetecek ölçüde delil bulunduğu şeklinde anlaşılmalıdır. Bu nedenle, *Daktaras*’ın suçsuzluk karinesi ihlal edilmemiştir.⁴³⁰

Butkevicius v. Litvanya kararında, AİHM, m.6/2’de kamu görevlilerinin yürütülen ceza soruşturmaları hakkında, kamunun ilgili şüphelinin suçlu olduğuna inanmasına veya yetkili adli makamların tartışma konusu olayları değerlendirirken önyargıyla hareket etmelerine yol açabilecek beyanlarda bulunmalarının yasaklandığı yönündeki içtihadını teyit etmiştir. *Butkevicius*, savunma bakanı olduğu dönemde

⁴²⁸ Bkz. *Ismailov v. Russia*, 24.04.2008, App. No. 33947/05, para.158.

⁴²⁹ Bahse konu net beyan masumiyet karinesi ilkesini ihlal ederken, şüpheyi dile getiren beyan Mahkeme tarafından incelenen çeşitli durumlarda sakıncasız olarak nitelendirilir. Ayrıca bkz. *Garycki v. Poland*, 6.02.2007, App. No. 14348/02, para.67-71.

⁴³⁰ *Daktaras v. Lithuania*, 10.10.2000, App. No. 42095/98, para.44-45. Bkz. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, s.303; TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, s.179; REID, *A Practitioner’s Guide to ECHR*, s.223.

Litvanya polisi tarafından bir otelin lobisinde bir petrol şirketinden rüşvet alırken suçüstü yakalanmıştır. Doğal olarak, kamuoyu bu olaya fazlasıyla ilgi göstermiş, meclis başkanı Butkevicius’u “rüşvet alan bir kişi” olarak nitelemiş, başsavcı basına “şüphelinin suçluluğu hakkında yeteri kadar delil bulunduğunu” söylemiştir. AİHM, başsavcının sözlerinin şüphelinin suçluluğuna işaret ettiğini ve endişe yarattığını kabul etmekle birlikte, bu sözlerin Butkevicius’un yargılanacağı davada onun suçlu bulunmasına yetecek ölçüde delil bulunduğu şeklinde yorumlanabileceğini ve ayrıca meclise yapılan dokunulmazlığın kaldırılması başvurusunu gerekçelendirmek amacıyla söylendiğini belirtmektedir. Buna karşın, meclis başkanının “rüşvet alan bir kişi” şeklindeki nitelendirmesi, kesin bir mahkumiyet kararı bulunmaksızın Butkevicius’un söz konusu suçu işlediği yönündeki net bir beyandır. Bu nedenle, Butkevicius’un suçsuzluk karinesi ihlal edilmiştir.⁴³¹

Khuzhin and others v. Russia kararına konu olan olayda, duruşmadan bir hafta önce devlet televizyonunda, başvuru sahiplerini soruşturan polis şefi, savcı ve başsavcının konuk olduğu bir program yapılmış; bu programda üç kamu görevlisi de, herhangi bir kayıt koymaksızın, şüphelilerin soruşturuldukları suçu işledikleri yönünde kesin ifadeler kullanmış; savcı, geçmiş suçlarına ithafen şüphelileri “ıflah olmaz suçlular” şeklinde lanse etmiş, kapanış konuşmasında “işledikleri suçun onların zalim ve vahşi karakterlerinin bir yansıması ve yargılamayı yapacak olan mahkemenin tek seçeneğinin hakettikleri uzunlukta bir hapis cezasıyla şüphelileri mahkum etmek olduğunu” söylemiştir. AİHM, soruşturma makamlarının yürütülen bir soruşturma ile ilgili olarak açıklamalarda bulunurken kullandıkları sözcükleri dikkatli ve özenli bir

⁴³¹ *Butkevicius v. Lithuania*, 26.03.2002, App. No. 48297/99, para.52-54. Ayrıca bkz. GRABENWARTER, ECHR: Commentary, s.169. Dakaras kararının aksine burada kamuya açıklama yapılmasının ihlali getirdiği yönünde bkz. TRECHSEL, Human Rights in Criminal Proceedings, s.179.

biçimde seçmeleri gereğini hatırlatmaktadır. Devlet televizyonundaki programda soruşturma makamlarının kullandıkları ifadeler, kendilerinin önyargılı değerlendirmelerinden ibarettir. Bu ifadeler, kamuoyunda şüphelilerin suçlu olabileceği değil fakat kesinlikle suçlu oldukları yönünde bir algı yaratmıştır. Bu koşullar altında, mahkeme, soruşturma dosyasının gazetecilere verilmesinin incelenmesini dahi gereksiz görmektedir. Söz konusu gerekçelerle, m.6/2 ihlal edilmiştir.⁴³²

3. Basın Mensuplarının İhlalleriyle İlgili Kararlar

Gazetecilerin ihlalleri bakımından öncü olma niteliğini taşıyan *Dupuis and others v. France* kararına konu olan olayda, bir dergiye Elysée Sarayı'nın anti-terörizm biriminin belirli gazeteci ve hukukçuların telefon konuşmalarını dinlediği ve kayıt altına aldığını belirten isimsiz bir not bırakılmış; dinlenen kişilerin listesi basında yayımlanmış, kamuoyunun artan baskısı karşısında buna ilişkin bir ceza soruşturması başlatılmıştır. Henüz soruşturma devam ederken, Dupuis ve Pontaut, “Başkan'ın Kulakları” isimli kitaplarını yayımlamışlardır. Kitabın bazı bölümleri tamamen soruşturma dosyasından alınan belgelerden oluşmaktadır. Gazeteciler, soruşturma dosyasına nasıl eriştiklerini açıklamaktan imtina etmişler, dinlenen kişilerden bu bilgileri edindiklerini söylemişlerdir. Nihayetinde Fransız mahkemesi, gazetecilerin bu bilgilere sadece soruşturmanın gizliliği yükümü altında olan kamu görevlileri aracılığıyla erişebileceğini, belgelerin nasıl el değiştirdiğinin önemi olmaksızın ancak bir suç işlenerek soruşturma dosyasına erişildiğini belirterek, Dupuis, Pontaut ve

⁴³² *Khuzhin and others v. Russia*, 23.10.2018, App. No. 13470/02, para.93-97.

yayımcılarını soruşturmanın gizliliğini ihlal ettikleri gerekçesiyle Fransız Ceza Kanununun ilgili maddeleri gereğince mahkum etmiştir.⁴³³

AİHM, sivil toplumun önemli figürlerinin Fransız devletinin en yüksek makamlarında bulunan görevliler tarafından yasadışı olarak dinlenip konuşmalarının kayıt altına alındığı böyle bir olayda, sadece gazetecilerin haber verme görevi değil, daha da önemlisi toplumun haber alma hakkının bulunduğunu belirtmektedir. Açığa çıkarılan gerçeklerin, kamuoyunda büyük bir endişe yarattığı ve soruşturma dosyasından elde edilen belgelerin de yer aldığı bu kitaba yoğun bir ilgi gösterildiği gözlemlenmektedir. Kitapta anlatılan gerçekler hakkında kamuoyunun bilgilendirilmesinde büyük bir kamu yararı vardır. Fransız mahkemesinin, tecrübeli gazetecilerin soruşturma dosyasındaki belgelerin gizli olduğunu ve korunduğunu bilmemelerinin beklenemeyeceği savına ilişkin olarak, AİHM, muhakemenin düzgün bir biçimde ilerleyebilmesi için öngörülen gizlilik yükümünden kural olarak gazetecilerin de ayırık tutulmadığını, bu nedenle 10.maddenin 2.fikrasında ifade özgürlüğünün sınırlarının çizildiğini belirtmektedir. Fakat demokratik bir toplumda somut olayın koşulları dikkate alındığında, kamuoyunun bu olayla ilgili olarak bilgilendirilmesindeki menfaat, soruşturmanın gizliliğinden daha üstündür.⁴³⁴

Mahkeme, soruşturma işlemlerinin düzgün bir biçimde gerçekleştirilebilmesi ve suçsuzluk karinesinin korunabilmesi için soruşturmanın gizlilikle yürütülmesi gereğini kabul etmektedir. Ne var ki, somut olayda kitabın yayımlandığı tarihte, soruşturma üç senden uzun bir süredir devam etmekte, olay bütün toplum tarafından

⁴³³ *Dupuis and others v. France*, 7.06.2007, App. No. 1914/02, para.4-10.

⁴³⁴ *Dupuis and others v. France*, 7.06.2007, App. No. 1914/02, para.41-43. Ayrıca bkz. OKUYUCU ERGÜN, Soruşturmanın Gizliliği, s.262.

bilinmekte, medyada soruşturmanın içeriğiyle ilgi pek çok haber yayınlanmaktadır. Bu durumda, soruşturmanın halen gizli yürütülmesine gerek olup olmadığı sorgulanmalıdır. Kitap yayımlandıktan ancak 10 yıl sonra sorumluların hüküm giyebildiği bir davada, soruşturmanın gizliliğinin ihlal edilmesinin, onların suçsuzluk karinesi üzerinde nasıl bir olumsuz etki doğurduğu gösterilememiştir. Kitabın yayımlanmasından sonra ve soruşturmanın devam ettiği sırada, savcı, defalarca bu dosyayla ilgili olarak basına konuşmuştur; demek ki, somut olayın koşullarında soruşturmaya ilişkin bilgilerin gizliliğinin korunması, soruşturma makamlarının önceliği olmamıştır. Demokrasinin bekçisi rolünü taşıyan gazeteciler, kamunun öğrenmesinde büyük yararı bulunduğu böyle bir konuda, güvenilir ve tam bir bilgiye erişmişler, meslek ahlakı doğrultusunda gerçeklere dayalı bir haberi topluma sunmuşlardır. Bu gerekçelerle, Sözleşme'nin 10.maddesi ihlal edilmiştir.⁴³⁵

Wirtschafts-Trend v. Austria kararına konu olan olayda, kaçak göçmenler, sınırdışı edilmek üzere bir uçağa bindirilmişler; söz konusu uçuşta görevli olan üç polis memurunun gözetimi ve belirsiz koşullar altında, göçmenlerden biri hayatını kaybetmiştir. Olay Avusturya basınında geniş yer bulmuş, kamuoyunda polisin sınırdışı etme uygulamaları, özellikle göçmenlerin direncini kırmak amacıyla kelepçe ve yapışkan bant kullanımı konusunda bir tartışma başlamıştır. Başvurucu dergi olayı konu alan bir makale yayımlamış; burada iki polis memuru tam adları ve soyadlarının ilk harfleriyle anılmışken, bir polisin (K.) ad-soyadı ve unvanı tam olarak verilmiş hatta göz alıcı bir biçimde makalenin başına konulmuştur. Avusturya mahkemesi, K.'nin ad ve soyadının yayımlanması sebebiyle, akrabaları, yakın çevresi ve toplum tarafından dışlandığını, hayat kalitesinin büyük zarar gördüğünü belirterek, K.'nin

⁴³⁵ *Dupuis and others v. France*, 7.06.2007, App. No. 1914/02, para.44-49.

kişilik haklarının, olaya ilişkin bu tarz detayların yayımlanmasındaki kamu yararından daha üstün olduğuna hükmetmiştir. Buna göre, polisin sınırdışı etme uygulamaları, olaya karışan polis memurlarının ismi verilmeden de eleştirilebilirdi.⁴³⁶

AİHM, demokratik bir toplumda basının üstlendiği önemli rolü hatırlatmakta fakat basın özgürlüğünün başkalarının kişilik haklarının ve itibarının korunması amacıyla sınırlanabileceğini belirtmektedir. Makalenin kamuoyunun derin endişe duyduğu bir soruna ilişkin ve sınırdışı uygulamalarının hukuka uygunluğu üzerine yürütülen politik bir tartışmanın parçası olduğu gözlemlenmektedir. Ayrıca başvuru dergi, polis memurunun tam ismi dışında, olayın herhangi bir ayrıntısını yayımlamaktan yasaklanmamıştır. Avusturya mahkemesi, hakkında soruşturma yürütülen K.'yi, basın tarafından verilen hükme karşı korumaya çalışmış ve onun suçsuzluk karinesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM, bu noktada, polisin sınırdışı etme uygulamalarının olaya karışan polis memurlarının ismi verilmeden de eleştirilebileceğine ilişkin tespiti katılmaktadır. Gerçekten de, makalede olay bütün ayrıntılarıyla verilmişken polis memurlarının tam isimlerinin ifşa edilmesinde kamu yararı bulunmamaktadır. Bu nedenle, K.'nin kimliğini ifşa eden başvuru derginin tazminat ödemesine karar verilmesi, 10.maddenin ihlali anlamına gelmemektedir.⁴³⁷

*Y. v. Switzerland*⁴³⁸ kararında, AİHM, soruşturmanın gizliliğini ihlal ettiği gerekçesiyle kendisine para cezası verilen gazetecinin basın özgürlüğünün ihlal

⁴³⁶ *Wirtschafts-Trend Zeitschriftenverlagsgesellschaft MBH (no. 2) v. Austria*, 14.11.2002, App. No. 62746/00, p.2.

⁴³⁷ *Wirtschafts-Trend Zeitschriftenverlagsgesellschaft MBH (no. 2) v. Austria*, 14.11.2002, App. No. 62746/00, p.5-6.

⁴³⁸ *Y. v. Switzerland* (06.06.2017, App. No. 22998/13), kararın orijinal metnine ancak Fransızca olarak erişilebilmektedir. Mahkemenin hazırladığı bilgi notu için bkz. (<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=003-57377107290607&filename=Judgment%20Y.%20v.%20Switzerland%20%20journalist%20fined%20for%20breaching%20the%20secrecy%20of%20a%20judicial%20investigation.pdf>)

edilmediğine hükmetmiştir. Başvurucu gazeteci, kendi köşesinde çocukların cinsel istismarıyla suçlanan bir şüphelinin salıverilmesini eleştirmiş; bunu yaparken savcının salıverilme kararına karşı itirazından bazı bölümleri okuyucularına aktarmıştır. Ayrıca makalede suçlamaya konu olayın bütün ayrıntılarına yer vermiştir. Yerel mahkeme, başvurucu gazeteci hakkında soruşturmanın gizliliğini ihlal ettiği (gizli belgeleri yayımladığı) gerekçesiyle adli para cezasına hükmetmiştir. AİHM, başvurucunun haber verme ve toplumun haber alma özgürlüğünün, soruşturma işlemlerinin düzgün bir biçimde gerçekleştirilmesi, şüphelinin suçsuzluk karinesinden yararlanması, yargının otorite ve tarafsızlığının veya kişilerin özel hayatının gizliliğinin korunması gibi kamusal veya bireysel menfaatlerle çatıştığını belirtmektedir. Soruşturmanın gizli yürütülmesinin ve gizliliğin ihlal edilmesi halinde müeyyideyle karşılaşmasının nedeni, sayılan kamusal ve bireysel menfaatlerin korunmasıdır.

Başvurucu Y., soruşturma dosyasındaki belgelere mağdur çocuklardan birinin babası aracılığıyla erişmiş ve yayımlamak üzere onun iznini almıştır; dolayısıyla belgeler hukuka aykırı bir biçimde ele geçirilmemiştir. Buna karşın, profesyonel bir gazeteci olan Y.'nin soruşturma dosyasındaki gizli belgelerin ifşasının İsviçre Ceza Kanununun ilgili maddesi gereğince cezalandırıldığını bilmemesi mümkün değildir. Kaldı ki, başvurucu yayımladığı belgelerin soruşturma dosyasına dahil ve gizli olduğunu bildiğini inkar etmemiştir.

AİHM, bu noktada, İsviçre Federal Mahkemesi'nin makalenin, nesnel bir biçimde toplumu bilgilendirme ve kamuoyunda yürütülen tartışmaya katkı sunma amacından çok, sansasyonel olma amacını taşıdığı yönündeki tespitine katılmaktadır. Ayrıca makale şüphelinin suçlu olduğuna ilişkin kesin ifadeler içermektedir. Şüphelinin salıverilmesinin ise kamuyu ilgilendirdiğini, bunun kamuoyunda yürütülen

tartışmaya katkı sağlayabileceğini kabul etmek gerekir. Fakat makale işlenen suçu çok kapsamlı ve ayrıntılı bir biçimde tarif etmiş ve soruşturma dosyasındaki ifadelerden bazı bölümleri alıntılanmıştır. Mağdur çocuklardan birisinin babasının Y. ile röportaj yapması, onu çocukların korunmasına ilişkin etik yükümlülüklerden kurtarmamaktadır. Bu itibarla, soruşturmanın gizliliğini ihlal etmesi nedeniyle Y.'ye verilen ceza, Sözleşme'nin 10.maddesine aykırılık teşkil etmemektedir.

Bédat v. Switzerland kararına konu olan olayda, başvuru gazeteci Bedat, "Lozan Köprüsündeki Trajedi" başlığıyla bir makale kaleme almış, burada bir sürücünün (M.B.) Lozan Köprüsündeki 3 yayayı öldürüp 8 kişiyi de yaraladığı trafik kazasının ayrıntılarına yer vermiştir. Ayrıca M.B.'nin kolluğa verdiği ifadesi ve soruşturma hakiminin yaptığı sorgusundan bölümlerle birlikte M.B.'nin soruşturma hakimine yolladığı mektupların fotoğrafı yayımlanmış; Cezayir vatandaşı olan şüphelinin hiçbir şekilde pişmanlık göstermediği belirtilmiş; aslında yaşananların kaza olmadığına işaret edilmiştir. Devam eden bir soruşturma dosyasındaki gizli belgeleri yayımladığı gerekçesiyle, İsviçre Ceza Kanununun 293.maddesi uyarınca, Bedat önce 1 aylık bir hapis cezasına çarptırılmış, ardından bu ceza adli para cezasına çevrilmiştir.⁴³⁹

AİHM, somut olayda Bedat'nın haber verme ve toplumun haber alma hakkı ile soruşturmanın gizliliğinin koruduğu menfaatlerin çatışma halinde olduğu tespitini yapmaktadır. Bu menfaatler, soruşturma işlemlerinin etkili bir biçimde gerçekleştirilmesi, şüphelinin suçsuzluk karinesinden yararlanması, yargının otorite ve tarafsızlığının veya kişilerin özel hayatının gizliliğinin korunmasıdır.⁴⁴⁰

⁴³⁹ *Bédat v. Switzerland*, 29.03.2016, App. No. 56925/08, para.8-16.

⁴⁴⁰ *Bédat v. Switzerland*, 29.03.2016, App. No. 56925/08, para.55.

Başvurucunun, profesyonel bir gazeteci olarak, yayımladığı soruşturma belgelerinin gizli olduğunu ve bu davranışının İsviçre Ceza Kanununun 293.maddesi kapsamına girebileceğini bilmemesi mümkün değildir. Makale esasen kişilerin hastalıklı meraklarını tatmin etmeye yönelmiştir ve sansasyonel olma amacını gütmektedir. Söz konusu makalede M.B.’nin oldukça negatif bir portresi çizilmiştir; bu yazıyı okuyan birinin, en ufak şüpheye yer bırakmaksızın M.B.’nin suçlu olduğu kanaatini edinmesi muhtemeldir. Başvurucunun şüphelinin suçsuzluk karinesine saygı göstermediği açıktır.⁴⁴¹

Mahkeme, toplumda büyük bir üzüntü ve kızgınlığa yol açan böyle bir olay hakkında kamuoyunun bilgilendirilmesinde kamu yararı bulunduğunu kabul etmektedir. Fakat söz konusu makalenin ve soruşturma dosyasından alınan gizli belgelerin içeriği, kamuoyunda yürütülen tartışmaya katkı sağlamaktan uzaktır.⁴⁴² Delillerin tahrip veya yok edilmesi ve dolayısıyla soruşturmanın ve bütün muhakemenin amacının tehlikeye düşürülmesinin önlenmesi ile şüphelinin suçsuzluk karinesine ve genel anlamıyla kişilik haklarına saygı gösterilmesine ilişkin menfaatleri koruyan soruşturmanın gizliliğini ihlal eden davranışların Devlet tarafından müeyyideye bağlanmasının meşru olduğu vurgulanmaktadır.⁴⁴³ Devletlerden soruşturma işlemlerinin düzgün biçimde gerçekleştirilemediği ve şüphelinin suçsuzluk karinesine uyulmadığı şeklinde *ex post* bir değerlendirme yapması ve bunun üzerine müeyyide uygulaması beklenemez. Söz konusu makale gibi yayımların, soruşturmanın akışının etkilenmesi ve suçsuzluk karinesinin ihlal edilmesi tehlikesini doğurması yeterlidir. Soruşturmanın henüz devam ettiği esnada, Bedat’ın şüpheliyi makalesinde

⁴⁴¹ *Bédât v. Switzerland*, 29.03.2016, App. No. 56925/08, para.59-60.

⁴⁴² *Bédât v. Switzerland*, 29.03.2016, App. No. 56925/08, para.64-66.

⁴⁴³ *Bédât v. Switzerland*, 29.03.2016, App. No. 56925/08, para.68.

tasvir etme şekli, muhakemenin akışının etkilenmesi tehlikesini içinde barındırmaktadır.⁴⁴⁴

Şüphelinin özel hayatının gizliliği bakımından ise, mahkeme, başkalarının şöhret ve haklarının korunması amacıyla basın özgürlüğünün kısıtlanabileceğini, devletlerin kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal etmemenin (negatif) yanı sıra başkaları tarafından gerçekleştirilen ihlalleri önleme (pozitif) yükümlülüğünün de bulunduğunu belirtmektedir.⁴⁴⁵ Başvurucuya soruşturmanın gizliliğini ihlal ettiği gerekçesiyle uygulanan müeyyide, soruşturmanın dolayısıyla bütün muhakemenin düzgün biçimde işlemesi, şüphelinin adil yargılanma hakkının ve özel hayatının gizliliğinin korunması amacına yönelmiştir. AİHM, uygulanan müeyyidenin başvuru veya herhangi bir gazeteciyi, devam eden yargılama süreçleri hakkında kamuoyunu bilgilendirmekten alıkoyacak bir etki gösterdiğini düşünmemektedir. Bu nedenlerle, somut olayda Sözleşme'nin 10.maddesi ihlal edilmemiştir.⁴⁴⁶

⁴⁴⁴ *Bédat v. Switzerland*, 29.03.2016, App. No. 56925/08, para.69-71.

⁴⁴⁵ *Bédat v. Switzerland*, 29.03.2016, App. No. 56925/08, para.73-75.

⁴⁴⁶ *Bédat v. Switzerland*, 29.03.2016, App. No. 56925/08, para.81.

SONUÇ

Günümüzde soruşturma evresinde iddia ve savunma makamları arasındaki ilişkinin dengeye dayanan işbirliğine göre düzenlenmesi gereği savunulmaktadır. Bunun en işlevsel yolu ise soruşturmanın gizliliğini amacı doğrultusunda sınırlandırmak, bu evreyi olabildiğince çelişmeli hale getirmek, şüphelinin haklarını genişletmek, onun mevcut haklarını etkili biçimde kullanılabilmesini ve müdafî yardımından yararlanmasını sağlamaktır.

Şüphelinin haklarının genişletilmesini savunan bu görüş ise özellikle tahkik sistemi geleneğinden gelen Kıta Avrupası hukukları bakımından önem ifade etmektedir. Çünkü Kıta Avrupası ceza muhakemesi hukuklarında, soruşturma evresinde iddia makamının savunma makamından daima daha üstün olduğu, muhakemeyi halen iddia makamınca gizli ve çelişmesiz olarak yürütülen soruşturma evresinin ve dolayısıyla hazırlanan soruşturma dosyasının şekillendirdiği tespiti yapılmaktadır. Türk hukuku bu sisteme dahil olduğu için yapılan bu tespitler, hukukumuz yönünden de geçerlidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, modern ceza muhakemesinde beliren bu eğilimi dikkate almakta ve soruşturma evresinde kırılğan bir pozisyonda bulunan şüphelinin haklarını genişletme yönünde bir tutum sergilemektedir. Mahkeme, çalışmanın odak noktasını oluşturan dosya inceleme hakkını, Sözleşme'nin 6. maddesinde açıkça zikredilmemiş olsa da, adil yargılanma hakkının özünde bulunan bir parçası olarak görmektedir. Bununla birlikte dosya inceleme hakkını mutlak bir hak olarak nitelendirmemekte ve soruşturmanın selameti gibi kamusal menfaatler kesin surette soruşturmanın gizliliğini gerektirdiğinde sınırlandırılabilceğini kabul

etmektedir. Ancak söz konusu sınırlandırmanın, yargılamanın dürüstlüğünün bütünüyle etkilenmemesi için savunma makamına tanınan başka imkanlarla telafi edilmesi gerekir. Tutuklu şüpheli ve müdafinin soruşturma dosyasını inceleme hakkı ise kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bağlamında değerlendirilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, tutuklu şüpheli ve müdafinin, tutukluluğun hukuka uygunluğunun denetimi bakımından önem arz eden bütün materyallere erişimini zorunlu kılmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin şüpheli haklarıyla ilgili söz konusu içtihatları, Sözleşme'ye taraf olan diğer Kıta Avrupası ülkelerini ve bizi bağlamaktadır. Soruşturma evresinde savunma makamının oynayacağı daha aktif bir rol, ama özellikle dosyaya olabildiğince erken erişim ve dosyanın oluşturulmasına katılma, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olan ülkelerin hukuk sistemlerini Sözleşme'nin öngördüğü standartlarla uyumlu hale getirecektir.

Türk hukuku bakımından 1992 değişiklikleri büyük bir anlam ifade etse de, bu ve diğer Kıta Avrupası ülkelerinde gerçekleştirilen reformların artık yeterli olamadığı ve yeni reformlara ihtiyaç duyulduğu söylenmelidir. Şüpheliye bir yönetmelik hükmüyle tanınan soruşturma dosyasını inceleme hakkı kanuni güvenceye kavuşturulmalıdır. Müdafî yönünden gerçekleştirilmesi gereken en önemli değişiklik ise soruşturma evresinde mağdur vekiline tanındığı gibi savunma makamına da delilleri inceleme yetkisinin tanınmasıdır. Tutukluluğun hukuka uygunluğunun denetlenebilmesi için tutuklu şüpheli ve müdafinin dosya inceleme yetkisi ayrıca düzenlenmelidir. Tutuklu olmayan şüpheli bakımından ise her şeyden önce soruşturma organlarının tutum ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin anlayışlarının değişmesi

gerekmektedir. Bu bağlamda dosya inceleme yetkisinin kısıtlanmasının talep edildiği her soruşturmada kısıtlama kararı verilmemeli; eğer gerçekten soruşturmanın amacı tehlikeye düşüyorsa ve bu tehlike somut nedenlere dayanıyorsa soruşturma dosyasını inceleme yetkisi sınırlandırılmalıdır.

Soruşturmanın gizliliğini amaçsal yorumlamak ve alanını olabildiğince daraltmak gerekir. Soruşturma evresinde savunma hakkı, soruşturmanın amacına varabilmesi için, bunu gerektirecek ölçüde kısıtlanır. Eğer soruşturmanın amacının tehlikeye düşmesi gibi bir durum söz konusu değilse, soruşturma savunma makamına karşı açık ve çelişmeli olarak yürütülmelidir. Soruşturma evresinde gizliliğin alanı daraldığı ölçüde, makamlar arasındaki işbirliği artacaktır.

Doğası gereği soruşturmanın tarafı olan kişilere karşı gizli olan işlemlerde de, gizlilik anlamını kaybettiği, tedbir bittiği andan itibaren şüpheli ve müdafine karşı açıklık esas olmalıdır.

Basın özgürlüğü, “başkalarının şöhret ve haklarının korunması” amacıyla sınırlanabilmektedir ve bu amaç soruşturmanın gizliliğinin koruduğu bireysel menfaat başka bir deyişle, suçsuzluk karinesine uyularak şüphelinin lekelenmeme hakkının korunması amacıyla örtüşmektedir. Aynı şekilde soruşturmanın gizliliğinin koruduğu kamusal menfaat olan soruşturmanın amacına varabilmesi yani soruşturmanın selametiyle, Anayasa’da ve Sözleşme’de basın özgürlüğünü sınırlandırma nedenlerinden biri olarak öngörülen soruşturmanın gereğine uygun olarak yürütülmesi

yani geniş anlamıyla yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amacı örtüşmektedir.

Soruşturma gerekleri ile bilgi edinme gerekleri arasındaki denge, soruşturma makamları, basın ve kamuoyunu soruşturmaya konu olay hakkında, soruşturmanın amacına zarar vermeden ve suçsuzluk karinesini dolayısıyla adil yargılanma hakkını ihlal etmeden, bilgilendirdiği takdirde kurulabilir. Soruşturma makamları, soruşturma işlemlerinin içeriklerini değil sadece işlemlerin yapıldığı olgusunu basın ve kamuoyuna açıkladıklarında ve şüphelinin suçlu olduğunu kesin olarak belirten her türlü formülasyondan kaçınarak sadece şüphelerini ifade ettiklerinde, soruşturmanın amacı tehlikeye düşmeyecek, şüphelinin suçsuzluk karinesi ihlal edilmeyecek ve toplumun aydınlatılması gereği ile haber alma hakkı da gerçekleştirilmiş olacaktır. Basın yayın organları, ancak soruşturma makamlarının kamuoyunu bilgilendirmesinin sınırları içinde haber verme hakkına sahiptir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin 6. maddesi 2. fıkrasının yürütülmekte olan bir ceza soruşturması hakkında yetkililerin kamuoyuna bilgi vermesine engel teşkil etmediğini belirtmektedir. Ancak suçsuzluk karinesine saygı gösterilmesi mevzubahis olduğundan, 6. maddenin 2. fıkrası bilginin gereken bütün dikkat ve özen gösterilerek verilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu kural, basın mensupları yönünden de geçerlidir.

ÖZET

Üç ana bölüm altında ele alınan ceza muhakemesi hukukunda soruşturmanın gizliliği kavramı, çalışmanın birinci bölümünde ceza muhakemesi sistemleri içindeki gelişimi açısından incelenmiştir. Soruşturmanın gizliliğini eleştiren görüşlere ve değişik ülkelerde şüpheli haklarının geliştirilmesi yönünde yapılan reformlara yer verildikten sonra, soruşturmanın gizliliğiyle ilgili genel açıklamalar yapılmış; gizliliğin kavramsal çerçevesi çizilmiştir.

İkinci bölümde, müdafinin soruşturma evresinde hazır bulunma hakkının olduğu işlemler üzerinde durulduktan sonra, çalışmanın odak noktasını oluşturan soruşturma dosyasını inceleme hakkı, Türk hukukundaki temel tartışmalarıyla birlikte, müdafinin ve diğer muhakeme süjeleri bakımından değerlendirilmiştir. Ardından dosya inceleme hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında ele alınmış; öncelikle adil yargılanma hakkının soruşturma evresinde uygulanabilirliği sorunu irdelenmiş; dosya inceleme hakkı 6.maddenin 1.fıkrası (silahların eşitliği) ve 3.fıkranın a, b, c bentlerinde tanınan haklar bakımından incelenmiştir. Tutuklu şüphelinin dosya inceleme hakkı ise kişi özgürlüğü ve güvenlik hakkı bakımından ayrıca incelenmiştir. Doğası gereği soruşturmanın tarafı olan kişilere karşı gizli olan işlemlere de farklı bir başlık ayrılmıştır.

Çalışmanın üçüncü ve son bölümünde ise, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde basın özgürlüğünü sınırlandırma nedenlerinden ikisi olarak öngörülen “yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi” ve “başkalarının şöhret ve haklarının korunması” amacının, soruşturmanın gizliliğinin koruduğu kamusal ve bireysel menfaatlerle örtüştüğü tespiti yapıldıktan sonra, soruşturma

gerekleri ile bilgi edinme gerekleri arasında dengenin kurulması hususu tartışılmıştır. Son olarak bu bölümde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin soruşturma organları ve basın mensuplarının şüphelinin suçsuzluk karinesini ihlal ettiklerine hükmettiği kararlarına yer verilmiştir.



SUMMARY

The notion of “*Secrecy of Investigation*”, which has been examined in this work under three chapters, is scrutinized under the first chapter by its relation to its development in criminal procedure systems. General explanations about the secrecy of investigation have been done and a conceptual outline of the secrecy notion has been drawn, after the study of the views that criticize the secrecy of investigation and the reforms in various countries that aim the enhancement of the rights of the suspect.

Under the second chapter, after elaboration on the issue of the proceedings that the defense counsel is entitled to be present; access to the investigation file, which is the crux of this work, is studied in relation to the defense counsel and other subjects of criminal process with reference to some fundamental debates in the Turkish literature. Thereafter, access to the investigation file is reviewed in the context of the European Convention on Human Rights. First, the applicability of the right to a fair trial in the investigation phase is examined. Second, access to the file is explained in relation to the rights that have been envisaged in Article 6(1) -equality of arms- and subparagraphs (a), (b) and (c) of Article 6(3). Access to the file of the suspect who is detained is examined in the context of the right to liberty and security. A subchapter is allocated for the measures of protection of evidence that are secret by their nature against the persons who are parties to the investigation.

Under the third and final chapter, the two grounds that have been recognized as the reasons for the limitations on the freedom of the press in the Turkish Constitution and European Convention on Human Rights, “the protection of reputation

or rights of others” and “the prevention of the disclosure of information received in confidence and the maintenance of the authority and impartiality of the judiciary” are found as corresponding with public and private interests that the secrecy of investigation ensures. Following that, the balance between the necessities of investigation and right to information is discussed. In conclusion, the cases which the European Court of Human Rights ruled that investigative authorities and press members have violated the presumption of innocence of suspect were given place.



KAYNAKÇA

ALŞAHİN, Mehmet Emin, “*Müdafin Dosya İnceleme Yetkisi*”, Legal Hukuk Dergisi, Y. 2006, S.40.

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

AULD, F. C., “*The Comparative Jurisprudence of Criminal Process*”, The University of Toronto Law Journal, Vol.5, No.1, Y.1935.

BAŞ, Eylem, “*Hakimlerin ve Savcılarının Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları*”, Ankara Barosu Dergisi, Y.2016, S.3.

BECCARIA, Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında (Çev. Sami Selçuk), İmge Kitabevi, 7.Baskı, Ankara 2018.

CENGİZ, Serkan / **DEMİRAĞ**, Fahrettin / **ERGÜL**, Teoman / **MCBRIDE**, Jeremy / **TEZCAN**, Durmuş, AİHM Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2008.

CENTEL, Nur Başar, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1984.

CENTEL, Nur, “*Ceza Soruşturmasında Müdafîin Rolüne Eleştirel Yaklaşım*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.72, Y.2014, S.2, ss.703-723.

CENTEL, Nur, “*Dürüst Yargılama ve Medya Bakımından Demokrasi Kültürü*”, AÜSBFD, C.XLIX, S. 3, 1994, ss.57-72.

CENTEL, Nur, “*Yeni Ceza Muhakemesi Yasası’na Göre Hazırlık Soruşturmasının Başlaması ve Yürütülmesi*”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2005, S.1.

CENTEL, Nur/**ZAFER**, Hamide, “*6572 Sayılı Yasaya Göre Soruşturma Evresinde Avukatın Dosyayı İncelemesi*”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, C.8, Y.2016, S.20.

CENTEL, Nur/**ZAFER**, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınevi, 14.Bası, İstanbul 2017.

DEMİRBAŞ, Timur, “*Hazırlık Soruşturmasında Savunma*”, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, Alfa Yayıncılık, İstanbul 1999.

DEMİRBAŞ, Timur, *Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011.

DÖNMEZER, Sulhi, “*Basın Hürriyetini Düzenleyen ve Sınırlayan Mevzuatın Değerlendirilmesi*”, İÜHFİM, C. XXXII, S.1, 1966, ss.429-455.

DÖNMEZER, Sulhi, *Basın Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 4.Bası, İstanbul 1976.

DÖNMEZER, Sulhi/**BAYRAKTAR**, Köksal, *Basın Hukuku*, Beta Yayıncılık, 5.Bası, İstanbul 2013.

DUTERTE, Gilles, *Avrupa İnsan Hakları Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, Strasbourg 2003.

ERDEM, Mustafa Ruhan, “*AIHM Kararları Işığında Tutuklu Sanık Bakımından Hazırlık Soruşturması Dosyasını İnceleme Hakkı*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, Y.2004, S. 1, ss.67-111.

ERDEM, Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2001.

EREM, Faruk, “*Diyalektik Açından Ceza Yargılaması*”, AÜHFD, C.34, S.1, Ocak 1977, ss.1-7.

EREM, Faruk, “*Savunma Hakkının Kökeni*”, Ankara Barosu Dergisi, Y.1984, S.5, ss.689-705.

EREM, Faruk, Ceza Usulü Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara 1978.

EREM, Faruk, Savunma Diyalektiği ve Son Gelişmeler, TBB Yayınları, Ankara 1973.

ERMAN, Sahir, “*Türkiye’de Kitle İletişim Özgürlüğü*”, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, Alfa Basım Yayım, İstanbul 1999.

ERMAN, Sahir/**ÖZEK**, Çetin, Açıklamalı Basın Kanunu ve İlgili Mevzuat, Alfa Yayınları, İstanbul 2000.

ESER, Albin (Çev.N.Centel), “*Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu*”, Yargıtay Dergisi, 1990, S.3, ss.313-338.

ESMEIN, Adhemar, A History of Continental Criminal Procedure (Çev. John Simpson), Little Brown and Company, Boston 1913.

European Commission/ECHR, Case Law Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights
(https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf)

European Commission/ECHR, Information Note No. 68 on the case-law of the Court.
(https://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2004_10_68_ENG_815395.pdf)

FEYZİOĞLU, Metin, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, TBBD, Y.2006, sy.62, ss.27-61.

FEYZİOĞLU, Metin, “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, AÜHFD, C.XLVIII, S.1, 1999, ss.135-163.

FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, US-A Yayıncılık, Ankara 1996.

FIORI, Brando Matteo, Disclosure of Information in Criminal Proceedings, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk 2015.

GRABENWARTER, Christoph, European Convention on Human Rights: Commentary, C.H. Beck/Hart/Nomos/Helbing Lichtenhahn Verlag, München 2014.

GÜNAL, Yılmaz, “Bir Örnek Olay Nedeni İle Sanığın Dosyasını Tetkik Özgürlüğü”, AÜSBFD, C.29, Y.1974, S.1-2.

GÜNGÖR, Devrim, 5237 ve 5271 Sayılı Kanunlar Işığında Şikayet Kurumu, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Davanın ve Cezanın Düşürülmesi”, Ankara Barosu Dergisi, S.64, 2006/3.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, “*Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine*”, AÜHFD, Ayrı Basım, Ankara 1994, ss.37-47.

HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler: Millete ve Devlete Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, 1.Baskı, Ankara 2016.

İNCEOĞLU, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul 2013.

KAPANİ, Münci, Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınevi, 7.Basım, Ankara 2013.

KARAKEHYA, Hakan, “*Türk Ceza Muhakemesinde Sanığın Dosya İnceleme Hakkı*”, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, Y.2007, S.3-4.

KATOĞLU, Tuğrul, “*Mağdurun Korunması ve Mağdur Hakları*”, 3.Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi (Ed. Bahri ÖZTÜRK), Hukuk Devletinde Suç Yararılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.

KEYMAN, Selahattin, Ceza Muhakemesinde Savcılık, AÜHF Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara 1970.

KINDHAUSER, Urs (Çev. Serdar TALAS), “*Ceza Muhakemesinin Basın Yayın Yoluyla İhlali*”, Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi, Oniki Levha Yayıncılık, C.1, İstanbul 2013.

KOCA, Mahmut, “*Müdafinin Hazırlık Dosyasını İnceleme Hakkı*”, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, Y.1997, S.1.

KÖKSAL, Atacan, “*Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi*”, AÜHFD, C.65, S.4, Y.2016.

KÜHNE, Hans Heiner (Çev. GÜNEŞ, Ahmet Mithat/ÖZAYDIN, Özdem), “*Yargı ve Medya, Savcılıkların ve Ceza Mahkemelerinin Kamu Çalışması*”, Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi, Oniki Levha Yayıncılık, C.1, İstanbul 2013.

KÜHNE, Hans Heiner (Rap. GÜNGÖR, Devrim), “*Ceza Muhakemesi Sürecinde Medyada Yaratılan Önyargı ve Adil Yargılanma Haklarının Korunması*”, 9.Türkiye Ceza Hukuku Günleri, 2.Oturum Raporu, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C.3, S.2, 2015, ss.307-309.

KUNTER, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, 9.Bası, İstanbul 1989.

MCBRIDE, Jeremy, The Case Law Of The European Court Of Human Rights On Victims’ Rights In Criminal Proceedings, European Union – Council of Europe Joint Project. (<https://rm.coe.int/council-of-europe-georgia-european-court-of-human-rights-case-study-vi/16807823c4>)

NEULING, Christian-Alexander (Çev.ÜNVER, Yener), “*Ceza Adaleti ve Medya-Hazırlık Soruşturmasında Medya Aleniliği mi Yoksa Adli Susma Yükümlülüğü mü?*”, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ed.İÇEL, Kayıhan/ÜNVER, Yener, Ankara 2007.

OKUYUCU ERGÜN, Güneş, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Silahların Eşitliği İlkesi*”, Legal Hukuk Dergisi, Y. 2013, C. 11, sy. 131, ss. 3-11.

OKUYUCU ERGÜN, Güneş, “*Soruşturmanın Gizliliği*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yıl: 2010, cilt: 59, sy. 2, ss.243-275.

OKUYUCU ERGÜN, Güneş, “*Suçsuzluk Karinesi: Alice Harikalar Diyarında*”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Ocak 2012, ss.39-50.

OKUYUCU ERGÜN, Güneş, Ceza Muhakemesi İşlemleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

ÖNTAN, Yaprak, Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

ÖNTAN, Yaprak, “*Soruşturma Evresinde Avukatın Dosya İnceleme Yetkisi*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 90. Kuruluş Yıldönümü Armağanı, AÜHF Yayınları, Ankara 2017.

ÖZBEK, Veli Özer/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar/**TEPE**, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, 11.Bası, Ankara 2018.

ÖZEK, Çetin, Türk Basın Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1978.

ÖZEN, Muharrem, “*5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Gizli Soruşturma Tedbirleri*”, TCK-CMK-Kabahatler Kanunu ve İlgili Yönetmeliklerin Değerlendirilmesi Semineri Tebliğleri, 10-11 Şubat 2006, T.C. İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü, Eğitim Dairesi Başkanlığı.

ÖZEN, Muharrem, “*Hakaret Suçlarında Haber Verme ve Eleştiri Hakkı*”, 3.Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi (Ed. Bahri ÖZTÜRK), Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.

ÖZGEN, Eralp, Ceza ve Ceza Muhakeme Hukuku Bilgisi, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir 1988.

ÖZTÜRK, Bahri /**TEZCAN**, Durmuş/ **ERDEM**, Mustafa Ruhan/ **SIRMA GEZER**, Özge/**SAYGILAR KIRIT**, Yasemin/**ÖZAYDIN**, Özdem/**ALAN AKCAN**, Esra/**ERDEN TÜTÜNCÜ**, Efser, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

ÖZTÜRK, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması), DEÜ Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 1991.

PEHLİVAN, Ali, “*Soruşturma Evresinde Müdafî ve Vekilin Evrak İnceleme Yetkisi*”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan içinde, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, C.19, Y.2013, S.2.

PLOSCOWE, Morris, “*The Development of Present-Day Criminal Procedures in Europe and America*”, Harvard Law Review, Vol. 48, Y.1935.

RAINEY, Bernadette/**WICKS**, Elizabeth/**OVEY**, Clare, Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights, Oxford University Press, Oxford 2014.

REID, Karen, A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights, Sweet & Maxwell, London 2011.

ŞAHİN, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Seçkin Yayıncılık, 9.Baskı, Ankara 2018.

SCHABAS, William A., The European Convention on Human Rights: A Commentary, Oxford University Press, Oxford 2015.

SEVİĞ, Vasfi Raşit, “*Engizisyon Muhakeme Usulü*”, AÜHFD, C.18, S.1, Y.1961, ss.3-35.

SEVİĞ, Vasfi Raşit, “*X uncu Asırdan Günümüze Kadar Ceza Muhakemeleri Usulü ve Gelişmesi*”, AÜHFD, C. 13, S. 3-4, 1956, ss. 276-343.

SOYASLAN, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayınları, 7.Baskı, Ankara 2018.

TANER, Fahri Gökçen, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda ‘Yapboz’ Yılı 2014*”, Güncel Hukuk, S.133, Ocak 2015.

TANER, Fahri Gökçen, Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.

TANER, Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 3.Bası, İstanbul 1955.

TOROSLU, Nevzat, “*Medya ve Hukuk: Basın Özgürlüğü ve Sınırları*”, Medya Gücü ve Demokratik Kurumlar, Ankara 1998.

TOROSLU, Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, AÜHF Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara 1970.

TOROSLU, Nevzat/**FEYZİOĞLU**, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara 2017.

TOROSLU, Nevzat/**TOROSLU**, Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2016.

TOSUN, Öztekin, “*Adalet Reformu Yönünden Türk Sisteminde Hazırlık, İlk ve Son Soruşturma*”, İÜHF, C.37, S.1-4, 1971, ss.37-72.

TOSUN, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri: Genel Kısım, İÜHF Yayınları, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976.

TOSUN, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri: Muhakemenin Yürüyüşü, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1973.

TRECHSEL, Stefan, “*Access to the File: An Essential Element of Fair Trial*”, Prof. Dr. Şeref Gözübüyük’e Armağan, Turhan Kitabevi, Mayıs 2005.

TRECHSEL, Stefan, Human Rights in Criminal Proceedings, Oxford University Press, Oxford 2005.

ÜNVER, Yener/**HAKERİ**, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 14.Baskı, Ankara 2018.

VOLTAIRE, Commentary on Crimes and Punishments, 1764, Chapter 22-24 (<https://oll.libertyfund.org/titles/beccaria-an-essay-on-crimes-and-punishments>).

YARSUVAT, Duygun, “*Türk Ceza Muhakemesi Hukukuna Hakim İlkeler: İtham Sistemi mi, Tahkik Sistemi mi?*”, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, GSÜHFD, C.1, S.1, Y.2010.

YARSUVAT, Duygun, “*Kitle İletişim Araçlarının Ceza Adaletine Etkisi*”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No:10, Ocak 1995, ss.97-104.

YENİSEY, Feridun/**NUHOĞLU**, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 5. Bası, Ankara 2017.

YÜCE, Turhan Tufan, “*Sanığın Savunması Açısından Ceza Soruşturmasının Ümanist İlkeleri*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1988/1, ss.156-167.

ZAFER, Hamide, “*Medya Özgürlüğü ve Adli Haberlerin Verilişii*”, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay’ın Anısına Armağan, Marmara Hukuk Fakültesi, İstanbul 1999.

ZAFER, Hamide, “*Savunma Hakkı ve Sınırları*”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan içinde, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, C.19, Y.2013, S.2, ss.507-540.

