

SAVUNMA HAKKINI HİÇE SAYAN CEZA İNFAZ YÖNETMELİĞİ

Doç. Dr. Murat Volkan Dülger* & Av. Ruhsar Köse*

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a getirilecek olan yeni düzenlemelere ilişkin Yönetmelik 29 Mart 2020 tarihinde sessiz sedasız Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girdi. Yönetmelikte yer alan düzenlemeleri incelediğimizde hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayan, avukatın savunma hakkını tümüyle kısıtlayan, üstelik öncesinde Anayasa Mahkemesi tarafından da Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilen aşağıda ayrıntılarıyla değineceğimiz hükmün yeni düzenlemeye getirildiğini görmekteyiz.

Yönetmeliğin “Avukat ve noterle görüşme hakkı” başlıklı 72. maddesinin 2. fıkrasının (e) bendine göre; *“5237 sayılı Kanunun 220. maddesinde ve aynı Kanunun İkinci Kitap Dördüncü Kısım, Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar ile 12.04.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olan hükümlülerin avukatları ile ilişkisinde avukatın savunmaya ilişkin olduğunu beyan ettiği belge ve dosyalar fiziki olarak aranabilir. Avukatların hükümlü ile kurumda yapmış olduğu görüşme sırasında konuşmaları yansıtan ve bizzat avukat tarafından elle tutulan kayıtlar hakkında da bu bent hükümleri uygulanır”.*

OHAL döneminde de benzer bir düzenleme 7070 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkındaki Kanun'un 6. maddesi¹ ile tartışmalı bir şekilde

* Avukat, Doç. Dr., İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, volkan.dulger@dulger.av.tr.

* Avukat, L.L.M, İstanbul Barosu, ruhsar.kose@dulger.av.tr.

1 7070 sayılı Kanun m. 6; “Türk Ceza Kanununun 220 nci maddesinde ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olanların avukatları ile görüşmelerinde, toplumun ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin tehlikeye düşürüldüğüne, terör örgütü veya diğer suç örgütlerinin yönlendirildiğine, bu örgütlere emir ve talimat verildiğine veya yorumları ile gizli, açık ya da şifreli mesajlar iletildiğine ilişkin bilgi, bulgu veya belge elde edilmesi hâlinde, Cumhuriyet başsavcılığının istemi ve infaz hâkiminin kararıyla, üç ay süreyle; görüşmeler teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilir, hükümlü ile avukatın yaptığı görüşmeleri izlemek amacıyla görevli görüşmede hazır bulundurulabilir, hükümlünün avukatına veya avukatın hükümlüye verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmalara ilişkin tuttukları kayıtlara elkonulabilir veya görüşmelerin gün ve saatleri sınırlandırılabilir”.

getirilmiş, ancak Cumhuriyet Halk Partisi tarafından Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açılarak, Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan hükümlü olup başka bir suçtan dolayı soruşturulan; şüpheli veya sanık sıfatıyla avukatıyla görüşen hükümlülerin görüşmelerine ilişkin sınırlama Anayasaya aykırı bulunularak iptal edilmiştir. Buna göre maddenin; *“Teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilir, hükümlü ile avukatın yaptığı görüşmeleri izlemek amacıyla görevli görüşmede hazır bulundurulabilir, hükümlünün avukatına veya avukatın hükümlüye verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmalara ilişkin tuttukları kayıtlara el konulabilir”* bölümünü iptal etmiştir.

Olağanüstü hal döneminde getirilen ve Anayasaya aykırılığı Anayasa Mahkemesi'nce de kabul edilerek iptal edilen, Anayasa ile güvence altına alınan avukatın savunma hakkı ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6 ve m.8 ile düzenlenen evrensel normlara tümü ile aykırı olan bu düzenlemenin, içinde bulunduğumuz zor süreçte üstelik bir Yönetmelikle yangından mal kaçırırcaasına yürürlüğe konması temel hak ve özgürlüklerimize getirilen büyük bir darbedir.

Belirtmeliyiz ki bir hukuk devletinde, bireyin hak ve özgürlüklerine müdahale istisna olup, varsa istisnaların da mutlaka 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde gösterilen genel şartlara uygun şekilde ve yasa maddeleri ile ortaya konulması gerekir. 1982 Anayasası'nın 13. maddesine göre, *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyet'in gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”*. Görüleceği üzere madde, bir hak ve hürriyete ilişkin sınırlama getirilebilmesinde öncelikle o hak ve hürriyeti düzenleyen Anayasa hükmünde özel bir sınırlama sebebinin varlığını aramaktadır. Bu olmadığı takdirde, temel hak ve hürriyetin kanunla sınırlandırılabilmesi de mümkün değildir.

Yönetmelik Anayasaya aykırı olduğu gibi İnfaz Kanunu'na da açıkça aykırıdır. Kanunun 59. maddesinin 4. fıkrasında, *“Görüşme sırasında; hükümlünün avukatına veya avukatın hükümlüye verdiği **belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmaya ilişkin olarak kendilerinin tuttukları kayıtlar incelenemez; hükümlünün avukatı ile yaptığı görüşme dinlenemez ve kayda alınamaz.**”* denilmiştir. Aynı maddenin 5. fıkrasında ise söz konusu durumun istisnası, katalog suçlar bakımından; terör örgütünün yönlendirildiğine,

emir – talimat verildiğine, şifreli mesajlar iletildiğine ilişkin bilgi, bulgu veya belge elde edilmesi halinde ve Cumhuriyet başsavcılığının istemi ve infaz hâkiminin kararıyla yapılabileceği düzenlenmiştir. **Ancak yönetmelik hiç bu şartları aramadan ve avukatın savunmaya ilişkin olduğunu beyan ettiği belge ve dosyaları da dâhil ederek**, aramanın yapılabileceğini düzenlemektedir. Bu haliyle Kanunda yer almayan bir kısıtlamanın ve Kanuna aykırı bir düzenlemenin Yönetmelik ile genişletilmesi kabul edilemeyeceği gibi, söz konusu düzenleme tümü ile Anayasa m.36 ile güvence altına alınan savunma hakkının ihlali anlamına da gelmektedir.

1982 Anayasası'nın 36. maddesine göre, *“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz”*. 13. maddeye göre ise temel hak ve hürriyetler, özelerine dokunulmaksızın sadece Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen nedenlere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Böylece, bir temel hak ve hürriyet olan savunma hakkının kısıtlanabilmesinde kanunun varlığı yeterli olmayıp, kanunun dayanağı olan Anayasanın ilgili maddelerinde gösterilen özel sebeplere de ihtiyaç vardır. Bu noktada Yönetmelik ile savunma haklarının kısıtlanması sebebiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5 ve 6., 8. maddeleri ile adil yargılanma hakkını da ihlal ettiğini belirtmek isteriz.

AIHS m. 6 bu doğrultuda AIHM tarafından verilen kararlar gereğince hakkında suçlama yapılan bir kişi kendini bizzat savunabileceği gibi, kendini bir müdafinin yardımı ile de savunma hakkına sahiptir. Soruşturmanın polisteki ilk aşamasından itibaren kendisine suçlama yapılan kişinin *“üçüncü kişilerin duymayacağı bir biçimde”* müdafii ile görüşme hakkı bulunmaktadır². Polisteki ilk temastan itibaren geçerli olan bu hak³ tüm yargılama boyunca da devam eder. Aksi halde kamusal savunma görevi yerine getirilemez. Nitekim Avukatlık Kanunu m. 36 gereğince avukatların katı bir sır saklama yükümlülüğüne tabi olmaları da bu amaca hizmet etmek içindir. Nitekim AIHM tutuklu bulunan kişinin müdafiiyle görüşmelerinin, delilleri karartma şüphesi ile sorgu hâkimi önünde yapılması yönünde

² Brennan v. Birleşik Krallık, § 58; Öcalan v. Türkiye, § 133.

³ **Sibel İnceoğlu**, Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 4, Ankara, Avrupa Konseyi, 2019, s. 334.

sınırlanmasının dahi aykırılık yaratabileceğine karar vermiştir⁴. Mahkeme Adil Yargılanma Hakkı konusunda avukat müvekkil gizliliğinin hassasiyetini “... bir avukat söz konusu olduğunda, mesleki gizlilikle ilgili bir tecavüzün, adaletin düzgün şekilde yönetilmesi ve dolayısıyla Sözleşme’nin 6. maddesi kapsamındaki adil yargılanma hakkı ile güvence altına alınan haklar üzerinde yan etkiler uyandırabileceğini dikkate almak gerekir.” şeklindeki değerlendirmesiyle⁵ de vurgulamıştır.

Nitekim, avukat-müvekkil arasındaki haberleşmelerin denetlenmesi davalarında AİHM m.8’i uygulanabilir bularak, mesleki ya da iş konuşmalarının da haberleşmeye saygı hakkı korumasından yararlanması gerektiğini belirtmiştir. Yine Anayasa Mahkemesi de, haberleşme kavramının avukatların müvekkilleri ile yazışmalarını da kapsadığını, bu nedenle avukatların müvekkilleri ile yazışmalarına el konulmasının haberleşme hürriyetinin ihlali çerçevesinde incelenmesi gerektiğini belirtmiştir⁶. Ancak önemle belirtmeliyiz ki bu hakka müdahale ve sınırlandırma sadece belirli ölçütlerde, öngörülebilir bir yasal dayanak ile mümkündür.

Anayasa Mahkemesi zaten bu konuyu açık bir şekilde ifade etmiştir: “Anayasanın 36. maddesinde öngörülen hak arama özgürlüğünün yaşama geçirilmesi avukatların mesleki çalışmalarına ve savunma hizmetine her türlü kolaylık sağlanmasını gerektirir. Bunu gerçekleştirmenin yollarından biri de, sanığın başkalarınca dinleneceği endişesinden uzak bir ortamda avukatla görüşmesini sağlamaktır”⁷.

Tutuklu ve hükümlülerin cezaevinde hukuki yardım alma haklarını kullanabilmelerinin ön koşulu, kendi seçtikleri bir avukatla görüşebilmektir. Savunma hakkının özünün korunabilmesi için avukat-müvekkil görüşmesinin dokunulmaz ve gizli olması esastır. Aksi halde bu gizliliği ortadan kaldıran, sınırları belirsiz ve keyfi bir müdahale alanı ortaya çıkar ki, bu durum hukukun evrensel ilke ve esasları ile tarafı olduğumuz Uluslararası Sözleşmelere kesin aykırılık teşkil edecektir.

⁴ Lanz/Austria, Appl. No: 24430/94, 31.01.2002, §§ 33; İnceoğlu, s. 336.

⁵ Niemietz v. Almanya, 16.12.1992, 13710/88, § 37.

⁶ **Gülşay Arslan Öncü**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8, Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, s.135

⁷ AYM, 31.03.1992, E. 1991/18, K. 1992/20.

Kanaatimizce savunma hakkının kutsallığı ve suçlanan kişiye karşı dürüst davranılması gereğı karşısında, suçlanan ve özellikle cezalandırılma tehlikesi ile karşı karşıya kalan tutuklu ile müdafinin, görüşmelerini, savunmaya ilişkin bilgi ve belgelerini, içeriği itibariyle gizli kalması gereken avukat-müvekkil gizliliği kapsamında değerlendirilebilecek kayıtların, dosyaların fiziki olarak aranabilmesini öngören bu düzenlemenin bir an önce iptali gerekmektedir.

Nitekim İstanbul Barosu, söz konusu Yönetmeliğin hukuka tamamen aykırı olan bu hükmünün iptali için idari yargıya başvuru yapmıştır. Ancak savunmanın kısıtlanmasına yönelik bu davranışlar ne iltir ne de son olacaktır. Oysa asla akıllardan çıkarılmaması gerekir ki avukat ile yapılacak mahrem görüşme bir gün herkesin ihtiyacı olabilir.