

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ YAYINLARI



**1977 - 1978 ADALET YILI AÇILIŞINDA
TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ BAŞKANI
FARUK EREM'İN KONUŞMASI**

**1977 - 1978 ADALET YILI AÇILIŞINDA
TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ BAŞKANI
FARUK EREMİN KONUŞMASI**

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu adına Yeni Adalet Yılı'nın «H u k u k u n Ü s t ü n l ü ğ ü» ilkesine daha etkili uygulamalar getirmesi dileğimizi sunarken Adalet hizmetinde sabırla emeklerini sürdürmekte olan değerli Yargıç ve Savcılarımıza Türk Avukatlarının en iyi dileklerini sunarız.

Adalet Yılı'nın açılışından faydalanarak Savunma Mesleğinin bir şikâyetini dile getirmekte, Yasama ve Yürütmede görev alan Avukat ve Hukukçu meslektaşlarımızın dikkatini bir konuya çekmekte, gerekli yasal önlemlerin alınmasını dilemekte ısrarlı olduğumuzu açıklamak istiyoruz. Türk Toplumunu «g e c i k m e l i A d a l e t» den Türk Avukatları da «g e c i k m i ş s a v u n m a» cian şikâyetçidirler. «İ t h a m ın b a ş l a d ı ğ ı a n d a s a v u n m a d a b a ş l a r» kuralının memleketimizde yürürlükte olmadığını, kanıtları ile birlikte, kamu oyunun takdirine sunmak istiyoy-

ruz. Böylece hukukumuzun savunma açısından çağdan düşmüşlükten arınması isteği, ilgi görmüş olabilecektir.

1961 Yılında Anayasamız yenilendi. Yeni Anayasa savunma hakkı açısından etkin kuralların getirilmesini öngörüyordu. Uygulama bunun tersine oldu. Anayasanın emri yerine getirilmedi, aksine geriye dönüş özlemleri savunma hakkına da el uzattı.

1924 Anayasasında da kabul edilmiş olan «S a v u n m a H a k k ı», 1961 Anayasamızda «H a k a r a m a ö z g ü r l ü ğ ü» üst-kavramı içinde ve yargı bölümünde değil, «T e m e l H a k l a r» bölümünde yer aldı. Bu tutum büyük değişiklikleri müjdeliyordu. Çünkü Yeni Anayasamızda Temel Haklar İnsanın «kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez hak ve özgürlükler» diye tanımlanıyordu. Anayasanın bu anlayışına göre savunmaya ilişkin Kanun hükümlerinin yeniden düzenlenmesi gerekirken bir başka dönem geldi ve «Temel Hakların özüne dokunulabileceği» anlayışı ile Türk Hukuk Gelişiminin yönü - yapay önlemlerle- değiştirildi. Bundan «S a v u n m a H a k k ı» da kendini kurtaramadı, zedelendi.

Türkiyemizde «S a v u n m a m a k a m ı» Kanun Hükümleri ile pekiştirilmiş «G i z l i l i k»-ten şikâyetçidir. Bu şikâyetin haklılığını soyut de-

yimlerle değil, somutlaştırarak açıklamakta inandırıcılığın daha fazla olabileceğini sanıyoruz :

I — AVUKATTAN EVRAK SAKLAMAK :

1. Konu : Yirminci yüzyılda ve demokrasilerde müdafiden belge saklamak büyük bir kusurdur.

1894'te, Fransa'da Yüzbaşı Dreyfus, askerî mahkemeye tevdi edilen, fakat sanık ile müdafiden gizlenen bir «belgeye» dayanılarak mahkûm edilmişti. O tarihlerde Aurore adlı gazetenin yazarı ünlü Emile Zola, Dreyfus'ün mahkûmiyetini haksız bulan ve Cumhurbaşkanı Félix Faure'a hitap eden bir açık mektubu yayımlamaktan, yargılanıyordu. Parlamentoda, Clemenceau, yalnız mahkemenin bilgisine sunulan «gizli belge» uygulamasına şöyle karşı çıktı: «Gizli belge (!). Bunun ne demek olduğunu biliyor musunuz? Bu, bir insanın, ondan gizlenen bir belgeye dayanılarak, yargılanması, mahkûm edilmesi, kendisinin, çocuklarının, ona yakın herkesin şerefsizliğe hüküm giymesi demektir. Baylar, içinizden hanginiz, bu şartlar altında mahkûmiyete isyan etmezsiniz. Şekil, gerçeğe tercih edilmemelidir. Vatan, sadece toprak parçası değildir, aynı zamanda, fikirleri ne olursa olsun, dost olsun, düşman olsun, bütün insanların birleştiği adalet, vatandır. Bu herkesin ısındığı ocak, güvenlik, herkes için eşit olan adalettir. Adaletin olmadığı bir vatan düünülemez». Bu çabalar sonuç verdi. «G i z l i b e l g e» usulünün uyar devletlerde nefretle reddedilmesinde «Dreyfus davası»nın etkisi büyük olmuştur.

2. Yasalar : Memleketimizdeki durum nedir?

Bu konuda oldukça vahim bir hüküm mevcuttur; Danıştay Kanununun 82. maddesine eklenen fıkra şöyledir : **Görevli daire veya kurul veya kanun sözcüleri tarafından getirilen veya idarece gönderilen gizli hertürlü belge, taraf ve vekillerine incelettirilemez»**. 1602 sayılı Asker' Yüksek idare Mahkemesi Kanununun 54. maddesinden esinlenerek yapılan bu genelleştirme büyük sakınca doğurmaktadır.

a) Davada taraf olan kişi veya vekili, kendi aleyhlerine olan bir belgeyi göremeyecektir. Memleketimizde, resmî yazışmalarda gizlilikte ne kadar ifrata gidildiği düşünürse uygulamada bir kimsenin kendisini nasıl savunacağını kestirmek mümkün olmaz.

Bu hükmün Anayasa'ya aykırılığı bakımından şöyle düşünülebilir. Anayasamızın 31. maddesine göre **«herkes meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir»**. Kendilerine ilişkin bir konuda ilgililer, gizlilik iddiası ile dosyalarını göremezlerse dava ve savunma hakkını nasıl kullanacaklardır?

b) Usul Hukukunda savunma hakkının ön koşulu **«i t h a m ı ö ğ r e n m e k h a k k ı**dır. İdarî işlemi dava eden ilgili, idarenin gizlilik iddia-

sı ile Danıştay'a gönderdiği evrakı göremezse hakkındaki ithamı nasıl karşılayacaktır?

İdarenin «gizli» damgasını bastığı her belge böyle bir ayrıcalıktan faydalanırsa, artık savunma hakkından sözetmek olanaksızdır.

c) Eklenen hükmün Anayasada yer alan duruşmaların açıklığı (aleniyet) kavramını da zedelediği görülmektedir. İdarenin gizli dediği belge duruşmada da okunamayacaktır. Halbuki bu evraka dayanmak suretiyle «h ü k ü m» veya «v i c d a n i k a n a t» teessüs edebilecektir.

Bu davalarda Danıştay verdiği kararda «gizli belge»den ya söz etmemekte veya ne içerdiğini göstermeksizin sadece böyle bir varakanın varlığına işaretle yetinmektedir. Bu suretle ne hakkını arayan, ne de kamuoyu, davanın ne sebeple reddildiğini anlamayacaktır.

II — DELİL AYRICALIĞI :

Ceza Usulü Kanununun 88. maddesine göre «resmî dairelerde saklı evrak vesair vesikalar mün-derecatının ifşası memleketin selâmetine zarar vereceği o dairenin en büyük âmiri tarafından beyan edilirse bu evrak ve vesikaların gösterilmesi ve teslimi istenemez. Şu kadarki bu beyan kâfi görül-

mezse o dairenin mensup olduğu vekâlete müracaat edilebilir» (bk. HUMK. 249, 336; Danıştay K.).

Bu madde hükmü üzerinde özellikle «hukukun üstünlüğü» kavramı açısından durmak gereklidir.

1. Hükmün Özelliđi : Böyle bir hüküm, ceza adaletinin her türlü delile sahip kılınması kuralına bir istisna teşkil eder. Fakat eksik delil ile de hüküm verilebileceği sonucuna varıldığında bu istisna düşündürücüdür. «Memleketin selâmeti adaletin de üstündedir» denilirse tereddütler artar. Sanki-vatandaşın bağımsız mahkemeler önünde, bütün delillerin «a l e n i y e t» içinde tartışılarak yargılanmak hakkı açısından da konu önemlidir. «H u k u k u n ü s t ü n l ü ğ ü» esas ise, bundan da üstün bir kavramın bulunabileceği düşüncesinde isabet görülmeyebilir.

Buna karşın gerçekten açıklanması ağır toplumsal zarar doğurabilecek konularda (örneğin Millî Savunma sırlarında) istisna haklı gözükebilir. O halde konu, yargısal yorumun en isabetli tercihi yapacağında odaklaşmaktadır, takdir yürütmeden alınmalı, yargıya bırakılmalıdır. «Memleketin selâmeti» ve benzeri deyimler müphemdir, vuzuha kavuşturulmalıdır. Böylece, yargı organlarının eksik olanaklarla göreve zorlanmaları gibi bir duruma meydan verilmemiş olur.

2. Sistemler : Bu konudaki sistemler aşağıda özetlenmiştir :

— İngiltere’de yetkili Nazırın, mahkemeden böyle bir delili kim tarafından ikame edilirse edilsin telâkki (kabul) edilmemesi hakkında karar istemek yetkisi vardır. Böyle bir isteğin, mahkeme bu kanaatte olmasa dahi, daima kabul edildiği bildirilmektedir.

— Fransız Danıştay «Devletin güvenliği»ni tehlikeye düşürebilecek evrak ile diğer evrakı tefrik eder. Şu olaydaki Fransız Danıştayının kararı önemlidir : Fransa’da yüksek memuriyetlere geçebilmek için bir idare okulundan mezun olmak, bu okula girebilmek için de bir sınavı başarmak gereklidir. İdare, sınav adaylarından bazılarının dosyalarını incelemiş ve onların sınava alınmamalarına karar vermiştir. Açılan idari davada adayın siyasal kanısı dolayısıyla sınava kabul edilmemesinin kamu görevine alınmada vatandaşlar arasındaki eşitlik kuralına aykırı olduğu ileri sürülmüş, Danıştay bu adayların dosyasını istemiş, Hükümet dosyaları vermemiştir. Danıştay, bu durum karşısında davacıların siyasî kanaatleri sebebi ile sınava alınmadıklarını iddia etmek suretiyle ortaya attıkları «k a r i n e»nin aksinin sabit olmaması, idari tasarrufun mesnedini idari kazanın denetlenmesinin gerekli bulunması gerekçesi ile kararı iptâl etmiştir.

— İtalyan Usul Kanununa göre (m. 342) memuriyeti veya mesleği gereğince yanında bulunan evrakı memur veya meslek sırrı ile bağlı olan kim-

se, talep halinde, adli makamlara tevdi mecburdur. Siyasî, askerî memuriyet veya meslek sırrı bahis konusu ise yazı ile ve hattâ sebep göstermeksiniz, evrakın verilmeyeceği beyan olunur. Eğer siyasî, askerî sır ileri sürülmüş ve adli makam bu beyanı yerinde görmemiş ise durum Adalet Nazırına bildirilir. Fakat Nazırın izni olmaksızın yalan şahadet suçundan takibat yapılmaz. Eğer memuriyet veya meslek sırrı ileri sürülmüşse ve adli makamın, beyanın asılsızlığından şüphe etmesi için sebep varsa ve bu evrak olmaksızın takibe devam mümkün değil ise gerekli araştırma yapılır, sonunda beyanın varit olmadığı anlaşılırsa evrakın zabtına karar verilir.

3. Memleketin Selâmeti Kavramı : Usul Kanunumuz «memleketin selâmetine zarar»dan bahsetmektedir. Kanunun gerekçesi şöyledir : «Dairenin en büyük âmiri tarafından beyan edildiği halde memleketin menafii âliyesi noktasından o gibi evrak ve vesakin talebinde bulunulamıyacağı keyfiyetinin tasrihi faydalı görülerek bu madde tertip olunmuştur.» Bu faydayı Hâkim takdir etmelidir. Kanunun gerekçesi ve maksadı uygulamadaki abartılmış gizlilik anlayışını önlemeliydi. Kanunun herşeye rağmen (Adalete rağmen) gizliliği tuttuğu sonucu çıkarılmamalıydı.

III — CEZA KOVUŞTIRMALARINDA GİZLİLİK :

1. Hazırlık Soruşturması : Hazırlık soruşturmasının gizliliği iddiasının ifrata götürüldüğü, zabıta soruşturması sırasında ilgilinin avukatı ile görüşmesinin engellendiği, Birliğimize yapılan başvurularla saptanmıştır. Bu engellemelerin Yasal bir temeli yoktur. Tatbikatçı gizlilik kurallarına alıştırmış, bunları tartışmasız kabule zorlanmıştır.

a) Esas kural şudur : «İthamın başladığı anda savunma da başlar». Bir kimsenin, ne sebeple olursa olsun hürriyetinden mahrum edilmesi, nezarete alınması, hattâ sanık olarak sadece sorguya çekilmesi onun «itham» edildiğini gösterir. Artık bu andan sonra «s a v u n m a» bütün olanaklara kavuşturulmalı, ilgili istediğinde Avukatı yanında bulunabilmeleidir. Avukatının hazır olmadığı bir sorguda sanığın ikrarı geçerli sayılmamalıdır. Bu usul dayaklı sorgu (işkence) suçlamalarının da önüne geçmiş olacak, ceza kovuşturma sistemimizin «insanileştirilmesi» isteklerini geniş ölçüde karşılayabilecektir.

b) Nezarete alınan kimsenin nerede olduğunun dahi bilinmediği, öğrenilemediği, soran Avukatın cevapsız bırakıldığı bir ortamda savunma

hakkının geçerliliğinden söz edilemez. Birden alınıp götürülenin akibeti hakkında yakınlarının bir avukata başvurması, Avukatın onlara aczini bildirmekle yetinmesi «savunma mesleği»ne çok şey kaybettirmektedir.

c) Anayasamız Kurucu Mecliste tartışılırken «Türkiye'de hiç bir şey tevkif kadar suistimal edilmemiştir» yakınması güncelliğini bugün de yitirmemiştir. Hazırlık soruşturmasında verilen tutuklama kararına Avukatın itiraz hakkı vardır. Fakat bu hakkı kullanıp kullanmamak, kullanacak ise itiraz gerekçelerini saptamak olanaksızdır. Çünkü hazırlık soruşturması, avukat için de gizlidir. Bir hakkı tanıyıp, kullanma olanağını sağlamamak tam bir çelişkidir, içtensizliktir.

2. İlk Soruşturma : İlk soruşturmada Avukatın yalnız bazı evrakı görebileceği yolundaki hükümün yanlış yorumlanması fiilî bir gizlilik yaratmıştır. Her sorgu yargıcının tutumu değişik olabilmektedir. Ancak «s o n s o r u Ő t u r m a»da geçerli sayılan «s a v u n m a» etkisini yitirmiş olur. Faydası azalmıştır.

IV — YÜRÜTME LEHİNE GİZLİLİK :

Yürütme, kamu hizmeti görür. Bu hizmet gizli olamaz. İdare Hukukunun gelişmesi âleniye-

te yönelmiş, bundaki kamu yararı —özellikle Demokrasilerde— daha gerçek, daha üstün görünmüştür.

İsviçre’te, âleniyet demokratik rejimin ilkesi sayılmaktadır. Bu ilke gereğince herkes kamu idaresinin elinde bulunan her belgeyi görebilir, her vatandaş kendisi hakkında kayda geçmiş her bilginin kendisine yazı ile bildirilmesini istemek hakkına sahiptir.

İsviçre’de, yürütmenin kararlarına mesnet olan her belge âlenidir. Bu belgeleri yalnız taraflar değil, herhangi bir vatandaş ve Basın görebilir.

Yürütmenin açıklığı İdare Hukukunda yepyeni bir yönedir. Bu akım karşısında memleketimizin, gününü doldurmuş İdare Hukuku anlayışını sürdürmesi, faydalı değildir. Yürütmede, idarî karar ve işlemlerde alışıldığı için haklı sanılan gizlilik en yaygın haldedir.

Örneğin köy sınırı ile ilgili bir dava açabilmek için İçişleri Bakanlığı dosyasındaki tesbitleri, dosyayı, bir emeklinin, dul veya yetiminin hakkını arayabilmek için Emekli Sandığındaki dosyayı, Avukat inceleyememektedir. Bu haksız davanın veya dava haklı ise yanlış veya yetersiz gerekçelerle, delilsiz dava açılmasının nedeni olmaktadır. Vergi ile ilgili davalarda «Vergi Mahremiyeti» kavramının ilgili mükellefin aleyhine kullanılması büyük sakıncalar doğurmaktadır.

Bütün kuruluşların, yetkililerin avukatın görevini kolaylaştırması kuralını koyan Avukatlık Kanununun 2. maddesindeki «Âmir Hüküm», çeşitli fiilî sınırlamalarla işlemez hale getirilmiştir. Avukatın, idarî mercideki dosyayı, işlem hakkında karar verildikten sonra, fakat dava açılmadan önce inceleme olanağı mutlaka sağlanmalıdır. Gerçeği bilmeden açılan davaların sebep olduğu toplumsal zarar, sanıldığından çok fazladır. Kamu hizmetinde gizlilik düşünülemez. İdarede «şahsi dosya» anlayışı hukuk dışıdır.

Yasalarımızdaki ve buna eklenen uygulamalardaki gizlilik halleri bu sayılanlara indirgeli değildir. Daha pek çok örnek gösterebilecek durumdayız. «Kısıtlı Savunma» Usul Hukukunu değerden düşürür. Sınırlamaya, koşula bağlandığında özünü yitiren tek kavram «s a v u n m a»dır.

V — SONUÇ :

Bir «Hukuk Delveti»nde İdarenin bir davayı kazanması veya kaybetmesi özellik taşır. Devlet haksız olduğu davayı kazanmamalıdır. **Kazanırsa**, bu Hukuk Devletinin kendi kendini inkârı olur. Gizli tutulan belgenin bilinmesi halinde idarenin davayı kaybetmesi gerekeceğini farzedelim. Bu belge gizli kadığı için idare davayı kazanırsa kaybeden sadece davacı vatandaş değildir.

Türk Avukatlarında genel kanı şudur : Yasalarımızda savunma hakkını kısıtlayan hükümler kaldırılmadıkça «**Hak Arama Özgürlüğü**»ne ilişkin «**Temel Hak**» gerçekleşmeyecektir.

Saygılarımızla.

Avukat Faruk EREM
Türkiye Barolar Birliği Başkanı