

CEZA MUHAKEMESİNDE MÜDAFİNİN KONUMU VE UYGULAMADA KARŞILAŞILAN SORUNLAR*

Yrd. Doç. Dr. Murat Volkan DÜLGER**

* Bu makale, II. Türk Dünyası Hukuk Kurultayı, 14–16 Kasım 2011, İstanbul'da sunulan tebliğin, genişletilerek ve gözden geçirilerek makaleye dönüştürülmüş halidir.

** **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

*** İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi.

ÖZ

Ceza muhakemesi hukuku, devletin suç şüphesi altındaki bireyleri, yani failleri yargılayarak ve gerektiğinde ceza vererek toplumun adalet ve güvenliğini sağlama görevinin yerine getirilmesi ile uğraşan hukuk dalıdır. Ceza muhakemesi adeta devletin keskin kılıcıdır. İşte bireyin son derece güçsüz ve savunmasız kaldığı bu alanda, güçlü olan ve bireye destek verip savunmasında yardım eden ve bireyi güçlü devlete karşı tek başına bırakmayan kişi müdafidir. Bu nedenle savunmaya ve müdafie tanınan haklar, özgürlükler ve bunların uygulaması, içinde bulunulan rejimin gerçek yüzünü ortaya koymaktadır. Ceza muhakemesinde savunmanın ve müdafiliğin gerçek konumu, siyasi rejim için turnusol kağıdı işlevi görmektedir. Bu konum öyle düzenlenmeli ve uygulamaya geçirilmelidir ki, gerek savunma görevini yerine getiren müdafî, gerekse savunulan birey, kendilerini yel değirmenlerine karşı savaşan Don Kişot olarak hissetmemelidirler. Çalışmamızda ceza muhakemesinde savunma makamının ve müdafiliğin hem normatif yapısı incelenmekte hem de uygulamada ortaya çıkan sorunlar tespit edilerek bunlara çözüm önerileri getirilmeye çalışılmaktadır.

Anahtar sözcükler: Müdafî, ceza muhakemesi, adil yargılanma, savunma, sanık.

THE POSITION OF THE DEFENSE LAWYER UNDER CRIMINAL PROSECURE AND THE PRACTICAL PROBLEMS

ABSTRACT

Criminal procedure law is the branch of law that deals with the charge of providing justice and security of the society by judging the offenders in other words judging the individuals who are under suspicion of crime and penalizing whenever necessary. Criminal procedure law is merely a sharp sword of the government. The individual remains absolutely weak, incapable and defenceless in this field. The one who is virtual, who supports and helps the individual to defense him/herself is the defender. Thus, the rights, liberties and their enforcement provided for the defence and defender shows the system's real face exactly. The position of the defence and defender functions as litmus paper for the political regime. This position shall be enact and enforce prudent. Within this scope, both the individual being defended and the defender shall not feel themselves as fighting against the windmills as Don Quixote. In this legal study, normative structure of the defence and the defender in the scope of criminal procedure law is analyzed. Furthermore the challenges that are being revealed in practice are ascertained and it is tried to offer solutions in this analysis.

Keywords: *Defender, criminal procedure law, fair trail, defence, defendant.*

GİRİŞ

Ceza muhakemesi hukuku, devletin suç şüphesi altındaki bireyleri, yani failleri yargılayarak ve gerektiğinde ceza vererek toplumun adalet ve güvenliğini sağlama görevinin yerine getirilmesi ile uğraşan hukuk dalıdır. Bu hukuk dalı en geniş anlamda ceza iddiası, savunma ve yargılama faaliyetlerinin birlikte yapılmasına ilişkin ilkeleri ve kuralları içermektedir^[1]. Ancak bu faaliyet yapılırken bir yandan toplumsal düzenin korunması için devlet erki kullanılmakta, öte yandan bireylerin temel hak ve özgürlüklerine sınırlamalar getirilmekte veya en azından bu hakların ve özgürlüklerin sınırlandırılması tehdidinde bulunmaktadır. Bu bağlamda ceza muhakemesi, devletin cezalandırma hakkı ile şüpheli veya sanığın özgürlük hakkı arasındaki çatışmayı ceza hukuku ilkelerine göre çözmeye çalışmaktadır^[2]. Sonuç olarak ceza muhakemesi hukuku, insan haklarına uygun biçimde maddi gerçeği araştırarak suç şüphesi altındaki bireyin gerçekten suçu olup olmadığını araştırmakta, suçlu olduğu tespit edilen bireyi cezalandırarak kamu düzenini sağlamaya, bunu sağlarken de devlet erki ve toplumun çıkarları ile şüpheliye/sanığa ait bireysel temel hak ve özgürlükler arasındaki dengeyi gerçekleştirmeye çalışmaktadır^[3].

I. MÜDAFİLİK KURUMUNA TANINAN HAKLAR VE YÜKÜMLÜLÜKLER HUKUK DEVLETİNİN İŞLERLİĞİNİN VE İNSAN HAKLARININ KULLANILMASININ GÖSTERGELERİNDEN BİRİSİDİR

Ceza muhakemesinin en iyi şekilde, adaletli, hukuka ve insan haklarına uygun biçimde gerçekleştirilmesi toplumun yararına, bu yarar yargılamanın en hızlı ve adil şekilde gerçekleştirilmesiyle sağlanmaktadır^[4]. Buna bağlı olarak günümüzde adil yargılanma hakkı hem ulusal üstü insan hakları belgelerinde hem de ulusal anayasalarda bir insan hakkı ve temel hak olarak kabul edilmiştir^[5]. Adil yargılanma hakkının esas çıkış noktasını ise adil yargılanma ilkesi/“*fair trial*” ilkesinden almaktadır. “*Fair hearing*” veya “*fair trial*” terimi ise

-
- [1] Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010, s.13.
 [2] Faruk Erem, Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku, 6. Bası, Ankara, Işın Yayıncılık, 1986, s.40.
 [3] Hamide Zafer, Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu, İstanbul, Beta Yayınları, 2004, s.255.
 [4] Erem, a.g.e., s.57.
 [5] Sinan Kocaoglu, Müdafî, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011, s.30.

Anglo-Amerikan Ceza Muhakemesi Hukukundan kaynaklanmaktadır^[6]. Bu ilke Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde de açık bir biçimde yer bulmuş ve ayrıca bir müdafinin yardımından faydalanma ceza muhakemesi açısından bireylere bir hak olarak tanınmıştır. Kısaca bu ilke bireylerin tarafsız ve bağımsız bir yargı organı önünde, gerekli desteği alarak savunmasını yapabilmesi ve meramını anlatabilmesidir. İşte bu ilkenin bir hak olarak çeşitli uluslararası belgelerde ve ulusal mevzuatlarda düzenlenmesiyle “*adil yargılanma hakkı*” vücut bulmuştur^[7]. Adil yargılanma hakkının içinde örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde “*avukat ile temsil edilebilme*” de ayrı bir hak olarak düzenlenmiştir^[8].

Bir ülkedeki insan hak ve özgürlükleri ile insan onurunun korunup korunmadığının asıl ölçütü o ülkedeki ceza muhakemesi hukuku kuralları ile bu kuralların uygulanma biçimidir. Çünkü bireylerin devletin gerçek anlamda gücünü hissettikleri ve devlet karşısında korumasız kaldıkları en önemli alan ceza muhakemesidir. Ceza muhakemesi adeta devletin keskin kılıcıdır. İşte bireyin son derece güçsüz ve savunmasız kaldığı bu alanda, güçlü olan ve bireye destek verip savunmasında yardım eden ve bireyi güçlü devlete karşı tek başına bırakmayan kişi müdafidir. Bu nedenle savunmaya ve müdafie tanınan haklar, özgürlükler ve bunların uygulaması, içinde bulunulan rejimin gerçek yüzünü ortaya koymaktadır. Ceza muhakemesinde savunmanın ve müdafiliğin gerçek konumu, siyasi rejim için turnusol kağıdı işlevi görmektedir. Bu konum öyle düzenlenmeli ve uygulamaya geçirilmelidir ki, gerek savunma görevini yerine getiren müdafii, gerekse savunulan birey, kendilerini yel değirmenlerine karşı savaşan Don Kişot olarak hissetmemelidirler.

Ceza muhakemesinin yukarıda kısaca belirtildiği üzere insan hakları ile temel hak ve özgürlükleri zedelemeyen, adil yargılanma hakkına uygun bir biçimde yerine getirilmesinin güvencesini savunma kurumu oluşturmaktadır. Buna göre savunma ve uygulamada savunma makamını dolduran “*müdafilik*” ceza muhakemesinin gerçekten olmazsa olmaz unsurlarından biridir. Zira ceza muhakemesinde savunmanın gerçek anlamda yapılabildiğinin kabul edilebilmesi için, müdafinin görev yapması mutlak bir gereksinimdir. Müdafii ile savunulma,

[6] Bu ilke hakkında geniş bilgi için bkz: Friedrich Christian Schroeder/Feridun Yenisey/Wolfgang Peukert, Ceza Muhakemesinde 'Fair Trial' İlkesi, İstanbul, İstanbul Barosu CMUK Uygulama Servisi Yayınları, 1999, s.1 vd.

[7] Adil yargılanma hakkı hakkında özet bilgi için bkz: Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2002, s.1 – 8; bu hakkın koruma kapsamı için bkz: İnceoğlu, a.g.e., s.11 vd.

[8] D. J. Harris/M. O'Boyle/E. P. Bates/C. M. Buckley, Law of the European Convention on Human Rights, Second Edition, Oxford University Press, 2009, s.310 – 322; İnceoğlu, a.g.e., s.317–319.

savunma hakkının gerçek anlamda kullanılması demektir^[9]. Dolayısıyla savunmanın simgesi olan müdafilik, devletin cezalandırma yetkisi ve kamunun buyurma gücü karşısında bireyin temel hak ve özgürlüklerinin savunucusudur.

Ceza yargılamasında demokrasi ve insan hakları ilkelerini hayata geçirmeye çalışan müdafie, şüpheli veya sanığı savunma görevini ifa edebilmesi için, bütün yargılama sistemlerinde çeşitli hak, yetki ve yükümlülükler verilmiştir. Bu hak, yetki ve yükümlülüklerin diğer iki ceza yargılama süjesi olan iddia ve yargıya göre dağılımı, o devletteki rejimin demokratik veya otoriterlik yelpazesinde hangi noktada durduğunu gösteren temel bir ölçüttür^[10]. Dolayısıyla müdafie göreviyle ilgili tanınan hak ve özgürlükler yalnızca savunmasını üstlendiği birey açısından kolaylık ve güvence sağlamamakta, ayrıca toplumun güveni ve siyasal rejimin demokratiklik oranı açısından da önemli bir işlev görmektedir.

Ceza muhakemesinde savunma makamında müdafinin bulunması ve bu müdafie görevini hakkıyla yapabilmesi için yetki ve özgürlük verilmesi son derece önemlidir. Çünkü sanığa savunma olanağı verilmesi, muhakemenin tam ve kusursuz yapılması için yeterli değildir. Sanık olarak yargılanan kişilerin çoğunluğu özellikle hukuki konularda hiçbir deneyimi ve bilgisi olmayan kişilerdir. Bu yüzden bu kişiler kendilerini nasıl savunacaklarını, muhakemede hangi konunun önemli, hangisinin önemsiz olduğunu, hangi delilin kullanılıp hangisinin kullanılmayacağını (bir başka deyişle delillerin hukuka aykırı olup olmadığını) bilemeyecek durumdadırlar. Ayrıca sanık hukuk eğitimi almış, hatta bizzat müdafilik görevi yapmış bir kişi olsa da sanık olarak ceza mahkemesinde yargılanmanın vermiş olduğu tedirginlik, korku ve utanma gibi duygular ve de olaylara dışarıdan bakamama nedeniyle yitirilen soğukkanlılık neticesinde sanık kendisini gerektiği gibi savunamayabilecektir^[11]. Buna göre gerçek anlamda savunulmak için ceza mahkemesinde yargılanan her kişinin eğitimi, sıfatı ya da görevi ne olursa olsun müdafie ihtiyacı bulunmaktadır.

Oysa müdafie, iddia makamı ile aynı eğitimi gördüğü ve benzer mesleki deneyime sahip olduğu için yargılama sırasında müdafinin bulunması sanığın muhakeme esnasında hukuken eşit derecede güçlü olmasını sağlayacaktır. Ayrıca müdafinin ceza muhakemesi deneyimi bulunduğu ve kendisi suçlanmadığı için, soğukkanlılıkla hareket ederek, “*içinde bulunduğu durum son derece güç olan sanığa nazaran*” çok daha iyi savunma yapabilecektir. Nitekim muhakemenin hukuka ve insan haklarına uygun yapılmasında, maddi gerçeğin insan onuruna yakışır ve dürüstçe ortaya çıkarılmasında, suçlu dahi olsa, sanığın hak ettiğinden fazla ceza almamasında toplumun yararı bulunmakta ve böylelikle devletin

[9] Centel, Müdafie ile Savunma Hakkı, s.320.

[10] Kocaoğlu, a.g.e., s.23.

[11] Centel, Müdafie ile Savunma Hakkı, s.319, 320.

de saygınlığı korunmaktadır^[12]. Bunun sonucu olarak müdafî ile savunma yapmanın önemini belirtmek ve sanığın müdafîsiz yargılanmasını önlemek amacıyla, “*müdafîsiz sanık olmaz*” (nullum reus sine advocato) şeklinde bir kural oluşturulmak istenmektedir^[13].

Ayrıca ceza muhakemesinin bir üst kavram olarak soruşturma ve kovuşturma aşamalarını birlikte içerdiği unutulmamalıdır. Dolayısıyla sanık sıfatıyla yargılanırken müdafî ihtiyacı duyan bireyin, şüpheli sıfatıyla soruşturma tabii tutulurken ve savcı, polis ya da jandarma ile muhatap olurken müdafî daha fazla ihtiyacı vardır. Çünkü genellikle kişi kendini bu aşamada daha zayıf ve korunaksız hissetmektedir. Bir diğer açıdan ise soruşturma aşamasında sanığın görev alması, olası işkence, kötü muamele vb. gibi yasak sorgu ve ifade yöntemlerini engellediği gibi, diğer delillerin de usulüne uygun elde edilmesini (örneğin CMK'nın 134. maddesinde düzenlenen bilişim sistemlerinden dijital delil elde edilmesi işleminin yasa normuna uygun yapılmasının denetlenmesi) sağlamaktadır. Böylelikle hem şüphelilere insan onuruna yakışır ve hukuka uygun şekilde davranılması sağlanmakta hem de deliller hukuka uygun elde edileceği ve buna müdafî de katılacağı için ileride muhakemeyi tehlikeye düşürebilecek hukuka aykırı delil elde edilmesi ve yasak delil kullanılması iddialarının gündeme gelmesi önenebilecektir.

Biz de yukarıda anılan bu temel ilkelerden yola çıkarak, çalışmamızda genel olarak insanlığın yararına, özel olarak ise ceza muhakemesinin insan haklarına ve hukuka uygun olarak yerine getirilmesine çalışan müdafîlik kurumunu inceleme konusu yapmaktayız. Ancak bu incelemenin ağırlığını normatif düzenlemeler, yargı kararları ve öğretilerdeki görüşlerden ziyade müdafîliğin ceza muhakemesi hukukundaki konumu ve buradan hareketle uygulamada müdafîlerin karşılaştığı sorunlar oluşturacaktır.

II. MÜDAFİLİK KURUMUNUN HUKUKSAL VE NORMATİF KAYNAKLARI VE BUNLARIN UYGULAMADA KARŞILAŞILAN SORUNLARA ETKİLERİ

Ceza muhakemesindeki iddia, savunma ve yargı üçlemesinin birbirleri ile olan ilişkileri, bu faaliyetlerin normatif olarak düzenlenme şekli ve hepsinden önemlisi bu normatif düzenlemelerin gerçek hayata geçirilme biçimi yani uygulama o ülkedeki zayıf bireyin güçlü devlet aygıtı ile olan ilişkisini ve bireyin konumunu belirleyen en önemli göstergedir. Zira ceza muhakemesinde devlet baş aktördür

[12] Centel, Müdafî ile Savunma Hakkı, s.321.

[13] Öztekin Tosun, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C.I, Genel Kısım, 4. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1984, s.596.

ve güçlü konumuyla bireyin karşısında ona göre baskın ve çok önemli bir rol oynamaktadır. Dolayısıyla bu güç karşısında savunmaya yardımcı olan hatta onu bizzat üstlenen müdafilik kurumunun hukuksal çerçevesi ve normatif kaynakları belirlenmelidir. Aksi takdirde son derece güçlü olan modern devlet karşısında bireyin ve onun müdafinin gerektiği biçimde yer alması mümkün olamayacaktır.

a. Savunma Nedir?

Bu bağlamda öncelikle savunmanın ne olduğu açıklanmalıdır. Zira savunmanın anlamı ve bunun normatif kaynakları ve dayanakları ortaya konulmadan, bu kurumun anlaşılması ve buna ilişkin olumlu ve olumsuz düzenlemeler ile uygulamaların ortaya çıkarılması ve eleştiri konusu yapılması mümkün olamayacaktır. Her ne kadar bu kuruma uygulamada önemli ölçüde şekil verilse de bunun ilk çıkış kaynağı normatif düzenlemelerdir.

Savunma en geniş anlamıyla sanığın suçlu olduğu iddiasına karşılık, sanık yönünden devletin cezalandırma hakkının bulunmadığını ortaya koymak amacıyla bizzat sanık veya müdafii tarafından gerçekleştirilen muhakeme faaliyetlerinin bütünüdür.

Buna göre savunma sanık tarafından yapılabileceği gibi müdafii tarafından da yapılabilecektir. Ancak günümüzde hukuksal metinlerin ve dolayısıyla suç tiplerinin son derece detaylı olması, buna paralel olarak muhakeme kurallarının ayrıntılı ve karmaşık olması karşısında, yukarıda da belirttiğimiz üzere bu konuda eğitimi ve deneyimi olmayan sanıkların yardımsız bir biçimde kendilerini savunmaları, gerçek ve iyi bir savunma oluşturmamaktadır. Dolayısıyla günümüzde ceza davalarının çoğunda hele sanığın işlediği iddia edilen suçların cezalarının ağır olması halinde savunma müdafii tarafından yapılmakta, hatta sanıkların kendi yaptıkları savunma da müdafiler tarafından hazırlanmakta ya da en azından yönlendirilmektedir. Buna göre müdafiliğin önemi ve gerekliliği tartışmasıdır.

b. Savunma Görevini Yerine Getiren Müdafii, Vekilden Farklı Olarak Savunduğu Kişiye Karşı Dahı Bağımsız Olan Kendine Özgü Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Süjesidir

Müdafii ve şüpheli/sanık arasındaki ilişkinin de bu bağlamda hem borçlar hukukunun hem de ceza muhakemesi hukukunun bakış açısıyla açıklanması gerekmektedir, zira bu ilişkinin niteliği müdafii hukuksal konumunun ve kamusal öneminin belirlenmesi açısından gereklidir.

“Müdafî”, “vekilden” farklı olarak şüphelinin/sanığın temsilcisi değil^[14], ondan bağımsız ayrı bir ceza muhakemesi organı/öznesidir. Ceza hukukunda “esas olarak” korunması gereken bireylerin özel çıkarları değil (ki buradan bireylerin özel çıkarlarının korunmayacağı ya da bunun önemsiz olduğu anlamı çıkarılmamalıdır), kamunun yani toplumun çıkarıdır; dolayısıyla ceza davasının kamusal niteliği ve bu davada gerçeği arama yükümlülüğü, temsil ilişkisinin özel hukuktaki anlamıyla yani vekalet sözleşmesiyle bağdaşmamaktadır. Bu bağlamda sanık ile müdafî arasındaki ilişkinin temsil ilişkisi olarak kabul edilmemesi gerekir. Müdafî her zaman sanığın temsilcisi ve/veya yardımcısı değildir, müdafîin sanığa göre bağımsız bir durumu^[15], ayrı yetkileri ve sorumlulukları vardır. Dolayısıyla kamusal savunma görevini yerine getiren müdafî, savunmasını üstlendiği şüpheli/sanıktan bağımsız, serbest ve talimat ile bağlı olmayan bir konumdur^[16]. Müdafî, sanığın lehine olmak kaydıyla, sanığın isteğine aykırı davranabilir. Örneğin sanığa danışmadan tutuklu sanığın tahliyesini isteyebileceği gibi, sanık istemese de sanık lehine delil sunabilir veya sanığın beraatini talep edebilir^[17].

Müdafîlik, kamu hukukuna ait bir kurumdur; dolayısıyla farklı bir mantık ve ihtiyaçtan doğan ve özel hukuka ait bir kurum olan vekâlet ilişkisi ile müdafîlik kurumunun ve müdafîin sanıkla olan ilişkisinin açıklanması mümkün değildir. Ceza muhakemesinde müdafî savunduğu kişiyi temsil etmemekte, kamusal bir yargılama makamı olarak kişinin savunmasına destek sağlamaktadır, buna göre şüpheli/sanık ile müdafî ilişkisinin temsil kavramıyla açıklanması olanaklı değildir.

Müdafî ile şüpheli/sanık arasındaki ilişki, kural olarak temsil ilişkisi değil, işleyiş kamu hukuku kurallarıyla düzenlenmiş bağımsız bir görev ilişkisidir^[18]. Nitekim Yargıtay’a göre de, müdafî, yasa adına faaliyette bulunmak görevi ile yükümlü, kamu hizmeti gören bir organ olup, vekilden ayrı bir statüdedir^[19]. Zira bu statü, müdafî vekile oranla farklı görev, sorumluluk ve ayrıcalıklar vermektedir (örneğin hem bir hak hem de yükümlülük olan zorunlu müdafîlik kurumunun normatif düzenlemesi ve uygulaması söz konusuysen, zorunlu vekillik diye bir kavram, düzenleme ve uygulama bulunmamaktadır)^[20].

[14] Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s.230.

[15] Ünver/Hakeri, a.g.e., s.231.

[16] Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, a.g.e., s.408.

[17] Ünver/Hakeri, a.g.e., s.231.

[18] Nur Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, İstanbul, 1984, s.48 vd.; Centel, Müdafî ile Savunma Hakkı, s.331.

[19] YCGK, 9.12.1974, 272/447, YKD, S.7, Temmuz 1975, s.34.

[20] Mahmutoğlu/Dursun ise, müdafîin savunduğu sanığı değil, savunma makamını temsil ettiği görüşündedirler. Ancak müdafîlik kurumunun sanığa göre konumu hakkında açıklama

Buna göre müdafî, savunduğu kişi tarafından seçilmiş ve ondan bir vekaletname almış olsa dahi, aralarındaki ilişkinin salt bir vekalet ilişkisi olarak açıklanması mümkün değildir. Bu vekaletname borçlar hukukundaki vekalet sözleşmesinden çok, müdafîin şüpheli/sanık adına hareket edilebileceğini gösteren, İngilizce’de vekaletname yerine kullanılan “*power of attorney*” ifadesindeki gibi “*avukatın gücü*” niteliğinde bir belgedir.

Ancak bu açıklamadan müdafîin savunmasını üstlendiği kişinin aleyhine bir harekette bulunabileceği sonucu çıkarılmamalıdır. Müdafî tabii ki savunmasını üstlendiği kişinin haklarını korumak amacıyla görevini yapacaktır, ancak savunma ile kendi kişisel ve/veya mesleki ilkelerinin çatışması halinde müdafî savunmasını üstlendiği kişinin aleyhine hareket etmek yerine üstlenmiş olduğu görevden ayrılmalıdır. Zira müdafîin/avukatın daima kendine gelen işi reddetme hakkı vardır ve bu zorunlu ya da ihtiyari müdafîlik için de geçerlidir. Müdafî, kendine uymayan bir işte en son çare olarak bununla ilgili bir açıklama yapmak zorunda kalmaksızın kendisine önerilen savunma işini reddedebilecektir. Sonuç olarak müdafî, savunmada hem sanığın hem de toplumun çıkarlarını korumaya çalışan bağımsız bir adalet organıdır^[21].

Bu bağımsızlığın sonucu olarak, şüpheliye/sanığa ve müdafîine CMK’nın 215 ve 216. maddeleri gereğince ayrı ayrı söz verilir. Aynı şekilde müdafî sanığın katılamayacağı bazı muhakeme işlemlerini yapma hakkına sahiptir, örneğin CMK’nın 201/1. maddesi gereğince doğrudan soru yöneltme hakkı sanığa değil, müdafîe aittir^[22].

Bu öğretide bazı yazarların belirttiği gibi sadece bir yardım ilişkisi^[23] de değildir. Zira tüm delillerin apaçık ortada olduğu ve sanığın suçluluğunun ispatlandığı durumlarda müdafîin sanığa bir yardımda bulunması mümkün olmasa da aslında yargılamanın yapılışı esnasında hazır bulunmakla, yargılamanın adilane ve hukuka uygun olarak yapılmasını gözetmekte ve böylelikle kararın düzgün biçim ve nitelikte oluşmasını sağlamaktadır. Buna göre müdafîlik görevinin yalnızca bir yardım olarak açıklanması, yargılamanın iyi yapılmasına ilişkin işlevini göz ardı etmektedir. Bize göre müdafîlik, ceza muhakemesinde iddia ve yargı makamlarının karşısında durarak savunma makamını gerçek anlamda oluşturmak suretiyle diyalektiği sağlayan ceza muhakemesine özgü bir organdır.

yapmamaktadırlar. Bkz. Fatih Selami Mahmutoğlu/Selman Dursun, Türk Hukuku’nda Müdafîin Yasaklılık Halleri, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s.20.

[21] Nur Centel, “*Müdafî ile Savunma Hakkı ve Adalet Bakanlığı Genelgesi*”, İstanbul Barosu Dergisi, C.76, S.2, 2002, s.331; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, a.g.e., s.408.

[22] Ünver/Hakeri, a.g.e., s.231.

[23] Bu görüşte olan yazarlar için bkz: Centel, Müdafî ile Savunma Hakkı, s.331; Ünver/Hakeri, a.g.e., s. 230.

Ceza muhakemesi hukukunda müdafî teriminin özel bir anlamının olduğu da görülmektedir. Müdafî, yalnızca ceza muhakemesinin savunma makamında yer alan şüphelinin/sanığın avukatına verilen addır. Dolayısıyla katılanın avukatı müdafî değil, vekildir. Aynı şekilde diğer muhakeme dallarında da savunma makamında da olsalar avukatlara müdafî değil, vekil denilmektedir^[24]. Bu da bizim müdafîliğin kendine özgü bir kurum olduğu yönündeki görüşümüzü destekler niteliktedir.

c. Normatif Düzenlemelerde Müdafîlik

Demokratik rejimler, 1789 Fransız Devrimi'nden sonra insan hakları temeli üzerinde yükselmeye başlamışlardır. Özellikle İkinci Dünya Savaşı'nın tüm yıkımını ve insan onurunun ayaklar altına alınışını yaşayan ve buna tanıklık eden ülkelerde 1945 sonrasında yeniden yapılandırılan anayasalarda insan haklarına yer verilmiş ve bunlar güvence altına alınmaya çalışılmış, ayrıca böyle bir yıkımın bir daha gerçekleşmesine engel olmak için Avrupa Konseyi oluşturulmuş ve bu organ tarafından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) üretilmiştir^[25]. Savunma hakkı da, insan haklarındaki bu gelişmeye paralel olarak hem bu uluslararası sözleşmede hem de ulusal anayasalarda yerini almıştır^[26]. AİHS'de bireylerin bir müdafîin yardımından faydalanabilecekleri açıkça belirtilirken; anayasalarda, savunma hakkına ilişkin düzenlemelerde, savunma hakkı ile ifade özgürlüğü arasındaki zorunlu mantıksal bağlantı veya bireyi adli organlar karşısında koruma gereksinimi veya devletin vatandaşları dinleme yükümlülüğünün göz önüne alındığı görülmektedir^[27].

Bu bağlamda ilk olarak iç hukukumuzda da doğrudan uygulama olanağı bulunan AİHS'nin "*adil yargılanma hakkının*" düzenlendiği 6. maddesinin 3. fıkrasının "*c*" bendinden söz etmek gerekmektedir. Bu bentte sanığın kendi kendini savunma hakkının bulunduğu, ayrıca sanığın kendisinin seçeceği veya gerektiğinde mahkeme tarafından atanacak bir müdafîin yardımından yararlanabileceği bir hak olarak düzenlenmiştir. Savunma hakkının her iki kullanılış şeklinin de yargılamayı adil hale getiren temel unsurlar olduğu tartışmasıdır^[28].

Demokratik düzeni benimsemiş diğer ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de savunma hakkına anayasalarda yer verilmiştir. İlk olarak 1876 tarihli Kanuni

[24] Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, a.g.e., s.409.

[25] Murat Volkan Dülger, "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Düzenlenen Yargısal Koruma Mekanizması ve 14 Nolu Ek Protokolle Öngörülen Değişiklikler*", Uğur Alacakaptan'a Armağan, C.I, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s.243 – 245.

[26] Centel, Müdafî ile Savunma Hakkı, s.316.

[27] Centel, Müdafî ile Savunma Hakkı, s.317.

[28] Bu konudaki ayrıntılı açıklama ve AİHM kararları için bkz: Feyyaz Gölcüklü/Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 4. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003, kn. 541.

Esasi'nin 83. ve 1924 tarihli Teşkilatı Esasiye Kanunu'nun 59. maddelerinde savunma hakkı düzenlenmiştir. Sonrasında 1961 Anayasası'nın 31. maddesinde “herkes meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir” denilerek bu hak düzenlenmiştir. Halen yürürlükte olan 1982 Anayasası'nın 36. maddesinde ise, 1961 Anayasası'nın 31. maddesine benzer bir biçimde, “herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir” denilmek suretiyle bu hakka yer verilmiştir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) ise “savunma” başlıklı altıncı bölümünde 149 – 156. maddeleri arasında savunma ve bunun içerisinde müdafilik düzenlenmiştir. Bu maddelerde şüphelinin veya sanığın müdafii seçimi (CMK m.149), müdafii görevlendirilmesi (CMK m.150), müdafii görevini yerine getirmediğinde yapılacak işlem ve müdafilik görevinden yasaklanma (CMK m.151), şüpheli veya sanığın birden fazla olması halinde savunma (CMK m.152), müdafii dosyayı inceleme yetkisi (CMK m.153), müdafii ile görüşme (CMK m.154), kanuni temsilci veya eşin duruşmada hazır bulunması (CMK m.155) ve müdafii görevlendirilmesinde uygulanacak usul'e (CMK m.156) ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Bu maddeler dışında da ayrıca yasanın birçok maddesinde soruşturma, kovuşturma ve yasa yolları esnasında müdafii hak ve yetkilerine de ayrıca yer verilmiştir.

Bunların dışında CMK'nın 2/1-c maddesinde müdafii tanımı yapılmıştır, buna göre müdafii: “Şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukat”tır. Buna karşın, CMK'nın 2/1-d maddesinde katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu olan kişileri ceza muhakemesinde temsil eden avukata “vekil” denilmektedir. Buradan iki sonuç çıkmaktadır, birincisi CMK'da müdafie özel bir önem verilmekte ve bilinçli olarak bu kavram kullanılmaktadır. İkinci olarak avukatlar dışındaki kimselerin müdafilik görevini yapması mümkün değildir^[29].

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesinde ise avukatlığın bir kamu hizmeti ve serbest meslek olduğu, avukatın yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil ettiği açık bir biçimde ifade edilmektedir. Ayrıca bu yasanın 12, 13, 14 ve 38. maddeleri gibi pek çok maddesinde müdafiliğe ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.

d. Müdafilik Türleri

Ülkemizde CMK'dan kaynaklanan üç tür müdafilik olduğu görülmektedir. Bunlardan ilki şüpheli/sanığın kendi ihtiyarıyla seçtiği ve soruşturma/kovuşturmada savunmasını üstlenmesini istediği müdafidir.

[29] Ünver/Hakeri, a.g.e., s.230, 231.

İkincisi ise CMK'nın 150/1. maddesinde düzenlenen ve bir zorunluluk olmamasına rağmen, şüphelinin/sanığın kendisinin müdafî yardımından yararlanmak istediğini ancak bir müdafî seçecek durumda olmadığını belirttiği durumdur. Bu halde şüpheli/sanığa istemi nedeniyle bir müdafî tayin edilir. Bu da ihtiyari müdafîliktir, ilkinden farkı müdafî ücretinin baro tarafından karşılanması ve seçimin/görevlendirmenin baro tarafından yapılmasıdır.

Üçüncüsü ise zorunlu müdafîliktir. Bu halde de iki durumda zorunlu müdafî atanmaktadır. CMK'nın 150/2 maddesi gereğince “*müdafî bulunmayan şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise, istemi aranmaksızın bir müdafî görevlendirilir.*” CMK'nın 150/3 maddesi gereğince ise “*alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda*” da sanık veya şüphelinin müdafîinin bulunmadığı durumlarda istemi aranmaksızın bir müdafî görevlendirilir. Ayrıca bu haller dışında da CMK'nın çeşitli maddelerinde müdafîin hazır bulunması gereken işlemler düzenlenmiştir^[30].

Böylelikle 5271 sayılı CMK'da kısmen de olsa zorunlu müdafîliğin kabul edildiği ve bunun 1412 sayılı CMUK'ya göre daha geniş düzenlendiği görülmektedir^[31]. Zorunlu müdafîliğin arandığı yargılamalarda müdafî olmadan yargılama ya da işlem yapılması Yargıtay tarafından savunma hakkının kısıtlanması kabul edilerek kesin bozma nedeni yapılmakta ve bu kural katı bir biçimde uygulanmaktadır.

e. Normatif Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

Ülkemiz mevzuatında müdafîlik için yapılan düzenlemelerin genel olarak diğer yabancı ülke hukuklarındaki düzenlemelerle hemen hemen aynı seviyede ve ayrıca AİHS ile uyumlu olduğunu değerlendirmekteyiz. Ancak yine ayrıntıya girilmeksizin genele bakıldığında müdafîliğin tüm ceza davaları için zorunlu hale getirilmesine (yaygın zorunlu müdafîlik) ilişkin düzenlemenin bu açıdan eksik, ayrıca soruşturma/dava dosyasından belgelerin örneklerinin alınması için vekalet sunulmasının zorunlu tutulmasına ilişkin düzenlemenin ise hatalı olduğunu çünkü bunun müdafîlik görevinin yerine getirilmesiyle bağdaşmadığını düşünüyoruz.

III. UYGULAMADA KARŞILAŞILAN SORUNLAR

Yukarıda müdafîliğe ilişkin hukuksal düzenlemelerin çerçevesini belirledikten ve bu konudaki değerlendirmemizi ortaya koyduktan sonra, şimdi ise bu

[30] Bu durumlar için bkz: Ünver/Hakeri, a.g.e., s.231–236.

[31] Ünver/Hakeri, a.g.e., s.231.

kuralların uygulamaya nasıl yansıdığını ve buna paralel olarak müdafilik görevinin yerine getirilmesine ilişkin bazı ayrıntılı kuralları ve bunun uygulanmasını ortaya koymak ve uygulamanın değerlendirmesini yaparak ulaştığımız sonucu tartışmaya açmak istiyoruz.

a. Müdafilerin Ceza Muhakemesinde Adeta İstenmeyen Kişi Olduklarına İlişkin Geçmişten Kalan Bir Kanı Bulunmaktadır

Üzülerek ifade etmeliyiz ki insan haklarına uygun ve temel hak ve özgürlükler açısından güvence olan ve aynı zamanda ceza muhakemesi hukukunun üçlü sacayağından birisini oluşturan müdafilik kurumu ceza muhakemesinde adeta istenmeyen kişi konumundadır.

Medeni yargılamada davanın açılmasından delillerin toplanmasına ve taleplerin bildirilmesine kadar tüm yargılama taraf vekilleri tarafından yürütülmektedir. Yani taraflar ve özellikle vekilleri olmaksızın yargılama yürüyememektedir, dolayısıyla bu yargılama yöntemi açısından iddia ve savunma makamlarında istisnai davalar dışında avukatlar yer almakta ve dava bu avukatlar tarafından açılmakta ve yürütülmektedir. Buna bağlı olarak medeni yargılamada yer alan avukatlar bu yargılama yönteminin asli unsurudur ve hakimler/mahkemeler tarafından da böyle algılanmaktadırlar^[32]. Ancak ceza muhakemesinin işleyişi gereği soruşturma aşamasında savcılık, kovuşturma aşamasında ise mahkemenin bizzat kendisi delilleri toplamaktadır, bu ise ceza muhakemesini medeni yargılamadan oldukça farklı bir hale getirmekte, özellikle müdafileri delil sunma yükümlülüğünde bırakmamakta, birçok durumda da deliller kolluk güçlerinin toplayabileceği nitelikte olduğu için müdafiler isteseler de bunu yapamamaktadırlar.

İşte bu durum, yargıçlar ve savcılar tarafından “*müdafie ne gerek var*” şeklinde bir algının ve buna uygun davranışların oluşmasına yol açmaktadır. Birçok ceza muhakemesinde müdafinin bulunması ya da soruşturma ya da kovuşturmayla sonradan katılması, “*ne gerek vardı*” şeklinde algılanmakta ve müdafiler istenmeyen unsur gibi karşılanmaktadır. Bu hiçbir zaman müdafilere karşı doğrudan söylenmese de müdafilerin bulunmadığı ortamlarda hatta bizzat şüpheli veya sanıklara ifade edilmekte ya da müdafilere karşı takınılan tavır ve uygulamalarla dile getirilmektedir. En basitinden iyi niyetle söz arasında “*bu davada avukatın yapabileceği bir şey yok*” denilmektedir. Hatta bazı yargılamalarda müdafinin bulunmamasına rağmen yargılama yapmaya alışmış yargıçlar tarafından, müdafinin bulunmasına rağmen

[32] Her ne kadar biçimsel olarak davanın bizzat hak sahiplerince ya da kendisine karşı dava açılmış kişilerce bizzat yürütülmesi mümkün ise de ticari ve günlük yaşamın karmaşıklaşması ve buna bağlı olarak hukuksal süreçlerin kapsamlı, mevzuatın ise çok geniş olması karşısında meslekleri avukatlık olan vekiller olmaksızın dava yürütülmesi nadiren görülen bir durumdur.

bazı temel/olağan talepler tamamen yargılamayı hızlandırmak adına yargıçlar tarafından müdafî bu konuda talepte dahi bulunmadan müdafîin ağzından tutanağa yazdırılmaktadır.

Bu durum ve davranışlar, yargılama sistemimizdeki algının değişmesi gerektiğine işaret etmektedir. Zira müdafî somut soruşturmanın ve/veya davanın niteliği gereği delil sunmak ya da getirtilmesini istemek vs. gibi yollarla yargılamaya doğrudan etkide bulunmasa dahi, yapılan işlemlerin hukuka uygunluğunu savunmasını yaptığı sanık ya da sanıklar açısından denetlemektedir, tek başına bu gerekçe bile müdafîin bulunmasını, “*içerik kadar güvenlik açısından şeklin de çok önemli olduğu hukuk düzeninde*”, soruşturmayı ve yargılamayı biçimsel açıdan hukuka uygun ve güvenilir hale getirmektedir. Aksi takdirde bireylerin kaderi şüpheli/sanığı savunmak gibi bir görevi ve yükümlülüğü bulunmayan kişilerin ellerine terk edilmektedir. Dolayısıyla müdafîin bulunması, verilen kararı güvenilir ve nesnel bir karar haline getirmektedir. Aksi takdirde muhakeme diyalektiği sağlanmayacak buna bağlı olarak da doğru ve güvenilir bir karar ortaya çıkmayacaktır (bu makalenin konusu doğrudan oluşturmamakla beraber Asliye Ceza Mahkemelerinde yapılan duruşmalarda iddia makamına yer verilmemesinin de muhakeme diyalektiğinin gerçekleşmesini önleyen olumsuz bir düzenleme olduğunu ifade etmeliyiz).

Gerçekten de müdafîlik ceza yargılamasının üçlü sacayağından birisi ve kurucu unsurlarındandır. Karar, iddia ve savunmanın değerlendirilmesinden oluşmaktadır. Dolayısıyla iddia ve savunma, karar madalyonunun iki yüzü gibidir. Savunma ile iddianın bu diyalektik ilişkisi savunma ile iddia arasında bir denge oluşmasını gerektirmektedir. İşte bu nedenlerle savunma bir hak olarak ulusal üstü insan hakları belgelerinde ve anayasalarda yer almaktadır^[33]. Sanık olarak hakkında iddianame düzenlenen kişinin gerçekten suçlu olması gibi suçsuz olması da mümkündür. Zaten bu nedenle sanık, adı üstünde, suçlu olduğu henüz bilinmeyen, fakat suçlu olduğu sanılan, kuvvetle şüphe edilen kişidir. Bu şüphenin yenilmesi ve sanık hakkında olumlu ya da olumsuz bir karara varılabilmesi için savunmanın varlığı şarttır. Dolayısıyla bu görevin layıkıyla yerine getirilebilmesi için savunmanın işleyişinin kolaylaştırılması gerekmektedir. Ayrıca savunma yani anti tez kararın doğru verilmesinde de çok önemli bir işlev üstlenmektedir. Bu da ceza adaletinin hakkaniyetle yerine getirilmesini ve -adalet de devletin temeli olduğuna göre- bizzat devletin korunmasını sağlamaktadır^[34].

Ülkemizde gerçek anlamda hukuka ve insan haklarına uygun yargılamaların yapılabilmesi için öncelikle halen varlığı söz konusu olan bu algılayışın tamamen

[33] Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, a.g.e., s.400.

[34] Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, a.g.e., s.400.

değişmesi ve müdafinin, yargıç ve savcı gibi ceza muhakemesinin vazgeçilmez bir unsuru olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Bu değişimin ise mevzuat ile sağlanması mümkün değildir, asıl olan bir anlayış değişikliğidir, o halde hukuk fakültelerimde ve hakim ile savcılara verilen meslek içi eğitimlerde bu hususun üzerinde durulmalı ve açıkça anlatılmalıdır.

b. Görünüşte de Olsa İddia ve Savunma Arasındaki Eşitliğin Sağlanması İçin Mahkemelerdeki Oturma Düzeni Değiştirilmelidir

Ceza muhakemesinde duruşmaların yapılış ve tarafların oturma düzeni de son derece hatalı ve hukuka aykırıdır. Bir kere iddia makamını oluşturan savcıların kürsüde yargıçların yanında ve onlarla aynı seviyede oturması suretiyle oluşan ve bugüne kadar uygulana gelen yargılama esnasındaki oturma düzeni kesinlikle değişmelidir.

Uygulamada avukatlar bu konuda kendi aralarında “savcıların marangoz hatası nedeniyle yukarıda oturduklarını” dile getirmektedirler. Tabii ki bu şakayla karışık bir yakınmadır, savcılar marangoz hatası nedeniyle değil, belli bir düşünce yapısının etkisi nedeniyle bu şekilde oturmaktadırlar. “Kutsal devletin” her açıdan bireyin karşısında güçlü olması gerektiği düşüncesinden yola çıkılarak devletin temsilcisi olan savcı da kürsüde, yukarıda yer almakta ve onun karşısında devler ülkesindeki Guliver rolünü oynayan sanık ve özellikle onun müdafii aşağıda alelade bir yerde durmakta ve daha yargılamanın başında sanığına ve müdafiiine durumları ve konumları bildirilmektedir.

Şimdiye kadar gidebildiğimiz ve görebildiğimiz hatta demokrasi yelpazesindeki durumları tartışmalı olan ülkelerde dahi, mahkeme salonlarında kürsüde yalnızca yargıçlar oturmakta diğer tüm yargılama sülheleri aynı seviyede karşılıklı ya da yan yana yer almakta, savcılara hiçbir şekilde müdafilere tanınanın dışında özel bir önem tanınmamaktadır. Örneğin kısa bir süre önce bilimsel bir toplantı nedeniyle bulunduğumuz Azerbaycan Cumhuriyeti Mahkemelerinde durum böyledir. Müdafiler ve sanıklar ile savcılar karşılıklı ve eşit düzeyde yer almaktadırlar. Tüm yargılama yöntemlerinde kürsüde oturması gereken hem millet adına yargılamayı yapıp karar verdiği için hem de mahkemenin düzenini sağladığı ve adeta mahkemenin başkanı, reisi olduğu için yargıçlardır. Bu durum tüm batı tarzı demokrasiyi benimsemiş ülkelerin yargılama sistemlerinde de bu şekildedir.

Ancak ülkemizde mahkemede oturma düzeni cumhuriyetin ilan edilip, adli kurumların oluştuğu ilk yıllardan beri bu şekildedir ve bu uygulama bilebildiğimiz kadarıyla herhangi bir yazılı kurala da dayanmamaktadır. Avukat meslektaşlarımız tarafından bu konu gündeme getirildiğinde ise, biraz küçümser bir edayla “her şey bitti, bir tek bu sorun mu kaldı, devletin savcısı tabii ki kürsüde oturacak” gibi cevaplarla konu geçiştirilmekte ve hasıraltı edilmektedir. Oysa

söz konusu talep, gerçek bir sorunun işaretidir, hukuka uygun, bağımsız ve tarafsız bir yargılamanın hem içerik hem de şeklen doğru şekilde uygulanması için olmazsa olmazlarından.

Yargıda görülen aksaklıkları düzeltmek adına sürekli “*yargı reformu paketi*” çıkarılan ülkemizde, bu paketler ile birlikte son derece güzel ve modern adliye sarayları da inşa edilmekte ve hizmete açılmakta ancak ne yazık ki bu yeni binalarda da duruşma salonlarında aynı oturma düzeni devam etmektedir. Bu da bize dış görünüşün değiştiğini ancak içeriğin ya da bir başka deyişle anlayışın hala değişmediğini açık bir biçimde göstermektedir.

Ayrıca savcılık kurumu soruşturma ya da iddia faaliyetini kamu adına yürütmekte yani toplumu oluşturan tüm bireyler adına işlemleri yapmaktadır. Savcı, bireyin karşısında devletin tarafı değildir ya da en azından taraf olmaması beklenir. Ancak uygulamada buna pek de uyulduğu görülmemektedir. Yeterli olmayan delillerle davalar açılmakta, “*ben açayım da hakim karar versin*” anlayışıyla hareket edilmekte, şüphelinin ya da sanığın lehine olan deliller çok bariz olmadıkça dosyaya dahil edilmemekte, adeta bireyin karşısında devletin tarafını tutan bir “*devlet müdafii*” oluşmaktadır. İşte bu devlet müdafininin bir de bireyin müdafii ile eşit düzeyde oturmayıp, yukarıda yargıçların yanında oturması durumu, savcıyı yargılanan bireyin karşısında tamamen eşit olmayan bir duruma sokmakta, ayrıca psikolojik açıdan bireyin gözünde devletin müdafii kendi müdafiiinden daha kuvvetli hale gelmektedir. Ne yazık ki uygulamada bu şekli algılayış, müdafinin pasif bir tutum sergilemesi halinde iyice gerçek olmaktadır.

İşte bu algının değişmesi ve görünüşte de olsa eşitliğin sağlanması için ilk olarak mevcut oturma düzeni değişmeli ve mahkemenin yargıcı/yargıçları dışındaki herkes, kürsünün karşısında ve eşit düzeyde yer almalıdır.

c. Karar ve Ara Karar İçin Görüşme Yapılırken İddia Makamı Kendiliğinden Salonu Terk Etmelidir

Bu konudaki bir başka gerçek ve önemli sıkıntı ise mahkemelerin herhangi bir hususta ara karar ya da hüküm vermek için yargılamaya ara vermesi halinde, mahkeme salonunda bulunan “*sanık ve müdafii dahil olmak üzere*” herkesin dışarı çıkarılması ancak savcılarının mahkeme salonunda kürsüde ve yargıç ya da yargıçların yanında kalmasıdır. Bu açıkça hukuka aykırı bir durum olup, yargılamayı zedelemekte ve verilen kararlarda şüphelerin oluşmasına yol açmaktadır. Zira kamusal iddia faaliyetini yürüten savcılık kurumu aynen savunma gibi ceza davasının tarafıdır. Karar verilirken ya iki taraf birlikte salonda yer almalı ya da doğru olarak her ikisi de salonu terk etmeli ve yargılama makamını deliller ve vicdanı ile baş başa bırakmalıdır.

Yargılama esnasında bu husus müdafiler tarafından dile getirilip savcılarının da salonu terk etmeleri istendiğinde mahkemeler tarafından “*ara kararın verilmesi esnasında savcılarının konuşmadıkları*” ifade edilmektedir. Savcılarının kararın ya da ara kararın tartışılması ve alınması esnasında konuşup konuşmadıklarının savunma makamı ya da sanıklar tarafından bilinmesi mümkün değildir. Gerçekten savcılarının bu esnada konuşmadıklarının kabul edilmesi halinde dahi yukarıdan beri belirttiğimiz üzere, güvenilirlik açısından şeklin çok önemli olduğu hukuk düzeninde bu uygulama ve görüntü son derece kötü bir izlenim bırakmakta ve yargılamanın tarafı olan savcılık ile tarafsız olması gereken mahkemenin aynı tarafmış gibi hareket ettiği konusunda bir izlenim uyandırmaktadır. (Zira savcılık kurumunun görevini yerine getirirken tarafsız hareket etmesi gerekse de bir muhakeme süjesi olarak sanığın karşısında toplumun çıkarlarını temsil etmekte ve makam olarak davanın tarafı olmaktadır.) Ne yazık ki bu izlenim yalnızca profesyonel olarak bu mesleği icra eden müdafilerde değil, bir şekilde yargılamanın tarafı olan sanık, tanık, katılan ya da izleyici gibi toplumu oluşturan bireylerde de oluşmaktadır. Bu ise toplumun adalete olan güvenini sarsmaktadır. Dolayısıyla bu sorun avukatların gereksiz bir kaprisi değil, adalete duyulan güven ile ilgili ciddi bir sorundur.

Bunun tek çözümü ise hiçbir uyarıya gerek kalmaksızın ara karar veya hüküm verilmesi esnasında savcılarının kendiliğinden salonu terk etmeleri bunun uygulanması için de Adalet Bakanlığı'nın bir genelge yayınlaması veya bize göre gereksiz olmasına rağmen CMK'ya bu konuda bir madde konulmasıdır. Sonuç olarak bu durum bir an önce değişmeli ve çelişmeli yargı, bu açıdan da olması gereken hale getirilmelidir.

Yine bu konuyla bağlantılı bir diğer sorun ise yargılama esnasında, hukuksal bir sorun olduğunda ya da salondakilerin çıkartılmasına gerek görülmeden bir karar oluşturulacağı zaman yargıcın savcıya doğru eğilerek başkalarının duyamayacağı şekilde savcıyla konuşmasıdır. Bazı mahkemeler yoğun bir iş yükü içerisinde oldukları gerekçesiyle savcılardan adeta yargıç yardımcısı gibi destek almaktadırlar. Geçici bir süreyle hali hazırda savcılar asliye ceza mahkemelerindeki yargılamalara katılmamakta olsalar da, duruşmalara çıktıkları dönemde işleyiş genellikle bu şekilde işlemekteydi, dolayısıyla savcılar tekrar duruşmaya çıkmaya başladıklarında bu durumun değişeceğini de düşünmüyoruz, zira bu uygulamada ortaya çıkmış bir durumdur.

Yukarıdaki paragrafta açıkladığımız üzere bu durum yargılamanın tarafsızlığına gölge düşürdüğü gibi savunmaya da hakaret oluşturmaktadır. Mahkemenin yargılamada tamamen tarafsız olması gerekmektedir, yargıçlar yargılama esnasında nasıl ki müdafinin kulağına eğilip herhangi bir hususta konuşmuyorsa ya da danışmıyorsa bunu savcıyla da yapmamaları gerekir. Mahkemenin karşısındaki taraflardan birisini nasıl savunma oluşturuyorsa diğer tarafını da

iddia makamı yani savcılık oluşturmaktadır. Savcıların maaşlarını devletten almaları ve toplum adına iddia faaliyeti yürütmeleri onları görev, bağımsızlık ve tarafsızlık açısından yargıçlarla aynı konuma getirmemektedir. Dolayısıyla mahkemenin her iki tarafa da eşit mesafede olması ve bunu uygulamasıyla göstermesi gerekir.

Duruşma esnasında herkesin gözü önünde başkalarının duymayacağı şekilde savcıyla konuşan bir mahkemenin karar vermek için savcı dışında herkesi salondan çıkardığı durumda ise savcıyla konuşmadığının ve kararın alınmasında savcının etkisinin olmadığı ifade edilmesi en azından şekil açısından gerçekçi değildir. Bu durumda ceza mahkemesinin tarafsızlığına inanılmasının istenilmesi fazla iyi niyetli bir beklenti olur.

Bu sorunların düzeltilmesinin ilk adımı ise mahkeme salonlarındaki oturma düzenin değiştirilerek, savcıların kürsüden indirilmesi ve müdafilerle eşit seviyede ve konumda olmalarının sağlanmasıyla gerçekleşebilir. İkinci olarak yargıçlar bu uygulamalarından vazgeçmeli ve müdafilerle aralarında olan ve yapılan görevden kaynaklanan mesafeyi savcılara karşı da korumalıdır^[35].

d. Müdafî ve Sanık Duruşma Salonunda Birlikte ve Yan Yanı Oturmalı, Duruşma Esnasında Sürekli İletişim Kurabilmelidir

Uygulamada karşılaşılan sorunlardan bir diğerini ceza mahkemelerinde yapılan yargılama esnasında özellikle savunma avukatları ile sanıkların ayrı yerlerde oturması ve duruşma esnasında iletişim kurmalarının engellenmesi oluşturmaktadır.

Sanıklar istisnai haller dışında yargıcın bulunduğu kürsünün tam karşısında ve yargıca göre sol tarafta bulunan savunma makamının uzağında oturtulmaktadır. Özellikle sanığın tutuklu olması halinde savunma avukatı ile sanığın konuşması, işaretleşmesi hatta göz göze gelmesi dahi sorun oluşturmakta ve aralarında iletişim kurmaları engellenmektedir. Bazı durumlarda ise savunduğu sanık ile bir şekilde iletişim kurmak isteyen savunma avukatı koruma görevi yapan jandarma ya da yargıç tarafından uyarılmakta ve bu tür girişimler en azından hoş karşılanmamaktadır.

Oysa AİHM'e göre AİHS ile gerçekleştirilmek istenilen, özellikle adil yargılanma hakkının demokratik bir toplumda oynadığı önemli rol gereği savunmanın teorik ve hayali değil, somut ve gerçek olarak sağlanmasıdır. Bu

[35] Bu konudaki bir başka ve esaslı eleştirimiz ise savcıların ve mahkemelerin/yargıçların ayrı binalarda görev yapmaları ve çalışma ofislerinin de farklı binalarda olması gerektiğidir. Nitekim özellikle ABD ve Batı Avrupa'da yerleşim ve çalışma sistemi bu şekilde yürütülmektedir.

bağlamda sanığın müdafiden yararlanma hakkı, müdafî hazır bulundurma ve müdafîe danışma ve görüşme haklarını içermektedir^[36].

Bir sanığın müdafîin desteğine ihtiyaç duyduğu önemli anlardan birisini duruşma evresi oluşturmaktadır. Ülkemizdeki hali hazırdaki mahkeme oturma düzeninde ise savunma avukatının savunduğu kişiye yardım etmesinin ya da danışmanlık görevini yerine getirmesinin imkanı yoktur. Oysa oturma düzenin bu şekilde olmasına ilişkin ne CMK’da ne de bir başka yasada ya da yönetmelikte düzenleme bulunmaktadır. Buna rağmen savunma avukatının savunduğu kişinin yanında oturmak istemesi büyük sorunlara yol açmakta, hatta savunma avukatları bu düzeni kanıksadıkları için bunu değiştirmeye ilişkin bir çaba dahi harcamamaktadırlar. Bildiğimiz kadarıyla şu ana kadar bir avukat meslektaşımız bu konuda ısrarcı olmuş ve sonuçta da başarı sağlamış ve duruşma esnasında savunmasını üstlendiği sanığın yanında oturmuştur^[37]. Oysa olması gereken

[36] Centel, Müdafî ile Savunma Hakkı, s.322.

[37] Konunun son derece önemli olması ve Sayın Av. Uğur Poyraz’ın bu konudaki başarısını ortaya koyması ve bir örnek oluşturması için, kendisinin konuyla ilgili İstanbul Barosu Başkanlığı’na hitaben yazmış olduğu 1.4.2008 tarihli dilekçeye, kendisinden alınmış izne dayanarak, burada aynen yer vermek istiyoruz:

“1. ‘Görevli hakime duruşma sırasında kavlen ve fiilen tararruz ve hakarete bulunmak’ suçunu işlediğim iddiasıyla hakkımda Beyoğlu 2. Ağır Ceza Mahkemesi’nde 2005/246 Esas sayısı ile açılmış bulunan kamu davasının 13.11.2007 günü yapılan duruşmasına müdafîim Avukat Ömer Kavili ile birlikte katıldım. Söz isteyerek:

- Uygulamamızda müdahil/mağdur ile vekilinin yan yana durduklarını,-Sanığın ise (bir çok mahkeme salonunda) müdafîinden/vekilinden ayrı bir yerde durmak zorunda olduğunu,-**Bu durumun sanığın müdafîinden/vekilinden sürekli biçimde yararlanma hakkını ortadan kaldırdığını ve savunma zafiyeti yarattığını,-Sanık tutuklu olsa bile kolluk kuvvetlerinin görevinin sanığın kaçmasına engel olmak olduğunu ama uygulamamızda sanıkla vekilinin/ müdafîinin yan yana durmalarının ve hatta konuşmalarının bile engellendiği,-Anayasa ve yasalardan kaynaklanmamayan bu durumun savunma hakkını kısıtlaması nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesindeki adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde olduğunu, söyledim ve müdafîimle birlikte oturmak için karar verilmesini talep ettim.**

Cumhuriyet Savcısı bu talebim hakkındaki mütalaasında:

Uygulamada katılanların yanında müdafîlerinin bulunduğu, ancak sanığın avukatından ayrı bölümde oturduğu, ancak bu halin sanığın savunma hakkının kısıtlanması doğurma ihtimali bulunduğunu, beyan ederek ‘sanık müdafîi ile birlikte oturmak istiyorsa buna müsaade edilmesi mütalaa olunur’ dedi.

Benim talebim ve Cumhuriyet Savcısının mütalaası üzerine mahkeme:

Uygulama ve teamüller gereği sanık için duruşma salonunda bulunacağı yer belirlenmiş olup, sanığın müdafîi ile her zaman görüşme imkanı bulunduğu, talebi halinde de müdafîi ile görüşmesinin sağlanacağı, bu durumun savunma hakkını kısıtlamayacağı, kanaatine varıldığı gerekçesiyle talebimin reddine karar vermiştir.

Mahkemenin bu ara kararı üzerine ben tekrar söz alarak:

Mahkemelerin Anayasa ve yasalara uygun biçimde yargılama yapmalarının zorunlu olduğunu; kaynağını Anayasa, yasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarından almayan yanlış bir uygulamaya dayalı olarak yargılamaları sürdürmelerinin mümkün olmadığını; savunma hakkının kısıtlanması

suretiyle adil yargılanma hakkının ortadan kaldırılması halinde verilecek hükmün inandırıcılıktan uzak ve adaleti tesis etmek amacıyla yönelik olamayacağını; söyledim ve kaynağını Anayasa, yasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarından almayan yanlış bir uygulamayı sürdürerek savunma hakkımı kısıtlayan ve adil yargılanma hakkımı elimden alan Mahkeme başkanı ile üyelerini reddettiğimi beyan ederek evvelki ara karardan dönülmesini talep ettim.

Cumhuriyet Savcısı Osman Çakır da 'önceki mütalaamızı tekrar ederiz' dedi.

Mahkeme Heyeti ara kararının 1. maddesiyle bu celse verdiği ara karardan dönülmesine yer olmadığına ve red dilekçemizi sunmak için tarafımıza süre vererek duruşmayı 20.03.2008 gününe erteledi.

2. Beyoğlu 3. Ağır Ceza Mahkemesi'nde 20.03.2008 günü yapılan duruşmaya mesleki dayanışma adına İstanbul Barosu Yönetim Kurulu üyesi ve sayman Avukat Berrin Adıyaman, Yönetim Kurulu üyesi Avukat Muammer Aydın, Avukat Ufuk Özkap, Avukat Kemal Aytaç, Avukat Ömer Kavili, Avukat Muhittin Köylüoğlu, Avukat Ayşe Eren, Avukat Sevgi Akbenlioğlu, Avukat Hasan Kılıç, Avukat Ömer Yasa vekil sıfatıyla; İstanbul Barosu Başkan vekili Avukat Mehmet Durakoğlu ise gözlemci sıfatıyla katıldılar.

Duruşma başladıktan sonra söz alarak:

Hakimler ve savcılar kaynağını Anayasa ve yasalardan (altına imza attığımız ve iç hukukumuzda da artık geçerli olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarından) almayan bir yetkiyi kullanmazlar. Kullanmaya kalktıkları takdirde (olayımızda olduğu gibi) savunma hakkı kısıtlanmış ve adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olurlar. Sanığın bir müdafii vasıtası ile savunma hakkından kesintisiz yararlanmak hakkı vardır. Şayet, Mahkemenin ara kararına göre ben sanık yeri diye yapılmış olan tahta çit içinde dururken avukatımla aramda 3 – 5 metre mesafe bulunmakta ve ben müdafime danışmak istesem her seferinde ya ben müdafimin yanına gitmek veya müdafim benim yanıma gelmek zorunda kalacak ve bu durum savunma hakkından kesintisiz yararlanmak hakkımı açıkça ortadan kaldıracaktır. Böyle bir uygulamayı düşünebiliyor musunuz? Hiç olacak şey mi? Mahkeme Heyeti 13.11.2007 tarihli ilk ara kararında 'uygulama ve teamüller gereği' şeklinde hukuki olmayan bir gerekçe ile talebimi reddetmiştir. Mahkemeniz 'uygulama ve teamül' kavramını Anayasa, yasa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının üzerine koymuştur ki; bu çok vahim bir hukuki hatadır. Çağdaş dünyada uygulanan yargılama sisteminde şüpheli/sanık her aşamada kesintisiz biçimde savunma hakkına ve savunmasını yapacak müdafii ile birlikte bulunmak hakkına sahipken ülkemizde (bütün yasal değişikliklere rağmen) savunma hakkı daha soruşturma aşamasında (örneğin, gizlilik kararı ile veya şüpheli ifade vermeye başladıktan sonra müdafinin ifadeye müdahale edememesi, şüpheli lehine delillerin toplanmaması gibi bir çok örnek sayabilirim) kısıtlanmakta ve bu kısıtlama kovuşturma aşamasında da sürmektedir. Bu sebeplerle, Türkiye Cumhuriyeti hakkında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde açılan davalar hep savunma hakkının kısıtlandığı, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği gibi gerekçelerle Türkiye Cumhuriyeti aleyhine sonuçlanmaktadır. Türk adaleti ve hakimi (ve Cumhuriyet Savcılarını) artık eski alışkanlıklarını bırakarak yargılama sonucu verilecek hükmün hem kamu vicdanında ve hem de sanık, mağdur, müdahil üzerinde 'hak yerini buldu' etkisini yaratacak bir yargılama yapmalıdır. Ben, sanık olarak müdahille aynı haklardan yararlanmak istiyorum ve nasıl ki müdahil vekili/avukatı ile yan yana durabiliyorsa; ben de vekilimle yan yana durmak istiyorum, dedim.

Vekillerimin de ayrı ayrı söz alarak sanıkla vekilinin ayrı yerlerde durmalarının sakıncalarını anlatıp 13.11.2007 tarihli ara karardan rücu edilmesini talep ettiler.

Başkan Münevver Duygulu Aksünger, üye Mustafa Tok ve üye Pınar Şafat'tan oluşan Beyoğlu 3. Ağır Ceza Mahkemesi:

hukuk ve oturma düzeni açısından müdafinin yeri tutuklu da olsa savunmasını üstlendiği kişinin yanındır. Ancak bu şekilde sanık ile kesintisiz ve doğrudan bir iletişim kurması ve kendisine yardım etmesi mümkündür. Ayrıca devleti temsil eden yargıç ve savcının karşısında kendisini son derece güçsüz hisseden bireyin yanında müdafinin fiziksel olarak yer alması psikolojik açıdan da kendisine çok büyük bir destek sağlayacaktır.

e. İster Zorunlu, İster İhtiyari Olsun Savunma Görevini Yapan Avukatlar Ceza Davalarındaki Duruşma Tutanaklarına “Müdafi” Olarak Yazılmalıdır

Uygulamadaki sıkıntıların şekli unsurlarından birisini savunma görevi yapan avukatların “*vekil*” olarak tutanaklara geçirilmesi oluşturmaktadır. Birçok mahkemede ayırım yapılmaksızın savunma görevini yerine getiren avukatlar vekil olarak nitelendirilmekte ve duruşmada tutanaklarına da “*sanık vekili avukat*” olarak geçirilmektedir. Bazı mahkemelerde ise baroların CMK servisleri tarafından CMK’nın 147/1-c, 150 ve 156. maddeleri gereğince görevlendirilen avukatlar müdafi olarak adlandırılırken, sanıktan alınmış vekaletle savunma görevini üstlenen avukatlar vekil olarak adlandırılmaktadır. Bunların her ikisi de tamamen hatalı uygulamalardır. İster sanıktan alınmış vekaleti olsun, ister CMK ile görevlendirilmiş olsun, ceza muhakemesinde savunma yapan avukatın sıfatı müdafidir. Çünkü her ne şekilde görevlendirilmiş olursa olsun müdafinin görevi tekdir^[38]. Dolayısıyla bu hatalı uygulamanın da bir an önce değiştirilmesi gerekmektedir.

Müdafiliğin görev tanımı bizzat Yargıtay tarafından da yanlış algılanmaktadır. Yukarıda belirtmiş olduğumuz Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 9.12.1974 tarihli kararında müdafilerin görevi “*sanığın beraati veya hafif bir ceza ile cezalandırılması konuları üzerinde yasa adına faaliyette bulunmak görevi ile yükümlü, kamu hizmeti gören bir organ*” olarak tanımlanmaktadır.

Oysa müdafilerin görevi yalnızca ve her ne pahasına olursa olsun savundukları kişilerin beraatini sağlamak ve/veya daha az ceza almalarını sağlamak değildir. Bize göre esas görev, yargılamanın hukukun evrensel ilkelerine ve insan haklarına uygun bir biçimde ve adilane yapılmasını sağlamak, bunu

Savunma hakkının bir bütün olarak kısıtlanmadan kullanılabilmesi, müdafii yardımından kesintisiz yararlanabilmesi, adil yargılanma hakkının vicdanlarda tesisinin sağlanması ve mağdurun haklarından aynı şekilde eşit olarak sanığın da yararlanabilmesi, göz önüne alınarak mahkememizin 13.11.2007 tarihli bu konuya ilişkin ara kararından dönülmesine oy birliği ile karar verildi; diyerek savunma adına tarihi bir karara imza atmıştır...” Söz konusu dilekçenin tamamı, Beyoğlu 3. Ağır Ceza Mahkemesi’nin kararı ve İstanbul Barosu Başkanlığı’nca ilgili kurumlara yazılan yazılar için bkz: İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Çalışma Raporu 2006 – 2008, s.193 – 206.

[38] Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, a.g.e., s.409.

gözetmek ve gerektiğinde yanlış uygulamalara müdahale etmektir. Dolayısıyla müdafiler adil bir yargılamanın sağlanması ve insan hakkı ihlallerinin önlenmesinin güvencesidir. Yargılamanın sonucunda, müdafî ne kadar çaba ve hüner gösterirse göstereceği kişinin mahkum olma ihtimali daima bulunmaktadır. Zira bu genellikle müdafîin çabası ve hüneri yanında dosyada bulunan delillere de bağlıdır. İşte bu durumda, Yargıtay'ın tanımını esas alındığında savunduğu kişinin beraatini ya da daha az ceza almasını sağlayamayan müdafî başarısız sayılacaktır. Oysa bu sonuçta dahi, müdafî muhakemenin her aşamasında bulunmuş, savunduğu kişiyi olası sonuçlar hakkında aydınlatmış ve muhakemenin hukuka ve insan haklarına uygun olarak yapılması için elinden geleni yapmış ise görevini başarı ile yerine getirmiştir.

Nitekim ülkemizde bugün özellikle ceza muhakemesi esnasında yaşanan bazı insan hakkı ihlallerinin azalmasında müdafîlik görevi yapanların ve diğer tüm avukatların mücadelelerinin payı yadsınamaz bir gerçektir. Bu ise ülkemizde müdafîlerin görevlerini her şeye rağmen iyi bir biçimde yaptığını göstermektedir.

f. Müdafiler Savunma Görevi Kapsamında Kullandıkları Hiçbir Söz ya da İfadeden Sorumlu Tutulmamalıdır

Savunma hakkı, düşünce özgürlüğünün bir uygulama biçimidir. Yargılama makamları önünde ve belli bir amaçla, bir suçlamadan kurtulmak için kullanılan sözlerin ve ifade edilen düşüncelerin özgürlük içinde dile getirilmesi savunma hakkını oluşturan unsurlardan birisidir. Özgürlükçü ve demokratik bir siyaset anlayışında kişi hakları olabildiğince geniş ve saygındır. Savunma hakkı da bu olanaklardan yararlanır. Nitekim tarihsel süreç içerisinde savunma hakkının gelişmesi ile demokratik hareketin gelişmesi arasında sıkı bir bağlantının bulunduğu göze çarpmaktadır. Buna karşın otoriter rejimler ise savunma hakkını sınırlamak eğilimindedirler^[39]. İşte bu tespit, savunmaya tanınan hak ve özgürlüklerin derecesinin ve uygulandığı o ülkede uygulanan rejimin -hamasi söylemlere bakılmaksızın- gerçekliğini ortaya koymaktadır.

Hak arama özgürlüğü sadece bir muhakeme kuralı değil, bundan da öte sübjektif bir temel haktır. Sübjektif hak ise kişiye bir isteme yetkisi sağlar. Hak arama isteği, muhakemeye katılmış olanlara, somut davanın bütün fiili ve hukuki sorunlarında düşüncesini söyleme ve dinletme olanağı anlamına gelmektedir^[40]. Bu hakkın gerektiği gibi ve gerçekten kullanılabilmesi için savunma esnasında yazılı ya da sözlü olarak kullanılan ifadelerden dolayı savunma yapanların, yani şüpheli/sanık ya da müdafîinin kullanmış olduğu ifade ya da görüşlerinden dolayı sorumlu tutulmamaları gerekir. Buna savunma bağımsızlığı denilmektedir.

[39] Centel, Müdafî ile Savunma Hakkı, s.316.

[40] Centel, Müdafî ile Savunma Hakkı, s.319.

Savunma bağısıklığında esas unsur, bu görevin yapılması esnasında dile getirilen, sözcük, ifade ve görüşlerden dolayı bunu kullananların cezalandırılmamasıdır. Zira savunma görevini yapan kimsenin, kullandığı ifadelerin suç sayılması ve cezalandırılması endişesiyle hareket etmesi halinde, savunmasında kullanacağı bazı ifade ve görüşlerden vazgeçmesi söz konusu olacak, bu durumda da savunma görevinin hakkıyla yerine getirildiğinden söz edilemeyecektir^[41].

Ancak savunma bağısıklığı yasalarda genellikle belli suçlar, kişiler ve şartlar açısından kabul edilmiştir. Bu ise bağısıklığın sınırlandırılması ve bazen tamamen yok edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Nitekim TCK'nın 128. maddesiyle savunma bağısıklığı hakaret suçları açısından kabul edilmiş, isnat ve değerlendirmelerin uyumsuzlukla bağlantılı olması aranmıştır^[42]. Savunma görevinin tam olarak yerine getirilebilmesi için özellikle de siyasi suçlara ilişkin davalarda, müdafilerin dile getirdikleri sözcüklerden ve görüşlerinden dolayı hiçbir şekilde sorumlu tutulmamaları gerekir. Zira birçok siyasi davada, sanığın eylemlerine ya da muhakeme kurallarının ihlaline ilişkin savunmalardan çok (veya bunlarla birlikte) sanığın görüşleri, ifadeleri ya da dünya görüşü, bunların bilimselliği ve demokratik bir toplum içinde ifade edilebilirliği savunulmaktadır. Özellikle düşüncenin ifadesine ilişkin suçlarda bu durum daha açık ortaya çıkmaktadır. Bu davalarda savunma hakkının tam ve olması gerektiği gibi yerine getirilebilmesi için müdafilerin istisnasız bir savunma bağısıklığından faydalanmaları gerekir. Nitekim Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen savunma hakkı, sınırlanması mümkün olmayan bir hak olarak düzenlenmiştir.

Bu açıklamalara karşın uygulamada, savunma yapanların ve müdafilerin, savunmalarında kullandıkları ifadelerden ve düşüncelerden dolayı soruşturma ve kovuşturmayla uğradıkları görülmektedir. Kullanılan bu ifadeler ya da ileri sürülen görüşler toplumun büyük bir kısmını ve hatta diğer yargılama sülhelerini rahatsız etse dahi yargılamanın adil yapılması ve savunma hakkına müdahale edilmemesi için bunlara müsamaha gösterilmeli ve bunlara şartsız bağısıklık tanınmalıdır. Korkusuz, bağımsız ve özgür bir savunma ancak bu şekilde sağlanabilir.

g. Müdafilerin Soruşturma Dosyalarını İncelemelerinin ve Örnek Almalarının Önündeki Hukuki ve Fiili Engeller Kaldırılmalıdır

Savunma hakkının kısıtlanması olarak karşımıza çıkan ve müdafilik görevinin yapılmasını neredeyse olanaksız hale getirip tamamen hukuka aykırı sonuçlara yol açan bir başka uygulama ise müdafilerin soruşturma dosyalarını incelemelerinin ve/veya belge fotokopisi almalarının engellenmesi ya da belge

[41] Kunter/Yenisey/Nuhoglu, a.g.e., s.401.

[42] Kunter/Yenisey/Nuhoglu, a.g.e., s.401.

fotokopisi alınması için vekaletname örneğinin istenmesidir. Bu uygulama nedeniyle pek çok defa müdafiler soruşturma hakkında hiçbir bilgi sahibi olmadan ifade alınması esnasında şüphelinin yanında yer almakta ve doğal olarak savunma görevini gereği gibi yerine getirememektedirler.

CMK'nın 153. maddesinde bu yönde bir düzenleme olmamasına rağmen dosyadan fotokopi alınması için müdafilerden vekaletname istenilmekte, bunun gerekçesi olarak normlar hiyerarşisine aykırı biçimde bir yönetmelik hükmü gösterilmekte ve işlemlerin çok hızlı yürüdüğü soruşturma esnasında savunma hakkı ve müdafilerin görevlerini yapmaları kısıtlanmakta ve dolayısıyla engellenmektedir. Bu duruma gerekçe gösterilen müdafinin soruşturma evrakını inceleyebilmesi ve örnek alması için vekaletname sunulmasını isteyen Cumhuriyet Başsavcılığı Kalem Yönetmeliği'nin 45. maddesi CMK'nın düzenleniş felsefesine uygun değildir. Müdafii ile şüphelinin vekaletname olmaksızın görüşmesine izin veren bir yasanın, görüşme öncesi dosyayı incelemesi gereken müdafiden vekaletname istemesi anlamsız ve çelişkili bir durum oluşturmaktadır^[43].

Dolayısıyla bu yönetmelik ve uygulama CMK'ya aykırıdır. Bu durum bir an önce düzeltilmeli, özellikle soruşturma esnasında dosyadan belge örneği alınması için vekaletname istenmesi uygulamasından vazgeçilmelidir. Oysa müdafinin görevi maddi gerçeğin hukuka uygun bir şekilde araştırılıp araştırılmadığını denetlemektir. Müdafinin bu görevini yerine getirebilmesi için soruşturma ve kovuşturma organlarının yaptıkları işlemleri bilmesi, kontrol edebilmesi ve bu işlemleri yönlendirebilmesi gerekmektedir^[44]. Aksi takdirde müdafinin görevini yapması mümkün olamayacağı gibi, muhakemenin de adil ve dürüst gerçekleşmesi mümkün olamayacaktır.

h. CMK'nın 153/2 Maddesi Gereği Gizlilik Kararı Alınması Savunma Hakkını Bütünüyle Engellediği Gibi Bu Düzenleme Uygulamada Amacı Aşar Şekilde Kötüye Kullanılmaktadır

CMK'nın 153. maddesinin 2. fıkrasında "Müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hakiminin kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir" düzenlemesi yer almaktadır. Uygulamada "gizlilik kararı" denilen ve madde kötüye kullanılmakta, gereksiz olduğu halde pek çok soruşturmada bu hüküm işleterek soruşturma dosyasındaki pek çok belge ve bilgi savunmadan gizlenmektedir. Savunma bu bilgi ve belgelere ancak iddianamenin kabulünden sonra erişebilmekte (CMK m.153/3), ancak bu aşamaya kadar savunma hakları kısıtlanmakta ve aleyhlerine olan pek çok işlem o ana kadar yapılmış olmaktadır.

[43] Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, a.g.e., s.411.

[44] Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, a.g.e., s.403.

Aslında organize suçla mücadelede özel bir önlem olarak getirilmiş bir düzenleme olan bu madde hem normatif yapısı hem de uygulanişı açısından hukuka aykırı ve hatalı olup, savunma hakkını ortadan kaldırmakta ve müdafileri görev yapamaz hale getirmektedir. CMK m.135/2 incelendiğinde buradaki kısıtlamanın, yalnızca şüphelinin veya sanığın müdafisi açısından getirildiği, ceza muhakemesinde yer alan diğer kişilerden olan şikayetçi, katılan, malen sorumlu olan veya bizzat şüpheli veya sanık açısından geçerli olmadığı görülmektedir. Zira fıkırada yalnızca müdafiden bahsedilmiştir. Oysa yukarıda da açıkladığımız üzere müdafie ceza muhakemesinde kendine özgü bir sūjedir, diğer muhakeme sūjelerini kapsamamaktadır. Öte yandan temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı düzenlemelerin ceza muhakemesi hukukunda da geniş yorumlanamayacağı ve kıyas yapılamayacağı ilkesi söz konusu olduğuna göre müdafiler dışındaki kişilere bu kısıtlamanın uygulanması hem ceza muhakemesi hukukunun kuramsal yapısı ve hem de maddenin düzenlemesi gereğince mümkün değildir. Dolayısıyla sanık, şikayetçi, malen sorumlu, şüpheli, şikayetçi veya katılan vekili dosyanın tamamını inceleyebilir ve bir örneğini alabilir^[45]. Soruşturma dosyasında yer alan belgelerin görülmesinin ve örneklerinin alınmasının yalnızca müdafilere kısıtlanmış olunmasının ise hem abesle iştigal olduğu tartışmasız olup hem de pratik bir anlamı olmayacaktır. Sonuç olarak bu madde düzenleniş açısından hatalıdır.

Bu madde ve bundan kaynaklanan uygulama iki hatalı sonucu ortaya çıkarmaktadır. Birincisi, diğer kişilere bu kısıtlama getirilmemişken, müdafie bu kısıtlamanın getirilmesi eşitlik ilkesini bozmaktadır. Öte yandan uygulamada yasaya ve dolayısıyla hukuka aykırı olarak bu kişilere de kısıtlama uygulanmaktadır. Ceza muhakemesinde yer alan diğer kişilere yasaklanmayan dosyaya bir başka deyişle delillere erişim hakkının, bu dosya ve delillere görevini yapmak için en fazla ihtiyaç duyan müdafie verilmemesi, bunun yasaklanması Anayasaya, AİHS'ye ve her şeyden önemlisi hukukun evrensel ilkeleri ve hukuk devleti olmanın gerekliliklerine aykırıdır^[46]. Soruşturma dosyasının içinde yer alan iddialar, ifadeler, iletişim tespiti tutanakları, teknik takibe ait kayıtlar, yani müdafinin kısıtlama durumunda alamadığı tüm deliller, müdafinin savunma yapmasını engellemekte bu da Anayasanın 13. maddesinde ifadesini bulan temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunma yasağını açıkça ihlal etmekte ve temel hak ve hürriyetlerin en temel dayanaklarından birisi olan savunma hakkını yok etmektedir^[47]. Bu durum özellikle AİHS'nin 5. maddesinde düzenlenen özgürlük ve güvenlik hakkına ve 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma

[45] Sinan Tumlukçuoğlu, "Gizlilik/Kısıtlama Kararlarının Anayasa ve AİHS Karşısında Hukuksal Konumu", Güncel Hukuk Aylık Hukuk Dergisi, S.96/12, Aralık 2011, s.48.

[46] Tumlukçuoğlu, a.g.y., s.49.

[47] Tumlukçuoğlu, a.g.y., s.49.

hakkına aykırı olduğu gibi Anayasanın 19. maddesinde düzenlenen kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına da açıkça aykırılık oluşturmaktadır^[48].

Diğer yandan ülkemizde tüm yargılamalarda ama özellikle ceza muhakemesinde hukuka aykırı delil kullanılmayacağı ve bu yolla elde edilen delillerden yola çıkılarak elde edilen delillerin de hukuka aykırı sayılacağı hem yasal düzenlemeler hem de Yargıtay'ın yerleşik kararıyla açık ve tartışmasızdır.

Anayasanın 38/6. maddesinde “*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.*”, CMK'nın 217/2. maddesinde “*Yüklenen suç hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.*”, CMK'nın 206/2 maddesinde “*Ortaya konulması istenilen bir delil kanuna aykırı olarak elde edilmişse, reddonulur.*”, CMK'nın 230/1-b maddesinde “*Mahkumiyet hükmünün gerekçesinde delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi, bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin, ayrıca ve açıkça gösterilmesi gerekir.*”, CMK'nın 289/1 maddesinde “*Hüküm için önemli olan hususlarda mahkeme kararı ile savunma hakkının sınırlandırılmış olması ve hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması, hukuka kesin aykırılıktır*” şeklinde bu konuyu doğrudan düzenleyen son derece açık düzenlemeler bulunmaktadır. Ayrıca Yargıtay Ceza Genel Kurulu konuyla ilgili olarak verdiği 17.11.2009 tarihli ve 2009/7-160 Esas, 2009/264 Karar sayılı kararında hem hukuka aykırı delillerin hem de bunların uzantısı olan delillerin yani zehirli ağacın meyvelerinin hükme esas alınamayacağını ve başkaca delil yok ise sanığın beraatine karar verilmesi gerektiğini bir kez daha üzerinde basarak ifade etmiştir.

Buna göre savunma hakkını yok ettiği için hukuka aykırı olarak alınan ve yine hukuka aykırı olarak uygulanan tüm kısıtlama kararları ve bu kararlar sonrasında yapılan diğer tüm işlemler hukuka aykırıdır. Bu ve benzeri uygulamalar hem AİHS'nin, hem Anayasanın hem de CMK'nın yukarıda anılan maddelerini ayrı ayrı ihlal etmektedir^[49]. Savunmanın ve müdafiliğin önündeki bu önemli engelin bir an önce kaldırılması, yalnızca çok gerekli hallerde sınırlı suçlara ilişkin soruşturmalarda (örneğin örgütlü halde işlenen uyuşturucu suçları) uygulanabileceği şekilde ilgili mevzuatın değiştirilmesi ve bu konuda yasa uygulayıcılara eğitim verilmesi gerekmektedir.

[48] Tumlukçuoğlu, a.g.y., s.50.

[49] Tumlukçuoğlu, a.g.y., s.50, 51.

i. Zorunlu Müdafiliğin Önündeki Engeller Kaldırılmalı ve Maddi Sorunlar Çözülmedir, Müdafii Olmadan Karar Verilmemeli ve Duruşma Saatlerine Riayet Edilmelidir

Zorunlu müdafilik uygulamasında da ciddi sıkıntılar bulunmaktadır. Zorunlu müdafilik esas olarak CMK'nın 147/1-c, 150 ve 156. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu görev ciddi bir kamu hizmeti olup, baroların ve avukatların gayret ve çabalarıyla sürdürülmektedir. Ancak zorunlu müdafilik görevine verilen ücretlerin son derece düşük tutulması, bunların uzun süre ya da hiç ödenmemesi, sistemi çökme noktasına getirmiş ve avukatlar açısından bu görevi angarya haline sokmuştur^[50].

Ayrıca 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 13. maddesinde 5560 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle, CMK gereğince soruşturma ve kovuşturma makamlarının istemi üzerine baro tarafından görevlendirilen müdafie ödenen ücretin yargılama giderinden sayılması da ayrı bir sorundur. Zira yasayla getirilmiş bir zorunluluğun neticesi olan zorunlu müdafie ödenen ücretin “*yargılama gideri*” olarak mahkum olan sanıktan geri alınması hukuka aykırıdır ve savunma özgürlüğüyle bağdaşmamaktadır. Doğası gereği masraflı olan adalet hizmetlerinin yerine getirilmesini varlığının sebebi gereği üstlenen devlet, nasıl ki yargıcın, savcının ya da kolluk güçlerinin maaşını hükümlüden geri istemiyorsa, CMK gereği atanarak bir kamu görevi yapan müdafii de ücretini istememelidir. Ayrıca bu zorunluluk AİHS'nin 6. maddesinden de kaynaklanmaktadır^[51]. Zira zorunlu müdafii atanması halinde bu zorunluluğunun maddi külfetinin sanığa yükletilmesi anlamsız olduğu gibi, maddi imkanı olmadığı için kendisine bir müdafii seçemeyen ancak bundan yararlanmak isteyerek barodan bir müdafii atanmasını talep eden şüpheli de, ileride haksız çıkacağını ve bunu maddi olarak karşılayamayacağını düşünerek, bu yardımı almak istemesine rağmen bundan vazgeçebilecektir. Bu ise savunma hakkının dolaylı olarak kısıtlanması anlamına gelmektedir.

Uygulamada zaman zaman karşılaşılan bir başka sorun ise CMK'nın 150. maddesi gereğince baro tarafından görevlendirilen müdafii duruşmada hazır bulunmaması, zamansız olarak duruşmadan çekilmesi ya da görevini yerine getirmekten kaçınması halinde, mahkemelerin müdafii olmaksızın karar vermesidir^[52]. Oysa bu olasılık CMK'nın 151. maddesinde açıkça düzenlenmiş ve bu halde mahkeme veya yargıcın derhal başka bir müdafii görevlendirilmesi için gerekli işlemleri yapması gerektiği, bu durumda oturuma ara verilebileceği gibi oturumun ertelenmesine de karar verilebileceği düzenlenmiştir. Nitekim

[50] Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, a.g.e., s.412.

[51] Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, a.g.e., s.412.

[52] Ünver/Hakeri, a.g.e., s.246.

Yargıtay da 151. maddeye uyulmaksızın müdafî olmadan verilen kararları bozmaktadır. Yargıtay'a göre: "CMK'nun 151. maddesinde müdafîi duruşmada hazır bulunmadığı takdirde mahkemece derhal bir müdafîi tayin edilebileceği ve duruşmanın talikine karar verilebileceği hükmüne rağmen, bu hususa riayet edil-meyerek sanıkların müdafîlerinin bulunmadığı celsede hüküm verilmesi savunma hakkını kısıtlar" niteliktedir^[53].

Mahkemelerin duruşma saatlerine uymaması, özellikle beşer dakika ara ile yüz adet duruşma verilmesi ya da aynı saate tüm duruşmaların verilmesi uygula-mada duruşmaya giren tüm avukatların sorunudur. Nasıl ki mahkemelerin bir günde çok sayıda duruşmaları bulunuyorsa avukatların da genellikle bir günde çok sayıda duruşmaları bulunmaktadır. Ayrıca avukatların gün içinde tek duruşmaları olsa bile bunun dışında daha pek çok mesleki faaliyetleri bulunmaktadır. Oysa duruşmanın saat dokuzda olduğu kendisine bildirilen bir avukat, duruşma salonunun önüne gelip listeye baktığında aynı saate yüz adet duruşma verildiğini ve kendisinin sekseninci sırada olduğunu görünce haklı olarak isyan etmektedir. Mahkemelerin bu hususa dikkat etmeleri, iş yüklerini ve ne kadar sürede duruşma bitirdiklerini dikkate alarak, duruşma aralıklarını buna göre ayarlayıp, gerçekçi saatlere duruşma vermeye çalışılmalıdır. Bunun yanı sıra herhangi bir sebeple önceden belirlenen günde ve/veya saatte duruşmanın yapılmayacağına ortaya çıkması halinde bu durum dosyada görev yapan veya sıfatı bulunan tüm taraflara duruşma günü öncesinde elektronik posta ve SMS ile bildirilmeli, özellikle avukatların duruşma salonunun önüne geldiklerinde duruşma olmadığını öğrenmelerinin önüne geçilmelidir. Bu adalet hizmetine, bireylere ve avukatlara duyulmasının gereken saygının gereğidir.

j. Adı ve Düzenlendiği Yasası Ne Olursa Olsun Bazı Suçları Yargılamakta Özel Yetkileri Olan Mahkemelerde Sanıkların Savunma Hakları Kısıtlanmakta ve Özellikle Müdafilerin Görevlerini Yapmaları Engellenmektedir

CMK'nın özel yetkili mahkemelerin düzenlendiği 250. maddesi, 2.7.2012 tarih ve 6352 sayılı Yasanın 105. maddesinin 6. fıkrası ile yürürlükten kaldırılmıştır. Aynı yasanın geçici 2. maddesinde ise "Mevzuatta Ceza Muhakemesi Kanununun 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemelerine yapılmış olan atıflar, Terörle Mücadele Kanununun 10 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen ağır ceza mahkemelerine yapılmış sayılır." düzenlemesi yer almaktadır. 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 10 maddesi ise yine 6352 sayılı Yasanın (III. Reform Paketi Yasası) 75. maddesi ile tamamen değiştirilmiştir. Bu düzenlemeye göre "Bu Kanun kapsamına giren suçlar dolayısıyla

[53] 10. CD. 26.12.2005, 24359/19605. Akt: Ünver/Hakeri, a.g.e., s.246.

açılan davalar; Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yargı çevresi birden çok ili kapsayabilecek şekilde belirlenecek illerde görevlendirilecek ağır ceza mahkemelerinde görülür. Bu mahkemelerin başkan ve üyeleri adli yargı adalet komisyonunca, bu mahkemelerden başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez...”.

Dolayısıyla her ne kadar 250. maddeyle yetkili ağır ceza mahkemeleri kaldırılmış olsa da (ki bu mahkemeler hali hazırdaki yargılamasını yaptıkları davaları sonlandırınca kadar varlıklarını sürdüreceklendir) bu kez TMK'nın 10. maddesiyle yine özel yetkili olan “*Terörle Mücadele Mahkemeleri*” (böyle bir ad yasada bulunmamakla birlikte kolaylık olsun diye tarafımızca kullanılmaktadır) kurulmuştur. Bu mahkemelerde uygulamanın nasıl olacağı ise henüz belli değildir. Ancak Devlet Güvenlik Mahkemelerinin ve Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemelerinin kötü mirası, bizi aşağıda yer alan kötü düzenleme ve uygulama örneğini irdelemeye mecbur etmiştir. Zira iyi anlaşılması halinde, kötü örnek de geçmişten ders çıkarmak ve iyiye gitmek açısından “*iyi*” bir örnek oluşturmaktadır. Dileğimiz bu yeni mahkemelerde savunma ve adil yargılanma hakkını kısıtlayan ve hatta ortadan kaldıran uygulamaların olmamasıdır.

CMK'nın 250. maddesiyle yetkili mahkemeler diğer pek çok yönden olduğu gibi, müdafilere karşı tutumları açısından da son derece eleştiriye uğramışlardır. Bu mahkemelerin duruşma salonu önündeki beklentiler inanılmaz boyuta ulaşmıştır. Saat dokuza duruşma verilmekte ancak saat üçte dahi duruşmaya girilememektedir. Bunun gerekçesi sorulduğunda ise “*duruşmanın saat üçte olduğu tutanağa yazılırsa tutuklu sanıkların zamanında cezaevinden getirilmediği*” gibi anlaşılmaz yanıtlar verilebilmektedir. Oysa tutuklu sanıkları getirmeyen memurlar hakkında işlem yapılması için cezaevi yönetimine mahkemeden yazı gönderilmesi, gerektiğinde de söz konusu görevliler hakkında görevi ihmalden suç duyurusunda bulunulması bu sorunun çözümü için yeterlidir ya da bir hukuk devletinde yeterli olmalıdır. Zira bu tür davranışlar müdafilerin işlerini yapmalarını son derece zorlaştırdığı gibi, kendilerine mahkeme tarafından saygı duyulmadığı yönünde bir izlenime kapılmalarına da neden olmaktadır. En azından mahkeme önünde saatlerce duruşma sırasını bekleyen avukatları gören bireyler, yargı erki tarafından savunma makamına saygı duyulmadığını düşünmekte ve bu hususu dile getirmektedirler.

Ayrıca bu mahkemelerde yapılan yargılamalarda ara karar vermek için duruşmaya ara verildiğinde salonda bulunan herkes çıkarılmakta ve ara kararı da içeren duruşma tutanakları duruşma salonunun önünde bekleyen müdafilerin ellerine tutuşturulmaktadır. Ara kararın müdafii ve sanık olmadan oluşturulması hukuka aykırıdır, kararın düzeltilmesi veya taleplerin yerine getirilmesi için savunmanın yapabileceği olası müdahaleleri engellemek suretiyle savunma hakkını kısıtlamaktadır. Ayrıca bu duruşmaların ara kararları müdafii huzurunda

yazdırılmadığı için duruşma tarihlerinin uygunluğu da nezaketen de olsa müdafilere sorulmamaktadır. Ancak ara kararının oluşturulması aşamasında savcılar duruşma salonunu terk etmemektedirler.

CMK'nın 250. maddesiyle yetkili mahkemelerin yargılama yöntemindeki en büyük sorun ise mülga 252. maddenin 1. fıkrasının (f) bendinde yer almaktaydı. Bu fıkraya göre mahkeme başkanı duruşmanın düzenini bozan sanığı veya müdafii o günkü oturumun tamamına çıkmamak üzere duruşma salonundan çıkarabilmekteydi. Sanığın ve/veya müdafinin sonra gelen oturumda da duruşmayı önemli ölçüde aksatacak davranışlara devam edecekleri anlaşılırsa ve hazır bulunmaları gerekli görülmezse, yokluklarında duruşmaya devam olunmasına mahkeme tarafından karar verilebilmekteydi. Bu karar, esasa ilişkin iddia ve savunmanın yapılmasına engel olacak şekilde uygulanamayacak ve sanığın kendisini başka bir müdafii ile temsil ettirmesine izin verilecekti. Duruşma salonundan çıkartılan sanık veya müdafinin bundan sonraki oturumlarda da duruşmanın düzenini bozmakta ısrar etmesi halinde, bir daha aynı dava ile ilgili oturumların tamamına veya bir kısmına katılmamasına da karar verilebilecekti. Nitekim 250. ve 252. maddenin yürürlükte olduğu süre boyunca bu maddenin sıklıkla uygulandığı görülmekteydi.

Oysa bu düzenleme ve uygulaması “*en dokunulmaz, kutsal vs.*” gibi sıfatlarla yüceltmeye, korunmaya ve dokundurulamaya çalıştığımız savunma hakkının açıkça yok sayılmasıdır. Vahim olan bunun, önünde yargılama yapılan bir mahkeme tarafından yapılması; daha da vahim olanı hem bireysel savunma (sanık) hem de kamusal savunma (müdafii) makamlarının bir tutularak hiçe sayılmasıdır. Özel yetkili mahkemelerde yapılan yargılamalarda bu maddenin nasıl kötüye kullanıldığının çok sayıda örneği bulunmaktadır. Bu, hiçbir mahkemeye ve makama tanınmaması gereken bir yetki iken, son derece önemli yargılamaların yapıldığı mahkemelere verilmiş olması kabul edilemez. Zira savunma, yapısı gereği kimi zaman karşısına taraf olarak mahkemeyi almakta (mahkemenin de ispat külfeti ve delil toplama yetkisi/yükümlülüğü bulunması nedeniyle), savunma makamında yer alan müdafiler mahkeme heyetine yüklenebilmektedirler.

Savunma esnasında kullanılan bazı ifadelerin, ileri sürülen görüşlerin ya da gösterilen tavırların ve davranışların “*duruşmanın düzenini bozmak*” olarak değerlendirilmesi son derece kolaydır. Böylelikle mahkemelerin savunma tarzı ve yönteminden hoşlanmadıkları ve/veya çekindikleri sanık ve/veya müdafileri eylemsel olarak muhakeme dışı bırakmaları son derece kolay ve normatif kaynağa dayalı olmaktadır. Bu ise çok açık bir biçimde savunma hakkının kişinin elinden alınmasıdır. Bu durumu yumuşatmak için başka bir müdafii görevlendirme hakkının sanığa verilmesi ise göstermelik bir düzenlemedir. Çünkü sanığın hem ekonomik olarak başka bir müdafii seçmek ve görevlendirmek gibi bir olanağı

bulunmayabilir, hem de (özellikle bu mahkemelerdeki davaların çok sayıda klasörden oluştuğunun ve binlerce sayfadan oluşan bu dosyaları tam olarak bilmenin ve hakim olmanın zorluğu göz önünde bulundurulduğunda) yeni bir müdafinin savunmayı üstelenmesi halinde yargılamanın ortasında ya da sonunda, davaya vakıf olarak hakkıyla bir savunma yapmasındaki güçlük düşünüldüğünde bunun gerçeklerle bağdaşan bir düzenleme olmadığı görülmektedir.

Dolayısıyla bu türlü uygulamalara gidilmemeli ve bu şekilde düzenlemelere yasalarda yer verilmemelidir. Duruşma disiplinin sağlanması için ise müdafinin ilgili meslek örgütü olan baroya şikayet edilmesi ve idari soruşturma yapılmasının sağlanması, sanık için ise takdiri indirim nedenlerinin uygulanmaması etkin çözümler olabilecektir. Ancak her ne sebeple olursa olsun savunma hakkı kısıtlanmamalı ve mahkemelerin vermiş olduğu kararlar lekelenmemelidir.

k. TMK'nın 10. Maddesiyle Gözaltındaki Şüphelinin Müdafii ile Görüşmek Hakkının Kısıtlanması Savunma Hakkının Açıkça Engellenmesi ve Yok Sayılmasıdır

Yukarıda belirttiğimiz üzere 6352 sayılı Yasanın 75. maddesiyle değişik 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 10 maddesinin (ç) bendi "*Ceza Muhakemesi Kanununun 91 inci maddesinin birinci fıkrasındaki yirmidört saat olan gözaltı süresi kırksekiz saat olarak uygulanır.*", (d) bendi "*Soruşturmanın amacı tehlikeye düşebilecek ise yakalanan veya gözaltına alınan veya gözaltı süresi uzatılan kişinin durumu hakkında Cumhuriyet savcısının emriyle sadece bir yakınına bilgi verilir.*", (e) bendi ise "*Gözaltındaki şüphelinin müdafii ile görüşme hakkı, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hâkim kararıyla yirmidört saat süre ile kısıtlanabilir; bu zaman zarfında ifade alınamaz.*" şeklinde düzenlenmiştir.

Bu düzenlemelerin terör suçlarıyla mücadele için getirilmiş özel muhakeme tedbirleri olduğu görülmektedir. Terörle ya da organize suç örgütleriyle mücadele edebilmek için özel muhakeme tedbirlerinin öngörülmesinin ve uygulanmasının kaçınılmaz olduğu bir gerçektir. Ancak ülkemizde geçmişteki uygulamalar, istisna olarak getirilen hükümlerin genellikle kaide olarak uygulandıklarını göstermektedir. Örneğin yürürlükten kaldırılan 250. maddenin uygulamasında, yöneticilerinin ya da çalışanlarının suç işlediğinden şüphelenilen şirketler, dernekler ve hatta spor kulüpleri "*suç örgütü*" olarak nitelendirilerek bu kişilere karşı yapılan soruşturmalarda özel muhakeme tedbirleri kullanılmış ve böylelikle yasa dolanılmıştır.

Bu miras ve çekinceden hareketle TMK'nın 10. maddesindeki düzenlemeler incelendiğinde, bunların olumlu düzenlemeler olmadıklarını düşünmekteyiz. Görünen odur ki bu yasa çerçevesinde yapılan soruşturmalarda daha uzun bir gözaltı süresi uygulanacak, şüphelinin yalnızca bir yakına haber verilecek (ki bu yakının diğer herkese haber vermesi son derece kolaydır) ve en önemlisi

gerekirse ilk yirmi dört saat boyunca müdafii ile görüşmesi engellenecektir. Bu düzenleme anti demokratik olduğu gibi, müdafilik kurumuna duyulan güven-sizliği de göstermektedir. Ayrıca ülkemizin hukuk uygulaması dikkate alındığında kötüye kullanıma da açıktır. Zira CMK'nın 250. maddesinin yürürlükte olduğu zamanda nasıl ki yasal örgütlenmeler bile yasa dışı örgüt olarak değerlendirildiyse bu kez de aynı yasal örgütler terör örgütü olarak nitelendirilecek bu hükümlerin uygulanması sağlanacaktır. Ayrıca terör suçları dışında pek çok ekonomik suç için de bu yasanın uygulanabileceği dikkate alındığında aslında 250. maddenin kaldırılmış olması pek bir anlam ifade etmeyecektir.

Öte yandan gözaltındaki ilk yirmi dört saatte şüphelinin müdafii ile görüş-türülmemesi tam bir geri adımdır. Bu süreçte şüpheliye nasıl bir muamelede bulunulacaktır ki görüşme engellenmektedir. Gözaltında bulunan şüphelinin müdafii ile görüşmesi son derece insancıl bir haktır. Zira şüphe altında olan kişinin de evleviyetle bir avukatın yardımına ihtiyacı olduğu tartışmasızdır. Aışkın olmadığı bir ortamda, özgürlükleri kısıtlanan ve ne ile suçlandığını henüz tam olarak bilmeyen bir kişinin dış dünya ile tek bağlantısı ve tek desteği müdafidir. Hukuki gerekçelerden önce bu insani gerekçe dahi ilk yirmi dört saatte müdafii ile görüşme hakkının kısıtlanmasının temel insani değerlere aykırı olduğunu göstermektedir. Bu görüşe ilişkin itiraz, şüphelinin de dahil olduğu soruşturmaya yönelik operasyonların devam ettiği ve müdafii ile görüşme olması halinde diğer şüphelilerin kaçabileceği noktasında olacaktır. Bu gerçeklik payı olan bir itirazdır. Ancak bu süreçte şüphelinin ifadesi de alınamayacağı için gerçekte neyle suçlandığını ve akıbetinin ne olacağını bilmeden geçirilen bir yirmi dört saat psikolojik işkence halini alacaktır. Ayrıca bir istisna olarak getirilen bu düzenlemenin uygulamada çok sık kullanılan bir ilke haline gelmesi de önceki uygulamalar dikkate alındığında uzun bir zaman almayacaktır. Ancak bu düzenleme yasa koyucunun savunmaya bakış açısını göstermesi açısından vahimdir. Dolayısıyla müdafii ile görüşmeye ilişkin hüküm bir an önce kaldırıl-malı, öte yandan hukuk fakülteleri ve barolar da avukatlığın ve müdafiliğin ne olduğu ve mesleki etik değerler ile kurallar hakkında ciddi eğitimler vermelidir.

1. Savunma Makamının Gereken Saygıyı ve Davranışları Görmesi İçin Avukatların Eğitiminde Barolara ve Hukuk Fakültelerine Önemli Görevler Düşmektedir

Buraya kadar yapmış olduğumuz açıklamalarımızda genel olarak yargılama ve iddia makamlarının savunma makamına ve müdafilere bakış açılarını, örnekler vermek suretiyle aktarmaya ve olumsuz bulduğumuz yönleri de eleştirmeye çalıştık. Sonuç olarak karşımıza olumlu bir tablo çıkmadığını söylemek zorun-dayız. Ancak unutulmamalıdır ki her hangi bir konuda olumsuzluk söz konusu ise bunda o konunun tüm paydaşlarının değişen oranlarda sorumlulukları

bulunmaktadır. Dolayısıyla savunma kurumuna ve müdafilere karşı takılan bu olumsuz tavrın ve uygulamadaki olumsuzların bir kısmının oluşmasına da bizzat müdafilerin kendileri neden olmaktadır. Bu olumsuzluklar kılık kıyafetin uygunsuzluğundan başlayıp, duruşmalara dosya hakkında bilgi sahibi olmadan hatta dosya olmadan girilmesine, duruşma esnasında müdafilik kurumuna yakışır davranışların sergilenmemesinden müvekkil ile kurulan olumsuz ilişkilere kadar devam etmektedir. Tabii ki insan unsuru söz konusu olduğu için bu olumsuzlukların tamamen ortadan kaldırılması mümkün değildir. Ancak bunun en alt seviyeye indirilmesi mümkündür. İşte bu en alt seviyeye indirme çabasında barolara ve hukuk fakültelerine büyük görevler düşmektedir.

En başta hukuk fakültelerinde soyut, teorik hukuk dogmatik eğitimi verilirken, bu bilgilerin öğrenciler tarafından birkaç yıl sonra somut uyumsuzluklara uygulanacağı gerçeği göz ardı edilmektedir. Yalnızca pratik derslerle bu sorunun aşılması mümkün değildir. Teorik ders anlatımları yapılırken de somut vakalardan yola çıkılması, edinilen bilgilerin daha iyi kullanılmasını sağlayabilecektir, bunun yanı sıra pratik uygulama saatlerinin de artırılması gerekmektedir. Ayrıca, hukuk fakültelerinden mezun olanların büyük bir bölümünün avukatlık yaptığı göz önünde bulundurularak seçimsiz ders olarak avukatlık hukuku dersinin okutulması son derece yararlı olacaktır. Hatta meslekte deneyime sahip ve belli bir aşamaya gelmiş avukatların hukuk fakültelerine gelerek düzenli aralıklarla mesleğe ilişkin sunum yapmaları son derece faydalı olacaktır.

Ancak bu konuda asıl yük baroların üzerindedir. Şu an için büyük kentlerde barolarda faaliyette bulunan staj eğitim merkezleri diğer illere de yayılmalı, kurulu bir düzen oturtmuş barolar, diğer kentlerdeki barolara destek olmalıdır. Staj eğitim merkezleri daha verimli hale getirilmeli buralardaki derslerde zaten hukuk fakültelerinde öğretilen teorik derslerden çok, somut sorunlara avukat olarak nasıl çözüm getirileceği, avukatlığın ve savunmanın önemi ve gerekliliği, mesleki duruş ve saygı, hukuka uygun delil toplanması ve hukuk aykırı delillerle mücadele gibi derslere yer verilmelidir. Böylelikle savunma da eleştiriden çok kendisi somut girişimde bulunarak bu soruna ilişkin çözümün önemli bir parçası olabilecektir.

SONUÇ

Hakkaniyete, adalete uygun, dürüst bir yargılama yapılabilmesi için, müdafinin yukarıda belirtilen görevlerini yapması ve bu göreve ilişkin yetkilerini bilfiil kullanabilmesi gerekir^[54]. Bunun için de yukarıda belirtmiş olduğumuz sorunların bir an önce çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Aksi takdirde kağıt üstünde tam gibi görünen ancak uygulamada eksik bir ceza muhakemesi sistemi işlemeye devam edecektir.

Ceza muhakemesi sistemimizde, satır başları olarak savunma makamı ve müdafilik ile ilgili şu hususları ve bunlara bağlı olarak sorunları tespit etmiş bulunmaktayız: İlk olarak müdafilik kurumuna tanınan haklar ve yükümlülükler hukuk devletinin işlerliğinin ve insan haklarının kullanılmasının göstergelerinden birisidir. Dolayısıyla bu kuruma yönelik düzenlemeler ve uygulamalar bu husus dikkate alınarak yapılmalıdır. İkinci olarak savunma görevini yerine getiren müdafinin, vekilden farklı olarak savunduğu kişiye karşı dahi bağımsız olan kendine özgü bir ceza muhakemesi hukuku süjesi olduğu kabul edilmelidir. Bu kabul uygulamada ortaya çıkan pek çok sorunun kendiliğinden ortadan kalkmasına neden olabilecektir.

Müdafilerin ceza muhakemesinde adeta istenmeyen kişi olduklarına ilişkin geçmişten kalan bir kanı bulunmaktadır, bu kanı artık bırakılmalı ve savunma makamının ceza muhakemesinin olmazsa olmaz kurucu bir unsuru olduğu gerçeği kabul edilmelidir. Görünüşte de olsa iddia ve savunma arasındaki eşitliğin sağlanması için mahkemelerdeki oturma düzeni değiştirilmelidir, iddia ve savunma makamı duruşma salonunda eşit düzeyde yer almalıdır. Karar ve ara karar için görüşme yapılırken iddia makamı kendiliğinden salonu terk etmelidir. Müdafii ve sanık duruşma salonunda birlikte ve yan yana oturmalı, duruşma esnasında sürekli iletişim kurabilmelidir. Bunlar duruşmanın yapılış biçiminden kaynaklanan ancak muhakemenin esasına etki eden hatalı uygulamalardır.

Müdafiler savunma görevi kapsamında kullandıkları hiçbir söz ya da ifadenin sorumlu tutulmamalıdır. Aksi takdirde korkusuzca ve özgürce savunma yapılması mümkün olamayacak ve gerçek anlamda bir savunma görevi yerine getirilemeyecektir. CMK'nın 153/2 maddesi gereği gizlilik kararı alınması savunma hakkını bütünüyle engellediği gibi bu düzenleme uygulamada amacı aşar şekilde kötüye kullanılmaktadır. Müdafilerin soruşturma dosyalarını incelemelerinin ve örnek almalarının önündeki hukuki ve fiili engeller kaldırılmalıdır.

Adı ve düzenlendiği yasası ne olursa olsun bazı suçlara bakmakla özel yetkileri olan mahkemelerde sanıkların savunma hakları kısıtlanmakta ve özellikle müdafilerin görevlerini yapmaları engellenmektedir. Özellikle 6352

[54] Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, a.g.e., s.404.

sayılı Yasa ile TMK'nın 10. maddesinde yapılan düzenlemelerin savunma hakkının kullanılması ve müdafilerin görevini gereği gibi yapabilmesi açısından geriye doğru atılmış bir adım olarak değerlendiriyoruz. Umudumuz bu istisna bentlerin kural haline getirilmemesi ve gerekli gereksiz her olayda uygulanmaması yönündedir. Ancak bu konudaki bize göre en iyi çözüm bu hükümlerin yürürlükten kaldırılmasıdır.

Son olarak savunma makamına ve müdafiliği gereken saygının gösterilmesi ve bu olumsuzlukların ortadan kaldırılması için, yapılması gereken temel iş, eğitimidir. Hukuk fakültelerinde ve devamında baroların staj eğitim merkezlerinde savunma makamının ve müdafilerin yargılamanın vazgeçilmez bir unsuru olduğu ve bu yetki ve görevin karşılığında savunma görevini yerine getirenlerin pek çok açıdan büyük sorumluluklarının olduğu öğretilmelidir.

KAYNAKÇA

- Centel, Nur, "Müdafii ile Savunma Hakkı ve Adalet Bakanlığı Genelgesi", İstanbul Barosu dergisi, C.76, S.2, 2002, s.315–332.
- Centel, Nur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii, İstanbul, 1984.
- Dülger, Murat Volkan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Düzenlenen Yargısal Koruma Mekanizması ve 14 Nolu Ek Protokolle Öngörülen Değişiklikler", Uğur Alacakaptan'a Armağan, C.I, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s.237 – 328.
- Erem, Faruk, Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku, 6. Bası, Ankara, Işın Yayıncılık, 1986.
- Gölcüklü, Feyyaz/Şeref Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 4. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003.
- Harris, D. J./M. O'Boyle/E. P. Bates/C. M. Buckley, Law of the European Convention on Human Rights, Second Edition, Oxford University Press, 2009.
- İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2002.
- Kunter, Nurullah/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010.
- Kocaoğlu, Sinan, Müdafii, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami/Selman Dursun, Türk Hukuku'nda Müdafinin Yasaklılık Halleri, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Schroeder, Friedrich Christian /Feridun Yenisey/Wolfgang Peukert, Ceza Muhakemesinde 'Fair Trial' İlkesi, İstanbul, İstanbul Barosu CMUK Uygulama Servisi Yayınları, 1999.
- Tosun, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C.I, Genel Kısım, 4. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1984.
- Tumlukçuoğlu, Sinan, "Gizlilik/Kısıtlama Kararlarının Anayasa ve AİHS Karşısında Hukuksal Konumu", Güncel Hukuk Aylık Hukuk Dergisi, S.96/12, Aralık 2011, s.48–51.
- Ünver, Yener /Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- Zafer, Hamide, Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu, İstanbul, Beta Yayınları, 2004.