

T.C.
DİCLE ÜNİVERSİTESİ SOSYALBİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU BÖLÜMÜ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

5271 SAYILI CEZA MUHAKEMESİ KANUNU
ÇERÇEVESİNDE
MÜDAFAA MAKAMININ GÖREV VE YETKİLERİ YÖNÜNDEN
HUKUKİ STATÜSÜ

HAZIRLAYAN
MEHMET AKBAŞ
G-23471

DANIŞMAN
YRD. DOÇ.DR. HANDAN YOKUŞ SEVÜK

DİYARBAKIR-2006

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	1
ÖZET	11
ABSTRACT	12
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE...	13
KISALTMALAR	14
GİRİŞ.....	16

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZA MUHAKEMESİ AÇISINDAN MÜDAFAA VE MÜDAFİİ

I.CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNUN AMACI VE MÜDAFAA HAKKININ GELİŞİM SÜRECİ.....	18
A)Genel Olarak.....	18
B)Suçlunun Cezalandırılması Safhası.....	18
C)Sanığın Korunması Safhası.....	19
D)Hakikatin Araştırılması Safhası.....	20
II.MÜDAFA HAKKININ GELİŞİMİ.....	21
A)Genel Olarak.....	21
B)İtham Sistemi.....	21
C)Tahkik Sistemi.....	22
D)Karma Sistem.....	23
III.DİYALEKTİK MUHAKEME	26
IV.MÜDAFAA MAKAMI.....	26
A)Genel Olarak.....	26
B)Ferdî Müdafaa Makamı ve Niteliği.....	27
C)Kamusal Müdafaa Makamı ve Niteliği.....	29

IV.MÜDAFİİ.....	31
A)Genel Olarak.....	31
B)Müdafii Olarak Avukat	34
V.MÜDAFİİN HUKUKİ STATÜSÜ.....	34
A)Genel Olarak.....	34
B)Sanığın Temsilcisi Olarak Müdafii.....	36
C)Sanığın Yardımcısı Olarak Müdafii.....	41
D)Adli Bir Organ Olarak Müdafii.....	43
E)Sanığın Bağımsız Yardımcısı ve Adli Bir Organ Olarak Müdafii.....	47
F)Anayasaya Uygun Usul Teorisi Çerçevesinde Müdafii.....	52
H)Sanık İle Müdafii Arasındaki İlişki.....	52
VI.MÜDAFİİN SUJELİĞİ VE ŞARTLARI	54
A)Genel Olarak.....	54
B)Müdafinin T.C. Vatandaşı Olması.....	54
C)Müdafinin, Avukat veya Dava Vekili Olması.....	55
D)Müdafinin Avukatlık Yasağı Bulunması.....	55
E)Müdafinin Avukatlık Yapabilmesi İçin Baroya Kayıtlı Olması.....	55
F)Müdafii Aynı Muhakemede Tanık Yada Sanık Olmaması.....	56
G)Müdafii Aynı İşe Hâkim, Hakem, Savcı veya Memur Sıfatı İle El Koymuş Bulunması.....	56
H)Yararları Birbirine Uygun Olan Birden Fazla Şüpheli veya Sanığın Müdafaası Aynı Müdafii Tarafından Yürütülebilmesi.....	56
VII.MÜDAFAA GÖREVİ.....	56
VIII.MÜDAFAA BAĞIŞIKLIĞI.....	57
IX.MÜDAFİİN MÜDAFAA BAĞIMSIZLIĞI.....	59
A)Genel Olarak.....	59
B)Müdafii Yürütme ve Yargılama Kuvvetlerine Karşı Bağımsız Olması.....	60
C)Müdafii Sanığa Karşı Bağımsız Olması.....	60
D)Müdafii Üçüncü Şahıslara Karşı Bağımsız Olması	61

E)Müdafii Baroya Karşı Bağımsız Olması	61
F)Müdafii Yargılama Makamına Karşı Bağımsız Olması	61
G)Müdafii Kendisine Karşı da Bağımsız Olması	62
X.MÜDAFİİ İLE MÜDAFAANIN GEREKLİLİĞİ.....	63
XI.CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA VEKİLLİK.....	66
XII.MÜDAFİİ TAYİNİ YÖNTEMLERİ.....	67
A)Genel Olarak.....	67
B)Atanmış Müdafii.....	68
C)Seçilmiş Müdafii.....	68
D)Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Müdafii Tayini.....	64
XIII.ZORUNLU MÜDAFİLİK KURUMU.....	71
A)Genel Olarak.....	71
B)Yaş Küçüklüğü, Sağır ve Dilsizlerin Durumu İle Malullük Durumunda.....	73
C)Ceza Alt Sınırının 5 Yıl'dan Daha Fazla Olduğu Durumlarda.....	73
D)Tutuklamaya Sevk Durumunda.....	74
E)Gözlem Altına Alınma İşlemi Esnasında.....	74
F)Kaçak Sanıklar Hakkında Yargılama Yapılması Durumunda	75
XIV.İRADİ MÜDAFİLİK KURUMU.....	75
XV. AVRUPA VE AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ HUKUKU ÇERÇEVESİNDE MÜDAFİ TAYİNİ.....	77

İKİNCİ BÖLÜM
MÜDAFİİNİN GÖREV VE YETKİLERİ

I.MÜDAFİİNİN GÖREV VE YETKİLERİ.....	79
II. MÜDAFİİNİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	79
A)Müdafinin Kabul Ettiği Müdafaa Görevini Yapma Yükümlülüğü.....	79
B)Müdafii Kabul Ettiği Müdafaa Görevini Dürüstlükle Yapma Yükümlülüğü.....	81
C)Müdafinin Sır Saklama Yükümlülüğü.....	81
D)Hukuki Yardımda Bulunma Yükümlülüğü.....	83
E)Müdafinin Kanun Yolu Davası Açma Yükümlülüğü	84
F)Duruşmada Hazır Bulunma Yükümlülüğü,.....	85
III. MÜDAFİİNİN YETKİLERİ.....	87
A)Dosya İçeriğini, Delilleri İnceleme ve Dosya İçeriğe İlişkin Belgelerin Örneğini Alma Yetkisi.....	87
B)Müdafinin Maddi Delillerin İçeriğine Etki Etmesi ve Delilleri Muhafaza Etme yetkisi.....	90
C)Müdafinin Birden Fazla Kişiyi Müdafaa Yetkisi.....	93
D)Müdafinin Şüpheli, Sanık, Tutuklu ve Hükümlü İle Görüşme Yetkisi..	93
E)Tutuklu ve Hükümlü İle Yazışma Yetkisi.....	97
F)Müdafiiye ve Sanığa Yapılan Tebligat.....	100
G)Bilirkişinin Tayini ve Reddi Talebinde Bulunma, Karşılıklı Soru Sormada Tanıklara ve Bilirkişilere Sual Sorma Yetkisi.....	102
H)Müdafinin Doğrudan Soru Sorma Yetkisi.....	103
I)Müdafinin Hazır Bulunma Yetkisi ve Sanığın Duruşmadan Bağışık	

Tutulması Talebi	104
İ)Müdafinin,Mağdurun Şikayet ve Şikayeti Geri Alma Hakkına Etkisi...	105
SONUÇ	
VEDEĞERLENDİRME.....	108
KAYNAKÇA	
.....	115

ÖZET

Muhakemenin temelinde farklı düşünceler ve farklılaşan düşüncelerin yarattığı dinamizm vardır. Tez, antitez ve sentez üçlemesinde karşı karşıya gelen birbirinin zıttı, aynı zamanda da tamamlayıcısı iki farklı düşüncenin oluşturduğu bir denge, bir uzlaşma noktası vardır bu da sentezdir.

Adil bir yargılama sürecinde amaç insan haklarına dayalı bir şekilde maddi gerçeklerin araştırılmasıdır. Bu nedenle, bu araştırmanın sonucunun rasyonel olması için teminatlı iddia makamının tezine karşı antitez üretebilecek bağımsız bir müdafaa makamının olması şarttır. Hâkimin veya mahkemenin senteze ulaşabilmesi iddia ve müdafaa makamları arasındaki bu fikir çatışmasına bağlıdır.

Ceza muhakemesi hukukunda günümüzde gelinen noktada müdafaa makamını işgal eden müdafii, sanığın iradesine bağlı bir temsilcisi olmaktan çıkmıştır. Müdafilik, kendine özgü hak ve yükümlülükleri olan kamusal bir görevin üstlenildiği makam haline gelmiştir.

Bu çalışmada müdafaa makamının genel nitelikleri ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi kanununda ve diğer kanunlarda yer alan müdafaa makamının, görev ve yetkileri çerçevesinde hukuki statüsü incelenecektir.

ABSTRACT

The judgement based up on different point of view and the dynamism of dissimilation. At the threeology of thesis, anthithesis and synthesis, two different opposite and also complementary opinions, which come across, constitute a balance and an agreement point which is called synthesis.

On a fair trial in a criminal proceedings law, the aim is investigation of substantial facts which are based on human rights. For this reason, on a fair trial, there must be a free defence which can carry anthithesis out towards guaranteed public prosecutor's thesis. Reaching a synthesis by the judges or chambers depends on the conflict of opinions between defence and public prosecutor's.

Today on a criminal proceedings law, the lawyer at defence has became more over than a representative of accused, which is connected with accused free will. The defence on criminal proceedings has became a post, which has peculiar rights and obligations and entail a public service.

At this thesis, the general feature of defence on criminal proceedings law, the obligations and authority of defence according to 5271 Numbered Criminal Proceeding Act and the other specific acts and the Judicial feature of defence will be examined.

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne

Bu çalışma jürimiz tarafından

Anabilim Dalında YÜKSEK LİSANS/DOKTORA TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Başkan :

Üye :

Üye :

Üye :

Üye :

Onay

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

..... / /

KISALTMALAR

Alm.	:Alman
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AV. K.	:1136 Sayılı Avukatlık Kanunu
Av.	:Avukat
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
Ay.	: Anayasa
BK.	:Borçlar Kanunu
CMK	: 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	:1412 Sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CGTİK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CGK	:Ceza Genel Kurulu
Dğ.	:Değişik
DÜHF	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi
E.	: Esas
ECHR	:Euopen Court Of Human Rights (İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi)
HUDOC	:Human Rights Documents (İnsan Hakları Belgeleri)
HUMK	:Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

İHAM	: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
İHAS	: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
İÜHF	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
KhukA	: Kamu Hukuku Arşivi
K.	: Karar
Kt.	: Karar Tarihi
m.	: Madde
M.	: Mahkeme
MK.	: Türk Medeni Kanunu
MÜHF	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TMY	:Terörle Mücadele Yasası
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBBMK	: Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TÜSİAD	: Türk Sanayicileri Ve İş Adamları Derneği
vd.	: ve devamı
vs.	:versus (-e karşı)
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
Y.Y.	:Yüzyıl

GİRİŞ

Ceza yargılaması hukuku açısından “müdafinin hukuki statüsü” tespit edilirken, müdafii taraf menfaatini temsil ettiği gerçeği ile onun aynı zaman da kamusal bir hizmet vermekte olduğu gerçekliği bağdaştırılamamıştır¹. Bu sebeptir ki, ceza yargılamasında müdafaa makamını işgal eden müdafii, birçok sefer medeni muhakemedeki vekil ile eş tutulmuştur. Mahkemelerde çoğu kez müdafii sanığın vekili olarak nitelendirilmiş, baro tarafından atanan müdafii, sanığın müdafii olarak, vekâletname ile ceza muhakemesine katılan müdafii ise sanığın vekili olarak yanlış tanımlanmıştır. Aynı şekilde müdafinin sözlü müdafaaları duruşma tutanaklarına geçirilirken, sanık yerine müvekkil kavramı da sıkça kullanılmıştır. Bu hatalı nitelendirmeler duruşma tutanaklarından Yargıtay içtihatlarına kadar birçok hukuki metinde yer almaktadır. Görülmektedir ki, ülkemizin Ceza Usul Yasaları ve Avukatlık Yasası, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları ve yerleşik içtihat hukuku müdafinin hukuki statüsünün nitelemesini yapmakta yetersiz kalmaktadır. Bunun doğal bir sonucu olarak da hukukun uygulayıcıları, günlük bir takım pratik gereksinimleri karşılamak amacıyla hukuki nitelendirmelerde yanlışlıklar yapmaktadırlar. Örneğin, sanığın vekili ve sanığın müdafii kavramları, vekâletname ile ceza muhakemesine katılan müdafii ve baro tarafından atanan müdafii bir birinden ayırmak için kullanılmaktadır.

Ülkemiz ceza muhakemesi hukukunda, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 2. maddesi ile ilk kez müdafii’nin ve vekil’in tanımı yapılmıştır; “müdafii şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukat” (CMK m. 2/1c) olarak tanımlanmıştır. Vekil ise “katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişiyi ceza muhakemesinde temsil eden avukat” (CMK m. 2/d) olarak tanımlanmıştır. 5371 sayılı yasadan önce sanık ve müdafii arasındaki ilişkinin tanımı ve niteliği ile ilgili CMUK’ta hüküm bulunmamaktadır. CMUK m. 136 yardım ‘ dan söz ederken, CMUK m. 228/2 ve 318 temsilden söz etmektedir. CMUK’un gerekçesi müdafii sanığın adalete

¹ Zafer, Hamide, Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu, 1. Bası, , İstanbul, 2004. s.300.

de yardımcı olması gereken yardımcısı olarak niteler. Öte yandan, Av. K. m.1’de avukatlık, hukuki sorunların çözümlenmesine yardımcı, bağımsız, serbest bir kamu hizmeti olduğu belirtilmiştir². YCGK da 1974 yılında vermiş olduğu bir kararında, “ müdafii temsil yetkisine haiz ayrı bir statüye tabi olduğu ve hukuktaki vekiller kadar geniş ve mutlak bir temsil hakkına haiz olmadığı” açıkça vurgulamıştır.

Müdafinin hukuki statüsü değerlendirilirken, bir taraftan müdafie tanınan hakların ve yetkilerin diğer taraftan ise müdafinin yükümlülüklerinin dikkate alınması gerekmektedir. Ancak bu şekilde müdafinin hukuki statüsünün bir çerçevesi oluşturulabilir. Bu sebeple ceza muhakemesi hukukunun ve müdafaa hakkının tarihsel süreç içerisindeki gelişiminin, ceza muhakemesi hukuku içinde bir süje olarak müdafaa makamının, müdafinin ceza muhakemesinde tayin usullerinin, müdafinin sahip olduğu görev ve yetkilerinin, hak ödevlerinin incelenmesi gerekmektedir.

Bu çalışmada, birinci bölümde ceza muhakemesi hukukunun amacı ve müdafaa hakkının gelişim süreci, diyalektik muhakemenin temel özellikleri ve avukatlık mesleğinin tarihsel gelişimi, müdafii ve müdafaa görevi başlığı altında müdafiiin sūjeliğinin şartları, müdafiiin hukuki statüsü öğretilde yer alan farklı görüşler ışığında değerlendirilmiş, müdafaa bağımsızlığı ve müdafaa hürriyeti ve müdafii ile müdafaaanın gerekliliği 5271 sayılı CMK ile yasa da tanımını bulan ceza muhakemesinde vekillik kavramı, müdafaa makamı, müdafiliğin türleri ve müdafinin tayin yöntemleri mukayeseli hukuk açısından ele alınarak incelenmiştir.

İkinci bölümde, CMK kapsamında müdafiiin görev ve yetkileri incelenmiştir.

Son bölümde, sonuç ve değerlendirme yapılmıştır.

² Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan / Özbek, Özer Veli, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Bası, Ankara, 2002, s.312.

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZA MUHAKEMESİ AÇISINDAN MÜDAFAA VE MÜDAFİİ

I.CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNUN AMACI VE MÜDAFAA HAKKININ GELİŞİM SÜRECİ

A- Genel Olarak

Ceza muhakemesi hukukunun amacı zaman ve toplumsal gelişmişlik ve değer yargıları itibariyle dönemsel olarak farklılıklar göstermiştir. Ceza yasaları ile düzenlenmiş kurumlar, bu hukuk dalının ulaşmak istediği amaca göre işlevsellik kazanmış ve uygulanmıştır. Bu bölümde ceza muhakemesi hukukunun tarihsel süreç içinde geçirdiği evreler ve müdafaa hakkının gelişim süreci ve evreleri ele alınacaktır.

B- Suçlunun Cezalandırılması Safhası

Suçluyu cezalandırmanın gaye olduğu ilk safha, Batı Avrupa’da 18. yüzyılın yarısına kadar sürmüştür. Bu gayenin kabul edildiği zamanlarda ceza muhakemesi suçlunun cezalandırılması için vasıtaadır. Sanığın suçlu olduğu önceden kabul olunuyor, sanık ile suçlu birbirine karıştırılıyordu. Sanığın suçlu olup olmadığının tespiti beraati ihtimali, gayeye aykırı sayılıyordu. Bu günde düzene kavuşmamış toplumlar bu zihniyet sürüp gitmektedir. Sanığa suçlu denilmesi, muhakeme hukukunu ilgilendirmeyen sebeplerle sanığın tutuklanmasının istenmesi bunu göstermektedir³.

³ Kunter Nurullah / Yenisey Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Bası, İstanbul,2002, s. 20.

C- Sanığın Korunması Safhası

Beccaria'a göre “ Hukuki vesayet ” diye de adlandırılan, sanığın korunması safhası, 18. yüzyılın ikinci yarısında, zamanın felsefi ve liberal düşüncesinin etkisi ile Devlet kudretinin kötüye kullanılmasını önleyen, ferdi koruyan bir muhakeme sistemi olarak ortaya çıkmıştır. Sanık, suçlu olduğu henüz sabit olmadığı için, masum sayılmış ve korunmuştur. Böylece ceza muhakemesinin gayesi, sanığın korunması olmuştur⁴.

Devlet kudretinin kötüye kullanılması vasıtası haline gelmiş olan ceza muhakemesinin, ferdi koruyan bir vasıta haline getirilmesini ilk isteyenlerden biridir Beccaria, Ramagnosi ,sanığın korunması fikrini şöyle ifade etmiştir. “Eğer her sanık suçlu ise, muhakemeye lüzum yok. Muhakeme ettiğimize göre her sanık suçlu değildir. Muhakeme normları daha ziyade dürüst insanlar için konulmuştur”. Klasik cezacıların başlıcalarından biri olan Carrara da, ceza muhakemesinin gayesinin, dürüst insanları korumak olduğunu belirtmiştir. Pozitivistler de bu konuyu ele almışlardır. Feri Şöyle demiştir: “ ceza kanunları yalnız suçluların kanunudur. Hâlbuki ceza muhakemesi kanunları dürüst insanların kanunudur”⁵.

Hâkimlerin keyfiliğine ve sanıkların muhakkak suçlu görmek ve cezalandırmak temayüllerine karşı bir tepki olan bu ikinci safhanın sembolü, “ Sanık, suçlu olduğu sabit oluncaya kadar, masum sayılır ” ilkesidir. İlk defa 1789 tarihli İnsan ve Yurttaşlık Hakları Beyannamesinde yer alan bu prensip bugün de değerini kaybetmemiştir. Birleşmiş Milletlerin 1945 tarihli “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi” (İHEB)(düstur III/30,1019) gibi Avrupa Konseyinin 1950 de kabul ettiği, kısa adı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) olan “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme (Düstur III/35,1567) de bu ilkeye yer verilmiştir⁶.

⁴ Kunter/Yenisey s.21,dn. 5.

⁵ Kunter/Yenisey. s21,dn. 5.

⁶ Kunter/Yenisey, s. 21.

Bu dönem, önceki döneme tepki olarak gelişmiştir, aydınlanma çağıyla birlikte, insanın insan olarak değeri kavranmış ve bu süreç içinde insani değerler yükseltilmiştir. Ortaçağda, hukuk adına yapılan insanlık dışı muamelelere tepki olarak bu dönemde amaç sanığın, kamu otoritesi ve gücü karşısında korunması olarak gelişmiştir.

D- Hakikatin Araştırılması Safhası

Ceza muhakemesi hukuku, hukuk'un bir dalı olduğuna göre, Hukuk'un gayesi, ceza muhakemesi hukukun da gayesidir. Hukuk'un gayesi ise, toplum hayatının en iyi bir şekilde düzenlenmesidir. İnsanlar, barış içinde, korku duymadan ve insanca yaşamak ve daha iyi bir hayat sağlamak için, haklarından ve hürriyetlerinden bazı fedakârlıklar pahasına da olsa, toplum halinde yaşarlar. Toplum hayatında düzen olmadıkça ne fertlerin hakları sağlanabilir ne de toplumun menfaati korunabilir. Şu halde toplum hayatını düzenleyen normlar demek olan hukukun gayesi, hem fertlerin haklarını teminat altına almak, hem de toplum düzenini korumaktır. Bu iki gaye çelişik gibi görünür. Fakat dikkatle bakılırsa aralarında çelişki olmadığı anlaşılır. Gerçekten fertlerin haklarına riayet etmeyen bir toplum temelinden sarsılmış demektir. Her hukuk dalında, fertlerin hak ve hürriyetlerini teminat altına almak ve toplum menfaatini korumak gayesi vardır. Bu müşterek gayeden başka, her hukuk dalının kendisine mahsus bir gayesinin de olması lazım gelir. Suçlunun cezalandırılması gayesi, meselenin sadece toplum bakımından, sanığın korunması gayesi ise, meselenin sadece sanık bakımından ele alınması demektir. Bu iki menfaati, bütün diğer hukuk dallarında olduğu gibi, bağdaştırmak lazımdır. Gaye bakımından üçüncü safha, işte bu düşüncelerle ortaya çıktı⁷.

Görülüyor ki ceza muhakemesinin hakikati araştırmak gayesi ne sadece suçluyu cezalandırmak, ne sadece masumu korumaktır. Sanık suçlu ise cezalandırılacak, masum ise beraat ettirilecektir. O halde, ceza muhakemesinin gayesinin sanığın suçlu olup

⁷ Kunter/Yenisey, s. 23.

olmadığını araştırmak, suçlu ise cezalandırmak masumsa beraat ettirmek olduğu da söylenebilecektir⁸.

Ortaçağda birey, toplum karşısında yok sayılmış, ona hiç bir hak tanınmamış, sistem, peşinen suçlu kabul ettiği bireyi tam anlamıyla ezmiştir. Buna tepki olarak gelişen sonraki dönemde ise bu kez tüm düzenleme, bireyi kamu gücünden korumaya yönelmiş, böylece toplumsal gelişme imkânlarının korunması ihmal edilmiştir. Ceza muhakemesi hukukunun geldiği bu son aşamada açıkça görülüyor ki, fertlerin hak ve hürriyetlerini koruyacak ve aynı zamanda toplumun menfaatini de gözetecek, yani her ikisini uzlaştıracak şekilde hakikatin aştırılması amaçlanmaktadır.

II. MÜDAFAA HAKKINI GELİŞİMİ

A-Genel Olarak

İddia, müdafaa ve muhakeme makamları arasındaki ilişki ve bu makamların yetkilerinin ne olması gerektiği, ceza muhakemesinin amacına, toplum ile bireyin menfaatleri arasında kurulmak istenen dengeye göre çeşitli dönemlerde toplumdan topluma farklılık göstermiştir⁹ ceza muhakemesi tarihine bakıldığında, sùjelerin muhakemede oynadıkları role göre çeşitli sistemlerin oluştuğu görülür¹⁰. Müdafaa hakkının gelişimiyle ilgili sistemler ve bu sistemlerin genel özellikleri aşağıda sıralanmıştır.

B- İtham Sistemi

Ceza soruşturmasını yapmayı özel şahıslara bırakan muhakemeye, taraf muhakemesi, sisteme ise itham sistemi denir. Roma hukukunda, itham sistemi egemen olmuştur. Bu sistemde hâkim, hakem durumundadır. Özel hukukta olduğu gibi davacı,

⁸ Kunter/Yenisey, s. 24.

⁹ Toroslu, Nevzat Ceza Muhakemesi Hukuku, „Ankara,1999, s.39.

¹⁰ Zafer , s. 262.

davayı açar ve olayı hâkimin önüne getirirdi. Hâkim tarafların getirdiği deliller ile kendisini bağlı sayar, re'sen araştırma yapamaz ve sadece tarafların iddiasını karara bağlardı. Bu sistemde şekli gerçekte yetinilirdi. Karara konu olan suçun gerçekten işlenmiş olup olmaması, ceza muhakemesinde araştırılmazdı. Taraflar eşit durumdaydı. Muhakeme, gelişme, sözlülük ve açıklık ilkelerine göre yapılırdı. Bu aşırı formalitelerin yumuşatılması ve tarafların kendilerine bildirilen hususları anlayabilmelerini sağlamak için müdafilik kurumu gelişmiştir. Bu dönemde müdafaa bir taraf olarak hak ve yetkilerle donatılmış bir şekilde muhakemede yerini almıştır. Buna karşılık devletin, ceza soruşturmasını kendi tekeline aldığı dönemlerde ceza muhakemesi, engizisyon (tahkik) muhakemesi ya da iddia muhakemesi şeklinde yapılandırılmıştır¹¹.

C-Tahkik Sistemi

Batıda Orta çağın ikinci yarısında kilise hukukunun da etkisiyle itham sisteminden tahkik sistemine geçilmiştir. Bu dönemde ceza muhakemesinin amacı her ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğe ulaşmak ve sanığı cezalandırmak olarak belirlenmiştir. Bu amaca uygun olarak iddia ve yargılama makamları yetkileri bakımından ön plana çıkarılmış; sanık ise hak ve yetkilerden uzak, ceza muhakemesinin amacı doğrultusunda yakalama, tutuklama, arama gibi işlemlere maruz bırakılan, bu işlemler karşısında hak ve yetkileri bulunmayan bir muhakeme objesi, diğer bir ifade ile muhakemenin konusu olarak görülmüştür. Bu sistemde hâkim, re'sen tutuklamaya, aramaya karar vermekte ve davayı hükme bağlamaktadır. Davacı ve davalı bulunmamaktadır. Sadece araştıran ve hüküm veren bir hâkim ve onun bu faaliyetlerinin konusunu oluşturan bir obje olarak sanık bulunmaktadır. İddia etme ve hüküm verme faaliyeti için aynı kişi görevlendirilmiş; araştırmalar re'sen yürütülmüştür. Kanuni delil sistemi kabul edilmiştir. Örneğin, mahkemenin bir suçun ispatlandığına karar verebilmesi için iki tanığın bu suçun sanık tarafından işlendiğini söylemesi veya sanığın ikrar etmesi zorunlu görülmüştür. Bu dönemde sanığın ikrarı delillerin kraliçesi sayılmış ve sanığın ikrarı için her türlü kötü muamele ve işkence meşru görülmüştür. Sanığı delil olarak kabul eden bir ispat sistemi, işkenceyi de

¹¹ Zafer, s.262

beraberinde getirmiştir. Muhakemenin her aşamasında yazıllık ve gizlilik esastır. Ceza soruşturmasının resmi makamlarca yapılması ilke olarak kabul edilince, ilk aşamada ceza muhakemesi bu şekilde yapılandırılmıştır, Ancak, ceza muhakemesinin bu yapısına karşı ağır eleştiriler ileri sürülmüştür. Çünkü bu sistemde hazırlık soruşturmasını yapan ve hüküm veren kişi sıfatları aynı kişide birleşmiştir. Bu ise tarafsız olmayı engellemiştir. Nitekim bu sistemde hâkim kendisini ceza soruşturmasını yürüten bir organ olarak görmekte; sanık ise neredeyse müdafaasız denilebilecek bir konumda bulunmaktaydı. Bu sistemde gerçek anlamda bir müdafaa makamından ve savunma hakkından söz etmek mümkün değildir¹².

D- Karma Sistem

Aydınlanma çağının etkisiyle XVIII. yüzyılın ikinci yarısından itibaren insanın temel hak ve özgürlüklere sahip olduğu düşüncesi Anayasa ve kanunlarda yerini almaya başlamıştır. Bu felsefi akımlar doğal olarak ceza muhakemesinde de etkisini göstermiştir. Suç şüphesi altında olan kişiye sanık denilmiş ve masumiyet karinesi bir ilke olarak kabul edilmiştir¹³. Bu düşüncelerin muhakeme teşkilatına yansımaları sonucunda, resmi organlarca ileri sürülen iddiaya olanak tanıyan bir sisteme doğru kayma başlamıştır. Bu sistemde hâkim ve davacı aynı kişi olamaz. Devlet yine hem davacının hem de hâkimin görevini üstlenmektedir. Ancak, bu görevler iddia makamı ve mahkeme olmak üzere iki farklı ve birbirinden bağımsız devlet makamı arasında paylaştırılmıştır. Bu sistemde, devlet tarafından soruşturma yapılmasının yararları ile taraf muhakemesinin yararları bağdaştırılmaya çalışılmıştır¹⁴.

Modern devlet anlayışı ve özellikle hukuka bağlı devlet kuramı, itham ve tahkik sistemlerinin karması bir sistemi gerektirmektedir. Karma sisteme göre, dava ancak devleti temsil eden bir organın ithamı ile başlar. Ancak, itham eden ile hüküm veren aynı şahıs olamaz. Dava iki safhada görülür. İlk safhada, yani ön soruşturmada, tahkik sisteminde olduğu gibi yazıllık ve gizlilik hâkimdir. İkinci safhada, yani son

¹² Zafer, s.263.

¹³ Demirbaş, Timur, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, İzmir, 1996, s.6.

¹⁴ Zafer, s.263

soruşturmada ise itham sisteminde olduğu gibi yüze karşılıklılık, sözlülük ve aleniyet esastır. Hâkim delilleri serbestçe takdir eder¹⁵. İtham sisteminin en önemli özelliği, yukarıda da belirtildiği üzere, itham edilen ile eden arasında tam bir eşitliğin bulunmasıdır. Bu sistemde itham yetkisi devletin bir organı olan savcılığa verilmiştir. Devlet otoritesini elinde tutan bir makamla sanığın eşit olması son derece zordur. Bu nedenle karma sistemde, itham sisteminde olduğu gibi savunmanın, bir makam haline getirilmesi; hak ve yetkilerle donatılması zorunludur. Karma sistemde tarafsızlığı sağlanmış bir savunma makamı olmadıkça “tahkik usulünün” sakıncaları giderilemez¹⁶.

Karma sistemde ceza muhakemesi iddia ve müdafaa'nın muhakemeye katıldığı kolektif bir faaliyettir ve makamlar arasında işbirliği esastır: Ceza muhakemesi bu yönüyle diyalektik mantığa dayalı kurallar topluluğudur. Müdafaa, diyalektik metot ile maddi gerçeğe ulaşmayı amaçlayan ceza muhakemesinin olmazsa olmaz koşuludur. Savunmaya yer vermeyen mahkeme gerçek bir mahkeme değildir. Bu açıdan bakıldığında savunma, bir yönüyle hak, diğer yönüyle de görevdir¹⁷. Sanığın süjeliği, XIX, yüzyılın liberal reformları ile katı tahkik sisteminin aşılmasından sonra kabul edilmeye başlanmıştır¹⁸. Karma sistemde sanık her ne kadar muhakemenin konusu olmaktan tam olarak çıkamamış ise de kendisine tanınan hak ve ödevler sayesinde iddia makamının karşısında bir muhakeme süjesi olarak yerini almıştır. Bugün, hukuk devletinde sanığın obje niteliği ile birlikte süje niteliği de kabul edilmiş ve hazırlık soruşturmasından itibaren sanık haklarla donatılarak muhakemeye etki edebilme imkânı tanınmıştır. Bu sistemde ceza muhakemesinin amacı, iddia, müdafaa ve muhakeme faaliyetlerinin işbirliği ile sanık haklarına saygılı bir şekilde maddi gerçeği ortaya çıkarmak olarak belirlenmiştir, Sanığın haklarının çerçevesi, hukuk devletinin evrensel değerlerine uygun olarak belirlenecektir. Ancak bu sayede, herkesin güven duyacağı bir adalete ulaşmak mümkün olabilecektir. Savunmanın, yani iddiaya karşı çıkmanın, hüküm ile sonuçlanacak olan muhakemeyi adil kılan temel bir unsur olduğu hususu

¹⁵ Erem, Ceza Yargılaması Hukuku Genel Hükümler I, 12. Bası, Ankara, 1984, s.28,63.

¹⁶ Erem, Ceza Yargılaması Hukuku, s.28,65.

¹⁷ Oral, Mehmet, Mevzuatımızın Savunma Hakkı Açısından Değerlendirilmesi, İstanbul, 1999, s.605.

¹⁸ Erem, Sanığın Hukuki Durumu, s.318.

İHAM kararlarında da sıkça vurgulanmıştır. Ceza muhakemesinde hak ve yetkilere sahip olan ve talepleri ile muhakemeyi hareket halinde tutan sanık, iddia makamının karşısında savunma makamını işgal eder. Bu makam sanığın kişiliğinden ayrı, onun statüsüne tahsis edilmiş, hak ve yetkilerle donatılmış bir makamdır¹⁹.

Savunma fonksiyonunun önemi, bu fonksiyonun bir makama verilmesini gerektirir. İddia fonksiyonu iddia makamına, yargılama fonksiyonu muhakeme makamına verildiği gibi, savunma fonksiyonu da savunma makamına verilmiştir²⁰.

Öğretide, müdafî ile sanığın hasım taraf karşısında (iddia) bir bütün olarak savunma tarafı'nı teşkil ettikleri ve müdafî ile sanığın bir madalyonun iki yüzü gibi oldukları ileri sürülmüştür²¹. Erem'e göre, ceza muhakemesinde bir taraf söz konusu değildir²². Ceza muhakemesinde, iddia ile savunma arasında bir yarış değil, maddi gerçeğe ulaşmak için işbirliği söz konusudur. Diğer bir ifadeyle, amaç maddi gerçeği ortaya çıkarmak olduğundan ceza muhakemesindeki sùjeler birbirinin karşısında değil birbirinin yanında yer alır²³.

Zafere göre, ceza muhakemesinde ancak şekli bir taraflılık söz konusu olabilir. Müdafî, sanığın menfaatleri doğrultusunda adaletin gerçekleşmesine hizmet eden ve bu itibarla hak ve görevleri bulunan bir makam olarak savunma makamını işgal eder²⁴, Sanık ve müdafî, iddia makamı karşısında savunma makamını işgal eden, birbirinden bağımsız iki sùjedir²⁵. Yurtcan'a göre de, 15 Mart 1973 tarihinde CMUK m.227'de yapılan değişiklikle sanığın hazır bulunmadığı bütün yargılamada müdafîin hazır bulunmasına imkân sağlamak suretiyle müdafîin sanıktan ayrı bir sùjeliğe sahip olduğu vurgulanmıştır²⁶.

¹⁹ Zafer, s.266.

²⁰ Toroslu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.131.

²¹ Erem, Ceza Yargılaması Hukuku, s.85.

²² Erem, Ceza Yargılaması Hukuku, s.85.

²³ Centel Nur / Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku., 2. Bası, İstanbul, 2003, s.89–90.

²⁴ Erem, Ceza Yargılaması Hukuku, s.85.

²⁵ Zafer, s.266.

²⁶ Yurtcan Erdener, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Bası, İstanbul, 2002, s.187.

III. DİYALEKTİK MUHAKEME

Maddi gerçekliğin ortaya çıkarılabilmesi için, iddia ve savunma makamlarının karşıt tezlerinin tam donanımlı olarak çarpışması esasına dayalı diyalektik bir yöntem şarttır. Yargılama sürecinin rasyonel olması bu fikir çarpışmasına bağlıdır. Bu süreç boyunca, iddia ve müdafaa makamları, görev ve yetkilerinin kendilerine tanıdığı tüm araçları kullanarak ellerindeki tüm bilgilerini, tam bir serbestlik içinde ve tüm açıklığıyla ortaya koyar ve tartışırlar. Tez ve antitezin ortaya atıldığı bu tartışmanın sonucunda, Hâkim veya mahkeme bir senteze ulaşabilir. Kısacası diyalektik yargılama iddia ve müdafaa özgürlüğü ve dengesi ile bağımsız hükmün oluşması olarak tanımlanabilir.

IV. MÜDAFAA MAKAMI

A- Genel Olarak

Müdafaa makamının önemi bu görevin bir makama verilmesini gerektirir. İddia görevi iddia makamına, yargılama görevi yargılama makamına verildiği gibi, müdafaa görevi de müdafaa makamına verilmiştir²⁷. Müdafaa makamı bu şekilde yargılamanın bir süjesi haline gelmiştir. Tosun'a göre Suçtan zarar gören ve vekili zararlarının karşılanması için çalışmakta; şüpheli veya sanık ve müdafii ise suçsuzluğunu ya da daha az cezayı hak ettiğini ispat için uğraşmaktadır. Buna geniş anlamda "savunma" demektedir.²⁸

Müdafaa makamı müdafaayı hakkıyla yapabilecek yetkilerle donatılmalıdır. İddia ve müdafaa arasında özellikle soruşturmada denge sağlanması hakkaniyet

²⁷ Kunter/Yenisay, s. 203.

²⁸ Tosun, Özdemir, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C.I , 4. bası, İstanbul, s.244.

gereğidir. Bu dengeye eski alışkanlıkla silahların eşitliği denmektedir. İHAS madde 6 da yer alan adil yargılanma hakkı silahlarda eşitlik hakkının da kaynağıdır²⁹.

Sanığın müdafaa hakkı çerçevesinde İHAS madde 6' da ki düzenleme ile bir suç isnadı ile karşı karşıya gelen kişi, müdafaasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı vardır (İHAS m. 6.3/b), bunun yanında, kendi kendini müdafaa etme veya kendi seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak ve eğer müdafii tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın, para ödemeksizin hukuki yardımından yararlanabilmek hakkına da sahiptir. (İHAS m. 6.3/c)

Ceza yargılamasında müdafaa, sanık ve kanunda belirtilen yakınları tarafından bizzat yapılabileceği gibi sanık müdafaasını bir avukatın eşliğinde de yapabilir ya da her iki müdafaa bir arada olabilir.

B- Ferdi Müdafaa

Ferdi müdafaa, sanığın bizzat veya bir yakını olan temsilcisi marifetiyle kendi yararına kendisini müdafaası demektir. Bu da ferdi müdafaa makamını bizzat işgal etmekle veya bu makamda temsilci bulundurmakla olur³⁰. Kural olarak ferdi müdafaa asıl, müdafii ile müdafaa istisnadır. Öğretide sanığın müdafaa hakkının bir gereği olarak kendi kendini müdafaası Kunter / Yenisey tarafından ferdi, Tosun / Şahin tarafından kişisel, Erem tarafından ise bireysel müdafaa olarak adlandırılmaktadır. Sanığın bir avukatın hukuki yardımından duruşma dışında yararlanması müdafaasının ferdi olmasını etkilememektedir.

Ferdi müdafaanın kapsamı incelendiğinde: bir kişinin devlet ya da bireyler tarafından kendi varlığına yöneltilecek eylem ve işlemlere karşı kendisini korumak için

²⁹ Schroder/Yenisey/Peukert Dürüst Yargılanma Hakkı, İstanbul 1999.

³⁰ Kunter/Yenisey, s. 205.

yasal yollara başvurusu veya yasal imkânlardan faydalanması, geniş anlamda aktif, bireysel savunma olarak nitelendirilmektedir³¹.

Bir diğer bakış açısıyla ise: suç işlediği iddia edilen kişinin, yetkili organ önünde, üzerine atılan suçu işlemediğini, fiilin hukuka aykırı olmadığını, bazı kanuni nedenlerle cezalandırılmaması gerektiğini veya iddia edildiğinden daha az cezayı hak ettiğini ileri sürmesi ise dar anlamda bireysel savunma olarak nitelendirilmektedir³².

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde bir suç isnadı ile karşı karşıya kalan kişinin kendi kendini müdafa ve müdafaasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklardan yararlanma hakkına sahip olduğu belirtilerek bireysel müdafa hakkının kullanılabilmesi güvence altına alınmıştır (İHAS m.6/3-b,c). Bireysel müdafa hakkının güvence altına alınması, hukuk devletinin gereklerinden olmakla birlikte, adil yargılanma hakkının da bir gereğidir.

Sanığın temsilcisine yaptırdığı müdafa, ferdi müdafaadır. Hâlbuki müdafii ile müdafa kamusal müdafaadır. Temsilcilerin müdafaası, sanığın şahsı namına ve sadece onun yararınadır. Bazı kimselerin sanık namına hareket edip onu müdafa etmesini mümkün kılmak lazımdır. 5271 sayılı CMK ‘ ya göre sanığı temsil edebilecek kimseler kanuni temsilci, sanığın eşi ve vekilidir.

Kanuni Temsilci; Kanuni temsilci veli, vasi ve kayyımdır. Kanun sanığın kanuni temsilcisine sanığın müdafaası için bazı haklar tanımıştır. Kanuni temsilci sanığa müdafii seçme, kanun yoluna başvurma (CMK m. 262 ³³) , duruşmada müşavir olarak

³¹ Ergül, Savunmanın Teori ve Uygulaması, s.591

³² Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.137.

³³ CMK Madde 262 - (1) Şüpheli veya sanığın yasal temsilcisi ve eşi, şüpheli veya sanığa açık olan kanun yollarına süresi içinde kendiliklerinden başvurabilirler. Şüphelinin veya sanığın başvurusuna ilişkin hükümler, bunlar tarafından yapılacak başvuru ve onu izleyen işlemler için de geçerlidir.

sanığın yanında bulunma(CMK md 155³⁴), yargılamanın yenilenmesini talep etme (CMK md 317³⁵), karşılık dava açma yetkilerine sahiptir.

Sanığın Eşi; Sanığın eğer kanuni temsilcisi yoksa sanığın eşine sanığın müdafaası için bazı haklar tanımıştır. Duruşmada müşavir olarak sanığın yanında bulunma (CMK md 317/1³⁶), kanun yoluna başvurma, yargılamanın yenilenmesini talep etme (CMK md 317/1³⁷) haklarına sahiptir. Bu hakların yanında sanığın eşi müdafii seçme ve karşılık dava açma yetkisi yoktur.

C- Kamusal Müdafaa Makamı

Sanık ferdi müdafaasının yanında bir uzmanın yardımından da faydalana bilir. Bu uzman bir avukat veya dava vekili olabilir. Bu durumda müdafii ile müdafaa söz konusu olur. Müdafaa görevinin devlet bakımından önemi, “kamusal müdafaa” müdafaa için ayrı bir makam gerektirmiş olmasıdır. Bu da müdafilik makamıdır³⁸. Öğretide Yenisey hocanın kamusal müdafaa tanımını karşılayan, müdafii ile müdafaa³⁹ ya da teknik savunma⁴⁰ kullanılmıştır. Ancak yeni CMK ile müdafinin sadece avukat olabileceği hükme bağlanmıştır (CMK m. 2) bu durumda dava vekillerinin ceza muhakemesinde müdafii olabilmeleri kabul edilmemiştir.

³⁴ CMK Madde 155 - Sanığın kanunî temsilcisine duruşma gün ve saati bildirilir ve duruşmaya kabul edilerek istemi üzerine dinlenebilir. Sanığın eşi hakkında da tebligat yapılmaksızın birinci fıkra hükmü uygulanır.

³⁵ CMK Madde 317 - (1) Kanun yollarına başvurma hakkındaki genel hükümler, yargılamanın yenilenmesi istemi hakkında da uygulanır.

³⁶ CMK 155 Sanığın kanunî temsilcisine duruşma gün ve saati bildirilir ve duruşmaya kabul edilerek istemi üzerine dinlenebilir. Sanığın eşi hakkında da tebligat yapılmaksızın birinci fıkra hükmü uygulanır.

³⁷ CMK Madde 317 - (1) Kanun yollarına başvurma hakkındaki genel hükümler, yargılamanın yenilenmesi istemi hakkında da uygulanır.

³⁸ Kunter/Yenisey, s. 205.

³⁹ Erdener Yurtcan, Avukatın CMK El Kitabı, İstanbul Barosu Yayınları 1. Bası,2002, S.67.

⁴⁰ Centel Nur, s. 4.

Sanığın kamu görevi yapan müdafii vasıtasıyla müdafaasının sebebi, kamunun suçtan sorumlu olmasıdır. Kamunun suçtan zarar görmesi kamusal iddia görevini; kamunun suçtan sorumlu olması da kamusal müdafa görevinin sebebini teşkil eder. Kamusal müdafaanın gayesi, sanığı müdafa etmek suretiyle suçtan sorumlu olan kamuyu yani toplumu müdafa etmek, yani sorumsuzluğunu ileri sürmek, aksini ileri süren iddiayı kısmen veya tamamen çürütmektir. Sanık kendini isterse müdafa eder isterse etmez, fakat müdafa makamını işgal eden müdafii, sanığı dolayısıyla kamuyu müdafa etmeye mecburdur⁴¹. Kamu bir memuru ile cezalandırmağa çalışırken diğeri ile nasıl yargılamaya çalışıyorsa, bir üçüncüsü ile de müdafa edebilir. Nitekim Birleşik Amerikanın bazı devletlerinde görevi müdafilik olan bazı memurlar vardır⁴². Müdafii vasıtasıyla yapılan kamusal müdafaayı “teknik müdafa diye adlandıran ve teknik bilgili savcının karşısına müdafii çıkarılmak suretiyle tez ve antitez dengesinin kurulabilmesiyle izah edenler vardır⁴³.

Sanığın gaip olması, hatta ön soruşturma sırasında müdafinin kabulüne mani değildir. Bu hüküm de kamusal müdafaaya verilen önemi göstermektedir⁴⁴.

Suç teşkil eden her olayda, geniş anlamda işlenen suçtan zarar gören kamu olduğu gibi, işlenen suçla ilgili olarak belli bir dereceye kadar da sorumluluğu olan yine kamudur. Suçun ortaya çıkmasına sebebiyet veren koşullar dikkate alındığında sanığın kişiliği ve bireysel gelişiminin yanında toplumsal bir takım etkenlerde rol oynamaktadır. Eğitimsizlik, kişiler arasındaki gelir dağılımındaki adaletsizlikler, işsizlik, toplum içindeki hoşgörü eksikliği, ayrımcılık ve diğer birçok olumsuz sosyal ve ekonomik etkenler toplumsal yapıda mevcut olabilir. Bu etkenleri ortadan kaldıramayan kamu da işlenen suç bakımından sorumluluklar taşımaktadır. Bu sorumluluk sebebiyle de ceza yargılamasında kamu da kendini müdafa etmelidir. Bu nedenle, ceza yargılamasında, suçtan zarar gören kamu tarafını iddia makamı, suçun

⁴¹ Kunter/Yenisey, s. 207.

⁴² Jhonson, Jr.E.:Adli yardım ve Toplumsal Devri, Ufuk,c. 3 sayı 3 1971. s.67.

⁴³ Kunter/Yenisey, s.207dn. 19.

⁴⁴ Kunter/Yenisey, s. 207.

işlenmediğini veya işlenen suçta kamunun sorumluluğunun bulunmadığını ileri süren tarafı da kamusal müdafaa makamı oluşturacaktır.

Müdafaa makamında bulunan müdafii de müdafaanın kamusallaşması ile birlikte sanığın temsilcisi olmaktan çıkıp, toplum adına müdafaa yapan ve sanığı savunan bir ceza yargılaması süjesi haline gelecektir. Bu şekliyle müdafilik Avukatlık Kanununun birinci maddesinde de belirtildiği gibi kamu hizmeti olarak nitelendirilebilecektir⁴⁵. (Av.K. m. 1)

Ceza yargılaması sistemimizde son dönemlerde özellikle yeni CMK değişikliğiyle, zorunlu müdafilik uygulamasının alanı gerek ceza yargılaması işlemleri açısından gerekse soruşturma ve kovuşturma evreleri açısından arttırılmış durumdadır. Ceza yargılamasında müdafii ile müdafaa birçok durumda zorunlu hale getirilmiştir.

Yeni CMK ile Baro tarafından atanan müdafiiler atandıkları işleri kabul etmek zorundadırlar, bunu yanında yapılan işin, iş sahibinden ücret alınmadığı gibi, kaynağı yine kamu olan sınırlı bir bütçeyle müdafilik hizmeti verilmektedir. Tüm bu nitelikleri itibariyle müdafaanın artık kamusal nitelikleri daha ağır olan bir kimliğe büründüğü açıkça ortadadır.

V. MÜDAFİİ

A- Genel Olarak

Sanığın aleyhindeki suç isnadından ve bunun yasal sonuçlarından olabildiğince, yasalara uygun olarak kurtarılma çabası müdafaa olarak nitelendirilmektedir. Bu müdafaa faaliyetini resmi organlar önünde yasalara göre yürüten, avukat veya dava

⁴⁵ Avukatlığın Mahiyeti:

Madde 1 - Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir.

vekili gibi sıfatları bulunan ve sanığın yardımcısı olan kişiye Arapça kökenli olan “müdafî” veya Türkçe kökenli olan “savunucu” , “savunman” denmektedir. Müdafî ve müdafaa kelimeleri, savunucu ve savunma karşılığıdır⁴⁶.

Hak ve adalet kavramları insanlık tarihi kadar eskidir. Bu kavramlarla doğrudan ilişkili iddia, müdafaa ve hüküm makamlarının da oluşumu ve etkinliği tarihsel gelişim içinde dönemseller olarak farklılıklar göstermiştir. Avukatlık mesleğinin tarihsel gelişimini incelediğimizde, köklerinin roma, hatta antik yunan medeniyetine kadar uzandığını görmekteyiz. Tarihte bilinen ilk baro Atina kurulmuştur. Her iki dönemde de avukatlık mesleği aristokrat ve ruhban kesimler tarafından icra edilmekteydi. Roma döneminde ise yalnız din adamları ve patrisyenler müdafilik yapabiliyordu. Plepleri ancak din adamları ve patrisyenler savunabilirdi. Daha sonraları, plepler savunucularını özgür olarak seçmeye başlayınca Roma’da avukatlık başladı.

Ortaçağda ise engizisyon mahkemelerinin etkisi ön plana çıkmaktadır. Hüküm, İddia ve müdafaa kurumları sorgulayan, savunan cezalandıran veya beraat ettiren tek kişinin yani engizitörün sıfatında birleştirilmiştir. Bu dönemde ikrar delillerin kraliçesi sayılmış, hakikati öğrenmek ve cezalandırmak için gerekirse sanığa işkence yapılmıştır. Engizitörün emrinde olmak koşuluyla eski cermen hukukundan gelen görevi sanığı işkenceye gerek kalmadan itirafta bulunmaya çalışmak, gerekirse sanığın suçsuzluğunu kanıtlayacak delil ve şahitleri ortaya çıkarmak olan Fürsprecher ⁴⁷ kurumu devam etmiştir. Ceza muhakemesi hukukunda müdafaaanın ortaya çıkması ve gelişmesi özellikle Fransız Hukukunun ve Devriminin etkisiyle başlamıştır.

Ülkemizde avukatlık mesleği ilk olarak Osmanlı imparatorluğu döneminde 13 Ocak 1876 yılında çıkarılan “Nizamiye Mahkemeleri Dava Vekilleri Hakkındaki Tüzük” le tarif edilmiş ve tüzük, 30.madde ile kurulması öngörülen “Cemiyeti Daime” , “Baro” ya tüm dava vekillerinin kayıt olması zorunluluğunu getirilmiştir. Bu tüzükten iki yıl sonra, şimdiki İstanbul Barosu'nun ilk adımı olan “İstanbul Dava Vekilleri

⁴⁶ Zafer, s. 286-287.

⁴⁷ koruyucu, kayırcı, yardımcı.

Cemiyeti” kurulmuştur. İlk kez kurulan bu Cemiyete 62 dava vekili üye olmuş, dava vekillerinin tümü Osmanlı imparatorluğunun gayrimüslim tabasından oluşmaktadır.⁴⁸

Ülkemizde çağdaş anlamda avukatlık Cumhuriyet devrimi ile başlamaktadır. Cumhuriyet'in ilk Avukatlık Yasası, 20 Nisan 1924 Anayasası'ndan önce 3 Nisan 1924 gün ve 460 sayılı “Muhamat Yasası” ile kabul edilmiştir. Bu yasa ile ilk kez yabancıların tekelinde olan avukatlık mesleği kurumsallaşmış ve Türk vatandaşlarının da icra edeceği, yapabileceği bir meslek haline getirilmiştir. Yine ilk kez 10 kişinin üzerinde avukatlık mesleğinin yürütüldüğü illerde baro kurulması hüküm altına alınmıştır. 1926 yılında 708 sayılı yasa ile yapılan değişiklikte yasada dava takip eden kişilere verilen muhami adı avukat olarak değiştirilmiş ve yasanın ismi avukatlık yasası olmuştur.⁴⁹

01.12.1938 tarihinde 3499 sayılı yeni Avukatlık Yasası çıkarılmıştır. 1938'den 1969 yılına kadar yürürlükte kalan 3499 sayılı yasa geçen dönem içinde ülkemizde müdafa mesleği temsilcileri avukatlar ve onların örgütleri olan baroların hukuki statülerini düzenlemiş ve oldukça başarılı olmuştur. Ancak gelişen ve değişen koşullar karşısında yeni bir avukatlık yasası gereksinimi doğmuştur. Bu gelişmelerin sonucu olarak 19.03.1969 gün ve 1136 sayılı “Avukatlık Yasası” çıkarılmıştır. 1136 sayılı Avukatlık Yasasında en köklü değişiklik 10.05.2001 gün ve 4667 sayılı yasayla yapılmıştır. Yasa ile yapılan en önemli değişiklik, avukatlık mesleğinin bir kamu hizmeti olmasından farklı olarak, avukatı yargının kurucu öğelerinden olan bağımsız müdafaayı serbestçe temsil eden kişi olarak tanımlamasıdır. Bu tanımla, ülkemizde avukatlık, yargının bütünleyici parçası olan müdafa kurumuna adına kurumsal yetki kullanan bir erke dönüşmüş olmaktadır.⁵⁰

⁴⁸ Avukatlığın tarihçesi, www.istanbulbarosu.org.tr/Document.asp?Konu=101.

⁴⁹ Avukatlığın tarihçesi, www.istanbulbarosu.org.tr/Document.asp?Konu=101.

⁵⁰ Avukatlığın tarihçesi, www.istanbulbarosu.org.tr/Document.asp?Konu=101.

B- Müdafii Olarak Avukat

Avukatlık yasasındaki kurallar bir bütün olarak ele alındığında müdafii, kural olarak bağımsız, özerk, ancak müvekkilinin menfaatlerini gözeten, her türlü hukuki meseleyi adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümleyen, hukuki bilgi ve tecrübelerini adaletin hizmetine ve kişilerin yardımına sunan ve kamu hizmeti niteliğinde bir hizmet veren kendine özgü bir sùje'dir. Bir başka tanımlama ile suç işlediği sanılan kişinin, ona yüklenen suçu işlemediğini veya iddia edildiğinden daha az cezayı hak ettiğini, yahut fiilin hukuka aykırı olmadığı ya da bazı kanuni nedenlerle cezalandırılmaması gerektiğini, yetkili organ önünde ileri sürmek şeklinde tanımlanabilecek olan⁵¹ "savunma" faaliyetini kanunlara göre üzerine alan ve soruşturmayı yürüten, resmi organlar önünde bunu gerçekleştiren işi sebebiyle bazı nitelikleri bulunan sanığın yardımcısına müdafii denmektedir⁵².

Yeni CMK 'da Müdafii: "Şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukattır (CMK m. 2)" olarak tanımlanmıştır. Mevcut tanımlama ile dava vekillerinin müdafii olabilmeleri yeni Ceza Muhakemesi Kanunu çerçevesinde kabul edilmemektedir.

IV. MÜDAFİİNİN HUKUKİ STATÜSÜ

A-Genel Olarak

Müdafinin hukuki statüsü ile ilgili olarak öğretilerde tartışmalar mevcuttur. Hukuki statü değerlendirilirken bir taraftan müdafie yüklenen ödevler, diğer bir yandan ise tanınmış haklar dikkate alınarak, bu bölüm başlığı altında öğretilerde mevcut farklı görüşler incelenmiştir.

⁵¹ Centel, s.1.

⁵² Centel, s.2.

Müdafinin hukuki statüsüne ilişkin olarak, öğretide yardımcı, temsilci veya kimi zaman adli makamların yanında, kimi zaman mahkemenin yanında, kimi zaman da sanığın yanında olan adli bir organ olarak ortaya konulmaktadır. Bu modeller, sadece müdafie ve onun sadece muhakeme hukukuna etkisine ilişkin portreler çizmekle yetinilmemekte, aynı zamanda avukat ve müdafinin mesleki statüsüne, adli makamlar içindeki yerine, kısmen fonksiyonlarına ve usulü haklarına ilişkin tezlerde ileri sürülmektedir. Bu modeller, müdafii ile vekil arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine ve tarafların yükümlülüklerine ilişkin görüşleri de içermektedir⁵³.

Müdafinin hukuki statüsünden, ceza muhakemesi görevi içinde müdafie düşen görevi anlamak gerekir. Hukuki statüler daima iki yönlüdür, bir yandan süjeye bazı haklar ve yetkiler sağlarken, öte yandan da bazı ödevler, mecburiyetler, yükümlülükler yükler⁵⁴.

Türk ceza muhakemesi hukukunda sanık ile müdafii arasındaki hukuki ilişki ceza kanunlarında açıkça düzenlenmemiş olup bunu yerine müdafinin hukuki statüsü belirlenirken ceza muhakemesi hukuku öğretisinden ve bu öğretinin analizinden ve de İçtihatlardan yararlanma yoluna gidilmiştir.

Müdafilere yasada sayılmış yetkileri dışında birçok savunma hareketi söz konusu olabilmektedir. Örneğin tanıklıktan çekinmeye hakkı olanlara, bu hakkının kullanmasının tavsiye edilmesi. Müdafinin kendisinin fiili araştırmalar yapması, dosyadan edindiği bilgileri basına açıklaması gibi. Müdafinin hak ve yetkilerine ilişkin boşluklar nedeniyle, muhakeme yasası müdafinin fonksiyonlarının tanımlanmasında yetersiz kalmaktadır. Bu boşluklar müdafinin hukuki konumu konusunda kabul edilen görüş ve bu görüş neticesinde oluşturulan müdafii portresine göre doldurulmak zorundadır⁵⁵.

⁵³ Zafer, s. 294.

⁵⁴ Erdener, Yurtcan, Alman Hukukunda Müdafilere görevden Yasaklanması, İstanbul 1981.

⁵⁵ Zafer, s. 296.

Müdafinin hak ve yetkilerine ilişkin boşlukların doldurulmasında Avukatlık hukukunda yer alan standart kurallar da göz önüne alınacaktır. Ancak, bu standart kurallar da avukatlık mesleği ile ilgili genel kurallardır. Bu kurallar hem medeni hem idari hem de ceza muhakemesinde görev yapan avukatlara ilişkin ortak kurallardır. Her avukat aynı zamanda müdafii olmadığından standart kuralların ceza muhakemesi yasasının yorumlanmasında ve boşlukların doldurulmasında esaslı bir kaynak olarak ele alınması doğru olmayacaktır. Standart kurallar yardımcı bir kaynak görevi üstlenmektedir⁵⁶.

B-SANIĞIN TEMSİLCİSİ OLARAK MÜDAFİİ

Müdafinin sanığın temsilcisi olduğu görüşü gerek CMUK ‘da ⁵⁷ gerekse CMK’da⁵⁸ bazı durumlarda vurgulanmıştır.

Medeni muhakeme hukukunda, dava ehliyeti bulunan kişi davasını kendisi açıp takip edebileceği gibi; iradi olarak atayacağı bir temsilci aracılığıyla da davasını açıp sürdürebilir. Bu iradi temsile hukuk usulü muhakemeleri yasasında “davaya vekâlet” denilmektedir (HUMK m.60) ve davada iradi temsil, vekâlet; temsil yetkisi verilmesi de vekâlet verilmesi olarak adlandırılmaktadır⁵⁹.

Açıkça izin verilmemiş ise vekil sulh olamaz ve tahkim yapamaz, karşı tarafı aklayamaz ve davadan hiçbir şekilde feragat veya karşı tarafın ve önerilerin yemini veya hükmolunan şeyi kabul edemez ve haczi kaldıramaz. Yeminin kabul veya reddini bildirmek için yetki, ancak yemin edecek kimse tarafından ve yemin önerilen konuda bilgi sahibi olunduktan sonra verilebilir (HUMK m.63). Vekil, noter, bucak meclisi

⁵⁶Zafer, s. 296

⁵⁷ CMUK m. 228/2 Sanık Hazır Olmaksızın Yapılan Duruşmada Eski Hale Getirme.

Şartı),CMUK m. 356/1 Sanığın Yanında Müdafii Bulundurması veya Kendini Temsil. Ettirmesi.), CMUK m. 393/2 Müsadere Duruşması ve Karar Hakkındaki Hükümler.

⁵⁸ CMK m. 198/2 Sanık Hazır Olmaksızın Yapılan Duruşmada Eski Hale Getirme Koşulu, CMK m. 252/1 Kovuşturma, CMK m. 299/1,Duruşmalı İnceleme.

⁵⁹ Kuru Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder, Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, Ankara 2004, s.286–287.

veya ihtiyar heyeti ve yahut sulh yargıcı tarafından imzası onaylanmış bir vekâletname ile vekilliğini kanıtlamak ve vekâletnamenin aslını veya onaylanmış örneğini dava dosyasına konulmak üzere vermek zorundadır (HUMK m.65). Davanın her durumunda ve esas hakkındaki hükme değin vekâletnamenin aslı istenebileceği gibi bunun yeterli ve yöntemine uygun olmadığı hakkında da itiraz olunabilir (HUMK m.66). İki taraftan birinin vekili olduğunu söyleyen kimse, vekâletnamesini ilk celsede vermek zorundadır. Taraflardan birinin onaylı vekâletname ile vekili olduğunu söyleyen avukat veya dava vekili, ilk duruşmada vekâletnamesini vermez ise ikinci duruşmada vekâletnamesini vermek üzere kendisinin de bulunmasıyla yargılamaya devam olunur. Vekâletnamesi bulunmadığını söyleyen avukat veya dava vekiline yargıç, vekâletnamesini getirmek üzere bir süre verebilir. Bu durumda yargılamaya devam olunmaz. Vekil, duruşmaya hiç gelmez veya ikinci duruşmada yahut verilen süre içinde vekâletnamesini göstermez ise o vekil tarafından yapılan işlemler yapılmamış sayılır, duruşma harcı ile başka giderleri ve karşı tarafın uğradığı zararları ödemeye mahkûm edilir. Bunları kötü düşünce ile yapan avukat ve dava vekiline karşı ceza takibi yapılmak ve disiplin cezası uygulanmak üzere mahkemece cumhuriyet savcılığına ve vekilin bağlı olduğu baro başkanlığına yazı gönderilir (HUMK m.67). Vekâlet veren, yargılama sırasında vekilin sözlerini hemen yalanlamaz ise bu sözler vekâlet verence söylenmiş sayılır (HUMK m.69)⁶⁰.

Görüldüğü üzere, iradi temsil ilişkisinin kabul edildiği medeni muhakemede vekil asilin iradesi ile bağlıdır ve tüm işlerini temsil edilen adına yapmaktadır. Bu nedenle, vekilin yaptığı tüm işlemler temsil edilen açısından da sonuç doğurmaktadır. Medeni muhakemede de vekil, kural olarak bütün muhakeme işlemlerini temsil edilene danışmadan yapabilmektedir. Ancak, vekil sadece belirli işlemler açısından temsil edilenin açık iznini almak durumundadır. Ayrıca medeni muhakeme yemin gibi müvekkilin şahsına sıkı sıkıya bağlı olan işlemler dışında kalan usul işlemleri vekil tarafından yapılmaktadır. Hukuk usulünde müvekkil ile avukat arasındaki ilişki, vekâlet sözleşmesine dayanan bir asil - vekil ilişkisidir. Vekil - avukat, bu sözleşmeden aldığı

⁶⁰ Zafer, s. 296.

yetki ile müvekkilinin yerine onun haklarını savunur. Her sözleşme tarafı gibi onlar da sözleşmede öngörülen yükümlülüklerini yerine getirirler⁶¹.

Ceza muhakemesinde de avukatın, devlet ile birey arasındaki ihtilafın çözümünde sanığı temsilen ve vekâlet sözleşmesinin bir gereği olarak muhakemede yerini alacağı ileri sürülmekte ve müdafie sanıktan ayrı bir yer ve ayrı bir kişilik tanımamaktadır⁶². Bu eski savunma anlayışı, müdafinin rolünü medeni usul hukukundakine paralel görmektedir. Müdafii sanık tarafından verilen yetkiye dayanarak ve onun adına ceza muhakemesine dâhil olabilmektedir. Vekil müvekkil adına hareket eder. Müdafii sanığın bir vasıtası konumundadır ve onun talimatı ile bağlıdır. Vekilin yetkileri asilden fazla olamaz temsilcilik halinde müdafii sanığın yokluğunu gidermektedir. Müdafii huzurunda yapılmış tüm işlemler sanık huzurunda yapılmış gibi kabul edilir ve işlemlerin sanığa bildirilmesine gerek kalmaz⁶³. Müdafii'e yapılmış tüm bildirimler sanık bakımından da geçerlidir⁶⁴. Bu anlayışa göre, sanık, eski hale getirme isteğinde bulunup duruşmanın kendi huzurunda yeniden yapılmasını da isteyemez. Ayrıca, müdafinin hareketlerinin davacının (sanığın) itiraz etmesi ile etkisini yitirmesi de mümkün olabilir⁶⁵. Erem'e göre, ceza davasının kamusal niteliği ve ceza sorumluluğunun şahsi olmasından dolayı müdafii temsilci olarak nitelendirmek mümkün değildir. Ceza Muhakemesi Kanunundaki temsile ilişkin hükümler teknik kolaylıklar sağlamak için kabul edilmiştir⁶⁶.

Öğretide bazı yazarlarca, müdafinin organ olma vasfı tamamen reddedilerek onun yerine sıkı sıkıya taraf menfaatini temsil teorisi ileri sürülmektedir. Müdafinin hukuki konumunu bu teoriyle açıklayan teoriye göre, müdafii tamamen taraf menfaatini savunan bir temsilcidir. Sanık, savunmanın içeriğini belirleme tekeline sahiptir. O, bağımsız ve özerk olarak kendi menfaatlerini belirler. Otonomi prensibinin tam

⁶¹ Zafer, s. 298.

⁶² Tosun Özdemir, Türk Suç Hukuku Muhakemesi Dersleri, s.623.

⁶³ Zafer e, s. 298.

⁶⁴ Tosun, Türk Suç Hukuku Muhakemesi Dersleri I, s.602.

⁶⁵ Zafer, s. 298.

⁶⁶ Erem, Ceza Yargılaması Hukuku, s.177–178.

anlamıyla uygulanması halinde, müdafinin müvekkili karşısındaki bağımsızlığı kabul edilmeyecektir. Müdafî sanığın belirlediği konularda ve doğrultuda sadece ona yardım etmek durumundadır. Savunmanın yardım dışında birtakım kanunsal amaçlarla donatılması sadece doğal aykırılıkları, başkaldırıları yok eder ve hem müdafîin hem de sanığın yetkilerine adil olmayan tecavüzlere kapı açar. Müdafîi sınırsız olarak veya sadece birkaç istisna ile daima sanığın menfaatine hareket etmelidir. Ceza muhakemesi, sadece savcı ve mahkemeye objektif ve doğru davranma yükümlülüğü yüklemektedir. Bu görüşe göre, müdafîin yalan söylemesine ve delilleri karartmasına izin verilmesi gerekir. Oysa gerçeği söyleme ödevi ceza savunmasının özünü oluşturur. Sanığın menfaatlerini temsil teorisi, müdafîi adeta müvekkilini “silah arkadaşı” yapmaktadır⁶⁷. Taner’e göre, müdafîi maznunun yardımcısı olduğu kadar hak ve hakikatinde hadimidir⁶⁸.

Sıkı temsil teorisine göre, sanık hiçbir zaman ceza soruşturmasını engelleme veya yanlış yola sevk etme suçunun faili olmadığından, müdafîi açısından da bu suçu işleme riski hiçbir zaman da söz konusu olmayacaktır. Müdafîi ile sanığı bu derece özdeşleştirmek ve hak ve yetkilerini eşit kabul etmek, sanığın ve savunmanın etkinliğini önemli derecede azaltacaktır. Hâkim, sanıkla işbirliği yaptığına inandığı müdafîi ciddiye alınacak bir muhatap olarak kabul etmeyecektir. Ayrıca, müdafîi sanığın temsilcisi olduğunu ileri süren görüş, müdafîin baro tarafından atanması halinin, - kaldı ki belirli hallerde bu müdafîi sanığın rızası hilafına zorunlu olarak da tayin edilmiş olabilir, - açıklayamamaktadır. Çünkü bu halde müdafîi sanık seçmediğinden onun iradesi ve kararları ile bağılılık da söz konusu olamaz.⁶⁹

Alman öğretisinde bazı yazarlar, sıkı sıkıya sanığın menfaatlerini temsil teorisini yumuşatarak sınırlı temsil teorisi olarak nitelendirilebilecek olan sözleşme prensibini ortaya atmıştır. Bu prensibe göre, müdafîi sanığın isteklerine aykırı davranırsa veya ona hizmet eden rolünü terk ederse, sanığın süje niteliği tam olarak

⁶⁷ Zafer, s. 299.

⁶⁸ Taner Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, 3. Bası, İstanbul, 1955, s.131.

⁶⁹ Zafer, s. 299.

kabul edilmemiş olur. Bu görüşe göre de müdafii bağımsızdır. Müvekkilinin istediği yön müdafie uymazsa, müdafii her zaman sözleşme ilişkisine son verebilir.⁷⁰

Uygulamada, medeni muhakemedeki avukat-müvekkil ilişkisi ile ceza muhakemesindeki avukat-müvekkil ilişkisi arasında paralellik kurulduğundan, genellikle müdafiiin sanığın vekili olduğu, aralarında bir vekâlet ilişkisi bulunduğu kabul edilmekte ve müdafie “vekil” , sanığa ise “müvekkil” denmektedir. Bu durum, yasa koyucunun, Avukatlık Kanununda ceza davasını takip eden avukatlar ile diğer hukuk dallarına ait davaları takip eden avukatlar arasında ayırım yapılmamasından kaynaklanmaktadır. Avukatlık Kanununda avukat ile müşterisi arasındaki ilişkiden söz edilirken vekâlet (Av. K. m.39,41) , vekâlet hizmeti (Av. K. m.163) kavramları kullanılmakta: yazılı sözleşmeye de vekâletname denilmektedir. Yargıtay kararlarında da zaman zaman aynı sebepten dolayı “ sanık vekili “ sözcüğüne rastlamak mümkündür. Bu bakış açısı özellikle son soruşturmada hâkimlerin müdafiden temsil ilişkisini ortaya koyan bir vekâletname ibraz etmelerini istemelerine, vekâletname ibrazı için müdafie süre verilmesine, vekâletname ibraz edilmediği takdirde müdafiiin oturuma alınmamasına sebep olmaktadır. Türk uygulaması, müdafiiin taraf menfaatini temsil ettiği gerçeği ile onun aynı zaman da kamusal bir hizmet vermekte olduğu gerçeğini bağdaştıramamıştır. Ayrıca, Türk uygulamasında vekâletnameli-vekâletnamesiz avukat ayırımı da kabul edilmiştir. Baro tarafından atanan ve vekâletnamesiz olan avukatlar müdafii olarak adlandırılırken; sanık tarafından seçilen ve sanıkla arasında sözleşme bulunan avukatlar ise vekil olarak adlandırılmaktadır. Ancak müdafilik avukatın görevlendirme şekli ile ilgili olmayıp avukatın ceza muhakemesindeki hukuki statüsü, hak ve yetkilerinin sınırı ile ilgili bir kavramdır. Vekâletname sahibi bir avukatta ceza muhakemesinde müdafiidir⁷¹.

Erem’ e göre, ceza davalarında avukatın görevi hiçbir zaman sözleşmeye konu yapılamaz, avukatın görevi geniş anlamda bir sorumluluk konusudur. Medeni usul hukukunda uyuşmazlık taraflara aittir. Taraflar arasında bir mücadele söz konusudur. Maddi gerçeğin ortaya çıkmasında ve adaletin gerçekleşmesinde kamusal yarar

⁷⁰Zafer, s. 300.

⁷¹Zafer, s. 300.

bulunmaktadır. Devletin bireylerin kendisine devrettiği cezalandırma fonksiyonunu yerine getirmesi veya getirmemesi, bireylerin cezalandırma haklarını geri almalarına ve kamu barışının bozulmasına sebep olur. Kamusal barışın bozulmaması, ancak gerçek failin ortaya çıkarılarak cezalandırılması ile mümkündür. Bu nedenle, ceza uyumsuzluğu birey ile kamuyu temsil eden devlet arasındadır. Bu uyumsuzlukta yer alacak olan sùjelerin konumu, doğal olarak medeni muhakemeden farklı olmalıdır. Devleti temsil eden adli idarenin karşısında, sanık yanında güçlü bir sùjeye duyulan ihtiyaç ortadadır⁷².

Zafere göre, bugün yerleşmiş olan görüş temsil teorisini reddetmektedir. Temel gerekçe olarak da, tekrar müdafii açıklamalarının yerine geçmediği ve ayrıca sanığın bulunamadığı hallerde müdafii bulunsu bile kural olarak duruşmanın açılabilmesi ileri sürölmektedir⁷³.

Öğretide bazı yazarlar göre, bu görüşe yakın olan diğeri bir görüş tarafından, müdafii, sosyal bir karşı güç olarak faaliyet gösterdiği ve sanığa kendi hukukundan doğan ve kendisinin belirlediği menfaatlerini yerine getirmesinde yasak olmayan tüm araçlarla yardımcı olduğı ileri sürölmektedir.

C-SANIĞIN YARDIMCISI OLARAK MÜDAFİİ

Müdafinin sanığın yardımcısı olduğı görüşü gerek “yakalananın ve sanığın müdafii seçimi” başlıklı 1412 Sayılı CMUK ‘nın 136. maddesinde de gerekse “şüphelinin ve sanığın müdafii seçimi” başlıklı 5271 sayılı CMK ‘nın 149. maddesinde vurgulanmıştır.

Ceza Muhakemesi Usulü Kanununun 136/1. md’si (eski) maddesinde (Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m.137.) sanığın müdafii yardımından faydalanabileceğı belirtilerek, müdafii bir yardımcı olduğı ortaya konulmuştur. Müdafii, sanığın savcı

⁷² Erem Faruk, Savunma Hakkının Kökeni, 1984, s. 696

⁷³ Centel/Zafer, Bası, s.484.

karşısındaki bilgi ve tecrübe eksikliğini telafi etme fonksiyonu vardır. Müdafii bu yararı sanığın yanında bulunmak suretiyle sağlayabilir⁷⁴. Zafere göre, müdafinin yardım fonksiyonunun olması onun hukuki konumunu açık bir şekilde ortaya koymamaktadır. Ayrıca, yardım kavramı müdafinin hukuki konumunun belirlenmesi açısından da çok üretken bir kavram değildir. Çünkü bu kavram sanığa ne şekilde bir yardım yapılabileceğini veya yapılması gerektiğini ortaya koyamamaktadır⁷⁵. Yurtcan'a göre, müdafii sanığın hem temsilcisi, hem de yardımcısıdır. Müdafii adalete hizmet eden bağımsız bir statüye sahiptir⁷⁶.

Adli organlarla sanık arasındaki yetki eşitliğini ifade eden silahların eşitliği prensibi, taraf muhakemesini kabul etmemiş olan sistemlerde her zaman tam anlamıyla uygulanamamaktadır. Silahların eşitliği, ulaşılmaya çalışılan bir muhakeme hedefidir. Hukuki bilgiden ve tutuklu ise ayrıca hareket kabiliyetinden yoksun olan sanık, belirli bir plan dâhilinde ustaca hareket etme imkânına sahip devletin adli organlarının karşısında yeterli bir ağırlığa ve güce ulaşamaz. Müdafii, suçlamayı çekincesiz bir şekilde tartışmaya açar ve sanığın lehine olan her bir zayıf noktayı gözler önüne sererek bu açığı kapatır. Müdafinin sanığa yardımı hukuki veya fiili olabilir. İşlemleri, örneğin ifade almanın yasaya uygun bir şekilde yapılıp yapılmamasına dikkat etme ve duruşmada delillerin ikamesinden sonra savcıdan sonra söz alarak delilleri tartışma, müdafii hukuki yardımı çerçevesinde değerlendirilir. Müdafii tarafından yapılan “dedektiflik”, yani olaya ilişkin araştırmalar ise fiili yardım kapsamındadır⁷⁷. Müdafii sanığın yardımcısı olarak şu fonksiyonlara sahiptir:

- 1.Sanığı ceza ve muhakeme hukuku alanında aydınlatma,
- 2.Sanığın lehine olan bilgileri söyleme (örneğin sanığın iyi yönlerini değerlendirme),
- 3.Hem sanığa hem müdafie tanınmış olan usulü hakları kullanma,
- 4.Mümkün olduğu veya yasayla öngörülen hallerde sanığı temsil etme,

⁷⁴ Tosun Öztekin, Ceza Muhakemesinde Temsil ve Vekâlet, İstanbul, 1977, s.752.

⁷⁵ Zafer, s.302.

⁷⁶ Yurtcan Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 8. Bası, İstanbul, 2002, s.182–185.

⁷⁷ Erol Cihan, Yenisey Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 197, s. 1827.

- 5.Özel olarak müdafie tanınmış olan hakları kullanma (dosyayı inceleme, savunmasını hazırlayabilmek için duruşmaya ara verilmesini isteme, çapraz sorgu yapma gibi),
- 6.Olayı kendi araştırmalarıyla açıklama,
- 7.Muhakemeyi ön ödeme veya uzlaşma yoluyla sona erdirmeye çalışma⁷⁸.

Müdafiiin sanığın sadece yardımcısı olarak kabul edilmesi halinde, sanığın hazır bulunmadığı hallerde müdafii onun yerini alamaz. Bu anlayışa göre örneğin, sanığın duruşmadan savuştuğu hallerde müdafii de duruşmaya kabul edilmeyecektir. Sanığa tanınmış olan yetkileri sanığı şahsen kendisinin kullanması zorunludur⁷⁹. Öztürk / Erdem / Özbek’e göre, sanıkla müdafii arasındaki ilişki müdafilik ilişkisidir. Bu ilişkinin amacı sanığa yardımcı olmaktır. Bu yardım savunmayla gerçekleşir. Ancak, savunma sadece sanığın çıkarları için değil aynı zamanda maddi gerçeğin bulunması için de yapılır⁸⁰.

D-ADLİ BİR ORGAN OLARAK MÜDAFİİ

Savunmadaki “birey” ve “toplum” unsurları, ceza muhakemesinde müdafiiin sadece sanığın “ temsilcisi” veya sadece onun “ yardımcısı” , kısaca onun vasıtası olmadığını ortaya koymaktadır⁸¹. Zafere göre, nasıl ki ithamın esası adalet isteğine dayanıyorsa, aynı şekilde savunmanın esası da adalet isteğine dayanmaktadır. İddianın karşısında savunmanın bir makam olarak ortaya çıkabilmesi için, savunmanında amacının adalet olarak belirlenmesi gerekir. Müdafii sadece, ceza davasında sanığın haklarının korunması ve kullandırılması için bir teminat olara görülürse, sanığın asla haksızlığa uğramayacağı iddiasında olan bir usul uygulamasında müdafie yer verilmeyebilir. Nitekim Fransız büyük ihtilalinde ferdiyetçi görüşün tesiriyle avukatlık kaldırılarak sadece “ kendi kendini” savunma” usulüne yer verilmiştir. Sosyalist

⁷⁸ Zafer Hamide, Uzlaşma, İstanbul,2003, s.727.

⁷⁹ Zafer, s.303.

⁸⁰ Öztürk / Erdem / Özbek, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s.331.

⁸¹ Erem Faruk, Savunma Hakkının Kökeni, 1984, s. 692.

eğilimli memleketlerde ise savunma “ devlet memuru” hükümlerine tabi kimselere verilmiştir⁸².

Toplumun genel gereksinmelerini karşılayacak faaliyetlerde bulunan ve ilke olarak idare tarafından, sürekli, eşit ve genel bir şekilde yürütülen faaliyetlere kamu hizmeti denmektedir. Toplumun temel ihtiyaçlarından olan “ adalet ” ihtiyacını yargılama faaliyeti karşılar. Yargılama, hak aramanın ve adaletin en vazgeçilmez aracıdır. Toplumun adalet ihtiyacını karşılayacak olan yargılama faaliyeti bir kamu hizmeti, yargılama örgütü de bu hizmetin hukuki ve maddi cihazıdır. Yargılama hizmeti, kural olarak devletin tekelindedir. Yargılama hizmetinin işlemesi, geç veya kötü işlemesi nedeniyle gerçeğe ve adalete ulaşamaması toplum barışını bozularak kargaşa ortamının doğmasına yol açar. Adalet dağıtımı gibi kamu hizmeti olduğundan şüphe edilmeyen bir hizmetin yerine getirilmesine katılımı ifade eden avukatlığın da kamu hizmeti sayılması doğaldır⁸³.

Müdafii, kamu hizmeti gören iddia ve yargılama makamları gibi gerçek ve adaletle yükümlü, bağımsız bir adli organdır. Ancak, bu müdafinin devletin bir ajanı olduğu anlamına gelmemektedir. Aksi takdirde sanık ve müdafii arasındaki güven ilişkisi zedelenir. Ağırlıklı olan adli organ görüşüne göre, müdafii devlete ait bir fonksiyon değil, kamusal bir fonksiyon icra eder. Müdafii devletin bir ajanı olmayıp serbest bir meslek icra eder, fakat özel bir kamu hizmeti verir. Müdafii verdiği hizmet türü, onun fonksiyonunu yerine getirirken bireysel menfaatler ile toplumsal menfaatler arasındaki dengeyi göz önünde tutmasını zorunlu kılar. Diğer bir ifade ile müdafii, adli bir organ olarak, adli organların fonksiyon kabiliyetine saygı göstermeli, adalete ulaşmayı engelleyici faaliyetlerden kaçınmalıdır. Zafere göre, Müdafii, adli organların fonksiyon kabiliyetine dikkat etme yükümlülüğü, kamusal menfaatlerden kaynaklanmaktadır. Örneğin, ceza soruşturmasını başlatmada, uygun süre içinde sona erdirmede, isnadı açıklığa kavuşturmada ve delilleri manipülasyondan⁸⁴ korumada

⁸² Erem Faruk, Savunma Hakkının Kökeni, s. 692.

⁸³ Zafer, s.304.

⁸⁴ Manipulation: Manipülasyon: hileli yönlendirme, güdüm, güdümleme, işleme.

<http://tdk.gov.tr/tdksozluk>.

kamusal menfaat vardır. Bu nedenle müdafii, adli organların fonksiyon kabiliyetine zarar vermemeye özen göstermelidir. Ancak, bu müdafii adli organların fonksiyon kabiliyetini teminle yükümlü olduğu anlamına gelmemektedir. Aksi takdirde, bu halde de sanıkla müdafii arasındaki güven ilişkisi zedelenir. Ayrıca, adli organların etkinliği veya fonksiyon kabiliyeti kavramları, birçok anlama gelebilecek olan kavramlardır⁸⁵.

Müdafinin adli bir organ olduğu görüşü, Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesindeki "bağımsızlık" kavramı ile de desteklenmektedir. Zira ilgili maddeye göre, Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir. Avukat ise, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil etmektedir.

Öğretide bazı yazarlara göre, Müdafii iddia, yargılama gibi adaleti geliştirerek kamusal menfaatlere hizmet eden adli bir organ olması, sanığın ve onun yardımcısının meşru haklarının budanması için bir hücum kapsamına dönüşebileceğinden, müdafii kamu menfaati üzerine yapılandırılması sınırlı tutulmalıdır. Savunma, kamu menfaati üzerine yapılandırılırken bir taraftan savunmanın etkinliği diğer taraftan adli makamların minimum etkinliği korunmalıdır. Bu yaklaşım, öğretide sınırlı organ teorisi olarak adlandırılmaktadır. Adli makamların etkinliğinin çekirdek alanına müdahale, muhakemenin amacının her tehlikeye sokulduğunda değil, sadece gerçeğin bulunmasına ağır tecavüzler gerçekleştiğinde söz konusu olur⁸⁶.

Baskın olan görüşe göre, müdafii sanığın yanında tek taraflı bir faaliyet gösterse dahi, tüm muhakeme kurallarına uyulup uyulmadığını kontrol eder ve maddi gerçeğe ulaşılması için adil bir yargılama yapılmasını temin eder. Sadece bu sebepten dolayı taraflı olsa dahi müdafii kamusal menfaatlere de hizmet eden bir organdır. Çünkü usul kurallarına sıkı sıkıya bağlı bir şekilde gerçekleşen muhakeme, keyfi görünümünden uzaklaşır ve toplumsal kabul görür. Müdafii maddi gerçeğin ortaya çıkmasına yardımcı olması tek taraflıdır. Müvekkilinin lehine olan durumları ve meşru tüm araç ve metotları kullanabilir ve müvekkiline zarar verebilecek hususları göz ardı edebilir. Bu tek taraflılık hukuk etiğine aykırı değildir. Alman öğretisinde bazı yazarlara göre,

⁸⁵ Zafer, s. 305.

⁸⁶ Zafer, s. 306.

organ kavramının, avukat ile devlet arasındaki ilişkinin belirlenmesinde temel bir kavram olarak ele alınması doğru değildir. Keza bu kavram, müdafii hak ve yükümlülükleri ile meşru savunma faaliyetlerinin (araçlarını) bir koordinasyon sistemi içerisinde değerlendirilebilmesi için esas alınabilecek nitelikte de bir kavram değildir. Yasal hükümler, müdafii, adli makamların fonksiyonuna entegrasyonunu tanımlamaktadır. Buradan hareketle, müdafii sadece mesleğini ifa edebilmesi için, prensip olarak bir karşı taraf olmadığını, faaliyet yeteneği bulunan ve birbiriyle “savaşmayan” adli makamların bir ortağı olduğunu söylemek mümkündür. Müdafii, gerçeğin araştırılarak hükme ulaşılması sürecinde, temsil ederek ve tavsiyelerde bulunarak sanığın menfaatlerinin gerçekleştirilmesine hizmet etmelidir. Müdafii müvekkilini koruma görevi ile adli makamın menfaatlerinin yarışması halinde müvekkilinin menfaatleri ön sırada yer almalıdır. Bu sadece sanığa yardım etmenin adli makamların fonksiyonlarına bir saldırı teşkil etmesi halinde söz konusu olmaz ⁸⁷.

Müdafii tarafsız bir adli organ mı yoksa sanığın yanında yardımcısı bir adli organ mı yoksa mahkemenin yanında yardımcısı bir adli organ mı olduğu tartışmalıdır. Bazı yazarlar müdafii hem sanığa hem de mahkemeye yardımcı bir organ olduğunu ileri sürmektedirler ⁸⁸.

Müdafii tarafsız bir adli organ olarak gören görüşe göre, müdafii sanığa ve diğer muhakeme sujelerine karşı bağımsız bir adli organdır. Bu görüşe göre, müdafii suçlu olduğuna inandığı bir sanığın beraatı için çalışmaz ⁸⁹. Müdafii sadece maddi gerçeğe uygun davranmak zorunda kalır. Aynı şekilde, savunmanın, mahkemenin ve iddianın amacına uygun davranması beklendiğinden müdafii suçlu olduğunu bildiği müvekkilinin beraatını talep edemez. Zafere göre, müdafii tarafsız bir adli organ olarak kabul etmek onu mahkemenin yardımcısı haline getirmekle eşittir. Müdafii, mahkemenin yardımcısı bir organ olarak kabul ederek mahkemenin emrine vermek yanlıştır. Savunma üzerinde mahkemenin denetimi kabul edilemez ⁹⁰. Ancak, müdafii

⁸⁷ Zafer, s.306.

⁸⁸ Centel, s. 42–44.

⁸⁹ Centel, Müdafii, s. 45.

⁹⁰ Erem Faruk, Ceza Yargılaması Hukuku, 6. Bası, Ankara, s.167.

zaten savcının etkisi ile yanlışlığa düşmesini engelleyerek hâkime de yardımcı olmaktadır⁹¹.

E-SANIĞIN BAĞIMSIZ YARDIMCISI VE ADLİ ORGAN OLARAK MÜDAFİİ

Müdafî ceza muhakemesinde çift yönlü bir konuma sahiptir. Müdafîi bir açıdan sanığın yardımcısı, diğer açıdan sanığın davranışının ceza hukukuna aykırılığı konusunda verilecek olan hükmün meşrulaştırılmasına hizmet eden adli bir organdır. Diğer bir ifade ile müdafî, hukukun ve toplumun avukatı olarak hem sanığın özel menfaatlerine hem de adil bir adli makamın güttüğü kamusal amaçlara hizmet etmekle yükümlüdür⁹². Tosun'a göre, müdafîi sanığa ve hâkime yardımcı olur. Savcının etkisi ile hâkimin hataya düşmesine engel olur. Müdafîi hukuki konularda ve fiilin nasıl gerçekleştiği konusunda bilgi vererek sanığa ve hâkime yardımcı olur⁹³.

Müdafî, sanığa yardımcı bir adli organ olarak kamusal bir fonksiyonu yerine getirir. Organ teorisi, müdafîin kendisini tek taraflı ve içtenlikle müvekkili için ortaya koymasını engellemez; sadece bunu yaparken uyması gereken sınırların belirlenmesini ifade eder. Bu türlü sınırlamalar kabul edilmezse, müdafîin ceza muhakemesinde bir figürana dönüşmesi ihtimali doğabilir. Öğretide bazı yazarlara göre, her kim, müdafîin yalan söyleme hakkını bir ilerleme olarak görür ve bunu desteklerse böyle bir tehlike yaratmış olur. Müdafîin kamusal fonksiyonu, onun devletten ve müvekkilinden bağımsız olmasını gerektirir. Müdafîin organ oluşu aynı zamanda onun sanığın istekleri ile bağlı olmamasını ifade eder. Müdafîin sanığın hem yardımcısı olması hem de ondan bağımsız olması bir çelişkiyi ifade etmez⁹⁴.

⁹¹ Tosun, Türk Suç Hukuku Muhakemesi Dersleri I,s.587.

⁹² Zafer, s.307.

⁹³ Tosun, Türk Suç Hukuku Muhakemesi Dersleri I, s.587.

⁹⁴ Zafer, s.308.

Müdafî, müvekkilinin haklarını koruyup onun lehine olan durumları ön plana çıkartırken, müvekkilinin talepleri ile de bağılı kalmamalıdır. Örneğin, müdafî sanığın rızası hilafına delil ikamesi talebinde bulunabilir, ondan farklı savunma taktikleri geliştirebilir, sanığın mahkeme önünde ifade etmekten çekineceği açıklamalar yapabilir. Müdafîin olaya ilişkin olarak yazılı veya duruşmada yaptığı açıklamalar sanığın açıklamaları değildir. Müdafî sanığın arzusu hilafına onun beraatını talep edebilir. Çünkü sanığın içinde bulunduğu şartlar nedeniyle kendi durumunu değerlendirmesi mümkün olmayabilir. Bu durumda sanığa, gerektiğinde onun arzusu hilafına ancak lehine davranabilen veya davranması zorunlu olan bir müdafî yardım edebilir. Müdafî sanığın savunması ile bağılı değildir ve sanık müdafîini belirli bir şekilde savunma yapmaya zorlayamaz. Teorik olarak müdafî tam bir serbestliğe sahiptir. Ancak müdafîin müvekkiline ekonomik olarak bağımlılığının söz konusu olduğu hallerde müdafîin tam bir bağımsızlık içinde olduğunu söylemek mümkün değildir. Bunu yanında, Müdafîin teorik olarak sahip olduğu bu serbestliğinin sınırı onun vicdanında ve meslek kurallarında yatmaktadır⁹⁵. Müdafî ile müvekkili arasındaki ilişki güven ilişkisine dayanmalıdır (TBB Meslek kuralları m. 3) . Bu güven ilişkisi, savunmanın kalitesine ve etkinliğine yansır. Bu nedenle, müdafî önce müvekkili ile konuşup onu savunmada uygulayacağı taktik konusunda ikna etmelidir. Anlaşamamaları halinde müvekkilin çözüm tarzı dikkate alınmalıdır. Aksi takdirde, sanığın müvekkil-müdafî ilişkisine son verme riski güçlüdür⁹⁶.

Sonuç olarak, müdafî müvekkilinden bağımsız, ancak onun yararına çalışan adli bir organdır. Müdafîin sır saklama yükümlülüğünün ve adalete hizmet şeklindeki kamusal görevinin bulunması onun organ olarak görevinin iddia ve yargıdan farklı bir şekilde sınırlandırılmasını gerektirir. Alman hukukunda yaygın olan görüşe göre, müdafîin iki fonksiyonu bulunmaktadır. Müdafî, bir taraftan devletin müvekkiline bakışını bertaraf etmede müvekkiline yardımcı olur; bu müdafîin özel fonksiyonudur. Diğer taraftan ise ceza muhakemesinde sanık tarafında bir gözlemci olarak faaliyet gösterdiği için, adli makamlara ve hâkime yardım eder⁹⁷. Müdafîin bu kamusal

⁹⁵ Erem, Ceza Yargılaması Hukuku, s.169.

⁹⁶ Zafer, s.309.

⁹⁷ Tosun, Türk Suç Hukuku Muhakemesi Dersleri I,s.587

fonksiyonu etkin bir şekilde yerine getirebilmesi için evrakı görme, sanıkla görüşme gibi bazı imtiyazlara sahip olması zorunludur. Ancak, bunun için kendi açısından belirli bir objektifliği de sergilemesi gerekir. Bu objektifliğin gerçek bir tarafsızlık olarak anlaşılmaması gerekir. Müdafinin tarafsız kalma yükümlülüğü yoktur. Aksine, bu hukuki süreçte tek taraflı koruma fonksiyonu ile sanığa yönelik saldırıları bertaraf etmelidir. Müdafî, toplumun çıkarlarına aykırı olsa bile, sanığın çıkarlarını korumakla yükümlüdür. Alman öğretisinde mevcut bazı görüşlere göre, müdafinin adli organ fonksiyonu abartmamak gerekir. Çünkü bu durum gereğinden fazla vurgulanırsa sanık müdafine güvenmez ve müdafisiz kalmayı tercih edebilir. Sanığın yardımcısı olan müdafî, ceza muhakemesi hukukunun savunma için koyduğu kurallar içinde olduğuna inandığı bir sanığın beraatı için susabilir. Müdafinin tarafsız bir adli organ olduğu anlayışı ile sanığın yardımcısı olarak adli organ olduğu anlayışı arasındaki fark burada kendini gösterir, müdafinin maddi gerçeği ortaya çıkarma görevi sanığın menfaatleri ile sınırlı bir görevdir⁹⁸. Savunmanın sınırlarını belirlerken sınırdaki olaylarda, müdafinin adli organ rolü ile yardımcı rolü karşı karşıya kaldığında yardımcı rolü lehine karar verilmelidir. Diğer bir ifadeyle, sınırdaki olaylarda, adli organ rolünün zarar görmesi pahasına da olsa, müdafinin yardımcı kişi rolü zarar görmeyecek şekilde değerlendirme yapılmalıdır⁹⁹.

Sanık bu oyunda kendisine karşı başlatılan muhakemede aktif olarak karşı tarafa yardım etmek zorunda değildir¹⁰⁰. Ancak, buna karşın hukuk düzeninin, profesyonel bir yardımcı olan müdafiden farklı davranmasını beklemesi ve onu sınırlaması mümkündür. İddia ve yargılama makamları gibi savunma makamının da, adil muhakeme ilkesine tabi olması doğaldır. Müdafinin organ olarak kabul edilmesi, başkaldıran avukatların köşeye sıkıştırılmasına yardımcı bir silah olmayıp, adil muhakeme kavramının nasıl sınırlanacağını gösteren bir tespittir. Adil muhakeme, her iki tarafın da adil oyun kurallarına uymasını gerektirir. Alman öğretisinde yıllarca süren tartışmalara rağmen, müdafinin yetkilerinin sınırına ilişkin olarak kabul edilen somut prensipler koymaktan uzaktır. Bu içtihatlar da genel prensipler koymaktan uzaktır. Bu

⁹⁸ Centel, Müdafii, s. 45.

⁹⁹ Zafer, s.309.

¹⁰⁰ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.127.

içtihatlarda, somut olaylara ilişkin olarak müdafî yalan söylememeli bilerek hiçbir şekilde olayı karartmamalı, ceza soruşturmasını zorlaştırılmamalı ve faaliyetlerinde muhakeme hukuku araçlarını kullanmalıdır şeklinde ipucu niteliğinde prensipler ortaya konulmuştur¹⁰¹.

Müdafîin adli organların etkinliğini zayıflatma tehlikesi vardır. Bu nedenle, Alman öğretisinde mevcut bazı görüşlere göre, müdafîe sadece, adli organların etkinliğinin çekirdek alanına girmesinin yasaklanması önerilerek bu tehlike yumuşatılmaya çalışılmaktadır. Bu teoriye sınırlı organ teorisi denilmektedir. Müdafî hangi davranışı ile adli organların etkinliğine tecavüz etmiş sayılacaktır, Zafere göre, adli organların etkinliğinin çekirdek alanının belirlenmesinin zorluğu ortadadır. Ancak, bireysel yararlar ile toplumsal yararlar arasında bir denge kurmaya çalışmak ve “denge prensibini” kabul etmek, ceza muhakemesinin, bu arada savunmanın da yararınadır. Çünkü savunmasını yalan üzerine kurma imkânına sahip olan bir savunmanın çok da inanılır olmayacağı ortadadır. Ayrıca, iddia makamı da bu yetkilere sahip olmak isteyebilir veya bireyi güvence altına alan teminatlara uymanın kendi işi olmadığını söylemeye başlayabilir. Sınırlı organ teorisi müdafî tam bir organ olarak da kabul etmez. Adli makamların etkinliğini azaltmak en eski zamanlardan beri müdafîin görevi olmuştur. Müdafîin adli organlar için "fren görevi" yapması, kötü veya ayıp değildir. Aksine Ceza Muhakemesi Yasası da bunu öngörmektedir. Örneğin, müdafîin sanığa susma hakkını hatırlatmasını yasa kabul etmektedir. Bu, adli organların işini frenleyen bir davranıştır. Muhakemenin sorunsuz akması gerekmez. Müdafîin dışliler arasında kum tanesi olması gerekir. Müdafîin adli organların etkinliğini azaltması tek başına savunmayı hukuka aykırı kılmaz. Ancak bütün bunlara rağmen, devletin cezalandırma hakkı ve hukuk devleti ilkesi müdafîin hareketlerine sınırlama getirilmesini yasaklamaz. Öğretide mevcut bazı görüşlere göre, Bu sınırlamalar sadece savunmaya değil, iddia makamına da yöneliktir. Sınırlı organ teorisine göre, bu sınırlamaların yasa koyucu tarafından belirlenmesine gerek yoktur. Çünkü müdafî açık kurallar olmadan da devletin cezalandırma hakkının çekirdek alanını sabote edemeyeceğini bilir¹⁰².

¹⁰¹ Zafer, s.310.

¹⁰² Zafer, s.312.

Müdafinin faaliyetlerinin içeriği ve sınırı, özel ve kamusal menfaatlerin karşılıklı tartılmasıyla ulaşılabacak olan sonuca göre belirlenecektir. Ancak Zafere göre, bu geleneksel çözüm dahi sınırlarının belirsiz olması ve müdafinin konumunu zayıflatması nedeniyle eleştirilere uğramaktadır. İctihatlara ve öğretinin büyük bir kısmına göre, müdafî, sanığın tek taraflı olarak menfaatlerini korumaz; bir yardımcı olarak sanığın yanında yer alır. Müdafî, bağımsız bir adli organdır. Bu organ da işleyen bir adli mekanizmanın menfaatlerine uymakla yükümlüdür. Müdafinin faaliyetlerinin içeriği ve sınırı bireysel ve kamusal menfaatlerin dengelenmesi ile ulaşılabacak sonuca göre belirlenmelidir. Bu yerleşmiş görüşe karşı geliştirilen görüşler ise müdafinin görevinin, sadece, sanığa menfaatleri doğrultusunda yardım etmek olduğunu savunmakta ve müdafinin adli organ olduğuna dair söylemin hukuken kavranmasının zorluğunu ispatlamaya çalışmaktadır¹⁰³.

Öğretide, müdafinin sanığın yardımcısı olarak kabul edildiği halde, sanık ve müdafinin bir hasım taraf karşısında “savunma tarafını” teşkil ettiği, müdafî ile sanığın bir madalyonun iki yüzü gibi olduğu ileri sürülmektedir¹⁰⁴. Zafere göre, taraf kavramı ceza muhakemesi hukukuna yabancı bir kavramdır, Taraf olma, amaca ulaşmak için doğru veya yanlış olduğuna bakılmaksızın, belirli davranışların yapılmasını gerektirir, çünkü iddia makamı şeklen ve psikolojik olarak bir taraf gibi görünse bile, sanığın lehine araştırma yapma yükümlülüğünden dolayı hukuken bir taraf olarak kabul edilmez. Bu nedenle, bir taraf bulunmayınca karşı tarafın bulunması da mümkün değildir. Ancak, müdafinin müvekkilinin lehine davranma ve onun menfaatlerini diğer menfaatlerden üstün tutma yükümlülüğünden dolayı, şeklen de olsa müvekkilinin yanında bir adli organ olduğunu belirtmek gerekir. Müdafî, müvekkilinin lehine olan her şeyi prensip olarak denemeli ancak bunu yaparken her türlü delil karartmadan kaçınmalıdır¹⁰⁵.

¹⁰³ Zafer, s.312.

¹⁰⁴ Erem, Savunma Hakkının Kökeni, s. 694.

¹⁰⁵ Zafer, s.313.

F-ANAYASAYA UYGUN USUL TEORİSİ ÇERÇEVESİNDE MÜDAFİİ

Alman uygulamasında daha çok avukatlar tarafından kabul gören ve “anayasaya uygun usul teorisi” olarak anılan görüş, hukuk devleti prensibinden türetilen adil yargılanma hakkının ön planda tutmaktadır. Bu görüşe göre, savunma amacı ile gerçekleştirilen ve yasayla açıkça yasaklanmamış olan her usulü işlem meşrudur. Ancak, bu çözüm tarzı da açık değildir. Çünkü usulü işlem kavramının sınırları belirli değildir. Müdafinin hakları büyük ölçüde yasada düzenlenmemiş olup genel prensiplerden türetilmiştir. Örneğin, tanıklara tanıklıktan çekinme haklarının kullanmalarını önerme hakkı gibi. Ayrıca, kural, müdafinin yasada sayılmış ve yasaklanmamış olan yetkileri kullanmasıdır¹⁰⁶. Müdafii müdafaasını yaparken ancak kedisine tanınan yasal haklarını kullanabilecektir.

H-SANIK İLE MÜDAFİİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Öğretide sanık ile müdafii arasındaki ilişki konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bazılarına göre müdafii sanığın temsilcisidir¹⁰⁷, bazılarına göre ise yardımcısıdır¹⁰⁸, diğer bir görüşe göre de müdafinin bağımsız bir durumu vardır. Bu durumda bazılarınca muhakeme hukukunun taraflarından birinin iki bağımsız organdan biri olması durumudur, diğer organda sanıktır¹⁰⁹. Bu görüş bugün Almanya’da en çok taraftar bulan görüştür¹¹⁰. Bir diğer görüşe göre bu durum hizmet aktidir¹¹¹. Son bir görüşe göre de müdafilik ayrı yetkileri ve ödevleri olan kanuni bir temsilciliktir¹¹².

Müdafii ile sanık aynı durumda değildir. Müdafii her zaman sanığın temsilcisi, hatta yardımcısı da değildir, bağımsız bir durumu vardır. Müdafilik ayrı yetkileri ve

¹⁰⁶ Zafer, s.313.

¹⁰⁷ Kunter/Yenisey, s.207, dn.23.

¹⁰⁸ Taner,127;Kantar,147,Öztürk/Erdem/Özbek199,376. Kunter/Yenisey, s.207,dn.23.

¹⁰⁹Kunter/Yenisey, s.208, dn. 25.

¹¹⁰ Centel,44.

¹¹¹ Kunter/Yenisey,s.208, dn.26.

¹¹² Kunter/Yenisey,s.208,dn .27.

ödevleri olan bir makamdır. Sanık ile müdafii arasında ki ilişkinin iki yönü vardır. Birincisi, bu ikisi arasındaki özel hukuk bakımından ilişkidir. Ferdi müdafaa göz önünde tutulursa “hizmet” (BK m. 380) söz konusudur. Gerçekten kamusal müdafaa yapan müdafii müdafaayı serbestçe düzenlemeli, talimat ile bağlanmamalıdır. Bu ilişkinin bir de bir kamu hukuku dalı olan ceza muhakemesi hukuku bakımından bir yönü vardır ki, burada, müdafiiin ceza muhakemesinde müdafaa görevini ifa ederken sanığı iradesi ile bağlı olup olmadığı, yetki ve ödevlerinin neler olacağı meseleleri, söz konusudur. Bu ilişki, özel hukuk kurumları ile açıklanamaz. ceza muhakemesinde müdafii yerine vekil denilmesi sadece terim hatası olarak kalmamakta, mesela tebligat bakımından hatalı sonuçlar doğurmaktadır. Bu ilişki, Kunter / Yenisey’ ye göre, bir ceza muhakemesi hukuku kurumu olan müdafilik ile açıklanabilir¹¹³.

Müdafii ancak belli durumlarda sanığın temsilcisidir. Bu durumlarda müdafii sanık yerine geçer, onu aratmaz. Görülüyor ki, müdafiiler temsilcisi olan veya olmayan diye ikiye ayrılabilir. Bu ayrım vekâletnameli ve vekâletnamesiz ayrımından farklıdır. Zira vekâletnameli müdafii her zaman temsilci değildir. Vekâletnamesiz olması da temsilciliğine engel değildir. Ceza muhakemesi hukukunda müdafii teriminin özel bir manası vardır. Müdafii sadece ceza muhakemesinin müdafaa makamında yer alan sanık bakımından söz konusudur. Bu nedenle iddia makamını işgal eden şahsi davacının veya katılanın avukatı onun müdafii değil, vekilidir. Diğer Muhakeme Hukuku dallarında hatta müdafaa makamındaki davalının avukatı da müdafii olmayıp vekildir¹¹⁴.

¹¹³ Kunter/Yenisey, s. 208.

¹¹⁴ Kunter/Yenisey, s. 208.

VI. MÜDAFİİN SÜJELİĞİ VE ŞARTLARI

A-Genel Olarak

Ceza yargılaması hukukunda müdafii yargılama faaliyetinin üçlü sacayağından biridir. Bu nedenle makam yönünden yargılamanın süjesidir. Müdafinin müdafaa makamını işgal edebilmesi için aşağıda saydığımız özelliklerin tümüne haiz olmalıdır.

B- Müdafinin T.C. Vatandaşı Olması (Av. K. m. 3/a),

Müdafinin T.C. vatandaşı olması gerekmektedir. Yabancıların Türkiye’de avukatlık yapabilmeleri, diğer ülkelerde olduğu gibi kabul edilmemiştir

Alman Avukatlık Kanununun 4. maddesine göre de, Almanya ‘da avukatlık yapabilmek için. Alman Hâkimler Kanununun aradığı şartları sahip olan bir kişinin izin almak üzere başvurması gerekir. Eyaletlerde birinden hâkimlik yapma yetkisini kazanan bir kişi diğer eyaletlerde de başvuruda bulunabilir (Alman Av. K. m. 5). Aynı yasanın 7. maddesine göre avukatlık yapma engellerinden birincisi Alman Anayasa Mahkemesinin bu kişi tarafından bir temel hakkın ihlal edilmiş olduğuna dair karar vermesidir (Alman Av.K. m. 7/1). Bunun dışında demokratik hukuk devletinin temel düzeninin cezalandırılabilir bir şekilde ortadan kaldırmaya çalışan bir kişi de avukatlık yapamaz (Alman Av. K. m. 7/6). Almanya’da avukatlık yapabilmek için belli bir yerde büro açmak lazımdır. Bunun yanı sıra yemin etmekte şartlardan biridir. Yasanın 29. maddesine göre bir alman avukat, Almanya dışındaki diğer eyaletlerde büro açabilir. Böyle bir işlem yapması, ülkedeki çalışmalarını engellemez.¹¹⁵

¹¹⁵ Kunter/Yenisay, s. 390, dn. 2.

C- Müdafii, Avukat Veya Dava Vekili Olması,

Müdafii, avukat veya dava vekili olmalıdır. 1412 sayılı CMUK ‘nın 137. maddesinde bu husus belirtilmişti. Madde metnine göre müdafilik, avukatlık veya dava vekilliği etmeğe kanuni yetkisi olan kimselerden intihap olunabilir denmekteydi (CMUK m. 137). 5271 sayılı CMK ‘da düzenlenme ise dava vekillerinin müdafii olabilmesi imkanını ortadan kaldırmıştır, zira “müdafii; şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukat” (CMK m. 2/1c) olarak, vekil ise; “katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişiyi ceza muhakemesinde temsil eden avukat” (CMK m. 2/d) olarak tanımlanmıştır.

D- Müdafinin Avukatlık Yasağı Bulunmaması,

Müdafinin avukatlık yasağı bulunmamalıdır. Avukatlık yasağı şu hallerde vardır: hâkim veya savcının eşi veya yakınları o hâkim veya savcının baktığı işte avukatlık yapamaz. (AV.K. m. 13) , belli kamu görevi yapanlar, mesela milletvekilleri, belediye meclisi üyeleri, belli tüzel kişiler aleyhine iş alamaz (AV.K. m. 12, TBMM Üyeliği ile Bağdaşmayan İşler Hakkında Kanun 84/3069 sayılı K. 3), hâkim ve savcılar ayrıldıkları mahkemede iki yıl süre ile avukatlık yapamaz (AV. K. m. 14). Sıkıyönetim mahkemeleri açısından bu süre üç yıldır (AV. K. “81/2442” 14/3) ¹¹⁶.

E- Müdafinin Avukatlık Yapabilmesi İçin Baroya Kayıtlı Olması,

Müdafinin avukatlık yapabilmesi için Baroya kayıtlı olması gerekmektedir. Avukatlık mesleğine kabul edilebilmek ve baroya kayıt yapabilmek için avukatın: Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması, Türk hukuk fakültelerinden birinden mezun olması veya yabancı memleket hukuk fakültesinden mezun olup da Türkiye hukuk fakülteleri programlarına göre noksan kalan derslerden başarılı sınav vermiş olması, avukatlık stajını tamamlayarak staj bitim belgesi almış bulunması, Avukatlık sınavını başarmış olması (Ek bend: 02.05.2001 – 4667/1. m.), Levhasına yazılmak istenen baro

¹¹⁶ Kunter/Yenisay, s. 390.

bölgesinde ikametgâhının bulunması, ve son olarak 1136 sayılı Avukatlık Kanuna göre avukatlığa engel bir hali olmaması gerekmektedir (AV. K.m. 3).

Bu niteliklere sahip avukatın aynı zamanda kaydolduğu Baronun yetki çevresinde büro açma ve ilgili vergi dairesinde kaydının olması gerekmektedir.

F- Müdafii Aynı Muhakemede Tanık yada Sanık Olmaması,

G- Müdafii Aynı İşe Hâkim, Hakem, Savcı Veya Memur Sıfatı İle El Koymuş Bulunmaması¹¹⁷,

H- Yararları Birbirine Uygun Olan Birden Fazla Şüpheli Veya Sanığın müdafaası Aynı Müdafî Tarafından Yürütülebilmesi,

Yararları birbirine uygun olan birden fazla şüpheli veya sanığın müdafaası aynı müdafî tarafından yürütülebilir. Bu nedenle bir müdafinin birden fazla sanık veya şüphelinin müdafaasını üstlene bilmesi için 5271 sayılı CMK ‘ nın 152. maddesindeki koşulları taşıması gerekmektedir. Mesela, şahsi davacının veya katılanın vekilliği ile müdafilik bağdaşmaz.

VII. MÜDAFAA GÖREVİ

Karar niteliğindeki hüküm yani karar bir şüpheyi yener. Şüphe ise en az iki ihtimali gerektirir. Muhakeme hukukunda iddianın görevi bu ihtimallerden birini ileri sürmektir ve bu ihtimal tezi teşkil eder. Karşı tez yani müdafaa olmadan bir iddia tasavvur olunamaz. Müdafaayı yani karşı tezi kabul etmeyen bir iddia, iddia değil karardır. Müdafaa karar için zaruri olan şüphenin yenilmesini kolaylaştırmağa yarar. Asıl ceza muhakemesinde iddia başlangıçta isnattır, yani bir kimsenin bir eyleminin suç teşkil ettiğini iddia etmektir. Buna karşı müdafaa sanığın suçsuzluğunu ileri sürecektir.

¹¹⁷ AV. K. Dğ. 02,05,2001/4667/26 md.

Karşı iddia şeklindeki müdafaa, aslında esas hakkındadır. Fakat tali dava açmak suretiyle de müdafaa mümkündür.¹¹⁸

Müdafaanın sanık adı verilen fert bakımından önemi üzerinde durmağa bile lüzum yoktur. Unutulmamalıdır ki suçlu olamayanlarda sanık durumuna düşebilirler. Zaten, sanık adı üstünde suçlu olduğu henüz bilinmeyen, fakat suçlu olduğu sanılan, kuvvetli şüphelenilen kimsedir. Bu şüphenin yenilmesi ve bir karara varılabilmesi için müdafaa şarttır. Bunun için müdafaayı kolaylaştırmak lazımdır. Hatta sanık hakikatten suçlu da olsa, hak ettiğinden yani kanunda gösterilenden fazla cezalandırılmaması gerekmektedir. Müdafaa bunun içinde elzemdir.¹¹⁹

Müdafaa devlet bakımından da önemlidir. Gerçekten müdafaa neticede kararın doğru olmasını sağlar. Bu da ceza adaletinin hakkıyla yerine getirilmesi demektir ki adalet devletin demeli olduğuna göre, müdafaa devletin temelini koruyor demektir. Müdafaa bir başka bakımdan da devletin yararınadır. Zira suçtan fert kadar devlette sorumludur. Devlet hem suçtan zarar gören hem sorumlu durumundadır. Devlete sorumluluğu yüzünden ayrıca ceza verilmemektedir. Ancak fertlere ceza tayin olunurken devletin sorumluluğu da nazara alınmaktadır. Görülüyor ki sanıkla birlikte devlette muhakeme edilmektedir. Müdafaa bu bakımdan devlet bakımından da önemlidir.

VIII- MÜDAFAA BAĞIŞIKLIĞI

İddia ve müdafaa bağışıklığında esas, bu görevlerin yapılması sırasında kullanılan kelimeler yüzünden cezalandırılmamaktır. Zira iddia ve müdafaa görevini yapan kimse, acaba kullandığım kelimeler suç sayılır da cezalandırılır mıyım diye endişe ederse, söyleyeceklerinin bir kısmından korku yüzünden vazgeçebilir yani iddia ve müdafaa görevini hakkıyla yapamaz. Yargıtay’a göre, “Anayasanın kabul ettiği esaslar çerçevesinde, iddia ve müdafaa hakkının kullanılması ancak meşru vasıta ve

¹¹⁸ Kunter/Yenisay, s. 202.

¹¹⁹ Kunter/Yenisay, s. 202.

yollardan yararlanmak suretiyle olmalıdır. İddia ve müdafaa hakkının her türlü etkiden uzak olarak kullanılması esastır. Bir davada tarafların yargı mercileri önünde iddia ve müdafaalarını hiçbir endişeye kapılmadan serbestçe yapmaları gerekir. Ancak bu serbesti, dava konusu olayın aydınlığa kavuşması, bir başka anlatımla hakkın meydana çıkarılmasına vesile olması amacına hizmet etmelidir. Böyle olduğu takdirde Anayasanın öngördüğü meşru vasıta ve yollara başvurulmuş olur. Ancak o dava sebebiyle söylenmesinde ve yazılmasında yarar bulunmayan, diğer bir deyişle davanın aydınlığa kavuşmasında ve hakkının meydana çıkarılmasında hiçbir olumlu etkisi olmayan, hakareti oluşturan yazı ve sözlerin kullanılmasında meşruiyet vardır denilemez. Bu gibi durumlarda iddia ve savunma sınırı aşılmış ve dolayısıyla haysiyetler korunmamış olur¹²⁰.

Ancak, iddia ve müdafaa bağışıklığı kanunlarda ve Yargıtay içtihatlarında yukarıda değindiğimiz üzere çok defa belli suçlar, belli kişiler bakımından, hatta belli şartlarla kabul edilmiştir. Bütün bu şartlar bağışıklığın sınırlandırılması hatta bazen büsbütün yok edilmesi sonucunu doğurmaktadır.¹²¹

765 sayılı Ceza kanunumuz müdafaa bağışıklığını sadece hakaret suçunda kabul etmiş (TCK 486) ve kimlerin faydalanabileceğini göstermiştir. 5237 sayılı Ceza kanunumuz ise müdafaa bağışıklığını somutlaştırmıştır. İddia ve müdafaa dokunulmazlığı başlıklı madde metnine göre “Yargı mercileri veya idarî makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve müdafaalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnatlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması hâlinde, ceza verilmez. Ancak, bunun için isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyuşmazlıkla bağlantılı olması gerekir”. 765 sayılı Ceza kanunumuzun 486. maddesine 1953 de eklenen anayasaya aykırı görülmeyen¹²² bir fıkra ile “dava ile ilgili olmayan ve ilgili olduğu takdirde dahi iddia ve müdafaa hududunu aşan hakareti mutazammın yazı ve sözlerin” cezalandırma kaidesine tabi

¹²⁰ CGK 20.10.1998 tarih ve 1998/225–316 sayılı kararı. YKD.

¹²¹ Kunter/Yenisay, s. 202.

¹²² Any. M:8.6.65.

tutulmaması, iddia ve müdafaa bağımsızlığını yok etmiştir¹²³. İddia ve müdafaa hududu içinde kalan esasen hakaret teşkil etmesi mümkün değildir. Bu hududun aşılmasına rağmen faile ceza verilmemesiyledir ki bir masuniyetten bahsedilebilir¹²⁴. Müdafaa bağımsızlığını korumak için kanunda ki sınır yorumla genişletilmelidir¹²⁵.

IX- MÜDAFİİN MÜDAFAA BAĞIMSIZLIĞI

A-Genel Olarak

Adil bir yargılama sürecinin vazgeçilmez diğer bir ayağı da müdafinin müdafaa bağımsızlığıdır. Müdafiler görevlerini yaparken yürütme ve yargıya karşı, sanığa ve üçüncü şahıslara karşı, Baroya karşı hatta müdafii kendine karşı bağımsız olmalıdır. Ceza muhakemesi hukukunda maddi gerçeğe ulaşmanın önemli bir şartı olan bu bağımsızlık aynı zamanda yargı bağımsızlığının da önemli bir unsurudur. Elçi ve Diğerleri Türkiye davasında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi adaletin idaresi ve hukuk kurallarının öneminin hukuk üzerindeki merkezi rolüne vurgu yapmıştır. İHAM'a göre, avukatların mesleklerini icra ederken baskı altına alınmadan özgür bir şekilde hareket edebilmeleri, demokratik toplum için önemlidir ve sözleşmenin hükümlerinin etkili olabilmesi için gerekli bir ön koşuldur. Bu nedenle söz konusu davada avukatlara yönelik baskıyı, avukatların gözetimine alınmalarını ve bürolarının aranarak mesleki evraklarına el konulmasını, İHAS'nin 5/1. maddesini ihlali olarak kabul etmiştir¹²⁶.

Müdafinin müdafaa bağımsızlığının bir uzantısı olarak avukat bürolarında arama ve elkoyma özel hükümlere tabi tutulmuş ve güvence altına alınmıştır (CMK m. 130). Buna göre avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla

¹²³ Erem Faruk / Toroslu Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel hükümler., 9. Baskı, Ankara,2003, s. 573.

¹²⁴ Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 14. baskı, 1995, s. 52.

¹²⁵ 4.CD: 12.3.73.YKD.

¹²⁶ Elçi ve Diğerleri / Türkiye Davası, 2003, <http://www.echr.coe.int> (hudoc documents)

ilgili olarak cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur. Arama sonucu el konulmasına karar verilen şeyler bakımından bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminden ve kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeden istenir. Yetkili hâkim el konulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu saptadığında, el konulan şey derhal avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklara ortadan kaldırılır. Bu fıkra ön görülen kararlar, 24 saat içinde verilir.¹²⁷

B-Müdafi Yürütme Ve Yargılama Kuvvetlerine Karşı Bağımsız Olması

Müdafi yürütme ve yargılama kuvvetlerine karşı hür olmalıdır; bir başka söyleyiş ile bu kuvvetler, ne şekilde müdafa yapacağı hakkında müdafiye talimat vermemeli, müdafa görevini yapmasına tesir edilmemelidir¹²⁸. Duruşmanın idaresi ve disiplini hakkındaki başkanın yetkileri müdafiin özgürlüğüne mani olmamalıdır. Hâkimin disiplin bakımından tutuklama ve hatta cezalandırma yetkisi bu nedenle müdafiye teşmil edilmemiştir (CMK m. 393)¹²⁹.

C-Müdafi Sanığa Karşı Bağımsız Olması

Müdafi sanığa karşı hür olmalıdır; müdafi sanık seçse de ve icabında azledebilse de müdafi müdafaasını tayinde tamamen serbest olmalıdır¹³⁰. Müdafiinin müdafaasını tayinde hür olması kamusal bir müdafa açısından ve maddi gerçeğin araştırılması ilkesi açısından da önem arz etmektedir.

¹²⁷ Gülşen Recep, “Yeni Cmk’da Arama”, Hukuki Perspektifler Dergisi, sayı 3 Nisan 2005, s.93- 94.

¹²⁸ Tosun, Türk Suç Hukuku Muhakemesi Dersleri I, s.612.

¹²⁹ Kunter/Yenisay, s. 393.

¹³⁰ Kunter/Yenisay, s. 393.

Müdafinin meslek kuralları ve avukatlık kanunu çerçevesinde müvekkiline karşı bağımsızlığı söz konusudur. Mesleki çalışmasında avukat bağımsızlığını korur; işini bu bağımsızlığı zedelemeyecek şekilde tam bir sadakatle yürütür. Avukatın müvekkiline karşı bağımsızlığını garanti altına almak için, işi reddetme hakkı tanınmıştır (Av.k m.37, TBB Meslek Kuralları m. 2,38). Ancak müdafii müvekkiline ekonomik olarak bağımlılığının söz konusu olduğu hallerde müdafii tam bir bağımsızlık içinde olduğunu da söylemek mümkün değildir¹³¹.

Müdafinin ve sanığın mahkemedeki tutumları bir birine zıt ise bu durumda ne olacaktır, bu konuyla ilgili olarak öğretilerde farklı görüşler mevcuttur. Sanığın tutumunu dikkate alanlar olduğu gibi, müdafinin tutumunu da dikkate alanlar mevcuttur üçüncü bir görüş ise sanığın lehine olan tutumun dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır.

D-Müdafii Üçüncü Şahıslara Karşı Bağımsız Olması

Müdafii üçüncü şahıslara karşı hür olmalıdır; duruşma esnasında dinleyiciler müdafii üzerinde baskı yapmamalıdır bu nedenle gerekli görülen hallerde duruşmalar gizli oturumlar olarak da yapılabilmektedir. Müdafii basının baskısına karşıda korunmalıdır, bu korumanın sağlanabilmesi için Anayasa basın hürriyetinin, yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak üzere, kanunlarla sınırlanabileceğini kabul etmiştir¹³².

E-Müdafii Baroya Karşı Bağımsız Olması

Müdafii Baroya karşı hür olmalıdır; kamu kurumu niteliğindeki serbest meslek kuruluşu olan barolar, müdafilere talimat, telkin yolu ile baskı altına almamalıdır.

F-Müdafii Yargılama Makamına Karşı Bağımsız Olması

Müdafii yargılama makamına karşı hür olmalıdır. Bu bağımsızlık, müdafii, mahkemeye saygısızlık gerekçesiyle tutuklanamayacağına, hafif para cezası ile ve hafif

¹³¹ Zafer,. s. 309, dn, 293.

¹³² Kunter/Yenisay, s. 393.

hapis cezasına mahkûm edilemeyeceğine ilişkin kuralla (Av. K. m. 58/2) güvence altına alınmıştır¹³³.

Müdafii, müdafaası sırasında acaba sözlerim suç teşkil edecek mi diye düşünürse, yine serbestçe müdafaada bulunamaz. Bunun içindir ki sanık gibi müdafi de “müdafaa bağışıklığı” tanınmıştır¹³⁴. Müdafaa bağışıklığının kanun koyucu tarafından sadece hakaret suçu bakımından benimsenmiştir. Suç tasnii, iftira ve tanıkları yalan beyana teşvik suçları bakımından müdafaa bağışıklığı söz konusu değildir. Müdafiin savunma yaparken, dava ile ilgili olarak yargı organlarına verdiği dilekçe veya sözlü savunmalarında kullandığı ifadeler tahkir edici olsa dahi, savunma konusu uyuşmazlıkla bağlantılı ve gerekli olduğu sürece hakaret ve sövme suçunu oluşturmaz ve müdafi bu eyleminden sorumlu tutulmaz (5237 sy. TCK m.128)¹³⁵.

Yargıtay temyiz dilekçesinde “insan hukukçuluğundan utanıyor, bizi Afrika kanunlarıyla idare ediyorlar zannederler” sözleri yer alan sanık müdafiinin eyleminde savunma sınırını aşan sözlerin hakaret oluşturması nedeniyle ¹³⁶765 sayılı TCK’ nın 266/3, 486. maddelerindeki suçların oluşmuş olduğuna karar vermiştir¹³⁷.

Dönmezer’e göre, savcı, hâkim, tanık ve bilirkişi taraf olmadığı için onlara yöneltilen hakaret ve sövme fiilleri savunma dokunulmazlığı (Ay. m.36) kavramı kapsamında değerlendirilemez. Ancak, yasanın tanığın beyanlarına ve bilirkişinin mütalaalarına itiraz etme olanağı tanıdığı hallerde, bu itiraz çerçevesinde yapılan açıklamalar savunma dokunulmazlığı içinde kalır¹³⁸.

G-Müdafi Kendisine Karşı da Bağımsız Olması

Müdafi kendisine karşı da hür olmalıdır; müdafiiler müdafaa görevlerini yaparken kendilerine teklif edilen işin haksız veya yolsuz bulurlarsa reddetmeğe

¹³³ Zafer, ,dn 289. s. 308.

¹³⁴ Kunter/Yenisay, s. 393.

¹³⁵ İddia ve savunma dokunulmazlığı, 765 sy. TCK md. 486.

¹³⁶ CGK20.10.98 E.1998/4-225, K.1998/316YKD 1998/1967.

¹³⁷ Kunter/Yenisay, s. 394.

¹³⁸ Dönmezer Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.262.

mecburdurlar (AV.K. m. 38/a). Müdafiler aynı zamanda da kendilerine teklif edilen işi hiçbir sebep göstermeden ret de edebilirler (AV.K. m. 37).

Baro tarafından tayin edilmiş müdafilerin zorunlu ve atanmış müdafii olarak görev yaparken hiçbir sebep göstermeden kendilerine verilen işi reddedip edemeyecekleri tartışmalı bir konudur. Avukatların kendi inanç ve düşüncelerini bir yana bırakarak savunma hakkının kutsallığı gereği savunmayı layıkıyla yerine getirmeleri gerekmektedir. Ancak Avukatlık Kanunu bakımından bu olaya baktığımız zaman, yukarıda da belirttiğimiz üzere müdafilerin tayin edilen işi hiçbir sebep göstermeden ret de edebileceklerdir. Uygulamada barolar müdafilere tayin edildikleri işleri ret etme hakkı tanımamaktadır.

X- MÜDAFİİ İLE MÜDAFAANIN GEREKLİLİĞİ

Türk ceza muhakemesinin yapısı müdafie, Anglosakson ceza muhakemesinde olduğu gibi merkezi bir rol vermemektedir. Kıta Avrupa'sı sisteminde, savcı ve mahkemenin kendiliğinden lehe olan delilleri araştırma yükümlülüğünün bulunması nedeniyle, ayrıca bir müdafie neden ihtiyaç duyulduğu dahi sorgulanabilmektedir. Ancak savcının kendi ileri sürdüğü iddiayı kendisinin çürütmesi her zaman kabul edilebilecek bir durum değildir. Devletin adli organları ile sanık arasındaki silahların eşitliği ilkesi, taraf muhakemesine göre şekillendirilmemiş olan ceza muhakememizde tam anlamıyla gerçekleştirilememektedir. Ancak, silahların eşitliği ilkesi, ulaşılmaya çalışılan bir muhakeme hedefi olarak sistemde yerini korumaktadır. Sanık, olaydan etkilenen kişi olması nedeniyle, soğukkanlılığını ve olay üzerindeki hâkimiyetini kaybettiği için, ceza soruşturmasını yürüten devlet ajanlarına karşı yeterli bir güç oluşturamamaktadır. Ayrıca sanık, çoğu zaman gerekli hukuki bilgiye de sahip değildir. Diğer yandan sanığın, tutuklu olması veya parasının olmaması nedeniyle araştırma yapma olanağı da kısıtlıdır. Müdafii, sanığın bu açıklarını, sanığın suçluluğunu kayıtsız şartsız tartışmaya açarak ve her zayıf noktayı sanığın lehine ortaya koyarak kapatır ve denge sağlar.¹³⁹

¹³⁹ Zafer, s. 286.

Savcılığın ve mahkemenin ceza muhakemesinde ki sanık lehine rolünü müdafinin rolü ile bağdaştırmak mümkün değildir. Savcının sanığın lehine ve aleyhine araştırma yapma yükümlülüğünün (CMK m.170/5) veya mahkemenin resen maddi gerçeği araştırma yükümlülüğünün bulunması savunma niteliği taşımakla birlikte, müdafii yardımıyla savunma gerekliliğini ortadan kaldırmaz¹⁴⁰. Savcının, soruşturma görevi ile koşullanmış bulunmasından ve yaptığı iş sebebiyle psikolojik olarak kendini devletin vekili bir taraf gibi görme ihtimalinin yüksek olmasından dolayı sanığın lehine olan delilleri gözden kaçırmaması mümkündür¹⁴¹. Savcı olay hakkında iddianame düzenleyerek kamu davası açmakla zaten olay hakkında belirli bir kanaate sahip olduğunu ortaya koymaktadır. Araştırmayı yapan makamlar ön yargılıdır ve onların gerçeği algılamaları etki altındadır. Savcılarda davanın başarısızlığını kendi başarısızlıkları olarak kabul edebileceklerinden, sanığın lehine olan delilleri kolayca gözden kaçırabilirler. Aynı şekilde, dosyayı önceden incelemiş ve evrak üzerinden bir kanaate ulaşmış ve hâkimde sanık tarafından ileri sürülen talepleri reddetme içgüdüğü ile hareket edebilir. Diğer taraftan, hâkimin objektif davranma çabası içinde olması da onun gerçeği aydınlatma görevini abartarak sanığın haklarını gerektiği gibi kullanmasını engelleyebilir veya kısıtlayabilir¹⁴². Ayrıca hâkim tarafsız olduğundan sanığa yol gösteremez.¹⁴³ Sanığın bireysel savunma hakkını kullanıyor olması da müdafii ile savunulmanın gerekliliğini ortadan kaldırmaz. Sanığın korunması, savunma için seçilmiş bir usul tarafının sanığın menfaatlerini korumak için muhakemede biçimsel olarak yerini alması ile gerçekleşebilir. Çünkü sanıklar çoğu zaman eğitimsiz ve özellikle hukuki konularda deneyim ve bilgidan uzaktırlar. Sanığın, haklarını savunma tekniklerini, savunmada hangi noktalara önem verilmesi gerektiğini, susmanın mı yoksa konuşmanın mı daha lehine sonuç vereceğini bilmesi zordur. Muhakeme hukuku yurttaşın hukuku olmayıp hukukçuların hukukudur. Bu hukuk kurallarının bilinmesi çoğu zaman eğitim almayı gerektirir. Ayrıca, sorunlara ihtiyatla yaklaşacak olan müdafinin savunması, duygusal olarak hareket eden sanığinkinden, daha

¹⁴⁰ Centel Nur, s.8.

¹⁴¹ Centel/Zafer, Hazırlık Soruşturmasında savunma s.196.

¹⁴² Zafer, s. 287.

¹⁴³ Taner Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, 3. Bası, İstanbul, s.126.

inandırıcı olacaktır. Sanık ile hukuki donanımına sahip iddia makamı arasındaki mücadelenin eşit araçlarla yapılabilmesi için, sanığın aynı donanımına sahip bir kişiden yararlanması gerekmektedir. Bu nedenle, ceza muhakemesinde tam anlamda bir savunmanın gerçekleştirilebilmesi için sanığın, kendisinin ve yasal temsilcisinin dışında, mahkeme karşısında deneyimli bir hukukçunun yardımına ihtiyacı vardır.¹⁴⁴ Aksi takdirde, sanığa tanınmış birçok diğer hakta kâğıt üzerinde kalır. Tedirginlik, bunalım, korku ve şaşkınlık sanığın durumunu daha da ağırlaştırır. Özellikle tutukluluk savunma olanaklarını ağırlaştırır. Sanık muhakeme süjesi olarak kendisine tanınan hakları etkin şekilde ancak müdafii aracılığı ile kullanabilir. En azından önemli davalarda müdafii katılımı olmaksızın adil, hukuk devletine yakışır bir muhakemeden söz edilemeyeceği için, müdafii hukuk devletine yakışır bir muhakemenin güvencesini teşkil eder.¹⁴⁵

Müdafii, hâkim, savcı ve hatta yargılama kararlarına katılmayan yardımcı personelin yetkinliği, yargılama şeklindeki kamu hizmetinin kalitesini önemli derecede etkiler. Yargılamada kalite, bu hizmetin görülmesinde belli birtakım niteliklere uyulması; kalitenin denetimi ise söz konusu niteliklerin varlıklarının ve yeterliliklerinin sorgulanması demektir. Uyuşmazlıkları ortadan kaldıran, kesin hüküm veren ve bu hükmü uygulayan, süratli, hakkını arayanı veya haklı olanı tatmin eden, hak arayanları yüreklendiren, haksızlık yaratacakları caydıran, saygın, ulaştığı sonuç doğru ve adil olan bir yargılama kaliteli bir yargılamadır.¹⁴⁶

Avukat yargılama hizmetinde ve özellikle hüküm vermede görev alan hâkim, savcı gibi yargının kurucu temel unsurlarındandır (Av.K. m. 1) , (Havana Kuralları m.12) ve onun yargılamaya katılması yargılamanın kalitesini artırır.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Centel, s.2.

¹⁴⁵ Zafer, s. 288,.

¹⁴⁶ TUSİA, Yargılama Düzeninde Kalite, 1998, s14–18.

¹⁴⁷ Zafer, s. 289.

XI. CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA VEKİLLİK KURUMU

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun tanımlar başlıklı 2. maddesinin d bölümünde vekillik kavramı tanımlanmıştır. Madde metnine göre katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişiyi ceza muhakemesi hukukunda temsil eden avukat vekil olarak tanımlandırılmıştır. Mağdura veya şikâyetçiye veya katılana vekil tayini CMK’ da ayrı ayrı düzenlenmiştir.

Vekil, mağdur veya şikâyetçi tarafından seçilebilir, vekâletnameyle tayin edilebilir. Ancak, mağdurun veya şikâyetçinin bir avukatı vekil olarak tayin edecek durumu olmaması durumunda ise, kendisine Baro tarafından bir avukat da vekil olarak atanabilecektir (CMK m. 234/3.). Söz konusu madde ile soruşturma ve kovuşturma evresinde bir vekil tayin edemeyecek durumda olan mağdur ve şikâyetçiye hiçbir şart aranmaksızın bir avukat vekil olarak tayin edilmesi mümkün kılınmıştır.

Mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar şikâyetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilirler (CMK m. 237/1). Mağdura veya şikâyetçiye Baro tarafından vekil atanabildiği gibi, katılana da bir vekil atanabilmektedir. Kamu davasına katılan mağdur veya suçtan zarar gören, davaya katıldığında, mahkemeden istemesi halinde baro tarafından bir avukat görevlendirilir. mağdur veya suçtan zarar görenin çocuk, sağır ve dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede akıl hastası olması halinde avukat görevlendirilmesi için istem aranmaz. (CMK m. 239/1/2)

Sanığa veya şüpheliye bir avukatın müdafii olarak atanabildiği durumlarda, mağdura, şikâyetçiye veya katılana bir avukatın vekil olarak atanmaması taraflar arasında hukuki yardım temini yönünden dengesizlik yaratacaktır. Ancak mağdurun, şikâyetçinin veya katılanın kişisel iddiasının bir uzman tarafından desteklenmesi yani bir avukat tayin edilmesi durumunda ise bu dengesizliğin önüne geçilebilecektir. Baro tarafından şüpheli ve sanık için avukat atanabilirken, mağdura bir avukatın atanmaması,

özellikle soruşturma evresinde kolluk ve savcılık aşamasında, işlenen suçtan zarar gören mağduru bir kez daha mağdur edeceği çok açıktır. Zira kovuşturma aşamasında kendi bireysel iddiasını savcılık makamının kamusal iddiası ile destekleme imkanına sahip müştekinin soruşturma aşamasında da bu hakka sahip olması gerekmektedir. Bu sebeple 5271 Sayılı CMK ile bu durumun olumsuz sonuçları ortadan kaldırılmıştır.

XII. MÜDAFİİ TAYİNİ YÖNTEMLERİ

A- Genel Olarak

Ceza muhakemesi hukukunda müdafinin işgal ettiği müdafaa makamına atanması ceza muhakemesinin işleyişi açısından yasal bir zorunluluktan kaynaklanabileceği gibi sanığın, şüphelinin veya kanuni temsilcinin iradesine bağlı olarak da gelişebilir. Birinci durumda zorunlu müdafinin varlığından, ikinci durumda ise iradi müdafinin varlığından bahsedilir. Tayin edilen müdafii atanmış olabileceği gibi seçilmiş olabilir.

Aşağıda daha geniş şekilde ele aldığımız şekilde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile gerek yargılamanın tümü için gerekse bir takım ceza muhakemesi işlemleri için müdafii tayini zorunluluğunun kapsamı genişletilmiştir. Örneğin, ilgili kayıtlar incelendiğinde Diyarbakır Barosu CMK Uygulama Merkezince 2005 yılı içerisinde Diyarbakır ceza mahkemelerinden 5 bin 243 esas, 1.175 talimat dosyası için avukat talebi gelmiş olup CMK Uygulama Merkezince, toplam 6 bin 418 dosyada 10 bin 575 kişi için 7 bin 215 avukat ataması yapılmıştır. CMK Uygulama Merkezince avukat ataması yapılan 10 bin 575 kişiden 10.193'ü sanık sıfatıyla yargılanmıştır. Merkez tarafından bu yargılamalar için 7 bin 153 müdafii ataması yapılmıştır. Atama yapılan 10 bin 193 sanıktan 2.197 ise çocuktur. Merkez ayrıca 230 mağdur çocuk içinde avukat görevlendirmiştir. Diyarbakır Barosu CMK Uygulama Merkezince 2006 yılın ilk

yarısında karakol, savcılık, sorgu ve mahkeme aşamalarında toplam 19.965 kişiye hukuki yardımda bulunmak üzere avukat atamasında bulunmuştur.¹⁴⁸

Bu bölümde müdafii tayinin savunma hakkı açısından gerekliliği, müdafinin tayin edilme usulleri ve uluslararası hukuk uygulaması ele alınacaktır.

B- Atanmış Müdafii

Müdafii ile savunmanın yasal bir zorunluluk olması durumunda¹⁴⁹ yada sanığın bir müdafii seçebilecek durumda olmadığı ve CMK 150/1. maddesine göre mahkemeden müdafii talebinde bulunması halinde (CMK m. 150/1), baro tarafından yapılan müdafii tayini “atama” olarak nitelendirilmektedir. Tayin edilen avukat da atanmış müdafidir.

İster müdafii ile savunma iradi, ister zorunlu, olsun mahkemenin talebi üzerine baro tarafından tayin edilen avukat atanmış müdafii olarak ceza muhakemesi sürecindeki yerini alır. Bu sebeple birinci durumda atanmış iradi müdafii, ikinci durumda ise atanmış zorunlu müdafinin varlığından bahsedilebilir.

C- Seçilmiş Müdafii

Müdafii ile savunmanın yasal bir zorunluluk olduğu durumlarda ya da sanığın kendi bireysel savunmasının yanında bir müdafii ile savunma yapma konusunda iradesinin serbest olduğu durumlarda sanık tarafından vekâletname ile tayin edilen avukat, seçilmiş müdafii olarak nitelendirilmektedir.

¹⁴⁸ http://www.diyarbakirbarosu.org.tr/basin/2006_07_19.htm

¹⁴⁹ Yasal zorunluluk halleri için bkz. s.31,32

Müdafie savunmanın yasal bir zorunluluktan kaynaklandığı durumda seçilmiş zorunlu müdafinin varlığından, müdafii ile savunmanın sanığın iradesine bırakıldığı ve sanığın bir müdafii ile savunma yapmayı tercih ettiği durumlar da ise seçilmiş iradi müdafinin varlığından bahsedilir.

D- Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Müdafii Tayini

Adil bir yargılama sürecinin temel prensibi olarak, sanığın savunma hakkı çerçevesinde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6. maddesindeki düzenleme ile bir suç isnadı ile karşı karşıya kalan kişi, savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı olduğu sözleşme ile güvence altına alınmıştır (İHAS m. 6,3/b). Bunun yanında, kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın yardımından para ödemeksizin yararlanabilmek hakkı yine sözleşme tarafından garanti altına alınmıştır. (İHAS m. 6,3/c)

Avrupa İnsan Hakları mahkemesi içtihatları incelendiğinde ücretsiz avukattan yararlanma hakkının sınırsız bir hak olmadığı ortaya çıkmaktadır. Sanığın mali olanaklardan yoksun olduğu hallerde ve adaletin selameti açısından gerekli ise sanığın avukattan yararlanma hakkının gereği yapılır¹⁵⁰ denilmektedir. Bu bağlamda sanığın bu haktan yararlanması için şu koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir;

1. sanık tarafından tayin edilmiş (seçilmiş) bir avukat olmamalıdır,
2. sanık bir avukat tutabilecek maddi olanaklardan yoksun olmalıdır,
3. adaletin selameti açısından, sanığın bir avukatın hukuki yardımından yararlandırılmasının gerekli olmalıdır.

¹⁵⁰ İnceoğlu Sibel, Avrupa İnsan Hakları mahkemesi Kararlarında Adil yargılanma hakkı, İstanbul, 2002, s.318.

İHAM uygulaması açısından son durum son yıllarda daha bir ön plana çıkmaktadır. Sanığın maddi durumunun avukat tutmaya yeterli olduğu durumlarda bile koşulları gerçekleşmesi halinde avukat talebi makul görülebilmektedir. Sanığın olanaklarının yetersizliği yoksulluk anlamında algılanmamalıdır. Örneğin, sanığın avukat tutacak gücü varsa ancak bu ücreti ödemesi sosyal yaşam standardını bozacak ve önemli derecede geriletecek ise bu durumda da sanığın ekonomik olarak yetersiz olduğundan bahsedilebilmektedir, yada şüphelinin veya sanığın içinde bulunduğu durumda avukatına veya bir avukata ulaşabilmesi hususunda fiili imkansızlıklar söz konusu olabilir.

Yapılacak yargılama sonucunda sanığın özgürlüğünden yoksun kılınması söz konusu ise, adaletin selameti açısından prensip olarak ücret ödemedi bir avukatın hukuki yardımından yararlanma hakkının kullandırılması gerekmektedir ¹⁵¹. Yine aynı gerekçe ile Perks ve Diğerleri İngiltere'ye karşı davasında, mahkeme sanığın üzerine atılı suçun hukuk tekniği açısından kendisinin üstesinden gelemeyeceği özellikler taşıması ve yargılama sonucunda ağır cezalar verilme olasılığının bulunması, sanığın savunmasının avukat eliyle yürütülmesini adaletin doğruluğu ve adil bir yargılama açısından zorunlu kılmakta olduğuna karar vermiştir ¹⁵².

Bir başka kararında Lala Hollanda'ya karşı davasında İHAM, geçerli bir özrü olmasa dahi duruşmaya gelmeyen sanığın bir avukat aracılığıyla savunma yapmaktan yoksun bırakılamayacağına karar vermiştir ¹⁵³.

¹⁵¹ Benham / İngiltere Davası, 1996, <http://www.echr.coe.int> (hudoc documents)

¹⁵² Perks ve Diğerleri / İngiltere Davası, 1999, <http://www.echr.coe.int> (hudoc documents)

¹⁵³ Lala / Hollanda Davası, 1994, <http://www.echr.coe.int> (hudoc documents)

XIII. ZORUNLU MÜDAAFİLİK KURUMU

A-Genel Olarak

Kanun koyucunun sanığın iradesini dikkate almaksızın müdafii ile savunmayı mecburi kıldığı yani sanığın rızası olmasa dahi müdafinin ceza muhakemesine katılmasının yasal bir gereklilik olarak düzenlendiği durumlarda zorunlu müdafilik kurumundan bahsedilmektedir. Zorunlu müdafii, ceza muhakemesinde bulunması gerekli yani yasaca öngörülmüş zorunlu ceza muhakemesi süjesidir bu nedenledir ki zorunlu müdafinin yokluğunda celse açılamaz yargılama yapılamaz. Ancak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi kanununun uygulamasının yerleştirilmeye çalışıldığı bu süreçte zorunlu müdafinin yokluğunda celse açılmakta ve yargılamaya devam edilmektedir bu durum yasal düzenleme ile uygulama arasında çelişki doğurduğu da açık biçimde ortadadır.

Zorunlu müdafii iki şekilde yargılama sürecine dâhil edilebilir. Sanık, şüpheli veya bunların kanuni temsilcileri tarafından seçilebilir, bu şekilde tayin edilen avukat seçilmiş zorunlu müdafidir. CMK 150/1'e göre sanık veya şüpheli bir müdafii seçebilecek durumda değilse talebi halinde bir müdafii görevlendirilir, bu şekilde tayin edilen avukat atanmış zorunlu müdafidir.

Atanmış zorunlu müdafii yargılama sürecine baro tarafından düzenlenmiş görevlendirme belgesi ile katılır. Seçilmiş zorunlu müdafinin ise vekâlet gösterme zorunluluğu yoktur, sanığın duruşma esnasında müdafii ile savunma yapma iradesini açıklaması yeterlidir. Ancak uygulamada CMK' da vekâletname ile ilgili bir hüküm olmamasına rağmen müdafilere vekâletname sunmaları için bir diğer celseye kadar süre verilmektedir.

Zorunlu müdafinin celsede hazır bulunamaması durumunda başka bir avukatı tevkil etme yetkisinin olup olmadığı hususu uygulama açısından önem arz etmektedir. Baro tarafından tayin edilmiş zorunlu müdafinin mesleki veya diğer bir mazereti nedeniyle duruşmada bulunamaması durumunda önceden CMK uygulama merkezini ve

Mahkemeyi yazılı olarak bilgilendirerek yerine başka bir avukatın müdafii olarak sadece mazeretli olduğu celse için atanmasını talep edebilmektedir (ilgili İç Yönetmelik madde 7/5). CMK uygulama merkezi mevcut talep karşısında zorunlu müdafii olan avukatın belirlediği bir meslektaşını veya başka bir avukatı yetki belgesi ile sadece mazeret bildirilen celse için tayin etmektedir¹⁵⁴. Sanık veya kanuni temsilcisi tarafından tayin edilen seçilmiş zorunlu müdafinin celsede hazır bulunamayacağı durumlarda tevkil yetkisine sahip olmak koşulu ile bir başka avukatı yerine tayin edebilir.

Seçilmiş veya atanmış olsun, zorunlu müdafinin celsede hazır bulunmaması durumunda mahkeme nasıl hareket edecektir ? İHAM Artico davası kararında müdafii tayini ile devletin sorumluluğunun bitmeyeceğine, tayin edilen müdafinin görevini yapmaması durumunda, yapmağa zorlanması veya yenisinin devlet tarafından tayin edilmesi gerektiğine karar vermiştir¹⁵⁵.

Bu durumda mahkeme oturuma ara vererek veya erteleyerek CMK uygulama merkezinden Baro tarafından tayin edilmiş zorunlu müdafii yerine bir başka avukatın görevlendirilmesini ve görevini mazeretsiz aksatan avukatın uyarılması için talepte bulunur. Ancak seçilmiş bir zorunlu müdafii varsa bu durumda mahkeme celse açamayacaktır. Bu durumda o celse için Barodan derhal müdafii ataması istenebilecektir.

İster atanmış ister seçilmiş olsun zorunlu müdafinin celsede mazeretsiz bulunmaması görevi ihmal suçunu da oluşturmaktadır, zira avukatların kabul ettikleri işi dürüstlikle yerine getirme yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu nedenle, mahkeme

¹⁵⁴ 10 Temmuz 2006 tarihli 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 5320 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna İlişkin İç Yönetmelik madde 7/5: Baro tarafından müdafii/vekil olarak atanan avukat görevlendirilmesine ilişkin yazıya dayanarak bir başka avukata veya avukatlık ortaklığına vekâletname yerine geçen yetki belgesi verebilir. Bu şekilde tevkil edilen avukata ayrıca ücret ödenmez.

¹⁵⁵ Artico vs. İtalya Davası İHAM, 13.05.1980, Strasbourg 6694/74.echr.coe.int(hudoc documents) 07,05,2006)

ilgili avukat hakkında suç duyurusunda da bulunabilir. Uygulamada celsede bulunmayan atanmış zorunlu müdafiler hakkında Baroya uyarı yazısı yazılmakta ve yeni bir müdafinin tayini talep edilmekte ve cezai tahkikat yolu kullanılmamaktayken bu durumu birkaç kere tekrarlayan avukatlar hakkında Cumhuriyet savcılığına görevi ihmalden veya görevi kötüye kullanmadan dolayı suç duyurusunda bulunmaktadır.

Zorunlu müdafii tüm yargılama işlemleri için atanabileceği gibi aynı zamanda bir işlem içinde atanabilir. Kanun koyucu belli birtakım ceza muhakemesi işlemleri için müdafinin hazır bulunmasını zorunlu kılmıştır. Örneğin sanık veya şüpheliye isnat edilen suçun kanunda öngörülen ceza alt sınırı 5 seneden az olsa dahi tutuklamaya sevk edilen sanık veya şüpheliye müdafii atanması durumu söz konusu olduğunda, atanan zorunlu müdafinin işlem için atanmış olur. Yine aynı şekilde şüpheli veya sanığa isnad edilen suçun cezasının alt sınırının 5 yıldan fazla veya az olmasına bakılmaksızın, sanığın veya şüphelinin akıl hastası olduğu hallerde gözlem altına alınabilmesine mahkemece ancak müdafii dinlendikten sonra karar verilebilir (CMK M. 74). 5271 sayılı CMK ‘ da mecburi müdafilik kurumunun mevcut olduğu halleri daha geniş biçimde şu şekilde sıralayabiliriz;

B- Yaş Küçüklüğü, Sağır Ve Dilsizlerin Durumu İle Malullük Durumunda,

5271 sayılı CMK 150 maddesinin 2. paragrafında yaş küçüklüğü ile ilgili olarak şu düzenleme öngörülmüştür; Şüpheli veya sanık on sekiz yaşını doldurmamış ya da sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malûl olur ve bir müdafii de bulunmazsa istemi aranmaksızın bir müdafii görevlendirilir.

C- Ceza alt Sınırının 5 Yıl ‘dan Fazla Olduğu Durumlarda,

5271 sayılı CMK 150 maddesinin 3. paragrafında mevcut yeni düzenleme mecburi müdafiliğin kapsamını genişletmiştir. Bu düzenleme ile alt sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada ikinci fıkra hükmünün uygulanması öngörülerek seçilmiş bir müdafinin olmadığı durumlarda mecburi müdafii tayinini zorunlu hale getirmiştir. 5271 sayılı CMK 150 maddesinin 2.

paragrafında yapılan değişiklik ile yasanın ilk halinde ceza üst sınır olarak belirlenen kriter 06.12.2006 tarihli 5560 sayılı yasa'nın 21. maddesi ile ceza alt sınırı haline getirilmiş ve ilgili maddenin uygulama alanı bu şekilde daraltılmıştır.¹⁵⁶

D-Tutuklamaya Sevk Durumunda,

5271 sayılı CMK 101 maddesinin 3. paragrafına göre; tutuklama istenildiğinde, şüpheli veya sanık, kendisinin seçeceği veya baro tarafından görevlendirilecek bir müdafinin yardımından yararlanır. Bu yeni düzenleme ile tutuklamaya sevk edilen şüpheli şahsa ve sanığa müdafiden yararlanma hakkı tanınmıştır.

E- Gözlem Altına Alınma İşlemi Esnasında,

İkinci paragrafta değindiğimiz üzere 5271 sayılı CMK madde 74'te işlem için atanmış zorunlu müdafilik düzenlenmiştir. Buna göre, fiili işlediği yolunda kuvvetli şüpheler bulunan şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığını, akıl hastası ise ne zamandan beri hasta olduğunu ve bunun, kişinin davranışları üzerindeki etkilerini saptamak için; uzman hekimin önerisi üzerine, Cumhuriyet savcısının ve müdafinin dinlenmesinden sonra resmî bir sağlık kurumunda gözlem altına alınmasına, soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından karar verilebilir. Şüpheli veya sanığın müdafii yoksa hâkim veya mahkemenin istemi üzerine, baro tarafından bir müdafî görevlendirilir.

¹⁵⁶ MADDE 21 – 5271 sayılı Kanunun 150 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

MADDE 150 – (1) Şüpheli veya sanıktan kendisine bir müdafî seçmesi istenir. Şüpheli veya sanık, müdafî seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, istemi halinde bir müdafî görevlendirilir.

(2) Müdafii bulunmayan şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise, istemi aranmaksızın bir müdafî görevlendirilir.

(3) Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada ikinci fıkra hükmü uygulanır.

(4) Zorunlu müdafilikle ilgili diğer hususlar, Türkiye Barolar Birliğinin görüşü alınarak çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir." (rega.basbakanlik.gov.tr/index.aspx)

F- Kaçak Sanıklar Hakkında Yargılama Yapılması Durunda,

5271 sayılı CMK 247. maddesi ile kaçakların yargılanması hususu ile ilgili olarak yeni düzenlemelere yer verilmiştir. Madde metnine göre Hakkındaki kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişiye kaçak denir. Kaçak sanık hakkında kovuşturma yapılabilmesi için aynı maddenin 3. fıkrası ile ancak Duruşma yapılan hâllerde kaçak sanığın müdafii yoksa mahkeme barodan bir avukat görevlendirilmesi ile imkân tanınmıştır.

XIV. İRADİ MÜDAFİLİK KURUMU

Kanun koyucunun müdafii ile savunmayı zorunlu kıldığı haller dışında, müdafinin savunma görevinin ancak sanığın, şüphelinin ve ya bunların kanuni temsilcilerinin iradesine bağlı olduğu, yani bireysel savunmasının yanında bir müdafinin hukuki yardımından yararlanma iradesini serbest bir şekilde kullanabildiği durumlarda iradi müdafilik kurumundan bahsedilebilir. İradi müdafii sanık, şüpheli ve ya bunların kanuni temsilcileri tarafından seçilebilir.

Ceza muhakemesi hukukunda iradi müdafilik zorunlu bir ceza muhakemesi süjesi değildir, iradi müdafinin yokluğu durumunda mahkemece duruşma açılabilir ve yargılamaya devam edilebilir.

İradi müdafii iki şekilde yargılama sürecine dâhil edilebilir. İradi müdafii sanık, şüpheli veya bunların kanuni temsilcileri tarafından seçilebilir, bu şekilde tayin edilen avukat seçilmiş iradi müdafidir. CMK 150/1'e göre sanık veya şüpheli bir müdafii seçebilecek durumda değilse talebi halinde bir müdafii görevlendirilir, bu şekilde tayin edilen avukat ise atanmış iradi müdafidir.

Ceza muhakemesi yargılamasında sanık veya şüpheli kendi imkânları ile bir veya daha fazla avukatı iradi müdafii olarak atayabileceği gibi CMK 150/1. maddesine göre müdafii seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse istemi halinde bir müdafii görevlendirilebilir. Bu durumda Baro tarafından görevlendirilecek müdafii, CMK 'da müdafii ile müdafaayı zorunlu kılan durumlardan biri mevcut olmadığından, zorunlu müdafii değildir. Sanığın veya şüphelinin müdafii seçme konusunda hür iradeye sahip olduğu bu durumda, müdafii seçebilecek mali kudreti bulunmayabilir. Bu durumda CMK 150/1.'e göre görevlendirilen müdafii, sanık veya şüphelinin iradesi ile görevlendirildiğinden yani sanık veya şüpheli bireysel savunmasının yanında müdafii ile temsil konusunda halen hür iradeye sahip olduğundan, sanık veya şüphelinin savunmasını atanmış iradi müdafii olarak sürdürecektir.

Seçilen iradi müdafinin seçildiğini vekâletname ile ispat etmesi şart değildir. Sanığın mahkemeyi herhangi bir surette haberdar etmesi kâfidir¹⁵⁷. Sanığın seçtiği müdafii mahkeme huzurunda belirtmesi yeterli olacaktır. Ayrıca mahkemenin hukuk usulindeki gibi seçilmiş iradi müdafinin müdafiliğine karar vermesi gerekmemektedir. Ancak bu durum uygulamada çoğu kez tekrarlanmakta ve duruşma tutanaklarına da geçirilmektedir.

Sanığın gaip olması durumunda seçilmiş iradi müdafinin vekâletname göstermesine ihtiyaç vardır. Keza hazır bulunmayan sanığı temsil edebilecek müdafiinde bu sıfatını ispat için vekâletname göstermesi gerekir¹⁵⁸.

Görevlendirme yazısı ile Baro tarafından atanmış iradi müdafii, tıpkı Baro tarafından atanmış zorunlu müdafii gibi tevkil yetkisine sahiptir. Ancak, Yargıtay bir kararında Baro tarafından görevlendirilmiş müdafinin iş ortağına verdiği tevkil yetkisini ve tevkil edilen avukatın temyiz talebini sanık ile tevkil eden müdafii arasında bir vekâlet ilişkisi olmaması sebebiyle usulden reddetmiş ve asıl görevlendirilen müdafinin temyiz süresini kaçırmış olması sebebiyle de temyiz başvurusunu değerlendirmeye almamıştır. Ancak, bu konuyla ilgili çelişkili durum 10 Temmuz

¹⁵⁷ Kunter/Yenisay, s. 209.

¹⁵⁸ CG:9/12/74 YKD 75/7, 33.

2006 tarihli 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 5320 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna İlişkin İç Yönetmelik ile aşılmıştır, zira yönetmeliğin ilgili 7/5. maddesinde, Baro tarafından müdafii/vekil olarak atanan avukat görevlendirilmesine ilişkin yazıya dayanarak bir başka avukata veya avukatlık ortaklığına vekâletname yerine geçen yetki belgesi verebileceği belirtilmiştir.¹⁵⁹

XV. AVRUPA VE AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLER HUKUKU ÇERÇEVESİNDE MÜDAFİ TAYİNİ

İtalya’ da ceza muhakemesi hukukunda müdafii vasıtasıyla müdafaa son soruşturmada kaide olarak mecburidir ve müdafii bulunmadan duruşma yapmak butlan sebebidir.

Fransa’ da ceza muhakemesi hukukunda ağır ceza mahkemelerinde mutlaka, asliyelerde sanık müdafaa yapamayacak derecede malulse müdafii tayini mecburidir.

Almanya’ da bu gün eyalet mahkemesi ilk derece mahkemesi olarak davaya bakıyorsa, isnat edilen suç cürümse, bir mesleğin icrasının yasaklanması söz konusu olabiliyorsa, şüpheli sağır veya dilsizse, şüpheli hâkim kararıyla en az üç ay bir kurumda bulunmaktaysa ve duruşmanın başlamasından en az iki hafta önce serbest bırakılmayacaksa, sanık müşahede altına alınacaksa, koruma muhakemesi yapılacaksa, sanığın müdafii bir kararla yasaklanmışsa müdafii tayini mecburidir.

İsviçre ‘de ceza muhakemesi hukukunda müdafinin yargılama sürecine katılımı esasen sanığın iradesine bağlanmış olmakla birlikte belli durumlarda müdafii ile müdafaa zorunlu kılınmıştır. Öngörülen cezanın yüksek olduğu ağır ceza davalarında, yüksek mahkemelerde görülen davalarda¹⁶⁰, uzun süreli özgürlüğü kısıtlayıcı cezalarda veya tedbirlerde¹⁶¹, sanığın yaşının küçük olması ya da ruhsal durumu nedeniyle

¹⁵⁹ Bknz. s.66, dn. 154.

¹⁶⁰ Zürih Kantonu CMUK § 11 2/4, Cenevre Kantonu CMUK Madde 29/3.

¹⁶¹ Zürih Kantonu CMUK § 11 2/3, Bern Kantonu CMUK Madde 50/2a.

çıkarlarını korumakta dikkatli olamayacağı durumlarda ¹⁶² sanığa müdafii atanması zorunludur.

Birleşik Devletler Anayasasının hızlı yargılama, tanıklık ve suçlama başlıklı 6. bölümüne göre sanık bir avukatın hukuki yardımını alma hakkına sahiptir¹⁶³. Görülmektedir ki müdafii ile müdafaa birleşik devletlerde anayasal bir kaynağa sahiptir. Bunun yanında Gideon v. Wain Wright davasında birleşik devletler yüksek mahkemesi Anayasanın hızlı yargılama, tanıklık ve suçlama başlıklı 6. bölümü çerçevesinde yaptığı yorum sonucu, bir avukat tayin edemeyecek durumda olan sanığa, savunması için bir avukat tayinini zorunlu kılmıştır¹⁶⁴.

Bir diğer Miranda v. Arizona davasında ise, polis tarafından ifadesi yakalanan şüphelinin hakları hatırlatılırken, diğer haklarının yanında, şüphelinin bir avukatın hukuki yardımından yararlanma hakkının da kendisine hatırlatılması zorunluluk olarak kabul edilmiş ve içtihat haline gelmiştir¹⁶⁵. Massiah v. United States davasında da polisin ifade alma esnasında şüpheliye haklarını hatırlatması bir zorunlu hale getirilmiştir¹⁶⁶.

Müdafii atamasıyla ilgili ikinci yasal düzenleme ise federal ceza muhakemesi yasasında mevcuttur; bir avukat tayin edemeyecek durumda olan sanığın yargılamanın her aşamasında bir avukatın hukuki yardımından yararlanma hakkına sahiptir. Fakat sanık dilerse bu hakkı kullanmaktan feragat edebilir. Avukatın atanması federal hukuka ve yetkili mahkemenin bulunduğu eyaletin yasalarına göre belirlenir¹⁶⁷

¹⁶² Zürih Kantonu CMUK § 11 2/1, Bern Kantonu CMUK Madde 50/2b, Uri Kantonu CMUK Madde 54/1, Baselland Kantonu CMUK § 18.

¹⁶³ Constitution of the United States, The Bill of Rights, Amendment VI: Speedy trial, witnesses and accusations. <http://www.law.cornell.edu/constitution>.

¹⁶⁴ Gideon v. Wainwright 372 U.S. 335,1963 . <http://en.wikipedia.org>.

¹⁶⁵ Miranda v. Arizona , 384 U.S. 436,1966. <http://en.wikipedia.org>.

¹⁶⁶ Massiah v. United States 377 U.S. 201,1964. <http://en.wikipedia.org>.

¹⁶⁷ Federal Rules Of Criminal Procedure For The United States District Courts IX. General Provisions Rule 44. Right To And Appointment Of Counsel. <http://www.law.cornell.edu/constitution>.

İKİNCİ BÖLÜM

MÜDAFİİNİN GÖREV VE YETKİLERİ

I. MÜDAFİNİN GÖREV VE YETKİLERİ

Müdafinin görevi ve yetkileri 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasasının savunma başlıklı altıncı kısmının birinci bölümünde düzenlenmiştir. Birinci bölümün başlığı Müdafinin seçimi, görevlendirilmesi, görev ve yetki başlıklıdır. CMK'nın 149. maddesi ve devamındaki maddeler incelendiğinde, müdafinin görev ve yetkileriyle aslında müdafilikten kaynaklanan hak ve ödevlerin düzenlendiğini ve birçok ceza muhakemesi işleminde müdafinin statüsü gereği haklarının ve ödevlerinin iç içe geçtiğini ve birbirinden ayrılmaz bir bütün oluşturduğunu görmekteyiz. Bu bölümde müdafinin görev ve yetkileri incelenecektir.

II. MÜDAFİİNİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A-MÜDAFİİNİN KABUL ETTİĞİ MÜDAFAA GÖREVİNİ YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek

kurallarına uymakla yükümlüdürler¹⁶⁸. Avukatlık Kanununda mevcut bu hüküm ceza muhakemesinde müdafinin müdafaa göreviyle de yakından ilgilidir.

İlgililerce seçilen müdafii görevini yapmazsa seçen kimse onu azle yetkilidir. Baro tarafından atanan iradi atanmış ve zorunlu müdafii de duruşmada bulunma mecburiyeti mevcuttur. Duruşmada hazır bulunmazsa, vakitsiz olarak duruşmadan çekilirse veya görevini ifadan kaçınırsa başkan veya hâkim derhal bir müdafii tayin edebilir. Bu durumda duruşmanın talikine de karar verilebilir. Görevi ifa etmeyen müdafii hakkında disiplin cezası uygulanır (Av K. m.134) , müdafinin kusuru sebebiyle duruşma talik edilmişse, talikten doğan masraflar müdafie yüklenir¹⁶⁹. Müdafinin duruşmada hazır bulunmaması zorunlu müdafilik görevi yapan avukatlar için disiplin cezası yanında, görevi ihmal suçunu da oluşturacaktır.

Görevini kötüye kullanan müdafii hakkında, adli soruşturma da yapılır. Her ne biçimde olursa olsun, avukatlık yasası ile diğer yasalar uyarınca, müdafii sıfatıyla kendisine verilmiş bulunan görev ve yetkiyi ihmal eden veya kötüye kullanan müdafii, TCK 257. m uyarınca cezalandırılacaktır. (Av. k. m. 62). Ayrıca, müdafiiin savunma hakkını kötüye kullanması halinde, suç delillerini yok etme, gizleme ve değiştirme (TCK m.281), suçluyu kayırma (TCK m.283), gizliliğin ihlali (TCK m.285), adli yargılamayı etkilemeye teşebbüs (TCK m.288), suçları da işlenmiş olabilir.¹⁷⁰

B-MÜDAFİİ KABUL ETTİĞİ MÜDAFAA GÖREVİNİ DÜRÜSTLÜKLE YAPMAK YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Avukat, kendisine teklif olunan işi sebep göstermeden reddedebilir. Reddin, iş sahibine gecikmeden bildirilmesi zorunludur (Av.K. m. 37/1). Ancak avukat iş üstlendiği takdirde de dürüstlük kaidelerine bağlı kalarak yapmak mecburiyetindedir. Avukatlık Yasasının 34. maddesine göre; Avukatlar yüklendikleri görevleri bu görevin

¹⁶⁸ Av K. md.34, Değişik madde: 02.05.2001 – 4667/21.md.

¹⁶⁹ Kunter/Yenisay, s 392.

¹⁷⁰ Centel/ Zafer, s.196.

kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmakla yükümlüdür (Av.K. m. 37/1). Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarına göre de; Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güveni sağlayacak biçimde ve işini tam bir sadakatle yürütür (TBB Meslek Kuralları m. 3). Avukat mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır (TBB Meslek Kuralları m. 4). Şüphesiz ki, avukatlık kanununda ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarında mevcut düzenlemeler ceza muhakemesi hukukunda müdafaa makamını işgal eden müdafii de doğrudan ilgilendirmektedir.

Müdafinin görevi, muhakemede diyalektiği sağlamak, iddianın tezine müdafaanın karşı tezini ileri sürüp hâkimin karar vermesini kolaylaştırmaktır. Avukatlık kanununda yer alan adalet hizmeti tabirini bu manada anlamak lazımdır. Bizim adalet hizmeti dediğimize “doğruyu söylemek ödevi diyen “ diyen Alman hukuku, bu ödevle müdafinin sır saklama ödevini bağdaştırmak için şu formülü bulmuştur¹⁷¹ : müdafinin söylediklerinin hepsi doğru olacaktır. Fakat müdafii her doğruyu söylemeyecektir¹⁷².

Dürüstlük mecburiyeti dolayısıyla, müdafinin kendisine karşı bağımsızlığının da bir sınırı vardır. Eğer müdafii sanık aleyhinde sonuç verecek şekilde ilmi kanaatlerine bağlı kalırsa, görevini dürüstlük ile yapmamış olur¹⁷³.

C-MÜDAFİİNİN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Sanık müdafiiye serbestçe olan biteni anlatabilmelidir, bu nedenledir ki müdafinin sır saklama yükümlülüğü adil bir yargılama için vazgeçilmezdir. Müdafilere sır saklama ödevinin yüklenilmiş olması, savunmanın güvence altına alınması

¹⁷¹ Kunter/Yenisey, s 392.

¹⁷² Kunter/Yenisey, s 392.dn. 8.

¹⁷³ 485. Kunter/Yenisey 392, dn. 9.

içindir¹⁷⁴. Müdafiler bu sıfatları dolayısıyla vakıf oldukları sırlar hakkında tanıklığa mecbur olmayıp tersine sırları saklamağa mecburdurlar (AV.K. m. 36) . Avukatın tanıklıktan çekinme hakkını kullanması için vekâletnamesinin olması şart değildir. Ankara 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 31 Mayıs 1957 tarihli kararında, savcının “ avukatın tanıklık yapmasının gerekli olduğu, maznun tarafından avukata bir vekâletname verilmiş olduğundan vekil müvekkil ilişkisinin bulunmadığı ve kanunda ön görülen memnuiyetin gerçekleşmediği” yolundaki talebine mahkemece itibar edilmemiş ve bu durumda avukatın tanıklık yapamayacağı belirtilmiştir¹⁷⁵. Avukatlar veya stajyerleri veya yardımcıları bu sıfatları dolayısı ile veya yüklendikleri yargı görevi nedeniyle, meslekleri ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinme hakkına sahiptirler (CMK m. 46). Müdafinin haiz olduğu mesleki sırları açıklaması kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin hukuka aykırı biçimde ifşası olacağından suç teşkil eder (5237 SY. TCK 132, 765 SY. TCK 198). Sır sahibi muvafakat etse dahi avukat tanıklıktan çekilebilir(AV.K. m. 36/2).

Müdafie sır saklama yetkisi, hatta ödevi verildiğine göre müdafii sanığın aleyhindeki hususları bildirmeğe, aleyhteki delilleri vermeğe de mecbur değildir. Müdafii, sanığın suçlu olmadığını, sanıktan öğrenmişse, sanık istemese de bunun delillerini ileri sürebilir¹⁷⁶, zira ceza muhakemesi hukukunda asıl amaç maddi gerçeğe ulaşmaktır ve bu prensip gereğince de müdafii bu durumda sanığın suçsuzluğunu gösteren delilleri mahkemeye sunması gerekmektedir. Eğer müdafii bu bilgiyi görevi dışında öğrenmişse, tanıklığı tercih etmelidir¹⁷⁷. Bir diğer görüşe göre ise müdafinin maddi gerçeği ortaya çıkarma görevi sanığın menfaatleri ile sınırlı bir görevdir¹⁷⁸. Bu nedenle sanık lehine olan gerçeklerin ortaya çıkarılmasıyla yükümlüdür.

Avukatların meslek sırları yönünden güvence altına alınabilmesi için Avukatlık kanunun 58. maddesinde avukatlar işlediği suçlar ile ilgili olarak soruşturma

¹⁷⁴ Zafer, s. 323.

¹⁷⁵ Erem, Meslek Kuralları, s.47

¹⁷⁶ Kunter/Yeniseys, 394, dn.15.

¹⁷⁷ Donay: tez,157. Kunter/Yenisey, s 394, dn. 17.

¹⁷⁸ Centel, s. 179.

şekli düzenlenmiştir. Bu maddeye göre avukatlar, avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığının vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer cumhuriyet savcısı tarafından yapılır. Avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olay ile ilgili olarak cumhuriyet savcısının denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir. Gülşen'e göre, Avukatlık Kanunundan farklı olarak arama bakımından görevle bağlantılı olarak görev dolayısıyla veya görev sırasındaki şeklindeki bir ayrım, yeni CMK'da öngörülmemektedir. Bu sebeple yeni CMK'daki düzenleme, avukatların işledikleri görevle bağlantılı olmayan kişisel suçlar ile diğer kişilerin bu şekildeki suçları bakımından da uygulama alanına sahip olabilecektir.¹⁷⁹

D-MÜDAFİİNİN HUKUKİ YARDIMDA BULUNMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Müdafinin şüpheli, sanık, tutuklu ve hükümlü ile görüşme yetkisi ve hukuki yardımda bulunma yükümlülüğü müdafilikten kaynaklanan bir hak olduğu gibi yürütülen hukuki yardım açısından da bir yükümlülüktür de ve kaynağını 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasasının 149/3. maddesinden almaktadır. İlgili maddeye göre; Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukatın, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukukî yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz. Genel anlamda müdafinin yürüteceği hukuki yardım, soruşturma aşamasında şüpheli ile görüşme, isnat edilen suç ve yasal haklar açısından bilgilendirme, gerek kolluk veya savcılık tarafından alınan ifadesi esnasında gerekse Sulh Ceza Hâkimliğinin sorgusunda şüphelinin yanında olma ve savunmasına katılma şeklinde gerçekleşmektedir. Kovuşturma aşamasında yürütülecek hukuki yardımda ise müdafii soruşturma aşamasındaki gibi sanık ile görüşme, sanığı yasal hakları ve isnat edilen suç yönünde bilgilendirme ve kovuşturma boyunca savunmasında yer alma şeklinde gerçekleşecektir. Kovuşturma aşamasında müdafii

¹⁷⁹ Gülşen Recep, "Yeni Cmk'da Arama" Hukuki Perspektifler Dergisi, sayı 3 Nisan 2005, s.

hukuki yardımda bulunmak üzere sanığın savunma hazırlamak için mahkemeden süre talep edebilir bu durumda mahkeme müdafii 'ye bir dahaki duruşmaya kadar 5271 sayılı CMK 2'nin 151/2. maddesine göre makul bir süre verir.

Müdafinin şüpheli, sanık, tutuklu ve hükümlü ile görüşme hakkının, Ceza Muhakemesi Kanununun Mevcut uygulaması açısından değerlendirdiğimiz de ise uygulamanın yasanın amacının çok gerisinde kaldığını ya da çoğu zaman ilgili yasa maddesinin hiç uygulanmadığını görmekteyiz.

1412 sayılı CMUK 'nın 144. maddesine göre yakalanan veya tutuklu bulunan kişi vekâletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanların başkalarının duymayacağı bir ortamda görüşebileceği hükme bağlanmıştır. Bu madde hükmünün 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasasındaki mevcut karşılığı olan 154. maddeye göre de Şüpheli veya sanık, vekâletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebileceği hükmünü taşımaktadır. Ancak gerek eski 1412 sayılı yasada gerekse yeni 5271 sayılı yasada mevcut düzenlemenin tam zıttı bir durum uygulamada mevcuttur. Örneğin, Adliyelerdeki fiziki imkânsızlık ve kolluğun yasa hükmünü yeterince özümseyememesi gibi birtakım sebeplerden ötürü duruşma öncesi müdafinin tutuklu ile görüşme imkânı bulunmamaktadır. Mevcut yasa hükmü bizzat yasayı uygulama yükümlülüğü bulunan kolluk tarafından ihlal edilmekte ve tutuklu sanığın adil yargılanma ve müdafinin hukuki yardımından yararlanma hakkının ihlaline sebebiyet verilmektedir.

E-MÜDAFİİNİN KANUN YOLU DAVASI AÇMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Müdafii vekâletnameli olsun veya olmasın müdafaa görevi dolayısıyla, yargılama makamlarının verdiği kararlara karşı kanunyolu davası açabilmelidir. Müdafii ancak sanık lehine kanun yoluna gidebilir. Kanunumuz sanığın açık arzusuna aykırı olmamak şartıyla müdafie bu yetkiyi vermiştir. Savcı sanığın arzusuna aykırı da olsa, lehine kanun yoluna gidebildiğine göre müdafii bu yetkiden mahrum bırakmanın manası yoktur. Müdafinin yaptığı müdafaa toplum adına olduğundan, müdafinin sanığa

karşı hür olması da gerektiğinden, müdafinin bu yetkisinin sanık iradesi ile sınırlandırılması doğru değildir¹⁸⁰.

5271 sayılı CMK ile müdafinin bağımsızlığı konusunda birtakım değişiklikler yapılmıştır. Ancak bu yenilikler sadece atanan müdafî ile sınırlı tutmuştur. Şüpheli veya sanık, on sekiz yaşını doldurmamış ya da sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malûl olur ve bir müdafî de bulunmazsa istemi aranmaksızın bir müdafî görevlendirilir (CMK m. 150/2). Bu şekilde müdafî tayin edilen yani müdafinin Baro tarafından atandığı durumlarda, kendisine müdafî atanan şüpheli veya sanıklar yararına kanun yoluna başvurulduğunda veya başvuru kanun yolundan vazgeçildiğinde şüpheli veya sanık ile müdafinin iradesi çelişirse müdafinin iradesi geçerli sayılır (CMK m. 266/3). Ancak mağdur, müşteki, malen sorumlu veya katılanın vekilli ile seçilmiş müdafî bakımından ise farklı bir düzenleme öngörülmüştür. Avukat, müdafiliğini veya vekilliğini üstlendiği kişilerin açık arzusuna aykırı olmamak koşuluyla kanun yollarına başvurabilecektir.(CMK m. 261)

Yukarıda belirtilen düzenlemeye göre atanan müdafî söz konusu olduğunda, müdafinin iradesi sanığın iradesinin önüne geçmektedir. Vekillik veya seçilmiş müdafilik söz konusu olduğu durumunda ise iradesi sanığın, mağdurun, müştekinin, malen sorumlunun veya katılanın iradesi ön plana çıkmaktadır. Bu durum müdafaa makamının kamusalılığı düşüncesinin bir ürünü olmakla birlikte, kanun koyucu atanmış zorunlu müdafinin iradesini ön plana çıkarmıştır.

F-DURUŞMADA HAZIR BULUNMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Müdafinin duruşmada hazır bulunma yükümlülüğü 5271 sayılı ceza Muhakemesi Yasasının 151. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre duruşmada hazır bulunmama, vakitsiz olarak duruşmadan çekilme, görevini yerine getirmekten kaçınma durumunda müdafinin görevini yapmamış sayılacağı durumlardır. Müdafinin

¹⁸⁰ Kunter/Yenisay, s 399.

duruşmada hazır bulunma yükümlülüğünü iradi ve zorunlu müdafii açısından ayrı ayrı değerlendirmekte fayda vardır.

İradi müdafii daha öncede değindiğimiz üzere kanun koyucunun müdafii ile müdafaayı mecburi kıldığı haller dışında, müdafinin savunma görevinin ancak sanığın iradesine bağlı olduğu yani sanığın müdafii tayin etme konusunda iradesini özgür şekilde kullanabildiği durumlarda söz konusu olabilmektedir. Bu durumda sanığın iradesi ön plandadır ve sanık bireysel savunmasını kendi kendine yapabilme serbestisine sahiptir. Bu nedenle iradi müdafinin hazır bulunmadığı celselerde hâkim veya mahkeme yargılamaya devam edebilir. İradi müdafii için duruşmada hazır bulunma bir yükümlülük teşkil etmemekle beraber sanık ile arasında mevcut iç ilişki açısından ancak yükümlülük teşkil edebilmektedir.

Ancak 5271 sayılı CMK' nın 150/1. maddesine göre, Baro tarafından atanan iradi müdafinin duruşmada hazır bulunmaması veya vakitsiz olarak duruşmadan çekilmesi veya görevini yerine getirmekten kaçınması halinde ise, 5271 sayılı CMK' nın 151. maddesine göre hâkimi veya mahkemeyi derhâl başka bir müdafii görevlendirilmesi için gerekli işlemi yapmakla yükümlü kılınmıştır. Baro tarafında görevlendirilen iradi müdafinin duruşmada hazır bulunmaması veya vakitsiz olarak duruşmadan çekilmesi veya görevini yerine getirmekten kaçınması durumunun görevi ihmal sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır. Baro tarafından atanan avukatın yürüttüğü müdafilik görevi kamusal olduğundan iradi müdafinin içinde bulunduğu olumsuz tavır görevi ihmal suçunu oluşturacağı gibi disiplin soruşturmasına da sebebiyet verecektir.

Zorunlu müdafinin durumu ise iradi müdafinin mevcut durumundan farklıdır. Daha önce de değindiğimiz gibi kanun koyucunun sanığın iradesini dikkate almaksızın, müdafii ile savunmayı mecburi kıldığı, yani sanığın rızası olmasa dahi müdafinin ceza muhakemesine katılmasının yasal bir gereklilik olarak düzenlendiği durumlarda, varlığından bahsedilen zorunlu müdafinin celsede hazır bulunmaması, vakitsiz olarak duruşmadan çekilmesi ve görevini yerine getirmekten kaçınması cezai ve hukuki sorumluluğunu doğuracaktır.

Müdafinin görevini yerine getirmedğinde yapılacak işlem başlıklı 151. madde ile söz konusu durumda, hâkimin veya mahkemenin hareket tarzı belirlenmeye çalışılmıştır. Bu madde ile görevlendirilen müdafî, duruşmada hazır bulunmaz veya vakitsiz olarak duruşmadan çekilir veya görevini yerine getirmekten kaçınırsa, hâkim veya mahkeme derhâl başka bir müdafî görevlendirilmesi için gerekli işlemi yapar. Bu durumda mahkeme oturuma ara verebileceği gibi oturumun ertelenmesine de karar verebilir.

Uygulamada müdafinin duruşmada hazır bulunmadığı durumlarda hâkim veya mahkeme duruşmada hazır bulunmayan müdafinin üyesi bulunduğu Baro tarafından uyarılması ve başka bir müdafinin görevlendirilmesi için yetkili Baro'dan avukat talep etmektedir. Fakat duruşmada bulunma yükümlülüğünü birkaç kere yerine getirmemiş müdafî hakkında görevi ihmal isnadıyla suç duyurusunda bulunmaktadır.

Duruşmada hazır bulunmamak seçilmiş iradi müdafî açısından cezai veya hukuki sorumluluk doğurmazken zorunlu müdafî ve atanmış iradi müdafî açısından farklı birtakım istenmeyen sonuçlar doğurabilecektir. Öncelikle bu durum görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine sebebiyet vereceğinden (TCK 257/2) yani; celse açılmadığından yargılamanın uzaması sonucunu doğuracağından müdafî açısından görevi ihmal suçunu oluşturacaktır. Görevi ihmal isnadıyla yargılanmanın dışında mevcut durumda zorunlu müdafî hakkında üyesi olduğu Baro tarafından disiplin soruşturması da yürütülebilecektir.

III. MÜDAFİİNİN YETKİLERİ

A-DOSYA İÇERİĞİNİ, DELİLERİ İNCELEME VE DOSYA İÇERİĞE İLİŞKİN BELGELERİN ÖRNEĞİNİ ALMA YETKİSİ

Müdafî ve vekilin dosya içeriğini inceleme ve içeriğe ilişkin belgelerin bir örneğini alma yetkisi ile ilgili olarak Avukatlık yasası ve 5371 sayılı CMK “nın 153. maddesinde farklı düzenlemeler mevcuttur. Avukatlık Yasasında avukatın dosya

inceleme ve belge alma yetkisi vekâletname ibrazı ön şartına bağlanmış iken, Ceza Muhakemesi Hukukunda müdafinin bu yetkisi vekâletname ibrazı ön şartına bağlanmamıştır. Vekâletname sunma yükümlülüğü Avukatlık Yasasından kaynaklanmakla birlikte bu ikilem yaratan durum Avukatlık yasasında müdafilik kurumunun hukuki tanımlamasının yapılmamış olmasından kaynaklanmaktadır.

Ceza Muhakemesi Hukukunda müdafinin ve suçtan zarar görenin vekilinin dosya içeriğini inceleme ve içeriğe ilişkin belgelerin bir örneğini alma hakkı CMK. 153. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak bu hakkın kullanımını soruşturma ve kovuşturma evreleri için ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir zira her iki ayrı evre için Ceza muhakemesi hukukunda farklı düzenlemeler mevcuttur.

5371 sayılı CMK ‘nın 153. maddesine göre Müdafî ve vekil soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir. Ancak müdafîin veya vekilin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilmektedir. Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adlî işlemlere ilişkin tutanaklar ise müdafîi ve vekil tarafından herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın alınabilmektedir.

Kovuşturma aşamasında ise aleniyet, delillerin doğrudanlığı ilkesi gerekse de insan haklarına dayalı bir şekilde maddi gerçeğin araştırılması ilkesi çerçevesinde müdafîinin ve vekilin dosya içeriğini ve delilleri inceleme hak ve yetkisi mevcuttur. Müdafî, Cumhuriyet Savcılığınca iddianamenin mahkemeye verildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir; bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir. Ancak vekilin dosya içeriğini inceleyebilmesi ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilmesi için vekâletname ibrazı gerekmektedir (CMK m. 153).

Muhafaza altına alınan delillerin incelenmesi yetkisi ise ayrıca tartışmalı bir konudur, Suç delilleri gerek soruşturma aşamasında gerekse kovuşturma aşamasında

dosyanın bir parçasıdır. Ancak 5371 sayılı CMK “nın 153. maddesi ile getirilen ayırım neticesinde, deliller kovuşturma ile birlikte dosyanın bir parçası haline gelmekte ve delil niteliği kazanmaktadır. Öte yandan öğretilerde soruşturma aşamasında elde edilen suç delilleri, bulgu veya emare ya da emare delilleri olarak nitelendirilirken, bu bulgu veya emare ya da emare delilleri kovuşturma aşaması ile birlikte delil niteliği kazanmaktadırlar. Bu nedenle kanun koyucu suç delillerinin incelenmesini soruşturma aşamasında soruşturmanın gizliliği ilkesi çerçevesinde belirli sınırlamalara tabi tutmuşken, kovuşturma aşamasında ise yukarıda belirttiğimiz ilkeler çerçevesinde müdafii ve vekil tarafından incelenmesi serbestisini hâkim kılmıştır.

Dosya içeriğini, delileri inceleme ve dosya içeriğe ilişkin belgelerin örneğini alma yetkisi aynı zamanda silahların eşitliği ilkesinin ve adil bir yargılamanın önemli bir şartıdır. Silahların eşitliği ilkesi gereğince yargılama süresince iddia ve müdafaa makamları arasında örneğin delil ve karşı delillerin sunulması, iddia ve karşı iddiada bulunma ve diğer ceza muhakemesi işlemleri yönünden eşitlik olmalıdır. İHAM bu ilkeyi Schuler-Zgragen /İsviçre davasında incelemiştir¹⁸¹. İHAM’ın verdiği karar göre; Davacının dava dosyasını inceleyebilme ve dosyadan bazı belgelerin fotokopilerini alabilme, mahkeme kararına dayanak teşkil eden bilirkişi raporlarının kendisine gösterilmesi, silahların eşitliği ilkesi ile doğrudan ilgili olduğu gibi adil bir yargılama için de şarttır¹⁸².

Alman Ceza Muhakemesi Yasasına göre, müdafinin dosyayı ve delilleri inceleme yetkisi kural olarak tüm muhakeme süreci için kabul edilmiştir (Alm. CMUK m. 147/I). Ancak, dosyanın ve delillerin incelenmesi soruşturmanın amacını tehlikeye düşürecekse, müdafinin inceleme yetkisi hazırlık soruşturmasında savcılık tarafından, diğer hallerde davaya bakan mahkemenin başkanı tarafından kısıtlanabilir (Alm. CMUK m. 147/II). Bu yapılmadığı takdirde, baskın şekilde gerçekleştirilen el koyma veya tutuklama veya yakalama işlemleri gerçekleştirilemez. Müdafinin yasaklanmasını

¹⁸¹ Schuler-Zgragen vs. İsviçre Davası, 1993 <http://www.echr.coe.int> (hudoc documents)

¹⁸² Gölçüklü, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Doğru Yargılama, A.Ü.S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara. 1995, s.32–35.

gerektiren (Alm. CMUK m. 138/a, 138/b, 138//c, Av. K m. 153) veya müdafinin sanıkla bağlantı kurmasının yasaklandığı hallerde (Alman Mahkemeleri Teşkilatı ve yürürlük kanunu 31,34 / II) ise müdafinin tüm muhakeme aşamasında dosyayı incelemesi yasaklanabilir.¹⁸³

B-MÜDAFİN MADDİ DELİLLERİN İÇERİĞİNE ETKİ ETMESİ VE DELİLLERİ MUHAFAZA ETME YETKİSİ

Müdafinin müvekkilini koruma yükümlülüğü, müdafinin kendi araştırmaları ile de müvekkiline yardım etmesini gerektirir. Ceza Muhakemesi Yasası müdafie zor kullanma hakkı vermemekle birlikte, müdafî olay mahallini araştırabilir, müvekkilinin lehine olan delillere ve tanıklara ulaşmaya çalışabilir ve müvekkilinin lehine olarak özel bir bilirkişiyi görevlendirebilir¹⁸⁴.

Müdafî, sanığın lehine kabul ettiği delillerin gerçekten öyle olup olmadığını, bunları ikame etmeden önce, araştırmak durumundadır. Müdafinin, örneğin sanığın lehine olarak çağırdığı savunma tanığını duruşmada sanığın aleyhine konuşması savunmayı tehlikeye düşürür. Zafere göre, müdafinin müvekkilinin lehine konuşma ödevi de müdafinin belirli şartlar altında tanıkla görüşmesini zorunlu kılabilir, Ancak, müdafî, aktif olarak ispat vasıtalarını müvekkilinin yararına değiştirmeye başladığı anda meşru alanı terk etmiş olur. Müdafinin, ne olursa olsun müvekkilini kurtarmak için delilleri yok etmeğe, bozmağa, değiştirmeye çalışması veya bu tür faaliyetlere destek sağlaması görevinin gereklerine aykırıdır ve ceza soruşturmasını engelleme suçunu oluşturur, Örneğin, bir belgenin içeriği değiştirip sonra adli makamlara verilemez. Müdafinin, olay mahallindeki izleri karartması, olayda kullanılan silahı saklaması veya alkol oranı yüksek olan kan örneğini oranı düşük olanla değiştirmesi yasaktır. Bütün bu eylemleri, delil kaynağını karartma yasağı veya aleyhe delillerin bozulması diyebileceğimiz bir üst kavram altında toplayabiliriz, Bu yasak temelini, tutuklama sebeplerinden birisi teşkil eden delilleri karartma şüphesinden almaktadır (CMUK m.104/1-2, CMK m. 100, Alm.CMUK m.112 Ü Nr.3). Buradaki delilleri karartma

¹⁸³ Zafer, s. 355.

¹⁸⁴ Zafer, s.371

şüphesi sanık için öngörölmüştür. Ancak, maddedeki ifadenin müdafii kapsayacak şekilde formüle edilmesi ve yorumlanması mümkündür¹⁸⁵.

Sahte belgelerin veya içeriğı değıştirilmiş delillerin, ister sanık tarafından ister müdafî tarafından değıştirilmiş olsunlar, sahtelikleri bilinerek adli makamlara sunulması, kullanılması hukuka aykırıdır. Buna karşılık hiç kimse, müdafiden müvekkilinin aleyhine olduğunu bildiğı ve henüz adli makamların bilgisine ulaşmamış olan delilleri açıklamasını isteyemez. Müdafîin delilleri tek taraflı olarak ortaya koyması, bugün genel olarak kabul edilmektedir. Müdafî, esas hakkındaki mütalaasında, bilerek yalana başvurmamak kaydıyla, serbesttir. Çünkü sonuç olarak delilleri yargı makamı değerlendirecektir, Bu nedenle, onun delilleri objektif olarak ele alması gerekmez. Müdafî olayı çok net ortaya koymayan emareleri delil olarak sunabilir. Müdafîin, aktif olarak adli makamların faaliyetini zora sokacak şekilde delillere etki etmesi savunma kapsamı dışında kabul edilmektedir. Buna karşılık, müdafîin aktif olarak adli makamların faaliyetini kolaylaştırma gibi bir görevi de bulunmamaktadır. Müdafîin gerçeğı söyleme yükümlölüğüne karşı olan, diğeri bir ifadeyle müdafîin de yalan söyleyebileceğini kabul edenler dahi müdafîin söylem şeklindeki savunmaları ile eylemsel savunmaları arasında bir ayırım yapmaktadırlar. Müdafîin, sanığın cezalandırılması riski olmadan, yaptığı her şeyi yapmaya yetkisi olduğu kabul edilecek olursa, müdafîin yaptığı, örneğın delillerin değıştirilmesi gibi yardımlarını da meşru olduğunu söylemek gerekir. Zafere göre, günümüzde hiç kimse bu kadar geniş düşünmemektedir. Müdafî, sanığın hak ve menfaatlerini maddi faaliyetlerle değil fikri silahlarla korumalıdır. Aksi takdirde hiç kimse müdafie inanmaz¹⁸⁶.

Müvekkilinin uydurma bir delil göstereceğini, örneğın, yalancı bir tanık dinleteceğini veya tahrif edilmiş sahte bir belge ibraz edeceğini öğrenen müdafî, önce müvekkili ile konuşup bu işten caydırmaya çalışmalıdır. Bunu başaramadığı takdirde, sebep göstermeden görevden çekilmelidir. Müdafîin bu halde sebep göstermeye

¹⁸⁵ Zafer, s.371

¹⁸⁶ Zafer, s.371.

zorlanamaması, sır saklama yükümlülüğünün bir sonucudur¹⁸⁷. Ancak, öğretide, müdafinin, kesinlikle bilmediği sürece, müvekkili tarafından ona sunulan delilleri, sahteliklerinden şüphelense dahi, kullanabileceği de belirtilmektedir¹⁸⁸.

Müdafinin olaydan geriye kalan emare delillerini yok etmesi veya bu delilleri tahrif etmesi kabul edilmemektedir. Sanığın müdafisine silahının yerini söylemesi halinde, müdafinin bu bilgiyi adli makamlara iletme görevi bulunmamaktadır. Müdafinin sır saklama ve müvekkili lehine konuşma yükümlülüğü böyle bir bildirimi de engellemektedir. Sır, herkes tarafından bilinmeyen veya belirli kişiler tarafından bilinmesine rağmen sır sahibinin sır olarak saklanması konusunda sübjektif iradesi bulunan ve açıklanması sahibinin şeref ve haysiyetine zarar verme tehlikesi gösteren hususlardır. Sır teşkil eden bir hususun meslek sahibi tarafından mesleğin icrası sırasında öğrenilmesi halinde meslek sırandan söz edilir, Bu sır anlatana ait olabileceği gibi; üçüncü şahsa ilişkin de olabilir¹⁸⁹. Sır saklama yükümlülüğü, mesleğin icrası sırasında öğrenilen bilginin üçüncü şahıslara iletilmemesini ifade eder. Ancak, müdafinin bir delili bürosunda muhafaza etmesini bu durum ile özdeşleştirmek mümkün değildir. Müdafinin bir bilgiyi pasif olarak saklama ödevi ile kendisine getirilen silahı aktif davranarak saklamayı kabul etmesi halini eş değerde tutmayı, avukatlık hizmeti ile bağdaştırmak mümkün değildir. Müdafinin, suç aletini, savunma amaçlı, örneğin parmak izini tespit ettirmek için bilirkişiye inceletme amacıyla veya o eşya üzerinde keşif yapmak üzere kendi bürosunda bulundurması mümkündür. Bu durumda müdafinin açısından herhangi bir ceza soruşturması (TCK m. 296) söz konusu olmaz. Ancak, inceleme biter bitmez esyanın derhal geri verilmesi gerekir²⁸². Aksi takdirde, delil yok etmekten söz edilebilir ve bu delile genel hükümlere göre el konulabilir (CMUK m.86, CMK m.122). Müdafilerin bürolarında yapılacak aramalarda onların sır saklama yükümlülükleri göz önünde bulundurularak hareket edilmelidir¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Yüce, Alman-Türk Ceza muhakemeleri Usulünde Savunma Hakkı, s. 1027.

¹⁸⁸ Zafer, s.371.

¹⁸⁹ Donay Süheyl, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul,1978, s.4-9

¹⁹⁰ Donay, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, s.95.

C-MÜDAFİİNİN BİRDEN FAZLA KİŞİYİ SAVUNMA YETKİSİ

Yararları birbirine uygun olan birden fazla şüpheli veya sanığın savunması aynı müdafie verilebilir (CMK M. 154/1). CMK uygulama merkezlerince yapılan müdafii atamalarında da bu husus göz önünde bulundurularak, uygulamada aynı dosya kapsamında birden fazla şüpheli veya sanığa ortak savunma için bir müdafii atanmaktadır. Ancak şüphelilerin veya sanıkların karşılıklı olarak birbirlerini suçladıkları durumlarda menfaat çatışması sebebiyle, birden fazla şüpheli veya sanık için atanmış müdafii yerine Baro tarafından her bir sanık için yeniden müdafii tayin edilmektedir.

CMK dışında bu konuyla ilgili olarak avukatlık kanununda ve TBB meslek kurallarında hükümler mevcuttur. Avukatlık Yasasına göre, avukatın aynı işte menfaati zıt bir tarafa avukatlık etmesini veya mütalaa vermesi halinde işin reddinin zorunlu olduğunu hüküm altına almıştır (Av. K m. 38/b). Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarına göre ise, bir anlaşmazlıkta taraflardan birine hukuki yardımda bulunan avukat, yararı çatışan öbür tarafın vekâletini alamayacağını hüküm altına almıştır (TBB meslek Kuralları m. 36). Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 35.maddesinde ise avukat aynı davada birinin savunması, öbürünün savunmasına zarar verebilecek durumda olan iki kişiden birden vekâlet kabul edemeyeceğini, 3.madde de ise Avukat, mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güveni sarsacak biçimde yürütmesi gerektiğini hüküm altına almıştır.

Görülmektedir ki, CMK’ da, Avukatlık Yasasında ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarında birbiriyle paralel düzenlemeler hüküm altına alınmıştır.

D-MÜDAFİİNİN ŞÜPHELİ, SANIK, TUTUKLU VE HÜKÜMLÜ İLE GÖRÜŞME YETKİSİ

Müdafinin şüpheli, sanık, tutuklu ve hükümlü ile görüşme yetkisi ve hukuki yardımda bulunma yükümlülüğünün doğrudan bir sonucu olarak müdafilikten

kaynaklanan hem bir hak, yürütülen hukuki yardım açısından da bir yükümlülüktür. (CMK m.149/3). Alman ceza muhakemesi kanununun 137. maddesine göre de sanığın, müdafii yardımından faydalanabileceğini belirtilmiştir, bu şekilde müdafii sanığın yardımcısı olarak tanımlanmıştır.¹⁹¹

Kişi hakkında yürütülmekte olan bir soruşturma konusunda bilgilendirilmesi, sanık haklarının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlayan önemli bir adli işlemdir. Bu nedenle bilgilendirmenin, yöntemsel ve nesnel koşullara uygun olarak yapılması gerekir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi açısından belli bir biçim koşuluna bağlanmamış bulunan suç bildiriminin sanığın anladığı dilde yapılması öngörülmektedir. Bu koşul, savunma hakkının uygulanması açısından önemli olduğu gibi, sözleşmenin 14. maddesindeki eşitlik ilkesinin de gereğidir.¹⁹²

Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukatın, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukukî yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz. Genel anlamda müdafinin yürüteceği hukuki yardım, soruşturma aşamasında şüpheli ile görüşme, isnat edilen suç ve yasal haklar açısından bilgilendirme, gerek kolluk veya savcılık tarafından alınan ifadesi esnasında gerekse Sulh Ceza Hâkimliğinin sorgusunda şüphelinin yanında olma ve savunmasına katılma şeklinde gerçekleşmektedir.

Kovuşturma aşamasında yürütülecek hukuki yardımda ise müdafii soruşturma aşamasındaki gibi sanık ile görüşme, sanığı yasal hakları ve isnat edilen suç yönünde bilgilendirme ve kovuşturma boyunca savunmasında yer alma şeklinde gerçekleşecektir. Kovuşturma aşamasında müdafii hukuki yardımda bulunmak üzere sanığın savunma hazırlamak için mahkemeden süre talep edebilir bu durumda mahkeme müdafii 'ye bir sonra ki duruşmaya kadar makul bir süre verir. (CMK m. 151/2.)

¹⁹¹ Alman Ceza Muhakemesi Hukuku md. 137.

¹⁹² Kamasinski / Avusturya Davası, 1989 – Brozicek / İtalya Davası, 1989 – Çolak / Almanya Davası, 1988. <http://www.echr.coe.int> (hudoc documents)

Müdafinin şüpheli, sanık, tutuklu ve hükümlü ile görüşme hakkının, Ceza Muhakemesi Kanununun mevcut uygulaması açısından değerlendirdiğimiz de ise uygulamanın yasanın amacının çok gerisinde kaldığını ya da çoğu zaman ilgili yasa maddesinin hiç uygulanmadığını görmekteyiz.

1412 sayılı CMUK ‘ nın 144. maddesine göre yakalanan veya tutuklu bulunan kişi vekâletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanların başkalarının duymayacağı bir ortamda görüşebileceği hükme bağlanmıştır. Bu madde hükmünün 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasasındaki mevcut karşılığı olan 154. maddeye göre de Şüpheli veya sanık, vekâletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebileceği hükmünü taşımaktadır. Ancak gerek eski 1412 sayılı yasada gerekse yeni 5271 sayılı yasada mevcut emredici hükmün tam zıttı bir durum uygulamada mevcuttur. Adliyelerdeki fiziki imkânsızlık ve kolluğun yasa hükmünü yeterince özümseyememesi gibi birtakım sebeplerden ötürü duruşma öncesi müdafinin tutuklu şüpheli veya tutuklu sanık ile görüşme imkânı bulunmamaktadır. Mevcut yasa hükmü bizzat yasayı uygulama yükümlülüğü bulunan kolluk tarafından ihlal edilmekte ve tutuklu sanığın adil yargılanma ve yeterli sayıda müdafinin hukuki yardımından yararlanma hakkının ihlaline sebebiyet verilmektedir.

Chambell ve Fell davasında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi cezaevinde çıkan olaylar nedeniyle yapılan soruşturma kapsamında yargılanan hükümlülerin avukatlarıyla görüşme yapmak istemesine karşın cezaevi yönetiminin avukatla hükümlülerin konuşmalarına izin vermemesini, hukuksal yardım ve temsilin gerçekleşmemesi sebebiyle İHAS madde 6/3 (b) ve (c) bentlerinin ve dolayısıyla hükümlülerin adil yargılanma haklarının ihlali olarak nitelendirilmiştir¹⁹³.

Müdafinin aynı anda birden fazla tutuklu ile görüşmesi konusu ise “ Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkında Yönetmelik” ile düzenlenmiştir. Ancak, İlgili yönetmeliğin “birden çok hükümlü ve tutuklu ile görüşme” başlığı taşıyan 24.

¹⁹³Chambell ve Fell / İngiltere Davası, 1984 <http://www.echr.coe.int> (hudoc documents)

maddesine çerçevesinde, avukatların, aynı anda birden fazla tutuklu ile görüşmeleri engellenmiştir ¹⁹⁴.

Müdafinin hükümlü ile görüşme yetkisi Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir. Hükümlü, avukatlık mesleğinin icrası çerçevesinde avukatları ile vekâletnamesi olmaksızın en çok üç kez görüşme hakkı tanınmıştır. Hükümlünün avukat ile görüşmesi, avukatların meslek kimliklerinin ibrazı üzerine, tatil günleri dışında ve çalışma saatleri içinde, bu iş için ayrılan görüşme yerlerinde, konuşulanların duyulamayacağı, ancak güvenlik nedeniyle görülebileceği bir biçimde yapılır. Ancak avukatlar, vekâletnameleri olsa da aynı anda birden fazla hükümlü ile görüşme yapamazlar. (CGTİK 59 m.)

Avukatların savunmaya ilişkin belgeleri, dosyaları ve müvekkilleri ile yaptıkları konuşmaların kayıtları incelemeye tâbi tutulamamaktadır. Ancak, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu, (TCK 220.m.) , devletin güvenliğine karşı işlenen suçlar ve anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı işlenen suçlardan mahkûm olan hükümlülerin avukatları ile ilişkisi; konusu suç teşkil eden fiilleri işlediğine, infaz kurumunun güvenliğini tehlikeye düşürdüğüne, terör örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık ettiğine ilişkin bulgu veya belge elde edilmesi halinde, Cumhuriyet Başsavcılığının istemi ve infaz hâkiminin kararıyla, bir görevli görüşmede hazır bulundurulabileceği gibi bu kişilerin avukatlarına verdiği veya avukatlarınca bu kişilere verilen belgeler infaz hâkimince de incelenebilir. İnfaz hâkimi belgenin kısmen veya tamamen verilmesine veya verilmemesine karar verir. Bu karara karşı ilgililer, 4675 sayılı Kanuna göre itiraz edebilirler. (CGTİK 59 m.)

Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere ve karşılıklılık esasına uygun olmak koşuluyla, Yabancı ülkelerde haklarında soruşturma veya kovuşturma yapılmakta olan, yabancı ülke veya uluslararası yargı mercilerinde dava açmak isteyen, leh veya aleyhine açılmış davası olan Türk vatandaşı veya yabancı uyruklu hükümlülerle yabancı uyruklu avukatları, bu soruşturma ve kovuşturma,

¹⁹⁴ Yönetmeliğin 24. maddesi, aynen şu hükmü içermektedir: “Avukatlar, vekâletnameleri olsa da aynı anda birden fazla hükümlü veya tutukluyla görüşme yapamaz”.

açılacak veya açılmış davalarla sınırlı olmak ve vekâletname sunmak koşuluyla görüşebilirler. Vekâletnamesi olmayan yabancı uyruklu avukatlar, hükümlü ile Türkiye barolarına kayıtlı bir avukatla birlikte görüşme yapabilirler. (CGTİK 59 m.)

Avukatların ziyaretleri bakımından, ele alınması gereken hususlardan biri, avukatların cezaevlerine girerken aranıp aranmayacağı hususudur. İtalya’da cezaevlerine giren avukatlar metal bir detektör ile üst aramasına tabi tutulmakta, eğer cezaevine yasaklanmış bir şey soktuğuna dair bir şüphe varsa üzerlerinde üzerleri aranabilmekte, bu arama sırasında savunmaya ilişkin belgeleri incelenmektedir. Belçika’da avukatlar bilgisayarlı bir kapıdan geçirilmekte ve çantaları açılarak içerisinde bulunan şeyler basitçe incelenmektedir. Danimarka, Hollanda ve Finlandiya’da cezaevine suç eşyası sokacağına dair hakkında şüphe duyulan her avukat aranmaktadır. Almanya ‘da ise, tutuklu ve hükümlüleri ziyaret izni olan avukatlar güvenlik nedeniyle aranabilmektedir. Fakat savunmaya ilişkin bilgileri denetlenememektedir (Alm CİK m.26). Ancak terör örgütleri ve mensuplarının avukatı olan kişilerin beraberinde bulunan tüm belgeleri incelendiği gibi, görüşmeleri de izlenmektedir. Alman Yüksek Mahkemeleri tutuklu müvekkillerini ziyaret etmek isteyen avukatların cezaevi ziyaretçileri için öngörölmüş üst baş arama yükümlölüğüne katlanmak zorunda olduğu belirtilmiştir.¹⁹⁵

E-TUTUKLU VE HÜKÜMLÜ İLE YAZIŞMA YETKİSİ

Müdafinin şüpheli tutuklu, tutuklu sanık ve hükümlü ile yazışma özgürlüğü müdafinin yürüteceği hukuki yardımın serbestçe ve laikliyle yerine getirilmesi açısından önem arz etmekle birlikte, sanığın müdafaa hakkının bir çeşididir de. Bu sebeple, şüpheli tutuklu, tutuklu sanık ve hükümlünün müdafii ile yazışmaları denetime tâbi tutulamaz. Yazışmaların gizliliği adil yargılanma hakkının bir gereğidir (CMUK M. 144/son. CMK M. 154/1)

¹⁹⁵ Sevük Yokuş Handan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklu Ve Hükümlülerin Dış Dünya İle İletişimi” AÜEHFD C. VII. S. 3-4,12. 2006, s.374.

Sanık ile müdafinin yazışmalarına, müdafii soruşturma konusu olaya iştirak etmedikçe el konulamadığı gibi tutuklu sanık ile müdafii arasında yapılan yazışmalara da nerede olursa olsun el konulamaz.

Yakalanan ve tutuklu bulunan kişinin müdafii ile yazışmaları denetime tabi tutulamaz (CMUK m. 144/son. , CMK m. 154/1) . Bu durumda, her ne kadar CİT ‘de bulunan buna ilişkin bir düzenleme bulunmasa da cezaevi makamlarınca yakalanan ve tutuklanan kişilerin avukatlarına gönderdikleri yâda avukatlarınca onlara gönderilen mektuplar okunamaz. Aksi halde savunma hakkının kısıtlanması söz konusu olur. Savunmanın hazırlana bilmesi için tutuklu sanık ve avukatının özgürce mektuplaşabilmeleri gerekir buna karşılık öğretide tutuklunun avukatı ile görüşme ve yazışmalarının hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın denetim dışı bırakılmasının, avukatın bu hakkını kötüye kullanması olasılığı karşısında denetim sınırsız olarak kaldırılmasının sanığın kayırılmasına yol açacağı ileri sürülmektedir.¹⁹⁶

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Birleşmiş Milletlerin “Medeni ve Siyasi Haklar Antlaşması”, Avrupa Konseyi “Tutuk ve Hükümlülerin Tretmanında Taban Kurallar’ ında” sanığın müdafii ile serbestçe temas edebilmesini açıkça bir hak olarak gösterilmiştir. Ancak sanığın müdafaasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklardan ve seçtiği müdafiden yararlanma haklarını açıklanmış olması karşısında (İHAS 6/3 b ve c) sanığın müdafii ile temasının sınırlanması, seçtiği müdafiden yararlanmamak, müdafaasını hazırlayamamak, sonuçlarını doğurabileceğinden, sözleşmeye aykırılık söz konusu olabilecektir. Meğerki bu sınırlamayı haklı gösterecek koşullar her olayda söz konusu olsun¹⁹⁷.

Bir tutuklu veya hükümlü ile avukatı arasındaki yazışmalara sağlanan özel koruma nedeniyle, avukatın tutukluya yazdığı mektubun cezaevi yetkililerince açılabilmesi; ancak içinde olağan denetim yöntemleri ile ortaya çıkarılamayacak yasadışı bir şeylerin bulunduğu konusunda benimsenebilir bir kuşkunun yani makul bir

¹⁹⁶ Sevik Yokus Handan, s.370

¹⁹⁷ Kunter/Yenisay, s 393.

şüphenin varlığı durumunda olanaklıdır. Bu durumda bile mektup gönderildiği tutuklu veya hükümlü önünde açılmalı, içerisinde sakıncalı bir nesne saptanmadığı takdirde cezaevi yönetimince okunmadan ilgilisine verilmelidir.¹⁹⁸

Golder davasında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi hükümlünün avukatı ile haberleşme hakkına saygı gösterilmesi hakkına müdahale gereği, hükümlünün cezaevinde bulundurulma durumunun ve olağan ve anlaşılır gereklerine göre değerlendirileceği hükme bağlanmıştır.¹⁹⁹

Schönenberger ve Durmaz davasında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi avukatının sanığa yazdığı, hiçbir beyanda bulunmama hakkı olduğu ve sessiz kalmasının onun yararına olacağı hususunda belli taktikler verdiği mektubun, savcı tarafından yerine ulaştırılmasının önlenmesini demokratik toplumda gerekli bir müdahale olmadığı gerekçesiyle İHAS 8. maddesine aykırı bulmuştur.²⁰⁰

Tutuklu veya hükümlünün avukatı ile yazışma özgürlüğü İHAS 8. maddesi ile taahhüt altına alınmıştır. Bunun yanında gerekli koşullar oluştuğunda İHAS 8 / 2 ‘ ye göre bu yazışma özgürlüğü de kısıtlanabilecektir. İHAM ancak belirli özel durumların gerçekleşmesi halinde avukatın tutuklu veya hükümlü ile yazışmasının okunabileceğini kabul etmektedir. Mektubun içeriğinin cezaevi veya başkalarının güvenliğini tehlikeye atması veya başlı başına bir suç oluşturması ya da gizliliğin kötüye kullanıldığına ilişkin çok somut gerekçelerin olması varolması durumunda yazışma hürriyeti kısıtlanabilecektir.

¹⁹⁸Champbell ve Fell / İngiltere Davası, 1984, <http://www.echr.coe.int> (hudoc documents)

¹⁹⁹ Golder / İngiltere, 1979, <http://www.echr.coe.int> (hudoc documents)

²⁰⁰ Sevik Yokus Handan,s.371

F-MÜDAFİYE VE SANIĞA YAPILAN TEBLİGAT

Müdafii medeni muhakemedeki vekilden farklıdır ve müstakil bir durumu vardır. Bu nedenle sanığa bildirme müdafie bildirme yerine geçmediği²⁰¹ gibi müdafinde bildirme de müdafii sanığın temsilcisi olmadıkça, sanığa bildirme yerine geçmez. Bu nedenle sanık ile müdafie ayrı ayrı bildirme gerekir. Tebligat kanununun 11. maddesini 1. fıkrasına Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunun, kararların sanıklara tebliğ edilmelerine ilişkin hükümleri saklıdır cümlesi ilave olunmuştur. Kanunumuzun sistemde, sadece müdafii aynı zamanda temsilci olduğu istisnai hallerde sanığa ayrıca bildirme gerekmediği hatırlanmalıdır. Bunun anlamı, istisna dışında yani müdafinin sanığı temsil etmediği herhalde sanığa ayrıca bildirme gerektiği ve dolayısıyla hazır olmayan sanığın kanun yoluna gitme hakkının tebliğinden başladığıdır. Bu nedenle, bir karar hazır bulunan müdafie tefhim edilmişse hazır bulunmayan sanığın kendisine yapılan tebliğden sonra kanun yoluna gidip gitmeyeceği sorunu çözmek için, her şeyden önce, o dava müdafinin, fazla olarak sanığın temsilcisi olup olmadığı araştırılmalıdır²⁰². Yenisey, bir olaydan sonra, böyle bir araştırma yapmadan genel bir sorun immişçesine hazır bulunan müdafii temyiz etmemişse sanığın temyiz hakkı yoktur diyen kararı²⁰³ eleştirmektedir. Aslında bu kararın sonucu olay bakımından doğrudur. Zira olayda, bozmadan sonra, henüz uyma kararı verilmeden önce yapılan bir duruşma vardır. Müdafii hazırdır, sanık değildir mahkeme bu duruşma sonunda uymama kararı vermiştir. Durumun özelliği açıktır, kanunumuz 1985 değişikliğinde sorununuz bakımından davetiye her ikisine de çıkarılır ama tebligat yapılmazsa, yapıp da bunlar gelmezse de duruşma yapılır ve gerekirse uymama kararı verilebilir biçimde özetleyebileceğimiz bir düzenleme getirmiştir. Gerçi bu düzenleme, uymadan hem önceki hem sonraki duruşma bakımından yapılmıştır ama bizi burada ilgilendiren sadece olaydaki birincisi olduğundan onun üzerinde duruyoruz. Sorunu daha karışık hale getirmemek için, müdafie de sanığa da tebligat yapıldığını ve birincisinin gelip ikincisinin de gelmediğini kabul ediyoruz. Kanunda bu durumda müdafii sanığın

²⁰¹ 1 CD: 7/367 YKD 68 III/2 52 CG: 5.3.79 YKD 79, 1347; k-m: 5. CD: 16.1.68 YKD 68 III/2 19.

²⁰² Kunter/Yenisey, s 394.

²⁰³ CG: 10/3086 YKD 86/6876.

temsilcisi de olduğu yolunda bir açıklık yoksa da, sanığın yokluğunda yargılanabildiği hallerde müdafii gönderebileceği, daha doğrusu, müdafii ile kendisini temsil ettirebileceğini bildiren 227. maddeyi burada uygulamamak için bir sebep yoktur. Bu nedenledir ki Yenisey, genel kurulun bu kararını gerekçesine katılamamakla beraber, sonucu itibarıyla ve onunda genelleştirilmemesi şartıyla isabetli bulmaktadır²⁰⁴.

Bildirme doğrudan doğruya olabildiği gibi tebliğ şeklinde yani vasıtalıda olabilir. Müdafinin sanığı temsil yetkisi bulunmadığı durumlarda sanığa da ayrıca bildirme yapılması gerektiğinden, müdafaa hakkını zorlaştırmamak için, süre son bildirmeden hesaplanmalıdır. Ancak müdafiler birden fazla ise içlerinden birine bildirilmelidir.

G-BİLİRKİŞİNİN TAYİNİ VE REDDİ TALEBİNDE BULUNMA KARŞILIKLI SORU SORMADA TANIKLARA VE BİLİRKİŞİLERE SUAL SORMA YETKİSİ

Katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafii veya kanunî temsilci, yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler (CMK m. 67). Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözülmesi olanaklı konular dışında, çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına re'sen, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanunî temsilcinin istemi üzerine karar verilebilmektedir. Bilirkişi talep edilmesi durumunda veya re'sen mahkemece yeteri sayıda olmak üzere atanır.

Sanık ve/veya müdafii, tanık veya bilirkişinin davetini veya savunma delillerinin toplanmasını istediğinde, bunların ilişkin olduğu olayları göstermek suretiyle bu husustaki dilekçesini duruşma gününden en az beş gün önce mahkeme başkanına veya hâkime vererek savunma delillerinin toplanmasını talep edebilirler

²⁰⁴ Kunter/Yenisey, s. 394.

(CMK m. 177). Savunma hakkının bir gereği olarak, yargılanan sanık duruşma sırasında bilirkişiyi doğrudan davet ettirebilir ve ya duruşma sırasında getirebilir (CMK m. 178). Buna öğretide savunma bilirkişisi denilmektedir (Öztürk / Özbek / Erdem). Bu bilirkişinin ödev ve yetkileri, yetkili makamın görevlendirdiği bilirkişiden farklı olmadığından, sanık tarafından getirilen bilirkişi de yemin eder. Silahların eşitliği ilkesi gereği sanık, doğrudan davet ettireceği veya duruşma sırasında getireceği bilirkişilerin ad veya adreslerini, Cumhuriyet savcısına makul bir bildirmekle yükümlüdür (CMK m. 179).²⁰⁵

Soruşturma aşamasında da şüpheli ‘nin bilirkişiden yararlanma hakkı mevcuttur (CMK m. 63). Soruşturma evresinde bilirkişi ataması yetkisi Cumhuriyet savcısına verildiğinden şüpheli, müdafii veya kanuni temsilcisi Cumhuriyet savcısından bilirkişi görevlendirilmesi isteminde bulunabilecektir (CMK m. 63).²⁰⁶

Katılanın, vekilinin, talebi halinde de mahkeme, açıklamalarda bulunmak üzere dinlenebilmesi için bilirkişiyi duruşmaya çağırabilir (CMK m. 67). Katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafii veya kanunî temsilci bilirkişinin reddini talep edebilir. Hâkimlerin reddi için geçerli olan sebepler, bilirkişilerin reddi için de geçerlidir. Ret talebi mahkemece incelenerek karara bağlanır.

Müdafî, karşılıklı soru sormada tanıklara ve bilirkişilere duruşma disiplinine uygun olacak şekilde سوال sorma yetkisine haizdir. Yöneltilen soruya itiraz edildiğinde sorunun yöneltilmesinin gerekip gerekmediğine, mahkeme başkanı karar verir. Gerektiğinde ilgililer yeniden soru sorabilir (CMK m. 201). Kanun bu yetkiyi sanığa vermediği halde müdafie vermiştir. Karşılıklı سوال sorma Anglo-Sakson sisteminde Almanya’ya ve oradan da bize geçmiş bir müessese olup savcı ve müdafinin, kendi gösterdiği tanıklara ve bilirkişilere önce kendileri olmak üzere karşılıklı سوال sormalarıdır²⁰⁷.

²⁰⁵ Sevük Yokuş Handan, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik” İÜHFM C. LXIV. S. 1, 2006, s.56

²⁰⁶ Sevük Yokuş Handan, İÜHFM C. LXIV. S. 1, 2006, s.57

²⁰⁷ Kunter/Yenisay, s. 396.

Doğrudan soru yöneltmeyi düzenleyen CMK'nın 201. maddesi, Common Law sisteminde kabul edilen çapraz sorgu sistemini, kanunun bütünüyle bağdaşmayacağı gerekçesiyle tamamen almamakla birlikte savunma hakkını sağlam tutmak amacı ile Cumhuriyet savcısı, müdafî veya vekil sıfatı ile duruşmaya katılan avukata; sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılmış diğer kişilere doğrudan soru yöneltme yetkisi vermiştir. Böylece savunma hakkının güçlendirilmesi ve avukatın daha etkin olması sağlanmaya çalışılmıştır.²⁰⁸

H-MÜDAFİİNİN DOĞRUDAN SORU SORMA YETKİSİ

Cumhuriyet savcısı, müdafî veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat; sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılmış diğer kişilere, duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilirler. Sanık ve katılan da mahkeme başkanı veya hâkim aracılığı ile soru yöneltebilir. Yöneltilen soruya itiraz edildiğinde sorunun yöneltilmesinin gerekip gerekmediğine, mahkeme başkanı karar verir. Gerekteğinde ilgililer yeniden soru sorabilir. (CMK m.281/1)

Müdafîi, tanığın güvenilirliği konusunda şüphe uyandırabilecek tuzak sorular sorabilir. Gerekli olduğu hallerde mahkeme başkanı tanığın korunması amacı ile soruya müdahale edebilir (CMUK m.234/2, CMK m. 201, ALM. CMUK m.241/2). Soru sorma hakkının sınırı, bu hakkın kötüye kullanılarak hâkimin bilerek yanıltılmasıdır.

Gerçek dışı beyanlara ulaşmak için yönlendirici, içinde cevabını barındıran soruların sorulması, hukuka uygun olarak değerlendirilmemektedir. Telkin edici sorular sorulması halinde 765 sayılı TCK'nin 296. ve yeni 5237 sayılı TCK'nin 281. maddesindeki delil değiştirme hareketinin varlığına rağmen, suçun sübjektif unsurunun gerçekleştiğini söylemek son derece zordur. Ayrıca, tuzak soru ile yönlendirici sorulan birbirinden ayırmak da başka bir sorundur. Müdafîin yönlendirici soru sorabilmesinin de mümkün olduğunu iddia eden görüşe göre, yönlendirici sorular, tanığın güvenilirliğini kontrol etmeye yardımcı olur ve gerçeğin bulunmasına engel olmaz,

²⁰⁸ Sevik Yokus Handan, İÜHFM C. LXIV. S. 1, 2006, s.93

aksine katkıda bulunur. Diğer bir yaklaşıma göre ise mahkeme yönlendirici soruların sorulmasına gerek görmezse zaten bu soruların sorulmasını yasaklayabilir²⁰⁹.

I-MÜDAFİİNİN HAZIR BULUNMA YETKİSİ VE SANIĞIN DURUŞMADAN BAĞIŞIK TUTULMASI TALEBİ

Müdafii sanık gaip de olsa, hazır olmasa da, duruşmada bulunmaya yetkilidir (CMK m. 197,198). Müdafiiin Kamusal müdafaa görevi kadar sanığın ferdi müdafaası da bunu gerektirir. Müdafiler soruşturma aşamasında şüphelinin hazır bulunduğu işlemlerde hazır bulunabilirken, Sanık hazır bulunmasa da müdafii tüm oturumlara da hazır bulunabilir (CMK m. 197). Duruşma, sanık hazır bulunmaksızın yapılsa, mahkemenin karar ve işlemlerinin kendisine tebliği tarihinden itibaren bir hafta içinde, sürenin geçmesinden doğan sonuçları gidermek için sanık, kanunî nedenlere dayanarak, mahkemenin o karar ve işlemleri hakkında eski hâle getirme isteminde bulunabilir. Ancak, sanık kendi istemi üzerine duruşmadan bağışık tutulmuş veya müdafii aracılığıyla “ temsil ” edilmek yetkisini kullanmış olursa artık eski hâle getirme isteminde bulunamaz (CMK m. 198).

Mahkemece sorgusu yapılmış olan sanık veya bu hususta sanık tarafından yetkili kılındığı hâllerde müdafii isterse, mahkeme sanığı duruşmada hazır bulunmaktan bağışık tutabilir (CMK m.196/1). Duruşmadan bağışık tutulma her ne kadar sanığın iradesine bağlıysa da, görülmektedir ki kanun koyucu müdafaa makamını bir adım öne çıkararak sanık olmasa dahi yargılamanın devam edebileceğini kabul etmiştir. Bu husus müdafaa makamın kamusalılığı açısından önemlidir. Ancak seçilmiş iradi müdafii ve zorunlu müdafiiinin vekâletname ile yargılamaya katıldığı durumlarda vekâletname içinde duruşmadan bağışık tutulma yetkisinin de müdafie verilmesi yâda sanığın mahkeme huzurunda duruşmadan bağışık tutulma talebini beyan etmesi gerekmektedir.

²⁰⁹ Zafer, s.378.

İ-MÜDAFİİNİN MAĞDURUN ŞİKÂYET ETME VE ŞİKÂYETİ GERİ ALMA HAKKINI ETKİLEMESİ

Devlet, ceza soruşturması yapma ve ceza verme tekeline sahiptir. Bunun sebebi, suçun takip edilmesinde kamusal menfaat bulunmasıdır. Kural olarak, suçtan zarar görenin, ceza soruşturmasının başlamasında bir rolü yoktur. İstisnalar dışında, zarar gören istemese bile, ceza soruşturması yapmaya yetkili olan devlet organları, suç teşkil eden bir olaydan haberdar olur olmaz, kanunilik ilkesi gereğince olayın aslını araştırmaya mecburdur. Sadece hafif bazı suçlarda, devlet harekete geçmek için zarar görenin şikâyet etmesini şart koşabilir. Örneğin, akrabalar arasında hırsızlık (TCK m.167/2), basit müessir fiil (TCK m.88), hakaret ve sövme (TCK m.125) ve konut dokunulmazlığını ihlal (TCK m.116) suçlarında olduğu gibi. Bu gibi hallerde, şikâyet gerçekleşmeden, ilgili makamlar sadece isnat teşkil etmeyen araştırma işlemlerini yapabilecek, bunun dışında soruşturmayı genişletemeyeceklerdir²¹⁰.

Suçtan zarar gören veya şikâyet etmiş bulunan kişilerin şikâyetten vazgeçmek haklarıdır da. Her ne kadar kanun suçtan zarar görenin vazgeçmesinden bahsediyorsa da (765 sy. TCK m. 99/1, 5237 sy. TCK m. 73²¹¹). Şikâyetten vazgeçme hakkı, şikâyet edenindir.

²¹⁰ Zafer, s.367

²¹¹ SORUŞTURULMASI VE KOVUŞTURULMASI ŞİKÂYETE BAĞLI SUÇLAR, UZLAŞMA

Madde 73 - (1) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suç hakkında yetkili kimse altı ay içinde şikâyetinde bulunmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamaz.

(2) Zamanaşımı süresini geçmemek koşuluyla bu süre, şikâyet hakkı olan kişinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden başlar.

(3) Şikâyet hakkı olan birkaç kişiden birisi altı aylık süreyi geçirirse bundan dolayı diğerlerinin hakları düşmez.

(4) Kovuşturma yapılabilmesi şikâyete bağlı suçlarda kanunda aksi yazılı olmadıkça suçtan zarar gören kişinin vazgeçmesi davayı düşürür ve hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme cezanın infazına engel olmaz.

(5) İştirak hâlinde suç işlemiş sanıklardan biri hakkındaki şikâyetten vazgeçme, diğerlerini de kapsar.

Vazgeçme hakkı vekil vasıtasıyla da kullanılabilir. Fakat bunun için özel yetkili vekâletnameye ihtiyaç vardır. Vekâletnamesinde davadan feragate mezuniyeti olmayan vekilin, müvekkiline izafeten davadan vazgeçmesi muteber değildir.²¹²

Yasa koyucu, bazı suçların takibini şikâyetle bağlayarak bu suçların soruşturulmasında kişisel menfaatleri önde tutmaktadır. Kişi bu halde adli mekanizmayı harekete geçirip geçirmemeye kendisi karar verir. Sanık veya müdafî, şikâyet hakkının kullanılması veya bu hak kullanılmış ise şikâyetin geri alınıp alınmamasına ilişkin kararın verilmesinde rol oynayabilir²¹⁴. Bu halde zaten suçu takip etmekte kamusal yararlar bulunmamaktadır. Bu nedenle, böyle bir ricanın soruşturmayı yanlış yönlendirme veya bir delili karartma sayılması mümkün değildir²¹³.

Para verilerek veya zararı tazmin edilerek veya belirli bir şekilde özür dilenerek şikâyet etmeye hakkı olan kişinin iradesine etki edilmesi halinde, bu teklifte bulunan müdafîin TCK m.296 uyarınca cezalandırılıp cezalandırılmayacağı tartışmaya açılabilir. Şikâyet hakkına sahip olan kimse, ceza soruşturması yaptırma imkânını tek başına elinde tutmaktadır. Ceza soruşturmasını harekete geçirme imkânının sadece ona tanınmış olması, kamusal menfaatleri tamamen bertaraf etmektedir. Bu nedenle, hak sahibini para ve sair menfaatlerle ikna etme girişiminin adli mekanizmanın işleyişini

(6) Kanunda aksi yazılı olmadıkça, vazgeçme onu kabul etmeyen sanığı etkilemez.

(7) Kamu davasının düşmesi, suçtan zarar gören kişinin şikâyetten vazgeçmiş olmasından ileri gelmiş ve vazgeçtiği sırada şahsî haklarından da vazgeçtiğini ayrıca açıklamış ise artık hukuk mahkemesinde de dava açamaz.

(8) Suçtan zarar göreni gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olup, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyetle bağlı bulunan suçlarda, failin suçu kabullenmesi ve doğmuş olan zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemesi veya gidermesi koşuluyla mağdur ile fail özgür iradeleri ile uzlaştıklarında ve bu husus Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından saptandığında kamu davası açılmaz veya davanın düşürülmesine karar verilir.

²¹² EREM Faruk/DANIŞMAN Ahmet/ARTUK Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, İstanbul,1997, s.966.

²¹³ Zafer, s.367

koruyan bir suç oluşturması düşünülemez. Müdafinin, ancak, CMK 148. maddesindeki (CMUK m. 135/a, ALM. CMUK m. 136/a) sayılan kandırma, tehdit, zor kullanma gibi yasak vasıtaları kullanması halinde hükümetin araştırmalarına karşı failin gizlenmesine yardımdan dolayı ceza sorumluluğu gündeme gelebilir. Çünkü bu hallerde artık hak sahibinin bağımsız olarak karar verdiğini söylemek mümkün değildir. Buna karşılık, müdafinin suçtan zarar görenden para karşılığında şikâyet hakkını kullanmamasını veya geri almasını istemesi hukuka uygundur. Çünkü bu halde, suçtan zarar gören kendisine yapılan tekliften bağımsız olarak bu hakkını kullanıp kullanmayacağına karar verebilir²¹⁴.

Yeni Fransız Ceza Yasasında (m. 434–5), bir kimsenin, ihbar veya şikâyet hakkını kullanmaması veya ifadesini geri alması için diğer bir kimseye karşı şiddet uygulaması ayrı bir suç olarak düzenlemiştir. Madde metnine göre, korku veya korku sağlayan diğer hareketler ile bir cürüm veya kabahat mağdurunu şikâyet dilekçesi vermeye ve ifadesini geri almaya zorlayan kişi üç yıl hürriyeti bağlayıcı ceza ve para cezasına çarptırılır²¹⁵.

²¹⁴ Zafer, s.368

²¹⁵ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.623.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

İşlenen her suç bakımından dar anlamda etkilenen mağdur olsa da geniş anlamda zarar gören ya da dolaylı da olsa suçtan olumsuz etkilenen kamu düzenidir. Kamu adına suçluyu cezalandırmak, her işlenen suçtan sonra bozulan kamusal düzeni tekrar sağlamak, yani kısaca adalet dağıtmak devleti devlet yapan temel niteliklerinden biridir. Bu nedenle suçun muhakemesi devletin egemenlik haklarından biri olarak gösterilir. Bu durum da ceza davalarının kamusalılığı²¹⁶ sonucunu ve kamu davasının mecburiliğini ilkesini²¹⁷ doğurmaktadır.

Maddi gerçekliğin ortaya çıkarılabilmesi için, iddia ve müdafaa makamlarının karşıt tezlerinin tam donanımlı olarak çarpışması esasına dayalı diyalektik bir yöntem şarttır. Muhakeme sürecinin rasyonel olması bu fikir çarpışmasına bağlıdır. Bu süreç boyunca, iddia ve müdafaa makamları, görev ve yetkilerinin kendilerine tanıdığı tüm araçları kullanarak ellerindeki tüm bilgilerini, tam bir serbestlik içinde ve tüm açıklığıyla ortaya koyacak ve tartışacaklardır. Tez ve antitezin ortaya atıldığı bu tartışmanın sonucunda, Hâkim veya mahkeme bir senteze ulaşabilecektir. Kısacası diyalektik muhakeme iddia ve müdafaa özgürlüğü ve dengesi ile bağımsız hükmün oluşması olarak tanımlanabilecektir.

Diyalektik muhakemede kural olarak iddia, niteliği itibariyle kamu adına yapılmaktadır. Çünkü suçtan zarar gören asıl taraf, geniş anlamda toplumdur. Kamusal iddiayı, kamu adına, savcılık makamı ileri sürecektir (CMK md 170). Savcılık makamının yanında bireysel iddiada bulunmak üzere işlenen suçtan dar anlamda zarar gören mağdur, müşteki, malen sorumlu gibi kişilerde diyalektik muhakemeye katılabilecek ve kamusal iddiayı kendi bireysel iddialarıyla destekleyebileceklerdir.

²¹⁶ Ceza Davasının Kamusalılığı: İşlenen bir suçun kovuşturulması devletin egemenlik hakkının bir gereğidir. Bu nedenledir ki ceza davaları kural olarak kamusaldır. bkz. Kunter/Yenisay, s. 31.

²¹⁷ Kamu Davasının Mecburiliği: Suç kamu düzenini sarsan bir, eylem olduğu için, devlet tarafından cezalandırılmalıdır. Bu nedenle kamu davasının açılması mecburilik sistemi kabul edilmiştir. (CMUK md. 148, CMK md. 170), bkz. Kunter/Yenisay, s. 31.

Bireysel ve kamusal iddia makamının karşısında ise müdafaa makamı yer almaktadır. Savunmadaki sanık kamusal iddia ile yani, kamunun gücüyle karşı karşıyadır. İddia hem bireysel hem de kamusal olarak ileri sürülebilirken, müdafanın sadece sanık tarafından bireysel olarak yürütülmesi, diyalektik muhakemede karşılıklı güçler açısından dengesizlik doğuracaktır. Bu dengesizliğin ortadan kaldırılmasının tek yolu ise, bireysel müdafanın yanında kamusal yetki ve görevlerle donatılmış bir müdafaa makamının da bulunmasıdır. Ancak bu şekilde tez ve antitez arasında bir denge sağlanabilecek ve silahların eşitliği temelinde, diyalektik bir muhakeme yapılabilecektir.

Müdafaa makamını işgal eden müdafii ceza muhakemesinin tabiatı ve temel prensipleri gereğince bağımsız olmalıdır. Çünkü, silahların eşitliği prensibi²¹⁸ ve adil bir yargılama gereğince müdafii, kamusal iddiayı ileri süren savcılık makamının karşısında dengeyi sağlayan, “kamusal müdafaa makamını”²¹⁹ işgal etmektedir. Müdafii: Şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukattır (CMK m. 2). Bu tanımlama göstermektedir ki, müdafii, sanığın temsilcisi olmaktan öte bir anlam ifade etmektedir. Müdafii, sanık tarafından seçilmiş olsa dahi, belirli çerçevede ondan bağımsız olmalı ve savunmasını toplum adına yapmalıdır.

Tayin edilen yani, gerek sanık tarafından seçilen, gerekse baro tarafından atanan müdafinin görevi, salt sanığın temsilciliğini yapmak değil, bunun da ötesinde

²¹⁸ “Hakkaniyete uygun” bir yargılama için, Avrupa İnsan Hakları Divanının getirdiği bir takım şartlar vardır. Bu şartlardan en önemlisi, tarafların arasında “silahların eşitliği” ilkesidir. Diğer bir ifadeyle, mahkeme önündeki süreçte taraflar arasında tam eşitlik olmalı ve bu eşitlik yargılama boyunca devam etmelidir. Buna göre yargılama süreci içinde yapılan her işlem (mesela delil ve karşı-delillerin sunulması, iddia ve karşı iddiada bulunma gibi). Silahların eşitliği ilkesi açısından değerlendirilir. Örneğin, Schuler-Zgragen/İsviçre davasında davacının dava dosyasını inceleyebilme ve dosyadan bazı belgelerin fotokopilerini alabilme, mahkeme kararına dayanak teşkil eden bilirkişi raporlarının kendisine gösterilmesi açısından incelenmiştir.bkz. s. 49. (<http://www.anayasa.gen.tr/askeriyargi.htm>)

²¹⁹ Kunter/Yenisay.

kamu adına savunma yapmaktır. Çünkü geniş anlamda suçtan zarar gören kamu olduğu gibi, işlenen suçun geniş anlamda sorumlusu da kamudur. Suçun oluşumunda suçluların bireysel özellikleri kadar, toplumsal, çevresel, kültürel ve ekonomik etkenlerde rol oynamaktadır. Bu sebepten ötürü kamunun kendini toplum önünde aklamaları gerekmektedir, bu da ancak kamusal bir müdafaa makamıyla gerçekleşebilir.

Günümüzde, ceza muhakemesi hukukunun amacı, maddi gerçekliğin araştırılmasından öteye, insan haklarına saygılı -dayalı²²⁰- bir şekilde maddi gerçeğin araştırılması olarak tarif edilmektedir. Bu nedenle, müdafii belirli bir noktaya kadar sanıktan bağımsız olmalıdır. Yenisey' e göre, müdafinin sanık karşısında bağımsız bir durumu vardır, müdafilik ayrı yetkileri ve ödevleri olan bir makamdır²²¹. Örneğin, müdafii sanığın rızası hilafına delil ikamesi talebinde bulunabilir, ondan farklı savunma taktikleri geliştirebilir, sanığın mahkeme önünde ifade etmekten çekineceği açıklamalar yapabilir, sanığın arzusu hilafına onun beraatını talep edebilir. Sanığın iradesiyle müdafinin iradesinin çakıştığı noktalarda, müdafinin kamusal müdafaasının sınırı, bütünüyle sanığın iradesi değil, maddi gerçekleri ortaya çıkarmak adına savunma makamına yasayla tanınan haklar ve diğer koruma araçları ve ceza muhakemesi hukukunun temel prensipleri olacaktır. Ancak, sanığa tanınan birtakım bireysel savunma araçları ve haklar da bazı durumlarda sanık tarafından kullanıldığında, müdafinin kamusal müdafaasının sınırını oluşturacaktır.

Örneğin, sanık, maddi olayla ilgili olarak susma hakkını kullandığında veya sanık maddi gerçeklerle örtüşmeyen biçimde ikrarda bulunduğunda, müdafinin sanığın özgür iradesine müdahalesi, sanığın susma hakkını ortadan kaldıracaktır. Yine aynı şekilde sanığın maddi olgularla ilgili olarak kendi bakış açısını ortaya koyduğu durumlarda yalan söylediğinin veya ikrarının maddi gerçekleri saptırdığının müdafii

²²⁰ Kaboğlu İbrahim Özden, Anayasa Yargısı, 2. Bası, Ankara,1998 s.187, : Kaboğlu' na göre, insan haklarına saygı belirli bir dereceye kadar keyfiyet ihtiva etmekte ve takdir hakkı tanımaktadır. Ancak, insan haklarına dayalı olma kavramı ise bu keyfiyeti ortadan kaldırmakta ve temel hak ve özgürlüklere ve hukukun temel prensiplerine dayalı bir yargılama sürecini taahhüt altına almaktadır.

²²¹ Kunter/Yenisey, s.130.

tarafından ileri sürülmesi savunmanın tabiatına aykırı olacaktır. Bu durum gösteriyor ki kamusal müdafanın bir diğer sınırı da sanığa tanınan haklardır. Müdafii, sanığın haklarını çiğneyerek bütünüyle sanıktan bağımsız hareket etmemelidir. Centel' e göre, ceza muhakemesinde davanın kamu davası niteliğinde olması ve maddi gerçeği arama yükümlülüğü sanık ile müdafii arasındaki ilişkinin hukuki statüsünü de etkiler. Zafer'e göre, müdafii kendine özgü hak ve yetkileri bulunan sanığa yardımcı sınırlı adli bir organdır²²². Müdafii sanığa yardımcı adli bir organ olarak işlevi sanığın çıkarlarıyla sınırlıdır²²³.

Müdafilik ve müdafaa makamı hak ve yükümlülüklerinin kaynağını bir kamu hukuku dalı olan ceza muhakemesi hukukundan alır, vekillikten farklı olmasının da başlıca dayanağı budur. Sanık ile müdafii arasındaki ilişki açısından değerlendirdiğimizde ise, bu ilişki özel hukukta tanımını bulan standart bir hizmet akdi veya vekâlet ilişkisinin (HUMK m. 60) tanıdığı yetkilerin ötesinde, müdafaa makamına kamusal birtakım yetkiler veren ve görevler ile yükümleyen niteliğe sahiptir. Erem'e göre, ceza davasının kamusal niteliği ve ceza sorumluluğunun şahsi olmasından dolayı müdafii temsilci olarak nitelendirmek mümkün değildir. Ceza Muhakemesi Kanunundaki temsile ilişkin hükümler teknik kolaylıklar sağlamak için kabul edilmiştir²²⁴. Kunter'e göre, Müdafii her zaman sanığın temsilcisi, hatta yardımcısı da değildir. Bağımsız bir durumu vardır. Müdafilik ayrı yetkileri ve ayrı ödevleri olan bir makamdır. Sanık ile müdafii arasındaki ilişkinin iki yönü vardır: Birincisi, bu ikisi arasındaki özel hukuk bakımından ilişkidir. Ferdi müdafaa göz önünde tutulursa "vekâlet" (BK 313) toplumsal müdafaa göz önünde tutulursa "hizmet" (BK 380) söz konusudur. Toplumsal müdafaa yapan müdafiyi serbestçe düzenlemeli, talimat ile bağlanmamalıdır. Ceza muhakemesi açısından sanık ile müdafii arasındaki ilişki "müdafilik" kurumu ile açıklanabilir. Müdafii, ancak belli durumlarda sanığın temsilcisidir²²⁵.

²²² Zafer, s. 315

²²³ Centel, s. 48–51.

²²⁴ Erem, Ceza Yargılaması Hukuku, s.177–178.

²²⁵ Kunter, s.227–228

Örneğin, , baro tarafından CMK 150/2' ye göre, şüpheli ve ya sanık yararına zorunlu müdafii atanması durumunda kanun yoluna başvurulduğunda veya başvuru kanun yolundan vazgeçildiğinde, şüpheli veya sanık ile müdafinin iradesi çelişirse müdafinin iradesi geçerli sayılır (CMK m. 266/3). Ancak mağdur, müşteki, malen sorumlu veya katılanın vekilli ile seçilmiş müdafii bakımından ise farklı bir düzenleme öngörülmüştür. Avukat, müdafiliğini veya vekilliğini üstlendiği kişilerin açık arzusuna aykırı olmamak koşuluyla kanun yollarına başvurabilecektir (CMK m. 261). Aynı zamanda müdafii veya vekilin temyiz başvurusundan vazgeçebilmesi, vekâletnamede bu hususta yetkili kılınmış olması hususuna bağlanmıştır (CMK m. 266/2). CMK madde 266/3'deki düzenleme göstermektedir ki müdafinin iradesi şüphelinin veya sanığın iradesinden önde tutulmuştur bu durum asil-vekil ilişkisine dayanan iradi temsille açıklanamayacak bir durumdur. Bu sebeptir ki; iradi temsil ilişkisinden hareketle müdafii sanığın temsilcisi olarak kabul etmek, müdafinin hukuki statüsü açısından eksik bir tanımlama olacaktır. Yine CMK m. 197 'de sanık hazır bulunmasa da müdafinin bütün oturumlarda hazır bulunma yetkisi olduğundan bahsedilmiştir.

5271 sayılı CMK ile Sanığın veya şüphelinin bireysel müdafaalarının yanında, müdafii ile savunma yapma yolunu seçme veya seçmeme iradeleri sınırlanmıştır ve müdafii ile müdafaanın zorunlu olduğu durumların kapsamı genişletilmiştir. Örneğin, Yaşı on sekizden küçük olanların yargılanmasında, sağır ve dilsizlerin durumu ile malullük durumunda (CMK m. 150/2), sanığın yargılandığı suçun cezasının alt sınırının beş yıl ya da daha fazla olduğu durumlarda (CMK m. 150/2) , şüphelinin tutuklamaya sevk edilmesi durumunda (CMK m. 101/3) , şüphelinin gözlem altına alınması durumunda (CMK m. 74) , sanığın kaçak olduğu durumlarda (CMK m. 247) , sanığın veya şüphelinin veya bunların kanuni temsilcisinin iradesine bakılmaksızın müdafii ile müdafa kanunen zorunlu kılınmıştır. Zorunlu müdafaanın kapsamının bu denli genişletilmiş olması müdafa makamını ve müdafinin sanığın bir temsilcisi veya yardımcısı olmaktan öte bir hukuki statüye sokmuştur.

Temelde sanığa tanınan tüm savunma olanakları, sanığın kendini savunabilmesine ve sanığın müdafii ile birlikte yargılamaya antitez getirmesine

yardımcı olmak amacına yöneliktir²²⁶. Bu sebeple, savunmanın kamusal yetkilerle ve ödevlerle donatılmış zorunlu müdafii desteğiyle sürdürülmesinin kabul edilmiş olması, yukarıda da belirttiğimiz gibi müdafinin bir temsilciden, sanığın yardımcılığından öte bir hukuki statüye sokmuştur.

Ceza muhakemesi hukukunda korunan çıkar kamunun menfaatleridir ve muhakemede amaç maddi gerçekliğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu nedenle, sanıkla müdafii arasındaki ilişkinin temsil ilişkisi olması mümkün değildir. Sanıkla müdafii arasındaki ilişki müdafilik ilişkisidir, bu ilişkinin anlam ve amacı sanığa yardımcı olmaktır. Bu yardım da “savunma” olarak gerçekleşir²²⁷. Yurtcan’a göre, müdafii sanığın hem temsilcisi, hem de yardımcısıdır. Öt tarafta müdafii adalete hizmet eden bağımsız bir statüye sahiptir²²⁸. Müdafinin kamusal görev ve yetkileri onu sanığın bir temsilcisi, bir yardımcısı olmaktan öte bağımsız bir hukuki statüye sokarken, müdafaasını üstlendiği sanık ile arasındaki hizmet ilişkisi ise onu sanığın bir temsilcisi veya yardımcısı statüsüne yaklaştırmaktadır. Donay’ göre, “savunucu”, gerçekte bir kamu hizmeti görür ve sanığın savunmasını yaptığı kadar ve ondan da öte maddi gerçeğin ortaya çıkmasına çalışır. Müdafii, bağımsız bir statüye sahiptir²²⁹.

Yukarıda belirttiğimiz tüm görüşler çerçevesinde değerlendirdiğimiz zaman, kamusal çıkarların bireysel çıkarların önünde tutulduğu ceza muhakemesinde, maddi gerçekliğin ortaya çıkarılması amaç olduğundan, müdafii kamusal görev ve yetkiler ile donatılmış, sanıkla arasındaki iç ilişkide, sanığa karşı bağımsızlığı, sanığa tanınan haklar ve diğer koruma araçları ve ceza muhakemesi hukukunun temel prensipleri olan, sanığın müdafaasını üstlenen ve diyalektik muhakeme sürecinde hükmün meşrulaşmasına hizmet eden bir adli organ olduğu ortaya çıkmaktadır. Müdafii bir açıdan sanığın yardımcısı, diğer açıdan sanığın davranışının ceza hukukuna aykırılığı konusunda verilecek olan hükmün meşrulaştırılmasına hizmet eden adli bir organdır.

²²⁶ Erdener Yurtcan s.67

²²⁷ Öztürk/Erdem/Özberk, s.313.

²²⁸ Yurtcan Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 8. Bası, İstanbul, 2002, s.182–185.

²²⁹ Donay Süheyl, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul, 1982, s.155.

Diğer bir ifade ile müdafî, hukukun ve toplumun avukatı olarak hem sanığın özel menfaatlerine hem de adil bir adli makamın götüğü kamusal amaçlara hizmet etmekle yükümlüdür²³⁰. Bu nedenle ceza muhakemesi hukukunda müdafî, sanığın temsilcisi ve/veya yardımcısı olmaktan öte bir anlam ifade etmektedir.

²³⁰ Zafer, s.307.

KAYNAKÇA

A – KİTAPLAR ve MAKALELER

Avukatlık Mesleğinin tarihçesi, [www.istanbulbarosu.org.tr/](http://www.istanbulbarosu.org.tr/Document.asp?Konu=101)

Document.asp?Konu=101.

Centel Nur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii, İstanbul, 1984.

Centel Nur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama İstanbul, 1992.

Centel Nur / Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Bası, İstanbul, 2006.

Constitution of the United States, The Bill of Rights, Amendment VI: Speedy Trial, Witnesses and Accusations.(<http://www.law.cornell.edu/constitution>)

Demirbaş Timur, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, İzmir,1996.

Donay Süheyl, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul, 1982.

Donay Süheyl, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul,1978.

Dönmezer Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Bası, 1995.

Erdener Yurtcan, Alman Hukukunda Müdafilerin Görevden Yasaklanması, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1981.

Erdener Yurtcan, Avukatın CMUK El Kitabı, İstanbul Barosu Yayınları 1. Bası,2002.

Erem Faruk / Danışman Ahmet /Artuk Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, İstanbul,1997.

Erem Faruk, Ceza Yargılaması Hukuku Genel Hükümler I, 12. Bası, Ankara, 1984.

Erem Faruk, Savunma Hakkının Kökeni, Ankara,1984.

Erem Faruk / Toroslu Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel hükümler, 9.Baskı, Ankara,2003.

Ergül Teoman, Savunmanın Teori ve Uygulaması, Sayı 4.

Erol Cihan / Yenisey Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 1977.

Federal Rules of Criminal Procedure for The United States District Courts IX. (http://en.wikipedia.org/wiki/Federal_Rules_of_Criminal_Procedure)

General Provisions Rule 44. Right to Appointment Of Counsel.

(<http://www.law.cornell.edu/constitution>)

Gölcüklü Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Doğru Yargılama, A.Ü.S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara. 1995.

Gülşen Recep, “Yeni CMK‘da Arama” Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 3 Nisan 2005.

İnceoğlu Sibel, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul, 2002.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Ek Protokoller. <http://www.echr.coe.int>

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İç Tüzüğü. <http://www.echr.coe.int>

Jhonson, Jr.E.:Adli Yardım ve Toplumsal Devrim, Ufuk,c. 3 sayı 3 1971.

Kaboğlu İbrahim Özden, Anayasa Yargısı, 2. Bası, Ankara,1998.

Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası Hukuk Otomasyon Programı.

(<http://www.kazanci.com.tr>.)

Kunter Nurullah / Yenisey Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Bası, İstanbul,2002.

Kuru Baki / Arslan Ramazan / Yılmaz Ejder, Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, Ankara 2004.

Oral Mehmet, Mevzuatımızın Savunma Hakkı Açısından Değerlendirilmesi, İstanbul, 1999.

Öztürk Bahri / Erdem Mustafa Ruhan / Özbek Özer Veli, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Bası, Ankara, 2002.

Schroder / Yenisey Feridun / Peukert, Dürüst Yargılanma Hakkı, İstanbul 1999.

Sevük Yokuş Handan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya İle İletişimi” Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi C VII, sayı 3–4, Aralık 2006.

Sevük Yokuş Handan, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası C. LXIV. S. 1, 2006.

Süheyl Batum / Nemci Yüzbaşıoğlu, Anayasa Hukukunun Temel Metinleri, İstanbul, 1997.

Taner Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, 3. Bası, İstanbul,1955.

TCK-CMK ve İlgili Mevzuat, Diyarbakır Barosu Yayınları, 1.Bası, Ankara, 2005.

Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Kararları.
(http://www.barobirlik.org.tr/calisma/disiplin_kararlari)
Türkiye Barolar Birliği Meslek kuralları. <http://www.barobirlik.org.tr>.
Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <http://tdk.gov.tr/tdksozluk>.
Toroslu Nevzat, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara,1999.
Tosun Özdemir, Türk Suç Hukuku Muhakemesi Dersleri, C.I 4. Bası, İstanbul 1984.
Tosun Öztekin, Ceza Muhakemesinde Temsil ve Vekâlet, İstanbul, 1997.
TUSİA,Yargılama Düzeninde Kalite, 1998.
(<http://www.tusiad.org/turkish/rapor/yargi>).
Ulusal Yargı Ağı Projesi, Mevzuat Bilgi Bankası.(<http://www.adalet.gov.tr>.)
Yaşar, Osman Uygulamalı ve Yorumlu 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara, 2005.
Yargıtay Kararları Dergisi.
Yurtcan Erdener, Ceza Muhakemesi Hukuku,8. Bası, İstanbul, 2002.
Zafer Hamide, Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu, 1. Bası, İstanbul, 2004.
Zafer Hamide, Uzlaşma, İstanbul,2003.

B - MAHKEME KARARLARI

Artico vs. İtalya Davası İHAM,1980, <http://www.echr.coe.int>

(hudoc documents)

Benham vs. İngiltere Davası, İHAM, 1996, <http://www.echr.coe.int>

(hudoc documents)

Brozicek vs. İtalya Davası, İHAM, 1989. , <http://www.echr.coe.int>

(hudoc documents)

Chambell ve Fell vs. İngiltere Davası, İHAM, 1984. <http://www.echr.coe.int>

(hudoc documents)

Çolak vs. Almanya Davası, İHAM, 1988. , <http://www.echr.coe.int>

(hudoc documents)

Elçi ve Diğerleri vs. Türkiye Davası, İHAM, 2003, <http://www.echr.coe.int>

(hudoc documents)

Gideon vs. Wainwright Davası 372 U.S. 335,1963.(<http://en.wikipedia.org>)

Golder vs İngiltere, İHAM, 1979. <http://www.echr.coe.int>

(hudoc documents)

Kamasinski vs. Avusturya Davası, İHAM, 1989. <http://www.echr.coe.int>

(hudoc documents)

Lala vs. Hollanda Davası,İHAM,1994, <http://www.echr.coe.int>

(hudoc documents)

Massiah vs. United States Davası 377 U.S. 201,1964. (<http://en.wikipedia.org>)

Miranda vs. Arizona Davası , 384 U.S. 436,1966. (<http://en.wikipedia.org>)

Perks ve Diğerleri vs. İngiltere Davası,İHAM, 1999, <http://www.echr.coe.int>

(hudoc documents)

Schuler-Zgragen vs. İsviçre Davası, İHAM. <http://www.echr.coe.int>

(hudoc documents)

Schönenrberger ve Durmaz vs. İsviçre davası, İHAM,1998. <http://www.echr.coe.int>

(hudoc documents)

C - İNTERNET SİTELERİ

[http://www.akader.org/khuka.](http://www.akader.org/khuka)

[http://www.anayasa.gov.tr.](http://www.anayasa.gov.tr)

[http://www.anayasa.gen.tr.](http://www.anayasa.gen.tr)

[http://www.adalet.gov.tr.](http://www.adalet.gov.tr)

[http://www.barobirlik.org.tr.](http://www.barobirlik.org.tr)

[http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr.](http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr)

<http://www.diyarbakirbarosu.org.tr>

[http://www.echr.coe.int.](http://www.echr.coe.int)

[http://en.wikipedia.org.](http://en.wikipedia.org)

<http://www.istanbulbarosu.org.tr>

[http://www.law.cornell.edu.](http://www.law.cornell.edu)

[http://www.kazanci.com.tr.](http://www.kazanci.com.tr)

<http://www.rega.basbakanlik.gov.tr/index.aspx>

[http://www.tbmm.gov.tr.](http://www.tbmm.gov.tr)

[http://www.tusiad.org.tr.](http://www.tusiad.org.tr)

[http://tdk.gov.tr/tdksozluk.](http://tdk.gov.tr/tdksozluk)

[http://www.yargitay.gov.tr.](http://www.yargitay.gov.tr)