



T.C

Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

MÜDAFİLİK VE MÜDAFİ İLE SAVUNULMA HAKKI

Tansu SERT

189004003

Danışman

Dr. Öğr. Üyesi Vahap ÇOŞKUN

Diyarbakır 2022

T.C.
Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

MÜDAFİLİK VE MÜDAFİ İLE SAVUNULMA HAKKI

Tansu SERT
189004003

Danışman
Dr. Öğr. Üyesi Vahap ÇOŞKUN

Diyarbakır 2022

ÖNSÖZ

“Müdafilik ve Müdafî ile Savunulma Hakkı” adlı çalışmamda bana zaman ayıran, beni yönlendiren, yüksek lisans ders aşamasında ve tez hazırlama sürecinde bana katkıda bulunan, kıymetli hocam ve danışmanım Sayın Dr. Öğr. Üyesi Vahap COŞKUN’a saygılarımı ve sonsuz teşekkürlerimi sunarım. Jürimde bulunma nezaketi gösteren değerli hocam Sayın Dr. Öğr. Üyesi Salim ORHAN ve Sayın Dr. Öğr. Üyesi Sadullah ÖZEL’e teşekkürü bir borç bilirim.

Bu çalışmamda, bana destek olan ve dualarında beni eksik etmeyen, kıymetli dostlarım, Av. Esengül BİRSİN, Av. Semanur Elhaman ve Dr. Fatma AKBABA’ya; bu zorlu süreçte bana karşı daima anlayış gösteren, beni cesaretlendiren, ilgi ve alakasını kalben hissettiğim sevgili eşim Öğr. Gör. İbrahim SERT’e; eğitim hayatım boyunca benden desteğini hiçbir zaman esirgemeyen canım ağabeyim Dr. Mehmet Şehmus BARAN’a; manevi desteklerini daima hissettiğim ve bu serüvende her zaman yanımda olan canım annem, babam ve kardeşlerime sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Bu tezimin her harfini haklarını hiçbir zaman ödeyemeyeceğim canım annem Nafiye BARAN ve babam Sıddık BARAN’a ithaf ediyorum.

Tansu SERT

Diyarbakır 2022

ÖZET

Ceza muhakemesinde adil bir yargılanmanın yapılabilmesi ve sağlıklı bir hüküm kurulabilmesi için suç isnadı ile karşılaşmış şüpheli veya sanığa savunma hakkının tanınması gerekir. Şüpheli veya sanık, kamusal gücü elinde bulunduran iddia ve yargılama makamları karşısında zayıf konumda olduğundan, müdafî tarafından savunulmaya ihtiyaç duymaktadır. Ceza muhakemesinde savunma makamını işgal eden müdafî, soruşturma aşamasında şüphelinin, kovuşturma aşamasında ise sanığın haklarını koruyan, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardımcı olan, silahların eşitliği ilkesinin gerçekleşmesini sağlayan, uluslararası sözleşme ve yerel hukuk tarafından kendine özgü hak ve yetkiler ile donatılmış bir süjedir.

Bu çalışmanın birinci bölümünde; savunma hakkının önemine, savunma hakkının niteliği ve kapsamına, savunma makamı ve süjeliğine, müdafî ile savunulmanın neden gerekli olduğuna dair konulara değinilmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde; müdafîlik kurumunun tarihsel gelişimi, müdafîin ceza muhakemesindeki hukuki niteliği ve müdafî olabilme koşulları incelenmiştir.

Çalışmanın üçüncü bölümünde; müdafîin yetkilerinden olan dosya inceleme ve dosyadan örnek alma, hazır bulunma, şüpheli veya sanıkla görüşme ve yazışma, soru sorma, işlemlerin kendisine bildirilmesini isteme, kanun yollarına başvurma ve vazgeçme yetkileri ile müdafîin yükümlülüklerinden olan savunma görevini dürüstlikle ve özenle yapma, sır saklama ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardım etme yükümlülükleri irdelenmiştir.

Çalışmanın dördüncü bölümünde ise müdafîin uygulamada karşılaştığı sorunlara ve sorunların giderilmesi için çözüm önerilerine değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Savunma, Savunma hakkı, Müdafî, Müdafîin yetki ve yükümlülükleri

ABSTRACT

In order to a fair trial to be held and a sound judgment to be established in the criminal procedure, the suspect or accused who has faced criminal charges must be given the right of defense. Since the suspect or the accused person is in a weak position against the prosecution and trial authorities which hold public power, they need to be defended by the defence counsel. The defense counsel, who occupies the defense position in criminal procedure, is a subject who defends in favor of the suspect or the accused person, helps to reveal the material truth, ensures the equality of arms in proceedings and has the unique rights and power.

In the first section of this study, the importance of the right to defense, the nature and scope of the right to it, the power of defense and its subject, and why it is essential to be defended with a defence counsel are provided.

In the second section of the study, the historical development of the defense institution, the legal status of the defence counsel in the criminal procedure and the requirements of being a defence counsel are examined.

In the third section of the study, the defence counsel's duties such as studying the file and getting the copy of it, to be ready to attend, consulting and corresponding with the suspect or the accused person, asking questions and requesting the notification of the proceedings, resorting legal remedies and abdicating and hiding the secrets and helping to reveal the material truth eventually perform the duty of defense with honesty and diligently which are the obligations of the defence counsel are examined.

In the fourth section of the study, the problems encountered by the defence counsel in practice and the solution proposals for the elimination of the problems are provided.

Keywords: Defense, Right of Defense, Counsel, Power and Obligations of the Defence Counsel

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

ÖNSÖZ	I
ÖZET	II
KISALTMALAR	VIII
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SAVUNMA HAKKI BAĞLAMINDA MÜDAFİ

1.1. SAVUNMA HAKKI.....	3
1.1.1. Savunma Kavramı.....	3
1.1.2. Savunma Hakkının Önemi.....	8
1.1.3. Savunma Hakkının Niteliği ve Kapsamı	12
1.1.4. Savunma Hakkının İnsan Hakları ile İlişkisi	14
1.2. SAVUNMA MAKAMI VE SÜJELİĞİ.....	16
1.2.1. Bireysel Savunma	18
1.2.2. Toplumsal Savunma	19
1.3. MÜDAFİ İLE SAVUNULMANIN GEREKLİLİĞİ.....	21
1.3.1. Bireysel Savunmanın Yetersizlikleri	23
1.3.1.1. Hukuki Bilgi ve Tecrübe Eksikliği.....	23
1.3.1.2. Şüpheli veya Sanık Olma Psikolojisi.....	26
1.3.1.3. İnandırıcılık Eksikliği.....	27
1.3.1.4. Delillere ve Dosya İçeriğine Ulaşma Olanaklarının Kısıtlı Olması .	28
1.3.1.5. Sanığın Duruşmalara Katılmasının Zorluğu.....	28

İKİNCİ BÖLÜM

MÜDAFİLİĞİN TARİHSEL GELİŞİMİ, MÜDAFİN HUKUKİ STATÜSÜ VE KOŞULLARI

2.1. MÜDAFİLİĞİN TARİHSEL GELİŞİMİ	31
2.1.1. Müdafiliğin Batı Hukukundaki Gelişimi	31
2.1.1.1. Eski Yunan Hukukunda Müdafî	31

2.1.1.2. Roma Hukukunda Müdafî	33
2.1.1.3. Cermen Hukukunda Müdafî	34
2.1.2. Müdafîliğin Türk Hukukundaki Gelişimi	35
2.1.2.1. Osmanlı Hukukunda Müdafî	35
2.1.2.2. Cumhuriyet Döneminde Müdafî.....	37
2.2. MÜDAFİİN HUKUKİ STATÜSÜ	38
2.2.1. Şüpheli veya Sanığın Temsilcisi Olarak Müdafî	39
2.2.2. Şüpheli veya Sanığın Yardımcısı Olarak Müdafî	43
2.2.3. Müdafîin Mahkemenin Yardımcısı Olduğu Görüşü	45
2.2.4. Bağımsız Bir Adli Organ Olduğu Görüşü	46
2.2.5. Müdafîin Taraf Menfaatini Gözeten Savunman Olduğu Görüşü	47
2.2.6. Türk Doktrinindeki Görüşler	48
2.2.7. Değerlendirme	50
2.3. MÜDAFİ OLABİLMENİN KOŞULLARI.....	52
2.3.1. Avukat Olmak.....	53
2.3.2. Avukat Olabilmenin Şartları.....	55
2.3.2.1. Türk Vatandaşı Olmak.....	55
2.3.2.2. Hukuk Fakültesi Mezunu Olmak.....	56
2.3.2.3. Avukatlık Stajını Yapmış Olmak	57
2.3.2.4. Baro Bölgesinde İkametgâhı Olmak.....	58
2.3.2.5. Avukatlığa Engel Hallerinin Olmaması	58
2.3.2.5.1. Hakkında Kesinleşmiş Bir Mahkûmiyet Kararı	59
2.3.2.5.2. Kesinleşmiş Bir Disiplin Kararı	60
2.3.2.5.3. Avukatlığa Yakışmayacak Tutum ve Davranışlar Sergilemek.....	60
2.3.2.5.4. Avukatlıkla Bağdaşmayan İşlerle Uğraşmak	61
2.3.2.5.5. Kısıtlı Olmak	62
2.3.2.5.6. İflas Etmek	63
2.3.2.5.7. Aciz Vesikası.....	63
2.3.2.5.8. Sağlık Engelinin Olması.....	64
2.3.2.6. Avukatlık Yasaklarının Olmaması	64
2.3.2.6.1. Müdafîin Hakim veya Savcı İle Hısımlık veya Evlilik İlişkisi Olması.....	64

2.3.2.6.2. Bazı Görevlerden Ayrılanların Müdafilik Yapma Yasağı	65
2.3.2.7. Müdafilik Yapmaya Engel Bir Halin Olmaması	66
2.3.2.7.1. Aynı Mahkemede Sanık Olmama	67
2.3.2.7.2. Aynı Muhakemede Tanık Olmama	68
2.3.2.7.3. Aynı İşe Daha Önce Başka Bir Sıfatla El Koymamış Olmak	69
2.3.2.8. Menfaatleri Zıt Kişilerin Müdafiliğini Üstlenmiş Olmak	70

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MÜDAFİNİN YETKİ VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

3.1. MÜDAFİNİN YETKİLERİ.....	74
3.1.1. Müdafinin Dosyayı İnceleme Yetkisi	75
3.1.1.1. Soruşturma Evresinde Müdafinin Dosyayı İnceleme Yetkisi	76
3.1.1.1.1. Dosya İnceleme Yetkisinin Kapsamı	78
3.1.1.1.2. Dosyanın İnceleneceği Yer ve Süre	80
3.1.1.1.3. İnceleme Yetkisinin Kısıtlanması	82
3.1.1.1.4. İncelenmesi Kısıtlanamayan Belgeler	84
3.1.1.2. Kovuşturma Evresinde Müdafinin Dosya İnceleme Yetkisi	86
3.1.2. Müdafinin Dosyadan Örnek Alma Yetkisi	86
3.1.3. Müdafinin Hazır Bulunma Yetkisi	88
3.1.3.1. Müdafinin Soruşturma İşlemlerinde Hazır Bulunma Yetkisi.....	89
3.1.3.2. Müdafinin Kovuşturma İşlemlerinde Hazır Bulunma Yetkisi	93
3.1.4. Müdafinin Görüşme ve Yazışma Yetkisi.....	95
3.1.4.1. Müdafinin Görüşme Yetkisi	96
3.1.4.2. Müdafinin Yazışma Yetkisi.....	98
3.1.5. Müdafinin Soru Sorma Yetkisi	99
3.1.6. Müdafinin İşlemlerin Bildirilmesini İsteme Yetkisi	101
3.1.7. Müdafinin Kanun Yollarına Başvurma ve Başvurudan Vazgeçme Yetkisi	103
3.2. MÜDAFİNİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ	107
3.2.1. Savunma Görevini Dürüstlük ve Özenle Yapma Yükümlülüğü	107
3.2.2. Sır Saklama Yükümlülüğü.....	109
3.2.3. Maddi Gerçeğin Ortaya Çıkarılmasına Yardım Etme Yükümlülüğü	112

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

MÜDAFİİN UYGULAMADA KARŞILAŞTIĞI SORUNLAR

4.1. UYGULAMADA KARŞILAŞILAN SORUNLAR.....	114
4.1.1. Mahkeme Düzenindeki Eşitsizlik	114
4.1.2. Karar veya Ara Karar Görüşmelerinde İddia Makamının Salondan Çıkamaması	116
4.1.3. Duruşma Saatlerine Riayet Edilmemesi	118
4.1.4. Müdafinin Duruşma Sırasında Sanıkla Yan Yana Oturmasının Engellenmesi.....	120
4.1.5. Soruşturma Dosyalarının İncelenmesinin Engellenmesi	123
4.1.6. Müdafinin Duruşma Tutanaklarına Vekil Olarak Yazılması.....	125
SONUÇ.....	128
KAYNAKÇA.....	134

KISALTMALAR

<i>AIHM</i>	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
<i>AIHS</i>	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
<i>As.YUK</i>	Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunları
<i>Av.K.</i>	1136 sayılı Avukatlık Kanunu
<i>Av.Mes.Kur.</i>	Avukatlık Meslek Kuralları
<i>AYM</i>	Anayasa Mahkemesi
<i>AY</i>	Anayasa
<i>b.</i>	bent
<i>bkz.</i>	Bakınız
<i>c.</i>	Cümle
<i>C.</i>	Cilt
<i>CD</i>	Ceza Dairesi
<i>CGK</i>	Ceza Genel Kurulu
<i>CGTİK</i>	Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
<i>CMK</i>	5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
<i>CMUK</i>	1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
<i>DİDDGK</i>	Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
<i>dn</i>	Dipnot
<i>E.</i>	Esas
<i>f.</i>	fıkra
<i>md.</i>	Madde
<i>para.</i>	paragraf
<i>PVSK</i>	Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu
<i>RG</i>	Resmi Gazete
<i>s.</i>	Sayfa
<i>S.</i>	Sayı
<i>T.</i>	Tarih

<i>TBB</i>	Türkiye Barolar Birliği
<i>TCK</i>	Türk Ceza Kanunu
<i>TMK</i>	Türk Medeni Kanunu
<i>vb.</i>	ve benzeri
<i>Y.</i>	Yıl
<i>Yarg.</i>	Yargıtay
<i>YGİY</i>	Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Altına Alma Tutanağı
<i>YCGK</i>	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
<i>Yön.</i>	Yönetmelik



GİRİŞ

Ceza muhakemesinin temel amacı, usul hukukunun öngördüğü ilkeler doğrultusunda şüpheli, sanık ve mağdur haklarını gözetmek suretiyle maddi gerçeğe ulaşmaktır. Maddi gerçeğe ulaşmak, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan adaletin emrettiği bir yükümlülüktür. Yargılama ve cezalandırma yetkisi devlete ait olduğundan, bu yükümlülüğü yerine getirmek de devletin görevidir. Devlet adına bu görevi icra edenlerin cezalandırma hakkının sınırlarını aşma ihtimalleri de bulunmaktadır. Böyle bir durumda kişinin temel hak ve özgürlükleri ihlal edilebilir ve suç şüphesi altında bulunmayan kişi, çeşitli tedbirlere maruz kalabileceği gibi ceza tehdidi ile de karşılaşabilir. Bu nedenle maddi gerçeğe ulaşmak için yürütülen muhakeme faaliyetlerinin sınırlarının özellikle şüpheli veya sanığın savunma hakkı bağlamında açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Maddi gerçek ulaşmak, her ne pahasına olursa olsun ulaşılması gereken bir hedef değildir. Dolayısıyla, ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşmak için insan hakları ihlallerine yol açılmamalı ve yargılama faaliyetlerinde hukuk devleti ilkesinin öngördüğü usul hukuku kurallarına riayet edilmelidir.

Ceza muhakemesi iddia, savunma ve yargılama faaliyetlerinden oluşur. Bu faaliyetler sonucunda kolektif bir ürün olan hüküm ortaya çıkmaktadır. Ceza muhakemesinde, ortaya adil bir hüküm çıkabilmesi için şüpheli veya sanığa savunma hakkının tanınması ve savunma hakkının etkin kullanılabilmesi için gerekli olanakların sağlanması gerekir. Savunma hakkı, şüpheli veya sanığın sahip olması gereken en temel haklardandır. Savunma hakkı, ifade özgürlüğünün bir görünüm biçimidir. Ancak, kamusal gücü ellerinde bulundurarak bütün yetki ve ayrıcalıklara sahip iddia ve yargılama makamı karşısında, suç şüphesi altında bulunan şüpheli veya sanık hem teknik olarak hem de yetki ve ayrıcalıklar bakımından zayıf ve çaresiz konumundadır. Temel hak ve özgürlükler bakımından tehdit edici bir süreç olan ceza muhakemesi sisteminde, şüpheli veya sanığın salt isnat edilen suçu işlemediğini beyan etmesi kendisine bir fayda sağlamayacaktır. Bu nedenle, şüpheli veya sanığın

teknik/hukuki bilgiye sahip, iddia ve yargılama makamlarının faaliyetlerini ve cezalandırma yetkisinin sınırlarını denetleyebilen, silahların eşitliğini sağlayabilen profesyonel bir kimse tarafından savunulmaya ihtiyacı vardır. Bu kimse, hiç kuşkusuz müdafidir.

Müdafî, 571 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2. maddesinin birinci fıkrasının c bendinde tanımlanmış ve aynı kanunun 149-156. maddeleri arasında düzenlenmiş olan bir kavramdır. Ancak, müdafî kavramının ceza muhakemesinde birçok kavramla ilişkili olduğu ve çok geniş bir yelpazeye sirayet ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Müdafî kavramı, çeşitli kanunlarda ve uluslararası sözleşmelerde özel amaçlara matuf şekilde düzenlenmiş ve savunma kurumu ile olan ilişkisinden kaynaklı olarak birçok ilintili kanunlarda da yer almıştır. Bu çalışmada, müdafilik kurumunun çerçevesi dışına çıkmadan düzenlendiği kanun, mevzuat ve uluslararası sözleşmelerden yararlanılarak müdafilik ve müdafî ile savunulma hakkı anlatılmaya çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

SAVUNMA HAKKI BAĞLAMINDA MÜDAFİ

1.1. SAVUNMA HAKKI

1.1.1. Savunma Kavramı

Savunma kavramı, geniş boyutlu bir yapıya sahiptir. Sözlük anlamıyla savunma “saldırıya karşı koruma, müdafaa etme, bir kimseyi, eylemi ya da düşünceyi haklı veya doğru göstermek amacıyla yazılan yazı ya da yapılan konuşma”¹ şeklinde tanımlanmıştır. Savunma yazılı yapılabileceği gibi sözlü de yapılabilir, mühim olan bir hakkın ileri sürülmesidir.

Savunma kavramını, konu bakımından ceza hukuku ve özel hukuk alanında olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür.² Özel hukukta, davacının ileri sürdüğü iddialara ilişkin davalının ispat araçları bir savunma faaliyetidir. Özel hukukta ileri sürülen bir iddiaya ilişkin savunma hakkı tanımadığı takdirde, kişinin karşılaştacağı kayıp; tazminat, bir işi yapma veya yapmama gibi külfetler iken; ceza hukukunda kişi ceza tehdidiyle karşı karşıya kalmaktadır.³ Ceza hukukunda kişiler özel hukukun aksine eşit durumda değildir ve ceza muhakemesinde iddia eylemi savcılık makamı tarafından ortaya atılmaktadır.⁴ Savcılık makamı devletin birçok üstün yetkilerine sahip olduğu için karşısındaki genellikle zayıf konumdadır. Adil yargılanmanın söz konusu olabilmesi için zayıf konumda olan kişiye bazı hakların sağlanması gerekir ve savunma hakkı da bu güvencelerden biridir.

Savunmanın aktif ve pasif olmak üzere iki yönü mevcuttur.⁵ Kişiye isnat edilen haksız eylemlere karşı, kişinin kendisini korumak amacıyla meşru yollara başvurması savunmanın aktif yönünü oluştururken; kişinin kendisine yöneltilen

¹ <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 10.04.2021)

² Cahit Nalbantoğlu, “Uygulamada Savunmanın Yeri”, **Ankara Barosu Dergisi**, 1988/1 s. 114.

³ Aydın Erdoğan, “Savunma Hakkı”, **Ankara Barosu Dergisi**, 1984/3, s. 406.

⁴ CMK m. 170 – (1) “Kamu davasını açma görevi, Cumhuriyet savcısı tarafından yerine getirilir. (2) Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler.”

⁵ Anıl Çeçen, “Savunmanın Çağdaş Anlamı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 1988/1 s. 43.

suçlamalar karşısında maddi ve manevi varlığını bir bütün olarak korumak amacıyla yapabileceği eylem ve hukuki işlemler savunmasının pasif yönünü oluşturur.⁶

Savunma, isnat edilen suçlamaya karşı şüpheli veya sanığın lehine yürütülen onları hukuki ve fiili olarak korumayı sağlayan faaliyetler bütünüdür.⁷ Şüpheli veya sanık kendisine isnat edilen eyleme ilişkin olarak etkin bir şekilde savunma yapabileceği gibi susma hakkını kullanarak pasif bir savunma da yapabilir. Önemli olan kişiye aktif olarak savunma imkanının tanınmasıdır. Susmak da esasında bir savunma biçimi olduğundan isnat edilen eyleme ilişkin; kişinin konuşmama, cevap vermeme hakkının da kısıtlanmaması gerekir.⁸ Şüpheli veya sanığın susma hakkını kullanması suçu ikrar ettiği anlamına gelmez. Dolayısıyla aleyhine değerlendirilmez. Çünkü bu hak temelinde ifade özgürlüğünün bir biçimi olduğu için diğer temel haklar gibi en tabii haklardandır. Susma hakkı, özünde şüpheli veya sanığın kendini suçlamaya zorlamaması⁹ (nemo-tenetur se ipsum accusare), kendi aleyhine delil vermeye zorlanmaması, masumiyetini ispatlamak için yargılama makamlarına yardım etmeye mecbur bırakılmaması ve yargılamadaki pasif tutumunun aleyhine bir husus olarak değerlendirilmemesi gibi unsurları barındırır.

Doktrinde savunma hakkı, geniş anlamda ve dar anlamda ele alınmıştır. Dar anlamda savunma hakkı; suç işlediği iddia edilen kişinin yetkili merciiler huzurunda kendisine isnat edilen suçu işlemediğini, söz konusu eylemin hukuka uygun olduğunu, yasalardaki bazı özel nedenlerden dolayı cezalandırılmaması gerektiğini veya daha az bir ceza ile cezalandırılması gerektiğini iddia etmesidir.¹⁰ Kısacası dar anlamda savunma hakkı; iddia edilen eyleme ilişkin beyanda bulunma ve iddiaya ilişkin cevap verebilme hakkıdır ve bu hak sadece sanığa tanınmaktadır.¹¹ Örneğin; görevin ifası hukuka uygunluk nedenlerinden biridir. Görevin ifası kısaca; kanunda

⁶ Teoman Ergül, “Savunmanın Teori ve Uygulaması”, **Ankara Barosu Dergisi**, 1990/4, s. 591.

⁷ Nur Başar Centel, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî**, Kazancı Hukuk Yayınları: 29, İstanbul 1984, s. 1.

⁸ Mahmut Koca, **Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü (Doktora Tezi), İstanbul, 1998, s. 46.

⁹ Anayasa’nın 38. maddesinde “hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz” şeklindeki düzenlenmeyle bu ilkeye yer vermiştir.

¹⁰ Turan Tufan Yüce, “Alman-Türk Ceza Muhakemeleri Usulünde Savunma Hakkı (I)”, **Adalet Dergisi**, LI, S.11-12, 1960, s.1017; Timur Demirbaş, “**Hazırlık Soruşturmasında Savunma**”, Sahir Erman’a Armağan No: 8, 1999, s. 192

¹¹ Zeki Hafizoğulları, “Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 1994/1, 1994, s. 20, 21; Serhat Sinan Kocaoğlu, **Müdafî**, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara 2017, s. 54.

suç olarak düzenlenen bir eylemin, kanun hükmü gereğince işlenmesi durumunda eylemin hukuka aykırı sayılmamasıdır. TCK md.109'daki hükme göre, bir kimseyi hürriyetinden yoksun bırakmak suçtur. Fakat; kolluk kuvvetlerinin suç şüphesi altında olan kişiyi yakalayıp özgürlüğünü kısıtlaması kanun hükmünün gereği olduğu için söz konusu eylem hukuka uygundur (PVSK md.13/1-A). Kişinin işlediği suçtan hür iradesiyle pişman olması ve suçun dış dünyada meydana getirdiği zararları karşılaması veya ceza yargılamasına katkıda bulunarak etkin pişmanlıktan yararlanarak kanunda düzenlenen cezadan daha az bir ceza alması veya cezalandırılmaması dar anlamda savunmaya örnek gösterilebilir.

Geniş anlamda savunma hakkı; bir kimsenin devlet veya diğer kimseler tarafından kendisine isnat edilen eylem ve işlemlere karşı meşru yollara başvurusu veya yasanın kendisine sunduğu imkanlardan yararlanmasıdır. Geniş anlamda savunma hakkında kişi, sav ve savunmada bulunabileceği gibi sav ve savunmalara cevap da verebilir.¹² Geniş anlamda savunma, aynı zamanda savunmanın aktif yönünü oluşturmaktadır.¹³ Bu nedenle yargılamalarda olması gereken savunma, geniş anlamda savunmadır. Başka bir ifadeyle, geniş anlamda savunma; iddia ve isnatta bulunabilme, iddia ve isnatlara cevap verme, itiraz etme, beyanda bulunma ve işlemlerde hazır bulunma şeklinde tanımlanır.¹⁴ Şüpheli veya sanığa kanunda tanınan bütün haklar geniş anlamda savunma kapsamında değerlendirilmektedir.

Savunma, maddi (fiili) ve hukuki savunma olmak üzere iki şekilde ele alınabilir. Maddi (fiili) savunma; iddia edilen eylemin gerçekten işlenip işlenmeyeceğini ilişkin yapılan savunmadır. Hukuki savunma ise, iddia edilen eylemin yasalar karşısındaki konumuna ilişkin yapılan savunmadır. Şüpheli veya sanığın hukuki savunmasını bizatihi kendisinin yapmasına *bireysel savunma*, müdafî aracılığıyla yapmasına ise *kolektif savunma* denir.¹⁵ İddiaya, iddianın muhatabının karşılık vermesi gerektiği için maddi savunma bireysel olup kural olarak sanığa aittir. Dolayısıyla, müdafî bu savunmayı yapamaz.¹⁶ Hukuki savunmayı ise; sanığın kendisi yapabileceği (bireysel) gibi müdafî (kolektif) de yapabilir. Teorik olarak, sanık hem

¹² Hafizoğulları, “Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı” s. 21.

¹³ Ergül, “Savunmanın Teori ve Uygulaması”, s. 591.

¹⁴ Timur Demirbaş, **Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması**, İzmir, 1996, s. 52

¹⁵ Nur Centel ve Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayıncılık, 12. Bası, İstanbul, 2015, s. 145

¹⁶ Hamide Zafer, “Savunma Hakkı ve Sınırları” **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 19.2 Prof. Dr. Nur Centel’e armağan, 2013, s. 512

maddi hem hukuki savunma yapabilmesine rağmen müdafî, sadece hukuki savunma yapabilir.

Savunma hakkı; esasında yargılamada suçtan kurtulmak gayesiyle kullanılan ifade ve düşünce özgürlüğüdür.¹⁷ Bu nedenle savunma; işlendiği iddia edilen eylemin işlenmediğini veya iddia edilen eylemin hak ettiğinden daha az ceza alması gerektiğini ya da eylemin cezalandırılmamasına yönelik olduğu için maddi ve hukuki anlamda savunma, esasında iddia makamının mahkumiyet talep eden mütalaasına karşılık olarak yapılır.¹⁸ Mütalaaya karşı yapılan savunmaya; esasa ilişkin savunma da denilebilir. Bu savunmada, yargılamada ortaya koyulmuş olan tüm delillerin değerlendirilmesi ve hukuki gerekçeleri de gösterilerek, mahkemeden ceza uyuşmazlığına ilişkin suçluluk konusunda karar verilmesi talebinde bulunulur.¹⁹ Bu durum, CMK m. 216'da "Delillerin tartışılması" başlığı altındaki düzenlemeyle güvence altına alınmıştır.²⁰ Savunma hakkına binaen yargılamada hüküm verilmeden önce son söz hazır bulunan sanığa aittir, sanık tüm değerlendirmeleri dinledikten sonra esasa ilişkin son sözünü söyler. Son sözün sanığa ait olması savunma hakkı bakımından da son derece önemlidir.

Nitekim son söz hazır bulunan sanığa verilmediği takdirde sanığın savunma hakkı kısıtlanmış olmaktadır. Bu sebepten ötürü, son sözün hazır bulunan sanığa verilmemiş olması, mutlak temyiz nedeni (hukuka kesin aykırılık) olarak da kabul edilmekte ve bozma sebebi teşkil etmektedir.²¹

Temyiz mercii tarafından, yerel mahkemenin hükmü bozulduktan sonra ilk derece mahkemelerince görülen dava, henüz sonuçlanmamış olduğu için ilk kez

¹⁷ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s.11; Albin Eser (Çev. N. Centel), "Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu", **Yargıtay Dergisi**, 1990, S.3, s. 326.

¹⁸ Zafer, **Savunma Hakkı ve Sınırları**, s. 511

¹⁹ "Aynı şekilde sorgu işlemi de kısmen esasa ilişkin savunmanın yapıldığı bir işlemdir (CMK m.146, 191,206). Sanık maddi savunmasını, doğrudan doğruya esas hakkındaki savunması ile yapabileceği gibi sorgu/ifade vasıtasıyla veya tanık, bilirkişi ve emare delillerine karşı yaptığı açıklamalarla da gerçekleştirebilir."

²⁰ **CMK m.216**"(1) Ortaya konulan delillerle ilgili tartışmada söz, sırasıyla katılana veya vekiline, Cumhuriyet savcısına, sanığa ve müdafîne veya kanunî temsilcisine verilir.

(2) Cumhuriyet savcısı, katılan veya vekili, sanığın, müdafînin veya kanunî temsilcisinin açıklamalarına; sanık ve müdafî ya da kanunî temsilcisi de Cumhuriyet savcısının ve katılanın veya vekilinin açıklamalarına cevap verebilir.

(3) Hükümden önce son söz, hazır bulunan sanığa verilir. Bu aşamada zorunlu müdafîin hazır bulunmaması hükmün açıklanmasına engel teşkil etmez."

²¹Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku** Arıkan Yayıncılık, 14. Baskı, İstanbul, 2006, s. 1225

hüküm kurulurken “son söz sanığa aittir” kuralına tekrar riayet edilmelidir.²² Aksi takdirde CMK md. 216/3’e aykırılık ortaya çıkmış olacaktır.

Ceza yargılaması iddia, savunma ve yargılama faaliyetleri üzerinde kurulmuştur. İddia ve savunma arasında bir yarış söz konusu olmayıp, iş birliği esastır ve el birliği ile maddi gerçeğin ortaya çıkarılması temel gayedir.

Savunma, maddi gerçeğe ulaşmak için ceza muhakemesinin olmazsa olmaz koşuludur. Yargılamada ileri sürülen iddia, gerçeği yansıtmayabileceği için sanık suçsuz da olabilir veya iddia edilen eylemin kanunlardaki karşılığında daha fazla bir ceza alma tehdidiyle karşı karşıya kalabilir.

Sanığa savunma hakkı verilerek aleyhindeki şüpheleri çürütebilmesi için tüm imkanlar tanınmalıdır. Aksi takdirde masum bir kimsenin ceza alması gibi bir durum ortaya çıkmış olacaktır. Bu da adalete olan güveni kıran ve toplumun vicdanını sızlatan bir durumdur. Savunma hakkının tanınması, adaletin sağlanmasında etkili olduğu gibi toplumdaki bireylerin adalet sistemine olan güven duygusunu da artırır.²³ Temel bir hak olan savunma hakkı; mahkemelerin varlık nedenidir.²⁴ Savunmaya yer vermeyen bir mahkeme ise mahkeme niteliği taşımamaktadır. Bu nedenle savunma bir hak olduğu kadar aynı zaman da bir görevdir.²⁵

Ceza muhakemesinde, ithamın kamusalılığından dolayı savunma denilince akla ilk gelen sanığın savunma hakkıdır. Ancak savunma; esasında kişinin kendisine isnat edilen iddiayı çürütmeye yönelik olduğu için aynı zamanda içinde bir iddiayı da barındırır.²⁶ Bundan ötürü, ceza yargılamasında savunma hakkının tek hamili sanık olmayıp aynı zamanda mağdur da bu hakkın sahibidir. Savunma; insana özgü temel bir haktır ve toplumda suçun mağduru çoğunlukla insandır. Bundan dolayı savunma

²² “Yerel mahkemece bozmadan sonra yapılan yargılama aşamasında sanık ve müdafii ile sanık, müdafileri ve katılanlar vekili dinlendikten ve Cumhuriyet savcısının bozma ilamına ilişkin görüşü alındıktan sonra, hazır bulunan sanık ...’e son sözleri sorulmadan yargılama bitirilmek suretiyle hükmün tesis ve tefhim edilmesi, CMK’nun 216/3. maddesine açıkça aykırılık oluşturduğundan, savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuran bu usule aykırılık nedeniyle yerel mahkeme direnme hükmünün, direnmeye konu her iki sanık yönünden diğer yönleri incelenmeksizin bozulmasına karar verilmelidir.” YCGK, E. 2017/608, K. 2017/338 T.20.06.2017 www.kazanci.com (Erişim Tarihi. 14.04.2021)

²³ Koca, **Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı** s. 52.

²⁴ Metin Feyzioğlu, “Savunma Hakkına İlişkin İki Soru: Savunma Hakkı Kutsal mıdır? Duruşma Salonunda Müdafii ve Sanık Yan Yana Oturabilir mi?”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 67, S. 1, 2009, s. 22.

²⁵ Hamide Zafer, **Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu**, Beta Yayınları 1. Bası, 2004, İstanbul, s. 265

²⁶ Hafizoğulları, “Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı” s. 21.

hakkını sadece sanığa hasretmek ve mağduru bunun dışında tutmak bir eksiliktir. İddianın ileri sürüldüğü yerde savunma, savunmanın yapıldığı yerde ileri sürülen bir iddia vardır. Savunma; iddianın sonucunda ortaya çıkmaktadır. Çünkü hiçbir kavram, zıttı olmadan ortaya çıkmaz. Savunma yapılmadan ileri sürülen iddia bir hüküm niteliği taşıyabilir.²⁷ Savunma hakkı; yalnızca iddia ve isnat altında bulunan kişiye verilen bir hak olmayıp, iddia ve isnadı ileri süren kişiye de verilmiş bir haktır. Savunma hakkı; sadece şüpheli, sanık veya mağdura verilen bir hak olmayıp ceza yargılamasına özgü bir hak da değildir. Savunma hakkı, dava kavramıyla ilişkili olup medeni yargılamada da hem davacı hem de davalı söz konusu hakka sahiptir.²⁸

1.1.2. Savunma Hakkının Önemi

Ceza muhakemesinin temel amacı; şüpheli veya sanığın temel haklarına saygı göstererek adil ve etkin bir şekilde, yasa tarafından güvence altına alınmış bağımsız ve tarafsız bir mahkemede tüm süjelerin katkılarıyla maddi gerçeğe ulaşmaktır. Süjelerin birbirleriyle olan ilişkisi, bir üstünlük esasına veya bir hasımlık ilişkisine dayanmamaktadır. Tüm süjeler elbirliği ile bireyin temel hak ve özgürlüklerini toplumun menfaatine feda etmeden kamu barışını sağlamaya çalışır.²⁹

Ceza muhakemesi, bir suçun işlendiğine ilişkin basit bir suç şüphesi ile başlar. Söz konusu suç, CMK m.157 gereği ‘ihbar veya şikayet’ yoluyla yetkili makamlara bildirilir. Cumhuriyet Savcısı, suç haberini aldıktan sonra derhal araştırmalara başlayarak işin gerçeğini araştırır. Bu nedenle savcı, şüphelinin hem lehine hem de aleyhine olan delileri toplar ve elde edilen deliler neticesinde; kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar verir. Toplanan deliler suçun işlendiğine ilişkin yeterli şüphe oluşturunorsa Cumhuriyet Savcısı, iddianame düzenleyerek kamu davası açar.³⁰ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesine göre, suç isnadı altında olan herkes, kendisine isnat edilen suçlamanın ne olduğunu ve nedenini öğrenme hakkına sahiptir. Şüpheli ne ile suçlandığını ve sebebini soruşturmanın sonunda düzenlenen iddianame ile öğrenir. İddianame; şüphelinin ne

²⁷ Faruk Erem, **Diyalektik Açıdan Ceza Yargılaması Hukuku**, Işın yayıncılık, 6. Baskı, Ankara 1986, s. 167.

²⁸ Yasin Dıvrak ve Ahmet Hasan Kılıç, “Savunma Hakkı”, 1. Baskı, İstanbul, **Çağrı Avukatlar Grubu**, No: 4, 2004, s. 50; Hafizoğulları “Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı, s. 21.

²⁹ Zafer, “Savunma Hakkı ve Sınırları”, s. 515.

³⁰ Yener Ünver ve Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayıncılık, 12.Baskı, Ankara, 2016, s. 517.

ile itham edildiğini öğrenmesini sağlayan bir araçtır. Suç isnadı altında olan kişinin ne ile suçladığını öğrenme hakkı, savunmanın vazgeçilmez bir ön koşuludur.³¹

Sanık iddianamedeki ithama ilişkin mahkeme tarafından sorgulanacaktır. Sanığın savunma hakkını etkili kullanabilmesi ve lekelenmemesi için iddianamenin kanunda belirtilen tüm unsurları taşıması ve mahkeme tarafından kabul edilmiş olması gerekir.³²

Maddi gerçeğin ortaya çıkarılma süreci; iddia (tez), savunma (antitez) ve yargılama (sentez) olmak üzere üç temel faaliyetten oluşur. Ceza muhakemesinde yargılamanın başlaması ve hüküm verilebilmesi için bir iddianın varlığı aranır, iddia olmadan yargılamaya başlanamaz ve hüküm verilemez. İddia; hukukumuzda iddia makamını temsil eden Cumhuriyet Savcısının; kanunun suç olarak düzenlenmiş bir fiilin bir kimse tarafından işlendiğini ileri sürmesidir, ileri sürülen bu iddiaya ceza muhakemesinde tez denilmektedir.

İddia, kişinin suç işlediğini ileri sürerek masumiyetini inkar etmektir. İddia, doğru olabileceği gibi yanlış da olabilir. Zira, adı üstünde bu sadece bir iddiadır. Bu nedenle iddianın zorunlu sonucu savunmadır.³³ İleri sürülen bu iddiaya (teze) karşılık olarak yargılamanın adil bir şekilde yürütülmesi ve sağlıklı bir hüküm elde edilebilmesi için suç şüphesi altında olan şüpheli veya sanığa savunma (antitez) hakkı tanınmalıdır.

Savunma; vicdani delil sisteminde karar merciin iddiaya ilişkin şüpheyi yenip karar verebilmesini kolaylaştıran ve teknik olarak iddianın çürütülmesine yönelik bir antitezdir. Suç ithamı altında olan kişi, masum olmadığı iddiasına karşılık olarak, masumiyetini tam bir eşitlikle söyleme hakkına sahip olmalıdır ve bu hakkını etkin

³¹ Centel ve Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku** s. 481.

³² “İddianamenin ayrıntılı olması, sanığa yüklenen fiilin nelerden ibaret olduğu hiçbir duraksamaya meydan vermeyecek şekilde açıklanması zorunludur. Sanık sorgusundan önce iddianame okunduğunda üzerine atılı suçun ne olduğunu anlamalı ve buna göre savunmasını yapabilmeli, kanıtlarını sunmalıdır. Yüklenen suçun belirsiz olmamalı, açık ve net olarak belirlenmeli, savunma hakkı kısıtlanmamalıdır. Suç yükleme niteliğine sahip olmayan belge hukuken iddianame sayılmayacağından, usulüne uygun uygun açılmamış bir davada hüküm kurulmasının AİHS’in adil yargılamayı düzenleyen 6.maddesine aykırılık teşkil edeceği gözetilmelidir. Açıklamalarla desteklenip bir kısmı fiili olgulara dayanan şikayete konu iddiaların ispat edilmemiş olmasının tek başına iftira suçunun oluşumu için yeterli sayılmayacağı gözetilip Anayasal bir hak olan şikayet hakkının kullanılıp kullanılmadığı tartışmalıdır.” **Y4CD, 11.6.2012-21275/13997, www.kazanci.com.tr** (Erişim Tarihi: 20.04.2021)

³³ Faruk Erem, “Savunma Hakkının Kökeni”, **Ankara Barosu Dergisi**, 1984/5, s. 691.

olarak kullanabilmelidir. Aksi durumda sağlıklı bir hükümden bahsedilemez.³⁴ Kişi suç teşkil eden fiili gerçekleştirmiş olsa dahi, kanunun bu fiile karşılık olarak öngördüğü cezadan daha fazla bir cezaya mahkum edilmeme hakkına sahiptir. Savunma hakkı verilmeden yapılan bir yargılamada mahkemenin hükmü; iddia makamı tarafından ileri sürülen tez olur.³⁵ İddianın hüküm haline gelmesi ise son derece tehlikelidir. Yargılama makamı, iddia makamının tezine karşılık olarak; savunma makamının ileri sürdüğü antitezi değerlendirerek maddi gerçeğe ulaşmak için gerekli etkin araştırmayı yaptıktan sonra nihai kararı verir, bu karara hüküm (sentez) denir. Kısacası; hüküm iddia (tez) ve antitezin (savunmanın) sonucunda meydana gelen bir üründür.

Savunma hakkı; adil bir yargılanma için vazgeçilmez bir öneme sahiptir. Bu nedenle tüm gelişmiş medeniyetlerde temel bir hak olarak anayasal bağlamda güvence altına alınmıştır. Devletin yetkili organları vasıtasıyla yürütülen ceza muhakemesinde, suç ithamı ile karşılaşan şüpheli veya sanığın suçlamadan kurtulabilmesi için savunma hakkına sahip olması şarttır. Sanığın meramını anlatamadığı bir yargılamanın adil ve dürüst olduğunu söylemek mümkün değildir. İddia makamı, devlet adına üstün kuvvetlere sahip olup birçok yetkiyle donatılmıştır. Sanık, iddia makamı karşısında güçsüz bir konumda olduğundan hakkındaki suçlamaları çürütebilmek için bazı güvencelere ihtiyaç duymaktadır. Bu güvencenin en başında savunma hakkı gelmektedir.

Savunma hakkını sınırlandırılması, daraltılması ve kullanılmasının zorlaştırılması savunma hakkının kısıtlanmasına yol açmaktadır.³⁶ Savunma hakkı, kişinin sahip olduğu alelade bir hak olmayıp, herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir haktır ve bu hakkın devlet tarafından korunması, geliştirilmesi ve genişletilmesi gerekir.³⁷

Yargılamanın adil bir şekilde yürütülmesi ve adaletin tecellisi için temel gaye olan maddi gerçek, şüpheli veya sanığa savunma hakkı verilerek ortaya çıkacaktır. Savunma hakkı, esas olarak sanığa tanınan en temel haklardandır. Savunmanın ceza muhakemesinde bir hak olduğuna ilişkin düşünceler yeni olmamasına karşın;

³⁴ Zafer, **Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu**, s. 273.

³⁵ Erem, “Savunma Hakkının Kökeni”, s. 691.

³⁶ Çetin Özek, “Terörle Mücadele Kanunu”, **İstanbul Barosu Dergisi**, 1991, s. 4, 5, 6, s. 377.

³⁷ Koca, **Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı** s. 48.

savunma hakkının ceza muhakemesindeki önemi itibariyle alelade bir hak olmadığına ilişkin düşünceler yeni sayılır.³⁸ Hak arama özgürlüğün gelişimiyle paralellik gösteren savunma hakkı, sanığın ceza muhakemesinin hem objesi hem de süjesi olduğu görüşünün kabul edilmesiyle daha da önem kazanmıştır.³⁹

Savunma hakkı; hukuk devleti, adil yargılanma hakkı ve hak arama özgürlüğünün gelişimiyle önem arz etmiş ve adil bir yargılama için vazgeçilmez unsur haline gelmiştir. Savunma hakkı ceza muhakemesindeki önemi nedeniyle birçok uluslararası sözleşmede düzenlenmiştir. Bu sözleşmelerden biri de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin m. 6/3'de

“Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

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

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

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

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

e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanma” ifadelerine yer verilmesi suretiyle savunma hakkının tanınması ve etkin bir şekilde kullanılması gerektiğini vurgulanmıştır.

Savunma hakkı, adil yargılanma hakkı ile sıkı bir ilişki içerisinde. Bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, savunma hakkının söz konusu olduğu davalarda, iddiayı genellikle 1. fıkra ile ilişkilendirdiği için iddianın ayrıca 1. fıkra bakımından da incelenmesinin gerekli olmadığını belirtmiştir.⁴⁰ Avrupa İnsan

³⁸ Hafizoğulları, “Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı” s. 20; Dıvrak ve Kılıç, “Savunma Hakkı”, s. 11.

³⁹ Demirbaş, “Hazırlık Soruşturmasında Savunma”, s. 190.

⁴⁰ Zafer, **Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu**, s. 269.

Hakları Sözleşmesinde savunma hakkı, öncelikle sanık bakımından vurgulanmış olup (md. 6/3) herkesin bu hakka sahip olduğu kabul edilmiştir (md. 6/1).

1.1.3. Savunma Hakkının Niteliği ve Kapsamı

Savunma hakkı; diğer ülkelerde düzenlediği gibi ülkemizde de anayasal olarak güvence altına alınmıştır. 1982 Anayasası'nın 36. maddesinde “temel hak ve ödevler başlığını” taşıyan ikinci kısmın “kişinin hak ve ödevleri” başlığını taşıyan ikinci bölümünde “Hak arama hürriyeti” başlığı altında “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*” ifadesine yer verilmek suretiyle savunma hakkı temel bir hak olarak düzenlenmiştir.

Savunma hakkının, Anayasada temel bir hak olarak düzenlenmesi bu hakkının önemini ve değerini arttırmaktadır. Bu hakkın Anayasada yer alması, sadece manevi bir saygınlık ifadesi olmayıp anayasanın üstünlüğü ve değiştirilmesinin zor olması, söz konusu hak için bir teminattır.⁴¹ Anayasa'nın 12. maddesinde belirtildiği üzere temel haklar; şahsa bağlı, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez özelliklere sahiptir. Bu haklar; özlerine dokunulmaksızın anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen nedenlere bağlı kalınarak sadece kanunla sınırlandırılabilirler. Bu nedenle temel haklar diğer haklara nazaran daha güvencelidir.

Savunma hakkı, yukarıda belirtildiği üzere; 1982 Anayasasında “*kişinin hak ve ödevleri*” başlığı altında düzenlenmiştir. Kişi hakları, bireyin devlet veya bir başkası tarafından dokunulmayacak ve aşılmayacak olan hak ve özgürlüklerdir. Bu haklar, kişiyi hem devlete hem de topluma karşı koruduğu için koruma hakları olarak da adlandırılır. Söz konusu koruma, kişiyi toplumdaki diğer bireylerin engellemelerinden ve uygulamalarından korumaktan ziyade, asıl olarak devlete karşı düşünülmüştür. Öncelikle devlet, bu haklara karşı negatif bir tutum içerisinde olmamalıdır. Çünkü muktedir olan devlet, sahip olduğu üstün yetki ve güç nedeniyle insan haklarına ilişkin ihlallerinin çoğunda muhataptır.⁴² Bu nedenle başta devletin kendisi, kişinin bu haklarına saygı göstermeli ve bu hakların sınırlandırılacağı her türlü faaliyetten kaçınmalıdır. Hukuk devleti ilkesinin hakim olduğu demokratik bir

⁴¹ Centel, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî**, s. 13.

⁴² Vahap Coşkun, **İnsan Hakları Liberal Açından Bir Tahlil**, Liberte Yayıncılık, 2.Baskı, 2014, s. 176.

toplumda kişilik hakları korunmalıdır. 1982 Anayasası'nın sistematığıne bakıldığında; bir kişilik hakkı olarak kabul edilen savunma hakkına muhakemenin her safhasında başta devlet organları olmak üzere herkes riayet etmelidir.

Anayasa md. 36'da savunma hakkı, sadece yargı mercileri bakımından düzenlenmiştir. Bu düzenleme dar bir düzenlemedir. Çünkü yargılama (kovuşturma) aşamasından önce, suç şüphesi altında bulunan şüpheli çoğunlukla kolluğun işlemlerine konu olur, bu işlemlerde şüphelinin kendini ifade edebilmesi ve meramını anlatabilmesi için savunma yapması pek tabiidir.⁴³ İthamın olduğu her yerde savunma vardır, savunma hakkının kullanılabilmesi için yargılama aşamasına gelmiş olması şart değildir. Anayasa md. 2'de 'insan haklarına saygılı' ve 'demokratik' olma ilkelerini cumhuriyetin niteliklerinden sayılmıştır. Ek olarak, Anayasa md. 17'de 'kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı', 'işkence ve eziyetin yasak olması', 'hiç kimsenin insan haysiyetine aykırı bir ceza veya işleme tabii olunmayacağı' gibi temel ilkeler düzenlemiştir. Yukarıda düzenlenen temel ilkeler, kişiye savunma hakkının soruşturma aşamasından itibaren verilmesi gerektiği sonucunu doğurmaktadır. Bu hakkın kullanım alanının sadece yargı mercileri olarak belirlenmiş olması, hakkın önemine ve değerine zarar vermektedir.

Savunma hakkı 1982 Anayasası'nın 36. maddesinde "*hak arama hürriyeti*" başlığı altında düzenlenmiştir. Esasında bu hak, "*başka bir hak içinde düşünülmecek kadar sınırsızdır*".⁴⁴ Çünkü şüpheli veya sanığın ceza yargılamasında süje olarak sahip olduğu en önemli hak savunma hakkıdır. Hatta şüpheli veya sanığının diğer tüm hakları savunma terimi içinde toplanabilir. Örneğin; işkence, kötü muamele veya iradeyi etkileyebilecek diğer hukuka aykırı yöntemlere tabii olmama hakkı, aynı zamanda savunma hakkı anlamına gelir. Çünkü bu tür yöntemlerin uygulandığı yerde savunma hakkının varlığı iddia edilemez.⁴⁵ Aynı şekilde keyfi tutuklanmama hakkı da savunma hakkıyla bağlantılıdır. Netice itibariyle hukuki bir dayanaktan yoksun olarak hürriyetin kısıtlanması savunmayı gerektirir. Bunu yanı sıra yargılamaların açık yapılması, mahkemelerin bağımsız ve tarafsız olması savunma hakkı ile ilişkilidir.

⁴³ Koca, **Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı** s. 49.

⁴⁴ Erem, "Savunma Hakkının Kökeni", s. 689.

⁴⁵ Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku** s. 470; Koca, **Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı** s. 53.

1982 Anayasasında Yargı başlığı altında md. 138–md. 160 yargı ile ilgili detaylı düzenlemelere yer verilmesine rağmen savunma makamından bahsedilmemesi büyük bir eksikliktir.⁴⁶ Savunma makamı, yargılama faaliyetinin vazgeçilmez unsurudur. Savunma hakkına gerekli önemi ve değeri vermeyen, bu hakkın gelişmesini sağlamayan, bir devletin hukuk devleti olduğundan bahsedilemez.⁴⁷ Bu nedenle, hukuk devleti iddiasında bulunan bir devletin anayasasında, savunma makamını temsil eden avukatlara ve mesleki kuruluş olan barolara ilişkin düzenlemelerin yer almıyor olması, savunmanın kutsallığına zarar vermektedir.

Anayasada savunma makamını temsil eden müdafie ilişkin doğrudan bir düzenleme yer almamasına rağmen doktrindeki bir görüşe göre; Anayasa md. 36’da yer verilen “herkesin meşru vasıta yollarından faydalanarak savunma hakkına sahip olması” esasında müdafinin güvencesidir. Bu görüşe göre; savunma, meşru bir yoldur. Müdafii de savunmada meşru bir araçtır. Bu sebeplerden ötürü, söz konusu hükmün savunma makamı olan müdafii de kapsadığı şeklinde yorumlanması gerekir.⁴⁸

Elbette ki müdafii, meşru yol olan savunma için bir araçtır ama bu ifadeyi dolaylı olarak Anayasa metninden anlamak yerine müdafinin açıkça zikredilmesi veya yargı başlığı altında yargılamanın üç sacayağından biri olan savunma makamına ilişkin düzenlemelere yer verilmesi daha doğru olacaktır. Nitekim; savunma hakkının yanı sıra doğrudan müdafii ile savunulma hakkından bahseden anayasalar da bulunmaktadır.⁴⁹

1.1.4. Savunma Hakkının İnsan Hakları ile İlişkisi

İnsan hakları; hiç kimseye ayırım yapılmadan insanın sadece insan oluşundan kaynaklı verilen temel hak ve özgürlükler bütünüdür.⁵⁰ Bu hakkın öznesi insan

⁴⁶ Dıvrak ve Kılıç, “Savunma Hakkı” s. 55.

⁴⁷ Çeçen, “Savunmanın Çağdaş Anlamı”, s. 43.

⁴⁸ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafii**, s. 13.

⁴⁹ **1947 Japon Anayasası md. 37**; “Sanık her çeşit ceza tatbikatında tarafsız bir mahkemeye müracaat ve dava açmak hakkına sahiptir. Arzu ettiği bütün şahitleri dinletmek için sanığa tam bir imkân verilir. Kendi lehine şahadet temin etmek üzere, sanık, masrafları devlet tarafından ödenen bir takım tazyik usullerine başvurulmasını, talep edebilir. Sanık her zaman selâhiyetli bir avukat tarafından müdafaa edilir. Avukat temin edecek maddî imkânı yoksa sanığa devletçe bir avukat tedarik edilir.” Akif Erginay, Japon Anayasası, **Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1950, C7, S 1-2, s. 498.

⁵⁰ Kocaoğlu, **Müdafii**, s. 58.

toplulukları olmayıp bireyin kendisidir.⁵¹ Çünkü sadece birey gerçek anlamda düşünebilir, tercih edebilir ve seçebilir. İnsan hakları; özgürlükle bağdaştırıldığında hamili olan insanın kendi zatı için kullanılması daha makuldür. Toplulukların, grupların veya ulusların özgürlüğünden bahsedilemez; özgür bir ulus deyiminden kast edilen o ulusu oluşturan bireylerin özgürlüğüdür.⁵² İnsan hakları, doğrudan bireyin kişiliğine bağlı olup bireyin ahlaki doğasından kaynaklanmaktadır. Bu haklara sahip olabilmek için toplumdaki bazı kesimlere mensup olma gibi bir şart söz konusu değildir ve söz konusu haklar, toplumdaki kolektif yapılardan tamamen bağımsızdır. Bunun asıl önemi ise insan haklarının; genellikle toplum namına hareket eden siyasi otoritelere veya gruplara karşı ileri sürülmesidir.

Doğal hakların devamı niteliğinde olan insan hakları; anayasalcılığın oluşmasında etkili olup esasında devletin sınırlandırılmasına hizmet eder. İnsan haklarının teminat altına alınması anayasal devletin başlıca özelliğidir. Bir devletin insan haklarına saygı göstermesi, anayasalcılığın gerçekte benimsenip benimsenmediğini gösterir. Siyasi otoritenin kötüye kullanabilme ihtimaline karşı alınacak en büyük tedbir, insan haklarının tanınması ve anayasal bağlamda güvence altına alınmasıdır. Bundan dolayı, insan hakları devlete yönelik siyasi talepleri içerir.

İnsan hakları; günümüzde tüm insanlığı ilgilendirmesi ve birçok uluslararası anlaşmanın temeli ve konusu haline gelmesi ile evrensel bir nitelik kazanmıştır. II. Dünya Savaşı'ndan sonra yayımlanan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde insan hakları; etnik köken, dil, din, cinsiyet, renk veya herhangi bir diğer ayrım gözetilmeksizin insanın sırf insan olmasından kaynaklı olarak her insanın kullanıp yararlandığı ve doğal hakların bir mirası olarak kişiliğe bağlı, vazgeçilmez ve devredilmez haklardır. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin her ne kadar hukuki bir bağlayıcılığı ve zorunluluğu olmasa da insan haklarının önemi ve değerini belirttiği için devletlerin iç düzenlerinde gözetilmesi gereken bir ahlak kodu önerisi olduğu söylenebilir.

İnsan haklarının normatif olarak mevzuatta düzenlemesinden ziyade önemli olan, bu haklara uygulamada riayet edilmesidir. Günümüzde, totaliter rejimlerle yönetilen devletler dahi globalleşmenin zaruri bir gereği olarak mevzuatlarında insan

⁵¹ Coşkun, **İnsan Hakları Liberal Açından Bir Tahlil** s. 118.

⁵² Mustafa Erdoğan, **“Anayasa Hukuku”**, Orion Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş 7 .Baskı, s. 53.

haklarına yer vermekte ama uygulamada maalesef bu hakları gereği gibi kullandırmamaktadırlar.⁵³ Hukuk devleti olmanın temel ölçütü, teoride düzenlenen bu hakların uygulamada gerçekleşmesini sağlamaktır.

İnsan hakları, devlet-birey ilişkisi bakımından değerlendirildiğinde bu hakların pozitif hukukça kabul edilmiş kısmı kamu hakları içinde sınıflandırılır.⁵⁴ Kamu haklarının devlete karşı ileri sürülebilmesi için bu hakların yasa tarafından güvence altına alınmış olması gerekir. Toplumda yaşayan her bireye tanınan ve devlete karşı istemde bulanabilme hakkı sağlayan hak ve özgürlükler, kamu haklarıdır. Savunma hakkı da bu haklardan biridir. Söz konusu bu hak, sıradan bir hak olmayıp bir insan hakkıdır ve kuşkusuz en temel haklardandır.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi md. 9, md. 10 ve md. 11’ de savunma hakkını insan hakkı kapsamında değerlendirmiştir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Beyannamesi’nin 11. maddesinin 1. fıkrasında “*Kendisine bir suç yüklenen herkes, savunması için gerekli olan tüm güvencelerin tanındığı açık bir yargılama sonunda, yasaya göre suçlu olduğu saptanmadıkça, suçsuz sayılır*” şeklinde ifade edilmiştir.

1.2. SAVUNMA MAKAMI VE SÜJELİĞİ

Süje; ceza muhakemesinde rol alan, kendisine özgü hak, yetki ve yükümlülükleri ile bir statüsü olan, muhakeme sürecini talepleriyle devam ettiren ve bu çerçevede işlemler yapabilen kimsedir.⁵⁵ Süje ceza yargılamasının öznesi olup hukuki bir durumun ifadesidir. Ceza muhakemesi süjelerin elbirliği ile yürütülür. Süjelik, yargılamaya konu olan uyuşmazlıkla ilişkilendirildiğinde makam itibarıyla süjelik veya şahıs itibarıyla taraf süjeliği olarak düzenlenebilir.

Kolektif olan ceza muhakemesinde; iddia, savunma ve yargılama görevini, belli nitelikteki kişiler kendilerine verilen hak, yetki ve yükümlülüklerle ifa ederler. Makam itibarıyla süjelikte; bu hak ve yetkiler kişinin kendisinden değil, temsil ettikleri makamdan kaynaklandığı için muhakeme süjesidirler. Hakim, yargılama

⁵³ Bahri Öztürk ve Diğerleri , **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 11.Baskı, 2017, s. 113.

⁵⁴ Koca, **Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı** s. 48.

⁵⁵ Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Kitap ve Yayınevi, Ankara, 2006, s. 20; Öztekin Tosun, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Genel Kısım**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1608-Hukuk Fakültesi Yayınları No: 353, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti, İstanbul, 1971, s. 161; Erem, **Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 84; Centel ve Zafer **Ceza Muhakemesi Hukuku** s. 148; Kunter, Yenisey ve Nuhoglu **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku** s. 279; Kocaoğlu, **Müdafi** s. 45.

makamını temsil ettiği için süjedir. Cumhuriyet Savcısı, iddia makamını; müdafî, savunma makamını temsil etmesi hasebiyle süje durumdadır. Yargılamaya konu uyuşmazlıkta iddia, savunma ve yargılama makamlarını temsil eden hakim, savcı ve müdafîin birden fazla olabilmesi veya bunların değişebilmesi; süjelik durumunun kişilere bağlı olmayıp makamların göz önünde bulundurulduğunun göstergesidir.⁵⁶

Şahıs itibariyle taraf süjeliğinde ise; kişiler, yargılamaya konu olan uyuşmazlığın tarafı oldukları için süjedirler. Bu kişilerin de bir görevi ve geniş anlamda bir makamı bulunmaktadır. Fakat; bu onların şahsına bağlıdır. Bu kişilerin sahip olduğu hak ve yetkiler makama tayin edilmediği için bu kişilerden bahsedilirken makam ifadesi kullanılmaz. Sanığın kim olduğu fark etmeksizin zarar veren olarak; mağdur ise zarar gören olarak muhakemede uyuşmazlığın tarafıdır.⁵⁷ Bazı durumlarda şahıs itibariyle süje durumunda olanlar, makam itibariyle suje de olabilirler. Örneğin; suçtan zarar gören, kamu davasına katıldığında ferdi iddia makamını işgal edebileceği gibi sanık, kendisini savunmak ve temsil ettirmek istediğinde ferdi savunma makamını işgal eder.

Yargılamada maddi hakikatin araştırılması ve ortaya çıkarılması ancak savunma faaliyetinin yapılması ile mümkündür. Savunma faaliyeti; geniş anlamda ele alındığında adeta toplumun muhakeme sürecine katılımını sağlayan bir araçtır.⁵⁸ Bu nedenle savunmanın faaliyetinin yapılması, iddia ve yargılama faaliyetlerinin icrası kadar öneme sahiptir. Bu açıdan ele alındığında; ceza muhakemesinde iddia ve yargılama faaliyetlerinin bir makama tevdi edilmesinin sonucu olarak savunma faaliyetlerinin de bir makamla tevdi edilmesinin gerekliliği ortaya çıkmıştır.

Böylece; iddia faaliyetini yürüten cumhuriyet savcısı iddia makamını; yargılama faaliyetini yürüten hakim yargılama makamını; savunma faaliyetini yürüterek maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkıda bulunan müdafî ise savunma makamını temsil etmektedir.

⁵⁶ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku** s. 281.

⁵⁷ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku** s. 281.

⁵⁸ Fatih Selami Mahmutoglu ve Selman Dursun, **Türk Hukukunda Müdafîin Yasaklılık Halleri**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 5.

Savunma makamı; bireysel ve toplumsal savunma olmak üzere iki boyutta düzenlenmiştir. Bir diğer anlatımla savunma makamını, muhakemenin iki ayrı süjesi; biri bireysel (sanık) ve diğeri toplumsal (müdafi) olarak işgal etmektedir.⁵⁹

1.2.1. Bireysel Savunma

Çağdaş ve demokratik hukuk sistemi ile beraber, şüpheli ve sanık ceza muhakemesinin sadece öznesi durumunda olmayıp aynı zamanda süjesidir. Böylece; savunma makamı süjelerinin her birine kanunla onların zatından bağımsız olarak, kendilerine mahsus bazı hak, yetki ve yükümlülükler verilmiştir. Ceza muhakemesinde “*maddi*”,⁶⁰ “*kendi kendini*”,⁶¹ “*ferdi*”⁶² olarak da nitelendirilen “*bireysel savunma*”⁶³ müdafaa görevini şüpheli veya sanığın bizzat kendisinin ya da temsilcisi tarafından fert olarak ve fert yararına yapılmasıdır.

Bireysel savunma; şüpheli, sanık veya temsilcisinin; iddianın tezlerine karşı antitez ileri sürerek mahkemenin vereceği hükme bir çeşit iştirak etmesidir.⁶⁴ Şüpheli veya sanığın, bireysel savunmalarını yaparak diğer muhakeme süjeleriyle karşılaşması durumsal olarak; hükme iştirak etmesi bakımından gerekli bir koşul olmasına rağmen yeterli bir koşul değildir.⁶⁵ Çünkü sırf savunma yapmış olmak için savunma yapılmaz. Bireysel savunmanın hükme iştirak edildiğini söyleyebilmek için öncelikle mahkeme tarafından dikkate alınması gerekir.

Ceza muhakemesinde bireysel savunmayı şüpheli veya sanığın bizatihi kendisinin yapması temel kuraldır. Ancak şüpheli veya sanık savunmasını yapmak için eşinden veya kanuni temsilcisinden yardım alabilir. Bu nedenle bireysel savunma makamı; şüpheli, sanık veya kanuni temsilcisinin temsil ettiği savunma makamıdır. Şüpheli veya sanık savunma yapmak için zorlanamaz ama savunma yapmak isterlerse, savunma makamını işgal ederek bireysel savunma makamının süjesi olurlar.

⁵⁹ Toroslu ve Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku** s. 36.

⁶⁰ Ahmet Bozdağ, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafi**, Adalet Yayıncılık, 1. Baskı, 2014, Ankara, s. 11.

⁶¹ Veli Özer Özbek ve Diğerleri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 11 .Baskı, 2018 Ankara, s. 62, Erem, “Savunma Hakkının Kökeni”, s. 693.

⁶² Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku** s. 471.

⁶³ Centel ve Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku** s. 146.

⁶⁴ Toroslu ve Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku** s. 36, 37; Tosun, 1971, s. 133.

⁶⁵ Kocaoğlu, **Müdafi** s. 47.

Bireysel savunma makamını işgal eden şüpheli veya sanık için hak teşkil eden bir çok imkan sağlanmıştır. Şüpheli veya sanık aleyhindeki isnatları ve mütalaaları öğrenebilmesi, duruşmada hazır bulunması, yargılamada son söze sahip olması, delil ileri sürebilmesi ve delileri tartışabilmesi, savunmasını yapmak için süre istemesi, müdafii talebinde bulunması, tanık dinletilmesini talep etmesi, bilirkişi atanmasını talep etmesi, tercümandan yararlanmak istemesi, verilen kararlara karşı olağan ve olağanüstü kanun yollarına başvurabilmesi bireysel savunma hakkının içerisinde yer almaktadır.⁶⁶

Sanık ve şüphelinin yanı sıra eş, yasal temsilci, malen sorumlu ve tüzel kişinin temsilcisi de bireysel savunma sülhelerindendir.⁶⁷ Bu nedenle sanığı temsilcisi vasıtasıyla yapılan savunma da bireysel savunmadır. Hatta Centel'e göre; *"Mahkeme veya savcılık tarafından sanık lehine delillerin ortaya konulması ve bunların maddi gerçeği araştırmaları yoluyla gerçekleşen sanığın savunulması maddi/bireysel/ferdi savunma olarak değerlendirilir."*⁶⁸ Sanığın savunmasını yapmak için duruşma dışında bir avukattan danışmanlık hizmeti alması da bireysel savunma olarak değerlendirilir.⁶⁹

1.2.2. Toplumsal Savunma

*"Kamusal"*⁷⁰, *"organik"*⁷¹, *"teknik"*⁷² olarak nitelendirilen toplumsal savunma; savunma hakkının bir sütunu olan müdafii, ceza muhakemesinde savunma makamını işgal ederek şüpheli veya sanığı savunmasıdır. Muhakemenin bir sülhesi

⁶⁶ Bozdağ, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii** s. 12; Kocaoğlu, **Müdafii** s. 48; Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku** s. 471

⁶⁷ Centel ve Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku** s. 174

⁶⁸ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafii**, s. 3

⁶⁹ Sühely Donay, **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982 İstanbul, s. 152, 153; Centel ve Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku** s. 148

⁷⁰ Toroslu ve Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku** s. 39; Tosun müdafii vasıtasıyla yapılan savunmaya, doktrinde yaygın olarak kullanılan "toplumsal savunma" yerine "kamusal savunma" terimini kullanmıştır Tosun, 1971 s. Tosun'a göre "Kamusal müdafaa ile toplumsal müdafaa farklı anlamlara gelmektedir. Toplumsal müdafaa, toplumun suçı karşı kendisini müdafaa etmesi anlamına gelmektedir, bu iş de iddia makamının işi olmaktadır, Müdafii vasıtasıyla müdafaa ise, kamusal müdafaa'dır. Devlet, sanıkların işin ehli kimselerce müdafaa edilmesini istemektedir"

⁷¹ Centel'e göre "Maddi savunmayı yapandan başka belli nitelikleri taşıyan ve belli statüde bulunarak görevi salt savunma faaliyetlerini yürüten bir organ olan kişinin sanığı savunması demek olan 'toplumsal/şekli savunma' yerine 'organik savunma' denilmesini kavramın özüne ve amacına daha uygun olarak görmektedir." Centel, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii**, s. 4.

⁷² "Müdafii ceza muhakemesindeki konumunu dikkate alarak kamusal veya biçimsel savunma yerine "teknik savunma" denilmesini daha uygun bulmaktadır." Toroslu ve Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku** s. 38

olan şüpheli veya sanık tek başına savunma yapabilmenin yanı sıra müdafî aracılığıyla da savunma yapabilir. Bu görevi üstlenen müdafî, seçilmiş olabileceği gibi atanmış da olabilir.

Müdafî ile savunulma hakkı; soruşturmanın en temel ilkelerinden olup bu hakkın özü; hukuk devleti ilkesine dayanmaktadır. Şüpheli veya sanığın hiçbir baskı altında kalmadan, hür iradesiyle ve açık bir şekilde müdafîe danışmasına olanak sağlayan bu hak; kendini suçlamaya zorlamama (nemo-tenetur se ipsum accusare) hakkının da teminatını oluşturmaktadır.

Bireysel savunmaya ek olarak ayrıca toplumsal savunmaya ihtiyaç duyulmasının nedenleri; iddia makamı tarafından faili cezalandırmayı hedefleyen iddiaya karşı silahların eşitliğini sağlamak, ceza iddiası karşısında kendisinin veya temsilcisinin yapabileceği bireysel savunmanın yargılamada istenilen etkiyi yaratmaması, ceza ithamı altında olmanın kişide yarattığı psikolojik etki, şüpheli veya sanığının toplumda suçlu olduğuna ilişkin birçok söylentinin çıkması, muhakeme sırasında yakalama, gözaltına alma, tutuklanma gibi koruma tedbirlerine başvurulması ile şüpheli veya sanığın dış dünyayla irtibatının kesilmesi olabilir.⁷³ Bu nedenle; şüpheli veya sanık, muhakemenin süjesi olabilen ve muhakemenin risklerini tahmin edebilen ve ayrıcalıklarını profesyonel bir şekilde görebilen üçüncü bir kişinin yardımına ihtiyaç duymaktadır.⁷⁴ Bu süje de kuşkusuz müdafidir.

Ceza muhakemesinde birey ve devlet diyalektiği göz önünde bulundurulduğunda kamusal savunma makamına olan ihtiyaç anlaşılabacaktır. Müdafî vasıtasıyla yapılan savunma bir kamusal savunmadır.⁷⁵ Savunma faaliyetinde devletin de yararı bulunmaktadır. Çünkü savunma, maddi hakikatin ortaya çıkarılmasına ve bu hakikate göre doğru kararın verilmesi ile ceza adaletinin sağlanmasına hizmet etmektedir. Böylece devletin toplumdaki düzeni ve adaleti sağlama görevine yardımcı olup bireyin devlete olan güven duygusunu artırır. Şüpheli veya sanık, suçsuz olmasına rağmen ceza müeyyidesine muhatap olması durumunda devlet, toplumdaki huzuru sağlamak ve toplumu dışa karşı korumak gibi temel yükümlülüklerini yerine getirmemiş olacaktır. Devletin bu aşamaya gelmesini önlemek amacıyla şüpheli veya sanığın savunmasını, bir devlet işi sayılmasına ilişkin

⁷³ Kocaoğlu, **Müdafî** s. 50.

⁷⁴ Zafer, **Faile Yardım Suçu ve Müdafîin Bu Suçtan Sorumluluğu**, s. 284.

⁷⁵ Zafer, **Faile Yardım Suçu ve Müdafîin Bu Suçtan Sorumluluğu**, s. 285.

gelişmeler görülmektedir. Hatta devlet bireyi suça sürükleyen tedbirleri alamadığı için suçun sorumlusu olduğu gibi toplumsal düzeni sağlama yükümlülüğüne tecavüz edildiğinden aynı zamanda suçun mağdurudur. Devlet suçun sorumlusu olduğu için şüpheli veya sanık ile birlikte muhakeme edilmektedir. Bundan dolayı müdafî yalnızca şüpheli veya sanığı değil toplu ve devleti de müdafaa etmektedir.⁷⁶

1.3. MÜDAFİ İLE SAVUNULMANIN GEREKLİLİĞİ

Müdafî, bir suç ile itham edilen kişinin söz konusu suçu işlemediğini veya isnat edilenden daha az cezayı hak ettiğini veya eylemin hukuka aykırı olmadığını veya hukuka uygunluk sebeplerinin mevcut olduğunu ileri sürerek muhakemenin bir süjesi olarak toplumsal savunma makamı işgal eden avukattır. Müdafî, maddi hakikatin ortaya çıkarılmasına yardım ederek şüpheli veya sanığı suçlamadan ve bunun yasal neticelerinden olabildiğince kanuna uygun olarak kurtarmaya çalışır.⁷⁷ Şüpheli veya sanık, müdafî vasıtasıyla yapılan savunmanın bir kısmını kendisi tek başına yapabilir. Örneğin; şüpheli veya sanık isnat edilen suçu işlemediğini ileri sürerek savunma yapabilir ama isnat edilen suçun teknik olarak savunmasını bir hukukçunun sahip olduğu bilgi ile yapamadığı için istenilen etkiyi yaratamayacağından yargılama makamlarını da ikna edemez.

Müdafî, gerek Türk ceza muhakemesinde gerekse Anglosakson ceza muhakemesinde merkezi bir rol verilmemektedir. Hatta Kıta Avrupa sisteminde; şüpheli veya sanığın lehine olan delillerin savcı ve yargılama makamları tarafından re'sen araştırma yükümlülüğünün olduğunu ve bundan dolayı müdafî neden gerek duyulduğu gibi sorularla dahi karşılaşmaktadır.⁷⁸ Ceza muhakemesinde iddia makamını işgal eden savcı tarafından ileri sürülen iddianın, tekrar savcı tarafından çürütülmesi her zaman karşılaşılan bir durum değildir. Savcı iddiasını çürütse dahi bu savuma faaliyeti olmayıp iddiadan vazgeçme anlamına gelmektedir.⁷⁹

Ceza muhakemesinde; savcı ve yargılama makamının şüpheli veya sanığın lehine olan hususları ortaya çıkarma rolü ile müdafîin rolü bağdaştırılmaz. CMK

⁷⁶ “Sanık savunma yapmak ya da yapmamak konusunda özgürdür. Ancak savunma makamını işgal eden müdafî, sanığı dolayısıyla devleti savunmak zorundadır.” YCGK, 07.10.2003, E.2003/4-220, K.2003/242, www.kazanci.com (Erişim Tarihi:30.04.2021)

⁷⁷ Centel ve Zafer **Ceza Muhakemesi** s.176.

⁷⁸ Zafer, **Faile Yardım Suçu ve Müdafîin Bu Suçtan Sorumluluğu**, s. 286.

⁷⁹ Öztekin Tosun, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Genel Kısım, I**, 4.Baskı, İstanbul, 1984, s. 252.

md. 160'daki düzenlemeye göre; Cumhuriyet Savcısı; emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle şüphelinin hem lehine hem de aleyhine olan delileri toplamak zorundadır. Mahkemenin de kendiliğinden maddi hakikati araştırma yükümlülüğü bulunmaktadır. Savcılığın ve mahkemenin bu yükümlülüğün bulunması, savunma özelliği taşısa da müdafî ile savunulmanın ihtiyacını ortadan kaldıramaz.

Soruşturma görevini yürüten savcı; görevi hasebiyle lehe olan delilerden ziyade genellikle aleyhe olan delilleri bulmaya koşullandığından ve görevini ifa ederken psikolojik olarak kendini bağımsız hissetmeyip devletin bir vekili olarak görme ihtimalinden dolayı aleyhe olan delilleri toplamada; lehe olan delilleri toplamadan daha titiz davranabilir.⁸⁰

Kaldı ki savcının iddianame düzenleyerek kamu davası açması aslında olay ile ilgili olarak belirli bir kanaate sahip olduğunu gösterir. Çünkü savcı soruşturma aşamasında şüpheli aleyhine yeterli delil topladığında, şüphelinin cezalandırılması için iddianame hazırlayarak kamu davası açmaktadır. Şüphelinin cezalandırılmasını talep eden savcının aynı zamanda şüphelinin cezalandırılmaması veya daha az ceza alması gerektiğini düşünüp bunu mahkemeden talep etmesi özünde bir çelişki barındırır.⁸¹ İddia ve savunma faaliyeti birbirine zıt iki terim olup ikisini de aynı anda başarmak insan doğasına terstir. Her iki faaliyeti aynı anda başarmak mümkün olsaydı sadece müdafî değil hakime de ihtiyaç duyulmayan, davacının ve hakimın aynı kişi olduğu engizisyon usulüne geri dönülürdü.⁸²

Benzer şekilde; hakim de önceden dosyayı inceleyerek evrak üzerinden belli bir kanaate ulaştığı için sanığın ileri sürdüğü talepleri reddetme içgüdüğü mevcut olabilir. Çünkü soruşturma ve araştırma yapan adli makamlar çoğunlukla peşin hükümlüdürler ve gerçeği kavrayabilme güçleri tesir altındadır. Ayrıca hakim, yargılamada objektif ve tarafsız olmak zorunda olduğu için sanığa yardımcı olamaz. Örneğin; bir istinaf dilekçesi yazıp sanığa veremez.

Şüpheli veya sanığın bireysel savunma hakkını bizatihi kullanıyor olması müdafî aracılığıyla savunma ihtiyacını ortadan kaldırmaz. Öte yandan; şüpheli veya sanık, savunma yapıp yapmama konusunda özgürdür. Şüpheli veya sanık savunma

⁸⁰ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 8.

⁸¹ Uğur Bayıllıoğlu, "Savunma Hakkının Etkin Kullanımı Bakımından Müdafîin Önemi", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 2, 2004, s. 49.

⁸² Nur Centel, "Müdafî ile Savunulma Hakkı ve Adalet Bakanlığı Genelgesi", **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 76, S.2, 2002, s. 316-317.

yapabileceği gibi bazı nedenlerden ötürü susma hakkını kullanarak savunma yapmayabilir. Ancak şüpheli veya sanığa tam bir koruma sağlamanın yolu, savunma için seçilmiş olan ve onun menfaatini gözetmek için muhakemede biçimsel olarak yer alan müdafidir.⁸³ Yargılamaya konu olan suçun mahiyeti göz önünde bulundurulduğunda en azından şüpheli veya sanık için önemli davalarda müdafiin katılımı beklenir. Aksi takdirde; adil ve hukuk devleti ilkesine riayet eden bir muhakemeden bahsedilemez. Müdafi, hukuk devletine riayet eden yargılamanın teminatıdır.⁸⁴ Müdafiin yargılamadaki faaliyeti; sadece bireyin yararına olmayıp devletin de yararınadır. Çünkü maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve sanığın hak ettiğinden fazla ceza almaması, kamu yararına olup devlete olan saygınlığı artırır.

1.3.1. Bireysel Savunmanın Yetersizlikleri

1.3.1.1. Hukuki Bilgi ve Tecrübe Eksikliği

Ceza muhakemesinde şüpheli veya sanık, kendileri için kurulmuş olan yargılamada suç isnadı altında olan kişilerdir. Şüpheli veya sanığa savunma hakkının tanınmış olması muhakemenin tam ve kusursuz olduğunu göstermez. Çünkü; şüpheli veya sanıkların çoğu eğitimsiz ve hukuki bilgi ve tecrübeden yoksun olduğu için muhakemede nasıl bir savunma yapılması gerektiğini, kendisine dair olan şüpheyi nasıl gidereceğini, neyi nasıl söylemesi gerektiğini, hangi hususun söylenip hangi hususun söylenmeyeceği konusunda gerekli ve yeterli bir bilgiye sahip değillerdir.⁸⁵ Bu nedenle; hukuk eğitimi almamış olan şüpheli veya sanığın, müdafiin hukuki yardımı olmadan etkin bir savunma yapabilmesi bir tahayyülden ibarettir. Bu kişiler hukuki ve teknik bir savunma yapamadıkları için yargılama makamlarını da ikna edecek kudrete sahip değillerdir.

Temel hak ve özgürlükler bağlamında kişiyi doğrudan etkileyen, hayati değer taşıyan ve bireyi ceza tehdidiyle karşı karşıya getiren ceza muhakemesi sistemi, kanun koyucu tarafından yazılı hukuk kurallarına bağlanarak ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu ayrıntılı düzenlemeler karşısında şüpheli veya sanığın sadece iddia edilen suçu işlemediğini beyan etmesi bir koruma sağlamayacaktır.⁸⁶ Bu

⁸³ Zafer, **Faile Yardım Suçu ve Müdafiin Bu Suçtan Sorumluluğu**, s. 288.

⁸⁴ Centel ve Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku** s. 177.

⁸⁵ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafi**, s. 9.

⁸⁶ Kocaoğlu, **Müdafi**, s. 71.

nedenle kişinin; iddia edilen fiil karşısında etkin bir savunma yapabilmesi için hukuki/teknik bilgi ve birikime sahip olması gerekmektedir.

Şüpheli veya sanık maddi/fiili savunmayı tek başına veya bu savunmayı en az onun kadar iyi yapabilen müdafî aracılığıyla da yapabilir. Ancak hukuki savunmayı şüpheli veya sanığın tek başına etkin bir şekilde yapabilmesi hayatın olağan akışına aykırıdır. Müdafîin yapacağı hukuki savunmayı, şüpheli veya sanık hukuk eğitimi alamadığı için yeterli bir şekilde yapamaz.⁸⁷ Bu nedenle; hukuki/teknik bilgi ve tecrübeden noksan olan şüpheli veya sanığın etkin savunma yapabilmesi için müdafîin yardımından yararlanması zorunludur.⁸⁸

Hatta şüpheli veya sanık hukukçu olup savunma için gerekli bilgiye sahip biri de olabilir, lakin tecrübeli olamayabilir. Teknik bir savunma yapabilmek için hukukçu olmanın yanı sıra mesleki tecrübenin de olması şarttır. Bu tecrübe, hukuk fakültesini bitirmekle başlayan akabinde mesleki staj ile devam eden ve uzun yıllar boyunca meslekte pişirilen ve her aşamasında bir adım daha ileri gidilen ancak hiçbir zaman sonlanmayan bir süreçtir. Hukukçunun öğrenme süreci, sürekli devam edip tekrarlanan bir süreçtir. Mahkeme kalemlerinde staj ile başlayan, zabıt katibi ve mübaşirle iletişim kurmakla devam eden, hakim ve savcılara dilekçeleri imzalatarak dosya havale etmek gibi hiçbir zaman bitmeyen bir öğrenme sürecidir.⁸⁹

Ceza muhakemesinde şüpheliye kolluk veya diğer görevlilerce, sanığa ise yargılama makamlarınca yargılamada sahip olduğu temel hakların hatırlatılması çoğunlukla usulün yerini bulması için yapılmaktadır. Bazı durumlarda bu haklar kişiye hatırlatılmamakta veya soyut olarak hatırlatılmaktadır.

Örneğin; kollukta ifadesi alınan şüpheli için ifade tutanağının başında matbu olarak CMK m. 147’de düzenlen bu haklar yer alır.

“(1) Şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde aşağıdaki hususlara uyulur:

⁸⁷ Donay, **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku** s. 152

⁸⁸ Mehmet Akbaş, **5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde Müdafaa Makamının Görev ve Yetkileri Yönünden Hukuki Statüsü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi SBE, 2006, s. 65.

⁸⁹ Uygulamada müdafilerin, dosyaya konulması için hâkime imzalatırdıkları dilekçelerin sadece havale edilmekle kaldığına, dilekçelerinin okunmadığına ve incelenmediğine ilişkin haklı bir eleştiri olarak; *“Bir avukat, dosyasının okunmadığından endişe ediyorsa, her dilekçesinin üzerine ‘dosyasına’ şerh, düşülüp havale edilmesi onu, muhakemenin üç eşit ayaktan oluştuğu bir devlette yani, hukuk devletinde yaşadığına ikna etmeye yeter mi?”* Feyzioğlu, *“Savunma Hakkına İlişkin İki Soru”*, s. 23.

a) Şüpheli veya sanığın kimliği saptanır. Şüpheli veya sanık, kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmakla yükümlüdür.

b) Kendisine yüklenen suç anlatılır.

c) Müdafî seçme hakkının bulunduğu ve onun hukukî yardımından yararlanabileceği, müdafîin ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği, kendisine bildirilir. Müdafî seçecek durumda olmadığı ve bir müdafî yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafî görevlendirilir.

d) 95 inci madde hükmü saklı kalmak üzere, yakalanan kişinin yakınlarından istediğine yakalandığı derhâl bildirilir.

e) Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir.

f) Şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınır.

g) İfade verenin veya sorguya çekilenin kişisel ve ekonomik durumu hakkında bilgi alınır.

h) İfade ve sorgu işlemlerinin kaydında, teknik imkânlardan yararlanılır.

i) İfade veya sorgu bir tutanağa bağlanır.”

Yukarıda yer alan haklar, ifade ve sorgudan önce hatırlatılması gereken haklar olmasına rağmen; şüpheli veya sanık çoğunlukla kanunen sahip olduğu bu hakları bilmeden ifade vermekte veya sorguya çekilmektedir. Şüpheli ve sanığın bu hakları çoğunlukla ifade ve sorgu tutanaklarında matbu olarak varlığını sürdürmektedir. Şüpheli veya sanık, bu haklarını bilseler dahi nasıl kullanmaları gerektiğini bilmediği veya bu hakların içeriği konusunda yetkin olmadıkları sürece bu hakların kendilerine koruma sağladığından bahsedilemez. Örneğin; hukuki bilgi ve tecrübeden yoksun bir kişi, ceza yargılamasında susmanın mı yoksa konuşmanın mı daha lehine olacağını bilemeyeceği için gerekli ve doğru bir savunma yapamaz.⁹⁰

Öte yandan; devlet adına kamu davası açmaya yetkili olan ve iddia makamını işgal eden Cumhuriyet Savcısı, hukuk fakültesinden mezun olmuş, mesleğe giriş için yapılan hukuki sınavlardan geçmiş, akabinde mesleki stajını başarılı bitirmiş, hukuki bilgi birikime sahip olan biridir. Silahların eşitliğinin sağlanması için en az iddia makamı kadar savunma makamını işgal eden süjenin de yetkin olması şarttır. Savunma makamını işgal eden de tıpkı iddia veya yargılama makamını işgal eden

⁹⁰ Teoman Oğuzhan “Türk ve Alman Hukukunda Avukatın Hukuki Konumu”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 76, S. 2, 2002, s. 397.

hakim ve savcı gibi hukuki/teknik bilgiye sahip ve tecrübeli uzman biri olmalıdır.⁹¹ Bu kişi, kuşkusuz müdafidir.

Ceza muhakemesinde müdafinin yardımından yararlanmanın bir diğer nedeni ise; savunmanın bazı olanak ve araçlarının şüpheli veya sanığa tanımayıp sadece müdafie tanınmasıdır. Örneğin; müdafî duruşmada sanığa, tanığa, bilirkişiye ve duruşmaya çağırılmış olan diğer kişilere karşı doğrudan soru sorma hakkına sahip iken, sanık ancak hakim aracılığıyla soru sorabilir.

Yukarıda belirtilen nedenlerden ötürü; ceza yargılamasında bireysel savunmanın yanı sıra toplumsal savunma makamına ihtiyaç duyulmuştur. Her iki makam da kendine özgü hak, yetki ve yükümlüklere sahip birer sūje olarak yargılamada yerini almışlardır. Toplumsal savunma makamını işgal eden müdafî, sahip olduğu hukuki/teknik bilgi ve tecrübe ile muhakemede vazgeçilmez bir sūje haline gelmiştir.⁹²

1.3.1.2. Şüpheli veya Sanık Olma Psikolojisi

Ceza muhakemesinde içsel ve dışsal bazı faktörler nedeniyle şüpheli veya sanık olumsuz bir psikoloji içerisinde olup savunma konusunda isteksiz olabilir. Şüpheli veya sanık, hukuki bilgi ve birikime sahip olabilir, hatta hukukçu kimliğine de haiz olabilir. Fakat tüm bu sıfatlardan bağımsız olarak; şüpheli veya sanıklık sıfatı kişide korku, suçluluk duygusu, tedirginlik, telaş, panik, utanma, bunalım, çaresizlik gibi birden fazla olumsuz psikolojik etki uyandırmaktadır.⁹³ Şüpheli veya sanıklık sıfatının yarattığı olumsuz psikolojik nedenlerden ötürü kişi etkin olarak savunma yapamamasına rağmen; müdafî toplumsal savunma görevini sürdürebilir. Bu nedenle, muhakemede müdafie ihtiyaç duyulmasının temel nedenlerden biri de

⁹¹Öztürk ve Diğerleri, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 251; Donay, **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku** s. 152, Centel ve Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku** s. 176.

⁹²“Bu hususta, her ne kadar eski tarihli de olsa, Federal Almanya’da yapılmış bir istatistiksel araştırmanın meseleyi açıklayıcı olacağı düşüncesindeyiz. Bu çalışmaya göre, Federal Almanya’da müdafî tarafından başvurulmuş 338 kanun yolundan (yani sanık tarafından gidilen tüm kanun yollarının % 82.4’ünden) 145’inin, yani % 42.9’unun başarıya ulaşmasına karşılık, müdafisiz sanıklar tarafından gidilen 72 kanun yolundan sadece 18’inin, yani % 25’inin başarılı olduğu belirtilmiştir. Müdafisiz sanıklı davalarda savcılığın başvurduğu 10 kanun yolundan ise 9’u, yani % 90’ı başarılı olmuş, müdafili sanıkların bulunduğu 31 olayda, savcılığın başvurduğu kanun yollarından ise 17’sinde, yani % 54.9 oranında başarı elde edilmiştir” Centel, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî**, s. 9.

⁹³ Hakan Karakehya, “Ceza Muhakemesi Uygulamamızda Atanmış Müdafiliğe İlişkin Görülen Sorunlar”, **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı**, C. 3, Ankara, 2012, s. 239, www.ankarabarusu.org.tr. (Erişim Tarihi: 06.05.2021); Bayilloğlu, “Savunma Hakkının Etkin Kullanımı Bakımından Müdafinin Önemi” s. 49; Bozdağ, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî**, s. 21.

şüpheli veya sanığın içinde bulunduğu psikolojik olumsuzlukları gidermeye çalışmak, yapacakları savunmanın eksikliğini ve hatalarını gidererek onları negatif bir ruh halinden kurtarmaya çalışmaktır. Şüpheli veya sanık, muhakemede müdafinin varlığından güç alır ve savunma bakımından kendisini daha iyi hissederek iddia makamı karşısında zayıf kalmaktan kurtulur.

Müdafî görevini ifa ederken mesleki sınırlara bağlı kalarak şüpheli veya sanığa adeta bir psikolog veya psikiyatrist gibi davranabilmeli, empati kurarak onların ruh hallerini anlamaya çalışabilmelidir. Müdafî, şüpheli veya sanıktaki olumsuz ruh hallerini belirledikten sonra ona göre bir savunma hazırlamalıdır. Müdafîin bu yaklaşımı sadece hukukçu kimliğine sahip olması ile bağdaştırılabilen bir durum değildir. Bu nedenle, hukuk fakültelerinde ve avukatlık stajında suç ve suçlu psikolojisi derslerinin uzmanlar tarafından uygulamalı olarak verilmesi gerekmektedir.⁹⁴ Bu bağlamda; baroların da müdafîin, şüpheli veya sanıkla etkili iletişim kurabilmesi, onların psikolojilerindeki eksikleri giderebilmesi ve empati yeteneğini geliştirebilmesi için suç ve suçlu psikolojisi derslerini seminer halinde vermesi gerekir.

1.3.1.3. İnandırıcılık Eksikliği

Ceza muhakemesinde şüpheli veya sanık, suç işlediği iddia edilen ve farklı yoğunlukta suç şüphesi altında olan kişilerdir. Bu kişiler, doğanın kanunu gereği muhakemede kendilerini tam olarak savunamazlar. Hatta hakikatte suçsuz dahi olsalar, yargılamanın birer parçası olmanın verdiği endişe, korku, tedirginlik gibi duygu halleri, iddia ve yargılama makamlarının zihinlerde şüpheli veya sanığın inandırıcılığı konusunda sorular oluşabilir.⁹⁵ Bu nedenle kendini tam olarak ifade etme konusunda güçlük çeken, ifade etse dahi iddia ve yargılama makamları karşısında inandırıcı olamama sorununu yaşayan şüpheli veya sanık; bu sorunu ancak suçla ilgisi olmayan üçüncü kişinin yardımından faydalanarak çözebilir, bu kişi de kuşkusuz müdafidir. Toplumsal savunma makamını işgal eden müdafî, objektif bir şekilde savunma yaparak şüpheli ve sanığın muhakeme süjeleri karşısında inandırıcılık bakımından yaşadığı eksiklikleri tamamlar.

⁹⁴ Kocaoğlu, **Müdafî** s. 73.

⁹⁵ Kocaoğlu, **Müdafî** s. 74.

1.3.1.4. Delillere ve Dosya İçeriğine Ulaşma Olanının Kısıtlı Olması

Ceza muhakemesinde şüpheli veya sanığın müdafî ile savunulmaya ihtiyaç duymasının nedenlerinden biri de bu kişilerin, delillere ulaşma ve dosya içeriğini öğrenme konusunda yaşadıkları sıkıntılardır. Örneğin; tutuklu olarak yargılanan şüpheli veya sanığın lehine olan delilleri toplayıp koruma altına alması oldukça güçtür. Kaldı ki tutuklu olmanın kişide yarattığı psikolojik durum da göz önünde bulundurulduğunda kişinin savunma argümanlarına başvurması zaman almaktadır. Şüpheli veya sanık lehine olan delilleri toplama konusunda savcılığa talepte bulunsa dahi bu taleplerin gerekli mercilere ulaşması ve yerine getirilmesi oldukça zaman alacağı gibi savcılığın talepleri reddetme yetkisi de mevcuttur. Özellikle ilk defa tutuklanmış kişilerin yaşadığı çaresizlik, korku ve tedirginlik, kişiyi savunma yapmaktan veya lehine olan delilleri toplamaktan alıkoymanın yanı sıra, kişi tutukluğa itiraz etmek için dilekçe dahi yazamamaktadır.⁹⁶

Diğer yandan; yargılama sırasında savunma hakkı bakımından önemli olan haklardan biri de şüpheli veya sanığın dosyaya erişebilme imkanıdır. Yargılamaya konu olan cezai uyuşmazlığın çözüme kavuşturulabilmesi için ceza muhakemesi faaliyetlerinin belgelendiği tutanaklara erişebilme, savunma hakkı anlamında hayati bir önem taşımaktadır. Savunma faaliyetinin kolaylaşması için savunma makamını işgal edenlerin soruşturma ve dava dosyasına erişebilme ve inceleyebilme yetkisinin bulunması gerekir. Şüpheli veya sanık, bu soruşturma ve dava dosyasını inceleyerek muhakeme sırasındaki işlemlerden haberdar olacak ve kendi leh ve aleyhindeki hususları tespit ederek daha etkin savunma yaparak iddia makamının ileri sürdüğü tezlere karşı antitez ileri sürebilme olanağına sahip olacaktır.⁹⁷

1.3.1.5. Sanığın Duruşmalara Katılmasının Zorluğu

Sanık yargılamanın yapıldığı mahkemenin yargı çevresi dışında yaşayabileceği için duruşmalardan varestede tutulmayı isteme hakkına sahiptir. Ceza muhakemesinde sanığın sorgusunun yapılmış olması kaydıyla sanık veya sanığın bu

⁹⁶ Bozdağ, **Ceza Muhakemesinde Müdafî** s. 22.

⁹⁷ “Savunmayı hazırlayabilmek için gerekli kolaylıklara sahip olma hakkı, ancak, sanığın araştırmaların sonucu hakkında bilgilendirilmesi durumunda garanti edilmiş olabilir; bu ise büyük ölçüde, dosyayı inceleyebilmekle mümkündür.” Cumhuriyet Şahin, “Sanığın Dosyasını Hazırlamak İçin Gerekli Zamana ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2004/1-2, s. 279.

konuda yetkilendirdiği müdafî, sanığın duruşmalardan varestede tutulmasını talep edebilir (CMK md.196/1).⁹⁸ Sanığın duruşmadan varestede tutulması, ancak sanık veya müdafî talebi ile mümkündür.⁹⁹ Sanık için duruşmada hazır bulunmak bir yükümlülük olduğu kadar aynı zamanda bir haktır. Bu nedenle sanığın veya müdafîin talebi bulunmadan mahkeme kendiliğinden sanığın duruşmadan varestede tutulmasına hükmedemez.

Müdafîin, sanığın duruşmadan varestede tutulmasını talep edebilmesi için vekaletnamede hususi olarak bu konuda yetkilendirilmiş olması şarttır.¹⁰⁰ Ancak sanığın ve müdafîin hazır olduğu duruşmada, müdafîin sanığın duruşmalardan varestede tutulma talebinde bulunmasına karşılık sanık da buna katılırsa, vekaletnamede müdafîin bu konuda özel olarak yetkilendirilmiş olmasına gerek yoktur. Müdafîin vekaletnamede özel olarak yetkilendirilmesi sanığın hazır bulunmadığı durumlar için geçerlidir.

Sanığın kendi talebiyle duruşmalardan varestede tutulduğu durumlar dışında, sanığın yokluğunda yapılan duruşmalardaki karar ve işlemlerin kendisine tebliğinden itibaren bir hafta içinde sanık, yasal nedenleri dayanak göstererek yoluğunda yapılan karar ve işlemlere karşı eski hale getirme talebinde bulunabilir (CMK md. 198/1; CMK md. 40-42). Sanığın kendi istemiyle duruşmadan varestede tutulması veya müdafîi vasıtasıyla yargılamada temsil edilmesi durumunda eski hale getirme talebinde bulunamaz.

Alt sınırı beş yıldan az olan hapis cezalarında sanık istinabe yoluyla sorguya çekilebilir. Cumhuriyet savcısı, sanık ve müdafîe sorgu için belirlenen gün bildirilir. Sorgu sırasında Cumhuriyet savcısı ve müdafîin bulunması zorunlu değildir. Sanık sorgulanmadan önce ifadesini esas mahkemede vermek isteyip istemediği sorulur (CMK md. 196/2). Sanığın daha önce sorgusu yapılmış olmak şartıyla; hastalık,

⁹⁸ Sanığın duruşmalardan varestede tutulması ile ilgili 2249 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 37. maddesinde özel bir hükümle düzenlenmiştir: "*Yüce Divan'da sorgusu yapılmış olan sanığın sonraki oturumlara gelmemesi ve Yüce Divan'da duruşmada hazır bulunmasında gerek görülmemesi hallerinde, duruşmadan varestede tutulma istemi bulunmasa dahi gıyabında duruşmaya devam edilerek kamu davası sonuçlandırılabilir. Müdafî her zaman duruşmada hazır bulunabilir*".

⁹⁹ Toroslu ve Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku** s. 12.

¹⁰⁰ "Kendisinin veya vekâletnamesinde sarahat bulunan müdafîinin istemesi durumunda sanığın duruşmaya gelme zorunluluğundan varestede tutulması hali ağır cezalı işleri ve tutuklu sanıkları da kapsar" **YCGK, E. 1978/1-149, K. 1978/255, T. 19. 06. 1978** , www.kazanci.com. (Erişim Tarihi:10.05.2021)

disiplin önlemi veya diğer zorunlu sebeplerden kaynaklı olarak sağın yargılamanın yapıldığı yargı çevresi dışındaki hastane veya tutukevine nakledilmiş olması halinde mahkeme, sanığın hazır bulunmasını gerektirmeyen oturumlar için sanığın getirilmemesine hükmedebilir (CMK md. 196/5). Bu durum sanığın duruşmada hazır bulunma hakkına zarar verdiği noktasında eleştirilmektedir.¹⁰¹ Ancak yargılamanın daha fazla zaman almaması ve tıkanmaması için mahkeme bu konuda takdir hakkına sahiptir. Bu takdir yetkisi, sanığın daha önceden sorgusunun yapılmış olması koşuluyla kullanılabileceğinden sanığın duruşmada hazır bulunmaması sanık için fazla sakınca teşkil etmez.

Yukarıda bahsedilen durumlarda sanığın yargılandığı mahkemeye kolayca ulaşabilmesi ve lehine olan delilleri toplayabilmesi oldukça güçtür. Sanığın yargılandığı mahkemenin yargı çevresi dışında ikamet veya diğer bir zorunlu nedene dayalı olarak bulunması, müdafie olan ihtiyacı kendiliğinden doğurmaktadır.¹⁰²

¹⁰¹ Toroslu ve Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku** s. 128.

¹⁰² Kocaoğlu, **Müdafî** s. 76

İKİNCİ BÖLÜM

MÜDAFİLİĞİN TARİHSEL GELİŞİMİ, MÜDAFİİN HUKUKİ STATÜSÜ VE KOŞULLARI

2.1. MÜDAFİLİĞİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Hukuk tarihi boyunca ceza muhakemesi kuralları ve kurumları toplumun sosyal, kültürel, siyasal gelişmelerine bağlı olarak değişim ve dönüşüm yaşamıştır. Savunma ceza muhakemesi içinde bir kurum olup, ceza muhakemesinin tarihsel gelişimiyle paralellik göstermiştir. Ceza muhakemesinin geliştiği toplumlarda buna paralel olarak savunma hakkı, adil yargılanma hakkı da gelişmiş olup müdafiliğe önem verilmiştir. Devletlerin siyasi rejimleri ve özgürlüğü insan haklarını etkilediği için insan haklarının önemsendiği toplumlarda savunma hakkının taşıdığı önem hasebiyle müdafilik de gelişmiştir. Bu nedenle, özgürlükçü ve demokratik rejimlerde savunma hakkına verilen önem artarken; baskıcı ve totaliter rejimlerde savunma hakkına gerekli önem verilmeyip sınırlandırılmış hatta kullanımı imkansız hale getirilmiştir.

2.1.1. Müdafiliğin Batı Hukukundaki Gelişimi

2.1.1.1. Eski Yunan Hukukunda Müdafî

Eski Yunan hukukunda, önceleri kadınlar ve ergin olmayan kimseler hariç herkes kendi davasını bizzat kendisi yürütmek ve savunmasını salt kendisi yapmak zorundaydı.¹⁰³ Kadınların ve çocukların yerine onların en yakın ergin akrabaları savunma yapabiliyordu. ¹⁰⁴ Sanığın akrabaları mahkemeye dinleyici olarak katılabiliyordu. Sanıklar ise savunmalarını ceza hukukundan anlayan “*logographos*” adlı kimselere hazırlatıp bu savunmaları ezberleyerek kendi sözleriymiş gibi

¹⁰³ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 22; Bozdağ, **Ceza Muhakemesinde Müdafî** s. 25.

¹⁰⁴ Sinan Kocaoğlu, “Tarihsel Perspektif ile Batı Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafî” **Ankara Barosu Dergisi**, S.68, 2010, s. 121.

duruşmada savunma yapıyorlardı.¹⁰⁵ Ancak zamanla savunma metinlerinin formaliteye dönüşmesi, sanığın logographosların hazırladıkları savunmaları ezberlemekte güçlük çekmesi ve duruşmalarda savunma metinlerini unutması gibi nedenlerden dolayı sanığın savunmasından sonra logographoslara ve sanığın belagat sanatı iyi olan arkadaşlarına duruşmada sanık yerine konuşma yapmalarına izin verilmiştir.¹⁰⁶ Sanık adına konuşma yapan konuşmacılar, ya sanığın konuşmasını tamamlayan kısa bir konuşma yapıyor ya da önemli gördükleri hususları detaylı bir şekilde izah ediyorlardı.

Ancak Eski Yunan hukuk ve geleneğinde para karşılığı başkası adına savunma yapmaya izin verilmiyordu.¹⁰⁷ Böylece Eski Yunan hukukunda logographoslar zamanla profesyonel bir hal almış ve ceza muhakemesinde sanığın savunmasını üstelenerek müdafî olarak rol almışlardır. Nitekim, bu gelişmeler ışığında hukuk tarihinde avukatların meslek örgütü olan barolar ilk olarak Atina’da kurulmuştur.¹⁰⁸

Eski Yunan hukukunda baroya kayıt olma hakkı ve müdafîlik sadece tam ehliyetlilere tanınıyordu.¹⁰⁹ Yabancılar, köleler, kadınlar, kısıtlı olanlar, çocuklar, anne babasına saygısızlık yapanlar, vatani görevi ve yasal yükümlülükleri yerine getirmeyenler ve ahlaka uygun olmayan işlerle meşgul olan kimseler müdafîlik yapamıyordu.¹¹⁰ Müdafîin sözü, hakim dışındaki kimse tarafından kesilmez; hakim ise bu yetkisini çok nadir kullanabilirdi. Aksi durumda savunma hakkının kısıtlanması sayılırdı. Müdafîin duruşma konusu ile ilgisi olmayan konularda konuşmalar yapmasını, konuşmalarını tekrarlamasını veya kışkırtıcı konuşmalar yapmasını engelleyici hükümler bulunmaktaydı. Böylece müdafîliğin ilk temeli Eski Yunan hukukunda atılmıştır.

¹⁰⁵ Erem, “Eski Yunanda ve Roma’da Avukatlık”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.5, 1976, s. 849.

¹⁰⁶ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 22.

¹⁰⁷ Kocaoğlu, “Tarihsel Perspektif ile Batı Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafî”, s. 121-122.

¹⁰⁸ Bozdağ, , **Ceza Muhakemesinde Müdafî** s. 25.

¹⁰⁹ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 23.

¹¹⁰ Erem, “Eski Yunanda ve Romada Avukatlık”, s. 850.

2.1.1.2. Roma Hukukunda Müdafî

Roma hukukunda müdafilik tarihsel dönem içerisinde gelişim göstererek uzun bir yol kat etmiştir. Roma hukukunda müdafiliğin tarihsel gelişimini üç dönem başlığı altında incelemek faydalı olacaktır.

Sürekli ceza mahkemelerinden (quaestiones perpetuae'den) önceki dönemde, sanıklar (kadınlar da dahil olmak üzere) kendini bizatihi savunabiliyordu.¹¹¹ Ancak zaman içerisinde sanığın savunmasına yardımcı olup sanığı mahkemede temsil eden kimseler ortaya çıkmıştır. Roma hukukunda sanığa yardımcı olan bu kişiler “patroni”, “advocatio” ve “laudatores” olmak üzere üçe ayrılırdı.¹¹²

Patroni; avukat sıfatıyla (müdafî) sanığın adına sözlü veya başka işlemlerle davayı yürüten kimseydi.¹¹³ Davada yalnızca bir patroni varsa tüm işlemleri kendisi yapıyor, birden fazla var ise aralarında iş bölümü yapıyorlardı. Sanık avukata sahip değilse ve sanığın avukata ihtiyacı olduğu düşünülüyorsa sanığın talebi üzerine veya re'sen hakim tarafından sanığa avukat atanırdı.

Advocaoti; doğrudan ceza muhakemesine katılmayan, sanığın adına konuşma ve savunma yapma yetkisi olmayan, yalnızca duruşmalarda hazır bulunarak sanığa hukuki yardım sunan kimseydi.¹¹⁴ Roma hukukunda ceza muhakemesinin sözlülük ve alenilik ilkesinin geçerli olması advocaoti geleneğinin doğmasına neden olmuştur.

Laudatoresler; dava konusu dışında sanığın yaşantısından, davranışlarından ve olumlu yönlerinden övücü bir şekilde bahsederek hakimi etkilemeye çalışan kimselerdi.¹¹⁵ Bu kimseler övücü konuşmalarıyla sanığa bir nevi “iyi hal belgesi” verirdi.

Sürekli ceza muhakemeleri (quaestiones perpetuae) döneminde sanıklar kural olarak patroni denilen kişilerce savunuluyordu.¹¹⁶ Sanıkların bizatihi kendilerince savunma yapması istisnaydı. Bu dönemde avukatlık bir meslek haline gelmemişti ve “haysiyetsiz” (infamis) olmayan her vatandaş patroni olabiliyordu. Sanıklar birden fazla patroni tarafından savunulabiliyordu.

¹¹¹ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 23.

¹¹² Erem, “Eski Yunanda ve Romada Avukatlık”, s. 851; Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 24.

¹¹³ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 24; Bozdağ, **Ceza Muhakemesinde Müdafî** s. 26.

¹¹⁴ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 24; Bozdağ, **Ceza Muhakemesinde Müdafî** s. 27.

¹¹⁵ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 24; Bozdağ, **Ceza Muhakemesinde Müdafî** s. 27.

¹¹⁶ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 25; Bozdağ, **Ceza Muhakemesinde Müdafî** s. 27.

Justinyen döneminde; ceza muhakemesinde itham sisteminden vazgeçilerek tahkim sistemini uygulanmaya başlanmış ve sanık dava süjesi olmaktan ziyade objesi hakine gelmiş, hakim ise tarafsızlığını kaybederek savunma hakkı sınırlandırılmıştır.¹¹⁷ Bu dönemde davacı ve davalılar isterlerse davalarını bizzat kendileri yürütebileceği gibi “advocati” ve “defonsor” adlı kimseler tarafından da savunulabiliyordu. Bu dönemde avukatlık meslek haline gelmeye başlamış, dönemin ortasına kadar her vatandaş müdafî olabiliyorken sonradan sadece hukuk eğitimi alan kişilere müdafî olma hakkı tanınmıştır. Bu dönemde müdafilerin savunma yöntemi de değişikliğe uğramıştır. Müdafiler önceden belagat sanatıyla hakimi etkilemeye çalışırken; sonraları işlenin fiilin hukuki nitelendirmesi ve failin kusurlu olup olmadığına ilişkin savunmalar yapmaya başlamışlardır.¹¹⁸

2.1.1.3. Cermen Hukukunda Müdafî

Cermen hukukunda ceza muhakemesi dini kaideler ekseriyetinde işliyordu.¹¹⁹ Ceza muhakemesi maddi gerçeği arama amacı gütmeyen dinsel etki ve güvenceler üzerine kuruluydu. Kişinin masumiyetini ispat etmenin yolları sanığın yemini, arkadaşlarının yemini ve dini hükümlerdi.¹²⁰ Cermen ceza muhakemesinde maddi gerçekten ziyade şekli gerçeklik ön planda olduğundan taraflardan hangisi daha inandırıcı konuşma yaparsa hüküm, o konuşma üzerine kurulurdu.¹²¹ Taraflar, duruşmadaki açıklamalarını sonrandan değiştirmedikleri gibi inkar da edemiyorlardı. Bu hak, yalnızca sanık adına açıklama yapan diğer kişilere tanınıyordu. Bu nedenle, başlangıçta müdafî olmayıp sanığın sözcüsü konumunda olan ve yalnızca tek celsede görev alan, taraf iradesini temsil eden ve “hatip” olarak adlandırılan üçüncü kimseler duruşmalarda bulunduruluyordu.¹²² Hatiplik bir vatandaşlık görevi olup ücret mukabilinde yapılmıyordu ve geçerli bir mazeret olmadıkça hatiplik görevi reddedilemiyordu. Aksi takdirde, hakim tarafından cezalandırılıyordu. Ancak zaman

¹¹⁷ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 25-26; Bozdağ, **Ceza Muhakemesinde Müdafî** s. 27-28.

¹¹⁸ Kocaoğlu, “Tarihsel Perspektif ile Batı Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafî”, s. 129.

¹¹⁹ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 27; Bozdağ, **Ceza Muhakemesinde Müdafî** s. 28.

¹²⁰ Bozdağ, **Ceza Muhakemesinde Müdafî** s. 28.

¹²¹ Bozdağ, **Ceza Muhakemesinde Müdafî** s. 28.

¹²² Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 27.

içerisinde hatiplik “tavsiyeceliğe” dönüşerek ücret mukabilinde yapılan bir meslek haline gelmiştir.¹²³

14. yüzyıldan sonra Cermen hukukunda kilisenin tesiri ile Engizisyon mahkemeleri yaygınlaşmaya başlanmış ve savunma hakkı önemsiz görülmüştür. Bu dönemde ceza muhakemenin temel gayesi maddi gerçeğe ulaşmak olmayıp sanığın suçu itiraf etmesi için her türlü işkence metodları meşru sayılmıştır. 1532 yılında Kral V. Karl tarafından çıkarılan ceza muhakemesi kanunu ile gizli soruşturma ile işkence meşrulaştırılarak savunma hakkı önemsizleştirilmiş ve müdafilik yapabilmenin ön koşulu hukuk eğitimi almış olmaya bağlanarak müdafilik sınırlandırılmıştır.¹²⁴ Bu dönemde müdafinin faaliyetleri önemsiz görülüyor, ancak sanık isterse müdafî görevlendiriliyordu, ölüm ve ağır hapis cezasını gerektiren suçlarda her ne kadar müdafinin bulunması şart ise de uygulamada müdafinin savunma yapması engellenip imkansız hale getiriliyordu. Gizli soruşturmalarda, müdafinin sanık ile görüşmesine ve dava dosyasını incelemesine izin verilmiyordu. Müdafii ancak mahkeme aşamasında dava dosyasını inceleyebiliyordu.

2.1.2. Müdafiliğin Türk Hukukundaki Gelişimi

Müdafilik kurumunun Türk hukukundaki gelişimini Osmanlı döneminde ve Cumhuriyet döneminde olmak üzere iki başlık altından incelemek faydalı olacaktır.

2.1.2.1. Osmanlı Hukukunda Müdafî

Osmanlı Devleti’nde bilindiği üzere, şer’i ve örfi hukuk birlikte uygulanmış ve zaman içerisinde tüm hukuk alanında olduğu gibi ceza muhakemesi hukukunda da değişim ve gelişmeler yaşanmıştır. Osmanlı Devleti’nde Tanzimat dönemi öncesinde, çoğunlukla İslam hukuku kuralları uygulanırken; Tanzimat Fermanı ile Kara Avrupa hukuk sistemi referans alınarak oluşturulan hukuk kuralları uygulanmıştır.¹²⁵ Bu nedenle, Osmanlı Devleti’nde müdafilik kurumunun tarihsel gelişimini Tanzimat dönemi öncesi ve sonrası olmak üzere iki dönem açısından incelenecektir.

¹²³ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 28.

¹²⁴ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 28; Bozdağ, **Ceza Muhakemesinde Müdafî** s. 29.

¹²⁵ Sinan Kocaoğlu, “Tarihsel Perspektifi ile Türk – İslam Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafî”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 61-78, Yıl 68, 2010, s. 63.

Tanzimat Dönemi öncesi Osmanlı Devleti'nde İslam hukuku esas alınarak oluşturulan şer'i hukuk ve örfi hukuk birlikte uygulanıyor ve ceza mahkemeleri şer'îye mahkemelerinde görülmüyordu. İtham ve şahsi dava sistemi geçerli olup hukuk davaları ile ceza davaları arasında bir fark bulunmuyordu. Suçun mağduru ve mirasçıları davacı, fail ise davalı olarak duruşmada yer alıyordu. Suçun kural olarak yalnızca mağdur ve faili ilgilendirdiği kabul ediliyordu ve kanuni delil sistemi geçerli olup davacının delil getirme zorunluluğu bulunuyordu.¹²⁶ Şer'i muhakemede tarafların duruşmada hazır bulunmaları zorunlu olup, kişisel halleri veya zorunluluktan dolayı muhakemeye katılamayan kimseler, yerlerine muhakemeye ilişkin pratik bilgisi olan “muhrır” denilen kişileri veya kadı ile mahkeme başkatiplerini yakından tanıyan kişileri duruşmalara sokuyorlardı.¹²⁷ Hukuki bilgi ve tecrübeden yoksun olan ve büroları bulunmayan bu kimseler, düşük ahlaklı olup muhakemede söylediklerinin aksine sonuç aldıkları için halk tarafından “müzevir” olarak adlandırılıyordu.¹²⁸ Bu kimseler, kadıyı ikna ederek savunma yapmaya çalışıyor ve duruşmaya temsil ettiği kişi adına suç ikrarı dışında her türlü işlemi yapabiliyordu.¹²⁹ Osmanlı Devleti'nde müdafiliğin temelini bu kişiler ile yazılı savunma yaptıkları kabul edilen arzuhalcilerin oluşturdukları söylenmektedir.¹³⁰

1839 tarihinde Tanzimat Fermanı'nın ilanı ile başlayıp Cumhuriyet'in ilanına kadar devam eden bu dönemde birçok alanda olduğu gibi hukuk sisteminde de reformlar gerçekleşmiştir. Nitekim, Avrupa yasaları örnek alınarak yasalar çıkartılmaya başlanmış ve şer'îye mahkemelerinin yanında nizamiye mahkemelerine de yer verilerek 1864 tarihli bir tüzükle ilk nizamiye mahkemeleri kurulmuştur.¹³¹

Osmanlı Devleti'nin ilk usul kanunu olma özelliğini taşıyan 1861 tarihli Usul-ü Muhakeme-i Ticaret Nizamnamesi'nin 4. faslının 28. maddesinde, 1869 tarihli Şuray-ı Devleti Nizamnamesi'nin 6. maddesinde ve Divan-ı Ahkam-ı Adliye Nizamnamesi'nin 28. maddesinde “dava vekilliğinden” bahsedilmektedir.¹³²

1869 tarihli “Dersaadet Mülhakatı İdarei Zabıta ve Mülkiye ve Mehakimi Nizamiyesine Dair Nizamnamede” cinayetle yargılanan sanıklara savcılık tarafından

¹²⁶ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 32.

¹²⁷ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 32.

¹²⁸ Bozdağ, **Ceza Muhakemesinde Müdafî** s. 32.

¹²⁹ Kocaoğlu, “Tarihsel Perspektifi ile Türk – İslam Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafî”, s. 68.

¹³⁰ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 32-33.

¹³¹ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 33.

¹³² Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 33.

müdafî tayin edilebileceği düzenlenmiş olup, ilk defa müdafî kavramı kullanılmıştır.¹³³

Osmanlı Devleti'nin ilk ceza muhakemesi kanunu olarak kabul edilen 1880 tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanunu'nun 249. ve 250. maddelerinde müdafilik kurumuna yer verilmesinin yanı sıra zorunlu müdafilik sistemi de kabul edilmiştir.¹³⁴

Osmanlı Devleti'nde 1876 tarihine kadar dava vekilliği kabul edilmiş olmasına rağmen; dava vekilliğine ilişkin meslek kurallarını düzenleyen yazılı bir düzenleme olmadığı gibi dava vekilliği kurumu da kurulmamıştır. 1876 tarihinde kabul edilen “Mehakimi Adliye Dava Vekilleri Hakkında Nizamnamesi” ile ilk defa dava vekili olabilmenin koşulları ve meslek kurallarına ilişkin yasal düzenlemeler oluşturulmuş olup, ilk kez deva vekilliği kurumu kurulmuştur, böylece avukatlık meslek örgütü olan ilk baro 1878 tarihinde İstanbul'da kurulmuştur.¹³⁵

2.1.2.2. Cumhuriyet Döneminde Müdafî

29 Ekim 1923 tarihinde Cumhuriyet'in ilan edilmesi ile Osmanlı İmparatorluğu yerine Türkiye Cumhuriyeti Devleti kurulmuştur. Bu dönemde medeniyetin beşiği olarak görülen Avrupa-özellikle Kıta Avrupa'sı örnek alınarak hukuk alanında reformlar yapılmıştır. 1924 tarihli ve 460 sayılı Mahamat Kanunu¹³⁶ ile avukatlık mesleğine dair yasal düzenlenmeler getirilmiş, 06.01.1926 tarihli ve 708 sayılı yasa ile “mahamat” ve “mahami” kelimeleri avukatlık ve avukat olarak değiştirilmiştir.¹³⁷

1929 yılında, Osmanlı Devleti döneminden kalan “Usul-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanunu” mülga olup, yerine 1877 tarihli Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'ndan esinlenerek oluşturulan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK) yürürlüğe girmiştir. 1412 sayılı kanunla Türk hukukunda müdafilik ilk kez kurum olarak kabul edilmiş, müdafî ve müdafiden yararlanma hakkına ilişkin detaylı

¹³³ Bozdağ, **Ceza Muhakemesinde Müdafî** s. 33.

¹³⁴ Bozdağ, **Ceza Muhakemesinde Müdafî** s. 33.

¹³⁵ Bozdağ, **Ceza Muhakemesinde Müdafî** s. 34.

¹³⁶ https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc002/kanuntbmmc002/kanuntbmmc00200460.pdf (Erişim Tarihi:15.05.2021)

¹³⁷ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 37.

yasal düzenlemeler yapılmıştır.¹³⁸ 1412 sayılı kanunun ilk halinde mecburi müdafilik sistemi yer almaz iken, 1992 yılında yapılan yasal bir düzenleme ile kişinin talebi üzerine veya kişisel zorunlu hallerin varlığı durumunda zorunlu müdafii tayin edileceği hüküm altına alınmıştır.¹³⁹

04.12.2004 tarihinde kabul edilen ve 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) ile 1412 sayılı CMUK mülga olmuştur.

2.2. MÜDAFİİN HUKUKİ STATÜSÜ

Ceza muhakemesinde savunma makamını işgal eden müdafii hukuki niteliği, müdafii yargılamada üstlendiği görevin ne olduğu sorunun tespiti ile ilgilidir.¹⁴⁰ Müdafii hukuki konumu, hem 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda hem de 1136 sayılı Avukatlık Kanununda muhtelif fikirlerle düzenlenmiştir. Bu nedenle, müdafii hukuki statüsü ceza muhakemesi hukuku ile avukatlık hukukunun ortak paydasında elde edilecek sonuca göre tanımlanabilir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu md. 1'e göre, avukat yargının kurucu unsurlarından olan ve kamu hizmeti niteliğindeki serbest meslek faaliyeti sürdüren kişidir. Müdafii de bu görevi ifa eden hukukçu kimsedir.

Kamu hizmeti kavramının gerek anayasada gerekse kanunlarda veya yargı kararlarında tam olarak bir tanımı mevcut değildir. Doktrinde kamu hizmeti, kamusal yararı sağlamak amacıyla bir kamu tüzel kişi tarafından doğrudan üstlenilen veya ondan alınan yetki ile özel kişi tarafından ifa edilen faaliyetlerdir.¹⁴¹

Müdafilik görevinin hem bir kamu hizmeti taşıması hem de serbest bir faaliyet olması hasebiyle doktrinde müdafii konumuna ilişkin muhtelif görüşler yer almıştır. Müdafii ceza muhakemesindeki niteliği, görevinin işlevi ve şüpheli veya sanıkla ilişkisinin tespitinin tanımlanması sorunu ile ilgilidir. Müdafii savunma makamını işgal ettiği için bir takım hak ve yetkileri olduğu gibi yükümlülükleri de vardır. Müdafie tanınan yetki ve yükümlülüklerin kapsamı ve sınırları müdafii statüsüne göre tanımlanır.¹⁴² Geniş bir bakış açısıyla müdafii iddia ve yargı

¹³⁸ Bozdağ, **Ceza Muhakemesinde Müdafii** s. 35.

¹³⁹ Bozdağ, **Ceza Muhakemesinde Müdafii** s. 35.

¹⁴⁰ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafii**, s. 40.

¹⁴¹ Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Yayıncılık, 15. Baskı 2014, s. 528

¹⁴² Centel ve Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 178.

makamları ile olan ilişkisi, şüpheli veya sanıkla ilişkisi, yapacağı savunma görevinin niteliği, kapsamı ve sınırları müdafinin ceza muhakemesindeki konumunu belirler.

Müdafinin hukuki konumunun saptanması yapacağı savunmanın sınırlarının tespiti açısından da önem teşkil eder. Müdafinin savunma hakkını kullanırken; suç delillerini yok etme, gizleme, değiştirme (TCK md. 281), suçluyu kayırma (TCK md. 283), tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme (TCK md. 284) gibi işleyebileceği muhtemel suçların işlenip işlenmediği, meşru savunma sınırlarının aşıp aşılmadığı veya savunma hakkını kötüye kullanılıp kullanılmadığının tespiti, müdafinin yargılamadaki hukuki konumunu açıklayan görüşe göre farklılık arz edecektir.

Müdafinin hukuki konumuna ilişkin hem mülga CMUK'da hem CMK'da hem de diğer ceza hukuku mevzuatlarında net bir hüküm düzenlenmemiştir. CMK ve Avukatlık Kanunun ilgili maddeleri, farklı yorumlanması neticesinde müdafinin hukuki niteliğin ilişkin fikir farklılıkları ortaya çıkmıştır. Doktrinde müdafinin hukuki konumuna ilişkin; *“müdafinin şüpheli veya sanığın temsilcisi olduğu”*, *“müdafinin şüpheli veya sanığın yardımcısı olduğu”*, *“müdafinin bağımsız adli bir organ olarak bazen şüpheli veya sanığın bazen de mahkemenin yanında olduğu”* gibi farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bu görüşler, sadece müdafinin hukuki niteliğine ve muhakemedeki etkisine ilişkin tanımlamalar olmayıp aynı zamanda müdafinin mesleki statüsüne, adli makamlar içerisindeki konumuna, kısmen işlevine ve usuli haklarına ilişkin iddiaları da barındırır.¹⁴³

2.2.1. Şüpheli veya Sanığın Temsilcisi Olarak Müdafii

Müdafii, şüpheli veya sanığın temsilci olarak değerlendiren görüşlere geçmeden önce temsil ilişkisini açıklamak faydalı olacaktır. Medeni yargılamada dava ehliyetine sahip olan kişi davasını kendisi açabileceği gibi iradi olarak tayin edeceği bir avukat vasıtasıyla da açabilir (HMK md.71; 76). Dava ehliyetine sahip olmayanlar ise, davalarını ancak kanuni temsilci veya kanuni temsilcinin tayin edeceği bir avukat ile açabilir. Dava ehliyetine sahip olmayanların temsili “kanuni temsil”, dava ehliyetine sahip olanların temsiline ise “iradi temsil” denilmektedir. Medeni muhakeme hukukunda iradi temsil davaya vekalet olarak

¹⁴³ Zafer, **Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu**, s. 295.

adlandırılmaktadır.¹⁴⁴ İradi olarak tayin edilen kişiye avukat, avukat vasıtasıyla davasını takip eden kişiye müvekkil, vekil ile müvekkil arasındaki ilişkiye ise vekalet ilişkisi (temsil ilişkisi) olarak adlandırılır. Temsil ilişkisinin kurulmasında ve şartlarında 6098 Borçlar Kanunun temsile ilişkin hükümleri uygulanır. Medeni muhakemede tarafların temsili özel hukuktaki temsilin bir türüdür. Temsilci, medeni muhakemede davacı veya davalı taraf olmayıp sadece taraf adına hareket eden kimsedir.

Kanunda özel yetki gerektiren işler hariç olmak üzere vekil, hükmün kesinleşinceye kadar davanın yürütülmesi için gerekli tüm işlemleri yapma, hükmün yerine getirilmesi, yargılama giderlerinin alımı ve buna ilişkin alındı belgesi alma işlemlerini yapar ve bu işlemler kendisine karşı da yapılabilir.

Vekaletnamede özel olarak yetkilendirilmedikçe vekil; sulh olamaz, davayı kabul edemez, yemin teklif edemez, tahkim sözleşmesi yapamaz, davadan veya kanun yollarından feragat edemez, karşı tarafı ibra edemez. Taraflardan birinin vekili olduğunu ileri süren kimse, noter onaylı vekaletnameyi ilk celsede sunmak zorundadır. Aksi takdirde, vekaletnamesini ibraz etmek için ikinci celseye kadar süre verilir. Vekil duruşmaya hiç katılmazsa veya kendisine tanınan süre içinde vekaletname ibraz etmezse yaptığı işlemler yapılmamış sayılır. Kendisinin de hazır bulunduğu celsede vekili tarafından söylenenleri inkar etmeyen taraf, açıklamalara rıza göstermiş demektir.

Yukarıda bahsedildiği üzere medeni muhakemede iradi temsil ilişkisinde vekil, temsil edilenin iradesine bağlı olup tüm işlemleri onun adına yapar.¹⁴⁵ Vekilin yaptığı işlemlerin tamamı temsil edilen için de hüküm doğurmaktadır. Medeni muhakemede vekil ile taraf arasındaki ilişki vekalet sözleşmesine dayanmaktadır. Vekil, bu sözleşmenin kendisine verdiği yetkiye dayanarak temsil edilenin haklarını savunur.

Türk doktrinde hiçbir görüş müdafinin hukuki statüsünün şüpheli veya sanığın yalnızca temsilci olduğu görüşünü ileri sürmemiştir. Fakat Alman doktrinde müdafinin yalnızca şüpheli veya sanığın temsilci olduğunu ileri süren görüşler bulunmaktadır.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, ve Muhammet Özkes, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayıncılık, 4.Baskı, Ankara, 2016, s. 197.

¹⁴⁵ Zafer, **Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu**, s. 298.

¹⁴⁶ Mahmutoglu ve Dursun, **Türk Hukukunda Müdafinin Yasaklılık Halleri** s. 17.

Alman doktrinde taraftar bulan müdafiiin şüpheli veya sanığın temsilcisi olduğu görüşüne göre, müdafii sanığın temsilcisi konumunda olup müdafii sıfatıyla yaptığı işlemler şüpheli veya sanığın işlemleri olarak kabul edilmektedir.¹⁴⁷ Fakat bu görüşe göre, müdafiiin temsil yetkisi sınırsız değildir. Sanık taraf ise müdafii ile temsil edilebilir; eğer sanık delil ise, temsili mümkün değildir. Zira mahkemenin delillere temsilci vasıtasıyla değil doğrudan doğruya temas etmesi gerekir. Örneğin; müdafii sanık yerine sorguya çekilemez. Bu görüş, ceza muhakemesinde müdafiiin, devlet ile birey arasındaki uyumsuzluğun çözümünde medeni muhakemedeki gibi sanığı temsil ettiği ve bunun da vekalet sözleşmesinin bir gereği olduğu, bu nedenle muhakemede müdafie sanığın zatından bağımsız bir şahsiyet tanınmaması gerektiğini ileri sürer.¹⁴⁸ Temsil ilişkisi, özel hukuka ait bir kurumdur ve özel hukuktaki davaların taraflara ait olması, dava konusunun maddi veya özel bir menfaat içermesi, temsil ilişkisinin kabul edilmesiyle açıklanabilirse de kamu menfaati bulunan ve maddi gerçeği araştırma yükümlülüğü bulunan kamu davası niteliğindeki ceza davası temsil ilişkisiyle bağdaştırılamadığından ve sanık ile müdafii arasındaki ilişki temsil ilişkisi olarak kabul edilemez.¹⁴⁹

Erem'e göre, müdafii şüpheli veya sanığın temsilcisi değildir. Savunmanın ceza muhakemesindeki kamusal özelliği ve bireysel ceza sorumluluğu müdafiiin temsilci sıfatını taşıyamayacağını göstermektedir.¹⁵⁰ Bu nedenle müdafiiin sözleri sanığın sözlerinin yerine geçmez, müdafii görevini icra ederken sanığın iznine ve talimatlarına göre hareket edemez, müdafii faaliyetlerini mesleki vicdanına göre yerine getirecektir.

Ceza muhakemesinde bir takım hak ve yetkiler sadece müdafie tanınmış olup şüpheli veya sanığa tanınmamıştır. Örneğin, müdafie duruşmada hazır bulunan kişilere doğrudan soru sorma yetkisi tanınmış olmasına rağmen; şüpheli veya sanığın doğrudan soru sorma yetkisi bulunmamaktadır. Halbuki, temsil ilişkisinde temsil olunanın sahip olmadığı bir hakka temsilci de sahip değildir. Temsilcinin sahip olduğu bir yetkinin temsil olunana tanınmayıp sadece temsilciye tanınmış olması

¹⁴⁷ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafii**, s. 40.

¹⁴⁸ Zafer, **Faile Yardım Suçu ve Müdafiiin Bu Suçtan Sorumluluğu**, s. 298.

¹⁴⁹ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafii**, s. 49; Mahmutoğlu ve Dursun **Türk Hukukunda Müdafiiin Yasaklılık Halleri**, s. 18; Öztürk ve Diğerleri, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 252.

¹⁵⁰ Erem, **Diyalektik Açıdan Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 177, 178.

temsil ilişkisine aykırı düşmektedir.¹⁵¹ Ayrıca, sanığın duruşmada hazır olma ve son sözün kendisine ait olma gibi haklarının, sadece kendisine ait olması ve müdafii aracılığıyla bu kişisel hakların kullanılmıyor olması temsil ilişkisiyle bağdaşmamaktadır.

Müdafiiin şüpheli veya sanığın temsilcisi olamayacağını destekleyen husus ise, zorunlu müdafilik sistemidir. Temsil ilişkisinde temsil yetkisinin verilmesi, kapsamı, sınırları ve temsilcinin görevine son verme yetkisi temsil olunanın iradesine bağlıdır. Zorunlu müdafilik sisteminde ise, müdafii baro tarafından atanır hatta sanığın rızası dışında da atama yapılabildiğinden şüpheli veya sanığın iradesine ve kararlarına bağlı olunmaz. Ayrıca, baro tarafından atanan zorunlu müdafiiin görevine şüpheli veya sanık tarafından re'sen son verilemez. Özel hukuk ilişkisinde, asilin temsilcinin görevine istediği zaman son verme yetkisine sahip olmasına rağmen; zorunlu müdafilikte şüpheli veya sanığın bu yetkisinin olmaması temsil ilişkisini açıklamakta yetersiz kalmaktadır.¹⁵²

Türk öğretisindeki çoğu görüş, müdafiiin beyanlarının sanık beyanlarının yerine geçememesi, sanığın hazır bulunmadığı durumda müdafii hazır bulunsun dahi kural olarak duruşmanın açılmaması gibi muhtelif görüşlerden kaynaklı olarak müdafiiin şüpheli veya sanığın temsilci olmadığını ileri sürmektedir.¹⁵³ Fakat müdafiiin istisnai olarak sanığın hazır bulunmadığı duruşmalarda medeni muhakemedeki kadar geniş olmasa da onu temsil edebileceği görüşü ileri sürülmüştür.¹⁵⁴ CMK md. 197'de sanığın hazır bulunmadığı duruşmada gönderdiği müdafiiin Alman CMK md. 234'ün aksine; açık ve net bir şekilde temsilci olduğu belirtilmemişse de, CMK md. 198'de sanığın bulunmadığı duruşmada müdafiiin temsil yetkisini kullanacağından bahisle artık eski hale getirme isteminde

¹⁵¹ Centel ve Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku** s. 179; Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafii**, s. 43.

¹⁵² Bozdağ, **Ceza Muhakemesinde Müdafii** s. 41.

¹⁵³ Zafer, **Faile Yardım Suçu ve Müdafiiin Bu Suçtan Sorumluluğu**, s. 301

¹⁵⁴ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafii**, s. 148; Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu s.221;Tosun, şüpheli veya sanığın müdafii ile olan temsil ilişkisini şu şekilde açıklamaktadır; “*Müdafiiinin sanık yerini tutan, onun yerini almış müdafii tarafından yapılmasıdır. Müdafii temsilci durumunda ise, muhakeme sanık olmadan, müdafii onun yerine bulundurularak yapılabilir; Bu durumlarda sanık bulunmadığı için gaip sayılmamaktadır. Demek ki bu durumlarda müdafii muhakemede var olmayan bir sanığı müdafii edebilmektedir*”. Tosun, 1971, s. 388. Centel'e göre; “*Müdafiiin temsil yetkisi ikrar ve itirafı kapsayacak kadar geniş olmamalıdır. Bu itibarla temsilci müdafii ikrar ve itiraf içermemek kaydıyla sanık adına davayla ilgili olarak her türlü beyanda bulunabilir ve müdafiiin bu açıklamaları bizzat sanık tarafından yapılmış gibi geçerli olur*”. Centel, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii**, s.150,151.

bulunamayacağını düzenlemesinden yola çıkılarak CMK md. 197’de bahsi geçen müdafii temsilci olduğu sonucuna varılmaktadır.¹⁵⁵

Erem, müdafii ceza muhakemesindeki görevinin temsil ilişkisine dayanmadığını, ceza davasının kamusalılığından dolayı müdafii temsilci olamayacağını, ancak usul kanununda müdafii temsil yetkisine sahip olduğu anlamına gelebilecek hükümlerin var olduğunu, bu hükümler her ne kadar teknik kolaylıkları sağlamak için düzenlenmiş olsa da temel ilkenin unutulmasına neden olacağı için isabetli olmadığı görüşünü ileri sürmüştür.¹⁵⁶ Çünkü ceza muhakemesinde müdafii temsil yetkisine sahip olduğu anlamına gelecek hükümlerin olmasının nedeni, müdafii sanığın haklarını koruması ve sanığın hazır bulunmadığı duruşmalarda, sanığı hukuki ve teknik bir savunma ile koruyabilecek bir hukukçunun katılmasına olanak sağlamaktır. Ceza davasının kamusal vasfa sahip olmasından ötürü, müdafii temsil yetkisi ile özel hukuk anlamdaki temsil ilişkisi bağdaştırılamaz.¹⁵⁷

Müdafilik kurumu ile temsil ilişkisi arasında önemli farklılıklar olduğu için ceza muhakemesinde müdafii rolü göz önünde bulundurulduğunda müdafii salt temsilci olmadığı açıktır.¹⁵⁸ Alman öğretisinin aksine müdafii şüpheli veya sanığın salt temsilci oluşu görüşü Türk hukukunda desteklenmemektedir.

2.2.2. Şüpheli veya Sanığın Yardımcısı Olarak Müdafii

Müdafii hukuki niteliğine ilişkin ileri sürülen görüşlerden biri de müdafii şüpheli veya sanığın yardımcısı olduğu görüşüdür. Öğretide bu görüşün desteklenmesinin nedeni CMK, YGİY ve Alman CMK’da düzenlenen hükümlerdir. “Şüpheli veya sanık soruşturma veya kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafii yardımından yararlanabilir” (CMK md. 149/1; Alm CMK md. 137/1), “Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukatın, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz” (CMK md. 149/3), “Şüphelinin ifadesi alınmadan önce müdafii seçme hakkının olduğu ve müdafii

¹⁵⁵ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafii**, s. 148.

¹⁵⁶ Erem, **Diyaletik Açidan Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 172.

¹⁵⁷ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafii**, s. 151

¹⁵⁸ Öztürk ve Diğerleri, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 252.

yardımdan yararlanabileceği şüpheliye bildirilir” (YGİY md. 23/c), “Şüphelinin ifadesi alınırken müdafii sadece hukuki yardımda bulanabilir, şüpheli yerine sorulan sorulara cevap veremez” (YGİY md. 23/d), yukarıda yer alan düzenlemelerden yola çıkılarak müdafii şüpheli veya sanığın yardımcısı olduğu ileri sürülmektedir. Bu bağlamda, ceza muhakemesinde suç isnadı altında olan şüpheli veya sanığın isnat edilen eylemi işlemediğini veya eylemin suç oluşturmadığını veya hukuka uygunluk sebeplerinin olması nedeniyle kişinin cezalandırmaması gerektiğini ileri süren belirli özelliklere sahip, şüpheli veya sanığın yardımcısına müdafii denir.¹⁵⁹

Alman doktrininde bu görüşü savunanlara göre, müdafii esas olarak şüpheli veya sanığın yardımcısı olup bazı istisnai durumlarda şüpheli veya sanığı temsil eder.¹⁶⁰ Müdafii istisnai olarak temsil yetkisi, kanun yoluna başvurma, kanun yolundan vazgeçme, Yargıtay’daki duruşmaya katılma, gaip veya hazır olmayan sanığın temsili gibi durumlarda kabul edilmektedir. Bu görüşe göre, bu durumlarda dahi müdafii ile şüpheli veya sanık arasındaki ilişki gerçek bir temsil ilişkisi değildir. Müdafii ceza yargılamasındaki işlevi şüpheli veya sanığın yerine geçmek değil, aksine şüpheli veya sanığın yanında olmaktır. Müdafii şüpheli veya sanığın haklarını ve çıkarlarını korumakla yükümlüdür. Müdafii, lehe olmak kaydıyla şüpheli veya sanığın iradesine aykırı işlemlerde bulunabilir. Müdafii, sanığı iddia makamı karşısındaki hukuki bilgi ve tecrübe yoksunluğunu giderme rolü bulunmaktadır. Müdafii bu yoksunluğu ancak sanığın yanında bulunarak giderebilir.¹⁶¹

Fakat müdafinin yardım etme işlevi onun yargılamadaki hukuki niteliğini tam olarak açıklamaya yeterli değildir. Dahası, yardım kavramı da müdafii sanığa hangi şekilde yardım edeceği ve etmesi gerektiği tam olarak ortaya koyamadığı için müdafii hukuki niteliğinin tespitinde yaratıcı bir kavram da değildir.¹⁶²

Müdafii sanığa hem hukuki hem de fiili yardımda bulanabilir. Örneğin; duruşmaya getirilen delillerin ikamesinde iddia makamından sonra söz alarak delilleri tartışma, şüphelinin ifadesinin veya sanığın sorgusunun kanuna uygun bir şekilde yapılmasını sağlama, müdafii hukuki yardımı kapsamında iken; sanığı ceza muhakemesine ilişkin olarak aydınlatma, sanığın yararına olan bilgileri söyleme,

¹⁵⁹ Öztürk ve Diğerleri, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 248.

¹⁶⁰ Centel, *Ceza Muhakemesinde Müdafii*, s. 42.

¹⁶¹ Öztekin Tosun, *Temsil Ceza Muhakemesinde ve Vekâlet, Temsil ve Vekalet’e İlişkin Sorunlar Sempozyumu*, İstanbul, 1977, s. 752.

¹⁶² Zafer, *Faile Yardım Suçu ve Müdafii Bu Suçtan Sorumluluğu*, s. 302.

hem sanığa hem de müdafie verilmiş olan usuli hakları kullanma, kanunla öngörülen veya mümkün olan hallerde sanığı duruşmalarda temsil etme, yasanın müdafie tanınmış olduğu dosyayı inceleyebilme, savunmasını hazırlaması için duruşmaya ara verilmesini isteme, çapraz sorgu gibi yöntemlere başvurma gibi müdafinin olaya ilişkin araştırmaları ise fiili yardım olarak değerlendirilir.¹⁶³

Türk doktrininde müdafinin şüpheli veya sanığın yardımcısı olduğu görüşü en çok taraftar bulan görüştür.¹⁶⁴ Ancak müdafinin şüpheli veya sanığın salt yardımcısı görüşü, müdafilik kurumu ile bağdaşmadığı gibi müdafilik görevinin kamu hizmeti olduğu gerçeğiyle de bağdaşmamaktadır.¹⁶⁵ Müdafinin şüpheli veya sanığın salt yardımcı olarak kabul edilmesi halinde, şüpheli veya sanığın açık iradesine aykırı işlemleri yapmaması gerekir. Çünkü mantık kuralları çerçevesinde yardımcı kişi yardımda bulunduğu kişinin iradesine aykırı işlemleri yapmaması esastır. Fakat ceza muhakemesinde müdafî, şüpheli veya sanığın açıkça aleyhine olmamak, dürüstlük ve meslek etiği kurallarına aykırı olmamak koşuluyla ceza muhakemesindeki tüm işlemleri yapabileceği gibi savunmanın içeriğini de hür bir şekilde belirleyebilir. Bir diğer anlatımla müdafî, şüpheli veya sanığın iradesine aykırı olsa da onların yararına olan işlemleri yapabilir.¹⁶⁶ Müdafî sanığın salt yardımcısı olarak kabul edilirse, sanığın hazır bulunmadığı durumlarda müdafinin sanığın yerini almaması gerekir. Örneğin; sanığın duruşmada vareste tutulduğu durumlarda müdafinin de duruşmaya kabul edilmemesi gerekir.¹⁶⁷ Ancak bu durum savunma hakkının kısıtlanmasına yol açar.

2.2.3. Müdafinin Mahkemenin Yardımcısı Olduğu Görüşü

Müdafinin şüpheli veya sanığın yardımcısı olduğu görüşüne ek olarak müdafinin muhakemeye yardımcı olma rolü farklı bir bakış açısıyla ele alınıp mahkemenin yardımcısı olduğu görüşü ileri sürülmektedir.

¹⁶³ Zafer, *Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu*, s. 302.

¹⁶⁴ Öztürk ve Diğerleri, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 252; Mahmutoglu ve Dursun, *Türk Hukukunda Müdafinin Yasaklılık Halleri* s. 18; Tosun, 1971, s. 378.

¹⁶⁵ Bozdağ, *Ceza Muhakemesinde Müdafî* s. 43-44.

¹⁶⁶ Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* s. 179.

¹⁶⁷ Zafer, *Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu*, s. 303.

Bu görüşe göre, müdafinin muhakeme sürecindeki hukuki statüsü zorunlu veya ihtiyari müdafî olup olmadığına göre farklılık arz etmektedir.¹⁶⁸ Zorunlu müdafilik hallerinde müdafî, şüpheli veya sanığın iradesinden bağımsız olup mahkemenin yardımcısı konumunda iken; ihtiyari müdafilik hallerinde ise müdafî, şüpheli veya sanığın iradesine bağlı olup onun yardımcısı konumundadır. Zorunlu müdafilik hallerinde müdafinin önceliği maddi gerçeğe ulaşmak olacağından, ister istemez şüpheli veya sanığın savunmasının sekteye uğratılması söz konusu olacaktır.

Bu görüşe yakın bir görüşe göre, müdafî yalnızca şüpheli veya sanığın yardımcısı değil aynı zamanda devletin de yardımcı olup toplumun ve devletin savunucusu konumundadır.¹⁶⁹

2.2.4. Bağımsız Bir Adli Organ Olduğu Görüşü

Türk doktrinde pek desteklenmediği halde, Alman doktrinde en çok taraftar bulan görüş, müdafinin adli bir organ olduğu görüşüdür. Alman doktrinde bu görüşün hâkim olmasının nedeni Alman Avukatlık Kanun'un birinci maddesinde müdafî bağımsız bir adli organ olarak düzenlenmiş olmasıdır.¹⁷⁰ Bu görüşe göre, müdafî adil bir ceza yargılamasında bağımsız bir adli organ olarak kamu adına hükme katkıda bulunarak muhakeme kurallarına geçerlik kazandırır.¹⁷¹ Ceza muhakemesinde iddia ve yargılama makamını işgal eden savcı ve hâkim gibi müdafî de kamuya hizmet eden bağımsız bir adli organdır. Fakat müdafinin bağımsız bir adli organ olması, savcı ve hâkim gibi idare hukuku anlamında bir kamu görevlisi niteliği taşıdığı veya devletin ajanı olduğu anlamına gelmediği gibi şüpheli veya sanıktan da tamamen bağımsız olduğu anlamına da gelmemektedir.¹⁷² Zira müdafî, kamu hizmeti niteliğindeki serbest meslek olan avukatlık mesleğini icra ederken genellikle şüpheli veya sanık ile arasında ücret anlaşması olup güvene dayalı bir ilişki bulunur.

Bu görüş bağlamında, ihtilaflı olan bir diğer husus ise müdafinin tarafsız bir adli organ olduğu mu yoksa şüpheli veya sanığa ya da mahkemeye yardımcı bir adli

¹⁶⁸ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 43.

¹⁶⁹ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 44.

¹⁷⁰ Oğuzhan Teoman, "Alman Anayasa Mahkemesi Kararlarında "Bağımsız Bir Adliye Organı" Olarak Avukat", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 56, Ankara, 2005, s. 175.

¹⁷¹ Mahmutoglu ve Dursun, **Türk Hukukunda Müdafinin Yasaklılık Halleri**, s. 19.

¹⁷² Kocaoğlu, **Müdafî** s. 85; Zafer, **Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu**, s. 304.

organ olduğu konusundadır.¹⁷³ Bir görüşe göre, müdafî hem bir adli organdır hem de şüpheli veya sanığın yardımcısıdır, bundan dolayı müdafî bu iki görev arasında denge kurmak ile mükelleftir.¹⁷⁴ Müdafî, ceza muhakemesinde adli bir organ olduğundan kasıtlı olarak haksızlık yapmaz ve adaletin vuku bulmasını zorlaştırmaz.¹⁷⁵

Müdafîin tarafsız bir adli organ olduğunu kabul gören görüşe göre, müdafî ceza muhakemesinde sanık veya diğer muhakeme süjelerine karşı ayırt etmeksizin bağımsızdır. Bu görüşe göre, müdafî maddi gerçeğe uygun hareket etmek zorunda olduğu için suçlu olduğuna inandığı sanığın beraati için çalışamaz.¹⁷⁶ Dolayısıyla, savunma faaliyeti iddia ve mahkemenin amacına uygun olması gerekeceğinden müdafî suçlu olduğunu bildiği müvekkilin beraatini talep edemeyecektir. Müdafî tarafsız bir adli organ olarak kabul görmek, onu mahkemenin yardımcısı olarak görmek ile eş değerdir. Ancak savunma faaliyetinin üzerine mahkemenin herhangi bir denetim mekanizması olmamalı ve müdafî mahkemenin emrine verilmemelidir.¹⁷⁷

2.2.5. Müdafîin Taraf Menfaatini Gözeten Savunman Olduğu Görüşü

Müdafîin hukuki niteliğinin adli bir organ olduğu görüşünü kabul etmeyip karşı tez olarak müdafîi, taraf menfaatini gözetme teorisine dayanarak şüpheli veya sanığın hukuki menfaatlerinin bekçisi ve savunucusu olarak açıklayan bu görüş Alman doktrininde taraftar bulmaktadır.¹⁷⁸ Bu görüşe göre, savunma bağlamında tüm ayrıcalıklar yalnızca şüpheli veya sanığın tekelindedir ve ancak şüpheli veya sanık, menfaatlerinin ne olduğuna dair karar sahibidir. Müdafî ise yalnızca şüpheli veya sanığın talimatlarına bağlı yardımcısıdır. Bu nedenle müdafiden bağımsız olan şüpheli veya sanık, savunma içeriği hakkında ayrıcalıklı olup bağımsız bir şekilde menfaatlerini belirler.¹⁷⁹

¹⁷³ Zafer, **Faile Yardım Suçu ve Müdafîin Bu Suçtan Sorumluluğu**, s. 306.

¹⁷⁴ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 44-45.

¹⁷⁵ Oğuzhan, “Alman Anayasa Mahkemesi Kararlarında “Bağımsız Bir Adliye Organı” Olarak Avukat”, s. 176.

¹⁷⁶ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 45.

¹⁷⁷ Erem, **Diyalektik Açıdan Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 167.

¹⁷⁸ Hakan Karakehya, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6.Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma, **Savaş Yayınevi**, Ankara, 2008, s. 67.

¹⁷⁹ Zafer, **Faile Yardım Suçu ve Müdafîin Bu Suçtan Sorumluluğu**, s. 299.

Bu görüş, müdafinin sanık karşısında bağımsız olmaması, müdafinin yalnızca sanığın belirlediği konularda ve doğrultuda savunma yapması, savunmada kamusal çıkarın gözetilmemesi, gerçeği söyleme ödevi savunmanın özünü oluşturmaya rağmen müdafinin yalan söylemesine ve delileri karartmasına izin verilmesi, müdafinin silah arkadaşı haline gelmesi, sanık ile müdafinin yetkilerinin eşit kabul edildiği için savunmanın etkinliği ve inandırıcılığının azalması, müdafinin sanık ile adeta işbirliği içerisinde olması, yargılamanın diğer süjeleri bakımından ciddiye alınmaması gibi nedenlerden dolayı doktrinde eleştirilmektedir.¹⁸⁰

2.2.6. Türk Doktrindeki Görüşler

Türk doktrinde müdafinin hukuki niteliğine ilişkin birçok görüş ileri sürülmesine rağmen ortak bir görüşte mutabık olunmamıştır.

Erem'e göre, "Savunmada '*birey*' ve '*toplum*' unsurları ceza muhakemesinde müdafinin yalnızca şüpheli veya sanığın '*temsilcisi*' ya da '*yardımcısı*' olmadığını göstermektedir."¹⁸¹ Savunmanın bağımsızlığı da bu temel üzerine kuruludur, ancak bu şekilde müdafinin şüpheli veya sanık arasındaki ilişki açıklanabilir. Kısacası, savunmanın bağımsızlığı müdafinin şüpheli veya sanığın salt temsilcisi ya da yardımcısı olmayı engellemektedir. Aksi takdirde, savunma bağımsızlığının bir anlamı kalmayacaktır.

Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu'na göre, müdafinin hukuk niteliği müdafilik makamı ile açıklanabilir.¹⁸² Müdafinin, şüpheli veya sanık ile aynı durumda olmayan ve şüpheli veya sanıktan ayrı görev ve yetkilere sahip bir makamı işgal etmektedir. Müdafinin, her zaman şüpheli veya sanığın temsilcisi ya da yardımcısı değildir. Müdafinin şüpheli/sanıktan bağımsız bir durumu vardır.

Tosun'a göre, müdafinin şüpheli veya sanığa muhakemede hukuki ve fiili olmak üzere yardım eden kimsedir.¹⁸³ Müdafinin, çoğunlukla hukuk bakımından yardımcı olur ve hukuki yardıma nazaran daha az olmakla beraber, hukuk kaideleri ile karşılaştırılacak fiili konular da mahkemeye bilgi vermeye çalışarak şüpheli veya sanığa yardımcı olur.

¹⁸⁰ Kocaoğlu, **Müdafinin**, s. 86, Centel, Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku** s. 179.

¹⁸¹ Erem, **Diyaletik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku**, s. 168.

¹⁸² Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 221.

¹⁸³ Tosun, 1971, s. 378-379.

Müdafiin hukuki niteliğinin şüpheli veya sanığın yardımcısı ve bir adli organ olduğu görüşünü ileri süren Centel'e göre, müdafiin savunma makamını temsil eden bir süje olmasından kaynaklı olarak makamın kendisine verdiği yetkileri kullanır, ancak müdafiin savunma makamını temsil etmesi şüpheli veya sanıkla arasındaki ilişki açıklamaya yeterli değildir.¹⁸⁴ Ceza davasının kamusal niteliği ve maddi gerçeği arama yükümlülüğü, özel hukuka ait olan temsil ilişkisiyle bağdaşmamaktadır. Ceza muhakemesinde korunması gereken menfaatin özel çıkar olmayıp kamu çıkarı olması, müdafi ile şüpheli veya sanık arasındaki ilişkinin temsil ilişkisi olmayacağını ortaya çıkaracaktır. Müdafi kural olarak şüpheli veya yardımcısıdır. Müdafiin bu yardımı, savunma şeklinde ortaya çıkar. Müdafi, savunma faaliyeti ile bir yandan şüpheli veya sanığın menfaatinin bir yandan da toplumun çıkarlarını korumaktadır. Müdafi kamu menfaatinin gözetirken yerine getirdiği görev aynı zamanda bir kamu hizmeti olması hasebiyle bir adli organdır. Bu kamusal hizmet, idare hukuku anlamında bir kamu hizmeti değildir. Dolayısıyla, müdafiin bir adli organ olması şüpheli veya sanığın aleyhine savunma yapacağı anlamına gelmemektedir.

Müdafiin sınırlı bir adli organ olduğu görüşünü ileri süren yazarlara göre¹⁸⁵, ceza muhakemesi mevzuatında müdafiin hukuki niteliğini açık ve net bir düzenleme bulunmamaktadır. Müdafi bazı durumlarda şüpheli veya sanığın temsilcisi, bazı durumlarda şüpheli veya sanığın yardımcısı, bazı durumlarda ise maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkıda bulunan ve kamusal hizmet görevini getiren yargı mensubu olarak düzenlenmiştir. Bu bakımdan *“müdafi kural olarak bağımsız, özerk, ancak müvekkilin menfaatlerini gözetken, her türlü hukuki meseleyi adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümleyen, hukuki bilgi ve tecrübesini adaletin hizmetine ve kişilerin yardımına sunan ve kamu hizmeti niteliğinde bir hizmet veren kendine özgü bir süjesidir.”*¹⁸⁶

Mahmutoğlu ve Dursun'a göre, müdafi, şüpheli veya sanığın temsilcisi ya da yardımcısı olmadığı gibi bağımsız bir organ da değildir.¹⁸⁷ Müdafi, ceza muhakemesinin üç temel ayağından biri olan savunma makamını temsil etmektedir.

¹⁸⁴ Centel ve Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 180.

¹⁸⁵ Karakehya, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma”, s. 69.

¹⁸⁶ Bozdağ, **Ceza Muhakemesinde Müdafi**, s. 49.

¹⁸⁷ Mahmutoğlu ve Dursun, **Türk Hukukunda Müdafiin Yasaklılık Halleri**, s. 20-28.

Bu nedenle müdafî, yalnızca savunma makamının kendisine verdiği yetkileri kullanmaktadır. Temsil veya yardım müdafîin savunma makamının kendisine verdiği yetkilerin sonucudur. Müdafîin bu yetkileri kullanarak ortaya çıkardığı sonuç, onun hukuki niteliğini belirlemez. Savunma kurumunun amacı göz önünde bulundurulduğunda müdafî, yalnızca şüpheli veya sanığın lehine savunma yapabilir. Çelişmeli bir yargının sağlanabilmesi için müdafî her zaman şüpheli veya sanık yararına çalışmalıdır.

2.2.7. Değerlendirme

5237 sayılı TCK, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu ve 5271 sayılı CMK'nın muhtelif maddelerinde müdafîin yapmış olduğu göreve ilişkin düzenlemeler mevcuttur. TCK md. 6/1-d' ye göre, avukatın, hakim savcı gibi yargı görevi yaptığını, Avukatlık Kanunun 1. maddesine göre, avukatın yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı temsil ettiğini, avukatlığın ise bir kamu hizmeti ve serbest meslek olduğunu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun m.2/1-c 'de müdafîin şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukat olarak tanımlandığı görülmektedir. Bu bağlamda, müdafîin seçilmiş veya görevlendirilmiş olması fark etmeksizin müdafîlik görevi kapsamında kamu görevlisi olduğu tartışmadan uzaktır.¹⁸⁸

Müdafî, şüpheli veya sanığın salt temsilcisi, yardımcısı ya da salt maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına hizmet eden bir organ değildir. CMK md. 198/2'de sanığın hazır bulunmadığı duruşmalarda, müdafî vasıtasıyla temsil edildiği takdirde eski hale getirme isteminde bulunamayacağını, bunun yanı sıra CMK m. 299/1'de Yargıtay aşamasında sanığın katılmadığı duruşmalarda kendisini müdafî ile temsil edebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde her ne kadar müdafîin temsil yetkisinden bahsedilse de bu temsil ilişkisini özel hukuk anlamındaki temsil ilişkisi

¹⁸⁸ “Genel ve mutlak biçimde kamu hizmeti yapan avukatların, kolluk tarafından arandıklarında iletişim imkanlarını ortadan kaldırmak ya da çağrışı reddetmek suretiyle kolluk aşamasındaki zorunlu müdafîlik görevlerini yerine getirmemek şeklindeki eylemleri, Avukatlık Yasası'nın 62. maddesi aracılığı ile TCY'nın 230. maddesinde öngörülen görevi savsama suçunu oluşturur”. YCGK, 07.10.2003, E. 2003/4-220, K. 2003/242, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 27.05.2021)

“Nazari olarak ceza usulü hukukunda sanığın beraati veya hafif bir ceza ile cezalandırılması konuları üzerinde yasa adına faaliyette bulunmak görevi ile yükümlü kamu hizmeti gören bir organ olarak tanımlanan müdafî, temsil yetkisini haiz vekilden ayrı bir statüyle tabidir ve özellikle hukuktaki vekiller kadar geniş ve mutlak biri temsil hakkına haiz değildir”. YCGK, 09.12.1974, E. 1974/8-272, K. 1974/447, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 27.05.2021)

ile eş değer tutmak mümkün değildir. Bu düzenlemelerden çıkan sonuç, müdafî bazı durumlarda sanığın yerine geçerek işlem yapabilir. Fakat buna dayanarak müdafî ile şüpheli veya sanık arasındaki ilişkiyi temsil ilişkisi olarak kabul etmek mümkün değildir. Böyle bir durum, özel çıkarın aksine kamu menfaatinin ön planda olduğu ve temel gayesi maddi gerçeği arama yükümlülüğü olan ceza muhakemesinin ruhuna aykırıdır. Ayrıca, CMK md. 201'deki düzenlemeye göre, müdafîin duruşmaya katılan kişilere doğrudan soru sorabilme yetkisi mevcut iken; sanık ancak hakim veya mahkeme başkanı vasıtasıyla soru sorabilir. Bu düzenleme ışığında, asilin sahip olmadığı bir yetkinin temsilcinin sahip olması temsil ilişkisiyle bağdaşmamaktadır. Öte yandan; CMK md. 216/3'teki düzenlemeye göre son sözü söyleme hakkı salt sanığa aittir ve ifade, sorgu, yer gösterme gibi bazı muhakeme işlemlerini yalnızca sanık yapabildiğinden müdafî bu işlemlerde sanığın yerine geçemez. Bu nedenle, müdafî ile şüpheli veya sanık arasındaki ilişki temsil ilişkisi olarak değerlendirilemez. Bununla beraber CMK md. 2'de vekil, “*katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişiyi ceza muhakemesinde temsil eden avukat*” olarak tanımlanmasına karşın; müdafî, “*şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukat*” olarak tanımlanıp bilinçli bir şekilde temsil ifadesi kullanılmamıştır. Sonuç olarak, müdafî ile şüpheli veya sanık daima birbirlerinin tüm yetkilerine sahip değildir ve birbirlerinin yerine geçemezler. Dolayısıyla, müdafî ile şüpheli veya sanık arasındaki ilişki bir özel hukuk kurumu olan temsil ilişkisi ile bağdaşmamaktadır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 149. maddesinde müdafîin şüpheli veya sanığa hukuki yardımda bulunabileceği düzenlenmiştir. Ancak müdafîin şüpheli veya sanığın açıkça aleyhine olmamak kaydıyla, şüpheli veya sanığın iradesine aykırı işlemler yapabilmesi müdafîin, şüpheli veya sanığın salt yardımcısı olmadığını göstermektedir. Zira yardımcı kişi kural olarak yardım ettiği kişinin yanında yer alır ve onun iradesine aykırı işlemler yapamaz. Ayrıca, sanığın duruşmadan bağışık tutulduğu durumlarda müdafîin duruşmaya katılabiliyor olması müdafîin şüpheli veya sanığın salt yardımcısı olmadığını göstermektedir.

Müdafîin şüpheli veya sanığa hukuki yardım sunma ve şüpheli veya sanığın lehine hareket etme yükümlülüğü göz önünde bulundurulduğunda, müdafî salt maddi gerçeği ortaya çıkarma görevini yüklemek haksızlık olacaktır. Avukatlık

Kanunu'nun 2. maddesinde müdafinin maddi gerçeği ortaya çıkarılmasına yardım etme görevi düzenlenmişse de, müdafinin aynı zamanda şüpheli veya sanığın sadece lehine savunma yapma ve sır saklama görevi bulunmaktadır. Müdafinin salt maddi gerçeğe hizmet etmesi, şüpheli veya sanık aleyhine olan delillerin ortaya çıkarılmasına ve meslek sırlarını ifşa etmesine neden olacaktır. Böyle bir durum, müdafinin ne savunma görevi ile ne de sır saklama yükümlülüğü ile bağdaşmaktadır. Müdafinin maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasındaki görevi, iddia ve yargılama makamları kadar sınırsız değildir. Müdafinin şüpheli veya sanığın aleyhine olmamak ve mesleki sırlarını ifşa etmemek kaydıyla maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına hizmet etme görevi bulunmaktadır.

Sonuç olarak, müdafinin “*sui generis*” bir yapıya sahip olduğundan müdafinin hak ve yetkileri ancak müdafilik ilişkisi ile açıklanabilir. Müdafinin, şüpheli veya sanık ve diğer yargılama süreçlerinden bağımsız olan, cezai uyuşmazlığın her aşamada adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini sağlayan, özel çıkarın aksine kamu çıkarının korumasını amaçlayan, ceza muhakemesinin niteliğinden kaynaklı olarak şüpheli veya sanığın temsilcisi olmayan ancak şüpheli veya sanığın haksızlığa uğramasını önlemek için yardımcı olan, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına engel olmayan, şüpheli veya sanık lehine savunma yapan, yargı organları önünde hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını sağlayan, kamu hizmeti görevi ifa eden ve görev itibarıyla kamu görevlisi sayılan ve kendine özgü özelliklere sahip bir muhakeme süjesidir.

2.3. MÜDAFİ OLABİLMENİN KOŞULLARI

Savunma hakkının etkili bir şekilde kullanılabilmesi için bireysel savunma makamının yanında, hukuki bilgi ve tecrübeye sahip ve savunma görevini profesyonel şekilde meslek olarak sürdüren toplumsal savunma makamına ihtiyaç duyulmaktadır. Toplumsal savunma makamını işgal eden ve birçok hak ve yetkilerle donatılan müdafinin, iddia ve yargılama makamları karşısında yeterli donanımına sahip olmayan şüpheli veya sanığı gereği gibi koruyabilmesi için belirli kişisel ve mesleki nitelikleri sahip olması gerekir. Toplumsal savunma makamını işgal eden müdafinin bir takım haklara sahip olmasının yanı sıra birtakım koşulları da sağlaması gerektiği açıktır.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda müdafî, şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukat olarak tanımlanmıştır. Bu tanıma göre, müdafî ancak avukatlık mesleğini icra eden kimselerden oluşmaktadır. Bu anlamda müdafî, avukat olabilme koşullarını taşımalı, şüpheli veya sanık tarafından usulüne göre seçilmiş veya atanmış olmalıdır. Müdafî olabilmenin diğer koşulları ise, avukatlık mesleğinden yasaklanmamış olması, avukat hakkında müdafilik görevinden yasaklanmama kararının verilmiş olması, müdafilik engellerinin olmamasıdır.

2.3.1. Avukat Olmak

Ceza Muhakemesi Kanunu’na göre müdafî olabilmenin ilk koşulu avukatlık sıfatına haiz olmaktır (CMK md. 2/1-c). Bu çerçevede müdafilik, avukatlık mesleğini icra eden hukukçuların tekelinde olduğu için şüpheli veya sanığın savunmasını yalnızca avukatlık mesleği ile uğraşanlar yapabilir.¹⁸⁹ Müdafilik her ne kadar hukukçulara hasredilse de bu durumun istisnaları mevcuttur. Bu istisnalardan biri, mülga 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu md. 86’daki hüküm idi. Mülga, 353 sayılı Kanun md. 86/1’göre, “*Müdafî, avukatlık veya dava vekilliği etmeye kanunen yetkili olan kimselerden tutulur.*” Böylece, 3499 sayılı Avukatlık Kanunu’nun yürürlük tarihinden önce dava vekilliği ruhsatı alan kimseler fiilen her ne kadar mümkün olmasa da teorik olarak askeri mahkemelerde görev yapabilmektedir. Ask. YUK m.86/2’ye göre “*Askeri mahkemenin bulunduğu yerde avukatlık veya dava vekilliği etmeye kanunen yetkili kimse yoksa hukuk fakültesini bitirmiş subaylar (Askeri hâkim ve askeri savcı ile yardımcıları hariç) ve bunlar da yoksa diğer subaylar müdafî tutulabilirler.*” Ancak bu düzenleme, avukatlık mesleğini icra etmeyen ve hukuk eğitimi almayan bu kimselerin ceza muhakemesindeki varlığını, şekilcilikten öte bir anlamı taşımayacağı ve bu kimseler hukuki bilgi açısından iddia ve yargılama makamları karşısında yeterli donanımına sahip olmadıkları için etkili bir şekilde savunma yapamayacağından doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir.¹⁹⁰

¹⁸⁹ Kocaoğlu, **Müdafî**, s. 29; Mülga 1412 sayılı CMUK’da avukatların yanı sıra dava vekillerinin de müdafilik yapma hakkı mevcuttu (CMUK md. 137).

¹⁹⁰ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 79; Bozdağ, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 59.

Bir diğerk istisna ise, yukarıda da bahse konu olan dava vekilliğı kurumudur. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun geçici 13. maddesinde, 3499 sayılı Avukatlık Kanunu'nun yürürlüğü itibari ile dava vekilliğı ruhsatına haiz kimselerin, beş avukatın bulunmadığı yerde dava vekili olabileceğini düzenlemiştir. Mülga 3499 sayılı Avukatlık Kanunu'nun yürürlük tarihi olan 01.12.1939 tarihinden önce dava vekilliğı ruhsatnamesine sahip olanlar teorik dava vekili olarak dava takip etme yetkisine haiz olup müdafilik yapabilmelerine karşın; 1939 yılından şimdiye kadar 80 yılı aşkın zamanda kimseye dava vekaleti ruhsatnamesi verilmediğı için uygulamada dava vekilliğinin kalktığını söylemek mümkündür.

CMK hükümleri doğrultusunda, hukuk fakültesi mezunları dışındaki kimselerin müdafilik yapamayacağına ilişkin düzenleme, her ne kadar yerinde olsa da bu düzenleme eksik olduğı için doktrinde eleştirilmektedir. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 12. maddesine göre, hukuk fakültelerinde profesör ve doçentlik unvanına sahip kimseler avukatlık yapabilirler. Doktrinde eleştirilen husus ise, profesör ve doçent unvanı dışındaki unvanları taşıyan hukukçu akademisyenlerin hukuk alanında yüksek lisans, doktora gibi birçok akademik çalışma yapmış olmalarına rağmen müdafilik yapmalarının engellenmesidir.¹⁹¹ özellikle ceza ve ceza usul hukuku ğretim üyelerinin, ceza davalarında kamusal savunma makamını işgal etmeleri ile duruşmaların hukuk şölenine dönüşmesinin yanı sıra iddia ve yargılama makamları dosyayı daha iyi inceleyecek, duruşmaya hazırlıklı gelecek ve dava konusu uyuramazlığa ilişkin güncel kararları takip etmek zorunda kalacaktır.

Avukatlık Kanunu'nun 3. maddesinde avukat olma koşulları düzenlenmiştir. 4667 sayılı Kanun ile Avukatlık Kanunu md. 3/1-d'ye "Avukatlık sınavını başarmış olmak" koşulu, eklenmiş olup, 5558 sayılı Kanunu ile bu koşul kaldırılmıştır.5558 sayılı Kanun ile ilga olunan "Avukatlık sınavını başarmış olmak" koşulu Anayasa Mahkemesi'nin 2007/16 E. 2009/147 K. sayılı kararı ile iptal edilmiştir.¹⁹² Söz

¹⁹¹Kocaoğlu, **Mdafı**, s. 91; Bozdağ, **Ceza Muhakemesinde Mdafı**, s. 60, Avukatlık Kanunu'nun 12. Maddesinde hukuk alanında profesör ve doçentlerin avukatlık ile birleşemeyecek işlerin kapsamı dışında tutulmuştur. Bu açıdan, 2547 sayılı Yüksek ğretim Kanunu'na göre, profesör, doçent ve doktor ğretim yesi (yardımcı doçent), ğretim yesi olarak hukukî statü itibariyle birbirine eşit akademik unvanlar olup, aralarında ayırım yapılamayacağından, Avukatlık Kanunu ile doktor ğretim üyeliğinin(yardımcı doçent) avukatlıkla birleşebilen işlerden kabul edilmemesi eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Bkz. Mustafa S. zbek, "Avukatlık ile Bağdaşabilen Akademik Unvanlar", **Ankara Barosu Dergisi**, 2012, s. 34 .

¹⁹²"Hukuk devletinın olmazsa olmaz koşulu olan "bağırmsız yargı", yargının olmazsa olmaz koşulu olan "savunma" ile birlikte anlam kazanır. Savunma, "sav-savunma-karar" geninden oluşan

konusu hüküm, Anayasa Mahkemesi tarafından her ne kadar iptal edilse de Anayasa Mahkemesi'nin yerindelik denetimi yapma yetkisi olmadığı için yasa koyucunun yerine geçerek ilgili koşulu yürürlüğe koymasından bahsedilemez. Ancak 24.10.2019 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan 7188 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunu'nun 3. maddesi ile 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 16. maddesinin birinci fıkrasında yer alan *“taşıyanlardan”* ifadesi yerine *“taşıyan ve Hukuk Mesleklerinde Giriş Sınavında başarılı olanlardan”* şeklinde değiştirilmiştir.¹⁹³ Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunu'nun 6. maddesi ile 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'na eklenen geçici 80. maddesine göre, *“Hukuk Mesleklerine Giriş Sınavı veya İdari Yargı Ön Sınavında başarılı olma şartı, ilgili yükseköğretim kurumlarına bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra kayıt yaptıranlar”* hakkında uygulanır.¹⁹⁴ Böylece, 24.10.2019 tarihinden sonra hukuk fakültesine kayıt yaptıran her öğrenci Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Bakanlığı tarafından yılda en az bir kez yapılan ve 100 soruluk test sınavından oluşan Hukuk Mesleklerine Giriş Sınavına girmek zorundadırlar. Böylece, 24.10.2019 tarihinden sonra hukuk fakültesine kayıt yapan her öğrenci söz konusu sınavdan en az yetmiş puan aldıktan sonra avukatlık yapabilir.

2.3.2. Avukat Olabilmenin Şartları

2.3.2.1. Türk Vatandaşı Olmak

Müdafilik görevini icra etmenin ilk koşulu avukat olmaktır. Avukatlık mesleğine ise yalnızca Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olanlar kabul edilir (Av. K.

yargının vazgeçilmez ögesidir. Adaletli bir yargılamanın varlığı, ancak avukatın etkin katılımıyla sağlanabilir. Avukatlığın önemi ve özelliği nedeniyle bu mesleğe girişin kimi koşul ve kayıtlamalara bağlı kılınması, hukuk devletinin ve adil yargılanma hakkının gereğidir. Avukatın seçkinliği ve üstün nitelikler taşıması, hem kamunun hem de yargının beklediği bir husus olup, bunun sağlanmasında mesleğin gelişmesine katkı kadar mesleğe seçilme de önem kazanır. Sadece temel hukuki konularda eğitilmiş olmak, bir mesleği yürütmek için yeterli olamaz. Mesleki açıdan yetkinlik, stajyerlik gibi özel eğitimlerin yanı sıra mesleğe girişte seçme ya da elemeyi de içerir. Yasa koyucu tarafından sınavın getirilmesindeki, savunma hakkı ve adil yargılamaya, adaletin gerçekleşmesine ve avukatlık mesleğinin niteliğine dayalı kamu yararının, sınavın kaldırıldığı tarihte de geçerliliğini koruyup korumadığının saptanması, sınavın getirildiği zamandaki koşullar, kaldırılma zamanında değişmemiş ya da ortadan kalkmamış, hatta avukatlık mesleğinin niteliği yönünden çok daha önemli hale gelmişse bunun da değerlendirilmesi gerekir.” AYM, E: 2007/16, K: 2009/147, T: 15.10.2009, www.kazanci.com.tr (30.05.2021)

¹⁹³ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/10/20191024-25.htm> (30.05.2021)

¹⁹⁴ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2547.pdf> Erişim Tarihi:08.06.2021

md. 3/1-a). Bu nedenle, avukatlık yapmak için tüm koşulları taşımasına rağmen Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmayan kimseler avukatlık mesleğini yapamayacağından müdafilik de yapamazlar. Ancak çifte vatandaşlık hakkına sahip kimselerin müdafilik yapmasında herhangi bir yasal engel bulunmamaktadır. 2001 yılında 1136 sayılı Avukatlık Kanun'un 44. maddesine eklenen istisna düzenleme ile Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmayan kimselerin ve Türkiye'de faaliyet göstermek isteyen yabancı avukatlık ortaklıkların, yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı kapsamında Avukatlık Kanununa ve avukatlık ortaklığı düzenlemesine uygun kurulmak koşuluyla yalnızca yabancı hukuk ve milletlerarası hukuk konularında danışmanlık hizmeti verilebileceği müteakiliyet esasına bağlı kalınarak öngörülmüştür.

2.3.2.2. Hukuk Fakültesi Mezunu Olmak

Avukatlık mesleğini icra etmenin bir diğer koşulu ise, Türk hukuk fakültelerinden birinden mezun olmak veya yabancı memleket hukuk fakültesinden mezun olup Türkiye hukuk fakülteleri programlarına göre eksik kalan derslerden başarılı ile geçmektir¹⁹⁵ (Av. K. md. 3/1-b). Müdafinin şüpheli ve sanığa hukuki yardımda bulunabilmesi için öncelikle hukuki bilgiye sahip olması gerekir.¹⁹⁶ Bu nedenle, yasa koyucu avukatlık mesleğini icra etmek için hukuk fakültesinden mezun olmayı şart koşturmuştur.¹⁹⁷ Şüpheli ve sanığı savunma yükümlülüğü bulunan müdafinin,

¹⁹⁵ 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'ndan önce yürürlükte bulunan 3499 sayılı Avukatlık Kanunu'nda siyasal bilgiler fakültesi mezunlarına eksik dersleri tamamlayarak avukat olabilmek hakkı tanınmasına rağmen 1136 sayılı Avukatlık Kanunu bu hakkı tanınamamaktadır

¹⁹⁶ Tosun, 1971, s. 390.

¹⁹⁷ Hukuk fakültesi mezunu olmayan kimselerin avukatlık yapmasına engel yasanın iptali için açılan davada Anayasa Mahkemesinin kararı şu şekildedir. ".....Anayasa'nın 10. maddesinde "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve ben"zeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar" denilmektedir. Bu mutlak yasak, birbirinin aynı durumunda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Aynı durumda olanlar için farklı düzenleme, eşitliğe aykırılık oluşturur. Ancak, farklılık, haklı bir nedene dayanıyorsa bu kuralın eşitlik ilkesini zedelediğinden söz edilemez. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik, mutlak ve eylemli eşitlik değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik çiğnenmiş olmaz. Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz. Durum ve hukuki statüdeki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerekli kılabilir. Kuruluş nedeni, okutulan dersler ve konular ile yetiştirme amaçları göz önünde tutulduğunda, Siyasal Bilgiler Fakültesi mezunlarıyla Hukuk Fakültesi mezunları eşit durumda değildirler. Siyasal Bilgiler Fakültesi mezunlarının idari yargı hakimi olarak görev yapmaları, Hukuk Fakültesi mezunlarının elde ettiği bütün hakları elde

hukuk eğitimi almış iddia ve yargılama makamları karşısında hafif kalma ihtimali ancak yeterli hukuki bilgi ve donanımla ortadan kalkacaktır.

2.3.2.3. Avukatlık Stajını Yapmış Olmak

Avukatlık yapabilmek için ön koşul hukuk fakültesi mezunu olmak olsa da bu koşul tek başına yeterli değildir. Hukuk eğitimi almış kimselerin bilgileri çoğunlukla teoriye yönelik olup uygulamada eksik kalmaktadır. Bu nedenle, staj adı verilen eğitim ve öğretim sürecinde teorik bilgilerin uygulamayla pekiştirilmesi daha faydalı olacaktır.

Avukatlık stajı, “*hukuk bilgilerini bilimsel verilerden ayrılmaksızın ve bilimin yöntemlerini kullanarak somut olaylara uygulayabilen, yargılama süresince yargılama faaliyetinin yönetimine ve kararın oluşumuna etkin biçimde katılabilen, meslek ilke ve kurallarına bağlı, hak arama özgürlüğünün yaşama geçmesi için uğraş veren, insan haklarına saygılı, demokrasi ve hukukun üstünlüğünden ayrılmayan, bağımsız ve özgür avukatların yetişmesi için hukuksal, sanatsal, eğitsel olanakların sağlanması amacıyla yönelik bir eğitim sürecidir*” (TBB Stj. Yön. md. 1).

Yukarıda da belirtildiği üzere hukuk fakültesinden mezun olan kimselerin öğrenim boyunca elde ettiği hukuki bilgilerin pratikte ortaya çıkan hukuki uyuşmazlıklara uygulanması, taraflar arasındaki hukuki ihtilafların hak ve nefaset kurallarına göre çözümlenmesi, savunma görevinin etkili bir biçimde yerine getirilmesi, avukatlık/müdafilik mesleğine dair bilgi ve kuralların öğrenilmesi için mesleğe başlamadan önce yapılan avukatlık stajı önemli bir süreçtir. Bu açıdan avukatlık mesleğine kabul edilmenin bir diğer ön koşulu, staj bitim belgesini almış olmaktır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu’na göre avukatlık stajı, ilk 6 ay adliyede, ikinci 6 ay ise en az 5 yıllık kıdeme sahip bir avukatın yanında çalışarak yapılan 1 yıllık

edecekleri anlamına gelmez. İdari yargıda görev yapan Siyasal Bilgiler Fakültesi mezunları avukatlık mesleğine giriş yönünden Hukuk Fakültesi mezunu olan hakim meslektaşlarıyla başvuru anında aynı hukuksal statüde bulunmadıklarından 1136 sayılı Yasa önünde eşit durumda değildirler. Bu nedenle değerlendirmenin aynı statüde olan hâkimlerin avukatlık yapması yönünden değil, hukuk fakültesi mezunu olup olmamaları bakımından yapılması gerekir. Bu nedenlerle, 19.3.1969 günlü ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 2178 sayılı Yasa ile değiştirilen 3. maddesinin (b) bendinin, Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE OYBİRLİĞİYLE karar verildi”. AYM, 04.06.2003, E. 2002/8, K. 2003/47, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi:10.06.2021)

eğitim ve öğrenim sürecinden oluşur.¹⁹⁸ Stajyer avukatlar, yanlarında çalıştıkları avukatların yazılı onayı ile onların gözetimi ve sorumluluğu altında sulh ceza mahkemelerinde avukatlık yapabilirler (Av. K. md. 26/1).

2.3.2.4. Baro Bölgesinde İkametgâhı Olmak

Avukatlık Kanunu'nun 3. maddesine göre, avukatlık mesleğinin icrası için öngörülen bir diğer koşul, levhasına yazılmak istediği baro bölgesinde kişinin ikametgâhı bulunmalıdır. Her avukat bölgesi içinde sürekli olarak avukatlık mesleğini icra edeceği yerin baro levhasına yazılmakla yükümlü olup, aynı il içinde birden fazla baronun bulunması durumunda yalnızca birinin levhasına yazılmak zorundadır ve bir baro levhasında kayıtlı olan her avukat sürekli olmamak koşuluyla ülkenin her yerinde avukatlık ve dolayısıyla müdafilik yapabilir (Av. K. md. 66).

Avukat bir kimse, üç ay içerisinde baro bölgesinde bir büro açmamış, bürosunu kapatmış yahut bürosunu baro bölgesi dışına nakletmiş ve kendisine yapılan uyarılara rağmen levhasına kayıtlı olduğu baro dışındaki bölgede avukatlık mesleğini sürekli olarak icra etmişse o yerin baro levhasına kaydını yapmaz ise ismi baro levhasından silinir (Av. K. md. 72/1-c).

2.3.2.5. Avukatlığa Engel Hallerinin Olmaması

Avukatlık Kanunu'na göre bir kimsenin avukatlık mesleğine kabul edilebilmesi için avukatlığa engel bir halin bulunmaması gerekir (Av. K. md. 3/1-f). Avukat olmaya engel hallerden en az birinin bulunması, diğer tüm şartları taşıyan kişinin avukatlık mesleğine kabulü için engel oluşturur ve bu durum, kişinin müdafilik yapmasını da engellemektedir. Bu nedenle, avukatlığa engel halleri aynı zamanda müdafiliğe de engel oluşturmaktadır. Avukat olmaya engel hallerden en az birinin bulunması durumunda kişinin avukatlık mesleğine kabul istemi kabul edilemeyeceğinden avukatlık kimliği ve ruhsatı verilmez ve baro levhasına kaydı yapılamaz. Avukatlık mesleğine başladıktan sonra kişide avukatlığa engel bir hal ortaya çıkarsa avukatın adı baro levhasından silinir (Av. K. md. 72/1-a).

¹⁹⁸ Avukatlık mesleğine giriş için staj koşulu ülkemizde ilk defa Mahamat Kanunu ile getirilmiştir. Mahamat Kanunu'nun ilk halinde avukatlık staj süresi, 3 yıl olarak kabul edilmiş daha sonra 708 sayılı yasal düzenleme ile bu süre 2 yıla indirilmiştir. Bkz. Centel, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî**, s. 73.

2.3.2.5.1. Hakkında Kesinleşmiş Bir Mahkûmiyet Kararı

Avukatlık Kanunu'nun 5. maddesine göre avukatlığa engel hallerden biri, belirli suçlardan kesinleşmiş mahkûmiyet kararının bulunmasıdır. Kasten işlenmiş bir suçtan dolayı, iki yıldan fazla süre ile hapis cezasına mahkûm olan bir kimse avukatlık mesleğine kabul edilemez. Kanun koyucu açık bir şekilde kasten işlenen suçlardan söz ettiği için lafzın mevhumu muhalifinden, taksirle işlenen suçlardan dolayı verilen mahkûmiyet kararları ile kasten işlenmiş bir suçtan dolayı verilen iki yıl ve daha az süreli hapis cezası veya adli para cezaları avukatlık mesleğini icra etmeye engel değildir.¹⁹⁹

Bir kimsenin aldığı cezanın türü ve miktarının ne olduğu fark etmeksizin devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmak, avukatlık mesleğine kabulde engel oluşturmaktadır (Av. K. md. 5/1-a).

Yukarıda sayılan suç kısaltıcı suçlardan biri ile hüküm giymiş olanların cezası ertelenmiş, adli para cezasına çevrilmiş veya affa uğramış olsa bile kişinin avukatlığa kabulü için engel oluşturmaktadır (Av. K. md. 5/2). Ancak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesi ile süresiz hak yoksunluğunun kaldırılmış olduğu için bu hükmün pratikte uygulama alanı kalmadığı söylenebilir.²⁰⁰ 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda “memnu hakların iadesi” kurumu düzenlemiş ve bu hakların hangi şartlarda ve sürelerde iadesinin mümkün olacağı hükme bağlanmıştır. Ancak ne 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ne de 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda “memnu hakların iadesi” kurumu düzenlenmemiş olup sadece belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma yaptırımını düzenlenmiştir (TCK md. 53). Şöyle ki, kasten işlenen bir suçtan dolayı verilen hapis cezası mahkûmiyetinin yasal sonucu olarak, kişinin bazı hakları kullanması kendiliğinden yasaklanır ve hâkimin bu konuda takdir yetkisi bulunmamaktadır. Ancak kanun koyucu belli haklardan yoksun kalma yaptırımını süre ile sınırlandırmıştır. Belli haklardan yoksunluk, hapis

¹⁹⁹ Kocaoğlu, **Müdafi**, s. 101; Bozdağ, **Ceza Muhakemesinde Müdafi** s. 67.

²⁰⁰ Gözde Kaçmaz, **Ceza Muhakemesinde Müdafi**, Bahçeşehir Üniversitesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015, s. 32.

cezasının mahkumiyetinin kesinleşmesi ile başlayıp hapis cezasının infazına kadar devam eder (TCK md.53/2). TCK md. 53 göz önünde bulundurulduğunda, hak yoksunlukları süre ile sınırlandırıldığından süresiz bir hak yoksunluğu mevcut olmadığı için memnu hakların iadesinden artık bahsedilemeyecektir. Bu anlamda, Avukatlık Kanunu'nun 5. maddesinde sayılı suçlardan dolayı verilen mahkûmiyetler süresiz olarak avukat olmaya engel oluşturmayacağı söylenebilir.²⁰¹

2.3.2.5.2. Kesinleşmiş Bir Disiplin Kararı

Avukatlık Kanunu'nun 5. maddesine göre, yetkili merci tarafından verilen ve kesinleşen bir disiplin cezası sonucunda hâkim, memur veya avukat olma niteliğini kaybetmiş olmak avukatlık mesleğine kabul için engel oluşturmaktadır. Avukatlık Kanunu kapsamında; avukat olan bir kimse hakkında meslekten çıkarma cezası verildiği takdirde baro yönetim kurulu kararı ile avukatın adı baro levhasından silinerek avukatlık ruhsatnamesi geri alınır ve bu kimse bir daha avukatlık mesleğini icra edemez (Av. K. md. 135/5).

2.3.2.5.3. Avukatlığa Yakışmayacak Tutum ve Davranışlar Sergilemek

Avukatlık Kanunu'na göre, avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışlar sergilediği çevresi tarafından açıkça bilinen bir kimse avukatlık mesleğine kabul edilmez (Av. K. md. 5/1-c). Bu hüküm avukatın dolayısıyla müdafinin karakterli ve ahlak kurallarına riayet eden bir kimse olması gereğinin sonucu olarak düzenlemiştir. Müdafinin yukarıda belirtilen asgari şartlara sahip olmasının yanı sıra toplum tarafından saygı duyulan, merhametli, şüpheli ve sanığa yardımcı olmak için her türlü hukuki yolda mücadeleye hazır kişilik yapısına sahip olmalıdır.²⁰²

“Avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışları çevresince bilinmiş olmak” ifadesi, muğlak ve sübjektif nitelikte olduğu için barolara geniş bir

²⁰¹ "...Memnu hakların iadesi kararı", ister Türk Ceza Kanunundan, ister özel bir yasadaki kaynaklınsın kamu hizmetlerinden yasaklanma, memuriyetten mahrumiyet, seçme ve seçilme hakkından yoksun kılınma gibi temel hak ve özgürlükler alanındaki ehliyetsizlikleri gelecek için ortadan kaldıran bir karar olarak tanımlanmış ve memnu hakların iadesinin ilgiliye kullanılması men edilen hakları kullanma yetkisi verdiği kabul edilmiştir. İncelenen olayda, işlediği suçtan dolayı cezasını çeken ve hakkında memnu hakların iadesi kararı verilen davacının, 1136 sayılı Yasanın 5/1-a ortadan kalktığı tartışmasızdır." İDDGK. 17.02.2011, E.2009/29989, K.2011/68, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi:15.06.2021)

²⁰² Tosun, 1971, s. 391.

takdir yetkisi vermektedir. Bu düzenlemenin barolar tarafından bu denli geniş bir takdir yetkisi ile yorumlanması keyfi uygulamalara yol açacaktır. Nitekim bu hükmün iptali için Anaya Mahkemesi'nde açılan davada da aynı hususun altı çizilmiştir.²⁰³

2.3.2.5.4. Avukatlıkla Bağdaşmayan İşlerle Uğraşmak

Avukatlık Kanunu'na göre, bir takım işlerle uğraşmak avukatlık mesleğiyle bağdaşmamaktadır. Avukatlık Kanunu'nun 11. maddesinde avukatlıkla bağdaşmayan işler tahdidi olarak sayılmıştır. Buna göre, *“Aylık, ücret, gündelik veya kesenek gibi ödemeler karşılığında görülen her türlü hizmet ve görev, sigorta prodüktörlüğü, tacirlik, esnafılık veya mesleğin onuru ile bağdaşması mümkün olmayan her türlü iş avukatlıkla bağdaşmaz”* (Av. K. md. 11). Bu anlamda sayılan işlerden biri ile uğraşmak avukatlık mesleğini icra etmeye engeldir. *“Meslek onuru ile bağdaşması mümkün olmayan her türlü işin”* hangi işler olduğuna ilişkin yasada açıklayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Bu noktada, bu işlerin hangi işler olduğu, sınırları ve tespiti Türkiye Barolar Birliği'nin disiplin kurullarının takdirine bırakılmıştır.²⁰⁴

Avukatlık Kanunu'nun 12. maddesinde ise, yasak kapsamında olmayan işler sayılmış olup bu işler 11. maddenin istisnası hükmündedir.²⁰⁵ Tahdidi olarak sayılan

²⁰³ “...Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Bu bakımdan, kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir İtiraz konusu kuralda, adayın avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışlarının çevresince bilinmesi durumunun avukatlık mesleğine giriş engeli olacağını hükme bağlamaktadır. Kuralda yer alan “avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışlar” ile söz konusu tutum ve davranışların “ çevresince bilinmesi” kavramlarının muğlak ve objektiflikten uzak olduğu açıktır. Kuralda, adayların hangi tutum ve davranışlarının avukatlık ile bağdaşmayacağına ve bunların çevrece bilinmesinin ne demek olduğu belirtilmemiştir. Bu nedenle avukat adaylarının mesleğe kabulünde barolara sınırları belli olmayan geniş bir takdir yetkisi verilmektedir. Dolayısıyla, mesleğe kabul edilmeme sonucunu doğuran nedenlerin tespiti noktasında barolara geniş bir takdir yetkisi tanıyan itiraz konusu kural, avukat adayları için öngörülebilir olmadığı gibi baroların keyfi yorum ve uygulamalarına karşı da yeterince koruma sağlayacak nitelikte olmadığından hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırıdır.” **AYM, 28.02.2013, E. 2012/116, K. 2013/32, www.kazanci.com.tr** (Erişim Tarihi:17.06.2021)

²⁰⁴ Kocaoğlu, **Müdafi**, s. 104.

²⁰⁵ **Avukatlık Kanunu m.12/1**

“Aşağıda, sayılan işler 11 inci madde hükmü dışındadır:

a) Milletvekilliği, il genel meclisi ve belediye meclisi üyeliği,
b) Hukuk alanında profesör ve doçentlik,
c) Özel hukuk tüzelkişilerinin hukuk müşavirliği ve sürekli avukatlığı ile bir avukat yazıhanesinde ücret karşılığında avukatlık,

bu işler, meslek onuru ile bağdaştığı için avukat tarafından icra edilmesinde kamusal fayda görülmüştür.²⁰⁶ Avukatlık mesleği ile bağdaşmayan bir işle uğraşılması, stajını bitirmiş ve yasadaki koşulları sağlayan avukat adayının mesleğe kabulünü engellediği gibi avukatlık mesleğini icra ederken böyle bir işle uğraşmak, avukatlığa kabul için kanunun ardağı şartları kaybetmiş olma anlamına geleceği için avukatın ismi baro levhasından silinir. Baro levhasından adı silinin avukat, hukuk ve idari davalarda vekillik yapamayacağı gibi müdafilik de yapamaz.

2.3.2.5.5. Kısıtlı Olmak

Avukatlık mesleğine kabulü engelleyen bir diğer hal ise, kişinin mahkeme kararı ile kısıtlanmış olmasıdır (Av. K. md. 5/1-e). Kısıtlılık, bir kimsenin medeni haklarını kullanma ehliyetinin mahkeme tarafından kaldırılması anlamına gelmektedir.²⁰⁷ Türk Medeni Kanunu'nun 405-408. maddelerinde düzenlemiştir. Bu hükümler uyarınca, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle kendi işlerini yalnız başına halledemeyen, korunması ve bakımı için devamlı yardıma ihtiyacı olan, başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan, savurganlığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı ve kötü yaşama tarzı veya malvarlığını kötü yönetmesi nedeniyle kendisini veya ailesini darlık veya yoksulluğa düşürme tehlikesine yol açan ve bu yüzden sürekli olarak korunmaya ve bakıma muhtaç olan, bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkûm olan her erginin fiil ehliyeti mahkeme kararıyla kısmen veya tamamen sınırlandırılır. Ayrıca yaşlılığı, engelliliği, deneyimsizliği veya ağır hastalığı sebebiyle işlerini gerektiği gibi yönetemediğini ispat eden her ergin mahkemeye başvurarak kısıtlanmak isteyebilir.

d) Hakemlik, arabuluculuk, tasfiye memurluğu, yargı mercilerinin veya adli bir dairenin verdiği herhangi bir görev veya hizmet,

e) Kamu iktisadi Teşebbüsleri Hakkında 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede başka iş veya hizmetle uğraşmaları yasaklanmamış bulunmak şartıyla; bu Kanun Hükmünde Kararnamenin kapsamına giren İktisadi Devlet Teşekkülleri, kamu iktisadi kuruluşları ve bunların müesseseleri, bağlı ortaklıkları ve iştirakleri ve iktisadi Devlet Teşekkülleri ile Kamu İktisadi kuruluşları dışında kalıp sermayesi Devlete ve diğer kamu tüzelkişilerine ait bulunan kuruluşların yönetim kurulu başkanlığı, üyeliği, denetçiliği,

f) Anonim, limited, kooperatif şirketlerin ortaklığı, yönetim kurulu başkanlığı, üyeliği ve denetçiliği ve komandit şirketlerde komanditer ortaklık,

g) Hayri, ilmi ve siyasi kuruluşların yönetim kurulu başkanlığı, üyeliği ve denetçiliği,

h) Gazete ve dergi sahipliği veya bunların yayım müdürlüğü”

²⁰⁶ Mahmutoglu ve Dursun, **Türk Hukukunda Müdafinin Yasaklılık Halleri**, s. 35.

²⁰⁷ Jale G. Akıntürk, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Kahraman, **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, Beta Yayınevi, I.Cilt, 10.Bası, 2013, s. 300.

Mahkeme kararıyla kısıtlanmış kimse, kısıtlılık kararı kaldırılncaya dek avukatlık mesleğine kabul edilmeyeceği gibi avukat olduktan sonra kısıtlanan kimse kısıtlılık kararı kaldırılncaya dek avukatlık mesleğini icra edemeyecektir (Av. K. md.5/1-e).

2.3.2.5.6. İflas Etmek

Asliye ticaret mahkemesi tarafından hakkında iflas kararı verilmiş bir kimse avukatlık mesleğini icra edemez. İflas, borçlunun borcunu ödeyememesi durumunda haczedilebilen tüm malvarlığının paraya çevrilip alacaklarının tatmin edilmesini sağlayan özel takip yoludur.²⁰⁸ İflas kararı verildikten sonra “*itibarı iade edilmiş*” kimselerin avukatlık yapmalarında yasal bir engel yoktur.²⁰⁹ Ancak taksiratlı ve hileli müflisler itibarları iade edilmiş olsa da avukatlık yapamazlar (Av. K. md. 5/1-f). Mesleki itibarı ile ticari itibar aynı anlama gelmemekle birlikte, müdafî gibi meslekleri icra eden kimselerin mesleki itibarının belli bir seviyede sürdürülmesi gerekir. Hakkında iflas kararı verilmiş bir kimsenin, mesleki itibarı ortadan kalktığı ve toplum tarafından kendisine duyulan saygı ve güven azaldığı için kanun koyucu taksiratlı ve hileli müflisler hakkında iade-i itibar kararı verilmiş olsa da avukatlık yapmalarını yasaklamıştır.

2.3.2.5.7. Aciz Vesikası

Avukatlık mesleğini yapmaya engel bir diğer hal ise “*hakkında aciz vesikası verilmiş olmaktır*”. Aciz vesikası, icra takibi sonucunda borçlunun haczedilen mallarının takibe konu borçları karşılayamaması durumunda icra müdürlüğü tarafından düzenlenen ve borçlunun borçlarını ödemekten aciz olduğunu gösteren tutanaktır.²¹⁰ Borçlu hakkında başlatılan takibin batıl olması veya iptal edilmesi, borçlunun borçlu olmadığına mahkeme kararıyla hükmedilmesi, borçlunun borçlarını ödemesi, alacaklının icra takibini geri çekmesi, sonucunda aciz vesikası sicilden terkin edilir ve buna ilişkin borçluya bir belge verilir (İİK md. 143). Bir kimse

²⁰⁸ Kuru, Baki, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, Eylül 2017, s. 263-364.

²⁰⁹ Bozdağ, *Ceza Muhakemesinde Müdafî*, s. 73.

²¹⁰ Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, s. 470.

hakkında aciz vesikası verilmiş olması ve bunun terkin edilmemiş olması avukatlık mesleğinin kabulüne engel oluşturmaktadır (Av. K. md. 5/1-g).

2.3.2.5.8. Sağlık Engelinin Olması

Avukatlık Kanunu'na göre, “*avukatlık mesleğini sürekli olarak gereği gibi yapmaya engel vücut veya akılca malul olmak*” mesleğin kabulüne engel teşkil etmektedir (Av. K. md. 5/1-h). Mesleğe kabulden önce bir kimsede bu engelin var olup olmadığının tespiti amacıyla avukatlık stajı için baroya başvuru yapan adaylardan, resmi bir hastanenin uzman hekimliğince düzenlenmiş olan sağlık raporunun ibrazı istenir (Av. Staj. Yön. md. 4/2-g). İlgili baro, ibraz edilen sağlık raporuna rağmen stajyer adayının vücut veya akılca malullüğünün bulunup bulunmadığını tespit etmek için sağlık incelemesine başvurabilir (TBB Staj. Yön. md. 6).

2.3.2.6. Avukatlık Yasaklarının Olmaması

2.3.2.6.1. Müdafinin Hakim veya Savcı İle Hısımlık veya Evlilik İlişkisi Olması

Müdafî, bir hakim veya cumhuriyet savcısının eşi ise veya nesep itibariyle usul ve fürundan (kayın ve kan hısımlarından) biri ise veya ikinci dereceye kadar yan soy hısımlarından biri ise, o hakim veya cumhuriyet savcısının baktığı soruşturma, dava ve diğer işlerde avukatlık yapamaz (Av. K. md. 13). Müdafîin, yukarıda belirtilen yakın akrabalarının hakim veya savcı olarak yer aldığı davalarda görev yapamaması, kendisine verilen yetkilerin kötüye kullanma şüphesinden değil, aksine müdafîin her bakımdan kendini bağımsız olarak algılayarak savunmasını üstlendiği kişinin tarafı olma zorunluluğundan kaynaklanmaktadır.²¹¹

Yargının üç sacayağından biri olan müdafî, tıpkı hakim gibi hem objektif hem de sübjektif olarak tarafsız ve bağımsız olmak zorundadır. Ceza muhakemesinde hakim ve savcı arasındaki yakın akrabalık bağı veya işbirliği yargıya olan güveni ne denli sarsarsa, müdafî ile hakim veya savcı arasındaki ilişki de hiç kuşkusuz o denli sarsacaktır. Böyle bir ilişki, davanın diğer tarafı ve kamuoyu için olumsuz bir

²¹¹ Faruk Erem, **Meslek Kuralları (Şerh)**, Ankara Barosu Yayınları, Güncelleştirilmiş Yeni Bası, Ankara, 2007, s. 49.

görünüm bırakacağı için yargıya ve adalete olan güveni de zedeler.²¹² Bu nedenle, söz konusu kanuni düzenleme oldukça yerinde olmuştur. Doktrinde, hakimin evlilik bağı sona erse dahi eşinin davasına bakamayacağı CMK m. 22’de düzenlenmiş olmasına rağmen böyle bir hükmün müdafii için düzenlenmemiş olması eksiklik olarak değerlendirilmiştir.²¹³

2.3.2.6.2. Bazı Görevlerden Ayrılanların Müdafilik Yapma Yasağı

Avukatlık Kanunu’nun 14. maddesinde, bazı kamu kurum ve kuruluşlarda çalışanlar ile yüksek mahkemelerde yargılama faaliyeti yürütenlerin, görevden ayrıldıktan sonra ayrıldıkları kurum ve mahkemeler aleyhine açılan davalarda avukatlık yapmaları belli bir süre yasaklanmıştır. Bu yasağın amacı, daha önce çalıştığı kurum veya mahkemeden dolayı müdafii, diğer müdafilere nazaran daha avantajlı konumda olduğunu ve nüfuzunu kullanabilme ya da eski sıfatlarının kendisine avantaj sağlayarak davaya yön verebilme gibi ihtimallerin önüne geçilmesidir. Maalesef, uygulamada önceki sıfatlarını kullanarak sanığa tutukluktan tahliye kararı verdireceğine veya beraat ettireceğine dair güvence veren avukatlar bulunmaktadır.

“Emeklilik ve istifa gibi sebeplerle görevlerinden ayrılan Anayasa Mahkemesi üyeleri, Yüksek mahkemeler hâkimleri, adli, idarî ve askerî yargı hâkim ve savcılarının son beş yıl içinde hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerin yargı çevresinde görevden ayrılma tarihinden itibaren iki yıl süre ile avukatlık yapmaları yasaktır. Yüksek yargı ve bölge mahkemeleri hâkim ve savcıları ile raportörlerinin son beş yıl içinde münhasıran hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerde, buralardan ayrılma tarihinden itibaren iki yıl süre ile avukatlık yapmaları yasaktır” (Av. K. md. 14/1,2) şeklindeki hüküm Anayasa mahkemesi tarafından iptal

²¹² Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu’nun 22.03.2003 gün ve 2002/388 esas, 2003/77 karar sayılı kararı: “... Görev yerinde, birden fazla Cumhuriyet Savcısı’nın bulunması, ya da onun başka yere yetkili gitmesi nedeniyle ilçede tek Cumhuriyet Savcısı’nın kalması halinde zorunlu olarak yasa gereği müdafii ya da vekalet alarak soruşturmaya veya yargılamaya katılma gerekçesi, yasanın düzenlediği emredici kuralın ihlalini haklı kılmaz.” M. Haşim Mısırlı, **Avukatlık Disiplin Hukuku**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No: 139, Şen Matbaa, Ankara, 2016, s. 210.

²¹³ Centel ve Zafer, **Ceza Muhakmesi Hukuku** s. 186; Mahmutoglu ve Dursun, **Türk Hukukunda Müdafii Yasaklılık Halleri**, s. 48.

edilmiştir.²¹⁴ İptal kararının, Resmi Gazete’de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğü girmesine karar verilmiştir.²¹⁵

“Devlet, belediye, il özel idare ve Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin kapsamına giren iktisadi Devlet Teşekkülleri ile kamu iktisadi kuruluşları ve bunların müessese, bağlı ortaklık ve iştiraklerinde çalışanlar, buralardan ayrıldıkları tarihten itibaren iki yıl geçmeden ayrıldıkları idare aleyhine dava alamaz ve takipte bulunamazlar” (Av. K. md. 14/2).

2.3.2.7. Müdafilik Yapmaya Engel Bir Halin Olmaması

Bir avukatın ceza muhakemesinde savunma makamını işgal edebilmesi için avukatlık yapmaya engel bir halin bulunmaması gerekir. Ancak bu koşul tek başına yeterli değildir. Avukatlık engellerinin yanı sıra müdafilik yapmaya engel bir halin de bulunmaması gerekir. Avukatlık engellerinin bulunması durumunda, ne vekillik ne de müdafilik yapılamazken; müdafilik engelleri kişinin sadece müdafilik yapmasına engel oluşturur. Müdafilik yapma yasağı, avukatlık yapma yasağına

²¹⁴ Anayasa Mahkemesi 19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 14. maddesinin, 23.01.2008 günlü 5728 sayılı Yasa’nın 327. maddesiyle yeniden düzenlenen birinci fıkrasının Anayasa’ya aykırı olduğu tespitini yapmış ve oyçokluğu ile iptal etmiştir. (AYM, E. 2009/67, K. 2009/119 T. 01.10.2009 sayılı kararı; Resmi Gazete Yayın Tarihi 06.11.2010; Sayı 27751) Anayasa Mahkemesi iptal kararının gerekçesi olarak “Yargı çevresi bir bölgeyi bazen de yüksek mahkemelerde olduğu gibi tüm ülkeyi kapsayabileceğinden, itiraz konusu kuralla kimileri için son beş yıl içinde hizmet gördükleri mahkeme ve dairelerin yargı çevresini, kimileri için de tüm ülkeyi kapsayacak biçimde getirilen yasaklamada öngörülen “hizmet görülen mahkeme ve dairelerin yargı çevresi” ve “beş yıl” lık süre ölçütleri, çalışma özgürlüğünün ölçüsüz biçimde sınırlandırılmasına yol açabilecek niteliktedir.” içtihadında bulunmuştur. Halbuki iptal edilen bu hüküm, daha önce yürürlükte bulunan 3499 sayılı Avukatlık Kanunu m.7’de yer almış ve bu maddenin Anayasa’ya aykırılığı ileri sürülmüşse de, **Anayasa Mahkemesi 04.02.1964 tarihinde vermiş olduğu 1963/161 E., 1964/11 K. Sayılı** kararda, “... bu maddenin kapsadığı yasaklama geçici ve yerle sınırlıdır... çalışma özgürlüğüne konulan bu sınırlama, kamu yararı amacına dayandığından ve belli bir yere ve iki yıllık süreye ilişkin bulunduğundan, hakkın özünü zedeleyecek nitelik taşımaz...” gerekçesiyle anayasaya aykırılık iddiasını yerinde görmemiştir. Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafii**, s. 82.

²¹⁵ Anayasa Mahkemesi’nin bahsi geçen iptal kararı nedeniyle doğacak hukuksal boşluğun kamu yararını ihlal edici nitelikte olmasından bahisle yeni yasal düzenleme yapılması gayesiyle Resmi Gazete’de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmek üzere verilmiş olup, 06.05.2011 tarihi itibarıyla bahsi geçen hüküm yürürlükten kaldırılmıştır. Anayasa Mahkemesi Üyeleri Haşim Kılıç, Sacit Adalı, A. Necmi Özler ile Serruh Kaleli’nin “Emekli hakimden ayrıldığı yerde avukatlık yapmak istemesindeki öncelikler sayılı nedenlere dayalı olabilirse de, kamusal düzen ve yargıyı koruma önceliği bireysel çalışma özgürlüğünün sınırsızlığına engel olmayı gerektirecek demokratik bir zorunluluktur. Avukatlar için sınırsız çalışma alanı var iken, meslek hayatının önemli biri süreci sayılmayacak olan son beş yıl içinde ve de sadece yargı çevresinden iki ya da üçünde sadece iki yıl için getirilen çalışma yasağı mahkememizin önceki kararının gerekçesinden de anlaşılacağı üzere makul ve ölçülüdür” şeklindeki açıklama ile anılan karar ilişkin karşı oy kullanmışlardır. Kocaoğlu, **Müdafii**, s. 107.

kıyasen sınırlı olarak düzenlenmiştir.²¹⁶ Bu nedenle, müdafilik yapmaya engel bir halin bulunması durumunda avukat bir kimse müdafilik dışındaki diğer işlerde vekillik yapabilir. Müdafinin aynı muhakemede sanık veya tanık olması, aynı işe başka bir sıfatla el koymuş olması veya çıkarlar arasında çatışma olması müdafilik yapmaya engel halleri oluşturmaktadır.

2.3.2.7.1. Aynı Mahkemede Sanık Olmama

Ceza muhakemesinde sanık ve müdafî birbirinden farklı iki ayrı süje olduğundan aynı muhakemede bu iki süje tek kişide birleşemez. Diğer bir ifadeyle, avukat bir kimse aynı ceza muhakemesinde hem sanık hem müdafî sıfatlarını bir arada taşıyamaz. Sanığın bizzat savunması bireysel savunmadır ve avukat olan sanık kendisini müdafî sıfatı ile değil sanık sıfatı ile savunacaktır.²¹⁷ Dolayısıyla, birleştirilerek görülen yargılamaların birinde sanık olan bir kimse, birleştirilen diğer davada müdafilik yapması mümkün değildir. Sanığın bizatihi savunması bireysel savunmayı oluştururken; müdafî ile savunulması ise toplumsal savunmayı oluşturur. Avukat olan sanığın savunması, toplumsal savunma olmayıp bireysel savunmadır ve aynı ceza muhakemesinde kişi hem bireysel savunma makamını hem de toplumsal savunma makamını işgal edemez. Ayrıca sanıktan bağımsız bir muhakeme süjesi olan müdafinin kendine özgü hak ve yetkileri bulunmaktadır. Müdafî ile sanığın sahip olduğu hak ve yetkiler birbirinden farklı olup ikame edilemezler. Bu hak ve yetkilerden bazıları salt müdafî veya sanık tarafından kullanılabilir. Örneğin; CMK m. 201'de düzenlendiği üzere, müdafî muhakemeye katılan kişilere duruşmada doğrudan soru sorabilme yetkisine sahip iken; sanık ancak hakim veya başkan vasıtasıyla soru sorabilir. Bu anlamda, avukat olan sanık mecburi müdafilik hallerini gerektiren bir durum oluşmadığı takdirde savunmasını müdafisiz yapabilir ancak mesleğinin icrasından kaynaklı olarak kendisine verilen hak ve yetkileri aynı muhakemede kullanmaz.

²¹⁶ Kocaoğlu, **Müdafî**, s 108.

²¹⁷ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 479.

2.3.2.7.2. Aynı Muhakemede Tanık Olmama

Müdafilik yapmaya engel hallerden biri de müdafinin aynı muhakemede tanık olarak dinlenilmesidir. Bu konuda kanuni açık bir düzenleme bulunmasa da müdafinin aynı muhakemede tanık olarak dinlenip dinlenilmeyeceğine ilişkin doktrinde muhtelif görüşler bulunmaktadır.

Erem'e göre; *“Aynı davada tanıklığın ve avukatlığın bağdaşamayacağını kabul etmek lazımdır. Kanunda açıkça yasaklanmamış olmasına rağmen avukat bu duruma düşmemelidir, zira görevini yapamayacaktır. Eğer müdafî aynı zamanda tanık ise, kendi tanıklığını yeremeyecek, takdir edemeyecektir. Eğer avukat, müvekkili lehine şahadet ederse bu tanıklık şüphe ile karşılaşılır. Mesleğe böyle bir zarar verilemez. Aleyhe şahadet ederse avukat müvekkilinin itimadını kaybeder, kaldı ki böyle bir hal meslek ahlakına da aykırıdır.”*²¹⁸

Kunter, Yenisey ve Nuhoglu'na göre, muhakemede tanık olarak dinlenilecek kişi taraflar dışında bir kimse olması gerektiği, müdafî süje olarak savunma tarafında olduğu için tanıklık yapamayacağı, tanığın yerine başkası ikame edilemeyeceği ancak müdafilik görevi yerine bir başkası ikame edilebileceği için müdafinin tanıklık vazifesini tercih etmesi gerekir.²¹⁹

Toroslu ve Feyzioğlu'na göre, müdafinin aynı muhakemede tanıklık yapması, tanıklığın önemine halel getireceğinden dolayı müdafinin tanıklık görevini yeğlemesi gerekir.²²⁰

Bozdağ'a göre, müdafilik ve tanıklık konu, amaç ve sınırlar bakımından birbirinden farklı iki kurum olan ve birbirleriyle bağdaşmadığından aynı muhakemede müdafilik ve tanıklık sıfatının tek bir kişide birleşmesi, müdafilik kurumunun bağımsızlığını ve saygınlığını zedeleyeceği gibi tanıklık kurumunun da güvenilirliğini azaltacaktır.²²¹

Centel ve Zafer'e göre, müdafinin sır saklama yükümlülüğü ve tanıklıktan çekinme hakkı bulunmaktadır. Müdafî meslek faaliyetleri sebebiyle öğrendiği sırlar

²¹⁸ Erem, **Meslek Kuralları (Şerh)**, s. 48.

²¹⁹ Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 479.

²²⁰ Toroslu ve Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku** s. 137.

²²¹ Bozdağ, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 85.

konusunda, sır sahibi rıza gösterdiği takdirde müdafilik yaptığı muhakemede tanıklık yapabilir, hatta esas hakkındaki savunmasında kendi tanıklığına dayanabilir.²²²

Kocaoğlu'na göre, müdafî ile sanık arasında bir güven ilişkisi bulunmaktadır. Sanık, bilgi ve savunma yeteneğine bağlı olarak seçmiş olduğu müdafî ile ceza muhakemesi sürecini devam ettirmek isteyebileceği gibi zorunlu müdafilik hallerinde kendi seçimi olmasa dahi ceza muhakemesi süresince atanan zorunlu müdafie, davaya konu suça ilişkin birçok sırlarını paylaşmış ve bunun neticesinde aralarında bir samimiyet ve güven ilişkisi kurulmuş olabilir. Bu nedenle, müdafîin aynı muhakemede tanıklık yaptıktan sonra sanığa yeni bir müdafî seçme zorunluluğunun dayatılması veya zorunlu müdafilik durumlarda davaya yeni bir müdafîin atanması sanık ile müdafî arasındaki ilişkinin baştan başlamasına neden olacağından böyle bir durum sakıncalıdır.²²³

Müdafîin aynı muhakemede tanıklık yapması müdafilik kurumu ile bağdaşmamaktadır. Müdafîin toplumsal savunma makamını işgal etmesi, sanık aleyhine tanıklık yapmasını engellemektedir. Müdafîin sanığın sadece lehine tanıklık yapması ise tanıklık kurumunun en temel kriteri olan objektiflikten uzaklaşılacağı gibi maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına da yardımcı olmayacaktır. Böyle bir durumda iddia ve yargılama makamları karşısında müdafîin tanıklığı şüphe ile yaklaşılacak ve güvenilir bulunmayacaktır. Bu nedenle müdafîin görevi sebebiyle öğrenmemiş olduğu konularda tanıklığı yeğlemesi gerektiğini, görevi sebebiyle öğrenmiş olduğu konularda ise müdafie CMK md. 46/1-a gereğince tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğu hatırlatılmalıdır. Müdafî tanıklıktan çekindiği takdirde görevine devam etmesinde sakınca bulunmamaktadır.

2.3.2.7.3. Aynı İşe Daha Önce Başka Bir Sıfatla El Koymamış Olmak

Avukatlık Kanunu md. 38/1-c'ye göre, müdafî, evvelce hâkim, hakem, cumhuriyet savcısı, bilirkişi veya memur olarak görev yapmışsa kendisine yapılan teklifi reddetmek zorundadır. Bu engel hali, müdafîlerin ortaklarını ve yanında çalıştırdıkları avukatları da kapsamaktadır (Av. K. md. 38/2). Söz konusu yasağa

²²² Centel ve Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 245.

²²³ Kocaoğlu, **Müdafî**, s. 110.

riayet etmeyen müdafî hakkında baro tarafından disiplin yaptırımını uygulanır.²²⁴ Müdafî evvelce görev yaptığı işi sonradan bilerek veya bilmeyerek kabul etmesi “*işî devam ettirme yasağı*” kapsamında olduğundan böyle bir durumda müdafî işe devam etmeyi kabulden yasaklıdır.²²⁵ Müdafîin işi reddetme zorunluluğunu düzenleyen Avukatlık Kanunu’nun md. 38/1-c’si ile hakimin tarafsızlığını korumak için davaya bakamayacağı hallerden olan ve çekinmesi gerektiğini düzenleyen CMK md. 22/1-g, h’daki hükümler birbirine çok benzemektedir.²²⁶ Fakat Av. K. md. 38/1-c’ deki hükmün amacı müdafîin tarafsızlığını sağlamak değildir. Aksine bu hüküm müdafî muhakemede zaten bir taraf olduğu için avukatlık mesleğinin onuru ve saygınlığı korumak istenmiştir.

2.3.2.8. Menfaatleri Zıt Kişilerin Müdafiliğini Üstlenmiş Olmak

Avukatlık Kanunu md. 38/1-b’ye göre, müdafilik yapma yasaklarından biri de aynı soruşturma veya kovuşturmada menfaatleri birbiri ile bağdaşmayan taraflardan birinin müdafiliğini veya vekilliğini üstlenen avukatın, aynı soruşturma veya kovuşturmada diğer tarafın müdafiliğini üstlenmesidir. Bir diğer ifadeyle aynı işte menfaatleri birbiri ile bağdaşmayan taraflardan birinin avukatlığını üstlenen veya buna ilişkin mütalaa veren, diğer tarafın teklifini reddetmek zorundadır. CMK. md. 152’ye göre, “*menfaatleri birbirine uygun olan birden fazla şüpheli veya sanığın savunması aynı müdafî tarafından üstlenilebilir.*” Bu bağlamda, aynı soruşturmada şüpheli olan veya aynı kovuşturmada sanık olan birden fazla kişinin yararları birbirine uygunsa, yani aralarında bir menfaat çatışması yoksa aynı avukat tarafından savunulmalarında yasal bir engel bulunmamaktadır. Birden fazla şüpheli veya

²²⁴ **Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu’nun 14.12.1991 gün ve 1991/81 esas, 1991/89 karar sayılı kararı:** “...Şikayetli avukatın, hâkimlik yaptığı sırada tescil kararı verdiği bir taşınmazla ilgili olarak açılan kadastro tespiti itiraz davasında bu kez taraf vekili sıfatıyla görev üstlendiği dosyadaki kanıtlar ve şikayetlinin beyanı ile sabit bulunmaktadır. Şikayetli, itiraz dilekçesinde hâkim sıfatıyla karar verdiği dava ile avukat sıfatıyla takip ettiği davanın “aynı dava” olmadığını, taraflarının değişik olduğunu, yasanın 38/c maddesinin “evvelce el konan bir davanın devam etmesi halinde vekâlet kabul edip avukat olarak işe girmeyi önlemek için düzenlendiğini” savunmuş ise de; Anılan maddede “dava”dan değil, “iş” den söz edilmiş bulunması ve hâkimin el konulan davada verilen kararın, avukat olarak görev üstlenilen davaya dayanak oluşturması karşısında itiraz yerinde görülmemiştir. Şikayetçilere Baro Disiplin Kurulu kararının ayrı ayrı ve 04.10.1991 günü tebliğ edildiği dosyada bulunan posta tebliğ mazbatasından anlaşılmıştır. 30 günlük yasal itiraz süresi 03 Kasım 1991 günü sona ermiş bulunduğu halde, itiraz 08 Kasım 1991 günü yapıldığından, şikayetçilerin itiraz dilekçesinin süre yönünden reddi gerekmiştir.” Mısır, **Avukatlık Disiplin Hukuku**, s. 73.

²²⁵ Mahmutoglu ve Dursun, **Türk Hukukunda Müdafîin Yasaklılık Halleri**, s. 39-40.

²²⁶ Mahmutoglu ve Dursun, **Türk Hukukunda Müdafîin Yasaklılık Halleri**, s. 38.

sanığın çıkarları birbiri ile zıt ise aynı müdafî tarafından savunulmaları mümkün değildir.²²⁷ Şüpheli veya sanıklardan biri suçu diğerinin işlediğini savunuyorsa veya diğeri tarafından suç işlemeye itildiğini söylüyorsa veya birinin savunulması ancak diğerinin suçlanması ile mümkünse taraflar arasında menfaat çatışmasının varsayılması gerekir.²²⁸

Menfaat çatışması durumunda, birden fazla şüpheli veya sanığın aynı müdafî tarafından savunulma yasağı, sadece şüpheli veya sanığın kendi seçtikleri müdafî için geçerli olmayıp yasal temsilcisinin seçtiği veya mahkeme tarafından atanan zorunlu müdafii de kapsamaktadır. Menfaat çatışması ortaya çıktığında müdafî savunmayı bırakmalıdır. Müdafî baro tarafından atanmışsa diğer şüpheli veya sanığın savunmasının üstlenilmesi için barodan avukat tayin edilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde menfaat uyuşmazlığı yaşayan şüpheli veya sanıklar savunmasız kalacaktır.²²⁹

Şüpheli veya sanıklar arasındaki menfaat uyuşmazlığının tespiti, sübjektif nitelikte olup bu uyuşmazlığın tespitinin kim/kimler tarafından yapılacağına ilişkin yasal bir düzenleme mevcut değildir. Doktrindeki bir görüşe göre, menfaat uyuşmazlığı öncelikle müdafî tarafından takdir edilmeli ve menfaat uyuşmazlığının olup olmadığının tespitini soruşturma aşamasında cumhuriyet savcısı, kovuşturma aşamasında ise hâkim veya mahkeme belirlemelidir.²³⁰ Menfaat uyuşmazlığının olup olmadığına ilişkin bir duraksama olduğu takdirde istek üzerine veya resen savcılıkça veya mahkemece bir karar verilmelidir.

²²⁷ “... aynı öldürmeye teşebbüs eyleminin failleri olarak yargılanan sanıklardan birisinin savunulmasının diğer sanık yönünden savunmada zafiyet yarattığı durumlarda sanıklar arasında menfaat uyuşmazlığı bulunduğu kabulü gerektiğinden somut olayda sanık Rıdvan’ın savunmalarında kendisinin dışında sanık Eyyüp’ün de bıçakla mağdura vurduğunu belirtmesi, sanık Eyyüp’ün ise Mağdur Doğan’ı sadece Rıdvan’ın bıçakladığını söylemesi karşısında, sanıklar arasında menfaat çatışması bulunduğu anlaşıldığından, sanıkların savunmalarının ayrı ayrı müdafiler yerine aynı müdafî tarafından yapılması suretiyle 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 38/1. Ve 5271 sayılı CMK’nın 152.maddelerine aykırı davranılması bozmayı gerektirmiştir.” **Yargıtay 1.CD., 16.09.2013, 2330/4936, Osman YAŞAR, Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, C.II., Güncellenmiş 7.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s. 1751.**

²²⁸ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 86.

²²⁹ “... Sanık Nihat ile birlikte kasten öldürme suçunu işledikleri iddia edilen Makbule’nin suçun yalnızca kendisi tarafından gerçekleştirildiğinin savunulması karşısında ortak müdafileri tarafından sanık Nihat’ın bu suçu işlemediğinin savunulması gerektiği ve bu durun da sanık Makbule yönünden savunmada zafiyet yaratacağı açıktır” **CGK’nın 14.06.2011., 1-44/122, Yaşar, Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, s. 1750**

²³⁰ Yaşar, **Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu**, s. 1747.

Şüpheli veya sanıklar arasında menfaat uyuşmazlığı olduğu takdirde müdafinin taraflardan hangisini tercih etmesi veya nasıl hareket etmesi gerektiğine ilişkin yasal bir düzenleme olmasa da doktrinde birçok görüş ileri sürülmüştür. Doktrindeki bir görüşe göre, aynı suça konu birden fazla şüpheli veya sanığın menfaat uyuşmazlığının tespitindeki güçlük ve sübjektiflik ile başlangıçta olmasa dahi, yargılama boyunca her an menfaat çatışmasının vuku bulabilme ve yargılama devam ederken müdafinin değiştirilmesinin yargılamaya zarar verebilme ihtimalleri gözetilerek, Alman hukukunda düzenlendiği gibi Türk hukukunda da başlangıçta menfaat uyuşmazlığı olmasa dahi aynı suçun şüphelileri veya sanıklarının aynı müdafî tarafından savunulmasının yasaklanması gerektiği ileri sürülmüştür.²³¹

Bir diğer görüşe göre, menfaat uyuşmazlığı müdafinin birden fazla şüpheli veya sanıklardan birinin savunmasını üstlendikten sonra diğerinin savunmasını üstlenmesinden ortaya çıkıyorsa, yalnızca sonradan savunmasını üstlendiği kişinin müdafiliğini bırakmalı fakat müdafî menfaat uyuşmazlığı yaşan şüpheli veya sanıkların savunmasını aynı anda üstlenmişse bu durumda müdafinin seçme serbestisi bulunmalıdır.²³²

Bir diğer görüşe göre, menfaat uyuşmazlığı yaşayan şüpheli veya sanıkların sırlarının müdafî tarafından bilinmesi nedeniyle bu sırların tercih edilen lehine, diğerinin aleyhine kullanılabilme ihtimali göz önünde bulundurulduğunda, müdafinin tüm şüpheli veya sanıkların avukatlığını bırakması daha doğru olacağı görüşü ileri sürülmüştür.²³³

Aynı suça konu birden fazla şüpheli veya sanık arasında menfaat uyuşmazlığının olup olmadığı belirlenmeden müdafinin birden fazla şüpheli veya sanığın aynı anda savunmasının yasaklaması, serbest meslek görevi icra eden avukatın seçme özgürlüğüne yapılan bir müdahale anlamına gelecektir. Aynı suça konu birden fazla şüpheli veya sanığın savunmasını üstlenen müdafinin, menfaat uyuşmazlığı ortaya çıkığında birini tercih etmekten ziyade tüm şüpheli veya sanıkların savunmasını bırakmasının daha doğru olacaktır. Çünkü muhakeme sürecinde müdafî ile müvekkilleri arasında kurulan güven ilişkisi neticesinde, müdafî

²³¹ Bozdağ, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 88; Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku** s. 229.

²³² Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 87.

²³³ Yaşar, **Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu** s. 1747.

kişilere ait birçok sırlara vakıf olacağından ve bu sırları tercih ettiği müvekkili lehine diğerinin aleyhine kullanabilme gibi ihtimaller gözetilerek üstelendiği tüm savunmaları bırakması daha uygun olacaktır.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MÜDAFİNİN YETKİ VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

3.1. MÜDAFİNİN YETKİLERİ

Müdafinin savunma görevini icra edebilmesi için gerekli ve yeterli birçok yetkinin kanunen kendisine tanınması gerekmektedir. Müdafinin kendisine tanınan bu yetkiler ile savunmasını üstlendiği kişinin menfaatlerini koruyacağı gibi maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına da yardımcı olacaktır. Bu yetkiler sadece teknik anlamda savunma yapabilmesi için sahip olunan araçlar olmayıp, aynı zamanda ceza muhakemesinin diğer sülhelerinden olan ve savunma ile yarışan iddia makamının sahip olduğu hak ve yetkilere karşı dengeleyici bir unsurdur. Silahların eşitliği ilkesi kapsamında, ceza muhakemesinde iddia ve savunma makamları arasında haklarda eşitlik, yetkilerde denge olması gerekli olup savunma aleyhine hukuku bir durum oluşturulmamalıdır.²³⁴ Savunma makamının, savunma görevini layıkıyla yapabilmesi için yetkilerle donatılarak iddia ve savunma makamları arasında dengenin sağlanması hakkaniyetin bir gereği olup adil yargılama ilkesinin de bir unsurudur. Müdafinin tanınan yetkilerin, iddia makamının yetkilerine nazaran az ve kısıtlı olması totaliter ve otoriter yapıdaki baskıcı siyasi rejimlerde görülür. Dolayısıyla, soruşturmanın gizliliğine ve yargılamanın bekasına zarar gelmeyecek şekilde müdafinin tanınan yetkiler ile iddia makamının sahip olduğu yetkiler arasındaki denkleğin sağlanması demokratik rejimle yönetilen devletlerin ceza muhakemesi sistemlerinde öngörülen temel bir özelliktir.²³⁵

Ceza muhakemesi işlemlerinde yargılamanın bir sülhesi olarak müdafinin kanunen birçok yetki tanınmıştır. Bu yetkilerin çoğu, müdafinin için bir hak olduğu kadar aynı zamanda yükümlülüktür. Müdafinin sanıkla görüşebilme, dosyayı inceleyebilme veya dosyadan suret alma gibi yetkileri kısıtlandığı takdirde müdafinin

²³⁴ Cumhur Şahin, “Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Ceza Muhakemesinde Silahların Eşitliği ve Çelişmeli Yargılama İlkeleri”, **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C. 21, Özel S. 2019, s. 305.

²³⁵ Kocaoğlu, **Müdafinin**, s. 175.

savunmasına ilişkin gerekli bilgi ve delilleri elde etmiş olamayacağı için yeterli derecede savunma yapamayacaktır. Bu durumda müdafî hakkında cezai ve idari soruşturmaların açılması da muhtemeldir. Ancak normatif olarak müdafîe tanınan yetkilerin uygulamada da var olması gerekir. Müdafîlerin sahip olduğu yetkiler hayata geçirilmiyorsa veya uygulamada riayet edilmiyorsa bu yetkilerin kanunen tanınmış olmasının hiç bir anlamı yoktur.

Uygulamada, bu konuda her ne kadar sıkıntılar yaşansa da bunları gidermek de müdafîin sorumluluğunun bir parçasıdır. Müdafî her şeyden önce sahip olduğu yetkileri çok iyi bilmeli ve yetkilerine karşı meşru olmayan her müdahalenin karşısında durmalıdır. Çünkü etkin bir savunma ancak müdafîinin yetkilerini kullanarak elde ettiği argümanlardan oluşur.

3.1.1. Müdafîin Dosyayı İnceleme Yetkisi

Müdafîin dosyayı inceleme yetkisi bir hak olduğu kadar aynı zamanda bir yükümlülüktür. Müdafîin şüpheli veya sanığa etkin bir şekilde hukuki yardımda bulunabilmesi ve savunma görevini layıkıyla yapabilmesi için şüpheli veya sanığa isnat eden suçlamayı ve bu suçlamaya ilişkin lehe ve aleyhe olan tüm delilleri bilmesi gereklidir. Müdafîin bu bilgi ve delillere ulaşması da kuşkusuz dosyayı incelebilmekten geçer. Dosyanın incelenmesi sonucunda yapılan etkin bir savunma, ceza muhakemesinin temel gayesi olan maddi gerçeğe yardımcı olacağı gibi kamusal menfaatin gerçekleşmesine de hizmet edecektir. Şüpheli veya sanığa ilişkin isnat ve deliller hakkında bilgi sahibi olmamak savunmayı zayıflatacağı hatta imkansızlaştıracığı için müdafîin dosyayı öğrenebilme hakkı olarak kısaltacağımız dosyayı inceleme hakkı savunma hakkı içerisinde yer alan vazgeçilmez bir unsurdur.²³⁶ Aslına bakılırsa, müdafîe tanınan bu yetkiler yargılama dosyası hakkında müdafîin bilmediği yerden hakim bilgi edinmesinin önüne geçilmesi ve gizli dosya sistemini ortadan kaldırılması için öngörülmüştür.²³⁷

Dosya inceleme hakkına ilişkin uluslararası antlaşmalarda açık bir düzenleme mevcut değildir. Ancak AİHS’de dosya inceleme hakkı adil yargılanma hakkı ve silahların eşitliği ilkesinin bir uzantısı olup AİS md. 6/3-b’de düzenlenen

²³⁶ Erem, *Diyaletik Açidan Ceza Yargılaması Hukuku*, s. 165,182.

²³⁷ Kunter, Yenisy ve Nuhoglu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 48.

“savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak” hükmüne dayanmaktadır.²³⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, dosya inceleme hakkının ne zaman kullanılacağına ilişkin açık bir görüş belirtmiş olmasa da bu hakkının soruşturma evresinden itibaren kullanılması gerekir. Müdafinin dosya inceleme yetkisi, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 153. maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 46. maddesi ile 2015 tarihinde yürürlüğe giren Bölge Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin 137. maddesi ve Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği’nin 22. maddesinde yer almaktadır.

3.1.1.1. Soruşturma Evresinde Müdafinin Dosyayı İnceleme Yetkisi

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 157. maddesinde belirtildiği üzere, savunma hakkına zarar vermemek koşulu ile soruşturma evresindeki usulü işlemler gizlidir. Soruşturma evresi, temel olarak gizli olmasına rağmen savunma hakkının etkin bir biçimde kullanılması için gizlilik ilkesine istisnalar getirilmiştir. Bu istisnalardan biri, silahların eşitliğinin sağlanması ve şüpheli hakkında ileri sürülen lehe ve aleyhe olan tüm delilleri inceleyebilmesi için müdafinin dosya inceleme yetkisidir. CMK md. 153’göre, “*Müdafî, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir*”. İddianamenin mahkeme tarafından değerlendirme süreci soruşturma evresinde yer aldığı için müdafî bu süreçte de dosyayı inceleyebilir.²³⁹ Müdafinin dosyayı inceleyebilme yetkisi şüpheli veya yasal temsilci tarafından seçilmiş olması ile baro tarafından görevlendirilmiş olması arasında bir fark yaratmamaktadır.

Müdafinin soruşturma evresinde dosyayı inceleyebilmesi için vekaletname veya görevlendirme yazısı sunmasına gerek yoktur. 06/08/2015 tarihli ve 29437 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Bölge Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin “Soruşturma evrakının incelenmesi ve örnek alınması” kenar başlıklı md. 137/2, 6 ve 7 fıkraları şu şekildedir: “*Şüpheli ve müdafî soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini*

²³⁸ Öztürk ve Diğerleri, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuk.**, s. 256

²³⁹ Centel ve Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 192

fizikî ya da elektronik ortamda harçsız olarak alabilir. İncelemenin yapıldığına veya belge örneği alındığına dair düzenlenen dosya inceleme ya da belge örneği alma tutanağı, dosyayı inceleyen veya belge örneği alan ile nezaret eden görevli tarafından imzalandıktan sonra taranarak UYAP'a aktarılır Soruşturma evrakı soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla Cumhuriyet savcısının belirleyeceği personel huzurunda kalemde veya ön büroda incelenir.” Bunun yanı sıra, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 46. maddesinin 2. fıkrasına göre; “Avukat veya stajyer, vekâletname olmaksızın dava ve takip dosyalarını inceleyebilir. Bu inceleme isteğinin ilgililerce yerine getirilmesi zorunludur. Vekâletname ibraz etmeyen avukata dosyadaki kağıt veya belgelerin örneği veya fotokopisi verilmez.” Görüldüğü üzere Avukatlık Kanununda dosya incelenmesi ile dosyadan örnek alınması arasında bir ayrım yapılmış ve yalnızca dosyadan örnek alınması durumunda vekaletname sunma zorunluluğu getirilmiştir.

Kanunun bu lafzından, dava ve takip dosyalarını incelemek için vekâletnameye ihtiyaç duyulmadığı ancak soruşturma dosyasını incelemek için vekâletname ibrazının zorunlu olduğu şeklinde bir sonuca varılmamalıdır. Aksi halde, kanunda belirtildiği üzere dava ve takip dosyalarından örnek almak için vekâletname sunmak şart iken; soruşturma dosyaları için böyle bir düzenleme olmadığı gerekçesiyle soruşturma dosyasından örnek almak için vekâletname sunma zorunluluğunun olmadığı sonucuna da ulaşılmaktadır. Bu şekilde bir yorum ise düzenlenen hükmün amacına aykırıdır.

CMK md. 153'te soruşturma evresinde dosyayı inceleme yetkisi esas itibariyle sadece müdafî ve vekile tanınmıştır. Müdafîe tanınan bu yetki, şüpheli veya sanığa evleviyetle tanınmalıdır.²⁴⁰ Kanunda şüphelinin dosyayı inceleyebileceğine dair açık bir düzenleme yer almasa da müdafîi bulunmayan şüphelinin dosyayı inceleyememesi savunma hakkının kısıtlanmasına yol açacaktır. AHİM 18.03.1997 tarihli Foucher/Fransa kararında, savunma hakkına duyulan saygının gereği olarak, sanığın veya avukatının dava dosyasına ulaşmasına getirilen kısıtlama, duruşma öncesi sanığa delillerin verilmesini ve sanığın avukatı aracılığıyla hakkında ileri

²⁴⁰ Yaşar, **Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu** s. 1760; Koca, s. 265, Özer Özer Özbek ve Diğerleri, **Ceza Muhakemesi Hukuku** s. 228; Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 112; Nur Centel, “Ceza Soruşturmasında Müdafîin Rolüne Eleştirel Yaklaşım”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.72, S. 2, 2014, s. 713; Öztürk ve Diğerleri, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 262.

sürülen delillere karşı görüşünü sözlü olarak sunmasının engellenmemesi gerektiğine karar vermiştir.²⁴¹ AHİM 12.03.2003 tarihli Öcalan kararında ise, duruşmadan önce başvuru sanığa dosyanın incelettirilmemesini AHİS md. 6’da düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir.²⁴²

CMK md. 153’te müdafî ve vekile dosya inceleme hakkı tanınmış olup mağdur, suçtan zarar gören ve şikâyetçi hakkında bir düzenleme yer almamasına karşın; 6 Ağustos 2015 tarihinde yürürlüğe giren Bölge Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliği’nin md. 137/5’e göre, soruşturma evresinde bu maddede belirtilen haklardan mağdur, şikâyetçi ve suçtan zarar gören de yararlanır demek suretiyle dosya inceleme yetkisine sahip kişilerin kapsamını genişletmiştir.

3.1.1.1.1. Dosya İnceleme Yetkisinin Kapsamı

CMK md. 153’e göre, kural olarak müdafî soruşturma evresinde dosya içeriğindeki her belgeyi inceleme ve bir örneğini alma yetkisine sahiptir. CMK md. 153’te “*dosya içeriği*” kavramından bahsedilmişse de, bu kavramdan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Dosya deyiminden, kamu davasının açılması ile mahkemeye sunulacak olan ve kolluğun ilk müdahalesinden itibaren sanık hakkında toplanan lehe ve aleyhe yazı parçaları ile dava açıldıktan sonra ortaya çıkan veya dosyaya eklenen belgelerin kastedildiği ileri sürülmektedir.²⁴³ Müdafî, şüpheli, suçtan zarar gören, vekil ve diğer kimselerin verdiği dilekçeler ve soruşturma evresindeki tüm muhakeme işlemleri CMK. md. 169/2 gereği tutanağa bağlanacağı için bu tutanaklar da dosya kapsamındadır. Cumhuriyet savcısının tutanağa bağlanan işlemleri veya koruma tedbirlerine başvurulması sonucunda elde edilen delil veya delillerin değerlendirilmesi de dosya kapsamında yer alır. Örneğin, arama kararı, arama kararı sonucunda düzenlenen tutanak, iletişimin tespiti sonucunda elde edilen HTS kaydı veya iletişimin yazıya dökülmesi suretiyle oluşturulan TAPE kayıtları dosya kapsamı içinde yer alır. Adli sicil kayıtları, kimlik bilgileri, ses kayıtları, fotoğraflar, tanık beyanlarını içeren

²⁴¹ Serkan Cengiz ve Diğerleri, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2008, s. 175

²⁴² Karakeyha, “Türk Ceza Muhakemesinde Sanığın Dosyayı İnceleme Hakkı”, s. 138-139

²⁴³ Öztürk ve Diğerleri, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 259

tutanaklar, istinabe evrakı, davayla ilgili önceki ceza ve hukuk davalarının mahkeme ilamları soruşturma dosyası kapsamındadır.²⁴⁴

Kanun koyucu soruşturma evresinde müdafî dosya içeriğini ve belge inceleme yetkisi tanımış olmasına karşın; koruma altına alınan delillerinin müdafî tarafından incelenip incelenemeyeceği konusuna bir açıklık getirmemiştir. CMK md.153/4'e göre; *“Müdafî, iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir; bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir”* denilmek suretiyle kovuşturma evresinde müdafî koruma altına alınan delilleri inceleme yetkisi tanınmıştır. Doktrindeki bir görüşe göre, kanun koyucunun müdafî bu yetkiyi kovuşturma evresinde tanıdığından soruşturma evresinde buna ilişkin açıklık getirmemesi konuyu bilinçli olarak düzenlenmediğini düşündürmektedir.²⁴⁵ Bir diğer görüşe göre, soruşturma evresinde dosyanın incelenmesi delillerin incelemesini kapsamayacağı yönündedir.²⁴⁶ Müdafîin iddiaya karşı etkili bir savunma hazırlayabilmesi ve başvurulmuş koruma tedbiri kararlarına karşı kanun yoluna başvurabilmesi için soruşturma aşamasında müdafî koruma altına alınan delilleri inceleme yetkisi tanınmalıdır. Diğer yandan, CMK md. 234/1-a-4'te *“153 üncü maddeye uygun olmak koşuluyla vekili aracılığı ile soruşturma belgelerini ve elkonulan ve muhafazaya alınan eşyayı inceletme”* mağdur ve şikayetçinin hakları arasında sayılmıştır. Mağdur vekiline soruşturma evresinde bu yetkinin tanımış olmasına karşın; müdafî tanınmaması silahların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Kanun koyucunun müdafî ile vekil arasında bu tür bir ayrıma gitmesi hükmün amacı ile de bağdaşmamaktadır. Delilleri koruma amacı güden kanun koyucunun, bu delillere müdafîin istemeden de olsa zarar verebileceği gerekçesi yerinde olmadığı gibi müdafîin delillere zarar verebileceği fakat vekilin bunu yapamayacağı gibi bir ön kabul de savunma makamına karşı olumsuz bir tavır

²⁴⁴ Öztürk ve Diğerleri, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku** s. 259; Koca, s. 269; Bozdağ, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 166.

²⁴⁵ Karakeyha, “Türk Ceza Muhakemesinde Sanığın Dosyayı İnceleme Hakkı”, s. 133-134; Centel, “Ceza Soruşturmasında Müdafîin Rolüne eleştirel Yaklaşım”, s. 714.

²⁴⁶ Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, **Muhakeme Hukuku Dahil Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 483

sergilenmesine ve itibarsızlaştırılmasına yol açacaktır. Bu durumun uygulamada,²⁴⁷ sorunlara yol açmaması için müdafî ve vekil arasında bu tür bir ayrıma gidilmeksizin müdafî de soruşturma evresinde koruma altına alınmış delilleri inceleme yetkisi tanınmalıdır.

3.1.1.1.2. Dosyanın İnceleneceği Yer ve Süre

Müdafî soruşturma evresinde dosyanın durumuna göre, dosya kollukta ise kollukta, savcılıkta ise savcılık kaleminde inceleyebilir. Müdafîin bu inceleme yetkisi Cumhuriyet savcısının iznine bağlı değildir. Müdafîin kollukta bulunan dosyayı incelemek için talepte bulunduğu kolluk görevlileri dosyayı müdafîe sunmak zorundadır. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 22. maddesinin 1. fıkrasına göre, *“Müdafî, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir. Kollukta bulunan soruşturma dosyası için yetkili Cumhuriyet savcısının yazılı emri gerekir.”* Bu hükümde yer alan Cumhuriyet savcısının yazılı emri ibaresi Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 15.12.2005 tarih ve 2005/762 İtiraz No'lu kararı ile durdurulmuştur.²⁴⁸ Danıştay 10. Dairesi 22.05.2008 tarihinde 2005/5845 E., 2008/3450 K. sayılı karar ile ilgili hüküm iptal etmiştir.²⁴⁹ Bu kararın gerekçesi ise, *“Davalı idarece, müdafîin kollukta bulunan soruşturma dosyasının tamamına yönelik inceleme ve örnek alma talebi ile 5271 sayılı Yasanın 153. maddesinin 3. fıkrasında sayılan belgelere yönelik inceleme ve örnek alma talebi arasında fark gözetilmek suretiyle bir düzenleme yapılması gerekirken, bu ayırım yapılmaksızın, kolluktaki dosyalara yönelik tüm müdafî taleplerinin karşılanmasının Cumhuriyet*

²⁴⁷ Uygulamada, soruşturma evresinde müdafîe koruma atına alınan deliller gösterilmediği gibi kovuşturma evresinde dahi müdafîe bu konuda zorluk çıkarıldığı ileri sürülmektedir. Centel, “ Ceza Soruşturmasında Müdafîin Rolüne eleştirel Yaklaşım”, s. 71.

²⁴⁸ Yürütülmesi durdurulan hükmün gerekçesi ise; *“Müdafî soruşturma sırasında dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir. Kollukta bulunan soruşturma dosyası için yetkili Cumhuriyet savcısının yazılı emri gerekir”* kuralına yer verilmiştir. Müdafîin dosyanın tamamını inceleme talebinde bulunması durumunda, Cumhuriyet savcısının soruşturmanın amacının tehlikeye düşüp düşmeyeceğine ilişkin bir değerlendirme yapmasına olanak sağlamak bakımından, talebin savcılık onayına bağlı olarak karşılanmasında Kanunun amacına aykırılık yoktur. Ancak, yine Kanunun amir hükmü uyarınca hiçbir şekilde incelenmesi ve örnek alınması engellenemeyecek olan belgelere yönelik taleplerde de Cumhuriyet Savcısının yazılı emrinin aranmasının, Kanunda yer almayan yeni bir usul ihdas etmek suretiyle savunma hakkının kullanılmasının zorlaştırılması anlamına geleceği ve bu uygulamanın da Kanunun genel amacıyla bağdaşmayacağı açıktır” şeklinde açıklanmıştır www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 05.07.2021)

²⁴⁹ www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 06.07.2021)

Savcısının yazılı emrine bağlayan dava konusu düzenlemede hukuka uyarlık bulunmamaktadır” şeklindedir. Kararın gerekçesinde, sadece CMK md. 153/3’te sayılan yani dosyaya kısıtlanma kararı getirilse dahi incelenmesi gereken belgeler için Cumhuriyet savcısının iznine gerek olmadığını, soruşturma dosyasındaki diğer evraklar için Cumhuriyet Savcısının izninin bulunması gerekli gibi ifadelerin yer alması doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir.²⁵⁰ Kolluk görevlileri veya savcının müdafie dosya içeriğinin bir kısmını inceleyip diğer kısmını inceletmeme gibi bir yetkileri yoktur. Soruşturma kapsamında ele geçirilen belge veya delillerden bazılarının kolluk veya cumhuriyet savcısı tarafından müdafiden gizlenmesi savunma hakkının kısıtlanmasına yol açacağı gibi görevin kötüye kullanma suçuna da yol açacaktır.²⁵¹

Müdafinin soruşturma evresinde dosyayı inceleyebileceği yere ilişkin bir diğer düzenleme ise Bölge Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin 137. maddesinin 7. fıkrasında yer almaktadır. Buna göre, “*soruşturma evrakı soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla Cumhuriyet savcısının belirleyeceği personel huzurunda kalemde veya ön büroda incelenir.*” Bu bağlamda yönetmelik uyarınca, müdafii soruşturma evrakını kalemde veya ön büroda inceleyebilir. Bunun yanı sıra müdafii CMK md. 38/A- 2 hükmü doğrultusunda güvenli elektronik imza kullanmak suretiyle soruşturma evrakını UYAP ortamında inceleyebilir. Dosyanın bulunduğu yerde oturmayan müdafii veya vekil soruşturma evrakını incelemek için dosyayı oturduğu yerin savcılığına gönderilmesini isteyemez.²⁵² Alman CMK md. 147/4’te müdafinin talebi doğrultusunda, engel teşkil eden önemli bir neden mevcut değilse deliller hariç olmak üzere müdafii soruşturma dosyasını evinde veya bürosunda inceleyebilme yetkisi tanınmasına karşın; Türk Ceza Muhakemesi Kanunu’nda müdafie böyle bir yetki tanınmamıştır.²⁵³

Müdafii soruşturma dosyasını bir veya birden fazla kez inceleyebilir ve inceleme süresine ilişkin bir kısıtlama bulunmamaktadır. Müdafinin dosyayı inceleme süresinin ne kadar olacağı, dosyanın özelliğine göre takdir edilmelidir. Müdafii

²⁵⁰ Centel ve Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 195.

²⁵¹ Koca, **Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı**, s. 269.

²⁵² Koca, **Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı**, s. 274.

²⁵³ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafii**, s. 117; Öztürk ve Diğerleri, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 261.

dosyayı sürekli incelemeye hazır edilmesini isteyemez.²⁵⁴ Ancak muhakemenin geciktirilmemesi için müdafinin bu yetkiyi kullanmasına müsaade edilmemesi veya yetkiyi anlamsız kılacak derecede kısa bir süre tanınması kabul edilemez. Dosya kapsamının fazla olması veya birden fazla şüpheli hakkında soruşturmanın yürütülmesi durumunda, tüm müdafiler dosya inceleme yetkilerini gerektiği şekilde kullanabilmeli ve bu yetkinin fiilen sınırlandırılmasına yönelik müdahalelerden kaçınılmalıdır.²⁵⁵

3.1.1.1.3. İnceleme Yetkisinin Kısıtlanması

Müdafî soruşturma evresinde kural olarak dosyayı inceleme ve dosya içeriğinden örnek alma yetkisine sahiptir. Genel kural bu olmakla beraber, yasada bazı istisnai haller müdafinin yetkisini sınırlandırmaktadır. CMK'nın 153. maddesinin 2. fıkrasında bu yetkinin istisnasını teşkil eden kısıtlama kararına yer verilmiştir. Buna göre, *“müdafinin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisi, belirli suçlara ilişkin yürütülen soruşturmalarda, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkiminin kararıyla kısıtlanabilir.”* Kanunda açıkça soruşturma evresinden bahsedildiği için müdafinin inceleme yetkisi diğer durumların varlığı halinde, ancak soruşturma evresinde kısıtlanabilir. CMK md. 153/4'te açıkça belirtildiği üzere, iddianamenin mahkeme tarafından kabulünden itibaren müdafinin dosya inceleme yetkisi kısıtlanamaz.

Soruşturma aşamasında kısıtlama kararının verilebilmesi için dosya içeriğinin incelenmesi ve belgelerden örnek almanın soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmesi gerekmektedir. Kanunda *“soruşturmanın amacının tehlikeye düşmesi”* ifadesi yer alsa da, soruşturmanın ne zaman ve hangi hallerde tehlikeye düşeceğine ilişkin bir bilgi mevcut değildir. Soruşturmanın amacının tehlikeye düşme ifadesi soyut bir kavram olup, içinin doldurulması gerekir.²⁵⁶ Bu nedenle, yargı organlarınca somut olayın özellikleri dikkate alınarak soruşturmanın ne zaman ve hangi hallerde

²⁵⁴ Centel ve Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s.195.

²⁵⁵ Öğretide bu konuda birden fazla müdafî veya vekil aynı anda dosyayı inceleyebilmeleri için ikinci bir dosya hazırlanması gerektiği ileri sürülmüştür. Öztürk ve Diğerleri, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 261.

²⁵⁶ Bozdağ, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 168.

tehlikeye düşeceği belirlenmelidir.²⁵⁷ Soruşturmanın amacının tehlikeye düşmesi; soruşturmanın geciktirilmesi, engellenmesi ve soruşturma konusu olayın aydınlatılmasının zorlaştırılması anlamına geldiği ileri sürülmektedir.²⁵⁸ Örneğin; önceden bilinmediği takdirde başarıya ulaşacak bir soruşturma işlemi, soruşturma dosyası incelediğinde anlaşılacaksa soruşturmanın amacının tehlikeye düştüğünden bahsedilebilir.²⁵⁹ Bu tehlike soyut değil somut bir tehlike olması gerekir.²⁶⁰ Soruşturmanın amacının neden ve nasıl tehlikeye düşeceği somut olarak gerekçelendirilmesi şarttır. Dolayısıyla, soruşturmanın amacının tehlikeye düşmesi dışındaki hiçbir gerekçe ile müdafinin dosya inceleme yetkisi kısıtlanamaz.

Müdafinin soruşturma dosyasından edindiği bilgileri savunma amacının dışında kötüye kullandığı hallerde, müdafî hakkında disiplin soruşturmasının başlatılması için Baroya başvurulacağı gibi bahse konu eylem suç niteliğinde ise, adli mercilere duyurulmalıdır. Bunun haricinde, müdafî mesleğini icra etme hakkına sahip olduğu sürece yetkisini kötüye kullanma ihtimali düşünülerek soruşturma evrakını inceleme hakkı sınırlandırılmamalıdır CMK md. 152/2’de belirtilen suçlara ilişkin soruşturma yürütüldüğü takdirde dosya inceleme yetkisi kısıtlanabilir.²⁶¹ Kanunda sayılan katalog suçlar dışındaki suçlara ilişkin yürütülen soruşturmalarda, müdafinin dosya inceleme yetkisi kısıtlanamaz. Kanunda sayılan katalog suçlara ilişkin, müdafinin soruşturma dosyasının incelemesi ve belgelerden örnek alması

²⁵⁷ Mehmet Emin Alşahin, “Müdafinin Dosya İnceleme Yetkisi”, **Legal Hukuk Dergisi**, Legal Yayıncılık, C. 4, S. 40, İstanbul, 2006, s. 1059.

²⁵⁸ Centel ve Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 196.

²⁵⁹ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 262.

²⁶⁰ Centel ve Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 196.

²⁶¹ CMK madde 153/2’de yer alan suçlar şunlardır;

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

1. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),

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

3. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),

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

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

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

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

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

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

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

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

soruşturmanın amacını tehlikeye düşürecek ise Cumhuriyet Savcısı sulh ceza hâkiminden kısıtlama kararı talep edecektir. Bu kısıtlama talebi, dosyayı yürüten Cumhuriyet Savcısı için bir zorunluluk olmayıp takdir yetkisine dayanmaktadır. Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine sulh ceza hakimi talebi kabul edip etmeme konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır.²⁶² Sulh ceza hakiminin verdiği kısıtlama kararına karşı CMK md. 267 gereğince şüpheli, müdafî ve diğer ilgililerin itiraz etme hakkı bulunmaktadır. Cumhuriyet savcısı kısıtlama kararı talep etmesine karşın, sulh ceza hâkimi henüz bu konuda bir karar vermediği sürece müdafîin dosyayı inceleyebilmesi gerekir.²⁶³ Aksinin kabulü halinde, müdafî uygulamada başta kollukta olmak üzere “Cumhuriyet savcısının dosyaya ilişkin kısıtlama talebi karar, karar birazdan onaylanır, bu nedenle dosyayı inceleyemezsiniz” ifadelerine maruz kalır. Kanunda açıkça sulh ceza hakimi tarafından kısıtlama kararı onaylanmadığı sürece, müdafîin inceleme yetkisine sınırlandırma getirilemeyeceği düzenlenmiştir. Kaldı ki, sulh ceza hakimi bu kararı onaylamayabilir, dolayısıyla Cumhuriyet savcısının kısıtlama talebi olsa dahi, dosyada sulh ceza hakimi tarafından verilen bir kısıtlama kararı olmadığı sürece müdafî soruşturma evrakını inceleyebilir.

3.1.1.1.4. İncelenmesi Kısıtlanamayan Belgeler

Soruşturma dosyasında kısıtlama kararı yer alsa dahi bu karar dosyadaki bazı evrakların incelemesini sınırlandıramaz. CMK md. 153/3’e göre “Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında” kısıtlama kararı verilemez.²⁶⁴ Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesinin kolluk

²⁶² Koca, **Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı** s. 270

²⁶³ Aksi yöndeki görüş için bkz, Bozdağ, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 169; Alşahin, “Müdafîin Dosya İnceleme Yetkisi”, s.1060

²⁶⁴ “Başvurucu, kısıtlama kararı verilen dosyada erişimleri kısıtlanamayan hazır bulunmaya yetkili olduğu işlemlere ilişkin tutanakların kendisine verilmesi taleplerinin kabul edilmediğini ileri sürmüştür. 5271 sayılı Kanun’un 153. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarına kısıtlama kararı “yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında” uygulanmayacaktır. Başvurucunun bu yönde İzmir Cumhuriyet Başsavcılığına yapmış olduğu talep incelendiğinde soruşturma dosyasındaki yakalama, arama ve el koyma işlemlerine ilişkin tutanaklar, varsa bilirkişi raporları, iletişimin tespiti tutanakları, varsa teknik araçlarla izleme işlemine ilişkin tutanaklar, banka havalelerini gösterir dekontlar, kamera kayıtları ile birlikte (müşteki ve tanık beyanlarına ilişkin tutanaklar haricinde) tüm delillerin tarafına verilmesini istediği görülmektedir. Başsavcılık, başvurucunun talebini “yakalama, arama, el koyma ve ifade tutanakları” yönünden kabul ederken diğer belgeler yönünden reddetmiştir. Başvurucunun, bu karara karşı İzmir

veya Cumhuriyet Savcısı tarafından alınması arasında bir ayrım bulunmamaktadır. Doktrinde ileri sürülen görüşe göre, ifade ve sorgu tutanaklarının yasal dayanağı aynı olduğu için şüphelinin sorgu tutanağı da bu kapsamdadır.²⁶⁵ Tıbbi, psikolojik, teknik, ekonomik vb. konuları ilişkin düzenlenen evraklar bilirkişi raporları kapsamındadır. Yakalanan kişinin veya şüphelinin hazır bulunmaya yetkili diğer işlemlerine; yer gösterme, keşif, erken dinleme niteliği taşıyan tanık veya bilirkişi dinlemesi gibi adli işlemler örnek gösterilebilir. Dosya kısıtlayıcı hükümler, istisnai nitelikte olduğundan inceleme yetkisinin kısıtlanması olağan uygulamaya çevrilmemelidir.²⁶⁶ Bunun yanı sıra kısıtlama kararı, her koşulda CMK md. 153/3'te belirtilen belgeler haricindeki tüm belge ve sair deliller hakkında verilmesi gerekli değildir. Cumhuriyet Savcısı, soruşturma dosyasında yer alan belgelerin yalnızca bir veya birkaçının incelenmesinin sınırlandırılması için kısıtlama kararı talep edebilir. Sulh ceza hakimi, Cumhuriyet Savcısının dosyanın tamamına veya dosyada yer alan belgelerden bazılarına ilişkin kısıtlama kararına karşı takdir yetkisine sahip olduğundan bu talebi yerine getirmek zorunda değildir. Ancak Cumhuriyet Savcısı dosyada yer alan belgelerden yalnızca bazılarına karşı kısıtlama kararı talep etmesine karşın; sulh ceza hakimi “azın yanında çok da gider” anlayışla dosyanın tamamına ilişkin kısıtlama kararı vermez.

CMK md. 153/3'te müdafinin dosya inceleme yetkisinin kısıtlanması koşullarına yer verilmesine karşın; vekile ilişkin böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Aynı maddenin 5. fıkrasında “*Bu maddenin içerdiği haklardan suçtan zarar görenin vekili de yararlanır*” ifadesine yer verilerek vekile de dosya inceleme yetkisi tanınmış, ancak vekilin inceleme yetkisinin kısıtlanmasından söz edilmediği gibi maddenin tamamının vekil için de geçerli olduğuna dair bir fıkra hükmü sevk edilmemiştir. Bu nedenle, incelenme yetkisinin kısıtlanması sadece müdafie ve doğal uzantısı olarak şüpheliye mi özgü olduğu, yoksa suçtan zarar gören

20. Sulh Ceza Mahkemesine yaptığı itirazında dile getirdiği teknik araçlarla izleme yapıldıysa kendisine ilişkin teknik araçlarla izleme tutanaklarının, soruşturma kapsamında bulunan tüm delillerin ve kendisine ait iletişimin tespitine dair tape kayıtlarının verilmesi talebi Mahkemece kabul edilmemiştir (bkz. §§ 17, 18). Dolayısıyla başvurucuya ifadesini içeren tutanakların ve hazır bulunmaya yetkili olduğu yakalama, arama ve el koyma işlemlerine dair tutanakların verilmemesi söz konusu değildir. Başvurucunun şikâyetine konu ettiği iletişimin tespitine ve varsa teknik araçlarla izleme işlemlerine ilişkin tutanaklar ile diğer delillere erişme talebi ise bu delillerin 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesinin (3) numaralı fıkrası kapsamında bulunmaması nedeniyle kabul edilmemiştir.” <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/7929> (Erişim Tarihi: 20.07.2021)

²⁶⁵ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 121.

²⁶⁶ Özer Özbek ve Diğerleri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 229.

veya vekili de kapsar mı sorusu akla gelmektedir. Dosya inceleme yetkisinin yalnızca müdafî için kısıtlanması, silahların eşitliğine aykırı olmanın yanı sıra sadece savunmanın soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebileceği gibi bir ön kanıyı kabul etmek mümkün değildir. Dolayısıyla, müdafî ile vekil arasında böyle bir ayrım gözetilmemelidir. Doktrinde ileri sürülen görüşe göre, kısıtlama kararının müdafîin yanı sıra suçtan zarar gören ve vekil hakkında da verilebileceği buna ilişkin kanunun lafzıyla sınırlı kalınamayacağı ileri sürülmüştür.²⁶⁷ Nitekim uygulamada, dosyaya ilişkin verilen kısıtlama kararı vekili de kapsamaktadır. Ancak farklı uygulamalara yol açmamak ve kanun lafzını genişleterek sınırlayıcı hükümlerde kıyas yapıldığına ilişkin yorumlara yer vermemek için kısıtlama kararının vekil bakımından da verilebileceği kanunda açık bir şekilde düzenlenmelidir.

3.1.1.2. Kovuşturma Evresinde Müdafîin Dosya İnceleme Yetkisi

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun md. 2/1-f'ye göre, kovuşturma "*İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade eder*". Kovuşturma aşamasının aleniliği gereği CMK md. 154/4'te belirtildiği üzere, müdafî iddianamenin kabulünden itibaren dosyada yer alan belgeleri ve koruma altına alınmış delilleri inceleyebilir. İddianamenin kabulü birlikte dosya inceleme yetkisinin kısıtlanması sona erer.²⁶⁸ Dolayısıyla, kovuşturma aşamasında dosya içeriğinin gizli tutularak müdafîin inceleme yetkisinin kısıtlanması mümkün değildir.

3.1.2. Müdafîin Dosyadan Örnek Alma Yetkisi

CMK md. 153/1de belirtildiği üzere, müdafî gerek soruşturma evresinde gerekse de kovuşturma evresinde dosyanın tamamını veya dosyada yer alan herhangi

²⁶⁷Güneş Okuyucu Ergün, "Soruşturmanın Gizliliği", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 59, S. 2, 2010, s. 256-257.

²⁶⁸"Başvurucu hakkında düzenlenen iddianame ile ilgili olarak İzmir 8. Ağır Ceza Mahkemesi 23/11/2011 tarih ve E.2011/250 sayılı tensip zaptı ile iddianamenin kabulüne karar vermiştir. Buna göre 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesinin mülga (4) numaralı fıkrası gereğince dosyaya erişimin kısıtlanması kararı 23/11/2011 tarihinden itibaren sona ermiştir. Başvurucu, bu tarihten itibaren soruşturma dosyasını inceleyebilir; bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir. Bu belirlemelere göre başvurunun soruşturma dosyasına erişimin kısıtlanmasına ilişkin şikayetin 23/11/2011 tarihi itibarıyla sona erdiğinin kabulü gerekir. Başvurucunun şikayetin sona erdiği bu tarihin, Anayasa Mahkemesi'nin zaman bakımından yetkisinin başladığı tarihten önceye ait olması nedeniyle başvurunun bu kısmı hakkında "zaman bakımından yetkisizlik" nedeniyle kabul edilmezlik kararı verilmesi gerekir." **AYM Ahmet Şanci, T. 5.11.2014, Başvuru no: 2012/29, para. 38; AYM Fatih Yazar, T. 18.11.2015, 2013/6232, para. 64;** <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr> (Erişim Tarihi:20.07.2021)

bir belgenin örneğini harçsız olarak alabilir. CMK md. 153/1’de müdafie dosyadan örnek alma yetkisi tanınmış olmasına karşın; müdafinin bu yetkiyi kullanırken vekaletname ibraz etmesinin gerekli olup olmadığı konusuna açıklık getirmemiştir. Ancak Avukatlık Kanunu’nun 46. maddesinin 2. fıkrasında, avukatın dosya içeriğinden belge örneği almak için vekaletname ibraz etmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bunun yanı sıra şuan yürürlükteki Bölge Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin 165. maddesinin 4. fıkrasında, müdafinin vekaletname veya görevlendirme yazısı ibraz etmesi koşuluyla kovuşturma dosyasından örnek alabileceği hüküm altına alınmıştır. Nitekim uygulamada da müdafinin vekaletname veya görevlendirme ibraz etmek koşuluyla dosyadan örnek alınmasına müsaade edilmektedir. Müdafii ile şüpheli veya sanık arasındaki ilişki vekâlet ilişkisi değil yardım ilişkisine dayanmaktadır. Dolayısıyla, müdafii ile şüpheli veya sanık arasındaki ilişkinin vekâletname ile ispat zorunluluğu müdafinin ceza muhakemesindeki rolü ile bağdaşmamaktadır.²⁶⁹

CMK’da müdafinin dosyadaki istediği belgenin bir örneğini alabileceği düzenlenmiş, ancak örnek alma yetkisinin nasıl kullanacağına ilişkin açıklamaya yer verilmemiştir. Uygulamada, müdafii genellikle istediği belgeyi fotokopi ile elde etmesine karşın dosyadan örnek alma salt fotokopi yolu ile zorunlu değildir. Avukatlık Kanunu md. 46/2’de “Vekâletname ibraz etmeyen avukata dosyadaki kağıt veya belgelerin örneği veya fotokopisi verilmez.” ifadesine yer verilmek suretiyle dosyadaki kağıt ve belgelerin bir örneğinin fotokopi yoluyla veya başka bir yolla verilebileceği düzenlenmiştir. Bu bağlamda, dosyadaki kağıt veya belgelerin flash bellek veya CD’ye aktarılması,²⁷⁰ UYAP üzerinden çıktısının alınması, tarayıcı ile dijital ortama aktarılması ve ya fotoğrafının çekilmesi yolu bir örneği alınabilir.

Avukatlık Kanunu md. 46/1’e göre, müdafinin stajyeri ve onun sorumluluğu altındaki sekreteri de dosyadaki belgelerin bir örneğini alabilir. Müdafinin dosyada vekaletnamesi yok ise stajyer ve sekreter müdafinin vekaletnamesini ve onun yanında çalıştıklarına dair belgeyi göstererek dosyadan örnek alabilirler. Müdafinin dosyadan örnek almak için vekaletname sunması şart iken; stajyer veya sekreterin hiçbir belge

²⁶⁹ Centel ve Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 198.

²⁷⁰ Öztürk ve Diğerleri, Öztürk ve Diğerleri, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 262.

göstermeden dosyadan örnek olması mümkün değildir. Müdafinin dosyada vekâletnamesi bulunduğu durumda stajyer veya sekreter müdafii yanında çalıştıklarına dair belge göstermeleri yeterlidir. Baro tarafından görevlendirilen müdafî görevlendirme yazısı ibraz ederek dosyadan örnek alabilme yetkisine sahiptir.

Müdafii CMK md. 153/2’de belirtilen katalog suçlara ilişkin yürütülen soruşturmalarda, dosyadan örnek alması soruşturmanın amacını tehlikeye düşürecek nitelikte ise Cumhuriyet Savcısının talebi ve sulh ceza hakiminin kararı ile dosyadan örnek alma yetkisi kısıtlanabilir. Ancak kısıtlama kararı; yakalan kişi veya şüphelinin ifade tutanaklarını, bilirkişi raporlarını ve yakalanan kişi veya şüphelinin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemleri kapsamaz. İddianamenin mahkeme tarafından kabulü ile başlayan kovuşturma evresinde ise müdafii dosyadan örnek almak yetkisi hiçbir şekilde kısıtlanamaz.²⁷¹

3.1.3 Müdafii Hazır Bulunma Yetkisi

Müdafii şüpheli veya sanığa hukuki yardımda bulunabilmesi, ceza muhakemesinde hukuka aykırı olarak yapılan işlemlere itiraz edebilmesi ve müdafilik görevini layıkıyla yerine getirebilmesi için soruşturma ve kovuşturma boyunca şüpheli veya sanığa ilişkin bazı ceza muhakemesi işlemlerinde hazır bulunması gerekir. Müdafii ceza muhakemesi işlerinde hazır bulunma yetkisi, hak olduğu kadar aynı zamanda bir yükümlülüktür.²⁷² Müdafî hazır bulunmadığı takdirde şüpheli veya sanık aleyhine yapılan işlemlere müdahale edemeyeceğinden toplum savunmayı icra edilemez. Dolayısıyla, savunma hakkının uygulamaya geçirilebilmesi için müdafii hazır bulunması büyük bir öneme sahiptir.

Ceza muhakemesinde müdafii hazır bulunma yetkisi ne kadar erken bir evrede başlarsa yargılamayı yapan devletin insan haklarına ve savunma hakkına o denli önem verdiği sonucuna ulaşılır.²⁷³ Nitekim müdafii hazır bulunması, şüpheli veya sanığın müdafii hukuki yardımından fiilen yararlanması anlamına gelmektedir. Hukuki bilgi ve birikimden yoksun şüpheli veya sanığın savunma hakkını etkin

²⁷¹ Centel ve Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 200; Bozdağ, **Ceza Muhakemesinde Müdafî** s.176; Kocaoğlu, **Müdafî**, s. 191.

²⁷² Kocaoğlu, **Müdafî**, s. 191.

²⁷³ Koca, **Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı** s.247.

kullanabilmesi ve iddia makamı karşısındaki güçsüzlüğünün giderilmesi için müdafii hazırda bulunması gereklidir.

3.1.3.1. Müdafii Soruşturma İşlemlerinde Hazır Bulunma Yetkisi

Suç işlendiğine dair ihbar veya şikâyet üzerine başlayan soruşturma evresinde suç şüphesi altında bulunan kişiye şüpheli denilmektedir (CMK md. 2/1-a). Müdafii soruşturma aşamasında şüphelinin yanında hazır bulunması, ceza muhakemesindeki her adli işleme müdahale ederek şüpheliyi yönlendirmek veya şüphelinin yerine geçmek anlamına gelmemektedir. Etkin bir soruşturmanın yapılması ve şüphelinin yanlış yönlendirilmemesi için şüpheli kendisi hakkında yürütülen işlemi anlaması ve bilmesi gerekir. Şüphesiz, bu da müdafii hukuki yardımı ile gerçekleşir. Dolayısıyla, müdafii soruşturma aşamasında ifade ve sorgu, arama, yer gösterme, keşif yapma, tanık dinleme, tutukluluk halinin gözden geçirilmesi ve teşhis yapma gibi adli işlemlerde şüphelinin yanında hazır bulunma yetkisine sahiptir.

CMK md. 149/1'e göre; *"Şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafii yardımından yararlanabilir; kanunî temsilcisi varsa, o da şüpheliye veya sanığa müdafii seçebilir."* CMK md. 149/3' göre ise; *"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."* denilmek suretiyle müdafii hazırda bulunma yetkisi geniş kapsamda ele alınmıştır. Bu hüküm aynı zamanda soruşturmayı yapan kamu görevlilerine müdafii savunma hakkını engellememe görevi yüklemektedir. CMK md. 147/1-c ve YGİY md. 23/1-c hükümleri gereğince, soruşturma evresinde kolluk veya Cumhuriyet Savcısı tarafından şüphelinin ifadesine başvurulduğunda, şüpheliye müdafii seçme ve onun hukuki yardımından yararlanabileceği hatırlatılmalı, ifadesinde müdafii de hazır bulunabileceği kedisine bildirilmelidir. Şüphelinin ifadesi alındığı sırada müdafii hazırda bulunma yetkisi kısıtlanamaz. Müdafii şüphelinin yanında bulunma yetkisi, soru sorma hakkını da kapsamaktadır. Müdafii soru sorma yetkisini kullanarak şüpheliye ilişkin yapılan hukuka aykırı zorlamaları ve tuzak sorgulamaları önleyerek şüpheliyi korumaya çalışır.²⁷⁴ Müdafii şüphelinin ifadesi alınırken şüpheliye sorulan soruya doğrudan

²⁷⁴ Kocaoğlu, **Müdafii**, s. 198.

cevap veremez ve şüphelinin yerine geçerek yapılan işleme müdahale edemez.²⁷⁵ Ancak müdafî, ifade sırasından şüpheliye tüm yasal haklarını hatırlatabileceği gibi sormak istediği soruları sorarak tutanağa geçirilmesini isteyebilir ve ifade alma düzenini bozmayacak şekilde şüphelinin haklarını korumak için müdahale edebilir.²⁷⁶

Çünkü müdafî yapılan hiçbir adli işleme müdahale edemeyen pasif bir tanık veya noter değildir.²⁷⁷ Müdafî savunma yapan, hukuk düzeni içerisinde şüphelinin haklarını anlaması için şüpheliyi aydınlatan ve şüpheliye hukuki yardımda bulunan kimsedir. Müdafîin hukuki yardımda bulunabilmesi maddi olayı karartabilecek müdahaleler yapabileceği anlamına gelmeyeceğinden müdafîin her türlü müdahalesi tutanağa geçirilir (YGİY md. 23/1-d).

Müdafîin ifade sırasında hazır bulunma yetkisi aynı zamanda bir yükümlülüktür. Zorunlu müdafilik hallerinde, müdafî hazırda bulunmadığı sürece şüphelinin ifadesi alınamayacağından, zorunlu müdafî şüphelinin ifadesi sırasında hazır bulunmak zorundadır. Zorunlu müdafî ifade sırasında hazır değilse yetkili merci Baro'dan müdafî talep etmelidir. Sanığın, hâkim veya mahkeme huzurunda yaptığı açıklamalar ile Cumhuriyet savcısı tarafından alınan veya müdafîin hazır bulunduğu kolluk ifadesi arasında çelişki bulunuyorsa ifade tutanakları duruşmada okunabilir (CMK md. 213/1). Görüldüğü üzere, savcılıkta alınan ifadenin duruşmada okunabilmesi ve hükme esas alınabilmesi için ifade sırasında müdafîin hazır bulunması şart değildir, ancak zorunlu müdafilik hallerini gerektiren durumlarda, zorunlu müdafî, ifadesi savcılıkça alınan şüphelinin yanında bulunmalıdır.²⁷⁸

CMK md. 96/7 hükmü gereğince, gözaltında bulunan şüpheli kanunda belirtilen süreler sonunda serbest bırakılmazsa sulh ceza hâkimince sorguya çekilir ve müdafî sorgu sırasında hazır bulunur. Bir diğer ifadeyle, gözaltında bulunan şüpheli serbest bırakılmazsa Cumhuriyet Savcısı tutuklanması için sulh ceza hâkimine sevk edebilir. Şüpheli hakkında tutuklama talep edildiğinde, şüpheli kendisinin seçeceği veya Baro tarafından görevlendirilecek bir müdafîin yardımından yararlanır (CMK md. 101/3). Dolayısıyla, şüphelinin tutuklama talebi ile sulh ceza

²⁷⁵ Centel ve Zafer, **Ceza Muhakmesi Hukuku**, s. 200.

²⁷⁶ Öztürk ve Diğerleri, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku** s. 273.

²⁷⁷ Koca, **Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı**, s.255.

²⁷⁸ Toroslu ve Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s.190

hâkimliğine sevk edilmesi, zorunlu müdafilik hallerinden biri olup tutuklama kararının müdafinin huzurunda verilmesi gerekir.²⁷⁹ Bunun haricinde, soruşturma aşamasında CMK md. 108/1 hükmü gereğince tutukluluğun gözden geçirilmesi işlemi de duruşmalı olarak yapılmalıdır.

Bu hükme göre, “*Soruşturma evresinde şüphelinin tutukevinde bulunduğu süre içinde ve en geç otuzar günlük süreler itibarıyla tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından 100 üncü madde hükümleri göz önünde bulundurularak, şüpheli veya müdafî dinlenilmek suretiyle karar verilir.*” Kanun lafzından ulaşılan sonuç, tutukluğun gözden geçirilmesi işleminde şüpheli veya müdafiden birinin hazırda bulunması yeterli olacaktır. Tutukluğun gözden geçirilmesi işleminde, şüphelinin hazır edilerek müdafie haber verilmemesi veya şüpheli hazır olduğu için müdafinin dinlenilmemesi, müdafinin hazırda bulunma yetkisini kısıtlayıcı nitelikte olduğu gibi savunma hakkını da zedelemektedir. Dolayısıyla, kanunda yer alan ibarenin “şüpheli ve müdafî” olarak değiştirilmesi daha uygun olacaktır. Ancak uygulamada, müdafî ile şüphelinin duruşmaya birlikte katılımını sağlama bir yana, duruşma dahi açılmayıp müdafî çoğunlukla kalem personeli tarafından aranıp “*eklemek istediğiniz bir husus var mı*” diye sorularak tutukluğun gözden geçirilmesi işlemi yapılır. Savunma hakkının ihlali anlamına gelen bu durumun, bir an önce uygulamada değişmesi gerekmektedir.

Şüphelinin konutunun, işyerinin, üstünün ve eşyasının aranması sırasında müdafinin hazır bulunma yetkisi kısıtlanmaz (CMK md. 120/3). Bunun yanı sıra, şüphelinin evinin veya eşyasının aranması sırasında el koyulmuş belge ve kağıtlar, Cumhuriyet Savcısı veya sulh ceza hâkimi tarafından incelendiğinde müdafinin hazır bulunma hakkı vardır (CMK md. 122/2). Müdafinin soruşturma evresinde; keşif yapılması sırasında, tanık ve bilirkişinin erken dinlenmesi sırasında ve soruşturmayı geciktirmemek şartıyla yer gösterme işlemi sırasında hazır bulunma yetkisi

²⁷⁹ “Kısmi akıl hastası olduğu kabul edilen sanığın CMK’nın 150/2’nci maddesi hükmüne aykırı olarak müdafii bulundurulmaksızın sorgusunun yapılması suretiyle savunma hakkının kısıtlanması kanuna aykırıdır” **Yarg. 9. CD. 10.10.2011, E. 2009/16167, K. 2011/27810, www.kazanci.com.tr**. (Erişim tarihi 09.08.2021) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre, “... Özgürlükten yoksun bırakmanın muhtemel olduğu bir durumda (Şüpheli veya sanığın tutuklanması ihtimalinin olduğu durumda), adaletin selameti, müdafî ile temsil edilmeyi zorunlu kılar”. (**Benham/Birleşik Krallık, 19380/92, 10.06.1996**, Cengiz ve Diğerleri, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, s. 178-179).

bulunmaktadır (CMK md. 84/1, 85/2). Ancak şüphelinin teşhis işlemi sırasında müdafinin hazır bulunma hakkı olup olmadığına dair kanunda açık bir düzenleme yer almadığından uygulamada bu konu belirsizliğe yol açmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 15.04.2008 tarihli kararında,²⁸⁰ “Teşhis işlemi gerektiğinde fotoğraf üzerinden de yapılabilecek olan ve bu yönüyle de şüphelinin imzasının alınmasının bile zorunlu olmadığı bir tanıma işlemidir. Şüpheli buna pasif olarak katılmakta ve teşhis sırasında herhangi bir beyanı da alınmamaktadır. Bu işlemde aktif olarak rol alan kişi olayın mağduru veya tanığıdır. Bu nedenle ifade alma, keşif ve yer gösterme işlemlerinde olduğu gibi müdafinin teşhiste hazır bulundurulma zorunluluğu bulunmamaktadır. Aksinin kabulü halinde soruşturma aşamasındaki bütün işlemlerde örneğin; gözaltı giriş ve çıkış raporlarının alınması gibi müdafinin hazır bulunması gerekebilecek hatta başından sonuna kadar gözaltı süresince müdafinin, şüphelinin sürekli yanında bulundurulması gerekebilecektir. Bununla birlikte müdafinin teşhiste bulunmaması, şüphelinin teşhise karşı müdafinin hukuki yardımından yararlanmasına, teşhisten önce veya sonra müdafii ile görüşmesine engel teşkil etmeyeceği de açıktır. Öte yandan uygulamada bazen mağdur veya tanık ile şüphelinin yüz yüze getirilerek karşılıklı beyanlarının alınması şeklinde, dolayısıyla yüzleştirme tarzında icra edilen işlemlere de teşhis denilmektedir. Böyle bir durumda şüpheli, mağdur veya tanık ile yüz yüze geldiği ve beyanı alındığı için artık sadece bir teşhis işlemi söz konusu olmayıp aynı zamanda şüphelinin aktif olarak katıldığı ifade alma işlemi gerçekleştirildiğinden bu durumda müdafinin katılımı zorunludur” şeklinde karar vermiştir. Yargıtay’ın bu görüşü, savunma hakkını kısıtlar mahiyettedir. Aksinin kabulü halinde, şüphelinin pasif kaldığı tüm hallerde, müdafinin hukuki yardımına gerek olmadığı sonucunu ulaşılır. Ceza yargılamasında genellikle mahkûmiyetin tek kanıtı olan teşhis işleminde müdafinin hazır bulunmaması yasanın amacı ile bağdaşmamaktadır. Nitekim kurul üyelerinin bir kısmı teşhis işleminde müdafinin hazır bulunması gerektiğini ileri sürerek karşı oy kullanmışlardır.²⁸¹

²⁸⁰ YCGK, 15.4.2008, E. 2008/6-71, K. 2008/85, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 13.08.2021)

²⁸¹ “Kuşkusuz savunma hakkına bu kadar değer veren bir usul yasasında teşhis işleminin düzenlenmemiş olması büyük bir eksikliktir. Nitekim, yasa koyucu bu eksikliğin farkına vararak 2559 sayılı Yasanın Ek-6. Maddesini değiştirerek teşhis ile ilgili ayrıntılı bir disiplin getirmiş ve kısmen de olsa bu konudaki ihtiyaca çözüm üretmiştir. Usul yasalarındaki boşluk, temel hak ve özgürlükleri kısıtlamayacak ve Yasanın ruhuna uygun olacak şekilde kıyas ve yorum yoluyla doldurulabileceği

3.1.3.2. Müdafinin Kovuşturma İşlemlerinde Hazır Bulunma Yetkisi

Kovuşturma evresinde sanığın hazır bulunma hakkının olduğu her işlemde müdafinin de hazır bulunma yetkisi olup bu yetki aynı zamanda müdafî açısından bir yükümlülüktür.²⁸² Sanığın duruşmaya katılmaması müdafinin hazır bulunma hakkına sirayet etmez. Dolayısıyla, sanık hazır bulunmasa bile müdafinin bütün duruşmalarda (ilk derece mahkemesindeki ve temyiz mahkemesindeki duruşmalarda dahil olmak üzere) hazır bulunma yetkisi vardır (CMK md. 197). Sanığın müdafî gönderebilme hakkı olarak nitelendirilen bu durum, müdafiden yararlanma hakkının doğal neticesidir (CM md. 149/1). Müdafinin duruşmalarda hazır bulunması için önceden duruşmanın yapılacağı yer ve tarihinin kendisine haberdar edilmesi gerekir. Müdafie duruşma yer ve tarihi bildirilmeden kural olarak duruşma yapılamaz. Aksinin kabulü, savunma hakkının kısıtlanması olup mutlak bozma sebebidir.²⁸³ Duruşma yer ve tarihinin seçilmiş ihtiyari müdafie tebliğ olunamaması veya tebliğ olunduğu halde müdafinin geçerli bir mazeret sunmadan duruşmaya katılmaması duruşmanın yapılmasını engellemez. Ancak zorunlu müdafilik gerektiren tüm durumlarda, müdafinin duruşmada hazır bulunması şart olup zorunlu müdafinin hazır bulunmadığı duruşmaya devam edilemez (CMK md. 188).

gözetilerek teşhis konusundaki bu boşlukta CMK'nın ruhuna uygun olarak doldurulmalıdır. Müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifadenin, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamayacağı şeklinde bir düzenlemeye yer veren bir Usul Yasasının çoğu zaman mahkûmiyetin tek kanıtı olan teşhis işleminde müdafîin hazır bulunmasını arzu etmediğini ileri sürmek zorlaşmaktadır. Özellikle mağdur veya tanıkların soruşturma aşamasında yaptıkları teşhisten kovuşturma aşamasında çeşitli nedenlerle döndüğü ve bu dönüşün sanığın baskısına dayalı görülerek itibar edilemez sayıldığı düşünüldüğünde önemi ve kanıt değeri bir kat daha artan teşhis işleminde müdafîin hazır bulundurulmaması büyük bir eksiklik olacaktır. Öğretide de Kunter, Yenisey ve Nuhoglu başta olmak üzere baskın görüşe göre, teşhis sırasında müdafîin hazır bulunması zorunludur. Kaldı ki; teşhiste müdafîin hukuki yardımından yararlanmanın soruşturmayı zora sokacak ya da soruşturma mercilerinin çalışmasını zafiyete uğratacak hiç bir etkinliği bulunmamaktadır. Bu nedenle, adil yargılanma hakkının bir gereği olarak ve soruşturma evresinin her türlü kuşkudan arındırılmasını sağlamak düşüncesiyle müdafîin teşhiste hazır bulunmasının zorunlu olduğuna yönelik içtihat oluşturmak ve hatta daha genel bir tanımlama ile şüphelinin aktif yada pasif olarak yer aldığı her soruşturma işleminde müdafîin hukuki yardımından yararlanma hakkı olduğu düşüncesiyle, erişkinse kendisine bu hakkını hatırlatarak iradesine göre davranmak, müdafiden yararlanma zorunluluğu varsa bu hakkı kendisine sağlayarak usuli işlemi müdafîinin varlığıyla sürdürmek gerekmektedir. Bu görüşle ve Türk Ceza Yargısını çağdaşlığın önüne taşıyabilmek kaygısı ve heyecanıyla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazının kabulüne karar verilmesi gerektiği düşüncesindeyim” demek suretiyle çoğunluk görüşüne katılmamıştır. YCGK, 15.4.2008, E. 2008/6-71, K. 2008/85, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 15.08.2021)

²⁸² Centel ve Zafer, **Ceza Muhakmesi Hukuku**, s. 201; Kocaoğlu, **Müdafî**, s. 202.

²⁸³ Bozdağ, **Ceza Muhakmesinde Müdafî**, s. 181.

CMK md. 188’de her ne kadar zorun müdafilikten söz edilmişse de bu hükmün, baro tarafından görevlendirilen ihtiyari müdafilik hallerini de kapsamı gerekmektedir. Bir diğer ifadeyle, CMK md. 150/1 kapsamında görevlendirilen ihtiyari müdafii baro tarafından zorunlu olarak görevlendirilmesi, sanığın duruşmaya katılmayan veya savunma görevini ifa etmeyen müdafii azletme hakkının bulunmaması, baro tarafından görevlendirilen ihtiyari müdafii duruşmaya katılmasının zorunlu olması, müdafii duruşmaya katılmadığı durumda mahkeme veya hâkimin başka bir müdafii görevlendirilmesi için boradan talepte bulunmasının zorunlu olması gibi gerekçeler bağlamında baro tarafından görevlendirilen ihtiyari müdafii duruşmaya katılmadığı veya savunma görevini ifa etmediği hallerde ikinci bir müdafii görevlendirilmeden müdafii yokluğunda duruşmaya devam edilemeyeceği ve hüküm kurulamayacağını göstermektedir. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu da, baro tarafından görevlendirilen ihtiyari müdafii yokluğunda mahkûmiyet hükmünün kurulmasını, savunma hakkını kısıtladığı ve adil yargılanma hakkını zedelediği gerekçesiyle mutlak bozma sebebi saymıştır.²⁸⁴

Seçilmiş ihtiyari müdafii haklı bir mazeret sunmadan duruşmaya katılmaması halinde duruşma yokluğunda devam edilir. Ancak görevlendirilen ihtiyari müdafii ile görevlendirilen veya seçilen zorunlu müdafii duruşmada hazır bulunmadığı sürece, duruşmaya devam edilemez. Bu durumda, mahkeme veya hâkim ilgili barodan yeni bir müdafii görevlendirilmesi için talepte bulunarak, duruşmaya ara verebileceği gibi duruşmayı erteleyebilir .²⁸⁵ (CMK md. 151/1). Bunun yanı sıra seçilmiş veya görevlendirilmiş olması fark etmeksizin hem ihtiyari

²⁸⁴ “Sanık için görevlendirilmiş olan **ihtiyari müdafii**, gerek CMK’nın 151. maddesinin 1. fıkrası ile 188. maddesinin 1. fıkrasına gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına göre duruşmada bulunması şarttır. Duruşmada hazır bulunmadığı veya görevini yapmaktan kaçındığı takdirde mahkemenin CMK’nın 151. maddesinin 1. fıkrası gereğince başka bir müdafii görevlendirilmesi için gerekli işlemi yapması zorunludur. CMK’nın 151. maddesinin 1. fıkrası uyarınca işlem yapılmadan ve aynı Kanunun 188. maddesinin 1. fıkrasına aykırı olarak, müdafii yokluğunda mahkûmiyet hükmü kurulması ile sanığın savunma hakkı kısıtlanmış ve adil yargılanma hakkı zedelenmiş olup bu durum **mutlak bozma nedenidir**”. YCGK, 11.10.2011, E. 2011/10-82, K. 2011/204, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 17.08.2021)

²⁸⁵ “Sanığa istemi üzerine müdafii olarak görevlendirilen (görevlendirilmiş ihtiyari müdafii) Av.Z.Ş.C.” nin yargılama aşamasında duruşmalar için bir kez mazeret dilekçesi vermek ve bir oturuma katılmak dışında herhangi bir işlem yapmadığı ve sanığın savunmasına ilişkin “**görevini yerine getirmekten açıkça kaçındığı**” anlaşıldığından mahkemece derhal başka bir müdafii görevlendirilmesi için CMK’nın 151. maddesine göre işlem yapılması gerekir”. YCGK, 18.03.2008, E. 2008/9-148, K. 2008/169, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 17.08.2021)

müdafiin hem de zorunlu müdafiin ilk derece mahkemesinin yanı sıra istinaf veya temyiz mahkemelerinde sanığın savunma hakkından etkin bir biçimde yararlanması için duruşmaya katılmaları zorunludur.

Müdafi kovuşturma aşamasında duruşmada yapılan her işlemde hazır bulunma yetkisine sahip olduğundan, duruşma dışında yapılan sorgu işleminde (CMK md.196/2), keşif sırasında ve tanık dinleme sırasında (CMK md.184/1) da hazırda bulunma yetkisi vardır.

3.1.4. Müdafiin Görüşme ve Yazışma Yetkisi

Müdafiin şüpheli veya sanık ile görüşme ve yazışma yetkisi adil yargılanma hakkının bir parçasıdır. Müdafi, ceza muhakemesinde suç şüphesi altında bulunan ve yargılamanın pasif süjesi konumunda olan şüpheli veya sanığı hukuki olarak bilgilendirmek ve tavsiyede bulunmak için görüşme yazışma yetkisine sahip olması şarttır. Zira hukuki bilgi ve tavsiye alma, şüpheli ile sanığın en temel haklarından biridir. Müdafi sahip olduğu bu yetki ile muhakemenin diğer süjeleri ile şüpheli ve sanık arasındaki dengesizliği giderdiğinden, bu yetki aynı zamanda şüpheli ve sanığın kendi kendini suçlamama hakkının teminatını oluşturur.²⁸⁶

Ceza muhakemesinde salt müdafiin varlığı, savunma hakkının etkin biçimde kullanıldığı anlamına gelmemektedir. Savunma hakkının etkin bir biçimde kullanılması ve müdafiin savunma görevini layıkıyla yapabilmesi için şüpheli ve sanıkla temas kurması, görüşmesi ve yazışması gerekir. Müdafi, bu yetkiyi kullanarak şüpheli ve sanığa isnat edilen suç, suçun dayandığı delilleri ve muhakeme süresince şüpheli ve sanığın sahip olduğu hakları, yargılamanın sonucunda verilecek olası yaptırımları vb. hususları müvekkili ile paylaşarak onu aydınlatmalıdır. Şüpheli ve sanık ise isnat edilen fiile ilişkin bildiklerini müdafi ile paylaşmalıdır. Böylece, müdafi şüpheli ve sanığa isnat edilen eylem hakkında iddia makamının bakış açısı dışında bilgi sahibi olup savunma hakkının gerçekleştirilmesini sağlar. Kuşkusuz, işlendiği isnat edilen bir fiile ilişkin en gerçek bilgiye, o fiile ile itham edilen şüpheli veya sanık sahiptir.²⁸⁷

Müdafi ile sanığın serbestçe görüşebilmesine ilişkin AİHS’de açık bir hüküm bulunmasa da sanığın müdafiin hukuki yardımından yararlanması ve savunmasını

²⁸⁶ Centel ve Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. .202.

²⁸⁷ Kocaoğlu, **Müdafi**, s. 218.

hazırlayabilmek gerekli kolaylığa sahip olma hakkı, müdafinin sanıkla görüşme hakkını kapsadığı şeklinde yorumlamak gerekir.²⁸⁸

3.1.4.1. Müdafinin Görüşme Yetkisi

Müdafinin soruşturma ve kovuşturma evresinin her aşamasında yakalanan, gözaltına alınan ve tutuklanan şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade veya sorgu sırasında yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkı engellenmez ve kısıtlanamaz (CMK md. 149/3). Müdafî, vekâletname ibraz etmeden şüpheli veya sanıkla her zaman başkalarının konuşulanları duymayacağı bir ortamda görüşebilir.²⁸⁹ (CMK md. 154). Bu kanuni düzenlemeden bahsedilen şüpheli veya sanık kolluk gözetiminde olan yakalama, gözaltı veya tutuklama nedenleriyle serbest olmayıp hürriyetini kısıtlanan kişidir.²⁹⁰ Hürriyeti kısıtlanmayan şüpheli veya sanığın müdafî ile görüşme ve yazışmasına ilişkin yasal bir düzenleme yapılmasına gerek yoktur. Görüleceği üzere, kanun koyucu müdafinin görüşme yetkisini müdafî için bir hak saymıştır.²⁹¹

Müdafî, gözaltında bulunan müvekkili ile nezarethanede; tutuklu bulunan müvekkili ile de tutukevinde serbestçe görüşebilir. Yakalama, Gözaltı ve İfade Alma Yönetmeliği md. 21’de belirtildiği üzere her kolluk biriminde görüşme için uygun şartlara haiz görüşme odası olup müdafinin vekaletname sunmadan şüpheli veya sanıkla başkalarının duymayacağı ortamda görüşebilme hakkı vardır. Bu çerçevede, kolluk veya ceza ve tevkif evlerindeki görüşme odalarının savunma mesleğini küçük düşürmeyen ve müdafilik onuruna yakışan niteliklere sahip olması gerekir.²⁹² Müdafinin şüpheli veya sanıkla görüşme hakkı, telefon görüşmesini de kapsadığı için müdafinin müvekkili ile telefon görüşmesi de başkalarının duymayacağı ortamda yapılmalıdır.²⁹³

²⁸⁸ Donay, **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, s. 187.

²⁸⁹ Kanun koyucu açıkça vekaletname koşulu aramadığı için henüz müdafilik sıfatı olmamasına rağmen, müdafilik ilişkisinin kurulabileceği hallerde avukatın şüpheli veya sanıkla görüşebilmesinin mümkün olacağı şeklinde yorumlamak gerekir. Koca, **Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı**, s. 234.

²⁹⁰ Mahmutoglu ve Dursun, s.128; Donay, **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, s. 172.

²⁹¹ Toroslu ve Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 144.

²⁹² Erem, **Meslek Kuralları (Şerh)**, s. 49.

²⁹³ Mahmutoglu ve Dursun, **Türk Hukukunda Müdafinin Yasaklılık Halleri**, s.133, Koca, **Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı**, s. 232.

Kanun koyucu şüpheli veya sanığa her ne kadar müdafî ile görüşebilme hakkı tanımış ise de görüşmenin hangi gün ve saatler aralığında olması gerektiğini belirtmemiştir. Müdafî gözaltında veya tutukevinde bulunan müvekkili ile herhangi bir gün veya saat aralığına tabii olmadan elbette ki, bu hakkı kötüye kullanmamak koşuluyla her zaman görüşebilir.²⁹⁴ Bunun yanı sıra, hükümlülerin de tatil günleri dışında ve çalışma saatleri içinde olmak kaydıyla mesleki kimliklerini ibraz eden avukat ve müdafî ile başkalarının duymayacağı ortamda görüşebilme hakları vardır (CGTİHK md. 59). Görüleceği üzere; kanun koyucunun sadece hükümlülerin görüşme gün ve saatlerine kısıtlama getirdiğinden müdafîin gözaltında veya tutukevinde bulunan müvekkili ile görüşmesi resmi tatil veya mesai bitimi olduğu gerekçeleriyle engellenemez. Ancak hükümlüler vekaletnamesi olmayan müdafî veya avukatla en çok üç kez görüşme hakkına sahiptirler (CGTİHK md. 56/1). Müdafîin vekaleti olsa bile aynı anda birden fazla hükümlü ile görüşemez (CGTİHK md. 59/3).

Müdafîin gözaltında bulunan şüpheli ile görüşme yetkisi Terör ile Mücadele Kanunu'nun 10. maddesi ile sınırlandırılmıştı. Daha sonra yürürlüğü giren 21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 19. maddesi²⁹⁵ ile görüşme yetkisini sınırlandıran TMK m. 10 ilga edildi. Ancak 29.10.2016 tarihli ve 29872 sayılı Resmi Gazetede yürürlüğe giren 676 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 3. maddesi²⁹⁶ ile söz konusu kısıtlama yeniden 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na eklenmiştir. CMK md. 154/2'ye göre, TCK'da yer alan bazı suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imâl ve ticareti suçları bakımından gözaltına alınan şüphelinin müdafîi ile görüşme hakkı, Cumhuriyet Savcısının istemi üzerine, hâkim kararıyla yirmi dört saat süreyle kısıtlanabilir. Gözaltındaki şüphelinin bu zaman zarfında ifadesine başvurulamaz.

²⁹⁴ Bozdağ' a göre; müdafîi, gözaltında bulunan şüpheli ile gün ve zaman sınırlaması olmaksızın her zaman görüşebilmesine karşın; tutukevinde bulunan müvekkil ile CGTİHK m. 59 'atıf yaparak ancak resmi gün ve mesai saatleri içinde görüşebileceğini ileri sürmüştür. Kanaatimizce, CGTİHK m.59'da sadece hükümlülerden bahsedildiği için anılan hüküm tutuklu şüpheli/sanığı kapsamamaktadır. Bozdağ, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 143.

²⁹⁵ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140306M1-1.htm> (Erişim Tarihi: 24.08.2021)

²⁹⁶ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/10/20161029-5.htm> (Erişim Tarihi: 24.08.2021)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 08.02.1996 tarihli John Murray/ Birleşik Krallık kararında, şüphelinin gözüaltına alınmasından itibaren ilk 48 saat boyunca müdafii ile görüşmesinin engellenmesini, ceza yargılamasında hukuki yardımın ilk andan itibaren gerekli olduğunu ileri sürerek Sözleşme md. 6/1 ile md. 6/3-c'yi ihlal edildiğine karar vermiştir.²⁹⁷ Ancak AİHM, Brennan/Birleşik Krallık davasında, şüphelinin müdafisi ile 24 saat süresince görüşmesinin engellenmesini, suça dahil olan diğer suçluların haberdar olabileceğini gerekçe göstererek sözleşmeye aykırı bir durum olmadığına karar vermiştir. Başvurucunun 24 saat süresince kendi kendini suçlayan nitelikte ifadesinin alınmamış olması bu kararın verilmesine gerekçe oluşturmuştur.

3.1.4.2. Müdafinin Yazışma Yetkisi

Müdafii, şüpheli veya sanıkla vekâletname aranmaksızın her zaman yazışabilir. Şüpheli veya sanığın müdafii ile yazışmaları denetlenmez (CMK md. 154). Şüpheli veya sanık ile müdafii arasındaki yazışmalar bu kişilerin yanında bulunduğu sürece el konulması yasaktır (CMK md. 126). Kanunda yer alan “yanında bulunma” kavramı yazışmaların söz konusu kişilerin egemenlik altında bulunmasını ifade etmektedir.²⁹⁸

Müdafii, şüpheli veya sanıkla yüz yüze görüşmelerde savunmaya ilişkin yazılı belge verme ve alma hakkına sahiptir. Müdafinin şüpheli veya sanıkla yazışmaları mektup, telgraf, faks, kart şeklinde olabileceği gibi savunmaya ilişkin video kaseti veya belgeler içeren koli şeklindeki paketler de olabilir.²⁹⁹ Bu yazışmalar, sadece yazışmanın şüpheli veya sanık ile müdafii arasında olup olmadığının tespiti için muhatabın ve adresin kontrol edilmesi dışında denetime tabi tutulamazlar.³⁰⁰ Müdafii tarafından posta olarak gönderilen yazışmalar yabancı dilde dahi olsa denetlenemez. Müdafinin şüpheli veya sanığa yazdıkları açılmayıp denetlenemeyeceği gibi şüpheli veya sanığın müdafie yazdıklarının da açılmaması ve denetlenmemesi gerekir. Genel kural bu olmakla beraber, yazışmaların sadece müdafiden gelip gelmediği veya

²⁹⁷ Cengiz ve Diğerleri, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları* s. 177.

²⁹⁸ Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 203.

²⁹⁹ Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* s. 203-204; Koca, s. 242.

³⁰⁰ Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 204.

müdafiye gönderilip gönderilmediği tespiti açısından muhatabın ve adresin kontrol edilmesinde sakınca bulunmamaktadır.³⁰¹

AİHM'e göre, müdafî ile şüpheli veya sanık arasındaki yazışmalar ayrıcalıklı olup istisnai haller dışında açılmamalıdır. Nitekim AHİM 25.03.1992 tarihli Campbell ve Bell/Birleşik Krallık kararında,³⁰² müdafîin tutukluğa gönderdiği mektup içinde normal yöntemlerle belirlenmeyecek yasa dışı bir şey olduğu noktasında makul gerekçe var ise açılabilir. Mektup her ne kadar bu istisnai halde açılabilirse bile içeriği okunmamalı ve okunmasının önlemesi için gerekirse şüpheli veya sanığın önünde açılmalıdır. Ancak mektubun içeriğinin cezaevinin veya başkalarının güvenliği tehlikeye düşürdüğüne ilişkin makul bir sebep var ise okunmasına izin verilebilir.

3.1.5. Müdafîin Soru Sorma Yetkisi

Ceza muhakemesinde temel gaye, dava konusu maddi olaya ilişkin maddi gerçeğin ortaya çıkarttırılması ve hukuki değerlendirilmesinin saptanmasıdır. Kanun koyucu bu amaç doğrultusunda; muhakemenin süjelerinden olan iddia, yargılama ve savunma makamlarına maddi gerçeğin nasıl ortaya çıkarılması gerektiğine ilişkin hükümler düzenlemiştir. Maddi gerçeğin aydınlatılması için olayın ana rol konumunda olan şüpheli veya sanık, şikâyetçi ya da mağdur veyahut tanıkların dinlenmesi önemli bir rol taşımaktadır. Ceza muhakemesinde delillerin değerlendirilmesi konusunda beyanları alınan kişilere soru sorulması maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için oldukça önemlidir. Bu bağlamda soru sorma, ceza muhakemesi hukukunda maddi gerçeğin ortaya çıkması için muhakeme süjelerine tanınan önemli yetkilerden biridir.

Ceza Muhakemesi Kanununda soru sorma 201. maddede düzenlenmiş olup ilgili maddeye göre, *“Cumhuriyet savcısı, müdafî veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat; sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağırılmış 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*

³⁰¹ Koca, **Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı** s. 242.

³⁰² Centel, “Ceza Muhakemesinde Müdafîin Rolüne Eleştirel Yaklaşım”, s. 712.

başkanı karar verir. Gerektiğinde ilgililer yeniden soru sorabilir. Heyet halinde görev yapan mahkemelerde, heyeti oluşturan hâkimler, birinci fıkrada belirtilen kişilere soru sorabilir.” Söz konusu madde başlığında “doğrudan soru sorma” ibaresi yer alsa da, madde metni dolaylı soru sormayı da düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra ilgili düzenlemeden de anlaşılabileceği üzere, sanık zaten mahkeme veya hakim aracılığıyla duruşmadaki ilgili kişilere soru yöneltebileceği için kanun koyucu sanığa tanınmayan doğrudan soru sorma yetkisini müdafie tanımıştır.³⁰³

Ceza Muhakemesi Kanun’unda soru sorma, hukukçu sùjeler ile diğèr sùjeler yönünden iki farklı şekilde düzenlenmiştir. Aynı esaslara göre hazırlanan bu iki düzenleme arasındaki fark, hukukçu sùjelerin doğrudan soru sorabilme yetkisine sahip olmasına karşılık; diğèr sùjelerin hâkim veya mahkeme aracılığı ile soru sorabilmesidir. Hâkim veya mahkeme aracılığıyla soru sorabilme olarak adlandırılan dolaylı soru sorma yönteminde, amaç hâkim veya mahkemeyi nakil aracı olarak kullanmak olmayıp sorulan sorunun filtre edilerek denetlenmesi ve sorunun formüleleştirilebilmesidir.³⁰⁴ Ancak bu dolaylı denetleme yalnızca sanık veya katılanın sorduğı sorulara ilişkin olduğı, müdafinin veya vekilin soracağı sorular için denetlemenin mümkün olmayacağı bilinmelidir. Müdafî, sanık veya katılanın sorduğı soruya ilişkin yargılama makamının hükmün amacına aykırı davranarak değèrlendirme yaptığını fark ederse olaya müdahale edip bu durumu duruşma tutanağına yazdırmalıdır. Sonuç olarak duruşmaya katılan tüm dava tarafları soru sorma hak ve yetkisine sahip olup yalnızca bu yetkinin kullanım biçimi soru soranın hukukçu kimliğine sahip olup olmadığı noktasında farklılık göstermektedir.

Müdafî, CMK md. 201 hükmü gereğince, duruşma düzenine uygun olmak koşuluyla sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağırılmış diğèr kişilere doğrudan soru sorma hakkına sahiptir. Müdafî, hakim veya mahkeme aracılığı olmaksızın doğrudan soru sorma yetkisine sahiptir. Müdafinin sorduğı sorular; yargılama makamlarınca özetlenerek, elenerek veya formüle edilerek tutanağına geçirilmemelidir. Aksi durumda müdafî sürece müdahale ederek hukukun doğru uygulanmasını sağlamak için bu hususu duruşma tutanağına yazdırmalıdır. CMK md. 201 hükmü gereğince, doğrudan soru sorma hakkı müdafinin istemi halinde kullanılabilecek somut bir hak haline gelmiş olup müdafinin yargılamadaki konumunu

³⁰³ Toroslu ve Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 144.

³⁰⁴ Kocaoğlu, **Müdafî**, s. 236.

da düzeltilmiştir. Ancak uygulamada, hâkim ve savcıların iş yükünden dolayı bu hakkı pratiğe geçiremedikleri gibi müdafilerin de duruşmalarda daha önce verdiği dilekçeleri tekrar etmeleri hakkın kullanılmasını zorlaştırmaktadır.³⁰⁵

Müdafie, duruşmada dinlenen kişilerden veya okunan bir belgeden sonra ne diyeceğinin sorulması hususu da önem arz etmektedir. CMK md. 215'e göre; *“Suç ortağının, tanığın veya bilirkişinin dinlenmesinden ve herhangi bir belgenin okunmasından sonra bunlara karşı bir diyecekleri olup olmadığı katılana veya vekiline, Cumhuriyet savcısına, sanığa ve müdafisine sorulur.”* Fakat dinleme ve okuma sonrasında müdafie ne diyeceği sorulmasa dahi müdafinin doğrudan soru sorma yetkisi bulunmaktadır. Müdafinin doğrudan soru sorma hakkı, kısıtlanamayan mutlak bir hak olup hakkın kullanımı hakim veya mahkemenin iznine bağlı değildir. Müdafie, okunan belgelerin içeriğini bilmediği takdirde belgeyi okutmalı ve taleplerini tutanağa yazdırmalıdır.

3.1.6. Müdafinin İşlemlerin Bildirilmesini İsteme Yetkisi

Ceza muhakemesinde müdafie savunma makamını işgal ettiğinden dolayı şüpheli/sanığa ilişkin her türlü işlemi öğrenme hakkı vardır. Toplumsal menfaatin sağlanmasını amaçlayan ceza yargılamasında müdafinin hukuki konumu; özel çıkarın ön planda olduğu medeni yargılamadaki vekilden farklıdır. Medeni yargılamada vekil asılın iradesine bağlı olmasına karşın, ceza muhakemesinde müdafie birçok yetkiyle donatılmış olup bazı yetkileri asıldan bağımsız olarak kullanabilme hakkına sahiptir. Bu bağlamda kural olarak her muhakeme işleminin sanığa bildirimi müdafie bildirme yerine geçmediği gibi müdafie yapılan her bildirim de sanığa bildirime yerine geçmez.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda tebligatların kimlere nasıl yapılacağına ilişkin açık bir düzenleme yoktur. CMK md. 37/1'e göre, yasada belirtilen özel hükümler saklı kalmak koşuluyla, ceza muhakemesinde yapılacak tebligatlar Tebligat Kanunu'ndaki hükümlere göre yapılır. Tebligat Kanunu md. 11/1'e göre 'vekil aracılığıyla takip edilen işlerde tebligat yalnızca vekile yapılması gerekir. Ancak asılın birden fazla vekili bulunuyorsa vekillerden birine tebligat yapılması yeterlidir. Aynı işi takip eden birden fazla vekile tebligat yapıldığı takdirde bu vekillerden

³⁰⁵ Öztürk ve Diğerleri, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 272.

ilkine yapılan tebliğ tarihi esas alınacaktır. Fakat Ceza Muhakemesi Kanunu'nun, kararların sanığa tebliği edilmelerine ilişkin hükümler saklıdır. Tebligat Kanunu'nun yukarıda bahsedilen hükümleri değerlendirildiğinde, müdafî ile takip edilen işlerde tebligatların şüpheli veya sanığa yapılmasının gerekli olmadığı, tebligatların salt müdafîe yapılmasının yeterli olduğu sonucu çıkmaktadır.³⁰⁶ Ancak müdafî, ceza muhakemesinde her zaman sanığın temsilci konumunda olmadığı için kural olarak her muhakeme işleminin sanık ve müdafîe ayrı ayrı tebliğ edilmesi gerekir.³⁰⁷ Dolayısıyla sadece müdafîe yapılan tebligatlar, sanığa bildirme yerine geçmez. Müdafî sanığın temsilcisi olduğu hallerde ise sadece müdafîe tebligat yapılması yeterli olup ayrıca sanığa tebligat yapılması gerekli değildir. Fakat müdafîin sanığın temsilcisi konumunda olduğu haller oldukça kısıtlıdır. Ceza muhakemesinde sanık ve müdafî savunma tarafında birlikte yer almalarına karşın; birbirinden bağımsız iki farklı süje oldukları için savunmayı ilgilendiren muhakeme işlemlerinin her iki süjeye de ayrı ayrı tebliğ edilmesi gerekir.³⁰⁸ Nitekim CMK md. 35/2'de "*Koruma tedbirlerine ilişkin olanlar hariç, aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek hâkim veya mahkeme kararları, hazır bulunamayan ilgisine tebliğ olunur.*" şeklindeki hükümde, kararların tebliğine ilişkin yalnızca sanık veya müdafî ifadesinin kullanılmayıp "*ilgili*" kavramının tercih edilmesi tebligatların hem müdafîe hem de sanığa yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Yargıtay uygulamaları Tebligat Kanunu md. 11'e paralel olarak müdafî ile takip işlerde tebligatların salt müdafîe yapılmasının yeterli olacağı yönündedir. Ancak şüpheli veya sanığın kendisine baro tarafından müdafî atandığını bilmediği hallerde, hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkının gereği olarak tebligatların sadece müdafîe yapılması yeterli olmayıp şüpheli veya sanığa da ayrıca tebligatların yapılması gerekir.³⁰⁹

³⁰⁶ Bozdağ, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 191.

³⁰⁷ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, s. 482; Centel ve Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 205.

³⁰⁸ Centel ve Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 206.

³⁰⁹ "*Zorunlu müdafîinin yüzüne karşı yapılmış olan tefhim, kendisine zorunlu müdafî atandığından haberdar edilmeyen sanık açısından hukuki sonuç doğurmayacağından, temyiz süresin de başlatmaz. Bu nedenle, temyiz davasının sanık müdafîinin temyiz isteminin süresinden sonra olduğundan bahisle reddi yerine, gerekçeli kararın sanığın kendisine de tebliği gerekmektedir. Şu halde, sanığın kararı tebellüğ ettikten sonra süresinde temyiz dilekçesi vermesi halinde, Özel Dairenin kabul ettiği şekilde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın iadesinden önceki temyiz dilekçesine istinaden değil, fakat iadedden sonraki hükümle ilgili olmak üzere verilen dilekçeye dayalı olarak temyiz davasının açılması gerekmektedir. Buna karşılık, kararın kendisine tebliğ edilmesine rağmen sanık tarafından süresi*

3.1.7. Müdafii Kanun Yollarına Başvurma ve Başvurudan Vazgeçme Yetkisi

Ceza muhakemesinde verilen kararı doğru bulmayarak kanun yollarına başvurma yetkisi, kural olarak kararın kolektif bir şekilde verilmesinde mütalaalarıyla katkıda bulunan kişilere verilmiştir.³¹⁰ Ceza muhakemesinde müdafii sadece sanığın lehine savunma yapma zorunluluğunun bir sonucu olarak müdafii, sanığın açık arzusuna aykırı olmamak kaydıyla, sanık lehine kanun yollarına başvurabilme yetkisine sahiptir (CMK md. 261). Bu bağlamda, sanığın açık isteği doğrultusunda müdafii kanun yollarına başvuru yapama yetkisi engellenebilir. Müdafii bu yetkisinin sanığın iradesi ile kısıtlanması, müdafii sanığa karşı hür iradeli olmadığını ve sanığı sanığa rağmen savunmadığı için müdafii savunmasının tam anlamıyla toplumsal savunma olmadığı sonucuna varılmaktadır.³¹¹ Müdafii ceza muhakemesindeki hukuki konumu açık olarak belirtilmemiş olsa da müdafii, sanığa yardımcı olması gerektiği konusunda bir ihtilaf yoktur. Ancak müdafii toplumsal savunma makamını işgal etmesi, sanığa yardımcı olma ve sanığın lehine savunma yapma yükümlülüğünün bulunması nedeniyle sanığın iradesine aykırı olarak sanık lehine kanun yollarına başvurabilmelidir.³¹² Doktrinde savcının sanığın iradesine aykırı da olsa sanığın lehine kanun yoluna başvuruda bulunabilmesine karşın müdafii bu konuda kısıtlanması haklı olarak eleştirilmektedir.³¹³

Müdafii sanığın açık arzusuna aykırı olmayan hallerde kanun yoluna gidip gitmeme konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır. Nitekim CMK md. 261/1’de emredici nitelik arz etmeyen “başvurabilir” ifadesinin kullanılması takdir yetkisinin müdafide olduğunun göstergesidir. Ancak bu takdir yetkisi müdafii görevini savsaklayabileceği anlamına gelmez. Müdafii sanık hakkında verilen kararın hukuki denetimini önce kendisi yapmalı ve kararın üst mahkemeler tarafından denetime

içinde temyiz dilekçesi verilmemesi halinde ise sanık müdafinin süresinden sonra vaki temyiz isteminin reddine karar verilmeli ve Genel Kurulca duraksamasız olarak kabul edildiği gibi Özel Dairenin yaptığı aksine, iadedden önceki temyiz dilekçesine dayalı olarak da temyiz davası açılmalıdır.” YCGK Esas: 2008/9-7, Karar: 2008/56; Tarih: 18. 03. 2008; www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 29. 08.2021)

³¹⁰ Toroslu ve Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 307.

³¹¹ Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, , **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku** s. 489.

³¹² Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafii**, s. 159; Bozdağ , **Ceza Muhakemesinde Müdafii**, s. 195.

³¹³ Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 489.

muhtaç olduğuna kanaat getirdiği takdirde kanun yollarına başvuru yapmalıdır. İlk derece mahkemesinde yapılan ceza yargılamasında, maddi olayın değerlendirilmesi hukuka uygun yapılmış ise ve sanığa isnat edilen suça ilişkin tüm deliller hukuka uygun şekilde elde edilerek sanığın üzerine atılı suçu işlediğini ispatlanmış ise müdafî, sanık hakkında verilen hükmün hukuki değerlendirilmesinden tatmin olup, üst mahkemeye başvuru yapmanın kararın kesinleşmesini geciktirmekten başka fayda sağlayamayacağına kanaat getirip kanun yollarına başvurmaması, müdafîin görevini ihmal ettiği anlamına gelmemektedir.

Müdafîin sanığın lehine savunma yapma yükümlülüğü bulunduğundan, sanık aleyhine verilen kararlara ilişkin kanun yollarına başvurma zorunluluğu bulunmaktadır. Dolayısıyla müdafî sanığın lehine verilen hükümlere karşı tecrübelerine dayanarak kanun yoluna başvurmanın sanık için daha avantajlı olduğunu düşünüyorsa bu konuda takdir yetkisine sahip olmasına karşın sanığın açıkça aleyhine verilen bir hükme karşı kanun yoluna başvuruda bulunması müdafî için bir zorunluluktur.³¹⁴ Nitekim Yargıtay'ın da görüşü bu yöndedir.³¹⁵

Müdafîin sanık hakkında verilen beraat kararına karşı kanun yoluna başvurup başvuramayacağı da önem arz etmektedir. Sanık hakkında verilen beraat kararı kural olarak sanığın lehine bir karar olduğundan müdafî sanığın aleyhine olacak şekilde kanunun yoluna başvuramaz. Ancak Yargıtay'ın da görüşünde³¹⁶ belirtmiş olduğu gibi müdafî, beraat kararının gerekçesine karşı kanunun yoluna başvurabilir. Sonuç olarak müdafîin beraat kararının gerekçesine dayalı olmayan temyiz istemi hukuki yarar yokluğundan reddedilmektedir.

CMK md. 261/1 hükmü gereğince, müdafî ancak sanığın açık arzusuna aykırı olmamak koşuluyla kanun yoluna başvurabilir. Bir diğer anlatımla, sanık açık bir şekilde kanun yollarına başvurmayacağını mahkemeye veya müdafîe bildirmediği müdafîin kanun yollarına başvurma yetkisi bulunmaktadır. Sanığın açık muhalefetine

³¹⁴ Bozdağ, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 195.

³¹⁵ “Sanık avukatın katılan adına takip ettiği davanın aleyhine sonuçlanması üzerine iş sahibinin aksi yönde kesin talimatı olmadığı sürece temyize başvurmasının müdafîlik görevinin gereği olduğu, sanığın bu yükümlülüğünü süresinde yerine getirmemekle görevini savsaklamak suretiyle kişi mağduriyetine yol açtığı gözetilmeden hükümlülüğü yerine beraatına karar verilmesi, yasaya aykırı olduğundan hükmün bozulmasına oybirliğiyle karar verilmiştir” **Yarg. 4. CD, 21.10.2009, E. 2008/3090, K. 2009/16886, www.kazanci.com.tr** (Erişim Tarihi: 04.09.2021)

³¹⁶ “Sanık A.T hakkında 6136 sayılı Yasaya aykırılık suçundan verilen beraat kararını temyizinde hukuki yararı bulunmadığından, **sanık müdafîinin bu hükmün gerekçesine yönelik olmayan temyiz isteminin reddine karar verilmiştir**”. **Yarg. 1. CD, 05.05.2012, E. 2011/6944, K. 2012/4442, www.kazanci.com.tr** (Erişim Tarihi: 10.09.2021)

karşı müdafinin kanun yollarına başvurmama yetkisinin istisnası zorunlu müdafilik halidir. CMK md. 266/3'e göre, "150'nci maddenin ikinci fıkrası uyarınca, kendisine müdafî atanan şüpheli veya sanıklar yararına kanun yoluna başvurulduğunda veya başvurulmuş kanun yolundan vazgeçildiğinde şüpheli veya sanık ile müdafinin iradesi çelişirse müdafinin iradesi geçerli sayılır." Dolayısıyla görevlendirilmiş zorunlu müdafilik hallerinde, sanık açık bir şekilde kanun yollarına başvurmak istemediğini beyan etse de müdafî bu konuda takdir yetkisine sahip olup hükmün hukuki değerlendirmesini yaptıktan sonra sanığın daha lehine olacağını düşünüyorsa kanun yollarına başvurabilir. Temel kurala istisna teşkil eden bu hal, sadece görevlendirilmiş zorunlu müdafî için geçerli olduğundan, seçilmiş zorunlu veya ihtiyari müdafî ile görevlendirilmiş ihtiyari müdafî bu kapsamda değildir.³¹⁷

Müdafinin vekâletnamesinin bulunmaması kanun yollarına başvuru yetkisini engellemez.³¹⁸ Temel kaide, müdafilik sıfatı bulunan avukatın kanun yoluna başvurması iken;³¹⁹ bazı istisnai durumlarda henüz müdafilik sıfatını kazanmamış olan bir avukat kanun yoluna başvurmuş ise, sanığın onayı üzerine bu başvuru geçerli sayılmalıdır. Çünkü sanığın verdiği onay, iradesinin kanun yollarına başvurma şeklinde olduğunun göstergesidir.³²⁰

Kanun yollarına başvurma yetkisi olan müdafî kural olarak, kanun yollarından vazgeçme ve başvuruyu geri alma yetkisine de sahiptir. CMK md. 266'daki hüküm başlığında her ne kadar "kanun yolundan vazgeçme ve etkisi" ibaresi yer alsada, ilgili madde hem başvuru yolundan vazgeçmeyi hem de başvurunun geri alınmasını kapsamaktadır. Kanun yoluna başvurudan vazgeçme ve başvurunun geri alınması birbirinden farklıdır. Kanun yollarından vazgeçme, kanun yoluna başvurmadan önce bu hakkın düşürülmesi iken; başvurunun geri alınması kanunun yoluna başvurulduktan sonra bu hakkın düşürülmesini ifade eder.³²¹ Dolayısıyla CMK md. 266'daki başlıkta sadece kanun yolundan vazgeçme ibaresinin kullanılmış olması doğru değildir.³²²

³¹⁷ Bozdağ, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 198.

³¹⁸ Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, s. 498; Toroslu ve Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku** s. 145; Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 157.

³¹⁹ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 158.

³²⁰ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 158.

³²¹ Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 1314.

³²² Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 160.

CMK md. 266/2'ye göre, müdafinin kanun yolu başvurusundan vazgeçebilmesi veya başvuruyu geri alabilmesi için vekâletnamede bu konuda özel olarak yetkilendirilmiş olması gerekir. Bir diğer ifade ile müdafinin bu yetkileri kullanabilmesi için özel vekâlete sahip olması şarttır. Yasa koyucunun öngördüğü bu şekil şartı usul güvenliği için alınan bir tedbirdir. Kanun lafzında her ne kadar sadece vazgeçmeden bahsedilmiş olsa da müdafî, hem kanun yolundan vazgeçme başvurusu için hem de başvurunun geri alınması için ayrı ayrı ve açık bir biçimde yetkilendirilmesi gerekir. Zira müdafî kanun yolu başvurusundan vazgeçme için yetki verilmiş olması başvuruyu geri alma yetkisinin de verilmiş olduğu anlama gelmemektedir. Uygulamada ise düzenlenen vekâletnamelerde sadece feragatten bahsedilmektedir.³²³

Uygulamada, genellikle kanun yolundan vazgeçme ve başvuruyu geri alma yetkisi henüz somut bir kanun yolu başvurusu yokken daha soruşturma veya ilk derece mahkemesi aşamasında iken müdafî verildiği görülmektedir. Bu nedenle müdafî, hatalı duruma düşmekten kendisini korumak ve avukatlık hukuku bağlamında disiplin sorumluluğunun doğmaması için bu yetkileri kullanmadan önce sanığın iradesini tekrar araştırmalıdır. Hatta müdafinin bu yetkileri kullanmadan önce sanıktan kanun yolu başvurusundan vazgeçtiğine veya başvuruyu geri aldığına ilişkin yazılı ve imzalı belge alarak dosyaya eklemesi daha doğru olacaktır. Zira uygulamada sözel olarak müdafî kanun yolundan vazgeçtiğini beyan eden ve süre geçtikten sonradan müdafî kanun yoluna başvurmadağı gerekçesiyle suçlayan birçok kişi bulunmaktadır. Sanığın birden fazla müdafinin bulunması ve bunlardan yalnızca birinin kanun yolu başvurusundan vazgeçme veya başvuruyu geri alma konusundaki özel yetkisine istinaden kanun yolundan vazgeçmesi veya başvuruyu geri alması, diğer müdafiler için de bağlayıcı olacaktır.³²⁴ Ayrıca, vazgeçme ve geri alma ile kanun yollarına başvuru hakkı düştüğünden dolayı tekrar kanun yollarına başvuru yapılamaz.³²⁵

Kanun yollarından vazgeçme veya başvurunun geri alınması hususunda sanık ile müdafinin iradesi çelişirse kural olarak bu hakların asıl sahibi olan sanığın iradesi geçerlidir (CMK md.266/3). Ancak CMK md.150/2'ye göre, görevlendirilen zorunlu

³²³ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 160.

³²⁴ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 160.

³²⁵ Toroslu ve Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 233.

müdafî ile sanığın iradesinin çelişmesi durumunda müdafîin iradesi geçerli sayılır. Kanun koyucu genel kurala istisna getirerek görevlendirilmiş zorunlu müdafîlik hallerinde, sanığın kendi yararına olan durumu iyi değerlendiremeyeceğini varsaydığından kanun yolları mekanizmalarının kullanılmasında müdafîe takdir yetkisi vermiştir.³²⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bu durumu açıkça belirtmiş olup kanun yollarının kullanılmasında, görevlendirilmiş müdafîin iradesinin üstün sayılacağına karar vermiştir.³²⁷

3.2. MÜDAFİİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Ceza muhakemesinde baş aktör olan şüpheli ve sanık iddia makamına karşı toplumsal bir savunma makamı tarafından savunulmaya ihtiyaç duymaktadır. Bu ihtiyacı giderecek kişi ise hukuki ve teknik bilgiye sahip olan müdafidir.

Müdafî, şüpheli veya sanığı savunmakla görevli olup görevini eksiksiz bir biçimde yapmalıdır. Hatta şüpheli veya sanığın soruşturmada takipsizlik kararı almasını, kovuşturmada beraat etmesini sağlamak veya iddia edilen fiile orantılı bir ceza alması sağlamak için görevini iddia ve yargılama makamından daha iyi yapmalıdır.³²⁸

Müdafî savunma görevini ifa ederken şüpheli veya sanığa karşı yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadır. Müdafîin yükümlülüklerini yerine getirerek yapacağı savunma şüpheli veya sanıkla arasındaki güven ilişkisini pekiştirecektir. Müdafîin yükümlülüklerine aykırı yaptığı savunmalar kamu vicdanını rahatsız edeceği gibi müvekkilinin hürriyetini de olumsuz etkileyecektir.

3.2.1. Savunma Görevini Dürüstlük ve Özenle Yapma Yükümlülüğü

Ceza muhakemesinde müdafîin en temel görevi yargılamanın adil ve hakkaniyetli olmasını sağlamak için şüpheli veya sanığı savunmaktır. Müdafî, kendisine teklif edilen işi hiçbir neden göstermeden reddetme hakkına sahiptir (Av. K. md. 37). Ancak müdafî, görevi kabul ettiği takdirde, seçilmiş veya Baro tarafından görevlendirilmiş olup olmaması fark etmeksizin savunma görevini

³²⁶ Kocaoğlu, **Müdafî**, s. 232.

³²⁷ **Yarg. 6. CD, 17.09.2007, E. 2007/10721, K. 2007/9070**, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 17.09.2021)

³²⁸ Kocaoğlu, **Müdafî**, s. 240.

kurallara uyarak müdafilik ahlakına yakışır biçimde dürüstlikle ve özenle yerine getirmek zorundadır. Müdafî savunmasını dürüstlikle yapması gerektiği için yalan söyleyemez ve adaleti engelleyici yollara başvuramaz.³²⁹ Müdafîin savunma görevini kurullara uygun yapma yükümlülüğü, aynı zamanda müdafîin ceza yargılamasındaki hükme katıldığıının belirtisidir.³³⁰

Müdafî, savunma görevini üstlenme konusunda takdir yetkisine sahiptir. Ancak müdafî üstlendiği görevi, müvekkili ile aralarında yazılı sözleşme olmasa bile kural olarak sonuna kadar götürme zorunluluğu bulunmaktadır (Av. K. m. 171/1). Müdafî işi kabul ettiği andan itibaren üstlendiği savunma görevini bu görevin gerekliliğine yakışır şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek zorundadır (Av. K. md. 34). Bunu yanı sıra müdafî, avukatlık unvanının gerektirdiği saygıya yakışacak şekilde davranmalı ve TBB tarafından belirlenen meslek kurallarına uymalıdır. Bu durum aynı zamanda müdafî için bir ahlaki ödevdir. Müdafî savunma görevini haklı bir sebep olmadan yerine getirmezse ücret isteme hakkı bulunmadığı gibi aldığı ücreti de geri vermek zorundadır. Ancak müdafîin üstlendiği savunma görevi bir kamu hizmeti olduğu için yasa koyucunun bu görevi yarıda bırakmanın sonuçlarını detaylı açıklamaması doktrinde eleştirilmektedir.³³¹

Müdafî savunma görevini nasıl yerine getireceğini dava konusu olaya bağlı olarak kendisi takdir eder. Kuşkusuz, müdafîin en temel amacı şüpheli veya sanığın beraatini veya kanunlarda öngörülen cezadan fazla ceza almamasını sağlamaktır. Ancak müdafîin delilleri değiştirme, sanığa kaçması yardım edip yer temin etme gibi adli makamların etkinliğini ortadan kaldırmaya yönelik davranışları savunma görevi ile bağdaştırılamaz.³³²

Müdafî, savunma görevinin ifası kapsamında şüpheli veya sanık lehine delilleri ortaya çıkarmak için her türlü meşru yollara başvurabilir. Ancak müdafîin yargılamayı uzatmak için hükme etkisi olmayan veya önceden şüpheli veya sanık lehine kanıtlanmış hususlara ilişkin delilleri ortaya çıkarması savunma görevi ile bağdaşmamaktadır. Nitekim CMK md. 206/2-c'ye göre, bu durumda delilin reddedilebileceği öngörülmektedir. Müdafîin şüpheli veya sanık lehine hareket etme

³²⁹ Bozdağ, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 205; Kocaoğlu, **Müdafî**, s. 242.

³³⁰ Toroslu ve Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 141..

³³¹ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 166

³³² Centel ve Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 207.

yükümlülüğü olduğundan lehe olan bir delili sunmadan önce söz konusu delilin gerçekten şüpheli veya sanık lehine olup olmadığını özenli bir biçimde araştırmalıdır.

Müdafî (seçilmiş olmak kaydıyla) üstlenmiş olduğu savunma görevini haklı bir sebep olmadan yerine getirmedeği takdirde şüpheli veya sanık tarafından veya onların kanuni temsilci tarafından azledilebilir. CMK md. 150 kapsamında görevlendirilen zorunlu veya ihtiyari müdafî, duruşmaya katılmazsa veya duruşmadan vakitsiz olarak çekilirse veya savunma görevini yerine getirmekten kaçınırsa hakim veya mahkeme re'sen ya da talep üzerine Baro'dan başka bir müdafîin görevlendirilmesini istemek zorundadır (CMK md. 151/1). Anılan yasal hükümde, her ne kadar sadece baro tarafından görevlendirilmiş müdafiden söz edilmişse de, seçilmiş zorunlu müdafîin de üzerine düşen yükümlülüklerine yerine getirmedeği takdirde hakim veya mahkeme tarafından müdafî görevlendirilmesi için ilgili baroya bildirim yapılması gerekir.

Müdafî savunma görevinin gereklerine uygun davranmak zorundadır. Aksi takdirde müdafî hakkında disiplin soruşturması yapılarak disiplin cezası uygulanır. Savunma görevini ifa etmeyen müdafîe kayıtlı olduğu baro disiplin kurulu tarafından ilkinde en az kınama, tekrarı olması halinde ise durumun ağırlığına göre para ceza veya işten çıkarma cezası verilir (Av. K. md. 136/1-2).

Müdafî, seçilmiş veya görevlendirilmiş olması fark etmeksizin haklı bir sebep olmadan savunma görevini yerine getirmedeği takdirde hakkında adli soruşturma da açılabilir. TCK ve Avukatlık Kanunu hükümleri değerlendirildiğinde, hem seçilmiş hem de görevlendirilmiş müdafîin kamu görevlisi sayıldığı ve kamu hizmeti görevini yerine getirdiği anlaşılmaktadır. Müdafîin savunma görevi kapsamında kamu görevlisi sayıldığı için görevinin gerekliklerini yerine getirmemesi, hakkında “görevi kötüye kullanma” suçundan soruşturma kovuşturma açılmasına neden olur.³³³

3.2.2. Sır Saklama Yükümlülüğü

Müdafî görevi nedeniyle müvekkili hakkında öğrenmiş olduğu sır nitelikteki bilgileri saklamak zorundadır. Avukatlık Kanunu md. 36/1'e göre, müdafî kendisine tevdi edilen iş veya görevinin gerekliliği olarak öğrenmiş olduğu hususları ifşa edemez. Sır, herkes tarafından bilinmeyip sadece sır sahibi ile onun bilmesini istediği

³³³ Kocaoğlu, **Müdafî**, s. 243.

kişiler tarafından bilenen açıkladığı zaman sır sahibine maddi ve manevi zararlar veren kişinin özel yaşamına, iş ve ticari faaliyetlerine ilişkin olay ve olgulardır.³³⁴ Meslek sırrı ise, meslek mensubu bir kimsenin görevini ifa sırasında hizmet verdikleri kişi hakkında veya onun vasıtasıyla üçüncü kişiler hakkında öğrendiği gizli bilgi, olay ve olgulardır.³³⁵ Bir bilginin, meslek mensubu kimsenin görevinin ifası sırasında mı yoksa müvekkil ile aralarındaki sosyal ilişki sırasında mı öğrenildiği konusunda belirsizlik varsa görevinin ifası sırasında öğrenildiği kabul edilmelidir.³³⁶

Müdafiin şüpheli veya sanığa ilişkin sırrı açıklamama yükümlüğü sır sahibine fayda sağladığı kadar kamuya da fayda sağlamaktadır.³³⁷ Çünkü, şüpheli veya sanık müdafii ile sırrını paylaşırken bunun açıklanmayacağı konusunda emin olmalarında kamusal menfaat vardır. Şüpheli veya sanık isnat edilen suça ilişkin gerçeği müdafii ile paylaşması müdafiin çıkış yolu bulmasına yardımcı olur.

Müdafi savunma görevini layıkıyla yerine getirebilmesi için şüpheli veya sanığın tıpkı doktoruna güvendiği gibi müdafie güvenmeli ve başından geçenleri hiçbir korku ve endişeye kapılmadan müdafie anlatabilmelidir.³³⁸ Bu nedenle müdafiin mesleki faaliyeti sırasında öğrendiği hususların açıklanması yasaklanmıştır. Ancak müdafiin saklaması gereken sırrın konusu, şüpheli veya sanığın sadece müdafilik sıfatından kaynaklı olarak kendisi ile paylaştıkları olduğu için herkes tarafından bilinen şeyler müdafiin meslek sırrına konu olamaz. Dolayısıyla, müdafilik sıfatından kaynaklanmayan ve görevi nedeniyle öğrenmediği sırlar meslek sırrı niteliği taşımamaktadır.

Müdafi meslek sırrı kapsamındaki konularda kural olarak tanıklık yapamaz. Ancak şüpheli veya sanık, müdafiin kendisine tevdi edilen ve görevi sebebiyle öğrenmiş olduğu sırlar konusunda müdafiin tanıklık yapmasına muvafakat ettiği takdirde müdafii bu hususlarda tanıklık yapabilir (Av. K. md. 36/1). Müdafiin bu durumda tanıklık yapması her ne kadar şüpheli veya sanığın muvafakatine bağlı olsa da müdafii muvafakate rağmen tanıklıktan çekinebilir (Av. K. md. 36/1; CMK md. 46/1-a). Bir diğer ifadeyle, şüpheli veya sanık müdafiin tanıklık yapmasına izin verse

³³⁴ Centel ve Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 214.

³³⁵ Centel ve Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 214.

³³⁶ Centel ve Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 215.

³³⁷ Mahmutoğlu ve Dursun, **Türk Hukukunda Müdafiin Yasaklılık Halleri**, s. 79-80.

³³⁸ Kocaoğlu, **Müdafi**, s. 247.

de müdafî takdir yetkisine olduğu için tanıklık yapmayabilir. Müdafîin çekinme hakkını kullanması hukuki veya cezai sorumluluğa yol açmaz (Av. K. md. 36/2). Müdafî şüpheli veya sanığın izni dahilinde tanıklıktan çekinme hakkını kullanmayıp tanıklık yapmak istediğinde, müdafîe tanık olarak beyanı alınmadan önce tanıklıktan çekinme hakkının olduğu hatırlamalı, aksi halde beyanları kanıt olarak değerlendirilemez.³³⁹

Müdafîin sır saklama yükümlülüğüne riayet ederek hem sanığın menfaatini hem de müdafîlik avukatlık mesleğinin güvenini korur.³⁴⁰ Müdafîin savunma görevi bir kamu hizmeti olduğu için sır saklama yükümlülüğü ile bağlı olmazsa, kendisinden beklenen görevi yerine getirmemiş olacaktır. Müdafîin sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi, olayın özelliklerine bağlı olarak haberleşmenin gizliliğin ihlal suçu (TCK md. 132,137) veya kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme suçu (TCK md. 136) meydana gelebilir. Ayrıca müdafîin bu yükümlülüğü ihlal etmesi sebebiyle şüpheli veya sanık için maddi veya manevi bir zarar ortaya çıkıyorsa ve ihlal ile zarar arasında da nedensellik bağı kurulabiliyorsa, müdafî bu zarardan sorumlu tutulabilir.³⁴¹

Müdafîin sır saklama yükümlülüğü nedeniyle sanığın aleyhine olan hususları bildirmeyebileceği gibi aleyhe olan delilleri vermeye de mecbur değildir. Ancak müdafî sanığın masumiyetini sanıktan öğrenmişse ve sanık bazı nedenlerden dolayı bunu açıklamak istemese de müdafîi sanığın iradesine aykırı davranıp bunun delillerini ileri sürebilmelidir. Müdafî sanığın masumiyetini, görevi dışında öğrenmişse tanıklık yapmayı tercih etmelidir. Sırrın açıklanması sanığın beraatini veya daha hafif bir ceza ile cezalandırılmasını gerektiriyorsa sır sahibinin rızası olmasa da müdafî tanıklık yapabilir.³⁴²

³³⁹ “Müdafiler bu sıfatları ile ve hekimler ile ebeler sanatları icabınca vakıf oldukları sırlar hakkında tanıklıktan çekinebilirler.[...].Tanıklıktan çekinme hakkı olan kimselere, bu hakları dinlenmeye başlanmadan önce hatırlatılmalı ve bu haklarını kullanıp kullanmayacakları hususu da tutanağa yazılmalıdır. **Tanıklıktan çekinme hakkı bulunan bir kimsenin bu hakkı hatırlatılmadan dinlenilmesi halinde beyanlarının kanıt olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.** Hükümde en belirleyici kanıt olarak kabul edilen ve tanık olarak dinlenilmiş olan avukatın kimliğine ilişkin bilgilerin tespit edilerek duruşma tutanağına geçirilmemesi ve tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğunun hatırlatılmaması suretiyle usul kurallarına aykırı davranılmıştır” **YCGK, E.1999/1-213, K. 1999/219 T. 28. 09. 1999, www.kazanci.com** (Erişim Tarihi: 27.09.2021)

³⁴⁰ Mahmutoglu ve Dursun, **Türk Hukukunda Müdafîin Yasaklılık Halleri**, s. 79-80.

³⁴¹ Kocaoğlu, **Müdafî**, s. 250.

³⁴² Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 181.

Müdafiin sır saklamakla yükümlülüğü sadece baktığı dava ile sınırlı değildir. Müdafî öğrenmiş olduğu sırrı başka bir davada veya zamanda da saklamak zorundadır. Müdafîin görevi sebebiyle öğrenmiş olduğu sırrı saklama yükümlülüğü süreye bağlı olmadığı için müdafîin meslekten ayrılmış olması bu yükümlülüğü ihlal edebileceği anlama edebileceği anlamına gelmemektedir (Av. Mes. Kur. md. 37/1-b). Ayrıca müdafî sanık hakkındaki sırrı, kendisinin veya başkasının müdafî sıfatıyla öğrenmişse, bu sırrın sır sahibi tarafından söylenmiş olması fark etmeksizin müdafîin sır saklama yükümlülüğü bulunmaktadır.³⁴³

3.2.3. Maddi Gerçeğin Ortaya Çıkarılmasına Yardım Etme Yükümlülüğü

Ceza muhakemesinin amacı davaya konu suçun gerçekten sanık tarafından işlenip işlenmediğinin hukuk devletinin ilkeleri ışığında araştırılarak maddi gerçeğe ulaşmaktır.³⁴⁴ Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması, işlendiği iddia edilen suça dair tüm delillerin doğru bir şekilde saptandığı ve maddi olaya cezai normların doğru uygulandığı anlamına gelmektedir.³⁴⁵ Ceza muhakemesine katılan her süje olanakları dahilinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardımcı olmakla yükümlüdür. Ancak maddi gerçek her ne pahasına olursa olsun ulaşılmaması gereken bir hedef değildir. Maddi gerçeğe ulaşmak için sanığın muhakemenin süjesi konumundan objeye dönüşerek işkence ve kötü muamele gibi insan onuru ile bağdaşmayan yöntemlere maruz kalması hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Dolayısıyla maddi gerçeğe ulaşmak için her yönetime başvurulması meşru sayılmamalı, başvurulacak yöntem insan onurunun korunmasını güvence altına alan hukuk devleti ilkesine aykırı olmamalıdır.

Ceza muhakemesinde, her süjenin olduğu gibi müdafîin de maddi gerçeği ortaya çıkarma yükümlülüğü bulunmaktadır. Müdafîin maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardım etme görevi, toplumsal savunma makamında yer alarak kamu hizmeti niteliğindeki görevini yerine getirmesinin doğal sonucudur.³⁴⁶ Ancak müdafî maddi gerçeğin ortaya çıkarılması adına şüpheli veya sanık aleyhine olan delilleri ileri süremez ve sır saklama yükümlülüğünü ihlal edemez. Müdafîin maddi gerçeğin

³⁴³ Centel ve Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 215-216.

³⁴⁴ Toroslu ve Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 7.

³⁴⁵ Centel ve Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 213.

³⁴⁶ Centel ve Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 213.

ortaya çıkarılması için şüpheli veya sanık aleyhine delilleri ileri sürmesi, en temel görevi olan savunma görevinin ihlali anlamına gelir.

Müdafiin yargılamadaki konumu düşünüldüğünde maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için olayların saptanması açısından savcı ve hakimden beklenen ile müdafiden beklenen aynı olamaz.³⁴⁷ Çünkü müdafî savunma görevi nedeniyle şüpheli veya sanık aleyhindeki hususları ileri sürmeye mecbur değildir. Kaldı ki, müdafîin böyle bir sorumluluğu da olamaz. Müdafî her zaman şüpheli veya sanığın lehine hareket etmek zorundadır.

Müdafiin iddia makamı gibi şüpheli veya sanık aleyhine olan hususları araştırma ödevi bulunmamaktadır. Müdafî ile müvekkili arasındaki ilişki bir hukuk danışmanlığı ilişkisi olmayıp müdafilik ilişkisidir. Ceza muhakemesinde her süjenin maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardım etme görevi bulursa da müdafîin maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasındaki yükümlülüğü müvekkilin lehine hareket etme ve sır saklama yükümlülüğü ile bağdaştığı ölçüde ve sanığın menfaatlerine zarar vermeyecek şekilde sınırlıdır.³⁴⁸

Öte yandan, müdafîin şüpheli veya sanığın daha ağır bir ceza almasını gerektirecek maddi olayların ortaya çıkarılmasına yardım etme görevi olmadığı gibi iddia ve yargılama makamının gerçeği ortaya çıkarmak için araştırma faaliyetlerine müdahale etme gibi bir hakkı da yoktur.³⁴⁹ Müdafî şüpheli veya sanığın aleyhindeki delilleri bilse bile, ileri süremeyeceği gibi şüpheli veya sanığın aralarındaki güven ilişkisinden kaynaklı olarak yapmış olduğu ikrarı veya itirafı duyuramaz. Doktrindeki görüşe göre, müdafî şüpheli veya sanığa ikrarını açıklama konusunda telkinde bulunamasa da ikrar sonucunda hakkında daha hafif bir ceza alma imkanı varsa veya inkar durumunda hakkında daha ağır bir cezanın hükmedilmesi tehlikesi varsa, müdafîi şüpheli veya sanığına inkar ve itiraf konusunda tavsiye veya telkinde bulunabilir.³⁵⁰

³⁴⁷ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 177.

³⁴⁸ Centel ve Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 213; Kocaoğlu, **Müdafi**, s. 257.

³⁴⁹ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 178.

³⁵⁰ Centel, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, s. 179.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

MÜDAFİİN UYGULAMADA KARŞILAŞTIĞI SORUNLAR

4.1. UYGULAMADA KARŞILAŞILAN SORUNLAR

4.1.1. Mahkeme Düzenindeki Eşitsizlik

Ceza muhakemesinde her süjenin kendine özgü bir statüsü vardır. Süjeler muhakeme sürecinde tek başına işlem yapabilen ve taleplerde bulunan kişileri ifade etmektedir. Savcı, bir kimsenin suç işlediğini ileri sürerek yargılama makamlarına başvuran ve devlet adına davacı olup iddia makamını işgal eden süjedir. Savcının sanığın hem aleyhine hem de lehine olan delilleri toplama yükümlülüğü objektiflik ilkesinin bir sonucudur. Ceza muhakemesinde, Anglo-Amerikan hukuk sisteminin aksine iddia ve savunma arasında bir yarış söz konusu olmayıp maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için işbirliği söz konusudur.³⁵¹ Dolayısıyla hiçbir makamının diğerinin karşısında taraf olmaması gerekir.

Savcının sanığın lehine olan delilleri toplaması veya sanık lehine kanun yollarına başvurabilmesi savcının taraf olmadığını düşündürebilir. Ancak savcı, soruşturma evresinde elde ettiği delillerle kamu davası açıp toplum adına iddia makamını işgal etmektedir.³⁵² Tüm bunlar yan yana getirildiğinde, savcının bir taraf olmadığı, sadece maddi gerçeğe ulaşmak için faaliyette bulunduğu düşünülse de savcının sanığın lehine olan delilleri toplaması veya sanığın beraati yönünde mütalaa vermesi savcının iddia makamını işgal ettiği gerçeğini değiştirmemektedir. Dolayısıyla savcı muhakemede makam itibarıyla iddia görevini yürüten bir taraftır.³⁵³

Ceza muhakemesinde silahların eşitliği ilkesinin kapsamında adil bir yargılama için iddia ve savunma makamlarına sunulan usul hukukuna ilişkin olanakların birbiriyle dengeli olması gerekir. Bunun bir sonucu olarak, savunma

³⁵¹ Centel ve Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 120.

³⁵² Centel ve Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 114.

³⁵³ Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku** s. 377.

makamının hakimden uzak tutulduğu kadar iddia makamının da uzak tutulması gerekir. Mahkeme düzeninde, iddia makamı hakimle aynı seviyede ve üst platformdaki kürsüde yer almasına karşın; savunma makamını işgal eden müdafî ise, sanıkla aynı seviyede zemin döşemeli bir masa üzerinde oturmaktadır. Ceza muhakemesinde bu durum son derece hatalı olup tarafların eşitliği ilkesine aykırıdır. Uygulamada bu konu avukatlar arasında espirili bir ifade ile “marangoz hatası” olarak nitelendirilmektedir.

Ancak bu durum elbette ki bir marangoz hatası değildir. Devletin birey karşısında güçlü olması gerektiği düşüncesiyle devletin temsilcisi olan savcı üst platformda konumlanmıştır. Söz konusu durumun silahların eşitliği ilkesine aykırı olduğu, Avrupa Birliği Komisyonu tarafından “Türk Yargı Sisteminin İşleyişi” konusunda hazırlanan raporda belirtilmiştir. İlgili rapora göre;³⁵⁴ “Mahkemedeki duruşmalar boyunca, savcı, hâkimlerle aynı seviyede bir platformda ve doğrudan onlara bitişik/yakın olarak oturmaktadır. Bazı duruşma salonlarında, özellikle Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi’nde olduğu gibi, bu platform savcı ve hâkimleri zeminden 2-3 metre kadar yükseltmektedir. Bu arada, savunma avukatları, halkla ve sanıklarla aynı seviyede, zemin döşemesi üzerindeki bir masada oturmaktadırlar. Biz, hepsi de savunma avukatından fiziksel olarak uzaklaştırılmış olarak, duruşma salonunun düzeninin ve hâkimlerin ve savcının yakınlığının problem doğurucu olduğunu düşünmekteyiz. Savcının hâkimlere bu kadar yakın oturması ve aynı seviyede olması gerçeği, savcıya daha fazla önem verildiği ve savunma avukatına göre daha fazla saygı/itibar ile muamele gösterildiği izlenimini doğurmaktadır. Başka deyişle, duruşma salonunun mevcut düzenlemesi/tasarımı silahların eşitliğinin görünümünü doğrudan baltalamaktadır.” Dolayısıyla, yargılamada silahların eşitliğinin sağlanması için mahkeme düzeninin değişmesi gerekli olup iddia makamı üst kısmındaki platformda yer alan kürsüden inmeli ve savunma makamı ile aynı seviyede yer almalıdır.

³⁵⁴ Kjell Bjornberg ve Paul Richmond, Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi, İstisari Ziyaret Raporu, 28 Eylül 2003-10 Ekim 2003

4.1.2. Karar veya Ara Karar Görüşmelerinde İddia Makamının Salondan Çıkamaması

Ceza muhakemesinde karar vermeye elverişli tüm deliller toplandıktan ve mahkemece bir kanaate ulaşıldıktan sonra son sözü hazır bulunan sanığa verilip duruşmanın sona erdiğini açıklanır (CMK md. 216/3; CMK md. 223/1). Duruşma bittikten sonra toplu mahkemelerde duruşmaya katılan hakimler delileri tartışmak ve oy vermek üzere; tek hakimli mahkemelerde ise hakim edindiği kanaati somutlaştırmak için duruşma salonundan çekilirler. Müzakereye ancak karara ve hükme katılacak hakimler ile mahkeme başkanının takdir yetkisi ile stajyer hakim veya avukatlar katılabilir (CMK md. 227/1-2). Ancak iddia makamı müzakereye katılım sağlayamaz aksi halde sanığın son sözü söyleme hakkı ihlal edilmiş olur.³⁵⁵ Müzakere sonucunda oluşan hüküm duruşmada aleni olarak okunup tutanağa geçirilerek müzakere sona erdirilir.

Hüküm, mahkemenin davaya konu uyuşmazlık hakkında verdiği nihai karara denir. Ara karar ise davaya son vermeyen ve uyuşmazlığın esasını çözmemekle birlikte davanın yürütülmesine yarayan ve uyuşmazlıkla ilgili yan sorunlara dair verilen karar olarak ifade edilir. Uygulamada mahkemenin karar veya ara karar vermek için duruşmaya ara vermesi halinde, sanık ve müdafî dahil olmak üzere herkes mahkeme salonundan çıkarılmasına rağmen iddia makamının kürsüde kalmaya devam etmektedir.

Müzakerede iddia makamı gibi mahkeme heyetinin dışında kimselerin bulunması hukuka aykırı olup verilen hükmü şüpheli hale getirecektir. AHİS md. 6/1’de düzenlenen adli yargılanma hakkı kapsamında sanığa tanınan haklardan biri de tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkıdır. Mahkemenin tarafsızlığı objektif ve sübjektif olmak üzere iki yönlüdür. Sübjektif tarafsızlık, hakimin birey sıfatıyla kişisel tarafsızlığını ifade ederken; objektif tarafsızlık mahkemenin bireyin nezdinde bıraktığı izlenim olarak ifade edilir.³⁵⁶ Müzakerede iddia makamının kürsüde kalmaya devam etmesi sübjektif tarafsızlığı zedeleyeceği gibi objektif tarafsızlığı da zedeleyecektir. AIHM içtihatlarında devamlı belirtildiği üzere *“adaletin sadece gerçekleştirilmesi yetmez; aynı zamanda gerçekleştirildiğinin*

³⁵⁵ Centel ve Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 748.

³⁵⁶ Cengiz ve Diğerleri, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, s. 106.

görülmesi de gerekir.”³⁵⁷ Kamu adına yargılama faaliyetine müdahil olan savcı, savunma görevine yerine getiren müdafî gibi ceza davasının tarafıdır. Dolayısıyla, karar veya ara karar verilerken ya her iki tarafta salonda kalmaya devam etmeli ya da her iki tarafta salondan çıkarılmalıdır. Aksi durum, mahkemenin tarafsızlığına hâlel getireceği gibi kararın da şaibeli olmasına yol açacaktır.

Uygulamada, müzakerelere iddia makamının katılmaması gerektiğini ve dolayısıyla savcının da salondan çıkarılması gerektiği dile getirildiğinde mahkemeler tarafından *“ara kararın verilmesi esnasında savcıların konuşmadıklarını veya aynı adliyede yüz yüze baktıklarını ve hatta bazıları ile stajda dönem arkadaşı olup ailece birbirleriyle görüştikleri için dışarı çıkmaları gerektiğini söyleyemedikleri gibi”* çeşitli mazeretler ile sürülmektedir.³⁵⁸ Öncelikle karar veya ara karar müzakerelerinde savcıların gerçekten konuşup konuşmadıkları müdafiler ve sanıklar tarafından bilinmesi mümkün değildir. Kaldı ki, savcılar müzakere sırasında konuşmasa dahi kürsüde kalmaya devam etmeleri şekil itibarıyla kötü bir izlenim bırakmanın yanı sıra hükme iştirak ettikleri gibi bir izlenim de bırakmaktadırlar. Dolayısıyla yukarıda belirttiğimiz üzere, hakimlerin kişisel sebeplerden ötürü savcılar solandan çıkmaları gerektiğini söylememeleri, yargılama faaliyeti gibi bireyin devlete ve adalete olan güvenin esasını teşkil eden bu denli ciddi bir işte mazeret olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Öte yandan, hakim ve savcılar üniversitede sınıf veya sıra arkadaşı oldukları müdafiler ile tarafsızlıklarına hâlel gelmesin diye görülmek istemeyip birbirleri ile adliyede görüşmek bir yana, aynı yemekhanede yemek yemeleri, aynı lojmanda oturmaları, hatta odalarının aynı katta olup yan yana olması, adliye giriş çıkış yerlerinin aynı yer olması ve aynı otoparkı paylaşmaları mahkemenin tarafsızlığını ve verilen hükmün güvenilirliğini zedelemektedir. Bu durum, müdafilerin yaptığı bir kapris olmayıp bireyin adalete ve devlete olan güvenini sarsmaktadır. Bu sorunun çözümü ise, kara veya ara karar verilirken hiçbir uyarıya gerek kalmadan iddia makamın salondan çıkarılması için Adalet Bakanlığı’nın bir genelge yayınlamasıdır.

³⁵⁷ Hakan Karakehya, Asuman İnce Tunçer “Ceza Muhakemesinde Hükme İlişkin Müzakere ve Oylama”, **TAAD**, Yıl:8 S.31, s. 124-125.

³⁵⁸ Karakehya ve İnce Tunçer, “Ceza Muhakemesinde Hükme İlişkin Müzakere ve Oylama” s. 125.

Uygulamada yargılama faaliyeti sırasında hukuki bir sorun oluştuğunda hakimin aleni olarak başkalarının duymayacağı şekilde savcıya eğilip konuşması ise ayrı bir sorun teşkil etmektedir. Özellikle asliye ceza mahkemelerinde savcılarının yeniden duruşmaya katılması ile görülen bu durum, iddia makamını adeta hakimin yardımcısına dönüştürmektedir. Bu durum mahkemenin tarafsızlığına gölge düşürdüğü gibi savunma makamını da hiçe saymaktır. Yargılama sırasında hakim, nasıl ki kimsenin duymayacağı şekilde müdafie eğilip konuşmuyorsa aynı şekilde savcı ile de konuşmamalıdır. Ceza muhakemesinde çelişmeli yargılama ilkesinin bir sonucu olarak yargılamanın bir tarafında iddia makamı, diğer tarafında ise savunma makamı bulunmaktadır. Tarafsızlığın bir gereği olarak mahkememin iddia ve savunma makamına karşı eşit mesafede olması gerekir. Duruşma sırasında hakimin aleni olarak kimsenin duymayacağı şekilde savcı ile konuşmasına rağmen, karar veya ara kararda savcının salondan çıkmayıp müzakerelere katılmayıp karara etki etmediğini söylemek pek de mümkün değildir. Hakimler bu tür uygulamalardan ivedilikle vazgeçmeli, müdafilerle aralarına koyduğu mesafeyi iddia makamına karşı da koymalıdır.

4.1.3. Duruşma Saatlerine Riayet Edilmemesi

Mahkemelerce aynı saate birden fazla duruşma verilmesi veya duruşma saatlerinin birbirine çok yakın olması (beş dakika aralıklar) uygulamada en çok yaşanan sorunlardan biridir. Belirlenen süre içerisinde duruşmalar görülmediği için davanın tarafları, tanıklar, bilirkişiler, müdafiler saatlerce adliye koridorlarında beklemektedirler. Aynı mahkemenin gün içerisinde birden fazla duruşması olduğu gibi müdafinin de aynı gün içerisinde birden çok duruşması bulunmaktadır. Kaldı ki, müdafinin aynı günde tek duruşması olsa bile bu durum müdafinin adliye koridorlarında saatlerce bekletilebileceği anlamına gelmemektir. Müdafinin duruşmaya girmek dışında bir çok mesleki faaliyeti bulunmaktadır. Üstelik, müdafilerin aynı gün görülecek duruşmaları farklı yargı kollarında ve farklı adliyelerde de olabilir. Müdafinin duruşma saatinde duruşma salonunun önüne geldiğinde, birden fazla duruşmanın aynı saatte olduğunu ve sıranın kendisine gelmesi için saatlerce beklemesi gerektiğini görünce haklı olarak bu duruma itiraz etmektedir. Örneğin; birden fazla sanığın veya tanığın olduğu dosyada duruşma saati

09.00 olarak belirlenip; bir sonraki dosya için 09.05 olarak duruşma saati verilmesi mantık kurallarına aykırıdır. Aynı saate birden fazla duruşma verilmesi veya duruşma saatlerinin 5 dakika aralıklarla belirlenmesi ve hedeflenen süre içerisinde duruşmanın bitirilemeyeceği açık olduğu için bu durum hatalar silsilesine neden olmaktadır. Dolayısıyla mahkemeler duruşma saati vermeden önce davanın niteliğine, dosyanın yoğunluğuna ve geldiği aşamaya, duruşmada yapılması planlanan işlere, duruşmada dinlenilecek kişilerin sayısına ve duruşmanın ne kadar sürede bitirebileceği hususuna dikkat etmelidirler. Mahkemeler yargılamanın makul sürede ve en az giderle yapılmasını sağlamakla yükümlüdür.

Türkiye Barolar Birliği, ilgili sorunun çözüme kavuşturulması ilişkin Hakimler Savcılar Kurulu'na başvuruda bulunmuştur. Hakimler Savcılar Genel Kurulu'nun 18.01.2012 tarihli ve 31 sayılı kararında,³⁵⁹ aynı saate birden fazla duruşma verilmesini veya duruşma saatlerinin birbirine çok yakın verilmesini, Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesi, 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti ile AHİS md. 6'da düzenlenen adil yargılanma ilkesine atıf yaparak, bahsi geçen temel ilkelerin ihlali anlamına geleceğini belirtmiştir. Ayrıca ilgili kararda “...duruşmada bulunması istenilen tüm kişilerin iş, öğrenim, sağlık, ulaşım ve benzeri durumları gözetilerek, emek ve mesai kaybına veya mağduriyetlere sebebiyet vermeyecek şekilde duruşma saatlerinin belirlenmesi ile tespit edilen bu duruşma saatlerine uyulması konusunda azami çaba ve gayret gösterilmesi...” vurgulanmış olmasına karşın, bu sorun uygulamada maalesef devam etmektedir.

Duruşmalara ilişkin bir diğer sorun ise, hakim mazeretli olmasına rağmen avukattan duruşmaya gelmeyeceğine ilişkin mazeret dilekçesi sunmasının istenmesidir. Hatta bazı durumlarda duruşma salonun önünde bekleyen mübaşir mazeret istemli matbu dilekçelerin bir örneğini avukata imzalatmaya çalışmaktadır. Bu keyfi uygulama, duruşmanın önceden görülmeyeceği kendisine bildirilmeyen avukata olduğu kadar duruşmaya katılan diğer kişilere de yapılan bir saygısızlıktır. Kaldı ki, mazeretli olan hakimin kendisidir, bu sorumluluk avukata ait değildir. Hakimin şahsına karşı her türlü riski bertaraf etmek için başvuru bu yöntem avukat açısından müvekkile karşı sorumluluğa yol açmaktadır. Müvekkil, dosyada

³⁵⁹ <https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/20120209121054.pdf> (Erişim Tarihi: 17.10.2021)

avukatın mazeret dilekçesini sunduğunu görünce avukata karşı güven kaybı oluşabileceği gibi avukatlık ücretini ödeme konusunda da sıkıntı yaşattırabilir. UYAP'ta hangi hakimlerin izinli olduğu bazen gösterilse de bu bilgiler güncel olmadığı için uygulamada bu sorun devam etmektedir. Herhangi bir nedenden dolayı önceden belirlenen günde veya saatte duruşmanın yapılamayacağını ortaya çıkması halinde, dosyanın avukatına, davanın taraflarına ve ilgili kişilere duruşma gününden önce bu hususun, SMS ve elektronik posta ile bildirilmesi halinde avukatın ve dosyadaki ilgili kişilerin duruşmanın görülemeyeceğini duruşma salonunun önünde öğrenilmesini önleyecektir

4.1.4. Müdafinin Duruşma Sırasında Sanıkla Yan Yana Oturmasının Engellenmesi

CMK md. 149/3'te müdafinin soruşturma ve kovuşturma evresinin her aşamasında şüpheli veya sanıkla görüşebilme, yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkının engellenemeyeceği düzenlenmiştir. CMK md. 154'te ise müdafî vekaletname sunmaya gerek olmadan her zaman başlarının duymayacağı şekilde şüpheli veya sanıkla görüşebileceği düzenlenmiştir. Yukarıda belirtilen hükümler incelendiğinde görüleceği üzere; müdafinin yakalamada, ifade almada, gözaltında, tutukevinde, cezaevinde, keşif sırasında, duruşma salonunda “adil yargılanma hakkı”, “silahların eşitliği” ve “masumiyet karinesi” ilkeleri uyarınca şüpheli veya sanığın yanında bulunma hakkı vardır.³⁶⁰ Bu hak sadece teoriden ibaret olmayıp pratikte de uygulanmalıdır.

CMK md. 149/3'te yer alan “yanında olma” ifadesinin müdafinin sanıkla aynı salonda bulunma olarak yorumlanması hatalıdır. Müdafiden yararlanma hakkı, müdafinin hazır bulunma ve sanığın müdafî ile görüşüp danışma hakkını içermektedir. Sanığın müdafinin hukuki yardımına en ihtiyaç duyduğu anlardan biri de duruşma evresidir. Müdafinin duruşma sırasında sanığın yanında oturması savunma hakkının bir gereğidir. Müdafinin savunma hakkı bağlamında kendisine tanınan yetkileri doğru ve yerinde kullanabilmesi için devamlı sanıkla iletişim halinde olmalıdır. Sanığın, müdafinin seslendiği halde sesi duyamayacak kadar müdafiden uzak yere oturtulması, savunma hakkının kısıtlanmasına neden olacaktır. Örneğin, müdafî tanığın

³⁶⁰ Ersan Şen, “Avukatın Şüpheli/Sanığın Yanında Durması” <https://sen.av.tr/tr/makale/avukatin-supheli-sanigin-yaninda-durmasi> (Erişim Tarihi: 20.10.2021)

dinlenmesi sırasında tanık beyanının doğru olup olmadığını sanıkla konuştuğunda değerlendirebilir ve bu doğrultuda tanığa hangi soruyu sorup sormayacağına karar verebilir.³⁶¹ Bu nedenle, müdafî kendisine tanınan yetkileri sanığın menfaatine uygun olarak kullanabilmesi için sanığın yanında oturması gerekmektedir.

Ceza mahkemelerinin duruşma salonunda, sanıklar kürsünün tam karşısında müdafiler ise hakimin solunda olan daha alçak bir platformda yer almaktadır. Katılan ve vekili ise hakimin sağında yer almaktadır. Duruşma salonundaki oturma düzeni hiçbir yasal dayanağı yoktur. Müdafî ve sanığın ayrı yerlerde oturtulmasının, yasal bir dayanağı olmadığı gibi savunma hakkını güvence altına alan Anayasa, AHİS, CMK ve ilgili diğer milletlerarası mevzuata da aykırılık teşkil etmektedir.³⁶² Ayrıca, mağdur ve vekilinin yan yana oturulmasına izin verildiği halde müdafî ile sanığın yan yana oturulmasına izin verilmemesi, Anayasa md. 36 ve AHİS md. 6 kapsamında düzenlenen adil yargılanma hakkının temel ilkelerinden biri olan silahların eşitliği ilkesini ihlal etmektedir.

Uygulamada duruşma sırasında müdafîin sanığın yanına oturmasına ve sanıkla iletişim kurmasına izin verilmemektedir. Maalesef bu durum müdafiler tarafından kanıksandığı için çokça çaba da sarf edilmemektedir. Ancak Beyoğlu 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 2005/246 Esas sayılı dosyasında İstanbul Barosu avukatlarından olan sanığın ve sanık müdafilerin çabaları ile sanığın duruşmada müdafileri ile yan yana oturma talebinin mahkeme tarafından kabul edilerek savunma hakkı bağlamında tarihi bir karara imza atılmıştır. İlgili karar göre;³⁶³ *“Savunma hakkının bir bütün olarak kısıtlanmadan kullanılabilmesi, müdafîi yardımından kesintisiz yararlanabilmesi, adil yargılanma hakkının vicdanlarda tesisinin sağlanması ve mağdurların haklarından aynı şekilde eşit olarak sanığın da yararlanabilmesi, göz önüne alınarak mahkememizin 13.11.2007 tarihli bu konuya ilişkin ara kararından dönülmesine oy birliği ile karar verildi ”*denilmek suretiyle sanık ve müdafilerin yan yana oturulmasına müsaade edilmiştir.

Türkiye Barolar Birliği İstanbul Barosu’nun talebi üzerine; Beyoğlu 3. Ağır Ceza Mahkemesi’nin duruşma sırasında sanık ve müdafîin yan yana oturulmasına

³⁶¹ Feyzioğlu, “Savunma Hakkına İlişkin İki Soru”, s. 24.

³⁶² Feyzioğlu, “Savunma Hakkına İlişkin İki Soru”, s. 24.

³⁶³ Murat Volkan Dülger, “Ceza Muhakemesinde Müdafîin Konumu ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, II. Türk Dünyası Hukuk Kurultayı, 14–16 Kasım 2011, s. 61.

izin verildiğine atıf yapılarak bu durumun uygulamada yaygınlaşması için Adalet Bakanlığı'na başvuruda bulunmuştur. Adalet Bakanlığı 24.10.2008 tarihli ilgili yazısında;³⁶⁴ sanık ile müdafinin yan yana oturabileceğine ilişkin Anayasa md. 36'da ve AHİS md. 6'da herhangi bir düzenlemenin yer almadığını, CMK md. 203 gereği mahkeme düzeninden mahkeme başkanı ve hakim sorumlu olduğu için sanık ile müdafinin yan yana oturmasına somut durumun özelliğine göre mahkeme başkanı veya hakimin karar verebileceğini, Anayasa md. 138 gereği hiçbir organ, makam, merci veya kişi yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin mahkeme ve hakimlere emir veya talimat veremeyeceğini, Adalet Bakanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'un 9. maddesinin (i) bendi gereğince, Bakanlığın yargı yetkisinin kullanıma ilişkin görüş ve genel düzenleme yetkisinin olmadığını belirtmiştir.

Adalet Bakanlığı ilgili yazısında sanığın müdafii ile yan yana oturmasına ilişkin Anayasa md. 36'da ve AHİS md. 6'da herhangi bir düzenlemenin yer almadığını belirtmiş olmasa da ilgili yasalarda sanık ve müdafinin yan yana oturmayacağına ilişkin açık bir düzenleme de yer almamaktadır. Müdafii ile sanık yan yana oturmadığı takdirde birbiriyle konuşmayacak ve iştirare edemeyeceklerdir. Müdafinin savunma hakkı bağlamında sanığın menfaatine uygun hareket edebilmesi için sanık ile yan yana oturmalıdır. Dolayısıyla, bu konuda açık bir düzenleme aramaktan ziyade düzenlemenin ana fikrine bakılması gerekir. CMK md. 203'te her ne kadar duruşma düzeninden mahkeme başkanı veya hakimin sorumlu olduğu belirtilmiş olsa da savunma hakkının kullanılma biçimi duruşma disiplin ve düzenini bozmadığı sürece yargılama makamı, müdafii ile sanığın yan yana oturup konuşmasına müdahale edemez.

Müdafii ile sanığın yan yana oturmamasının temel nedeni duruşma salonunun iç mimarisiyle ilgilidir. 2992 sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'un 2. Maddesinin (a) bendine göre; *"Kanunlarda kurulması öngörülen mahkemeleri açmak ve teşkilatlandırmak, ceza infaz ve ıslah kuramları, icra ve iflas daireleri gibi her derece ve türdeki adalet kuramlarını planlamak, kurmak ve idari görevleri yönünden gözetim ve denetimini yapmak ve geliştirmek"* Adalet

³⁶⁴ Feyzioğlu, "Savunma Hakkına İlişkin İki Soru", s. 24.

Bakanlığı'nın görev alanındadır. Adalet Bakanlığı bu hükme dayanarak adliye binalarını ve duruşma salonlarını inşa ettirmektedir. Uygulamada da görüldüğü üzere Adalet Bakanlığı duruşma salonlarını müdafii ile sanığın ayrı ayrı oturacağı biçimde planlamaktadır. Bu sorunun çözümü için Adalet Bakanlığı duruşma salonunun mimarisini müdafii ile sanığın yan yana oturmasına uygun şekilde tasarlamalıdır.

4.1.5. Soruşturma Dosyalarının İncelenmesinin Engellenmesi

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ve Avukatlık Kanunu'nda müdafii veya vekilin soruşturma aşamasında dosya içeriğini inceleyebilmek için vekaletname ibraz etmesi gerektiğine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Müdafii soruşturma evresinde vekaletname ibraz etmeden soruşturma dosyasını inceleme yetkisine sahiptir. Nitekim, İzmir 16. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 17.01.2011 tarihli kararında her avukat gizlilik kararı verilmemiş bir dosyayı vekaletname sunmaya gerek olmadan inceleyebilme hakkına sahip olduğunu belirtmiştir.³⁶⁵ Fakat ne yazık ki Yargıtay yasal düzenlemelere aykırı olarak müdafinin vekaletname veya görevlendirme yazısı sunmadan soruşturma evresindeki dosyayı incelemeyeceğine karar vermiştir.³⁶⁶ Avukat, kendisine başvuran şüphelinin vekaletini alıp almayacağını kısacası şüphelinin savunmasını üstlenip üstlenmeyeceğine ancak soruşturma dosyasını inceledikten sonra karar verebilir.³⁶⁷ Bu nedenle soruşturma evresinde vekaletname ibraz etme zorunluluğu, serbest meslek görevi icra eden avukatın iş seçme özgürlüğü ile bağdaşmamaktadır.

Yargıtay'ın bahse konu mevzuata aykırı kararları nedeniyle uygulamada müdafie incelemek istediği dosya için vekaletname ibraz etme zorunluluğu çeşitli

³⁶⁵ <http://www.kirklarelibaros.org.tr/Print.aspx?ID=9820> (Erişim Tarihi: 25.10.2021)

³⁶⁶ “Genel olarak soruşturma evresinin gizli olduğu, şüpheli müdafii ya da katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişi vekili olan avukatın soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla soruşturma evrakını inceleyebileceği, **vekaletname ya da görevlendirme yazısı olmadan soruşturma dosyaları haricinde sadece** mahkemelerdeki dava dosyaları ile icra dairelerindeki takip dosyalarının incelenebileceği gözetilmeden, C. Başsavcılığının kararına karşı yapılan itirazın kabulüne ilişkin karara yönelik itirazın reddine karar verilmesinde isabet yoktur”. (Yarg. 15. CD, 25.02.2013, E. 2013/2162, K. 2013/3282, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 25.10.2021)

“Genel olarak soruşturma evresinin gizli olduğu, şüpheli müdafii ya da katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişi vekili olan avukatın soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla soruşturma evrakının inceleyebileceği, ancak bunun için de avukatın, müdafii veya vekil olduğuna dair görevlendirme yazısı veya vekaletname ibraz etmesi gerektiği, **vekaletname ya da görevlendirme yazısı olmadan sadece** mahkemelerdeki dava dosyaları ile icra dairelerindeki takip dosyalarının incelenebileceği, **soruşturma dosyalarının ise incelenemeyeceği** gözetilmelidir”. (Yarg. 15. CD, 25.10.2011, E. 2011/10088, K. 2011/5760, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 25.10.2021)

³⁶⁷ Koca, Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı s. 263; Kocaoğlu, Müdafii, s. 179.

sorunlara yol açmaktadır. Nitekim, uygulamada bu sorunların çoğalması nedeniyle müdafinin vekaletname veya görevlendirme yazısı sunmadan soruşturma dosyasının incelenmesine ilişkin Adalet Bakanlığı'na başvuruda bulunulmuştur. Adalet Bakanlığı Ceza Genel Müdürlüğü 26.03.2021 tarihli yazısında;³⁶⁸

“(1) Soruşturma evresinin gizli olduğu, şüpheli müdafii ya da katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişi vekilinin soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla soruşturmadan bilgi alması veya soruşturma evrakını inceleyebilmesi için müdafii veya vekili olduğunu beyan ettiği şahıslarla ilgili UYAP'ta kaydının bulunması ya da müdafii veya vekil sıfatını aldığına dair bir görevlendirme yazısı ya da vekaletnameyi Cumhuriyet savcılığına ibraz etmesi gerektiğini,

(2) Avukatın, müdafii veya vekili olduğunu beyan ettiği şahıslarla ilgili UYAP'ta kaydı, müdafii veya vekil sıfatını aldığına dair bir görevlendirme yazısı ya da vekaletnamesinin bulunmadığı hallerde;

a) Avukat tarafından, soruşturma dosyasının hangi tarafı ile ilgili inceleme yapılmak istediğine dair kendisinin imzalı beyanını içeren dilekçesi ve ekinde baro kimlik belgesinin bir örneği ile ön büro veya Cumhuriyet savcılığı soruşturma bürosuna başvuruda bulunabileceği,

b) Avukat tarafından, tarafın iznini içeren imzalı dilekçesi ile kendi dilekçesi ve baro kimlik belgesi örneği ile birlikte dosya inceleme talebinde bulunabileceği,

c) Soruşturma dosyasında kısıtlama kararı bulunuyor ise ilgili tarafın katılma hakkının bulunduğu işlemler ile bilirkişi raporlarının da söz konusu avukatın incelemesine sunulabileceği,

(3) Tüm bu işlemlere dosya inceleme tutanağında yer verilmesi ve taraftar ya da müdafii veya vekiller tarafından sunulan dilekçeler ile eklerinin taranarak UYAP sistem ne aktarılması gerektiği ” şeklinde görüş bildirmiştir.

Adalet Bakanlığı Ceza Genel İşler Müdürlüğü görüş yazısında müdafinin vekaletnamesinin bulunmadığı durumlarda soruşturma dosyasını incelemek istediği takdirde inceleme talebini içeren imzalı dilekçe ve baro kimlik kartını sunmayı yeterli görmüş olmasına karşın; uygulamada maalesef bu sorun çözülmüş değildir. Müdafii, soruşturma dosyasını incelemek için Savcılık Önbüro'ya müracaat ettiğinde

³⁶⁸ <https://www.diyarbakirbarosu.org.tr/public/uploads/document/avukatindosyaincelemetalebihakkinda-1618578349.pdf> (Erişim Tarihi:30.10.2021)

dosyaya vekaletname sunmadığı gerekçesiyle hukuka aykırı olarak talebi reddedilmektedir.

4.1.6. Müdafinin Duruşma Tutanaklarına Vekil Olarak Yazılması

Uygulamada yaşanan sorunlardan biri de müdafinin duruşma tutanaklarına vekil olarak yazılmasıdır. Duruşma tutanakları incelendiğinde mahkemelerin ayırım yapmaksızın savunma görevini yerine getiren müdafii, vekil olarak nitelendirdiği ve duruşma zaptında “sanık vekili” şeklinde bir ibarenin yer aldığı görülmektedir. Nitekim bu hatalı uygulama Yargıtay kararlarında da mevcuttur.³⁶⁹

Bu konuya ilişkin bir diğer hatalı uygulama ise baroların CMK servisi tarafından görevlendirilen avukatların müdafii olarak adlandırılmasına karşın; şüpheli veya sanıktan alınan vekaletname ile savunma görevini üstlenen avukatın vekil olarak adlandırılmasıdır. Uygulamada, ceza muhakemesinde hakimler müdafinin hukuki statüsünü medeni muhakemedeki gibi temsilci olarak yanlış bir şekilde değerlendirmektedirler. Bu nedenle şüpheli veya sanığı savunmak için dosyaya vekaletname ibraz eden avukata “vekil” atanmış olan avukata ise müdafii olarak tanımlamaktadırlar.³⁷⁰ Ancak gerek Mülga CMUK’da gerekse 5271 sayılı CMK’da ceza muhakemesinde savunma görevini yürüten avukatın, iradi olarak seçilmiş olması veya zorunlu atanmış olması arasında bir fark bulunmamaktadır.

Uygulamada karşılaşılan bu yanlışlığın nedeni, kanun koyucunun Avukatlık Kanununda idari ve medeni muhakemede vekillik görevini üstlenen avukat ile ceza muhakemesinde şüpheli veya sanığın avukatlığını yapan müdafii arasında herhangi bir ayırım yapmamasından kaynaklanmaktadır.³⁷¹ Bu bakış açısıyla, hakimler soruşturma evresinde müdafiden mahkemeye temsil ilişkisi olduğunu gösterir olan vekaletnameyi ibraz etmesini ister veya vekaletnamenin ibrazı için süre verir, vekaletname ibraz edilmediği takdirde müdafinin duruşmaya katılmaması gibi kararların verilmesine neden olur.³⁷² Uygulamada bu sorunlar yaşanmasına rağmen

³⁶⁹ Uygulamadaki bu yanlışlık Yargıtay’a bile sirayet etmiş durumdadır. “Yerel mahkemece her ne kadar, sanık vekili D.Ç.’ye yapılan tebligatın usulüne uygun olduğu gerekçesiyle ilk hükümde direnilmiş ise de,(...)”(Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararı, Esas 2005-6-2, Karar, 2005-8; Tarih, 08.02.2005 www.kazanci.com (Erişim Tarihi. 5.11.2021), kararda görüldüğü gibi Yargıtay dahi müdafie vekil diyerek uygulamadaki yanlışlığı düzeltmeye çalışırken, tam tersine hatayı benimsemiştir

³⁷⁰ Dülger, “Ceza Muhakemesinde Müdafinin Konumu ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar” s .61.

³⁷¹ Zafer, *Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu*, s. 300.

³⁷² Kocaoğlu, *Müdafii*, s. 81.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda müdafî ve vekil kavramlarının tanımı açık bir şekilde yapılmıştır.

Vekil, vekalet sözleşmesi kapsamında müvekkilinin menfaatine ve iradesine uygun olarak iş görme borcu altına giren ve onu temsil eden kimsedir.³⁷³ Vekil, vekalet borcunu vekalet verenin haklı menfaatine uygun olarak yürüttüğü için vekalet verenin açık talimatlarına uygun davranmak zorundadır. Avukatlık hukuku bağlamında, avukat ile müvekkil arasındaki iç ilişki vekalet ilişkisi olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, medeni yargılamada avukatın müvekkili adına işlem yapabilmesi için bazı istisnai haller hariç vekaletname aranmaktadır. Böylece, avukat medeni yargılamada davanın vekili olarak nitelendirilir.

Ceza muhakemesinde, vekil kavramı medeni yargılamadan farklı olarak temsil ettiği tarafa göre farklı adlandırılmış olup bu hukuk dalına özgü bir anlamda kullanılmaktadır. Nitekim kanun koyucu da bu özgü anlama istinaden vekil ve müdafî kavramını ayrı ayrı açıklamaya çalışmıştır. CMK md. 2/1-c'de müdafî, *“şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukat”* olarak tanımlanmış olmasına karşın; CMK md. 2/1-d'de vekil, *“katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişiyi ceza muhakemesinde temsil eden avukat”* olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere, avukatlık görevini ifa eden bir kimse ceza yargılamasında yanında yer aldığı kişilerin sıfatına göre vekil veya müdafî olarak adlandırılır.

Ceza muhakemesinde müdafî ile şüpheli veya sanık arasındaki iç ilişki, temsil ilişkisinden farklıdır. Temsil ilişkisi, vekalet sözleşmesi ile kurulmasına karşın; müdafilik ilişkisi bazen vekalet sözleşmesi ile bazen de şüpheli veya sanığın iradesine aykırı olarak yargı organları tarafından kurulmaktadır. Temsil ilişkisi bir özel hukuk ilişkisi olup müvekkilin sadece bireysel menfaatlerini korurken; müdafilik ilişkisi bir kamu hukuku ilişkisi olup şüpheli veya sanığın özel çıkarlarını korumanın yanı sıra kamu çıkarlarını da korumaktadır.³⁷⁴ Temsil yetkisinin kapsamı ve sınırları temsil verenin iradesine bağlı iken; müdafinin yetkileri ve sınırları kanun koyucu tarafından belirlenmiştir. Temsil ilişkisinde, vekil müvekkilin iradesine bağlı

³⁷³ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 2. Baskı Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 721-722

³⁷⁴ Öztürk ve Diğerleri, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku** . s. 252; Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 214.

iken; müdafî, şüpheli veya sanığın iradesine aykırı olsa dahi onun lehine olan işlemleri yapabilme hakkına sahiptir. Dolayısıyla müdafîlik kurumu ile temsil ilişkisi arasında önemli farklar var olup, müdafîin ceza muhakemesindeki konumu düşünüldüğünde şüphelinin veya sanığın salt temsilci olmadığı bir diğer anlatımla “vekil” olarak nitelendirilmenin doğru olmayacağını söylemek mümkündür.

Ceza muhakemesinde kullanılan vekil kavramı, kendine özgü bir anlama sahip olsa da temsil ilişkisine benzemektedir. Ancak ceza yargılamasında vekillik ilişkinin sadece *katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişi* ile avukat arasında kurulabilme yönü temsil ilişkisinden ayrılmaktadır. Dolayısıyla ferdi savunma makamını işgal eden şüpheli veya sanığın toplumsal savunmasını üstlenen avukat vekil olarak değil, müdafî olarak adlandırılmaktadır. Sonuç olarak, duruşma sırasında duruşma zaptına *sanık vekili* olarak yazdırılan müdafî duruma müdahale etmeli ve duruşma zaptındaki ibarenin sanık müdafî olarak değiştirilmesini istemelidir.

SONUÇ

Zayıf birey ve güçlü devlet diyalektiği içerisinde ceza muhakemesinde bireysel savunmayı tahkim edecek toplumsal bir savunma gereklilik arz etmektedir. Hukuk kuralları ihlal edilerek işlenilen suçtan birey olduğu kadar devlet de sorumludur. Kamu düzeninin bozulması ile suçtan zarar gören devlet, ceza muhakemesi sisteminde nasıl ki sanığı toplumsal bir iddia makamı ile cezalandırmaya çalışıyorsa, suçtan sorumlu olarak sanığın da toplumsal bir savunma makamı ile savunulmasına olanak sağlamalıdır. Şüpheli veya sanığın toplumsal savunma makamı tarafından savunulmasında devletin de menfaati bulunmaktadır.

Ceza muhakemesinde müdafî, suç isnadı altında bulunan kimselerin haksız yere cezalandırılmasını veya hak ettiğinden fazla bir ceza ile cezalandırılmasını engellemeye çalışan ve savunma görevi icra eden bir muhakeme süjesidir. Müdafî, suç isnadı altındaki kişilerin bağımsız ve tarafsız bir mahkemede insan onuruna yakışır ve adil bir yargılamanın teminatını oluşturmaktadır. Şüpheli veya sanık savunmasını kendisi yapabileceği gibi (bireysel savunma) müdafiden yararlanma hakkından (toplumsal savunma) da faydalanabilir. Ancak şüpheli veya sanığın gerek hukuki/teknik bilgi birikiminin olamayışı, gerekse psikolojik yetersizliğinden dolayı müdafî tarafından savunulması gerekir. Bu bağlamda, tüm demokratik hukuk devletlerinde “**müdafisiz sanık olmaz**” kuralı kabul edilmiştir.

Ceza muhakemesinde toplumsal savunma makamını işgal eden müdafî, yargılamadaki hukuk niteliği itibarıyla, kendisine tanınan yetki ve yükümlülükler ile birçok tartışmanın konusu olmuştur. Bu çalışmanın asıl amacı, müdafîin adil yargılanma ve savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılması için arz ettiği önemi vurgulamak; müdafîin iddia ve yargılama makamı ile şüpheli veya sanık karşısındaki hukuki niteliğini tespit etmek; müdafîin savunma görevine layıkıyla yerine getirebilmesi için sahip olduğu yetki ve yükümlülüklerle değinerek, müdafîin ceza muhakemesindeki konumunu güçlendirmek ve müdafîin uygulamada karşılaştığı sorunlara çözüm önerileri sunmaktır

Hukuk devletinde, hukuk kurallarını ihlal ederek ceza muhakemesi sonucunda suçlu sabit olan bir kimsenin cezalandırılması toplum açısından önem teşkil etmektedir. Suçlu bir kimsenin cezalandırılması ne denli önemli ise yargılamanın adil olması da o denli önemlidir. Adil yargılanma hakkının teminatını da kuşkusuz savunma hakkı oluşturmaktadır. Ceza muhakemesinde, adil bir yargılamadan söz edilebilmesi için öncelikle suç isnadı altında olan kimselere savunma hakkının tanınması gerekir. Savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılması için silahların eşitliği sağlanmalı ve yargılanmanın çelişmeli olması gerekir. Yargılama sürecinde devletin üstün yetki ve ayrıcalıkları ile donatılmış iddia makamının karşısında silahların eşitliğinin sağlanması için hukukçu sıfatına haiz ve kendine özgü hak ve yetkileri olan, sanığı sanığa rağmen savunabilen, muhakeme süreçlerinden bağımsız bir kimsenin olması gerekir. Şüphesiz bu kimse müdafidir. Suç isnadı altında olan kimse; hukuki bilgi ve tecrübeden noksan olması, şüpheli veya sanık sıfatının verdiği psikolojik etki, savunma yapmada isteksiz davranması, dosyadaki delil ve belgelere ulaşma imkanlarının kısıtlı olması, duruşmaya katılım sağlayamaması gibi nedenlerden dolayı etkin bir savunma yapamadığından müdafinin hukuki yardımından yararlanması gerekir.

Müdafinin savunma hakkı ve adil yargılanma hakkı bağlamında teşkil ettiği önem hasebiyle birçok devletin anayasasında müdafî ve müdafiden yararlanma hakkı çeşitli biçimlerde düzenlenmiştir. Demokratik hukuk devleti Anayasalarında yargılamanın üç sacayağından olan ve savunma makamını temsil eden müdafî ve mesleki kuruluş olan barolara ilişkin doğrudan düzenlemelerin olması gerekir. Ancak 1982 Anayasa'sında bireysel savunma hakkının garantisi olan müdafinin düzenlenmemiş olması büyük bir eksiklik olup savunma makamının kutsallığına gölge düşürmektedir. 1982 Anayasa'sında hakim ve savcılar hatta Sayıştay mensubunun bile düzenlemiş olup müdafîe ilişkin doğrudan bir düzenlemenin olmayışı, savunma hakkının ne denli önemsiz görüldüğünün göstergesidir. Savunma hakkına gerekli önemi vermeyen ve hakkın gelişimini sağlamayan bir devletin hukuku devleti olduğu ileri sürülemez. Dolayısıyla, söz durum 1982 Anayasası'nda düzeltilmeli ve müdafî, tıpkı hakim ve savcılar gibi anayasal dayanağa sahip olmalıdır.

Ceza muhakemesinde müdafî, savunma hakkının teminatı olup şüpheli veya sanığın savunma görevini üstelenen avukata denilmektedir. Müdafîin iradi olarak seçilmiş olması ile baro tarafından atanmış olması arasında herhangi bir fark yoktur. Şüpheli veya sanık dışındaki kimselere, hukuki yardımda bulunan avukata ise vekil denilmektedir. Bu ayrım, müdafîin hukuki niteliğini tespiti açısından oldukça önemlidir. Müdafîin yargılamadaki konumunun tespiti müdafîin aynı zamanda sahip olduğu hak ve yetkilerin kullanımı ve sınırları bakımında da önem teşkil etmektedir. Türk hukukunda müdafîin hukuki niteliğine ilişkin açık ve net bir düzenleme bulunmamasına karşın; doktrinde müdafîin şüpheli veya sanığın *“temsilcisi olduğu”*, *“yardımcısı olduğu”*, *“mahkemenin yardımcısı olduğu”*, *“bağımsız bir adli organ olduğu”*, *“taraf menfaatini gözetken bir savunman olduğu”* gibi muhtelif görüşler ileri sürülmüştür. Özel hukuka ait olan temsil kurumu, müdafî ile şüpheli veya sanık arasındaki ilişkiyi açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Özel hukukta bireysel çıkar gözetilirken ceza muhakemesinde kamu menfaatinin ön planda tutulmaktadır. Sanığa tanınmayan birçok hakkın müdafîe tanınmış olması da temsil ilişkisi ile bağdaşmamaktadır. Müdafîe şüpheli veya sanığın açıkça aleyhine olmayan işlemleri şüpheli veya sanığın iradesine aykırı olarak yapabilme yetkinin tanınmış olması, yardımcının yardım ettiği bir kimsenin iradesine aykırı işlem yapmaması gözetildiğinde müdafîin şüpheli veya sanığın salt yardımcısı olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Müdafîin her zaman şüpheli veya sanık lehine hareket etme yükümlülüğü ve sır saklama yükümlülüğü bulunduğundan müdafîe salt maddi gerçeği ortaya çıkarma görevi hasretmek müdafîiliğin özü ile bağdaşmamaktadır. Türk hukukunda müdafîe ilişkin dağınık şekildeki hükümler ile yüksek yargı kararları ve doktrindeki ileri sürülen görüşler ışığında, müdafî, şüpheli veya sanığın haksızlığa uğramaması için hukuki yardımda bulunan, şüpheli veya sanığın lehine savunma yapan, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardım eden, yaptığı savunma görevi itibari ile kamu görevlisi sayılan, tüm muhakeme süreçlerine karşı bağımsız olan kendine özgü bir muhakeme süjesidir.

Doktrinde müdafîin aynı davada tanık olarak dinlenip dinlenilmeyeceğini için çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Ancak, toplumsal savunma makamını işgal eden müdafîin, her zaman şüpheli veya sanık lehine hareket etme yükümlülüğünün bulunması, müdafîin şüpheli veya sanık aleyhine tanıklık yapmasına engel olacaktır.

Kural olarak tanıklık yapan bir kimsenin objektif olması gerekeceğinden müdafinin şüpheli veya sanığın salt lehine olan hususlarda tanıklık yapması, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına hizmet etmeyeceği gibi iddia ve yargılama makamları nezdinde müdafinin tanıklığı inandırıcılıktan uzak olacaktır. Müdafinin tanıklığının inandırıcılıktan uzak olması, müdafinin meslek onurunu ve itibarını zedeleyeceğinden müdafilik ve tanıklık sıfatının aynı kişide birleşmesi doğru değildir. Bu bağlamda, müdafinin savunma görevi sebebiyle öğrenmediği hususlara ilişkin tanıklı tercih etmesi gerektiği, savunma görevini ifa ederken öğrenmiş olduğu hususlara ilişkin ise CMK md. 46/1-a uyarınca tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğundan, tanıklıktan çekilerek müdafilik görevine devam edebilmelidir.

Avukatlık Kanunu'na göre, müdafilik yapmaya engel hallerden biri de aynı soruşturma veya kovuşturmada menfaatleri zıt kimselerin müdafiliğinin üstlenilmiş olmasıdır. Aynı soruşturma veya kovuşturmada birden fazla şüpheli veya sanık arasında menfaat çatışması yaşandığı tespit edilmeden tüm şüpheli veya sanıkların müdafinin tarafından savunulmalarının yasaklanması, müdafinin iş seçme özgürlüğü ile bağdaşmamaktadır. Müdafinin ile müvekkilleri arasında kurulan ilişkisi nedeniyle müdafinin muhakeme süresince birçok sır ve konuya vakıf olması gözetildiğinde, menfaat çatışması ortaya çıktığı durumunda, müdafinin şüpheli veya sanıklardan birini tercih etmekten ziyade, tüm şüpheli veya sanıkların savunmasını bırakması gerekir.

Müdafinin, soruşturma aşamasında vekalet sunmaya gerek olmadan soruşturma dosyasını inceleme hakkına sahiptir. Soruşturma dosyasını incelemek isteyen müdafinin vekaletname ibraz etme zorunluluğunun getirilmesi, yasanın amacına ve ruhuna aykırılık teşkil edeceği gibi müdafinin şüphelinin savunmasını üstlenip üstlenmeyeceği kararını da zorlaştırmaktadır. Müdafinin soruşturma evresinde dosya inceleme yetkisi, soruşturmanın amacı tehlikeye düşürecek nitelikte ise Cumhuriyet savcısının talebi ve sulh ceza hakiminin kararı ile kısıtlanabilir. Cumhuriyet savcının bu konuda ancak bir talebi olabilir, talebin kabul edilip edilmemesi sulh ceza hakiminin takdirindedir. Bu nedenle kollukta bulunan dosyaya ilişkin müdafinin inceleme talebinin savcıdan gelecek emir ile kısıtlamak, savunma hakkının ihlali niteliğindedir.

Şüpheli veya sanığın talebi üzerine CMK md. 150/1 uyarınca baro tarafından görevlendirilen ihtiyari müdafinin duruşmaya katılmaması halinde, müdafinin

yokluğunda duruşmanın görülüp görülmeyeceği konusunda açık bir düzenleme mevcut değildir. CMK md. 150/1 uyarınca şüpheli veya sanığın talebi üzerine müdafinin görevlendirilmesinin zorunlu olması, şüpheli veya sanığın müdafii seçiminde fikrinin alınmaması, şüpheli veya sanığın görevini yapmayan veya duruşmalara katılmayan müdafii azletme yetkisinin bulunmaması, görevlendirilen ihtiyari müdafinin savunma görevini yerine getirmediği takdirde yerine mahkeme tarafından başka bir müdafinin görevlendirilmesinin zorunlu olması gibi kıstaslar gözetildiğinde, baro tarafından görevlendirilen ihtiyari müdafinin duruşmalara katılmaması veya savunma görevini yerine getirmemesi halinde, yokluğunda duruşma yapılmaması ve hüküm verilmemesi gerekir.

Ceza muhakemesinde müdafii sanığın açık arzusuna aykırı olmamak koşulu ile sanık lehine kanun yollarına başvurabilme hakkını sahiptir. Kısacası, sanık isterse müdafinin kanun yollarına başvuru yapmasını engelleyebilecektir. Bu durum ise müdafinin uygulamada icra ettiği savunma görevinin, tam anlamıyla toplumsal savunma olmadığının göstergesidir. Bir diğer anlatımla, müdafii sanığı sanığa rağmen savunmamakta ve sanık karşısında bağımsızlığı zedelenmektedir. Cumhuriyet savcısının sanık iradesine aykırı olsa da sanık lehine kanun yolları mekanizmalarını işletebilmesine rağmen, müdafinin bu konuda sanığın iradesi doğrultusunda hareket etmesi toplumsal savunmanın tam anlamıyla gerçekleşmediğini söylemek mümkündür. Müdafii sanık iradesine aykırı olsa da sanık lehine kanun yollarına başvuru yapabilmelidir.

Duruşma salonu düzeninde, iddia makamını işgal eden cumhuriyet savcısının, hakimin yanında üst platformda yer almasına karşın, toplumsal savunma görevini yerine getiren müdafinin, daha alçak bir platformda yer alması silahların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Bu durum duruşma solanlarının mimarisinden kaynaklanmaktadır. Duruşma salonlarının mimari düzeni, bir an önce düzeltilerek iddia makamı ile savunma makamı aynı seviyede yer almalıdır. Adalet Bakanlığı onayı ile gerçekleşen adliye binası projelerinde iddia ve savunma makamı platformları eşitlenmelidir. Bunun yanı sıra karar veya ara karar verilirken iddia makamı, savunma makamı gibi duruşma salonundan ayrılmalıdır. Duruşma salonundan ayrılmayan iddia makamının müzakerelere katılma ve hükme etki etme

gibi olasılıkları akla getirmektedir. Böyle bir durumda ise verilen hükme şüphe ile yaklaşılmasına neden olacaktır.

Ceza muhakemesinde sanık kovuşturma evresinin her aşamasında müdafinin hukuki yardımından yararlanma ve müdafî ile görüşebilme hakkına sahiptir. Sanığın müdafinin hukuki yardımına en çok ihtiyaç duyduğu duruşma evresinde müdafî ile yan yana oturulmasına izin verilmemesi savunma hakkın ihlali niteliğindedir. Müdafinin sanığın yanına oturmasını engelleyici hiçbir neden olmadığı halde bu durumun devam etmesi uygulamadaki yanlış teamüllerin sonucudur. Dolayısıyla savunmanın gerçek anlamada yapılabilmesi için müdafî ile sanığın duruşma salonunda yan yana oturması sağlanmalıdır. Bu konuda, Adalet Bakanlığı tüm mahkemelere genelge göndererek uygulamadaki bu yanlışlığa son vermelidir.

Tüm çalışma boyunca adil yargılanma hakkının doğal bileşeni olan savunma hakkının önemine ve bu hakkın kullanılmasında müdafinin gerekliliğine değinilmiştir. Müdafî ile savunulma hakkı bağlamında müdafie tanınan yetki ve yükümlülükler irdelenerek müdafinin savunma görevini icra ederken karşılaştığı sorunlar tespit edilmeye çalışılmış ve çözüm önerileri sunulmuştur. Tespit edilen sorunlara ilişkin sunulan çözüm önerilerinin uygulanması müdafilik kurumunu güçlendireceği gibi hukuk devletine yaraşır bir yargılamayı da sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- AKBAŞ, Mehmet, **5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde Müdafaa Makamının Görev ve Yetkileri Yönünden Hukuki Statüsü**, Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi SBE, 2006.
- AKINTÜRK, Jale G., Turgut AKINTÜRK, Derya ATEŞ KAHRAMAN, **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, Beta Yayınevi, I. Cilt, 10.Bası,2013.
- ALŞAHİN, Mehmet Emin, “Müdafinin Dosyayı İnceleme Yetkisi”, **Legal Hukuk Dergisi**, Cilt: IV Sayı.2, 2006.
- BAYILLIOĞLU, Uğur, “Savunma Hakkının Etkin Kullanımı Bakımından Müdafinin Önemi”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 2, 2004.
- BOZDAĞ, Ahmet **Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii**, 1.Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- BJORNBERG, Kjell, Paul RİCHMOND, **Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi**, İstisari Ziyaret Raporu, 28 Eylül 2003-10 Ekim 2003.
- CENGİZ, Serkan, Fahrettin DEMİRDAĞ, Teoman ERGÜL, Jeremy McBRİDE, Durmuş TEZCAN, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, 1. Baskı, Ankara, Şen Matbaası (TBB Yayını), 2008.
- CENTEL, Nur Başar, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii**, 1. Baskı, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1984.
- CENTEL, Nur, Hamide ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2015.
- CENTEL, Nur, “Müdafii ile Savunulma Hakkı ve Adalet Bakanlığı Genelgesi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.76, S.2, 2002.
- CENTEL, Nur, “Ceza Soruşturmasında Müdafinin Rolüne eleştirel Yaklaşım”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**,C.72,S.2, 2014.

COŞKUN, Vahap, **İnsan Hakları Liberal Açıdan Bir Tahlil**, Liberte Yayıncılık, İkinci Baskı, 2014.

ÇEÇEN, Anıl, “Savunmanın Çağdaş Anlamı”, **TBB Dergisi**, Sayı: 1, Ankara, 1988.

DEMİRBAŞ, Timur, **Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir 1996.

DEMİRBAŞ Timur, “Hazırlık Soruşturmasında Savunma”, **Sahir Erman’a Armağan**, No: 8, 1999.

DIVRAK, Yasin, Ahmet HASAN KILIÇ, “Savunma Hakkı”, Genç Hukukçular Okumaları, 1. Baskı, **İstanbul, Çağrı Avukatlar Grubu**, No: 4, 2004.

DONAY Süheyl, **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2955, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 647, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

DÜLGER, Murat Volkan “*Ceza Muhakemesinde Müdafinin Konumu ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar*” , **II. Türk Dünyası Hukuk Kurultayı**, 14–16 Kasım 2011.

EREM Faruk, **Diyalektik Açıdan Ceza Yargılaması Hukuku**, Işın Yayıncılık, 6.Baskı, Ankara, 1986.

EREM, Faruk, “Eski Yunanda ve Romada Avukatlık”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 5, 1976.

EREM, Faruk, **Meslek Kuralları (Şerh)**, TBB Yayınları, Güncelleştirilmiş Yeni Bası, Ankara, 2007.

EREM Faruk, “Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 47, Sayı: 2, Ankara, Nisan 1990.

EREM, FARUK, “Savunma Hakkının Kökeni”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.5, 1984.

EREN, Fikret,

ERDOĞAN, Aydın “Savunma Hakkı”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.4, 1984.

ERDOĞAN, Mustafa, “**Anayasa Hukuku**”, Orion Kitapevi, Gözden Geçirilmiş 7.Baskı.

ERGİNAY, Akif, Japon Anayasası, **Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 7, S 1-2, 1950.

ERGÜL, Teoman, “Savunmanın Teori ve Uygulaması”, **Ankara Barosu Dergisi**, 1990/4, s. 591.

ERGÜN OKUYUCU, Güneş, “Soruşturmanın Gizliliği”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 59, S. 2, 2010.

ESER, Albin, “Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu”, Çeviren: CENTEL Nur, **Yargıtay Dergisi**, Cilt 16, S.3, 1975.

FEYZİOĞLU, Metin, “Savunma Hakkına İlişkin İki Soru: Savunma Hakkı Kutsal mıdır? Duruşma Salonlarında Müdafî ve Sanık Yan Yana Oturabilir mi?”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 67, Sayı: 1, Ankara, 2009.

GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, **Ekin Basım Yayım Dağıtım**, 15.Baskı, Bursa, 2014.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, “Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.1, 1994.

KAÇMAZ, Gözde, **Ceza Muhakemesinde Müdafî**, Yüksek Lisans Tezi Bahçeşehir Üniversitesi SBE, 2015.

KARAKEHYA, Hakan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6.Maddesi(Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma, **Savaş Yayınevi**, Ankara, 2008.

KARAKEHYA, Hakan, “Ceza Muhakemesi Uygulamamızda Atanmış Müdafîliğe İlişkin Görülen Sorunlar”, **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı**, C. 3, (10-14 Ocak 1012), Ankara, 2012.

KARAKEHYA, Hakan, Asuman İNCE TUNÇER “*Ceza Muhakemesinde Hükme İlişkin Müzakere ve Oylama*”, **TAAD**, Yıl:8 S.31

KARAKEHYA, Hakan, “Türk Ceza Muhakemesinde Sanığın Dosyayı İnceleme Hakkı” **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S 3-4, 2007.

KOCA Mahmut, **Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı**, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul, 199.....

KOCAOĞLU, S. Sinan, “Devlet Sistemlerine Göre Savunma Hakkı ve Müdafî”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 68, S. 2, 2010.

KOCAOĞLU, S. Sinan, **Müdafî**, Seçkin Yayıncılık, 3.Baskı, Ankara, 2011.

KOCAOĞLU, S. Sinan, “Tarihsel Perspektifi ile Batı Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafî”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.68, 2010.

KOCAOĞLU, S. Sinan, “Tarihsel Perspektifi ile Türk – İslam Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafî”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 61-78, Yıl 68, 2010.

KUNTER, Nurullah, Feridun YENİSEY, Ayşe NUHOĞLU, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Arıkan Yayınevi, 14.Baskı, 2006.

KURU, Baki, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, Eylül 2017.

MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, Selman DURSUN, **Türk Hukukunda Müdafîin Yasaklılık Halleri**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

MISIR, Haşim M., **Avukatlık Disiplin Hukuku**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No: 306 Şen Matbaa, Ankara, 2016.

NALBANTOĞLU, Cahit, “Uygulamada Savunmanın Yeri”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.1, 1998.

OĞUZHAN, Teoman, “Alman Anayasa Mahkemesi Kararlarında ‘Bağımsız Bir Adliye Organı Olarak Avukat’”, **TBB Dergisi**, Sayı: 56, Ankara, 2005.

OĞUZHAN, Teoman, “Türk ve Alman Hukukunda Avukatın Hukuki Konumu”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 76, S. 2, 2002.

ÖZBEK, Mustafa S., “Avukatlık ile Bağdaşabilen Akademik Unvanlar”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2012.

ÖZEK, Çetin, “Terörle Mücadele Kanunu”, **İstanbul Barosu Dergisi**, 1991.

ÖZTÜRK, Bahri, Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM, Özge SIRMA GEZER, Saygılar KIRIT, Esra ALAN AKCAN, Özdem ÖZAYDIN, Efser ERDEN TÜTÜNCÜ, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınları, Güncelleştirilmiş 11.Baskı, Ankara, 2017.

PEKCANITEZ, Hakan, Oğuz ATALAY, Muhammet ÖZEKES, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayıncılık, 4.Baskı, Ankara 2016.

ŞAHİN, Cumhur, “Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Ceza Muhakemesinde Silahların Eşitliği ve Çelişmeli Yargılama İlkeleri”, **DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C.21, Özel S., 2019.

ŞAHİN, Cumhur, “Sanığın Dosyasını Hazırlamak İçin Gerekli Zamana ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2004.

TOROSLU Nevzat, Metin FEYZİÖĞLU, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Kitap ve Yayınevi, Ankara, 2006.

Öztekin TOSUN, Temsil Ceza Muhakemesinde ve Vekâlet, **Temsil ve Vekalet'e İlişkin Sorunlar Sempozyumu**, İstanbul, 1977, s.752.

TOSUN Öztekin, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Genel Kısım**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1608-Hukuk Fakültesi Yayınları No: 353, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll.Şti, İstanbul, 1971.

ÜNVER, Yener, Hakan HAKERİ, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, 12.Baskı, Ankara, 2016.

YAŞAR, Osman, **Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu**, C.II Güncellenmiş 7.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara.

YÜCE, Turan Tufan, “Alman-Türk Ceza Muhakemeleri Usulünde Savunma Hakkı (I)”, **Adalet Dergisi**, LI, S.11-12, 1960.

ZAFER, Hamide, **Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu**, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2004.

ZAFER, Hamide, “Savunma Hakkı ve Sınırları”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Nur Centel'e armağan, 2013.

İnternet Kaynakları

<https://sozluk.gov.tr/>

www.kazanci.com

https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc002/kanuntbmmc002/kanuntbmmc00200460.pdf

<https://www.diyarbakirbarosu.org.tr/public/uploads/document/avukatindosyaincelem-etalebihakkinda-1618578349.pdf>

<http://www.kirklarelibarosus.org.tr/Print.aspx?ID=9820>

<https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/20120209121054.pdf>

<https://sen.av.tr/tr/makale/avukatin-supheli-sanigin-yaninda-durmasi>