

TC
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA MÜDAFİİ

Doktora Tezi

AHMET BOZDAĞ

İSTANBUL - 2013

TC
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA MÜDAFİİ

Doktora Tezi

AHMET BOZDAĞ

Danışman: Prof. Dr. A. CANER YENİDÜNYA

İSTANBUL – 2013

MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

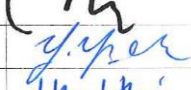
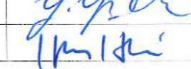
TEZ ONAY BELGESİ

HUKUK Anabilim Dalı KAMU HUKUKU Bilim Dalı DOKTORA öğrencisi AHMET BOZDAĞ'ın CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA MÜDAFİİ adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 05.09.2013 tarih ve 2013-34/26 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oy birliği ~~teşekküllü~~ ile Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi 6 / 12 / 2013

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

1. Tez Danışmanı	Prof. Dr. A.CANER YENİDÜNYA	
2. Jüri Üyesi	Prof. Dr. MEHMET EMİN ARTUK	
3. Jüri Üyesi	Yrd. Doç. Dr. MURAT BALCI	
4. Jüri Üyesi	Yrd. Doç. Dr. YUSUF YAŞAR	
5. Jüri Üyesi	Prof. Dr. HAKAN HAKERİ	

GENEL BİLGİLER

Adı ve Soyadı	:Ahmet BOZDAĞ
Anabilim Dalı	: Kamu Hukuku
Programı	: Kamu Hukuku
Tez Danışmanı	: Prof. Dr. A. Caner YENİDÜNYA
Tez Türü ve Tarihi	: Doktora – 2013
Anahtar Kelimeler	: Müdafî, Zorunlu Müdafî, Müdafîin Yetkileri, Müdafîin Görevleri

ÖZET

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA MÜDAFİİ

Ceza muhakemesinde adil bir yargılamanın yapılabilmesi, savunma hakkının tanınmasına ve savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasına bağlıdır. Ceza muhakemesinde şüphelinin/sanığın savunma hakkını etkin bir şekilde kullanabilmesi için de müdafîin yardımından yararlanma hakkına sahip olması gerekir. Çünkü şüphelinin/sanığın bir müdafî tarafından savunulması, bireysel savunmanın eksik ve aksayan yönlerini gidermeyi, silahların eşitliğini sağlamayı, şüphelinin/sanığın lehine olan maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlamayı ve iddia ve yargılama makamını denetlemeyi sağlayacaktır.

Bu çalışmada Türk hukukunda müdafîin, savunma hakkının kullanılması için arz ettiği önem, hukuki statüsü, seçilmesi ve görevlendirilmesi, yetkileri ve görevleri tespit edilme-ye çalışılmıştır. Türk hukukunda müdafîin yardımından yararlanma hakkı, ileri hukuk devlet-lerindeki kadar detaylı ve iyi bir şekilde düzenlenmiştir. Fakat mevzuattan ve uygulamadan kaynaklanan bazı eksiklikler ve yanlış uygulamalar olduğu tespit edilmiştir. Bu eksikliklerin ve uygulama hatalarının düzeltilmesi halinde, müdafîin yardımından yararlanma hakkı tam olarak sağlanmış olacaktır.

GENERAL KNOWLEDGE

Name and Surname : Ahmet BOZDAĞ
Field : Public Law
Programme : Public Law
Supervisor : Prof. Dr. A. Caner YENİDÜNYA
Degree Awarded and Date : Doctor – 2013
Keywords : Defense Counsel, Necessary Defense Counsel, Rights of Defense Counsel, Jurisdictions of Defense Counsel.

ABSTRACT

DEFENSE LAWYER IN CRIMINAL PROCEDURE LAW

Making fair judge in criminal procedure depends on giving defending right and using this right effectively. In criminal procedure, defence counsel should have the right about utilizing from help in order to let suspect/defendent touse his or her rights effectively. Because suspect/defendent's defending by defence counsel provide to overcome individual defending's missing and failing breakdowns, to equalize weapons, to apperatangible reality in favour of suspect/defendent's and to auditing claim sand court of law.

In this study, importance of defence counsel in Turkish law in order to use defending right, legal status, selection and appointment, powerand duties tried to be investigated. InTurkish law the right of utilizing the help of defence counsel is regulated as good as and as detailed as advanced law states but there are some deficiencies and wrong applications detected which sourced from legislation and application. In the case of correction of those deficiencies and application mistakes, theright of utulizing help from defence counsel will be completely provided.

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

ÖZET.....	iv
GENERAL KNOWLEDGE.....	v
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER.....	vi
KISALTMALAR	x
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MÜDAFİ KAVRAMI, MÜDAFİN CEZA MUHAKEMESİNDEKİ ÖNEMİ, MÜDAFİLİK KURUMUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ VE MÜDAFİN HUKUKİ STATÜSÜ

I- MÜDAFİ KAVRAMI.....	4
II- MÜDAFİN CEZA MUHAKEMESİNDEKİ ÖNEMİ.....	6
A) Savunma Hakkı ve Müdafî İlişkisi	6
1. Savunma Hakkı ve Önemi	6
2. Ceza Muhakemesinde Savunma Türleri	9
a) Bireysel Savunma	9
b) Toplumsal Savunma	10
B) Müdafî ile Savunulmanın Ceza Muhakemesindeki Önemi	12
1. Savunmanın Gerekliliği	12
2. Bireysel Savunmanın Yetersizliği	15
a) Hukuk Bilgisi ve Tecrübesinden Yoksunluk.....	15
b) Şüpheli veya Sanık Olma Psikolojisinin Kişide Yarattığı Olumsuz Etki	17
c) Delillere ve Dosya İçeriğine Ulaşma İmkânının Kısıtlılığı	18
3. Müdafî ile Savunulmanın Ceza Muhakemesine Katkısı	19

III- MÜDAFİLİK KURUMUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ	20
<i>A) Genel Olarak Müdafilik Kurumunun Gelişimi.....</i>	<i>20</i>
<i>B) Müdafilik Kurumunun Batı Hukukundaki Gelişimi.....</i>	<i>20</i>
1. Eski Yunan Hukukunda Müdafilik Kurumunun Gelişimi	21
2. Roma Hukukunda Müdafilik Kurumunun Gelişimi	22
3. Cermen Hukukunda Müdafilik Kurumunun Gelişimi	24
<i>C) Müdafilik Kurumunun İslam ve Osmanlı Hukukundaki Gelişimi</i>	<i>25</i>
1. Müdafilik Kurumunun İslam Hukukundaki Gelişimi	25
2. Müdafilik Kurumunun Osmanlı Hukukundaki Gelişimi	26
a) Tanzimat Dönemi Öncesi Gelişmeler	26
b) Tanzimat Dönemi Sonrası Gelişmeler	27
<i>D) Müdafilik Kurumunun Cumhuriyet Dönemindeki Hukuki Gelişimi.....</i>	<i>29</i>
IV- MÜDAFİN HUKUKİ STATÜSÜ.....	31
<i>A) Müdafinin Hukuki Statüsüne İlişkin Görüşler</i>	<i>32</i>
1. Müdafinin Şüphelinin/Sanığın Temsilcisi Olduğu Görüşü.....	32
2. Müdafinin Sanığın Yardımcısı Olduğu Görüşü.....	36
3. Müdafinin Hem Adli Organ Olduğu Hem de Şüphelinin/Sanığın Yardımcısı Olduğu Görüşü	37
4. Müdafinin Bağımsız Bir Adli Organ Olduğu Görüşü.....	39
<i>B) Türk Hukukundaki Görüşler ve Görüşümüz</i>	<i>40</i>
1. Türk Hukukundaki Görüşler	40
2. Görüşümüz	42

İKİNCİ BÖLÜM

MÜDAFİ OLABİLMENİN KOŞULLARI VE MÜDAFİDEN

YARARLANMA

I- MÜDAFİ OLABİLMENİN KOŞULLARI	50
<i>A) Avukat Olmak.....</i>	<i>52</i>
1. Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşı Olmak	52

2. Hukuk Fakültesi Mezunu Olmak.....	53
3. Avukatlık Stajını Yapmış Olmak.....	54
4. Baro Bölgesinde İkametgâhı Olmak.....	56
5. Avukat Olmaya Engel Bir Nedenin Olmaması	56
a) Belirli Suçlardan Mahkûm Olmak.....	57
b) Kesinleşmiş Bir Disiplin Cezası Olması	58
c) Avukatlık Mesleğine Yakışmayan Tutum ve Davranışlarda Bulunmak	59
d) Avukatlık Mesleğiyle Bağdaşmayan İşlerle Uğraşmak	60
e) Kısıtlı Olmak	61
f) İflas Etmek.....	61
g) Aciz Kararı Verilmiş Olması.....	62
h) Avukatlık Yapmaya Engel Sürekli Bir Hastalığın veya Malullüğün Olması...62	
<i>B) Yasaklı Olmamak.....</i>	<i>63</i>
1. Avukatlık Yapmaya Engel Bir Yasağın Olmaması	63
a) Avukatın Hâkim veya Savcı ile Hısımlık ya da Evlilik İlişkisi Bulunması	63
b) Bazı Görevlerden Ayrılmış Olmak.....	64
c) Hakkında İşten Çıkarma Cezası Verilmiş Olmak.....	65
d) Hakkında İşten Yasaklanma Kararı Verilmiş Olmak	66
e) Belli Meslek veya Görevleri İcra Etmek	66
2. Müdafilik Yapmaya Engel Bir Yasağın Olmaması	68
a) Avukatın Aynı Soruşturmada Şüpheli Olması ya da Aynı Kovuşturmada Sanık Olması	68
b) Avukatın Aynı Soruşturmada ya da Aynı Kovuşturmada Tanık Olması	70
c) Avukatın Aynı Soruşturma ya da Kovuşturmada Başka Bir Sıfatla Görev Almış Olması.....	72
d) Menfaatleri Zıt Kişilerin Aynı Soruşturma veya Kovuşturmada Müdafiliğini Üstlenmiş Olmak	73
e) Mahkeme Kararıyla Müdafilik Görevinden Yasaklanmış Olmak	76
II- MÜDAFİDEN YARARLANMA	78
<i>A) Müdafiden Yararlanma Hakkı ve Amacı</i>	<i>78</i>
<i>B) Müdafiden Yararlanma Biçimleri</i>	<i>81</i>
1. İhtiyari Müdafilik	82
a) İhtiyari Müdafiin Seçilmesi.....	84

aa) İhtiyari Müdafinin Şüpheli veya Sanık Tarafından Seçilmesi	84
bb) İhtiyari Müdafinin Şüpheli veya Sanığın Kanuni Temsilcisi Tarafından Seçilmesi	88
b) İhtiyari Müdafinin Görevlendirilmesi.....	89
2. Zorunlu Müdafilik	98
a) Zorunlu Müdafiliği Gerektiren Haller.....	101
b) Zorunlu Müdafiden Yararlanma	105
aa) Zorunlu Müdafinin Seçilmesi	105
bb) Zorunlu Müdafinin Görevlendirilmesi	106
C) Müdafî Sayısı	108
D) Müdafîin Ücreti.....	111
1. Seçilmiş Müdafîin Ücreti	111
2. Görevlendirilmiş Müdafîin Ücreti	112

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MÜDAFİİN YETKİ VE GÖREVLERİ İLE GÖREVİNİN

SONA ERMESİ

I. MÜDAFİİN YETKİLERİ.....	114
A) Müdafîin Şüpheli ve Sanıkla Görüşme ve Haberleşme Yetkisi	114
1. Müdafîin Şüpheli ve Sanıkla Görüşme ve Haberleşme Yetkisinin Amacı	114
2. Müdafîin Şüpheli ve Sanıkla Görüşme Yetkisi	115
a) Müdafîin Gözaltındaki Şüpheli ile Görüşme Yetkisi.....	115
b) Müdafîin Tutuklu Olan Şüpheli ve Sanık ile Görüşme Yetkisi.....	119
c) Müdafîin Kaçak Olan Sanıkla Görüşme Yetkisi	123
3. Müdafîin Şüpheli ve Sanıkla Haberleşme Yetkisi	124
a) Müdafîin Gözaltındaki Şüpheliyle Haberleşme Yetkisi.....	124
b) Müdafîin Tutuklu Olan Şüpheli ve Sanıkla Haberleşme Yetkisi	124
B) Müdafîin Dosyayı İnceleme ve Dosyadan Örnek Alma Yetkisi.....	127
1. Genel Olarak	127

2. Müdafinin Soruşturma Aşamasında Dosyayı İnceleme ve Örnek Alma Yetkisi ..	127
a) Genel Olarak.....	127
b) Soruşturma Aşamasında Dosyayı İnceleme ve Örnek Alma Yetkisine Sahip Kişiler.....	128
c) Müdafinin Soruşturma Aşamasında Dosyayı İnceleme ve Örnek Alma Yetkisinin Kapsamı.....	131
d) Müdafinin Soruşturma Aşamasında Dosyayı İnceleme ve Örnek Alma Yetkisinin Sınırlandırılması	132
3. Müdafinin Kovuşturma Aşamasında Dosyayı İnceleme ve Örnek Alma Yetkisi .	136
a) Genel Olarak.....	136
b) Kovuşturma Aşamasında Dosyayı İnceleme ve Örnek Alma Yetkisine Sahip Kişiler.....	137
c) Müdafinin Kovuşturma Aşamasında Dosyayı İnceleme ve Örnek Alma Yetkisinin Kapsamı.....	139
<i>C) Müdafinin Soruşturma ve Kovuşturma İşlemlerinde Hazır Bulunma Yetkisi</i>	<i>140</i>
1. Müdafinin Soruşturma İşlemlerinde Hazır Bulunma Yetkisi.....	140
2. Müdafinin Kovuşturma İşlemlerinde Hazır Bulunma Yetkisi	144
<i>D) Müdafinin Araştırma ve Delillerin Toplanması Talep Etme Yetkisi.....</i>	<i>147</i>
<i>E) Müdafinin Soru Sorma Yetkisi</i>	<i>148</i>
<i>F) Müdafinin Kendisine Bildirimlerin Yapılmasını İsteme Yetkisi</i>	<i>151</i>
<i>G) Müdafinin Kanun Yollarına Başvurma ve Başvurudan Vazgeçme Yetkisi ...</i>	<i>155</i>
II. MÜDAFİN GÖREVLERİ	159
A) Genel Olarak.....	159
B) Müdafinin Savunma Yapma Görevi.....	160
1. Savunma Görevi ve Kapsamı	160
2. Savunma Görevinin Sınırı ve Sınırın Aşılmasının Sonuçları.....	162
a) Müdafinin Şüpheli ve Sanığın Sadece Lehine Savunma Yapması	162
b) Müdafinin Savunma Görevini Özen ve Doğruluk İçinde Yapması.....	163
c) Müdafinin Savunma Görevini Hukukun Sınırlarını Aşmadan Yapması.....	165
3. Müdafinin Savunma Görevini Yapmaması ve Sonuçları.....	166
a) Müdafinin Azledilmesi veya Görevden Alınması	168
b) Müdafinin Hakkında Disiplin Soruşturması Açılması.....	169
c) Müdafinin Hakkında Adli Soruşturma Açılması	169

<i>C) Müdafîin Sır Saklama Görevi</i>	<i>172</i>
<i>D) Müdafîin Maddi Gerçeğin Ortaya Çıkarılmasına Yardım Etme Görevi.....</i>	<i>174</i>
<i>E) Müdafîin Görevini Özgürce Yapmasının Güvencesi</i>	<i>176</i>
1. Müdafîin Savunma Dokunulmazlığından Yararlanması.....	176
2. Müdafîin Telekomünikasyon Yoluyla Yaptığı İletişimin Denetlenmesi	179
3. Müdafîin Üst, Eşya, Konut ve Bürosunun Aranması.....	182
4. Müdafîin Yargılanması Usulü	186
III. MÜDAFİİN GÖREVİNİN SONA ERMESİ	191
<i>A) Genel Olarak.....</i>	<i>191</i>
<i>B) Müdafîlik Görevinin Sona Ermesinin Sebepleri ve Sonuçları</i>	<i>191</i>
1. Müdafîin Ölmesi veya Müdafî Olma Koşullarını Kaybetmesi.....	191
2. Müdafîin İstifa Etmesi	193
a) Seçilmiş Müdafîin İstifa Etmesi ve Sonuçları	193
b) Görevlendirilmiş Müdafîin İstifa Etmesi ve Sonuçları	195
3. Müdafîin Azledilmesi	196
a) Seçilmiş Müdafîin Azledilmesi	196
b) Görevlendirilmiş Müdafîin Azledilmesi	197
4. Başka Bir Müdafî Seçilmesi.....	200
5. Müdafîin Yasaklanması	201
6. Soruşturmanın Bitmesi veya Hükmün Kesinleşmesi	203
SONUÇ	205
KAYNAKÇA.....	214

KISALTMALAR

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Any.	: Anayasa
Any. M.	: Anayasa Mahkemesi
AsMK	: 353 Sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu
Av. K.	: 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu
BEHK Uy. Yön.	: Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Uygulama Yönetmeliği
Bkz.	: Bakınız
C	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGİK	: 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CKYCGİT	: Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük (RG: 06.04.2006 - 26131)
CMK	: 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
Çev.	: Çeviren
D	: Daire
Dan.	: Danıştay
DİDDGK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
DMK	: 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu
E.	: Esas
Ed.	: Editör

HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İİK	: 2004 Sayılı İcra İflas Kanunu
K.	: Karar
Kal. Yön.	: Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik (RG: 01.06.2005 - 25832)
m.	: Madde
MK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanun
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SBE	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
StPO	: Alman Ceza Muhakemesi Kanunu
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBB Stj. Yön.	: Türkiye Barolar Birliği Staj Yönetmeliği (RG: 19.12.2001 – 24615)
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu
TK	: 7201 Sayılı Tebligat Kanunu
TMK	: 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu
Yarg.	: Yargıtay
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YGİY	:Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği (RG: 01.06.2005 – 25832)
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

YİBGK

: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu

GİRİŞ

Hukuk devletinde ve toplumda, hukuk kurallarını ihlal ederek suç işlediği sabit olan kişilerin cezalandırılması ne kadar önemliyse, suç işlediği iddia edilen kişilerin adil bir şekilde yargılanması da bir o kadar önemlidir. Ceza muhakemesinde, adil bir yargılamanın yapılabilmesi ise, savunma hakkının tanınmasına ve savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasına bağlıdır. Ceza muhakemesinde savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılması için de yargılamanın çelişmeli olarak yapılması, diğer bir ifadeyle, şüphelinin/sanığın isnat edilen iddialara karşı özgürce savunma yapabilmesi ile mümkündür.

Ceza muhakemesinde savunmanın bir hak olduğu konusundaki düşünceler yeni olmamakla birlikte, savunma hakkının sıradan bir hak olmadığı ve savunma hakkının ceza muhakemesinde arz ettiği önem konusundaki düşünceler yeni sayılır. Savunma hakkının gelişimi, tarih boyunca hukuk devletinin ve hak arama özgürlüğünün gelişimiyle paralellik arz etmektedir. Özellikle sanığın, ceza muhakemesinin bir objesi (nesnesi) olduğu fikrinin yanında, sanığın aynı zamanda ceza muhakemesinin bir süjesi (öznesi) olduğu görüşünün kabul görmesiyle beraber sanığın, savunma hakkına sahip olması gerektiği düşüncesi ağırlık kazanmıştır. Bu görüşün kabul edilmesiyle birlikte, savunma hakkı ve şüphelinin/sanığın ceza muhakemesinde savunma hakkını etkin bir şekilde kullanması gerektiği hem uluslararası insan hakları belgelerinde hem de ulusal hukukumuzda düzenlenmiştir.

Şüpheliye/sanığa ceza muhakemesinde bireysel savunma hakkının tanınması, adil yargılanma hakkı bakımında büyük bir öneme sahip olmakla birlikte, bireysel savunma, şüpheli/sanığın hukuk bilgisine sahip olmaması, içinde bulunduğu olumsuz psikolojik durum, gözetiminde veya tutuklu iken kısıtlı imkânlarla sahip olması, savunma yapmak istememesi, maddi gerçeğe ulaşılmasında toplumsal yararın da bulunması gibi nedenlerle savunma hakkından etkin bir şekilde yararlanılması için tek başına yeterli değildir. Bu nedenle şüpheliye/sanığa, bireysel savunmanın yanında toplumsal savunma imkânından da yararlanma hakkının verilmesi, savunma hakkının etkin kullanılması ve maddi gerçeğe ulaşılması bakımından büyük öneme sahiptir.

Kamusal, organik, kollektif, teknik ve biçimsel savunma olarak da nitelendirilen toplumsal savunma, şüpheli/sanığın ceza muhakemesinde hukuk bilgi ve tecrübesine sahip bir müdafî (avukat) tarafından savunulmasıdır. Müdafî, haksızlığa uğramaması için şüpheliye veya sanığa hukuki yardımda bulunan, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına engel olmayacak ve şüphelinin veya sanığın sadece lehine olacak şekilde savunma yapan, yaptığı görev itibarıyla kamu görevlisi sayılan, kamu hizmeti niteliğinde hizmet ifa eden ve tüm muhakeme süreçlerine karşı bağımsız bir konuma sahip olan savunma makamında yer alan kendine özgü bir muhakeme süjesidir (öznese). Şüphelinin/sanığın bir müdafî tarafından savunulması, bireysel savunmanın eksik ve aksayan yönlerini gidermek, iddia makamı karşısında silahların eşitliğini sağlamak, şüphelinin/sanığın lehine olan maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlamak, iddia ve yargılama makamını denetlemek ve çelişmeli yargılamanın yapılabilmesi için gereklidir. Çünkü müdafî, hukuk eğitimi almış, mesleki tecrübeye sahip, soğukkanlı ve dosyaya ve delillere ulaşma imkânı daha geniş olduğundan daha etkili bir savunma yapabilecektir. Ayrıca müdafî, iddia ve yargılama makamlarının yapabilecekleri muhtemel hataları düzeltebileceğinden, hukuka aykırı işlem ve eylemlere engel olabileceğinden, ceza muhakemesindeki hataları en aza indirmek ve ceza muhakemesinin hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi açısından da yargılamaya katkı yapabilecektir. Müdafî, yasama organının şüpheliye/sanığa kanunla verdiği savunma hakkının kullanılmasının güvencesi ve iddia ve yargılama makamları tarafından savunma hakkına saygı gösterilmesinin teminatıdır.

Çalışmamızın asli amacı, toplumsal savunmanın ve dolayısıyla müdafîin, adil yargılanma ve savunma hakkının etkin kullanılması için arz ettiği önemi ortaya koymak; müdafîin, iddia ve yargılama makamı ile şüpheli ve sanık karşısındaki hukuki statüsünü tespit etmek; müdafîin seçilmesi ve görevlendirilmesi konuları ile müdafîin yetki ve görevlerinin sınırını tespit ederek, uygulamadan ve mevzuattan kaynaklanan sorunlara çözüm önerileri üreterek, yargı mensuplarına ve yasa koyucuya bu sorunların çözümünde ve hukuka aykırı uygulamaların düzeltilmesinde bir nebze de olsa katkı sağlamaktır.

Çalışmamız, giriş, üç temel bölüm ve sonuç kısmından oluşmaktadır. Çalışmanın birinci bölümünde, kavramların ve konunun öneminin ve gerekliliğinin anlaşılması amacıyla, müdafî kavramı, müdafîin ceza yargılamasında gerekliliği ve önemi, müdafîlik kurumunun

tarihsel gelişimi ve müdafinin hukuki statüsü üzerinde durulmuştur. İkinci bölümde, Türk hukukunda müdafiden yararlanma hakkının nasıl düzenlendiği ile müdafiden yararlanma biçimleri kapsamında, zorunlu ve ihtiyari müdafilik konuları üzerinde durulmuştur. Üçüncü bölümde ise, müdafinin hukuki statüsü ışığında, müdafinin sahip olduğu yetki ve görevler, yetki ve görevlerin kapsamı ve sınırı, müdafilik görevinin yapılmamasının sonuçları ile müdafilik görevinin sona erme sebepleri ve sonuçları üzerinde durulmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

MÜDAFİ KAVRAMI, MÜDAFİN CEZA MUHAKEMESİNDEKİ ÖNEMİ, MÜDAFİLİK KURUMUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ VE MÜDAFİN HUKUKİ STATÜSÜ

I- MÜDAFİ KAVRAMI

Savunma hakkı denildiğinde ilk akla gelen kavramlardan biri olan müdafî, Ceza Muhakemesi Kanunu’nda tanımlanmıştır. Buna göre müdafî, “şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukattır” (CMK m. 2/1-c). Tanımdan da anlaşıldığı gibi müdafî, ister seçilmiş (ihtiyari veya zorunlu) olsun, ister baro tarafından görevlendirilmiş (ihtiyari veya zorunlu) olsun, soruşturma aşamasında şüphelinin ve kovuşturma aşamasında sanığın savunmasını üstlenmiş olan avukatı ifade etmektedir¹. Dolayısıyla müdafî sıfatının kazanılması, avukatın kim ve nasıl seçildiği veya görevlendirildiği ile ilgili değil, avukatın kimin savunmasını üstlendiği ile ilgilidir. Bu nedenle, sanık ve şüpheli dışındaki kişilerin avukatlarıyla, sanık ve şüpheliye hukuki yardımda bulunan avukat olmayan kişiler müdafî olarak nitelendirilememektedir. Tanımda sadece şüpheli ve sanık kavramları kullanıldığından, hükümlünün, suçtan zarar görenin, malen sorumlu olanın, şikâyetçinin ve katılanın ceza muhakemesinde avukatlığını üstlenen kişi, müdafî olarak kabul edilmemektedir². Bu kişileri ceza muha-

¹ Yurtcan, Erdener, CMK Şerhi, 4. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2005, s.372.

² Yurtcan, Erdener, “Ceza Yargılamasında Müdafî Kimdir, Vekil Kimdir?”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 73, S. 99, 1999, s.73-74; Centel, Nur Başar, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, 1. Baskı, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1984, s.2; Kocaoglu, S. Sinan, Müdafî, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011, s.55.

kemesinde temsil eden avukat, “vekil” olarak nitelendirilmektedir (CMK m. 2/1-d)³. Müdafî ile vekil arasında önemli farklar bulunmaktadır. Bu kavramlar arasındaki farklar, “müdafîin hukuki statüsü” başlığı içerisinde detaylı olarak incelenecektir.

Çelişmeli bir yapıya sahip olan ceza muhakemesi, iddia, savunma ve yargılama makamlarından oluşur. İddia makamı, savcı ve katılandan; yargılama makamı, hâkim veya hâkimlerden; savunma makamı ise, sanık⁴ ve müdafiden oluşur⁵. Fakat müdafî, ceza yargılamasında şüpheli veya sanıkla birlikte savunma makamında yer almakla birlikte, şüpheli ve sanıktan bağımsız olarak iddia ve yargılama makamının karşısında toplumsal savunma makamını oluşturmaktadır⁶. Bu nedenle müdafî, ceza muhakemesinde üstlenmiş olduğu rol bakımından bağımsız bir yargılama süjesidir⁷. Diğer bir ifadeyle ceza muhakemesinde müdafî, savunmanın layıkıyla yapılabilmesini sağlamak ve güçlü iddia makamı karşısında iyi yapılandırılmış bir savunmayı mümkün kılmak suretiyle hukuk devleti ilkesinin ceza muhakemesinde hayat bulmasına imkân tanıyan çok önemli bağımsız bir muhakeme süjesidir⁸.

Kanaatimizce müdafî, haksızlığa uğramaması için şüpheliye/sanığa hukuki yardımda bulunan⁹, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına engel olmayacak ve şüphelinin/sanığın sadece lehine olacak şekilde savunma yapan, kamu hizmeti niteliğinde hizmet sunan ve tüm muha-

³ 1412 sayılı CMUK’da davacının avukatı da müdafî olarak kabul edilmekteydi. CMUK’un 348. maddesinin başlığı “davacının yanında müdafî bulundurulması...” şeklinde düzenlenirken; 361. maddenin metninde de benzer şekilde “... davacı bizzat duruşmaya gelmez veya bir müdafî tarafından temsil edilmezse ...” şeklinde düzenlenmiştir.

⁴ “Sanık bir hukuk devletinde sadece dava sürecinin bir objesi değildir, aksine sürecin öznesidir”. **Beulke, Werner**, Strafprozessrecht, 11. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller, 2010, s.94.

⁵ **Kunter, Nurullah- Yenisey, Feridun- Nuhoglu, Ayşe**, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2010, s.147.

⁶ “Müdafî makamının görevi sadece şüphelinin/sanığın çıkarını korumak değil aynı zamanda hukuk devleti düşüncesini de korumak olmalıdır. Müdafî ne mahkûmiyet konusunda etki içerisinde olabilir, ne de gerçeği arama konusunda adaletle engel olabilir”. **Haller, Klaus- Conzen, Klaus**, Das Strafverfahren, 6. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller, 2011, s.127.

⁷ Süje, kelime olarak özne, fail, bir şeyin konusu anlamlarına gelmektedir. Ceza muhakemesinde süje, ceza muhakemesinde etkin rol oynayan, hak ve yetkilere sahip olan ve ceza muhakemesinde tarafları oluşturan kişileri ifade etmek için kullanılan bir kavramdır. **Yılmaz, Ejder**, Hukuk Sözlüğü, 7. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2002, s. 1133.

⁸ **Karakehya, Hakan**, “Ceza Muhakemesi Uygulamamızda Atanmış Müdafîliğe İlişkin Görülen Sorunlar”, in: Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, C. 3, Ankara, (www.ankarabarusu.org.tr. 20 Mart 2013), 2012, s.237.

⁹ “Müdafî, sanığın beraatı veya hafif bir ceza ile cezalandırılması konuları üzerinde yasa adına faaliyette bulunmak görevi ile yükümlü kamu hizmeti gören bir organdır”. (YİBGK, 20.10.1975, E. 1975/7, K. 1975/9, www.kazanci.com.tr. 10 Şubat 2013).

keme süjelerine karşı bağımsız bir konuma sahip olan savunma makamında yer alan bağımsız bir muhakeme süjesidir¹⁰.

II- MÜDAFİİN CEZA MUHAKEMESİNDEKİ ÖNEMİ

Müdafiiin ve müdafilik kurumunun ceza muhakemesindeki yeri, önemi ve gerekliliği savunma hakkının öneminin ve gerekliliğinin bir sonucudur. Dolayısıyla müdafiliğin gerekliliğinin ve öneminin anlaşılabilmesi için savunma hakkının, ceza yargılamasındaki öneminin ve gerekliliğinin açıklanması ve anlaşılmasıyla mümkündür¹¹.

A) Savunma Hakkı ve Müdafî İlişkisi

1. Savunma Hakkı ve Önemi

Sözlük anlamıyla savunma, “saldırıya karşı koyma”, “bir saldırıyı def etmek ve etkisiz kılmak”, “savunma yapma”, “bir kişinin haklı olduğunu ya da bir düşüncenin doğru olduğunu ileri sürme”, anlamlarında kullanılan bir kavramdır¹².

Ceza muhakemesinde, hukuk devleti ilkeleri içinde maddi gerçeğe ulaşılmasında ve adil bir karar verilmesinde büyük öneme sahip olan savunma, şüpheli ve sanığın, iddia makamı tarafından iddia edilen suç fiillerini işlemediğinin, işlenen fiillerin suç oluşturmadığının, işlenen fiillerin hukuka uygunluk sebepleri kapsamında işlendiğinin, fiillerin işlenmesinde kusurunun olmadığına, iddia edilen cezadan daha az cezayla cezalandırılması gerektiğinin veya bazı hukuki sebeplerle cezalandırılmaması gerektiğinin sanık, şüpheli veya bunların kanuni temsilcileri veyahut da müdafileri tarafından yetkili makamlar önünde ileri sürmesidir¹³.

Ceza muhakemesinde savunmanın bir hak olduğu konusundaki düşünceler yeni değildir. Ancak savunma hakkının sıradan bir hak olmadığı, savunma hakkının ceza muhakeme-

¹⁰ Kühne, Hans –Heiner, Strafprozessrecht, 6. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2003, s. 97; Zafer, Hamide, Faile Yardım Suçu ve Müdafiiin Bu Suçtan Sorumluluğu, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2004, s.322.

¹¹ Kocaoğlu, Müdafî, s.48.

¹² Kocaoğlu, Müdafî, s.34.

¹³ Yüce, Turhan Tufan, “Alman - Türk Ceza Muhakemeleri Usulünde Savunma Hakkı (1)”, Adalet Dergisi, LI, S. 11-12, 1960, s.1017; Demirbaş, Timur, “Hazırlık Soruşturmasında Savunma”, Sahir Erman’a Armağan, No: 8, 1999, s.192.

sinde arz ettiği önem konusundaki düşünceler yeni sayılır¹⁴. Savunma hakkının gelişimi, hukuk devletinin ve hak arama özgürlüğünün gelişimiyle paralellik arz etmektedir. Özellikle sanığın, ceza muhakemesinin bir objesi (nesnesi) olduğu fikrinin yanında, sanığın aynı zamanda ceza muhakemesinin bir süjesi (öznesi) olduğu görüşünün kabul görmesiyle beraber sanığın, savunma hakkına sahip olması gerektiği düşüncesi ağırlık kazanmıştır¹⁵. Bu görüşün kabul edilmesiyle birlikte, savunma hakkı ve sanığın ceza muhakemesinde savunma hakkına sahip olduğu düşüncesi uluslararası insan hakları belgelerinde ve ulusal anayasalarda düzenlenmeye başlanmıştır¹⁶.

Hem ülkemiz için hem de diğerk devletler için önemli bir insan hakları belgesi olan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde, “bir suç işlemekten sanık herkes, savunması için kendisine gerekli tüm güvencelerin sağlanmış olduğu açık bir yargılamada yasal yoldan suçlu olduğu tespit edilmedikçe suçsuz sayılır”¹⁷ ifadesine yer verilmek suretiyle, ceza muhakemesinde savunma hakkı ve savunma hakkının önemine vurgu yapılmıştır. Savunma hakkının önemine özel vurgu yapan bir diğerk uluslararası insan hakları belgesi de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesidir. AİHS’e göre, “her sanık, kendi kendisini savunmak veya kendi seçeceği bir müdafii ya da bir müdafii tutmak için gerekli mali imkânlardan mahrum bulunuyorsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa mahkeme tarafından ücretsiz olarak tayin edilecek bir müdafii yardımından yararlanma ve savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olma hakkına sahiptir”¹⁸. AİHS de bu hükümle, savunma hakkının tanınmasının ve savunma hakkının etkin kullanılmasının ceza muhakemesinin olmazsa olmazı olduğunu açıkça vurgulamıştır.

1982 Anayasası’nda da savunma hakkı, Hak Arama Hürriyeti başlığı altında “herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı

¹⁴ **Hafizoğulları, Zeki**, “Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, S.1, 1994, s.20; **Divrak, Yasin- Kılıç, Ahmet Hasan**, Savunma Hakkı, 1. Baskı, İstanbul, Çağrı Avukatlar Grubu, No: 4, 2004, s.11.

¹⁵ **Demirbaş**, “Hazırlık Soruşturmasında Savunma”, s.190.

¹⁶ **Centel, Nur**, “Müdafii ile Savunulma Hakkı ve Adalet Bakanlığı Genelgesi”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 76, S.2, 2002, s.316-317.

¹⁷ 1948 tarihli BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, m. 11, (**Balcı, Muharrem- Sönmez, Gülden**, Temel Belgelerde İnsan Hakları, 1. Baskı, İstanbul, Danışman Yayınları NO:4, 2001, s.95).

¹⁸ 1959 tarihli İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi) m. 6/3-c,b (**Balcı-Sönmez**, s. 269).

olarak ... savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” şeklinde düzenlenmiştir (Any. m. 36). Ancak anayasada, yargı organlarından olan iddia ve yargılama makamları detaylı bir şekilde düzenlenmiş olmasına rağmen (Any. m. 136-140), savunma makamının düzenlenmemiş olması büyük bir eksikliktir¹⁹.

Hukuk devletinde, toplumsal barış ve adaletin gerçekleştirilmesinde ceza muhakemesinin iki önemli boyutu bulunmaktadır. Bunlardan biri, suç işlediğinden şüphelenilen kişilerin adil ve tarafsız mahkemeler önünde toplumun adalete olan inancını zedelemekten ve çelişmeli yargılama usulü kapsamında “en az iddia makamı kadar savunmaya ve savunma makamına da değer veren” bir yargılamanın yapılması; bir diğeri ise, yapılan yargılama sonunda suç işlediği tespit edilen kişilerin etkin şekilde cezalandırılması ve ıslah edilmesidir. Çünkü toplum için, suç işlediği sabit olan kişilerin cezalandırılması ne kadar önemliyse, adil bir yargılamanın yapılmış olması da bir o kadar önemlidir. Adil yargılamanın olmazsa olmazı ise, savunmaya ve savunma makamına ceza muhakemesinde gereği kadar yer ve önem verilmesidir.

Ceza muhakemesinde savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılması ise, yargılamanın çelişmeli olarak yapılmasına bağlıdır. Diyalektik yargılama olarak da bilinen çelişmeli yargılama sözlükte, bir birine zıt gibi görünen şeylerin birbiriyle uyumlu bir biçimde gelişerek daha iyiye ve güzele doğru akış durumu, tez-antitez-sentez üçlüsünün durmaksızın gelişerek yenilenmesi anlamında kullanılmaktadır²⁰. Ceza muhakemesinde, yargılamanın başlaması ve mahkemenin karar verebilmesi için bir iddianın ileri sürülmüş olması gerekir. Ceza yargılamasında bir iddia olmadan yargılama başlayamaz ve her hangi bir karar verilemez. Bu nedenle, ceza yargılamasında mahkemelerin görevi, iddiayla başlar. İddia, iddia makamının şüpheye dayalı olarak bir kişinin kanunda suç olarak düzenlenmiş bir fiili işlediğinin ileri sürülmesidir²¹. İddia makamının ileri sürdüğü iddia, ceza muhakemesinde “tezi” oluşturmaktadır²². İddia makamının ileri sürdüğü tez sonucunda yargılama makamının hukuk devleti ilkeleri içinde maddi gerçeğe ulaşabilmesi için, suç şüphesi altında olan kişinin ileri sürülen teze karşı

¹⁹ Dıvrak-Kılıç, s. 17-18.

²⁰ Selçuk, Sami, Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne, 6. Baskı, Ankara, Yeni Türkiye Yayınları, 2000, s.113-114; Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, s.290.

²¹ Zafer, s. 273.

²² Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s.399; Yerli, Fahrettin Kemal, “Kutsal Bir Hak: Savunma Hakkı”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 78, S. 3, 2004, s.869-870.

antitez ileri sürme imkânına sahip olması gerekir²³. Aksi halde, iddia makamının ileri sürdüğü tez, iddia olmaktan çok mahkemenin kararı olur. Oysaki Sami Selçuk'un da ifade ettiği gibi, *“ceza muhakemesinde hüküm, hâkimin (lerin) imzasını taşıyan ve fakat iddia, savunma ve yargılama makamlarında bulunan herkesin katkısıyla oluşan bir ortak yapıdır. Bu nedenle ceza muhakemesinde, bir hükmün otoritesinin, saygınlığının ve bağlayıcılığının sağlanması için savunma makamına da en az iddia makamı kadar imkân verilmesi gerekir. Aksi halde, verilen hüküm kuşkulu olacak ve adalet duygusu zedeleneyecektir”*²⁴.

Sonuç olarak savunma hakkı, hem hukuk devleti ilkesi ışığında maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında hem de şüphelinin/sanığın hak ettiği cezadan farklı veya fazla cezaya çarptırılmaması için çok önemli ve elzem bir haktır²⁵.

2. Ceza Muhakemesinde Savunma Türleri

Ceza muhakemesinde savunma hakkının icrası, hem devlet için hem toplum için hem de bireyler için en az iddia ve yargılama faaliyetlerinin icrası kadar önemli bir yargılama faaliyettir²⁶. Bu nedenle savunmayı güçlü kılmak amacıyla savunma, hem bireysel savunma hem de toplumsal savunma olarak iki boyutlu düzenlenmiştir²⁷.

a) Bireysel Savunma

Maddi, kişisel ve ferdi savunma olarak da nitelendirilen bireysel savunma²⁸, ceza muhakemesinde şüphelinin veya sanığın savunma hakkını bizzat kendi eliyle ya da temsilci eliyle kullanmasıdır²⁹. Ceza muhakemesinde kural, şüphelinin veya sanığın kendi savunmasını bizzat kendisinin yapmasıdır. Ancak şüpheli veya sanık, savunmasını yapmak için kanuni

²³ Demirbaş, “Hazırlık Soruşturmasında Savunma”, s.189.

²⁴ Selçuk, s.114-115.

²⁵ Feyzioğlu, Metin, “Savunma Hakkına İlişkin İki Soru: Savunma Hakkı Kutsal mıdır? Duruşma Salonunda Müdafî ve Sanık Yan Yana Oturabilir mi?”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 67, S. 1, 2009, s. 22; Kunter-Yenisey-Nuhoglu, s.400.

²⁶ Eser, Albin, “Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu”, (Çev. Nur Centel), Yargıtay Dergisi, S.16, 1990, s. 326.

²⁷ Hafızogulları, s.22; Yerli, s.873.

²⁸ Donay, Süheyl, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s.151; Zafer, s.275.

²⁹ Centel'e göre, “ceza yargılamasında Cumhuriyet savcısının ve mahkemenin maddi gerçeğe ulaşmak için şüpheli ve sanığın lehine olan delilleri toplaması da bireysel savunma olarak kabul edilmelidir”. Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, s.3; Kocaoglu, Müdafî, s.41; Zafer, s.274.

temsilcisinin veya eşinin yardımından yararlanabilir. Hatta şüphelinin veya sanığın bir avukatın bilgisine başvurması yani bir avukattan hukuki danışmanlık alması da bireysel savunma kapsamında değerlendirilir³⁰.

Bireysel savunma makamını bizzat işgal eden şüpheli veya sanık, savunma hakkı kapsamında susma hakkını kullanabilir (Any. m. 38/5; CMK m.147/1-e), hem fiili olarak hem de hukuki olarak kendisini savunabilir (CMK m. 147/1-f), lehine olan delillerin toplanmasını talep edebilir (CMK m. 147/1-f), tanık dinlenmesini talep edebilir³¹, bilirkişi atanmasını talep edebilir (CMK m. 63/1), müdafî talebinde bulunabilir (CMK m. 149,150), makul sürede yargılanmayı talep edebilir (CMK m. 190)³².

Ceza Muhakemesi Kanunu, şüpheliye ve sanığa bireysel savunmasını yapmak için kanuni temsilciden yardım alabileceğini düzenlemiştir³³. Medeni Kanun'da düzenmiş olan kanuni temsilciler, veli, vasi ve kayıymdır. Ceza muhakemesinde kanuni temsilci, şüpheliye veya sanığa bir müdafî seçebilir (CMK m.149), duruşmada danışman olarak sanığın yanında bulunabilir (CMK m.155) ve kanun yollarına başvurabilir (CMK m. 262, 317).

Ayrıca şüpheli ve sanık, bireysel savunmasını yapmak için varsa eşinin yardımından da yararlanabilir. Şüphelinin veya sanığın eşi, duruşmada danışman olarak sanığın yanında bulunabilir (CMK m.155), kanun yollarına başvurabilir (CMK m.262, 317). Fakat şüphelinin veya sanığın eşi, şüpheli ve sanığa müdafî tayin edemez. Dolayısıyla bireysel savunma hakkını kullanan şüpheli ve sanık, savunma makamı olarak yargılama süjesini oluşturmaktadır.

b) Toplumsal Savunma

Kamusal³⁴, organik³⁵, kolektif³⁶, teknik ve biçimsel³⁷ savunma olarak da nitelendirilen toplumsal savunma³⁸, şüpheli ve sanığın ceza muhakemesinde bir müdafî tarafından savu-

³⁰ Zafer, s.275.

³¹ İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 2. Baskı. İstanbul, Beta Yayınları, 2005, s.223.

³² Zafer, s. 276.

³³ Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s.405.

³⁴ Yerli, s.873; Bayılhoğlu, Uğur, "Savunma Hakkının Etkin Kullanımı Bakımından Müdafîin Önemi", Ankara Barosu Dergisi, S. 2, 2004, s.47.

³⁵ Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, s.4.

nulmasıdır. Savunma görevini üstlenen müdafî, seçilmiş veya görevlendirilmiş müdafî olabilir.

Bireysel savunmanın yanında toplumsal savunmanın da kabul edilmesinin en önemli nedeni, şüphelinin ve sanığın savunma hakkını sağlıklı bir şekilde kullanmasını sağlamak, iddia makamı karşısında silahların (güçlerin) eşitliğini sağlamak ve devletin de işlenen suçun işlenmesini engelleyememesi nedeniyle topluma karşı sorumluluğu nedeniyle kendisini savunmasıdır³⁹. Aslında toplumsal savunmayla devlet, suçtan sorumsuz olduğunu savunmaktadır. Çünkü savunma, hukuk devleti ilkesi ışığında maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlayarak, ceza adaletinin gerçekleşmesine yardım ederek devletin, toplumda adil bir düzen kurmasına ve bu düzeni devam ettirmesine yardımcı olacaktır⁴⁰. Suçsuz olan şüphelinin/sanığın haksız yere cezalandırılması ya da hak ettiğinden farklı bir cezayla veya fazla cezalandırılması, dolaylı olarak devletin cezalandırılması anlamına gelir. Dolayısıyla toplumsal savunma makamını oluşturan müdafî, şüpheli ve sanığı olduğu kadar devleti ve toplumu da savunmak⁴¹ ve hukuk devleti düşüncesini ceza muhakemesine egemen kılmaktadır⁴². Bu nedenle, toplumsal savunma makamının görevini sağlıklı bir şekilde yapmasında devletin de önemli bir çıkarı bulunmaktadır.

Ceza muhakemesinde şüpheli ve sanık, sahip olduğu savunma hakkını kullanmak zorunda değildir. Ancak toplumsal savunma makamını oluşturan müdafî, hem şüpheliyi veya

³⁶ **Arslan, Çetin**, “Hukuk Devletinde Müdafî Görevlendirmesi”, in: Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, C. 3, Ankara, (www.ankarabarusu.org.tr. 10 Şubat 2013), 2012, s.196.

³⁷ **Yüce**, s.1018.

³⁸ **Yurtcan**, CMK Şerhi, s.362; **Donay**, s.151; **Soyaslan, Doğan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010, s.187; **Zafer**, s.284; **Demirbaş**, “Hazırlık Soruşturmasında Savunma”, s.194; Her ne kadar “kamusal savunma” kavramı, müdafîin yaptığı görevin kamusallığını ifade etmek için daha uygun bir ifade olsa da; müdafîin savunma görevini yaparken, yargı makamından, iddia makamında ve şüpheli/sanıktan bağımsız olduğunu, idareyi temsil etmediğini ve ceza muhakemesinin bağımsız bir süjesini oluşturduğunu ifade etmek için “toplumsal savunma” kavramının daha yerinde olacağını düşündüğümüzden, çalışmamızda “toplumsal savunma” kavramını kullanmayı tercih ettik.

³⁹ **Kunter-Yenisey-Nuhoglu**, s.407; **Yüksel, Göksel**, “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde Müdafî”, Hukuk Gündemi Dergisi, S. 13, 2010, s.59.

⁴⁰ **Zafer**, s.285; **Bayıllıoğlu**, s.48.

⁴¹ Yaşadığımız dünyada fert ve toplum arasında bir denge kurmaya çalışılmakta ve bu denge ne ferde ne de topluma tamamen feda etmek istenmektedir. İşte bu şartlar içinde müdafiler, bir ferdin hürriyetini müdafaa ederken aynı zamanda insan hürriyetini müdafaa etmektedir. **Achard, Edmond Martin**, “Müdafaaya Övgü”, (Çev. Burhan Gürdoğan), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, S. 1-4, 1962, s.401.

⁴² **Haller-Conzen**, s.127; **Roxin, Claus- Schünemann, Bernd**, Strafverfahrensrecht, 27. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2012, s.115-116.

sanığı hem de devleti savunmak zorundadır⁴³. Tüm bu nedenlerle toplumsal savunmanın önemi ve gerekliliği gün geçtikçe artmaktadır⁴⁴.

B) Müdafî ile Savunulmanın Ceza Muhakemesindeki Önemi

Ceza muhakemesinde, hukuk devleti ilkesi ışığında maddi gerçeğe ulaşılması için etkin bir çelişmeli yargılamanın yapılması zorunludur. Çelişmeli bir yargılamanın yapılması ise, savunma makamının en az iddia makamı kadar etkin olmasına bağlıdır. Savunma makamının iddia makamı karşısında silahların eşitliğini sağlayacak kadar etkin olabilmesi için müdafî ile savunulmanın önemi büyüktür⁴⁵. Bu nedenle, günümüzde insan haklarının ve adil yargılama hakkının gelişmiş olduğu ülkelerde, “müdafisiz sanık olmaz” kuralı kabul edilmeye başlanmıştır⁴⁶. Ceza muhakemesinde müdafî ile savunulmanın önemli ve gerekli olmasının, savunmanın gerekliliği, bireysel savunmanın yetersizliği, devletin savunulmasının gerekliliği, adil bir hükmün verilmesinin gerekliliği, şüphelinin/sanığın içinde bulunduğu olumsuz psikolojik durum gibi birçok sebebi bulunmaktadır.

1. Savunmanın Gerekliliği

Ceza muhakemesinde müdafî ile savunulmanın ilk önemli sebebi, ceza muhakemesinde savunmanın gerekli olmasıdır. Ceza muhakemesinde, hukuk devleti ilkesi ışığında maddi gerçeğe ulaşılması için etkin bir çelişmeli yargılamanın yapılması zorunludur. Çünkü iddia makamının ileri sürdüğü iddia, ceza muhakemesinde “tezi” oluşturmaktadır⁴⁷. İddia makamının ileri sürdüğü tez sonucunda yargılama makamının hukuk devleti ilkeleri içinde maddi gerçeğe ulaşabilmesi için, suç şüphesi altında olan kişinin ileri sürülen teze karşı antitez ileri

⁴³ “Sanık, savunma yapmak ya da yapmamakta özgürdür. Fakat savunma makamını işgal eden müdafî, sanığı ve dolayısıyla Devleti savunmak zorundadır”. (YCGK, 07.10.2003, E. 2003/4-220, K. 2003/242, Gökcan, Hasan Tahsin, Açıklamalı Avukatlık Yasası, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2009, s.187); Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s.407; Demirbaş, “Hazırlık Soruşturmasında Savunma”, s.194.

⁴⁴ Hafızoğulları, s.22.

⁴⁵ “Müdafîin kamusal fonksiyonları, gerçeği bulma sürecinde diyalektik olarak oraya çıkmaktadır. Müdafî olmaksızın adil bir davanın gerçekleşmesi, hele hele ağır davaların adaletli olması, mümkün değildir. Böylece müdafî hukuk devletinin ceza hukukunun adil işlemesi hususunu sağlamış olur. Oysaki müdafîin eksik olduğu durumlarda, hâkime ağır bir sorumluluk yüklenmektedir. Böylesi durumlarda hakim kendi rolünden ziyade sanığa yardım yoluna gitmektedir. Bu durum ise prensipte iş bölümünü bozmakta ve adil bir yargılamanın ortaya çıkmasını engellemektedir”. Beulke, s.95.

⁴⁶ Kocaoğlu, Müdafî, s.59.

⁴⁷ Yerli, s.869-870; Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s.399.

sürme imkânının olması gerekir⁴⁸. Aksi halde, iddia makamının ileri sürdüğü tez, iddia olmaktan çok mahkemenin kararı olur. Dolayısıyla, adil ve hakkaniyete uygun bir muhakemenin yapılması için, savunma hakkının da iddia makamı kadar etkin kullanılması gerekir. Savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılmaması halinde, hukuk devleti ilkesinden ve adil yargılamadan bahsetmek mümkün olamayacaktır. Bu nedenle müdafî, hukuk devletine yakışır bir ceza muhakemesinin yapılmasının güvencesini oluşturmaktadır⁴⁹.

Şüpheli/sanığa bireysel savunma yapma hakkının tanınmış olması, savunma hakkının etkin kullanılması ve fonksiyonunu etkili bir şekilde yerine getirmesi için yeterli olmayacaktır. Çünkü bireysel savunma makamını bizzat işgal eden şüpheli/sanık, savunma hakkını kullanıp kullanmama bakımından özgürdür. Şüpheli/sanık, ceza muhakemesinde savunma yapabileceği gibi çeşitli sebeplerle susma hakkını kullanıp savunma yapmaya da bilir (Any m. 38/5; CMK m.147/1-e)⁵⁰. İşte şüphelinin/sanığın ceza muhakemesinde susma hakkını kullanması durumunda, savunma yapılmadan sadece iddialar dikkate alınarak bir karar verilebilecektir. Bu durumda savunmasız bir yargılama yapılmış olacaktır. Böyle bir durumla karşılaşılması için ceza muhakemesinde müdafî ile savunulma büyük bir öneme sahiptir.

Ceza muhakemesinde Cumhuriyet savcılarının da maddi gerçeğe ulaşılması için sanığın hem aleyhine hem de lehine olan delilleri re'sen toplama ve muhafaza altına alma, sanığın haklarını koruma, hükmü sanık lehine temyiz etme yükümlülüğü bulunmaktaysa da bu görevin uygulanırlığı, çeşitli sebeplerle genel olarak mümkün değildir⁵¹ (CMK m.169/2; 260/3). Cumhuriyet savcısı her ne kadar maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için şüphelinin/sanığın lehine olan delilleri de toplamak ve mahkemeye sunma yükümlülüğü altındaysa da, hayatın gerçekleri ve insanoğlunun kişilik yapısı bir birine zıt olan iddia ve savunma görevlerinin aynı kişi tarafından ve aynı anda yapılmasının pek mümkün olmadığını göstermek-

⁴⁸ **Demirbaş**, “Hazırlık Soruşturmasında Savunma”, s.189; “Savunma hakkına içi boş bir kutsallık izafe ederek, işlevsiz bir saygı göstermenin yerine, savunma hakkının mahkemelerin varlık sebebi olduğunun ceza muhakemesinin bütün süjelerince benimsenmesi zamanı çoktan gelmiştir. Bu görev, hâkimler kadar avukatlara da düşmektedir”. **Feyzioğlu**, s.23.

⁴⁹ **Centel, Nur-Zafer, Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2008, s.160.

⁵⁰ Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz (Any. m. 38/5). Şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde ... yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir (CMK m. 147/e).

⁵¹ “Her ne kadar mahkeme ve savcılık makamı suçlayıcı ve aklayıcı delilleri edinmek zorunda ise de, ancak sanığın çıkarlarını savunan, davaya katılan resmi bir müdafî olduktan sonra sanık kendisini güvende hissedebilir”. **Beulke**, s.93-94; **Roxin-Schünemann**, s.112-113; **Kühne**, s.97.

tedir⁵². Çünkü Cumhuriyet savcısı, inceleme aşamasından başlayarak şüphelinin/sanığın aleyhine olan delilleri toplamakta ve deliller yeterliyse şüphelinin cezalandırılması için iddianame hazırlayarak mahkemeye sunmak suretiyle ceza davasının açılmasını sağlamaktadır. Şüphelinin/sanığın cezalandırılması gerektiğini düşünen ve mahkemeden talep eden bir kişinin, aynı zamanda şüphelinin/sanığın cezalandırılmaması veya hafif bir cezayla cezalandırılması veya hut hukuka uygunluk nedenlerinden birinin uygulanmasını talep etmesi her şeyden önce kendi kendisiyle çelişmesi sonucunu doğurur⁵³. Cumhuriyet savcısından bu şekilde tabiri caizse ikiyüzlü ve çift karakterli davranmasını beklemek her şeyden önce cumhuriyet savcısına yapılan bir haksızlık olacaktır. Eğer Cumhuriyet savcısının bu şekilde hem iddia görevini hem de savunma görevini aynı anda başarabileceği gerçekten mümkün olsaydı, savunma makamına ve hatta yargılama makamına dahi gerek kalmazdı⁵⁴. Ceza muhakemesinde tüm işlemleri ve dolayısıyla maddi gerçeğe ulaşma çalışmasını Cumhuriyet savcısı tek başına yapabilirdi. Oysa böyle bir durumun hayatın gerçekleriyle bağdaşmadığını hayat tecrübemiz bize göstermektedir. Çünkü bir ceza davasında şüphelinin/sanığın cezalandırılmasını isteyen Cumhuriyet savcısının görüşünün aksine mahkemenin, beraat veya benzeri bir karar verdiğine sık sık şahit olmaktadır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, mahkemenin (hâkim veya başkanın) re'sen delil araştırması yapabileceğine ve sanığın lehine olan delillerin toplanmasına karar verebileceğine ilişkin doğrudan bir hüküm bulunmamaktadır⁵⁵. Ancak dağınık bir şekilde de olsa CMK'da hakime "re'sen tanık çağırma" (m. 61), "re'sen bilirkişiye başvurabilme" (m. 63, 69) ve "re'sen keşif ve muayeneye karar verebilme" (m.181) yetkisi verilmiştir. Ancak mahkemenin tarafsız davranma yükümlülüğü bulunduğu şüpheliye/sanığa yol göstermesi ya da savunma amacıyla yardım etmesi mümkün değildir⁵⁶. Mahkemenin buradaki temel görevi, bir hükme varırken şüpheleri yenmek için gerekli araştırmaları yapmaktır. Gerek mahkemeye, sanığın lehine olan delillerin re'sen araştırılması için yeterli yetkilerin verilmemiş olması ve

⁵² Eser, s. 329; Bayılhoğlu, s.49.

⁵³ Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, s.8

⁵⁴ Centel, "Müdafî ile Savunulma Hakkı ve Adalet Bakanlığı Genelgesi", s.320.

⁵⁵ Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s.1287; Oysa bu konuda mülga 1412 sayılı CMUK'da "mahkeme reisi dahi resen şahit ve ehlihibre celbine ve başkaca sübut sebeplerinin toplanmasına karar verebilir" hükmüyle, mahkeme başkanına maddi gerçeğe ulaşmak için re'sen araştırma yapma yetkisi açıkça ve doğrudan verilmişti (CMUK m. 214).

⁵⁶ Bayılhoğlu, s.50; Zafer, s.287.

gerekse de tez ve antitez karşısında hiçbir etki altında kalmadan tarafsız bir şekilde karar verme görevi bulunduğundan, mahkemenin de sanığın lehine olan delilleri toplaması ve müdafiiye ihtiyaç duyulmayacak kadar savunma makamının görevini hakkıyla ifa etmesi mümkün değildir⁵⁷.

Bu nedenlerle, ceza muhakemesinde Cumhuriyet savcısına ve dolaylı da olsa mahkemeye şüphelinin/sanığın lehine olan delilleri de re'sen toplama yetkisinin verilmiş olması, savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasına imkân vermemektedir. Çünkü savcı ve mahkemenin şüphelinin/sanığın lehine olan delilleri de araştırması ve ortaya koyması, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması içindir. Oysaki müdafii savunma yapması, hem maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için hem de şüphelinin ve sanığın yararını korumaya yönelik bir faaliyetdir⁵⁸. Bu nedenlerle bu durum savunmanın, savunma makamını oluşturan ve iddia makamından ve sanıktan bağımsız bir müdafii tarafından yapılmasının önemini ve gerekliliğini ortadan kaldırmamaktadır⁵⁹.

2. Bireysel Savunmanın Yetersizliği

Savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılması için şüpheliye ve sanığa bireysel savunma hakkının verilmiş olması yeterli değildir. Savunma hakkının etkin kullanılmasında bireysel savunmanın yetersiz kalmasının temel sebebi, şüphelinin/sanığın hukuk bilgisi ve tecrübesinden yoksun olması, delillere ve dosya içeriğine ulaşma imkânının kısıtlı olması ve şüpheli/sanık olma psikolojisinin kişide yarattığı olumsuz etkidir.

a) Hukuk Bilgisi ve Tecrübesinden Yoksunluk

Ceza muhakemesinde hukuk eğitimi almamış kişilerin şüpheli veya sanık olması durumunda, müdafii hukuki yardımı olmadan bu kişilerin savunma hakkını etkin bir şekilde kullanması mümkün değildir⁶⁰. Ceza muhakemesinde savunma, maddi (fiili) savunma ve hu-

⁵⁷ Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii, s.8-9.

⁵⁸ Bayılhoğlu, s.50.

⁵⁹ Eser, s.329; Zafer, s.287; Duran, Ayhan, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii ve Müdafiiin Görev ve Yetkileri”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE), 2011, s.21.

⁶⁰ Kühne, s.96-97; Donay, s.152; Akbaş, Mehmet, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde Müdafaa Makamının Görev ve Yetkileri Yönünden Hukuki Statüsü”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi SBE),

kuki (şekli) savunma olarak iki kısımdan oluşur. Maddi savunma, şüphelinin/sanığın iddia edilen fiilleri işlemediğinin ileri sürülmesi suretiyle yapılan savunmadır. Hukuki savunma ise, işlendiği iddia edilen fiillerin ceza hukukundaki yerinin ve hukuki değerlendirilmesinin yapılması suretiyle yapılan savunmadır⁶¹. Her ne kadar şüphelinin/sanığın maddi (fiili) savunmayı kendi başına yapabileceği düşünülse de hukuki savunmayı kendi başına etkin bir şekilde yapması hayatın olağan akışı içerisinde pek mümkün değildir⁶². Ayrıca ceza muhakemesinde, sadece maddi savunmanın yapılması da savunma hakkının etkin kullanılması için yeterli olmayacaktır. Çünkü ceza muhakemesinde fiilin işlenip işlenmediğinden çok, fiilin nasıl işlendiği, failin kusurlu olup olmadığı, olayda hukuka uygunluk nedenlerinin olup olmadığı tartışılır. Bu nedenle, hukuk eğitimi almamış, teknik hukuk bilgisinden ve hukuk tecrübesinden yoksun olan şüphelinin/sanığın, hukuk eğitimi almış, teknik hukuk bilgisine ve hukuk tecrübesine sahip bir müdafinin yardımından yararlanarak savunma yapması bir zorunluluktur⁶³. Ceza muhakemesinde şüpheliye/sanığa temel hakları görevlilerce hatırlatılmaktaysa da, soyut olarak hakları bilmek yeterli olmayacaktır. Şüpheli/sanık, haklarını bilse de hakkın içeriğini, kullanılma biçimini ve yerli yerinde kullanmayı bilemeyecektir. Çünkü Zafer'in de ifade ettiği gibi, “*muhakeme hukuku yurttaşların değil, hukukçuların bilebileceği bir hukuk dalıdır*”⁶⁴. Bu nedenle, hukuk eğitimi almamış bir kişinin, ceza yargılamasında lehine ve aleyhine olan durumları, susmanın mı yoksa konuşmanın mı lehine olacağını bilemeyeceğinden, doğru bir savunma yapması mümkün değildir⁶⁵.

2006, s.65; İstanbul ceza mahkemelerinde yapılan bir araştırmaya göre, yapılan ceza muhakemesi sonucunda verilen mahkumiyet kararlarının sadece %14.1'i müdafisi olmayan sanıklar tarafından temyiz edilirken; müdafisi olan sanıkların ise mahkumiyet kararlarının %46.1'ini temyiz ettiği tespit edilmiştir. Geniş bilgi için bkz; **Elveriş, İdil- Jahic, Galma- Kalem, Seda**, Mahkemede Tek Başına, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2007, s.78.

⁶¹ **Kocaoğlu**, Müdafî, s.64.

⁶² “Bir davadaki hukuki sorun özel bir karmaşıklığa sahip olmasa bile, bir başvurunun, avukatın yardımından yararlanmadan işinin ehli gibi ve yeterli bir biçimde mahkemede savunma yapması mümkün olmayabilir”. (**Maxwell/Birleşik Krallık Kararı**, 28.10.1994, www.ihami.anadolu.edu.tr. 10.Şubat 2013).

⁶³ **Beulke**, s. 94; **Demirbaş, Timur**, “Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Müdafilik”, in: Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3. Yılında Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, No: 11, 2009, s. 131; **Donay**, s.152; **Taner, Tahir**, Ceza Muhakemeleri Usulü, 3. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1955, s.126; **Öztürk, Bahri-Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Sırma, Özge-Saygılar Kırıt, Yasemin F.-Özaydın, Özdem-Alan Akcan, Esra-Erdem, Efser**, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2013, s. 251.

⁶⁴ **Zafer**, s.288.

⁶⁵ **Kühne**, s.96-97; **Oğuzhan, Teoman**, “Türk ve Alman Hukukunda Avukatın Hukuki Konumu”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 76, S. 2, 2002, s.397; **Taner**, s. 126.

Ceza muhakemesinde iddia makamında görev alan Cumhuriyet savcılar, hukuk eğitimi almış, belirli hukuki sınavlardan geçmiş, belirli bir staj dönemini başarıyla bitirmiş meslek bilgi ve tecrübesine sahip kişilerden oluşmaktadır. Savunma makamı ile iddia makamı arasında “silahların eşitliğinin” sağlanması için, şüphelinin/sanığın da hukuki bilgi ve tecrübeye sahip bir müdafinin yardımından yararlanması zorunludur⁶⁶.

Ceza muhakemesinde müdafinin gerekliliğinin önemli bir sebebi de savunmanın bazı imkân ve araçlarından yararlanma hakkının sadece müdafie tanınmış olması ve fakat bu hakların şüpheliye/sanığa bireysel olarak tanınmış olmamasıdır. Müdafie, mahkemede dinlenmekte olan sanığa, tanığa, bilirkişiye, katılana ve duruşmaya çağrılan diğer kişilere doğrudan doğruya soru sorma yetkisi verilmiştir. Ancak sanığa bu kişilere doğrudan doğruya soru sorma yetkisi tanınmamış olup, hâkim/başkan aracılığıyla soru sorma yetkisi tanınmıştır⁶⁷ (CMK m. 201). Ayrıca kovuşturma aşamasında müdafie dosyayı inceleme ve örnek alma yetkisi tanınmış olduğu halde, şüpheli ve sanığa bu hak tanınmamıştır (Kal. Yön. m. 83).

Bu nedenlerle, ceza muhakemesinde hukuk devleti ve adil yargılanma ilkesine uygun bir savunmanın yapılabilmesi için şüphelinin/sanığın kendisi ve kanuni temsilcileri dışında, mahkeme önünde ve iddia makamı karşısında hukuk bilgisi ve tecrübesine sahip bir müdafinin yardımından yararlanması bir zorunluluk ve aynı zamanda bir haktır⁶⁸. Aksi halde şüpheliye/sanığa tanınan diğer savunma hakkı ve araçları da etkisiz ve işlevsiz hale gelecektir. Bu durum özellikle karışık ceza davalarında daha da belirgileşecektir.

b) Şüpheli veya Sanık Olma Psikolojisinin Kişide Yarattığı Olumsuz Etki

Ceza muhakemesinde müdafinin yardımının gerekliliğinin bir diğer önemli nedeni de, şüpheli/sanık olmanın kişide yaratmış olduğu olumsuz psikolojik etkidir. Gerçekten ceza muhakemesinde şüpheli/sanık, ister hukuk eğitimi almış olsun ister hukuk eğitimi almamış olsun, diğer yargılama sükelerine göre çok farklı ve olumsuz bir ruh hali içinde olacaktır⁶⁹. Şüpheli/sanık olmak, kişiden kişiye kısmen değişiklik göstermekle birlikte, genel olarak kişide aşırı

⁶⁶ Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma-Saygılar Kırıt- Özaydın-Alan Akcan-Erdem, s. 251; Zafer, s.288; Donay, s.152.

⁶⁷ Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s.1362.

⁶⁸ Zafer, s.288.

⁶⁹ Karakehya, “Ceza Muhakemesi Uygulamamızda Atanmış Müdafiliğe İlişkin Görülen Sorunlar”, s.239; Bayılıoğlu, s.49.

heyecan, korku, telaş, panik, mahcubiyet, suçluluk, çaresizlik, aşırı kaygı gibi bir veya birden fazla olumsuz psikolojik durumun oluşmasına sebebiyet vermektedir⁷⁰. İşte şüphelinin/sanığın ceza muhakemesindeki bu muhtemel olumsuz psikolojik durumlardan kurtulması ya da bu etkinin azaltılması için bir müdafinin yardımından yararlanması gerekir⁷¹. Çünkü şüpheli/sanık, duruşma sırasında kendini savunmak için müdafiden güç ve cesaret alır ve kendisini iddia makamı karşısında daha güçlü hisseder⁷².

c) Delillere ve Dosya İçeriğine Ulaşma İmkânının Kısıtlılığı

Ceza muhakemesinde şüphelinin/sanığın delilere ulaşma ve dosya içeriğini öğrenme konusundaki zorluklar ve kısıtlılıklar da müdafî ile savunulmanın gerekliliğinin bir diğer önemli sebebini oluşturmaktadır. Özellikle tutuklu yargılamalarda, tutuklu şüphelinin/sanığın tutukluluğun verdiği olumsuz psikolojik durumu da göz önüne alırsak, lehine olan delileri toplaması, koruma altına alması çok zordur⁷³. Bu tür tedbirlerin alınmasını Cumhuriyet savcılığından talep edebilse bile, talebin ilgili makamlara ulaşması ve gerekli tedbirlerin alınması oldukça uzun bir süreç alacaktır. Ayrıca savcılığın, bu tür talepleri reddetme yetkisi de bulunmaktadır. Şüpheli/sanık, soruşturma aşamasında dosyayı inceleme ve örnek alma hakkına sahip olsa da kovuşturma aşamasında bizzat dosyayı inceleme ve örnek alma yetkisi bulunmamaktadır (Kal. Yön. m. 45; 83).

Tutuklu olan şüphelinin/sanığın, tanıkları bulması ve yargı makamları önüne getirmesi ile dosya içeriğine ulaşması çok zordur. Bu nedenle özellikle de tutuklu şüphelinin/sanığın bir müdafii yardımından yararlanması ceza muhakemesinde savunma hakkının sağlıklı bir şekilde kullanılması bakımından hayati önem taşımaktadır.

⁷⁰ Kühne, s.97; Eser, s.329.

⁷¹ Demirbaş, “Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Müdafilik”, s.131; Karakehya, Hakan, “Ceza Muhakemesinde Zorunlu Müdafilik”, in: Uğur Alacakaplan’a Armağan 1. C, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 207, 2008, s. 419.

⁷² Kocaoglu, Müdafî, s.66-67.

⁷³ Özellikle ilk defa tutuklanmış kişilerin içinde bulunduğu korku, telaş ve çaresizlik duygusunu kelimelerle ifade etmek çok zordur. Böyle bir ruh hali içinde olan bir kişinin savunma yapmak için delillerin toplanmasını talep etmesi ya da savunma araçlarına başvurması için uzun bir alışma sürecine ihtiyaç duyması gerekecektir. Bu tür kişilerin birçoğu bırakın savunma yapmayı ve ceza ve tutukevi dışındaki delilerin toplanmasını sağlamak, tutukluluğa itiraz etmek için bir dilekçe dahi yazmamaktadır.

3. Müdafî ile Savunulmanın Ceza Muhakemesine Katkısı

Ceza muhakemesinde savunma hakkının, hukuk devleti ilkesinin ve adil yargılamanın gereği ve güvencesi olan kutsal bir hak olması, bu hakkın etkin bir şekilde kullanılmasının önemini arttırmaktadır⁷⁴. Bireysel savunma hakkının şüpheliye/sanığa tanınmış olması, yararlı ve önemli olmakla birlikte, yukarıda açıkladığımız sebeplerle savunma hakkının etkin kullanımını için tek başına yeterli değildir.

Şüphelinin/sanığın bir müdafî tarafından savunulması, bireysel savunmanın eksik ve aksayan yönlerini gidermek, iddia makamı karşısında silahların eşitliğini sağlamak⁷⁵, şüphelinin/sanığın lehine olan maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlamak, iddia ve yargılama makamını ve kolluk kuvvetlerini denetleyerek hukuki sınırların içinde kalınmasını sağlamak⁷⁶ ve çelişmeli yargılamanın yapılabilmesi için gereklidir. Çünkü müdafî, hukuk eğitimi almış, mesleki tecrübeye sahip, soğukkanlı ve dosyaya ve delillere ulaşma imkânı daha geniş olduğundan daha etkili bir savunma yapabilecektir⁷⁷. Ayrıca müdafî, iddia ve yargılama makamlarının yapabilecekleri muhtemel hataları düzeltebileceğinden, ceza muhakemesindeki hataları en aza indirmek açısından da yargılamaya katkı yapabilecektir. Müdafî, yasama organının şüpheliye/sanığa kanunla verdiği hakların kullanılmasının güvencesi ve iddia ve yargılama makamları tarafından saygı gösterilmesini denetleme aracı olacaktır⁷⁸.

Ayrıca müdafî ile savunulma, bireyin kişisel yararına olduğu kadar toplumun ve devletin de yararınadır. Ceza muhakemesinin usulüne uygun yapılması, maddi gerçeğin tam olarak ortaya çıkarılması, suç işlediği sabit olan kişilerin cezalandırılması, sanığın hak ettiği kadar cezalandırılması ve masum kişilerin yanlışlıkla cezalandırılmaması, toplumun adalete olan inancının devamlılığı için çok önemlidir⁷⁹.

⁷⁴ **Yüksel**, s.52.

⁷⁵ **Çelik, Adem**, Adil Yargılanma Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku), 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007, s.153.

⁷⁶ “AİHM’e göre, müdafîin yardımından yararlanılması, tutulan (gözetimdeki veya tutuklu) bir kişinin kötü muameleye karşı korunmasının temel bir güvencesidir”. **Doğru, Osman**, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (Açıklamalı ve Önemli Kararlar), C. I, 1. Baskı, Ankara, Şen Matbaası, 2012, s.648.

⁷⁷ **Kocaoğlu**, Müdafî, s.70-71.

⁷⁸ **Centel**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, s.10.

⁷⁹ **Centel-Zafer**, s.160.

III- MÜDAFİLİK KURUMUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ

A) Genel Olarak Müdafilik Kurumunun Gelişimi

Hukuk tarihinde, ceza muhakemesinin, savunma hakkının ve adil yargılanma hakkının gelişimi ile müdafilik kurumunun gelişimi arasında daima bir paralellik olmuştur. Çünkü ceza muhakemesinin geliştiği hukuk sistemlerinde savunma hakkına; savunma hakkının geliştiği hukuk sistemlerinde adil yargılanma hakkına; adil yargılanma hakkının geliştiği hukuk sistemlerinde de müdafiliğe ve müdafilik kurumuna önem verilmiştir. Dolayısıyla müdafilik kurumunun gelişimi, genelde insan haklarının özelde ise, adil yargılanma hakkının gelişimiyle paralellik oluşturmuştur.

Ayrıca ceza muhakemesinin, savunma hakkının ve adil yargılanma hakkının gelişimi de devletlerin yönetim biçimi ve rejimiyle doğrudan paralellik göstermiştir⁸⁰. Genel olarak, özgürlükçü demokratik devletlerde ceza muhakemesi, savunma hakkı ve adil yargılanma hakkı, totaliter ve baskıcı devletlere göre çok daha gelişmiş ve ileri düzeydedir⁸¹. Çünkü devletlerin yönetim biçimi ve rejimi, doğrudan doğruya özgürlüğe ve insan haklarına bakış etkilemekte; özgürlüğe ve insan haklarına bakış ise, doğrudan savunma hakkı ve müdafiliğe bakışı etkilemektedir.

Bu nedenlerle, tarihsel süreç içerisinde müdafilik kurumunun gelişimi veya gerileyişi, devletlerin rejimine, hukuk sistemine, insan haklarına ve dolayısıyla savunma hakkına verdiği öneme göre farklı olmuştur. Bizde bu başlık altında müdafilik kurumunun tarihi süreçte nasıl bir gelişim kaydettiğini ve bu gün vardığı noktayı tespit etmek amacıyla, batı hukukuna, Osmanlı ve İslam hukukuna ve Türkiye hukukuna kısa bir göz atacağız.

B) Müdafilik Kurumunun Batı Hukukundaki Gelişimi

Batı hukuku, ağırlıklı olarak eski Yunan hukuk sistemi, Roma hukuk sistemi ve Cermen hukuk sisteminden oluşmaktadır. Bugün ki modern Avrupa devletlerinin hukuk sis-

⁸⁰ Achard, s. 399; Kocaoğlu, S. Sinan, “Devlet Sistemlerine Göre Savunma Hakkı ve Müdafî”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 68, S. 2, 2010, s.125-126.

⁸¹ Kocaoğlu, “Devlet Sistemlerine Göre Savunma Hakkı ve Müdafî”, s.126.

temleri ağırlıklı olarak, bu hukuk sistemlerinden beslenmektedir. Bu nedenle çalışmamızda müdafilik kurumunun batı hukukundaki gelişimini anlatırken sadece, Eski Yunan, Roma ve Cermen hukuk sistemlerini inceleyeceğiz⁸².

1. Eski Yunan Hukukunda Müdafilik Kurumunun Gelişimi

Eski Yunan hukukunda, önceleri kadınlar ve çocuklar dışındaki herkes kendi savunmasını bizzat kendisi yapmak zorundaydı. Sadece kadınların ve çocukların yargılandığı ceza muhakemesinde bunların yerine bir başkası savunma yapabiliyordu. Ancak bu ceza muhakemesinde duruşmaya sanığın yakınları dinleyici olarak katılabiliyordu⁸³. Sanıklar, duruşmalar da ceza hukukundan anlayan kişilere (logographos – yazılıcılar-arzuhalçiler) savunma hazırlayıp bu savunmaları ezberleyerek kendi sözleriymiş gibi duruşmada ezberden okuyarak savunma yapabiliyordu⁸⁴. Zamanla sanıkların, logographos’ların hazırladıkları metinleri ezberlemekte güçlük çekmesi, ezberledikleri metinleri duruşmada unutmaları ve şaşkınlıkları gibi nedenlerle sanığın savunmasından sonra logographos’ların ya da sanığın güzel hitabete sahip arkadaşlarının da sanık adına mahkemede konuşmasına izin verilmeye başlanmıştır⁸⁵. Sanık adına konuşma yapan kişiler, sanığın savunmasını tamamlayıcı nitelikte ya da iddialarla ilgili detaylı bir şekilde açıklayıcı konuşmalar yapıyorlardı. Bir davada birden fazla kişinin sanık adına konuşma yapması mümkündü. Ancak Eski Yunan gelenek ve kanunları, başkasını para karşılığında ceza mahkemelerinde savunmayı yasaklıyordu⁸⁶.

Eski Yunan hukukunda “logographos’lar” zamanla ceza mahkemelerinde müdafî olarak görev yapmaya başladılar. Bu gelişmelerin devamında hukuk tarihindeki ilk baro, Atina’da kurulmuştur. Ancak sadece medeni hakları kullanma hakkına sahip kişilere avukatlık yapma ve baroya kaydolma hakkı tanınmıştı. Kölelere, kısıtlılara, çocuklara, anne - babalarına

⁸² Amerikan Anayasası’nda da tüm cezai soruşturma ve kovuşturmalarda sanığın, müdafîin yardımından yararlanma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. **Harlow, Caroline Wolf**, “Defense Counsel in Criminal Cases”, Bureau of Justice Statistics Special Report, (<http://www.bjs.gov/content/pub/pdf/dccc.pdf>, 10 Mart 2013), 2000, s. 2.

⁸³ **Yılmaz, Ejder** “Bir Meslek Olarak Düinden Yarına Doğru Avukatlık”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 44, S.1, 1995, 193; **Kocaoğlu, S. Sinan**, “Tarihsel Perspektifi ile Batı Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafî”, Ankara Barosu Dergisi, S.68, 2010, s.121.

⁸⁴ **Erem, Faruk**, “Eski Yunanda ve Romada Avukatlık”, Ankara Barosu Dergisi, S.5, 1976, s. 849; **Yılmaz**, “Bir Meslek Olarak Düinden Yarına Doğru Avukatlık”, s.193-194.

⁸⁵ **Erem**, “Eski Yunanda ve Romada Avukatlık”, s. 849.

⁸⁶ **Kocaoğlu**, “Tarihsel Perspektifi ile Batı Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafî”, s.121-122.

saygısızlıktan cezalandırılanlara, vatan savunmasını veya bazı kanuni görevleri yerine getirmekten kaçınanlara, ahlaka aykırı işlerle uğraşanlara, sefahat yerlerinde görülenlere, miras yoluyla kendilerine kalan serveti lüks içinde yiyip bitirenlere ve kadınlara avukatlık yapma hakkı tanınmamıştı⁸⁷. Müdafinin sözü hâkim dışında hiç kimse tarafından kesilemiyordu. Hâkimler dahi müdafilerin sözlerini çok ender olarak kesiyorlardı. Çünkü müdafinin sözlerinin kesilmesi savunma hakkının kısıtlanması olarak kabul ediliyordu. Duruşmada dava konusu olayla ilgisi olmayan konuşmalar yapan, söylediklerini tekrarlayan, kışkırtıcı şekilde konuşmalar yapan müdafilerin para cezasıyla cezalandırılmasını öngören hükümler bulunmaktaydı⁸⁸. Ayrıca müdafilerin ve sanıkların çok uzun konuşmalarla savunma yapması nedeniyle zamanla konuşma süreleri en fazla üç saat olacak şekilde sınırlandırılmıştır⁸⁹.

Böylece modern anlamda olmasa da müdafilik kurumunun ilk nüveleri eski Yunan hukukunda atılmıştır.

2. Roma Hukukunda Müdafilik Kurumunun Gelişimi

Roma hukukunda da müdafilik kurumunun gelişimi belirli ve uzun bir aşamadan geçerek gerçekleşmiştir. Roma hukukunun ilk dönemlerinde sanıklar kendi savunmasını kendileri yapabiliyordu. Başkasının yardımından yararlanamıyorlardı. Ancak daha sonraki dönemlerde, sanığa savunmasını yapması için başka kişilerin yardım etmesi kabul edilmiştir. Roma hukukunda sanığa hukuki yardımda bulunmasına izin verilen kişiler, “patroni”, “advocatio” ve “laudatores”lerdi⁹⁰.

Patroni, sanık adına sözlü veya yazılı olarak sanığı savunan ve diğer işlemleri yapan avukattır (müdafî). Sanığın birden fazla müdafisi varsa, bu müdafiler kendi arasında iş bölümü yapıyordu. Sanığın bir müdafisi yoksa sanığın talebi üzerine veya re’sen mahkeme tarafından sanığa bir müdafî görevlendirilmekteydi. Advocatio, ceza muhakemesine doğrudan katılmayan, sadece duruşmada hazır bulunan veya duruşmada sanığa hukuki yardımda bulu-

⁸⁷ Erem, “Eski Yunanda ve Romada Avukatlık”, s. 850; Yılmaz, “Bir Meslek Olarak Düünden Yarına Doğru Avukatlık”, s. 193.

⁸⁸ Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, s. 23; Erem, “Eski Yunanda ve Romada Avukatlık”, s. 850.

⁸⁹ Yılmaz, “Bir Meslek Olarak Düünden Yarına Doğru Avukatlık”, s.194.

⁹⁰ Erem, “Eski Yunanda ve Romada Avukatlık”, s. 851.

nan kişidir. Advocatio'nun, duruşmada sanık adına konuşma ve savunma yapma yetkisi yoktu. Görevi sadece duruşmayı takip etmek ve gerektiğinde sanığa hukuki bilgi vererek yardımda bulunmaktır. Köleler dışındaki herkes duruşmalarda advocatio olarak göre yapabiliirdi. Laudatores, ceza muhakemesi duruşmalarında sanığın kişiliği ve yaşantısıyla sınırlı olarak sanığı övücü konuşmalar yapan kişidir. Bu kişiler, iddialara ilişkin her hangi bir fikir beyan etmezlerdi⁹¹.

Sürekli ceza mahkemeleri döneminde, ceza muhakemesinde sanığın kendi kendini savunması istisna; patroni denilen kâtipler tarafından savunulmaları ise kural haline gelmiştir. Buna rağmen bu dönemde, avukatlık henüz bir meslek haline gelmemişti. Bu dönemde, şeref-siz (infamis) olmayan herkes patroni olabiliyordu. Sanıkların birden fazla patroni'ye sahip olmaları da mümkündü.

Justinyen döneminin sonuna kadar, ceza muhakemesinde “itham sistemi”⁹² terk edilerek “tahkik sistemi”⁹³ uygulanmıştır. Roma hukukunda tahkik sistemine geçişle birlikte, hâkim muhakemenin tarafsız bir süjesi olmaktan çıkıp iddia makamına dönüşmüş, sanık da muhakeme süjesi olmaktan çıkıp obje haline gelmiş ve savunma hakkı da giderek daha çok sınırlandırılmıştır. Bu dönemde de sanık bizzat savunmasını yapabileceği gibi, “advocati” veya “defansor” denilen kişilerin yardımıyla da savunmasını yapabiliyordu. Bu dönemin ortalarına kadar her vatandaş müdafilik yapabilirken, daha sonraları müdafilik yapma yetkisi sadece hukuk eğitimi almış ve yapılan sınavda başarılı olmuş kişilere tanınmıştır. Bu dönemde müdafilik, ücret karşılığında yapılan bir meslek olarak kabul edilmeye başlanmış fakat müdafilik ücretinin ancak davanın sonunda alınabileceği kabul edilmiştir. Ayrıca bu dönemde, müdafilerin yaptığı savunmanın şekli de değişikliğe uğramıştır. İlk önceleri müdafî, daha çok güzel bir hitabetle sanığı övmeye ve hâkimi sanığa acındırmaya yönelik konuşmalarla savun-

⁹¹ Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, s.24.

⁹² İtham sistemi, ceza soruşturmasının yapılmasının taraflara bırakıldığı, iddianın şikayetçi tarafından ve savunmanın da sanık tarafından yapıldığı, hakimin tarafsız bir hakem konumunda olduğu ve sadece şekli gerçeğe ulaşmanın hedeflendiği, çelişmeli ve aleni yapılan bir ceza muhakemesi sistemidir. Zafer, s.262; Kocaoğlu, “Tarihsel Perspektifi ile Batı Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafî”, s.127.

⁹³ Tahkik sistemi, ceza muhakemesinin devlet tekeline alındığı, sadece maddi gerçeğe ulaşmayı hedefleyen ve bu hedefe ulaşmak için her yolu mübah gören, sanığı muhakemenin bir objesi olarak kabul eden bir muhakeme sistemidir. Tahkik sistemi hakkında geniş bilgi için bkz. Seviğ, Vasfi Raşit, “Engizisyon Muhakeme Usulü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, S.1-4, 1961, s.3-35.

ma yaparken; sonraları daha çok, işlenen fiilin hukuki nitelemesi ve failin kusurlu olup olmadığı konusunda savunma yapılmaya başlanmıştır⁹⁴.

3. Cermen Hukukunda Müdafilik Kurumunun Gelişimi

Dini temele dayanan Cermen ceza muhakemesi, maddi gerçeği araştırmayan, dinsel etki ve güvenceye dayanmaktadır. Cermen hukukunda savunma, özür dilenmesi ve temizlenme yemini verilmesi şeklinde yapılandırılır. Tarafların konuşmaları yani savunma ve iddiaları soruşturmanın ağırlığını ve hükmün temelini oluşturmaktaydı. Cermen hukukunda maddi gerçek yerine şekli gerçeğe ulaşma hedeflendiğinden hüküm, daha inandırıcı konuşma yapan tarafın konuşmaları üzerine kurulurdu. Ceza muhakemesinde sanığın yanında bulunan kâtipler, başlangıçta müdafî değil, sanığın sadece sözcüsü konumundaydı. Bu kâtipler, sadece bir duruşmada görev yapmaktaydı. Kâtipler duruşmada, sanık adına konuşur, sanık da kâtibin dediklerini tekrarlardı. Bu dönemde vatandaşlık görevi olarak kabul edilen kâtiplik görevi, ücretsiz olarak yapıyordu. Evlilik dışı doğanlar, yalan yere yemin edenler, kanuni haklarını kaybetmiş olanlar, din adamları, Hristiyan olmayanlar, kadınlar, çocuklar, sağır ve dilsizler ile akıl hastaları müdafilik yapamıyordu⁹⁵.

XIV. yüzyıldan sonra kilise hukukunun etkisiyle Cermen hukukunda da engizisyon muhakeme sistemi yaygınlaşmaya başladı. Bu dönemde ceza muhakemesinde iddia ve savunmanın önemi azaldı. Sanığa savunma hakkı vermek yerine, ikrarı sağlayıp maddi gerçeğe ulaşmak için başta işkence olmak için üzere her türlü metod meşru görülmeğe başlanmıştır. 1532 tarihinde çıkartılan ceza muhakemesi kanunu (Constitution Criminalis Carolina) ile gizli soruşturma ile işkence meşrulaştırılmış ve müdafiliği sınırlandırmak amacıyla müdafilik yapabilme, hukuk eğitimi almış olmaya bağlanmıştır. Bu dönemde müdafinin ceza muhakemesindeki görevi gereksiz görülüyor ve ölüm ve ağır hapis cezasını gerektiren suçlar dışındaki suçlar için zorunlu müdafilik kabul edilmiyordu⁹⁶. Ayrıca uygulamada, müdafilere onur kırıcı

⁹⁴ Kocaoğlu, “Tarihsel Perspektifi ile Batı Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafî”, s.129.

⁹⁵ Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, s.27.

⁹⁶ İngiliz ceza hukukunda da müdafiliğin ortaya çıkışı ve kabul edilmesi uzun bir tarihi süreçte olmuştur. 1720’li yıllardan itibaren az da olsa İngiliz ceza mahkemelerinde müdafî ile savunulma hakkı kabul edilmeye başlanmıştır. Bu gelişmeyle birlikte ceza mahkemelerinde müdafiden yararlanma hakkı ve önemi sürekli gelişmiştir. 19. Yüzyılın başlarına gelindiğinde bazı kısıtlamalara rağmen müdafiler, İngiliz ceza mahkemelerinin gelişimine büyük katkı yapmışlardır. Bu konuda detaylı

bir şekilde davranılmakta, gizli soruşturmalarda müdafinin sanıkla görüşmesi ve dosyayı incelemesi yasaklanmaktaydı. Müdafî, ancak mahkeme safhasında dosyayı inceleyebiliyor ve sanıkla görüşebiliyordu⁹⁷.

C) Müdafilik Kurumunun İslam ve Osmanlı Hukukundaki Gelişimi

1. Müdafilik Kurumunun İslam Hukukundaki Gelişimi

İslam hukukunda, davanın kim tarafından açılacağı suçun konusuna göre farklılık oluşturmaktadır. İslam hukukunda suçlar, Allah'ın haklarına (İslam kamu haklarına) karşı işlenen suçlar ve kul (şahıs) haklarına karşı işlenen suçlar olarak ikiye ayrılmaktadır⁹⁸. Allah'ın haklarına karşı işlenen suçlarda, suç işlendiğini öğrenen her müslüman dava açılması için mahkemeye başvurabilirken; kul haklarına karşı işlenen suçlarda ise, sadece suçtan zarar gören kişi veya mirasçıları dava açılması için mahkemeye başvurabilmekteydi⁹⁹.

İslam hukukunda, Hz. Muhammed zamanında itibaren vekil olarak bilinen kişilerin ceza davalarında sanığa hukuki yardımda bulunduğu bilinmektedir¹⁰⁰. Genellikle hukuk eğitimi almış kişilerden seçilen vekiller, ceza muhakemesinde sanığın çıkarlarını savunurlardı. Bu dönemde vekillerin sanık olmadan duruşmada tek başına savunma yapmasına izin verilmemekteydi. Vekiller ancak sanıkla birlikte savunma yapabiliyordu¹⁰¹. Bu dönemde vekillerin büroları yoktu. Genellikle mahkeme önünde sanıkla buluşup mahkemeye giderlerdi¹⁰². Vekiller yaptıkları hizmet karşılığında sanıktan belli bir ücret alma hakkına sahipti. Vekiller, istediği zaman vekillikten çekilme hakkına sahip olduğu gibi; sanık da istediği zaman vekilin görevine son verebiliyordu. X-XII. yüzyıllarda vekiller kendi aralarında baro tarzında bir örgütlenmeye gitmiş ve bu dönemde vekillik çok para getiren bir meslek haline gelmiştir. An-

bilgi için bkz. **Beattie, J. M.**, "Defense Counsel and the English Criminal Trial in the Eighteenth and Nineteenth Centuries", *Law and History Review*, Vol. 9, No. 2, 1991, s. 221-267.

⁹⁷ **Centel**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, s.28.

⁹⁸ **Aydın, Mehmet Akif**, *Türk Hukuk Tarihi*, 9. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2012, s.160-161.

⁹⁹ **Üçok, Coşkun-Mumcu, Ahmet-Bozkurt, Gülnihal**, *Türk Hukuk Tarihi*, 15. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011, s. 100-101; **Özkorkut, Nevin Ünal**, "Savcılık, Avukatlık ve Noterlik Kurumlarının Osmanlı Devleti'ne Girişi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 4, 2003, s.147.

¹⁰⁰ **Ansay, Sabri Şakir**, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s.337; **Atar, Fahrettin**, *İslam Adliye Teşkilatı*, Ankara, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 1989, s. 128.

¹⁰¹ **Üçok, Coşkun**, "Savcılıkların Avrupa Hukukunda Gelişmesi ve Türkiye'de Kuruluşu", *Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan*, Ankara, 1964, s. 36.

¹⁰² **Atar**, *İslam Adliye Teşkilatı*, s. 131.

cak XIII. yüzyılda vekillerin, hem sanıktan hem de şikâyetçilerden para almaya ve haksız dava kazanmaya başlamaları nedeniyle vekillik mesleği saygınlığını kaybetmiştir. Bu nedenlerle şeriat bilginleri sadece, hasta, yaşlı ve kadınların vekil yardımından yararlanma hakkına sahip olması gerektiğini ve küçük ve akıl hastalarına mahkeme tarafından re'sen vekil tayin edilmesi gerektiğini savunmuşlardır¹⁰³.

Dolayısıyla, modern anlamda ve örgütlü bir şekilde olmazsa da İslam Hukuku'nda da ceza mahkemelerinde müdafî görevini üstlenmiş ve vekil olarak bilinen kişiler daha İslam'ın yayıldığı ilk yıllardan itibaren bulunmaktaydı¹⁰⁴.

2. Müdafilik Kurumunun Osmanlı Hukukundaki Gelişimi

Şer'i hukukun ve örfî hukukun birlikte uygulandığı Osmanlı Devleti'nde, tüm hukuk alanında olduğu gibi ceza muhakemesi hukukunda da zamanla önemli gelişmeler ve değişiklikler olmuştur. Tanzimat Fermanı'nın ilanına kadar ki süreçte, ağırlıklı olarak İslam hukuku esaslı bir hukuk düzeni bulunurken; Tanzimat Fermanı'nın ilanı ile birlikte başlayan değişim sürecinde ise, ağırlıklı olarak Kara Avrupa'sı hukuk sistemi esas alınarak oluşturulan bir hukuk sistemi uygulanmıştır¹⁰⁵.

Bu nedenle biz de müdafilik kurumunun Osmanlı hukukundaki gelişimini incelerken, Tanzimat dönemi öncesi gelişmelerle Tanzimat dönemi sonrası gelişmeleri ayrı ayrı inceleyeceğiz.

a) Tanzimat Dönemi Öncesi Gelişmeler

Osmanlı Devleti'nde Tanzimat Fermanı'nın ilanına kadar ki dönemde İslam Hukukundan beslenen şer'i hukuk ve örfî hukuk uygulanmış ve ceza muhakemeleri de şer'îye mahkemelerinde görülmüştür¹⁰⁶. Şer'î muhakemede, tarafların duruşmada hazır bulunması

¹⁰³ Üçok, s. 36.

¹⁰⁴ Atar, Fahrettin, İslam Yargılama Hukukunun Esasları, 1. Baskı, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul, 2013, s.103-104.

¹⁰⁵ Kocaoğlu, S. Sinan, "Tarihsel Perspektifi ile Türk – İslam Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafî", Ankara Barosu Dergisi, S. 61-78, Yıl 68, 2010, s.63.

¹⁰⁶ Atar, İslam Adliye Teşkilatı, s. 127; Aydın, s. 65-66.

zorunluydu. Çocuklar, mahkemeye çıkmak istemeyen kadınlar, köleler ve gayri müslimler gibi şahsi halleri ve zorunluluktan dolayı muhakemeye katılamayacak kişiler, yerlerine “**muhzır**”¹⁰⁷ denilen kişileri ya da mahalle bakkalları gibi kadıları yakından tanıyan kişileri vekil olarak duruşmaya sokuyorlardı. Bu kişiler, hukuk eğitimi almamış ve bürosu olmayan kişilerdi. Ayrıca bu kişiler, genellikle düşük ahlaklı olduğu ve söyledikleri genellikle gerçekleşmediği için halk tarafından “müzevir” olarak nitelendirilirdi¹⁰⁸. Bu kişiler, ceza muhakemesinde kadıyı ikna etmeye ve etkilemeye yönelik savunma yapıyorlardı. Temsil yetkisi, duruşmada hazır olmayan kişi adına suç ikrarında bulunma haricinde her türlü yetkiyi kapsıyordu¹⁰⁹.

Bu dönemde bu günkü anlamda olmazsa da ceza muhakemesinde sanığı temsil eden ve sanığın savunmasını yapmasına yardım eden müdafî olarak nitelendirilebilecek temsilciler bulunmaktaydı.

b) Tanzimat Dönemi Sonrası Gelişmeler

Tanzimat dönemi sonrası olarak ifade ettiğimiz dönem, 1839 tarihinde Tanzimat Fermanı’nın ilanı ile başlayan ve Cumhuriyetin ilanına kadar devam eden dönemdir. Osmanlı Devleti’nde Tanzimat Fermanı’nın ilanı ile birlikte, hukuk düzeninin her alanında batılı tarzda bir yapılanmaya ve yenilenmeye gidilmiştir¹¹⁰. Bu yapılanma ve değişim sürecinde, genel de avukatlık mesleği ve özelde de müdafilik kurumu ile ilgili önemli gelişmeler olmuştur.

Osmanlı Devleti’nde ilk defa 1862 tarihli “Usulü Muhakeme-i Ticarete Dair Nizamnamesi’nin” 28. maddesinde, tarafların bizzat mahkemeye gelmemeleri durumunda vekil görevlendirmelerinin zorunlu olduğu belirtilmiştir¹¹¹. Ayrıca, 1869 tarihli “Şurayı Devlet Nizamnamesi Dahilisi’nin” 6. maddesinde ve “Divanı Ahkamı Adliye Nizamnamesi’nin” 28.

¹⁰⁷ Muhzır, ilgililerin mahkemede hazır bulunmasını sağlayan kişi veya mübaşir anlamında kullanılan bir kavramdır. **Atar**, *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*, s.95.

¹⁰⁸ **Özkorkut**, s.148.

¹⁰⁹ **Kocaoğlu**, “Tarihsel Perspektifi ile Türk – İslam Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafî”, s. 68.

¹¹⁰ **Güner, Orhan Seyfi**, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi”, *Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Birlikleri I*, 1. Baskı, Kurtiş Matbaacılık, İstanbul, 2003, s.388-389.

¹¹¹ “Tarafeyn mahkemeye bizzat gelmeğe veyahut vekâleti mutebere itasile vekil irsal eylemeğe mecbur bulunacaklardır”. **Bozdoğan, Burhan**, *Türkiye’de Savunma Mesleğinin Gelişimi (Metinler)*, C. 1, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, No: 5, İstanbul, 1972, s.61; **Güner**, s.389; **Özkorkut**, s.151.

maddesinde dava vekilliğinden söz edilmektedir. Müdafî kavramı ise yine ilk defa bu dönemde 1869 tarihili “Dersaadet Mülhakatı İdarei Zabıta ve Mülkiye ve Mehakimi Nizamiyesine Dair Nizamnamede” kullanılmıştır. Bu nizamnamenin 76. maddesinde “Cinayetten yargılanan sanıklara savcılık tarafından re’sen müdafî tayin edilebileceği ve ayrıca ceza davalarında sanığın kendisi de bizzat hazır olmak koşuluyla, savunması için bir vekil bulundurabileceği” belirtilmiştir¹¹².

1880 tarihinde Osmanlı Devleti’nin ilk ceza muhakemesi kanunu olan “Usul-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanunu” kabul edilmiştir¹¹³. Müdafilik kurumu, bu kanunun 249 ve 250. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu kanunla hem müdafilik sistemi hem de ilk defa zorunlu müdafilik sistemi kabul edilmiştir. Buna göre ceza muhakemesinde sanık, savunma için bir vekilin yardımından yararlanabilir. Ancak ağır ceza gerektiren fiiller sebebiyle yapılan muhakemelerde, müdafî bulundurulması zorunlu tutulmuştur. Bu tür davalarda sanık kendisi bir müdafî seçmemişse, mahkeme tarafından sanığa bir müdafî atanır. Zorunlu müdafiliğin kabul edildiği durumlarda, müdafî olmadan yapılan işlemler geçersiz olacaktır¹¹⁴ (m. 249). Ayrıca, sanık tarafından seçilecek müdafî ile mahkeme tarafından atanacak müdafilerin sadece mahkemesinin maiyetinde bulunan dava vekillerinden seçilmesi zorunlu tutulmuştur. Fakat mahkemenin özel izniyle bazı durumlarda, sanığın bir akrabasının veya arkadaşının da vekil olarak görevlendirilmesine izin verilmiştir¹¹⁵ (m. 250)¹¹⁶.

Osmanlı Devleti’nde 1876 tarihine kadar ki dönemde dava vekilliği, hukuken kabul edilmiş olmasına rağmen, dava vekilliği ile ilgili meslek kurallarını düzenleyen yazılı bir düzenleme bulunmamaktaydı. Ayrıca bu dönemde, avukatlık meslek örgütü olan baro da kurulmamıştı. Bu dönem de yapılan kodifikasyon çalışmaları sonucunda batılı devletlerden Os-

¹¹² “Cinayetten münbais hukuku şahsiye davalarında müddei ve müddeaaaleyh taraflarından vekil tayin edilebilir. Mevaddı cezaiye muhakemesinde müttehem bizzat hazır bulunmak şartı ile lieclilmüdafaa bir vekil bulundurabilir”. **Bozdoğan**, s.63; **Özkorkut**, s.151.

¹¹³ Bu kanun, 1808 tarihli Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu’nun tercümesi ve kısmen değiştirilmesi ile oluşturulan bir kanundur. **Aydın**, s.433.

¹¹⁴ Kanun metni için bkz. **Bozdoğan**, s.25.

¹¹⁵ “Adalet Bakanlığının, adliye müfettişlerine gönderdiği 1882 tarihli bir tamimle, ruhsatlı dava vekillerinin bulunmadığı yerlerde, sanığın kendi akraba ve dostlarından birini, o da bulunmazsa kanunları bilen üçüncü kişilerden birin de müdafî olarak atanabileceğini belirtmiştir”. **Özkent, Ali Haydar**, *Avukatın Kitabı*, 1. Baskı, İstanbul, Arkadaş Basımevi, 1940, s. 57.

¹¹⁶ Kanun metni için bkz. **Bozdoğan**, s.25; **Kocaoğlu**, “Tarihsel Perspektifi ile Türk – İslam Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafî”, s. 71-72.

manlı Devleti'ne bir çok avukat gelmişti. Yabancı avukatlar, önceleri sadece konsolosluk mahkemelerinde görev yaparken, Türk hukukçuların kodifiye edilen yabancı kanunlara hâkim olamaması nedeniyle, yabancı avukatlar zamanla Osmanlı Devleti'nin mahkemelerinde de çalışmaya başladılar. Bu dönemde yabancı avukatlar İstanbul'da, "Société du Barreau de Constantinople" adıyla bir baro kurdular¹¹⁷.

1876 tarihli "Mehakimi Adliye Dava Vekilleri Hakkında Nizamnamesi" ile Osmanlı Devleti'nde ilk kez, dava vekilliği kurumu kurulmuş ve meslek kuralları ilk defa bir hukuki düzenlemeye kavuşmuştur. Bu nizamnameye göre, dava vekili olabilmek için hukuk okulundan mezun olmak¹¹⁸, yeterliliğini bir sınavla kanıtlamak, en az 21 yaşını doldurmuş olmak ve Baro levhasına ayzılmış olmak gerekiyordu. Bu sayılan niteliklere sahip olan kişiler ile bu kanunun çıktığı tarihte dava vekilliği yapmakta olan dava vekillerine yeterlilik sınavına girerek Adalet Bakanlığı'ndan ruhsatname alma hakkı tanınmıştır¹¹⁹ (m. 2). Bu gelişmelerin ardından, Osmanlı Devleti'nde ilk baro 1878 tarihinde İstanbul'da kurulmuştur. Bu baronun ilk kuruluşunda 11'i Müslüman ve 51'ise Rus, İngiliz, İtalyan, Fransız, Rum ve Ermenilerden oluşan toplam 62 üyesi bulunmaktaydı¹²⁰.

D) Müdafilik Kurumunun Cumhuriyet Dönemindeki Hukuki Gelişimi

Cumhuriyetin ilanıyla birlikte hukukun tüm alanlarında olduğu gibi ceza ve ceza muhakemesi hukuku alanında da bir yenilenme, değişim ve dönüşüm başlamıştır. Bu bağlamda Osmanlı Devleti döneminden kalan "Usul-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanunu" yerine 1877 tarihli Alman Ceza Muhakemesi Kanunu kodifiye edilerek oluşturulan 04.04.1929 tarihli ve 1412 sayılı "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK)" kabul edilmiştir¹²¹.

CMUK'da Türk hukuk tarihinde müdafilik kurumu ilk defa kurum olarak kabul edilmiş olup, aynı zamanda müdafî ve müdafiden yararlanma hakkı detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. CMUK'da, yakalanan kişi veya sanığın, soruşturmanın her hal ve derecesinde bir

¹¹⁷ Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, s.34-35.

¹¹⁸ 1875 tarihinde ilk defa Galatasaray Lisesinde hukuk eğitimine başlanmıştır. Özkorkut, s.151.

¹¹⁹ Kanun metni için bkz. Bozdoğan, s.3.

¹²⁰ Özkorkut, s.153.

¹²¹ Kocaoğlu, "Tarihsel Perspektifi ile Türk – İslam Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafî", s. 73.

veya birden fazla müdafinin yardımından yararlanabileceği, yakalanan kişinin veya sanığın kanuni temsilcisi varsa onun da yakalanana veya sanığa bir müdafî seçebileceği, kolluk tarafından yapılan soruşturma da dâhil olmak üzere, soruşturmanın her safhasında müdafinin yakalanan kişi veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkının engellenemeyeceği ve kısıtlanamayacağı (CMUK m. 136), müdafinin hazırlık evrakı ile dava dosyasının tamamını inceleme ve istediği evrakın bir suretini harçsız alma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir (CMUK m. 143). Ayrıca sadece avukatların ve dava vekillerinin müdafilik yapabileceği kabul edilmiştir (CMUK m. 137).

CMUK'un ilk halinde adli yardım ve zorunlu müdafilik kabul edilmemiştir. Ancak 1992 yılında yapılan bir değişiklikle, yakalanan kişi veya sanığın müdafî seçebilecek durumda olmadığını beyan ve talep etmesi halinde baro tarafından kendisine bir müdafî tayin edileceği, ayrıca, yakalanan kişi veya sanığın onsekiz yaşını bitirmemiş yahut sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olması ve bir müdafinin de bulunmaması halinde talebi aranmaksızın kendisine re'sen bir müdafî tayin edileceği kabul edilmiştir¹²² (CMUK m.138).

CMUK'da yakalanan kişinin ya da sanığın yararlanabileceği müdafî sayısına ilişkin genel sınırlayıcı bir hüküm bulunmamaktadır¹²³. Ancak kolluk kuvvetleri tarafından yapılacak ifade alma işleminde sadece bir müdafinin ve Cumhuriyet savcılığı işlemlerinde de en fazla üç müdafinin hazır bulunabileceği kabul edilmiştir (CMUK m. 136). Ancak bu sınırlama yararlanılacak müdafî sayısı için değil, işlemler sırasında hazır bulunacak müdafiler için geçerlidir. Dolayısıyla bir kişinin üçten fazla müdafisinin olmasının önünde bir engel bulunmamaktaydı¹²⁴.

¹²² **Oral, Mehmet**, "Mevzuatımızın Savunma Hakkı Açısından Değerlendirilmesi", Sahir Erman'a Armağan, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, No: 8, 1999, s.619-620.

¹²³ "Almanya'da özellikle terör davalarında sanıkların çok sayıda müdafinin yardımından yararlanması ve müdafilerin gereksiz yere davaları uzatmak için çaba göstermesi nedeniyle, 1974-1975 yıllarında yapılan ceza muhakemesi reformuyla sanığın yararlanabileceği müdafî sayısı üç ile sınırlandırılmıştır". **Kühne**, s.104, **Eser**, 333.

¹²⁴ **Eser**, s.333-334; **Oral**, s.620.

Fakat Terörle Mücadele Kanunu'nda (TMK) terör davalarında yararlanılabilecek müdafî sayısı üç ile sınırlandırılmıştır¹²⁵ (TMK m.10). Bu hüküm, 1992 tarihinde Anayasa Mahkemesi tarafından eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir¹²⁶.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK), 04.12.2004 tarihinde kanunlaşmış olup, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. CMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte CMUK genel olarak yürürlükten kaldırılmıştır.

IV- MÜDAFİİN HUKUKİ STATÜSÜ

Müdafîin ceza muhakemesindeki hukuki statüsünün tespiti, müdafîin ceza muhakemesindeki işlevinin, yetkilerinin kapsam ve sınırının ve şüpheliyle/sanıkla olan ilişkisinin hukuki sınırlarının tespitine ilişkin bir fikri çalışmadır¹²⁷. Dolayısıyla, müdafîin üstlenmiş olduğu görevin niteliği ve kapsamının, iddia ve yargılama makamlarıyla olan ilişkisinin ve bu ilişkinin niteliğinin, şüpheli/sanık ile olan ilişkisinin ve en önemlisi de yapacağı savunmanın kapsamı ve sınırının belirlenmesi, müdafîinin ceza muhakemesindeki hukuki statüsüne göre belirlenmektedir¹²⁸. Bu bağlamda, müdafîin savunma hakkını kullanırken işlemesi muhtemel suçlardan olan “suç delillerini yok etme, gizleme ve değiştirme suçu” (TCK m. 281), “suçluyu kayırma suçu” (TCK m.283), “tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme suçu” (TCK m.284), “gizliliği ihlal suçu” (TCK m. 285), “adil yargılanmayı etkilemeye teşebbüs suçu” (TCK m. 288), “görevi kötüye kullanma suçu” (TCK m. 257), “hakaret suçunun” (TCK m. 125; 128) işlenip işlenmediğinin tespit edilmesi, ancak müdafîin ceza muhakemesindeki statüsünün tespitiyle mümkün olabilecektir¹²⁹. Bu nedenle müdafîin ceza muhakemesindeki hukuki statüsünün tespit edilmesi, müdafîin yetki ve görevleri ile sınırının doğru ve tam olarak belirlenmesi için büyük önem arz etmektedir.

¹²⁵ “Sanık ve müdahil en fazla üç avukat tarafından temsil edilebilir. Tutuklu sanık veya hükümlü müdafî ile cezaevi görevlilerinin nezaretinde görüştürülebilir” (TMK m.10).

¹²⁶ **Any. M. 31.03.1992, E:1991/18, K:1992/20**, (www.anayasa.gov.tr. 10.10.2012); **Oral**, s.620; Ancak sanığın yararlanacağı müdafî sayısının sınırlandırılması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırılık oluşturmamaktadır. **Donay**, s.156.

¹²⁷ **Zafer**, s. 295.

¹²⁸ **Duran**, s. 23.

¹²⁹ **Zafer**, s. 295.

Gerek mülga CMUK’da gerek CMK’da gerekse de diğer ceza hukuku mevzuatında müdafinin hukuki statüsünün açık ve net bir şekilde tespit edilmesine imkân sağlayan her hangi bir hüküm bulunmamaktadır¹³⁰. CMK’da, Avukatlık Kanunu’nda ve diğer ceza hukuku mevzuatında müdafinin statüsü ile ilgili dağınık ve bir biriyle çelişen hükümler varsa da bu hükümler, müdafinin ceza muhakemesindeki statüsünün tam olarak tespit edilmesine yetmemektedir¹³¹. Mevzuatta müdafinin hukuki statüsü açık ve net olarak düzenlenmediğinden, müdafinin hukuki statüsünü açıklamak için doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bizde çalışmamızda müdafinin hukuki statüsünü tespit etmek için, öncelikle doktrindeki mevcut görüşleri inceledikten sonra, CMK, diğer mevzuat ve yüksek yargı organlarının kararları ışığında bu konudaki görüşümüzü ortaya koyacağız.

A) Müdafinin Hukuki Statüsüne İlişkin Görüşler

Müdafinin hukuki statüsünü açıklamak için gerek yabancı ülke doktrinlerinde¹³² gerekse de Türk doktrininde birçok görüş ileri sürülmüştür. Doktrinde ileri sürülen görüşleri genel olarak, “müdafinin şüphelinin/sanığın temsilcisi olduğu görüşü”, “müdafinin şüphelinin/sanığın yardımcısı olduğu görüşü”, “müdafinin hem adli organ hem de sanığın yardımcısı olduğu görüşü” ve müdafinin bağımsız bir adli organ olduğu görüşü” olmak üzere dört başlık altında toplamak mümkündür¹³³.

1. Müdafinin Şüphelinin/Sanığın Temsilcisi Olduğu Görüşü

Türk hukukunda müdafinin şüphelinin/sanığın salt temsilcisi olduğu görüşü savunulmamakla birlikte¹³⁴; Alman hukukunda müdafinin hukuki durumunu, medeni muhakemedeki temsilcinin (vekilin) durumuna benzeterek müdafinin, sanığın salt temsilcisi olduğunu savunan görüşler bulunmaktadır¹³⁵. Alman hukukunda bu görüşü savunanlara göre müdafî, sanığın temsilcisidir. Bu nedenle de müdafinin, müdafî sıfatıyla yaptığı ceza muhakemesi işlemleri

¹³⁰ Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma-Saygılar Kırıt- Özaydın-Alan Akcan-Erdem, s.252.

¹³¹ Kocaoğlu, Müdafî, s. 72.

¹³² Roxin-Schünemann, s.114; Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s.408.

¹³³ Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s.408; Mahmutoğlu, Fatih Selami- Dursun, Selman, Türk Hukukunda Müdafinin Yasaklılık Halleri, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 17; Zafer, s.294-295; Dursun, s. 24.

¹³⁴ Kocaoğlu, Müdafî, s.73.

¹³⁵ Beulke, s.94.

sanığın işlemleri olarak kabul edilir¹³⁶. Ancak bu görüş taraftarları, her ne kadar müdafii sanığın temsilcisi olarak kabul etseler de müdafinin temsil yetkisinin medeni muhakeme hukukundaki kadar geniş olmadığını da kabul etmektedirler. Müdafinin, temsilci olarak sanık yerine hiçbir zaman ifade veremeyeceği, sanığın aleyhine olan işlemleri yapamayacağı, sanığın lehine olan işlemleri sanığın isteğine aykırı da olsa yapabileceğini kabul etmektedirler¹³⁷.

Medeni muhakemede, dava ehliyeti bulunan davacı ve davalı, bizzat kendi davasını açıp takip edebileceği gibi, kendi iradesiyle seçtiği bir avukat (vekil) eliyle de davasını takip ettirebilir (HMK m.71; 76). Dava ehliyeti olmayan kişilerin ise, ancak davalarını bir kanuni temsilci (veli, vasi) eliyle ya da kanuni temsilcinin seçtiği bir avukat eliyle açıp takip ettirebilirler. İşte medeni muhakeme hukukunda iradi olarak seçilen avukata vekil; avukat eliyle davasını takip edene müvekkil ve vekil ile müvekkil arasındaki ilişkiye de temsil ilişkisi (vekalet ilişkisi) denir. Borçlar hukukunun bir kavramı olan temsil, bir hukuki işlemi bir şahsın başka bir şahıs adına ve hesabına yapması ve işlemde doğan hukuki sonuçların bu şahıs (temsil olunan) üzerine doğmasını sağlamasıdır¹³⁸. Başkası adına ve hesabına hukuki işlem yapan kişiye temsilci ve adına ve hesabına hukuki işlem yapılan kişiye de temsil olunan denir. Medeni muhakemede kural olarak davaların vekil aracılığıyla açılması ve takip edilmesinde Borçlar Kanunu'nun "temsile" ilişkin hükümleri uygulanmaktadır (HMK m. 72).

Medeni muhakeme hukukundaki temsil (vekâlet) ilişkisi ile ceza muhakemesindeki müdafilik ilişkisi arasında çok önemli farklar bulunmaktadır¹³⁹. Temsil ilişkisi ve müdafilik ilişkisi arasındaki temel farklar şunlardır.

Medeni muhakemede temsil (vekâlet) ilişkisi, her zaman bir özel hukuk sözleşmesiyle kurulur. Oysaki ceza muhakemesinde müdafii, bazen şüpheli/sanık tarafından seçilirken¹⁴⁰;

¹³⁶ **Beulke**, s.97.

¹³⁷ Beulke'ye göre, "müdafinin, sanığın salt temsilcisi olarak kabul edilmesi, belli durumlarda müdafii, sanığın suç ortağı haline getirebilir". **Beulke**, s.97.

¹³⁸ **Oğuzman, Kemal- Öz, M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi Yayınları, 1998, s.153.

¹³⁹ "Müdafii, temsil yetkisine haiz vekilden ayrı bir statüye tabidir ve özellikle hukuktaki vekiller kadar geniş ve mutlak bir temsil hakkını haiz değildir". (YİBGK, 20.10.1975, E. 1975/7, K.1975/9, www.kazanci.com.tr. 10 Şubat 2013).

¹⁴⁰ "Şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafinin yardımından yararlanabilir; kanunî temsilcisi varsa, o da şüpheliye veya sanığa müdafii seçebilir" (CMK m. 149/1).

bazen de şüphelinin/sanığın iradesine aykırı dahi olsa yargı organları tarafından atanmaktadır¹⁴¹.

Medeni muhakemede temsil yetkisinin kapsamı ve sınırları, temsil yetkisi verenin iradesine göre belirlenir¹⁴² (TBK m. 41). Temsil ilişkisinde temsilci (vekil), birçok işlemi müvekkilin açık rızası olmadan re'sen yapamamaktadır¹⁴³. Temsil olunan, hukuki bir işlemde doğan temsil yetkisini her zaman sınırlayabilir (TBK m. 42). Oysaki ceza muhakemesinde müdafinin yetkilerinin sınırı ve kapsamı, kanun tarafından belirlenmiştir. Şüpheli/sanık, müdafinin kanun yollarına başvurma¹⁴⁴ dışındaki yetkilerini kendi iradesiyle sınırlandıramaz ve ortadan kaldıramaz. Müdafî, şüphelinin/sanığın açıkça aleyhine olmamak ve dürüstlük ilkesi ve avukatlık meslek kurallarına aykırı olmamak şartıyla ceza muhakemesinde her türlü işlemi yapabilir ve savunmanın içeriğini özgürce belirleyebilir. Müdafî, şüphelinin/sanığın iradesine aykırı dahi olsa onun lehine olan işlem ve savunmaları yapabilir¹⁴⁵.

Temsil ilişkisi bir özel hukuk ilişkisiyken; müdafî ile şüpheli/sanık arasındaki ilişki bir kamu hukuku ilişkisidir¹⁴⁶. Çünkü temsilci sadece müvekkilinin kişisel ve özel menfaatlerini korurken; müdafî, hem şüphelinin/sanığın kişisel ve özel çıkarını korurken hem de kamunun (toplumun) menfaatini korumaktadır.

Medeni muhakemede müvekkil, temsilcinin görevine istediği zaman son verme yetkisine sahipken (TBK m. 42); yargı organlarının talebi üzerine baro tarafından atanan müdafînin görevine şüpheli/sanık re'sen son veremez (CMK m. 151/1).

¹⁴¹ “Müdafî bulunmayan şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise, istemi aranmaksızın bir müdafî görevlendirilir. Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada ikinci fıkra hükmü uygulanır” (CMK m. 150/2,3).

¹⁴² **Oğuzman-Öz**, s.166.

¹⁴³ Medeni muhakemede açıkça yetki verilmemiş ise müvekkilin lehine de olsa aleyhine de olsa temsilci (vekil); sulh olamaz, hâkimi reddedemez, davanın tamamını ıslah edemez, yemin teklif edemez, yemini kabul, iade veya reddedemez, başkasını tevkil edemez, haczi kaldıramaz, müvekkilinin iflasını isteyemez, tahkim ve hakem sözleşmesi yapamaz, konkordato veya sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması teklifinde bulunamaz ve bunlara muvafakat veremez, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuramaz, davadan veya kanun yollarından feragat edemez, karşı tarafı ibra ve davasını kabul edemez, yargılamanın iadesi yoluna gidemez, hâkimlerin fiilleri sebebiyle Devlet aleyhine tazminat davası açamaz, hangileri hakkında yetki verildiği açıklanmadıkça kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili davaları açamaz ve takip edemez (HMK m. 74).

¹⁴⁴ “Avukat, müdafiliğini üstlendiği kişilerin açık arzusuna aykırı olmamak koşuluyla kanun yollarına başvurabilir” (CMK m. 261/1).

¹⁴⁵ **Karakehya**, “Ceza Muhakemesinde Zorunlu Müdafilik”, s. 422.

¹⁴⁶ **Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma-Saygılar Kırıt- Özaydın-Alan Akcan-Erdem**, s.252; **Kunter-Yenisey-Nuhoglu**, s.409.

Ceza muhakemesinde müdafie, sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılmış diğer kişilere doğrudan soru sorma yetkisi tanınmışken; sanığa ise, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılmış diğer kişilere doğrudan doğruya soru sorma yetkisi tanınmamıştır¹⁴⁷ (CMK m. 201/1). Dolayısıyla ceza muhakemesinde müdafie, şüpheli ve sanığa tanınmamış bir takım hak ve yetkiler tanınmıştır. Oysaki medeni muhakemede, müvekkilin (asilin) sahip olmadığı hiçbir hakka temsilci sahip değildir. Çünkü temsilciye tanınan yetkinin, müvekkile tanınmamış olması temsil ilişkisinin doğasına aykırıdır¹⁴⁸.

Medeni muhakemede vekil (temsilci), açtığı veya takip ettiği dava ve işlerde, noter tarafından onaylanan ya da düzenlenen vekâletname aslını veya avukat tarafından onaylanmış aslına uygun örneğini, dava yahut takip dosyasına konulmak üzere ibraz etmek zorundadır (HMK m.76). Vekâletnamesinin aslını veya onaylı örneğini vermeyen vekil (temsilci), dava açamaz ve yargılamayla ilgili hiçbir işlem yapamaz. Şu kadar ki, gecikmesinde zarar doğabilecek hâllerde mahkeme, vereceği kesin süre içinde vekâletnamesini getirmek koşuluyla avukatın dava açmasına veya usul işlemlerini yapmasına izin verebilir. Bu süre içinde vekâletname verilmez veya asıl taraf yapılan işlemleri kabul ettiğini dilekçeyle mahkemeye bildirmez ise dava açılmamış veya gerçekleştirilen işlemler yapılmamış sayılır (HMK m. 77). Oysaki caza muhakemesinde, müdafinin özel olarak yetkili kılınmasını gerektiren istisnai işlemlerin¹⁴⁹ yapılması hariç, vekâletname ibraz etme zorunluluğu yoktur (CMK m.154).

Türk hukukunda bulunan, müdafie ilişkin bazı hükümlerde de müdafinin, şüpheliye/sanığa yardım etme yükümlülüğü bulunduğu, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında müdafinin yardımından yararlanılabileceği (CMK m.149/1); soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında müdafinin, şüpheli veya sanığa hukukî yardımda bulunma hakkının engellenemeyeceği ve kısıtlanamayacağı (CMK m.149/3); şüpheliye, müdafinin hukuki yardımından yararlanabileceğinin bildirileceği (YGIY m. 23/c); müdafinin, şüpheliye

¹⁴⁷ Ceza Muhakemesi Kanunu'nda müdafie soruşturma aşamasında dosyayı inceleme ve dosyadan örnek alma yetkisi tanıdığı halde, bu yetki şüpheliye tanınmamıştır. Ancak şüpheliye de bu yetki 2010 yılında 2005 tarihli "Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik"ın 45. maddesinde yapılan değişiklikle verilmiştir.

¹⁴⁸ **Ünver, Yener- Hakeri, Hakan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, C. 1, 8. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s.301.

¹⁴⁹ Ceza muhakemesinde müdafinin, kanun yollarına başvurudan vazgeçebilmesi için (CMK m. 266/2), sanığın duruşmadan bağışık tutulmasını talep edebilmesi için (CMK m. 196/1) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuru yapabilmesi için sanık tarafından özel olarak yetkilendirilmiş olması gerekir; **Kunter-Yenisey-Nuhoğlu**, s.454-455.

sadece hukuki yardımda bulunabileceği, müdafinin ifade almada şüphelinin yerine sorulan sorulara cevap veremeyeceği ve müdafinin, şüphelinin yerini aldığı izlenimini verecek şekilde ifade alma işlemine herhangi bir müdahalede bulunamayacağı (YGİY m. 23/d); duruşmada her zaman son sözün mutlaka sanığa verileceği (son sözün sanığın yerine müdafie verilemeyeceği) (CMK m. 216/3) açıkça vurgulanmıştır.

Gerek müdafilik kurumu ile temsil ilişkisi arasındaki bariz ve önemli farklar gerekse de ceza muhakemesinde müdafie biçilen rol göz önüne alındığında müdafinin, şüphelinin/sanığın salt temsilcisi olmadığı açıkça anlaşılmaktadır¹⁵⁰. Bu nedenle, Alman hukukunda doktrinde kabul edilen “müdafinin şüphelinin/sanığın salt temsilcisi olduğu” görüşünün Türk hukukunda kabul edilmesi mümkün değildir.

2. Müdafinin Sanığın Yardımcısı Olduğu Görüşü

Müdafinin hukuki statüsünü açıklamak için ortaya çıkan görüşlerden biri de “müdafinin şüphelinin/sanığın yardımcısı olduğuna ilişkin görüştür”.

Alman hukukunda, müdafinin sanığın temsilcisi olmadığını savunan yazarlar tarafından ileri sürülen bu görüşe göre¹⁵¹, müdafinin görevi sanığın yerinde olmak (temsilcisi olmak) değil, sanığın yanında olmaktır. Çünkü müdafinin temel görevi, sanığın haklarını ve çıkarlarını korumak için sanığa yardım etmektir¹⁵². Müdafinin ile sanık arasında salt bir temsil ilişkisi bulunmamaktadır. Ancak müdafinin bazı istisnai durumlarda sanığı temsil etme yetkisi bulunmaktaysa da bu durum, müdafinin, sanığın yardımcısı olduğu gerçeğini değiştirmemektedir¹⁵³. Bu görüş taraftarları görüşlerini ispat etmek için ağırlıklı olarak, müdafinin sanığın temsilcisi olamayacağına ilişkin görüş ve mevzuat hükümlerini ileri sürmektedirler¹⁵⁴.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nda bulunan müdafie ilişkin bazı hükümlerde de müdafinin, şüpheliye/sanığa yardım etme yükümlülüğü bulunduğu düzenlenmiştir. Şüpheli veya

¹⁵⁰ Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma-Saygılar Kırıt- Özaydın-Alan Akcan-Erdem, s.252; Kunter-Yenisey-Nuhoglu, s.408.

¹⁵¹ Beulke’ye göre ise, “müdafinin, sanığın temsilcisi değil danışmanı (yardımcısı) konumundadır”. Beulke, s.94; Kühne, s.93; Mahmutoglu-Dursun, s.18; “Sanık, yargılamanın her aşamasında bir müdafinin yardımından yararlanabilir” (StPO m. 137).

¹⁵² Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma-Saygılar Kırıt- Özaydın-Alan Akcan-Erdem, s.252; Kühne, s.97, 101.

¹⁵³ Kühne, s.101.

¹⁵⁴ Mahmutoglu-Dursun, s.18.

sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında müdafinin **yardımindan yararlanabilir** (CMK m.149/1); soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında müdafinin, şüpheli veya sanığa hukukî **yardımda bulunma hakkı** engellenemez ve kısıtlanamaz (CMK m.149/3). Müdafinin hukuki **yardımindan yararlanabileceği** şüpheliye bildirilir (YGİY m. 23/c). Müdafî, şüpheliye **sadece hukuki yardımda** bulunabilir. İfade almada sorulan sorulara şüphelinin yerine cevap veremez. Müdafî, **şüphelinin yerini aldığı izlenimini** verecek şekilde ifade alma işlemine herhangi bir müdahalede bulunamaz (YGİY m. 23/d). Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere, ceza muhakemesi mevzuatımızda müdafîin, şüphelinin/sanığın temsilcisi olmadığı, daha çok şüpheliye/sanığa hukuki yardımda bulunan bir yargılama süjesi olduğu anlaşılmaktadır. Ancak müdafîin, şüphelinin/sanığın salt yardımcısı olduğu görüşünün kabul edilmesi de müdafilik kurumunun işleviyle ilgili bazı çelişkiler içermektedir¹⁵⁵. Çünkü mantık kuralları gereği, yardımcı kişi, yardım ettiği kişinin açık iradesine aykırı olarak herhangi bir yardımda bulunamaz. Oysaki ceza muhakemesinde genel kabul gören görüşe göre müdafî, şüphelinin/sanığın açıkça aleyhine olmamak ve dürüstlük ilkesi ve avukatlık meslek kurallarına aykırı olmamak şartıyla ceza muhakemesinde her türlü işlemi yapabilir ve savunmanın içeriğini özgürce belirleyebilir. Müdafî, şüphelinin/sanığın iradesine aykırı dahi olsa onun lehine olan işlem ve savunmaları yapabilir¹⁵⁶. Ayrıca müdafîinin, şüphelinin/sanığın yardımcısı olduğunun kabul edilmesi müdafilik görevinin aynı zamanda bir kamusal hizmet ve görev olduğu gerçeğiyle de bağdaşmamaktadır.

3. Müdafîin Hem Adli Organ Olduğu Hem de Şüphelinin/Sanığın Yardımcısı Olduğu Görüşü

Müdafîin hukuki durumunu açıklamak için ileri sürülen görüşlerden biri de müdafîin, hem mahkemenin hem de şüphelinin/sanığın yardımcısı (sınırlı adli organ teorisi) olduğuna ilişkin görüştür. İlk olarak Alman öğretisinde ileri sürülen bu görüş savunucularına göre müdafî, çift yönlü bir hukuki konuma sahiptir¹⁵⁷. Müdafî, kamunun diğer bir ifadeyle mahkeme-

¹⁵⁵ Kunter-Yenisey-Nuhoglu, s.408; Zafer, s.303.

¹⁵⁶ Centel-Zafer, s.166.

¹⁵⁷ Fahl'a göre, "19. yüzyılda **müdafîin adli organ olduğu teorisi** ortaya çıktığında bu kavram, saygı duymakla ilgiliydi ve bu kavram avukatlığın (savunmanın) özgürlüğünü vurgulamak amacıyla ortaya çıkarılmıştır. Sona eren Demokratik Alman Cumhuriyeti'nde bu kavram, devlet mahkemelerinin karşısında savunma yapan avukatlar için bir gurur (övnüç) kaynağıydı.

nin yardımcısıdır. Çünkü müdafinin önemli görevlerinden biri de maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında yargılama süjesi olarak mahkemeye yardım etmektir. Bu bağlamda müdafî, şüphelinin/sanığın iradesine aykırı dahi olsa lehine olmak koşuluyla savunma yapabilir. Diğer taraftan müdafinin, şüpheliye/sanığa hukuki yardımda bulunma ve onu hukuki açıdan aydınlatma ve lehine olan savunmaları yapma görevi de bulunmaktadır¹⁵⁸.

Bu teoriye göre, müdafinin hem maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardım etmek hem de şüphelinin/sanığın lehine olacak savunmaları yaparak şüpheliye/sanığa hukuki yardımda bulunma görevi bulunmaktadır. Christian Fahl'ın ifadesiyle, “müdafinin hem toplum adına şüpheliyi/sanığı etkili bir şekilde savunma borcu bulunurken; aynı zamanda adil yargılamaya engel olmayacak kadar topluma sadakat borcu vardır”¹⁵⁹. Müdafinin bu borcu ve görevi, şüpheliden/sanıktan olabildiğince bağımsız bir şekilde şüphelinin/sanığın sadece lehine olan savunmaları ve hukuki yardımı etkili bir şekilde yapmak ve fakat adil muhakemeyi olumsuz yönde etkileyecek şekilde delilleri karartmamasını, yalan söylememesini, hukuka aykırı işlemleri yapmamasını ve benzeri müdafilik kurumuyla ve avukatlık meslek ahlakıyla bağdaşmayan davranışlardan kaçınmasını gerektirir.

Türk hukukunda da müdafinin hem adli organ olduğu hem de şüphelinin/sanığın yardımcısı olduğuna ilişkin hükümler bulunmaktadır. TCK'nın tanımlar başlıklı 6. maddesinde hâkim ve savcılar gibi “avukat da yargı görevi yapan kişiler” arasında saymıştır. Ayrıca 6. maddenin madde gerekçesinde de “avukatların mesleklerinin icrası bağlamında kamu görevlisi oldukları ve bu bağlamda icra ettikleri görevin de kamu hizmeti olduğu açıkça belirtilmiştir”. Bu hüküm kapsamında kanun koyucunun, şüphelinin ve sanığın savunmasını üstlenen avukat olarak tanımlanan müdafii de bir kamu görevlisi olarak ve yaptığı hizmeti de bir kamu

Çünkü bu kavram avukatları savcılıkla eşit hale getirdi. Bu gün artık mahkemeler ve savcılık, müdafiliği bir meslek ve bağımsız bir yargı organı olarak kabul etmektedir. Fakat birçok avukat, müdafinin yargı organı olduğunu kabul etmemekte ve korku teorisinde organ olarak çağrılmayı reddetmektedir. Bu kavram avukatlık disiplinine karşı kullanılmalıdır. Doğrusu bu kavrama karşı çıkan avukatlar, müdafinin avukatlık hukukuna ihtiyacı olmadığını iddia ettiler. Fakat bana ve diğer yazarlara göre bir yargı organı olarak duruşmaya (yargılamaya) katılmak ceza yargılamasında müdafinin konumunu (rolünü) etkilemez. Fakat eğer savcı yargılamanın bir organıysa, müdafî de yargılamanın bir organıdır. Benim bakış açım ve organ teorisi açısından müdafî iki şey borçludur. **İlki** toplum adına müvekkilini etkili savunma borcudur. Sanık savunmaya karşı olsa bile sanığın savunulması gerekir. **İkincisi**, müdafî yargılamaya engel olmayacak kadar topluma sadakat borçludur”. **Fahl, Christian**, “The Guarantee of Defence Counsel and the Exclusionary Rules on Evidence in Criminal Proceedings in Germany”, German Law Journal, Vol. 08, No. 11, 2007, s.1057.

¹⁵⁸ Ünver-Hakeri, s. 308-309.

¹⁵⁹ Fahl, s.1057.

hizmeti olarak kabul ettiği açıktır¹⁶⁰. Ayrıca, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun değişik maddelerinde “müdafinin şüphelinin ve sanığın yardımcısı olduğuna ilişkin” çok sayıda hüküm bulunmaktadır¹⁶¹. Dolayısıyla, Türk hukukunda da “müdafinin hem adli organ olduğu hem de şüphelinin/sanığın yardımcısı olduğu görüşünü” destekler nitelikte hükümler yer almaktadır.

Ancak müdafinin, hem bir adli organ gibi kamu yararına hizmet etmesi hem de şüphelinin/sanığın haklarını koruması, etkili bir savunma yapması, kamu zararına dahi olsa edindiği meslek sırlarını gizlemesi ve aynı zamanda şüphelinin/sanığın güvenini kazanması pek mümkün değildir¹⁶². Müdafie böylesine zor ve çift kişilikli davranmayı gerektirecek bir görevin yükletilmesinin hem haksızlık oluşturacağı hem de bu görevin ifasının fiili olarak mümkün olamayacağı kanısındayız.

4. Müdafinin Bağımsız Bir Adli Organ Olduğu Görüşü

Alman öğretisinde müdafinin hukuki durumunu açıklamaya ilişkin en çok taraftar bulan görüş, “müdafinin bağımsız bir adli organ olduğuna” ilişkin görüştür¹⁶³. Bu görüşün temel dayanağını Alman Avukatlık Kanunu’nun (BRAO) birinci maddesindeki “müdafî, bir adli organdır” şeklindeki düzenlemedir¹⁶⁴. Bu görüşü savunanlara göre müdafî, adil bir yargılama yapılması ve adil bir hüküm verilmesine katkıda bulunan ve muhakeme kurallarının titizlikle uygulanmasına bütün toplum (kamu) adına katkıda bulunan bağımsız bir adli organ-

¹⁶⁰ “Avukatlık (müdafilik), görev itibarıyla kamu hizmetidir; ticari amaca yönelik değildir. Avukat, savunma ve hak arama görevini yerine getirirken sadece mevcut bir hukuki ihtilafların çözümüne değil, aynı zamanda devlet ve toplum yaşamında genel adaletin ve hukuk barışının sağlanmasına da katkıda bulunmuş olur”, **Oğuzhan**, “Türk ve Alman Hukukunda Avukatın Hukuki Konumu”, s.398.

¹⁶¹ Şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında müdafinin *yardımdan yararlanabilir* (CMK m.149/1); Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında müdafinin, şüpheli veya sanığa hukukî *yardımda bulunma hakkı* engellenemez ve kısıtlanamaz (CMK m.149/3). Müdafinin hukukî *yardımdan yararlanabileceği* şüpheliye bildirilir (YGİY m. 23/c).

¹⁶² **Zafer**, s.310.

¹⁶³ **Yurtcan, Erdener**, Alman Hukukunda Müdafilerin Görevden Yasaklanması, 1. Baskı, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1981, s.4; **Zafer**, s. 306.

¹⁶⁴ **Oğuzhan, Teoman**, “Alman Anayasa Mahkemesi Kararlarında ‘Bağımsız Bir Adliye Organı’ Olarak Avukat”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi”, S.56, 2005, s.175; “19. yüzyılda **müdafinin adli organ olduğu teorisi** ortaya çıktığında bu kavram, müdafie saygı duymakla ilgiliydi ve bu kavram avukatlığın (savunmanın) özgürlüğünü vurgulamak amacıyla ortaya çıkarılmıştır. Sona eren Demokratik Alman Cumhuriyeti’nde bu kavram, devlet mahkemelerinin karşısında savunma yapan avukatlar için bir gurur (övünç) kaynağıydı. Çünkü bu kavram avukatları savcılıkla eşit hale getirdi. Bu gün artık mahkemeler ve savcılık müdafiliği bir meslek ve bağımsız bir yargı organı olarak kabul etmektedir. Fakat bana ve diğer yazarlara göre bir yargı organı olarak duruşmaya (yargılamaya) katılmak ceza yargılamasında müdafinin konumunu (rolünü) etkilemez. Fakat eğer savcı yargılamanın bir organıysa, müdafî de yargılamanın bir organıdır”. **Fahl**, s.1057.

dır¹⁶⁵. Nasıl yargılama makamlarından savcı ve hakim bağımsız birer adli organısa, müdafî de yargı görevi yapan ve savcı, hakim ve şüpheliye/sanığa karşı bağımsız olan adli bir organdır. Ancak müdafîin bağımsız bir adli organ olması, onun şüpheliden/sanıktan tamamen bağımsız olduğu ve sadece devletin/kamunun menfaatlerini koruyan bir devlet ajanı olduğu anlamına gelmez¹⁶⁶. Çünkü müdafî, serbest meslek olan avukatlık mesleğini icra eden, çoğu zaman ücretini şüpheliden/sanıktan alan ve şüpheli/sanık ile arasında güven ilişkisi bulunan bir yargı mensubudur. Bu nedenle, müdafîin bağımsız bir adli organ olması, onun asli görevlerinden biri olan şüpheliye/sanığa hukuki yardımda bulunma, sanığın sadece lehine olacak şekilde savunma yapma ödevine aykırı değildir.

Fahl'ın da vurguladığı gibi, müdafîin bağımsız bir adli organ olarak kabul edilmesi, müdafîin asli görevlerini ortadan kaldırmak ve devlet ajanı haline getirmek için değil, bilakis müdafîin diğer yargı organları ve şüpheli/sanık karşısındaki bağımsızlığını ve özgürlüğünü sağlamak ve savcılıkla eşit değere sahip olmasını sağlamak içindir¹⁶⁷.

B) Türk Hukukundaki Görüşler ve Görüşümüz

1. Türk Hukukundaki Görüşler

Türk doktrininde de müdafîin hukuki durumuna ilişkin ortak bir görüş bulunmamaktadır. Bu konuda yazarlar arasında görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Türk hukukundaki müdafîin hukuki statüsüne ilişkin görüşleri kısaca şöyle özetleyebiliriz.

Müdafîin hukuki durumunun ancak “müdafilik makamı” ile açıklanabileceğini savunan Kunter, Yenisey ve Nuhoglu'na göre¹⁶⁸, müdafî ve sanık aynı durumda değildir. Müdafî, her zaman sanığın temsilcisi olmadığı gibi yardımcısı da değildir. Müdafîin bağımsız bir durumu vardır. Müdafilik, ayrı yetkileri ve ayrı ödevleri olan bir makamdır. Bu nedenle, müdafîin hukuki durumu, görev ve yetkileri ile yetkilerinin sınırı ancak bir ceza muhakemesi hukuku makamı olan müdafilik ile açıklanabilir.

¹⁶⁵ Müdafîin bir adli organ olması, müdafîin yüklenmiş olduğu hukuksal (savunma) görevi ifade etmek için kullanılmış bir kavramdır. **Roxin-Schünemann**, s. 114.

¹⁶⁶ **Kocaoğlu**, Müdafî, s.79.

¹⁶⁷ **Fahl**, s. 1057.

¹⁶⁸ **Kunter-Yenisey-Nuhoglu**, s. 408-409.

Müdafiiin, şüphelinin/sanığın yardımcısı¹⁶⁹ ve bir adli organ olduğunu savunan Centel'e göre¹⁷⁰, temsil özel hukuka ilişkin bir kurumdur. Temsil ilişkisi, temsilcinin hukuki işlemlerinin temsil olunana izafe edilmesini gerektirir. Temsilci, temsil olunan yerine bulunur ve konuşur. Temsil olunan, temsilcinin işlemleriyle bağlıdır. Temsil anlaşmasına dayanan ilişkinin temsil olunanı bağlaması, özel hukuk açısından geçerlidir. Temsilcinin temsil olunanı bağlaması yüzünden doğacak zarar, özel çıkara ilişkindir. Biçimsel gerçeği arayan ve özel çıkarlarla uğraşan medeni muhakeme hukuku, temsilcinin sözlerinin gerçeğe ve temsil olunanın çıkarlarına uygun olup olmadığını araştırmak zorunda değildir. Oysaki ceza hukukunda korunması gereken özel çıkar değil, kamu yararadır. Ceza davasının kamu davası niteliği taşıması ve maddi gerçeğe ulaşma yükümlülüğünün bulunması, temsil ilişkisi ile açıklanamaz. Bu nedenle "şüpheli/sanık – müdafii ilişkisi", temsil kavramı ve temsil ilişkisi ile açıklanamaz. Şüpheli/sanık ile müdafii arasındaki ilişki, müdafilik ilişkisidir. Bu ilişkinin amacı da istisnai bazı durumlar dışında şüpheliye/sanığa yardımdır. Bu nedenle kural olarak müdafii, şüphelinin/sanığın yardımcısıdır. Bu yardım, şüpheliyi/sanığı savunma şeklinde ortaya çıkar. Savunma ise, bir yandan şüphelinin/sanığın çıkarını korurken; diğer yandan toplumun (kamunun) çıkarını korumaktadır. Çünkü maddi gerçeği ortaya çıkarmayan bir ceza muhakemesi, hukuk güvenliğinin ve toplum düzeninin derinden sarsılmasına sebep olur. Ayrıca, müdafiiin yapmış olduğu hizmet toplumsal önemi açısından bir kamu hizmeti, müdafii de bir adli organdır. Ancak müdafiiin yaptığı hizmet, idare hukuku anlamında bir kamu hizmeti olmadığı gibi, bir adli organ olması da şüphelinin/sanığın aleyhine olacak şekilde savunma yapabileceği anlamına gelmez. Sonuç olarak müdafii, şüphelinin/sanığın yardımcısı olan bir adli organdır.

Müdafiiin bağımsız bir adli organ olduğunu savunan Yurtcan'a göre¹⁷¹ müdafii, ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına hizmet eden ve hem mahkeme hem savcılığa hem de sanığa karşı bağımsız olan bir muhakeme süjesidir. Ceza Muhakemesi Kanunu ve Avukatlık Kanunu incelendiğinde müdafiiin, bağımsız bir kamu hizmeti ifa ettiği açıkça görülecektir.

¹⁶⁹ Ünver- Hakeri, 301; Taner, s. 127.

¹⁷⁰ Arslan, s.197; Yüce, s.1025.

¹⁷¹ Yurtcan, Alman Hukukunda Müdafilerin Görevden Yasaklanması, s.4-5.

Müdafiiin, sınırlı bir adli organ olduğunu savunan yazarlara göre¹⁷², ne Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ne de Avukatlık Kanunu'nda müdafiiin hukuki durumunu açıkça ortaya koyan bir hukuki norm bulunmamaktadır. Ceza hukuku mevzuatımızda müdafî, kimi zaman şüphelinin/sanığın temsilcisi, kimi zaman bağımsız bir yardımcı, kimi zaman da maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımında kamu hizmeti ifa eden bir yargı mensubu olarak düzenlenmiştir. Bu nedenlerle müdafî, kural olarak bağımsız, özerk, ancak şüphelinin/sanığın 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 muhakeme süjesidir. Ancak ceza hukuku ve avukatlık mevzuatı göz önüne alındığında müdafiiin, sınırlı bir adli organ olduğuna ilişkin görüşün daha ağır bastığını söylenebilir.

Müdafiiin, savunma kurumunu (makamını) temsil eden bir süje olduğunu savunan Mahmutoglu ve Dursun'a göre¹⁷³ müdafî, sanığın ne temsilcisi ne yardımcısı ne de bizzat bağımsız bir organdır. Müdafî, yargılamayı oluşturan kurumlardan savunma kurumunu diğer kurum ve kişilerden bağımsız olarak temsil etmektedir. Bu nedenle müdafî, sadece temsil ettiği savunma kurumunun kendisine verdiği yetkileri kullanmaktadır. Temsil veya yardım, müdafiiin savunma kurumunun kendisine verdiği yetkileri kullanmasının bir sonucudur. Bu sonuçlar, müdafiiin hukuksal konumunu belirlemez. Ayrıca, müdafiiin savunma kurumunu temsil görevi, şüphelinin/sanığın menfaatleriyle sınırlıdır. Bu nedenle müdafî, sadece şüphelinin/sanığın yararına olan savunmaları yapabilir. Şüphelinin/sanığın aleyhine olan durumları ise iddia makamına bırakacaktır. Ancak bu şekilde çelişmeli yargılama sağlanabilecektir.

2. Görüşümüz

Gerek savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılması gerekse de savunma hakkının kullanılma biçiminin, kapsamının ve sınırlarının tespit edilmesi açısından büyük öneme sahip olan müdafiiin hukuki statüsüne ilişkin olarak, hem yabancı doktrinde hem de Türk doktrininde bu kadar çok farklı görüşün bulunması, iki sebepten kaynaklanmaktadır.

¹⁷² **Zafer**, s.315-323; **Karakehya, Hakan**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma, 1. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2008, s. 69.

¹⁷³ **Mahmutoglu-Dursun**, s. 20-28.

Bu sebeplerden ilki, müdafinin yüklenmiş olduğu müdafilik görevinin amacı, kapsamı ve öneminde kendini gösterir¹⁷⁴. Müdafî, bir yandan şüphelinin/sanığın yararını gözetecek şekilde hukuki yardımda bulunmak ve savunma yapmak, mesleği gereği şüpheliye/sanığa ait öğrenmiş olduğu sırları ifşa etmemek ve bazı konularda şüphelinin/sanığın izniyle hareket etmekle görevliyken, diğer yandan da maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına hizmet ederek toplumsal adaletin ve huzurun gerçekleşmesine katkıda bulunmakla görevlidir. Görüldüğü gibi müdafî, çok yönlü ve farklı dengeleri aynı anda gözetmesi gereken bir görev ifa etmektedir. İkincisi ise, kanun koyucunun müdafî ve müdafiliğe ilişkin yasal düzenlemeleri yaparken, müdafinin hukuki statüsünü tam olarak ortaya koyamaması ve bir biriyle çelişik hükümler ortaya koymuş olmasıdır¹⁷⁵. Türk hukukunda müdafinin hukuki statüsüne ilişkin hükümler bir biriyle çelişki oluşturacak ve dağınık bir şekilde şöyle düzenlenmiştir.

Müdafî hem kamu hizmeti hem de serbest bir meslek icra eder; TCK'nın ve Avukatlık Kanunu'nun muhtelif maddelerinde, müdafinin yapmış olduğu görevin hem kamu hizmeti hem de serbest meslek olduğu düzenlenmiştir. Kamu görevlisi, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişidir (TCK m. 6/1-c). Buna göre, bir kamusal faaliyetin yürütülmesine her ne suretle olursa olsun (ücret alsın veya almasın, geçici veya sürekli olarak atanarak, seçilerek veya başka suretle görev almış) katılan kişi, kamu görevlisi olarak kabul edilmektedir¹⁷⁶ (TCK'nın 6'ncı maddesinin gerekçesi). Müdafî, hâkim ve savcı gibi yargı görevi yapan (TCK m. 6/1-d), yargının kurucu unsuru olan savunma makamında görev yapan (Av. K. m. 1/2) ve kamu hizmeti icra eden (Av. K. m. 1/1) bir kişidir¹⁷⁷. Dolayısıyla hem TCK'daki hem de Avukatlık Kanunu'ndaki bu düzenlemelerden açıkça anlaşıldığı üzere, müdafinin, müdafilik görevinin ifası bağlamında kamu görevlisi ve yaptığı müdafilik görevinin de bir kamu hizmeti olduğu kabul

¹⁷⁴ Şüphelinin/sanığın bir müdafî tarafından savunulması, bireysel savunmanın eksik ve aksayan yönlerini gidermek, iddia makamı karşısında silahların eşitliğini sağlamak, şüphelinin/sanığın lehine olan maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlamak, iddia ve yargılama makamını denetlemek ve çelişmeli yargılamanın yapılabilmesi için gereklidir. Ayrıca müdafî ile savunulmanın bireyin kişisel yararına olduğu kadar toplumun ve devletin de yararınadır. Ceza muhakemesinin usulüne uygun yapılması, maddi gerçeğin tam olarak ortaya çıkarılması, suç işlediği sabit olan kişilerin cezalandırılması, sanığın hak ettiği kadar cezalandırılması ve masum kişilerin yanlışlıkla cezalandırılmamasında toplumun güvenliğinin sağlanması ve adalete olan inancın devamlılığı için çok önemlidir.

¹⁷⁵ Kocaoğlu, Müdafî, s.82.

¹⁷⁶ Şık, Hüseyin, 5237 Sayılı TCK' da Görevi Kötüye Kullanma Suçu, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008, s. 112.

¹⁷⁷ "Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, müdafîi hukukun bir organı olarak görmekte ve müdafie, sanıktan daha fazla hak vermektedir". Roxin-Schünemann, s.129.

edilmiştir¹⁷⁸. Hem TCK’da hem de Avukatlık Kanunu’nda “**avukat**” ifadesi kullanıldığından ister seçilmiş olsun ister görevlendirilmiş olsun her müdafî, müdafilik görevinin ifası bağlamında kamu görevlisidir ve müdafîin yaptığı görev de bir kamu hizmetidir¹⁷⁹. Bu kabulün doğal sonucu olarak müdafî, görevi kapsamında işlediği suçlar¹⁸⁰ ile müdafilik görevi sebebiyle kendisine karşı işlenen suçlar bakımından da kamu görevlisi olarak kabul edilecektir¹⁸¹. Fakat aynı zamanda müdafilik, serbest bir meslektir (Av. K. m. 1/1). Bu nedenle müdafî, kural olarak müdafilik görevini (görevlendirme hali hariç) kabul edip etmemekte serbesttir (Av. K. m. 37/1).

*Müdafî, bağımsız bir yargı organıdır*¹⁸²; Müdafîin bağımsız olması, müdafîin görevini yaparken yürütme, yasama ve yargı organları ile şüpheli veya sanığın baskısı altında olmamasını, bu organ ve kişilerin müdafîe emir ve talimat verememesini ve görevini kanunlara, dürüstlük ve özen ilkesi doğrultusunda vicdani kanaatine göre yerine getirmesini ifade etmekte-

¹⁷⁸ **Gökcan, Hasan Tahsin**, “Yeni Türk Ceza Kanunu Hükümleri Karşısında Avukatlık Mesleği”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 67, S.2, 2009, s.154; “765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki “memur” tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek nitelikte olan tanım, Tasarı metninden çıkarılarak; memur kavramını da kapsayan “kamu görevlisi” tanımına yer verilmiştir. Yapılan yeni tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegâne ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır. Bilindiği üzere, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddî karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin **mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır**. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidirler. Bu bakımdan örneğin bir suç vakasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de, kamu görevlisidirler” (TCK’nın 6’ncı maddesinin gerekçesi).

¹⁷⁹ “Genel ve mutlak biçimde kamu hizmeti yapan avukatların, kolluk tarafından arandıklarında iletişim imkanlarını ortadan kaldırmak ya da çağırısı reddetmek suretiyle kolluk aşamasındaki zorunlu müdafilik 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. 10 Haziran 2013); “Nazari olarak ceza usulü hukukunda sanığın beraeti 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. 20 Şubat 2013).

¹⁸⁰ “Bu Kanun ve diğer kanunlar gereğince avukat sıfatı ile veya Türkiye Barolar Birliğinin yahut baroların organlarında görevli olarak kendisine verilmiş bulunan görev ve yetkiyi kötüye kullanan **avukat**, Türk Ceza Kanununun 257’nci maddesi hükümlerine göre (görevi kötüye kullanma suçu) cezalandırılır” (Av. K. m. 62); “Yine avukatlığın bir kamu hizmeti sayılmasının sonucu olarak, Avukatlık Yasası ve diğer Yasalar gereğince avukat sıfatıyla veya Türkiye Barolar Birliğinin yahut baroların organlarında görevli olarak kendisine verilmiş bulunan görev ve yetkiyi ihmal eden veya kötüye kullanan avukat, **devlet memurlarının** görevi savsama ve görevde yetkiyi kötüye kullanma suçlarını düzenleyen TCK’nın 230. ve 240. (5237 sayılı TCK m. 257/2) maddeleri gereğince cezalandırılmaktadır”. (YCGK, 07.10.2003, E. 2003/4-220, K. 2003/242, www.kazanci.com.tr. 10 Haziran 2013).

¹⁸¹ “İşkence suçunun, **müdafîe veya diğer kamu görevlisine** karşı görevi dolayısıyla işlenmesi halinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur” (TCK m. 64/2-b); Görev sırasında veya yaptığı görevden dolayı avukata karşı işlenen suçlar hakkında, bu suçların hâkimlere karşı işlenmesine ilişkin hükümler uygulanır (Av. K. m. 57); **Gökcan**, “Yeni Türk Ceza Kanunu Hükümleri Karşısında Avukatlık Mesleği”, s.154-156.

¹⁸² **Kühne**, s. 101.

dir¹⁸³. Müdafinin bağımsızlığını doğrudan doğruya düzenleyen tek hüküm, Avukatlık Kanunu'nda düzenlenmiştir. Buna göre, “müdafî, **bağımsız savunmayı serbestçe** temsil eder” (Av. K. m.1/2). Savunma makamı, ceza muhakemesinde bir makamdır ve bu makamı temsil edenlerden biri de müdafidir. Kanun koyucu her ne kadar savunma makamının bağımsızlığından bahsetmiş ise de savunma makamını temsil eden müdafî bağımsız olmadan, savunma makamının bağımsız olması mümkün değildir. Bu nedenle savunma makamının bağımsız olabilmesi için müdafinin de bağımsız olması gerekir. Müdafinin bağımsızlığını sağlamak amacıyla ceza muhakemesinde birçok düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemelerden bazıları şöyledir. Müdafilerin görevleri kapsamında işledikleri iddia edilen suçlardan dolayı yapılacak soruşturma ve kovuşturmalar Adalet Bakanlığın iznine tabi olup, ayrıca bu suçlar sebebiyle yapılacak soruşturma ve kovuşturmalar özel usullere tabidir (Av. K. m. 58; 59). Müdafî, duruşma düzenini bozsa dahi hâkim veya mahkeme başkanı tarafından disiplin hapsi veya para cezası verilemez (CMK m. 203/3; Av. K. m. 58/2). Müdafî, ceza muhakemesinde doğrudan doğruya soru sorma ve keşifte hazır bulunma gibi şüpheli veya sanığın sahip olmadığı bazı haklara sahiptir (CMK m. 201/1; 84/1, 5). Müdafî, şüpheli veya sanığın lehine olmak şartıyla şüpheli veya sanığın rızası olmasa dahi savunma yapabilir ve kanun yollarına başvurabilir. Ayrıca müdafî, kural olarak müdafilik görevini (görevlendirme hali hariç) kabul edip etmemekte serbesttir (Av. K. m. 37/1).

Müdafî, bağımsız savunmayı ve şüpheli/sanığı temsil eder; Temsil, bir hukuki işlemi bir şahsın başka bir şahıs adına ve hesabına yapması ve işlemde doğan hukuki sonuçların bu şahıs (temsil olunan) üzerine doğmasını sağlamasıdır¹⁸⁴. Başkası adına ve hesabına hukuki işlem yapan kişiye temsilci ve adına ve hesabına hukuki işlem yapılan kişiye de temsil olunan denir. Hem CMK'da hem de Avukatlık Kanunu'nda müdafinin temsilci olduğunu çağrıştıracak nitelikte hükümler de bulunmaktadır. Buna göre, “sanık ... *müdafî aracılığıyla temsil edilmek* yetkisini kullanmış olursa ...” (CMK m. 198/2); “sanık, duruşmada hazır bulunabileceği gibi, kendisini bir *müdafî ile de temsil ettirebilir*” (CMK m. 299/1); “müdafî, bağımsız savunmayı serbestçe **temsil eder**” (Av. K. m.1/2).

¹⁸³ Kocaoğlu, Müdafî, s. 253-255; Akbaş, s. 60.

¹⁸⁴ Oğuzman-Öz, s.153.

Müdafî, şüpheliye ve sanığa yardım eder; Ceza muhakemesinde müdafîin, şüphelinin veya müdafîin yardımcısı olduğuna ilişkin hükümlerde bulunmaktadır. CMK'da, “şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında müdafîin **yardımdan yararlanabilir** (CMK m.149/1); soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında müdafîin, şüpheli veya sanığa hukukî **yardımda bulunma hakkı** engellenemez ve kısıtlanamaz (CMK m.149/3); “müdafîin, hukuki **yardımdan yararlanabileceği** şüpheliye bildirilir (YGİY m. 23/c). Dolayısıyla bu hükümler de müdafîin, şüpheliye/sanığa yardım etme yükümlülüğü bulunan bir muhakeme süjesi olduğuna delalet etmektedir¹⁸⁵.

Müdafî, şüpheli ve sanığın sadece lehine olacak şekilde savunma yapabilir; Müdafî, savunma görevini nasıl yapacağına her somut olayda olayın konusuna, oluş şekline ve özelliklerine göre kural olarak özgürce takdir etmek hakkına sahip olmakla birlikte¹⁸⁶, müdafîin yapacağı savunma hiçbir zaman şüphelinin veya sanığın aleyhine olamaz. Diğer bir ifadeyle müdafî, şüpheli veya sanığın iradesine aykırı da olsa sadece lehe olacak şekilde savunma yapmakla yükümlüdür¹⁸⁷. Ceza muhakemesi hukukunda müdafîin, şüpheli ve sanığın sadece lehine savunma yapma yükümlülüğü bulunduğu ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat doktrinde müdafîin, şüpheli ve sanığın haklarını korumak ve sır saklamak yükümlülüğü altında olmasının (Av. K. m. 36/2), lehe savunma yapma yükümlülüğünü zorunlu kıldığı konusunda fikir birliği bulunmaktadır¹⁸⁸. Müdafîin birinci ve asli görevi, iddia makamının şüpheli veya sanığın aleyhindeki iddialarına karşı savunma (anti-tez ileri sürmek) yaparak şüpheli veya sanığın haklarını korumaktır¹⁸⁹. Bu nedenle müdafî, savunma yaparken şüpheli ve sanığın sadece lehine olan konularda ve sadece lehe olacak şekilde savunma yapmalıdır. Müdafî, şüpheli veya sanığın aleyhine olan bilgileri bilse dahi bunları açıklamaması ve susması görevi gereğidir. Hatta müdafîin, şüpheli ve sanığın itirazına rağmen, şüphelinin veya sanığın aleyhi-

¹⁸⁵ “Müdafîin, sadece dava sürecinde sanığı savunması yetmez, aynı zamanda hukuki anlamda da sanığı bilgilendirmek ve desteklemek zorundadır”. **Roxin-Schünemann**, s.129.

¹⁸⁶ **Centel-Zafer**, s. 186.

¹⁸⁷ **Roxin-Schünemann**, s.116.

¹⁸⁸ **Ünver-Hakeri**, s. 309; **Kunter-Yenisey-Nuhoğlu**, s. 458-459; **Zafer**, s. 321, 327; **Kocaoğlu**, Müdafî, s.247.

¹⁸⁹ “Müdafî makamının görevi sadece sanığın çıkarını korumak değil, aynı zamanda hukuk devleti düşüncesini de korumak olmalıdır”. **Haller-Conzen**, s. 127.

ne sahip olduğu bilgileri açıklamaması ve susması gerekir. Çünkü müdafii, şüphelinin veya sanığın aleyhine olan konuları açığa çıkarma görevi bulunmamaktadır¹⁹⁰.

Müdafî, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardım eder; Ceza muhakemesinde hem yargılama makamının hem iddia makamının hem de savunma makamında görev yapan müdafii, sahip oldukları yetki ve imkânlar doğrultusunda maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına ayrı ayrı yardım etme görevi bulunmaktadır¹⁹¹. Müdafii maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardım etme görevi, Avukatlık Kanunu'nun 2'nci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre "müdafî, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalete ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamak amacıyla, hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine tahsis eder" (Av. K. m. 2). Ayrıca müdafii, toplumsal yararına hizmet eden maddi gerçeğe ulaşılmasına yardım etme görevinin bulunması, kamu hizmeti niteliğinde bir görev ifa etmesinin doğal sonucudur¹⁹² (Av. K. m. 1).

Fakat müdafii, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardım etme görevinin yanında ayrıca şüpheli veya sanığın sadece lehine savunma yapma ve sır saklama görevi de bulunmaktadır. Müdafii bir biriyle çelişebilecek nitelikteki bu görevlerinin bir arada bulunması¹⁹³, müdafii maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardım etme görevini iddia ve yargılama makamları kadar sınırsız olarak yerine getirmesine engel oluşturur¹⁹⁴. Çünkü müdafii, maddi gerçeğe ulaşılması amacıyla şüphelinin veya sanığın aleyhine olan delilleri ortaya çıkarması, vâkıf olduğu meslek sırlarını ifşa etmesi hem savunma görevi hem de sır saklama görevi ile bağdaşmayacaktır. Bu nedenle müdafii maddi gerçeğe ulaşılmasına yardım etme görevi, sınırlı bir görevdir¹⁹⁵. Dolayısıyla müdafii, şüpheli veya sanığın lehine olduğu ve sır saklama

¹⁹⁰ Ünver-Hakeri, s. 326.

¹⁹¹ Centel-Zafer, s. 191.

¹⁹² "Müdafî ne mahkûmiyet konusunda etki içerisinde olabilir, ne de gerçeği arama konusunda adli makamlara engel olabilir. Bununla birlikte müdafii diğeri bir görevi de dava ile ilgili sürece yararlı olmak ve sürecin uygun zamanda bitmesi konusunda yardımcı olmaktır". Haller-Conzen, s. 127.

¹⁹³ "Müdafii gerçeği anlatma görevi ve sanığın lehinde konuşma görevi kendi içinde bir ihtilaf potansiyelini (çelişkiyi) barındırıyor". Kühne, s. 112.

¹⁹⁴ Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, s. 178.

¹⁹⁵ Kocaoglu, Müdafî, s. 248.

görevine aykırı olmadığı sürece maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardım etme görevi bulunmaktadır¹⁹⁶.

Müdafî, görevini doğru ve özen içinde yerine getirir; Müdafî, savunma yapma görevini avukatlık mesleğinin ilkeleri doğrultusunda özen ve doğruluk içinde yapmakla yükümlüdür (Av. K. m. 34/1). Dolayısıyla müdafîin savunma yapma görevinin diğer bir sınırı da “avukatlık meslek ilkeleri ile özen ve doğruluk” ödevidir.

Müdafîin görevini meslek ilkelerine uygun bir şekilde özen ve doğruluk içinde yapmasını sağlamak amacıyla, müdafîin kural olarak (baro tarafından görevlendirme hali hariç), müdafîlik görevini kabul edip etmemekte serbest olduğu (Av. K. m. 37/1) ve belirli durumlarda müdafîlik görevini reddetmesinin zorunlu olduğu düzenlenmiştir (Av. K. m. 38). Bu nedenle müdafî, yüklenmiş olduğu müdafîlik görevini özen ve doğruluk içerisinde yapmakla yükümlüdür¹⁹⁷. Müdafî, savunma görevini elinden geldiğince eksiksiz olarak ve zamanında yapmaya özen göstermek zorundadır. Ayrıca müdafî, savunma yapma kapsamında yaptığı işlem, beyan ve eylemleri doğruluk ilkesine göre yapmak zorundadır. Müdafîin doğruluk ödevi, savunma yapma kapsamında yaptığı işlem, beyan ve eylemlerin gerçek dışı olmamasıdır. Müdafî, bildiği her doğruyu söylemek zorunda değildir fakat söylediği her ifadenin ve beyan ettiği her delilin doğru olması (hukuka aykırı olmaması) zorunludur¹⁹⁸. Diğer bir ifadeyle müdafî, savunma kapsamında yalan söyleyemez, gerçeğe aykırı delil beyan edemez, yalan tanıklık yaptıramaz, delilleri yok edemez, değiştiremez ve gizleyemez¹⁹⁹ (TCK m. 281/1), şüpheli veya sanığı hukuka aykırı şekilde yönlendiremez, hukuka aykırı tavsiyelerde bulunamaz²⁰⁰, bilerek yargılamayı uzatacak davranışlarda bulunamaz ve maddi gerçeğe ulaşmayı engelleyici davranışlarda bulunamaz²⁰¹.

¹⁹⁶ “Müdafî için cezasız kalmaya yol açma, delil karartma ya da yalan ifade kadar tehlikelidir”. **Roxin-Schünemann**, s.130.

¹⁹⁷ **Kocaoğlu**, Müdafî, s.234.

¹⁹⁸ **Kunter-Yenisay-Nuhoglu**, s. 456 (11. Dipnot).

¹⁹⁹ **Roxin-Schünemann**, s.116; “Gerçeğin meydana çıkmasını engellemek amacıyla, bir suçun delillerini yok eden, silen, gizleyen, değiştiren veya bozan kişi, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun kamu görevlisi tarafından göreviyle bağlantılı olarak işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır” (TCK m. 281/1, 2).

²⁰⁰ “Müdafî, sadece hukukî yardımda bulunabilir, şüphelinin ifadesi alınırken şüpheliye sorulan soruya doğrudan cevap veremez, onun yerini aldığı izlenimi veren herhangi bir müdahalede bulunamaz. **Hukukî yardım maddî olayı karartabilecek müdahalelerin yapılması anlamına gelmez**” (YGİY m. 23/1-d).

²⁰¹ **Kocaoğlu**, Müdafî, s. 235.

Sonuç olarak kanun koyucu müdafie, şüpheliyi/sanığı temsil etme, hukuki yardımda bulunma, bağımsız savunmayı temsil etme, bir serbest meslek erbabı ve aynı zamanda bir yargı mensubu olarak kamu hizmeti sunma, şüpheli/sanık ile özdeşleşmeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardım etme görevlerinin tümünü yüklemiştir²⁰². Bu görevlerin tümünü bir kişinin aynı anda yerine getirmesi elbette mükemmel olacaktır. Ancak bir biriyle çelişen²⁰³ bu görevlerin aynı anda yerine getirmesini bir insan olan müdafiden beklemek akılcı olmadığı gibi hayatın gerçekleriyle de bağdaşmamaktadır. Bu nedenlerle başta CMK ve Avukatlık Kanunu'ndaki hükümler olmak üzere, ceza mevzuatındaki müdafî ve müdafiliğe ilişkin hükümler arasında uyum ve kavram birliği bulunmamakta ve müdafîin hukuki statüsünün tam ve doğru olarak tespit edilmesine imkân vermemektedir. Müdafîin hukuki statüsünün, müdafilik kurumunun gerekleri ile müdafîin savunma hakkı için arz ettiği önemin göz önünde tutularak net bir şekilde belirlenmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Bu çerçevede müdafîi şu şekilde tanımlayabiliriz. Müdafî, haksızlığa uğramaması için şüpheliye/sanığa hukuki yardımda bulunan, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına engel olmayacak ve şüphelinin/sanığın sadece lehine olacak şekilde savunma yapan, yaptığı görev itibarıyla kamu görevlisi sayılan, kamu hizmeti niteliğinde hizmet ifa eden ve tüm muhakeme süreçlerine karşı bağımsız bir konuma sahip olan savunma makamında yer alan kendine özgü bir muhakeme süjesidir.

Bundan sonraki bölümlerde müdafî ile ilgili açıklamalarımız ile müdafîin yetki ve görevleri, müdafî için yaptığımız bu tanım doğrultusundan olacaktır.

²⁰² **Roxin-Schünemann**, s.116.

²⁰³ Çünkü hem temsilci olmak hem bağımsız olmak, hem şüpheliye/sanığa yardım etmek hem maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardım etmek, hem serbest meslek erbabı olmak hem yargı mensubu olarak kamu hizmeti üretmek, hem şüpheli-den/sanıktan ücret almak hem de bağımsız olmak bir birine taban tabana zıt görevlerdir.

İKİNCİ BÖLÜM

MÜDAFİ OLABİLMENİN KOŞULLARI VE MÜDAFİDEN YARARLANMA

I- MÜDAFİ OLABİLMENİN KOŞULLARI

Müdafiiin, hukuk bilgisine sahip iddia ve yargılama makamları karşısında şüphelinin veya sanığın haklarını savunma ve şüpheliye veya sanığa hukuki yardımda bulunma yükümlülüğünün bulunması, kamu hizmeti niteliğinde bir görev ifa etmesi ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına sınırlı da olsa katkı sunma yükümlülüğünün olması, müdafiiin belirli bir mesleki bilgi, tecrübe ve ahlaka sahip olmasını gerektirmektedir²⁰⁴. Bu nedenle müdafilik yapacak kişilerin, gerek aldıkları hukuk eğitimi gerek tecrübeleri ve gerekse sahip oldukları meslek ahlakları ile müdafiliği profesyonel bir meslek olarak yapan kişiler arasından seçilmesini zorunlu kılmaktadır. Kanun koyucu da müdafiiin, müdafilik görevinin gerektirdiği bilgi, tecrübe ve ahlaka sahip olmasını önemseydiğinden, sadece avukat olan kişilerin ceza mahkemelerinde müdafilik yapabileceğini kabul etmiştir²⁰⁵ (CMK m. 2/1-c). Ancak Askeri Mahkemeler Kanunu'na göre, askeri mahkemenin bulunduğu yerde avukatlık veya dava vekilliği yapmaya kanunen yetkili kimse yoksa hukuk fakültesini bitirmiş subaylar (askeri hâkim ve askeri savcı ile yardımcılar hariç) ve hukuk fakültesini bitirmiş subay da yoksa herhangi bir subay, askeri ceza mahkemesinde müdafî olarak görevlendirilebilir (AsMK m. 86/2). Askeri Mahkemeler Kanunu'ndaki bu işlevsiz ve gereksiz istisna dışında, avukat olmayan kişilerin soruşturma ya da kovuşturma aşamasında müdafilik yapması mümkün değildir.

²⁰⁴ Kocaoğlu, Müdafî, s.83; Duran, s.41.

²⁰⁵ Ünver-Hakeri, s. 301; Oysaki CMK'dan önce yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'da hem avukatların hem de dava vekillerinin müdafilik yapabileceği düzenlenmişti (CMUK m. 137).

CMK’da sadece avukat olan kişilerin müdafî olabileceğine ilişkin düzenleme, bir bakımdan doğru bir düzenleme iken; bir bakıma ise eksik bir düzenlemedir. CMK, müdafî olmayı avukat olma koşuluna bağlayarak, hukukçu olmayan kişilerin müdafilik yapmasının önünü kapatarak yerinde bir düzenleme getirmiştir. Çünkü müdafilik kurumu, hem ciddi bir hukuk eğitimi almış olmayı hem de derin ceza hukuku bilgi ve tecrübesine sahip olmayı gerektiren bir kurumdur. Ciddi bir hukuk eğitimi almamış kişilerin müdafilik yapması, müdafilik kurumunun amacına ve işlevine aykırı olacaktır. Bu nedenle müdafilik kurumunun hukuk fakültesi mezunu olmayan kişilere kapatılmış olması, yerinde bir düzenleme olmuştur. Diğer yandan müdafî olabilmeyi sadece avukat olan hukuk fakültesi mezunlarına tanımış olması bakımından eksik bir düzenleme olmuştur. Bu eksiklik içinde en dikkat çeken ise, üniversitelerde görev yapan hukuk fakültesi mezunu akademik personelin müdafilik yapmasının önünün kapatılmasıdır²⁰⁶. Bu düzenleme nedeniyle, doçent ve profesör unvanı dışındaki unvanlara sahip olan üniversitelerdeki hukukçu akademik personel müdafilik yapamamaktadır. Avukat olmak için kural olarak hukuk fakültesi mezunu olmak ve avukatlık stajını tamamlamış olmak yeterlidir. Oysaki üniversitelerdeki hukukçu akademisyenler, hem hukuk fakültesi mezunu olan hem de hukuk alanında yüksek lisans, doktora, doçentlik ve profesörlük gibi ekstra hukuk eğitimi almış, tezler yazmış, birçok sınavda başarılı olmuş kişilerdir. Özellikle de üniversitelerdeki hukuk fakültelerinde görev yapan akademik personelin, hukuk eğitimine ilave olarak hukuku alanında aldığı özel eğitimi göz önünde bulundurursak, bu akademik personelin avukatlara göre müdafilik yapma konusunda kural olarak daha ehil kişiler olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz²⁰⁷.

Üniversitelerin hukuk fakültelerinde görev yapan akademik personelin müdafilik yapabilmesi, hem ceza adaletine ve ceza muhakemesine katkı sağlayacak hem de akademik personelin uygulamayla iç içe olmasını sağlayarak öğrencilerine daha çok katkı sağlamasına ve teorik çalışmalarında daha başarılı olmasını sağlayacaktır. Üniversitelerdeki hukuk fakülte-

²⁰⁶ Oysaki CMK’nın büyük oranda esinlenerek hazırlandığı Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nda, hem avukatların hem de avukat olmazsa bile Alman Yüksek Okullarında görev yapan öğretim üyelerinin ceza davalarında müdafilik yapabileceği kabul edilmiştir (StPO m.138), bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Kühne**, s.95-96; **Roxin-Schünemann**, s.122; **Eser**, s.331; **Pfeiffer, Gerd**, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, München, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1982, s. 438.

²⁰⁷ **Kocaoğlu**, *Müdafî*, s.84-85.

si mezunu akademik personelin müdafilik yapmasının önünün kapatılmış olması, ceza muhakemesi için büyük bir eksikliktir. Bu nedenlerle, üniversitelerde görev yapan hukuk fakültesi mezunu olan akademik personelin avukat olmasa bile yinede ceza muhakemesinde müdafilik yapabilmesinin önündeki yasal engellerin kaldırılması yerinde olacaktır.

Türk hukukuna göre, bir kişinin müdafî olabilmesi için avukat olması, avukatlık ve müdafilik yapmaktan yasaklı olmaması gerekir.

A) Avukat Olmak

Avukatlık Kanunu'nda avukatlık, bir kamu hizmeti olarak düzenlenmiş olup, avukat olmak için belirli kriterler getirilmiştir. Bu nedenle her isteyen kişi avukatlık yapamayacaktır. Türkiye'de avukat olmak için, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak, hukuk fakültesi mezunu olmak, avukatlık stajını yapmış olmak, levhasına yazılmak istenen baro bölgesinde ikametgâhı olmak, avukat olmaya engel bir durumunun olmaması gerekir (Av. K m.3).

1. Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşı Olmak

1924 yılına kadar, yabancı uyruklu avukatların da ülkemizde avukatlık yapmasına izin verilirken; 03.04.1924 tarihli ve 460 sayılı Muhamat Kanunu ile yabancı uyruklu avukatların ülkemizde avukatlık yapmaları yasaklanmıştır (m. 2)²⁰⁸. Bu yasak, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda da aynen düzenlenmiştir. Avukatlık Kanunu'na göre, Türkiye'de avukat olmak için her şeyden önce Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak gerekir (Av. K m. 3). Dolayısıyla Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmayan kişiler, avukat olmadıklarından müdafilik de yapamazlar. Ancak çifte vatandaşlık hakkına sahip olan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları, avukatlık yapabilirler.

2001 yılında Avukatlık Kanunu'nun 44. maddesinde yapılan bir değişiklikle, yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı kapsamında Türkiye'de faaliyet göstermek isteyen yabancı avukatlık ortaklıklarının ve yabancı avukatların, Avukatlık Kanunu'na ve avukatlık ortaklığı düzenlemesine uygun olarak kurulmak koşuluyla ve yalnızca yabancı hukuklar ve milletlerarası

²⁰⁸ Bozdoğan, s. 73.

hukuk konularında danışmanlık hizmeti verebilmelerine mütakabiliyet esasına bağlı olarak imkân sağlanmıştır (Av. K m. 44/A). Bu düzenlemeyle yabancı avukatlara ve avukatlık ortaklıklarına sınırlı da olsa Türkiye’de avukatlık yapma imkânı tanınmıştır.

2. Hukuk Fakültesi Mezunu Olmak

Avukat, müvekkiline hukuki yardımda bulunmakla yükümlü olduğundan ve müdafî de hukuk eğitimi almış iddia ve yargılama makamları karşısında şüpheli veya sanığı savunmakla yükümlü olduğundan, her şeyden önce yeterli düzeyde hukuk bilgisine sahip olması gereken bir kişidir. Kanun koyucu da bu durumu göz önünde bulundurarak, avukat olmak için hukuk fakültesi mezunu olma zorunluluğunu kabul etmiştir. Dolayısıyla avukat olmanın bir diğer şartı da hukuk fakültesi mezunu olmaktır²⁰⁹ (Av. K. m.3/b). Hem devlet üniversitelerinin hem de vakıf üniversitelerinin hukuk fakültelerinden mezun olan herkes avukat olabilir. Ancak yabancı devlet üniversitelerinin hukuk fakültelerinden mezun olan kişilerin Türkiye’de avukatlık yapabilmesi için, Türk üniversitelerinin hukuk fakültelerinin ders programlarında

²⁰⁹ Hukuk fakültesi mezunu olmayanların avukat olmasına engel teşkil eden bu kanun hükmünün iptali için Anayasa Mahkemesinde itiraz yoluyla açılan bir davada Anayasa Mahkemesi, şu gerekçeyle davayı esastan reddetmiştir. “Başvuru kararında adli, idari ve askeri yargı hâkimlikleri, Anayasa Mahkemesi raportörlüğü ve Danıştay üyeliklerinde görev yapan hukuk fakültesi mezunu hâkimlerin dört yıllık hizmet süresi sonunda avukatlık stajı yapmadan ve avukatlık sınavına girmeden avukatlık mesleğine kabul edilmelerine olanak sağlanmasına rağmen, aynı görevi yapan Siyasal Bilgiler, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültelerinden mezun olan hâkimlerin avukatlık yapmalarını engelleyen 1136 sayılı Yasa’nın 3. maddesinin (b) bendinin, Anayasa’nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine ve 70. maddesinde yer alan kamu hizmetine girme hakkına aykırı olduğu ileri sürülmektedir. Anayasa’nın 10. maddesinde “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri 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 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”. (Any. M. 04.06.2003, E. 2002/8, K. 2003/47, www.kazanci.com.tr. 20 Mart 2013).

bulunan zorunlu dersleri eksik almış olması halinde, bu derslerden Türkiye’de sınava girip başarılı olması gerekir²¹⁰ (Av. K. m. 3/b).

3. Avukatlık Stajını Yapmış Olmak

Avukat olmak için, hukuk fakültesi mezunu olmak ön koşul olup, tek başına yeterli değildir. Avukat olmak için ayrıca avukatlık stajını yapmış olmak da gerekmektedir²¹¹ (Av. K. m.3/c). Bu şartla, hukuk fakültesini teorik olarak bitirmiş ancak uygulamaya yönelik bilgi ve tecrübesi eksik olan kişilerin doğrudan avukatlık mesleğini yapması engellenmiştir.

Avukatlık stajı, hukuk bilgisini somut olaylara uygulama becerisine ve iddia ve yargılama makamları önünde etkin savunma yapma becerisine sahip olan, avukatlık meslek ilke ve ahlakına bağlı olan, hukukun üstünlüğüne ve insan haklarına inanan, tecrübeli avukatların bilgi ve tecrübesinden yararlanan özgür ve bağımsız avukatların yetiştirilmesi amacıyla uygulanan bir eğitim sürecidir (TBB Stj. Yön. m.1). Avukatlık stajı, Türk hukuk sistemine ilk defa 1924 tarihli ve 460 sayılı Mahamat Kanunu ile girmiştir. Mahamat Kanunu’nun ilk halinde avukatlık staj süresi, 3 yıl olarak kabul edilmişti. Ancak daha sonra yapılan değişiklikle staj süresi 2 yıla indirilmiştir²¹². Yürürlükteki 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’na göre avukatlık staj süresi, 1 yıldır. 1 yıllık avukatlık stajının ilk 6 ayı adliyede²¹³, ikinci 6 ayı ise en az 5 yıl kıdemi olan bir avukat yanında kesintisiz olarak (herhangi bir işte sigortalı veya sigortasız olarak çalışmadan) yapılır²¹⁴ (Av. K. m. 15/1). Avukat stajyerlerinin avukatlık mesleğini öğren-

²¹⁰ 1969 tarihli yürürlükteki 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’ndan önce yürürlükte bulunan 3499 sayılı Avukatlık Kanunu, siyasal bilgiler fakültesi mezunlarına da fark derslerini vermek koşuluyla avukat olma hakkı tanımaktaydı (m.1/c). Ancak 1136 sayılı yürürlükteki Avukatlık Kanunu, siyasal bilgiler fakültesi mezunlarına avukat olma hakkını vermemektedir. Ancak 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden önce avukatlık hakkını kazanan siyasal bilgiler fakülteleri mezunlarının avukat olma hakkı korunmuştur (Geçici m.8).

²¹¹ **Yurtcan**, CMK Şerhi, s.363.

²¹² **Centel**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, s. 73.

²¹³ Mahkeme ve adalet dairelerinde staj, şu sıra ve sürelerde yapılır; **a.** Cumhuriyet savcılıklarında bir ay, **b.** Ağır ceza mahkemesinde bir ay, **c.** Asliye ceza mahkemesinde on beş gün, **d.** Sulh ceza mahkemesinde on beş gün, **e.** Sulh hukuk mahkemesinde on beş gün, **f.** Asliye hukuk mahkemesinde (ticaret, iş, tapulama dahil) bir buçuk ay, **g.** İcra mahkemeleri ve icra dairesinde bir ay yapılır. Adalet Komisyonu gerekli gördüğü takdirde bu sırayı değiştirebilir ve stajyerin isteği üzerine ticaret, iş veya tapulama mahkemesinde staj yapılmasını sağlar. Staj yapılan baro bölgesinde idari yargı mahkemeleri varsa; staj, Cumhuriyet savcılıkları ile idari yargı mahkemelerinde on beşer gün olarak yapılır (TBB Stj. Yön. m.12).

²¹⁴ “İlgilinin, avukatlık stajını yaptığı tarihleri arasında sigortalı olarak çalıştığı, Sosyal Güvenlik Kurumu Karaman Sosyal Güvenlik Müdürlüğü’nün yazısından anlaşıldığından, staj döneminde sigortalı olarak bir ücret karşılığında çalışmanın avukatlığa engel olması nedeniyle, ilgilinin avukatlık stajını yeniden ve kesintisiz olarak yapması gerektiği kuşkusuzdur. Bu durumda, ilgilinin staj bitim belgesi verilmesi ve baro levhasına yazılması isteminin reddine ilişkin Karaman Barosu Yönetim Kurulu kararının kaldırılmasına yönelik Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu kararında ve bu kararın onaylanmasına

meleri, özgüvenlerinin ve mesleki tecrübelerinin artması için stajın ikinci 6 aylık döneminde, yanında staj yaptıkları avukatın takip ettiği davalarla ve diğer işlerle ilgili bazı işleri, avukatın denetim ve sorumluluğu altında tek başına yapabilmeleri kabul edilmiştir. Buna göre avukat stajyerleri, avukat yanında staja başladıktan sonra, avukatın yazılı muvafakati ile ve onun gözetimi ve sorumluluğu altında tek başına, sulh hukuk mahkemeleri, sulh ceza mahkemeleri ile icra mahkemelerinde avukatın takip ettiği dava ve işlerle ilgili duruşmalara girebilir ve icra müdürlüklerindeki işleri yürütebilirler (Av. K. m. 26/1). Ayrıca stajyer, vekâletname veya avukatın yazılı oluru olmaksızın, dava ve takip dosyalarını inceleyebilir, yanında staj yaptığı avukatın yazılı oluru ile dava dosyalarından fotokopi ve benzeri yollarla örnek alabilir²¹⁵ (Av. K. m. 46; TBB Stj. Yön. m.19).

Belirli kamu görevlerinde bulunan hukuk fakültesi mezunları ile yabancı ülkelerde belirli süreyle avukatlık mesleğini yapmış hukuk fakültesi mezunları, avukatlık stajından muaf tutulmuşlardır²¹⁶. Buna göre, adli, idari ve askeri yargı hâkimlik ve savcılıklarında, Anayasa Mahkemesi raportörlüklerinde, Danıştay üyeliklerinde, üniversiteye bağlı fakültelerin hukuk bilimi dersleri dalında profesörlük, doçentlik ve yardımcı doçentlik görevlerinde en az dört yıl, kamu kurum ve kuruluşlarının hukuk müşavirliği görevinde on yıl süre ile hizmet etmiş hukuk fakültesi mezunları avukatlık stajından muaf tutulmuştur (Av. K. m. 4/1). Ancak bu düzenlemede, üniversitelerin hukuk bilim dallarında en az 4 yıl görev yapmış hukuk fakültesi mezunu araştırma görevlileri ile araştırma görevlisi doktorların sayılmamış olması, araştırma görevlileri ile hâkim ve savcılar ile hukuk müşavirliğinde görevli kişiler arasında eşitsizlik oluşturmuş eksik bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz.

ilişkin Adalet Bakanlığı işleminde hukuka uyarlık bulunmamakta olup, aksi yöndeki mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir. Bu itibarla, ilgilinin avukatlık stajını yaptığı 30.04.2008-30.10.2008 tarihleri arasında sigortalı olarak çalıştığı; Sosyal Güvenlik Kurumu Karaman Sigorta Müdürlüğüne düzenlenen 11.11.2008 tarihli Sigortalı Hizmet Cetvelinden anlaşıldığından, staj döneminde sigortalı olarak bir ücret karşılığında çalışmanın avukatlığa engel olması nedeniyle, ilgilinin avukatlık stajını yeniden ve kesintisiz olarak yapması gerektiği kuşkusuzdur. Bu durumda, ilgilinin Baro levhasına yazılması yönündeki Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunun kararında hukuka uyarlık bulunmamakta olup, aksi yöndeki Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir". (Dan. 8. D. 07.05.2010, E. 2009/10443, K. 2010/2327, www.kazanci.com.tr. 20 Mart 2013).

²¹⁵ Alman hukukunda da müdafî olarak atanan avukat, kendini seçen müvekkilin rızasıyla en az 15 ay staj yapmış ve hâkimlik için yapılan ilk sınavı geçmiş bir stajyeri savunma için görevlendirebileceği kabul edilmiştir (StPO m. 39).

²¹⁶ Yurtcan, CMK Şerhi, s.363.

Ayrıca yabancı hukuk fakültelerinden mezun olan Türk vatandaşları ve Türk uyruğuna kabul edilmiş yabancı kişilerden, geldikleri ülkede dört yıl süreyle mahkemelerin her derecesinde hâkimlik, savcılık veya avukatlık yapmış ve avukatlığı meslek edinmiş olanlar, Türk hukuk fakülteleri programlarına göre noksan kalan derslerden usulüne uygun olarak yapılan sınavlarda başarı göstermiş ve ayrıca Türkçe'yi iyi bilir oldukları da bir sınavla anlaşılmış olmak şartıyla avukatlık stajından muaf tutulmuşlardır (Av. K. m. 4/2).

4. Baro Bölgesinde İkametgâhı Olmak

Türkiye’de avukatlık mesleğini ve dolayısıyla müdafilik yapabilmek için avukat olmanın yanında ayrıca bir avukatlık meslek örgütü olan bir baronun levhasına da kayıtlı olmak gerekmektedir. Kural olarak bir avukat, Türkiye’de istediği baronun levhasına kaydolabilir. Ancak avukatın kaydolmak istediği baronun bulunduğu yerde ikametgâhının²¹⁷ olması zorunludur (Av. K. m. 3). Dolayısıyla avukatlar, baronun bulunduğu yerde ikametgâhı olmak koşuluyla istediği baronun levhasına kaydolma hakkına sahiptir. Ancak bir avukat aynı anda birden fazla baronun levhasına kaydolamaz. Eğer avukat, bir tek baronun levhasına kaydolmuş ise, sürekli olmamak koşuluyla Türkiye’nin her yerindeki hukuki uyuşmazlıklarda avukatlık yapabilir (Av. K. m. 66/2).

5. Avukat Olmaya Engel Bir Nedenin Olmaması

Bir kişinin avukat olabilmesi için (avukatlık mesleğine kabul edilmesi için), yukarıda dört bent halinde saydığımız olumlu şartların var olmasının yanında, bir de avukat olmaya engel nedenlerin olmaması gerekir. Avukat olmaya engel nedenlerden en az birinin olması, avukatlık için diğer şartları taşıyan bir kişinin, avukat olmasına ve avukatlık mesleğine kabul edilmesine engel oluşturur. Dolayısıyla avukat olmaya engel bir nedenin varlığı halinde kişiye, avukatlık kimliği ve ruhsatı verilmez ve kişinin baro levhasına kaydı yapılmaz. Eğer kişi, avukatlık mesleğine kabul edildikten sonra avukat olmaya engel bir neden ortaya çıkarsa, baro levhasındaki kaydı silinir ve avukatlık ruhsatı ve kimliği elinden alınır²¹⁸ (Av. K. m.72/1-

²¹⁷ İkametgâh (yerleşim yeri), bir kişinin sürekli kalmak niyetiyle oturduğu yerdir (MK m.19/1).

²¹⁸ Kocaoğlu, Müdafî, s.95.

a). Avukat olmaya engel olan nedenler Avukatlık Kanunu'nun beşinci maddesinde sekiz bent halinde tahdidi olarak sayılmıştır (Av. K. m. 5). Avukat olmaya engel nedenler şunlardır.

a) Belirli Suçlardan Mahkûm Olmak

Belirli suçlardan kesinleşmiş mahkûmiyeti olan kişiler, avukat olamazlar. Dolayısıyla belirli suçlardan kesinleşmiş mahkûmiyet kararının bulunması avukat olmaya engel bir nedendir. Avukat olmaya engel oluşturan mahkûmiyetler şunlardır (Av. K. m. 5/1-a).

Kasten işlenen her hangi bir suçtan dolayı, iki yıldan fazla süreyle hapis cezasına ilişkin mahkûmiyetler avukat olmaya engel oluşturur. Kanun koyucu açıkça kasten işlenen suçlardan bahsettiği için, taksirle işlenen suçlardan dolayı verilen mahkûmiyetler ile iki yıl veya daha az olan süreli hapis cezaları ve/veya adli para cezaları avukat olmaya engel mahkûmiyetler değildir.

Aldığı cezanın türü ve miktarı ne olursa olsun, Devletin güvenliğine ilişkin 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 suçlarına ilişkin her türlü mahkûmiyetler avukat olmaya engel oluşturur. Bu bentte sayılan yüz kızzartıcı suçlardan en az biri nedeniyle mahkûm olmuş olan kişilerin cezaları ertelenmiş, adli para cezasına çevrilmiş veya affa uğramış olsa bile yine de bu mahkûmiyetler avukat olmaya engel oluşturur (Av. K. m. 5/2).

Fakat Danıştay kararlarında "memnu hakların iadesi kararı", ister Türk Ceza Kanunu'ndan, ister özel bir yasadaki kaynaklansın 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. Bu nedenle, Avukatlık Kanunu'nun 5'inci maddesinde belirtilen suçlardan mah-

kûm olanların, bu suçlardan hükmedilen cezaları infaz edildikten sonra, memnu hakların iade edilmesi durumunda bu mahkûmiyetler avukat olmaya engel oluşturmayacaktır²¹⁹.

b) Kesinleşmiş Bir Disiplin Cezası Olması

Yetkili mercilerce verilen ve kesinleşmiş olan bir disiplin cezası sonucunda hakim, memur veya avukat olma niteliğini kaybeden kişiler avukat olamazlar (Av. K. m.5/1-b). Diğer bir ifadeyle avukat, memur²²⁰ veya hâkim²²¹ olan kişilerin görevleriyle ilgili işledikleri ve meslekle ilişki kesilmesi cezasını gerektiren fiiller sebebiyle, yetkili kurullarca verilen disiplin cezalarına ilişkin disiplin kararı da avukat olmaya engel oluşturur.

²¹⁹ “Davacının İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde 1. sınıf öğrencisi iken 4.2.1981 tarihinde silahlı gasp ve 1136 sayılı Kanuna Muhalefet suçundan gözaltına alınıp, ardından sevk edildiği adli makamlarca tutuklanarak belirtilen suçlamalardan dolayı yapılan yargılama sonucunda, İstanbul 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 7.12.1982 günlü, E:1981/312, K:1982/387 sayılı kararıyla silahlı gasp suçundan, yirmidört sene müddetle ağır hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği, bu kararın Yargıtayca onanıp kesinleştiği, 18.3.1991 tarihinde şartla tahliyesine, 22.8.2005 tarihinde de bihakkin tahliyesine karar verildiği, anılan ceza ile ilgili kaydın Bakırköy 2. Asliye Ceza Mahkemesinin 5.4.2004 günlü, 2004/73, D.İş Sayılı kararıyla adli sicilden silindiği ve İstanbul 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 26.3.2004 günlü, Müt. 2004/90 sayılı kararıyla da 4.3.2004 tarih ve 5106 sayılı Yasanın Geçici 1. maddesi uyarınca davacının memnu haklarının iadesine karar verdiği, bu arada tahliye edilmemesinden sonra yükseköğrenimine kaldığı yerden devam ederek Hukuk Fakültesini bitirdiği, daha sonra 12.4.2004 tarihinde avukatlık stajı başvurusunun İstanbul Barosu tarafından kabul edilmesi üzerine 5.11.2004 tarihinde staja başladığı, 23.6.2005 tarihinde stajını bitirerek 16.6.2005 tarihinde baro levhasına yazılma isteminde bulunduğu, bu isteminin İstanbul Barosu Yönetim Kurulu tarafından uygun bulunmasına rağmen Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunun 12.7.2005 günlü, 1387-3 sayılı kararıyla 1136 sayılı Yasanın 5/1-c maddesi uyarınca davacının baro levhasına yazılmasının uygun bulunmadığı ve bu kararın Adalet Bakanlığınca onaylandığı, bu arada İstanbul 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 7.6.2005 günlü, E:1981/312, K:1982/387 sayılı Ek Kararı ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda getirilen ve davacı lehine olan düzenlemeler dikkate alınmak suretiyle hakkında daha önce verilen 7.12.1982 tarihli karar kaldırılarak eylemine uyan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 149/a-4 maddesi gereğince "silahla gece vaktinde yağma" suçundan dolayı 10 yıl süreyle hapis cezası verilmesine karar verildiği, davalı idarelerce davacının 1981 yılında işlemiş olduğu suçun, 1136 sayılı Yasanın 5/1-c maddesi uyarınca "avukatlık mesleğine yakışmayacak tutum ve davranışları çevresinde bilinmiş olmak" hükmü kapsamında olduğundan bahisle baro levhasına yazılma isteminin uygun bulunmadığı dosyanın incelenmesinden anlaşılmıştır. Danıştay kararlarında "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 ehliyetlilikleri 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 maddesi uyarınca ehliyetliliğinin ortadan kalktığı tartışmasıdır”. (DİDDGK. 17.02.2011, E. 2009/2989, K. 2011/68, www.kazanci.com.tr. 20 Mart 2013).

²²⁰ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na göre, Devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren fiiller şunlardır: a) İdeolojik veya siyasi amaçlarla kurumların huzur, sükûn ve çalışma düzenini bozmak, boykot, işgal, engelleme, işi yavaşlatma ve grev gibi eylemlere katılmak veya bu amaçlarla toplu olarak göreve gelmemek, bunları tahrik ve teşvik etmek veya yardımda bulunmak, b) Yasaklanmış her türlü yayını veya siyasi veya ideolojik amaçlı bildiri, afiş, pankart, bant ve benzerlerini basmak, çoğaltmak, dağıtmak veya bunları kurumların herhangi bir yerine asmak veya teşhir etmek, c) Siyasi partiye girmek, d) Özürsüz olarak (...) (1) bir yılda toplam 20 gün göreve gelmemek, e) Savaş, olağanüstü hal veya genel afetlere ilişkin konularda amirlerin verdiği görev veya emirleri yapmamak, f) Amirine ve maiyetindekilere fiili tecavüzde bulunmak, g) Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak, h) Yetki almadan gizli bilgileri açıklamak, ı) Siyasi ve ideolojik eylemlerden arananları görev mahallinde gizlemek, j) Yurt dışında Devletin itibarını düşürecek veya görev haysiyetini zedeleyecek tutum ve davranışlarda bulunmak, k) 5816 sayılı Atatürk Alehine İşlenen Suçlar Hakkındaki Kanuna aykırı fiilleri işlemek (DMK m. 125/1-E).

²²¹ Disiplin cezasıyla hâkimlik mesleğinden çıkarılmayı gerektiren fiiller için ayrıntılı bilgi için bkz. 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu m. 69.

Ancak bir avukat hakkında, Avukatlık Kanunu kapsamında “meslekten çıkarma” cezası verilmesi halinde, baro yönetim kurulu kararıyla baroya kayıtlı olan avukatın bir daha yazılmamak üzere baro levhasından silinmesine karar verilir ve bu kişi bu karar itibarıyla bir daha avukat olamaz (Av. K. m.135/5; TBB Av. Yön. m.27/1).

c) Avukatlık Mesleğine Yakışmayan Tutum ve Davranışlarda Bulunmak

Avukatlık Kanunu’na göre, avukatlık mesleğine yakışmayan tutum ve davranışlarda bulunan bir kişi olduğu çevresindeki kişiler tarafından açıkça bilinen kişiler, avukatlık mesleğine kabul edilmezler (Av. K. m. 5/1-c). Dolayısıyla avukatlık mesleğinin gerektirdiği kişilik yapısına ve ahlak kurullarına sahip olmayan kişiler avukat olmazlar²²². Sübjektif nitelikteki bu hükmün iptali amacıyla Anayasa Mahkemesi’nde açılan davada Anayasa Mahkemesi, “*Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya 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 avu-*

²²² Tosun’a göre, “avukat, toplum içinde saygınlığı olan bir kişi olursa, sanığa yardımı daha etkili olabilir. Toplum içinde saygınlığı olmayan bir kişinin sanığa yardımının olması zordur”, **Tosun, Öztekin**, Türk Suç Muhakemeleri Hukuku Dersleri, C. 1, 4. Baskı, İstanbul, Acar Matbaacılık, 1984, s.605.

katlık 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.” gerekçesiyle 28.02.2013 tarihinde oybirliğiyle iptal etmiştir²²³.

d) Avukatlık Mesleğiyle Bağdaşmayan İşlerle Uğraşmak

Avukatlık mesleğiyle bağdaşmayan bir işle uğraşmak da avukat olma engellerinden bir olarak düzenlenmiştir²²⁴ (Av. K. m. 5/d). Avukatlık mesleğiyle bağdaşmayan işler Avukatlık Kanunu’nun 11’inci maddesinde tahdidi olmayacak şekilde sayılmıştır. Buna göre şu işler, avukatlık mesleğiyle bağdaşmaz.

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. m.11). Meslek onuru ile bağdaşmayan işlerin ne olduğuna ilişkin mevzuatta açıklayıcı herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Oldukça soyut ve esnek bir kavram olan “avukatlık meslek onuru”nun kapsam ve sınırının tespit edilmesinin, baroların ve Türkiye Barolar Birliği’nin disiplin kurullarının takdirine bırakılmış olması, tartışmalı ve sübjektif kararların verilmesine sebep olabilecektir.

Ancak kanun koyucu, yukarıda sayılan yasak işler içerisinde yer almakla birlikte bazı işleri, yasağın kapsamı dışında tutmuştur. Avukatlık Kanunu’nun onikinci maddesinde düzenlenmiş olan bu işler; milletvekilliği, il genel meclisi ve belediye meclisi üyeliği; hukuk alanında profesör ve doçentlik; özel hukuk tüzelkişilerinin hukuk müşavirliği ve sürekli avukat-

²²³ Any. M. 28.02.2013, E. 2012/116, K. 2013/32, (www.rg.gov.tr. 13.08.2013)

²²⁴ “Baro başkanı, istemin ilanından önce, baroya bağlı avukatlardan birini adayın gerekli nitelikleri taşıyıp taşımadığını ve avukatlıkla birleşmeyen bir işle uğraşıp uğraşmadığını araştırarak bir rapor düzenlemek üzere görevlendirir. Görevlendirilen avukat, raporu en geç onbeş gün içinde baroya vermekle yükümlüdür” (Av. K. m. 19).

lığı ile bir avukat yazıhanesinde ücret karşılığında avukatlık; hakemlik, tasfiye memurluğu, yargı mercilerinin veya adli bir dairenin verdiği herhangi bir görev veya hizmet; Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede başka iş veya hizmetle uğraşmaları yasaklanmamış bulunmak şartıyla; bu Kanun Hükmünde Kararnamenin kapsamına giren iktisadi devlet teşekkülleri, kamu iktisadi kuruluşları ve bunların müesseseleri, bağlı ortaklıkları ve iştirakleri ve iktisadi devlet teşekkülleri ile kamu iktisadi kuruluşları dışında kalıp sermayesi Devlete ve diğer kamu tüzel kişilerine ait bulunan kuruluşların yönetim kurulu başkanlığı, üyeliği, denetçiliği; anonim, limited, kooperatif şirketlerin ortaklığı, yönetim kurulu başkanlığı, üyeliği ve denetçiliği ve komandit şirketlerde komanditer ortaklık; hayri, ilmi ve siyasi kuruluşların yönetim kurulu başkanlığı, üyeliği ve denetçiliği; gazete ve dergi sahipliği veya bunların yayım müdürlüğüdür.

e) Kısıtlı Olmak

Kısıtlılık, fiil ehliyetine sahip olan bir kişinin, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, savurganlık, alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, malvarlığını kötü yönetme ve bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına mahkûmiyet sebeplerinden en az biri nedeniyle ve mahkeme kararıyla medeni hakları kullanma ehliyetinin (fiil ehliyetinin) kısmen veya tamamen sınırlandırılmasıdır (MK m.405-408).

Dolayısıyla mahkeme kararıyla kısıtlanan kişiler, kısıtlılık kararı kaldırılncaya kadar avukat olamayacağı gibi, avukat olduktan sonra kısıtlananlar kişiler de kısıtlılık kararı kaldırılncaya kadar fiili olarak avukatlık yapamazlar (Av. K. m. 5/1-e).

f) İflas Etmek

Avukat olma engellerinden biri de hakkında iflas kararı verilmiş olmasıdır. İflas, asliye ticaret mahkemesi tarafından iflasına karar verilen bir borçlunun (müflisin), haczedilebilen bütün malvarlığının cebri icra yoluyla paraya çevrilip, bundan bilinen bütün alacaklılarının tatmin edilmesini sağlayan toplu (külli) bir cebri icra yoludur²²⁵. Dolayısıyla hakkında mahkeme tarafında iflas kararı verilen kişiler avukat olamazlar. Ancak hakkında iflas kararı

²²⁵ Kuru, Baki- Aslan, Ramazan- Yılmaz, Ejder, İcra ve İflas Hukuku, 18. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004, s.497.

verildikten sonra “itibarı iade edilen kişiler” avukat olabilirler²²⁶. Fakat taksiratlı ve hileli müflisler, itibarı iade edilse dahi artık hiçbir zaman avukat olamazlar (Av. K. m. 5/1-f).

Bu hükümle kanun koyucu, piyasada ve toplumda ticari itibarını kaybetmiş, güvenilirliği ve dürüstlüğü şüpheli hale gelen kişilerin, dürüstlük ve saygınlık gerektiren bir meslek olan avukatlık mesleğini icra etmesini haklı olarak uygun bulmamıştır²²⁷.

g) Aciz Kararı Verilmiş Olması

Avukat olma engellerinden biri de “hakkında aciz vesikası düzenlenmiş olmaktır”. Aciz vesikası, yapılan icra takibi sonunda elde edilen paraların borçlunun takibe koyulan borçlarını karşılamaya yetmemesi halinde icra müdürlüğü tarafından düzenlenen ve borçlunun borçlarını ödemekten aciz olduğunu gösteren resmi bir belgedir²²⁸ (İİK m.143/I). Dolayısıyla, hakkında aciz belgesi düzenlenmiş olan kişiler, avukat olamazlar. Hakkında aciz belgesi düzenlendiği tarihte avukat olan kişiler ise, fiilen avukatlık yapamazlar. Ancak hakkında aciz belgesi düzenlenen kişi, her zaman takip konusu borçlarının tamamını ödediğini belgelemek şartıyla düzenlenen aciz belgesinin sicilden silinmesini isteyebilir. Hakkında verilen aciz belgesini sicilden sildiren kişiler, avukat olma ve avukatlık yapma hakkını tekrar elde etmiş olurlar (Av. K. m. 5/1-g).

h) Avukatlık Yapmaya Engel Sürekli Bir Hastalığın veya Malullüğün Olması

Avukatlık mesleğini fiili olarak sürekli yapmaya engel bir hastalığı ya da malullüğü bulunan kişiler de avukat olamazlar. Diğer bir ifadeyle kişinin, sağlıklı bir şekilde avukatlık yapmasına engel olacak derecede kısmi veya tam akıl hastası olması ya da vücut sağlığı bakımından malullüğünün bulunması, avukat olmaya engel bir sağlık nedeni olarak kabul edilmiştir (Av. K. m. 5/1-h). Avukat olmak için gereken bu şartın tespiti amacıyla, avukatlık stajına başlamak için baroya başvuran adaylardan, resmi bir hastanenin uzman hekimliğince düzenlenmiş sağlık raporu ibraz etmesi istenir (Av. Stj. Yön. m. 4/2-g). İlgili baro, kişinin ibraz

²²⁶ “Adi müflis masaya kabul edilmiş bütün alacaklıların alacaklarını itfa ettiğine dair makbuz veya vesikaları göstererek iflasa karar veren mahkemeden itibarının yerine gelmesini isteyebilir” (İİK m.314).

²²⁷ Kocaoglu, Müdafî, s.99.

²²⁸ Kuru-Aslan-Yılmaz, s.388.

etmiş olduğu sağlık raporundan tatmin olmazsa baro, stajyer adayının görevini sürekli olarak gereği gibi yapmaya engel, vücutça ve akılca malullüğü bulunup bulunmadığının tespiti amacıyla sağlık incelemesine başvurabilir (Av. Stj. Yön. m. 6).

B) Yasaklı Olmamak

Müdafî olmak için gereken ikinci şart, yasaklı olmamaktır. Avukat olma yasakları ile avukatlık ve müdafilik yapma yasakları birbirinden farklıdır. Avukat olma yasakları, kişinin avukat olmasına engel oluştururken; avukatlık veya müdafilik yasakları ise, hukuken avukat olma şartlarını taşıyan ve avukat olan bir kişinin, fiili olarak avukatlık yapmasını ya da sadece müdafilik yapmasını engelleyen yasaklılık halleridir.

Müdafî olmak için avukat olan kişilerin, hem avukatlık yapmaktan yasaklı olmaması hem de müdafilik yapmaktan yasaklı olmaması gerekir.

1. Avukatlık Yapmaya Engel Bir Yasağın Olmaması

Avukatlık yapma yasağı, hukuken avukat olan kişilerin fiili olarak hiçbir davada ya da sadece bazı davalarda avukatlık yapmasına engel oluşturan nedenlerden en az birinin bulunması halinde söz konusu olur. Başka bir ifadeyle, avukatlık yapma yasağı olan avukatlar, hukuken avukat olsalar da yasak devam ettiği sürece fiili olarak tüm davalarda ya da sadece bazı davalarda avukatlık yapamazlar²²⁹. Hakkında avukatlık yapma yasağı bulunan avukatlar, hem hukuk davalarında avukatlık yapamazlar hem de ceza soruşturmalarında ve kovuşturmalarında müdafilik yapamazlar. Dolayısıyla avukatlık yapma yasağı, hem vekillik yapmaya hem de ceza soruşturmalarında ve kovuşturmalarında müdafilik yapmaya engel oluşturur. Avukatlık yapma yasaklarının nedenleri şunlardır.

a) Avukatın Hâkim veya Savcı ile Hısımlık ya da Evlilik İlişkisi Bulunması

Bir avukat, eşinin, alt soy veya üst soy hısımlarından birinin (kayın veya kan hısımdan) veya ikinci dereceye kadar yan soy hısımlarından birinin hâkim veya savcı olarak

²²⁹ Yurtcan, CMK Şerhi, s.363.

bakmakta olduğu dava, soruşturma ve işlerde avukatlık (vekillik ya da müdafilik) yapamaz (Av. K. m.13). Avukatların, yakın akrabalarının hâkim veya savcı sıfatıyla yürüttüğü dava, soruşturma ve işlerde avukatlık yapamaması, hem adil ve hakkaniyete uygun bir yargılamanın yapılması ve buna uygun bir karar verilebilmesi için, hem görev yapan hâkim ve savcılarının zan altında kalmaması için, hem de avukatlık ve özellikle de müdafilik kurumlarının bağımsızlığına gölge düşmemesi için yapılan bir düzenlemedir²³⁰. Bir muhakemede savcı ile hâkim arasında yakın bir ilişki veya işbirliği olması, yargı organlarının tarafsızlığını ne kadar zede-lerse, avukat ile hâkim veya savcı arasındaki yakınlık ve işbirliği olması da bir o kadar yargı-nın tarafsızlığını zedeleyecektir. Avukat ile hâkim veya savcı arasında akrabalık ilişkisi bu- lunması, yapılan yargılamayı etkilemezse bile dışarıdan etkilemiş izlenimini verebilir. Oysaki hukuk devletinde, yargının tarafsız olması kadar tarafsız görünmesi de önemli ve gerekli- dir²³¹.

Ancak avukatların, sayılan hısımlarının görev yaptığı dava, soruşturma ve işlerde ya- saklanması yerinde bir kararken, avukatın eski eşinin ve nişanlısının kanunda sayılan hısımlar arasında sayılmamış olması bir eksikliktir²³². Çünkü avukatın, eski eşinin ve nişanlısının hâ- kim veya savcı olarak görev yaptığı dava, soruşturma ve işlerde görev yapması da hem yargı- nın tarafsızlığı ile hem de müdafinin bağımsızlığı ile bağdaşmayan bir durumdur. Kanun koyu- cu, avukatlık yasaklarına benzer bir kurum olan hâkimin çekinmesi sebepleri arasında hâki- min, eski eşinin sanık ya da şüpheli olması durumunu da saymıştır (CMK m. 22/1-b).

b) Bazı Görevlerden Ayrılmış Olmak

Bazı kamu kurum ve kuruluşları ile bazı mahkemelerde görev yaptıktan sonra bu gö- revlerden ayrılan kişilerin de görevden ayrılma tarihinden itibaren ayrıldıkları kurumların

²³⁰ Uçar, Salter, (Açıklamalı ve İçtihatlı) Avukatın Hak ve Ödevleri, 1. Baskı, İstanbul, Kazancı Matbaacılık, 1998, s. 17; Mahmutoglu-Dursun, s.48; Kocaoğlu, Müdafî, s.100.

²³¹“Objektif test bakımından ise, yargıcın kişisel tutumundan farklı olarak, kendisinin tarafsızlığı hakkında kuşku uyandıracak belirli olguların bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir. Bu noktada, görüşler bile önemli olabilir. Tehlikede olan şey, demokratik bir toplumda mahkemelerin halka ve her şeyden önce bir ceza davası söz konusu olduğunda sanığa vermek zorunda oldukları güven duygusudur. Bu nedenle, hakkında tarafsız olmadığından kaygı duymak için haklı bir sebep bulunan bir yargıç, davadan çekilmelidir. Bu durum, belirli bir davada, bir yargıcın tarafsız olmadığından kaygılanmak için haklı bir sebebin bulunup bulunmadığına karar verirken, sanığın bakış açısının önemli olduğunu, fakat belirleyici olmadığını ima etmektedir. Belirleyici olan şey, bu kaygının objektif olarak haklı görülüp görülemeyeceğidir”, (Hau- schiddt /Danimarka Kararı, 24.05.1989, www.ihami.anadolu.edu.tr, 20 Mart 2013).

²³² Centel-Zafer, s.169.

aleyhine açılan davalarda ve ayrıldıkları mahkemelerde açılan davalarda belirli bir süreliğine avukatlık yapması Avukatlık Kanunu ile yasaklanmıştır. Bu yasağın amacı, daha önce çalıştığı kurum veya mahkemenin sırlarına vakıf olan ve kurumun zaafalarını iyi bilen avukatın, nüfuzunu da kullanarak bu bilgileri kendisine avantaj sağlayacak şekilde kullanmasını engellemektir²³³. Fakat benzer şekilde düzenlenmiş olan “emeklilik ve istifa gibi nedenlerle görevlerinden ayrılan Anayasa Mahkemesi üyeler, Yüksek Mahkeme hâkimleri, adli, idari ve askeri yargı hâkim ve savcılar son beş yıl içinde hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerin yargı çevresinde, görevden ayrılma tarihinden itibaren iki yıl süre ile avukatlık yapmaları yasaktır” şeklindeki Avukatlık Kanunu’nun hükmü, Anayasa Mahkemesi tarafından 06.11.2010 tarihinde iptal edilmiş ve ilgili hüküm 06.05.2011 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır²³⁴.

“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. m. 14/2).

“Askeri Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı, Daire Başkanları ve Üyeleri, Milli Savunma Bakanlığı Askeri Adalet İşleri Başkanı, Askeri Adalet Teftiş Kurulu Başkanı, genelkurmay adli müşaviri, sıkıyönetim adli müşavirleri ve sıkıyönetim askeri mahkemelerinde görevli hâkim ve savcılar ile yardımcılar, başka hizmetlere atanmış olsalar bile anılan görevlerden ayrıldıkları tarihten itibaren üç yıl süre ile *sıkıyönetim askeri mahkemelerinde* avukatlık yapamazlar” (Av. K. m. 14/3).

c) Hakkında İşten Çıkarma Cezası Verilmiş Olmak

Avukatlık yapma yasağının nedenlerinden biri de “avukatın işten çıkarma cezası” almış olmasıdır. Avukatlık Kanunu’nun altıncı kısmında düzenlenmiş olan “avukatların hak ve yükümlülüklerine” ilişkin hükümlere uymayan avukatlar hakkında, baro disiplin kurulları tarafından “işten çıkarma cezası” verilebilir (Av. K. m. 136/1). İşten çıkarma cezası, avukatın

²³³ Mahmutoglu-Dursun, s.37; Kocaoglu, Müdafî, s.101.

²³⁴ Any. M. 06.10.2009, E. 2009/67, K. 2009/19, (www.rg.gov.tr. 20 Mart 2013).

ya da avukatlık ortaklığının üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere avukatlık faaliyetlerinden geçici olarak yasaklanmasıdır²³⁵ (Av. K. m.135/4). Yetkili baro disiplin kurulları tarafından verilmiş ve kesinleşmiş olan “işten çıkarma cezası” alan avukatlar, ceza süreleri bitinceye kadar avukatlık ve dolayısıyla müdafilik yapamazlar.

d) Hakkında İşten Yasaklanma Kararı Verilmiş Olmak

Hakkında yetkili baro disiplin kurulu kararıyla “işten yasaklanma” kararı verilen avukatlar, bu karar kaldırılmadığı sürece (eşleri ve ergin olmayan çocuklarına ait işler hariç) avukatlık yapamazlar (Av. K. m. 155). İşten yasaklanma, hakkında meslekten çıkarma cezasını gerektirebilecek nitelikteki bir fiilden dolayı kovuşturma açılan avukat hakkında, ilgili baronun disiplin kurulu tarafından verilen ve bu yasak süresince avukatın, avukatlık yapmasına engel oluşturan geçici tedbir niteliğinde idari bir karardır²³⁶ (Av. K. m.153). İşten yasaklanma kararının verilebilmesi için avukat hakkında, avukatlıktan çıkarma cezasını gerektirebilecek nitelikte bir fiilden dolayı kovuşturma açılmış olması gerekir²³⁷. Baroların disiplin kurulları, hakkında kovuşturma açılan avukat hakkında işten yasaklanma kararı verip vermeme konusunda takdir yetkisine sahiptir. İşten yasaklanma kararı en geç kovuşturmanın sonuna kadar devam edebilir. Kovuşturma sürerken, yasaklanma kararını veren baro disiplin kurulu tarafından, re’sen veya talep üzerine her zaman yasaklama kararı kaldırılabilir. Kovuşturma sonunda avukat, meslekten çıkarmayı gerektiren bir ceza almışsa, disiplin kurulu kararıyla sürekli olarak meslekten çıkarma cezası verilir. Fakat yargılanan avukat, ceza almaz ya da meslekten çıkarmayı gerektirmeyen bir ceza alırsa, işten yasaklanma kararı kendiliğinden kalkar (Av. K. m.156).

e) Belli Meslek veya Görevleri İcra Etmek

Belirli kamu kurum ve kuruluşlarında görev alıp da avukatlık mesleğini sürdürmesi yasak olmayan avukatların, görev yaptıkları kamu tüzel kişileri aleyhine açılan davalarda

²³⁵ “Bu kanunun avukatların hak ve ödevleri ile ilgili altıncı kısmında yazılı esaslara uymayanlar hakkında ilk defasında en az kınama, tekrarında, davranışın ağırlığına göre, para veya işten çıkarma cezası ve 5 inci maddenin (a) bendinde yazılı bir suçtan kesin olarak hüküm giyme halinde meslekten çıkarma cezası uygulanır. Bir defa işten çıkarılan avukat, beş yıllık dönem içinde bu kanunun altıncı kısmındaki kurallara aykırı davranışta bulunursa meslekten çıkarılır” (Av. K m. 136/1).

²³⁶ Zafer, s.414.

²³⁷ Zafer, s.415.

avukatlık yapmaları yasaklanmıştır. Avukatların, kendi görev yaptıkları kamu tüzel kişileri aleyhine açılan davalarda avukatlık yapması hem avukatlık meslek ilkeleri ile bağdaşmayacağından hem de ilgili kamu tüzel kişilerinin hiyerarşik yapısını bozma ihtimali bulunduğundan yasaklanmıştır. Bu yasağa tabi olan kişiler şunlardır (Av. K. m. 12/2,3).

Kamu iktisadi Teşebbüsleri Hakkında 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede başka iş veya hizmetle uğraşmaları yasaklanmamış bulunmak şartıyla; bu Kanun Hükmünde Kararnamenin kapsamına giren iktisadi devlet teşekkülleri, kamu iktisadi kuruluşları ve bunların müesseseleri, bağlı ortaklıkları ve iştirakleri ve iktisadi devlet teşekkülleri ile kamu iktisadi kuruluşları dışında kalıp sermayesi Devlete ve diğer kamu tüzel kişilerine ait bulunan kuruluşların başkan, üyeleri ve denetçileri, hazinenin, belediye ve özel idarelerin, il ve belediyelerin yönetimi ve denetimi altında bulunan daire ve kurumların, köy tüzel kişiliklerinin ve kamunun hissedar olduğu şirket ve kuruluşların aleyhindeki dava ve işleri takip etmeleri yasaktır.

İl genel meclisi ve belediye meclisi üyelerinin, bağlı bulundukları tüzel kişilerin aleyhindeki dava ve işleri takip etmeleri yasaktır.

Yüksek öğretimde görevli profesör ve doçentlerin tüm yüksek öğretim kurum ve kuruluşları aleyhindeki dava ve işleri takip etmeleri yasaktır.

Bu yasaklar, avukatların ortaklarını ve yanlarında çalıştırdıkları avukatları da kapsar.

Ayrıca bir kadroya bağlı olarak aylık veya ücreti Devlet, il veya belediye bütçelerinden yahut Devlet, il veya belediyelerin yönetimi ve denetimi altındaki daire ve müessese yahut şirketlerden verilen müşavir ve avukatlar, yalnız bu daire, müessese ve şirketlere ait işlerde avukatlık yapabilirler. Bu daire, müessese ve şirketlerin işleri dışındaki davaları ve işleri takip edemezler (Av. K. m. 12/4).

Milletvekilliğinin avukatlık yapmaya engel oluşturup oluşturmadığı konusu, mevzuatta oldukça karışık ve çelişkili bir şekilde düzenlenmiştir. 3069 sayılı TBMM Üyeliği ile Bağdaşmayan İşler Hakkında Kanun'da milletvekillerin yapamayacağı işler arasında avukatlık mesleği sayılmadığından bu kanuna göre, milletvekillerinin avukatlık yapmasında bir ya-

sak söz konusu değildir. Avukatlık Kanunu'nun "Avukatlıkla Birleşen İşler" başlıklı 12. maddesinde de açıkça, milletvekilliğinin avukatlık mesleğiyle bağdaştığı belirtilmiştir. Fakat aynı Avukatlık Kanunu'nun 43. maddesinin 2. fıkrasında açıkça, milletvekillerinin, milletvekilliği süresince avukatlık yapamayacağı düzenlenmiştir. Bir biriyle açıkça çelişki oluşturan Avukatlık Kanunu'nun bu hükümlerinden 12. maddedeki düzenlemenin 1986 yılında yapıldığı, 43. maddesindeki düzenlemenin ise, 2001 yılında yapıldığı göz önüne alındığında, ikisi de genel hüküm olan bu hükümlerden yeni tarihli olan 43. maddedeki düzenlemenin uygulanmasının daha doğru olacağını düşünüyoruz. Bu nedenle milletvekilliği, avukatlık yapmaya engel bir neden olduğundan milletvekillerinin, vekillikleri süresince avukatlık yapmaları yasaktır²³⁸.

2. Müdafilik Yapmaya Engel Bir Yasağın Olmaması

Müdafilik yapma yasağı, hukuken avukat olan ve fiil olarak avukatlık yapma yetki ve ehliyetine sahip bir avukatın, bazı ceza soruşturmalarında ve kovuşturmalarında sadece müdafilik yapmasına engel oluşturan yasaklardır. Dolayısıyla müdafilik yapma yasağı, avukatlık yapma yasağından daha dar kapsamlı bir yasaktır²³⁹. Çünkü avukatlık yapma yasağı, hem vekillik yapmaya hem de müdafilik yapmaya engel oluştururken; müdafilik yapma yasağı sadece müdafilik yapmaya engel oluşturmaktadır. Bu nedenle, müdafilik yapma yasağı bulunan bir avukat, müdafilik görevi dışındaki diğer işlerde vekillik yapabilir ve işleri takip edebilir. Müdafilik yapma yasağının nedenleri şunlardır.

a) Avukatın Aynı Soruşturmada Şüpheli Olması ya da Aynı Kovuşturmada Sanık Olması

Müdafilik yapmaya engel oluşturan nedenlerinden biri, avukat olan kişinin aynı soruşturmada şüpheli olması ya da aynı kovuşturmada sanık olmasıdır. Acaba bir suç sebebiyle hakkında soruşturma açılan ve şüpheli sıfatına sahip bir avukat ya da hakkında kovuşturma açılan ve sanık sıfatına sahip bir avukat, aynı soruşturma da hem şüpheli hem kendi müdafisi ya da hem sanık hem de kendi müdafisi olabilir mi? Gerek CMK'da gerekse de diğer ceza hukuku mevzuatında şüpheli ile müdafilik ve sanık ile müdafilik sıfatlarının birleşip birleş-

²³⁸ Mahmutoglu-Dursun, s.35.

²³⁹ Kocaoğlu, Müdafilik, s.102.

meyeceğine ilişkin açık bir hüküm bulunamamaktadır. Bu nedenle, bu sorunun cevabını bulmak için müdafilik kurumunun hukuki yapısına, müdafinin ceza muhakemesindeki yerine ve müdafinin şüpheli ve sanıkla olan hukuki ilişkisine bakmak gerekir.

Suç şüphesi altındaki kişi, soruşturma aşamasında şüpheli sıfatına sahiptir ve şüpheli sıfatıyla ifade verir ya da sorguya çekilir. Kovuşturma aşamasında ise, suç şüphesi altındaki kişi sanık sıfatını alır ve sanık sıfatıyla mahkemede savunma yapar. Sanığın yaptığı savunmaya da “bireysel savunma” denir. Oysaki müdafî, soruşturma aşamasında şüpheliye müdafî sıfatıyla hukuki yardımda bulunan ve şüphelinin haklarını savunan avukattır. Kovuşturma aşamasında ise müdafî, müdafî sıfatıyla ceza muhakemesine katılan ve iddia, yargılama ve sanık dışında bağımız olarak ceza muhakemesinin bir süjesini oluşturan avukattır. Ayrıca müdafinin yaptığı savunma da “toplumsal savunmadır”²⁴⁰. Müdafinin sahip olduğu hak ve ödevler ile şüphelinin ve sanığın sahip olduğu hak ve ödevler birbirinden oldukça farklı olduğu gibi²⁴¹; müdafinin yaptığı “toplumsal savunmanın” kapsam ve sınırları ile sanığın yaptığı “bireysel savunmanın” kapsam ve sınırları da oldukça farklıdır²⁴². Müdafî, şüpheli ve sanıktan bağımsız bir muhakeme süjedir. Müdafinin, şüpheli ve sanıktan farklı olarak doğruluk ödevi ile maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardım etme ödevi de bulunmaktadır. Görüldüğü üzere, şüpheli ve sanık sıfatı ile müdafilik sıfatı ve görevi birbiriyle bağdaşmayan ve bazen de birbiriyle çelişen hak ve yükümlülükler içermektedir. Avukat olan sanığın savunması, ancak “bireysel savunma” olabilir ve bu savunma “toplumsal savunmanın” yerini tutamaz. Bu nedenlerle şüpheli ya da sanık, bizzat avukat olsa dahi, ceza soruşturmasında veya kovuşturmasında kendi kendisinin müdafiliğini yapamaz. Kanaatimizce, bir avukatın bir soruşturma veya ko-

²⁴⁰ Kocaoğlu, Müdafî, s.102.

²⁴¹ Müdafî, mahkemede dinlenmekte olan sanığa, tanığa, bilirkişiye, katılana ve duruşmaya çağrılan diğer kişilere doğrudan doğruya soru sorma yetkisi verilmiştir. Ancak sanığa bu kişilere doğrudan doğruya soru sorma yetkisi tanınmamış olup, hâkim/başkan aracılığıyla soru sorma yetkisi tanınmıştır (CMK m.201).

²⁴² Sanığın ve şüphelinin doğru söyleme ödevi bulunmadığı için, yalan söylemesi, delilleri karartması, yalancı tanık ayarlaması suç değildir. Fakat müdafinin doğru söyleme ödevi olmasa da müdafilik kurumunun gereği olarak yalan söylememe ödevinin bulunduğu doktrinde kabul edilen ortak görüştür. Dolayısıyla müdafî, doğruları söylemek zorunda değildir fakat toplumsal savunma makamı olması hasebiyle yalan söylememek zorundadır. Kunter-Yenisey-Nuhoglu, s.456 (11. Dipnot); Fahl, s.1057.

vuşturmada şüpheli ya da sanık olması, bu soruşturmada veya kovuşturmada kendisi için müdafilik yapmaya engel bir neden oluşturur²⁴³.

b) Avukatın Aynı Soruşturmada ya da Aynı Kovuşturmada Tanık Olması

Avukatın, aynı soruşturma²⁴⁴ ya da kovuşturmada hem tanık olarak dinlenmesi hem de şüpheli ya da sanığın müdafiliğini yapmasının meşru olup olmayacağı konusunda ceza hukuku ve avukatlık mevzuatımızda her hangi bir açık hüküm bulunmamaktadır. CMK’da avukatların (dolayısıyla müdafilerin) tanıklığına ilişkin tek hüküm 46’ncı maddede düzenlenmiş olan “avukatların, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgilerle ilgili konularda tanıklıktan çekinebileceğine” ilişkin hükmüdür (CMK m. 46/1-a). Dolayısıyla avukatlar, avukatlık sıfatları gereği veya görevleri gereği öğrenmiş oldukları bilgilere ilişkin konularda şüpheli ya da sanığın rızası olsa dahi tanıklıktan çekinme konusunda takdir yetkisine sahiptir. Fakat müdafinin, müdafilik sıfatı ve görevi gereği olmayan konularla ilgili öğrendiği bilgiler konusunda tanıklıktan çekinme hakkı yoktur. Sonuç olarak, müdafilik ile tanıklık sıfatının birleşmesi durumunda müdafinin, şüphelinin ya da sanığın leh ya da aleyhinde tanıklık yapamayacağına ilişkin kesin bir yasak mevzuatta bulunmamaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu konuyla ilgili olarak 1967 yılında verdiği bir kararda, “duruşmada savunma tanığı olarak dinlenen kişinin daha sonra sanığın müdafiliğini üstlenmesinde herhangi bir hukuka aykırılık olmadığına karar vermiştir²⁴⁵.

Ayrıca doktrinde de müdafinin tanıklığına ilişkin olarak yazarlar arasında görüş birliği bulunmamaktadır²⁴⁶. Ancak müdafilik ile tanıklık sıfatının birleşmesinin, müdafilik ve tanıklık görevleriyle bağdaşıp bağdaşmadığı tartışmalıdır. Bu nedenle avukatın, aynı soruşturmada ya da kovuşturmada hem tanık olarak dinlenip hem de müdafilik yapıp yapamayacağı ancak müdafilik kurumu ile tanıklık kurumunun niteliği ve birbiriyle olan uyumlulukları dikkate alınarak tespit edilebilecektir. Şöyle ki;

²⁴³ Benzer görüşler için bkz, **Fahl**, s. 97; **Kunter-Yenisey-Nuhoğlu**, s.453.

²⁴⁴ Soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı da tanık dinleyebilir (CMK m. 43/5); **Centel-Zafer**, s. 220.

²⁴⁵ **Erem, Faruk**, Meslek Kuralları (Şerh), 2. Baskı, Ankara, TBB Yayınları, 1973, s.502 (5. Dipnot).

²⁴⁶ **Kunter-Yenisey-Nuhoğlu’na** (s.453), **Centel’e** (... Müdafî, s.85), **Duran’a** (s.49) göre, müdafî aynı soruşturmada ya da kovuşturmada aynı anda tanıklık ve müdafilik yapamaz. Fakat **Centel-Zafer’e** (s.222) ve **Kocaoğlu’na** (Müdafî, s.103,104), göre, müdafî aynı soruşturmada ya da kovuşturmada aynı anda tanıklık ve müdafilik yapabilir.

Müdafî, maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasına engel olmamak şartıyla sadece sanığın lehine olacak şekilde savunma yapmakla görevli kişidir. Diğer bir ifadeyle müdafîin, yalan söylememe ve delilleri karartmama yükümlülüğü yanında, sanığın aleyhine olan konularda susma ve sadece sanığın lehine olan konularda savunma yapma yükümlülüğü bulunmaktadır. Oysaki tanık, soruşturma ya da kovuşturma konusu fiil ve faillerle ilgili beş duyu organı ile edindiği bilgileri yetkili merciiler önünde açıklayan kişidir²⁴⁷. Ayrıca tanığın, tanıklık ettiği konuda doğruları söyleme ödevi de bulunmaktadır. Tanığın bilerek yalan tanıklıkta bulunması suçtur²⁴⁸ (TCK m. 272/2, 3). Müdafîin, müdafî olarak görev yaptığı soruşturma ya da kovuşturmada tanıklık yapması durumunda, müdafîin doğruları söylemesi halinde sanığın aleyhine tanıklık söz konusu olacağından bu durum müdafilik göreviyle bağdaşmayacak; doğruları söylememesi ise, tanıklık ile bağdaşmayacak ve ayrıca bu durum suç oluşturabilecektir. Dolayısıyla müdafilik ve tanık sıfatlarının birleşmesi, müdafilik görevi ile tanıklık yükümlülüklerinin çelişmesine sebep olacaktır²⁴⁹.

Müdafî, tanıklık yaptığı süre boyunca müdafilik görevini istemeden de olsa yerine getiremeyecektir. Bu durum özellikle de zorunlu müdafilik gerektiren soruşturma ve kovuşturmalarda sorun yaratacaktır. Bu sorunun ikinci ve geçici bir müdafîin seçilmesi ya da atanması yoluyla halledilebileceği düşünülse de bu uygulama, savunma hakkının ve müdafilik görevinin laçkalaşmasına sebep olabileceği gibi görevin ciddiyeti ile de bağdaşmayacaktır.

Müdafîin görevini tam olarak yapabilmesi için iddia²⁵⁰ ve yargılama makamlarına²⁵¹ karşı bağımsız olması büyük öneme sahiptir. Bu nedenle iddia ve yargılama makamlarının müdafîe doğrudan doğruya soru sorma ve emir ve talimat verme yetkisi bulunmamaktadır. Fakat iddia ve yargılama makamlarının tanıklara doğrudan doğruya soru sorma yetkisi bulun-

²⁴⁷ Centel-Zafer, s. 219.

²⁴⁸ “Mahkeme huzurunda ya da yemin ettirerek tanık dinlemeye kanunen yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir. Üç yıldan fazla hapis cezasını gerektiren bir suçun soruşturma veya kovuşturması kapsamında yalan tanıklık yapan kişi hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmolunur” (TCK m. 272/2, 3).

²⁴⁹ Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, s.84.

²⁵⁰ İddia makamını işgal eden savcı, müdafîe herhangi bir emir ve talimat veremez, müdafîi reddedemez ve müdafîe doğrudan doğruya soru soramaz. Kocaoğlu, Müdafî, s.256.

²⁵¹ Yargılama makamının, müdafîe emir ve talimat verme yetkisi bulunmadığı gibi, müdafî, kanunları yorumlama, olayları ve delilleri değerlendirme ve yorumlama ile nasıl savunma yapacağı konularında yargılama makamına bağlı değildir. Kocaoğlu, Müdafî, s.257; Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s.457.

duğu gibi ayrıca, tanıklar da sorulan sorulara doğru cevap vermek zorundadır (CMK m. 201). Müdafiiin, müdafilik ve tanıklık sıfatlarının birleşmesi halinde iddia ve yargılama makamları müdafie doğrudan doğruya soru sorabilecek ve soruşturma aşamasında iddia makamı ve kovuşturma aşamasında da yargılama makamı müdafie tanık sıfatıyla emir ve talimat verebilecektir. Bu durum ise müdafiiin, iddia ve yargılama makamları karşısındaki bağımsızlığını ve saygınlığını zedeleyecektir²⁵².

Sonuç olarak, müdafilik kurumu ile tanıklık kurumları bir biriyle bağdaşmayacak kadar konu, amaç ve sınırları bakımından farklı iki kurumdur. Bir avukatın, aynı soruşturma ya da kovuşturma aşamasında hem müdafilik yapması hem de tanık olarak dinlenmesine kanunen bir engel olmasa da, bu durum, hem müdafilik kurumunun bağımsızlığını, amacını ve saygınlığını zedeleyecek hem de tanıklık kurumunun güvenirliliğini tartışılır hale getirecektir. Bu nedenlerle, müdafilik ve tanıklık sıfatının birleşmesi durumunda müdafiiin, ya müdafiliği ya da tanıklığı tercih etmesi gerektiği kanaatindeyiz. Müdafiiin tercih yamak zorunda kalması durumunda, eğer müdafii, şüpheli veya sanığın sırlarına vakıfsa ve dosya içeriğini incelemişse müdafiliği tercih etmesinin daha doğru olacağını düşünüyoruz. Ancak eğer müdafii henüz şüphelinin veya sanığın herhangi bir sırrına vakıf değilse, dosya içeriğini incelememişse ve eğer başka tanık da yoksa müdafiiin, tanıklığı tercih etmesi daha isabetli olacaktır. Çünkü bu son durumda, müdafiiin yerine yeni bir müdafii seçilebilir veya atanabilir fakat yeni bir tanık bulunamaz²⁵³.

c) Avukatın Aynı Soruşturma ya da Kovuşturmada Başka Bir Sıfatla Görev Almış Olması

Müdafilik yasaklarından biri de bir soruşturmada ya da kovuşturmada hâkim, savcı, bilirkişi, uzlaştırmacı ya da başka bir resmi sıfatla görev alan avukatın, aynı soruşturma ya da kovuşturmada müdafilik yapma yasağıdır (Av. K. m.38; Av. Mes. Kur. 18). Hem avukatlık Kanunu'nda hem de Avukatlık Meslek Kurallarında düzenlenmiş olan bu yasağa göre, yürütülmekte olan bir soruşturma ya da kovuşturmada hâkim, savcı, bilirkişi, uzlaştırmacı ya da baş-

²⁵² Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii, s.84.

²⁵³ Yurtcan, CMK Şerhi, s.364.

ka bir resmi sıfatla görev alan avukatın aynı soruşturma ya da kovuşturmada müdafilik yapması için kendisine yapılan teklifi reddetme veya başladığı müdafilik görevinden çekilme yükümlülüğü bulunmaktadır²⁵⁴. Bu yükümlülük, avukatların ortaklarını ve yanlarında çalıştırdıkları avukatları için de geçerlidir (Av. K. m. 38/son).

Her ne kadar Avukatlık Kanunu'nda ve Avukatlık Meslek Kurallarında müdafilik yapma yasağı bulunanlar arasında “uzlaştırıcıdan” doğrudan doğruya bahsedilmemiş olsa da, Avukatlık Kanunu'nda “hakemden” bahsedilmiş olması ve Avukatlık Meslek Kurallarında da ismen sayılanların tahdidi olmadığını ifade etmek için kullanılan “başka bir resmi sıfatla görev alan kişiler” için müdafilik yasağı öngörüldüğü için kanaatimizce, CMK 253 ve 254'üncü maddeleri kapsamında soruşturma ya da kovuşturma aşamasında uzlaştırıcı olarak görev yapan avukatın da aynı soruşturma ya da kovuşturmada müdafilik yapmaktan yasaklanan kişilerden sayılması gerekir. Çünkü uzlaştırıcı, hem dosya içeriğindeki bilgileri bilmekte hem de taraflarla görüşüp tarafların güvenini kazanarak tarafların sırlarını öğrenmektedir. Her iki tarafın da sır niteliğindeki bilgilerini öğrenen bir kişinin, bu soruşturma ya da kovuşturmada müdafilik yapması, avukatlık etik kuralları ve müdafiliğin saygınlığı ile bağdaşmayacaktır²⁵⁵.

d) Menfaatleri Zıt Kişilerin Aynı Soruşturma veya Kovuşturmada Müdafiliğini Üstlenmiş Olmak

Müdafilik yapma yasaklarından biri de aynı soruşturma veya kovuşturmada menfaatleri zıt olan taraflardan birinin müdafiliğini ya da vekilliğini yapan avukatın, aynı soruşturma veya kovuşturmada diğer tarafın da müdafiliğini yapmasıdır (Av. K. m. 38/1-b). Diğer bir ifadeyle, aynı soruşturmada şüpheli olan ya da aynı kovuşturmada sanık olan birden fazla kişinin müdafiliğini aynı avukat üstlenebilir mi? Bu konuyla ilgili olarak CMK'da tek bir hüküm bulunmaktadır. Bu hükme göre, yararları birbirine uygun olan birden fazla şüpheli veya sanığın savunması aynı müdafî tarafından üstlenilebilir (CMK m.152). Avukatlık Kanunu'na

²⁵⁴ “Cumhuriyet savcısı olarak görev yaptığı dönemde bizzat hazırlık soruşturmasında görev yaptıktan sonra, soruşturma sonucunda açılan kovuşturmada sanığın müdafiliğini üstlenen avukat hakkında, Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu tarafından disiplin cezası verilmiştir”, **Kocaoğlu**, Müdafî, s.106 (357. Dipnot).

²⁵⁵ CMK'da bulunan şu hükümler de görüşümüzü destekler niteliktedir; “Görevlendirilen uzlaştırmacıya soruşturma dosyasında yer alan ve Cumhuriyet savcısının uygun görülen belgelerin birer örneği verilir. Cumhuriyet savcısı uzlaştırmacıya, soruşturmanın gizliliği ilkesine uygun davranmakla yükümlü olduğunu hatırlatır. Uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturma veya kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz” (CMK m. 253/11, 20).

göre de, “avukat, aynı işte menfaati zıt bir tarafa avukatlık etmiş veya mütalaa vermiş olursa, diğer tarafın teklifini reddetmek zorundadır” (Av. K. m. 38/1-b). Dolayısıyla kanunen aynı soruşturmada şüpheli olan veya aynı kovuşturmada sanık olan birden fazla kişinin savunmasının tek bir müdafii tarafından üstlenilmesi mümkündür. Fakat bunun için aynı müdafii tarafından savunulacak şüpheli veya sanıkların, savunulmasındaki yararlarının bir birine uygun olması, yani çıkarların birbiriyle çelişkili (zıt) olmaması gerekir²⁵⁶. Eğer şüpheli ya da sanıkların çıkarları birbirine aykırılık oluşturuyorsa, bu şüpheli veya sanıklar, aynı müdafii tarafından savunulamaz ve ayrıca müdafinin baro tarafından görevlendirildiği durumlarda da her şüpheli veya sanığa farklı müdafilerin görevlendirilmesi gerekir²⁵⁷. Şüpheli veya sanıkların çıkarlarının birbirine aykırılık oluşturup oluşturmadığının tespitine ilişkin standart bir ölçüt olmadığından, bu durumun her somut soruşturma ve kovuşturmada ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Fakat şüpheli veya sanıklardan biri diğerlerini suçluyorsa, biri suçunu itiraf etmiş fakat diğerleri suçunu itiraf etmemişse ya da birinin savunması diğerlerinin aleyhine bilgiler ve ifadeler içeriyorsa, şüpheli veya sanıklar arasında çıkar uyumsuzluğu (zıtlığı) var kabul edilmelidir²⁵⁸.

Kanaatimizce, aynı soruşturmada şüpheli olan veya aynı kovuşturmada sanık olan birden fazla kişinin menfaatlerinin çakışıp çakışmadığının tespit edilmesinde ki güçlük ve subjektiflik ile başta menfaat çatışması olmasa bile yargılama boyunca her an menfaat çatış-

²⁵⁶ CMK m. 152’nin gerekçesi; **Erem, Faruk** “Birden Fazla Sanığın Müdafiliği”, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 1977, s.610; Her üç sanığın da müdafiliğini üstlenen avukatların, yargılamaya konu suçların sanıklardan M. ve R. tarafından işlenmediği, sanık S’nin suçları işlediği yönündeki savunmaları karşısında, sanıklardan M. ve R. ile S. Arasında menfaat uyumsuzluğu ortaya çıktığından, sanıklardan S’nin başka müdafii tarafından savunulmasının sağlanması gerektiğinin düşünülmemekle savunma hakkının kısıtlanması bozmayı gerektirmiştir. (**Yarg. 1. CD, 22.02.2008, 5365/1262, Yaşar, Osman**, Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu C. II., 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2011, s.1678).

²⁵⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun bu konuda vermiş olduğu karar şöyledir; “Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasında çözümlenmesi gereken uyumsuzluk, adam öldürme suçundan cezalandırılmasına karar verilen sanık İ. ile aynı suçtan beraatlarına karar verilen diğer sanıklar S. ve M. arasında menfaat çatışması bulunup bulunmadığının, buna bağlı olarak da aynı müdafinin hukuki yardımından yararlanmalarının, savunma hakkının kısıtlanması niteliğinde olup olmadığının belirlenmesine ilişkindir. Somut olayda, sanıkların birlikte suç işledikleri iddia edilmiş olup, suçun yalnızca bu sanıklardan birisi tarafından üstlenilmiş olması karşısında, diğer sanıkların bu suçu işlemediklerinin savunulmasının gerektiği ve bu durumun, suçu işlediğini ikrar eden sanık yönünden savunmada zafiyet yaratacağı açıktır. Zira, diğer sanıkların savunmalarını güçlendirmek adına, suçu işleyen sanığın bu işi tek başına gerçekleştirdiğinin ileri sürülmesi söz konusudur. Bu itibarla, Yerel Mahkemenin, sanıklar arasında menfaat çatışması bulunmadığı görüşüne dayalı direnme gerekçesi, yukarıda açıklanan yasa ve meslek kurallarına aykırı olup, direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir. (**YCGK, 20.10.2009, E. 2009/1-85 K. 2009/242**, www.kazanci.com.tr. 20 Mart 2013). Sanık A. ve H’nin müdafiliğini üstlenen aynı avukatın, suçların A. tarafından işlenmediğini, sanık H. tarafından işlendiğini savunması karşısında her iki sanık arasında menfaat çatışması (zıtlığı) olduğundan, sanıklardan H’nin başka müdafii tarafından savunulmasının sağlanması gerektiği düşünülmemekle savunma hakkının kısıtlanması bozmayı gerektirmiştir. (**Yarg. 1. CD, 22.02.2008, 401/1263, Yaşar**, s.1678).

²⁵⁸ **Erem**, “Birden Fazla Sanığın Müdafiliği”, s.611; **Kantar, Baha**, Ceza Muhakemeleri Usulü, 3. Baskı, 1957, s. 148.

ması olma ihtimalinin varlığı ve yargılama devam ederken menfaat çatışmasının doğması halinde müdafî değiştirilmesinin yargılamayı olumsuz etkileme ihtimali nedenleriyle, Türk hukukunda da Alman hukukundakine benzer bir düzenleme yapılarak, menfaat çatışması olmasa bile aynı suçun şüphelileri olan ya da aynı mahkemede birlikte yargılanan birden fazla sanığın aynı müdafî tarafından savunulmasının yasaklanması doğru olacaktır²⁵⁹.

Aynı soruşturmanın veya kovuşturmanın tarafı olan şüpheli veya sanığın müdafiliğini yapan avukat, görevinden ayrılıp aynı soruşturma veya kovuşturmada şikâyetçi, suçtan zarar gören, malen sorumlu olan ya da katılanın vekilliğini ya da aynı soruşturma veya kovuşturmada vekillik yapmış avukat, bu görevinden ayrılıp şüphelinin veya sanığın müdafiliğini üstlenebilir mi? Bu konuyla ilgili olarak CMK’da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat Avukatlık Kanunu’na göre, “avukat, aynı işte menfaati zıt bir tarafın avukatlığını yaptıktan veya mütalaa verdikten sonra, diğer tarafın (sanık/şüphelinin) teklifini reddetmek zorundadır” (Av. K. m. 38/1-b). Bu hüküm gereği, aynı soruşturma veya kovuşturmada önce müdafilik yapması ve daha sonra vekillik yapması ya da önce vekillik yapması sonra da müdafilik yapması hukuken mümkün değildir²⁶⁰. Çünkü hayatın olağan akışına göre karşı cephelerde yer alan şikâyetçi, suçtan zarar gören, malen sorumlu olan ya da katılan ile şüpheli ve sanığın menfaatlerinin çelişmemesi mümkün değildir²⁶¹.

Sonuç olarak bir avukat, aynı soruşturma veya kovuşturmada menfaatleri çelişen tarafların aynı anda veya ayrı ayrı müdafiliğini üstlenemez. Avukatın, taraflar arasında menfaat çelişkisi bulunduğunu re’sen fark etmesi halinde sonraki tarafın müdafiliğini veya vekilliğini reddetmesi ya da müdafiliği aynı anda kabul etmişse, taraflardan birinin müdafiliğinden çekilmesi gerekir. Tarafların menfaat zıtlığının mahkeme tarafından tespit edilmesi halinde de

²⁵⁹ Alman ceza muhakemesi hukukunda, Türk hukukundan farklı olarak bir müdafîin aynı mahkemede birlikte yargılanan birden fazla sanığın müdafiliğini yapması kesinlikle yasaklanmıştır. Diğer bir ifadeyle aynı mahkemede birlikte yargılanan birden fazla sanığın menfaatleri uyuşsa da uyuşmasa da tek bir müdafî tarafından savunulamazlar (StPO m. 146), **Kühne**, s. 101-102; **Beulke**, s. 111-112; **Roxin-Schünemann**, s.123; **Eser**, s.333; **Kunter-Yenisey-Nuhoglu**, s.454 (6. Dipnot).

²⁶⁰ “Sanığın müdafiliğinden kendi isteği ile çekilen sanık avukatın, üç gün sonra karşı taraf olan katılanın vekilliğini alması avukatlık görevini kötüye kullanmaktır”. (Yarg. 4. CD, 16.04.1998, E. 1998/3236, K. 1998/3600, www. kazanci.com. tr, 10 Haziran 2013).

²⁶¹ **Kocaoğlu**, Müdafî, s.147,148.

mahkeme kararıyla avukatın, müdafilik ya da vekillikten yasaklanması gerekir²⁶². Ancak bu kararlara karşı müdafî tarafından itiraz edilebilir.

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda açıkça “müdafîin, aynı suçun sanığı olan birden fazla kişinin müdafiliğini ve farklı suçların sanığı olan birden fazla kişinin tek bir yargılamada müdafiliğini (menfaatler çelişse de çelişmese de) yapamayacağı” düzenlenmiştir (StPO m. 46). Ayrıca bir müdafîin, menfaati çelişen birden fazla kişinin aynı yargılamada müdafiliğini üstlenmesi durumunda, müdafî, yetkili mahkeme tarafından reddedilir ve müdafîin yaptığı işlemler geçersiz sayılır (StPO m. 46a).

e) Mahkeme Kararıyla Müdafilik Görevinden Yasaklanmış Olmak

Müdafilik yapmaya engel oluşturan nedenlerden biri de belirli suçlar sebebiyle tutuklu bulunan şüpheli ya da sanıkların müdafiliğini üstlenen avukat hakkında, aynı suçlar sebebiyle kovuşturma açılması halinde, mahkeme tarafından tutuklunun müdafiliğini üstlenmekten yasaklama kararı verilmesidir (CMK m. 151/3).

Müdafî hakkında yasaklılık kararı verilebilmesi için avukatın, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu (TCK m. 220), silâhlı örgüt kurmak suçu (TCK m.314) veya terör suçlarından dolayı haklarında açılmış soruşturma veya kovuşturma sebebiyle tutuklu bulunan bir şüpheli veya sanığın müdafiliğini üstlenmiş olması gerekir (CMK m. 151/3). Kanunda açıkça tutukluluktan bahsedildiği için, belirtilen suçlardan tutuksuz yargılanan şüpheli veya sanıkların müdafiliğini üstlen avukat, müdafilikten yasaklanamaz. Ayrıca ilgili suçlar, kanunda sınırlı sayıda sayıldığından, bu suçların dışındaki suçlardan tutuklu olan şüpheli veya sanıkların müdafiliğini üstlenmiş avukat, müdafilikten yasaklanamaz. Müdafî hakkında yasaklılık kararı verilebilmesi için müdafî hakkında, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu (TCK m. 220), silâhlı örgüt kurmak suçu (TCK m. 314) veya terör suçlarından dolayı kovuşturma açılmış olması gerekir (CMK m.151/3). Müdafî hakkında bu suçlardan kovuşturma açılmadığı sürece,

²⁶² Soruşturma evresinde sanık B'nin, suçu diğer sanık A ile birlikte işlediklerini kabul etmesine rağmen, sanık A'nın kovuşturmanın diğer aşamalarında sanık B'nin suçu inkar ederek kendisine suç attığını bildirmesi karşısında; taraflar arasında hukuksal çıkar çatışması olduğu gözetilmeden, sanıkların aynı zorunlu müdafî tarafından savunulması suretiyle 5271 sayılı CMK'nın 152. maddesine aykırı davranılması, bozmayı gerektirmiştir. (Yarg. 6. CD, 03.07.2008, E. 2007/22362, K. 2008/14564, www.kazanci.com.tr. 20 Mart 2013).

yasaklılık kararı verilemez. Yasaklama kararı, hem seçilmiş müdafî hakkında hem de atanmış müdafî hakkında verilebilir. Müdafîin görevden yasaklanması kararı, sadece haklarında belirtilen suçlardan dolayı tutuklama kararı verilen şüpheli veya sanığın müdafiliğini yapmakla sınırlı bir yasaktır²⁶³. Hakkında yasaklama kararı verilen müdafî, aynı şüpheli ya da sanığın başka suçlardan dolayı açılan soruşturma veya kovuşturmalarda müdafiliğini üstlenebilir. Fakat yasaklılık süresi boyunca her ne sebeple olursa olsun müdafî, ilgili tutuklu şüpheli veya sanıkla ceza infaz kurumlarında veya tutukevlerinde görüşemez (CMK m. 151/6). Müdafî, belirtilen suçların dışındaki suçlardan tutuklu ya da tutuksuz yargılanan şüpheli veya sanıkların müdafiliğini yapmaya devam edebilir²⁶⁴.

Müdafîin görevden yasaklanmasına soruşturma aşamasında savcının talebi üzerine, kovuşturma aşamasında ise talep üzerine ya da re'sen müdafî hakkında kovuşturma açılan ceza mahkemesi karar verme yetkisine sahiptir²⁶⁵ (CMK m. 151/4). Ceza mahkemelerinin müdafî hakkında görevden yasaklama kararı verme yetkisi, bağlı bir yetki değil, takdir yetkisidir²⁶⁶. Dolayısıyla yetkili mahkeme, müdafî hakkında yasaklama kararı vermenin gerekli olup olmadığını, her somut olayda ayrı ayrı değerlendirecektir. Mahkemenin vermiş olduğu yasaklama kararına karşı itiraz edilebilir. Müdafî hakkında görevinden yasaklama kararı, kovuşturma konusu suçla sınırlı olmak üzere, en fazla bir yıl süre ile verilebilir. Ancak, kovuşturmanın niteliği itibarıyla bu süreler altı aydan fazla olmamak üzere en fazla iki defa uzatılabilir. Kovuşturma sonunda mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi halinde, kararın kesinleşmesi beklenmeksizin yasaklama kararı kendiliğinden kalkar²⁶⁷ (CMK m. 151/4). Görevden

²⁶³ **Kocaoğlu**, Müdafî, s.158-159.

²⁶⁴ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, mahkeme kararıyla müdafilik yapmaktan yasaklanan avukatın, aynı sanığın başka davalarda da müdafiliğini yapması yasaklandığı gibi, belirli bazı suçlardan yargılanan başka sanıkların da müdafiliğini üstlenmesi yasaklanmıştır (StPO m. 138a/4, 5). Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Yurtcan**, Alman Hukukunda Müdafilerin Görevden Yasaklanması, s.104-107.

²⁶⁵ Hakkında yetkili baro disiplin kurulu kararıyla "işten yasaklanma kararı" verilen avukatlar, bu karar kaldırılmadığı sürece (eşleri ve reşid olmayan çocuklarına ait işler hariç) avukatlık yapamazlar (Av. K. m. 155). İşten yasaklanma, hakkında meslekten çıkarma cezasını gerektirebilecek nitelikte bir fiilden dolayı kovuşturma açılan avukat hakkında, ilgili baronun disiplin kurulu tarafından verilen ve bu yasak süresince avukatın, avukatlık yapmasına engel oluşturan tedbir niteliğinde idari bir karardır (Av. K. m.153). İşten yasaklanma kararının verilebilmesi için avukat hakkında, avukatlıktan çıkarma cezasını gerektirebilecek nitelikte bir fiilden dolayı kovuşturma açılmış olması gerekir. Baroların disiplin kurulları, hakkında kovuşturma açılan avukata işten yasaklanma kararı verip vermeme konusunda takdir yetkisine sahiptir.

²⁶⁶ **Soyaslan**, s. 194.

²⁶⁷ **Soyaslan**, s.194.

yasaklama kararı, tutuklu ile yeni bir müdafî görevlendirilmesi için ilgili baro başkanlığına derhal bildirilir²⁶⁸ (CMK m. 151/5).

II- MÜDAFİDEN YARARLANMA

A) Müdafiden Yararlanma Hakkı ve Amacı

Ceza muhakemesinde savunma hakkı, hukuk devleti ilkesinin ve adil yargılama hakkının güvencesi ve zorunlu gereği olan kutsal bir hak olduğundan, bu hakkın ceza muhakemesinde tanınması ve etkin bir şekilde kullanılması büyük öneme sahiptir²⁶⁹. Savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılması ise, büyük oranda müdafiden yararlanma hakkına bağlıdır²⁷⁰. Müdafiden yararlanmanın, savunma hakkı ve bu hakkın etkin kullanımı için bu denli önemli olması, müdafilik kurumunun ve müdafîin yardımından yararlanma hakkının anayasal ve yasal düzeyde düzenlemesini gerekli kılmıştır. Bu gereklilik karşısında, Türk kanun koyucusu da müdafiden yararlanma hakkını, hem anayasal düzeyde hem de yasal düzeyde düzenlemiştir.

AIHS’de de ceza davalarına ilişkin olarak, her sanığın bir müdafîin yardımından yararlanma hakkına sahip olduğu ve mali imkânlardan mahrum olan şüpheli/sanıkların, yargılamanın her aşamasında adaletin selameti gerektiriyorsa mahkeme tarafından görevlendirilecek bir müdafîin yardımından ücretsiz olarak yararlanma hakkına sahip olduğu açıkça düzenlenmiştir²⁷¹ (AIHS m. 6/3-c). Fakat sözleşme, müdafîin yardımından yararlanma hakkının

²⁶⁸ Müdafîin görevden yasaklanması, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 138a, 138b, 138c, 138d maddelerinde detaylı bir şekilde düzenlemiştir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Yurtcan**, Alman Hukukunda Müdafilerin Görevden Yasaklanması, s.1-118.

²⁶⁹ **Yüksel**, s.52.

²⁷⁰ “Savunma hakkının, temel insan hakları arasında yer alan, hak arama hürriyetinin bir gereği olduğu ve müdafiden yararlanma hakkı da savunma hakkından ayrı düşünülemez”. (YCGK, 30.06.2009, E. 2009/11-104, K. 2009/183, Balcı, Murat, Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s.236); Arslan, s.198; Öztürk, Bahri- Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku. 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2007, s.350.

²⁷¹ “Sözleşme’nin 6 (3-c) bendi, hakkında suç isnadı bulunan bir kimseye üç hak tanımaktadır: kendini bizzat savunma, kendi seçtiği bir müdafî ile savunma ve belirli koşullarla ücretsiz hukuki yardım alma. Buna göre, "hakkında suç isnadı bulunan bir kimse" kendini bizzat savunmak istemediği takdirde, kendi seçtiği bir avukatın hukuki yardımına başvurabilmelidir; böyle bir avukata ödeme yapabilmek için yeterli imkanı yoksa, adaletin yararı gerektirdiği takdirde, Sözleşme’ye göre ücretsiz hukuki yardım alma hakkına sahiptir”. (Pakelli/Almanya Kararı, 25.04.1983, www.ihami.anadolu.edu.tr. 20 Mart 2013); Beraat veya mahkûmiyet kararı kesinleşmedikçe, bir suç isnadı gerçekten “karara bağlanmış” olmaz. Ceza muhakemesi, bütünsel bir yapı oluşturur ve normal şartlarda icrai bir kararla sona erer. Sözleşme’nin, Sözleşmecî Devletleri üst dereceli mahkeme veya temyiz mahkemesi kurmaya zorlamadığı doğrudur. Bununla birlikte, bu tür mahkemeleri kurmuş olan bir devlet, bu mahkemeler önünde yargılanan kişilerin, Sözleşme’nin 6. maddesindeki temel güvencelerden yararlanmasını sağlaması gerekir.

kullanılmasını sağlayacak araçların seçimini taraf devletlere bırakmıştır. AİHM, müdafiden yararlanma hakkının ihlal edilip edilmediğini denetlerken, genel olarak iç hukukta seçilen yöntemin ve müdafî düzenlemesinin adil yargılanma hakkının gerekleriyle bağdaşıp bağdaşmadığını ve fiilen ve gerçekten bir müdafinin yardımından gerektiği şekilde yararlanıp yararlanmadığına bakarak tespit etmektedir²⁷².

1982 Anayasası'nda, "herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak ... savunma ... hakkına sahiptir" şeklinde genelde savunma hakkı ve özelde de müdafiden yararlanma hakkı düzenlenmiştir (Any. m. 36). Her ne kadar Anayasa'nın bu hükmünde müdafî ve müdafiden yararlanma kavramları doğrudan doğruya bulunmamaktaysa da, savunma hakkının meşru her türlü vasıta ve yollardan faydala-

Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ve 6(3)(c) bendinin, üst mahkemelerde ve temyiz mahkemelerinde uygulanma tarzı, bu yargılamaların özel koşullarına göre değişir. Burada, iç hukuk düzeninde yürütülen yargılamanın bütünlüğü ile üst mahkemenin ve temyiz mahkemesinin rolü dikkate alınmalıdır. Komisyon'un raporunda belirttiği gibi, mevcut davada Sözleşme'nin 6. maddesindeki adillik şartlarının yerine getirilip getirilmediğine karar verebilmek için, bir bütün olarak üst ceza yargılamasındaki önemi, üst mahkemenin yetkisinin kapsamı ve her iki başvurunun menfaatlerinin üst mahkeme önünde fiilen temsil edilme ve korunma tarzı gibi konuları incelemek gerekir. Sözleşme'nin 6(3)(c) bendine göre, başvuru ancak adaletin yararının gerektirmesi halinde, ücretsiz hukuki yardım alma hakkına sahiptirler. Ancak adaletin yararı, ilk derece mahkemesi tarafından Sözleşme'nin 6. maddesine göre adil olarak yargılandıktan sonra, objektif olarak hiçbir başarı şansı bulunmayan bir hükümlünün üst yargılamaya başvurmak istediği her zaman, otomatik olarak adli yardım verilmesini gerektirecek şekilde yorumlanamaz. (Monnell ve Morris/Birleşik Krallık Kararı, 02.03.1987, www.ihami.anadolu.edu.tr. 20 Mart 2013); Inceoğlu, s.330-331; Gözübüyük, Şeref- Gölçüklü, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması, 5. Baskı, Ankara, Turhan Yayınları, 2004, s.303; Doğru, Osman, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Savunma Hakkı", Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, S. 9, 2007, s.330; "Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin yetkisi kapsamındaki bir suçla suçlandığı gerekçesi ile 3842 sayılı Kanunun 31. maddesi uyarınca, başvuranın gözaltı sırasında müdafî yardımından yararlanma hakkına müdahale edildiğini (kısıtlandığını) gözlemlemektedir. AİHM, cezai yargılamasında hakkaniyetin, genel olarak, AİHS'nin 6. maddesinin amaçları uyarınca, şüphelinin gözaltına alındığı veya tutuklandığı andan itibaren bir müdafî tarafından temsil edilme imkânından faydalanmayı gerektirdiği kanaatindedir. Gözaltı sırasında başvuranın sessiz kalma hakkını kullanmasına rağmen, ilgili yasal hükümlere dayanarak müdafî ile görüşme konusunda getirilen böyle bir sistematik kısıtlama, AİHS'nin 6. maddesinin gereklerinin yerine getirilmediği sonucuna ulaşmak için yeterlidir. Bu itibarla, AİHM, AİHS'nin 6/3-c) maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır". (Dayanan/Türkiye Kararı, 13.10.2009, www.inhak.adalet.gov.tr. 10 Haziran 2013); (Boz/Türkiye Kararı, 09.02.2010, ww.inhak.adalet.gov.tr. 10 Haziran 2013).

²⁷² Inceoğlu, s.331; Gözübüyük-Gölçüklü, s.304; "Mevcut olayda başvuru, 16 Şubat 1999'dan 23 Şubat 1999'a kadar yaklaşık 7 gün boyunca Türkiye'de gözaltında tutulduğu süre içinde güvenlik güçleri, bir Cumhuriyet Savcısı ve bir Devlet Güvenlik Mahkemesi Hâkimi tarafından sorgulanmıştır. Söz konusu süre içinde müdafî yardımı almamış ve iddianamenin ve Cumhuriyet Savcısının iddialarının önemli unsuru haline gelecek ve mahkûmiyetine katkıda bulunan başlıca unsuru olacak olan kendini suçlayıcı birçok ifade vermiştir. Başvurucunun bir müdafie danışma hakkından vazgeçmiş olup olmadığı hususunda Mahkeme, gözaltına alındığı günün ertesinde (geçerli bir vekâletnamesi bulunan) Türkiye'deki müdafii F. Ç'nin başvuru ziyaret etmek için izin istemiş olduğunu kaydeder. Ancak, Çelik'in seyahati güvenlik güçleri tarafından engellenmiştir. Buna ek olarak, 22 Şubat 1999 tarihinde başvurunun ailesi tarafından tutulmuş olan on altı avukat Devlet Güvenlik Mahkemesi'nden başvuru ziyaret etmek için izin istemişler, fakat istekleri yetkili makamlar tarafından 23 Şubat 1999 tarihinde reddedilmiştir. Bu koşullar altında Mahkeme, başvurunun bir avukata ulaşmasının bu kadar uzun bir süre ve savunma haklarının telafi edilemeyecek şekilde zarar görmüş olabileceği bir şekilde engellenmesinin, sanığın Sözleşme'nin 6. maddesine göre sahip olduğu savunma haklarına zarar verdiği kanısındadır". (Öcalan (BD)/Türkiye Kararı, 12.05.2005, www.ihami.anadolu.edu.tr. 20 Mart 2013).

nılarak yapılabileceğinin düzenlenmiş olması, ceza muhakemesinde meşru bir vasıta olan müdafiden yararlanma hakkının da kabul edildiği anlamına gelmektedir²⁷³.

Müdafiden yararlanma hakkı, Anayasa'ya göre kanunda daha detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, “şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafinin yardımından yararlanabilir²⁷⁴; kanunî temsilcisi varsa, o da şüpheliye veya sanığa müdafî seçebilir (CMK m. 149/1). Şüpheliye veya sanığa, ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde müdafî seçme hakkının bulunduğu ve onun hukukî yardımından yararlanabileceği, müdafinin ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği, kendisine bildirilir (CMK m. 147/1-c). Şüpheli veya sanıktan kendisine bir müdafî seçmesi istenir. Şüpheli veya sanık, müdafî seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, istemi halinde bir müdafî görevlendirilir” (CMK m. 150/1; 147/1-c).

Ceza muhakemesi mevzuatımızda, şüpheli ve sanığın **soruşturma ve kovuşturmanın** her aşamasında müdafinin yardımından yararlanma hakkına sahip olduğu ve ayrıca müdafiden yararlanma hakkının varlığının soruşturma ve kovuşturma işlemlerinde şüpheli ve sanığa hatırlatılmasının zorunlu olduğu açıkça düzenlenmiştir²⁷⁵. Soruşturma aşaması, kanuna

²⁷³ “Savunma hakkı Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınarak, herkesin meşru vasıta ve yollardan yararlanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Sanık bu hakkını bizzat kullanabileceği gibi müdafii aracılığı ile de kullanabilir. Nitekim ülkemizin de kabul ettiği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin adil yargılanma hakkının asgari koşullarını gösteren 6. maddesinin 3/c bendinde; “Her sanık kendi kendini müdafaa etmek veya kendi seçeceği bir müdafii veya eğer bir müdafî tayin için mali imkânlardan mahrum bulunuyor ve adaletin selâmeti gerektiriyorsa, mahkeme tarafından tayin edilecek bir avukatın meccani yardımından istifade etmek,...haklarına sahiptir” denilmek suretiyle sanığın kendisini bizzat savunma hakkının yanında müdafii tayin etme yetkisi ile belirli koşullarda müdafiden ücretsiz yararlanabilme hakkının bulunduğu belirtilmiştir. Bu açıdan, savunma hakkı “*meşru bir yol*”, müdafî de savunma hakkının kullanılması bakımından “*meşru bir araçtır*”, (YCGK, 11.10.2011, E. 2011/10-82, K. 2011/204, Arslan, s. 215-216); Centel-Zafer, s. 161.

²⁷⁴ “Adil ve tarafsız bir ceza yargılaması için sanığın duruşmada bulunması hayati bir öneme sahiptir. Bu ilke, kural olarak yeniden duruşma yapılan üst yargılama bakımından da geçerlidir. Öte yandan ceza yargılama sisteminde adaletin sağlanması bakımından sanığın hem **ilk derece mahkemesinde ve hem de üst mahkemede** yeterli bir biçimde savunulmuş olması da hayati bir öneme haizdir. Özellikle sanığın yokluğunda üst mahkeme tarafından verilen karara karşı başvuru imkânının bulunmadığı durumlarda, bu ilke daha fazla önem kazanır. Mahkeme'ye göre bu ikinci ilke daha üstün bulunduğundan, sonuç olarak usulüne uygun bir biçimde duruşmaya davet edilen bir sanığın mazereti olmadan duruşmaya gelmemesi halinde bile **sanığın avukatı aracılığıyla savunma yapmaktan yoksun bırakılması** Sözleşme'nin 6(3). fıkrasına göre haklı görülemez. Mahkeme'ye göre hakkında bir suç isnadı bulunan herkes bir avukatla savunma hakkına sahiptir. Bu hakkın teorik olmaktan çıkıp pratik ve etkili olabilmesi için söz konusu hakkın kullanılması gereksiz şekilci şartların yerine getirilmesine tabi tutulmaması gerekir. Yargılamanın adil olmasını sağlamak mahkemelerin görevi olduğundan, buna göre sanığı savunmak amacıyla sanığın bulunmadığı duruşmaya gelen bir müdafie savunma imkânı verilmesi gerekir”. (Lala/Hollanda Kararı, 22.09.1994, www.ihami.anadolu.edu.tr. 20 Mart 2013).

²⁷⁵ AİHM, cezai yargılama öncesi yapılan soruşturma evresinin öneminin altını çizmektedir; çünkü bu aşamada elde edilen deliller, yargılama sırasında sözkonusu suçun hangi çerçevede kapsamında ele alınacağını belirlemektedir (Can - Avusturya, no. 9300/81). Aynı zamanda, özellikle delillerin toplanması ve kullanılması aşaması sözkonusu olduğunda cezai yargılamaya

göre yetkili mercilerce (c. savcısı veya kolluk görevlileri) suç şüphesinin öğrenilmesinden itibaren başlayan ve iddianamenin yetkili mahkeme tarafından kabulüne karar verilmesine kadar geçen tüm evreyi ifade etmektedir²⁷⁶ (CMK m. 2/1-e). Kovuşturma aşaması ise, yetkili mahkeme tarafından iddianamenin kabulü kararının verilmesiyle başlayan ve hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade etmektedir (CMK m. 2/1-f). Şüphelinin özellikle, yakalama, gözaltına alma, arama, ifade alma ve sorgunun yapılmasında²⁷⁷; sanığın da sorgusunun yapılmasında, savunmasını yaparken, tanıkların dinlenmesinde, çapraz sorgusunun yapılmasında ve delillerin değerlendirilmesi sürecinde müdafinin yardımından yararlanması büyük önem taşımaktadır.

B) Müdafiden Yararlanma Biçimleri

Ceza muhakemesi hukukunda müdafinin yardımından yararlanmak, temel bir hak²⁷⁸ olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle müdafinin yardımından yararlanma hakkından yararlanıp yararlanmayacağına sanık ve şüpheli, kendi özgür iradesiyle karar verebilme hakkına sahip-

ilişkin mevzuat giderek daha karmaşık hale geldiğinden dolayı, sanık kovuşturmanın bu aşamasında kendisini savunmasız bir durumda bulur. Birçok durumda, bu savunmasızlık görevi diğer hususlar meyanında sanığın kendini suçlamaya karşı korunma hakkının yerine getirilmesini sağlamak olan bir müdafinin yardımı ile gereği gibi telafi edilebilir. Bu hak esasen, iddia makamının, sanığın arzusu hilafına baskı ve zorlama metodları ile elde edilen delilleri kullanmadan, iddialarını ispat etmeye çalışmasını öngörmektedir. (*Jalloh - Almanya*, no. 54810/00 ve *Kolu - Türkiye*, no. 35811/97). Bir kovuşturmanın kendini suçlamama imtiyazının özünü yok edip etmediğini değerlendirirken AIHM'nin özel bir ihtimamla dikkate aldığı usul güvencelerinden birisi kovuşturmanın ilk aşamalarında müdafii erişiminin sağlanıp sağlanmadığıdır. (*mutadis mutandis*, *Jalloh*, yukarıda kaydedilen). AIHM, bu bağlamda, tutuklunun müdafii yardımı almasının kötü muameleye karşı temel bir koruma olduğunu vurgulayan İÖK'nin tavsiyelerini not etmektedir. Bu hakkın kullanımına getirilecek sınırlandırmalar çok açık bir şekilde tanımlanmalı ve zaman sınırlamasına tabi tutulmalıdır. En ağır cezanın verilmesi durumu ile karşı karşıya olduğunda demokratik toplumlarda adil yargılanma hakkına en üst düzeyde özen gösterildiğinden, ağır suçlamalar söz konusu olduğunda bu ilkelere özellikle uyulmalıdır. AIHM bu anlatılanlara dayanarak, adil yargılanma hakkının yeterince "uygulanabilir ve etkili" olabilmesi için, 6. maddenin 1. paragrafı uyarınca, kural olarak, her davanın kendine has koşulları ışığında bu hakkın kısıtlanması için zorunlu sebepler olmadıkça, şüpheliye, polis tarafından ilk kez sorgulanmasından itibaren müdafie erişim hakkı sağlanmasının gerekli olduğu görüşündedir. Avukat erişiminin sağlanmamasına istisnai olarak zorunlu sebeplerin gerekçe gösterilmesi durumunda bile, böylesi bir kısıtlama, gerekçesi ne olursa olsun, sanığın 6. madde tarafından güvence altına alınan haklarına halel getirmemelidir (*mutatis mutandis*, *Magee*, yukarıda kaydedilen). Müdafii erişimi sağlanmayan sanığa polis soruşturması sırasında suçlayıcı ifadeler kullanılması durumunda, prensip olarak, sanığın haklarına telafi edilemeyecek şekilde zarar gelir". (*Salduz/Türkiye Kararı*, 27.11.2008, www.yargitay.gov.tr. 10.06.2013); (*Elçi ve Diğerleri/Türkiye Kararı*, 16.07.2009, www.inhak.adalet.gov.tr. 10 Haziran 2013).

²⁷⁶ Kunter-Yenisey-Nuhoglu, s.705.

²⁷⁷ "Bombalama suçundan gözaltına alınan başvuruçunun karakola getirildiğinde müdafii istemesine rağmen müdafii ile görüşürülmeden polis timleri tarafından ifade vermesi için altı kez sorguya alındıktan sonra 24 saatin sonunda henüz müdafii gelmeden suçu ikrar eden uzun bir ifadesinin alınması ve başvuruçunun toplam 48 saat avukatla görüştürülmemesi, bu ifadelerin iddianameye ve 20 yıllık mahkûmiyete temel oluşturması adil yargılanma hakkının (AIHS 6/3-c) ihlalini oluşturur". (*Magee/Birleşik Krallık Kararı*, 06.06.2000, www.ihami.anadolu.edu.tr. 10 Haziran 2013); (*Averill/Birleşik Krallık Kararı*, 06.06.2000, www.ihami.anadolu.edu.tr. 10 Haziran 2013).

²⁷⁸ Bkz. CMK m. 150'nin gerekçesi.

tir²⁷⁹. Bir başka ifadeyle, ceza muhakemesinde müdafinin yardımından yararlanmak kural olarak zorunlu değil, ihtiyaridir. Ancak adaletin ve adil yargılamanın gerektirdiği istisnai durumlarda²⁸⁰, müdafiden yararlanmak bir zorunluluk olarak düzenlenmiştir²⁸¹.

Doktrinde müdafilik, müdafiden yararlanmanın zorunlu olup olmamasına göre, “zorunlu müdafilik” ve “ihtiyari müdafilik”; müdafinin görevlendirilme biçimine göre, “seçilmiş müdafî” ve “görevlendirilmiş müdafî” şeklinde ayrımlara tabi tutularak incelenmektedir. Biz çalışmamızda müdafiliği, müdafinin yardımından yararlanmanın zorunlu olup olmamasına göre “zorunlu müdafilik” ve “ihtiyari müdafilik” üst başlıkları çerçevesinde ihtiyari müdafinin ve zorunlu müdafinin seçilmesi ve görevlendirilmesi şeklinde ayrı ayrı inceleyeceğiz.

1. İhtiyari Müdafilik

İhtiyari müdafilik, müdafinin yardımından yararlanıp yararlanmamanın şüphelinin ve ya sanığın takdirine bırakıldığı ve ceza muhakemesinin müdafî olmadan (müdafisiz) da yürütülebilmesinin mümkün olduğu müdafilik türüdür²⁸².

Ceza Muhakemesi Kanunu’na göre şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafinin yardımından **yararlanabilir**; kanunî temsilcisi varsa, o da şüpheliye veya sanığa müdafî **seçebilir** (CMK m.149/1). Sanık veya şüphelinin, müdafî seçecek durumda olmadığını ve bir müdafinin yardımından faydalanmak **istediğini beyan etmesi halinde**, kendisine baro tarafından bir müdafî görevlendirilir (CMK m.147/1-c). Ceza muhakemesinde, müdafinin yardımından yararlanmak sanık ve şüpheli için temel bir hak olup, bu haktan yararlanıp yararlanmamak kural olarak şüpheli ve sanık için ihtiyaridir²⁸³. Şüpheli veya sanık, isterse soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında kendisi için bir müdafî seçebilir. Kendisine müdafî seçmek isteyen sanık veya şüpheli, yeterli maddi imkânının olmaması durumunda, barodan kendisine bir müdafî görevlendirilmesini isteme hakkına sa-

²⁷⁹ Çınar, Ali Rıza, “Ceza Yargılamasında Müdafinin Görevlendirilmesi”, Yargıtay Dergisi, S. 100, Yıl 26, 1975, s.89-90.

²⁸⁰ “Adaletin yararının adli yardım verilmesini gerektirip gerektirmediği sorunu, olayın bütünlüğü ışığında karara bağlanması gerekir. Bu nokta sadece adli yardım başvurusu için karar verildiği zamanki durum değil, ama ayrıca, üst başvurunun dinlendiği sırada mevcut durum da önemlidir”. (Granger/Birleşik Krallık Kararı, 28.03.1990, www.ihami.anadolu.edu.tr. 20 Mart 2013).

²⁸¹ Eser, s.330; Arslan, s. 196.

²⁸² Arslan, s.198.

²⁸³ Tosun, s.598.

hiptir. Ancak müdafinin yardımından yararlanmak istemeyen sanık veya şüpheli, kendi savunmasını kendisi de yapma konusunda özgürdür²⁸⁴. Şüpheli veya sanığın, kendi savunmasını bizzat kendisinin yapması, tek başına adil yargılanma hakkını ihlal etmez. Önemli olan, bireysel de olsa savunma hakkının etkin kullanılmasının sağlanmış olmasıdır²⁸⁵. Dolayısıyla müdafiden yararlanma, şüpheli ve sanık için bir zorunluluk olmamakla birlikte, müdafiden yararlanma hakkının, kanun dışında hiçbir kişi veya merci tarafından sınırlandırılmaması ve engellenmemesi gerekir²⁸⁶.

Şüpheli ve sanığın müdafiden yararlanma hakkına sahip olması ve bu hakkın kullanılmasının engellenmemesi kadar önemli bir konuda, şüpheliye veya sanığa, ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde müdafî seçme hakkının bulunduğu, müdafinin hukukî yardımından yararlanabileceği ve müdafinin ifade ve sorgusunda hazır bulunabileceğinin ifade alacak veya sorguyu yapacak makamlar tarafından hatırlatılmasıdır. Bu konunun önemi karşısında kanun koyucu da şüpheliye ve sanığa, müdafinin yardımından yararlanabileceğinin ifade alacak veya sorguyu yapacak makamlar tarafından yazılı olarak bildirilmesini zorunlu tutmuştur (CMK m. 147/1-c).

Sanığın, müdafinin yardımından yararlanması, bireysel savunma hakkını ortadan kaldırmaz. Bilakis güçlendirir²⁸⁷. Çünkü sanık, bireysel savunmasını hazırlarken ve savunmasını yaparken müdafinin yardımından yararlanarak daha etkili ve hukuki formatta bir savunma hazırlama ve yapma imkânına sahip olacaktır. Dolayısıyla, bireysel savunmanın sanık tarafından bizzat yapılması durumunda, bireysel savunma makamı sanık tarafından ve müdafî ile savunma yapılması durumunda toplumsal savunma makamı, müdafî tarafından işgal edilmiş olacaktır²⁸⁸.

²⁸⁴ AİHM'e göre de, "... Bir sanığın kendi kendini savunmasına müsaade etmek veya onun için bir müdafî görevlendirmek hala, Sözleşen Devletlerin takdir yetkisi dâhilindedir". (Correia de Matos/Portekiz, 48188/99, 15.11.2001, Cengiz, Serkan-Demirağ, Fahrettin-Ergül, Teoman-Mcbride, Jeremy-Tezcan, Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, 1. Baskı, Ankara, Şen Matbaası (TBB Yayını), 2008, s.176).

²⁸⁵ Cengiz-Demirağ-Ergül-Mcbride-Tezcan, s.176.

²⁸⁶ Zafer, s.291.

²⁸⁷ Zafer, s.290.

²⁸⁸ Zafer, s.290.

Müdafinin yardımından yararlanmak isteyen sanık veya şüphelinin müdafii, ya bizzat sanık veya şüphelinin kendisi tarafından veya kanuni temsilcisi tarafından serbestçe seçilir ya da istemi halinde baro tarafından görevlendirilir.

a) İhtiyari Müdafinin Seçilmesi

Soruşturma ve kovuşturma aşamasında, müdafinin yardımından yararlanmak isteyen şüpheli veya sanık, bizzat veya varsa kanuni temsilcisi aracılığıyla müdafilik yapma ehliyetine sahip herhangi bir avukatı, müdafii olarak seçme hakkına sahiptir (CMK m. 149/1). Bir başka ifadeyle, ihtiyari müdafilikte müdafî, ya şüpheli veya sanık tarafından bizzat ya da varsa kanuni temsilcisi tarafından seçilebilir²⁸⁹. Hem şüpheli, sanık ve kanuni temsilci tarafından seçilen avukat hem de baro tarafından görevlendirilen avukat, müdafî olarak isimlendirilmekteyse de seçilen müdafî ile görevlendirilen müdafî, görev ve yetkileri ile görevinin sona ermesi bakımından bir birinden bazı farklılıklar arz etmektedir²⁹⁰. Seçilen veya görevlendirilen ihtiyari müdafilerin görevleri bakımındaki farklara, müdafinin yetki ve görevlerinin inceleneceği üçüncü bölümde değinilecektir.

aa) İhtiyari Müdafinin Şüpheli veya Sanık Tarafından Seçilmesi

Ceza muhakemesinde genel kural, müdafinin yardımından yararlanmak isteyen şüpheli ya da sanığın, kendi müdafisini bizzat özgür iradesiyle seçmesidir. CMK'ya göre şüpheli ve sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafî seçme hakkına sahiptir²⁹¹ (CMK m. 149/1). Kanunda, seçilecek müdafinin avukat olması gerektiği şartı dışında herhangi bir şart aranmadığından, sanık ve şüpheli Türkiye'deki herhangi bir baroya kayıtlı olan avukat veya avukatları kendisine müdafî olarak seçme konusunda özgürdür. Diğer bir ifadeyle, şüpheli ve sanık tarafından seçilecek müdafinin, şüpheli veya sanığın yakalandığı ya da yargılandığı yerdeki baroya kayıtlı olma zorunluluğu yoktur. Başka bir yer barosuna da kayıtlı olabilir.

²⁸⁹ Kunter-Yenisey-Nuhoglu, s.409.

²⁹⁰ "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. 20 Mart 2013).

²⁹¹ Sanık soruşturmanın her safhasında bizzat bir müdafî seçme hakkına sahiptir. Sanık kendisine bir müdafî tutacağını beyan ve bundan dolayı mehil verilmesini talep ettiği takdirde mahkemece münasip bir mehil verilir, (Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkındaki Kanun m. 25).

Müdafii, şüpheli veya sanık tarafından seçildiği hallerde, şüpheli ve sanık ile müdafii arasında müdafilik ilişkisi, bir avukatlık sözleşmesiyle kurulur (Av. K. m. 163/1). Avukatlık sözleşmesi müdafii, müdafilik görevinin gerektirdiği tüm görevleri yapmayı üstlendiği ve bunun karşılığında da şüpheli ve sanığın da belirli bir ücret ödemeyi taahhüt ettiği kendine özgü özellikleri olan bir özel hukuk sözleşmesidir²⁹². Yapılacak avukatlık sözleşmesinde, şüpheli veya sanığın kimlik bilgileri ile müdafii kimlik bilgilerinin bulunması yeterlidir. Ayrıca müdafilik ücretinin kararlaştırılmış olması zorunlu değildir²⁹³. Şüpheli veya sanık ile müdafii arasında yapılacak avukatlık sözleşmesinin şekline ilişkin, ne Avukatlık Kanunu’nda ne de Ceza Muhakemesi Kanunu’nda herhangi bir genel geçerlilik şartı bulunmamaktadır. Dolayısıyla şüpheli veya sanık ile müdafii arasında yapılacak avukatlık sözleşmesi, genel olarak sözlü ya da yazılı (adi veya resmi yazılı) şekilde yapılabilir²⁹⁴. Bu nedenle müdafii, müdafilik yetkilerini kullanması ve görevlerini yerine getirmesi için yetkili mercilere avukatlık kimliğini ibraz etmesi kural olarak yeterlidir²⁹⁵. Bu durum mevzuatta şöyle düzenlenmiştir; “şüpheli veya sanık, vekâletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir” (CMK m. 154)²⁹⁶; “avukat, müdafiliğini üstlendiği kişilerin açık arzusuna aykırı olmamak koşuluyla kanun yollarına başvurabilir” (CMK m. 261/1); “avukat veya stajyer, vekâletname olmaksızın dava ve takip dosyalarını inceleyebilir” (Av. K. 46/2); “şüpheli ya da müdafii soruşturma evresinde (vekâletname olmaksızın) dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir” (Kal. Yön. m.

²⁹² Kocaoglu, Müdafii, s.113.

²⁹³ “Avukatlık asgari ücret tarifesi altında vekâlet ücreti kararlaştırılmaz. Ücretsiz dava alınması halinde, durum baro yönetim kuruluna bildirilir. Avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu veya taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı yahut ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı hallerde; değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret, itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilâmın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenir. Değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde ise avukatlık asgari ücret tarifesi uygulanır” (Av. K. m. 164/4).

²⁹⁴ Kocaoglu, Müdafii, s. 113; “Yazılı olmayan anlaşmalar, genel hükümlere göre ispatlanır” (Av. K. m.163/1).

²⁹⁵ Sanığın birlikte duruşmaya gelerek hakim huzurunda onu müdafii olarak kabul ettiğini bildirdiği takdirde, böylece müdafilik sıfatını kazanmış olan bir kimsenin yardımcısı olduğu sanığın açık arzusuna muhalif olmamak şartıyla kanun yollarına da müracaat edebileceği CMUK’un 290. maddesinde (CMK m. 261) kabul edilmiş bulunmaktadır. Yasa koyucu sanığın (açık arzusunun) vekâletname ile anlaşılacağı öngörseydi yukarıda sayılan diğer maddelerden farklı olarak bu madde de bu görüşe uygun bir tarzda düzenlenmesi gerekirdi. Bu itibarla vekâletnamesiz müdafii temyiz isteğini inceleyerek işin esasına karar veren özel daire ilâmı usule ve yasaya uygun bulunduğu yerinde görülmeyen C.Başsavcılığın yazılı itirazının reddine karar verilmesi gerekir. (YCGK, 09.12.1974, E. 1974/8-272, K. 1974/447, www.kazanci.com.tr. 20 Mart 2013); Aynı doğrultuda bkz. YİBGK, 20.10.1975, E. 1975/7, K.1975/9, (www.kazanci.com.tr. 20 Mart 2013).

²⁹⁶ Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nda açıkça, şüpheli ve sanığa isterse müdafii vekaletname aranmaksızın ifade veya sorguda hazır bulunacağı bildirileceği düzenlenmiş iken (CMUK m.135/1-3); CMK’da kural olan serbestiler düzenlenmemiş fakat vekaletname bulundurulmasını zorunlu olduğu istisnai haller düzenlenmiştir.

45/2)²⁹⁷; “avukat ve stajyeri vekâletname olmaksızın kovuşturma dosyalarını inceleyebilirler” (Kal. Yön. m. 83/2). Ancak uygulamada ispat kolaylığı sağlamak amacıyla şüpheli veya sanık ile müdafî arasında avukatlık sözleşmesi, noter tarafından resmi yazılı şekilde düzenlenen bir vekâletname ile kurulmaktadır²⁹⁸.

Ceza muhakemesinde, şüpheli veya sanık ile müdafî arasında yapılacak avukatlık sözleşmesinin herhangi bir şekil şartına tabi olmadığı, müdafîin yetkilerini kullanabilmesi için avukatlık sözleşmesinin herhangi bir merciin kabulüne bağlı olmadığı genel kuralı olmakla birlikte²⁹⁹, müdafîin bazı yetkilerini kullanabilmesi ve bazı görevlerini yerine getirebilmesi için yetkili mercilere yazılı bir avukatlık sözleşmesi (vekâletname) sunması zorunlu tutulmuştur³⁰⁰. Müdafîin, görevini icra ederken ilgili mercilere yazılı vekâletname ibraz etmek zorunda olduğu istisnai durumlar şunlardır.

Müdafîin, başvuru kanun yollarından vazgeçebilmesi için özel vekâletname ibraz edilmesi gerekir³⁰¹ (CMK m. 266/2).

Müdafîin, sadece kovuşturma aşamasında ve sadece tutanak ve belgelerden örnek alabilmesi için vekâletname ibraz etmesi gerekir (Kal. Yön. 83/3; Av. K. m. 46/2).

Yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıflar müdafîin gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunmakla yükümlüdür. Müdafîin, incelemesine

²⁹⁷ Ceza Muhakemesi Kanunu’na aykırı olarak, “müdafî, soruşturma evresinde görevlendirme yazısı veya vekâletname ibraz ederek soruşturma evrakının içeriğini inceleyebilir ve dilekçeyle müracaat etmesi halinde istediği belgelerin bir örneğini alabilir” şekliiden düzenlenmiş olan ve müdafîin soruşturma dosyasını incelemesini ve örnek almasını görevlendirme ya da vekâletname ibraz etmesine bağlayan, Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik’in 45. maddesinin 2. fıkrası, 2010 yılında değiştirilerek müdafîin soruşturma aşamasında vekâletname ibraz etme yükümlülüğü kaldırmıştır (Kal. Yön. m. 45/2).

²⁹⁸ **Kocaoğlu**, Müdafî, s.114; **Centel-Zafer**, s. 171.

²⁹⁹ “Vekâletname, vekil eden ile vekil arasındaki ilişkiyi düzenleyen bir sözleşme olup üçüncü şahısların kabulüne bağlı olmadığı ve ceza usul hukukunda seçilen vekilin vekâletnamesinin kabulüne karar verilmesinin zorunlu olduğuna ilişkin bir hüküm bulunmadığından, vekâletnamenin kabulü ile vekillik konusunda olumlu bir karar verilmesi gerektiğine ilişkin tebliğnamedeki düşünceye iştirak edilmemiştir. (Yarg. 11. CD, 12.06.2001, 6030-6736, **Yaşar**, s.1682).

³⁰⁰ **Kunter-Yenisey-Nuhoglu**, s.410-411.

³⁰¹ Mülga 1412 sayılı CMUK’un yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay, “Hükmü temyiz eden sanık vekilinin dosya içerisinde vekâletnamesi bulunmadığı anlaşıldığından temyiz tarihinden önce sanık tarafından kendisine verilen vekâletname bulunup bulunmadığı araştırılarak varsa dosyaya eklendikten sonra gönderilmek üzere dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’na tevdiine oybirliğiyle karar vermiştir”. (Yarg. 7. CD, 5.6.2001, 8898-10478, **Yaşar**, s. 1682).

sunulan bu belgelerden örnek alabilmesi için vekâletname ibraz etmesi gerekir (Av. K. m. 2/3).

Müdafii, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamında, sadece istihbarata ilişkin bilgi veya belgelere ilişkin konularda bilgi edinme başvurusunda bulunurken özel vekâletname ibraz etmesi gerekir (BEHK Uy. Yön. m. 29/2-a).

Sonuç olarak, ceza muhakemesinde müdafii, müdafî olduğunu ispat etme yükümlülüğünün olmaması asıl; müdafî olduğunu ispat mecburiyeti ise, istisnadır³⁰². Şüpheli veya sanık tarafından müdafî seçilmesi veya seçilen müdafii göreve başlaması, herhangi bir kişi ya da merciin iznine ya da onayına bağlı değildir³⁰³. Şüpheli ve sanık, hangi avukatı ve ne zaman müdafî olarak seçeceğine özgür iradesiyle karar verme hakkına sahiptir³⁰⁴. Şüpheli ve sanık tarafından seçilen müdafii görevi, seçildiği anda başlar. Fakat müdafilik görevinin başlaması için yazılı avukatlık sözleşmesi (vekâletname) genel olarak zorunlu olmamakla birlikte, müdafii görevini daha rahat yapması, müdafî ile şüpheli, sanık ya da üçüncü kişiler arasında doğabilecek uyuşmazlıklarda ve şüpheli veya sanığın müdafii seçtiğini inkâr etmesi durumunda ispat kolaylığı sağlaması bakımından müdafii, müdafiliğini üstlendiği şüpheli veya sanıktan yazılı bir vekâletname alması, zorunluluğun ötesinde müdafii için büyük kolaylık ve güvence sağlayacaktır³⁰⁵. Ayrıca müdafii, şüpheli veya sanık tarafından seçildiği durumlarda da müdafie haber verilmeden her hangi bir ifade alınmaz, sorgu ve duruşma yapılamaz ve hüküm verilemez³⁰⁶.

³⁰² Kunter-Yenisey-Nuhoglu, s.410.

³⁰³ Centel-Zafer, s. 171.

³⁰⁴ Donay, s.154; Kunter-Yenisey-Nuhoglu, s.410.

³⁰⁵ Kocaoğlu, Müdafii, s.115-116.

³⁰⁶ “Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nca 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 8/2. madde ve fıkrası uyarınca lehe kanun hükümlerinin uygulanması yönünde mahkemesince değerlendirme yapılması gerektiğinden bahisle iadesi üzerine, sanık tarafından CMK’nın 149. maddesine göre seçilen müdafii **duruşmadan haberdar edilmeksizin** savunma hakkının kısıtlanmasına yol açacak şekilde yokluğunda hüküm kurulması yasaya aykırıdır”. (Yarg. 8. CD. 15.10.2009, E. 2007/10870, K. 2009/12866, www.kazanci.com.tr. 20 Mart 2013).

bb) İhtiyari Müdafiiin Şüpheli veya Sanığın Kanuni Temsilcisi Tarafından Seçilmesi

CMK'ya göre, şüpheli veya sanığın kanuni temsilcisi varsa, kanuni temsilci de şüpheli veya sanığa bir veya birden fazla müdafî seçebilir (CMK m. 149/1).

Kanuni temsilciler, Medeni Kanun'da veli, vasi ve kayyım olarak düzenlenmiştir³⁰⁷. Ayırt etme gücü olmayan küçük ve kısıtlılar (tam ehliyetsizler), kendilerini borç altına koyan hukuki işlemleri bizzat hiçbir şekilde yapamazken³⁰⁸ (MK m. 15); ayırt etme gücü olan küçük ve kısıtlılar (sınırlı ehliyetsizler) ise, ancak kanuni temsilcilerinin izni ya da onayıyla kendilerini borç altına koyan hukuki işlemleri bizzat yapabilme ehliyetine sahiptir³⁰⁹ (MK m. 16).

Müdafiiin, şüpheli veya sanık tarafından bizzat seçilebilmesi için taraflar arasında borçlandırııcı nitelikteki bir hukuki işlem olan bir avukatlık sözleşmesi (vekâletname) düzenlenmesini gerektirir (Av. K. m. 163/1). Kanuni temsilcinin yönetimi altında olan kişiler, kural olarak kendilerini borç altına koyacak hukuki işlemleri hiç ya da tek başına yapamayacağından, bu kişilerin kendilerine müdafî seçmeleri de hukuken mümkün değildir³¹⁰. Bu nedenle, kendilerine bizzat müdafî seçme ehliyetine sahip olmayan şüpheli veya sanıkların kanuni temsilcileri, küçük ya da kısıtlı olan şüpheli veya sanığa müdafî seçme hak ve yetkisine sahiptir³¹¹. Kanuni temsilci, şüpheliye veya sanığa müdafî seçip seçmemek ve müdafî seçecekse, müdafiiin kim olacağına özgür iradesiyle karar verme yetkisine sahiptir³¹². Diğer bir ifadeyle, kanuni temsilci, müdafî seçmek veya seçmemek ile seçilecek müdafiiin kim olacağı konusunda şüpheli veya sanığın iradesi ile bağlı olmadığı gibi, bu konudaki iradesinin geçerliliği her-

³⁰⁷ Veli, ergin olmayan çocuklar ile ergin olup da mahkeme tarafından kısıtlanan çocukların kanuni temsilciliğini üstlenen anne ve/veya babalardır (MK m. 335).

Vasi, mahkeme kararıyla vesayet altına alınmış olan küçük ve kısıtlanan kişilerin, kişiliği ve malvarlığı ile ilgili bütün menfaatlerini korumak ve hukuki işlemlerinde onu temsil etmek üzere mahkeme tarafından atanan anne baba dışındaki kanuni temsilcidir (MK m. 403). Vasi, vesayet altındaki kişiyi bütün hukukî işlemlerinde temsil eder (MK m. 448/1).

Kayyım, bir malın yönetilmesi veya belli bir işin görülmesi için vesayet makamı tarafından atanan bir vesayet organıdır (MK m. 403/II).

³⁰⁸ Akıntürk, Turgut- Karaman, Derya Ateş, Medeni Hukuk, 16. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2011, s.135.

³⁰⁹ Akıntürk-Karaman, s.132.

³¹⁰ Çınar, s.92.

³¹¹ Kunter, Nurullah-Yenisey, Feridun, Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2004, s.214.

³¹² Kunter-Yenisey, s. 218.

hangi bir merciin iznine veya onayına da tabi değildir³¹³. Ayrıca şüpheli veya sanık, kanuni temsilci tarafından seçilen müdafinin görevine son veremez³¹⁴.

b) İhtiyari Müdafinin Görevlendirilmesi

Kural, müdafinin yardımından yararlanacak şüpheli veya sanığın bizzat müdafii seçmesi ya da kanuni temsilcisi tarafından kendisine müdafii seçilmesi olmakla birlikte; savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamak, bireysel savunmadan kaynaklanabilecek muhtemel hak kayıplarını önlemek³¹⁵, hukuk devleti ve sosyal devletin gereğini yerine getirmek amacıyla, müdafinin yardımından yararlanmak istemesine rağmen ekonomik veya diğer sebeplerle müdafii seçemeyecek durumda olduğunu beyan eden şüpheli veya sanıklara, devlet tarafından ücretsiz müdafii görevlendirilmesi de ceza muhakemesi hukukumuzda kabul edilmiştir³¹⁶.

³¹³ Yaşar'a göre, "kanuni temsilci tarafından seçilen müdafinin, esaslı işlemlerin yapıldığı oturumlarda hazır bulunmaması durumunda, CMK'nın kıyasen geçerli olması karşısında, baro tarafından görevlendirilen müdafii bakımından mahkeme veya hâkime tanınan denetim görevinin, kanuni temsilci tarafından seçilen müdafii bakımından da geçerli olması ve CMK'nın 151. maddesinin bunlar hakkında da uygulanması gerekir". Yaşar, s.1685.

³¹⁴ Sanık kendi seçtiği müdafinin müdafaasından vazgeçebilir fakat kanuni temsilcinin seçtiği müdafii ise azledemez. (YCGK, 09.12.1974, E. 1974/8-272, K. 1974/447, www.kazanci.com.tr. 20 Mart 2013).

³¹⁵ YCGK, 18.03.2008, E. 2008/9-7 K. 2008/56 (www.kazanci.com.tr. 20 Mart 2013); AİHM'e göre, "Sözleşme'nin 6(3)(c) bendindeki hak bakımından hukuki yardım için başvurunun yeterli imkânın bulunmaması ve adaletin yararının başvuruca bu tür bir hukuki yardımın verilmesini gerektirmesi şeklinde iki şart bulunmaktadır. Tartışılacak karmaşık sorunların bulunması, başvurunun o davada uygun savları sunabilecek kadar yeterli hukuki eğitimi bulunmaması, sadece tecrübeli bir avukatın böyle bir davayı hazırlayabilecek olması halinde, 'adaletin yararı' o olayda resmen bir avukatın atanmasını gerektirir". (Pham Hoang/Fransa Kararı, 25.09.1992, www.ihami.anadolu.edu.tr. 20 Mart 2013); Çelik, s.155.

³¹⁶ Mahkeme'ye göre bir sanığın bazı koşullarda ücretsiz hukuki yardım alma hakkı, ceza muhakemesinde adil yargılanma kavramının bir yönünü oluşturur. Sözleşme'nin 6(3)(c) bendindeki ücretsiz hukuki yardım hakkından yararlanabilmek için, **birincisi** sanığın 'avukata ödeme yapabilmek için yeterli imkânının bulunmaması', **ikincisi** 'adaletin yararının gerektirmesi' koşullarının bulunması gerekir. Olayda başvurunun avukata ödeme yapabilecek durumda olmadığına itiraz edilmemiştir. Olayda adaletin yararının başvuruca ücretsiz hukuki yardım verilmesini gerektirip gerektirmediğine karar verebilmek için, **ilkin** başvuruca isnad edilen suçun ağırlığına ve alabileceği cezanın yüksekliğine, **ikincisi** davanın karmaşıklığına, **üçüncüsü** başvurunun kişisel durumuna bakılması gerekir. Olayda başvuruca uyuşturucu kaçakçılığı suçu isnad edildiği ve bu suça üç yıla kadar hapis cezası verilebileceği için, bu yönden kendisine ücretsiz hukuki yardım verilmesi gereklidir. İkinci olarak davadaki olaylar bakımından özel zorluklar bulunmasa bile söz konusu suç başvuruca henüz deneme süresinde bulunduğu sırada işlenmiş olduğu ve mahkeme kendisi hakkında çeşitli tedbirler alabileceği için bir avukatın başvurunun savunmasına katılması savunma için gerekli şartları oluşturmaktadır. Üçüncüsü başvuru yabancı kökenli olma, yoksul bir çevreden gelmiş bulunma ve hiç bir ciddi mesleki eğitim almamış olma, kabarık bir suç dosyasına sahip bulunma ve 1975 yılından 1983 yılına kadar her gün uyuşturucu almış olma gibi kişisel özelliklere sahiptir. Bu şartlar altında başvurunun bir müdafinin yardımından yararlanmadan sadece kendisinin soruşturma yargıcının ve sonra ceza mahkemesinin önüne çıkması kendini yeterli bir tarzda savunma imkânı vermemiştir. Olaydaki bu kusur, daha sonra temyiz mahkemesi önünde veya Federal Mahkeme önünde giderilememiştir. Bu nedenle ücretsiz hukuki yardımla savunma hakkının ihlali sonucuna varılmalıdır. (Quaranta/İsviçre Kararı, 24.05.1991, www.ihami.anadolu.edu.tr. 20 Mart 2013); Doğru, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (Açıklamalı ve Önemli Kararlar), s. 647; Kunter-Yenisey-Nuhoglu, s.411; Arslan, s.202.

Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre, hem soruşturma hem de kovuşturma aşamalarında şüphelinin ifadesi alınmadan ya da şüpheli veya sanığın sorgusu yapılmadan önce, ilgili mercilerin şüpheli veya sanığa kendisine bir müdafî seçmesini, müdafî seçecek durumda olmadığı ve talep etmesi halinde kendisine baro tarafından bir müdafî görevlendirileceğinin ve ayrıca baro tarafından görevlendirilecek müdafî yapılacak ödemelerin yargılama giderlerinden sayılacağı ve mahkûmiyeti halinde kendisinden tahsil edilebileceği hususunun da hatırlatılması zorunludur³¹⁷ (CMK m. 147/1-c; 150/1). İşte bu hatırlatma yapıldığı zaman veya soruşturmanın ve kovuşturmanın her aşamasında³¹⁸, müdafî seçecek durumda olmadığını ve baro tarafından kendisine müdafî görevlendirilmesini istediğini beyan eden şüpheli veya sanığa, soruşturma aşamasında ifade alan merciin veya sorguyu yapan hâkimin ve kovuşturma aşamasında kovuşturmayı yapan mahkemenin talebi üzerine soruşturmanın veya kovuşturmanın yürütüldüğü yer barosu tarafından bir müdafî görevlendirilmesi zorunludur³¹⁹ (CMK m. 156/2). Kanaatimizce, kaçak veya gaip olan şüpheli veya sanığın yetkili mercilerden yazılı olarak talep etmesi halinde de kendisine baro tarafından ihtiyari müdafî görevlendirilmesi zorunludur. Ayrıca şüpheli veya sanığın soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında müdafî görevlendirilmesini talep etme hakkına sahip olduğundan, müdafî isteyip istemediği sorulan şüpheli veya sanık, müdafî talep etmediğini beyan ettikten sonra ki soruşturma ve kovuşturma aşamalarında da kararını değiştirerek, kendisine baro tarafından müdafî görevlendirilmesini isteyebilir. Kanun koyucu, bu durumda görevlendirilecek müdafî için, zorunlu müdafilikte

³¹⁷ Bkz. CMK m. 147 madde gerekçesi; Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m. 5/1.

³¹⁸ “Beraat veya mahkûmiyet kararı kesinleşmedikçe, bir suç isnadı gerçekten “karara bağlanmış” olmaz. Ceza muhakemesi, bütünsel bir yapı oluşturur ve normal şartlarda icrai bir kararla sona erer. Sözleşme’nin, Sözleşmeci Devletleri üst dereceli mahkemesi veya temyiz mahkemesi kurmaya zorlamadığı doğrudur. Bununla birlikte, bu tür mahkemeleri kurmuş olan bir devlet, bu mahkemeler önünde yargılanan kişilerin, Sözleşme’nin 6. maddesindeki temel güvencelerden yararlanmasını sağlaması gerekir”. (Monnell ve Morris/Birleşik Krallık Kararı, 02.03.1987, www.ihami.anadolu.edu.tr. 20 Mart 2013); “Adil yargılama olup olmadığına karar verilebilmesi için, muhakemenin ilk soruşturma ile birlikte bir bütün olarak ele alınması gerekir. Mahkeme’ye göre Sözleşme’nin 6. maddesinin ilk soruşturma sırasında uygulanmasını engelleyen her hangi bir şey bulunmamaktadır. İlk soruşturma sırasında Sözleşme’nin 6(3). fıkrası hükümlerine uyulmaması daha sonra yargılamanın adilliğini ciddi biçimde etkileyecek olması halinde, son soruşturma başlamadan önce de bu fıkra hükümlerinin uygulanması önem taşımaktadır”. (Imbrioscia/İsviçre Kararı, 24.11.1993, www.ihami.anadolu.edu.tr. 20 Mart 2013).

³¹⁹ AİHM’e göre, “polise direnmekten yargılanırken ücretsiz hukuki yardımla savunma talebi hakkında ilk bir yıl boyunca karar verilmeyerek müdafî atanmadan mahkûmiyet kararı verilmesi AİHS’in 6/3-c’üncü maddesinin ihlalini oluşturur”. (Berlinski/Polonya Kararı, 20.06.2002, www.ihami.anadolu.edu.tr. 20 Şubat 2013); Balcı’ya göre, bu durumda müdafîin baro tarafından görevlendirilmesi zorunlu değil ihtiyaridir. Balcı, Murat, “Zorunlu Müdafîin Hükmü Temyiz Etme Yükümlülüğü ve Görevi Kötüye Kullanma Suçu (Karar İncelemesi)”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 85, S. 2011/2, 2011, s.69; “Madde, ceza soruşturmasında veya davasında avukat atanmasıyla ilgili temel esasları içermektedir. Aslında ceza davasında bir avukattan yararlanılabilmesi temel bir haktır. Ancak bunun sağlanması, ülkenin koşullarıyla orantılıdır” (CMK m.150’nin gerekçesi).

olduğu gibi (CMK m. 150/2) emredici nitelikteki “görevlendirilir” ifadesini kullandığında, bu durumda şüpheli veya sanığın talep etmesi halinde tüm soruşturma ve kovuşturma boyunca görev yapmak üzere müdafî görevlendirilmesi zorunludur³²⁰. Bu nedenle, ifade alacak mercilerin, sorguyu yapacak hâkimin, kovuşturmayı yürüten mahkemenin ve müdafî talep edilen baronun müdafîin atanıp atanmayacağı konusunda takdir yetkisi bulunmamaktadır³²¹. Şüpheli veya sanığın, müdafî talep etmesine rağmen kolluk, savcılık veya mahkeme tarafından barodan müdafî talep edilmemesi veyahut da yetkili merciler tarafından barodan müdafî görevlendirilmesi talep edilmesine rağmen, baro tarafından haklı bir mazeret olmadan müdafî görevlendirilmemesi savunma hakkının kısıtlanması ve aynı zaman da TCK’nın 257’nci maddesinde düzenlenmiş olan görevi kötüye kullanma (görevi savsama) suçunu oluşturacaktır³²². Şüp-

³²⁰ Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma-Saygılar Kırıt- Özaydın-Alan Akcan-Erdem, s.252; “Sanığın bozmadan sonra mahkemeye sunduğu 30.9.2005 tarihli dilekçe ile CMK’nın 149. maddesi gereğince hukuki yardımdan yararlanabilmek için baro tarafından bir müdafîin görevlendirilmesini istemiş olması karşısında; sanığın bu yoldaki istemi karşılanmadan yargılama sonuçlandırılmak suretiyle savunma hakkının kısıtlanması”, bozmayı gerektirmiştir. (Yarg. 4. CD, 22.01.2008, 7233-515, Yaşar, s.1679); “Mahkeme’ye göre hakkında bir suç isnadı bulunan bir kimsenin ücretsiz hukuki yardım alma hakkı Sözleşme’nin 6. maddesindeki adil yargılanma kavramının bir unsurudur. Sözleşme’nin 6(3)(c) bendindeki hak bakımından hukuki yardım için başvurunun yeterli imkanın bulunmaması ve adaletin yararının başvuruca bu tür bir hukuki yardımın verilmesini gerektirmesi şeklinde iki şart bulunmaktadır. Tartışılacak karmaşık sorunların bulunması, başvurunun o davada uygun savları sunabilecek kadar yeterli hukuki eğitimi bulunmaması, sadece tecrübeli bir avukatın böyle bir davayı hazırlayabilecek olması halinde, 'adaletin yararı' o olayda resmen bir avukatın atanmasını gerektirir. Başvurucunun talebinin bir geçiş döneminde reddedildiği anlaşılmaktadır. Bu olaydan sonra temyiz mahkemesi Adli Yardım Bürosunun yetkisi, bir yasayla ceza davalarını kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Ancak bu durum, ilk derece mahkemesinde beraat eden fakat Üst Mahkemede mahkûm olan başvuruca bakımından olumsuz sonuçlar doğurabilecek ağır bir dava olduğu gerçeğini değiştirilmemektedir. Ayrıca ve hepsinden öte başvuruca, temyiz mahkemesi önünde Gümrük Kanununun bazı maddelerinin Sözleşme’nin 6(1) ve (2). fıkralarına aykırılığını iddia etmek istemiştir. Ne var ki başvurunun kendisi, böylece karmaşık bir meselede gerekli argümanları geliştirmek ve sunmak zorunlu hukuki eğitime sahip değildir. Kısacası, adaletin yararı, olayda resmen bir avukat atanmasını gerektirmiştir. Başvuruca temyiz aşamasında avukat atanmadığından, ücretsiz hukuki yardım ile savunma hakkının ihlali sonucuna varılmalıdır”. (Pham Hoang/Fransa Kararı, 25.09.1992, www.ihami.anadolu.edu.tr. 20 Mart 2013); “5271 sayılı CMK’nın 150/1. maddesi uyarınca, müdafî seçebilecek durumda bulunmadığını beyan eden sanığın isteği üzerine kendisine yargılama sonuna ve hükmün kesinleşmesine kadar görev yapmak üzere bir müdafî atanır. CMK’nın 156/2. maddesi uyarınca, müdafîin soruşturma veya kovuşturmanın yapıldığı yer barosundan atanması gereklidir. Diğer taraftan, sanığın kovuşturmanın yapıldığı yer sınırları dışında savunmasının alınması gibi hallerde, Yönetmeliğin 4/a maddesi gereği hukuki yardımın yapıldığı yer barosundan müdafîi atanması gerekli ise de, bu müdafîin görevi yalnızca atanmasına konu hukuki işlemin yapıldığı sınırlı bulunmaktadır. Nitekim yönetmeliğin 10/10. maddesi uyarınca istinabe işlemi sırasında görevlendirilen müdafîi veya vekile, tarifede yazılı ücretin yarısı ödenir. İncelenen dosyada, başka bir suçtan dolayı cezaevinde bulunan sanığın savunmasının Kandıra Asliye Ceza Mahkemesince 10.10.2005 tarihinde yönergeyle alındığı sırada, isteği üzerine CMK’nın 150/1. maddesi uyarınca müdafîi atanmasına ve yukarıda açıklandığı üzere bu müdafîin görevini istinabe işlemiyle sınırlı bulunmasına karşın, yargılamanın sürdürüldüğü Şişli Asliye Ceza Mahkemesinin müdafîi atandığı yer yargı çerçevesi dışında bulunması karşısında, CMK’nın 156/2. maddesi uyarınca yargılamanın yapıldığı yerin bağlı bulunduğu baro tarafından ayrıca müdafîi görevlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, müdafîi atanmadan yargılamaya devam edilerek savunma hakkının kısıtlanması, yasaya aykırıdır”. (Yarg. 4. CD. 11.11.2009, E.2008/3625, K. 2009/18511, www.kazanci.com.tr. 20 Mart 2013).

³²¹ Öztürk-Erdem, s. 351; Kocaoglu, Müdafî, s.136; Çınar, s.102.

³²² Çocuk Mahkemesinin, 2005/1870 esas sayılı dosyası üzerinden yürüttüğü yargılamada, CMK’nın 150/2 maddesi uyarınca yaşı küçük sanık ...’e bir avukat görevlendirilmesi isteğini ... Barosu Başkanlığına 22.3.2006 tarihli yazıyla ilettiği, görevlendirilen avukatın duruşmalara gelmemesi nedeniyle öncelikle yargılamaya katılımının sağlanması olanaklı değilse yeni bir avukat görevlendirilmesi için anılan baro başkanlığına 31.10.2006, 23.2.2007 ve 14.6.2007 tarihli yazıların gönderildiği, ancak uyarılara karşın görevlendirilen avukatın duruşmalara katılması sağlanmadığı gibi yeni bir avukatın da görevlendiril-

heli veya sanığın talep etmesi halinde tüm soruşturma ve kovuşturma boyunca görev yapmak üzere müdafî görevlendirilmesinin zorunlu tutulmasıyla, müdafî görevlendirilmesi konusunda keyfi, kişiye özel ve ayrımcılık anlamına gelebilecek uygulamaların ortaya çıkması engellenmiştir. Ancak bu zorunluluk, doğrudan bir zorunluluk olmayıp şüpheli veya sanığın müdafî yardımından yararlanmak istediğini ve kendisine bir müdafî atanmasını talep etmesi halinde ortaya çıkan bir zorunluluktur. Talep halinde baro tarafından müdafî görevlendirilmesi zorunlu olmakla birlikte, bu zorunluluk görevlendirilen müdafîi, zorunlu müdafî haline getirmez. Dolayısıyla bu durumda baro tarafından görevlendirilen müdafî, ihtiyari müdafidir³²³.

Görevlendirilmiş ihtiyari müdafîin tespitinde ve göreve başlamasında, şüpheli veya sanığın izni veya onayı alınmaz. Diğer bir ifadeyle şüpheli veya sanığın, bizzat görevlendirilmiş müdafîi seçme³²⁴, görevlendirilmiş müdafîi kabul etmeme ve azletme hakkı bulunmamaktadır³²⁵. Bununla birlikte, görevlendirilmiş ihtiyari müdafîin, görevini gereği gibi yapmaması

mediğinin anlaşılması üzerine mahkemece suç duyurusunda bulunulmasına karar verilerek duruşmanın 30.1.2008 tarihine ertelendiği görülmektedir. Barosu Başkanlığı Yönetim Kurulu üyesi olup suç tarihi itibarıyla müdafîi ve vekil görevlendirmesi işlerinden sorumlu olan şüpheli avukatların eylemlerinin, ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunun öğelerini oluşturup oluşturmadığının, leh ve aleyhlerine toplanacak tüm kanıtların, mahkemece birlikte tartışılıp değerlendirilmesi sonucu belirlenmesi gerekmektedir. Yapılan açıklamalara göre, son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına ilişkin kararın, hukuka aykırı olduğunda kuşku yoktur”. (Yarg. 4. CD, 09.02.2011, E. 2010/22677, K. 2011/1333, www.kazanci.com.tr. 20 Şubat 2013); “İncelenen dosyada, İzmir 4. Çocuk Mahkemesinin, 2007/31 esas sayılı dosyası üzerinden yürüttüğü yargılamada, 18 yaşından küçük mağdur Ş.Ş’ye CMK’nın 234/2 maddesi gereğince bir vekil görevlendirilmesi isteğini İzmir Barosu Başkanlığına 6.8.2007 ve 16.10.2007, tarihli yazılarla ilettiği, isteğin yerine getirilmemesi üzerine mahkemece 24.1.2008 tarihli oturumda suç duyurusunda bulunulmasına karar verildiği anlaşılmaktadır. Mahkemenin vekil görevlendirilmesi isteğine ilişkin yazıları, İzmir Barosu Başkanlığının İzmir Cumhuriyet Başsavcılığına gönderdiği 7.10.2008 ve 14.7.2009 tarihli yanıt yazıları ile duruşma tutanaklarının, şüpheli avukatlar açısından 5271 sayılı CMK’nın 170/2 maddesi uyarınca son soruşturmanın açılması kararı verilebilmesi (iddianame düzenlenebilmesi) için **suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluştuğu açıktır.** İzmir Barosu Başkanlığı Yönetim Kurulu Üyesi olup suç tarihi itibarıyla müdafîi ve vekil görevlendirmesi işlerinden sorumlu şüpheli avukatlar A.E. ve M.K.’nın eylemlerinin, **ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunun öğelerini oluşturup oluşturmadığının,** leh ve aleyhlerine toplanacak tüm kanıtların, mahkemece birlikte tartışılıp değerlendirilmesi sonucu belirlenmesi gerekmektedir. Yapılan açıklamalara göre, son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına ilişkin kararın, hukuka aykırı olduğunda kuşku yoktur”. (Yarg. 4. CD, 28.09.2011, E. 2010/30698, K. 2011/16613, www.kazanci.com.tr. 20 Şubat 2013); “Mensuplarının mesleki ödevlerini denetlemekle görevli kılınan baro yönetim kurullarının, kendilerine tanınan yetki ve görevlerin dışına çıkarak, kanuna açıkça aykırılık oluşturacak ve savunma hakkına zarar verecek biçimde bir kamu hizmetinin durdurulmasına karar vermeleri mümkün değildir. Öte yandan avukatların, baro organlarının kanunlarla yüklenilen görevleri hukuki dayanaktan yoksun biçimde ortadan kaldırmaya yönelik olması nedeniyle hukuk düzenine ve kanunlara açıkça aykırılık oluşturan kararlarına uymak zorunluluğu da bulunmamaktadır.” (YCGK, 07.10.2003, E. 2003/4-220, K. 2003/242, Gökcan, **Açıklamalı Avukatlık Yasası**, s.187).

³²³ YCGK, 11.10.2011, E. 2011/10-82, K. 2011/204, (Arslan, s.216).

³²⁴ “Özellikle atanmış müdafiliğin söz konusu olduğu hallerde şüpheli ve sanığın kendisine atanacak müdafîi seçme hakkı bulunmamaktadır. Kanaatimizce koşulların oluşturulması hedeflenerek ileride bu hakkın bireylere tanınması, sosyal hukuk devleti ilkesinin daha da güçlenmesini sağlayacaktır. ... Sanığa müdafîini seçme hakkının tanınması, böylelikle müdafîleri işlerini daha iyi yapmaları konusunda teşvik ederken; sanıkları da daha iyi hizmet alacakları konusunda ikna için bir basamak teşkil edecektir.” Karakehya, “Ceza Muhakemesi Uygulamamızda Atanmış Müdafîliğe İlişkin Görülen Sorunlar”, s.246-249.

³²⁵ “Parası olan sanık nasıl ki vekâletname verdiği müdafîi serbestçe tayin edebiliyor, parası olmayan sanığın da aynı şekilde müdafîisini serbestçe belirleyebilmesi, en azından kendisine tayin edilen müdafîi beğenmediğinde değiştirme hakkının bulunması, daha da ötesi, görülmeye başlayacak davada kendisine bir müdafî atanacağını sanığa bildirilmesi gereklidir. Kendi-

veya başka haklı sebeplerin varlığı halinde, şüpheli veya sanığın talebi üzerine Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından görevlendirilmiş ihtiyari müdafii, görevden alınarak yerine başka bir müdafii görevlendirilmesine karar verilebilir³²⁶. Fakat terörle mücadelede görev alan istihbarat ve kolluk görevlileri ile bu amaçla görevlendirilmiş diğer personelin, bu görevlerinin ifasından doğduğu iddia edilen suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda, şüpheli veya sanık konumundaki kamu görevlileri istediği avukatlardan en fazla üç tanesini bizzat kendisi müdafii olarak özgürce seçme hakkına sahiptir. Kamu görevlisinin seçtiği en fazla üç müdafii ücreti, avukatlık ücret tarifesine bağlı olmaksızın kamu görevlisinin bağlı olduğu kuruluşların bütçelerine konulacak ödenekten karşılanır (TMK m. 15/1).

Baro tarafından CMK'nın 150'nci maddesinin birinci fıkrası kapsamında görevlendirilen ihtiyari müdafii, duruşmaya gelmemesi halinde, müdafii yokluğunda duruşmaya devam edilip edilemeyeceği konusunda yargı kararlarında ve doktrinde fikir birliği bulunmamaktadır. Bu konuda Yargıtay Ceza Genel Kurulu **oy çokluğuyla** verdiği bir kararda, "*Yargılama aşamasında CMK'nın 150/1 ve 156'ncı maddeleri uyarınca sanığın istemi üzerine, baro tarafından görevlendirilen müdafii, zorunlu müdafii konumunda olmaması nedeniyle, aynı Yasanın 188/1'inci maddesi kapsamında, yapılan tüm oturumlarda hazır bulunması zorunluluğu yoktur. Bu madde uyarınca görevlendirilen müdafii, vekâletname ile sanık veya şüpheli tarafından savunma görevi için belirlenen müdafiden herhangi bir farkı bulunmamaktadır. Aksinin kabulü halinde, herhangi bir yasal dayanağı olmamasına karşın şüpheli veya sanığın istemde bulunması nedeniyle kendisine baro tarafından görevlendirilen müdafie, vekâletname ile seçilen müdafie göre ayrıcalıklı bir konum verilmiş olunacaktır. ... Somut olayda, sanığa istemi üzerine görevlendirilen müdafii, biri sanığın savunmasının alındığı 05.05.2010 tarihli oturum olmak üzere iki oturuma katılmış, böylece sanık, savunmasını görevlendirilen müdafii*

sine avukat atandığını dahi bilmeyen ya da kendisine avukat atanmakla birlikte beğenmediği takdirde bu müdafii değiştirilmesini isteme hakkına sahip bulunmayan bir sanığın, atandığını dahi bilmediği veya beğenmediği halde muhatap olduğu bu müdafii tüm tasarruflarından sorumlu tutulması gerektiğini veya bu müdafii yaptığı tüm işlemleri peşinen kabul etmiş sayılacağını söylemek nasıl mümkün değilse, böyle bir durumda savunma hakkının tam anlamıyla kullanılabileceğini düşünmekte olası değildir". (YCGK, 18.03.2008, E. 2008/9-7 K. 2008/56, www.kazanci.com.tr. 20 Mart 2013); Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafii ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m. 7/2.

³²⁶ Alman ceza muhakemesi hukukunda sanığın, re'sen görevlendirilen müdafii reddetme hakkına sahip olduğu gibi, sanığın görevlendirilecek müdafii bizzat seçme hakkı da bulunmaktadır. Mahkeme başkanı ciddi bir sorun olmadığı takdirde sanığın seçtiği müdafii atamak zorundadır. Ciddi bir sorunun varlığı meselesine mahkeme başkanı karar vermektedir. **Beulke**, s.108; **Haller-Conzen**, s. 131-132; **Roxin-Schünemann**, s.121.

*huzurunda yapmıştır. Bu durumda, zorunlu müdafî konumunda olmaması nedeniyle yapılan bütün oturumlara katılma mecburiyeti bulunmayan sanığa, istemi üzerine baro tarafından görevlendirilen müdafîin görevini yerine getirmediğinin söylenemeyeceğine*³²⁷ karar vermiştir.

Benzer başka bir davada ise, Yargıtay Ceza Genel Kurulu belirtilen kararın tersi yönde **oybirliğiyle** şöyle karar vermiştir; “*Bozma öncesinde 05.04.2005 tarihinde yapılan ilk oturumda sanığın “avukat istiyorum” şeklinde talepte bulunduğu, yerel mahkeme tarafından “daha önce baroca görevlendirilen avukata duruşma gününü bildirir davetiye çıkartılmasına, gelmez ise yeniden barodan avukat istenmesine” karar verildiği, bunun üzerine soruşturma aşamasında sanığın müdafiliğini üstlenen Av. Z. Ş. C. ’ye 14.06.2005 tarihli duruşma gününün 22.04.2005 tarihinde tebliğ edildiği, Av. Z. Ş. C. ’nin bu duruşma için mazeret dilekçesi vererek aynı zamanda sanık müdafii olarak davaya kabulünü talep ettiği, 14.06.2005 tarihli duruşmada mazereti kabul edilerek bir sonraki duruşma gününün kendisine 28.06.2005 tarihinde tebliğ edildiği, 15.09.2005 tarihli oturuma Av.Z. Ş. C. ’nin sanık müdafii olarak katılarak olay yerinden sanığın annesinin topladığını söylediği 3 adet mermi çekirdeğini mahkemeye sunduğu ve 5237 sayılı Yasanın 265/1-3 ve 5326 sayılı Yasanın 35. maddelerinin uygulanması ihtimaline binaen ek savunma hakkı verilmesi üzerine ek savunma yaptığı, sanıklar müdafilerine esasa ilişkin savunmalarını hazırlamaları ve dosyanın C. Savcısına tevdiî amacıyla duruşmanın ertelendiği 27.10.2005 tarihindeki bir sonraki oturumda **sanık ve müdafîinin yokluğunda karar verildiği**, kararın müdafie 18.11.2005 tarihinde tebliğine rağmen temyiz etmediği, sanığın ise kendisine 18.12.2005 tarihinde yapılan tebligat üzerine hükmü süresinde temyiz ettiği, temyizi inceleyen Yargıtay 9. Dairesince hükmün bozulması üzerine bozmaya karşı diyeceklerinin sorulması için müdafie açıklamalı davetiye tebliğ edilmesine karşın duruşmaya gelmediği, **mahkemenin sanık ve müdafîinin yokluğunda direnme kararı verdiği**, bu kararın müdafie 10.07.2007 tarihinde tebliğine rağmen müdafîin temyiz etmediği, cezaevinde başka suçtan hükümlü bulunan sanığın kendisine yapılan tebliğ üzerinde hükmü süresinde temyiz ettiği dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Sanığa istemi üzerine müdafî olarak görevlendirilen Av.Z. Ş. C. ’nin yargılama aşamasında duruşmalar için bir kez mazeret dilek-*

³²⁷ YCGK, 11.10.2011, E. 2011/10-82, K. 2011/204, (Arslan, s.219-220).

*çesi vermek ve bir oturuma katılmak dışında herhangi bir işlem yapmadığı ve sanığın savunmasına ilişkin “görevini yerine getirmekten açıkça kaçındığı” anlaşıldığından mahkemece derhal başka bir müdafinin görevlendirilmesi için CMK’nın 151. maddesine göre işlem yapılması gerekir. Görevini yerine getirmekten açıkça kaçındığı anlaşılan avukat ile sanık arasında CMK anlamında hukuken geçerli bir müdafilik ilişkisi kalmadığından sanığın kendisine yapılan tebligat üzerine süresinde yaptığı temyiz geçerli olup hüküm temyizen incelenmelidir. Aksinin kabulü halinde **atanan müdafî görevini yapmadığı için yeterince savunulmayan ve bunda bir kusuru bulunmayan sanığın kendi haklarını kullanmasının da önüne geçilmiş olunacaktır**”³²⁸.*

Kanaatimizce de, baro tarafından CMK’nın 150/1’inci maddesi kapsamında görevlendirilen ihtiyari müdafî, zorunlu müdafî olmamakla birlikte, görevlendirilmiş ihtiyari müdafîin yokluğunda duruşma yapılamayacak ve hüküm verilemeyecektir. Şöyle ki;

Müdafî seçecek durumda olmadığını ve baro tarafından kendisine müdafî görevlendirilmesini istediğini beyan eden şüpheli veya sanığa, bir müdafî görevlendirilmesi zorunludur (CMK m. 156/2). Bu durumda, müdafî görevlendirilmesi zorunlu olduğuna göre, müdafî olmaksızın duruşma yapılabileceğini savunmak çelişki oluşturacaktır. Çünkü müdafî görevlendirilmesinin zorunlu olması, yargılamanın müdafîli olarak yapılması amacıyla. Müdafîsiz olarak yargılamanın bir kısmının yapılabileceğini kabul etmek, baro tarafından ücretsiz müdafî görevlendirilmesini anlamsız kılacaktır. Çünkü müdafî, sadece bir duruşmada savunma yapmak için değil, yargılamanın her aşamasında (ifade almada, sorgu sırasında, tüm duruşmalarda, keşifte) şüpheli veya sanığın yanında olması ve ona hukuki yardımda bulunmak amacıyla görevlendirilmektedir³²⁹.

³²⁸ **YCGK, 18.03.2008, E. 2008/9-148, K. 2008/169** (www.kazanci.com.tr. 20 Mart 2013); AİHM’e göre, “sadece adli yardım amacıyla müdafî atanmış olması, Sözleşme’nin 6(3)(c) bendinin gereklerinin tam olarak yerine getirildiği anlamına gelmez. Mahkeme’ye göre Sözleşme, hakları teorik veya hayali olarak değil ve fakat pratik ve etkili bir biçimde güvence altına almayı amaçlamıştır ... Sadece müdafî atama, yardımı etkili kılmaz; çünkü adli yardım amacıyla atanmış müdafî ölebilir, ağır hastalanabilir, bu süre içinde görev yapması engellenebilir veya kendisi görevden kaçınabilir. Kamu makamlarına haber verilmesi halinde bu makamlar ya müdafîi değiştirmeli veya görevini yerine getirmeye zorlamalıdır”. **(Kamasinski/Avusturya Kararı, 19.12.1989, www.ihami.anadolu.edu.tr. 20 Mart 2013).**

³²⁹ “Yasa koyucunun CMK’nın 150. maddesi hükmüyle, 150. madde kapsamında bir müdafî görevlendirilmesini yeterli görmediği, bunun yanında müdafîin ceza yargılaması boyunca sanığın yanında yer almasını savunma hakkının (etkin) kulla-

Görevlendirilmiş ihtiyari müdafinin tespitinde ve göreve başlamasında, şüpheli veya sanığın izni ve onayı alınmadığı gibi, şüpheli veya sanığın, görevlendirilmiş müdafii kabul etmeme ve azletme hakkı ve yetkisi de bulunmamaktadır³³⁰. Dolayısıyla görevlendirilen müdafinin görevini eksik yapması veya hiç yapmaması halinde dahi, şüphelinin veya sanığın müdafii re'sen azletme hak ve yetkisi bulunmamaktadır. Müdafinin yardımından yararlanmak isteyen şüpheli veya sanığın, görevini yapmayan veya duruşmaya katılmayan müdafinin yardımından tam olarak yararlanması mümkün olmayacaktır. Bu durum, müdafinin yokluğunda duruşmaya devam edilmesi veya hüküm kurulması, duruşmalara katılmayan veya görevini yapmayan müdafii görevden azletme yetkisi bulunmayan şüpheli veya sanığı, müdafinin yardımından açıkça mahrum bırakmaktır³³¹.

Baro tarafından görevlendirilmiş müdafinin, duruşmalarda hazır bulunmaması, vakitsiz olarak çekilmesi ya da görevini yerine getirmekten kaçınması halinde, hâkim veya mahkeme re'sen veya talep halinde başka bir müdafî görevlendirilmesi için gerekli işlemleri yapmak zorundadır. Bu durumda mahkeme, oturuma ara verebileceği gibi oturumun ertelenmesine de karar verebilir. Yeni görevlendirilen müdafî, savunmasını hazırlamak için yeterli zamanı olmadığını açıklarsa oturum ertelenir (CMK m. 151/1-2). CMK'nın 151'inci maddesinin gerekçesinde de, “görevlendirilen müdafinin duruşmaları **noksansız izleyeceği**... ve görevini gereğince yerine getirmeyerek duruşmada hazır bulunmaz veya vakitsiz olarak duruşmadan çekilecek olursa hâkim veya mahkemenin **hemen** başka bir müdafî atayacağı” düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi bu konuda, baro tarafından görevlendirilen müdafinin görevini yapıp yap-

nılması açısından zorunlu gördüğü, bu konuda görevini yeterince yapmayan müdafinin de derhal değiştirilmesi gerektiğini amaçladığı anlaşılmaktadır. (YCGK, 05.10.2010, 11-133/184, Yaşar, s.1699-1670).

³³⁰ Haller ve Conzen, s. 131; Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m. 7/2.

³³¹ “Parası olan sanık nasıl ki vekaletname verdiği müdafii serbestçe seçebiliyorsa, parası olmayan sanığın da aynı şekilde müdafii serbestçe seçebilmesi, en azından kendisine baro tarafından görevlendirilen müdafii beğenmediğinde değiştirme hakkının bulunması ... gereklidir. Kendisine müdafî atandığını dahi bilmeyen ya da kendisine müdafî atanmakla birlikte beğenmediği takdirde bu müdafinin değiştirilmesini isteme hakkına sahip bulunmayan bir sanığın, atandığını dahi bilmediği veya beğenmediğinde değiştirme hakkı bulunmayan bir müdafinin, tüm tasarruflarından sorumlu tutulması gerektiği veya bu müdafinin tüm işlemlerini peşinen kabul etmiş sayılacağını söylemek nasıl mümkün değilse, böyle bir durumda savunma hakkının tam olarak kullanılabildiğini düşünmek de mümkün değildir”. (YCGK, 30.06.2009, E. 2009/11-104, K. 2009/183, Balcı, Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri, s. 236); AİHM'e göre de, “mahkeme tarafından görevlendirilen (zorunlu veya ihtiyari) müdafinin görevlendirilmesinde sanık, hiçbir seçim ve tercih hakkına sahip olmasa da, savunmanın “**teorik ve hayali**” değil, fakat “**gerçek ve etkili**” olması gerektiğinden, müdafinin görevini gerektiği gibi yerine getirmediği hallerde mahkemenin duruma müdahale etmesi veya yeni bir müdafî görevlendirmesi gerekir”. (Artico/İtalya Kararı, 13.05.1990, Gözübüyük-Gölcüklü, s.304).

madığını ve duruşmalara katılıp katılmadığını takip etmek ve görevini yapmayan veya duruşmalara katılmayan müdafii görevden alıp yerine **derhal** yeni müdafii görevlendirilmesine karar verme yetkisi savcı, mahkeme veya hâkime ait olan ve kullanılması zorunlu olan bir yetkidir. Kanun koyucu, bu konuda görevlendirilmiş ihtiyari müdafii ile görevlendirilmiş zorunlu müdafii arasında herhangi bir fark öngörmemiş ve müdafinin duruşmalara katılmaması veya görevini yapmaması halinde nasıl hareket edileceğini aynı şekilde düzenlemiştir³³². AİHM'e göre de, *“sadece adli yardım amacıyla müdafii atanmış olması, Sözleşme'nin 6(3)(c) bendinin gereklerinin tam olarak yerine getirildiği anlamına gelmez. Mahkeme'ye göre Sözleşme, hakları teorik veya hayali olarak değil ve fakat pratik ve etkili bir biçimde güvence altına almayı amaçlamıştır... Sadece müdafii atama, yardımı etkili kılmaz; çünkü adli yardım amacıyla atanmış müdafii ölebilir, ağır hastalanabilir, bu süre içinde görev yapması engellenbilir veya kendisi görevden kaçınabilir. Kamu makamlarına haber verilmesi halinde bu makamlar ya müdafii değiştirmeli veya görevini yerine getirmeye zorlamalıdır”*³³³.

Sonuç olarak, CMK'nın 150/1'inci maddesi kapsamında görevlendirilen ihtiyari müdafinin, görevlendirilmesinin zorunlu olması, şüpheli veya sanığın görevini yapmayan ya da duruşmalara katılmayan müdafii azledememesi, görevlendirilmiş müdafinin duruşmalara katılmasının zorunlu olması, duruşmalara katılmayan veya görevini yapmayan müdafinin yerine başka bir müdafinin savcı, mahkeme veya hâkim tarafından görevlendirilmesinin zorunlu olması, AİHM'in devletleri, (seçilen ve görevlendirilen) müdafinin görevini yapmamasından dolayı savunma hakkının kısıtlanmasından sorumlu tutması³³⁴ hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, görevlendirilmiş müdafinin, duruşmalara katılmaması veya görevini yapmaması

³³² YCGK, 11.10.2011, E. 2011/10-82, K. 2011/204, Kararın karşı oy gerekçesi, (Arslan, s.224).

³³³ Kamasinski/Avusturya Kararı, 19.12.1989, (www.ihami.anadolu.edu.tr. 20 Mart 2013); “Sanığa bu şekilde görevlendirilen müdafinin, 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, müdafinin yokluğunda mahkûmiyet hükmü kurulması ile sanığın savunma hakkı kısıtlanmış ve adil yargılanma hakkı zedelenmiş olup bu durum mutlak bozma nedeni sayılmalıdır”. (YCGK, 11.10.2011, E. 2011/10-82, K. 2011/204, Kararın karşı oy gerekçesi, Arslan, s.225-226).

³³⁴ Doğru, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (Açıklamalı ve Önemli Kararlar), s. 650.

halinde ikinci bir müdafî görevlendirilmeden ve müdafîin yokluğunda duruşmaya devam edilemeyeceği ve hüküm kurulamayacağı³³⁵ kanaatindeyiz.

Baro tarafından görevlendirilen ihtiyari müdafîin görevi, soruşturma aşamasında görevlendirilmiş ise, soruşturma aşamasının sonunda; kovuşturma aşamasında görevlendirilmiş ise, kovuşturma aşamasının sonunda kendiliğinden sona erer. Fakat soruşturma sonucunda şüpheli hakkında kovuşturma açılmışsa, soruşturma aşamasında görevlendirilen müdafî, engel bulunmadığı takdirde kovuşturma aşamasında da öncelikle görevlendirilir³³⁶.

2. Zorunlu Müdafilik

Zorunlu müdafilik, soruşturma veya kovuşturma aşamasında şüpheli veya sanığın ruhsal ve fiziksel durumu ile isnat edilen suçun ciddiliği ve kişisel savunmanın özellikle desteklenmesini gerektiren özel bazı hallerde, adil bir muhakemenin zorunlu kılması nedeniyle³³⁷, şüpheli veya sanığın bir müdafî ile savunulmasının zorunlu tutulmasıdır³³⁸. Zorunlu müdafiliği gerektiren durumlarda, şüpheli veya sanık kendisine müdafî görevlendirilmesini açıkça istemezse de (karşı da çıksa) kendisine re'sen müdafî görevlendirilir³³⁹. Zorunlu müdafilik kapsamında seçilen veya görevlendirilen müdafî ise, zorunlu müdafî denmektedir. Zorunlu müdafiliğin uygulandığı hallerde, müdafî seçilmeden veya görevlendirilmeden yahut seçilen ya da görevlendirilen müdafî hazır bulunmadan ifade alma ve sorguya çekme işlemleri

³³⁵ “Sadece müdafî görevlendirilmesi, hukuki yardımı etkili kılmaz. Çünkü adli yardım amacıyla atanmış müdafî, ölebilir, hastalanabilir. Bu sebeplerle görevlendirilmiş müdafî, görevini yapamayabilir veya yapmaktan kaçınabilir. Kamu makamlarına haber verilmesi halinde bu makamlar, ya müdafîi değiştirilmeli ya da görevini yerine getirmeye zorlamalıdır. Görevlendirilmiş müdafîin görevini yapamaması veya görevini yapmaktan kaçınmasına rağmen duruşmaya devam edilmesi veya hüküm kurulması ücretsiz hukuki yardımı anlamsız kılacaktır”. (**Artico/İtalya Kararı, 6694/74, 13.5.1980, Yaşar, s.1986-1691**); **Karakehya, “Ceza Muhakemesinde Zorunlu Müdafilik”, s.423.**

³³⁶ Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m. 6/1.

³³⁷ AİHM’e göre, “adaletin selametinin bu yardımı gerekli kılıp kılmadığı ise, davanın karmaşıklığı, isnat edilen suçun ciddiliği ile karşı karşıya kalınan cezanın ağırlığı ve şüpheli/sanığın kişisel durumu kriterleri göz önüne alınarak belirlenecektir”. İncoğlu, s.332; “Mahkeme’ye göre bir sanığın bazı koşullarda ücretsiz hukuki yardım alma hakkı, ceza muhakemesinde adil yargılanma kavramının bir yönünü oluşturur. Sözleşme’nin 6(3)(c) bendindeki ücretsiz hukuki yardım hakkından yararlanabilmek için, **birincisi** sanığın ‘avukata ödeme yapabilmek için yeterli imkânının bulunmaması’, **ikincisi** ‘adaletin yararının gerektirmesi’ koşullarının bulunması gerekir. Olayda başvurunun avukata ödeme yapabilecek durumda olmadığına itiraz edilmemiştir. Olayda adaletin yararının başvurucuya ücretsiz hukuki yardım verilmesini gerektirip gerektirmediğine karar verebilmek için, **ilkin** başvurucuya isnat edilen suçun ağırlığına ve alabileceği cezanın yüksekliğine, **ikincisi** davanın karmaşıklığına, **üçüncüsü** başvurunun kişisel durumuna bakılması gerekir”. (**Quaranta/İsviçre Kararı, 24.05.1991, www.ihami.anadolu.edu.tr. 20 Mart 2013**).

³³⁸ **Arslan, s.201-202; Zafer, s.292.**

³³⁹ **YCGK, 11.10.2011, E. 2011/10-82, K. 2011/204, (Arslan, s.217).**

yapılamaz, savunma alınamaz, duruşma yapılmaz³⁴⁰ ve hüküm kurulamaz³⁴¹ (CMK m.181/1). Diğer bir ifadeyle şüpheli veya sanığın **aktif olarak katıldığı** tüm soruşturma ve kovuşturma işlemlerinde zorunlu müdafinin hazır bulunması gerekir³⁴².

Toplumsal savunmanın ceza muhakemesindeki öneminin artması ve anlaşılmaya başlanması, gelişmiş ülkelerde müdafinin yardımından yararlanmanın bir zorunluluk olarak düzenlenmesi fikrini doğurmuştur³⁴³. Fakat ceza muhakemesinde herkese zorunlu müdafii görevlendirilmesi düşüncesi, hem avukatlığın serbest meslek olma özelliğine zarar vermesi hem devlete yüksek maddi külfetler yüklemesi hem de gelişmemiş ülkelerde yeterince avukat olmaması nedeniyle, tam olarak uygulanamamıştır³⁴⁴. Zorunlu müdafilik sistemi mutlak olarak uygulanamasa da gelişmiş birçok ülkede³⁴⁵, adaletin zorunlu kıldığı bazı durumlarda zorunlu müdafiliğin uygulanması kabul edilmiştir³⁴⁶.

Ülkemizde’de, uzun bir süreden beri istisnai hallerde de olsa zorunlu müdafilik kabul edilmiş ve uygulanmaktadır. Osmanlı Devleti’nin ilk ceza muhakemesi kanunu olan 1879

³⁴⁰ Küçük sanığa mahkeme tarafından tayin edilen ve savunmanın alındığı ilk duruşmaya katılan zorunlu müdafinin, mağdur, müşteki ve tanıkların dinlendiği ve esas hakkındaki mütalaa ve hükmün verildiği duruşmalara katılmamasına karşın hüküm kurulması, savunma görevi zafiyete uğramış olduğundan yasaya aykırıdır. (Yarg. 1. CD, 25.2.1997, E. 3927, K. 367, Yurtcan, CMK Şerhi, s.369-370).

³⁴¹ “Sanık Hakan’ın mağdurları kasten öldürmeye teşebbüs suçlarından yargılandığı ve üzerine atılı suçların alt sınırı 5 yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan olduğunun anlaşılması karşısında, CMK’nın 188/1. maddesi uyarınca duruşmaya gelmeyen sanık müdafinin duruşmada hazır bulunarak görevini yapmaya zorlanması, katılmadığı oturumlardaki bilgi, belge ve işlemlere karşı savunma yapmaya davet edilmesi, gerektiğinde CMK’nın 150/3. maddesi uyarınca yeniden zorunlu bir müdafii gönderilmesi yoluna gidilerek savunmada oluşan boşluk ve kısıtlılığın giderilmesi gerektiği düşünülmeden, sanık Hakan zorunlu müdafii olmaksızın son hükmün kurulması suretiyle, 5271 sayılı CMK’nın 150/3 ve 188/1. maddelerine muhalefet edilmesi, bozmayı gerektirmiştir”. (Yarg. 1. CD, 26.04.2011, E. 2011/2230, K. 2011/2575, www.kazanci.com.tr. 20 Mart 2013); Yarg. 1. CD, 21.03.2011, E. 2011/520, K. 2011/1639, (www.kazanci.com.tr. 20 Mart 2013); Suç ve hüküm tarihi itibarıyla 18 yaşından küçük olan sanığın müdafininin, hazır bulunmadığı duruşmada hüküm kurulması, savunma hakkının kısıtlanmasıdır. (Yarg. 2. CD, 28.06.2006, 3224/1950, Yaşar, s.1754); Karakehya, “Ceza Muhakemesinde Zorunlu Müdafilik”, s.425.

³⁴² Roxin-Schünemann, s.120; Çocuk olan sanığa, ilk oturumda suç tutanağı okunarak üzerine yüklenen suç anlatıldıktan sonra, sorguya çekilirken ve önödeme önerisi yapıldığı sırada müdafii hazır bulunmaktaysa da önödeme önerisine uyulmamasından sonraki yargılama aşamasında müdafii hazır bulunmamıştır. Dolayısıyla müdafinin, gerek ara kararda bulunmaksızın aldırılan ve sanığın hukuki durumunu etkileyici rolü bulunan farik ve mümeyyizlik raporuna karşı ve gerekse diğer hususlarda sanığın savunmasını gerekli ve yeterli bir biçimde yaptığı söylenemez. Bu nedenlerle, sanığa atanan müdafii, halen 18 yaşını bitirmemiş olan sanığın savunmasını yargılama aşamasında sağlıklı bir biçimde gerçekleştirmediğinden, sanığın gerekli hukuksal korunması tam olarak sağlanamamıştır. (YCGK, 19.11.2002, 7/275-398, Yaşar, s.1740-1741); YCGK, 15.04.2008, 6/71-85, (Yaşar, s.1658-1659).

³⁴³ Tosun, s.596.

³⁴⁴ Tosun, s.596-597.

³⁴⁵ Bu ülkelerin başlıcaları, Türkiye, Almanya, İtalya, Fransa, Rusya’dır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Tosun, s.597; Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s.413 (47 ve 48. Dipnot); Eser, s.331-332.

³⁴⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre, “Ulusal mahkemeler, adaletin selameti gereği bir müdafii zorunlu olarak tayin edilip edilmemesi hususunda takdir yetkisine sahiptirler”. (Correia de Matos/Portekiz, 48188/99, 15.11.2001, Cengiz-Demirağ-Ergül-Mcbride-Tezcan, s.176).

tarıhli “Usul-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanunu’nda”³⁴⁷ hem müdafilik sistemi hem de ilk defa zorunlu müdafilik sistemi kabul edilmiştir. Buna göre ağır ceza gerektiren fiiller sebebiyle yapılan ceza muhakemelerinde, müdafı bulundurulması zorunlu tutulmuştur. Bu tür davalarda sanık kendisi bir müdafı seçmemişse, mahkeme tarafından sanığa bir müdafı görevlendirilmesi zorunludur³⁴⁸. “Usul-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanunu’nun” yerine 1877 tarihli Alman Ceza Muhakemesi Kanunu kodifikeye edilerek oluşturulan³⁴⁹ 04.04.1929 tarihli ve 1412 sayılı CMUK’un ilk halinde zorunlu müdafilik kabul edilmemişti. Ancak 1973 yılında CMUK’nın 74’üncü maddesinde yapılan değişiklikle, sanığın gözlem altına alınmasına kararı verilirken sanığın müdafii yoksa kendine re’sen bir müdafı tayin edileceği düzenlenmiştir³⁵⁰. Ayrıca 1992 yılında CMUK’da yapılan bir diğer değişiklikle de zorunlu müdafilik alanı genişletilerek, yakalanan kişi veya sanığın onsekiz yaşını bitirmemiş yahut sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olması ve bir müdafinin de bulunmaması halinde talebi aranmaksızın kendisine re’sen bir müdafı görevlendirileceği kabul edilmiştir³⁵¹ (CMUK m.138). Fakat CMUK’daki zorunlu müdafiliği öngören bu hüküm, kanuna eklenen bir istisna ile Devlet güvenliğini ilgilendiren suçlarla ilgili ceza muhakemelerinde 2003 yılına kadar uygulanmadı. 2003 yılında yapılan değişiklikle, zorunlu müdafilikle ilgili hükümlerin Devlet güvenliğini ilgilendiren suçlarla ilgili ceza muhakemelerinde de uygulanması kabul edilmiştir³⁵². 1412 sayılı CMUK’u yürürlükten kaldıran 2004 tarihli ve 5271 sayılı CMK’da zorunlu müdafilik, hukuk devleti ve insan hakları anlayışımızdaki değişim ve gelişime paralel olarak ve AİHM’in kararlarının etkisiyle CMUK’a göre daha detaylı ve daha geniş kapsamlı düzenlenmiştir³⁵³.

Ceza muhakemesi hukukumuzda kural olarak ihtiyari müdafilik sistemi benimsenmiş olmakla birlikte, şüpheli veya sanığın müdafinin olmadığı ve suçun ciddiliği, cezanın ağırlığı, şüpheli veya sanığın fiziksel ve ruhsal engellerinin varlığı, savunmanın özel olarak destek-

³⁴⁷ Bu kanun, 1808 tarihli Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu’nun tercümesi ve kısmen değiştirilmesi ile oluşturulan bir kanundur. Aydın, s.433.

³⁴⁸ Kunter-Yenisey-Nuhoglu, s.413-414.

³⁴⁹ Kocaoğlu, “Tarihsel Perspektifi ile Türk – İslam Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafı”, s. 73; Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafı, s.36-37.

³⁵⁰ Donay, s.170.

³⁵¹ Oral, s.619-620.

³⁵² Kunter-Yenisey-Nuhoglu, s.414.

³⁵³ Kocaoğlu, Müdafı, s.129.

lenmesini gerektiren haller ile adaletin zorunlu kıldığı bazı istisnai ve sınırlı hallerde zorunlu müdafilik de kabul edilmiştir³⁵⁴.

a) Zorunlu Müdafiliği Gerektiren Haller

Zorunlu müdafiliğin uygulanabilmesi için ön şart, şüpheli veya sanığın görevi devam eden seçilmiş veya görevlendirilmiş bir müdafisinin bulunmamasıdır. Zorunlu müdafiliğin uygulanacağı haller, CMK’da sınırlı sayıda ve sayma yöntemiyle kanunun muhtelif maddelerinde dağınık bir şekilde düzenlenmiştir. CMK’da düzenlenmiş olan zorunlu müdafiliği gerektiren haller şunlardır.

Şüpheli veya sanığın, çocuk³⁵⁵ olması (CMK m.150/2); Hem TCK’da hem de CMK’da, çocukların ayırt etme ve davranışlarını yönlendirme yeteneklerinin hiç gelişmediği ya da yeterince gelişmediği kabul edilmektedir³⁵⁶. Bu nedenle CMK’da, ayırt etme yetenekleri hiç gelişmemiş veya yeterince gelişmemiş kişilerin ceza muhakemesinde kendi kendisini savunması, maddi gerçeğe ulaşılması ve adaletin selameti açısından sakıncalı görülmüş olup, müdafii olmayan çocuklara talebi aranmaksızın her türlü suç şüphesiyle yapılan soruşturma ve kovuşturma aşamalarında zorunlu müdafii görevlendirilmesi kabul edilmiştir³⁵⁷. Türk hukukundan farklı olarak Alman ceza muhakemesi hukukunda, şüpheli veya sanık olan çocukla-

³⁵⁴ “Mevzuatımızda zorunlu müdafilik sistemini öngören kanunun amacı, kendisini savunmak için yeterli maddi olanağı bulunmayanların bu hakkı kullanmamalarından kaynaklanabilecek muhtemel hak kayıplarının önlenmesi, dolayısıyla da savunma hakkının etkin kullanılabilmesinin sağlanması suretiyle, adil yargılanmanın gerçekleştirilmesidir”. (YCGK, 30.06.2009, E. 2009/11-104, K. 2009/183, Balcı, Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri, s.236); Çınar, s.102; Soyaslan, s.190; Arslan, s.206-207.

³⁵⁵ Çocuk, ergin olup olmadığına bakılmaksızın 18 yaşını doldurmamış kişidir (TCK m. 6/1-b); “Mahkeme ayrıca bir küçük söz konusu olduğunda, adaletin her şeyden önce çocuğun yüksek menfaatlerinin korunması ilkesine uyarak hareket etmekle yükümlü olduğunu hatırlatır. Buna göre, bir suç işlemekle itham edilen bir çocuk, yaşını, olgunluğunu, duygusal ve akli yetilerini bütünüyle dikkate alan bir biçimde muamele görmek zorundadır. Ayrıca yetkili makamlar çocuğun yargılamayı anlamasını ve yargılamaya katılımını sağlayacak nitelikte tedbirler almak zorundadırlar. Yukarıda anlatılanlar ışığında, başvurunun bir müdafie erişim olanağına getirilen kısıtlamalardan etkilenmiş olduğu tartışma götürmez bir gerçektir; zira mahkûmiyetine temel teşkil eden deliller, müdafii olmaksızın toplanmıştır. Bu durum Mahkeme’nin başvurunun yargılanmasının adil olmadığını tespit etmesi için yeterlidir”. (Adamkiewicz/Polonya Kararı, 10.03.2010, www.yargitay.gov.tr. 10.06.2013).

³⁵⁶ Artuk, Mehmet Emin- Gökçen, Ahmet- Yenidünya, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 492; “Kişinin, fiziksel gelişimine paralel olarak, toplumun değer yargılarını, bunların anlam ve içeriğini algılama yeteneği gelişmektedir. Yine bu gelişim sürecinde algılama yeteneğinin yanı sıra, ayrıca toplumdaki ölçü davranış kurallarının gerekleri doğrultusunda hareketlerini yönlendirebilme (irade) yeteneği de gelişmektedir” (TCK’nın 30’uncu maddesinin gerekçesi).

³⁵⁷ Esasen 18 yaşından küçük olan kişiler, sadece yargılama bakımından savunmalarını yeterince ve gerekli biçimde yapamayacakları için zorunlu müdafii görevlendirilmesi yoluyla özel bir düzenlemeye ve korumaya tabi tutulmuşlardır. Bu ve benzeri düzenlemeler, çocukların ceza yargılamasında özel olarak korunmaları gerektiğini göstermektedir. (YCGK, 19.11.2002, 7/275-398, Yaşar, s.1739-1741); Kocaoğlu, Müdafii, s.127 (431. Dipnot).

rın yargılamalarında müdafî bulunması zorunluluğu yoktur. Fakat bu tür yargılamalarda adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkeme başkanı talep üzerine ya da re'sen müdafî görevlendirilebilir. Dolayısıyla bu tür yargılamalarda müdafî bulunması zorunlu olmayıp, mahkeme başkanının takdirine bırakılmıştır (StPO m. 140/2).

Şüpheli veya sanığın, kendisini savunamayacak derecede malul³⁵⁸ veya sağır ve dilsiz olması (CMK m.150/2); Kendini savunamayacak kadar malul olanlar³⁵⁹ (aklen ve/veya fiziken malul olmak veya aşırı yaşlılık gibi) ile sağır ve dilsizlerin de çocuklar gibi kendilerini yeterince savunamayacakları kabul edildiğinden, bunlar için de talep aranmaksızın soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında zorunlu müdafî görevlendirilmesi kabul edilmiştir³⁶⁰.

Şüpheli veya sanığın, alt sınırı³⁶¹ beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan yargılanıyor olması^{362 363} (CMK m. 150/3); Bu hükümle kanun koyucu, uzun süreli hapis cezaları gerektiren suçları işlediği iddia edilen kişilerin, yargılamanın her aşamasında mutlaka

³⁵⁸ “Adli Tıp Kurumu İhtisas Kurulu’nun raporu ile cezai ehliyeti bulunmadığı belirlenen sanığa, yargılama tarihinde yürürlükte bulunana 1412 sayılı CMUK’un 138. maddesi (CMK m. 150) uyarınca müdafî görevlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, müdafî bulunmayan ve kendisini savunamayacak durumda olan kişi hakkında yargılama yapılarak hüküm kurulması, savunma hakkının ihlalidir. (Yarg. 4. CD, 07.02.2007, 10531/1266, Yaşar, s. 1756); Yarg. 4. CD, 11.04.2006, 11578-9278, (Yaşar, s.1756).

³⁵⁹ “Kısmi akıl hastası olduğu kabul edilen sanığın CMK’nın 150/2’nci maddesi hükmüne aykırı olarak müdafî 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. 10 Şubat 2013).

“Akıl hastalığına duçar olup cezai ehliyeti bulunmayan sanığa, isteği bulunmasa dahi müdafî tayin edilmelidir”. (Yarg. 10. CD, E. 1995/10075, K. 1995/10639, Yurtcan, CMK Şerhi, s.367).

³⁶⁰ Beulke’ye göre, “zorunlu müdafilik gerektirecek en önemli unsur, sanığın kendisini savunamayacak halde olmasının fark edilmesidir. Sanığın fiziksel ya da akli bir engelinin olması ya da sanık okuyup yazamıyorsa ya da esas davada kendisini temsil edebilecek bir müdafî maddi imkânsızlık sebebiyle tutamıyorsa veya davalı sağır ya da dilsiz ise, böylesi durumlarda sanığa bir müdafîin görevlendirilmesi devletin zorunlu görevidir. Beulke, s.107; Soyaslan, s.191; Karakehya, “Ceza Muhakemesinde Zorunlu Müdafilik”, s.425.

³⁶¹ CMK’nın ilk halinde “üst sınırı beş yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren” suçlardan yapılan yargılamalarda zorunlu müdafilik sistemi kabul edilmişken; zorunlu müdafiliğin Devlete yüklemiş olduğu ekonomik yük nedeniyle CMK’da 2006 yılında 5560 sayılı kanunla yapılan değişiklikle, üst sınırı yerine “alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren” suçlardan yapılan yargılamalarda zorunlu müdafilik sistemi kabul edilmiştir (CMK m. 21).

³⁶² “... Anılan yasa maddesinde açıkça “alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda” müdafî görevlendirilmesinin zorunlu olduğu hükme bağlanmış, alt sınırı beş yıl olan suçlar bu kapsamın dışında bırakılmıştır... Yasa koyucunun bu ifade tarzını, bilinçli olarak tercih ettiği ve alt sınırı beş yıl hapis cezasını gerektiren suçları zorunlu müdafilik kapsamına almadığı sonucuna ulaşılmaktadır”, (YCGK, 11.10.2011, E. 2011/10-82, K. 2011/204, Arslan, s.221); Yarg. 5. CD, 14.03.2012, E. 2012/2064, K. 2012/2040, (www.kazanci.com.tr. 20 Mart 2013).

³⁶³ Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezası gerektiren suçlar için zorunlu müdafiliği öngören CMK’nın 150. maddesinin üçüncü fıkrasının, Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi, “ihtiyari görevlendirilmiş müdafiden yararlanma hakkının her türlü suç şüphesi altına olan sanık ve şüpheliler için bir hak olduğunu ve iptali istenen düzenleme ile şüpheli veya sanığın bizzat savunma yapma veya istediği bir müdafîin yardımından yararlanma hakları elinden alınmamış olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. (Any. M. 12.3.2009, 14/48, Yaşar, s.1692-1693).

bir müdafî tarafından savunulması gerektiğini kabul etmiştir³⁶⁴. Dolayısıyla, alt sınırı 5 yıldan fazla hapis cezası gerektiren suçların işlendiği iddiasıyla yapılan yargılamalarda, müdafî bulunması zorunludur³⁶⁵. Şüpheli veya sanığın, aynı anda birden fazla suç şüphesiyle yargılandığı durumlarda, zorunlu müdafî gerekip gerekmediğinin tespiti için her suç için öngörülen hapis cezası süresinin alt sınırının beş yıldan fazla olup olmadığının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle tüm suçlar için öngörülen ceza süreleri toplanmaz³⁶⁶. Fakat CMK’da, şüpheli veya sanığa isnat edilen suçun cezasının alt sınırı esas alınarak zorunlu müdafîlik halinin düzenlenmiş olması, eşitliksizliklere sebebiyet verebileceği gibi aynı zamanda uygulamada zorunlu müdafî bulunması gereken şüpheli veya sanıkların, yargılama sırasında fiilin hukuki nitelemesinin değişmesi nedeniyle belirli bir safhaya kadar müdafîsiz yargılamalarına sebebiyet verebilecektir³⁶⁷.

Şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığını, akıl hastası ise ne zamandan beri hasta olduğunu ve bunun, kişinin davranışları üzerindeki etkilerini saptamak amacıyla resmî bir sağlık kurumunda gözlem altına alınmasına karar verileceği zaman da müdafî bulunması zorunludur (CMK m. 74/2).

³⁶⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre, “Mevcut davada başvuran, annesini öldürmek suçundan dolayı ölüm cezası almıştır... Mesleki eğitimi olmayan ve düşük gelirli bir ortamdan gelen başvuranın, ölüm cezası alma olasılığının olduğu cezai yargılama sırasında “müdafî yardımı talep etmemesinin doğurabileceği sonuçları makul olarak değerlendirebileceği” düşünülemez. Kuşkusuz, başvuranın karşılaştığı güçlüklerin bilincinde olan ulusal makamlar, başvuranın re’sen tayin edilen müdafiden ücretsiz olarak temsil edilmesini istemesinin mümkün olduğunu bilmesi için daha aktif bir tutum edinmiş olsalardı, savunma hakkının etkili kullanılmasındaki engeller aşılabilirdi. Ancak ulusal makamlar bu konuda pasif kalmış ve böylece adil yargılamayı sağlama yükümlülüklerini yerine getirmemişlerdir. AİHM, başvuranın aldığı cezanın ciddiyet seviyesini dikkate alarak, hukuki menfaatlerin, adil yargılanmadan faydalanması için başvuranın, aleyhindeki cezai yargılama çerçevesinde ücretsiz adli yardımdan faydalanmasını gerektirdiğine kanaat getirmektedir. (Talat Tunc/Türkiye, 32432/96, 27 Mart 2007, Cengiz-Demirağ-Ergül-Mcbride-Tezcan, s.176); “Resmi evrakta sahtecilik suçundan sanık hakkında; suçun üst sınırının 5 yıl hapis cezasını gerektirmesi karşısında; hüküm tarihinde yürürlükte bulunan CMK uyarınca atanan zorunlu müdafîi duruşmada hazır bulunmadığından derhal başka bir müdafîi görevlendirilmesi gerekir. Yargılamaya devam edilerek sanık müdafîinin yokluğunda mahkûmiyetine karar verilmek suretiyle savunma hakkının kısıtlanması yasaya aykırıdır”. (Yarg. 11. CD. 09.10.2008, E. 2008/4307, K. 2008/10114, www.kazanci.com.tr. 20 Mart 2013).

³⁶⁵ “Alt sınırı 5 yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçtan yargılanan hükümlüye, talimat mahkemesinde müdafîi atanmadan alınan beyanıyla hüküm kurulması suretiyle CMK’nın 150/3. maddesine aykırı davranılması, bozmayı gerektirmiştir”. (Yarg. 1. CD. 03.11.2010, E. 2010/3730, K. 2010/7192, www.kazanci.com.tr. 20 Mart 2013); “Bozma üzerine sanık müdafîine çıkarılan tebligatta müdafîin öldüğü belirtilmiş olmakla, 5271 sayılı CMK’nın 150/3 ve 151/1. maddelerinin açık hükmü karşısında, sanığa müdafîi tayin edilmeden yargılamaya devamla hüküm kurulması suretiyle savunma hakkının kısıtlanması, bozmayı gerektirmiştir”. (Yarg. 5. CD. 10.07.2008, E. 2006/7116, K. 2008/7579, www.kazanci.com.tr. 20 Mart 2013).

³⁶⁶ Soyaslan, s.191.

³⁶⁷ Centel-Zafer, s.170.

Soruşturma ya da kovuşturma aşamasında şüpheli veya sanığın tutuklanmasının talep edilmiş olması (CMK m. 101/3); Soruşturma aşamasında şüphelinin, kovuşturma aşamasında da sanığın tutuklanmasının talep edilmesi halinde, sorgu sırasında müdafî görevlendirilmesi zorunludur³⁶⁸.

Davranışları nedeniyle, duruşmada hazır bulunmasının duruşmanın düzenli olarak yürütülmesini tehlikeye sokacağı anlaşılan sanığın, mahkeme kararıyla duruşma salonundan çıkarılmasına ve duruşmaya sanığın yokluğunda devam edilmesine karar verildiği durumlarda da müdafî bulunması zorunludur (CMK m. 204/1).

Müdafîi olmayan kaçak sanık hakkında sadece duruşma yapılan hallerde, müdafîi bulunması zorunludur (CMK m. 247/4).

Şüpheli, sanık veya bu kişilerin kanuni temsilcileri tarafından seçilen ya da baro tarafından görevlendirilen müdafîin, CMK'nın 151'inci maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında mahkeme kararıyla yasaklanması halinde, müdafîi bulunması zorunludur³⁶⁹ (CMK m. 151/5).

CMK'da düzenlenmiş olan zorunlu müdafîi görevlendirilmesini gerektiren sınırlı haller, savunma hakkının etkin kullanılması bakımından yetersiz gibi görense de³⁷⁰, aslında zorunlu müdafîlik gerektiren haller ile talep halinde baro tarafından ihtiyari müdafîi görevlendirilmesinin zorunlu olduğuna ilişkin düzenleme birlikte değerlendirildiğinde, CMK'daki düzenlemenin savunma hakkı ve çağdaş ceza adaleti açısından ve mehzaz Alman hukukuna göre, oldukça ileri bir düzenleme olduğu³⁷¹, ceza muhakemesinde müdafîin yardımından yararlanmanın istisna olmaktan çıkıp kural haline geldiği rahatlıkla ifade edilebilir³⁷². Fakat kanaati-

³⁶⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, "... Özgürlükten yoksun bırakmanın muhtemel olduğu bir durumda (şüpheli veya sanığın tutuklanması ihtimalinin olduğu durumda), adaletin selameti, müdafîi ile temsil edilmeyi zorunlu kılar". (Benham/Birleşik Krallık, 19380 / 92, 10.06.1996, Cengiz-Demirağ-Ergül-Mcbride-Tezcan, s.178-179).

³⁶⁹ Soyaslan, s. 194.

³⁷⁰ Kocaoğlu, Müdafîi, s.130.

³⁷¹ Arslan, s.207. Alman ceza muhakemesi hukukunda (StPO m. 140, 132, 132a) da şu istisnai hallerde müdafîi görevlendirilmesi zorunludur; (1) Eyalet ve bölge mahkemesinde yapılan ilk derece yargılamalarında, (2) Isnat edilen suç cürümse (ağır ceza gerektiren bir suçla yargılanıyorsa) , (3) Yargılama, bir mesleğin yasaklanması için yapılıyorsa, (4) Şüpheli sağır veya dilsizse, (5) Şüpheli hakim kararıyla en az 3 ay bir ceza veya tutukevinde tutuluyorsa ve duruşmanın başlamasından en az 2 hafta önce bırakılmayacaksa, (6) Sanık (ruhsal durumunun tespiti amacıyla) müşahade altına alınacaksa, (7) Koruma muhakemesi yapılacaksa, (8) Sanığın seçtiği müdafîi mahkeme tarafından müdafîlikten yasaklanmışsa. Roxin-Schünemann, s.118; Beulke, s.106-107; Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s.414; Fahl, s.1055.

³⁷² Yurtcan, CMK Şerhi, s.366.

mizce, CMK’da sayılan zorunlu müdafilik gerektiren hallere, “davanın karışık olması veya şüpheli veya sanığın kendisini savunamayacak kadar bilgisiz ve eğitim seviyesinin düşük olması” halinin de eklenmesi yerinde olacaktır.

b) Zorunlu Müdafiden Yararlanma

Zorunlu müdafiliği gerektiren hallerde müdafî, ya şüpheli veya sanık tarafından ya şüpheli veya sanığın kanuni temsilcisi tarafından seçilmekte ya da ilgili merciin re’sen talebi üzerine baro tarafından görevlendirilmektedir.

aa) Zorunlu Müdafii Seçilmesi

Zorunlu müdafî gerektiren hallerde de şüpheli veya sanık ya da bunların kanuni temsilcileri, kendi istedikleri müdafî veya müdafileri özgürce seçme hakkına sahiptir. Çünkü zorunlu müdafii görevlendirilebilmesi için, şüpheli veya sanık ya da kanuni temsilcileri tarafından seçilmiş bir müdafii olmaması gerekir³⁷³. Dolayısıyla seçilmiş müdafii olan şüpheli ve sanıklara, zorunlu müdafilik gerektiren hallerde dahi baro tarafından müdafî görevlendirilmesi yapılmaz³⁷⁴. Zorunlu müdafilik hallerinde müdafii, şüpheli, sanık ya da bunların kanuni temsilcileri tarafından seçilmiş olması halinde de seçilen müdafî, zorunlu müdafidir.

Seçilmiş zorunlu müdafii görevini tam ve düzgün yapması ve şüpheli veya sanığa gerekli hukuki yardımı yapması zorunludur. Kanaatimizce, seçilmiş zorunlu müdafii görevini yapmaması veya duruşmalara mazeretsiz olarak katılmaması halinde, mahkemenin veya hâkimin seçilmiş müdafii görevden alma yetkisi olmamakla birlikte, seçilmiş zorunlu müdafie rağmen baro tarafından başka bir müdafii re’sen görevlendirilmesi zorunludur³⁷⁵.

Zorunlu müdafilik durumunda da şüpheli veya sanık ya da bunların kanuni temsilcileri tarafından müdafî seçilmesi usulü, ihtiyari müdafii seçilmesindeki usulle aynıdır. Tekra-

³⁷³ Centel-Zafer, s. 171.

³⁷⁴ Oysa Alman ceza muhakemesi hukukunda, zorunlu müdafilik gerektiren bazı hallerde şüpheli veya sanığın seçilmiş müdafisi olsa dahi seçilmiş müdafii müdafilikten ayrılması halinde yargılamaya kesintisiz devam edilebilmesi için yine de mahkeme tarafından şüpheli veya sanığa bir müdafî görevlendirilmektedir; Roxin-Schünemann, s.123; Eser, s. 332; Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s.414 (50. Dipnot).

³⁷⁵ Haller-Conzen, s. 131; Karakehya, “Ceza Muhakemesinde Zorunlu Müdafilik”, s.427.

ra düşmemek amacıyla, bu konuyla ilgili daha fazla bilgi için daha önce anlatmış olduğumuz “ihtiyari müdafiiin şüpheli veya sanık tarafından seçilmesi” ve “ihtiyari müdafiiin kanuni temsilci tarafından seçilmesine” ilişkin kısma atıfta bulunmakla yetiniyoruz.

bb) Zorunlu Müdafiiin Görevlendirilmesi

Ceza muhakemesi hukukunda zorunlu müdafii gerektiren hallerde seçilmiş müdafisi bulunmayan şüpheli veya sanığa, soruşturma aşamasında ifade alan merciin veya sorguyu yapan hâkimin ve kovuşturma aşamasında kovuşturmayı yapan mahkemenin talebi üzerine, soruşturmanın veya kovuşturmanın yürütüldüğü yer barosu tarafından bir müdafii görevlendirilmesi zorunludur (CMK m. 156/1). Zorunlu müdafilik gerektiren hallerde, müdafii görevlendirilmeden veya görevlendirmiş müdafiiin yokluğunda ifade alınamaz, sorgu yapılamaz, duruşma yapılamaz ve şüpheli veya sanığın etkin bir şekilde katıldığı soruşturma ve kovuşturma işlemleri yapılamaz. Bu nedenle açıkça zorunlu müdafilik gerektiren nedenlerden birinin bulunmasına rağmen, kolluk, savcılık veya mahkeme tarafından barodan müdafii talep edilmemesi veyahut da yetkili merciler tarafından barodan müdafii görevlendirilmesi talep edilmesine rağmen, baro tarafından haklı bir mazeret olmadan zorunlu müdafii görevlendirilmemesi³⁷⁶ hem savunma hakkının ihlalini hem de TCK’nın 257’nci maddesinde düzenlenmiş olan görevi kötüye kullanma (görevi savsama) suçunu oluşturacaktır. Yargıtay da bu konuda verdiği bir kararda, “*incelenen dosyada, İzmir 4. Çocuk Mahkemesinin, 2007/31 esas sayılı dosyası üzerinden yürüttüğü yargılamada, 18 yaşından küçük mağdur Ş.Ş’ye CMK’nın 234/2 maddesi gereğince bir vekil görevlendirilmesi isteğini İzmir Barosu Başkanlığına 6.8.2007 ve 16.10.2007, tarihli yazılarla ilettiği, isteğin yerine getirilmemesi üzerine mahkemece 24.1.2008 tarihli oturumda suç duyurusunda bulunulmasına karar verildiği anlaşılmaktadır.*

³⁷⁶ “Çocuk Mahkemesinin, 2005/1870 esas sayılı dosyası üzerinden yürüttüğü yargılamada, CMK’nın 150/2 maddesi uyarınca yaşı küçük sanık ...’e bir avukat görevlendirilmesi isteğini ... Barosu Başkanlığına 22.3.2006 tarihli yazıyla ilettiği, görevlendirilen avukatın duruşmalara gelmemesi nedeniyle öncelikle yargılamaya katılımının sağlanması olanaklı değilse yeni bir avukat görevlendirilmesi için anılan baro başkanlığına 31.10.2006, 23.2.2007 ve 14.6.2007 tarihli yazıların gönderildiği, ancak uyarılara karşın görevlendirilen avukatın duruşmalara katılması sağlanmadığı gibi yeni bir avukatın da görevlendirilmediğinin anlaşılması üzerine mahkemece suç duyurusunda bulunulmasına karar verilerek duruşmanın 30.1.2008 tarihine ertelendiği görülmektedir. Barosu Başkanlığı Yönetim Kurulu üyesi olup suç tarihi itibarıyla müdafii ve vekil görevlendirilmesi işlerinden sorumlu olan şüpheli avukatların eylemlerinin, ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunun öğelerini oluşturup oluşturmadığının, leh ve aleyhlerine toplanacak tüm kanıtların, mahkemece birlikte tartışılıp değerlendirilmesi sonucu belirlenmesi gerekmektedir. Yapılan açıklamalara göre, son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına ilişkin kararın, hukuka aykırı olduğundan kuşku yoktur”. (Yarg. 4. CD, 09.02.2011, E. 2010/22677, K. 2011/1333, www.kazanci.com.tr. 20 Şubat 2013).

*Mahkemenin vekil görevlendirilmesi isteğine ilişkin yazıları, İzmir Barosu Başkanlığının İzmir Cumhuriyet Başsavcılığına gönderdiği 7.10.2008 ve 14.7.2009 tarihli yanıt yazıları ile duruşma tutanaklarının, şüpheli avukatlar açısından 5271 sayılı CMK'nın 170/2 maddesi uyarınca son soruşturmanın açılması kararı verilebilmesi (iddianame düzenlenebilmesi) için suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturduğu açıktır. İzmir Barosu Başkanlığı Yönetim Kurulu Üyesi olup suç tarihi itibarıyla müdafii ve vekil görevlendirmesi işlerinden sorumlu şüpheli avukatlar A.E. ve M.K.'nın eylemlerinin, **ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunun öğelerini oluşturup oluşturmadığının**, leh ve aleyhlerine toplanacak tüm kanıtların, mahkemece birlikte tartışılıp değerlendirilmesi sonucu belirlenmesi gerekmektedir. Yapılan açıklamalara göre, son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına ilişkin kararın, hukuka aykırı olduğunda kuşku yoktur³⁷⁷.*

Zorunlu müdafilik gerektiren durumlarda da zorunlu müdafii görevlendirecek mercii ile müdafinin görevlendirilmesi usulü, ihtiyari müdafinin görevlendirilmesine ilişkin usulle aynıdır³⁷⁸. Tekrara düşmemek amacıyla, bu konuyla ilgili daha fazla bilgi için daha önce anlatmış olduğumuz “ihtiyari müdafinin görevlendirilmesine” ilişkin kısma atıfta bulunmakla yetiniyoruz.

³⁷⁷ **Yarg. 4. CD, 28.09.2011, E. 2010/30698, K. 2011/16613**, (www.kazanci.com.tr. 20 Şubat 2013); “Mensuplarının mesleki ödevlerini denetlemekle görevli kılınan baro yönetim kurullarının, kendilerine tanınan yetki ve görevlerin dışına çıkarak, kanuna açıkça aykırılık oluşturacak ve savunma hakkına zarar verecek biçimde bir kamu hizmetinin durdurulmasına karar vermeleri mümkün değildir. Öte yandan avukatların, baro organlarının kanunlarla yüklenilen görevleri hukuki dayanaktan yoksun biçimde ortadan kaldırmaya yönelik olması nedeniyle hukuk düzenine ve kanunlara açıkça aykırılık oluşturan kararlarına uymak zorunluluğu da bulunmamaktadır. Baro yönetim kurulunun almış olduğu böyle hukuka aykırı bir karara uymak, TCK'nın 49. (24) maddesinde belirtilen biçimde bir hukuka uygunluk nedeni sayılamaz. O halde, levhasına kayıtlı bulundukları Diyarbakır Barosu tarafından yasal düzenlemelere uygun biçimde müdafii olarak görevlendirildikleri ve bu görevlerinin sona ermesini gerektirecek yasal koşullar da bulunmadığı halde, Baro Yönetim Kurulunun bir meslektaşlarına yönelik davranışı duyurma ve protesto amacı ile aldığı, ‘kolluk aşamasında CMUK (CMK) gereği zorunlu müdafilik hizmetlerinin durdurulmasına ilişkin’ kararına destek amacıyla hareket eden sanıkların, kolluk tarafından arandıklarında iletişim imkânlarını ortadan kaldırmak ya da çağrıyı reddetmek suretiyle kolluk aşamasındaki zorunlu müdafilik görevlerini yerine getirmemek şeklindeki eylemleri, Avukatlık Kanunu’nun 62. maddesi aracılığı ile TCK’nın 230. (257/2) maddesinde öngörülen görevi savsama suçunu oluşturur”. (**YCGK, 07.10.2003, E. 2003/4-220, K. 2003/242, Gökcan, Açıklamalı Avukatlık Yasası, s.187**).

³⁷⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre, “müdafii ile şüpheli veya sanık arasındaki güven ilişkisinin önemine rağmen kişinin kendi müdafisini seçme hakkı mutlak bir hak olarak kabul edilemez. Adli yardımın söz konusu olduğu ve adaletin selametinin sanığın mahkemeler tarafından görevlendirilecek müdafiler tarafından savunulmasını gerektirdiği durumlarda, bu hak bir takım zaruri kısıtlamalara tabi tutulacaktır. Ulusal mahkemeler konuyla ilgili ve yeterli gerekçelerin adaletin selameti gereği müdafii tayin edilmesini gerektirdiği durumlarda sanığın müdafii seçimi hususundaki arzularını dikkate almaz”. (**Mayzit/Rusya, 63378/00, 20.01.2005, Cengiz-Demirağ-Ergül-Mcbride-Tezcan, s.180**).

C) Müdafî Sayısı

Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre kural olarak şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafîin yardımından yararlanabilir (CMK m. 149/1). Ayrıca şüpheli veya sanığın hukuki yardımından yararlandığı birden fazla müdafî, aynı anda duruşmaya katılabilir (CMK m. 189/1). Ceza muhakemesi hukukunda şüpheli veya sanığın, yardımından yararlanabileceği müdafî sayısı bakımından genel olarak herhangi bir üst sayı sınırlaması bulunmamaktadır³⁷⁹. Şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında dilediği sayıda müdafîin yardımından sırayla veya aynı anda yararlanma hakkına sahiptir³⁸⁰.

Soruşturma aşamasında şüphelinin yararlanabileceği müdafî sayısı konusunda istisnalar olmakla birlikte kural olarak üst sınır bulunmamaktadır (CMK m. 149/1). Bu nedenle soruşturma aşamasında şüphelinin veya kanuni temsilcisinin seçeceği birden fazla müdafîin yardımından yararlanılabilir. Fakat Türk hukukunda soruşturma aşamasında, istisnai bazı hallerde şüphelinin sadece belirli sayıda müdafîin yardımından yararlanabileceği düzenlenmiştir. Soruşturma aşamasında müdafî sayısının sınırlandığı istisnai haller şunlardır.

Şüphelinin birden fazla seçilmiş müdafîi olsa bile, soruşturma aşamasında sadece **ifade alma sırasında** en fazla üç müdafî hazır bulunabilir (CMK m.149/2). Bu sınırlama sadece soruşturma aşamasındaki ifade alma sırasında geçerli bir sınırlamadır. Soruşturma aşamasında ifade, ya kolluk görevlileri (polis, jandarma) ya da doğrudan savcı tarafından alınır. Ancak belirtmek isteriz ki, bu hükümdeki sınırlama sadece hazır bulunacak müdafî sayısına ilişkindir. Yoksa şüpheli, soruşturma aşamasında ifade sırasında hazır bulunma işlemi dışında istediği sayıdaki müdafîin yardımından yararlanabilir.

³⁷⁹ **Demirbaş**, "Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Müdafilik", s.137; **Kunter-Yenisey-Nuhoglu**, s.415; Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda 1974 yılında yapılan değişiklikle, hakkın kötüye kullanılması, hâkimlerin baskı altına alınması, yargılamanın gereksiz yere uzamasına sebebiyet verilmesi gibi sebeplerle şüpheli veya sanığın soruşturma ve kovuşturma aşamalarında en fazla üç müdafîin yardımından yararlanabileceği düzenlenerek, müdafî sayısı üç ile sınırlandırılmıştır. Fakat şüpheli ve sanıklar, danışman statüsünde (resmi merciler önünde işlem yapma ve savunma yetkisi olmayan) istedikleri kadar müdafîinin yardımından yararlanma hakkına sahiptir (StPO m. 137/1). **Kühne**, s. 103-104; **Eser**, s. 333; **Pfeiffer**, s. 435.

³⁸⁰ **Kocaoğlu**, Müdafî, s.152.

Soruşturma aşamasında, en fazla üç müdafî aynı anda tutuklu olan şüpheliyle görüşebilir (CKYCGİT m. 184/5-b). Tüzükte açıkça ve sadece soruşturma aşamasından bahsedildiği için bu sınırlama, kovuşturma aşamasında tutuklu olan sanık müdafii için geçerli değildir. Ayrıca tüzükde ki sınırlama aynı anda görüşmeye ilişkin bir sınırlamadır. Yoksa aynı anda olmamak koşuluyla, tutuklu şüpheliyle görüşecek müdafî sayısı bakımından bir sınırlama bulunmamaktadır.

Askeri suçlar kapsamında yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda, askeri ceza mahkemesinin kararıyla ve sadece savaş halinde olmak şartıyla, müdafî sayısı sınırlandırılabilir (AsMK m. 85/1). Müdafî sayısının sınırlandırılması için hem savaş halinin mevcut olması hem mahkeme kararıyla sınırlandırmanın yapılması hem de savunma hakkı temel bir hak olduğundan sınırlandırmanın ölçülü olması gerekir. Kanun koyucu açıkça, sınırlamadan bahsettiği için askeri ceza mahkemelerinin, şüpheli veya sanığı müdafiden yararlanma hakkından tamamen mahrum bırakacak bir karar verme yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla askeri ceza mahkemelerinde de şüpheli ve sanık, savaş halinde dahi en az bir müdafinin yardımından yararlanabilme hakkına sahiptir³⁸¹. Ayrıca askeri ceza mahkemelerinin savaş halinde müdafî sayısını sınırlandırabilme yetkisi, bağlayıcı değil, takdir yetkisidir.

Terörle Mücadele Kanunu’nda düzenlenmiş olan, “şüpheli, gözaltı süresince sadece bir müdafinin hukuki yardımından yararlanabilir” (TMK m.10/b) şeklindeki savunma hakkını kısıtlayıcı nitelikteki hüküm, 2012 yılında 6352 sayılı kanunla TMK’da yapılan değişiklikle yürürlükten tamamen kaldırılmıştır. Dolayısıyla artık müdafî sayısı bakımından CMK hükümleri, TMK kapsamında ki soruşturma ve kovuşturmalarda da aynen uygulanacaktır. Kovuşturma aşamasında sanığın yararlanabileceği müdafî sayısı konusunda seçilmiş müdafî açısından herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır (CMK m. 149/1). Diğer bir ifadeyle sanık, kovuşturmanın her aşamasında kendisinin veya kanuni temsilcisinin seçeceği bir veya birden fazla müdafinin hukuki yardımından yararlanabilir. Terörle Mücadele Kanunu’nun 10’uncu maddesinde düzenlenmiş olan “Terörle Mücadele Kanunu kapsamındaki suçlar sebebiyle yapılan yargılamalarda, sanığın en fazla üç müdafinin yardımından yararlanabileceğine ilişkin

³⁸¹ Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, s.102.

hüküm”, Anayasa Mahkemesi tarafından eşitlik ilkesine aykırılık sebebiyle 1993 yılında iptal edilmiştir³⁸².

Soruşturma ve kovuşturma aşamalarında, baro tarafından görevlendirilecek ihtiyari ya da zorunlu müdafî sayısı, her sanık için en fazla bir ile sınırlandırılmıştır (CMK m. 150 /1,2, 156/3). Dolayısıyla, baro tarafından ihtiyari veya zorunlu müdafîlik kapsamında her sanık için en fazla bir müdafî görevlendirilebilecektir.

Türk hukukunda, şüpheli veya sanığın yararlanabileceği müdafî sayısının tüm soruşturma ve kovuşturma aşamalarını kapsayacak şekilde sınırlandırılmamış olması doktrinde tartışılmış olup, ceza yargılamasının sürüncemede bırakılmaması için Türk ceza muhakemesi hukukunda da Alman ceza muhakemesi hukukundakine³⁸³ benzer şekilde müdafî sayısının hem soruşturma hem de kovuşturma aşamalarında en fazla üç ile sınırlandırılması gerektiği ve bu durumun da savunma hakkını ihlal etmeyeceği ekseriyetle savunulmaktadır³⁸⁴. Kanaatimizce de Türk hukukunda, ifade alınırken, sorgu yapılırken ve duruşma sırasında hazır bulunabilecek müdafî sayısının en fazla üç ile sınırlandırılmasının, özellikle siyasi içerikli davalarda yargılamanın sürüncemede bırakılması ihtimalini ortadan kaldıracaktır³⁸⁵. Ancak bu sayı sınırlaması sadece belirtilen ifade alma, sorguya çekilme ve duruşma zamanında yapılan iş-

³⁸² "... Kişilerin kutsal ve temel haklarından olan savunma hakkının herhangi bir şekilde sınırlandırılmasının kişiyi gereği gibi savunmasını yapmaktan yoksun bırakabilecek bir sonuç doğuracağından şüphe edilmemesi gerekir. İşte bu sebeptir ki; Anayasa'nın sözü edilen 36. maddesinde (meşru vasıta ve yollardan faydalanılması) esası kesin bir şekilde belirtilmiştir. Maddedeki (bütün) kelimesinin anlamı savunma hakkını hiç bir kayda bağlı tutulmaksızın bu haktan tam manasıyla faydalanmayı kapsar. Bu konuda yapılacak herhangi bir sınırlama bu hakkın özüne dokunur... Anayasa'nın 36. maddesinde hak arama özgürlüğü konusunda özel bir sınırlandırma öngörülmemiştir. 13. maddesinde öngördüğü genel sınırlama nedenleri, hak arama özgürlüğü için de geçerlidir. Avukat sayısını sınırlamanın, davanın konusuna göre, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, kamu yararının korunması gibi kavramlarla bir ilişkisi bulunmamaktadır. 13. maddede yer alan genel sınırlama nedenlerine dayanılarak yapılacak sınırlandırmalar ancak ciddi bir tehlikeye karşı bu kavramların korunması söz konusu olduğunda demokratik toplum düzeni gereklerine uygun düşer. Yapılan düzenleme, bu nitelikte olmadığından Anayasa'nın 13. ve 36. maddelerine aykırıdır." (Any. M. 31.03.1992, E. 1991/18, K. 1992/20, RG. 27.01.1993, Mük. S. 21478. s. 48-49).

³⁸³ 1974 yılına kadar Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da şüpheli ve sanık, istediği sayıda müdafîin yardımından yararlanma hakkına sahipti. Fakat 1970 yılındaki terör davalarında yargılamanın, yargılamaya katılan çok sayıda müdafî tarafından sekteye uğratılması nedeniyle, 1974 yılında StPO'nun 137. maddesinde yapılan bir değişiklikle şüpheli ve sanığın, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında en fazla üç müdafî tarafından savunulabileceğini düzenlemiştir. Fakat müdafî sayısına ilişkin sınırlama sadece savunma işlemlerine ilişkin olduğundan, savunma zamanı ve işlemleri dışında üçten fazla müdafîin yardımından yararlanmak mümkündür. Bu dönemde, müdafî sayısının sınırlandırılmasına ilişkin yapılan tartışmalarda, Alman Avukatlar Birliği müdafî sayısının sınırlanmasının gerekli olduğunu fakat müdafî sayısının üç değil beş ile sınırlandırılmasının daha yerinde olacağını savunmuştur. Fahl, s. 1053; Roxin-Schünemann, s.123.

³⁸⁴ Yurtcan, CMK Şerhi, s.360; Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s.416; Donay, s.166; Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, s.103; Tosun, s.603; Toroslu, Nevzat-Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Savaş Yayınları, 2008, s.140.

³⁸⁵ Tosun, s.603; Donay, s.166.

lemler ile sınırlı olmalıdır. Diğer bir ifadeyle, şüpheli veya sanık ifade alma, sorguya çekilme ve duruşma anı dışındaki soruşturma ve kovuşturma aşamalarında, istediği sayıda müdafî ile görüşme veya istediği sayıdaki müdafîin hukuki yardımından yararlanma hakkına sahip olabilmelidir.

D) Müdafîin Ücreti

Serbest meslek olan avukatlık mesleğini ifa eden müdafî, kural olarak müdafîlik görevini belirli bir ücret karşılığında yapar. Müdafîlik ücreti, avukatın hukukî yardımının karşılığı olan parasal meblâğı veya değeri ifade etmektedir (Av. K. m. 164/1). Müdafîin, yapmış olduğu hukuki yardımın karşılığı olarak alacağı ücretin miktarının belirlenmesi, seçilmiş müdafîlikte ve görevlendirilmiş müdafîlikte birbirinden farklıdır.

1. Seçilmiş Müdafîin Ücreti

Seçilmiş müdafîlikte müdafîlik ilişkisi, ya şüpheli veya sanık tarafından ya da bu kişilerin kanuni temsilcileri ile müdafî arasında yapılacak bir avukatlık sözleşmesiyle kurulur. Avukatlık sözleşmesi bir özel hukuk sözleşmesi olduğundan, kural olarak taraflarca serbestçe düzenlenebilir (Av. K. m.163/1). Bu nedenle, müdafî ile şüpheli veya sanık ya da bunların kanuni temsilcileri arasında yapılacak avukatlık sözleşmesinde taraflar, kural olarak müdafîlik ücretini de özgürce belirleme hakkına sahiptir. Ancak avukatlık sözleşmesiyle belirlenecek müdafîlik ücreti, avukatlık asgari ücret tarifesinin altında olmamak şartıyla özgürce belirlenebilir. Ayrıca ücretsiz müdafîlik yapılması halinde, durumun baro yönetim kuruluna bildirilmesi zorunludur (Av. K. m.164/4). Müdafîlik ücretinin taraflarca kararlaştırılmamış olduğu, taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı, ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veyahut ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı hallerde müdafîlik ücreti, avukatlık asgari ücret tarifesine göre belirlenir³⁸⁶ (Av. K. m. 164/4). Müdafîlik ücretinin takdirinde, hukukî yardımın tamamlandığı veya dava sonunda hükmün verildiği tarihte yürürlükte olan avukatlık asgari ücret tarifesi esas alınır (Av. K. m. 168/3).

³⁸⁶ 2013 yılı avukatlık asgari ücret tarifesine göre, soruşturma evresinde takip edilen işler için 400 TL, sulh ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için 660 TL, asliye ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için 1.320 TL, ağır ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için 2.640 TL, çocuk ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için 990 TL ve çocuk ağır ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için 2.640 TL'dir (29 Aralık 2012 tarihli TBB Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi).

Avukatlık asgari ücret tarifesini, her yıl baroların yönetim kurullarının da görüşü alınarak Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu tarafından hazırlanarak Adalet Bakanlığı'nın onayına sunulur. Adalet Bakanlığı'nın onaylaması durumunda tarife kesinleşir. Adalet Bakanlığı'nın tarifeyi TBB'ye bir daha görüşülmek üzere iade etmesi halinde, TBB Yönetim Kurulu tarafından ücret tarifesinin üçte iki çoğunlukla aynen kabul edilmesi halinde, tarife kesinleşir (Av. K. m. 168/2).

Seçilmiş müdafinin ücretini ödeme yükümlülüğü, müdafii ile avukatlık sözleşmesini yapan kişiye aittir. Dolayısıyla avukatlık sözleşmesini şüpheli veya sanık yapmışsa, ücret ödeme yükümlülüğü şüpheli ya da sanığa ait olacaktır. Fakat avukatlık sözleşmesini kanuni temsilci yapmışsa, ücret ödeme yükümlülüğü kanuni temsilciye aittir³⁸⁷. Ayrıca müdafinin, müdafilik görevinin yapılması ve görev yapıldıktan sonra sonucun alınması için müdafilik ücreti dışında **gerekli tüm giderlerin** de şüpheli, sanık ya da bunların kanuni temsilcisi tarafından talep halinde **peşin olarak ödenmesi gerekir** (Av. K. m. 173/2). Bu giderler peşin olarak müdafie ödenmedikçe, müdafinin **bu giderlere ilişkin görevleri ve işlemleri yapma yükümlülüğü** bulunmamaktadır. Masraflar, peşin olarak müdafie ödenmediğinden doğabilecek tüm sorumluluk, şüpheli, sanık ya da bunların kanuni temsilcilerine aittir (Av. K. m. 174/3).

2. Görevlendirilmiş Müdafinin Ücreti

Görevlendirilen müdafinin ücreti, soruşturma ve kovuşturma aşamaları için ayrı ayrı olmak üzere, avukatlık asgari ücret tarifesinden ayrı olarak hazırlanacak "Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Görevlendirilen Müdafii ve Vekillere Yapılacak Ödemelere İlişkin Tarife"³⁸⁸ ³⁸⁹gereğince Adalet Bakanlığı bütçesinde bu amaçla ayrılan ödenekten ödenir³⁹⁰. Ayrıca

³⁸⁷ **Kocaoğlu**, Müdafii, s.120.

³⁸⁸ Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince baro tarafından görevlendirilen müdafie ödenecek ücret, Türkiye Barolar Birliğinin görüşü de alınmak suretiyle Adalet ve Maliye Bakanlıkları tarafından her yıl Aralık ayında hazırlanan ve 1 Ocak tarihinden geçerli olmak üzere düzenlenen tarifede gösterilir (Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafii ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m. 9/1).

³⁸⁹ Dosyanın incelenmesinden, davacı tarafından dava konusu tarifiedeki belirlenen ücretlerin düşük ve yetersiz olduğu, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde belirlenen ücretlerin de altında kaldığı, bu haliyle Avukatlık Yasasının 164. maddesinin 4.fıkrasında ifadesini bulan "Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin altında vekalet ücreti kararlaştırılamayacağı" hükmüne aykırılık oluşturduğu ve bu şekilde düşük bir ücret belirlenmesinin; eşitlik ilkesine aykırı olduğu öne sürülerek Tarifenin iptalinin istendiği anlaşılmaktadır. Esasen, adli yardımın amacı, maddi olanakları sınırlı olan kişilere avukatın hukuksal yar-

müdafie, müdafilik görevinin gerektirdiği yol giderleri ile diğer masraflar da ayrıca ödenir. Görevlendirilen müdafie ödenen müdafilik ücreti ve diğer giderler, yargılama giderlerinden sayılır³⁹¹.

Fakat baro tarafından CMK'nın 150'inci maddesi kapsamında görevlendirilecek müdafie idare tarafında yapılan ödemeler, yargılama giderlerinden sayılmakta ve bu giderler yargılamanın sonunda sanığın mahkûm edilmesi ve ekonomik durumunun da yeterli olması³⁹² koşuluyla hükümlüden tahsil edilmektedir³⁹³.

dımını sağlayarak yargısal koruma altına almak olduğundan, bu haliyle kamu hizmetinin gerekleri ve kamu yararı gözetilerek düzenlenip yayımlanan dava konusu Tarifede, mesleğin kamu hizmeti niteliğinin ağır bastığı da göz ardı edilemez. 1412 sayılı Yasanın 146. maddesi ile anılan Yasa gereğince yapılacak hukuki yardımlar için Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinden ayrı olarak tarife düzenlenmesine yasa ile olanak tanınmıştır. Farklı bir Yasal düzenlemeden (1136 sayılı Avukatlık Yasası) kaynaklanan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin ihdas edilmiş amacı ile dava konusu tarifenin ihdas edilmiş amacı dikkate alındığında dava konusu düzenleme ile Anayasal eşitlik ilkesine aykırı bir hukuki durum yaratıldığı iddiasının dayanaksız olduğu açıkça anlaşılmaktadır. (Dan. 8. D. 22.10.2010, E. 2010/3434, K. 2010/5412, www.kazanci.com.tr. 20 Mart 2013).

³⁹⁰ 2013 yılı için görevlendirilen müdafie ödenecek ücret, soruşturma evresinde takip edilen işler için 182 TL, sulh ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için 282 TL, asliye ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için 310 TL, ağır ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için 561 TL, çocuk ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için 310 TL, çocuk ağır ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için 561 TL, bölge adliye mahkemelerinde görülen duruşmalı davalar için 561 ve Yargıtay'da görülen duruşmalı davalar için 630 TL'dir (29 Aralık 2012 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Görevlendirilen Müdafie ve Vekillere Yapılacak Ödemelere İlişkin Tarife m. 4).

³⁹¹ Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafie ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m. 8, 11.

³⁹² "Mahkemece 5271 sayılı Yasası'nın 150/3. maddesi uyarınca, sanığın savunmasını yapmak üzere zorunlu savunmanın görevlendirilmesi nedeniyle, müdafie ödenen avukatlık ücretinin, dosyadaki bilgilerden **mali geliri bulunmadığı anlaşılan** sanığa, yargılama gideri olarak yükletilmesine karar verilmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/3-c maddesindeki düzenlemeye açıkça aykırıdır". (Yarg. 6. CD. 12.07.2012, E. 2012/6243, K. 2012/14162, www.kazanci.com.tr. 20 Şubat 2013); Yarg. 2. CD. 16.6.2011, E. 2009/48524, K. 2011/1329, (www.kazanci.com.tr. 20 Şubat 2013).

³⁹³ AİHM'e göre, "Sözleşmenin 6. Maddesinin 3. fıkrasının (c) bendinde düzenlenmiş olan ücretsiz adli yardım mutlak değildir. Ücretsiz müdafie tayini ancak müdafie ücreti ödeme imkânına sahip olmayan sanığa, ceza muhakemesinde savunmasız kalmaması için yapılacaktır. Görevlendirilen müdafie ücretinin sanıktan alınması, yargılamanın adil olma özelliğine gölge düşürmediği sürece 6. maddeyi ihlal etmez". (Croissant/Almanya Kararı, 25.09.1992, www.ihami.anadolu.edu.tr. 20 Şubat 2013); Çelik, s. 156; Bkz. CMK'nın 147'nci maddesinin gerekçesi; Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafie ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m. 5/1.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MÜDAFİİN YETKİ VE GÖREVLERİ İLE GÖREVİNİN

SONA ERMESİ

I. MÜDAFİİN YETKİLERİ

A) Müdafiiin Şüpheli ve Sanıkla Görüşme ve Haberleşme Yetkisi

1. Müdafiiin Şüpheli ve Sanıkla Görüşme ve Haberleşme Yetkisinin Amacı

Müdafiiin sahip olduğu önemli yetkilerin başında, şüpheli ve sanıkla görüşme ve haberleşme yetkisi bulunmaktadır. Şüpheli ve sanığın müdafiiinin bulunması tek başına savunma hakkının etkili kullanılması için yeterli değildir. Savunma hakkının etkili kullanılması için ayrıca, müdafii ile şüpheli veya sanığın görüşme ve haberleşme hakkına ve imkânına da sahip olması gerekir³⁹⁴. Müdafiiin, şüpheli ve sanıkla görüşme ve haberleşme hakkına sahip olması, özellikle de şüpheli ve sanığın gözaltına alındığı veya tutuklandığı soruşturma ve kovuşturmalarda daha da önemli hale gelmektedir³⁹⁵.

Müdafiiin, şüpheli ve sanıkla görüşme ve haberleşme yetkisine sahip olmasının en önemli ve temel amacı, savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamaktır³⁹⁶. Çünkü savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılabilmesi için hem müdafiiin, şüpheli ve sanıktan isnat edilen suç, işlendiği iddia edilen fiiller, fiillerin işlenme amacı, şekli, zamanı ve yeri gibi belirli konularda bilgi alma imkânına sahip olması hem de şüpheli veya sanığın da müdafiden belirli hukuki bilgi ve savunma taktikleri gibi konularda bilgi alma imkânına sahip

³⁹⁴ Beulke, s. 99; Ünver-Hakeri, s. 319.

³⁹⁵ Doğru, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Savunma Hakkı”, s. 328; Eser, s. 334; Zafer, s. 332.

³⁹⁶ Centel-Zafer, s.180.

olması gerekir³⁹⁷. Bu hak sayesinde hem müdafî hem de şüpheli ve sanık, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında nasıl hareket etmeleri gerektiğine, savunmayı nasıl ve hangi hukuki argümanları kullanarak yapmaları gerektiğine sağlıklı bir şekilde karar verebileceklerdir. Böylece, savunma makamını birlikte işgal eden müdafî ile şüpheli veya sanığın savunmalarının, birbirini tamamlar nitelikte olması ve birbiriyle çelişkili olmaması sağlanmış olacaktır.

2. Müdafîin Şüpheli ve Sanıkla Görüşme Yetkisi

Müdafîin, gözaltındaki şüpheli ve sanıkla görüşme yetkisi, tutuklu şüpheli ve sanıkla görüşme yetkisi ile kaçak durumunda olan sanıkla görüşme yetkisi ve bu yetkinin kapsamı birbirinden farklılıklar arz etmektedir. Bu nedenle bu konular, ayrı ayrı başlıklar halinde incelenecektir.

a) Müdafîin Gözaltındaki Şüpheli ile Görüşme Yetkisi

Müdafî, gözaltındaki şüpheli ile görüşme yetkisine sahip olmakla birlikte, görüşme yetkisi sınırsız olmayıp, görüşme yetkisinin kapsamı ve sınırları CMK'da açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, soruşturma evresinin her aşamasında müdafîin, yakalanan veya gözaltına alınan şüpheli ile görüşme hakkı engellenemez ve kısıtlanamaz³⁹⁸ (CMK m. 149/3); müdafî, yakalanan veya gözaltına alınan şüpheli ile vekâletname aranmaksızın her zaman ve konu-

³⁹⁷ Kocaoğlu, Müdafî, s. 211.

³⁹⁸ “Bu bakımdan AİHM, cezai yargılama öncesi yapılan soruşturma evresinin öneminin altını çizmektedir; çünkü bu aşamada elde edilen deliller, yargılama sırasında sözkonusu suçun hangi çerçeve kapsamında ele alınacağını belirlemektedir. Aynı zamanda, özellikle delillerin toplanması ve kullanılması aşaması sözkonusu olduğunda cezai yargılamaya ilişkin mevzuat giderek daha karmaşık hale geldiğinden dolayı sanık, kovuşturmanın bu aşamasında kendisini savunmasız bir durumda bulur. Birçok durumda, bu savunmasızlık görevi, diğer hususlar meyanında sanığın kendini suçlamaya karşı korunma hakkının yerine getirilmesini sağlamak olan bir avukatın yardımı ile gereği gibi telafi edilebilir. Bu hak esasen, iddia makamının, sanığın arzusu hilafına baskı ve zorlama metodları ile elde edilen delilleri kullanmadan, iddialarını ispat etmeye çalışmasını öngörmektedir. Bir kovuşturmanın kendini suçlamama imtiyazının özünü yok edip etmediğini değerlendirirken AİHM'nin özel bir ihtimamla dikkate aldığı usul güvencelerinden birisi kovuşturmanın ilk aşamalarında avukat erişiminin sağlanıp sağlanmadığıdır. AİHM bu bağlamda, tutuklunun avukat yardımı almasının kötü muameleye karşı temel bir koruma olduğunu vurgulayan İÖK'nin tavsiyelerini not etmektedir. Bu hakkın kullanımına getirilecek sınırlandırmalar çok açık bir şekilde tanımlanmalı ve zaman sınırlamasına tabi tutulmalıdır. En ağır cezanın verilmesi durumu ile karşı karşıya olduğunda demokratik toplumlarda adil yargılanma hakkına en üst düzeyde özen gösterildiğinden, ağır suçlamalar söz konusu olduğunda bu ilkelere özellikle uyulmalıdır. AİHM, bu anlatılanlara dayanarak, adil yargılanma hakkının yeterince “uygulanabilir ve etkili” olabilmesi için, 6. maddenin 1. paragrafı uyarınca, kural olarak, her davanın kendine has koşulları ışığında bu hakkın kısıtlanması için zorunlu sebepler olmadıkça, şüpheliye, polis tarafından ilk kez sorgulanmasından itibaren müdafîe erişim hakkı sağlanmasının gerekli olduğu görüşündedir. Müdafî erişiminin sağlanmamasına istisnai olarak zorunlu sebeplerin gerekçe gösterilmesi durumunda bile, böylesi bir kısıtlama, gerekçesi ne olursa olsun, sanığın 6. madde tarafından güvence altına alınan haklarına halel getirmemelidir. Müdafî erişimi sağlanmayan sanığa polis soruşturması sırasında suçlayıcı ifadeler kullanılması durumunda, prensip olarak, sanığın haklarına telafi edilemeyecek şekilde zarar gelir”. (Salduz/Türkiye Kararı, 27.11.2008, www.yargitay.gov.tr. 10.06.2013).

lanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir³⁹⁹ (CMK m. 154/1; YGİY m. 21). Bu hükümlerden de açıkça anlaşılacağı gibi müdafî, gözaltına alınmış olan şüpheliyle, kural olarak her hangi bir zaman sınırlaması olmadan her zaman görüşebilir⁴⁰⁰. Kanunda açıkça müdafîin, görüşme yetkisini *her zaman* kullanabileceği belirtildiğinden müdafî, haftanın yedi günü ve günün her saati gözaltındaki şüpheliyle görüşebilme yetkisine sahiptir. Bu düzenleme, özellikle kaybolma tehlikesi içerisinde olan delillerin müdafî tarafından toplanmasının gerektiği durumlarda büyük öneme sahiptir. İhtiyaç halinde müdafî, resmi tatillerde ya da mesai saatleri dışında da gözaltındaki şüpheliyle görüşme yetkisine sahiptir.

Müdafîin gözaltındaki şüpheli ile görüşme yetkisi, belirli suçlarla sınırlı olarak ve suç delillerinin ele geçirilmesi amacıyla Terörle Mücadele Kanunu ile özel olarak sınırlandırılmıştır. Buna göre müdafîin, TMK kapsamındaki bir suç sebebiyle gözaltına alınan şüpheliyle görüşme yetkisi, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla en fazla yirmidört saat süre ile kısıtlanabilir⁴⁰¹. Fakat bu zaman zarfında şüphelinin ifadesi alınamaz (TMK m. 10/3-e). Bu hüküm kapsamında müdafîin gözaltındaki şüpheli ile görüşmesinin sınırlandırılabilmesi için, şüphelinin gözaltına alınmasının TMK kapsamındaki bir suça dayanması, Cumhuriyet savcısının gerekçeli olarak hâkimden sınırlandırma talep etmesi ve hâkimin de savcı-

³⁹⁹ “Madde, müdafîin, vekâletnamesinin bulunup bulunmadığının araştırılmasına gerek olmadan yakalanan, gözaltına alınan, muhafaza altına alınan şüpheli ile her zaman görüşebileceği ilkesini getirmiş bulunmaktadır. Maddede, görüşmenin, savunma hakkının gereğine uygun olarak cereyan edebilmesi için gerekli maddî koşullar da gösterilmiştir. İdare tarafından başkalarının duyamayacağı bir ortamın görüşmede sağlanması zorunludur” (CMK’nın 154’üncü maddesinin gerekçesi). Bunlar elbette ki, şüphelinin de haklarıdır. Bu hakları engelleyici veya kısıtlayıcı her eylem yasaktır ve savunma hakkının ihlâlini oluşturacaktır” (CMK’nın 149’uncü maddesinin gerekçesi).

⁴⁰⁰ Fahl, s. 1057.

⁴⁰¹ “Söz konusu davada, 3842 sayılı Kanun’un 31. maddesi uyarınca, başvuran Devlet Güvenlik Mahkemelerinin yetki alanına giren suçlardan birini işlemekle itham edildiği için gözaltı sırasında müdafî erişim hakkı kısıtlanmıştır. Bunun sonucunda başvuran, polise, Cumhuriyet Savcısı’na ve sorgu hâkimine ifade verirken müdafî erişim hakkından yararlanmamıştır. Dolayısıyla, başvurana müdafî erişim hakkının sağlanmamasına gerekçe olarak yalnızca bu durumun ilgili yasal hükümlerce sistematik olarak öngördüğü belirtilmiştir. Bununla birlikte, başvuranın 1 Haziran 2001 tarihinde sorgu hâkimi huzuruna çıkmasından önce soruşturmanın büyük bir kısmının tamamlanmış olduğu dava dosyasından anlaşılmaktadır. Ayrıca, İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi, davanın esasını incelemeyen önce, başvuranın gözaltındayken vermiş olduğu ifadelerin kabul edilebilirliği konusunu değerlendirmemiş, aksine, başvuranın doğruluğunu inkâr etmesine rağmen polise verilen bu ifadeleri mahkûmiyeti için esas kanıt olarak kullanmıştır. Dolayısıyla söz konusu davada, başvuranın polise verdiği ifadenin mahkûmiyetine esas alınması nedeniyle, başvuranın müdafî erişim hakkına getirilen kısıtlamalardan etkilendiği şüphe götürmez bir gerçektir. Ne sonradan sağlanan müdafî yardımı ne müteakip kovuşturmanın çekışmeli niteliği gözaltı sırasında yapılan hataları telafi edebilir. Son olarak AİHM, davanın özel unsurlarından birinin de başvuranın yaşı olduğunu kaydeder. Gözaltında reşit olmayan kişilere sağlanan adli yardıma ilişkin uluslararası hukuk esaslarını göz önüne alan AİHM, gözaltına alınan kişinin reşit olmaması durumunda, müdafî erişimin sağlanmasının önemini vurgular. Bununla birlikte mevcut davada, daha önce belirtildiği gibi müdafî erişimine getirilen kısıtlama sistematiktir ve devlet güvenlik mahkemelerinin yetki alanı kapsamındaki bir suçtan gözaltında tutulan herkese, yaşlarından bağımsız olarak uygulanmıştır. Bu nedenleri göz önüne alan AİHM, mevcut davada AİHS’in 6. maddesinin (3-c) paragrafının 1. paragrafı ile bağlantılı olarak ihlâl edildiği sonucuna varmıştır”. (Salduz/Türkiye Kararı, 27.11.2008, www.yargitay.gov.tr. 10.06.2013).

nın sınırlandırma talebini uygun bulması gerekir. Ayrıca görüşmeye getirilebilecek sınırlama, en fazla yirmidört saat ile sınırlı olmalıdır⁴⁰².

Müdafinin gözaltındaki şüpheli ile görüşebilmesi için vekâletname ibraz etme zorunluluğu bulunmamaktadır⁴⁰³ (CMK m.154/1). Dolayısıyla müdafî, sadece avukatlık kimliğini ibraz ederek istediği zaman ve istediği sıklıkta gözaltındaki şüpheliyle görüşme yetkisine sahiptir. Fakat müdafinin yanında avukatlık stajı yapan stajyerlerin, müdafinin yerine gözaltındaki şüpheliyle görüşüp görüşemeyeceğine ilişkin mevzuatta açık bir hüküm bulunmamaktadır. Avukatlık Kanunu'na göre avukat stajyerleri, avukat yanında staja başladıktan sonra, avukatın yazılı muvafakati ile ve onun gözetimi ve sorumluluğu altında tek başına, sulh ceza mahkemelerinde avukatın takip ettiği dava ve işlerle ilgili duruşmalara girebilir (Av. K. m. 26/1). Ayrıca stajyer, vekâletname veya avukatın yazılı oluru olmaksızın dava ve takip dosyalarını inceleyebilir, yanında staj yaptığı avukatın yazılı oluru ile dava dosyalarından fotokopi ve benzeri yollarla örnek alabilir⁴⁰⁴ (Av. K. m. 46; TBB Stj. Yön. m.19). Avukatlık stajının amacı ile Avukatlık Kanunu'nun bu hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, tek başına ceza davalarında duruşmalara müdafii olarak girebilen⁴⁰⁵, soruşturma ve kovuşturma aşamasında dos-

⁴⁰² “Mevcut olayda başvuru, 16 Şubat 1999'dan 23 Şubat 1999'a kadar yaklaşık 7 gün boyunca Türkiye'de gözaltında tutulduğu süre içinde, güvenlik güçleri, Cumhuriyet savcısı ve Devlet Güvenlik Mahkemesi hakimi tarafından sorgulanmıştır. Söz konusu süre içinde müdafî yardımı almamış ve iddianamenin ve Cumhuriyet savcısının iddialarının önemli unsuru haline gelecek ve mahkûmiyetine katkıda bulunacak olan kendini suçlayıcı birçok ifade vermiştir. Başvurucunun bir müdafîe danışma hakkından vazgeçmiş olup olmadığı hususunda Mahkeme, gözaltına alındığı günün ertesinde (geçerli bir vekâletname-si bulunan) Türkiye'deki müdafî Feridun Çelik'in başvurucağı ziyaret etmek için izin istemiş olduğunu kaydeder. Ancak, Çelik'in seyahati güvenlik güçleri tarafından engellenmiştir. Buna ek olarak, 22 Şubat 1999 tarihinde başvurucağı ailesi tarafından tutulmuş olan on altı müdafî Devlet Güvenlik Mahkemesi'nden başvurucağı ziyaret etmek için izin istemişler, fakat istekleri yetkili makamlar tarafından 23 Şubat 1999 tarihinde reddedilmiştir. Bu koşullar altında Mahkeme, başvurucağı bir müdafîe ulaşmasının bu kadar uzun bir süre ve savunma haklarının telafi edilemeyecek şekilde zarar görmüş olabileceği bir şekilde engellenmesinin, sanığın Sözleşme'nin 6. maddesine göre sahip olduğu savunma haklarına zarar verdiği kanısındadır”. (Öcalan (BD)/Türkiye Kararı, 12.05.2005, www.ihami.anadolu.edu.tr. 20 Şubat 2013); “Bombalama suçundan gözaltına alınan başvurucağı, karakola getirildiğinde müdafî istemesine rağmen müdafî ile görüştürülmeden polis timleri tarafından ifade vermesi için altı kez sorguya alındıktan sonra 24 saatin sonunda henüz müdafî gelmeden suç ikrar eden uzun bir ifadesinin alınması ve başvurucağı toplam 48 saat müdafî ile görüştürülmemesi, bu ifadelerin iddianameye ve 20 yıllık mahkûmiyete esas oluşturması adil yargılanma hakkının (AİHS 6/3-c) ihlalini oluşturur”. (Magee/Birleşik Krallık Kararı, 06.06.2000, www.ihami.anadolu.edu.tr. 10 Haziran 2013).

⁴⁰³ “Müdafîin vekâletnamesi olmasa bile, ıslah merkezindeki, tutuk evlerindeki, hapishanelerdeki hapsedilmiş kişileri ve dışarıda eğitilen kişileri ziyaret etme izni vardır. Dolayısıyla bu hak, sanığın bir avukatı tutup tutmayacağına karar vermek için yapılacak ilk görüşme için verilir”. Fahl, s. 1057.

⁴⁰⁴ Alman hukukunda da müdafî olarak atanan avukat, kendini seçen müvekkilin rızasıyla en az 15 ay staj yapmış ve hâkimlik için yapılan ilk sınavı geçmiş bir stajyeri savunma için görevlendirebileceği kabul edilmiştir (StPO m. 39).

⁴⁰⁵ “Avukatın düzenlediği yetki belgesine istinaden stajyer avukatın duruşmalara girmesine rağmen mahkemece İcra Tetkik Mercii'nin “İcra Hukuk” mahkemesini kastettiği, stajyer avukatların İcra Ceza Mahkemesi'ne girme yetkisinin bulunmadığı dolayısıyla tarafın duruşmada temsil edilmediği gerekçesiyle davanın düşürülmesine ilişkin karar isabetsizdir. İcra Ceza Mahkemesi'ndeki davaya stajyer avukatın girme yetkisi vardır. Stajyer avukatın hazır bulunduğu celsede duruşmaya devamla

yayı inceleme ve dosyadan örnek alabilme yetkisine sahip olan stajyerin, müdafinin yazılı oluru ile gözaltındaki şüpheliyle de görüşme yetkisine sahip olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz⁴⁰⁶.

Müdafinin, gözaltındaki şüpheliyle görüşme yetkisine sahip olması kadar önemli bir diğer konu da müdafinin şüphelinin hangi araçlarla ve nasıl bir ortamda görüşeceği konusudur. Ceza muhakemesi hukukunda müdafinin, gözaltında bulunan şüpheli ile konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşme yetkisine sahip olduğu (CMK m. 154/1) ve müdafinin gözaltına alınan şüpheli arasında yapılacak görüşmeler için, her kolluk biriminde görüşmenin yapılmasına uygun bir oda bulundurulmasının zorunlu olduğu düzenlenmiştir (YGİY m. 21/4). Müdafinin ve özellikle de şüphelinin kendisini rahat hissetmesi için görüşme- de konuşulanların taraflardan başkası tarafından duyulmadığının ve öğrenilmediğinin bilinmesi büyük öneme sahiptir⁴⁰⁷. Bu konunun önemi karşısında kanun koyucu da müdafinin gözaltındaki şüpheli arasında yapılacak görüşmelerin başkalarının konuşulanları duyamayacağı bir ortamda yapılacağını ve kolluk birimlerinde bu amaçla kullanılmak üzere uygun şartları taşıyan görüşme odalarının bulundurulacağını düzenlemiştir. Savunma hakkını ihlal eden ve müdafinin şüpheliyle görüşme yetkisini önemli şekilde sınırlandıran TMK'nın, "TMK kapsamındaki suçlardan dolayı yapılan soruşturmada, müdafinin terör örgütü mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık ettiğine ilişkin bulgu ve belge elde edilmesi halinde, Cumhuriyet savcısının talebi ve sulh ceza hâkiminin kararıyla, müdafinin şüpheli arasında yapılan görüşmede bir görevli hazır bulundurulabilir⁴⁰⁸" (TMK m. 10/e) şeklindeki hükmü, 2.7.2012

davanın esası hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmesi gerekir". (Yarg. 16. HD, 25.10.2011, E. 2011/5038, K. 2011/6508, www.kazanci.com.tr. 10 Haziran 2013).

⁴⁰⁶ Kocaoglu, Müdafinin, s.216.

⁴⁰⁷ "AİHM'e göre, üçüncü bir kişi tarafından dinlenmeden sanığın müdafisiyle görüşebilmesi demokratik bir toplumda adil yargılanma hakkının temel şartlarından biri olup, Sözleşme'nin 6. maddesinin üçüncü fıkrasına ilişkin bulunmaktadır. **Müdafinin şüpheliyle baş başa görüşmemesi ve kendisinden gizli talimatlar alamaması halinde, müdafinin vereceği hukuki yardım anlamını yitirecektir.** Oysa Sözleşme, hakları ve özgürlükleri pratik ve etkili bir biçimde korumayı amaçlamaktadır. Olayda sanık müdafilerinin savunma stratejisi oluşturmak için işbirliği yapacakları ihtimalinin bulunması, başvuru ile müdafinin görüşmeye kısıtlama getirilmesi için yeterli somut bir gerekçe oluşturmaz. Müdafilerin bir araya gelerek savunma stratejisi oluşturmalarında hiç bir olağanüstü durum bulunmamaktadır. Ayrıca söz konusu kısıtlama yedi aydan fazla sürmüştür. Başvurucu, salıverilmek için başvuruda bulunma imkânına sahip olduğu için bu kısıtlamadan zarar görmediği şeklindeki bir argümana karşılık Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin ihlal edilmesi mutlaka bir zararın varlığını gerektirmektedir. Sonuç olarak müdafinin görüşmenin kısıtlanması nedeniyle savunma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmalıdır". (S./İsviçre Kararı 28.11.1991, www.ihami.anadolu.edu.tr. 20 Şubat 2013).

⁴⁰⁸ "Başvurucu 25 Şubat 1999 tarihinde, kendisini görmek isteyen 16 müdafiden ikisiyle, Z. Okcuoğlu ve H. Korkut ile görüşebilmiştir. İlk görüşme bir hakimin ve maskeli güvenlik güçlerinin önünde gerçekleşmiştir. Güvenlik güçleri görüşmenin 20 dakikayı aşmaması gerektiğini belirtmişlerdir. Söz konusu görüşmenin tutanakları, Devlet Güvenlik Mahkemesi'ne sunulmuştur. Başvurucunun diğer temsilcilerine daha sonra Mahkeme önünde temsil için yetki belgesini imzalatma ve görüşme izni verilmiştir. Başvurucuya göre, müdafisi ile yaptığı görüşmeler cam panellerin arkasından izlenmiş ve video kame-

tarıhli ve 6352 sayılı kanunun 75'inci maddesiyle yerinde bir düzenlemeyle yürürlükten kaldırılmıřtır⁴⁰⁹.

Müdafii'n gözaltındaki şüpheliyle görüşme yetkisine sahip olmasına ilişkin belirsiz bir durum da müdafii'n, gözaltındaki şüpheliyle telefonla görüşüp g r şemeyeceğidir. Gözaltındaki şüphelinin telefonla konuşabilme hakkına sahip olduğuna ilişkin mevzuatta bir hüküm bulunmamaktadır. Telefonla konuşan kişinin müdafii olduğunun tespit edilmesinin pek mümkün olmaması nedeniyle, müdafii'n, gözaltındaki şüpheliyle telefonla görüşme yetkisinin olmadığı kanaatindeyiz. Uygulamada da müdafiler, gözaltındaki şüpheliyle sadece yüz yüze görüşmektedir.

b) Müdafii'n Tutuklu Olan şüpheli ve Sanık ile Görüşme Yetkisi

Müdafii'n, ceza infaz kurumlarında tutuklu bulunan şüpheli ve sanıklar ile vekâletname aranmaksızın ve konuşulanları başkalarının duymayacağı bir ortamda her zaman görüşme yetkisi bulunmaktadır (CG K m. 114/5; CMK m. 149/3; 154/1). Tutukluların da müdafii ile görüşme hakkı olmakla birlikte, bu hak, belirli sebeplerle zaman yönünden, yer yönünden, vekâletname yönünden, sayı yönünden ve serbesti yönünden bazı sınırlamalara tabi tutulmuştur.

M dafii⁴¹⁰, kural olarak vekâletname aranmaksızın tutuklu olan şüpheli ile görüşebilme yetkisine sahiptir (CMK m.154/1). Dolayısıyla müdafii, sadece avukatlık kimliğini ibraz ederek tutuluklu olan şüpheliyle görüşme yetkisine sahiptir⁴¹¹. Ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülerin avukatla görüşmesine ilişkin CG K hükümleri, tutukluların müdafii ile g -

rayla filme alınmıştır. Aynı şekilde başvurucuya göre, kendisinin ve müdafilerinin bu görüşmeler sırasında belge alışverişinde bulunmalarına veya not almalarına izin verilmemiştir. Başvurucunun müdafileri, savcı tarafından düzenlenen iddianame dışında, başvurucuya ne dava dosyasının bir kopyasını ve ne de savunma hazırlamada yardımcı olabilecek başka bir dokümanı verebilmişlerdir. Dolayısıyla Mahkeme,    nc  şahışlar tarafından dinlenmeden müdafileri ile konuşabilmesinin başvurucu için gerekli olduğu kanısındadır. Sonuç olarak Mahkeme, başvurucunun güvenlik güçleri tarafından dinlenmeden müdafileri ile görüşmesinin imk nsız olmasının, savunma hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır". (** calan (BD)/Türkiye Kararı, 12.05.2005**, www.ihami.anadolu.edu.tr. 20 şubat 2013).

⁴⁰⁹ A HM'e göre, "müdafii ile şüpheli/sanık arasında yapılan konuşmaların polis tarafından dinlenmesi adil yargılanma hakkının ihlalini oluşturur". (**Brennan/Birleşik Krallık Kararı, 16.10.2001**, www.ihami.anadolu.edu.tr. 10 Haziran 2013).

⁴¹⁰ Müdafii'n yanında avukatlık stajı yapan stajyerin, gözaltındaki şüpheliyle görüşme yetkisine sahip olduğuna ilişkin görüşümüz, tutuklu bulunan şüpheli ve sanık ile görüşmesi için de aynen geçerlidir. **Centel**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii, s.144.

⁴¹¹ **Taşkun, ř. Cankat**, "Müdafii'n ve Vekilin Hukuki Yardımı, Sınırları ile Uygulamada Karşılaşılan Sorunların A HM   ti-hatları Işığında Değerlendirilmesi", TBB Dergisi, S.69, 2007, s.212.

rüşmesi için de uygulanmaktadır (CGİK m. 116/1). Bu nedenle CGİK'in 59'uncu maddesinde düzenlenmiş olan “*avukat, mesleğinin icrası çerçevesinde hükümlü ile vekâletname olmaksızın en fazla üç kez görüşebilir*” şeklindeki vekâletnamesiz görüşme sınırı, müdafî için de geçerlidir. Dolayısıyla müdafî, tutuklu olan şüpheliyle en fazla üç kez vekâletnamesiz görüşme yetkisine sahiptir⁴¹².

Kural olarak müdafî, tutuklu olan şüpheli veya sanıkla her hangi bir zaman sınırlanması olmaksızın her zaman görüşebilir. Diğer bir ifadeyle müdafîin, ceza infaz kurumunda tutuklu bulunan şüpheli veya sanıkla görüşmesi kural olarak engellenemez ve kısıtlanamaz⁴¹³ (CGİK m. 114/5). Fakat müdafî, tutuklu olan şüpheli veya sanık ile sadece resmi tatil günleri dışındaki günlerde ve mesai saatleri içerisinde olmak şartıyla görüşme yetkisine sahiptir (CGİK m. 59/2). Dolayısıyla müdafîin tutuklu şüpheli veya sanıkla görüşme yetkisi mesai gün ve saatleri ile sınırlandırılmıştır. Müdafîin tutuklu olan şüpheli veya sanıkla ile görüşme yetkisi, ceza infaz kurumlarının yapısı ve güvenliği nedeniyle gözaltındaki şüpheliyle görüşme yetkisine göre daha sınırlı tutulmuştur.

Müdafî, tutuklu olan şüpheli veya sanık ile ceza infaz kurumlarının görüşme için ayrılan ve bu amaca uygun olarak düzenlenmiş yerlerinde görüşebilir (CKYCGİT m. 84/4). Müdafîin, tutuklu ile görüşeceği yerin, konuşulanları başkalarının duymayacağı bir ortamda olması gerekir. Müdafî ile tutuklunun görüşmede yaptığı konuşmalar, hiçbir şekilde bir başkası tarafından dinlenemez ve kayda alınamaz. Ayrıca müdafîin, tutuklu olan şüpheli veya sanıkla yaptıkları görüşmeleri sesli veya görüntülü olarak kayda alması halinde, bu kayıtlar da incelemeye tabi tutulamaz (CGİK m. 59/4). Bununla birlikte, müdafî ile tutuklu arasında yapılan görüşme, güvenlik sebebiyle tarafların konuşmalarının dinlenemeyeceği bir mesafe ve

⁴¹² “Temsil edilme ve savunma haklarının kullanılmasındaki ana ilke, tutuklunun vekâletname sahibi bir avukatla görüşme hakkının varlığıdır. Ancak tutuklu, müdafilik mesleğinin icrası çerçevesinde ve gerekçesini yazılı olarak bildiren müdafisi ile vekâletname aranmaksızın en çok üç kez görüşme hakkına sahiptir”, (CGİK'in 59'uncu maddesinin gerekçesi).

⁴¹³ AİHM'e göre, müdafîin tutuklu şüpheli veya sanıkla görüşmesinin engellenmesi, adil yargılanma hakkının (6/3-c) ihlalini oluşturur. Gözübüyük ve Gölçüklü, s.305; “Mahkeme mevcut olayda başvurunun müdafisinin, yaklaşık altı aya yayılmış olan soruşturma boyunca müvekkilini görebilmek için Aile Mahkemesi yargıcından sekiz kez izin talebinde bulunduğunu gözlemlemektedir. Ancak bu taleplerden sadece ikisi kabul edilmiştir. Nihayetinde müdafî, soruşturmanın hemen başında atanmış olmasına rağmen, tüm soruşturma boyunca müvekkiliyle sadece bir kez görüşebilmiştir. Başvurucu susma ve kendini suçlandırmama hakkından, ancak soruşturma başladıktan ve çocuk yurduna yerleştirildikten yaklaşık altı hafta sonra gerçekleşen bu görüşme sırasında haberdar olmuştur. Bu durum, savunma hakkının kısıtlanmasıdır”. (Adamkiewicz/Polonya Kararı, 10.03.2010, www.yargitay.gov.tr. 10.06.2013).

ortamdan resmi görevliler tarafından izlenebilir⁴¹⁴ (CGİK m. 59/2). Fakat yapılacak izleme, savunma hakkını ihlal etmeyecek, müdafii ile tutuklu olan şüpheli veya sanığı tedirgin etmeyecek ve konuşulanların duyulmayacağı ve anlaşılmayacağı bir şekilde yapılması gerekir. Aksi durum, savunma hakkının ve müdafiden yararlanma hakkının ihlalini oluşturacaktır⁴¹⁵.

Doktrinde müdafii, tutuklu olan şüpheli veya sanıkla telefonla görüşme hakkının var olduğunu savunan yazarlar olmakla birlikte⁴¹⁶, mevzuatta müdafii böyle bir hakka sahip olduğuna dair bir hüküm olmadığı gibi bu iddianın aksini işaret eden hükümler bulunmaktadır. Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük’de, ceza infaz kurumlarında tutuklu bulunan kişilerin kimlerle ve hangi şartlarla telefonla görüşme hakkına sahip oldukları açıkça ve tahdidi olarak düzenlenmiştir. Buna göre, ceza infaz kurumlarında bulunan kişiler; eşi, üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları ve vasisi ile telefonla görüşme yapabilme hakkına sahiptir. Ayrıca tutuklularla, dışarıdan telefon açılmak suretiyle görüşülemez (CKYCGİT m. 88/1, 2-o)⁴¹⁷. Bu hükümden de açıkça anlaşılabacağı üzere, ne müdafii tutuklu ile telefonla görüşme yetkisi bulunmakta ne de tutuklu kişinin müdafisi ile telefonla görüşme yapma hakkı bulunmaktadır⁴¹⁸. Bu nedenlerle müdafii, tutuklu şüpheli veya sanıkla telefonla görüşme yetkisinin olmadığı kanaatindeyiz.

⁴¹⁴ Kocaoğlu, Müdafii, s.214.

⁴¹⁵ Ünver-Hakeri, s. 319.

⁴¹⁶ Mahmutoglu-Dursun, s.133; Demirbaş, “Hazırlık Soruşturmasında Savunma”, s.210.

⁴¹⁷ Hükümlülere yönelik olarak düzenlenmiş olan CKYCGİT’in bu hükmü, ceza infaz kurumlarında bulunan tutuklulara da uygulanmaktadır (CKYCGİT m. 186).

⁴¹⁸ “Esasen 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük’de de hükümlü ve tutukluların **müdafii (avukat) ile telefon görüşmesi yapabileceklerine dair herhangi bir düzenleme bulunmadığı**, bu kapsamda ilgili mevzuat incelendiğinde, Ceza İnfaz Kurumlarının Yönelimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük’ün "Haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama" başlıklı 148/4. maddesinde yer alan "anne, baba, eş, çocuk ve kardeşlerin ölüm veya ağır hastalıkları, doğal afet halleri ile resmi ve yetkili mercilerle yapılması gereken haberleşmeler ve avukat ile iletişimde bu madde hükmü uygulanmaz" şeklindeki düzenlemelerin, **müdafii ile tutuklu ve hükümlü arasındaki yüz yüze görüşmeleri** ve mektup, faks ve telgraf almak ve yollamak biçimindeki iletişimi kapsadığı, tutuklunun ve hükümlünün müdafii (avukatı) ile yapacağı telefon görüşmesi ile ilgili bir düzenleme olmadığı, kaldı ki yukarıda izah edilmeye çalışıldığı üzere hükümlünün böyle bir hakkı bulunmamaktadır. Yine Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük’ün "telefonla görüşme hakkı" başlıklı 88/1. maddesinde, "kapalı kurumda bulunan hükümlüler, belgelendirmeleri koşuluyla eşi, üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları ve vasisi ile telefon görüşmesi yapabilir" şeklinde bir düzenleme mevcut olup, görüldüğü üzere **hükümlünün ve tutuklunun müdafii (avukatı) ile telefonla konuşma hakkının kanunen bulunmadığı ortadadır**. Bu nedenle, kanunda ve diğer mevzuatta olmayan bir hakkın kısıtlanmasına ilişkin idari kurul kararı hukuka aykırı ve gereksizdir”. (Yarg. 9. CD, 02.04.2007, E. 2007/3494, K. 2007/2821, www.kazanci.com.tr. 10 Haziran 2013).

Kural olarak müdafii, tutuklu olan şüpheli veya sanık ile ceza infaz kurumunun düzeni çerçevesinde görüşmesi hiçbir şekilde engellenemez ve kısıtlanamaz (CGİK m. 114/5). Fakat ceza infaz kurumunun güvenliğinin ve iç düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi gibi amaçlarla, müdafii tutukluyla görüşmesi belirli sınırlamalara tabi tutulmuştur. Müdafii, tutuklu şüpheli veya sanıkla görüşmesine getirilen sınırlandırmalar şunlardır.

Müdafii, vekâletname olsa dahi aynı anda birden fazla tutukluyla görüşemez (CGİK m. 59/3). Emredici nitelikte olan bu hüküm gereği müdafii, ceza infaz kurumunda tutuklu bulunan birden fazla tutuklu ile aynı anda görüşme yapması kesin olarak yasaklanmıştır. Bu nedenle müdafii, müdafiliğini yaptığı her tutuklu ile ancak ayrı ayrı görüşme yetkisine sahiptir.

Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi İle Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'e göre, ceza infaz kurumlarında bulunan tutuklular, eşi, üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları ve vasisi ile telefonla görüşme yapabilme hakkına sahiptir. Ayrıca tutuklularla, dışarıdan telefon açılmak suretiyle görüşülemez (CKYCGİT m. 88/1, 2-o)⁴¹⁹. Bu hükümden de açıkça anlaşılacağı üzere, ne müdafii tutuklu ile telefonla görüşme yetkisi bulunmakta ne de tutuklu kişinin müdafisi ile telefonla görüşme yapma hakkı bulunmaktadır. Bu nedenlerle müdafii, tutuklu olan şüpheli ve sanıkla telefonla görüşme yetkisi bulunmamaktadır.

5237 sayılı TCK'nın 220'nci maddesinde düzenlenmiş olan "suç işlemek amacıyla örgüt kurmak suçu" ile İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü ve Beşinci Bölümlerinde yer alan suçlardan birini işledikleri iddiasıyla tutuklu bulunanların müdafileri ile ilişkisinde, müdafii, konusu suç teşkil eden fiilleri işlediğine, infaz kurumunun güvenliğini tehlikeye düşürdüğüne, terör örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık ettiğine ilişkin bulgu veya belge elde edilmesi halinde, Cumhuriyet savcılığının istemi ve infaz hâkiminin kararıyla, müdafii tutukluyla yapacağı görüşmede bir görevli hazır bulundurulabilir⁴²⁰ (CGİK m. 59/4). Savunma hakkını önemli ölçüde sınırlandı-

⁴¹⁹ Hükümlülere yönelik olarak düzenlenmiş olan CKYCGİT'in bu hükmü, ceza infaz kurumlarında bulunan tutuklulara da uygulanmaktadır (CKYCGİT m. 186).

⁴²⁰ Fahl'a göre bu durum, "Cumhuriyet savcısının müdafiyi şüphe altına kolayca koyabilmesine sebep olabilir ve hukuk kuralına zamanla zarar verebilir. Bu yüzden, bu konu hakkında literatürde ki (doktrindeki) görüş, bu maddenin müdafilere

ran bu hükmün uygulanabilmesi için mutlaka, müdafinin bu tür eylemleri yaptığına ilişkin somut bulgu ve belge bulunması zorunludur⁴²¹.

Kural olarak “ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma disiplin cezası” alan tutuklular, bir aydan üç aya kadar ziyaretçi görüşüne çıkarılmamaktadır. Fakat müdafinin, ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma disiplin cezası alan tutukluyla görüşme yetkisine, herhangi bir sınırlama getirilmemiştir (CGİK m. 43/1-3). Dolayısıyla müdafinin, görüşme yasağı bulunan tutukluyla da görüşme yetkisi bulunmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere ve karşılıklılık esasına uygun olmak koşuluyla, yabancı ülkelerde haklarında soruşturma veya kovuşturma yapılmakta olan, yabancı ülke veya uluslararası yargı mercilerinde dava açmak isteyen, leh veya aleyhine açılmış davası olan Türk vatandaşı veya yabancı uyruklu Türk ceza infaz kurumlarında bulunan tutuklular ile yabancı uyruklu müdafileri, bu soruşturma ve kovuşturma açılacak veya açılmış davalarla sınırlı olmak ve vekâletname sunmak koşuluyla görüşebilirler. Vekâletnamesi olmayan yabancı uyruklu müdafiler, ancak Türkiye barolarına kayıtlı bir avukatla birlikte tutuklu ile görüşebilirler (CGİK m. 59/5).

c) Müdafinin Kaçak Olan Sanıkla Görüşme Yetkisi

Müdafinin, gözaltında ve tutuklu olmayan diğer bir ifadeyle hürriyeti kısıtlanmamış şüpheli veya sanıkla görüşmesi konusunda, ceza muhakemesi hukukumuzda her hangi bir kanuni sınırlama bulunmamaktadır⁴²². Dolayısıyla müdafinin, gözaltında ve tutuklu olmayan şüpheli ve sanıkla, emredici kanun hükümlerine aykırı olmamak koşuluyla istediği zaman, istediği yerde ve istediği şekilde görüşmesi hukuken mümkündür. Aynı şekilde müdafinin,

uygulanmamasının yaygınlaştırılması yönündedir. Tabiki bu durum, müdafinin, savunmanın amacıyla ilgili olmayan amaçlara sığınması yetkisinin verilmesi anlamına gelmez”. **Fahl**, s.1059; “Mahkeme bu aşamaya kadar, başvuru ve müdafii arasındaki bu görüşmenin dahi gizlilik ilkesine uygun şekilde gerçekleşmemiş olduğunu kaydeder; zira görüşmenin bir bölümüne bir yurt görevlisinin refakat etmiş olması, savunma hakkının kısıtlanmasıdır”. (**Adamkiewicz/Polonya Kararı, 10.03.2010**, www.yargitay.gov.tr, 10.06.2013).

⁴²¹ **Kocaoglu**, Müdafii, s.215.

⁴²² **Donay**, s. 172-173.

kaçak⁴²³ durumunda olan sanıkla da görüşme ve hukuki yardımda bulunma yetkisi bulunmaktadır⁴²⁴.

3. Müdafinin Şüpheli ve Sanıkla Haberleşme Yetkisi

a) Müdafinin Gözaltındaki Şüpheliyle Haberleşme Yetkisi

Gözaltında bulunan şüphelinin de müdafî ile görüşürken, müdafîye savunmaya ilişkin yazılı belge vermesi veya müdafiden savunmaya ilişkin yazılı belge alması mümkündür. Aca-ba gözaltında bulunan şüpheli ile müdafî arasında savunmaya yönelik olarak verilen veya alınan yazılı belgeler denetime tabi tutulabilecek midir? CMK'ya göre, müdafîin gözaltındaki şüpheliyle yazışmaları denetime tabi tutulamaz (CMK m. 154/1). Gerek Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nde gerekse de CMK'da müdafîin, kolluk biriminde gözaltındaki şüpheliyle görüşmeden önce veya görüştüktan sonra aranacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bu bilgiler ışığında, müdafîin gözaltındaki şüpheliyle yaptığı görüşmelerde şüpheliye verdiği veya şüpheliden aldığı belgelerin denetime tabi tutulamayacağı ve incelemeyeceği kanaatindeyiz.

b) Müdafinin Tutuklu Olan Şüpheli ve Sanıkla Haberleşme Yetkisi

Müdafî, tutuklu şüpheli veya sanıkla yüz yüze yaptığı görüşmelerde tutukluya savunmaya ilişkin yazılı belge verebilme ve tutukludan belge alabilme yetkisine sahip olduğu⁴²⁵ gibi posta yoluyla da tutukluyla her zaman⁴²⁶ yazışma yetkisine sahiptir (CMK m.154/1; CGİK m. 68/4; 114/5). Müdafîin, tutuklu şüpheli veya sanıkla yazışmaları, mektupla, telgrafla veya koli şeklindeki paketle yapılabilir⁴²⁷. Kural olarak müdafî ile tutuklu olan şüpheli veya sanık arasında savunmaya ilişkin olarak elden verilip alınan ya da posta yoluyla gönderilen yazılı belgeler görevlilerce **belgenin içeriğine vakıf olacak şekilde** denetime tabi tutulamaz,

⁴²³ Kaçak, hakkında başlamış olan kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişidir (CMK m. 247).

⁴²⁴ Zafer, s.389-390.

⁴²⁵ Centel-Zafer, s.183.

⁴²⁶ Müdafîin, haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama cezası verilen tutuklu ile haberleşme ve yazışma hakkı engellenemez (CGİK m.42/1).

⁴²⁷ Centel-Zafer, s.182.

okunamaz ve incelenemez⁴²⁸ (CMK m. 154/1; CGİK m. 59/4; 68/4). Bu amaçla müdafî ve tutuklunun elden verdiği veya posta yoluyla gönderdiği savunmaya ilişkin materyallerin, müdafî tarafından tutukluya veya tutuklu tarafından müdafîye gönderildiğinin anlaşılması için, bu materyallerin üzerine açıkça görülebilecek ve anlaşılabilir şekilde savunmaya ilişkin olduğunun ve gönderen ve alıcının ad ve soyadları ile iletişim adreslerinin yazılı olması gerekir⁴²⁹.

Müdafîin, tutuklu olan şüpheli veya sanıkla yazışma yetkisi sınırsız bir yetki olmayıp, bu yetkinin kapsam ve sınırı, savunma hakkı ve kapsamıyla sınırlıdır⁴³⁰. İşte müdafî ile tutuklu olan şüpheli veya sanık arasındaki yazışmaların, savunma hakkının kapsamı ve sınırları içerisinde olup olmadığının anlaşılması amacıyla, bu yazışmalar belirli sınırlamalara tabi tutulmaktadır. Yazışmaların tabi olduğu yasal sınırlamalar şunlardır.

Müdafîiler, ceza infaz kurumlarına girerken, duyarlı kapıdan geçerler. Müdafîilerin üstleri metal dedektörle aranır ve eşyaları x-ray cihazı veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirilir⁴³¹. Müdafîilerin üstü ve eşyası ağır cezayı gerektiren suçüstü hali hariç hiçbir şekilde elle aranamaz. Fakat duyarlı kapı cihazının ikazının sürmesi hâlinde müdafîiler, ancak elle aramayı kabul ettikleri takdirde kuruma girebilirler⁴³² (CGİK m. 86/3). Ayrıca ceza infaz kurumlarına giren müdafîiler tarafından, savunmaya ilişkin olduğu yazılı olarak beyan edilen belge ve dosyalar görevlilerce içeriğine vakıf olacak şekilde incelemeye tâbi tutulmaz⁴³³ (CGİK m. 86/4). Fakat müdafîilerin savunmaya ilişkin olduğunu yazılı olarak beyan etmedikleri belge ve dosyalar incelemeye tabi tutulabilir.

⁴²⁸ AİHM, Schöenberger ve Durmaz/İsviçre kararında, “müdafî tarafından tutuklu sanığa gönderilen ve içerisinde beyanda bulunmama (susma) hakkı olduğu, söyleyeceği her şeyin yargılamanın ilerleyen aşamalarında aleyhine delil olarak kullanılabilirliği ve ifade vermemesinin kendi yararına olacağı yazılan mektubun, savcı tarafından tutukluya verilmeden 4 gün sonra müdafîye iade edilmesini AİHS’in 8. maddesinde düzenlenmiş olan haberleşmeye saygı hakkının ihlali olarak görmüş ve Alman Devleti tazminata mahkûm edilmiştir”. (Schöenberger ve Durmaz/İsviçre, 20.06.1988, www.kazanci.com.tr. 10 Haziran 2013).

⁴²⁹ Centel-Zafer, s. 183.

⁴³⁰ Demirbaş, “Hazırlık Soruşturmasında Savunma”, s.210.

⁴³¹ “Müdafîin tutuklu bir müvekkilini ziyaret etmesi esnasında diğer bütün ziyaretçiler için geçerli olan kurallar geçerli olmakta ve müdafî de silah ya da kaçmaya teşebbüs için gerekli aletler anlamında aranmaktadır”. Roxin-Schünemann, s.135.

⁴³² “Eğer müdafîin tutuklu olan kişi ile yapacağı görüşmeler, camdan görüşme odasında yapılırsa, o zaman müdafîin bu can sıkıcı ve uygunsuz aranması işinden kurtulabilir. Amerika Birleşik Devletleri’nin birçok eyaletinde olduğu gibi, Federal Almanya’da da duvar ve cam ile ikiye ayrılmış ve karşılıklı görüşmeye imkân veren görüşme odaları yapılabilir. Böyle bir görüşmede yasaklanan eşyaları teslim alma tehlikesi de mevcut değildir”. Kühne, s.118.

⁴³³ Demirbaş’a göre, müdafîin, gözaltındaki veya tutuklu olan şüpheli ve sanıkla görüşmesi öncesinde üstünün, çantasının, belge ve dosyalarının aranmaması ile görüşme ve yazışmalarının mutlak olarak denetim dışı bırakılması, orantılılık ilkesine aykırıdır. Çünkü böyle bir düzenleme ile şüpheli ve sanığın menfaatleri toplumun menfaatlerinin önüne geçmiş olur. Demirbaş, “Hazırlık Soruşturmasında Savunma”, s.207.

Müdafî tarafından bizzat elden ceza infaz kurumuna götürülen veya posta yoluyla tutukluya gönderilen yahut da tutuklu tarafından müdafîe elden verilen veya posta yoluyla gönderilen belge, mektup, koli ve benzeri materyallerin savunmaya ilişkin olup olmadığının anlaşılması için bu materyallerin içerdiği sesli, görüntülü veya yazılı belgeler, anlamına vakıf olunmayacak şekilde ve sadece fiziki olarak aramaya tabi tutulabilir⁴³⁴. Bu arama, x-ray cihazıyla ya da elle yapılabilir (CGİK m. 86/3). Ayrıca 5237 sayılı TCK'nın 220'nci maddesinde düzenlenmiş olan “suç işlemek amacıyla örgüt kurmak suçu” ile İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü ve Beşinci Bölümlerinde yer alan suçlardan birini işledikleri iddiasıyla tutuklu bulunanların müdafileri ile ilişkisinde, müdafîin savunmaya ilişkin olduğunu beyan ettiği belge ve dosyalar sadece fiziki olarak aranabilir (CKYCGİT m. 84/2).

5237 sayılı TCK'nın, 220'nci maddesinde düzenlenmiş olan “suç işlemek amacıyla örgüt kurmak suçu” ile İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü ve Beşinci Bölümlerinde yer alan suçlardan birini işledikleri iddiasıyla tutuklu bulunanların müdafileri ile ilişkisinde, müdafîin, konusu suç teşkil eden fiilleri işlediğine, infaz kurumunun güvenliğini tehlikeye düşürdüğüne, terör örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık ettiğine ilişkin **bulgu veya belge** elde edilmesi halinde, Cumhuriyet başsavcılığının istemi ve infaz hâkiminin kararıyla, müdafîin tutukluya verdiği veya tutuklunun müdafîe verdiği belgeler infaz hâkimince incelenebilir. İnfaz hâkimi, belgenin kısmen veya tamamen verilmesine veya verilmemesine karar verir⁴³⁵ (CGİK m. 59/4). Savunma hakkını önemli ölçüde sınırlandıran bu hükmün uygulanabilmesi için mutlaka, müdafîin bu tür eylemleri yaptığına ilişkin somut bulgu ve belge bulunması zorunludur⁴³⁶.

⁴³⁴ Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, s.143.

⁴³⁵ Alman hukukunda da “devlet organları her hangi bir can tehlikesinin veya birisinin özgürlüğünün elinden alınma tehlikesinin olduğunu saptarsa, hukuk kurumları tarafından tutuklu sanıkların birbirleriyle ve dış dünya ile olan yazılı ya da sözlü görüşmeleri engellenebilir. Aynı şekilde her hangi bir terörist faaliyetin gerçekleşmesi söz konusuysa da tehlikeleri önlemek adına, § 129 a StGB suçlarıyla bağlantılı olarak iletişim kurma engeli getirilmektedir. İletişim hakkı, bireysel ya da organize terörist faaliyetleri için geçerli değildir”. Roxin-Schünemann, s.135.

⁴³⁶ Kocaoglu, Müdafî, s.215.

B) Müdafinin Dosyayı İnceleme ve Dosyadan Örnek Alma Yetkisi

1. Genel Olarak

Ceza muhakemesinde savuma hakkının etkin kullanılmasını ve müdafinin görevini tam olarak yapabilmesini sağlayacak araçlardan biri de müdafinin, soruşturma ve kovuşturma dosyalarını inceleme ve dosyadan örnek alma yetkisine sahip olmasıdır⁴³⁷. Seçilen müdafinin, müdafilik görevini kabul edip etmemeye karar verebilmesi ve müdafinin, savunmasını hazırlaması, şüpheli veya sanığa ifade ve sorgu öncesi dosya içeriğiyle ilgili doğru bilgileri aktarabilmesi, dosyanın içerdiği bilgi ve belgelerle ilgili olarak şüpheli veya sanıktan bilgi alması, bazı bilgileri teyit ettirmesi ve koruma tedbirlerine karşı itiraz kanun yolunu etkin bir şekilde kullanabilmesi için soruşturma ve kovuşturma aşamalarında dosyayı inceleme ve dosyadan örnek alma yetkisine sahip olması büyük öneme sahiptir⁴³⁸. Bu önemin gereği olarak kanun koyucu da, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında farklılıklar olmakla birlikte müdafie, ceza muhakemesi sürecinde dosyayı inceleme ve dosyadan örnek alma yetkisi tanımıştır.

Müdafinin dosyayı inceme ve dosyadan örnek alma yetkisi, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında kısmen de olsa farklılıklar taşıdığından, müdafinin dosyayı inceleme ve dosyadan örnek alma yetkisini, soruşturma ve kovuşturma aşamaları için ayrı ayrı inceleyeceğiz.

2. Müdafinin Soruşturma Aşamasında Dosyayı İnceleme ve Örnek Alma Yetkisi

a) Genel Olarak

Ceza muhakemesinde soruşturma aşaması kural olarak gizli olmakla birlikte, savunma hakkının etkin kullanılabilmesi amacıyla soruşturmanın gizliliğine belirli istisnalar getirilmiştir⁴³⁹. Bu istisnalardan biri de müdafinin, soruşturma aşamasında dosyayı inceleme ve dosyadan örnek alma yetkisine sahip olmasıdır. CMK’da, Avukatlık Kanunu’nda, Yakalama,

⁴³⁷ **Kühne**, s. 119; **Alşahin, Mehmet Emin**, “Müdafinin Dosyayı İnceleme Yetkisi”, *Legal Hukuk Dergisi*, 2006, s.1053; **Koca, Mahmut**, “Müdafinin Hazırlık Dosyasını İnceleme Hakkı”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. I, S.1, 1997, s.163; “Adaletli ve hukuka uygun bir savunmanın yapılabilmesi için müdafinin dosyaları incelemesi ve içeriğindeki bilgileri etkin bir savunma yapabilmesi için kullanması gerekmektedir”. **Roxin-Schünemann**, s.132; **Beulke**, s. 103.

⁴³⁸ **Toroslu-Feyzioğlu**, s.144; **Demirbaş**, “Hazırlık Soruşturmasında Savunma”, s.218.

⁴³⁹ “Kanunun başka hüküm koyduğu hâller saklı kalmak ve savunma hakkına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir” (CMK m.157/1).

Gözüaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinde ve Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelikte müdafii, soruşturma aşamasında dosyayı inceleme ve dosyadan örnek alma yetkisine sahip olduğu düzenlenmiştir. Buna göre, “müdafii, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir” (CMK m. 153/1); “müdafii, vekâletname olmaksızın dava ve takip dosyalarını inceleyebilir. Bu inceleme isteğinin ilgililerce yerine getirilmesi zorunludur. Vekâletname ibraz etmeyen müdafie dosyadaki kâğıt veya belgelerin örneği veya fotokopisi verilmez” (Av. K. m. 46/2); “müdafii, soruşturma evresinde (vekâletname olmaksızın) dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir” (Kal. Yön. m. 45/2); “müdafii, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir” (YGIY m. 22/1).

b) Soruşturma Aşamasında Dosyayı İnceleme ve Örnek Alma Yetkisine Sahip Kişiler

CMK’da sadece müdafii ve suçtan zarar görenin vekiline soruşturma aşamasında dosyayı inceleme ve dosyadan örnek alma yetkisi tanınmıştır (CMK m.153/1-5). Bu düzenlemeye paralel olarak Kalem Yönetmeliği’nde de bu yetki sadece müdafii ve vekile verilmişti. Fakat bu düzenlemenin şüpheli, suçtan zarar gören, şikâyetçi ve mağdur bakımından eşitsizlik yaratması ve özellikle müdafii olmayan şüpheliler açısından savunma hakkının etkin kullanılmasını engellemesi nedenleriyle⁴⁴⁰, 2010 yılında Kalem Yönetmeliğinin 45’inci maddesinde yapılan değişiklikle, soruşturma aşamasında dosyayı inceleme ve örnek alma yetkisi, müdafii ve şüpheli ile suçtan zarar gören, şikâyetçi, mağdur ve bunların vekillerinin tümüne tanınmıştır (Kal. Yön. m. 45/2-5). Ayrıca avukat stajyeri de, dava ve takip dosyalarını inceleyebilme ve dava dosyalarından fotokopi ve benzeri yollarla örnek alabilme yetkisine sahip olduğundan (Av. K. m. 46; TBB Stj. Yön. m.19), soruşturma aşamasında da dosyayı inceleme ve örnek alma yetkisine sahiptir. Müdafii stajyeri de vekâletname veya müdafii yazılı oluru olmaksızın, dava ve takip dosyalarını inceleyebilir, yanında staj yaptığı müdafii yazılı oluru ile

⁴⁴⁰ Aksi görüş için bkz. **Kocaoğlu**, Müdafii, s.174-175.

dava dosyalarından fotokopi ve benzeri yollarla örnek alabilir (Av. K. m. 46; TBB Stj. Yön. m.19).

Müdafii, soruşturma aşamasında dosyayı incelemek ve dosyadan örnek almak için vekâletname/görevlendirme yazısı ibraz etmesine ya da her hangi bir merciden (kolluk veya savcıdan) izin almasına gerek yoktur⁴⁴¹ (CMK m. 153/1; Kal. Yön. m. 45/2). Ceza Muhakemesi Kanunu'na aykırı olarak, “müdafii, soruşturma evresinde görevlendirme yazısı veya vekâletname ibraz ederek soruşturma evrakının içeriğini inceleyebilir ve dilekçeyle müracaat etmesi halinde istediği belgelerin bir örneğini alabilir” şeklinde düzenlenmiş olan ve müdafii soruşturma dosyasını incelemesini ve örnek almasını görevlendirme yazısı ya da vekâletname ibraz etmesine bağlayan, Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin 45’inci maddesi, 2010 yılında değiştirilerek müdafii soruşturma aşamasında vekâletname ibraz etme yükümlülüğü kaldırılmıştır (Kal. Yön. m. 45/2). Bu değişiklikle, CMK ile Kalem Yönetmeliği arasındaki uyumsuzluk giderilmiştir. Fakat bu değişikliğe rağmen ne yazık ki Yargıtay 15. Ceza Dairesi hem 2011 yılında hem de 2013 yılında, mevzuata aykırı olarak hala müdafii vekâletname veya görevlendirme yazısı ibraz etmeden soruşturma dosyasını inceleyemeyeceği yönünde karar vermekte ısrar etmektedir⁴⁴². Ayrıca avukat stajyerinin de, soruşturma dosyasını incelemesi için her hangi bir vekâletname veya avukatın yazılı oluru ibraz etme yükümlülüğü bulunmamaktadır⁴⁴³. Fakat stajyerin, soruşturma dosyasından örnek alabilmesi için, yanında staj yaptığı avukatın yazılı oluru ibraz etmesi zorunludur (Av. K. m. 46; TBB Stj. Yön. m.19).

⁴⁴¹ Alşahin, s.1056; Demirbaş, “Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Müdafilik”, s.142.

⁴⁴² “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, **vekâletname 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. 10 Haziran 2013); “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 vekâletname ibraz etmesi gerektiği, **vekâletname 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. 10 Haziran 2013); Bu kararların eleştirisi için bkz. Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma-Saygılar Kırıt- Özaydın-Alan Akcan-Erdem, s. 257.

⁴⁴³ Centel-Zafer, s. 176.

Müdafî tarafından incelenecek veya örnek alınacak soruşturma dosyasının kollukta olması veya Cumhuriyet savcılığında olması arasında bir fark bulunmamaktadır. Müdafîin, kollukta bulunan soruşturma dosyasını incelemek ve/veya örnek almak için talepte bulunması halinde, kolluk görevlilerinin izin vermeme yetkisi bulunmamaktadır⁴⁴⁴. Fakat kolluk personelinin müdafîin, soruşturma dosyasını inceleme ve/veya örnek alma talebini yerine getirebilmesi için Cumhuriyet savcısından yazılı izin alması gerekir⁴⁴⁵ (YGİY m. 22/1). Bu nedenle kolluğun, müdafîin talebini savcıya iletmesi ve savcıdan yazılı emir aldıktan sonra dosyayı incelemesi ve/veya örnek alması için müdafîe ibraz etmesi gerekir. Buradaki izin, müdafî için değil, kolluk ile Cumhuriyet savcısı arasındaki idari hiyerarşiye ilişkin bir izindir. Kolluğun, müdafîin talebini savcıya nasıl iletceği ve savcıdan yazılı emri nasıl alacağı kollukla savcı arasındaki bir idari ilişkidir. Kolluğun makul bir sürede savcıdan yazılı emri alması gerekir. Fakat savcıdan, yazılı emir almak için müdafîin, gereksiz ve uzun süreli bekletilmemesi gerekir. Aksi durum, savunma hakkının ihlalini oluşturacaktır. Kolluk tarafında yürütülen soruşturmalarda müdafîin uzunca bir süre bekletilmemesi ve savunma hakkının ihlal edilmemesi için, kolluğun soruşturma başlar başlamaz dosyayı müdafîe ibraz için savcıdan peşinen izin almasının yerinde olacağı kanaatindeyiz. Müdafîin, savcılıkta bulunan soruşturma dosyasını incelemek ve/veya örnek almak için talepte bulunması halinde, savcılığın izin vermeme yetkisi bulunmamaktadır⁴⁴⁶. Bu durumda savcılık, sadece gizlilik kararı için mahkemeye müracaat etme yetkisine sahiptir. Mahkeme tarafından verilmiş gizlilik kararı olmadığı sürece savcılığın, müdafîin soruşturma dosyasını inceleme ve/veya örnek alma yetkisini engelleme veya sınırlandırma yetkisi bulunmamaktadır⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ Koca, s. 164; Alşahin, s.1056.

⁴⁴⁵ “1.6.2005 günlü 25832 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan "Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin 22. maddesinin birinci fıkrası ile "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”. (DİDDGK, 15.12.2005, E. 2005/762, www.kazanci.com.tr. 10 Haziran 2013).

⁴⁴⁶ Koca, s.164.

⁴⁴⁷ Alşahin, s.1056; Kocaoğlu, Müdafî, s.174.

c) Müdafiiin Soruşturma Aşamasında Dosyayı İnceleme ve Örnek Alma Yetkisinin Kapsamı

CMK’da, Kalem Yönetmeliğinde ve Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinde, müdafiiin soruşturma dosyasının tamamını inceleyebileceği ve dosyadaki belgelerden örnek alabileceği düzenlenmiştir. Bu nedenle, müdafiiin soruşturma aşamasında dosyayı inceleme ve örnek alma yetkisi, kural olarak soruşturma aşamasının başından sonuna kadar yapılan soruşturma ile ilgili olarak ve şüphelinin lehine veya aleyhine olan ele geçirilmiş her türlü delili inceleme ve fiziki veya teknik olarak mümkün ise bu delillerden örnek almayı kapsar⁴⁴⁸. Dolayısıyla müdafii, soruşturma dosyası kapsamında bulunan her türlü yazılı belgeyi (adi veya resmi yazılı belgeyi, bilirkişi raporlarını, her türlü ifade tutanağını, adli tıp raporlarını, mahkeme kararlarını), ses ve görüntü kayıtlarını, cd’leri ve fotoğrafları inceleme ve bunlardan örnek alma yetkisine sahiptir⁴⁴⁹. Dosya kapsamında olup da fiziki olarak dosya içerisine koyulması mümkün olmayan ve muhafaza altına alınmış, el konulmuş veya müsadere edilmiş her türlü silah, kaset, cd, araç ve gereci de müdafiiin inceleme ve fiziki ve teknik olarak mümkünse örnek alma (fotokopisi alınamayan delillerin fotoğrafı çekilebilir) yetkisi bulunmaktadır⁴⁵⁰. Kanunda ve yönetmelikte, dosya içeriğindeki bilgi ve belgeler içerisinde istisna öngörülmediği için, kolluk veya savcının, müdafie dosyanın bir kısmını inceletip bir kısmını inceletmemesi veya örnek aldırma yetkisi bulunmamaktadır. Özellikle kolluk görevlilerinin veya savcının, soruşturma kapsamında ele geçirilmiş bazı belge veya delilleri müdafiden gizlemesi açıkça hem savunma hakkının kısıtlanmasını⁴⁵¹ hem de “görevi kötüye kullanma suçu” oluşturacaktır⁴⁵².

⁴⁴⁸ “Müdafii, bütün dava boyunca (soruşturma ve kovuşturma boyunca) dosyaları inceleme ve delilleri görme hakkına sahiptir. Dosyaların kapsamına içinde önemli bilgilerin kayıtlı olduğu CD ve disketler de yer alır”. **Roxin-Schünemann**, s.132, 133; **Beulke**, s.103; Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nda da müdafiiin, soruşturma dosyasını ve ele geçirilmiş muhafaza altındaki tüm delilleri inceleyebilmesi ve örnek alabilmesi kabul edilmiştir (StPO m. 147/1), **Eser**, s. 336; “Müdafiiin, soruşturma aşamasında muhafaza altına alınmış delilleri inceleme yetkisi yoktur”. **Kunter-Yenisey-Nuhoğlu**, s. 460.

⁴⁴⁹ **Alşahin**, s.1055; **Koca**, s.164; **Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma-Saygılar Kırıt- Özaydın-Alan Akcan-Erdem**, s. 259.

⁴⁵⁰ **Kühne**, s. 120; **Alşahin**, s.1055; **Centel-Zafer**, s. 175.

⁴⁵¹ **Koca**, s.165.

⁴⁵² “Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine sebep olan... kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” (TCK m.257/2). Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Şık**, s.66-75.

d) Müdafîin Soruşturma Aşamasında Dosyayı İnceleme ve Örnek Alma Yetkisinin Sınırlandırılması

Müdafîin, soruşturma aşamasında dosyanın tamamını inceleme ve dosyadan örnek alma yetkisine sahip olması genel kural olmakla birlikte⁴⁵³, kanunda düzenlenmiş bazı istisnai durumlarda müdafîin bu yetkisi sınırlandırılabilir. Müdafîin, soruşturma aşamasında dosyayı inceleme ve dosyadan örnek alma yetkisine getirilen sınırlandırma CMK’da düzenlenmiştir. Buna göre “müdafîin, dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir” (CMK m. 153/2).

Müdafîin, dosyayı inceleme ve örnek alma yetkisi sadece soruşturma aşamasında sınırlandırılabilir. Kanunda açıkça soruşturma aşaması ifadesi kullanıldığından, bu sınırlandırma sebebi, kovuşturma aşaması için⁴⁵⁴ ve kovuşturma aşamasına geçilmemiş olsa dahi soruşturmanın sona ermesi halinde geçerli değildir⁴⁵⁵.

Müdafîin, soruşturma aşamasında dosyayı inceleme ve örnek alma yetkisi sadece soruşturmanın amacının tehlikeye düşebileceği hallerde sınırlandırılabilir⁴⁵⁶. CMK’da “soruşturmanın amacının tehlikeye düşmesinden” bahsedilmiş olmasına rağmen, soruşturmanın ne zaman ve hangi hallerde tehlikeye düşeceğine ilişkin bir bilgiye yer verilmemiştir. Dolayısıyla, “soruşturmanın amacının tehlikeye düşmesi”, içi doldurulmaya muhtaç soyut bir kavramdır. Bu nedenle, soruşturmanın amacının tehlikeye düşmesinden ne anlaşılması gerektiği, hangi hallerde ve ne zaman soruşturmanın amacının tehlikeye düşeceği her somut olayda ayrı ayrı yargı organlarınca belirlenmesi gerekir⁴⁵⁷. Bu belirlemede aranacak tehlikenin, soyut değil, somut tehlike olması gerekir⁴⁵⁸. Kanaatimizce, yürütülen bir soruşturmada müdafîin soruşturma dosyasını incelemesi ve örnek alması, bilinen fakat henüz ele geçirilememiş delille-

⁴⁵³ “Kural olarak avukat, soruşturma evresine ilişkin dosyanın **tüm içeriğini** inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir” (CMK m. 153’ün gerekçesi).

⁴⁵⁴ **Alşahin**, s. 1059.

⁴⁵⁵ “Soruşturma evresinin sona erdiği hususunda Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararın dosyaya kaydolunduğu tarihten itibaren henüz iddianame yazılmış bulunmasa da müdafî bütün dosyayı incelemek hakkına sahiptir” (CMK m. 153’ün gerekçesi).

⁴⁵⁶ **Beulke**, 104.

⁴⁵⁷ **Alşahin**, s. 1059.

⁴⁵⁸ **Centel-Zafer**, s. 176.

rin karartılması, varsa tanıklara baskı ve cebir şiddet uygulanması, şüphelinin kaçması, koruma tedbirlerinin sonuçsuz kalması gibi hukuka aykırı bir durumun ortaya çıkmasına **açıkça sebep olma ihtimali varsa**, bu durumun soruşturmanın amacını tehlikeye düşürdüğü kabul edilmelidir⁴⁵⁹. Fakat müdafinin soruşturma dosyasını incelemesi ve örnek alması, müdafinin ve şüphelinin hukukun meşru saydığı bazı tedbirleri almasına, lehine olan delilleri toplamasına, susma hakkını kullanmasına ya da bazı işlem ve kararlara karşı itiraz hakkını kullanmasına sebebiyet vermesi ihtimalinin bulunması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmeyecektir⁴⁶⁰.

Müdafinin, soruşturma aşamasında dosyayı inceleme ve örnek alma yetkisinin sınırlandırılabilmesi için, Cumhuriyet savcısının sulh ceza hâkiminden sınırlandırma kararı talep etmiş ve sulh ceza hâkiminin de bu talebi uygun bulup sınırlandırma kararı vermiş olması gerekir (CMK m. 153/2). Müdafinin, soruşturma aşamasında dosyayı inceleme ve örnek alma yetkisinin sınırlandırılmasını talep etme yetkisi, soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısı için bir zorunluluk değil, takdir yetkisidir. Cumhuriyet savcısının, soruşturmanın amacının tehlikeye düşeceği kanaatine ulaşması halinde, müdafinin dosyayı inceleme ve örnek alma yetkisinin sınırlandırılması için sulh ceza hâkimine talepte bulunması gerekir. Fakat TMK kapsamındaki suçlar sebebiyle yürütülen soruşturmalarda, soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısının sınırlandırmaya ilişkin talebini, TMK'nın 10'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasının (c) bendi gereğince bu tür soruşturmalar için özel olarak görevlendirilmiş hâkime yapması gerekir⁴⁶¹ (TMK m. 10/3-c). Cumhuriyet savcısının bu yönde bir talebinin olması halinde de görevli hâkim, talebi kabul edip etmemek konusunda takdir yetkisine sahiptir⁴⁶². Müdafinin soruşturma dosyasını inceleme ve örnek alma yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin hâkim kararlarına karşı, savcı, şüpheli, müdafî ve diğer ilgililer itiraz etme yetkisine sahiptir (CMK m. 267). Dolayısıyla müdafinin, gerek kollukta gerekse savcılıkta bulunan soruşturma dosyasını inceleme ve/veya örnek alma talebinde bulunması halinde, Cumhuriyet savcısı, bu talebi ka-

⁴⁵⁹ **Erdem, Mustafa Ruhan**, "AİHM Kararları Işığında Tutuklu Sanık Bakımından Hazırlık Soruşturması Dosyasını İnceleme Hakkı", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S.1, 2004, s. 104.

⁴⁶⁰ **Koca**, s.166; **Alşahin**, s. 1059.

⁴⁶¹ "TMK kapsamında yürütülen soruşturmalarda hâkim tarafından verilmesi gerekli kararları almak, bu kararlara karşı yapılan itirazları incelemek ve sadece bu işlere bakmak üzere yeteri kadar hâkim görevlendirilir" (TMK m. 10/3-c).

⁴⁶² **Koca**, s.165; **Alşahin**, s. 1060.

bul etmek ya da görevli hâkimden müdafinin bu yetkisinin sınırlandırılmasını talep etmek zorundadır. Cumhuriyet savcısının, görevli hâkimden müdafinin bu yetkisinin sınırlandırılmasını talep etmesi halinde, bu talep hakkında hâkim kararını verene kadar müdafî soruşturma dosyasını inceleyemez ve örnek alamaz⁴⁶³. Hâkimin, müdafinin soruşturma aşamasında dosyayı inceleme ve örnek alma yetkisine ilişkin sınırlandırma kararı, en geç soruşturmanın sonuna kadar devam edebilir. İddianamenin mahkemeye sunulması veya soruşturmanın diğer bir sebeple sona ermesi halinde, hâkimin sınırlandırma kararı kendiliğinden sona erer⁴⁶⁴ (YGİY m. 22/4).

Müdafinin soruşturma aşamasında dosyayı inceleme ve dosyadan örnek alma yetkisinin hâkim kararıyla sınırlandırılması mutlak olmayıp, sadece soruşturma dosyasındaki bazı belgelerle sınırlıdır. Diğer bir ifadeyle, hâkim kararıyla dahi müdafinin soruşturma dosyasındaki bazı belgeleri incelemesi ve örnek alma yetkisi sınırlandırılmaz⁴⁶⁵. Müdafinin soruşturma dosyasında bulunan, *yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini veya sorgusunu içeren tutanakları, bilirkişi raporlarını ve yakalanan kişinin veya şüphelinin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere (keşif yapılması, bilirkişinin veya tanığın dinlenmesi) ilişkin tutanakları* inceleme ve örnek alma yetkisi, hâkim kararıyla dahi sınırlandırılmaz⁴⁶⁶ (CMK m. 153/3). Fakat tanık dinlenirken şüphelinin hazır bulunma hakkı, mutlak bir hak olmadığından, şüphelinin veya müdafinin yokluğunda dinlenen tanıkların beyanlarına ilişkin tutanaklar ve tanık bilgileri de hâkim kararıyla sınırlandırma kapsamına alınabilir⁴⁶⁷. Cumhuriyet savcısının, müdafinin dosyayı inceleme ve örnek alma yetkisinin sınırlandırılmasını hâkimden talep

⁴⁶³ **Alşahin**, s. 1060.

⁴⁶⁴ 5271 sayılı CMK'nın 153'üncü maddesinin gerekçesinde; "Soruşturma evresinin sona erdiği hususunda Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararın dosyaya kaydolunduğu tarihten itibaren henüz iddianame yazılmış bulunmasa da müdafî bütün dosyayı incelemek hakkına sahiptir".

⁴⁶⁵ "Ancak müdafinin soruşturma evresinde şüphelinin ifade veya sorgusunu içeren tutanakları, bilirkişi raporlarını, müvekkilinin hazır bulunmaya yetkili olduğu işlemlere ilişkin tutanak ve belgeleri incelemek ve harç ödemedi bunların örneklerini alma hakkı **mutlaktır**" (CMK m. 153'ün gerekçesi).

⁴⁶⁶ **Centel-Zafer**, s. 177; Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ise CMK'dan farklı olarak, müdafinin soruşturma aşamasında dosyayı ve delilleri incelemesine getirilebilecek sınırlandırmanın kapsamı dışında tutulacak belgeler tek tek sayılmamış olup, sadece tutuklu şüphelinin tutukluluğuna itiraz edilebilmesi için gerekli bilgiler ile bilirkişi raporlarının müdafie verileceği düzenlenmiştir (StPO m. 147/2, 3); "Şüphelinin sorgu tutanaklarına ya da hâkim tarafından yapılan her hangi bir sorgulamanın tutanaklarına veya uzman kişilerin tutuklarına müdafinin bakması engellenemez". **Beulke**, s.105.

⁴⁶⁷ **Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma-Saygılar Kırt- Özyıldırım-Alan Akcan-Erdem**, s. 261; Mağdur, şüpheli veya sanığın huzuru, tanıklardan birinin gerçeğe uygun tanıklık etmesine engel olabilecekse, o işte şüpheli veya sanığın bulunmamasına karar verilebilir. Şüpheli veya sanık tutuklu ise, hâkim veya mahkeme tarafından ancak zorunlu sayılan hâllerde keşifte hazır bulundurulmasına karar verilebilir (CMK m. 84).

etmesi halinde, hâkim, kararını verene kadar ve eğer hâkim sınırlandırma kararı vermişse karardan sonra sınırlandırmanın kapsamı dışında tutulan belgelerin ayrı bir dosyada müdafinin incelemesine ve örnek almasına tahsis edilmesi gerekir. Hiçbir şekilde müdafinin belirtilen belgeleri incelemesine veya örnek almasına engel olunamaz.

TMK’da bulunan ve müdafinin, soruşturma aşamasında dosyayı inceleme ve dosyadan örnek alma yetkisini Cumhuriyet savcısının talebi ve hâkim kararıyla hiçbir istisna öngörmeyerek **tüm dosya içeriğinin** yasaklanabileceğini öngören ve savunma hakkını aşırı şekilde sınırlandıran hüküm⁴⁶⁸ (TMK m. 10/d), 2010 yılında TMK’da yapılan değişiklikle tamamen yürürlükten kaldırılmış olduğundan, CMK’nın 153/2, 3’üncü maddesindeki hükümler TMK kapsamındaki suçlarla ilgili soruşturmalar için de aynen geçerli olacaktır.

Müdafî, soruşturma aşamasında dosyayı bir veya birden fazla defa inceleyebilir ve örnek alabilir⁴⁶⁹. Müdafî, soruşturmayı geciktirmemek şartıyla, soruşturma dosyası kolluktaysa kolluk biriminde ve görevli kolluk nezaretinde; dosya savcılıktaysa savcılık kaleminde ve savcının belirleyeceği görevli nezaretinde inceleme ve örnek alma yetkisini kullanır⁴⁷⁰ (Kal. Yön. m. 45/6). Müdafinin, soruşturma dosyasını ne zaman ve hangi süre içerisinde inceleyeceği veya örnek alabileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Kanaatimizce müdafî, kollukta bulunan dosyayı tatil günleri de dâhil her gün ve günün her saati; savcılıkta bulunan soruşturma dosyasını ise, dosya nöbetçi savcıdaysa her zaman, dosya nöbetçi savcıda değilse sadece mesai gün ve saatlerinde inceleme ve örnek alma yetkisini kullanabilir. Müdafinin, soruşturma dosyasını inceleme süresinin uzunluğu ise, dosyanın içeriğine, hacmine ve karmaşıklığına göre belirlenecektir⁴⁷¹. Fakat müdafinin bu yetkisini, soruşturmayı uzatmak amacıyla veya başka sebeplerle kötüye kullanmaması gerekir.

⁴⁶⁸ Centel-Zafer, s.177.

⁴⁶⁹ “Mahkeme, ayrıca başvurunun müdafinin soruşturma boyunca, soruşturma açıldıktan yaklaşık üç ay sonra ve sadece bir defa soruşturma dosyası hakkında bilgi alabildiğine dikkat çekmektedir. Bu koşullar altında soruşturma sırasında başvurunun savunma haklarının önemli ölçüde kısıtlandığı çok açıktır”. (Adamkiewicz/Polonya Kararı, 10.03.2010, www.yargitay.gov.tr. 10. Haziran.2013).

⁴⁷⁰ “Alman ceza muhakemesi hukukunda müdafî, dilekçe ile müracaat etmesi şartıyla dosyaları incelenmek üzere (delilleri değil) eve veya bürosuna götürebilir. Ancak bu tür bir talep, “ciddi sebepler olması” şartıyla reddedilebilir”. Roxin-Schünemann, s.133.

⁴⁷¹ Koca, s.168.

Ayrıca soruşturma aşaması gizli olduğundan, soruşturma aşamasında müdafî, dosya içeriğiyle ilgili öğrendiği bilgi ve belgeleri, savunma amacı dışında hiçbir şekilde kullanamaz ve ifşa edemez (YGIY m. 27). Ancak müdafîin, öğrendiği bilgileri savunmasını hazırlaması ve bilgilendirme amacıyla şüpheli veya sanıkla paylaşması mümkündür⁴⁷². Fakat müdafî, soruşturma kapsamında öğrendiği gizli bilgileri, soruşturmanın gizliliğini ihlal edecek şekilde kullanmaz ve ifşa edemez. Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğinin açıklanması suretiyle, suçlu sayılmama karinesinden yararlanma hakkının veya haberleşmenin gizliliğinin ya da özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi ve soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğine ilişkin olarak yapılan açıklamanın maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engellemeye elverişli olması halinde, müdafî, soruşturmanın gizliliğini ihlal⁴⁷³, özel hayatın gizliliğini ihlal veya haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarından yargılanabilecektir.

3. Müdafîin Kovuşturma Aşamasında Dosyayı İnceleme ve Örnek Alma Yetkisi

a) Genel Olarak

Ceza muhakemesinde, kovuşturma aşamasının kural olarak açık olmasının bir sonucu olarak, müdafî ve stajyerine kovuşturma dosyasının içerdiği tüm bilgi, belge ve delilleri inceleme ve örnek alma yetkisi tanınmıştır⁴⁷⁴. Buna göre “müdafî, iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve **muhafaza altına alınmış delilleri** inceleyebilir ve bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir” (CMK m.153/4); “müdafî ve stajyeri vekâletname olmaksızın kovuşturma dosyalarını inceleyebilir” (Kal. Yön. m. 83/2); “müdafîin, sadece kovuşturma aşamasında ve sadece tutanak ve belgelerden örnek alabilmesi için vekâletname ibraz etmesi zorunludur” (Kal. Yön. 83/3; Av. K. m. 46/2).

⁴⁷² **Roxin-Schünemann**, s.133.

⁴⁷³ “Soruşturmanın gizliliğini alenen ihlal eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Bu suçun kamu görevlisi tarafından görevinin sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlenmesi halinde ceza, yarısına kadar artırılır” (TCK m. 285/1,4).

⁴⁷⁴ **Alşahin**, s. 1063.

b) Kovuşturma Aşamasında Dosyayı İnceleme ve Örneğ Alma Yetkisine Sahip Kişiler

Kovuşturma aşamasında, hem müdafinin hem de stajyerinin dosyayı inceleme ve dosyadan harçsız olarak örneğ alma yetkisi bulunmaktadır (CMK m. 153/4; Kal. Yön. m. 83/1, 2, 3). Fakat müdafii ve stajyere kovuşturma aşamasında dosyayı inceleme ve örneğ alma yetkisi tanınmış olmasına rağmen, sanığın kendisine bu hak tanınmamıştır. 2010 yılında Kalem Yönetmeliğinin 45'inci maddesinde yapılan değişlikle, şüpheliye de **soruşturma dosyasını** inceleme ve örneğ alma yetkisi tanınmış olmasına rağmen, kovuşturma aşamasında dosyanın incelenmesini ve örneğ alınmasını düzenleyen Kalem Yönetmeliğinin 83'üncü maddesinde değişiklik yapılmaması ve sanığa, kovuşturma dosyasını inceleme ve örneğ alma yetkisinin açıkça tanınmamış olması kanaatimizce savunma hakkının sınırlandırılması ve ihlalini oluřturmaktadır⁴⁷⁵. Fakat Kalem Yönetmeliğinin 83'üncü maddesinin 5'inci fıkrasındaki hükmü gereği sanık da **sadece hâkim veya mahkemenin izniyle** kovuşturma dosyasını inceleme ve örneğ alma yetkisine sahip olabilecektir⁴⁷⁶.

Müdafinin, kovuşturma aşamasında dosyayı inceleyebilmesi için dosyada vekâletnamesinin bulunmasına veya vekâletname ibraz etmesine gerek yoktur (Kal. Yön. m. 83/2). Fakat müdafinin kovuşturma aşamasında dosyadan örneğ alabilmesi için mutlaka vekâletname veya görevlendirme yazısı ibraz etmesi gerekir (Kal. Yön. m. 83/3; Av. K. m. 46/2). Dolayısıyla müdafinin, kovuşturma aşamasında dosyayı incelemek için vekâletname veya görevlendirme yazısı ibraz etme zorunluluğu bulunmamakla birlikte, dosyadan örneğ alabilmesi için

⁴⁷⁵ Erdem'e göre, "Sanık, kendisine yönelik suçlamayı ve bu suçlamanın dayanağını bilirse, ancak bu takdirde etkili biçimde savunma yapabilir; bu ise sanığın ve müdafinin dosya içeriğinden ve delillerden bilgi sahibi olmasını gerektirir. Hazırlık soruşturmasının sanık açısından ortaya çıkardığı yük ve yargılamanın bu aşamasının, daha sonraki aşamalar için büyük önem taşıması, sanığın kendisini etkin biçimde savunması ve hukuksal dinlenme hakkının gerçekleşmesi bakımından dosya inceleme hakkının olabildiğince erken sağlanmasını vazgeçilmez kılmaktadır". **Erdem**, s. 67-68; **Kunter-Yenisey-Nuhoğlu**, s. 462.

⁴⁷⁶ Mağdurun, şikâyetçinin, suçtan zarar görenin ve katılanın vekilleri ile müdafii, Cumhuriyet başsavcısı ve Cumhuriyet savcıları ile denetimleri sırasında Adalet Müfettişleri dışında, mahkeme başkanı veya hâkimin izni olmadan mahkeme evrakı kimseye gösterilmez (Kal. Yön. m. 83/5).

vekâletname ibraz etmesi ise zorunludur⁴⁷⁷. Ancak baro tarafından görevlendirilen müdafii, görevlendirme yazısını ibraz etmesi yeterli olacaktır⁴⁷⁸.

Kovuşturma aşamasında dosyayı inceleme ve dosyadan örnek alma yetkisine sahip olan stajyerin de kovuşturma dosyasını incelemesi için yanında staj yaptığı avukatın vekâletnamesini ya da yazılı olurunı gösterme zorunluluğu bulunmamaktadır. Fakat stajyerin kovuşturma dosyasından örnek alabilmesi için yanında staj yaptığı avukatın dosyada vekâletinin olması ya da stajyer tarafından avukatın vekâletnamesinin ve avukatın yazılı olurunı gösterir belgeyi ibraz etmesi zorunludur (Av. K. m. 46; Kal. Yön. m. 83/2; TBB Stj. Yön. m.19). Diğer bir ifadeyle stajyerin kovuşturma dosyasından örnek alabilmesi için, hem yanında staj yaptığı avukatın dosyada vekâletnamesinin/görevlendirme yazısının bulunması veya bu vekâletnamenin/görevlendirme yazısının stajyer tarafından ibraz edilmesi hem de stajyerin, yanında staj yaptığı avukatın dosyadan örnek almaya ilişkin olurunı gösterir belgenin ibraz edilmesi gerekmektedir⁴⁷⁹. Çünkü stajyer, kovuşturma aşamasında sadece yanında staj yaptığı avukatın takip ettiği dosyalardan örnek alabilme yetkisine sahiptir. Yanında staj yaptığı avukatın dosyayı takip edip etmediği ise ancak dosyada vekâletnamesinin/görevlendirme yazısının bulunmasına veya vekâletnamenin elden ibrazıyla anlaşılabilecektir (TBB Stj. Yön. m.19/1).

Kanaatimizce, gerek müdafii gerekse de stajyerin, dosyayı incelemek için yazılı bir talepte bulmasına veya hâkimden izin almasına gerek yoktur. Sözlü olarak yazı işleri müdürüne talepte bulunmaları yeterlidir. Fakat yazı işleri müdürü ihtiyaç duyarsa, müdafii ve stajyerin dosyayı inceleme talebini ve talebin yerine getirildiğini yazılı bir tutanağa bağlama yetkisine sahiptir. Ancak müdafii ve stajyerin, kovuşturma aşamasında dosyadan örnek alabilmesi için yazılı olarak talepte bulunması zorunludur (Kal. Yön. m. 83/3). Dosyadan örnek almak için yazılı talepte bulunulması zorunlu olmakla birlikte, hâkim, mahkeme veya yazı işleri müdürünün müdafii yazılı talebini reddetme yetkisi bulunmamaktadır.

⁴⁷⁷ **Karakehya**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma, s. 114.

⁴⁷⁸ **Centel-Zafer**, s.178.

⁴⁷⁹ **Alşahin**, s. 1064.

c) Müdafîin Kovuşturma Aşamasında Dosyayı İnceleme ve Örnek Alma Yetkisinin Kapsamı

Müdafî, kovuşturma aşamasında dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış tüm delilleri inceleyebilir; bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alma yetkisine sahiptir (CMK m.153/4). Diğer bir ifadeyle müdafî, kovuşturma aşamasının başlamasında ve kovuşturma aşaması başlamasa bile “soruşturma evresinin sona erdiği hususunda Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararın (önödemenin gerçekleştirilmesi, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı, uzlaşmanın sağlanmış olması gibi) soruşturma dosyasına kayıldığı tarihten itibaren henüz iddianame yazılmış bulunmasa da”⁴⁸⁰, dosyanın bütün içeriğini yani maddî bütün delil, iz, eser ve emareleri, eşyayı, bilgisayar içeriklerini, velhasıl dosyaya dâhil her türlü bilgi, belge ve delile ulaşabilmek ve tutanak ve belgelerin örneklerini harç ödmeden alma yetkisine sahiptir⁴⁸¹. Kovuşturma aşamasında müdafî, kovuşturmanın kapsamında yer alan muhafaza altına alınmış, el konulmuş veya müsadere edilmiş olsun sanığın leh veya aleyhine olan her türlü bilgi, belge ve delili inceleme ve bunlardan örnek alma yetkisine sahiptir⁴⁸². Ayrıca müdafîin, kovuşturma aşamasında dosyayı inceleme ve örnek alma yetkisine her hangi bir yasal sınırlama getirilmediğinden, müdafîin bu yetkisi kovuşturma amercileri tarafından hiçbir şekilde sınırlandırılmaz⁴⁸³.

Müdafî, kovuşturma aşamasında sahip olduğu dosyayı inceleme ve örnek alma yetkisini, kovuşturmanın yürütüldüğü ceza mahkemesinin yazı işleri müdürlüğünde ve yazı işleri müdürünün veya müdürün görevlendireceği bir personel huzurunda kullanabilir. Müdafîin, dosyayı tek başına inceleme veya dosyayı yazı işleri müdürlüğünün veya adliyenin dışına çıkarma yetkisi bulunmamaktadır (Kal. Yön. m.83/1). Fakat müdafî, ihtiyaç hissederse, dos-

⁴⁸⁰ Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma-Saygılar Kırıt-Özaydın-Alan Akcan-Erdem, s.263.

⁴⁸¹ CMK’nın 153’üncü maddesinin gerekçesi; “Müdafî, bütün dava boyunca (soruşturma ve kovuşturma boyunca) dosyaları inceleme ve delilleri görme hakkına sahiptir. Dosyaların kapsamına içinde önemli bilgilerin kayıtlı olduğu CD ve disketler de yer alır”. Roxin-Schünemann, s.132, 133.

⁴⁸² Beulke, s.103; Karakehya, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma, s.114; “Müdafîin soruşturma dosyasının tamamını incelemesi kuraldır. Bu hak iddianamenin kabulünden sonra mutlak bir nitelik kazanmaktadır. Savunmayı, tarihimizde görülmedik oranda genişleten yeni CMK’nın dava dosyasını inceleme hakkı gibi, savunmayı çok yakından ilgilendiren bir hakkı kısması asla düşünülemez”. Öztürk-Erdem, s. 355-356.

⁴⁸³ Alşahin, s.1063.

yadaki bilgi ve belgeler ile delilleri incelerken, bir uzmanın yardımından yararlanma hakkına sahiptir. Ayrıca müdafinin bu yetkisini, mesai gün ve saatleri içerisinde kullanması gerekir.

C) Müdafinin Soruşturma ve Kovuşturma İşlemlerinde Hazır Bulunma Yetkisi

Müdafinin, şüpheli veya sanığa hukuki yardımda bulunması, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında yapılan hukuka aykırı işlemlere itiraz etmesi ve en önemlisi de müdafilik görevini yapabilmesi için, soruşturma ve kovuşturma aşamaları süresince şüpheli veya sanık ile ilgili olarak yapılan bazı işlemlerde hazır bulunma yetkisine sahip olması gerekir⁴⁸⁴. Dolayısıyla müdafî, ancak soruşturma ve kovuşturma aşamaları boyunca belirli işlemlerde hazır bulunarak müdafilik görevini hakkıyla yerine getirebilir. Müdafinin, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında belirli işlemlerin yapılması sürecinde hazır bulunması, müdafî için bir yetki olduğu gibi aynı zamanda bir görevdir⁴⁸⁵.

1. Müdafinin Soruşturma İşlemlerinde Hazır Bulunma Yetkisi

Müdafî, soruşturma aşamasında yapılan ifade alma, sorguya çekme, arama, keşif yapma, yer gösterme, tanık dinleme, teşhis yapılması ve tutukluluk halinin gözden geçirilmesi⁴⁸⁶ gibi bazı işlemlerde şüpheliyle birlikte veya tek başına hazır bulunma yetkisine sahiptir. Müdafinin, soruşturma aşamasındaki işlemlerde hazır bulunması bazen yetki bazen de hem yetki hem de görev olarak düzenlenmiştir. Ayrıca görevlendirilmiş müdafî ile seçilmiş müdafîin ve ihtiyari müdafî ile zorunlu müdafîin soruşturma aşamasındaki işlemlerde hazır bulunma yetkisi ile hazır bulunmamasının doğuracağı sonuçlar birbirinden farklıdır.

Müdafî, soruşturma aşamasında şüphelinin hem kollukta hem de savcılıkta ifadesinin alınması sırasında hazır bulunma yetkisine sahiptir⁴⁸⁷ (CMK m.147/1-c; YGİY m. 23/1-c).

⁴⁸⁴ Kunter-Yenisey-Nuhoglu, s. 462-463; Centel-Zafer, s. 178.

⁴⁸⁵ Kocaoğlu, Müdafî, s.185.

⁴⁸⁶ 11/4/2013 tarihli ve 6459 sayılı Kanunun 16'ncı maddesiyle, CMK'nın 108'inci maddesinin birinci fıkrası, soruşturma aşamasında tutuklu bulunan şüphelinin tutukluluk halinin gözden geçirilmesinde "şüpheli veya müdafî dinlenilmek suretiyle" karar verilir şeklinde değiştirilmiştir.

⁴⁸⁷ Alman ceza muhakemesi hukukunda "müdafîin, kolluk tarafından ifade alınırken şüphelinin yanında bulunma yetkisi bulunmamaktadır. Hazırlık soruşturmasının değerlendirilmesi çerçevesinde gizli hazırlık soruşturma önlemlerinin devamlı genişletilmesi, hazırlık soruşturmalarda müdafîin haklarını daha iyi koruyabilmek adına, reform tartışmaları kapsamında talep edilmektedir. Şüphelinin polis tarafından yapılan sorgulamalarına, Cumhuriyet savcısı tarafından yapılan sorgulamalara,

Müdafii, ifade alma sırasında hazır bulunma yetkisi hiçbir şekilde engellenemez. İfade alma işleminin geri bırakılmasına sebep olmayacak şekilde ve ifade alma işleminin yapılacağı günden önce müdafie, ifade tarihi, saati ve yeri hakkında bildirim yapılması zorunludur (CMK m. 149/3, 4). Müdafî, ifade süresince hazır bulunma yetkisine sahip olduğu gibi, ifade almanın düzenini bozmayacak ve şüphelinin yerine geçtiği izlenimini vermeyecek şekilde ifade alma ya müdahale edebilir, şüpheliyi uyarabilir, soru sorabilir ve bazı ifadelerin ve tutumların tutanağa geçirilmesini talep edebilir⁴⁸⁸. Kanaatimizce müdafii, şüphelinin ifadesinin alınması sürecinde hazır bulunması, hem şüphelinin haklarını korumak hem de şüpheliye gerekli huku ki yardımda bulunmak suretiyle savunma hakkının etkin kullanılması bakımından büyük öneme sahip olduğundan, hem seçilmiş ihtiyari veya zorunlu müdafî için hem de görevlendirilmiş ihtiyari veya zorunlu müdafî için, şüphelinin ifadesinin alınmasında hazır bulunmak hem yetki hem de zorunlu bir görevdir. Ancak zorunlu müdafilik gerektiren hallerde müdafî hazır bulunmadan şüphelinin ifadesi alınamayacağından, seçilmiş veya görevlendirilmiş zorunlu müdafii ifade alma işlemlerinde hazır bulunması zorunlu bir görevdir. Seçilmiş veya görevlendirilmiş zorunlu müdafii, ifade almada hazır bulunmadan ifade alma işlemi yapılamayacağından, yetkili merciin talebi üzerine baro tarafından başka bir müdafii görevlendirilmesi zorunludur⁴⁸⁹. Ayrıca müdafî, avukatlık mesleği gereği üstlenmiş olduğu **görev** bakımından, kamu görevlisi olarak ve müdafii yaptığı hizmetler de kamu hizmeti olarak kabul edilmektedir⁴⁹⁰ (TCK m. 6/1-c,d; Av. K. m. 62). Bu nedenle müdafii, haklı bir mazeret olmadan şüphelinin ifadesinin alınması süresince hazır bulunmaması, üstlendiği görevi ihmal sayılacağından bu fiilin, Avukatlık Kanunu’nun 62’nci maddesinin yollaması⁴⁹¹ ile TCK’nın

aynı davada diğer iştirakçilerin (şüphelilerin) sorgulamalarına da katılabilmesi ve hatta kendilerinin de şahit sunabilme imkânlarının olması da bu reform önerilerine ilave olarak istenilmektedir”. **Beulke**, s.101; **Fahl**, s.1059.

⁴⁸⁸ **Ünver-Hakeri**, s. 318.

⁴⁸⁹ **Haller-Conzen**, s. 131; **Karakehya**, “Ceza Muhakemesinde Zorunlu Müdafilik”, s.427.

⁴⁹⁰ **Gökcan**, “Yeni Türk Ceza Kanunu Hükümleri Karşısında Avukatlık Mesleği”, s. 154-155.

⁴⁹¹ “Bu kanun ve diğer kanunlar gereğince avukat sıfatı ile veya Türkiye Barolar Birliğinin yahut baroların organlarında görevli olarak kendisine verilmiş bulunan görev ve yetkiyi kötüye kullanan avukat, Türk Ceza Kanunu’nun 257’nci maddesi hükümlerine (görevi kötüye kullanma suçuna) göre cezalandırılır” (Av. K. m.62).

257/2'nci maddesinde düzenlenmiş olan “görevi kötüye kullanma suçunu”⁴⁹² oluşturacağı kanaatindeyiz⁴⁹³.

Müdafî, şüpheli veya sanığın sorgusunun⁴⁹⁴ yetkili hâkim veya mahkeme tarafından yapılması süresince de hazır bulunma yetkisine sahiptir. Müdafîin, şüpheli veya sanığın sorgusunda hazır bulunma yetkisi, CMK'da şöyle düzenlenmiştir. Şüpheli veya sanığa, müdafîin sorgu süresince hazır bulunabileceği, kendisine bildirilir (CMK m. 147/1-c). Gözaltına alınan kişi serbest bırakılmazsa, Cumhuriyet savcısının tutuklama talebiyle sulh ceza hâkimi önüne çıkarılıp sorguya çekilir. Bu durumda müdafî, sorgu süresince hazır **bulunur**⁴⁹⁵ (CMK m. 91/6). Tutuklama istenildiğinde, şüpheli veya sanık, kendisinin seçeceği veya baro tarafından görevlendirilecek bir müdafîin yardımından **yararlanır** (CMK m. 101/3). Soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının tutuklama talebiyle şüphelinin sulh ceza hâkiminin huzuruna çıkarılması durumunda hâkimin yapacağı sorgu süresince müdafîin, şüphelinin yanında hazır bulunma yetkisi bulunmaktadır⁴⁹⁶. Fakat kanunun lafzında, “müdafîin yardımından yararlanır” şeklinde emir yani zorunluluk ifade edildiğinden, müdafîin sorgu süresince şüphelinin yanında bulunması ve hukuki yardımda bulunması bir yetki olduğu gibi aynı zamanda zorunlu bir görevdir. Çünkü CMK'ya göre, sorgu süresince müdafîin şüphelinin yanında bulunması bir zorunluluktur (CMK m. 101/3; 91/6). Diğer bir ifadeyle şüphelinin, tutuklama istemiyle sulh ceza hâkimine sevk edilmesi durumu, zorunlu müdafilik gerektiren hallerden biridir⁴⁹⁷. Bu nedenle müdafî, ister görevlendirilmiş ihtiyari veya zorunlu müdafî olsun, ister seçilmiş ihtiyari veya zorunlu müdafî olsun, şüphelinin sorgusunda hazır bulunmak zorundadır. Müdafîin, şüphelinin sorgusunda hazır bulunmamasının iki sonucu bulunmaktadır. Bunlardan ilki,

⁴⁹² “Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” (TCK m. 257/2).

⁴⁹³ **Gökcan**, “Yeni Türk Ceza Kanunu Hükümleri Karşısında Avukatlık Mesleği”, s. 155-156.

⁴⁹⁴ “Sorgu, şüpheli veya sanığın hâkim veya mahkeme tarafından soruşturma veya kovuşturma konusu suçla ilgili olarak dinlenmesidir” (CMK m. 2/1-h).

⁴⁹⁵ **Centel-Zafer**, s. 332-333.

⁴⁹⁶ **Kunter-Yenisey-Nuhoğlu**, s. 463.

⁴⁹⁷ “Kısmi akıl hastası olduğu kabul edilen sanığın CMK'nın 150/2'nci maddesi hükmüne aykırı olarak müdafîi 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. 10 Şubat 2013); 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-Demirağ-Ergül-Mcbride-Tezcan**, s.178-179).

şüphelinin sorgusunda müdafî hazır olmaksızın sorgu yapılamayacağından, hazır bulunmayan seçilmiş veya görevlendirilmiş müdafîin yerine başka bir müdafîin seçilmesi veya yetkili merciin kararıyla baro tarafından görevlendirilmesi gerekir (CMK m. 151). İkincisi ise müdafîin, şüphelinin sorgusunda hazır bulunması zorunlu bir görev olduğundan, müdafîin haklı bir mazeret olmaksızın sorguda hazır bulunmaması hem seçilmiş müdafîi açısından hem de görevlendirilmiş müdafîi açısından Avukatlık Kanunu’nun 62’nci maddesinin yolması⁴⁹⁸ ile TCK’nın 257/2’nci maddesinde düzenlenmiş olan “görevi kötüye kullanma suçunu”⁴⁹⁹ oluşturmaktadır⁵⁰⁰.

Ayrıca müdafîi, soruşturma aşamasında şüphelinin eşyasında, konutunda ve/veya iş yerinde yapılan aramada (CMK m.120/3), keşif yapılması sırasında (CMK m. 84/1), tanık ve bilirkişinin dinlenmesi sırasında (CMK m. 84/2), yer gösterme işlemi sırasında (CMK m. 85), arama sırasında elkonulan ve incelenmek üzere mühürlenmiş belgelerin mühürünün açılması ve incelenmesi sırasında (CMK m. 122) hazır bulunma yetkisine sahiptir⁵⁰¹. Fakat müdafîin, şüpheliye yaptırılacak teşhis işlemi sırasında hazır bulunma yetkisine sahip olduğuna ilişkin CMK’da bir hüküm bulunmadığından, bu konuda uygulamada belirsizlikler bulunmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, önüne gelen bir davada şöyle karar vermiştir. *“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 müdafîin teşhiste hazır bulundurulma zorunluluğu bulunmamaktadır. Aksinin kabulü halinde soruşturma aşamasındaki bütün işlemlerde örneğin; gözaltı giriş ve çıkış raporlarının alınması gibi müdafîin hazır bulunması gerekebilecek hatta başından sonuna kadar gözaltı süresince müdafîin, şüphelinin sürekli yanında bulundurulması gerekebilecektir.*

⁴⁹⁸ “Bu Kanun ve diğer kanunlar gereğince avukat sıfatı ile veya Türkiye Barolar Birliği’nin yahut baroların organlarında görevli olarak kendisine verilmiş bulunan görev ve yetkiyi kötüye kullanan avukat Türk Ceza Kanunu’nun 257’nci maddesi hükmüne (görevi kötüye kullanma suçuna) göre cezalandırılır” (Av. K. m.62).

⁴⁹⁹ “Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” (TCK m. 257/2).

⁵⁰⁰ **Gökcan**, “Yeni Türk Ceza Kanunu Hükümleri Karşısında Avukatlık Mesleği”, s. 155-156; **Kocaoğlu**, Müdafîi, s. 188.

⁵⁰¹ **Centel-Zafer**, s.179.

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”⁵⁰².

2. Müdafinin Kovuşturma İşlemlerinde Hazır Bulunma Yetkisi

Müdafî, kovuşturma aşamasında, duruşma sırasında, sorguya çekme, arama, keşif yapma, yer gösterme, tanık dinleme gibi bazı işlemlerde sanıkla birlikte veya tek başına hazır bulunma yetkisine sahiptir. Müdafinin, kovuşturma aşamasındaki işlemlerde hazır bulunması bazen yetki bazen de hem yetki hem de görev olarak düzenlenmiştir.

Ceza muhakemesinde genel olarak, duruşmanın açıklığı ilkesi bulunmaktadır. Bu ilke gereği, herkes gibi müdafî de duruşmalara katılma ve duruşmaları izleme yetkisine sahiptir. Fakat genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına mahkemece karar verilebilir (CMK m. 182/1,2). Duruşmanın kapalı yapılmasına karar verilmesi durumunda dahi müdafî, duruşmalara katılma yetkisine sahiptir ve bu yetkisi engellenemez. Dolayısıyla müdafî, sanık duruşmalara katılsın veya katılmasın, sanıkla birlikte veya tek başına bütün duruşmalara (ilk derece mahkemesindeki ve temyiz mahkemesindeki duruşmalara) katılma yetkisine sahiptir⁵⁰³ (CMK m. 197/1). Müdafinin duruşmada hazır bulunması için, duruşmanın yapılacağı yer ve tarihinin kendisine bildirilmesi gerekir⁵⁰⁴. Ceza muhakemesinde, hem ilk derece ceza yargılamasında

⁵⁰² **YCGK, 15.4.2008, E. 2008/6-71, K. 2008/85**, (www.kazanci.com.tr. 10 Haziran 2013).

⁵⁰³ Uygulamada bazı hallerde, duruşmaya gelmeyen sanıkları duruşmaya gelmeye zorlamak amacıyla, duruşmaya gelmeyen sanıkların müdafilerinin de tek başına duruşmaya kabul edilmediği görülmektedir. Savunma hakkının özünün kısıtlanması anlamına gelen bu uygulamaya son vermek amacıyla, daha önce 1973 yılında 1412 sayılı CMUK’un 227’inci maddesinde değişiklik yapılmışsa da uygulamanın tam olarak sona ermediği görüldüğünden, bu defa daha net ve açık bir şekilde müdafinin tek başına bütün duruşmalara katılabileceği düzenlenmiştir (**CMK’nın 197’nci maddesinin gerekçesi**).

⁵⁰⁴ “CMK’nın 181. maddesi uyarınca tanıkların dinlenilmesi için belirlenen duruşma gününün sanığa ve müdafisine bildirilmesinin zorunlu bulunduğu, CMK’nın 201. maddesinde öngörülen **sanık müdafisine tanıklara yönelik soru sorma olanağının**

(CMK m. 176/3), hem temyiz aşamasında Yargıtay’da yapılan duruşmalı yargılamalarda (CMK m. 299/1), hem de Yargıtay’ın bozma kararı üzerine ilk derece ceza mahkemesinde yapılacak tüm duruşmalarda, duruşma yer ve tarihinin müdafie bildirilmesi zorunludur (CMK m. 307/2). Müdafie duruşma yer ve tarihi bildirilmeden kural olarak duruşma yapılamaz. Müdafie bildirim yapılmadan duruşma yapılması, savunma hakkının kısıtlanması ve mutlak bozma sebebidir. Fakat seçilmiş ihtiyari müdafie, duruşma yer ve tarihinin tüm çabalara rağmen tebliğ olunamaması veya tebliğ yapılmasına rağmen müdafinin haklı bir mazereti olmaksızın duruşmaya katılmaması halinde, müdafinin yokluğunda duruşmaya devam edilebilir (CMK m. 307/2). Ancak zorunlu müdafilik gerektiren tüm durumlarda (seçilen veya görevlendirilen) müdafinin tüm duruşmalarda hazır bulunması zorunludur⁵⁰⁵. Dolayısıyla zorunlu müdafinin hazır bulunmadığı duruşmalara devam edilemez⁵⁰⁶ (CMK m. 188/1). Her ne kadar CMK’nın 188’inci maddesindeki hükümde sadece zorunlu müdafilikten bahsedilmişse de kanaatimizce, ihtiyari müdafinin baro tarafından görevlendirildiği durumlarda da müdafie, duruşma yer ve tarihi bildirilmiş olsun veya olmasın müdafinin yokluğunda duruşmaya devam edilemez. Bir başka ifadeyle, CMK’nın 150/1’inci maddesi kapsamında görevlendirilen ihtiyari müdafinin, baro tarafından görevlendirilmesinin zorunlu olması, sanığın görevini yapmayan ya da duruşmalara katılmayan müdafii azletme yetkisinin bulunmaması, görevlendirilmiş müdafinin duruşmalara katılmasının zorunlu olması, duruşmalara katılmayan veya görevini yapmayan müdafinin yerine başka bir müdafinin mahkeme veya hâkim tarafından görevlendirilmesinin zorunlu olması hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, görevlendirilmiş ihtiyari müdafinin duruşmalara katılmaması veya görevini yapmaması halinde ikinci bir müdafii görevlendirilmeden müdafinin yokluğunda duruşmaya devam edilemeyeceği ve hüküm kurulamayacağı⁵⁰⁷ kanaatindeyiz^{508 509}. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da vermiş olduğu bir kararda,

da sağlanabilmesi bakımından bu zorunluluğa uyulması gerektiği gözetilmeden, sanık müdafinin hazır bulunduğu 11.12.2002 tarihinde yapılan duruşma bitiminde bir sonraki duruşma günü 29.04.2003 tarihine bırakıldığı halde, aynı gün tanık Abdullah’ın hazır bulunduğu bahisle sanık müdafii haberdar edilmeksizin ifadesinin alınması suretiyle CMK’nın 181 ve 201. maddelerine aykırı davranılması hukuka aykırıdır”. (Yarg. 4. CD, 17.12.2007, E. 2006/3203, K. 2007/10902, www.kazanci.com.tr. 10 Haziran 2013).

⁵⁰⁵ Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii, s.130.

⁵⁰⁶ Centel-Zafer, s. 179.

⁵⁰⁷ AİHM’e göre, “sadece adli yardım amacıyla müdafii atanmış olması, Sözleşme’nin 6(3)(c) bendinin gereklerinin tam olarak yerine getirildiği anlamına gelmez. Mahkeme’ye göre Sözleşme, hakları teorik veya hayali olarak değil ve fakat pratik ve etkili bir biçimde güvence altına almayı amaçlamıştır ... Sadece müdafii atama, yardımı etkili kılmaz; çünkü adli yardım amacıyla atanmış müdafii ölebilir, ağır hastalanabilir, bu süre içinde görev yapması engellenebilir veya kendisi görevden

CMK'nın 151'nci maddesi kapsamında baro tarafından görevlendirilen ihtiyari müdafinin yokluğunda hüküm kurulmasını, savunma hakkının ihlali ve bozma sebebi kabul etmiştir⁵¹⁰. Aksi görüşün kabulü halinde görevlendirilen ihtiyari müdafii, görevini yapmadığı için yeterince savunulmayan ve bunda bir kusuru bulunmayan sanığın kendi haklarını kullanmasının da önüne geçilmiş olunacaktır. Bu nedenlerle, görevlendirilen ihtiyari müdafii ile seçilen veya görevlendirilen zorunlu müdafinin hazır bulunmadığı duruşmalara devam edilemez⁵¹¹.

Seçilmiş ihtiyari müdafinin haklı bir mazeret olmadan duruşmada hazır bulunmaması halinde, müdafinin yokluğunda duruşmaya devam edilebilecektir. Bu durum aynı zamanda, sanık veya sanığın kanuni temsilcisi ile müdafii arasında yapılan avukatlık sözleşmesine aykırılık oluşturacaktır. Fakat seçilen veya görevlendirilen zorunlu müdafii ile görevlendirilen ihtiyari müdafinin duruşmada hazır bulunmaması halinde, duruşmaya devam edilemez. Bu durumda kovuşturmanın devam ettiği mahkeme, duruşmaya ara vererek ya da duruşmayı ertele-

kaçınabilir. Kamu makamlarına haber verilmesi halinde bu makamlar ya müdafii değiştirmeli veya görevini yerine getirmeye zorlamalıdır". (**Kamasinski/Avusturya Kararı, 19.12.1989**, www.ihami.anadolu.edu.tr. 20 Mart 2013).

⁵⁰⁸ "Sadece müdafii görevlendirilmesi, hukuki yardımı etkili kılmaz. Çünkü adli yardım amacıyla atanmış müdafii, ölebilir, hastalanabilir. Bu sebeplerle görevlendirilmiş müdafii, görevini yapamayabilir veya yapmaktan kaçınabilir. Kamu makamlarına haber verilmesi halinde bu makamlar, ya müdafii değiştirilmeli ya da görevini yerine getirmeye zorlamalıdır. Görevlendirilmiş müdafinin görevini yapamaması veya görevini yapmaktan kaçınmasına rağmen duruşmaya devam edilmesi veya hüküm kurulması ücretsiz hukuki yardımı anlamsız kılacaktır". (**Artico/İtalya Kararı, 6694/74, 13.5.1980, Yaşar**, s.1986-1691); **Karakehya**, "Ceza Muhakemesinde Zorunlu Müdafilik", s.423.

⁵⁰⁹ Bu konuyla ilgili detaylı gerekçe için ikinci bölümde yer alan "ihtiyari müdafinin görevlendirilmesi" başlıklı kısma bakılabilir.

⁵¹⁰ "Sanık için görevlendirilmiş olan **ihtiyari müdafinin**, 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, müdafinin 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, Kararın karşı oy gerekçesi, Arslan**, s.225-226); **YCGK, 18.03.2008, E. 2008/9-148, K. 2008/169**, (www.kazanci.com.tr. 20 Mart 2013).

⁵¹¹ "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 müdafinin görevlendirilmesi için CMK'nın 151. maddesine göre işlem yapılması gerekir. Görevini yerine getirmekten açıkça kaçındığı anlaşılan avukat ile sanık arasında CMK anlamında hukuken geçerli bir müdafilik ilişkisi kalmadığından sanığın kendisine yapılan tebligat üzerine süresinde yaptığı temyiz geçerli olup hüküm temyizen incelenmelidir. Aksinin kabulü halinde atanan müdafii görevini yapmadığı için yeterince savunulmayan ve bunda bir kusuru bulunmayan sanığın kendi haklarını kullanmasının da önüne geçilmiş olunacaktır". (**YCGK, 18.03.2008, E. 2008/9-148, K. 2008/169**, www.kazanci.com.tr. 20 Mart 2013); AİHM'e göre, "sadece adli yardım amacıyla müdafii atanmış olması, Sözleşme'nin 6(3)(c) bendinin gereklerinin tam olarak yerine getirildiği anlamına gelmez. Mahkeme'ye göre Sözleşme, hakları teorik veya hayali olarak değil ve fakat pratik ve etkili bir biçimde güvence altına almayı amaçlamıştır. ... Sadece müdafii atama, yardımı etkili kılmaz; çünkü adli yardım amacıyla atanmış müdafii, görevden kaçınabilir. Böyle bir durumda kamu makamlarına haber verilmesi halinde, bu makamlar ya müdafii değiştirmeli veya görevini yerine getirmeye zorlamalıdır". (**Kamasinski/Avusturya Kararı, 19.12.1989**, www.ihami.anadolu.edu.tr. 20 Mart 2013).

yerek ilgili barodan yeni bir müdafî görevlendirilmesini talep etmelidir⁵¹² (CMK m. 151/1). Ayrıca müdafî, ister seçilmiş ister görevlendirilmiş zorunlu veya ihtiyari müdafî olsun hem ilk derece mahkemesinde hem de temyiz mahkemesinde yapılan tüm duruşmalara katılmak zorundadır. Çünkü müdafîin duruşmalara katılması ve yargılamaya müdahil olması, sanığın savunma hakkından etkin yararlanması için gerekli ve müdafî için de aynı zamanda zorunlu bir görevdir. Bu nedenle müdafîin, haklı bir mazeret olmaksızın duruşmada hazır bulunmamasının savunma görevinin ihlalini oluşturacağı⁵¹³ kanaatindeyiz⁵¹⁴.

Ceza muhakemesinde müdafî, duruşmada yapılan her işlem sırasında hazır bulunma yetkisine sahip olduğu gibi, duruşma dışında yapılan sorgu sırasında (CMK m. 196/2), tanık dinlendiği sırada⁵¹⁵ ve keşif sırasında da (CMK m. 84/1) hazır bulunma yetkisine sahiptir.

D) Müdafîin Araştırma ve Delillerin Toplanması Talep Etme Yetkisi

Müdafîin sahip olduğu yetkilerden biri de şüpheli veya sanığın lehine olan delilleri ve konuları bizzat araştırma veya araştırılması için soruşturma ve kovuşturma mercilerine talepte bulunma yetkisidir. Müdafî, şüpheli veya sanığın lehine olan her türlü delili ele geçirmek ve şüpheli veya sanığa yükletilen olayları aydınlatmak için hukuka uygun yol ve yöntemlerle bizzat araştırma yapabilir⁵¹⁶. Bu amaçla müdafî, şüpheli veya sanığa yükletilen olayın meydana geldiği yeri yasak olmadığı sürece inceleyebilir, olay yerinin fotoğrafını çekebilir ve kamera kaydı yapabilir. Ayrıca müdafî, şüpheli veya sanığın lehine olan tanıkları bulabilir,

⁵¹² “Sanığa istemi üzerine müdafîi olarak görevlendirilen (görevlendirilmiş ihtiyari müdafî) 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 müdafîin 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. 20 Mart 2013).

⁵¹³ “Bu Kanun ve diğer kanunlar gereğince avukat sıfatı ile veya Türkiye Barolar Birliğinin yahut baroların organlarında görevli olarak kendisine verilmiş bulunan görev ve yetkiyi kötüye kullanan avukat Türk Ceza Kanunu’nun 257’nci maddesi hükümlerine (görevi kötüye kullanma suçuna) göre cezalandırılır” (Av. K. m.62).

⁵¹⁴ Gökcan, “Yeni Türk Ceza Kanunu Hükümleri Karşısında Avukatlık Mesleği”, s. 155-156; Kocaoğlu, Müdafî, s. 188.

⁵¹⁵ “Tanık Abdullah’ın hazır bulunduğu bahisle sanık müdafîi haberdar edilmeksizin ifadesinin alınması suretiyle CMK’nın 181 ve 201. maddelerine aykırı davranılması hukuka aykırıdır”. (Yarg. 4. CD, 17.12.2007, E. 2006/3203, K. 2007/10902, www.kazanci.com.tr. 10 Haziran 2013).

⁵¹⁶ Roxin-Schünemann, s.130; Kocaoğlu, Müdafî, s. 226-227.

bulduğu tanıklarla görüşebilir, tanıkların bilgisine başvurabilir⁵¹⁷ ve tanıkları dinlenmek üzere yetkili mercilerin önüne çıkarabilir⁵¹⁸.

Müdafî, bizzat şüpheli ve sanığın lehine olan konularda araştırma yapabileceği gibi soruşturma ve kovuşturma mercilerinden de gerekli araştırma ve incelemelerin yapılmasını ve lehe delillerin toplanarak muhafaza altına alınmasını talep etme yetkisine sahiptir⁵¹⁹ (CMK m. 147/1-f). Bu bağlamda müdafî, mahkemeden keşif yapılmasını, tanık dinlenmesini, bilirkişi görevlendirilmesini, otopsi yapılmasını, genetik inceleme yapılmasını, şüphelinin veya sanığın ruh ve akıl sağlığının tespit edilmesini, kamu kurum ve kuruluşları ile özel hukuk tüzel kişilerinden belge ve bilgi istenilmesini talep edebilme yetkisine sahiptir. Soruşturma ve kovuşturma mercileri müdafîin, re'sen getirdiği belge ve delilleri incelemek ve tanıkları dinlemek zorunda olmakla birlikte, araştırma ve inceleme yapılması ile tanık çağrılmasına ilişkin talepleri kabul edip etmeme konusunda takdir yetkisine sahiptir⁵²⁰ (CMK m. 206; 207).

E) Müdafîin Soru Sorma Yetkisi

Ceza muhakemesinde, adil ve hakkaniyete uygun bir hükme varılabilmesi ve maddi gerçeğe ulaşılabilmesi için kolektif bir yargılama yapılması önemlidir. Kolektif bir yargılama ise, ancak mahkemeye getirilen her türlü delilin iddia, savunma ve yargılama makamları tarafından tartışılması ve tarafların ortaya konulan delillerle ilgili düşünce ve görüşlerini açıklamaları, itirazlarını ileri sürmeleri ve delilleri açıklığa kavuşturmak için soru sormalarıyla mümkündür⁵²¹ (CMK m. 215; 216).

Müdafîin, sahip olduğu önemli yetkilerden biri de duruşmaya çağırılmış kişilere doğrudan soru sorma yetkisidir. Buna göre müdafî, sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağırılmış diğer kişilere duruşma disiplinine uygun olmak şartıyla doğrudan soru

⁵¹⁷“Müdafî için cezasız kalmaya yol açma, delil karartma ya da yalan ifade kadar tehlikelidir”. **Roxin-Schünemann**, s.130; **Beulke**, s. 102.

⁵¹⁸ “Aslında yargılamanın adil olması, sanığın hukuki danışma imkânından geniş bir şekilde yararlanabilmesini gerektirir. Bu açıdan bakıldığında, sanığın sorguya hazırlanması, sanık lehine delillerin araştırılması, savunmanın hazırlanması, olayın tartışılması, başı dertte olan sanığa destek olunması ve tutulma sırasındaki koşullarının gözlenmesi, savunma müdafîinin serbestçe yapabilmesi gereken en temel şeylerdir”. (**Adamkiewicz/Polonya Kararı**, 10.03.2010, www.yargitay.gov.tr. 10. Haziran 2013).

⁵¹⁹ **Beulke**, s.102.

⁵²⁰ **Kunter-Yenisey-Nuhoglu**, s. 1317.

⁵²¹ **Kocaoğlu**, Müdafî, s.228-229.

sorma yetkisine sahiptir⁵²² (CMK m. 201/1). Ceza muhakemesinde doğrudan soru sorma yetkisi, sanığa tanınmamış olup sadece müdafie tanınmıştır. Müdafiiin sahip olduğu doğrudan soru sorma yetkisi, müdafii için bir görev değil yetki olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla müdafiiin, yargılamaya katılan kişilere doğrudan soru sorup sormayacağına, hangilerine soru soracağına ve sorunun sayısı ile kapsamını takdir etme yetkisi bulunmaktadır. Müdafiiin, doğrudan soru sorma yetkisi sadece kovuşturma aşamasında dinlenen kişiler için kabul edilmiş olduğundan, soruşturma aşamasında dinlenen kişilere (bilirkişi, tanık, şüpheli, şikâyetçi, malen zarar gören) dinlenme sırasında doğrudan soru sorma yetkisi bulunmamaktadır.

Müdafiiin, kovuşturma aşamasında doğrudan soru sorabileceği kişiler, sanık, bilirkişi, tanık, katılan ve duruşmaya katılan diğer kişilerdir (CMK m. 201/1). Dolayısıyla müdafiiin doğrudan soru sorabileceği kişiler, yargılamaya katkı yapmak üzere duruşmada hazır bulunan Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme heyeti ile kâtip ve mübaşir dışındaki herkestir. Müdafii, doğrudan soru sorma yetkisini, soru sorulabilecek kişiler duruşmada dinlendikten sonra kullanabilir. Hâkim veya mahkeme başkanı, sanık, bilirkişi, tanık, katılan ve duruşmaya katılan diğer kişilerden her biri dinlendikten hemen sonra, müdafie dinlenen kişiye soru sorup sormayacağını veya söylenenlere bir diyeceğinin bulunup bulunmadığını sormak zorundadır (CMK m. 215). Fakat hâkim veya mahkeme başkanı, müdafie soru sorup sormayacağını sormasa bile yine de müdafiiin ilgili kişilere doğrudan soru sorma yetkisi bulunmaktadır. Kanaatimizce müdafiiin, dinlenen kişiye doğrudan soru sorabilmesi için hâkim veya mahkeme başkanından kural olarak izin almasına gerek yoktur⁵²³. Fakat bu durum müdafiiin, duruşmada canı istediği zaman ve söz hakkı almadan doğrudan soru sorma yetkisine sahip olduğu anlamına da gelmez. Müdafiiin doğrudan soru sorması, müdafii ile sorunun muhatabı olan kişi arasına başka bir aracı (hâkim veya mahkeme başkanı) girmeden müdafiiin, muhatabına doğrudan doğruya bizzat soru sorma yetkisine sahip olmasıdır. Bu nedenle müdafiiin, doğrudan soru sorma yetkisini kullanması duruşma disiplini içerisinde olmak zorunda olduğundan, müdafii, doğrudan soru sormak istediğinde mahkeme hâkimi veya başkanından söz hakkı istemesi gerekir (CMK m. 201'in tasarı gerekçesi). Bu durum müdafiiin, izin alması olarak değil fakat

⁵²² “Alman hukukunda, “kovuşturma aşamasında müdafii, sanığa, tanıklara ve mahkemede konu ile ilgili dinlenen uzmanlara soru sorma hakkına sahiptir”. **Beulke**, s. 103.

⁵²³ **Kocaoglu**, Müdafii, s.229.

duruşma düzenine uyması ve duruşma düzenini sağlamakla görevli hâkim veya mahkeme başkanının işgal ettiği yargılama makamına duyulan saygının bir gereğidir. Buna karşılık hâkim veya mahkeme başkanının da müdafii, doğrudan soru sormak için söz hakkı istemesi halinde, müdafie söz hakkı vermeme yetkisi bulunmadığı gibi, ayrıca müdafii doğrudan soru sormasını engellemesi savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelecektir⁵²⁴.

Müdafii, doğrudan soru sorma yetkisi kapsamında sormuş olduğu soruya, Cumhuriyet savcısı, katılan veya katılan vekili itiraz edebilir (CMK m. 201/1). Kanunda açıkça Cumhuriyet savcısı, katılan veya katılan vekiline, müdafii sorduğu soruya itiraz etme hakkı tanınmış olduğu halde, hâkim veya mahkeme başkanı re'sen sorunun değiştirilmesini isteme yetkisi tanınmamıştır. Kanaatimizce gerekli görüldüğünde, duruşmanın disiplinini sağlamakla görevli olan hâkim veya mahkeme başkanının da re'sen müdafii sorduğu soruya müdahale etme ve sorunun düzeltilmesini veya değiştirilmesini isteme yetkisi bulunmaktadır. Kanunda müdafii sormuş olduğu hangi sorulara ve hangi gerekçeyle itiraz edilebileceği belirtilmemiştir. Ancak CMK'nın 206'ıncı maddesinden⁵²⁵ ve ceza hukukunun temel ilkelerinden hareketle, devam eden kovuşturmayla açıkça ilgisiz olan⁵²⁶ veya açıkça gereksiz olan⁵²⁷ yahut da açıkça hukuka aykırı olan sorulara itiraz edilebileceğini söyleyebiliriz⁵²⁸. Müdafii sormuş olduğu soruya itiraz edilmesi halinde, itiraz edilen sorunun sorulup sorulmayacağına kovuşturmayı yürüten mahkeme hâkimi veya başkanı karar verecektir (CMK m. 201/1). Mahkeme hâkimi veya başkanının, itirazı kabul etmesi veya re'sen sorunun sorulmasını uygun bulmaması halinde müdafii, ilgili soruyu tekrar soramaz ve sorunun muhatabı da soruyu cevaplandırmak zorunda değildir. Fakat bu durumda müdafii, soruyu değiştirerek sorma yetkisine sahiptir (CMK m. 201/1).

⁵²⁴ Kocaoğlu, Müdafii, s.231.

⁵²⁵ “Ortaya konulması istenilen bir delil aşağıda yazılı hâllerde reddolunur: a) Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse. b) Delil ile ispat edilmek istenilen olayın karara etkisi yoksa. c) İstem, sadece davayı uzatmak maksadıyla yapılmışsa” (CMK m. 206/2).

⁵²⁶ Açıkça ilgisiz soru, devam eden kovuşturmayla doğrudan veya dolaylı olarak hiçbir ilgisi olmayan sorudur.

⁵²⁷ Açıkça gereksiz soru, devam eden kovuşturmayla ilgisi olmakla birlikte, maddi gerçeğe ulaşılmasına yönelik olmayan veya cevabı açıkça taraflarca bilinen bir konuya yönelik sorudur.

⁵²⁸ Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii, s.136.

F) Müdafinin Kendisine Bildirimlerin Yapılmasını İsteme Yetkisi

CMK'ya göre, koruma tedbirlerine (tutuklama, yakalama, gözaltına alınma, arama gibi) ilişkin olan kararlar hariç, aleyhine kanun yollarına başvurulabilecek hâkim veya mahkeme kararları, karar anında hazır bulunmayan ilgililere tebliğ edilir (CMK m. 35/2). Bu hüküm gereği koruma tedbirlerine ilişkin olan kararların müdafie tebliğ edilmesi gerekmemektedir. Ayrıca tebliğ edilmesi gereken kararın, açıklanması sırasında hazır olan kişilere tefhim edilmiş olması halinde de bu tür kararların ilgili kişilere ve dolayısıyla müdafie tebliğ edilmesine gerek yoktur. Fakat koruma tedbirlerine ilişkin olan kararların dışında kalan ve aleyhine kanun yollarına başvurulabilecek hâkim veya mahkeme kararlarının, ilgililerin ve dolayısıyla müdafinin yokluğunda verilmiş olması halinde, bu tür kararların müdafie tebliğ edilmesi zorunludur⁵²⁹. 11.4.2013 tarihli ve 6459 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesiyle CMK'nın 108'inci maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişiklikte, soruşturma aşamasında tutuklu bulunanan şüphelinin tutukluluk halinin gözden geçirilmesinde mutlaka “*şüpheli veya müdafii dinlenildikten sonra*” karar verilebileceği düzenlenmiştir. Her ne kadar CMK'da sadece hâkim ve mahkeme kararlarının müdafie tebliğinden bahsedilmiş ise de, kanaatimizce, soruşturma aşamasında tutukluluğun gözden geçirilmesinde, müdafinin veya şüphelinin görüşünün alınması zorunlu olduğuna göre Cumhuriyet savcısının, tutuklu olan şüphelinin tutukluluğuyla ilgili mütalasının da müdafii dinlenmeden önce mutlaka müdafie bildirilmesi gerekir. Çünkü ancak bu şekilde müdafii dinlenirken, sağlıklı bir savunma yapabilecektir. Ayrıca Cumhuriyet savcısı tarafından CMK'nın 170'inci maddesi kapsamında hazırlanan iddianame mahkemeye sunulduktan sonra, iddianamenin mahkeme tarafından müdafie tebliğ edilerek iddianame ile ilgili müdafinin görüşü alındıktan sonra mahkeme tarafından iddianamenin kabulü veya reddi yönünde bir karar verilmesine yönelik olarak CMK'nın 174'üncü maddesinde bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

CMK'da tebligatların nasıl ve kimlere yapılacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmaması olup, bu konuda Tebligat Kanunu'na yollamada bulunmaktadır. Buna göre, ceza muhakemesi kapsamında yapılacak tebligatlar, CMK'daki tebligata ilişkin özel hükümler saklı

⁵²⁹ Centel-Zafer, s. 184.

kalmak üzere, Tebligat Kanunu'na göre yapılır (CMK m. 37/1). Tebligat Kanunu'na göre, vekil (müdafî) aracılığıyla takip edilen işlerde, tebligat sadece vekile (müdafîe) yapılır. Fakat aynı işi birden fazla vekil (müdafî) birlikte takip ediyorsa, tebligat bu vekillerden sadece birine yapılır. Eğer tebligat, aynı işi birlikte takip eden birden fazla vekilin (müdafîin) tümüne yapılmışsa, bu vekillerden ilkinde yapılan tebliğ tarihi geçerli olacaktır. Fakat CMK'nın, kararların sanıklara tebliğ edilmelerine ilişkin hükümleri saklıdır (TK m. 11/1). Tebligat Kanunu'nun bu hükmü bağımsız olarak değerlendirildiğinde, müdafî ile takip edilen soruşturma ve kovuşturmalarda tebligatların sadece müdafîe yapılması gerektiği ve şüpheli veya sanığa tebligat yapılmasının gerekmediği sonucuna varılmaktadır⁵³⁰. Ayrıca aynı şüpheli veya sanığın birden fazla müdafîsinin bulunması halinde, tebligatların müdafîlerden sadece birine yapılması yeterli olacaktır. Sonuç olarak, ceza muhakemesi işlemleri ile ilgili olarak müdafî ile takip edilen işlerde, müdafî talep etse de etmese de tebligatların müdafîe yapılması zorunludur. Bu nedenle müdafî ile takip edilen soruşturma ve kovuşturmalarda, tebligatların müdafî yerine sadece şüpheli veya sanığa yapılması⁵³¹ ya da görevi sona ermiş müdafîe yapılması⁵³² durumunda tebligat geçerli olmayacaktır. Ayrıca müdafî ile takip edilen ceza yargılamalarında, şüpheli veya sanığa yapılan tefhim veya tebligatlar müdafî açısından yasal sürelerin işleminde ve hesaplanmasında dikkate alınmayacaktır⁵³³.

⁵³⁰ “Avukatın kovuşturma aşamasında müdafîi olarak duruşmaya katılması karşısında Tebligat Yasasının 11.maddesi gereğince vekil ile takip edilen davalarda tebliğin vekile yapılması gerektiği; yokluğundan verilen hükmün 17.01.2012 tarihinde sanığa tebliğ edilerek kesinleştirilmesinin usulsüz olduğu anlaşılmakla; sanığın 15.02.2012 havale tarihli dilekçesiyle vaki temyiz isteminin değerlendirilmesi sonucu mahkemece verilen 16.02.2012 gün ve aynı sayılı "temyiz isteminin süre yönünden reddine" ilişkin kararda isabetsizlik bulunmamaktadır”. (Yarg. 15. CD, E. 2012/8002, K. 2012/40865, www.kazanci.com.tr, 1.Ekim 2013); “Vekil varken asile tebligat yapılması tebligatı gereksiz kılar ve bu tebligata bağlanan sonuçlar doğmaz. Bu bakımdan karşı dava harcını yatırması ve karşı davaya dair gider avansını tamamlaması için davalı vekiline iki hafta kesin süre tanınmasına dair 19.3.2012 tarihli karar davalı vekiline tebliğ edilmeden ve sonucu beklenmeden hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir”. (Yarg. 2. HD, E. 2012/20210, K. 2013/6580, www.kazanci.com.tr, 1.Ekim 2013).

⁵³¹ “Yargıtay C.Başsavcılığı tebliğnamesinin sanık asile tebliği ile yetinilip, sanık müdafîine tebliğ edilmeden temyiz incelemesi yapılması, CMUK'nın 316/3 ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 11. maddelerine aykırıdır”. (YCGK, 30.10.2007, E. 2007/6-209, K. 2007/216, www.kazanci.com.tr, 5 Nisan 2013).

⁵³² “Yargılama aşamasında istem üzerine Baro tarafından CMK'nın 150. maddesi uyarınca görevlendirilen müdafîin görevi, sanığın kendisine vekâletname ile bir müdafîi seçmesi nedeniyle sona ermiş bulunmaktadır. Bu tarihten sonra sanığın savunmasını vekâletname ile görevlendirdiği Av. Mehmet yapacağından, Yargıtay C.Başsavcılığı tebliğnamesinin de bu müdafîe tebliği gerekir. Bu nedenle, tebliğnamenin sanığın görevlendirdiği müdafîi yerine, Baro tarafından atanan ve görevi sona ermiş bulunan müdafîe tebliğ edilerek temyiz incelemesinin yapılması savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelmektedir”. (YCGK, 02.03.2010, E. 2010/1-19, K. 2010/41, www.kazanci.com.tr, 5 Nisan 2013).

⁵³³ “Müşteki vekilinin 11.06.2004 tarihli şikayet dilekçesi üzerine Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca soruşturma sonucunda düzenlenen 17.08.2004 tarih 2004/49722-26241 sayılı kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın Tebligat Kanununun 11. maddesine göre müşteki vekiline tebliğ edilmesi gerekirken, anılan kanun hükmüne aykırı olarak müştekinin aynı konutta oturan annesine 20.09.2004 tarihinde tebliğ edildiği anlaşılmakla, müşteki vekilinin kovuşturmayaya yer olmadığı kararına

Fakat Tebligat Kanunu ve yerleşik içtihatların aksine Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu konuda **oy çokluğuyla** verdiği bir kararda “*sanığın istemi üzerine CMK’nın 150/1 ve 156’ncı maddeleri uyarınca görevlendirilen (ihtiyari) müdafinin yokluğunda duruşma yapılarak hüküm verilmesinde bir isabetsizlik olmadığından, **hükmün sanığa tefhimi** ile temyiz süresi işlemeye başlamıştır. Bunun sonucu olarak da sanık müdafinin, temyiz isteminin süresinden sonra yapıldığının kabulü gerekmektedir*” şeklinde görevlendirilmiş ihtiyari müdafii ile takip edilen ceza yargılamalarında müdafii yerine sanığa yapılan tefhimin temyiz süresini başlatacağını kabul etmiştir⁵³⁴.

Fakat Tebligat Kanunu’nun bu hükmüne rağmen, müdafie tebligat yapılması konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürüldüğü gibi, yüksek yargı kararlarında da bu konuda farklı uygulamalar bulunmaktadır. Doktrindeki görüşlere göre, ceza muhakemesinde müdafii, her zaman şüpheli veya sanığın temsilcisi olmadığı için, kural olarak muhakeme işlemlerinin hem müdafie hem de şüpheli veya sanığa ayrı ayrı tebliğ edilmesi gerekir. Müdafinin, şüphelinin veya sanığın temsilcisi olduğu durumlarda ise sadece müdafie tebligat yapılabilir. Fakat ceza muhakemesinde müdafinin, şüphelinin veya sanığın temsilcisi olduğu durumlar, çok sınırlıdır. Ceza muhakemesinde, müdafii ile şüpheli veya sanık aynı tarafta yani savunma makamında yer alsalar da bunlar bir birinden bağımsız farklı muhakeme sükeleridir⁵³⁵. Ayrıca CMK’nın, “aleyhine kanun yolluna başvurulabilecek hâkim veya mahkeme kararları, karar anında hazır bulunmayan **ilgililere** tebliğ edilir” şeklindeki hükmünde de sadece müdafii veya sadece şüpheli veya sanık ifadesi kullanılmamış olup, hem müdafii hem de şüpheli veya sanığı kapsayacak şekilde “**ilgililer**” kavramı kullanılmış olduğundan, ceza muhakemesinde tebligatların hem müdafie hem de sanığa veya şüpheliye yapılması gerekir⁵³⁶ (CMK m. 35/2).

karşı 29.07.2005 günlü Sincan Ağır Ceza Mahkemesine yaptığı, vaki itirazının süresinde olduğunun kabulü yerine müştekiye usulsüz yapılan 20.09.2004 tarihli tebligat esas alınmak suretiyle itirazın süresinde olmadığından bahisle reddine karar verilmesi, hukuka aykırıdır”. (Yarg. 5. CD, E. 2006/11706, K. 2006/10232, www.kazanci.com.tr, 1.Ekim 2013).

“Belirtilen zorunluluğa rağmen, görevlendirilen müdafinin yokluğunda kurulan hükmün, hazır bulunan sanığa tefhim edilmesi, kanun yoluna başvuru süresinin başlangıcına esas olamaz”. (YCGK, 11.10.2011, E. 2011/10-82, K. 2011/204 Karşı oy gerekçesi, Arslan, s.226).

⁵³⁴ YCGK, 11.10.2011, E. 2011/10-82, K. 2011/204, (Arslan, s.221).

⁵³⁵ Kunter-Yenisey-Nuhoglu, s.459-460.

⁵³⁶ Centel-Zafer, s.184.

Yargıtay uygulamasında da genel olarak Tebligat Kanunu'nun 11'inci maddesi hükmüne paralel olarak, ceza muhakemesinde müdafî ile takip edilen işlerde tebligatların sadece müdafîe yapılmasının gerekli ve yeterli olduğu ve ayrıca şüpheli veya sanığa tebligat yapılmasının gerekli olmadığı kabul edilmektedir. Fakat Yargıtay, Tebligat Kanunu'nun 11'inci maddesi hükmünden farklı olarak, şüpheli veya sanığın kendisine baro tarafından müdafî atandığından haberdar olmaması halinde, tebligatların sadece müdafîe yapılmasının yeterli olmayacağı, tebligatların mutlaka şüpheli veya sanığın şahsına da yapılmasının zorunlu olduğu, bu durumda sürelerinde şüpheli veya sanığa yapılan tebliğle başlayacağını ve bu zorunluluğun Tebligat Kanunu'nun sonucu değil, vazgeçilmez nitelikteki savunma hakkı ve daha geniş manada adil yargılanma hakkının bir sonucu olduğunu kabul etmiştir⁵³⁷. Yargıtay'ın da ceza muhakemesinde, Tebligat Kanunu'nun 11'inci maddesi hükmünü sert bir şekilde uygulamaması ve savunma hakkına içtihatla da olsa üstünlük tanınması yetersiz fakat yerinde bir uygulama olmuştur⁵³⁸. Bu nedenlerle, hem Tebligat Kanunu'nun 11'inci maddesindeki hükmün müdafîin hukuki statüsü göz önünde bulundurularak yeniden düzenlenmesi gerektiği hem de ceza muhakemesi kapsamında yapılacak tebligatların müdafîe ve şüpheli veya sanığa ayrı ayrı tebliğ edilmesinin savunma hakkına ilişkin bu tartışmaya son vereceği kanaatindeyiz.

Müdafîe, bürosunda yapılacak tebligatların resmi çalışma gün ve saatlerinde yapılması gerekir. (TK m. 11/2). Ayrıca görevi sona ermiş bir müdafîe, bitmiş göreviyle ilgili konularda tebligat yapılamayacağını, bu tür durumlarda müdafîe yapılan tebligatların geçerli olmayacağı

⁵³⁷ **YCGK, 30.06.2009, E. 2009/11-104, K. 2009/183, (Balci, Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri, s.236-237);** “Kendisine zorunlu müdafîi atandığından sanığın haberdar edilmediği durumlarda ise; zorunlu müdafîe yapılmış bulunan tefhim ve tebliğ kendisine bağlanan hukuki sonuçları doğurmaz. Bu durumda, velev ki zorunlu müdafîi sanığın lehine gibi görünen bazı işlemleri yapmış olsa -örneğin temyiz dilekçesi vermiş olsa- dahi, hükmün sanığın kendisine de tebliğ edilmesi ve kendisine yapılan tebliğ üzerine sanık tarafından temyiz dilekçesi verilmesi halinde, temyiz davasının kabul edilmesi gerekir”. **(YCGK, 18.03.2008, E. 2008/9-7, K. 2008/56, www.kazanci.com.tr. 20 Şubat 2013); YCGK, 16.06.2009, 6-57/168, (Balci, “Zorunlu Müdafîin Hükmi Temyiz Etme Yükümlülüğü ve Görevi Kötüye Kullanma Suçu (Karar İncelemesi)”, s.73); “Mahkemenin istemi üzerine baro tarafından görevlendirilmiş olan zorunlu müdafîinin yüzüne karşı yapılmış olan tefhim, kendisine zorunlu müdafîi atandığından haberdar edilmeyen sanık Murat C. açısından hukuksal sonuç ifade etmediği gibi, temyiz süresini de başlatmayacağından, sanığın gerekçeli kararın kendisine tebliği üzerine verdiği temyiz dilekçesine istinaden temyiz davasının incelenmesi zorunluluğu bulunmaktadır”. (YCGK, 12.10.2010, E. 2010/1-164, K. 2010/193, www.kazanci.com.tr. 20 Şubat 2013).**

⁵³⁸ **Balci, “Zorunlu Müdafîin Hükmi Temyiz Etme Yükümlülüğü ve Görevi Kötüye Kullanma Suçu (Karar İncelemesi)”, s. 76.**

ve bu durumda yapılacak tebligatların mutlaka şüpheli veya sanığın şahsına yapılmasının zorunlu olduğunu belirtmekte fayda görüyoruz⁵³⁹.

G) Müdafinin Kanun Yollarına Başvurma ve Başvurudan Vazgeçme Yetkisi

Müdafî, ceza muhakemesinde sanığın sadece lehine olarak kanun yollarına başvurabilme yetkisine sahiptir⁵⁴⁰. CMK'ya göre müdafî, sanığın açık arzusuna aykırı olmamak koşuluyla kanun yollarına **başvurabilir** (CMK m. 261/1). CMK'nın 261'inci maddesinde kullanılan ve emredici nitelikte olmayan "**başvurabilir**" ifadesinin lafzından da anlaşıldığı gibi, ceza muhakemesinde, müdafinin kanun yollarına başvurması zorunlu bir görev olmayıp sadece bir yetkidir. Dolayısıyla müdafî, kural olarak kanun yollarına başvurmanın mı yoksa başvurmanın mı sanığın lehine olacağına kendisi karar verecektir. Bu konuda müdafî, kendi hukuk bilgi ve tecrübesine göre bir değerlendirme yapıp, kanun yoluna başvurup başvurmamaya kural olarak özgürce karar verecektir⁵⁴¹. Eğer kanun koyucu, müdafinin, kanun yollarına başvurmasını zorunlu tutmak isteseydi, "**başvurabilir**" ifadesi yerine emredici nitelikteki "**başvurur**" ifadesini kullanırdı. Fakat müdafinin, şüpheli veya sanık lehine olmak şartıyla savunma yapma görevi bulunduğundan, kanaatimizce şüpheli veya sanığın aleyhine verilen hükme karşı olağan kanun yollarına başvurması müdafinin zorunlu görevidir. Bu nedenle müdafî için, şüphelinin veya sanığın aleyhine olan hükme karşı olağan kanun yollarına başvurmak zorunlu bir görev iken; şüphelinin veya sanığın lehine olan hükümlere karşı olağan kanun yollarına başvurması zorunlu bir görev olmayıp takdir yetkisidir. Yargıtay'da vermiş olduğu muhtelif kararlarda, müdafinin, şüphelinin veya sanığın açıkça aleyhine olan hükmü temyiz etmesinin zorunlu bir görev olduğu ve hükmü temyiz etmemesini, görevin ihmali olarak değerlendirmektedir. Yargıtay bu konuda vermiş olduğu bir akırdada, "*sanık avukatın katılan adına takip ettiği davanın aleyhine sonuçlanması üzerine iş sahibinin aksi yönde kesin talimatı olmadığı sürece temyize başvurusunun müdafilik görevinin gereği olduğu, sanığın bu yükümlülüğünü süresinde yerine getirmemekle görevini savsaklamak suretiyle kişi mağduriyetine yol açtığı göze-*

⁵³⁹ Balcı, "Zorunlu Müdafinin Hükmü Temyiz Etme Yükümlülüğü ve Görevi Kötüye Kullanma Suçu (Karar İncelemesi)", s. 77.

⁵⁴⁰ Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s. 467.

⁵⁴¹ Kocaoğlu, Müdafî, s.221; Balcı, "Zorunlu Müdafinin Hükmü Temyiz Etme Yükümlülüğü ve Görevi Kötüye Kullanma Suçu (Karar İncelemesi)", s.78.

tilmeden hükümlülüğü yerine beraatına karar verilmesi, yasaya aykırı olduğundan hükmün bozulmasına oybirliğiyle karar verilmiştir”⁵⁴². Özellik arz eden bir durum da müdafinin, sanık hakkında verilen beraat kararına karşı, temyiz kanun yoluna başvurup başvuramayacağıdır. Beraat kararı, kural olarak sanığın lehine olan bir karardır. Müdafî, sanığın sadece aleyhine olan kararlara karşı kanun yollarına başvurabildiğinden, kural olarak müdafî, beraat kararlarına karşı sanığın aleyhine olacak şekilde temyiz kanun yoluna başvuramaz. Fakat Yargıtay’ında verdiği muhtelif kararlarda belirttiği gibi müdafinin, sanık hakkında verilen beraat kararına karşı sadece sanığın **daha lehine olan bir gerekçeyle** beraat kararı verilmesi için temyiz kanun yoluna başvurabileceği kanaatindeyiz. Diğer bir ifadeyle müdafî, beraat kararına değil, beraat kararının gerekçesine karşı kanun yollarına başvurabilir. Ancak müdafî, sanığın yararı bulunmadığından beraat kararının gerekçesine dayanmayan sebeplerle beraat kararına karşı temyiz kanun yoluna başvuramaz. Yargıtay da bu konuda verdiği bir kararda, “*Sanıklar Sıtkı ve Kamil’in suçu bildirmeme suçu ve sanık Sıtkı’nın kasten yaralama suçu ile ilgili olarak atılı suçların unsurlarının oluşmadığı gerekçesiyle beraatlerine karar verilmiş olup, sanıklar müdafinin bu suçlara yönelik gerekçesiz temyiz başvurusunda hukuki yararı bulunmadığından, bu suçlar bakımından temyiz isteminin reddine, oybirliği ile karar vermiştir*”⁵⁴³.

Müdafinin kanun yollarına başvurabilme yetkisinin istisnası, sanığın kanun yollarına başvurulmasına açıkça muhalefet etmesidir. Ceza muhakemesinde müdafî, sanığın aksi yöndeki açık arzusuna aykırı olarak kanun yollarına başvuramaz (CMK m. 261/1). Diğer bir ifadeyle, sanığın kanun yollarına başvurulmasını istemediğini açıkça beyan ettiği durumlarda, müdafinin kanun yollarına başvurma yetkisi bulunmamaktadır⁵⁴⁴. Bu nedenle sanık, kanun

⁵⁴² Yarg. 4. CD, 21.10.2009, E. 2008/3090, K. 2009/16886, (www.kazanci.com.tr. 20 Şubat 2013).

⁵⁴³ Yarg. 1. CD, 08.03.2012, E. 2011/7089, K. 2012/1591; “Sanık Vedat’ın mağdurlar Serkan Akman ve Serkan Seyhanlı’yı kasten yaralamaya teşebbüs, sanık Kadir’in mağdure Makbule’yi kasten öldürmeye teşebbüs, mağdure Semra’yı kasten yaralama ve 6136 sayılı Yasaya aykırılık, sanık Hacı Salih’in mağdure Makbule’yi kasten öldürmeye teşebbüs, mağdure Semra’yı kasten yaralama suçlarından haklarında verilen beraat kararlarını temyizlerinde hukuki yararları bulunmadığından, sanıklar Memet, Kadir ve Hacı Salih müdafilerinin **bu hükümlerin gerekçesine yönelik olmayan temyiz isteminin** reddine karar verilmiştir”. (Yarg. 1. CD, 08.04.2012, E. 2012/4541, K. 2012/10100); “Sanık Atilla Tekdemir hakkında 6136 sayılı Yasaya aykırılık suçundan verilen beraat kararını temyizinde hukuki yararı bulunmadığından, **sanık müdafinin bu hükmün gerekçesine yönelik olmayan temyiz isteminin** reddine karar verilmiştir”. (Yarg. 1. CD, 05.05.2012, E. 2011/6944, K. 2012/4442).

⁵⁴⁴ “Nitekim, Yasanın 260. maddesi yasa yoluna başvurmayı bir hak olarak düzenlemiştir. Hukukun genel ilkeleri uyarınca bir haktan feragat etmek olanaklıdır. Öte yandan Yasanın 261. maddesinde müdafinin, asilin açık arzusuna aykırı olmamak koşuluyla yasa yollarına başvurabileceği hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm de, yasa yoluna başvurma hakkına sahip olan

yollarına başvurulmasını istemediğini açıkça beyan etmediği veya bu yönde beyanda bulunduğunu ispat etmediği sürece, müdafinin kanun yollarına başvuru yetkisinin varlığı kabul edilmelidir⁵⁴⁵.

Sanığın kanun yollarına başvurulmasına açıkça muhalefet etmesi durumunda müdafinin, kanun yollarına başvuramamasının istisnası da zorunlu müdafilik durumudur. CMK'ya göre, kanun yollarına başvurulması veya başvurulmaması konusunda sadece CMK'nın 150'nci maddesinin ikinci fıkrası kapsamında görevlendirilen zorunlu müdafî ile sanığın iradesinin çelişmesi halinde, görevlendirilmiş zorunlu müdafinin iradesine üstünlük tanınır⁵⁴⁶ (CMK m. 266/3). Dolayısıyla görevlendirilmiş zorunlu müdafiliğin söz konusu olduğu durumlarda, sanığın açık muhalefetine rağmen müdafî, sanığın iradesiyle bağlı olmayıp kanun yollarına başvurmak veya başvurmamak konusunda takdir yetkisine sahiptir⁵⁴⁷. Bu istisna sadece görevlendirilmiş zorunlu müdafî için öngörüldüğünden, seçilmiş ihtiyari veya zorunlu müdafî ile görevlendirilmiş ihtiyari müdafî için geçerli değildir.

Kanun yollarına başvurmuş olan müdafî, kural olarak kanun yolundan vazgeçme (başvuruyu geri alma) yetkisine de sahiptir. Fakat müdafinin, başvurmuş olduğu kanun yolundan vazgeçebilmesi için, sanık tarafından kanun yolundan vazgeçebileceğine ilişkin olarak özel yetki verilmiş olması gerekir (CMK m. 266/2). Dolayısıyla müdafî, sanık tarafından özel olarak yetkilendirilmediği sürece, kural olarak kanun yolundan vazgeçemez. Ancak bu kurala CMK'da bir istisna getirilmiştir. Buna göre, müdafî tarafından başvuru kanun yolundan vazgeçilmesi veya vazgeçilmemesi konusunda CMK'nın 150'nci maddesinin ikinci fıkrası kapsamında görevlendirilen zorunlu müdafî ile sanığın iradesinin çelişmesi halinde, görevlen-

asılın bu haktan feragat edebileceğini ve müdafinin, asılın feragat iradesine aykırı davranamayacağını göstermektedir". (YCGK, 31.03.2009, E. 2008/9-271, K. 2009/92, www.kazanci.com.tr. 10 Haziran 2013); YCGK, 04.03.2008, E. 2007/11, K. 2008/40, (www.kazanci.com.tr. 10 Haziran 2013).

⁵⁴⁵ Balci, "Zorunlu Müdafinin Hükmü Temyiz Etme Yükümlülüğü ve Görevi Kötüye Kullanma Suçu (Karar İncelemesi)", s. 78.

⁵⁴⁶ Yarg. 8. CD, 26.05.2008, E. 2007/3678, K. 2008/6166, (www.kazanci.com.tr. 10 Haziran 2013).

⁵⁴⁷ Fakat 1412 sayılı CMUK'nın yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay verdiği bir kararda, "Mersin Barosunun 15.12.2000 tarihli yazısı ile CMUK'un 138'inci maddesi gereğince zorunlu müdafî olarak görevlendirilen sanık avukatın, yargılama sonunda verilen ve sanığın aleyhine olan mahkûmiyet kararını temyiz etmemesi eyleminin TCK'nın 230/1'inci (5237 sayılı TCK'nın 257/2) maddesinde düzenlenmiş olan görevi savsama suçunu oluşturduğu gözetilmeden beraat kararı verilmiş olmasının bozma sebebi saymıştır". (Yarg. 4. CD, 07.12.2004, 12388/11948, Gökcan, Açıklamalı Avukatlık Yasası, s. 219-220).

dirilmiş zorunlu müdafinin iradesine üstünlük tanınır⁵⁴⁸ (CMK m. 266/3). Dolayısıyla görevlendirilmiş zorunlu müdafiliğin söz konusu olduğu durumlarda, sanığın açık muhalefetine rağmen müdafî, sanığın iradesiyle bağlı olmayıp kanun yolundan vazgeçme veya vazgeçme konusunda takdir yetkisine sahiptir⁵⁴⁹.

Kanaatimizce, CMK'nın 150'nci maddesinin ikinci fıkrası kapsamında görevlendirilen zorunlu müdafî dışındaki (zorunlu veya ihtiyari) müdafilerin, kanun yollarına başvurulması ve kanun yollarından vazgeçilmesi konusunda sanığın iradesine bağlı olması ve bu konuda sanığın iradesine üstünlük tanınmış olması, müdafinin hukuki konumu ve bağımsızlığı ile bağdaşmamaktadır⁵⁵⁰. Müdafinin toplumsal savunma yapması, bağımsız savunma makamını temsil etmesi⁵⁵¹ ve sanığın iradesine aykırı da olsa sanığın lehine olan işlemleri yapma yetkisine sahip olması, onun her konuda sanıktan bağımsız olmasını ve müdafî ile sanığın iradesinin çelişmesi halinde, müdafinin iradesine üstünlük tanınmasını gerektirir⁵⁵². Müdafî, ancak bu şekilde görevlerini doğruluk ve tarafsızlık içerisinde tam olarak yerine getirebilir⁵⁵³.

Müdafinin, kanun yollarına başvurma konusunda kural olarak takdir yetkisi bulunmakla birlikte, müdafinin kanun yoluna başvurmuş fakat başvuru süresini kusurlu olarak kaçırması veya (görevlendirilmiş zorunlu müdafî hariç) müdafinin, sanığın açık muhalefetine rağmen kanun yollarına başvurması yahut da sanık tarafından özel yetki verilmediği halde kanun yolundan vazgeçmesi, savunma görevinin ihlalini oluşturacaktır⁵⁵⁴. Fakat Yargıtay'ın görüşünün aksine⁵⁵⁵ müdafinin, kanun yoluna başvurmak veya başvurmamak konusunda takdir

⁵⁴⁸ **Yarg. 6. CD, 17.09.2007, E. 2007/10721, K. 2007/9070**, (www.kazanci.com.tr, 10 Haziran 2013).

⁵⁴⁹ “Kural olarak müdafinin yasa yoluna başvurması veya bu başvurudan vazgeçmesi, asilin iradesine tabidir. Ancak yukarıdaki madde uyarınca kendisine zorunlu müdafî tayin edilenler ile müdafinin kanun yoluna başvurma veya bu başvurudan vazgeçme konusunda iradeleri çelişirse, bu durumda asilin değil, müdafinin iradesi geçerli sayılır. Somut olayda, temyizden vazgeçen sanıklar 18 yaşından küçüktür. Bu durumda sanıkların vazgeçme iradelerine itibar edilemez. Sanıklar müdafininin temyiz talebi nedeniyle kararın temyizen incelenmesi gerekir”. (YCGK, 30.05.2006, E. 2006/1-31, K. 2006/146, www.kazanci.com.tr, 10 Haziran 2013).

⁵⁵⁰ **Kunter-Yenisey-Nuhoğlu**, s. 467.

⁵⁵¹ “Avukat (dolayısıyla müdafî), ... *bağımsız savunmayı serbestçe* temsil eder” (Av. K. m.1)

⁵⁵² “Sanık, savunma yapmak ya da yapmamakta özgürdür. Fakat savunma makamını işgal eden müdafî, sanığı ve dolayısıyla Devleti savunmak zorundadır”. (YCGK, 07.10.2003, E. 2003/4-220, K. 2003/242, **Gökcan**, Açıklamalı Avukatlık Yasası, s.187).

⁵⁵³ **Kocaoğlu**, Müdafî, s.263.

⁵⁵⁴ **Centel-Zafer**, s. 191.

⁵⁵⁵ **Balcı**, “Zorunlu Müdafinin Hükmü Temyiz Etme Yükümlülüğü ve Görevi Kötüye Kullanma Suçu (Karar İncelemesi)”, s.79; Fakat Yargıtay vermiş olduğu bir kararda, “asliye ceza mahkemesinde görülen bir ceza yargılamasında katılanın vekilliğini üstlenmiş olan avukatın, ... kendisine tebliğ edilen ve katılanın aleyhine olan hükmü temyiz etmeyerek katılanın mağ-

yetkisine sahip olduğu durumlarda kanun yoluna hiç başvurmamasının, savunma görevinin ihlalini oluşturmıyacağı kanaatindeyiz. Çünkü istisnai bir durum dışında müdafinin kanun yollarına başvurması veya başvurmaması kanun koyucu tarafından bağılı yetki olarak değil, takdir yetkisi olarak düzenlenmiştir (CMK m. 261/1).

II. MÜDAFİN GÖREVLERİ

A) Genel Olarak

Kural olarak müdafî, kendisine teklif edilen işi kabul etmek zorunda değildir. Dolayısıyla müdafî, müdafilik görevini kabul edip etmemekte serbesttir. Fakat müdafilik teklifi en az iki avukat tarafından reddedilen şüpheli veya sanığın, kendisine bir müdafî görevlendirilmesi için baro başkanlığına başvurması üzerine, baro başkanı tarafından ücret karşılığında re'sen müdafî olarak görevlendirilen avukat, haklı bir gerekçe olmadığı sürece müdafilik görevini reddedemez (Av. K. m. 37). Aynı şekilde yetkili mercilerin talebi üzerine baro tarafından ihtiyari veya zorunlu müdafî olarak görevlendirilen avukat, haklı bir gerekçe olmadığı sürece müdafilik görevini reddedemez⁵⁵⁶.

Müdafî, ister seçilmiş ister baro tarafından görevlendirilmiş müdafî olsun, müdafilik sıfatının zorunlu gereği olarak bazı yetkilere sahip olduğu gibi, belirli görevleri de (sorumlulukları-yükümlülükleri) yerine getirmek yükümlülüğü altındadır. Müdafî, kendisine kanunlarca yükletilen görevleri, kanunlara ve avukatlık meslek kurallarına uygun olarak özen, doğruluk ve onur içinde elinden geldiğince en iyi şekilde yapmak zorundadır⁵⁵⁷ (Av. K. m. 34). Dolayısıyla müdafinin, görevlerini yapmama konusunda takdir yetkisi bulunmamaktadır. Fakat müdafî, görevlerini nasıl yapacağına bilgi birikimi ve tecrübesiyle her somut olayda özgürce karar verebilir.

duriyetine sebep olduğu tespit edilen avukatın (vekilin), **görevini savsaddığı (ihmal ettiğı)** için eylemlerinin TCK'nın 257'nci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiş olan "görevi kötüye kullanma suçunu" oluşturduğu gözetilmeden beraat kararı verilmesini oybirliğiyle bozma sebebi olarak görmüştür", (Yarg. 4. CD, 28.01.2009, E. 2008/13646, K. 2009/1129, Gökcan, Açıklamalı Avukatlık Yasası, s. 191-193).

⁵⁵⁶ Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m. 6/3,4.

⁵⁵⁷ Centel-Zafer, s. 185.

Müdafinin temel görevleri, şüpheli veya sanığı savunmak, maddi gerçeğin ortaya çıkmasına yardım etmek ve sır saklamaktır⁵⁵⁸.

B) Müdafinin Savunma Yapma Görevi

Müdafinin en temel görevi ve ceza muhakemesinde yer almasının sebeplerinden biri de savunma makamında yer alarak muhakemenin adil ve hakkaniyete uygun bir şekilde yapılması için şüpheli veya sanığı yetkili merciler önünde savunmaktır⁵⁵⁹.

1. Savunma Görevi ve Kapsamı

Sözlük anlamıyla savunma⁵⁶⁰, “saldırıya karşı koyma”, “bir saldırıyı def etmek ve etkisiz kılmak”, “savunma yapma”, “bir kişinin haklı olduğunu ya da bir düşüncenin doğru olduğunu ileri sürme”, anlamlarında kullanılan bir kavramdır⁵⁶¹.

Ceza muhakemesi anlamında ise savunma, şüpheli veya sanığın, iddia makamı tarafından iddia edilen suç fiillerini işlemediğinin, işlenen fiillerin suç oluşturmadığının, işlenen fiillerin hukuka uygunluk sebepleri kapsamında işlendiğinin, fiillerin işlenmesinde kusurunun olmadığına, iddia edilen cezadan daha az ceza ile cezalandırılması gerektiğinin veya bazı hukuki sebeplerle hiç cezalandırılmaması gerektiğinin yetkili makamlar önünde ileri sürmesidir⁵⁶². Ceza muhakemesinde şüpheli veya sanık için savunma yapmak, bir hak olduğu halde toplumsal savunma makamında yer alan müdafinin için savunma yapmak, zorunlu ve asli bir görevdir⁵⁶³.

Müdafinin, şüpheli veya sanığın lehine olmak koşuluyla, savunma görevini nasıl yerine getireceğini her somut olayın özelliklerine ve oluşa göre özgürce takdir etme yetkisine sahip-

⁵⁵⁸ **Fahl**, s.1056.

⁵⁵⁹ **Centel-Zafer**, s. 185.

⁵⁶⁰ “Savunma, insanların yaşamlarını, kişilik ve onurları ile özgürlüklerini korumak amacıyla geliştirdikleri içgüdüsel bir hareket tarzıdır. Savunma, sadece insanlara özgü olmayıp tüm canlılar savunma içgüdüsüne sahiptir. Savunma hakkı, canlı doğasından (fitratından) kaynaklanan niteliği gereği kutsal ve vazgeçilmezdir”. **Karakaya, Naim**, “Türk Ceza Hukukunda Savunma Dokunulmazlığı”, Hukuk ve Adalet Dergisi, S.3, 2004, s.276.

⁵⁶¹ **Kocaoğlu**, Müdafinin, s.34.

⁵⁶² **Karakaya**, s.276; **Yüce**, s.1017; **Demirbaş**, “Hazırlık Soruşturmasında Savunma”, s.192.

⁵⁶³ “Sanık, savunma yapmak ya da yapmamakta özgürdür. Fakat savunma makamını işgal eden müdafinin, sanığı ve dolayısıyla Devleti savunmak zorundadır”. (YCGK, 07.10.2003, E. 2003/4-220, K. 2003/242, **Gökcan**, Açıklamalı Avukatlık Yasası, s.187).

tir⁵⁶⁴. Kanaatimizce, müdafinin soruşturma ve kovuşturma aşamasındaki şu işlem ve eylemleri, içerik olarak hukuka uygun olduğu sürece savunma yapma görevinin yerine getirilmesi kapsamında değerlendirilmelidir.

Müdafinin, şüphelinin ifadesi alınırken veya sorgusu yapılırken hazır bulunmaya ve hukuki yardımda bulunmaya ilişkin talepleri⁵⁶⁵.

Müdafinin, gözaltındaki şüpheliyle görüşmesi ile tutuklu olan şüpheli veya sanıkla görüşmesi ve haberleşmesi ile bu kapsamda yaptığı işlemler.

Müdafinin, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında yapılan işlem ve uygulamaların hukuka uygun olarak yapılmasına ilişkin talepleri.

Müdafinin, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında yetkili mercilerden belirli delillerin toplanmasına ve muhafaza altına alınmasına ilişkin talepleri ile delillerin toplanması ve muhafaza altına alınması amacıyla bizzat yaptığı işlemler.

Müdafinin, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında yetkili mercilerden tanık dinlenmesine, bilirkişi görevlendirilmesine ve keşif yapılmasına ilişkin talepleri.

Müdafinin, itiraza tabi soruşturma ve kovuşturma işlemlerine karşı yapmış olduğu itirazlar.

Müdafinin, savcının değiştirilmesine ve hâkimin reddine ilişkin talepleri.

Müdafinin, şüpheli veya sanığın aleyhine olarak hukuka aykırı yol ve yöntemlerle ele geçirilmiş delillerin tespitine ve soruşturma veya kovuşturma dosyasından çıkarılmasına ilişkin talepleri.

Müdafinin, soruşturma veya kovuşturma aşamalarında şüpheli veya sanığın lehine olan delillerin açıklanmasına ve ileri sürülmesine yönelik yazılı ve sözlü beyanları.

⁵⁶⁴ Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, s.165.

⁵⁶⁵ “Müdafin sadece dava sürecinde sanığı savunması yetmez, aynı zamanda hukuki anlamda da sanığı bilgilendirmek ve desteklemek zorundadır”. Roxin-Schünemann, s.129.

Müdafiiin, kovuşturma aşamasında sanığa, katılana, tanığa veya bilirkişiye doğrudan soru sormaya yönelik beyanları.

Müdafiiin, kanun yollarına başvurmak amacıyla yaptığı yazılı beyanlar.

2. Savunma Görevinin Sınırı ve Sınırın Aşılmasının Sonuçları

Müdafî, savunma görevini nasıl yapacağına her somut olayda olayın konusuna, oluş şekline ve özelliklerine göre kural olarak özgürce takdir etmek hakkına sahiptir⁵⁶⁶. Dolayısıyla müdafiiin, şüpheli veya sanığın lehine olan yasal ve amaca uygun her türlü yol ve araca başvurması mümkün ve aynı zamanda zorunlu görevidir⁵⁶⁷. Bu nedenle müdafiiin, savunma görevini her türlü etki ve baskıdan uzak fakat maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına engel olmayacak şekilde kullanması gerekir⁵⁶⁸. Her ne kadar savunma hakkı ve görevi, kutsal, vazgeçilmez ve ceza muhakemesinin olmazsa olmaz şartlarından ise de diğer haklarda olduğu gibi savunma hakkının kapsamı ve kullanılış biçimi de sınırsız olmayıp belirli sınırlamalara tabidir⁵⁶⁹. Müdafiiin savunma görevinin kapsamı ve sınırı, şüpheli veya sanığın sadece lehine savunma yapması, savunma görevini özen ve doğruluk içinde yapması ve savunmanın hukuksal meşruluk sınırını aşmamasıdır.

a) Müdafiiin Şüpheli ve Sanığın Sadece Lehine Savunma Yapması

Müdafî, savunma görevini nasıl yapacağına her somut olayda olayın konusuna, oluş şekline ve özelliklerine göre kural olarak özgürce takdir etmek hakkına sahip olmakla birlikte⁵⁷⁰, müdafiiin yapacağı savunma, hiçbir zaman şüphelinin veya sanığın aleyhine olamaz. Diğer bir ifadeyle müdafî, şüpheli veya sanığın sadece lehine olacak şekilde savunma yapmakla yükümlüdür. Ceza muhakemesi hukukunda müdafiiin, şüpheli veya sanığın sadece lehine savunma yapma yükümlülüğü bulunduğu ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat doktrinde müdafiiin, şüpheli ve sanığın haklarını korumak ve sır saklama yükümlülüğü

⁵⁶⁶ Centel-Zafer, s. 186.

⁵⁶⁷ Beulke, s.112.

⁵⁶⁸ Karakaya, s.280-281.

⁵⁶⁹ Önder, Akil “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 150’nci ve Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu’nun 378, 379 ve 380’inci Maddeleri Muvacehesinde Tarafların, Avukatın veya Müdafiiin Söz Söyleme ve Savunma Serbestliği”, Adalet Dergisi, S.7, Yıl 39, 1948, s. 1040; Hafizoğulları, s.24; Beulke, s. 112.

⁵⁷⁰ Centel-Zafer, s. 186.

altında olmasının (Av. K. m. 36/2), lehe savunma yapma yükümlülüğünü zorunlu kıldığı konusunda fikir birliği bulunmaktadır⁵⁷¹.

Müdafiiin birinci ve asli görevi, iddia makamının şüpheli veya sanığın aleyhindeki iddialarına karşı savunma yaparak (anti-tez ileri sürmek) şüpheli ve sanığın haklarını korumaktır. Bu nedenle müdafii, savunma yaparken şüpheli ve sanığın sadece lehine olan konularda ve sadece lehe olacak şekilde savunma yapmalıdır. Müdafiiin, şüpheli ve sanığın aleyhine olan bilgileri bilse dahi bunları açıklamaması ve susması görevi gereğidir⁵⁷². Hatta müdafiiin, şüpheli ve sanığın itirazına rağmen, şüphelinin veya sanığın aleyhine sahip olduğu bilgileri açıklamaması ve susması gerekir⁵⁷³. Çünkü müdafiiin, şüphelinin veya sanığın aleyhine olan konuları açığa çıkarma görevi bulunmamaktadır⁵⁷⁴. Ancak müdafiiin, şüphelinin veya sanığın sadece lehine olacak şekilde savunma yapma yükümlülüğünün olması, müdafiiin gerçeğe aykırı, gerçekleri çarpıtacak, maddi gerçeğin ortaya çıkmasına engel olacak şekilde savunma yapabileceği anlamına gelmez. Müdafiiin sadece lehe savunma yapma yükümlülüğü, şüphelinin ve sanığın lehine olan gerçekleri ileri sürmesi ve fakat sanığın aleyhine olan konularda susması yani tarafsız kalması şeklinde anlaşılmalıdır. Müdafiiin, şüphelinin veya sanığın sadece lehine olacak şekilde savunma yapma yükümlülüğünün yanında, neyin lehe neyin aleyhe oluşturup oluşturmadığına her somut olayda müdafii, kendi hukuk bilgisi ve tecrübesiyle karar verecektir. Bu bağlamda müdafii, hakkında delil yetersizliğinden kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilen bir şüphelinin beraat etmesi için bu karara itiraz edebilir ya da beraat eden sanığın, daha lehe bir gerekçeyle beraat etmesi için beraat kararına karşı temyiz kanun yoluna başvurabilir.

b) Müdafiiin Savunma Görevini Özen ve Doğruluk İçinde Yapması

Müdafii, savunma yapma görevini avukatlık mesleğinin ilkeleri doğrultusunda özen ve doğruluk içinde yapmakla yükümlüdür (Av. K. m. 34/1). Dolayısıyla müdafiiin savunma yapma görevinin diğer bir sınırı da “avukatlık meslek ilkeleri ile özen ve doğruluk” ödevidir.

⁵⁷¹ Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s. 458-459; Ünver-Hakeri, s. 301; Zafer, s. 321, 327; Kocaoğlu, Müdafii, s.247;

⁵⁷² Roxin-Schünemann, s.117.

⁵⁷³ Ünver-Hakeri, s. 301, 308.

⁵⁷⁴ Ünver-Hakeri, s. 309.

Müdafinin görevini meslek ilkelerine uygun bir şekilde özen ve doğruluk içinde yapmasını sağlamak amacıyla, müdafinin kural olarak (baro tarafından görevlendirme hali hariç), müdafilik görevini kabul edip etmemekte serbest olduğu (Av. K. m. 37/1) ve belirli durumlarda müdafilik görevini reddetmesinin zorunlu olduğu düzenlenmiştir (Av. K. m. 38). Bu nedenle müdafî, yüklenmiş olduğu müdafilik görevini özen ve doğruluk içerisinde yapmakla yükümlüdür⁵⁷⁵. Ayrıca müdafî, savunma görevini ve bu kapsamda yaptığı işlem, beyan ve eylemleri doğruluk ilkesine göre yapmak zorundadır⁵⁷⁶. Müdafinin doğruluk ödevi, savunma yapma kapsamında yaptığı işlem, beyan ve eylemlerin gerçek dışı olmamasıdır. Müdafî, bildiği her doğruyu söylemek zorunda değildir, fakat söylediği her ifadenin ve beyan ettiği her delilin doğru olması (hukuka aykırı olmaması) zorunludur⁵⁷⁷. Diğer bir ifadeyle müdafî, savunma kapsamında yalan söyleyemez, gerçeğe aykırı delil beyan edemez, yalan tanıklık yaptıramaz, delilleri yok edemez, değiştiremez ve gizleyemez⁵⁷⁸ (TCK m. 281/1), şüpheli veya sanığı hukuka aykırı şekilde yönlendiremez, hukuka aykırı tavsiyelerde bulunamaz⁵⁷⁹, bilerek yargılamayı uzatacak davranışlarda bulunamaz ve maddi gerçeğe ulaşmayı engelleyici aktif davranışlarda bulunamaz⁵⁸⁰. Ayrıca müdafinin doğruluk ödevinin bir sonucu da şüpheli veya sanığa karşı sadakatla görevini yapmak zorunda olmasıdır⁵⁸¹. Müdafinin, görevini özen ve doğruluk ilkesine aykırı yapması halinde, görevine son verilmesi (CMK m. 151/1), görevden ya-

⁵⁷⁵ Kocaoğlu, Müdafî, s.234.

⁵⁷⁶ Roxin-Schünemann, s.117.

⁵⁷⁷ Roxin-Schünemann, s.117; Kunter-Yenisey-Nuhoglu, s. 456 (11. Dipnot).

⁵⁷⁸ Beulke, s.112; Kühne, s. 113; “Müdafî özgür iradeleri ile davaya şahitlik yapmak isteyenleri zorla ve tehdit etmek suretiyle etki altına alıyorsa ve onların yalan şahitlik yapmalarını sağlıyorsa, delilleri karartmalarını ya da değiştirmelerini, olay yerinde iz kaybetmelerini sağlıyorsa müdafî, sanığın suçunu örtmekte ve suçlu duruma düşmektedir. Müdafî kesinlikle delilleri karartamaz. Roxin ve Schünemann, s.130, 131; “Gerçeğin meydana çıkmasını engellemek amacıyla, bir suçun delillerini yok eden, silen, gizleyen, değiştiren veya bozan kişi, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun kamu görevlisi tarafından göreviyle bağlantılı olarak işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır” (TCK m. 281/1, 2).

⁵⁷⁹ Beulke, s.113; “Müdafî, sadece hukukî yardımda bulunabilir, şüphelinin ifadesi alınırken şüpheliye sorulan soruya doğru-
dan cevap veremez, onun yerini aldığı izlenimi veren herhangi bir müdahalede bulunamaz. **Hukukî yardım maddî olayı karartabilecek müdahalelerin yapılması anlamına gelmez**” (YGIY m. 23/1-d).

⁵⁸⁰ “Müdafî ne mahkûmiyet konusunda etki içerisinde olabilir, ne de gerçeği arama konusunda adli makamlara engel olabilir. Bununla birlikte müdafinin diğer bir görevi de dava ile ilgili sürece yararlı olmak ve sürecin uygun zamanda bitmesi konusunda yardımcı olmaktır”. Haller-Conzen, s. 127; Beulke, s.113; Kocaoğlu, Müdafî, s. 235; “Müdafî için cezasız kalmaya yol açma, delil karartma ya da yalan ifade kadar tehlikelidir”. Roxin-Schünemann, s.130; Taner, s.131.

⁵⁸¹ “Sanığın vekilliğinden kendi isteği ile çekilen sanık avukatın, üç gün sonra karşı taraf olan katılanın vekilliğini alması avukatlık görevini kötüye kullanmaktır”. (Yarg. 4. CD, 16.04.1998, E. 1998/3236, K. 1998/3600, www.kazanci.com.tr. 10 Haziran 2013).

saklanması (CMK m. 151/3), disiplin cezası uygulanması (Av. K. m. 136) ve/veya suç sebebiyle yargılanması⁵⁸² (TCK m. 257; 281; 128) sonucunu doğurabilecektir.

c) Müdafinin Savunma Görevini Hukukun Sınırlarını Aşmadan Yapması

Müdafinin savunma görevini şüpheli veya sanığın sadece lehine olacak şekilde, özen ve doğruluk içinde yapmasının yanında, ayrıca savunma görevi kapsamında yaptığı işlem, eylem ve beyanların hukukun çizdiği sınırlar içerisinde olması da gerekir⁵⁸³. Diğer bir ifadeyle müdafî, görevini yaparken hukukun çizmiş olduğu sınırın dışına çıkamaz. Çünkü müdafinin savunma görevinin kapsamı ve kullanılış şekli, hukukun çizmiş olduğu hukuka uygunluk ve meşruluk sınırı ile sınırlıdır. Bu nedenle müdafinin savunma görevinin kapsam ve kullanılış şeklinin hukuka uygunluk sınırı, başka kişilerin haklarının ihlalinin ve/veya suç oluşturan fiillerin savunmada orantılılık koşulunu aşmasıdır⁵⁸⁴. Yargıtay'da verdiği bir kararda savunma hakkının ve görevinin sınırsız olmadığını şöyle belirtmiştir. *“Savunma dokunulmazlığının da bir sınırı mevcuttur ve bu sınır, haklı yararları korumanın çizdiği sınır ile sınırlıdır. Diğer bir ifadeyle dava ile korunan çıkarın haklı gösterdiğinden öteye gitmeyen, bir taşkınlık teşkil etmeyen, hakkın korunması için gerekli bulunan ve yersiz biçimde saldırgan olmayan, objektif bir üslupla yapılan savunma, hukuka aykırı değildir”*⁵⁸⁵.

Müdafinin savunma görevini tam, etkili ve özgürce yerine getirebilmesi için savunma yaparken herhangi bir cezai, hukuki veya disiplin yaptırımını baskısı ve tehdidi altında olmaması gerekir. Diğer bir ifadeyle müdafinin, savunma görevi kapsamında yaptığı işlemlerden, fiillerden ve sarf ettiği sözlerden dolayı ceza tehdidi altında olmaması, yaptığı işlem ve sarf ettiği

⁵⁸² **Baulke**, s.112; “Sanık avukatın, müdafiliğini yaptığı ve tutuklu olan sanık ile ceza infaz kurumunda görüşmesi sırasında, tutuklu sanığa elden nakit para vermesi eylemi, TCK’nın 257’nci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur”. (Yarg. 4. CD, 07.03.2006, 17431/5904, Gökcan, Açıklamalı Avukatlık Yasası, s. 218-219).

⁵⁸³ “Müdafî, müvekkiline kendisinin yapabileceği her şeyi tavsiye edebilir. Müvekkiline yasal olarak tanınan veya yasaklanmış davranış tarzları konusunda bilgilendirmek bir müdafinin temel ve ilk görevidir”. Kühne, s. 113; Önder, s. 1041-1042.

⁵⁸⁴ “Somut olayda, davalı vekili olarak görev yapan sanığın, davacının cevap dilekçesindeki delillerini çürütmek maksadıyla da olsa, yeni delilin, davacının aynen diğer delillerinde olduğu gibi “şâibeli, tecavüz ve hırsızlık sonucu elde edilmiş” bir delil olduğunu, herhangi bir bilgi veya belgeye dayanmadan soyut ve aşağılayıcı bir anlatım yöntemiyle ifade etmek suretiyle, “davacının”, mütecaviz ve hırsız olduğu yönünde bir değerlendirme yaparak, savunma sınırlarını aştığı ve savunma dokunulmazlığının “ölçülülük koşulunu” ihlal ettiği kabul edilmelidir”. (YCGK, 17.07.2007, E. 2007/4-105, K. 2007/174, www.kazanci.com.tr. 5 Mart 2013); Cengiz-Demirağ-Ergül-Mcbride-Tezcan, s. 186.

⁵⁸⁵ Yarg. 4. HD, 02.05.1975, E. 1974/1160, K. 1975/5782, (www.kazanci.com.tr. 5 Mart 2013).

sözlerin suç oluşturmamasından korkmadan görevini yapabilmesi gerekir⁵⁸⁶. Çünkü müdafinin savunma görevini etkili ve özgürce yapabilmesini engelleyecek veya kısıtlayacak her türlü endişe, çekince ve baskı unsuru, savunma hakkına, maddi gerçeğe ulaşılmasına ve dolayısıyla adalet duygusuna zarar verecektir⁵⁸⁷. Bu gerçeğe birlikte müdafinin sahip olduğu savunma görevi, müdafie, kural olarak başkalarının haklarını ihlal etme veya suç işleme hakkı da vermez⁵⁸⁸. Bu nedenle müdafinin, savunma görevi kapsamında yaptığı fiiler ve sarf ettiği sözlerin savunma hakkı ve savunma dokunulmazlığının sınırı aşmaması gerekir.

3. Müdafinin Savunma Görevini Yapmaması ve Sonuçları

Ceza muhakemesinde müdafî, kural olarak kendisine teklif edilen işi kabul etmek zorunda değildir. Dolayısıyla müdafî, müdafîlik görevini kabul edip etmemekte serbesttir. Fakat yetkili mercilerin talebi üzerine baro tarafından ihtiyari veya zorunlu müdafî olarak görevlendirilen avukat, haklı bir gerekçe olmadığı sürece müdafîlik görevini reddedemez⁵⁸⁹. Müdafîlik görevini üstlenen müdafî, ister seçilmiş ister görevlendirilmiş müdafî olsun, görevini başlangıçtan sonuna kadar tam olarak yapmak zorundadır. Dolayısıyla müdafî, müdafîlik sıfatının kendisine yüklemiş olduğu yükümlülük niteliğindeki savunma görevini, elinden geldiğince tam ve zamanında yapmak zorundadır.

Fakat şüpheli, sanık veya bunların kanuni temsilcileri tarafından seçilmiş ihtiyari veya zorunlu müdafîin sözleşmeyle kararlaştırılan ücretinin zamanında ödenmemesi veya gerekli vergi, resim, harç, bilirkişi ücreti, tebligat ücreti, yol giderleri gibi masrafların zamanında ödenmemesi halinde, müdafîin savunma görevini yapmaktan kaçınıp kaçınamayacağı doktrinde ve yargı kararlarında tartışmalı bir konudur. Avukatlık Kanunu'na göre "seçilmiş müda-

⁵⁸⁶ **Gökcan**, Açıklamalı Avukatlık Yasası, s. 274; **Kunter-Yenisey-Nuhoğlu**, s. 401; "Doktrinde genellikle kabul edilen baskın görüş, savunma durumunda olan kişilerin ya da onları savunmakla görevli olan müdafilerin karşı tarafın, tanıkların, bilirkişilerin kişisel haklarını ihlal edici iddialar ileri sürmek zorunluluğunda kalabilecekleri hususudur. Özellikle müdafie, mesleğini icra ederken, geniş bir serbesti tanımak lazımdır. Müdafî, müvekkilinin verdiği bilgiden, bunların gerçeğe uygun olup olmadıklarını bizzat araştırmak zorunluluğunda olmaksızın, davada yararlanmaya izinli olmalıdır. Müdafî, temsil ettiği tarafın çıkarlarının, öteki tarafın bundan doğabilecek zararlarını düşünmeden sert ve hatta merhametsiz bir biçimde savunmak durumundadır. Çünkü müdafîin yüklendiği mesleki ve toplumsal görev, bunu gerektirir". (**Yarg. 4. HD, 02.05.1975, E. 1974/1160, K. 1975/5782**, www.kazanci.com.tr. 5 Mart 2013).

⁵⁸⁷ **Erem, Faruk** "Savunma Hakkını Kısıtlayan Antidemokratik Hükümler", Bülent Nuri Esen'e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 417, Ankara, 1977, s.612.

⁵⁸⁸ **Hafizoğulları**, s.26.

⁵⁸⁹ Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m. 6/3,4.

fi, peşin ödenmesi gereken ücretlerin zamanında ödenmemesi halinde savunma görevine yerine getirmeye başlamak zorunda değildir. Ayrıca müdafî, göreve başladıktan sonra ödenmesi gereken müdafilik ücretlerinin zamanında ödenmemesi halinde de savunma yapma görevine devam etmek zorunda değildir. Müdafilik ücreti olarak kararlaştırılan ücretin, zamanında ödenmemesinden dolayı müdafîin, göreve hiç başlamaması veya başladığı göreve devam etmemesi halinde doğacak tüm sorumluluk müdafîi seçen şüpheli, sanık veya bunların kanuni temsilcisine ait olacaktır” (Av. K. m.174/3). Ayrıca “seçilmiş müdafîin savunma görevini yapabilmesi için gerekli vergi, resim, harç, bilirkişi ücreti, tebligat ücreti, yol giderleri gibi masrafların müdafîin talebine rağmen peşin olarak ödenmemesi halinde müdafî, bu masrafları kendi cebinden yapmak zorunda olmadığı gibi bu masrafların yapılmasına bağlı olan savunma işlemlerini yapmak veya yolculuğa çıkmak zorunda da değildir” (Av. K. m. 173/2). Bu nedenle seçilmiş müdafîin, ücretinin ödenmemesi veya masrafların talebe rağmen peşin ödenmemesi nedeniyle savunma görevini kısmen veya tamamen yapmaması veya yapamaması haklı neden sayılacağından savunma görevinin ihlalini oluşturmayacağı⁵⁹⁰ kanaatindeyiz. Ancak müdafîin ücretinin veya masrafların ödenmemesi halinde, müdafîin ya şüpheli, sanık veya bu kişilerin kanuni temsilcisine savunma görevini hiç veya gereği gibi yapmayacağını ihtar etmesi ya istifa etmesi ya da masrafların ödenmesine bağlı olmayan işlemleri yapmaya devam etmesi gerekir⁵⁹¹. Aksi halde müdafî, savunma görevini ihmal etmiş olacaktır⁵⁹².

Müdafîin yapmak zorunda olduğu savunma görevini haklı bir mazeret olmadan hiç yapmaması, eksik veya hatalı yapması veyahut da zamanında yapmaması, müdafî açısından bazı olumsuz sonuçlar doğuracaktır⁵⁹³. Seçilmiş müdafî ile görevlendirilmiş müdafî bakımından farklılıklar olmakla birlikte, karşılaşılabilecek olumsuz sonuçlardan biri, müdafîin azle-

⁵⁹⁰ Kocaoğlu, Müdafî, s.164.

⁵⁹¹ “Sanık avukatın, katılan adına açıp takip ettiği tazminat davasının bazı duruşmalarına müvekkili katılanın bazı masrafları vermemesi nedeniyle katılmayarak ilgili dava dosyasının işlemiden kaldırılmasına ve sonuçta davanın açılmamış sayılmasına neden olması eylemi, sanık avukatın dosyayı takip etmeyeceğini müvekkili olan katılana bildirmemiş olması nedeniyle TCK’nın 257’nci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiş olan “görevi kötüye kullanma suçunu” oluşturduğu gözetilmeden karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir”, (Yarg. 4. CD, 19.01.2009, E. 2007/3471, K. 2009/313, Gökcan, Açıklamalı Avukatlık Yasası, s. 193); Yarg. 4. CD, 07.07.2008, E. 2008/2254, K. 2008/15675, (www.kazanci.com.tr. 10 Haziran 2013).

⁵⁹² “Müdafî (avukat), ücretini ve diğer giderleri alamasa dahi, müdafilikten istifa edinceye kadar görevini doğruluk, özen ve onur içinde yapmaya devam etmek zorundadır”. (Yarg. 4. CD, 07.06.2006, 12560/12138, Gökcan, Açıklamalı Avukatlık Yasası, s. 216).

⁵⁹³ Cengiz-Demirağ-Ergül-Mcbride-Tezcan, s. 189.

dilmesi veya görevden alınması bir diğeri ise, disiplin soruşturması ve/veya adli soruşturma açılmasıdır⁵⁹⁴.

a) Müdafinin Azledilmesi veya Görevden Alınması

Seçilmiş müdafinin haklı bir sebep olmadan savunma görevini yapmaması halinde, şüpheli veya sanık tarafından seçilen müdafî, şüpheli veya sanık tarafında; şüpheli veya sanığın kanuni temsilcisi tarafından seçilen müdafî de kanuni temsilci tarafından haklı nedenle azledebilir (Av. K. m. 174/2).

Ayrıca CMK'nın 150'nci maddesi kapsamında baro tarafından görevlendirilen (ihtiyari veya zorunlu) müdafî, duruşmada hazır bulunmaz veya vakitsiz olarak duruşmadan çekilir veya (savunma) **görevini yerine getirmekten kaçınırsa**, hâkim veya mahkeme derhâl başka bir müdafinin görevlendirilmesi için re'sen veya talep üzerine gerekli işlemi yapmak zorundadır (CMK m. 151/1). Her ne kadar CMK'nın 151'inci maddesinde sadece baro tarafından görevlendirilen müdafiden bahsedilmiş ise de, zorunlu müdafiliği gerektiren durumlarda, müdafinin hazır bulunması gereken soruşturma ve kovuşturma işlemleri müdafî olmadan yapılamayacağı için, seçilmiş zorunlu müdafinin savunma görevini yapmaması ve şüpheli veya sanığın da yeni müdafî seçmemesi halinde de soruşturma ve kovuşturma mercileri tarafından re'sen veya talep üzerine bir müdafinin görevlendirilmesi için baroya talimat yazılmasının zorunlu olduğu⁵⁹⁵ kanaatindeyiz. Hatta AİHS'in 6'ncı maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendi, sadece görevlendirilmiş müdafinin değil, seçilmiş müdafinin de görevini yeterince ve etkili bir şekilde yapmaması halinde devletin bundan sorumlu olacağını öngörmektedir⁵⁹⁶.

⁵⁹⁴ Centel-Zafer, s. 186.

⁵⁹⁵ “Sanığın mağduru öldürmeye teşebbüs ve diğer sanığın yağma suçlarından kurulan hükümler yönünden; duruşmaya gelmeyen sanıklar (seçilmiş zorunlu) müdafilerinin duruşmada hazır bulunarak görevini yapmaya zorlanması, katılmadıkları oturumlardaki bilgi, belge ve işlemlere karşı savunma yapmaya davet edilmeleri, gerektiğinde zorunlu bir müdafinin baro tarafından görevlendirilmesi yoluna gidilerek savunmada oluşan boşluk ve kısıtlılığın giderilmesi gerekir”. (Yarg. 1. CD, 23.01.2011, E. 2011/520, K. 2011/1639, www.kazanci.com.tr. 20 Şubat 2013).

⁵⁹⁶ Doğru, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (Açıklamalı ve Önemli Kararlar). s. 650.

b) Müdafî Hakkında Disiplin Soruşturması Açılması

Müdafîin savunma görevini yapmamasının bir diğer sonucu da disiplin cezasıyla cezalandırılmasıdır. Avukatlık Kanunu'na göre, "üstlenmiş olduğu savunma görevini gereği gibi yapmayan veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uymayan (seçilmiş veya görevlendirilmiş) müdafîe, disiplin cezası verilir" (Av. K. m. 143/1). Savunma görevini yapmayan müdafîe, müdafîin kayıtlı olduğu baro disiplin kurulunun kararıyla, ilk defasında en az kınama, tekrarı ise, hareketin ağırlığına göre para cezası veya işten çıkarma cezası verilir. Fakat beş yıllık bir dönem içinde iki veya daha çok defa disiplin cezasını gerektiren davranışta bulunan müdafîe, her yeni suç için bir öncekinden daha ağır disiplin cezası uygulanır⁵⁹⁷ (Av. K. m. 136/1, 2).

c) Müdafî Hakkında Adli Soruşturma Açılması

Üstlenmiş olduğu savunma görevini haklı bir mazeret olmadan hiç yapmayan veya kötü yapan (seçilmiş veya görevlendirilmiş) müdafî hakkında, adli soruşturma da açılabilir. TCK ve Avukatlık Kanunu'ndaki düzenlemelerden açıkça anlaşıldığı üzere⁵⁹⁸, hem seçilmiş hem de görevlendirilmiş müdafîin⁵⁹⁹, müdafîlik görevinin ifası bağlamında kamu görevlisi ve yaptığı müdafîlik görevinin de bir kamu hizmeti olduğu kabul edilmiştir⁶⁰⁰. Hem TCK'da hem de Avukatlık Kanunu'nda **avukat ifadesi** kullanıldığından, ister seçilmiş olsun ister gö-

⁵⁹⁷ **Gökcan**, Açıklamalı Avukatlık Yasası, s. 346.

⁵⁹⁸ Müdafîin, müdafîlik görevi kapsamında kamu görevlisi sayıldığı ve yaptığı görevin de kamu hizmeti sayıldığı konusunda detaylı bilgi için çalışmamızın birinci bölümde yer alan "müdafîin hukuki statüsüne" ilişkin başlığın, "**görüşümüz**" başlıklı kısma bakılabilir.

⁵⁹⁹ Karşı görüş için bkz; "Somut olayda, sanığa istemi üzerine görevlendirilen müdafîi, biri sanığın savunmasının alındığı 05.05.2010 tarihli oturum olmak üzere iki oturuma katılmış, böylece sanık, savunmasını görevlendirilen müdafîi huzurunda yapmıştır. Bu durumda, zorunlu müdafîi konumunda olmaması nedeniyle **yapılan bütün oturumlara katılma mecburiyeti bulunmayan**, sanığa istemi üzerine baro tarafından görevlendirilen müdafîin görevini yerine getirmediği söylenemez", (YCGK, 11.10.2011, E. 2011/10-82, K. 2011/204, Arslan, s.220).

⁶⁰⁰ **Gökcan**, "Yeni Türk Ceza Kanunu Hükümleri Karşısında Avukatlık Mesleği", s.154; "765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki "memur" tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek nitelikte olan tanım, Tasarı metninden çıkarılarak; memur kavramını da kapsayan "kamu görevlisi" tanımına yer verilmiştir. Yapılan yeni tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegâne ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır. Bilindiği üzere, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddî karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin **mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır**. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidirler. Bu bakımdan örneğin bir suç vakasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de, kamu görevlisidirler" (TCK'nın 6'ncı maddesinin gerekçesi).

revlendirilmiş olsun ister ihtiyari olsun ister zorunlu olsun her müdafî (hatta vekil), müdafilik görevinin ifası bağlamında kamu görevlisidir ve müdafîin yaptığı görev de bir kamu hizmetidir. Bu kabulün doğal sonucu olarak müdafî, görevi kapsamında işlediği suçlar⁶⁰¹ ile müdafilik görevi sebebiyle kendisine karşı işlenen suçlar bakımından kamu görevlisi olarak kabul edilecektir⁶⁰². Tüm müdafiler, üstlendiği savunma görevi kapsamında kamu görevlisi olarak kabul edildiğinden, savunma görevini yapmaması veya kötü yapması halinde müdafî hakkınca, “görevi kötüye kullanma suçundan” dolayı soruşturma ve kovuşturma açılabilir⁶⁰³ (Av. K. m. 62). Yargıtay da vermiş olduğu kararda, “*asliye ceza mahkemesinde görülen bir ceza yargılamasında katılanın vekilliğini üstlenmiş olan avukatın, bazı duruşmalara katılıp davaya karşı cevap vermek için süre talep ettiği, ancak verilen süre içerisinde cevap vermediği, bazı duruşmalara mazeretsiz olarak katılmadığı ve kendisine tebliğ edilen ve katılanın aleyhine olan hükmü temyiz etmeyerek katılanın mağduriyetine sebep olduğu tespit edilen avukatın (vekilin), görevini savsadığı (ihmal ettiği) için eylemlerinin TCK’nın 257’nci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiş olan ‘görevi kötüye kullanma suçunu’ oluşturduğu göze-*

⁶⁰¹ “Bu Kanun ve diğer kanunlar gereğince avukat sıfatı ile veya Türkiye Barolar Birliğinin yahut baroların organlarında görevli olarak kendisine verilmiş bulunan görev ve yetkiyi kötüye kullanan avukat Türk Ceza Kanunu’nun 257’nci maddesi hükümlerine göre (görevi kötüye kullanma suçu) cezalandırılır” (Av. K. m. 62).

⁶⁰² “İşkence suçunun, **müdafie veya diğer kamu görevlisine** karşı görevi dolayısıyla işlenmesi halinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur” (TCK m. 64/2-b); Görev sırasında veya yaptığı görevden dolayı avukata karşı işlenen suçlar hakkında, bu suçların hâkimlere karşı işlenmesine ilişkin hükümler uygulanır (Av. K. m. 57); **Gökcan**, “Yeni Türk Ceza Kanunu Hükümleri Karşısında Avukatlık Mesleği”, s.154-156.

⁶⁰³ “Sanık tarafından **seçilen veya mahkemenin istemi üzerine baro tarafından görevlendirilen** zorunlu müdafîin, savunma görevini yerine getirmemesi “ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunu” oluşturabilir. CMK’nın 151’inci maddesi gereği, zorunlu müdafîin görevini yapmadığı hallerde mahkemenin başka bir müdafî görevlendirilmesini sağlaması gerekmekte ise de, bu işlemin fiilen aynı duruşmada gerçekleştirilmesi mümkün olmadığı gibi, mahkemenin bu yönde bir atama yapmış olması da, o dosyada görevlendirilmiş olan müdafîin yasal yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Başka deyişle, böyle bir durumda dahi müdafîin duruşmaya katılmama eylemi ile sanığın hukuki yardımdan mahrum kalması (mağduriyet şartı) arasında illiyet bağı da gerçekleşmiş sayılır”. (Yarg. 4. CD, 17.01.2013, E. 2011/6395, K. 2013/744, www.kazanci.com.tr. 5 Mart 2013); “Çocuk Mahkemesinin, 2005/1870 esas sayılı dosyası üzerinden yürüttüğü yargılamada, CMK’nın 150/2 maddesi uyarınca yaşı küçük sanık ...’e bir müdafî görevlendirilmesi isteğini ... Barosu Başkanlığına 22.3.2006 tarihli yazıyla ilettiği, görevlendirilen müdafîin duruşmalara gelmemesi nedeniyle öncelikle yargılamaya katılımının sağlanması olanaklı değilse yeni bir avukat görevlendirilmesi için anılan baro başkanlığına 31.10.2006, 23.2.2007 ve 14.6.2007 tarihli yazıların gönderildiği, ancak uyarılara karşın görevlendirilen müdafîin duruşmalara katılması sağlanmadığı anlaşılmaması üzerine mahkemece suç duyurusunda bulunulmasına karar verilerek duruşmanın 30.1.2008 tarihine ertelendiği görülmektedir. Yaşı küçük sanık için zorunlu müdafî olarak görevlendirilen şüpheli avukatın eylemlerinin, ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunun öğelerini oluşturup oluşturmadığının, leh ve aleyhlerine toplanacak tüm kanıtların, mahkemece birlikte tartışılıp değerlendirilmesi sonucu belirlenmesi gerekmektedir. Yapılan açıklamalara göre, son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına ilişkin kararın, hukuka aykırı olduğundan kuşku yoktur”. (Yarg. 4. CD, 09.02.2011, E. 2010/22677, K. 2011/1333, www.kazanci.com.tr. 20 Şubat 2013); “Sanık avukatın, müdafiliğini üstlendiği sanığın yargılandığı ceza davasının bir duruşmasına mazeret dilekçesi vererek ve üç duruşmasına da mazeretsiz olarak katılmamak suretiyle görevinin gereklerini yapmakta ihmal göstermesi eylemlerinin, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturup oluşturmadığı tartışılmadan beraat kararı verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir”. (Yarg. 4. CD, 11.12.2007, 6914/10638, **Gökcan**, Açıklamalı Avukatlık Yasası, s. 191-193); **Akbaş**, s.88.

tilmeden beraat kararı verilmesini, oybirliğiyle bozma sebebi olarak görmüştür”⁶⁰⁴. Ayrıca, *sanık avukatın, müdafiliğini üstlendiği sanığın yargılandığı ceza davasının bir duruşmasına mazeret dilekçesi vererek ve üç duruşmasına da mazeretsiz olarak katılmamak suretiyle görevinin gereklerini yapmakta ihmal göstermesi eylemlerinin, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturup oluşturmadığı tartışılmadan beraat kararı verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir*”⁶⁰⁵.

Müdafî hakkında görevi kötüye kullanma suçundan soruşturma veya kovuşturma açılabilmesi için, müdafîin üstlendiği savunma görevinin gereklerini kısmen veya tamamen hiç yapmamış (ihmal etmiş) olması, zamanında yapmamış olması, kötü yapmış olması veya da gerekli özeni göstermeden yapmış olması ve bu sebeple kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olması ya da kişilere haksız bir menfaat sağlamış olması gerekir⁶⁰⁶ (TCK m. 257). Ceza muhakemesi bağlamında şüpheli veya sanığın en önemli mağduriyeti, savunma hakkından ve hukuki yardım alma hakkından hiç yararlanamaması veya yeterince yararlanamamasıdır⁶⁰⁷. Dolayısıyla müdafîin, savunma görevini yapmaması, şüpheli veya sanığın mağduriyetine (zararına) sebep oluşturacaktır. Yargıtay vermiş olduğu kararlarda, müdafîin, duruşmalara mazeretsiz olarak katılmamasını, şüphelinin veya sanığın aleyhine olan hükme karşı olağan kanun yollarına başvurmamasını görevi kötüye kullanma suçu olarak kabul etmektedir.

Görevi kötüye kullanma suçu, şikâyetle bağlı bir suç olmadığından bu suçu oluşturan fiilleri işleyen müdafî hakkında re’sen, ihbar veya şikâyet üzerine soruşturma yapılabilir. An-

⁶⁰⁴ **Yarg. 4. CD, 28.01.2009, E. 2008/13646, K. 2009/1129, (Gökcan, Açıklamalı Avukatlık Yasası, s. 191-193);** 1412 sayılı CMUK’nın yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay verdiği bir kararda, “Mersin Barosunun 15.12.2000 tarihli yazısı ile CMUK’un 138’inci maddesi gereğince zorunlu müdafî olarak görevlendirilen sanık avukatın, yargılama sonunda verilen ve sanığın aleyhine olan mahkûmiyet kararını temyiz etmemesi eyleminin TCK’nın 230/1’inci (5237 sayılı TCK’nın 257/2) maddesinde düzenlenmiş olan görevi savsama suçunu oluşturduğu gözetilmeden beraat kararı verilmiş olmasının bozma sebebi sayılmıştır”. (**Yarg. 4. CD, 07.12.2004, 12388/11948, Gökcan, Açıklamalı Avukatlık Yasası, s. 219-220**).

⁶⁰⁵ **Yarg. 4. CD, 11.12.2007, 6914/10638, (Gökcan, Açıklamalı Avukatlık Yasası, s. 191-193).**

⁶⁰⁶ **Artuk, Mehmet Emin-Gökcan, Ahmet-Yenidünya, Ahmet Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, C. 5., 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009, s.5016; Yarg. 4. CD, 22.01.2008, 6107/673, Gökcan, Açıklamalı Avukatlık Yasası, s. 195-196; Yarg. 4. CD, 19.09.2007, 5256/6982, (Gökcan, Açıklamalı Avukatlık Yasası, s. 208).**

⁶⁰⁷ “Sanık tarafından seçilen veya mahkemenin istemi üzerine baro tarafından görevlendirilen zorunlu müdafîin savunma görevini yerine getirmemesi ihmalî davranışla görevi kötüye kullanma suçunu oluşturabilir. ... Başka deyişle, böyle bir durumda dahi müdafîin duruşmaya katılmama eylemi ile sanığın hukuki yardımdan mahrum kalması (mağduriyet şartı) arasında illiyet bağı da gerçekleşmiş sayılır”. (**Yarg. 4. CD, 17.01.2013, E. 2011/6395, K. 2013/744, www.kazanci.com.tr. 5 Mart 2013**).

cak müdafî hakkında görevi kötüye kullanma suçundan dolayı soruşturma veya kovuşturma açılması, Adalet Bakanlığı'nın iznine tabidir⁶⁰⁸ (Av. K. m. 58; 59).

C) Müdafîin Sır Saklama Görevi

Müdafîin, görevlerinden biri de görevi sebebiyle şüpheli veya sanık hakkında öğrenmiş olduğu sır niteliğindeki bilgileri saklamak yani ifşa etmemektir⁶⁰⁹. Müdafîin sır saklama görevi, Avukatlık Kanunu'nda şöyle düzenlenmiştir. Müdafîin, kendisine tevdi edilen veya görevi gereği öğrendiği sır niteliğindeki hususları açığa vurması yasaktır (Av. K. m. 36/1).

Sır, herkes tarafından bilinmeyen, başkalarının öğrenilmesi istenilmeyen ve kişinin özel yaşamına, meslek, iş veya ticari faaliyetlerine ilişkin gizli bilgi, olay ve olgulardır⁶¹⁰. Meslek sırrı ise, bir meslek mensubunun mesleğinin icrası sırasında ve mesleğiyle ilgili olarak öğrenmiş olduğu başkalarına ait sır niteliğindeki gizli bilgi, olay ve olgulardır⁶¹¹. Hem serbest meslek hem de kamusal bir görev ifa eden müdafî, mesleğinin icrası sırasında ve mesleğiyle ilgili olarak öğrenmiş olduğu başkalarına (şüpheli, sanık, tanık, bilirkişi, mağdur) ait sır niteliğindeki gizli bilgi, olay ve olguları ifşa etmeme yükümlülüğü altındadır⁶¹². Müdafîin, şüpheliyi veya sanığı tam ve etkili bir şekilde savunabilmesi için, şüpheli veya sanığın iddia edilen isnatlarla ilgili bilgileri tam olarak müdafî ile paylaşması gerekir. Şüpheli veya sanığın, iddia edilen isnatlarla ilgili bilgilerini (sırları) tam olarak müdafî ile paylaşabilmesi için de müdafî ile şüpheli veya sanık arasında tam bir güven ilişkisinin kurulması gerekir⁶¹³. Ancak bu şekilde şüpheli veya sanık, müdafîe güvenebilecek ve iddia edilen isnatlarla ilgili bildiği sırları müdafî ile paylaşabilecektir. İşte müdafîe sır saklama görevinin yüklenmesinin amacı, müdafî ile şüpheli veya sanık arasında tam bir güven ilişkisi kurulmasını ve dolayısıyla da müdafîin etkin bir savunma yapmasını sağlamaktır⁶¹⁴.

⁶⁰⁸ **Gökcan**, Açıklamalı Avukatlık Yasası, s. 69-70.

⁶⁰⁹ **Zafer**, s.323.

⁶¹⁰ **Yılmaz**, Hukuk Sözlüğü, s.1092; **Zafer**, 325; **Gökcan**, Açıklamalı Avukatlık Yasası, s. 223.

⁶¹¹ **Zafer**, s.325.

⁶¹² **Dönmezer Çakıroğlu, Zuhale**, “Terör ve Örgütlü Suç Davalarında Müdafîin Konumu ve Etik Konular”, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, 2008, s. 582; **Mahmutoğlu-Dursun**, s.82-83.

⁶¹³ **Kühne**, s. 116.

⁶¹⁴ **Kunter-Yenisey-Nuhoglu**, s. 456; **Kocaoğlu**, Müdafî, s.240; **Mahmutoğlu-Dursun**, s.80.

Müdafiiin, görevi sebebiyle öğrendiği sır niteliğindeki hususlar konusunda tanıklık yapabilmesi, şüpheli veya sanığın iznine tabidir (Av. K. m. 36/1). Kural olarak müdafî, şüpheli veya sanığın açık izni olmadığı sürece meslek sırrı kapsamındaki konularda tanıklık yapamaz. Fakat şüpheli veya sanık, açıkça izin vermiş olsa dahi müdafî, meslek sırrı kapsamındaki konularda tanıklık yapıp yapmamakta özgürdür. Diğer bir ifadeyle, şüpheli veya sanık izin verse dahi müdafî tanıklık yapmama yani çekinebilme yetkisine sahiptir⁶¹⁵ (Av. K. m. 36/1; CMK m. 46/1-a). Dolayısıyla müdafiiin, meslek sırrı konusunda tanıklıktan çekinmesi, herhangi bir cezai veya disiplin yaptırımını doğurmaz. Ancak şüpheli veya sanığın açık izni olsa dahi tanık dinleyen merciin, müdafie tanıklıktan çekinme hakkı olduğunu hatırlatması zorunludur⁶¹⁶.

Müdafiiin sır saklama yükümlülüğü kural olmakla birlikte, bu kuralın bir istisnası bulunmaktadır. Buna göre müdafiiin, şüpheli veya sanığın açık rızası olsa dahi yine de şüpheli veya sanığın aleyhine sonuç doğuracak sır niteliğindeki bilgileri, açıklayamaması ve soruşturma ve kovuşturma mercilerine verememesidir⁶¹⁷. Müdafî, şüpheli veya sanığın sadece lehine olacak şekilde savunma yapma yükümlülüğü altında olduğundan, müdafiiin şüpheli veya sanığın aleyhine sonuç doğuracak meslek sırlarını şüpheli veya sanığın rızası olsa dahi açıklamama görevi ve yetkisi bulunmamaktadır⁶¹⁸. Kısacası müdafiiin, şüpheli veya sanığı ihbar etme veya şüpheli veya sanığın aleyhine çalışma görev ve yetkisi bulunmamaktadır⁶¹⁹. Müdafiiin, şüpheli veya sanığı ihbar etme veya sanığın aleyhine hareket etme yükümlülüğü bulunmadığından, şüphelinin veya sanığın işlediği suç, suç delillerinin yerini veya şüpheli veya sanığın saklandığı yeri yetkili mercilere bildirme yükümlülüğü bulunmamaktadır (TCK m. 278/1, 4)⁶²⁰. Yargıtay’a göre de, “*sanığın özgür iradesiyle seçeceği bir müdafiiin yardımından yararlanmasını öngören Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 'nin 6/3-c, Anayasamızın iddia, savunma ve adil yargılanma hakkını öngören 36, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun dürüstlük ve güven*

⁶¹⁵ Avukatlık Kanunu’nda sadece müdafie sır saklama yükümlülüğü kapsamında tanıklıktan çekinme hakkı tanındığı halde, CMK’da tanıklıktan çekinme hakkı hem müdafie hem stajyere hem de müdafî yardımcılara tanınmıştır (CMK m.46/1-a).

⁶¹⁶ **YCGK, 28.09.1999, 1-213/219 (Gökcan, Açıklamalı Avukatlık Yasası, s. 225).**

⁶¹⁷ **Centel-Zafer, 192; Kocaoğlu, Müdafî, s.242.**

⁶¹⁸ **Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s. 456 (13. Dipnot).**

⁶¹⁹ **YCGK, 28.09.1999, 1-213/219 (Gökcan, Açıklamalı Avukatlık Yasası, s. 224).**

⁶²⁰ “İşlenmekte olan bir suçta yetkili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından cezaya hükmolunmaz” (TCK m. 278/1, 4).

ilkelerini öngören 34. ve avukatın sır saklama yükümlülüğünü düzenleyen 36. maddelerindeki düzenlemeler dikkate alındığında sanık avukatın, hakkında yakalama kararı bulunan vekil edenin yerini adli mercilere bildirmemesi sır saklama yükümlülüğü ile bağlantılı olarak TCK'nın 24/1. maddesi anlamında kanunun hükmünü (görevini) yerine getirme hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmelidir”⁶²¹.

Müdafinin sır saklama görevi, tüm hayatı boyunca devam eden bir görevdir (TCK m. 258/1; Av. Mes. Kur. m. 37/1-b, a). Bu nedenle müdafî, müdafîlik görevi sona erse dahi meslek sırrı niteliğindeki bilgileri şahsen kullanamaz, başkasına kullanıramaz ve ifşa edemez.

Müdafî, görevi sırasında ve görevi kapsamında işlediği suçlar bakımından kamu görevlisi kabul edildiğinden, sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranması, TCK'nın 258'inci maddesinde düzenlenmiş olan “göreve ilişkin sırrın açıklanması suçunu” oluşturacaktır. Buna göre, “görevi nedeniyle kendisine verilen veya aynı nedenle bilgi edindiği ve gizli kalması gereken belgeleri açıklayan veya yayınlayan veya ne suretle olursa olsun başkalarının bilgi edinmesini kolaylaştıran kamu görevlisine, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir” (TCK m. 258/1). Ayrıca sır saklama yükümlülüğüne uyulmaması, müdafî için disiplin cezası gerektiren bir eylemdir (Av. K. m. 134/1).

D) Müdafinin Maddi Gerçeğin Ortaya Çıkarılmasına Yardım Etme Görevi

Ceza muhakemesinin amacı, ceza hukuku alanında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda hukuk devletinin ilkeleri ışığında maddi gerçeğe ulaşmaktır⁶²². Maddi gerçek, ceza hukukunda işlendiği iddia edilen suç fiilleri ile ilgili tüm delillerin ortaya çıkarılması ve bu fiillere ceza hukuku kurallarının tam ve doğru olarak uygulanmasıdır. Dolayısıyla maddi gerçeğe ulaşabilmesi için hem iddia edilen suç ile ilgili tüm delillerin ele geçirilmesi hem de işlendiği tespit edilen fiillere hukuk kurallarının tam ve doğru bir şekilde uygulanması gerekir⁶²³.

⁶²¹ Yarg. 4. CD, 14.11.2011, E. 2009/19013, K. 2011/21017, (www.kazanci.com.tr. 10 Haziran 2013); Mahmutoglu-Dursun, s.86-87; Müdafinin, şüpheli veya sanığın işleyip tamamladığı suçu ve suçun delillerini yetkili mercilere bildirme görevi bulunmamakla birlikte, şüpheli veya sanığın henüz işlemediği fakat işlemeyi tasarladığı suçları yetkili mercilere bildirme yükümlülüğü vardır. Zafer, s. 398-401.

⁶²² Kunter-Yenisey-Nuhoglu, s. 26-28.

⁶²³ Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, s. 177.

Ceza muhakemesinde hem yargılama makamının hem iddia makamının hem de savunma makamında görev yapan müdafii, sahip oldukları yetki ve imkânlar doğrultusunda ayrı ayrı maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardım etme görevi bulunmaktadır. Müdafii maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardım etme görevi, Avukatlık Kanunu'nun 2'nci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre “*müdafî, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalete ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamak amacıyla, hukuki bilgi ve tecrübelerini adaletin hizmetine tahsis eder*” (Av. K. m. 2). Ayrıca müdafii, toplumsal yarara hizmet eden maddi gerçeğe ulaşılmasına yardım etme görevinin bulunması, kamu hizmeti niteliğinde bir görev ifa etmesinin doğal sonucudur (Av. K. m. 1).

Fakat müdafii, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardım etme görevinin yanında, ayrıca şüpheli veya sanığın sadece lehine savunma yapma ve sır saklama görevi de bulunmaktadır. Müdafii bir biriyle çelişebilecek nitelikteki bu görevlerinin bir arada bulunması⁶²⁴, müdafii maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardım etme görevini iddia ve yargılama makamları kadar sınırsız olarak yerine getirmesine engel oluşturur⁶²⁵. Çünkü müdafii, maddi gerçeğe ulaşılması amacıyla şüphelinin veya sanığın aleyhine olan delilleri ortaya çıkarması, vâkıf olduğu meslek sırlarını ifşa etmesi hem savunma görevi hem de sır saklama görevi ile bağdaşmayacaktır. Bu nedenle müdafii maddi gerçeğe ulaşılmasına yardım etme görevi, sınırlı bir görevdir⁶²⁶. Müdafii maddi gerçeğe ulaşılmasına yardım etme görevinin sınırı, sır saklama ve şüpheli veya sanığın lehine savunma yapma görevidir. Dolayısıyla müdafii, şüpheli veya sanığın lehine olduğu ve sır saklama görevine aykırı olmadığı sürece maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardım etme görevi bulunmaktadır⁶²⁷. Diğer bir ifadeyle müdafî, şüpheli veya sanığın sadece lehine olacak şekilde maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardım edebilir.

⁶²⁴ “Müdafii gerçeği anlatma görevi ve sanığın lehinde konuşma görevi kendi içinde bir ihtilaf potansiyelini (çelişkiyi) barındırıyor”. **Kühne**, s. 112.

⁶²⁵ “Müdafî ne mahkûmiyet konusunda etki içerisinde olabilir, ne de gerçeği arama konusunda adli makamlara engel olabilir. Bununla birlikte müdafii diğer bir görevi de dava ile ilgili sürece yararlı olmak ve sürecin uygun zamanda bitmesi konusunda yardımcı olmaktır”. **Haller-Conzen**, s. 127.

⁶²⁶ **Kocaoglu**, Müdafî, s. 248.

⁶²⁷ **Centel-Zafer**, s. 191.

Maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardım görevi müdafie, iki yükümlülük yüklemektedir. Bu yükümlülüklerden ilki, şüphelinin veya sanığın sadece lehine olacak şekilde yardım etme ve sır saklama görevini ihlal etmeme yükümlülüğüdür. İkinci yükümlülük ise, maddi gerçeğin ortaya çıkmasına engel olucu davranışlarda bulunmamaktır. Dolayısıyla müdafî, şüpheli veya sanığın aleyhine faaliyet gösteremediği gibi aynı zamanda delillerin karartılması, değiştirilmesi veya gizlenmesi, şüpheli veya sanığın kaçmasına veya gizlenmesine yardım etme, tanıkları etkileme, bilerek yalan söyleme gibi maddi gerçeğin ortaya çıkmasına engel olacak davranışlarda da bulunamaz⁶²⁸. Bu nedenle müdafî, şüpheli veya sanığın aleyhine olan konularda sessiz ve pasif kalmakla yükümlüdür. Ayrıca müdafî, şüpheli veya sanığa hukuki yardımda bulunurken şüpheli veya sanığı maddi gerçeği karartmaya teşvik veya azmettiremez. Kanaatimizce müdafî, şüpheli veya sanığa hukuki yardımda bulunurken, şüpheli veya sanığın hem lehindeki hem de aleyhindeki durumları ve delilleri hukuk kuralları içerisinde anlatıp, şüpheli veya sanığı etki altında bırakmadan ve yönlendirmeden serbestçe karar vermesine izin vermelidir⁶²⁹.

E) Müdafîin Görevini Özgürce Yapmasının Güvencesi

Ceza muhakemesinde müdafîin, müdafîlik görevini hiçbir baskı ve tehdit altında kalmadan özgürce ve etkili bir şekilde yapabilmesi için bazı güvenceler sağlanmıştır. Müdafie tanınan bu güvenceler, savunma dokunulmazlığı, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, arama ve müdafîin yargılanması usulü konularında yapılan özel düzenlemelerde yer almaktadır.

1. Müdafîin Savunma Dokunulmazlığından Yararlanması

Savunma hakkının özgürce ve etkili bir şekilde kullanılması gereği ile başkalarının haklarının korunması arasında bir tercih yapmak zorunda kalan kanun koyucu, sınırlı da olsa tercihini savunma hakkından yana kullanmış olup, savunma hakkına üstünlük tanımıştır. Savunma dokunulmazlığı olarak ifade edilen ve müdafîin savunma görevini özgürce ve etkili bir

⁶²⁸ Centel-Zafer, s. 192.

⁶²⁹ “Müdafî, sadece hukukî yardımda bulunabilir, şüphelinin ifadesi alınırken şüpheliye sorulan soruya doğrudan cevap veremez, onun yerini aldığı izlenimi veren herhangi bir müdahalede bulunamaz. Hukukî yardım, maddî olayı karartabilecek müdahalelerin yapılması anlamına gelmez. **Müdafî şüpheliye bütün kanunî haklarını hatırlatabilir**” (YGİY, m. 23/1- d).

şekilde yapmasını sağlamaya yönelik düzenlemeye göre, “*yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnatlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde, kişiye ceza verilmez. Ancak, bunun için isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyuşmazlıkla bağlantılı olması gerekir*”⁶³⁰ (TCK m. 128/1). Kanun hükmü incelendiğinde, müdafinin savunma görevi kapsamında yaptığı her türlü fiil veya sarf ettiği her türlü beyanın savunma dokunulmazlığı kapsamına girmediği, savunma dokunulmazlığının müdafie sadece savunma göreviyle ilgili sınırlı ve orantılı bir özgürlük alanı tanıdığı görülecektir. Müdafinin savunma dokunulmazlığından yararlanabilmesi için şu şartların bir arada bulunması gerekir.

Müdafinin, savunma görevini yaparken başka kişilerle ilgili somut isnatlarda veya olumsuz değerlendirmelerde bulunmuş olması gerekir. Müdafinin, yapmış olduğu yazılı veya sözlü beyanların savunma dokunulmazlığı kapsamında değerlendirilebilmesi için öncelikle, bu olumsuz isnat veya değerlendirmelerin suç oluşturacak nitelikte olması (iftira, hakaret, suç uydurma gibi)⁶³¹ gerekir. Çünkü suç oluşturmayacak nitelikteki sözlü veya yazılı beyanların savunma dokunulmazlığı kapsamında değerlendirilmesine gerek yoktur.

Müdafinin yaptığı somut isnat veya olumsuz değerlendirmelerin, sözlü veya yazılı beyan şeklinde olması da gerekir. Her ne kadar kanunun lafzında sadece sözlü veya yazılı beyanlardan bahsedilmiş ise de, yapılan sözlü veya yazılı beyanları desteklemek veya açıklamak amacıyla yapılan hareketlerin de (fotoğraf, resim, sesli veya görüntülü kaset, el kol hareketleri gibi), savunma dokunulmazlığı içinde kabul edilmesi gerekir⁶³².

Müdafinin yaptığı somut isnat veya olumsuz değerlendirmelerin savunma dokunulmazlığı kapsamında değerlendirebilmesi için, somut uyuşmazlıkla ilgili ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yönelik olması da gerekir. Dolayısıyla somut uyuşmazlıkla açıkça ilgisi

⁶³⁰ “Gerçekten savunma hakkının her türlü etkiden uzak olarak kullanılması esastır. Bir davada tarafların yargı mercileri önünde savunmalarını kaygıya kapılmadan, serbestçe yapmaları gerekir. Savunma sınırı içinde kalan hakaretin suç teşkil etmemesi olayda hakaret kastının bulunmamasına değil, adaletin tam olarak yerine getirilmesi sebebine dayanır. Bu bakımdan bu serbestlik, davanın aydınlığa kavuşmasına, diğer bir ifadeyle, hakkın meydana çıkmasına yol açma amacına hizmet etmelidir”. (Any. M. 08.06.1965, 963/163, 965/36, Erem, “Savunma Hakkını Kısıtlayan Antidemokratik Hükümler”, s.613).

⁶³¹ TCK m. 128’in gerekçesi.

⁶³² Karakaya, s.287.

olmayan veya somut uyuşmazlıkla ilgisi olsa bile maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına açıkça yönelik olmayan somut isnat veya olumsuz değerlendirmeler, savunma dokunulmazlığı kapsamında değerlendirilemeyecektir⁶³³. Fakat önemle belirtmek gerekir ki, müdafinin yapmış olduğu somut isnat ve olumsuz değerlendirmelerin savunma dokunulmazlığı kapsamında değerlendirilmesi için, somut uyuşmazlıkla açıkça ilgili olmasına ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına doğrudan yönelik olmasına gerek yoktur⁶³⁴. Somut isnadın veya olumsuz değerlendirmenin somut uyuşmazlıkla açıkça ilgisiz olmaması ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacına açıkça ilgisiz olmaması yeterlidir⁶³⁵.

Müdafinin yaptığı somut isnat veya olumsuz değerlendirmelerin savunma dokunulmazlığı kapsamında değerlendirilebilmesi için, yapılan somut isnatların ve olumsuz değerlendirmelerin gerçek ve somut vakalara dayanması da gerekir. Dolayısıyla yapılan somut isnatların ve olumsuz değerlendirmelerin ispat edilebilir gerçek ve somut olaylara dayanması ve ayrıca soyut, tahmine dayanan ve mesnetten yoksun olmaması gerekir⁶³⁶.

Sonuç olarak müdafinin, savunma görevi kapsamında yaptığı somut isnat ve olumsuz değerlendirmelerin savunma dokunulmazlığı kapsamı ve sınırları içinde olması halinde, müdafinin cezalandırılmayacaktır. Fakat yapılan somut isnat ve olumsuz değerlendirmelerin savunma dokunulmazlığı kapsamına girmemesi veya savunma dokunulmazlığı sınırını aşması halinde müdafinin, işlenen suçtan (hakaret, iftira, suç uydurma) sorumlu olacaktır⁶³⁷. Müdafinin savunma görevini yerine getirirken, maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek amacıyla, suç delillerini yok etmesi, gizlemesi, değiştirmesi veya başka kişileri bu fiilleri işlemeye azmettirmesi veya bu fiilleri işleyenlere yardım etmesi⁶³⁸; evrakta sahtecilik yapması veya

⁶³³ **Tezcan, Durmuş**, “AİHS’de Adil Yargılanma Hakkı, Savunma Dokunulmazlığı ve Türkiye”, in: Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, C. 1, (10-14 Ocak 2012), Ankara, (www.ankarabarusu.org.tr. 10 Şubat 2013), 2012, s.77; **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 411-412.

⁶³⁴ **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 412; **Centel, Nur-Zafer, Hamide- Çakmut, Özlem**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2006, s.333.

⁶³⁵ **Hafizoğulları**, s. 29.

⁶³⁶ “Somut olayda; davalı vekili olarak görev yapan sanığın, davacının cevap dilekçesindeki delillerini çürütmek maksadıyla da olsa, yeni delilin, davacının aynen diğer delillerinde olduğu gibi "şâibeli, tecavüz ve hırsızlık sonucu elde edilmiş" bir delil olduğunu, **herhangi bir bilgi veya belgeye dayanmadan soyut ve aşağılayıcı bir anlatım** yöntemiyle ifade etmek suretiyle, savunma sınırlarını aştığı ve savunma dokunulmazlığının "ölçülülük koşulunu" ihlal ettiği kabul edilmelidir”. (YCGK, 17.07.2007, E. 2007/4-105, K. 2007/174, www.kazanci.com.tr. 5 Mart 2013).

⁶³⁷ **Kunter-Yenisey-Nuhoglu**, s. 458.

⁶³⁸ **Ünver-Hakeri**, s.318; **Gökcan**, Açıklamalı Avukatlık Yasası, s. 280.

gerçeğe aykırı delil uydurması; şüpheli veya sanığı hukuka aykırı davranmaya teşvik etmesi⁶³⁹; şüpheli veya sanığın kaçmasına veya gizlenmesine yardım etmesi; soruşturmanın gizliliğini ihlal etmesi savunma görevi kapsamında değerlendirilemeyeceğinden müdafî bakımından suç oluşturacaktır⁶⁴⁰ (TCK m. 281; 283; 272; 285; YGİY m. 23/1-d).

2. Müdafîin Telekomünikasyon Yoluyla Yaptığı İletişimin Denetlenmesi

Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre, *“bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir”* (CMK m.135/1). Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, telekomünikasyon araçlarıyla yapılan her türlü sözlü, görüntülü veya yazılı iletişimin, teknik araçlarla tespit edilmesi, dinlenilmesi veya kayda alınmasıdır⁶⁴¹.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, özel hayatın gizliliğine müdahale teşkil ettiği gibi ayrıca müdafî ile şüpheli/sanık arasındaki iletişimin gizliliğini de ihlal ettiğinden, savunma hakkı ve adil yargılanma hakkını da ihlal eden bir müdahale oluşturmaktadır⁶⁴². Bu nedenle CMK'da, müdafîin telekomünikasyon yoluyla yaptığı iletişimin denetlenmesi, ayrıksı ve sınırlı olarak düzenlenmiştir⁶⁴³.

⁶³⁹ **Gökcan**, Açıklamalı Avukatlık Yasası, s. 280.

⁶⁴⁰ “Müvekkilinin mahkûmiyet hükmünün infaz yönteminin değiştirilmesi amacıyla gerçeğe aykırı iddiaya dayanarak ve müvekkili hakkında daha önce benzer gerekçeyle Aybastı Asliye Hukuk Mahkemesi'nin kararı ile doğum yılının 1936 olarak düzeltilmiş olmasına karşın, bu kez de gerçekte 1931 doğumlu olduğundan bahisle dava açması ve Aybastı'da açılan davanın reddedilmesine karşın ikinci kez Perşembe Asliye Hukuk Mahkemesi'nde de açtığı davanın da haklı nedene dayanmadığı gerekçesiyle reddedildiği gözetilerek, sanığın Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesi uyarınca görevini doğruluk ve onur içinde yerine getirmek yükümlülüğüne aykırı davrandığı anlaşılmakla birlikte, TCK'nın 257/1. maddesindeki; kamu zararına neden olma, kişilere haksız kazanç sağlama biçimindeki objektif cezalandırma şartlarının var olup olmadığı somut olaya özgü olarak tartışılmalı ve sonucuna göre karar verilmesi gerekir”. (Yarg. 4. CD, 14.11.2011, E. 2009/19013, K. 2011/21017, www.kazanci.com.tr. 10 Haziran 2013).

⁶⁴¹ **Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma-Saygılar Kırıt- Özaydın-Alan Akcan-Erdem**, s. 538.

⁶⁴² Almanya'da bir müştekinin vekilliğini yapan avukatın iletişiminin dinlenmesi ile ilgili bir davada, Alman Anayasa Mahkemesi şöyle karar vermiştir; “Avukat ve müvekkil arasındaki güven ilişkisinin varlığını zedeleyen ya da ortadan kaldıran önlemler, avukatın meslek icra özgürlüğünü ihlal etmektedir. Bunun yanında avukatın etkin ve düzenli hukuk hizmeti sunmasında genel yarar bulunmaktadır. Avukatın mesleğini müdahale edilmeksizin icra edebilmesinin önemi özellikle orantılık ilkesinin ve müdahale şartlarına titiz ve dikkatli bir şekilde riayet edilmesini emrettiğinden yerel mahkemenin mevcut dinleme talebini reddetmesi gerekirdi. (Bu karar), başvuru avukatın, mesleğinin icrası sırasındaki konuşmalarının dinlenmesi,

CMK'nın 136'ncı maddesine göre, “*şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçlarıyla yapılan iletişim dinlenemez, kayda alınamaz ve tespit yapılamaz*” (CMK m. 136). Yapılan düzenlemede müdafinin, sadece müdafiliğini üstlendiği şüpheli veya sanığa yönelik yürütülen soruşturma veya kovuşturmalar sebebiyle telekomünikasyon yoluyla yaptığı iletişimin denetlenemeyeceği ifade edilmiştir. Diğer bir ifadeyle müdafinin bizzat şüpheli veya sanık olmadığı soruşturma ve kovuşturmalar sebebiyle, müdafinin telekomünikasyon yoluyla yaptığı iletişimi denetlenebilir⁶⁴⁴. Fakat müdafinin bizzat şahsıyla ilgili olarak yürütülen soruşturma ve kovuşturmalar kapsamında, sadece soruşturma ve kovuşturma konusu suç ile sınırlı olarak müdafinin telekomünikasyon yoluyla yaptığı iletişimi denetlenebilecektir⁶⁴⁵. Ayrıca müdafinin telekomünikasyon yoluyla yaptığı iletişimin denetlenmesi, müdafinin sadece konutunda, bürosunda ve yerleşim yerinde bulunan iletişim araçlarıyla yaptığı iletişimi kapsamaktadır. Diğer bir ifadeyle kanunda, müdafinin sadece konutunda, bürosunda ve yerleşim yerinde bulunan iletişim araçlarından sınırlı olarak bahsedildiği için, müdafinin konutu, bürosu ve yerleşim yeri dışındaki yerlerde bulunan iletişim araçlarıyla yaptığı iletişimler, denetlenebilecektir. Özellikle de kanun metninde mobil telefondan bahsedilmediği için bu durum, müdafinin mobil telefon yoluyla yaptığı iletişimin denetlenebileceği yolunu açacaktır⁶⁴⁶.

Müdafinin telekomünikasyon yoluyla yaptığı iletişimin denetlenmesini sınırlandıran diğer bir düzenleme de CMK'nın 135/2'nci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, “*şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir*” (CMK m. 135/2). Müdafî, müdafilik sıfatı veya görevi gereği öğrenmiş olduğu bilgilere ilişkin konularda şüpheli ya da sanığın rızası olsa dahi tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişilerden olduğundan (CMK m. 46/1-a), müdafî ile şüpheli/sanık arasında telekomünikasyon yo-

‘devletin kontrolüne ve vesayetine karşı Avukatın mesleğini serbest bir şekilde icra etmesini garanti eden ve bu konuda özellikle avukat müvekkil ilişkisini koruyan’ Anayasanın 12/1 maddesini ihlal etmektedir”. **Demirel, Naim-Balcı, Murat**, “Avukatın İletişiminin Dinlenmesi Hakkında Alman Anayasa Mahkemesi Kararı”, Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi, Yıl, 1, C. 1, Sayı 2, 2011, s.85-86.

⁶⁴³ **Kunter-Yenisey-Nuhoglu**, s.796.

⁶⁴⁴ **Ünver-Hakeri**, s. 618; **Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma-Saygılar Kırıt-Özaydın-Alan Akcan-Erdem**, s. 551.

⁶⁴⁵ **Kocaoğlu, S. Sinan**, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı”, Ankara Barosu Dergisi, 2012/1, s. 63.

⁶⁴⁶ **Ünver-Hakeri**, s. 620.

luyla yapılan iletişim, kayda alınamayacaktır⁶⁴⁷. Dolayısıyla müdafinin şahsı için iletişimin denetlenmesi kararı alınmadığı sürece müdafî ile şüpheli/sanık arasındaki telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim hiçbir şekilde kayda alınamayacaktır⁶⁴⁸. Eğer bu kişiler arasındaki iletişim hatayla kayda alınmış ise, bu kayıtların derhal yok edilmesi zorunludur. Ancak kanun metninde ilgili kişiler arasındaki iletişimin sadece **kayda alınamayacağı** düzenlendiğinden, bu kişiler arasında telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin CMK'nın 136'ncı maddesi hükmüne aykırı olmamak koşuluyla dinlenilmesi ve tespit yapılması mümkündür. Dolayısıyla tanıklıktan çekinebilecek kişiler için getirilen sınırlandırma sadece her türlü telekomünikasyon aracıyla yapılan iletişimin kayda alınamamasıyla sınırlı tutulmuştur⁶⁴⁹.

Sonuç olarak CMK'nın 135/2 maddesi hükmü gereği müdafinin, telekomünikasyon yoluyla yaptığı hiçbir iletişimi (mobil telefon da dâhil her türlü araç ve her yerde) kayda alınamazken; CMK'nın 136'ncı maddesi hükmü gereği ise, müdafinin sadece konutunda, bürosunda ve yerleşim yerinde bulunan iletişim araçlarıyla yaptığı iletişimi dinlenemez, kayda alınamaz ve tespit yapılamaz⁶⁵⁰.

Müdafinin telekomünikasyon yoluyla yaptığı iletişimin denetlenmesinin sınırlandırılmasına yönelik düzenlemeler, sınırlamanın sadece müdafinin konutunda, bürosunda veya yerleşim yerinde bulunan iletişim araçlarıyla sınırlı tutulması, mobil iletişim araçlarının sınırlandırmanın kapsamına alınmaması ve tanıklıktan çekinebilecek kişilerin iletişimlerinin kayda alınabilmesine izin vermemesi nedenleriyle, faydalı fakat düzenlemenin amacına sağlamaktan oldukça uzaktır⁶⁵¹. Bu nedenlerle, mevzuatta gerekli değişikliklerin yapılmasının ulaşılmak istenen amaca ulaşılması için zorunlu olduğu kanaatindeyiz.

Müdafinin telekomünikasyon yoluyla yaptığı iletişimin denetlenmesi özel ve sınırlı olarak düzenlenmesine rağmen, müdafinin bürosunun teknik araçlarla izlenmesinin (konuşu-

⁶⁴⁷ Ünver-Hakeri, s. 619.

⁶⁴⁸ Erdağ, Ali İhsan, "İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişiminin Tespiti ve Mağdur Tarafından Kaydedilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 92, 2011, s. 40.

⁶⁴⁹ Kunter-Yenisey-Nuhoglu, s.795.

⁶⁵⁰ Sevik, Handan Yokus, "Postada Elkoyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.69, 2007, s.118; Erdağ, s.41.

⁶⁵¹ Sevik, s. 119; Ünver-Hakeri, s. 620; Kocaoglu, "Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi ...", s. 65.

lanların dinlenmesi, kayda alınması ve görüntülerin kayda alınması) sınırlandırılmamış olması, savunma hakkını ihlal etmektedir.

3. Müdafinin Üst, Eşya, Konut ve Bürosunun Aranması

Müdafinin savunma görevini özgürce ve etkili bir şekilde yapabilmesi için yapılan özel düzenlemelerden biri de müdafinin, üst, eşya, konut ve bürosunun aranmasına ilişkindir. Müdafinin, üst, eşya, konut ve bürosunun aranmasına ilişkin özel düzenleme yapılmasının temel amacı, “*avukat ile müvekkilleri arasındaki ilişkilerin tam bir gizlilik içerisinde yürütülmesi ve savunma hakkını sağlam tutmanın ve avukatın mesleki sırlarının korunmasını sağlamaktır*” (CMK’nın 130’uncu maddesinin gerekçesi). Müdafinin bürosunun, üstünün, eşyalarının ve konutunun aranması, hem müdafî ile şüpheli/sanık arasındaki güven ilişkisine zarar verecek hem müdafinin sır saklama yükümlülüğünü ihlal edecek hem de savunma hakkının özgürce ve etkili kullanılmasını kısıtlayacak bir tedbir olduğundan, bu aramanın özel bir usule tabi tutulmasını zorunlu kılmaktadır⁶⁵². Bu amaçla Türk hukukunda da özelde müdafilerin ve genelde de tüm avukatların bürolarının, konutlarının, üstlerinin ve eşyalarının aranması, ayrıksı ve özel olarak düzenlenmiştir.

CMK’nın 130’uncu maddesi hükmüne göre, “*avukat büroları, ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur. Arama sonucu el konulmasına karar verilen şeyler bakımından bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konarak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli kararın vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminden, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeden istenir. Yetkili hâkim el konulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu saptadığında, el*

⁶⁵² AİHM’e göre, “arama yapılan yerin normal bir yer olmadığı, bir avukat bürosu olduğu, bir avukatın bürosunun aranmasının aynı zaman da 6. maddenin ihlaline de neden olabileceği, adil yargılanma açısından avukatın belgelerinin belli bir gizliliğinin olduğu, bu gizliliğe karşı yapılan müdahale, her türlü dosyanın alınıp incelenmesi, bakılması ve okunmasının AİHS’ e aykırı olduğunu, bu durumun hem adil yargılanma açısından problem yaratacağını hem de avukatın ününe zarar verecektir”. (Clause/Almanya kararı, Doğru, Osman, İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları, C. 1,1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2002, s 105; Gökcan, Açıklamalı Avukatlık Yasası, s.79.

konulan şey derhal avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır” (CMK m.130).

CMK'daki özel düzenlemeye göre, avukat büroları suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle, ancak mahkeme kararıyla, cumhuriyet savcısının bizzat denetiminde ve aramanın yapılacağı yer barosu başkanı veya baro başkanının görevlendireceği bir temsilci huzurunda aranabilir⁶⁵³. Müdafî hakkında yürütülen soruşturma veya kovuşturmanın konusunu oluşturan suçun türü ve mahiyeti, müdafîin bürosunda yapılacak aramanın usulünü değiştirmez. Diğer bir ifadeyle, aramanın dayanağını oluşturan suçun, görev suçu veya kişisel suç olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Çünkü suçun türü ve mahiyeti, müdafîin savunma yapma görevinin niteliğini, önemini ve kapsamını, sır saklama yükümlülüğünü ve şüpheli/sanıkla olan hukuksal ilişkiyi değiştirmez⁶⁵⁴. Savcı kararıyla da genel olarak kapalı yerlerde arama yapılabilirken, avukatların bürolarının aranmasında savcıya arama kararı verme yetkisi tanınmamıştır. Yine avukatların bürolarının ve konutlarının aranmasında savcının ve baro başkanının veya temsilcisinin hazır bulunması zorunlu tutularak, avukatlar için özel güvenceler oluşturulmuştur.

Avukat bürosunda yapılan aramalarda, el konulmasına karar verilen şeyler hakkında arama kararı bulunan avukat veya baro başkanı veya baro başkanının temsilcisi tarafından müdafî ile şüpheli/sanık arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunun ileri sürülmesi halinde, bu şeyler, ayrı bir zarf veya paket içerisine konarak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminden, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeden istenir. Yetkili hâkim, el konulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu tespit ettiğinde, el konulan şey derhal avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır (CMK m.130).

⁶⁵³ “Polis memuru olan sanığın, hakkında savcılıkça yakalama kararı bulunan kişinin kararda gösterilen adresi olması nedeniyle geldiği avukatlık yazıhanesinde, 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 2.5.2001 gün ve 4667 sayılı Yasa ile değişik 58/1.maddesinde belirtilen koşullar bulunmadan izinsiz olarak aldığı anahtarla kilitli avukat odasını açıp araştırması biçimindeki eyleminin özel nitelikli TCK'nın 194/son maddesinde yer alan suçu oluşturduğu gözetilmeden, aynı yasanın 240/2.maddesiyle hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir”. (Yarg. 4. CD, E. 2003/12636, K. 2005/1576, www.kazanci.com.tr, 1 Ekim 2013).

⁶⁵⁴ **Kızıroğlu, Serap Keskin**, “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama (Adli Arama)”, Ankara Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi, 2009, s.146.

Avukatların bürolarının aranmasına ilişkin olarak CMK'daki hükme benzer bir hüküm de Avukatlık Kanunu'nun 58'inci maddesinde yer almaktadır. Buna göre, “*Avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığı'nın vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır. Avukat yazıhaneleri ve konutları, ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir* (Av. K. m. 58).

Caza Muhakemesi Kanunu ve Arama Yönetmeliğinde avukatların sadece bürolarının aranması özel olarak düzenlemişken, CMK'ya göre daha özel bir kanun olan Avukatlık Kanunu'nda, müdafilerin (avukatların) hem bürolarının hem de konutlarının aranması özel olarak düzenlenmiştir. Ayrıca CMK'nın 130'uncu maddesi hükmü ile Avukatlık Kanunu'nun 58'inci maddesi hükmü arasındaki önemli bir fark da, CMK'nın 130'uncu maddesi hükmü her türlü suç şüphesiyle yapılan aramalarda uygulanabilirken, Avukatlık Kanunu'nun 58'inci maddesi hükmü ise, sadece avukatların görevinden doğan veya görevi sırasında işlediği suçlar kapsamında yapılacak aramalarda uygulanabilmektedir⁶⁵⁵. Bu nedenle, avukat bürolarında yapılacak aramaların CMK'nın 130'uncu maddesi hükmüne göre ve avukatların konutlarında yapılacak aramaların da Avukatlık Kanunu'nun 58'inci maddesi hükmüne göre yapılması gerekmektedir⁶⁵⁶. Ayrıca Avukatlık Kanunu'nun 58'inci maddesinde elkoyma ile ilgili hüküm bulunmadığından, avukatın konutunda yapılacak aramalarda elde edilen delil ve belgeler hakkında elkoyma tedbiri, genel hükümler uyarınca tatbik edilecektir⁶⁵⁷.

Avukat büroları ve konutlarında yapılacak aramanın, arama kararında belirtilen soruşturmanın veya kovuşturmanın konusu olan suç ile sınırlı tutulması ve savunma hakkını ihlal etmeyecek şekilde ve orantılı yapılması gerekir. Aksi halde yapılacak arama, hem iç hukuka hem de AİHS'e aykırılık oluşturacaktır⁶⁵⁸.

⁶⁵⁵ Aksoy, Şemsettin, Önleme ve Arama Tedbiri Olarak Arama, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2007, s. 115.

⁶⁵⁶ Gökcan, Açıklamalı Avukatlık Yasası, s. 85; Şen, Ersan, “Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması”, Ankara Barosu Dergisi, 2013/2, s.341.

⁶⁵⁷ Şen, s. 342.

⁶⁵⁸ Ünver-Hakeri, s. 560-561.

CMK’da ve Arama Yönetmeliğinde, müdafinin üst ve eşya aramasına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Fakat Avukatlık Kanunu’nda, “*ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında müdafinin üstünün aranamayacağı düzenlenmiştir*”(Av. K. m. 58). Avukatlık Kanunu’nun bu hükmü, ağır ceza mahkemeleri arasında bir ayırım yapmadığı gibi, avukatlık görevinden doğan veya görevi sırasında işlediği suç ayırımına da başvurmaksızın, ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçüstü halleri dışında, işlediği iddia olunan suçun adi veya görevle ilgili olup olmadığına bakılmaksızın avukatın üzerinin aranamayacağını ifade etmektedir⁶⁵⁹. Diğer bir ifadeyle suç işlememiş veya işlediği suç, ağır ceza mahkemesinin görev alanına girmeyen veya girse bile suçüstü yakalanamayan avukatın üstü, eşyası ve otomobili hiçbir şekilde aranamayacaktır⁶⁶⁰. Çünkü suç işlemiş fakat işlediği suçun cezası ağır ceza mahkemesinin görev alanına girmeyen veya girse bile suçüstü yakalanamayan avukatın üstü aranamazken, suç işlememiş bir avukatın üstünün aranmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Bu konuda Danıştay da verdiği bir kararda, “*Avukat olan davacının, avukatlık kimliğini ibraz etmesine rağmen kolluk kuvvetleri tarafından üzerinin aranması nedeniyle manevi zararın tazmini istemiyle dava açılmıştır. Avukatlık Yasası uyarınca ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatların üzeri aranmaz. Suçüstü hali olmadan müvekkili önünde kolluk kuvvetlerince üzeri aranan davacının meslek onurunun zedelendiği açıktır. Davalı idarenin bu eylemde hizmet kusurunun bulunduğu, davacının manevi zararının karşılanmasına, haksız zenginleşmesine de yol açılmamasını sağlamak üzere takdirenen manevi zararın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalı İdare tarafından davacıya ödenmesine ve fazlaya ilişkin istemin reddine karar verilmesi hukuka uygundur*”⁶⁶¹, şeklinde karar vermiştir.

Avukatın, ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçu işlerken suçüstü yakalanması halinde, üst ve eşya araması Avukatlık Kanunu’nun 58’inci maddesine göre değil, CMK’nın aramaya ilişkin genel hükümlerine göre yapılacaktır⁶⁶².

⁶⁵⁹ Şen, s. 342.

⁶⁶⁰ Karşı görüş için bkz. Aksoy, s.115.

⁶⁶¹ Dan. 8. D. E. 2010/5626, K. 2010/6024, (www.kazanci.com.tr, 1 Ekim 2013)

⁶⁶² Gökcan, Açıklamalı Avukatlık Yasası, s. 85.

Ayrıca önemli bir konu da Avukatlık Kanunu'nun 58'inci maddesi ile CMK'nın 130'uncu maddesinde bulunan ve avukatların aranmasını özel sınırlandırmalara ve usule bağlayan düzenlemenin, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri bünyesinde görev yapan avukatlara da uygulanıp uygulanamayacağıdır. Avukatlık Kanunu'nun Ek 1'inci maddesindeki “*kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli olarak avukatlık görevinde çalışanların baro levhasına yazılmaları isteklerine bağlıdır. Bunlar, görevlerinin gereği olan işleri yaparken baro levhasına kayıtlı avukatların yetkileriyle haklarına sahip ve onların ödevleriyle yükümlüdürler. Avukatlık Kanunu'nun avukatlar hakkında öngördüğü disiplin işlem ve cezaları, bu maddede sözü edilen avukatlar hakkında da avukatın sürekli görev yaptığı yer barosunca uygulanır*” (Av. K. m. Ek 1). Bu hüküm gereği, avukatların sahip olduğu hak ve yetkiler bakımından serbest çalışan avukatlar ile kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde görev yapan avukatlar arasında her hangi bir fark bulunmamaktadır. Bu nedenle, Avukatlık Kanunu'nun 58'inci maddesi ile CMK'nın 130'uncu maddesinde bulunan ve avukatların aranmasını özel sınırlandırmalara ve usule bağlayan düzenlemenin, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri bünyesinde görev yapan avukatlara da aynen uygulanacağı⁶⁶³ kanaatindeyiz. Fakat Danıştay verdiği bir kararda “*sanık kendisinin üniversitede avukat olarak çalıştığını dolayısıyla ceza soruşturmasının 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 58'inci maddesine göre yapılması gerektiğini iddia etmekte ise de, 1136 sayılı Kanun'un 58'inci maddesindeki hükmün, özel çalışan avukatlara ilişkin olduğuna ve kamuda görevli avukatları kapsamayacağına*” karar vermiştir⁶⁶⁴.

4. Müdafîin Yargılanması Usulü

Müdafîin, yargının kurucu unsurlarından biri olan bağımsız savunma makamını temsil etmesi, kamu hizmeti niteliğinde bir görev ifa etmesi ve yaptığı görev itibarıyla kamu görevlisi sayılması, müdafîlik görevini yaparken iddia ve yargılama makamına karşı bağımsız olmasını gerektirir⁶⁶⁵. Müdafîin, iddia ve yargılama makamlarına karşı bağımsız olabilmesi için de bu makamların baskısı ve keyfî soruşturma ve kovuşturma açılması tehdidi altında

⁶⁶³ Bayram, Erdin, “Türk Ceza Kanunu'nun 301 ve Avukatlık Kanunu'nun 58'inci Maddeleri Muvacehesinde Adalet Bakanlığı'nın/Bakanının Soruşturma İzni Yetkisinin Niteliği”, TBB Dergisi, S. 106, 2013, s. 406.

⁶⁶⁴ Dan. 2. D, 07.05.2002, E. 2002/316, K. 20027/2734 (www.kazanci.com.tr, 10 Ekim 2013).

⁶⁶⁵ Gökcan, Açıklamalı Avukatlık Yasası, s. 50.

olmaması gerekir⁶⁶⁶. İşte müdafinin bağımsızlığını sağlamak için, iddia ve yargılama makamları tarafında müdafî hakkında soruşturma ve kovuşturma açılması ve yürütülmesi, özel bir usule bağlanmıştır.

CMK’da, müdafinin ceza mahkemelerinde yargılanmasına ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Müdafî hakkında soruşturma ve kovuşturma açılmasına ilişkin özel düzenleme, Avukatlık Kanunu’nun 58, 59, 60 ve 61’inci maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, “avukatların, avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığının vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır” (Av. K. m. 58). “58’inci maddeye göre yapılan soruşturmaya ait dosya Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne tevdi olunur. İnceleme sonunda kovuşturma yapılması gerekli görüldüğü takdirde dosya, suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesine en yakın bulunan ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet Savcılığına gönderilir. Cumhuriyet Savcısı beş gün içinde, iddianamesini düzenleyerek dosyayı son soruşturmanın açılmasına veya açılmasına yer olmadığına karar verilmek üzere ağır ceza mahkemesine verir. İddianamenin bir örneği, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun (CMK) hükümleri uyarınca, hakkında kovuşturma yapılan avukata tebliğ olunur. Bu tebliğ üzerine avukat, kanunda yazılı süre içinde bazı delillerin toplanmasını ister veya kabule değer bir istemde bulunursa nazara alınır, gerekirse soruşturma başkan tarafından derinleştirilir. Haklarında son soruşturmanın (kovuşturma) açılmasına karar verilen avukatların duruşmaları, suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesinde yapılır. Durum avukatın kayıtlı olduğu baroya bildirilir” (Av. K. m. 59).

Müdafinin, bu özel yargılama usulünden yararlanabilmesi için, işlediği iddia edilen suç veya suçların müdafilik görevinden doğmuş olması veya görevi sırasında işlemiş olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, müdafî hakkında hem görev suçlarından dolayı hem Barolar Birliğindeki veya barolardaki görevleriyle ilgili hem de müdafilik göreviyle ilgili olmazsa bile görev sırasında işlenen suçlardan dolayı yapılan ceza yargılamalarında özel yargılama usulü

⁶⁶⁶ **Mahmutoğlu, Fatih Selami-Talas, Serdar**, “Avukatların Görev Suçları ve Yargılanması Rejimi”, İstanbul Barosu Dergisi (Ceza Hukuku Özel Sayısı), Ocak 2007, s. 32; **Güner, Semih**, Avukatlık Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s.514.

uygulanabilecektir. Dolayısıyla müdafinin görevi sırasında işlemediği veya göreviyle veyahut da Barolar Birliğindeki veya barolardaki görevleriyle ilgili olmayan kişisel suçların yargılanması usulü, genel hükümlere tabidir⁶⁶⁷. Yetkili Cumhuriyet savcısının, müdafinin bir görev suçu işlediği yönde bilgi alması halinde, öncelikle suç şüphesi olup olmadığını tespit etmek için bir inceleme başlatması gerekir. İnceleme sonunda müdafinin görev suçu işlediği yönünde şüpheyne ulaşılması halinde, savcının, müdafî hakkında soruşturma başlatabilmesi için öncelikle Adalet Bakanlığından soruşturma için ön izin alması gerekir⁶⁶⁸. Bunun için savcının, müdafî tarafından görev suçu işlendiği yönünde suç şüphesi uyandıran delilleri toplayıp muhafaza altına aldıktan sonra, bir fezleke hazırlayarak Adalet Bakanlığı'ndan soruşturma izni talep etmesi gerekir. Dolayısıyla müdafî hakkında, Adalet Bakanlığı'ndan ön izin alınmadan görev suçları sebebiyle doğrudan soruşturma açılmaz⁶⁶⁹ ve dolayısıyla da soruşturmaya ilişkin hiçbir işlem yapılamaz. Çünkü bu durumda Adalet Bakanlığı'ndan izin alınması, soruşturma koşuludur⁶⁷⁰. Müdafî hakkında görev suçlarından dolayı soruşturma açılması için gerekli suç şüphesinin olup olmadığına savcı değil, Adalet Bakanlığı karar verme yetkisine sahiptir. Adalet Bakanlığı'nın müdafî hakkında soruşturma açılması için yeterli suç şüphesinin oluşmadığına karar vermesi, diğer bir ifadeyle soruşturmaya izin vermemesi halinde, müdafî hakkında soruşturma başlatılamaz⁶⁷¹. Bakanlık tarafından soruşturmaya izin verilmesi halinde suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı, gerekli soruşturmayı bizzat yapmakla yükümlüdür.

Soruşturmanın tamamlanmasından sonra soruşturma savcısının doğrudan iddianame hazırlama veya kovuşturmaya yer olmadığına karar verme yetkisi bulunmamaktadır. Savcının, soruşturmanın tamamlanmasından itibaren soruşturma dosyasını bir fezlekeyle Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne göndermesi zorunludur. Bakanlığın, müdafî hakkında

⁶⁶⁷ **Güner**, Avukatlık Hukuku, s.514; **Gökcan**, Açıklamalı Avukatlık Yasası, s. 49.

⁶⁶⁸ “Avukatlık Kanununun 58 ve 59’uncu maddeleri ile Hâkimler ve Savcılar Kanununun 82 ve 89 maddeleri, yargılama faaliyetinin üç sacayağı hâkim, Cumhuriyet savcısı ve avukatların soruşturma usulü ve izin merciinde paralellik veya yeknesaklık olacak şekilde, tek aşamalı izin sistemi getirilerek değiştirilmelidir. Böylece iki aşamalı izin nedeniyle yavaş işleyen sistem hızlanır. Uzun süre inceleme, soruşturma ve kovuşturma tedirginliğiyle çalışılmak durumunda kalınmaz. Bu arada paralel mevzuat çalışmasında Hâkimler ve Savcılar Kanununun 82’nci maddesinin soruşturma izni yetkisini Adalet Bakanlığına tanıdığı hâlde, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının değişik 159’uncu maddesiyle hâkim ve Cumhuriyet savcıları hakkında soruşturma izni/oluru yetkisi Adalet Bakanına tanınarak hâkim ve Cumhuriyet savcılarının avukatlara nazaran daha güvenceli, yetki devrine kapalı bir izin sistemine kavuşturulduğu gözden uzak tutulmamalıdır”. **Bayram**, s. 408-409.

⁶⁶⁹ **Mahmutoğlu-Talas**, s. 34.

⁶⁷⁰ **Kuntman, Osman**, “Avukatların Görevleriyle İlgili Olarak İşledikleri Suçlardan Dolayı Yargılanması Yöntemleri, Uygunlamadan Örnekler, Eleştiriler”, İstanbul Barosu Dergisi, S. 3, C. 76, 2002, s. 633.

⁶⁷¹ **Gökcan**, Açıklamalı Avukatlık Yasası, s. 64; **Güner**, Avukatlık Hukuku, s.514.

kovuşturma açılması lüzumu görmemesi halinde, müdafî hakkında kovuşturma açılmaz. Fakat Bakanlığın yaptığı inceleme sonucunda, kovuşturma açılmasına lüzum görmesi halinde, iddianamenin hazırlanması ve kovuşturma açılması için soruşturma dosyasını suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesine en yakın yer ağır ceza mahkemesi cumhuriyet savcılığına gönderir⁶⁷². Adalet Bakanlığı'nın, müdafî hakkında soruşturma izni vermesine veya vermemesine ilişkin kararı itiraza tabi olmadığından kesindir⁶⁷³. Şüpheli müdafî hakkındaki soruşturma dosyasını alan yetkili cumhuriyet savcısı, beş gün için iddianame hazırlamak zorundadır. Dolayısıyla bu aşamada da savcının, kovuşturmaya yer olmadığına karar verme yetkisi bulunmadığından, müdafî hakkında iddianame hazırlaması zorunludur. Ayrıca savcının bu aşamada soruşturmayı genişletmesi ve delil toplama yetkisi de bulunmamaktadır⁶⁷⁴. Yetkili savcının hazırlamış olduğu iddianame, müdafî hakkında kovuşturma açılıp açılmamasına karar verilmesi için ağır ceza mahkemesine verilir. Bu aşamada ağır ceza mahkemesinin, iddianamenin iadesine karar verme yetkisi bulunmamaktadır⁶⁷⁵. Ağır ceza mahkemesi, iddianamenin kabulüne veya kovuşturmanın açılmasına yer olmadığına karar vermeden önce, iddianamenin bir örneğini şüpheli müdafîye tebliğ ederek şüpheli müdafîin görüş ve itirazlarını almak zorundadır. Şüpheli müdafîin, haklı ve hukuka uygun itiraz ve talepleri dikkate alınarak gerekli araştırmalar bizzat ağır ceza mahkemesi başkanı tarafından yapılabilir. Ağır ceza mahkemesi, şüpheli müdafîin taleplerini ve itirazlarını aldıktan ve gerek görmesi halinde gerekli araştırma-

⁶⁷² **Mahmutoğlu-Talas**, s. 35.

⁶⁷³ “Avukatlar, görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olduklarından; 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 59 uncu maddesi hükmü uyarınca Avukatlar hakkında Adalet Bakanlığı tarafından verilen kararlara karşı 4483 sayılı kanun uyarınca itiraz edilebileceğine ve bu itirazlara Danıştay İkinci Dairesinde bakılabileceğine ilişkin bir hüküm de bulunmadığından, 4483 sayılı Kanunun Avukatlara uygulanmayacağı açıktır. Bu nedenle, 4483 sayılı Kanun kapsamında bulunmayan ve özel yasalarında belirtilen usule göre işlem yapılması gereken Avukatlar hakkında Adalet Bakanlığınca verilen karara karşı yakıncının yaptığı itirazın incelenmeksizin reddine ve belgelerin adı geçene iadesine karar verildi”. (**Dan. 2. D, 11.02.2004, E. 2004/72, K. 2004/119**, www.kazanci.com.tr. 10 Ekim 2013); “Serbest bir meslek olan avukatlığın Devletin ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerden olmadığı dolayısıyla, avukatlar 4483 sayılı Kanun kapsamındaki memurlar veya diğer kamu görevlilerinden sayılamayacağından, 1136 sayılı Avukatlık Kanununda öngörülen soruşturma usulüne tabi olmaları nedeniyle haklarında bu Kanuna göre verilen soruşturma iznine yapılan itirazların 4483 sayılı Kanun kapsamında incelenmesi olanağı bulunmamaktadır”. (**Dan. 1. D, 14.12.2006, E. 2006/1121, K. 2006/1256**, www.kazanci.com.tr. 10 Ekim 2013).

⁶⁷⁴ “Adalet Bakanlığınca kovuşturma yapılmasına izin verilmesiyle ilgili karar kendisine gelen C. Başsavcılığı beş gün içinde iddianame düzenleyerek dosyayı son soruşturmanın açılmasına ya da açılmamasına dair karar verilmek üzere ağır ceza mahkemesine verir. Burada Cumhuriyet Savcısının herhangi bir takdir yetkisi yoktur. Evrak kendisine geldiğinde, son soruşturmanın açılması yönünde iddianame düzenleyerek yetkili Ağır Ceza Mahkemesi başkanlığına göndermek zorundadır. C. Savcısının bu aşamada delil toplama ve soruşturmayı genişletme yetkisi bulunmamaktadır. Soruşturma evrakı içeriğine göre bir kısım delillerin toplanması gerekirse, evrak kendisine gelen ağır ceza mahkemesi bu delilleri toplayacaktır”. (**Yarg. 4. CD, E. 2006/6755, K. 2006/17304**, www.kazanci.com.tr, 1 Ekim 2013).

⁶⁷⁵ **Yarg. 4. CD, E. 2006/6755, K. 2006/17304**, (www.kazanci.com.tr, 1 Ekim 2013); **Gökcan**, Açıklamalı Avukatlık Yasası, s. 71.

ları yaptıktan sonra, şüpheli müdafî hakkında kovuşturmanın açılıp açılmayacağına karar vermek zorundadır. Ağır ceza mahkemesinin, kovuşturmaya yer olmadığına karar vermesi halinde, müdafî hakkında kovuşturma yapılamayacaktır. Fakat bu karara karşı, şüpheli müdafî veya savcının itiraz hakkı bulunmaktadır. İtiraz, kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararı veren ağır ceza mahkemesine en yakın yer ağır ceza mahkemesine (suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesine itiraz yapılamaz) yedi günlük itiraz süresi içinde yapılabilir (Av. K. m. 60; CMK m. 268). Mahkemenin, müdafî hakkında kovuşturma açılmasına karar vermesi halinde⁶⁷⁶ ise, kovuşturmanın yapılması amacıyla dosya, suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesine gönderilir. Kovuşturmayı yapmakla görevli suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesinin, müdafî akında kovuşturma açıldığını sanık müdafîin bağlı olduğu baro başkanlığına bildirmesi gerekir. Bu aşamadan sonraki kovuşturma aşaması işlemleri ile duruşmalar, genel hükümlere göre yürütülür⁶⁷⁷.

Ancak ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren her hangi bir suçtan (görev suçu veya kişisel suçlar) dolayı suçüstü yakalanan müdafî hakkında soruşturma, bizzat cumhuriyet savcısı tarafından genel hükümlere göre yapılacaktır (Av. K. m. 61). Dolayısıyla ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren her hangi bir suçtan dolayı suçüstü yakalanan müdafî hakkında, özel yargılanma usulü uygulanmamaktadır⁶⁷⁸.

Avukatlık Kanunu'nun Ek 1'inci maddesindeki “*kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli olarak avukatlık görevinde çalışanların, görevlerinin gereği olan işleri yaparken baro levhasına kayıtlı avukatların yetkileriyle haklarına sahip ve onların ödevleriyle yükümlüdürler*” (Av. K. m. Ek 1) şeklindeki hükmü gereği, Avukatlık Kanunu'nun 59, 60, ve 61'inci maddelerinde bulunan ve avukatların görev suçlarından dolayı yargılanmasını özel sınırlandırmalara ve usule bağlayan düzenlemenin, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri bünyesinde görev yapan avukatlara da aynen uygulanacağı kanaatindeyiz. Fakat Danıştay verdiği bir karar, “*sanık kendisinin üniversitede avukat*

⁶⁷⁶ “1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 592'nci maddesi gereği yetkili ve görevli ağır ceza mahkemesi tarafından verilmesi söz konusu olan son soruşturmanın açılması kararı, 5271 sayılı CMK'nın 170'inci maddesinde belirtilen, ‘kamu davasını açan iddianame niteliğindedir’”. (Yarg. 4. CD, 25.01.2008, 3638/10271, Gökcan, Açıklamalı Avukatlık Yasası, s. 77),

⁶⁷⁷ Mahmutoglu-Talas, s. 36.

⁶⁷⁸ Güner, Avukatlık Hukuku, s.514; Gökcan, Açıklamalı Avukatlık Yasası, s. 49-50.

olarak çalıştığını dolayısıyla ceza soruşturmasının 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 59'uncu maddesine göre yapılması gerektiğini iddia etmekte ise de, 1136 sayılı Kanun'un 59, 60 ve 61'inci maddelerindeki hükümler, özel çalışan avukatlara ilişkin olduğuna ve kamuda görevli avukatları kapsamayacağına” karar vermiştir⁶⁷⁹.

III. MÜDAFİİN GÖREVİNİN SONA ERMESİ

A) Genel Olarak

Müdafilik ilişkisi, müdafî ile şüpheli/sanık arasında ya da müdafî ile şüpheli/sanığın kanuni temsilcisi arasında yapılacak bir avukatlık sözleşmesiyle (vekâletname) veyahut da müdafîin, yetkili mercilerin talebi üzerine baro tarafından görevlendirilmesi ile kurulur. Müdafî, şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını üstlenen avukat olduğundan, kural olarak müdafilik ilişkisi de en fazla şüpheli veya sanık sıfatlarının devamı süresince devam eden bir ilişkidir. Diğer bir ifadeyle müdafilik ilişkisi, sürekli bir ilişki olmayıp, kural olarak en fazla başlamış olan ceza muhakemesi süresi ile sınırlı bir ilişkidir. Fakat başlamış olan ceza muhakemesi süreci sona erme dahi, belirli sebeplerin varlığı müdafilik ilişkisinin sona ermesi sonucunu doğurabilmektedir.

Buna göre müdafîin ölmesi, müdafîin azledilmesi, müdafîin istifa etmesi, başka bir müdafîin seçilmesi, müdafîin avukat olma yeterliliğini kaybetmesi, müdafîin görevden yasaklanması, müdafîin görevden alınması ve soruşturmanın bitmesi veya hükmün kesinleşmesi halinde müdafilik ilişkisi ve dolayısıyla müdafîin yetki ve görevleri de sona erecektir.

B) Müdafilik Görevinin Sona Ermesinin Sebepleri ve Sonuçları

1. Müdafîin Ölmesi veya Müdafî Olma Koşullarını Kaybetmesi

Müdafîin ölmesi halinde, müdafilik ilişkisi ve görevi de doğal olarak kendiliğinden sona erecektir⁶⁸⁰. Eğer müdafî ölmeden önce müdafilik görevini sürdürmesi için başka bir

⁶⁷⁹ Dan. 2. D, 07.05.2002, E. 2002/316, K. 20027/2734 (www.kazanci.com.tr, 10 Ekim 2013).

⁶⁸⁰ Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m. 7/1-c.

avukata yetki vermişse, müdafinin ölmesiyle birlikte müdafilik ilişkisi sona ereceğinden, yetki verilen avukatın da yetkisi sona erecektir.

Türk hukukuna göre, müdafî olmak için avukat olmak ve ayrıca avukatlık ve/veya müdafilik yapmaktan yasaklı olmamak gerekir. Bu nedenle müdafinin, müdafilik görevini ifa ederken avukat olma koşullarını⁶⁸¹ kaybetmesi ya da avukatlık⁶⁸² veya müdafilik yasaklarından⁶⁸³ en az birinin ortaya çıkması halinde müdafilik görevi kendiliğinden sona erecektir⁶⁸⁴.

Seçilmiş veya görevlendirilmiş bir müdafinin ölmesi, müdafilik şartlarını geçici veya sürekli bir şekilde kaybetmesi veya görevini yapamaz hale gelmesi durumunda, bu müdafinin yürütmekte olduğu müdafilik görevini yapmak üzere, baro başkanı tarafından ilgililerin yazılı talebi (mirasçılar, kanuni temsilci, şüpheli, sanık, soruşturma veya kovuşturma mercileri) üzerine veya şüpheli veya sanığın yazılı izni alınarak re'sen başka bir müdafî görevlendirilir ve bu durum soruşturma ve kovuşturma mercileri ile diğer gerekli yerlere bildirilir. Bu durumda dosyalar yeni müdafî devredilene kadar kanuni süreler en fazla üç ay işlemez (durur). Baro başkanı tarafından görevlendirilen yeni müdafî, baro yönetim kurulu tarafından kabul edilecek haklı bir mazeret olmadan görevi kabul etmekten kaçınamaz. Ayrıca baro başkanı tarafından görevlendirilen yeni müdafinin ücreti, müdafilik görevi sona eren veya müdafilik görevini yapamaz hale gelen müdafî tarafından ödenir. Anlaşmazlık halinde ücretin miktarı baro yönetim kurulu tarafından belirtilir (Av. K. m.42).

Fakat zorunlu veya ihtiyari müdafilik kapsamında baro tarafından görevlendirilmiş müdafinin ölmesi, müdafilik şartlarını geçici veya sürekli bir şekilde kaybetmesi veya görevini yapamaz hale gelmesi durumunda yeni bir müdafî görevlendirilmesi için Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından durumun derhal ilgili baro başkanlığına bildirilmesi zorun-

⁶⁸¹ Avukat olmanın şartları şunlardır; TC vatandaşı olmak, hukuk fakültesi mezunu olmak, avukatlık stajını yapmış olmak, baro bölgesinde ikametgâhı olmak ve avukat olmaya engel bir nedenin olmaması. Avukat olmaya engel nedenler, belirli suçlardan mahkûm olmak, kesinleşmiş bir disiplin kararının olması, avukatlık mesleğiyle bağdaşmayan işlerle uğraşmak, kısıtlanmış olmak, hakkında verilmiş bir iflas kararı olmak ve hakkında aciz kararı verilmiş olmasıdır.

⁶⁸² Avukatlık yapma yasakları şunlardır; bazı görevlerden ayrılmış olmak, hakkında işten çıkarma cezası verilmiş olmak, hakkında işten yasaklanma kararı verilmiş olmak ve belli meslek veya görevleri icra etmektir.

⁶⁸³ Müdafilik yapma yasakları şunlardır; avukatın aynı soruşturmada şüpheli olması ya da aynı kovuşturmada sanık olması, avukatın aynı soruşturma veya kovuşturmasa tanık olması, avukatın aynı soruşturma ya da kovuşturmada başka bir sıfatla görev almış olması, menfaatleri zıt kişilerin aynı soruşturma veya kovuşturmada müdafiliğini üstlenmiş olmak ve mahkeme kararıyla müdafilik görevinden yasaklanmış olmasıdır.

⁶⁸⁴ **Centel**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, s.107.

ludur⁶⁸⁵. Bu durumda mahkeme, yeni müdafî görevlendirilene kadar duruşmaya ara vermek veya duruşmanın ertelenmesine karar vermek zorundadır (CMK m.151). Kanaatimizce, ayrıca yeni müdafî göreve başlayana kadar şüphelinin ifadesi alınamaz ve sorgusu yapılamaz. Müdafî olarak görevlendirilen avukatın mesleği bırakması ya da kanunî engellerle davadan çekilmek zorunda kalması hâlinde hem baro tarafından yeniden görevlendirilen müdafîe hem de görevi sona eren müdafîe tarifede yazılı ücret ödenir⁶⁸⁶.

Müdafî olmanın koşulları (avukat olma şartları, avukatlık ve müdafilik yasakları) konusu çalışmamızın ikinci bölümünde detaylı bir şekilde yer alındığından tekrar düşmemek adına burada aynı konuda detaya inmemeyi tercih ediyoruz.

2. Müdafîin İstifa Etmesi

Müdafîin istifa etmesi de müdafilik görevini sona erdiren bir sebeptir. Fakat seçilmiş müdafî ile görevlendirilmiş müdafîin, istifa etme hakkı ve istifanın doğurduğu sonuçlar bakımından birbirinden farklıdır. Bu nedenle müdafîin istifa etmesini, seçilmiş müdafî ve görevlendirilmiş müdafî için ayrı ayrı inceleyeceğiz.

a) Seçilmiş Müdafîin İstifa Etmesi ve Sonuçları

Ceza muhakemesinde kural olarak müdafî, üstlenmiş olduğu müdafilik görevini yazılı sözleşme olmasa bile sonuna kadar takip etmek zorundadır (Av. K. m. 171/1). Ancak şüpheli veya sanık veyahut da şüpheli veya sanığın kanuni temsilcisi tarafından seçilen ihtiyari veya zorunlu müdafî, müdafilik görevinden istediği zaman ve her hangi bir sebeple bağlı olmadan istifa etme (çekilme) yetkisine sahiptir⁶⁸⁷ (Av. K. m. 41). Seçilmiş müdafîin, müdafilikten istifa etme hakkını kullanması şüpheli, sanık, kanuni temsilci veya başka bir merciin iznine ya da icazetine bağlı değildir. Fakat müdafilik görevinden istifa eden müdafîin, görevinden istifa ettiğini şüpheli, sanık veya kanuni temsilciye tebligatla bildirmesi zorunludur. Ayrıca müdafîin istifası, istifa tarihinde değil, istifa kararının ilgiliye tebliğ edildiği tarihten

⁶⁸⁵ Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m. 6/4,5,6.

⁶⁸⁶ Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m. 10/6.

⁶⁸⁷ **Mahmutoğlu-Dursun**, s. 148; **Kocaoğlu**, Müdafî, s. 165.

itibaren 15 gün sonra hüküm doğurmaya başlar (Av. K. m. 41). Diğer bir ifadeyle, istifa eden müdafinin görevi, istifa kararının ilgililere tebliğ edildiği tarihten itibaren 15 güne kadar devam eder⁶⁸⁸. Tebliğden itibaren 15 günün dolmasıyla birlikte istifa eden müdafinin görevi sona ereceğinden, müdafinin bu tarih itibarıyla her hangi bir yetki veya görevi (sorumluluğu) bulunmamaktadır. Ancak seçilmiş müdafinin, istifa ettiğini ilgililere tebliğ etmeden ve tebliğden itibaren 15 gün dolmadan, müdafilik görevini yapmaması savunma görevinin ihlalini oluşturacaktır⁶⁸⁹.

Seçilmiş müdafinin istifa etmesi halinde, ücret alıp alamayacağı ve ücret alacaksa alacağı ücret miktarının tespiti istifanın sebebine bağlı olarak belirlenmektedir. Buna göre seçilmiş müdafinin, haklı bir sebep olmadığı halde istifa ederse, hiçbir ücret talep edemeyeceği gibi peşin aldığı ücretler ile peşin alıp da harcamadığı masrafları da iade etmek zorundadır (Av. K. m. 174/1). Fakat müdafinin, haklı bir sebeple istifa etmesi halinde ücret alıp alamayacağı ve ücret alacaksa ne kadar ücret alacağı konusunda ne CMK’da ne de Avukatlık Kanunu’nda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Avukatlık Kanunu’ndaki “*müdafinin, haklı bir sebep olmadığı halde istifa ederse, hiçbir ücret talep edemeyeceği gibi peşin aldığı ücretleri de iade etmek zorundadır*” şeklindeki hükmün zıt anlamından, müdafinin haklı bir sebeple istifa etmesi halinde ücrete hak kazanacağı anlamı çıkarılabilir⁶⁹⁰. Bu bağlamda müdafinin istifasının gerekçesini oluşturan haklı nedenleri, müdafinin şahsından kaynaklanan sebepler (mesleği bırakma, hastalık gibi), mevzuattan kaynaklanan sebepler (davanın uzak bir yere nakli, yetkisizlik gibi) ve şüpheli, sanık veya kanuni temsilciden kaynaklanan sebepler olarak ayırmak gereklidir. Eğer müdafinin istifasının sebebi, şahsından veya mevzuattan kaynaklanan bir sebepse, kanaatimizce müdafinin, sadece istifanın hüküm doğurduğu tarihe kadar yaptığı hizmetlerin karşılığı kadar ücret talep edebilir. Ancak eğer müdafinin istifa sebebi, şüpheli, sanık veya kanuni temsilciden

⁶⁸⁸ Kocaoğlu, Müdafinin, s. 165.

⁶⁸⁹ Yarg. 4. CD, 26.06.2006, E. 2005/7465, K. 2006/12992 (www.kazanci.com.tr. 20 Şubat 2013); “1136 Sayılı Avukatlık Kanunu’nun 41. maddesi gereğince belli bir işi takipten veya savunmadan isteğiyle çekilen avukatın o işe ait vekalet görevi, durumu müvekkiline tebliğinden itibaren onbeş gün süreyle devam eder. İş bıraktığını temyiz süresi geçtikten sonra bildiren avukat kararın tebliğini beklemeksizin işi bıraktığı aşamada müvekkiline ve mahkemeye durumu bildirmemiş olmakla süreye tabi işlerde işi yapma ya da bildirim yükümlülüğünden kurtulamaz”. (YHGK, 01.02.2012, E. 2012/19-60, K. 2012/45, www.kazanci.com.tr. 20 Şubat 2013).

⁶⁹⁰ “Takip ettiği davaya muvafakatı olmadan başka bir avukatın seçildiğini öğrenen avukatın, bu nedenle istifa etmiş olması haklı istifa olarak kabul edilmelidir. Bu nedenle, haklı istifa eden avukat ücrete hak kazanacaktır”. (Yarg. 13. HD, 28.05.2009, E. 2008/14663, K. 2009/7339, www.kazanci.com.tr. 10 Haziran 2013).

kaynaklanan bir sebepten (peşin ödenmesi gereken ücret veya masrafların zamanında ödenmemesi, sonradan ortaya çıkan masrafların ödenmemesi, ilk seçilen müdafinin rıvası olmadan başka bir müdafinin seçilmesi gibi)⁶⁹¹, kanaatimizce bu durumda müdafinin işi sonuna kadar yapmış gibi ücrete tam olarak hak kazanacaktır. Fakat istifa eden müdafinin, haklı sebeplerin varlığını bizzat ispat etme yükümlülüğü altındadır⁶⁹².

b) Görevlendirilmiş Müdafinin İstifa Etmesi ve Sonuçları

Ceza muhakemesinde kural olarak görevlendirilmiş zorunlu veya ihtiyari müdafinin, soruşturma aşamasında görevlendirilmiş ise, soruşturmanın sonuna kadar; kovuşturma aşamasında görevlendirilmiş ise, kovuşturmanın sonuna kadar görev yapmak zorundadır. Görevlendirilmiş müdafinin de istifa etme hakkı bulunmakla birlikte, bu hakkın kullanılması sınırsız olmayıp bir takım koşulların bulunmasına bağlanmıştır. Görevlendirilmiş müdafinin istifası, iki koşula bağlanmıştır (Av. K. m. 41). Bu koşullardan ilki, görevlendirilmiş zorunlu veya ihtiyari müdafinin, müdafilik görevinden istifa edebilmesi için istifayı gerektirecek kaçınılmaz bir sebep veya haklı bir mazeretin bulunmasıdır. Dolayısıyla görevlendirilmiş müdafinin, ancak haklı veya kaçınılmaz bir sebebin bulunması halinde istifa etme hakkına sahiptir. İkincisi, görevlendirilmiş müdafinin istifa gerekçesinin haklı veya zorunlu bir sebep olduğunun görevlendirmeyi yapan baronun yetkili organları (baro başkanı veya baro adli yardım bürosu) tarafından kabul edilmesidir⁶⁹³ (Av. K. m. 41). Bu nedenle görevlendirilen müdafinin gerekçeli istifa kararını, kendisini görevlendiren baronun ilgili organlarının kabulüne sunması gerekir. Baro tarafından müdafinin istifasına ilişkin bir karar verilene kadar müdafilik görevi devam edecektir. Görevlendirilen müdafinin istifa sebeplerinin baro tarafından kabul edilmemesi halinde,

⁶⁹¹ “Avukata tevdi edilen işin yapılması veya yapıldıktan sonra sonucunun alınması için gerekli bütün vergi, resim, harç ve giderler iş sahibinin sorumluluğu altında olup, avukat tarafından ilk istekte avukata veya gerektiği yere ödenir. Bu harcamaların avukat tarafından yapılabilmesi için, yeteri kadar avansın iş sahibi tarafından verilmiş olması gerekir. Avukatın iş için yapacağı yolculuk masrafları ve bulunduğu yerden ayrılma tazminatı, anlaşma gereğince iş sahibi tarafından ayrıca ödenir. Bu giderler peşin olarak ödenmedikçe avukat, yolculuğa zorlanamaz. Bu hükmün aksine sözleşme yapılabilir” (Av. K. m. 173/2). “Anlaşmaya göre avukata peşin verilmesi gereken ücret ödenmezse, avukat işe başlamakla zorunlu değildir. Bu sebeple doğabilecek her türlü sorumluluk iş sahibinindir. Yazılı sözleşmedeki diğer ödeme şartlarının yerine getirilmemesinden dolayı avukat işi takip etmek ve sonucunu elde etmekten mahrum kalırsa sorumluluk bakımından aynı hüküm uygulanır” (Av. K. m. 174/3).

⁶⁹² “Avukat, istifasında haksız olması halinde ücrete hak kazanamaz. İspat yükü avukata aittir. Avukat, vekâletten haklı olarak istifa ettiğini yasal delillerle kanıtlamalıdır”. (Yarg. 13. HD, 09.03.2010, E. 2009/9343, K. 2010/2815, www.kazanci.com.tr. 10 Haziran 2013).

⁶⁹³ Mahmutoglu-Dursun, s. 148.

müdafinin istifası geçersiz olacaktır. Ancak baronun yetkili organının, müdafinin istifa sebebinin haklı olduğuna karar vermesi halinde, hem istifayı kabul etmesi hem de yeni bir müdafii görevlendirmesi gerekir⁶⁹⁴. Yeni müdafii görevlendirilene kadar soruşturma ve kovuşturma aşamalarında zorunlu işlemler dışında şüphelinin veya sanığın aleyhine herhangi bir işlem yapılamaz⁶⁹⁵.

Görevlendirilmiş müdafinin istifasının baro tarafından kabul edilmesi halinde, istifa eden müdafii ile yeni görevlendirilen müdafie tek bir ücret ödenir. Fakat ödenecek ücret, müdafiler arasında soruşturmaya veya kovuşturmaya katkıları oranında paylaştırılır⁶⁹⁶.

3. Müdafinin Azledilmesi

Müdafinin istifa etme hakkına karşılık, şüpheli, sanık veya bu kişilerin kanuni temsilcilerinin de müdafii azletme (görevine son verme) yetkisi bulunmaktadır⁶⁹⁷ (Av. K. m. 174/2). Fakat müdafinin azledilmesi konusunda, seçilmiş müdafii ile görevlendirilmiş müdafii arasında önemli farklar bulunmaktadır.

a) Seçilmiş Müdafinin Azledilmesi

Seçilmiş müdafii ile şüpheli veya sanık arasında müdafilik ilişkisi bir özel hukuk sözleşmesi olan avukatlık sözleşmesiyle kurulduğundan ve ceza muhakemesinde müdafii ile savunulma kural olarak zorunlu olmadığından, seçilmiş müdafii, herhangi bir sebebe bağlı ol-

⁶⁹⁴ **Kocaoğlu**, Müdafii, s. 166; AİHM'e göre, "sadece adli yardım amacıyla müdafii atanmış olması, Sözleşme'nin 6(3)(c) bendinin gereklerinin tam olarak yerine getirildiği anlamına gelmez. Mahkeme'ye göre Sözleşme, hakları teorik veya hayali olarak değil ve fakat pratik ve etkili bir biçimde güvence altına almayı amaçlamıştır ... Sadece müdafii atama, yardımı etkili kılmaz; çünkü adli yardım amacıyla atanmış müdafii ölebilir, ağır hastalanabilir, bu süre içinde görev yapması engellenebilir veya kendisi görevden kaçınabilir. Kamu makamlarına haber verilmesi halinde bu makamlar ya müdafii değiştirmeli veya görevini yerine getirmeye zorlamalıdır". (**Kamasinski/Avusturya Kararı**, 19.12.1989, www.ihami.anadolu.edu.tr. 20 Mart 2013).

⁶⁹⁵ "Sanık için görevlendirilen müdafinin, 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, müdafinin yokluğunda mahkûmiyet hükmü kurulması ile sanığın savunma hakkı kısıtlanmış ve adil yargılanma hakkı zedelenmiş olup bu durum mutlak bozma nedeni sayılmalıdır". (**YCGK**, 11.10.2011, E. 2011/10-82, K. 2011/204, **Kararın karşı oy gerekçesi**, Arslan, s.225-226).

⁶⁹⁶ Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafii ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m. 10/2.

⁶⁹⁷ **Centel**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii, s. 106.

maksızın yargılamanın her aşamasında tek taraflı bir irade beyanıyla azledilebilir⁶⁹⁸. Ancak şüpheli veya sanık tarafından seçilen müdafii, şüpheli veya sanık azletme yetkisine sahipken; şüpheli veya sanığın kanuni temsilcisi tarafından seçilen müdafii, kural olarak sadece kanuni temsilci azledilebilir⁶⁹⁹. Fakat kanuni temsilci velayet veya vesayet altındaki şüpheli veya sanığa müdafii seçtikten sonra, şüpheli veya sanığın fiil ehliyetinin şartlarına sahip olması nedeniyle velayet veya vesayet ilişkisinin sona ermesi halinde, bu tarih itibarıyla fiil ehliyetini elde etmiş şüpheli veya sanık da daha önce kanuni temsilcisinin kendisine seçtiği müdafii azledilebilir⁷⁰⁰.

Müdafii, şüpheli, sanık veya bu kişilerin kanuni temsilcisi tarafından azledilmesi halinde, kural olarak müdafie ücretinin tamamının ödenmesi gerekir⁷⁰¹. Fakat şüpheli, sanık veya bu kişilerin kanuni temsilcisinin müdafii, müdafii kusurundan veya ihmalden dolayı (haklı nedenle) azletmesi halinde, müdafie hiçbir ücret ödenmez⁷⁰² (Av. K. m. 174/2). Bu hükümle kanun koyucu, bir yandan müdafii, görevini elinden geldiğince doğruluk ve özen içerisinde tam yapmaya zorlamak; diğer yandan da şüpheli, sanık veya kanuni temsilcilerin kötüniyetli bir şekilde müdafii azletmesinin önüne geçmek istemiştir.

b) Görevlendirilmiş Müdafii Azledilmesi

Ceza muhakemesi hukukunda, soruşturma ve kovuşturma makamlarının talebi üzerine CMK'nın 150'nci maddesi kapsamında baro tarafından görevlendirilen ihtiyari veya zo-

⁶⁹⁸ Kocaoğlu, Müdafii, s.163.

⁶⁹⁹ "Sanık, kanuni temsilcinin seçtiği müdafii azledemez, (sıfatlı kalmaması hali ayrık olmak üzere)". (YCGK, 09.12.1974, E. 1974/8-272, K. 1974/447, www.kazanci.com.tr. 20 Şubat 2013).

⁷⁰⁰ Kocaoğlu, Müdafii, s.163.

⁷⁰¹ "Avukatların masraflarının müvekkilden karşılanacağı, avukatın masraf istemesinin tabi olduğu ve masraf istediğinden ötürü azlin haklı sayılamayacağı, istediği masrafların ödendiğine ilişkin makbuz ve belge sunulmadığı, bu konudaki soyut tanık beyanlarına itibar olunamayacağı anlaşıldığından azilnamenin haksız olduğu sonucuna varılmıştır. Davacı avukat lehine, bilirkişi raporunda belirlenen asıl alacak üzerinden itirazın iptaline karar verilmesi hukuka uygundur". (Yarg. 13. HD, 16.10.2008, E. 2008/5679, K. 2008/11903, www.kazanci.com.tr. 10 Haziran 2013).

⁷⁰² "Davacı avukat, haksız olarak azledildiğini ileri sürerek vekâlet ücreti talebinde bulunmuştur. Vekalet ilişkisi, karşılıklı güvene dayalı bir ilişkidir. Vekil, üstlendiği görevi doğruluk ve özenle yerine getirmelidir. Somut olayda davacı avukat, davalı müvekkilini yanlış yönlendirmek ve yanıltmak suretiyle müvekkili aleyhine sonuçlanan gereksiz davalar açmış, avukatlık görevi ile bağdaşmayacak vaatlerde bulunmuş, henüz ıslah veya ek dava aşamasına gelmemiş dosyalar için davalıya ihtarname göndererek verilen süre içinde harç ve masrafların ikmal edilmesini, aksi halde açılmış ve açılacak davalar yönünden vekalet ücretlerinin tahsili için dava açılacağını bildirmiştir. Davacı avukat, söz konusu davranışları nedeniyle müvekkilinin güvenini sarsmıştır. Bu durum karşısında, davalının haklı nedenle davacı avukatı azlettiğinin kabulü gerekir. Haklı nedenle azledilen avukat ücret talep edemez". (YHGK, 25.11.2009, E. 2009/13-482, K. 2009/556, www.kazanci.com.tr. 10 Haziran 2013).

runlu müdafii, şüpheli, sanık veya bu kişilerin kanuni temsilcisi tarafından azledilmesi mümkün değildir⁷⁰³. Diğer bir ifadeyle şüpheli, sanık veya bu kişilerin kanuni temsilcilerinin, soruşturma ve kovuşturma makamlarının talebi üzerine baro tarafından görevlendirilen ihtiyari veya zorunlu müdafii, kabul etmeme veya azletme yetkisi bulunmamaktadır. Yönetmelikte açıkça soruşturma ve kovuşturma makamlarının talebi üzerine baro tarafından görevlendirilen müdafiden bahsedildiği için, kanaatimizce hem CMK'nın 150'nci maddesinin birinci fıkrası kapsamında görevlendirilen ihtiyari müdafii hem de CMK'nın 150'nci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrası kapsamında görevlendirilen zorunlu müdafii, şüpheli, sanık veya bunların kanuni temsilcisi tarafından azledilemez⁷⁰⁴. Ancak zorunlu müdafilik gerektiren hallerde zorunlu müdafii görevlendirildikten sonra, zorunlu müdafiliği gerektiren halin ortadan kalması halinde (şüpheli veya sanığın 18 yaşını bitirmesi, akıl sağlığına kavuşması, iddia edilen suçun türünün veya ceza miktarının değişmesi gibi) görevlendirilmiş müdafii görevinin sona erip ermeyeceği belirsizdir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 1999 yılında verdiği bir kararda, *“baro tarafından görevlendirilen zorunlu müdafii, sanığın 18 yaşını bitirmesi ve açıkça müdafii istemediğini beyan etmesi nedeniyle görevinin sona erdiğine hükmetmiştir”*⁷⁰⁵. Ancak Yargıtay 4. Ceza Dairesi ise 2010 yılında verdiği bir kararda, *“suç tarihinde 18 yaşından küçük olan sanığa, yaşı nedeniyle zorunlu müdafii atandığı halde, savunmasının alındığı tarihte 18 yaşını tamamlamış olduğundan ve kendi savunmasını kendisinin yapmak istediğinden bahisle, görevlendirilen zorunlu müdafii görevine son verilerek müdafii olmaksızın sanığın savunmasının alınmasının, savunma hakkının kısıtlanmasını oluşturduğuna hükmetmiştir”*⁷⁰⁶.

Kanaatimizce, zorunlu müdafilik gerektiren hallerde zorunlu müdafii görevlendirildikten sonra, zorunlu müdafiliği gerektiren halin ortadan kalkması halinde (şüpheli veya sanığın 18 yaşını bitirmesi, akıl sağlığına kavuşması, iddia edilen suçun türünün veya ceza mikta-

⁷⁰³ **Roxin-Schünemann**, s.123; Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafii ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m. 7/2.

⁷⁰⁴ “Şüpheli veya sanıktan kendisine bir müdafii seçmesi istenir. Müdafii seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, görevlendirilecek müdafie yapılacak ödemelerin yargılama giderlerinden sayılacağı ve mahkûmiyeti hâlinde kendisinden tahsil edileceği hususu hatırlatılarak talep ettiği takdirde (soruşturma ve kovuşturma makamlarınca) **barodan bir müdafii görevlendirmesi istenir**. Şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malûl veya sağır ve dilsiz ise ya da hakkında alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı soruşturma ya da kovuşturma yapılıyorsa istemi aranmaksızın **barodan bir müdafii görevlendirmesi istenir**” (Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafii ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m. 5/1-2).

⁷⁰⁵ **YCGK, 14.12.1999, 5/300-312 (Yaşar, s. 1746)**.

⁷⁰⁶ **Yarg. 4. CD, 05.07.2010, 16767/13017, (Yaşar, s. 1755)**.

rının değişmesi gibi) ve bu durumda şüpheli veya sanığın açıkça müdafinin yardımından yararlanmak istemediğini beyan etmesi halinde, zorunlu müdafinin görevi sona erecektir. Fakat bu durumda şüpheli veya sanığın müdafinin yardımından yararlanmak istemediğini beyan etmemesi halinde, zorunlu müdafinin görevi kendiliğinden sona ermeyecek olup, görevlendirilen zorunlu müdafî, CMK'nın 150'nci maddesinin birinci fıkrası kapsamında görevlendirilmiş ihtiyari müdafie dönüşeceğinin kabul edilmesi savunma hakkının amacına daha uygun olacaktır.

Fakat görevlendirilmiş müdafinin, görevini gereği gibi yapmaması veya başka haklı sebeplerin varlığı halinde, şüpheli veya sanık veyahut da bu kişilerin kanuni temsilcisi soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısından ve kovuşturma aşamasında hâkim veya mahkemeden müdafinin görevden alınmasını ve başka bir müdafî görevlendirilmesini talep edebilme hakkına sahiptir. Bu talebin kabul edilip edilmemesi ilgili merciin takdirine bağlıdır⁷⁰⁷. Ayrıca CMK'nın 150'nci maddesine göre görevlendirilen (ihtiyari ve zorunlu) müdafî, duruşmada hazır bulunmaz veya vakitsiz olarak duruşmadan çekilir veya görevini yerine getirmekten kaçınırsa, Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme derhâl başka bir müdafî görevlendirilmesi için re'sen gerekli işlemleri yapmak zorundadır⁷⁰⁸ (CMK m. 151/1). Görevlendirilen müdafinin istifa etmesi veya yetkili mercilerce azledilmesi nedeniyle yeni müdafî atanması halinde, soruşturma veya kovuşturma işlemlerinin tekrarlanmasına gerek yoktur. Bu durumda soruşturma ve kovuşturma işlemleri kaldığı yerden devam eder. Çünkü esas olan burada aynı müdafinin olması değil, önemli olan bir müdafinin bulunmasıdır. Ancak yeni atanan ya da seçilen müdafî, savunma yapabilmesi için belirli bir zaman isteme hakkına sahiptir. Zor durumlarda, kapsamlı ve ağır davalarda müdafinin duruşmanın durdurulmasını ya da duruşmaya ara verilmesini talep etme hakkı bulunmaktadır⁷⁰⁹ (CMK m. 151).

⁷⁰⁷ Kocaoğlu, Müdafî, s.164 (582. Dipnot).

⁷⁰⁸ AİHM'e göre, "sadece adli yardım amacıyla müdafî atanmış olması, Sözleşme'nin 6(3)(c) bendinin gereklerinin tam olarak yerine getirildiği anlamına gelmez. Mahkeme'ye göre Sözleşme, hakları teorik veya hayali olarak değil ve fakat pratik ve etkili bir biçimde güvence altına almayı amaçlamıştır. Sadece müdafî atama, yardımı etkili kılmaz; çünkü adli yardım amacıyla atanmış müdafî ölebilir, ağır hastalanabilir, bu süre içinde görev yapması engellenebilir veya kendisi görevden kaçınabilir. Kamu makamlarına haber verilmesi halinde bu makamlar ya müdafîi değiştirmeli veya görevini yerine getirmeye zorlamalıdır". (Kamasinski/Avusturya Kararı 19.12.1989, www.ihami.anadolu.edu.tr. 20 Şubat 2013).

⁷⁰⁹ Roxin-Schünemann, s.120.

4. Başka Bir Müdafî Seçilmesi

Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre kural olarak şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında seçilmiş bir veya birden fazla müdafîin yardımından yararlanabilir (CMK m. 149/1). Şüpheli, sanık veya kanuni temsilci tarafından seçilmiş olan birden fazla müdafî, ayrı ayrı görev yapabilecekleri gibi aralarında iş bölümü yaparak birlikte de görev yapabilirler⁷¹⁰. Fakat şüpheli, sanık veya kanuni temsilci tarafından bir müdafî seçildikten sonra başka müdafî veya müdafilerin seçilmesi, ilk seçilen müdafîin muvafakatine bağlıdır. Bu nedenle şüpheli, sanık veya kanuni temsilcinin, başka müdafî veya müdafiler seçmek istediğini yazılı olarak ilk seçilen müdafîe bildirmesi ve muvafakat etmesi için en az bir haftalık süre tanınması gerekir (Av. K. m. 172/1, 2). İlk seçilen müdafîin, başka müdafilerin seçilmesine açıkça muvafakat etmesi, verilen süre içerisinde hiç cevap vermemiş olması (zımni muvafakat anlamına gelir) veya başka bir müdafî seçildiğinin öğrenilmesinden itibaren makul bir sürede itiraz etmemesi halinde, aynı anda birden fazla müdafî seçilebilir (Av. K. m. 172/2). Bu halde ilk seçilen müdafîin ücretinde her hangi bir kısıntı yapılamaz. Ayrıca bu durumda tüm müdafîiler, müdafilik görevinin yürütülmesinden kaynaklanan zararlardan dolayı müteselsil olarak ve müştereken sorumludur (Av. K. m. 172/4; 171/3). Ancak ilk seçilen müdafîin, başka müdafî veya müdafilerin seçilmesine açıkça muvafakat vermemesi halinde, ilk seçilen müdafîin görevi kendiliğinden sona erer. Bu durumda şüpheli, sanık veya kanuni temsilci, ilk seçilen ve görevi sona eren müdafîin ücretinin tamamını ödemek zorundadır⁷¹¹ (Av. K. m. 172/3). Sonuç olarak ceza muhakemesinde, ilk seçilen müdafîin yazılı veya zımni muvafakati ile birden fazla müdafîin seçilmesi mümkündür. Fakat ilk seçilen müdafî, muvafakat etmese dahi yine de birden fazla müdafî seçilebilir. İlk seçilen müdafîin muvafakat etmemesi, başka müdafilerin seçilmesine engel oluşturmaz fakat sadece ilk seçilen müdafîin görevinin kendiliğinden sona ermesi sonucunu doğurur.

⁷¹⁰ Kocaoğlu, Müdafî, s.152.

⁷¹¹ “Takip ettiği davaya muvafakati olmadan başka bir avukatın seçildiğini öğrenen avukatın, bu nedenle istifa etmiş olması haklı istifa olarak kabul edilmelidir. Bu nedenle, haklı istifa eden avukat ücrete hak kazanacaktır”. (Yarg. 13. HD, 28.05.2009, E. 2008/14663, K. 2009/7339, www.kazanci.com.tr. 10 Haziran 2013); “Avukat, başka bir avukatın işi takip etmesine muvafakat etmezse istifa ile ücretin tamamına hak kazanır. İş sahibinin başka bir avukata vekâlet vermesine ve yeni avukatın da dosyayı takip etmesine istifa ederek karşı çıkmayan avukat diğer avukatın davayı takip etmesine zımnen muvafakat vermiş sayılır. Bu durumda karşı yana yüklenen vekâlet ücretinin yarısına hükmedilmesi gerekir”. (Yarg. 13. HD, 11.07.2008, E. 2008/1099, K. 2008/9777, www.kazanci.com.tr. 10 Haziran 2013).

Soruşturma ve kovuşturma aşamalarında, yetkili mercilerin talebi üzerine baro tarafından görevlendirilecek ihtiyari ya da zorunlu müdafî sayısı, her şüpheli veya sanık için en fazla bir ile sınırlandırılmıştır (CMK m. 150 /1,2; 156/3). Ancak baro tarafından müdafî görevlendirilebilmesi, şüpheli veya sanığın seçilmiş bir müdafîinin olmamasına bağlıdır. Diğer bir ifadeyle seçilmiş müdafîi olan şüpheli veya sanıklara, baro tarafından müdafî görevlendirilemez⁷¹² (CMK m. 150). Ayrıca kendisine baro tarafından müdafî görevlendiren şüpheli veya sanığa, daha sonra şüpheli, sanık veyahut da bunların kanuni temsilcileri tarafından yeni bir müdafî seçilmesi, baro tarafından görevlendirilen müdafîin görevini kendiliğinden sona erdirir⁷¹³ (CMK m. 156/3). Bu durumda görevi kendiliğinden sona eren görevlendirilmiş müdafîin ücretinin tam olarak ödenmesi zorunludur⁷¹⁴.

5. Müdafîin Yasaklanması

Müdafîlik görevini sona erdiren sebeplerden biri de (seçilmiş veya görevlendirilmiş) müdafîin, mahkeme kararıyla belli sanıkların müdafîliğini yapmaktan yasaklanmasıdır (CMK m. 151/3). Müdafî hakkında yasaklama kararı verilebilmesi için şu şartların tümünün bulunması gerekir.

Müdafî hakkında yasaklılık kararı verilebilmesi için ilk şart avukatın, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu (TCK m. 220), silâhlı örgüt kurmak suçu (TCK m.314) veya terör suçlarından dolayı haklarında açılmış soruşturma veya kovuşturma sebebiyle tutuklu bulunan bir şüpheli veya sanığın müdafîliğini üstlenmiş olması gerekir (CMK m. 151/3). Kanunda

⁷¹² Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m. 5/1,2.

⁷¹³ **YCGK, 13.04.2010, 2-69/84 (Yaşar, s. 1773); YCGK, 02.03.2010, E. 2010/1-19, K. 2010/41** (www.kazanci.com.tr. 5 Nisan 2013); “Devlet tarafından atanmış olan müdafîin, seçilmiş bir müdafî geldiği vakit geriye çağırılması şayet yeni seçilen müdafî davayı sonlandıracak çaba ve beceri gösteremez durumda ise kabul edilmeyebilir. Böylesi durumlarda davalının kendi tuttuğu müdafîin yanında ilave olarak bir de devletin atadığı müdafî bulunabilir. İstisnai durumlarda mahkeme başkanı tarafından davanın başından itibaren böyle durumlarda “çift müdafîe” izin verilebilir. StPO aynı anda bir seçilmiş ve bir de devlet tarafında atanmış müdafî olayına ancak seçilmiş müdafîin göreve gelmemesi durumunda ya da (büyük terör davaları gibi davalarda yetersiz kalma durumunda müsaade eder. Böylesi durumlarda mahkeme, davanın güvenliği için, seçilen müdafîin yanında bir de devlet tarafından müdafîin atanmasını (**Güvenlikli Savunma**) sağlamak zorundadır. Seçilen müdafî ile birlikte bir de devlet tarafından atanmış müdafîin bulunması suiistimleri engellemektedir”. **Beulke**, s.110; **Roxin-Schünemann**, s.123; **Haller-Conzen**, s.131, 132; “Müdafîin görevi, kişinin kendisine bir müdafî seçmesi hâlinde sona erer”, (Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m. 7/1-ç);

⁷¹⁴ “Kişinin kendisine bir müdafî seçmesi nedeniyle görevi sona eren müdafîe Tarifede yazılı ücret ödenir”, Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m. 10/9.

açıkça tutukluluktan bahsedildiği için, belirtilen suçlardan tutuksuz yargılanan şüpheli veya sanıkların müdafiliğini üstlenen avukat, müdafilikten yasaklanamaz. Ayrıca ilgili suçlar, kanunda sınırlı sayıda sayıldığından, bu suçların dışındaki suçlardan tutuklu olan şüpheli veya sanıkların müdafiliğini üstlenmiş avukat, müdafilikten yasaklanamaz.

Müdafî hakkında yasaklılık kararı verilebilmesi için ikinci şart, müdafî hakkında, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu (TCK m. 220), silâhlı örgüt kurmak suçu (TCK m.314) veya terör suçlarından dolayı kovuşturma açılmış olması gerekir (CMK m.151/3). Müdafî hakkında bu suçlardan kovuşturma açılmadığı sürece, yasaklılık kararı verilemez. Yasaklama kararı, hem seçilmiş müdafî hakkında hem de atanmış müdafî hakkında verilebilir. Müdafîin görevden yasaklanması kararı, sadece haklarında belirtilen suçlardan dolayı tutuklama kararı verilen şüpheli ve sanığın müdafiliğini yapmakla sınırlı bir yasaktır⁷¹⁵. Hakkında yasaklama kararı verilen müdafî, aynı şüpheli ya da sanığın başka suçlardan dolayı açılan soruşturma veya kovuşturmalarda müdafiliğini üstlenebilir. Fakat yasaklılık süresi boyunca her ne sebeple olursa olsun müdafî, ilgili tutuklu şüpheli veya sanıkla ceza infaz kurumlarında veya tutukevlerinde görüşemez⁷¹⁶ (CMK m. 151/6). Müdafî, belirtilen suçların dışındaki suçlardan tutuklu ya da tutuksuz yargılanan şüpheli veya sanıkların müdafiliğini yapmaya devam edebilir.

Müdafîin yasaklanabilmesi için üçüncü şart, bir mahkeme kararının varlığıdır. Müdafîin görevden yasaklanmasına soruşturma aşamasında savcının talebi üzerine, kovuşturma aşamasında ise talep üzerine ya da re'sen müdafî hakkında kovuşturma açılan ceza mahkemesi karar verme yetkisine sahiptir (CMK m. 151/4). Ceza mahkemelerinin müdafî hakkında görevden yasaklama kararı verme yetkisi, bağlı bir yetki değil, takdir yetkisidir⁷¹⁷. Mahkemenin vermiş olduğu yasaklama kararına karşı itiraz edilebilir. Müdafî hakkında görevinden yasaklama kararı, kovuşturma konusu suçla sınırlı olmak üzere, en fazla bir yıl süre ile verilebilir. Ancak, kovuşturmanın niteliği itibariyle bu süreler altı aydan fazla olmamak üzere en fazla iki defa uzatılabilir. Kovuşturma sonunda mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi halin-

⁷¹⁵ Kocaoglu, Müdafî, s.158-159.

⁷¹⁶ Ünver-Hakeri, s.324.

⁷¹⁷ Soyaslan, s. 194.

de, kararın kesinleşmesi beklenmeksizin yasaklama kararı kendiliğinden kalkar⁷¹⁸ (CMK m. 151/4).

Müdafinin mahkeme kararıyla yasaklanması durumunda, yasaklama kararı devam ettiği sürece yasaklı müdafî, ilgili sanık veya şüphelinin müdafiliğini yapamaz. Müdafinin yasaklanması hali, zorunlu müdafilik gerektiren bir durum olduğundan, mahkemenin görevden yasaklama kararının, hem tutuklu şüpheli veya sanığa hem de yeni bir zorunlu müdafî görevlendirilmesi için ilgili baro başkanlığına derhal bildirilmesi zorunludur⁷¹⁹.

6. Soruşturmanın Bitmesi veya Hükmün Kesinleşmesi

Müdafî, ceza muhakemesinde şüpheli veya sanık sıfatına sahip kişilerin savunmasını üstlenen avukat olduğundan (CMK m. 2/1-c), soruşturma aşamasında şüpheli sıfatının veya kovuşturma aşamasında sanıklık sıfatının sona ermesine sebep olan işlem veya olaylar, aynı zamanda müdafinin görevinin de sona ermesine sebep olur⁷²⁰. Dolayısıyla soruşturma aşamasında soruşturmanın bitmesine veya kovuşturmanın başlamamasına ilişkin olan işlem veya olaylar ile kovuşturma aşamasında kovuşturmayı tamamen sona erdiren kararlar, müdafinin görevinin sona ermesine sebep olur.

Soruşturma aşamasında, hangi sebeple olursa olsun “kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın” verilmiş olması ve bu kararın kesinleşmesi halinde soruşturma ve şüpheli sıfatı sona ereceğinden, hem seçilmiş hem de görevlendirilmiş müdafinin görevi de kendiliğinden sona erecektir⁷²¹. Ayrıca soruşturma aşamasında, yetkisizlik veya görevsizlik kararı verilmesi ya da iddianamenin mahkemece kabul edilmesi halinde, sadece baro tarafından görevlendirilmiş ihtiyari veya zorunlu müdafinin görevi kendiliğinden sona erecektir⁷²².

⁷¹⁸ Üner-Hakeri, s.324; Soyaslan, s.194.

⁷¹⁹ Müdafinin görevden yasaklanması, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 138a, 138b, 138c, 138d maddelerinde detaylı bir şekilde düzenlemiştir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz, Yurtcan, Alman Hukukunda Müdafilerin Görevden Yasaklanması, s.1-118.

⁷²⁰ Kocaoğlu, Müdafî, s.156.

⁷²¹ Kocaoğlu, Müdafî, s.156.

⁷²² Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m. 7/1-a.

Kovuşturma aşamasında ceza mahkemesi tarafından, mahkûmiyet, beraat, ceza verilmesine yer olmadığına, düşme, davanın reddine veya güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına ilişkin kararların verilmesi ve bu kararların (hükmün) kesinleşmesi halinde, kovuşturma aşaması ve dolayısıyla sanıklık sıfatı sona ereceğinden hem seçilmiş hem de görevlendirilmiş müdafinin görevi de kendiliğinden sona erecektir⁷²³. Müdafilik ilişkisi, sadece soruşturma aşaması ile ilk derece ceza yargılaması ve olağan kanun yollarını kapsadığından, hükmün kesinleşmesiyle kendiliğinden sona erer. Diğer bir ifadeyle müdafilik ilişkisi, aksi açıkça kararlaştırılmadığı sürece olağanüstü kanun yollarını kapsamaz. Ayrıca kovuşturma aşamasında, yargılamanın yapıldığı il veya ilçe dışında yargılamayı gerektiren görevsizlik veya yetkisizlik kararı veya da davanın nakline karar verilmesi, sadece baro tarafından görevlendirilmiş ihtiyari veya zorunlu müdafinin görevinin kendiliğinden sona ermesi sonucunu doğurur⁷²⁴.

⁷²³ **Balci**, “Zorunlu Müdafinin Hükmü Temyiz Etme Yükümlülüğü ve Görevi Kötüye Kullanma Suçu (Karar İncelemesi)”, s. 77; “Avukatlık sözleşmesinin süresiz olarak devam ettiğini kabul etmek mümkün değildir. Böyle bir kabul, birçok sorunu da beraberinde getirecektir. Belli bir ücret karşılığı iş yapan vekilden, kesinleşen bir hükümden yıllarca sonra, bu hükümle ilgili yeni bir durum ortaya çıktığında, o hususu da kendiliğinden halletmesi bir görev olarak beklenemez. Şu durumda, yasal düzenlemelere uygun olanı avukatlık sözleşmesinin, hükmün kesinleşmesi ile sona ermesidir. Olağan olmayan yasa yolları bu sürece dahil edilmemelidir. Ancak, açıkça sonlandırılmadığı veya diğer sona erme nedenleri bulunmadığı takdirde, vekalet ilişkisi halen devam ediyor olacağından, eğer ki, kesinleşme sürecinden sonraki işlemler için de aynı avukatın işe devam etmesi isteniyorsa, ayrı bir avukatlık sözleşmesi yapılmalıdır. Bu sözleşme, şekle bağlı olarak açıkça yapılabilecektir. Ancak bu şart değildir. Aynı sözleşme, müvekkilin vereceği sözlü bir talimatla kurulabileceği gibi, vekilin müvekkilinin lehine işe girmesi ve müvekkilinin buna izin vermesi ya da ses çıkarmaması şeklinde de ihdas edilebilir”. (YCGK, 6.3.2007, E. 2007/6-13, K. 2007/54, www.kazanci.com.tr. 10 Haziran 2013).

⁷²⁴ Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik m. 7/1-b.

SONUÇ

Hukuk devletinde ve toplumda, hukuk kurallarını ihlal ederek suç işlediği sabit olan kişilerin cezalandırılması ne kadar önemliyse, suç işlediği iddia edilen kişilerin adil bir şekilde yargılanması da bir o kadar önemlidir. Ceza muhakemesinde, adil bir yargılamanın yapılabilmesi ise, savunma hakkının tanınmasına ve savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasına bağlıdır. Savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılması için de yargılamanın çelişmeli olarak yapılması, diğer bir ifadeyle, şüphelinin/sanığın isnat edilen iddialara karşı özgürce savunma yapabilmesi ve savunma araçlarından yararlanması ile mümkündür.

Ceza muhakemesinde bireysel savunma hakkının tanınması, adil yargılanma hakkı bakımında büyük bir öneme sahip olmakla birlikte, bireysel savunma, şüpheli/sanığın hukuk bilgisine sahip olmaması, içinde bulunduğu olumsuz psikolojik durum, gözetiminde veya tutuklu iken kısıtlı imkânlarla sahip olması, savunma yapmak istememesi, maddi gerçeğe ulaşılmasında toplumsal yararın da bulunması gibi nedenlerle savunma hakkından etkin bir şekilde yararlanılması için tek başına yeterli değildir. Bu nedenle şüpheliye/sanığa, bireysel savunmanın yanında toplumsal savunma imkânından da yararlanma hakkının verilmesi, savunma hakkının etkin kullanılması ve maddi gerçeğe ulaşılması bakımından büyük öneme sahiptir.

Ceza muhakemesinde savunmanın, bir hak olduğu konusundaki düşünceler yeni olmakla birlikte, savunma hakkının sıradan bir hak olmadığı ve savunma hakkının ceza muhakemesinde arz ettiği önem konusundaki düşünceler yeni sayılır. Savunma hakkının gelişimi, tarih boyunca hukuk devletinin ve hak arama özgürlüğünün gelişimiyle paralellik arz etmektedir. Özellikle sanığın, ceza muhakemesinin bir objesi (nesnesi) olduğu fikrinin yanında, sanığın aynı zamanda ceza muhakemesinin bir süjesi (öznesi) olduğu görüşünün kabul görmesiyle beraber sanığın, savunma hakkına sahip olması gerektiği düşüncesi ağırlık kazanmıştır. Bu görüşün kabul edilmesiyle birlikte, savunma hakkı ve şüphelinin/sanığın ceza muhakemesinde savunma hakkını etkin bir şekilde kullanması gerektiği hem uluslararası insan hakları belgelerinde hem de ulusal hukukumuzda düzenlenmiştir.

CMUK'da, Türk hukuk tarihinde müdafilik kurumu ilk defa kurum olarak kabul edilmiş olup, aynı zamanda müdafî ve müdafiden yararlanma hakkı detaylı bir şekilde düzen-

lenmiştir. 5271 sayılı CMK'nın 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte, CMUK genel olarak yürürlükten kaldırılmıştır. CMK, CMUK'da bulunan müdafilik kurumuna ve müdafie ilişkin hükümleri önemli oranda aynen kabul etmekle birlikte, aynı zamanda çağın, hukuk devletinin ve adil yargılanma hakkının gereği olan yeni ve modern düzenlemeler de getirmiştir. CMK'da ilk defa müdafî, “şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını üstlenen avukat” olarak tanımlanmış; şüpheli veya sanığın soruşturmanın ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafîin yardımından yararlanma hakkına sahip olduğu; ifade almada ve sorgunun yapılmasında görevlilerce müdafîden yararlanma hakkının şüpheliye veya sanığa mutlaka hatırlatılması gerektiği; şüpheli veya sanığın bir müdafî seçecek maddi imkânâ sahip olmaması ve müdafî talep etmesi halinde kendisine baro tarafından ücretsiz bir müdafî tayin edileceğinin hatırlatılması gerektiği; müdafîi bulunmayan şüpheli veya sanık eğer çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise ya da alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada istemi aranmaksızın kendisine bir müdafî görevlendirileceği açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler sonucunda, Türk hukukunda adeta müdafîsiz ceza yargılaması olmaz prensibi kabul edilmiş olup, müdafî ile savunma kural, müdafîsiz savunma ise istisna olmuştur. Bu nedenle, 5271 sayılı CMK'nın, müdafî ve müdafîlik kurumu düzenlemeleri bakımından birçok Avrupa ülkesini geride bırakacak kadar modern ve adil yargılanma hakkına uygun hükümler içeren ve savunma hakkının etkin kullanılmasına büyük önem veren bir kanun olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz.

CMK'da müdafî, “şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukat” olarak tanımlanmıştır. Bu nedenle, ister seçilmiş (ihtiyari veya zorunlu) olsun, ister baro tarafından görevlendirilmiş (ihtiyari veya zorunlu) olsun, soruşturma aşamasında şüphelinin veya kovuşturma aşamasında sanığın savunmasını üstlenmiş olan her avukat, müdafî olarak kabul edilecektir. Dolayısıyla şüpheli ve sanık dışındaki kişilere ceza muhakemesinde hukuki yardımda bulunan veya özel hukuk uyuşmazlıklarında taraflara hukuki yardımda bulunan avukatlar, müdafî olarak değil vekil olarak nitelendirilecektir. Müdafîin yetki ve görevleri ile yetki ve görevlerinin sınırının doğru ve tam olarak belirlenmesi için büyük önem arz eden müdafîin hukuki statüsünün tespiti hakkında, Türk hukukunda açık ve net bir hüküm bulunmadığı gibi doktrinde de ortak bir görüş bulunmamaktadır. Türk hukukundaki mevzuat

incelendiğinde, kanun koyucunun müdafie, şüpheliyi/sanığı temsil etme, hukuki yardımda bulunma, bağımsız savunmayı temsil etme, şüphelinin/sanığın sadece lehine savunma yapma, bir serbest meslek erbabı ve aynı zamanda bir yargı mensubu olarak kamu hizmeti sunma, şüpheli/sanık ile özdeşleşmeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardım etme görevlerinin tümünü yüklemiş olduğu görülmektedir. Müdafii ile ilgili mevzuatta bulunan dağınık şekildeki hükümler ile yüksek yargı kararları ve doktrinindeki görüşler ışığında müdafinin hukuki statüsünü tespit etmek için “müdafii, haksızlığa uğramaması için şüpheliye/sanığa hukuki yardımda bulunan, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına engel olmayacak ve şüphelinin/sanığın sadece lehine olacak şekilde savunma yapan, yaptığı görev itibarıyla kamu görevlisi sayılan, kamu hizmeti niteliğinde hizmet ifa eden ve tüm muhakeme süreçlerine karşı bağımsız bir konuma sahip olan savunma makamında yer alan kendine özgü bir muhakeme süreci” olarak tanımlayabiliriz. Görüldüğü gibi müdafii, vekilden farklı haklara sahip olan ve aynı zamanda farklı yükümlülükler altında bulunan bir ceza muhakemesi sürecidir. Ceza muhakemesi mevzuatında genel olarak müdafii - vekil ayrımı yapıldığı halde, Avukatlık Kanunu’nda müdafii ve vekil ayrımı yapılmamış olup, müdafii de vekil olarak nitelendirilmektedir. Ayrıca CMK’nın da birçok maddesinde (CMK m. 134/4; 149/3; 151/3) müdafii kavramı yerine vekil kavramı kullanılmıştır. Müdafii yerine vekil kavramının kullanılması, müdafinin hukuki statüsü ile bağdaşmadığından müdafii ve vekil kavramlarının yerli yerinde kullanılması önem arz etmektedir.

Çalışmamızın asli amacı, toplumsal savunmanın ve dolayısıyla müdafinin, adil yargılanma ve savunma hakkının etkin kullanılması için arz ettiği önemi ortaya koymak; müdafinin, iddia ve yargılama makamı ile şüpheli ve sanık karşısındaki hukuki statüsünü tespit etmek; müdafinin seçilmesi ve görevlendirilmesi konuları ile müdafinin yetki ve görevlerinin sınırını tespit ederek, uygulamadan ve mevzuattan kaynaklanan sorunlara çözüm önerileri üretmek, yargı mensuplarına ve yasa koyucuya bu sorunların çözümünde ve hukuka aykırı uygulamaların düzeltilmesinde bir nebze de olsa katkı sağlamaktır. Bu kapsamda çalışmamızda müdafii ile ilgili tespit ettiğimiz sorunlar ile bu sorunların çözümüne yönelik önerilerimizi kısaca şöyle özetleyebiliriz.

Şüpheli veya sanığın talebi üzerine CMK'nın 150/1'inci maddesi kapsamında baro tarafından görevlendirilmiş ihtiyari müdafii, tüm duruşmalara katılmasının zorunlu olup olmadığı ile yokluğunda duruşma yapıp yapılamayacağı konusunda, yüksek yargıda fikir birliği bulunmamaktadır. Bu konuda Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2008 ve 2011 yıllarında vermiş olduğu bir biriyle çelişki oluşturan iki kararı bulunmaktadır. Kanaatimizce, CMK'nın 150/1'inci maddesi kapsamında görevlendirilen ihtiyari müdafii, görevlendirilmesinin zorunlu olması; görevlendirilen müdafii seçiminde şüpheli veya sanığın fikrinin alınmaması; şüpheli veya sanığın görevini yapmayan ya da duruşmalara katılmayan müdafii azletme yetkisinin olmaması; görevlendirilmiş müdafii duruşmalara katılmasının zorunlu olması; duruşmalara katılmayan veya görevini yapmayan müdafii yerine başka bir müdafii savcı, mahkeme veya hâkim tarafından görevlendirilmesinin zorunlu olması; AİHM'in, (seçilen ve görevlendirilen) müdafii görevini yapmamasından dolayı savunma hakkının kısıtlanmasından devletleri sorumlu tutması hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, görevlendirilmiş müdafii, duruşmalara katılmaması veya görevini yapmaması halinde ikinci bir müdafii görevlendirilmeden ve müdafii yokluğunda duruşma yapılamayacak ve hüküm kurulamayacaktır. Bu nedenle sorunun çözülmesi ve açıklığa kavuşturulması adına, ya kanuna açık ve net bir hüküm eklenmesi ya da Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu tarafından bir içtihat oluşturulması gerektiği kanaatindeyiz.

CMK'da düzenlenmiş olan zorunlu müdafii görevlendirilmesini gerektiren sınırlı haller, savunma hakkının etkin kullanılması bakımından yetersiz gibi görense de, aslında zorunlu müdafilik gerektiren haller ile talep halinde baro tarafından ihtiyari müdafii görevlendirilmesinin zorunlu olduğuna ilişkin düzenleme birlikte değerlendirildiğinde, CMK'daki düzenlemenin savunma hakkı ve çağdaş ceza adaleti açısından oldukça ileri bir düzenleme olduğu, ceza muhakemesinde müdafii yardımından yararlanmanın istisna olmaktan çıkıp kural haline geldiği rahatlıkla ifade edilebilir. Fakat kanaatimizce, CMK'da sayılan zorunlu müdafilik gerektiren hallere, “davanın karışık olması veya şüpheli/sanığın eğitim seviyesinin kendisini savunamayacak kadar düşük olması” halinin de eklenmesi yerinde olacaktır.

Gözetimdeki şüpheliyle görüşebilecek müdafii sayısı konusunda, TMK kapsamındaki suçlarla ilgili soruşturmalar ile diğer suçlarla ilgili soruşturmalar arasında fark bulunmaktaydı.

TMK kapsamındaki suçlarla ilgili soruşturmalarda, gözaltındaki şüpheliyle sadece bir müdafî görüşebilme ve hukuki yardımda bulunma hakkına sahipken; diğer suçlarla ilgili soruşturmalarda, gözaltındaki şüpheliyle görüşebilecek ve hukuki yardımda bulunabilecek müdafî sayısı bakımından her hangi bir sınırlama bulunmazken, sadece ifade sırasında en fazla üç müdafîin hazır bulunacağı düzenlenmişti. Bu gereksiz ve savunma hakkını kısıtlayan farklılık, 2012 yılında 6352 sayılı Kanunla TMK’da yapılan değişiklikle tamamen kaldırılmış olup, soruşturma aşamasında gözaltındaki şüphelinin hukuki yardımından yararlanabileceği ve görüşebileceği müdafî sayısı bakımından CMK hükümleri ile TMK hükümleri arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır.

Türk hukukunda, şüpheli veya sanığın yararlanabileceği müdafî sayısının tüm soruşturma ve kovuşturma aşamalarını kapsayacak şekilde sınırlandırılmamış olması doktrinde tartışılmış olup, ceza yargılamasının sürüncemede bırakılmaması için Türk hukukunda da Alman hukukundakine benzer şekilde müdafî sayısının hem soruşturma hem de kovuşturma aşamalarında en fazla üç ile sınırlandırılması gerektiği ve bu durumun da savunma hakkını ihlal etmeyeceği ekseriyetle savunulmaktadır. Kanaatimizce de, Türk hukukunda şüphelinin veya sanığın ifadesi alınırken, sorgusu yapılırken ve duruşmada hazır bulunabilecek müdafî sayısının en fazla üç ile sınırlandırılması yönünde bir düzenleme yapılması, özellikle siyasi içerikli davalarda yargılamanın sürüncemede bırakılması ihtimalini oldukça zayıflatacaktır. Ancak bu sayı sınırlaması sadece ifade alma ve sorguya çekilme zamanı ile duruşmada hazır bulunma ile sınırlı olmalıdır. Diğer bir ifadeyle, şüpheli veya sanık ifade alma ve sorguya çekilme zamanı ile duruşmalar dışındaki soruşturma ve kovuşturma aşamalarında, istediği sayıda müdafî ile görüşme veya istediği sayıdaki müdafîin hukuki yardımından yararlanma hakkına sahip olabilmelidir.

Müdafîin yanında avukatlık stajı yapan stajyerlerin, müdafîin yerine ve tek başına gözaltındaki veya tutuklu bulunan şüpheli/sanıkla görüşüp görüşemeyeceğine ilişkin mevzuatta açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Avukatlık Kanunu’na göre avukat stajyerleri, avukat yanında staja başladıktan sonra, avukatın yazılı muvafakati ile ve onun gözetimi ve sorumluluğu altında **tek başına**, sulh ceza mahkemelerinde avukatın takip ettiği dava ve işlerle ilgili duruşmalara girebilir; stajyer, vekâletname veya avukatın yazılı oluru olmaksızın dava

ve takip dosyalarını inceleyebilir, yanında staj yaptığı avukatın yazılı oluru ile dava dosyalarından fotokopi ve benzeri yollarla örnek alabilme yetkisine sahiptir. Kanaatimizce, avukatlık stajının amacı ile Avukatlık Kanunu'nun bu hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, tek başına sulh ceza mahkemelerindeki davalarda duruşmalara müdafî yerine girebilen, soruşturma ve kovuşturma aşamasında dosyayı inceleme ve dosyadan örnek alabilme yetkisine sahip olan stajyerin, müdafîin yazılı oluru ile gözaltındaki veya tutuklu olan şüpheli/sanık ile de görüşme yetkisine sahip olması gerekir. Uygulamada ortaya çıkabilecek sorunları engellemek adına, bu konuda avukat stajyerlerinin de gözaltındaki veya tutuklu şüpheli/sanıkla görüşme yetkisine sahip olduğu yönünde yasal düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin CMK'ya aykırı olan 45'inci maddesinin ikinci fıkrasındaki “*müdafî, soruşturma aşamasında soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla görevlendirme yazısı veya vekâletname ibraz ederek soruşturma evrakının içeriğini inceleyebilir ve dilekçeyle müracaatı halinde istediği belgelerden örnek alabilir*” şeklindeki hükmü, 2010 yılında yapılan yerinde bir değişiklikle “*şüpheli ya da müdafî soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir*” şeklinde değiştirilerek, CMK'ya uyumlu hale getirilmiştir. Bu yerinde değişiklikle, müdafîin soruşturma dosyasını incelemesi ve dosyadan örnek alması için vekâletname veya görevlendirme yazısı ibraz etme zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır. Fakat bu değişikliğe rağmen ne yazık ki Yargıtay 15. Ceza Dairesi, Kalem Yönetmeliğindeki değişikliği görmezden gelerek 2013 yılında da mevzuata aykırı olarak müdafîin vekâletname veya görevlendirme yazısı olmadan soruşturma dosyasını inceleyemeyeceği yönünde karar vermekte ısrar etmektedir. Yargıtay 15. Ceza Dairesi'nin bu kararları ve tutumu hem kanun koyucunun iradesine hem CMK'ya hem de Kalem Yönetmeliğine açıkça aykırılık oluşturmaktadır. Bu uygulamadan kaynaklanan ve savunma hakkını kısıtlayan hukuka aykırı uygulamanın sona erdirilmesi için ya yasal düzenleme yapılması ya da Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir an önce bu konuda bir içtihat oluşturması gerekmektedir.

Gerek Tebligat Kanunu'nun 11'inci maddesinde gerekse de Yargıtay içtihatlarında, ceza muhakemesinde müdafîi ile takip edilen soruşturma ve kovuşturmalarda tebligatların

sadece ve mutlaka müdafie yapılması gerektiği, bu nedenle de tebligata bağlı sürelerin müdafie yapılan tebliğ veya tefhimle işlemeye başlayacağı kabul edilmektedir. Ancak kanun hükmüne ve yerleşik içtihatlarla aykırı olarak, YCGK tarafından iki karar verilmiştir. Bu kararlardan ilkinde YCGK 2011 yılında oy çokluğuyla, *“sanığın istemi üzerine CMK’nın 150/1 ve 156’ncı maddeleri uyarınca görevlendirilen (ihtiyari) müdafinin yokluğunda duruşma yapılarak verilen hükmün **sanığa tefhimi** ile temyiz süresinin işlemeye başlayacağına hükmetmiştir”*. Oysaki ne CMK’da ne de Tebligat Kanunu’nda tebligat yönünden seçilmiş ya da görevlendirilmiş yahut da ihtiyari veya zorunlu müdafî ayrımı öngörülmemiştir. Bu nedenle açık kanun hükmüne rağmen YCGK’nın görevlendirilmiş ihtiyari müdafinin söz konusu olduğu durumlarda, tefhimin sanığa yapılmasını yeterli görmesi ve temyiz süresinin de müdafie yapılan tebligatla değil, sanığa yapılan tefhimle başlayacağına ilişkin kararının hukuka açıkça aykırı olduğu ve savunma hakkına zarar verdiği kanaatindeyiz. İkincide ise, YCGK 2009 yılında verdiği kararda, *“Tebligat Kanunu’nun 11’inci maddesi hükmünde öngörülmemesine rağmen, vazgeçilmez nitelikteki savunma hakkı ve daha geniş manada adil yargılanma hakkının bir sonucu olarak, şüpheli veya sanığın kendisine baro tarafından müdafî atandığından haberdar olmaması halinde, tebligatların sadece müdafie yapılmasının yeterli olmayacağı, tebligatların ayrıca ve mutlaka şüpheli veya sanığın şahsına da yapılmasının zorunlu olduğu ve bu durumda kanuni sürelerin de şüpheli veya sanığa yapılan tebliğ tarihine göre hesaplanacağını karar vermiştir”*. Yargıtay’ın savunma hakkına ve adil yargılanma hakkına dayanarak yorum yoluyla vermiş olduğu bu son hüküm, yerinde bir karardır. Fakat yine de Yargıtay’ın bahsedilen birinci kararındaki çelişki ve hukuka aykırılığın giderilmesi ve yasal dayanağı olmayan ancak adil yargılanma hakkına uygun olan ikinci kararının yasal mesnet kazanması için Tebligat Kanunu’nun 11’inci maddesindeki hükmün, müdafinin hukuki statüsü göz önünde bulundurularak yeniden düzenlenmesi gerekir.

Avukatlık Kanunu, CMK, CMK’nın 6’ncı maddesinin gerekçesi ve Yargıtay kararları birlikte değerlendirildiğinde, ister seçilmiş olsun ister görevlendirilmiş olsun, tüm müdafilerin müdafilik görevi kapsamında kamu görevlisi olarak kabul edildiği ve yaptıkları görevin de bir kamu hizmeti olduğu açıktır. Bu nedenle Yargıtay da vermiş olduğu muhtelif kararlarda müdafinin, müdafilik görevi kapsamında mazeretsiz olarak “duruşmalara katılmamasını”, “ifade alma veya sorguya çekilme süresince hazır bulunmamasını”, “şüphelinin veya sanığın

açıkça aleyhine olan hükme karşı olağan kanun yollarına başvurmamasını”, “kanun yollarına başvuru süresini kaçırmamasını”, istifa ettiğini şüpheliye, sanığa veya kanuni temsilciye tebliğ etmeden görevi bırakmasını”, istifa ettiğine ilişkin tebligatın ilgiliye ulaşmasından itibaren 15 gün geçmeden görevi bırakmasını” ve “görevini gerekli özen ve doğruluk içinde yapmamasını” görevi kötüye kullanma suçu olarak değerlendirmektedir. Fakat CMK’ya göre müdafî, sanığın açık arzusuna aykırı olmamak koşuluyla kanun yollarına **başvurabilir** (CMK m. 261/1). CMK’nın 261’inci maddesinde kullanılan ve emredici nitelikte olmayan “**başvurabilir**” ifadesinin lafzından da açıkça anlaşıldığı gibi ceza muhakemesinde, müdafîin kanun yollarına başvurması zorunlu bir görev olmayıp sadece bir yetkidir. Eğer kanun koyucu, müdafîin, kanun yollarına başvurmasını zorunlu tutmak isteseydi, “**başvurabilir**” ifadesi yerine emredici nitelikteki “**başvurur**” ifadesini kullanırdı. Ayrıca müdafîin görevlerinden biri de şüpheli veya sanığın sadece lehine savunma yapmaktır. Bu iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde müdafîin, kanun yollarına başvurma yetkisinin bağlayıcı ve her zaman zorunlu bir yetki olmadığını, şüpheli veya sanığın sadece açıkça aleyhine olan kararlara karşı olağan kanun yollarına başvurmasının görevi gereği zorunlu olduğu kanaatindeyiz. Dolayısıyla müdafî her somut olayda, hükmün şüphelinin veya sanığın aleyhine olup olmadığını ve daha lehe bir hüküm elde etme imkânının olup olmadığını kendi hukuk bilgi ve tecrübesiyle karar verecektir. Sonuç olarak müdafîin, kanun yollarına başvurmasının her zaman zorunlu bir görev değil bir yetki olduğu ve bu yetkinin de sadece şüphelinin veya sanığın lehine olacak şekilde kullanılabileceğini göz önünde bulundurularak Yargıtay’ın da kararlarını bu yönde gözden geçirmesi gerekmektedir.

Savunma hakkını ihlal eden ve müdafîin şüpheliyle görüşme yetkisini önemli şekilde sınırlandıran TMK’nın, “TMK kapsamındaki suçlardan dolayı yapılan soruşturmada, müdafîin terör örgütü mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık ettiğine ilişkin bulgu ve belge elde edilmesi halinde, Cumhuriyet savcısının talebi ve sulh ceza hâkiminin kararıyla, müdafî ile şüpheli arasında yapılan görüşmede bir görevli hazır bulundurulabilir” (TMK m. 10/e) şeklindeki hükmünün, 2.7.2012 tarihli ve 6352 sayılı kanunun 75’inci maddesiyle yerinde bir düzenlemeyle yürürlükten kaldırılması savunma hakkı bakımından önemli bir gelişmedir. Ancak bu olumlu gelişmeye rağmen, bu hükme paralellik arz eden ve CGİT’te bulunan “5237 sayılı TCK’nın, 220’nci maddesinde düzenlenmiş olan ‘suç işlemek amacıyla ör-

güt kurmak suçu' ile İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü ve Beşinci Bölümlerinde yer alan suçlardan birini işledikleri iddiasıyla tutuklu bulunanların müdafileri ile ilişkisinde, müdafinin, konusu suç teşkil eden fiilleri işlediğine, infaz kurumunun güvenliğini tehlikeye düşürdüğüne, terör örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık ettiğine ilişkin bulgu veya belge elde edilmesi halinde, Cumhuriyet başsavcılığının istemi ve infaz hâkiminin kararıyla, müdafinin tutukluyla yapacağı görüşmede bir görevli hazır bulundurulabilir” (CGİK m. 59/4) şeklindeki hükmü değiştirilmemiş olup, hala varlığını korumaktadır. Bu hükmün de kaldırılması, TMK’da yapılan değişikliklerle ulaşılmak istenen amaca uygun olacaktır.

Ayrıca Cumhuriyet savcısı tarafından CMK’nın 170’inci maddesi kapsamında hazırlanan iddianame mahkemeye sunulduktan sonra, iddianamenin mahkeme tarafından müdafie tabliğ edilerek iddianame ile ilgili müdafinin görüşü alındıktan sonra mahkeme tarafından iddianamenin kabulü veya reddi yönünde bir karar verilmesine yönelik CMK’nın 174’üncü maddesinde bir düzenleme yapılması, ceza yargılamasının diyalektik bir şekilde yürütülmesine önemli katkı yapacaktır.

KAYNAKÇA

- Achard, Edmond Martin**, “Müdafaaya Övgü”, (Çev. Burhan Gürdoğan), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.19, S. 1-4, 1962, s.393-404.
- Akbaş, Mehmet** “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde Müdafaa Makamının Görev ve Yetkileri Yönünden Hukuki Statüsü”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi SBE, 2006.
- Akıntürk, Turgut-Karaman, Derya Ateş**, Medeni Hukuk, 16. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2011.
- Aksoy, Şemsettin**, Önleme ve Arama Tedbiri Olarak Arama, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2007.
- Alşahin, Mehmet Emin**, “Müdafiiin Dosyayı İnceleme Yetkisi”, Legal Hukuk Dergisi, 2006, s.1053-1066.
- Ansay, Sabri Şakir**, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002.
- Arslan, Çetin**, “Hukuk Devletinde Müdafî Görevlendirmesi”. İn: Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, C. 3, (10-14 Ocak 2012), Ankara, (www.ankarabarusu.org.tr. 10 Şubat 2013), 2012, s.194-227.
- Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, Ahmet Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, Ahmet Caner**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, C. 5, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009.
- Atar, Fahrettin**, İslam Yargılama Hukukunun Esasları, 1. Baskı, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul, 2013.
- Atar, Fahrettin**, İslam Adliye Teşkilatı, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1989.

- Aydın, Mehmet Akif**, Türk Hukuk Tarihi, 9. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2012.
- Balcı, Muharrem-Sönmez, Gülden**, Temel Belgelerde İnsan Hakları, 1. Baskı, İstanbul, Danışman Yayınları NO:4, 2001.
- Balcı, Murat**, “Zorunlu Müdafinin Hükümü Temyiz Etme Yükümlülüğü ve Görevi Kötüye Kullanma Suçu (Karar İncelemesi)”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 85, S. 2011/2, 2011, s.68-79.
- Balcı, Murat**, Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- Bayilloğlu, Uğur**, “Savunma Hakkının Etkin Kullanımı Bakımından Müdafinin Önemi”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, 2004, s.39-53.
- Bayram, Erdin**, “Türk Ceza Kanunu’nun 301 ve Avukatlık Kanunu’nun 58’inci Maddeleri Muvacehesinde Adalet Bakanlığı’nın/Bakanının Soruşturma İzni Yetkisinin Niteliği”, TBB Dergisi, S. 106, 2013, s. 393-410.
- Beattie, J. M.**, “Defense Counsel and the English Criminal Trial in the Eighteenth and Nineteenth Centuries”, Law and History Review, Vol. 9, No. 2, 1991, s. 221-267.
- Beulke, Werner**, Strafprozessrecht, 11. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller, 2010.
- Bozdoğan, Burhan**, Türkiye’de Savunma Mesleğinin Gelişimi (Metinler), C. 1, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, No: 5, İstanbul, 1972.
- Cengiz, Serkan-Demirağ, Fahrettin-Ergül, Teoman-Mcbride, Jeremy-Tezcan, Durmuş**, 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 Müdafî, 1. Baskı, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1984.

- Centel, Nur-Zafer Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2008.
- Centel, Nur- Zafer, Hamide- Çakmut, Özlem**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2006.
- Centel, Nur**, “Müdafî ile Savunulma Hakkı ve Adalet Bakanlığı Genelgesi”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 76, S.2, 2002, s.315-332.
- Dönmezer Çakıroğlu, Zuhale**, “Terör ve Örgütlü Suç Davalarında Müdafinin Konumu ve Etik Konular”, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, 2008, s. 577-584.
- Çelik, Adem**, Adil Yargılanma Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku), 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007.
- Çınar, Ali Rıza**, “Ceza Yargılamasında Müdafinin Görevlendirilmesi”, Yargıtay Dergisi, S. 100, Yıl 26, 1975, s.84-121.
- Demirbaş, Timur**, “Hazırlık Soruşturmasında Savunma”, Sahir Erman’a Armağan, No: 8, 1999, s.192-225.
- Demirbaş, Timur**, “Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Müdafilik”, in: Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 3. Yılında Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, İstanbul, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, No: 11, 2009, s.79-95.
- Demirel, Naim-Balcı, Murat**, “Avukatın İletişiminin Dinlenmesi Hakkında Alman Anayasa Mahkemesi Kararı”, Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi, Yıl, 1, C. 1, Sayı 2, 2011, s.77-86.
- Dıvrak, Yasin-Kılıç, Ahmet H.**, Savunma Hakkı, 1. Baskı, İstanbul, Çağrı Avukatlar Grubu, No: 4, 2004.
- Doğru, Osman**, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Savunma Hakkı”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, S. 9, 2007, s.325-333.

- Doğru, Osman**, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (Açıklamalı ve Önemli Kararlar), C. I, 1. Baskı, Ankara, Şen Matbaası, 2012.
- Doğru, Osman**, İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları, C. 1,1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2002.
- Donay, Süheyl**, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.
- Duran, Ayhan**, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî ve Müdafîin Görev ve Yetkileri”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2011.
- Elveriş, İdil, Jahic, Galma- Kalem, Seda**, Mahkemede Tek Başına, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2007.
- Erdağ, Ali İhsan**, “İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişiminin Tespiti ve Mağdur Tarafından Kaydedilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 92, 2011, s. 31-61.
- Erdem, Mustafa Ruhan**, “AİHM Kararları Işığında Tutuklu Sanık Bakımından Hazırlık Soruşturması Dosyasını İnceleme Hakkı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S.1, 2004, s. 67-111.
- Erem, Faruk**, “Eski Yunanda ve Romada Avukatlık”, Ankara Barosu Dergisi, S. 5, 1976.
- Erem, Faruk**, “Birden Fazla Sanığın Müdafiliğı”, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 1977, s. 610-613.
- Erem, Faruk**, “Savunma Hakkını Kısıtlayan Antidemokratik Hükümler”, in: Bülent Nuri Esen’e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 417, Ankara, 1977, s.607-618.
- Erem, Faruk**, Meslek Kuralları (Şerh), 2. Baskı, Ankara, TBB Yayınları, 1973.

- Eser, Albin M.Ç.J.**, “Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu”, (Çev. Nur Centel), Yargıtay Dergisi, S.16, 1990, s. 313-338.
- Fahl, Christian**, “The Guarantee of Defence Counsel and the Exclusionary Rules on Evidence in Criminal Proceedings in Germany”, German Law Journal, Vol. 08, No. 11, 2007, s.1053-1067.
- Feyzioğlu, Metin**, “Savunma Hakkına İlişkin İki Soru: Savunma Hakkı Kutsal mıdır? Duruşma Salonunda Müdafî ve Sanık Yan Yana Oturabilir mi?”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 67, S. 1, 2009, s. 22-25.
- Gökcan, Hasan Tahsin**, “Yeni Türk Ceza Kanunu Hükümleri Karşısında Avukatlık Mesleği”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 67, S. 2, 2009, s.151-156.
- Gökcan, Hasan Tahsin**, Açıklamalı Avukatlık Yasası, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2009.
- Gözübüyük, Şeref-Gölcüklü, Feyyaz**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması, 5. Baskı, Ankara, Turhan Yayınları, 2004.
- Güner, Orhan Seyfi**, “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi”, Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Birikimler I, 1. Baskı, Kurtiş Matbaacılık, İstanbul, 2003, s.388-400.
- Güner, Semih**, Avukatlık Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.
- Hafızoğulları, Zeki**, “Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, S.1, 1994, s.20-33.
- Haller, Klaus-Conzen, Klaus**, Das Strafverfahren, 6. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller, 2011.
- Harlow, Caroline Wolf**, “Defense Counsel in Criminal Cases”, Bureau of Justice Statistics Special Report, (<http://www.bjs.gov/content/pub/pdf/dccc.pdf>, 10 Mart 2013), 2000, s. 1-12.

- İnceoğlu, Sibel**, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2005.
- Kantar, Baha**, Ceza Muhakemeleri Usulü, 3. Baskı, 1957.
- Karakaya, Naim**, “Türk Ceza Hukukunda Savunma Dokunulmazlığı”, Hukuk ve Adalet Dergisi, S.3, 2004, s. 276-299.
- Karakehya, Hakan**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma, 1. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2008.
- Karakehya, Hakan**, “Ceza Muhakemesi Uygulamamızda Atanmış Müdafiliğe İlişkin Görülen Sorunlar”, in: Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, C. 3, (10-14 Ocak 1012), Ankara, (www.ankarabarusu.org.tr. 10 Şubat 2013), 2012, s.336-350.
- Karakehya, Hakan**, “Ceza Muhakemesinde Zorunlu Müdafilik”, in: Uğur Alacakaplan’a Armağan, C. 1, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 207, 2008, s. 417-430.
- Kiziroğlu, Serap Keskin**, “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama)”, Ankara Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi, 2009, s.139-168.
- Koca, Mahmut**, “Müdafinin Hazırlık Dosyasını İnceleme Hakkı”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. I, S.1, 1997, s.163-169.
- Kocaoğlu, S. Sinan**, “Devlet Sistemlerine Göre Savunma Hakkı ve Müdafî”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 68, S. 2, 2010, s.125-140.
- Kocaoğlu, S. Sinan**, “Tarihsel Perspektifi ile Batı Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafî”, Ankara Barosu Dergisi, S.68, 2010, s.117-133.
- Kocaoğlu, S. Sinan**, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı”, Ankara Barosu Dergisi, 2012/1, s. 43-69.

- Kocaoğlu, S. Sinan**, “Tarihsel Perspektifi ile Türk – İslam Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafî”, Ankara Barosu Dergisi, S. 61-78, Yıl 68, 2010, s.61-78.
- Kocaoğlu, S. Sinan**, Müdafî, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2011.
- Kunter, Nurullah-Yenisey, Feridun**, Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2004.
- Kunter, Nurullah-Yenisey, Feridun-Nuhoğlu, Ayşe**, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2010.
- Kuntman, Osman**, “Avukatların Görevleriyle İlgili Olarak İşledikleri Suçlardan Dolayı Yargılanması Yöntemleri, Uygulamadan Örnekler, Eleştiriler”, İstanbul Barosu Dergisi, S. 3, C. 76, 2002, s. 629-645.
- Kuru, Baki- Aslan, Ramazan- Yılmaz, Ejder**, İcra ve İflas Hukuku, 18. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004.
- Kühne, Hans –Heiner**, Strafprozessrecht, 6. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2003.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami- Dursun, Selman**, Türk Hukukunda Müdafîin Yasaklılık Halleri, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami-Talas, Serdar**, “Avukatların Görev Suçları ve Yargılanması Rejimi”, İstanbul Barosu Dergisi (Ceza Hukuku Özel Sayısı), Ocak 2007, s. 13-38.
- Oğuzhan, Teoman**, “Alman Anayasa Mahkemesi Kararlarında ‘Bağımsız Bir Adliye Organı’ Olarak Avukat”, TBB Dergisi”, S.56, 2005, s.175-187.
- Oğuzhan, Teoman**, “Türk ve Alman Hukukunda Avukatın Hukuki Konumu”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 76, S. 2, 2002, s.394-406.
- Oğuzman, Kemal- Öz, M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi Yayınları, 1998.

- Oral, Mehmet**, “Mevzuatımızın Savunma Hakkı Açısından Değerlendirilmesi”, in: Sahir Erman’a Armağan, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, No: 8, 1999, s.594-627.
- Önder, Akil**, “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 150’nci ve Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu’nun 378, 379 ve 380’inci Maddeleri Muvacehesinde Tarafların, Avukatın veya Müdafinin Söz Söyleme ve Savunma Serbestliği”, Adalet Dergisi, S.7, Yıl 39, 1948, s. 1034-1051.
- Özkent, Ali Haydar**, Avukatın Kitabı, İstanbul, 1940, s. 57.
- Özkorkut, Nevin Ünal**, “Savcılık, Avukatlık ve Noterlik Kurumlarının Osmanlı Devleti’ne Girişi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 4, 2003, s.147-154.
- Öztürk, Bahri- Erdem, Mustafa Ruhan**, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2007.
- Öztürk, Bahri-Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Sırma, Özge-Saygılar Kırıt, Yasemin F.- Özeydin, Özdem-Alan Akcan, Esra-Erdem, Efser**, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2013.
- Pfeiffer, Gerd**, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, München, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1982.
- Roxin, Claus- Schünemann, Bernd**, Strafverfahrensrecht, 27. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2012.
- Selçuk, Sami**, Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne, 6. Baskı, Ankara, Yeni Türkiye Yayınları, 2000.
- Seviğ, Vasfi Raşit**, “Engizisyon Muhakeme Usulü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, S.1-4, 1961, s.3-35.
- Sevük, Handan Yokuş**, “Postada Elkoyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.69, 2007, s. 97-124.

Soyaslan, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010.

Şen, Ersan, “Avukat, Hâkim ve Savcıların Aranması”, Ankara Barosu Dergisi, 2013/2, s.333-143.

Şık, Hüseyin, 5237 Sayılı TCK’ da Görevi Kötüye Kullanma Suçu, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008.

Taner, Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, 3. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1955.

Taşkın, Ş. Cankat, “Müdafinin ve Vekilin Hukuki Yardımı, Sınırları ile Uygulamada Karşılaşılan Sorunların AİHM İçtihatları Işığında Değerlendirilmesi”, TBB Dergisi, S.69, 2007, s.211-240.

Tezcan, Durmuş, “AİHS’de Adil Yargılanma Hakkı, Savunma Dokunulmazlığı ve Türkiye”, in: Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, C. 1, (10-14. Ocak 1012), Ankara, (www.ankarabarusu.org.tr. 10 Şubat 2013), 2012, s.74-81.

Toroslul, Nevzat- Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Savaş Yayınları, 2008.

Tosun, Öztekin, Türk Suç Muhakemeleri Hukuku Dersleri, C. 1, 4. Baskı, İstanbul, Acar Matbaacılık, 1984.

Uçar, Salter, (Açıklamalı ve İçtihatlı) Avukatın Hak ve Ödevleri, 1. Baskı, İstanbul, Kazancı Matbaacılık, 1998.

Üçok, Coşkun-Mumcu, Ahmet-Bozkurt, Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, 15. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

Üçok, Coşkun, “Savcılıkların Avrupa Hukukunda Gelişmesi ve Türkiye’de Kuruluşu”, Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1964.

- Ünver, Yener- Hakeri, Hakan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, C. 1, 8. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- Yaşar, Osman**, Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, C. II, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2011.
- Yerli, Fahrettin Kemal**, “Kutsal Bir Hak: Savunma Hakkı”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 78, S. 3, 2004, s.869-905.
- Yılmaz, Ejder**, “Bir Meslek Olarak Düünden Yarına Doğru Avukatlık”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 44, S.1, 1995, s. 193-208.
- Yılmaz, Ejder**. Hukuk Sözlüğü. 7. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2002.
- Yurtcan, Erdener**, “Ceza Yargılamasında Müdafî Kimdir, Vekil Kimdir?”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 73, S. 99, 1999, s.73-74.
- Yurtcan, Erdener**, Alman Hukukunda Müdafilerin Görevden Yasaklanması, 1. Baskı, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1981.
- Yurtcan, Erdener**, CMK Şerhi, 4. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2005.
- Yüce, Turhan Tufan**, “Alman - Türk Ceza Muhakemeleri Usulünde Savunma Hakkı (1)”, Adalet Dergisi, C. LI, S. 11-12, 1960, s.1017-1028.
- Yüksel, Göksel**, “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde Müdafî”, Hukuk Gündemi Dergisi, S. 13, 2010, s.51-60.
- Zafer, Hamide**, Faile Yardım Suçu ve Müdafîin Bu Suçtan Sorumluluğu, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2004.