

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA HUKUKU)
ANABİLİM DALI

CEZA MUHAKEMESİNDE MÜDAFİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Aydın TURNA

Ankara - 2011

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA HUKUKU)
ANABİLİM DALI

CEZA MUHAKEMESİNDE MÜDAFİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Aydın TURNA

Tez Danışmanı
Yrd. Doç. Dr. Devrim GÜNGÖR

Ankara - 2011

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA HUKUKU)
ANABİLİM DALI

CEZA MUHAKEMESİNDE MÜDAFİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tez Danışmanı:

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

.....
.....
.....
.....
.....
.....

.....
.....
.....
.....
.....
.....

Tez Sınav Tarihi

İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY	i
İÇİNDEKİLER	ii
KISALTMALAR	vi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SAVUNMA HAKKI VE SAVUNMA HAKKININ KULLANILMASINDA MÜDAFİİN KONUMU

I. SAVUNMA HAKKI	3
1. Savunma Kavramı	3
2. Savunma Hakkı Kavramı	10
3. Savunma Hakkının Hukuki Niteliği	15
4. Devlet Yönetim Biçiminin Savunma Hakkı Üzerindeki Etkisi	19
5. Savunma Görevi ve Önemi	23
II. SAVUNMA HAKKININ KULLANILMASINDA MÜDAFİİN KONUMU	27
1. Müdafî Kavramı ve Tanımı	27
2. Müdafîin Konumu	34
Genel Olarak	34
a) Müdafîin Şüpheli ve Sanık Karşısındaki Konumu	35
b) Müdafîin Diğer Ceza Muhakemesi Süjeleri Karşısındaki Konumu	38
aa) Müdafîin İddia Makamı Karşısındaki Konumu	38
bb) Müdafîin Yargılama Makamı Karşısındaki Konumu	40

c) Müdafiiin Bağlı Olduğu Kuruluş, Üçüncü Kişi ve Kamuoyu Karşısındaki Konumu.....	45
aa) Müdafiiin Bağlı Olduğu Kuruluş Karşısındaki Konumu	45
bb) Müdafiiin Üçüncü Kişiler Karşısındaki Konumu	47
cc) Müdafiiin Kamuoyu Karşısındaki Konumu	48
3. Savunma Hakkı ve Barolar	51
4. Savunma Hakkı Açısından Müdafiiin Önemi	55

İKİNCİ BÖLÜM

MÜDAFİ OLABİLMENİN ŞARTLARI VE MÜDAFİLİK GÖREVİNİN ÜSTLENİLMESİ

I. MÜDAFİ OLABİLMENİN ŞARTLARI	65
Genel Olarak	65
1. Avukat Olmak	65
a) Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşı Olmak	68
b) Hukuk Öğrenimi Görmüş Olmak	69
c) Avukatlık Stajını Tamamlamış Olmak	69
d) Baro Bölgesinde İkametgâhı Bulunmak	70
e) Avukatlığa Engel Hali Olmamak.....	71
f) İyi Ahlak Sahibi Olmak	73
g) Avukatlık Sıfatını Kaybetmemiş Olmak	73
2. Müdafiliğe Engel Halin Bulunmaması.....	75
3. Aynı Muhakemede Şüpheli veya Sanık Olmama	78
4. Aynı Muhakemede Tanık veya Bilirkişi Olmama	79
5. Aynı İşe Daha Önce El Koymuş Olmama.....	80

6. Şüphelilerin ve Sanıkların Çıkarları Arasında Çatışma Bulunmaması	81
II. MÜDAFİLİK GÖREVİNİN ÜSTLENİLMESİ	82
Genel Olarak.....	82
1. Müdafilik Görevinin Seçilme Yolu İle Üstlenilmesi	83
a) Müdafinin Şüpheli veya Sanık Tarafından Seçilmesi.....	83
b) Müdafinin Kanuni Temsilci Tarafından Seçilmesi	87
2. Müdafilik Görevinin Atanma Yolu İle Üstlenilmesi	88
3. Hukuki Yardımından Faydalanılacak Müdafinin Sayısı	91
4. Müdafilik Görevinin Üstlenilmemesi, Devredilmesi, Sona Ermesi	92
a) Müdafilik Görevinin Üstlenilmemesi	92
b) Müdafilik Görevinin Devredilmesi.....	94
c) Müdafilik Görevinin Sona Ermesi	96

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MÜDAFİN AYRICALIKLARI, YETKİLERİ VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I. MÜDAFİN AYRICALIKLARI.....	99
Genel Olarak	99
1. Müdafinin Savunma Dokunulmazlığı	99
a) Savunma Dokunulmazlığının Kapsamı	100
b) Savunma Dokunulmazlığının Sonuçları	103
2. Müdafinin Bürosu ve Konutunun Mahkeme Kararı Olmadan Aranamaması	104
3. Müdafinin Üzerinin Ağır Cezayı Gerektiren Suçüstü Halleri Dışında Aranamaması	106

4. Şüpheli veya Sanığa İsnat Edilen Suç Dolayısıyla Müdafinin Bürosu, Konutu ve Yerleşim Yerinde İletişim Denetlemesi Yapılamaması	109
5. Tanıklıktan Çekinme Hakkı	110
II. MÜDAFİN YETKİLERİ	112
Genel Olarak	112
1. Dava Evrakını İnceleme Yetkisi	113
2. Hazır Bulunma Ve İşlemleri Yönlendirme Yetkisi	118
3. Soru Sorma Yetkisi	121
4. Şüpheli ve Sanıkla Görüşme, Yazışma Yetkisi	124
5. Sanığı Temsil Etme Yetkisi	129
6. Kanun Yoluna Başvurma Yetkisi	133
III. MÜDAFİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ	137
Genel Olarak	137
1. Savunma Görevini Kurallara Uygun Olarak Yapma Yükümlülüğü	138
2. Maddi Gerçeğin Ortaya Çıkarılmasına Yardım Yükümlülüğü	144
3. Sır Saklama Yükümlülüğü	147
SONUÇ	151
KAYNAKÇA	153
ÖZET	158
SUMMARY	159

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
a.g.e.	: Adı Geçen Eser
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ASMUK	: Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Av.K	: Avukatlık Kanunu
bkz	: Bakınız
Basın K	: Basın Kanunu
C	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGTİK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
dn	: Dipnot
geç	: Geçici
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
MK	: Medeni Kanun
Meslek Kur	: Meslek Kuralları
m	: Madde
S	: Sayı
s	: Sayfa
Tebliğat K	: Tebliğat Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Terörle Mücadele Kanunu
vb	: Ve benzeri
vd	: Ve devamı
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu

GİRİŞ

Ceza muhakemesinin temel amacı hukuki yollarla maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Hukuki yollarla maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını amaç edinen ceza muhakemesinde hukuki yardım almak şüpheli ve sanık için gerekli bir haktır. Bu hak, suç isnadı ile karşılaşıldığı andan itibaren ceza muhakemesinin her aşamasında gereklilik arz etmektedir. Bu hakkın kullanılması müdafilik kurumu ile pratiğe yansımaktadır. Müdafî sadece suç isnadı ile karşılaşan kişiyi ceza almaktan kurtarmaya çalışmamakta, aynı zamanda adaletin sağlanmasına da yardımcı olmaktadır. Müdafî, yüklenmiş olduğu bu rol nedeniyle muhakeme sürecinde birçok hak ve yetki ile donatılmıştır.

Bu çalışmada müdafilik kurumu ile bağlantılı olarak savunma hakkı kavramı, savunma hakkının kullanılmasında müdafîin konumu üzerinde durulmaya çalışılarak müdafiliğin anlamı, müdafîin ceza muhakemesindeki konumu, ayrıcalıkları, yetkileri, yükümlülükleri ve olması gerekenler öneri olarak dile getirilmiştir.

Birinci bölümde; savunma hakkı ve müdafî kavramları, savunma hakkı ve savunma hakkının kullanılmasında müdafîin konumu başlıkları altında incelenmiştir.

İkinci bölümde; müdafî olabilmenin şartları ve müdafilik görevinin üstlenilmesi ele alınmıştır.

Üçüncü bölümde; müdafinin ayrıcalıkları, savunmaya ilişkin yetki ve yükümlülükleri ele alınmıştır.

Sonuç bölümünde ise; genel bir değerlendirme yapılarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda yer alan hükümlerin getirdiği yenilikler ele alınmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

SAVUNMA HAKKI VE SAVUNMA HAKKININ KULLANILMASINDA

MÜDAFİİN KONUMU

I. SAVUNMA HAKKI

1. Savunma Kavramı

Muhakeme, hukuki bir uyuşmazlığı çözmek üzere yargılama organlarının faaliyet dolayısıyla meydana gelen hukuki ilişkilerin süjeleri tarafından yapılan işlemlerin bütünüdür.¹Bu tanım ışığında, muhakemenin birçok kişinin katıldığı ve belli bir amaca yönelmiş ortak bir çaba olduğunu söyleyebiliriz. Özellikle ceza muhakemesinde belli bir amaç için birçok kişinin bir araya gelmesi halini açıkça gözlemleyebiliriz. Ceza muhakemesi hukukunun tarihi gelişimi incelendiğinde; başlangıçta toplumda otoriteyi ve düzeni sağlamak kaygısıyla, sanık ile suçlu arasında bir ayrım yapılmadığı, sanığın suçlu olduğunun peşinen kabul edildiği, aydınlanma dönemi ile birlikte sanığın korunmasına önem verildiği ve suçluluğu sabit olmadıkça sanığın masum sayılacağı hususunun kabul edildiği görülmektedir. Günümüzde ise ceza muhakemesi hukuku, bir yandan suç işleyenleri mutlaka cezalandırmak suretiyle toplumun menfaatlerini korumaya çalışırken, diğer yandan da suçsuzların cezalandırılmasını önlemek suretiyle sanığın menfaatlerini garanti altına almaya çalışmaktadır.² Günümüzde kabul gören

¹ KUNTER/YENİSEY: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2000, s.7

² TOROSLU/FEYZİOĞLU: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2009, s. 6

bu durum ceza muhakemesi hukukunun temel bir amacının olduğunu ortaya koymaktadır. Tüm faaliyetler bu amaca ulaşabilmek için yürütülmektedir. Ceza muhakemesinin tüm faaliyetlerini odakladığı bu amaç hukuki yollarla maddi gerçeğe ulaşma amacıdır. Gerçeğe ulaşmak için olsa bile, her yola başvurulması kabul edilemez.³ Sadece hukuki yollarla maddi gerçeğe ulaşılması mümkündür. Hukuki yollarla maddi gerçeğe ulaşma amacıyla da ceza muhakemesi sùjeleri kanun çerçevesinde üzerlerine düşen görevleri yerine getirirler.

Ceza muhakemesi sùjelerinin, amaç olan hukuki yollarla maddi gerçeğe ulaşabilmek için muhakeme süresindeki hareket tarzları ve faaliyetleri bütünü ceza muhakemesini; sùjelerin muhakeme sırasındaki faaliyetlerini düzenleyen kurallar bütünü ise ceza muhakemesi hukukunu oluşturur.⁴

Ceza muhakemesi; iddia, savunma ve yargılama faaliyetlerini bünyesinde toplamış bir faaliyetler bütünüdür. Ceza muhakemesi kolektif bir şùphe ile başlamakta, sonunda bu şùphe elbirliği ile yenilerek gerçeğe ulaşılmakta ve bir hüküm verilmektedir.⁵ Bir başka ifade ile ceza muhakemesi sùjeleri, suç işlendiği konusunda bir şùphenin ortaya çıkması ile mevcut olaya ilişkin fikir ve kanaatlerini ortaya koyar ve bir sonuca ulaşırlar. Bu faaliyetler sonucunda suçun oluştuğu ya da oluşmadığı yönünde bir hüküm

³ TOROSLU/FEYZİOĞLU: a.g.e., s. 8

⁴ BAYILLIOĞLU: Savunma Hakkının Etkin Kullanımı Bakımından Müdafinin Önemi, ABD,2004/2, s.40

⁵ TOROSLU/FEYZİOĞLU : a.g.e., s. 20

ortaya çıkar. Hüküm ortaya çıkarılırken yararlanılan kaynak ve dayanaklardan biri de savunmadır.

Daha önce de değindiğimiz üzere ceza muhakemesi, iddia, savunma ve yargılama olmak üzere üç temel ayak üzerine inşa edilmiştir. Sav-savunma-yargı üçlüsü bütünleşmedikçe adaletten söz edilemez.⁶ Ceza muhakemesi görevi ve bu görevi yerine getirecek makamlar iddia, savunma ve yargılamadan ibarettir.⁷ Kural olarak savcılık örgütünden oluşan, istisnai olarak da kişilerden oluşan⁸ iddia makamı ve yargılama ve yargılama sonunda hüküm verme yetkisi bulunan bağımsız hâkimlerden teşkil edilen mahkemelerden oluşan yargılama makamı yanında vazgeçilmez bir hak olan savunma hakkının işlevselliğini sağlayan, ceza muhakemesinin üçüncü temel ayağı olan savunma makamı vardır.

Savunma, iddia ile ortaya konulan delil ve olgulara cevap vererek ve bunlara karşı yeni delil ve olgular ileri sürerek hükmü verecek olan yargılama makamının mevcut olaya farklı bir açıdan bakmasına yardımcı olarak maddi gerçeğin ortaya çıkması hususunda kat edilecek yolu kısaltır. Böylelikle de savunma makamı maddi gerçeğe ulaşmayı kendisine amaç edinmiş olan ceza muhakemesinin işlevi açısından en önemli ayağı oluşturur. Savunmanın etkin bir şekilde kullanılabildiği bir yerde “çelişme metodu” uygulanabilir ve maddi gerçeğin ortaya çıkması büyük ölçüde sağlanır.

⁶ SAV: Hakkın Savunması, Savunma Hakkı ve Avukatlık, ABD, 1985/1, s. 14

⁷ TOROSLU/FEYZİOĞLU: a.g.e., s.21

⁸ Bkz. Şahsi Dava

Ceza muhakemesi hukuku anlamında savunma, suç işlediğinden şüpheli edilen kişinin yüklenen suçu işlemediğinden veya iddia edildiğinden daha az bir cezayı hak ettiğinden veya fiilin hukuka aykırı olmadığından veya bazı kanuni nedenlerle cezalandırılmaması gerektiğinden yetkili makamlar önünde ileri sürülmesidir.⁹ Bir başka ifade ile savunma, suç işlediğinden şüpheli edilen kişinin üzerine atılı bulunan suçtan haksız olarak zarar görmemesi için tüm olanakların kullanılarak beraat ya da daha az bir ceza ile cezalandırılmasının sağlanmasıdır. Bilinmelidir ki masum bir insanın ceza görmesi kadar veya suçlu dahi olsa kişiye hak ettiğinden fazla ceza verilmesi kadar toplumu ve adaleti yaralayan bir başka şey düşünülemez.¹⁰

Doktrinde savunma, çeşitli kıstaslara göre tasnif edilmiştir. Doktrinde genel olarak kabul gördüğü üzere savunma çeşitleri; maddi savunma-şekli savunma, isteğe bağlı savunma-zorunlu savunma ve seçilmiş müdafii ile savunma- atanmış müdafii ile savunma olarak üç başlık altında toplanır.

Maddi savunma – şekli savunma ayrımı savunma faaliyetini yürütenlere göre yapılan ayrımdır. Maddi savunma savunmanın sanık tarafından yapılması halidir.¹¹ Maddi savunmaya bireysel¹² veya ferdi ¹³savunma da denilmektedir. Başka bir ifade ile maddi savunma, sanığın doğrudan doğruya bir müdafinin yardımından faydalanmaksızın hakkını kendisi veya kanuni temsilcileri vasıtasıyla koruyarak kendini savunmasıdır. Devletin ve yargı

⁹ CENTEL: Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii, İstanbul, 1984, s.1

¹⁰ ERDOĞAN: Savunma Hakkı, ABD, 1984/3, s.406

¹¹ HAFIZOĞULLAR: Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı, ABD, 1994/I, s.22

¹² TOROSLU/FEYZİOĞLU: a.g.e., s.37

¹³ KUNTER/YENİSEY: a.g.e., s.226

erkini kullanan mahkemelerin görevi maddi gerçeğe ulaşmaktır. Mahkemenin ve savcılığın sanığı savunması onun lehine olan delilleri ortaya koymaları ve maddi gerçeği araştırmalarıyla gerçekleşir.¹⁴ Savcılık sanığın aleyhindeki deliller yanında lehindeki delilleri de toplayarak mahkemeye sunmak ve mahkemede sanığın lehindeki hususları tespit ederek bu hususları dikkate almakla yükümlüdür. CMK m. 160/2 uyarınca, Cumhuriyet savcısı sanığın aleyhine olan deliller yanında lehine olan delilleri de araştırarak muhafaza altına almakla yükümlüdür. Mahkeme ise kendisine arz edilen iddialar ile bağlı değildir. Sanığın kanuni temsilcileri tarafından savunulması durumunda da maddi savunma söz konusudur. Kanunumuz bağlamında sanığın savunmasına katılabilecek temsilcileri eşi, kanuni temsilcisi ve vekilidir. Kanun koyucu; sanığa yakın olarak gördüğü bu kişilere sanığın savunmasına katılarak, sanık hakkındaki iddialar hakkında belirli savunma faaliyetlerinde bulunma hakkı vermiştir.¹⁵

Şekli savunma ise, sanığın dışında onun savunmasının bir başkası tarafından gerçekleştirilmesi halidir.¹⁶ Bir başka ifade ile şekli savunma bireysel savunmayı yapanlardan başka bir kişinin sanığı savunmasıdır. Şekli savunmaya kamusal savunma, toplumsal savunma ve teknik savunma da denmektedir. Şekli savunmada savunmayı yapan kişi herhangi bir kişi değil, belli nitelikleri taşıyan ve belli statüde bulunan bir kişidir.¹⁷ Bu kişiler uzmanlaşmış oldukları savunma görevini yerine getiren müdafilerdir.

¹⁴ DOĞAN: Hazırlık Soruşturmasında Savunma, İstanbul, 1994, s.61

¹⁵ BAYILLIOĞLU: Savunma Hakkının Etkin Kullanımı Bakımından Müdafinin Önemi, s.46

¹⁶ HAFIZOĞULLARI: Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı, s.22

¹⁷ CENTEL:a.g.e., s.4

Şekli savunma kanun koyucunun ceza muhakemesinde savunmaya verilen öneme göre; isteğe bağlı ve zorunlu olarak karşımıza çıkmaktadır.

İsteğe bağlı savunma, müdafî ile savunulmanın sanığın iradesine bırakılmasıdır.¹⁸ Kanuni temsilcilerin müdafî seçmesi durumunda da isteğe bağlı savunmanın olduğu kabul edilmelidir. Çünkü CMK m. 149/1 uyarınca, şüpheli ve sanık yanında kanuni temsilcinin de müdafî seçebilme hakkı vardır. Kural olarak şüpheli ve sanığın kendi savunması için müdafî seçme yetkisi vardır. Şüpheli ve sanık müdafî seçimini kendi iradeleri ile yapmaktadırlar. Kanunumuz, şüpheli veya sanık; soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında müdafîin yardımından yararlanabilir ifadesine yer vererek müdafî seçme hakkının şüpheli ve sanıkta olduğunu ortaya koymuştur.

Zorunlu savunma ise, sanığın isteği olmasa dahi müdafî ile savunulmasının yasal olarak öngörülmesi demektir.¹⁹ Modern ceza muhakemesinde herhangi bir nedenle müdafîi bulunmayan sanıklara devletin iddianın başladığı andan itibaren ve kendiliğinden müdafî sağlaması zorunludur. Tam ve kusursuz bir ceza muhakemesi müdafî ile savunma olmaksızın gerçekleştirilemez.²⁰ CMK m. 150' de; şüpheli veya sanığın çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz olması, hakkında alt sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması halinde, CMK m. 74' de; şüpheli veya

¹⁸ DOĞAN:a.g.e.,s.63

¹⁹ CENTEL:a.g.e., s.4

²⁰ CENTEL:a.g.e., s.5

sanığın akıl hastası olup olmadığının tetkiki sırasında, CMK m. 101' de şüpheli veya sanığın tutuklanması talep edildiğinde, CMK m. 204' de sanığın davranışları nedeniyle duruşmanın düzenli olarak yürütülmesini tehlikeye sokması sebebiyle duruşma salonundan çıkarılması ve savunma bakımından sanığın duruşmada hazır bulunması zorunlu görülmemesi üzerine oturumun yokluğunda sürdürülmesi ve bitirilmesi, CMK m. 247' de de kaçak sanık hakkında duruşma yapılması durumunda sanığın müdafii olmaması halinde istem olmasa dahi mutlaka müdafii atanacağı belirtilerek zorunlu savunmanın sınırları belirlenmiştir.²¹ Kanunun belirlemiş olduğu tahdidi olarak sayılan durumların mevcut olmaması durumunda ise zorunlu savunmanın söz konusu olmayacağı açıktır. 5271 sayılı yeni CMK' nın yürürlüğe girmesi ile birlikte ceza muhakemesinde geniş kapsamlı olarak müdafii yardımından faydalanmak zorunlu hale gelmiş gibi görünse de 5560 sayılı kanun ile getirilen değişiklik ile bu olumlu durum kısmen de olsa sınırlandırılmıştır.

İsteğe bağlı veya zorunlu savunma; şüpheli, sanık veya kanuni temsilcinin seçeceği müdafii tarafından yerine getirilebileceği gibi atanan bir müdafii tarafından da yerine getirilebilir.

Savunma; şüpheli, sanık veya kanuni temsilci tarafından seçilen müdafii tarafından yerine getirilirse seçilmiş müdafii ile savunma söz konusu

²¹ 5271 sayılı CMK' nın 150. maddesinde şüpheli veya sanık hakkında üst sınırı en az beş yıl hapis cezası gerektiren suçlardan dolayı soruşturma veya kovuşturma yapılması halinde müdafii bulunmuyorsa istem olmasa dahi zorunlu olarak müdafii yardımından faydalanılacağı belirtilmişti. Daha sonra 06.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı kanunla yapılan değişiklikle alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezası gerektiren durumlarda müdafii bulunmuyorsa zorunlu olarak müdafii yardımından faydalanılacağı hüküm altına alınmıştır.

olur. Savunma atamaya yetkili makamlarca görevlendirilen bir müdafî tarafından yerine getirilirse; atanmış müdafî ile savunma söz konusudur. Kural olarak şüpheli, sanık ve kanuni temsilci kendi iradesi ile müdafî seçebilir. Fakat suç şüphesi ile karşı karşıya kalan kişinin müdafî seçebilecek durumda olmadığını bildirmesi veya CMK m. 150, 74, 101, 204 ve 247 de belirtilen durumların varlığı halinde müdafî atanması zorunlu olmaktadır.

Seçilmiş müdafî ile değil de atanmış müdafî ile savunma söz konusu olduğunda; uygulamada bazı olumsuzluklarla karşı karşıya kalındığı görülmektedir. Gerçekten de barolar tarafından atanan müdafiler daha çok mesleğe yeni başlayan kişiler arasından seçilmektedir. Atama baro tarafından düzenlenen gönüllü listesi içerisinde yer alan müdafiler arasından yapılmaktadır. Savunma görevini üstlenen gönüllü listesine kayıtlı müdafiler kısa bir eğitimden geçmekte ve bu eğitim savunma görevinin tam ve sağlıklı olarak yerine getirilmesi için yeterli olamamaktadır. Bu olumsuzluklara rağmen müdafî atanmasını zorunlu kılan hallerin yeni CMK ile genişletilerek düzenlenmiş olması çağdaş ceza muhakemesi açısından atılmış önemli bir adım olmuştur.

2. Savunma Hakkı Kavramı

Savunma hakkı dar ve geniş olarak iki anlam taşımaktadır. Dar anlamda savunma hakkı suç işlediğinden şüphe edilen kişinin yüklenen suça karşı cevap verebilme hakkıdır. Dar anlamda savunma hakkından bahsedildiğinde sadece sanık vasfı taşıyan kişinin savunma hakkı anlaşılmaktadır. Geniş anlamda savunma hakkı ise iddia ve isnatta bulunmak

ve iddia ve isnadı karşılamak hakkıdır. Geniş anlamda savunma hakkı sadece sanığın bir hakkı değil, iddia ve isnatta bulunan kişiye de tanınmış olan bir haktır.²² Bu bağlamda savunma hakkını sadece ceza muhakemesi hukuku ile sınırlandırarak sadece sanık için bu hakkı kabul etmek mümkün değildir. Savunma hakkı tüm muhakeme hukukunu ilgilendirmekte ve hakkın sahibi bir tek davalı kişi veya kişiler olmamakta, hem davacı hem de davalı kişi veya kişiler olmaktadır.²³

Ceza muhakemesinde ise; genellikle savunma hakkı denilince sadece şüpheli ve sanığın savunma hakkı göz önüne alınmakta, ağırlıklı olarak bu kapsamda düzenlemelere yer verilmekte ve müdahil tarafın savunma hakkına sahip olduğu göz ardı edilmektedir. Fakat savunma hakkını geniş anlamıyla ele aldığımızda müdahil tarafın da savunma hakkına sahip olduğunun kabul edilmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Modern ceza muhakemesi savunma hakkını sadece şüpheli ve sanık açısından kabul etmemeli, bu haktan sanık yanında mağdurun da yararlanması gerektiğini ortaya koymalıdır. Çünkü söz konusu “mahsusu hak” bir insan hakkıdır ve suçların büyük çoğunluğunda suçun mağduru insandır.²⁴ Ceza Muhakemesi Kanunumuzda savunma başlığı altında sadece şüpheli ve sanık açısından düzenlemeler getirilmesine rağmen mağdur, suçtan zarar gören ve katılan için de şüpheli ve sanık için getirilen hükümlerle benzer düzenlemelere yer verilmiştir.

²² HAFIZOĞULLARI: Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı, s. 21

²³ HAFIZOĞULLARI: Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı, s. 21

²⁴ HAFIZOĞULLARI: Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı, s. 21

5271 sayılı CMK' nın, "Genel Hükümler" başlığını taşıyan birinci kitabının altıncı kısmında "Savunma" başlığı altında şüpheli ve sanık açısından savunma hakkı düzenlenmiş; mağdur, şikâyetçi, davaya katılması halinde ise suçtan zarar gören için de "Mağdur, Şikâyetçi, Malen Sorumlu, Katılan" başlıklı dördüncü kitabın birinci ve ikinci kısmında (savunma başlığı altında olmasa dahi) çeşitli düzenlemeler getirilerek, söz konusu sùjeler geniş haklarla donatılmıştır.

Özellikle şikâyetçi, mağdur ve davaya katılması halinde suçtan zarar görenin vekilinin bulunmaması halinde, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda; baro tarafından kendisine bir avukat görevlendirilmesini isteme hakkı olduğu, şikâyetçi, mağdur ve davaya katılması halinde suçtan zarar görenin çocuk, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malul olması ve vekilinin bulunmaması durumunda istemi aranmaksızın bir avukat görevlendirileceği ifade edilerek, şüpheli ve sanık yanında, mağdur, şikâyetçi ve davaya katılması halinde suçtan zarar görenin de savunma hakkından etkin biçimde yararlanmasının sağlanması amaçlanmıştır.²⁵ Fakat halen 5271 sayılı CMK, 353 sayılı ASMUK, 3713 sayılı TMK gibi yürürlükteki pek çok kanunumuzda

²⁵ 1412 sayılı mülga CMUK' ta bu yönde bir düzenleme mevcut değildi. Yürürlükteki 5271 sayılı CMK ile şikâyetçi, mağdur ve davaya katılması halinde suçtan zarar görenin vekili bulunmuyorsa istem halinde baro tarafından avukat görevlendirileceği hükmü getirilmişti. Daha sonra 5271 sayılı CMK' nın 234 ve 239. maddelerinde 24.07.2008 tarihli ve 5793 S.K. ile değişikliğe gidilerek; "şikâyetçi, mağdur ve davaya katılması halinde suçtan zarar gören açısından işlenmiş olan suçun cinsel saldırı suçu veya alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektirmesi ve vekilinin bulunmaması durumunda istem halinde baro tarafından avukat görevlendirileceği hükmü getirilmiştir.

savunma hakkını kısıtlayıcı ve müdafinin bağımsızlığını zedeleyici pek çok hükümler bulunmaktadır.²⁶

Konuya başka bir açıdan yaklaşacak olur isek, savunma hakkı hukuk devletinin en önemli unsurlarından biridir.²⁷ Savunmanın gereği gibi yapılabilmesi için tüm koşulların sağlanması hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Savunma hakkı özellikle toplum vicdanının sağlanması açısından büyük önem arz etmektedir. Savunma yapılması ceza muhakemesinin amacına ulaşması için olmazsa olmaz bir zorunluluktur.²⁸ Toplum, hukuk düzenine aykırı davranışta bulunanları cezalandırarak adaleti sağlamayı hedefler. Bu nedenle de adaletin gerektiği şekilde sağlanabilmesi için gerçekten suçlu olan kişinin cezalandırılması gerekir. Sanık; ceza muhakemesinde, suç işlediği hususunda hakkında kuvvetli şüphe bulunan kimsedir. Şüphenin ortadan kaldırılması için savunma şarttır.²⁹ Sanık ne kadar affedilmez bir fiil işlemiş olursa olsun yine de sanığa kendisini savunabilmesi için mutlak surette savunma hakkı tanınmalıdır. Çünkü sanığın suçsuz olmasına rağmen ceza alması veya hak ettiğinden daha fazla bir ceza ile karşı karşıya kalması toplum vicdanını yaralayacaktır. Suç işlediği hususunda kuvvetli bir şüphe ile karşı karşıya kalan kişiye savunma hakkı verilmez ise suçsuz bir kişinin haksız biçimde cezalandırılması söz konusu olabilecektir. Bu durumda savunmanın adaletin sağlanması hususundaki

²⁶ KOCAOĞLU: Devlet Sistemlerine Göre Savunma Hakkı ve Müdafî, ABD, 2010 / 2 s.137

²⁷ ER: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Hukukumuzda Sanık Hakları, Ankara, 2002, s.152

²⁸ FEYZİOĞLU : Savunma Hakkına İlişkin İki Soru: Savunma Hakkı Kutsal mıdır? Duruşma Salonunda Müdafî ve Sanık Yan Yana Oturabilir mi? ABD, 2009 / 1 , s.22

²⁹ KUNTER/YENİSEY: a.g.e, s. 202

işlevselliği ortadan kalkacaktır. Bu durum savunmanın adaletin sağlanması açısından olmazsa olmaz bir işleve sahip olan bir mekanizma olduğunu ortaya koymaktadır. Bu nedenle de 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.³⁰

Savunma hakkının temelinde suçsuzluk yatmaktadır. Hukukumuzda suç nedeniyle takip edilen kişinin suçluluğu kesin bir hüküm ile sabit olmadıkça, suçsuz sayılacağı anlamına gelen “suçsuzluk karinesi” ile sanığa kendisini savunması için imkân verilmektedir.³¹ Anayasanın 36. maddesinde temel hak olarak düzenlenmiş bulunan savunma hakkı suçsuzluk karinesinin bir sonucu olarak değerlendirilmektedir.³² Bu durumda savunma hakkının dayanağı kişinin masum oluşu olmaktadır.³³ Böylelikle de kişinin üzerinde suç işlediği yönünde kuvvetli şüphe bulunsa dahi suçluluğu sabit olmadıkça suçlu sayılamayacağı ifade edilmiştir. Hukukumuzda kabul gören “suçsuzluk karinesi” gereği, amacı hukuki yollarla maddi gerçeğe ulaşmak olan ceza muhakemesi hukukunun etkin bir biçimde doğru sonuca ulaşmasının sağlanması ancak savunma hakkının etkin bir biçimde kullanılması ile mümkün olacaktır.

³⁰ FEYZİOĞLU : Savunma Hakkına İlişkin İki Soru: Savunma Hakkı Kutsal mıdır? Duruşma Salonunda Müdafî ve Sanık Yan Yana Oturabilir mi?, s. 23

³¹ BAYILLIOĞLU: Savunma Hakkının Etkin Kullanımı Bakımından Müdafîin Önemi, s.43

³² FEYZİOĞLU: Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, AÜHFD, Yıl: 1999, C.48,S. 1-4, s. 140

³³ ÖZGENÇ / ŞAHİN: İddia ve Savunma Hakkı, GÜHFD, III, 1999 / 1-2, s.88

3. Savunma Hakkının Hukuki Niteliği

Savunma hakkı kamusal nitelikte bir haktır. Hukuk devleti ilkesi insan hakları kavramının toplumsal hayatta etkin bir biçimde ortaya çıkmasına paralel olarak 18. yüzyıldan itibaren Kıta Avrupa'sında gelişmeye başlayarak tüm dünyaya yayılmış olan bir ilkedir. Kısaca hukuk devleti, hukuk kurallarına göre yönetilen bir devlet rejimidir. Bu devlet rejiminde devletin tüm faaliyetlerinin hukuka bağlı olması esastır. Bu bağlamda; hukuk devleti ferde en geniş teminatı sağlayan devlet düzeni demektir. Savunma hakkı da hukuk devletinde ferde sağlanmış olan teminatlardan sadece birisidir. Savunma hakkı devlete ödev yükleyen, kişiye isteme hakkı veren temel bir haktır. Savunma hakkını soyut bir hak olarak düşünmemek gerekir. Gerek uluslararası gerekse ulusal düzenlemelerde savunma hakkından sürekli olarak bahsedilerek güvence altına alınmış ve uluslararası belgeler, anayasalar ve yasalarda savunma hakkı somut olarak yer almıştır.³⁴

20. Yüzyılın ikinci yarısından sonra "İnsan Hakları" devletlerin içişleri olmaktan çıkmış, tüm insanlığın ortak değeri olarak kabul edilmiştir.³⁵ 1945 yılında Birleşmiş Milletler Antlaşması imzalanmış ve insan hakları konusunda bağlayıcılığı olan çok büyük bir adım atılmıştır. Türkiye de 15 Mayıs 1946 yılında bu antlaşmayı onaylayarak antlaşmaya taraf olmuştur. Bu gelişmelerin sonrasında insan hakları konusunda bir adım daha ileri gidebilmek için "İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi" Birleşmiş Milletler

³⁴ ÇELENK: Savunma Hakkı Ve Ceza Yargılamasında Savunma Sorunları, ABD, 1990/2, s.218

³⁵ KAYNAK: Uluslararası Sözleşmeler Işığında "Adil Yargılanma Hakkı" ve İç Hukukumuzla Karşılaştırması, ABD, 2007/1, s. 120

Genel Kurulunda kabul edilerek 10 Aralık 1948 tarihinde yayımlanmış ve insan haklarının toplumlar üzerinde etkin olabilmesi için önemli bir aşama kat edilmiştir. Beyannamede özellikle ceza hukuku ve ceza muhakemesine ilişkin bazı ilkeler ortaya konmuştur. Beyannamenin 10. maddesinde gerek medeni gerekse de ceza muhakemesinde bağımsız-tarafsız mahkeme önünde hakkaniyete uygun (adil) duruşma hakkı öngörülmüştür. Bu bağlamda, beyanname insan hakları açısından çok büyük güvenceler getirmiş ve savunma hakkının niteliğini 11/1 maddesinde açıkça belirtmiştir. 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 11/1 maddesinde; bir suç işlemekten sanık olan herkesin, savunması için kendisine bütün tertibatı sağlanmış bulunan açık bir muhakeme ile kanunen suçlu olduğu tespit edilmedikçe masum sayılacağı belirtilerek savunma hakkının uluslararası hukuktaki varlığı ortaya konmuştur.

Tüm dünyayı etkileyen ve sonucunda siyasal ve ekonomik çöküntülere neden olan 2. Dünya Savaşından sonra, bu savaşın etkilerinin en çok hissedildiği Avrupa'da, insan hakları, ilk derece sorun olarak kabul edilmiş ve 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da on beş devlet tarafından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi imzalanmıştır. Türkiye Cumhuriyeti tarafından 10 Mart 1954 tarihinde 6366 sayılı kanun ile söz konusu sözleşme onaylanmış; daha sonra gelişim sürecine paralel olarak, 11 Ocak 1987 tarihinde 87 / 11439 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile bireysel başvuru hakkı, 12 Aralık 1989 tarihinde de 89 / 14866 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile de Divanın yargı yetkisi tanınmıştır. Tıpkı İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde olduğu gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde de savunma hakkı ile ilgili

düzenlemelere yer verilmiş, genel olarak adil yargılanma hakkı özel olarak da bu kapsamdaki sanık hakları üzerinde durulmuştur. 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 / 2 c maddesinde; kendi kendini savunmak ya da kendi seçeceği bir müdafî ya da bir müdafî atanması için parasal olanaklardan yoksun bulunuyorsa ve adaletin işlevi için gerekli ise mahkeme tarafından atanacak bir müdafîin ücretsiz yardımından yararlanmanın sanığın hakkı olduğu belirtilmiştir.

Dünya coğrafyasında yer alan birçok ülkenin anayasalarında da savunma hakkı ile ilgili düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Savunma hakkı insan haklarının benimsendiği birçok ülkede olduğu gibi ülkemizde de anayasal güvence altına alınmıştır. Nitekim 1876 tarihli Kanuni Esasi' nin 83 ve 1924 tarihli Teşkilatı Esasiye Kanununun da 59. maddelerinde; herkesin mahkeme önünde haklarını savunmak için gerekli meşru araçları kullanabileceği belirtilmiştir.³⁶

1961 ve 1982 Anayasalarımızda da savunma hakkından bahsedilmiş ve sürekli olarak güvence altına alınarak korunmuştur. Gerek 1961, gerekse 1982 Anayasalarımızda savunma hakkına “temel haklar ve ödevler” bölümünde yer verilerek savunma hakkının temel bir hak olduğuna işaret edilmiştir. Savunma hakkı 1961 Anayasamızın 31, 1982 Anayasamızın ise 36. maddesinde düzenlenmiştir. Anayasamızda 03 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun”un 14. maddesi ile adil yargılanma hakkı çerçevesinde

³⁶ CENTEL: a.g.e., s.12

düzenlemeler yapılmış ve Anayasamızın 36. maddesinin birinci fıkrasına “savunma” ibaresinden sonra gelmek üzere “ile adil yargılanma” ibaresi eklenmiştir. Her iki anayasamızda da; herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olduğu ifade edilerek savunma hakkının anayasal güvence altında olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca 1982 Anayasamızın 12. maddesinde temel hakların dokunulmaz, devredilemez ve vazgeçilemez olduğu kabul edilerek temel hakların niteliği ve güvencesi açıkça ortaya konmuştur. Savunma hakkının temel hak olarak Anayasamızda düzenlenmesi savunma hakkına verilen değer ve önemi ortaya koymuştur.³⁷

Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay savunma hakkının temel haklardan olduğunu ve savunma hakkının mutlak suretle işlevsel hale getirilerek etkin bir biçimde kullanılması gerekliliği üzerinde durmaktadırlar. Uygulamada Yargıtay savunma hakkının temel hak olma niteliğini benimsediğinden inceleme konusu olan birçok davada savunma hakkının kısıtlanmasına yönelik fiilleri hukuka aykırılık olarak kabul etmiştir.³⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 08.10.1979 tarih ve 8-303/404 sayılı kararında; ceza muhakemesinin her aşamasında sanığın en önemli hakkının Anayasa tarafından güvence altına alınmış temel haklardan olan savunma hakkı olduğunu kabul ederek savunma hakkının mahiyetini açıkça ortaya koymuştur.

³⁷ DOĞAN: a.g.e., s.57

³⁸ Y.C.G.K. 15.04.2008, 2008/6-70 2008/84, Y.8.C.D. 07.03.2003, 2002/6646 2003/3021

4. Devlet Yönetim Biçiminin Savunma Hakkı Üzerindeki Etkisi

Bir toplumun ceza muhakemesi hukuku ile o toplumun uygarlık düzeyi arasında tam bir denklik ve paralellik vardır.³⁹ Günümüzde temel hak olarak kabul gören savunma hakkına verilen önem devlet yönetim biçimlerine göre farklılık göstermektedir.

İnsanlık tarihinin başlangıcından günümüze kadar farklı toplum ve coğrafyalarda çeşitli devlet yönetim biçimleri benimsenmiştir. Bu süreçte bazı devletler otoritesini sağlamlaştırmak maksadıyla müdahaleci sistemleri benimserken, bazı devletler de özgürlükçü bir yapıya sahip olan devlet yönetim biçimlerini benimsemişlerdir. Farklı yapıları benimsemiş olan devletlerin, seçmiş oldukları yönetim biçimleri neticesinde, hukuk alanlarında da farklılıklar ortaya çıkmış ve bu durum devletlerce benimsenmiş olan ceza muhakemesi sistemlerini de doğrudan etkilemiştir. Otoritesini sağlamlaştırmak maksadıyla müdahaleci sistemleri benimseyen devletlerde iddia ve yargılama faaliyetlerinin tek elde toplandığı, savunmanın izole edildiği “tahkik sistemi” nin benimsendiği ve savunma hakkına gereken önemin verilmediği görülmektedir. Özgürlükçü yapıya sahip devletlerde ise iddia, savunma ve yargılama faaliyetlerinin birbirinden açık surette ayrıldığı, yargılama makamının üstün tutulduğu “itham sistemi” ve tüm muhakeme makamlarının görev bakımından dengede olduğu, yargılama makamının üstün olmadığı, iddia ve savunma makamı ile birlikte gerçeğin araştırılmasına

³⁹ TOROSLU/FEYZİOĞLU: a.g.e., s.6-7

ilişkin yetkilerinin bulunduğu “işbirliği sistemi” nin benimsendiği ve savunma hakkına gereken önemin verildiği görülmektedir.

Demokratik devlet anlayışında birey değerlidir. Demokratik devlet anlayışını benimsemiş olan devlet şeklinde, birey önemli sayılarak devletin varoluş sebebinin birey olduğu ve buna bağlı olarak da devletin birey için var olduğu kabul görmüştür. Bu bağlamda, liberal-demokratik devlet anlayışında bireye olabildiğince çok özgürlük sağlanması ve devletin yetkilerinin sınırlandırılması istenmektedir.⁴⁰

Otoriter devlet anlayışında ise, devletin çıkarları her zaman üstün tutularak bireylerin çıkarları daha geri planda düşünülmüştür. Tarih sahnesinde ortaya çıkmış olan ilk devletler genellikle otoriter yönetim biçimini benimsemişler ve bu seçimin neticesinde de hukuk sistemlerinde de devleti ve devletin çıkarlarını üstün tutmayı amaç edinmişlerdir. Gerçekten de Eski Yunan incelendiğinde; insana insan olarak değer verme ve ona devlete karşı herhangi bir hak tanıyan düşüncelerin o dönemde söz konusu olmadığı görülecektir.⁴¹ Bu bilgi ışığında insan olarak değerli sayılmayan ve devlete karşı herhangi bir hakkı olmayan insanın Eski Yunan’da savunma hakkına sahip olmadığını ve savunma hakkını kullanabilmesi için gerekli vasıtalarla gerekli şekilde faydalanamadığını düşünebiliriz. Fakat Roma gibi demokrasiyi benimsemiş olan devletlerin de tarih sahnesinde yer aldığı görülmektedir. Demokratik anlayışı benimseyen Roma’da yönetim biçimine bağlı olarak hukuk sistemlerinde farklı düşünceler hâkim olmuş ve insana insan olması

⁴⁰ CENTEL: a.g.e., s.10

⁴¹ KAPANİ: Kamu Hürriyetleri, Ankara, 1993, s.17

nedeniyle önem verilerek devlete karşı birçok hak tanınmıştır. Daha sonra da insana devlete karşı birçok hak tanınması ile yetinilmeyerek devlet açısından bu hakların korunması en önemli yükümlülük olarak benimsenmiştir. Bu bağlamda savunma hakkı açısından Roma önemli bir yapı taşı işlevi görmüştür. Savunma hakkı sadece Roma'da yaşayan vatandaşlar için bir hak olarak kabul edilmemiş, savunma hakkı daha geniş tutularak Roma'da yaşayan kölelere dahi savunma hakkı tanınmıştır.

Ortaçağ Avrupa'sı insan hakları ve buna bağlı olarak da savunma hakkı açısından karanlık bir dönemi temsil etmektedir. Ortaçağ Avrupa'sı incelendiğinde; benimsenmiş olan yönetimler neticesinde feodal senyörlerden meydana gelen ayrıcalıklı zümre dışında kalan insanlara hiçbir hak ve hürriyetin, dolayısıyla da savunma hakkının verilmediği veya çok sınırlı oranda verilmiş olduğu görülmektedir.⁴² İnsan hakları ve bu kapsamda savunma hakkının tanınmadığı karanlık dönemden çıkılmasını sağlayan aydınlanma çağı ile birlikte insanın, birçok hakka sahip olduğu gibi savunma hakkına da sahip olduğu düşüncesi hâkim olmuştur. Bu nedenle savunma hakkının günümüz anlamında bir hak olarak kabul görmesinde aydınlanma çağının ve bu çağa damgasını vurmuş olan düşünürlerin rolü çok büyüktür. Yakın tarihimizde ise savunma hakkının yok sayıldığı dönemler, bu hakkın tamamıyla ortadan kaldırıldığı dönemler olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle Almanya'da Nazi, İtalya'da ise Mussolini yönetimlerinin iktidarda olduğu dönemler insan hakları ve buna bağlı olarak da savunma hakkı konusunda karanlık dönemi temsil etmektedir. Almanya' da Nazi ve İtalya'da

⁴² KAPANI: a.g.e., s.27

ise Mussolini dönemlerinde özgürlüklerin kısıtlanmış olması ve buna bağlı olarak da savunma hakkının yok sayılması durumlarını bir kenara koyarsak, günümüzde bir takım aksaklıklar da olsa Nazi Almanyası ve Mussolini İtalya'sındaki bu insanlık dışı uygulamalardan arınması ve savunma hakkı konusunda ulaşılmış olan nokta kültürel demokratik gelişimin zaferi olmuştur.⁴³

Görülüyor ki aynı zaman dilimleri içerisinde varlıklarını sürdüren devletlerde, devletlerin seçmiş oldukları yönetim biçimleri neticesinde savunma hakkının varlığı ve sınırları farklılık arz etmektedir. Demokrasiyi benimseyen devletler; savunma hakkının varlığı ve sınırları açısından daha geniş bir alan belirlerken otoriter yönetim biçimini benimseyen devletler savunma hakkını ya tam anlamıyla yok saymakta ya da insanların tümü için kabul etmeyerek sadece belli bir sınıf için tanınan bir hak olarak görmektedir.

Ülkemiz açısından insan hakları bağlamında savunma hakkı ve savunma hakkının gelişim süreci dikkatle incelendiğinde geline noktanın olumlu olduğunun yadsınamayacak bir gerçek olduğu görülecektir. Bundan sonra yapılması gereken tek şey, savunma hakkının işlevselliğini arttırabilmek için gerekli düzenlemelerin yapılmasının sağlanması olmalıdır.

⁴³ CENTEL: a.g.e., s.11

5. Savunma Görevi ve Önemi

Muhakeme hukukunda, iddia makamının görevi, şüpheyi meydana getiren iki ihtimalden birini ileri sürmektir ki; bu ileri sürülen ihtimal tezi oluşturur.⁴⁴ Maddi gerçeğe ulaşılmasında savunma tezin karşısındaki antitezi oluşturmakta, sonuçta bir senteze varılarak maddi sorun çözülmektedir.⁴⁵ Savunma olmadan bir iddiadan söz etmek mümkün değildir. Çünkü savunmanın olmadığı yerde, ortada iddia makamı tarafından ileri sürülen bir tez değil, sadece iddia makamının bir kararı olacaktır. Şayet yargılama neticesinde adil bir hükme ulaşılacak isteniyorsa, hem kabul hem de inkâr hakkında bir sonuca ulaşılması gerekmektedir. Bu anlamda savunma maddi uyuşmazlığı çözmeye yetkili makamın muhakeme sonunda maddi olayın oluş biçimini kavraması ve “vicdani kanaat”⁴⁶inin oluşması açısından büyük önem arz etmektedir. Şayet sağlıklı bir şekilde sonuç ortaya konamaz ise adil bir hükme yaklaşmak imkânsız hale gelecektir.

Ceza muhakemesinde gerçeğin ortaya konulmasında hem bireyin hem de devletin menfaati vardır. Yaşam karmaşık ilişkilerden meydana gelen bir süreçtir. Karmaşık ilişkilerle yoğrulan sosyal yaşamda, suçlu olmayan bir kişi de sanık durumuna düşebilir. Gerçekten suçlu olmayan bir kişinin

⁴⁴ KUNTER: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1981, s.184

⁴⁵ FEYZİOĞLU: Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s.140

⁴⁶ Vicdani kanaat, maddi uyuşmazlığı çözmeye yetkili makamın , muhakeme faaliyeti sonucunda, aklını rehber yaparak ve hukukun koyduğu usul ve esaslar içerisinde kalarak , maddi olayın oluş biçimine dair ulaştığı, kendi açısından şüpheyi yer vermeyen bir kanaatidir. (FEYZİOĞLU: Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara, 2002, s.109)

suçsuzluluğunu ortaya koyabilmesi için savunma olmazsa olmaz bir şart halini almaktadır.

Sanık, suçlu olup olmadığı henüz sabit olmayan, fakat suçlu olduğu yönündeki şüpheleri üzerinde toplayan kimsedir. Sanığın gerçekten suçlu ya da suçsuz olduğunun ortaya konularak bir hükme ulaşabilmesi için savunma, mutlaka gerekli olan bir haktır. Bu nedenle de savunma faaliyetinin etkin bir biçimde yerine getirilebilmesinin sağlanabilmesi için gerekli olan tüm şartların oluşturulması gerekmektedir. Savunmanın, sanığın suçsuzluğunu kanıtlaması yanında, suçlu dahi olsa kanunda işlemiş olduğu suç için öngörülen cezadan daha fazla bir cezaya maruz kalmaması açısından bakıldığında önemi bir kez daha ortaya çıkmaktadır. Sanık gerçekten bir suç işlemiş olabilir, fakat kişinin işlemiş olduğu suç için kanunda mutlaka bir ceza tayin edilmiştir. Suç işleyen kişi işlemiş olduğu suç için öngörülen cezadan daha fazla bir ceza ile karşı karşıya bırakılmamalıdır. Bu durum adaletin sağlanması açısından çok büyük önem arz etmektedir.

Savunma birey açısından olduğu kadar devlet açısından da çok büyük önem arz etmektedir. Her şeyden önce amacı hukuki yollarla maddi gerçeğe ulaşmak olan muhakeme hukukunda maddi gerçeğe ulaşabilmesi açısından savunma önemli bir yapı taşı görevi görmektedir. İşlenmiş olan bir suçtan dolayı birey kadar devlet de sorumludur. Başka bir ifade ile devlet işlenmiş olan bir suç nedeniyle hem zarar gören hem de sorumlu durumundadır.⁴⁷ Devlet işlenmiş olan suç nedeniyle herhangi bir ceza ile karşı karşıya

⁴⁷ KUNTER:a.g.e., s.185

kalmamakta, fakat bireylerin cezası tayin olunurken devletin sorumluluğu da dikkate alınmaktadır.⁴⁸ Bu yönden bakıldığında, ceza muhakemesinde, sadece sanık değil, sanıkla birlikte devlet de yargılanmaktadır.

Ceza muhakemesi bilindiği gibi iddia, savunma ve yargılama olmak üzere üç temel ayak üzerine kurulmuştur. Ceza muhakemesinin sağlıklı olarak işleyebilmesi için bu üç temel ayağın dengeli bir şekilde işlevini yerine getirebilmesi gereklidir. Özellikle iddia ve savunmanın dengeli bir şekilde sürdürebilmesi ile maddi gerçeğe ulaşılarak adalet sağlanabilecek ve toplumun adalet mekanizmasına olan güveninin en üst seviyeye ulaşması bağlamında önemli bir mesafe kat edilmiş olacaktır. Ceza muhakemesi hükmünün kolektif olabilmesi ve herkes yönünden geçerli sayılabilmesi için, muhakemeye katılan süjelerden birinin kendi kanaatini gerçek olarak diğerlerine dayatmaması, aksine hüküm verme faaliyetlerine katılanların düşüncelerini karşılıklı olarak ortaya koymaları gereklidir.⁴⁹ Tek taraflı bir düşünce ile gerçeğe ulaşmak mümkün değildir. Çünkü tek taraflı bir düşünce tekdüze bir yaklaşımı beraberinde getirecektir. Karşılıklı düşüncelerin ileri sürülmesi ve tartışılması ile gerçeğe ulaşmak çok daha sağlıklı olmaktadır ki; düşüncelerin karşılıklı olarak ileri sürülmesi ve tartışılması metoduna “Çelişme Metodu” denmektedir. Günümüzde ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşabilmek için uygar toplumlarda çelişme metodu etkin biçimde uygulanmakta ve bu metodun işlevselliğini daha da arttırabilmek için gerekli olan şartlar oluşturulmaya çalışılmaktadır. Tarih boyunca muhakeme

⁴⁸ KUNTER:a.g.e., s.185

⁴⁹ KEYMAN: Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık, Ankara, 1970, s.24

sürecinde gerçeğe ulaşmak için farklı toplumlarda farklı sistemler benimsenmiş fakat çelişme metodunun hukuki yollarla maddi gerçeğe ulaşmayı kendisine amaç edinmiş olan ceza muhakemesinde en uygun metod olduğu anlaşılmıştır.

Ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşma konusunda en uygun metod olan çelişme metodunun tam ve etkin şekilde uygulanabilmesi için, bu metod içinde önemli bir ayak olan savunmanın gerekli ölçütler içinde yapılması, savunmanın gerekli ölçütler içinde yapılabilmesi için de gerekli olan tüm şartların oluşturulmuş olması gerekmektedir. Çünkü yargılamanın adil yapılabilmesi için bu sürece katılanların sahip oldukları hak ve yükümlülükler açısından eşitlik olması gereklidir. Bunun için de “silahların eşitliği”⁵⁰ ilkesi benimsenerek en kapsamlı şekilde uygulanmalıdır. Bu şekilde gerekli şartlar tam anlamıyla sağlanabildiğinde, çelişme metodu etkin şekilde uygulanabilecek ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması büyük ölçüde sağlanmış olacaktır.⁵¹

Bir başka yönüyle de; uluslararası metinlerde ve çağdaş anayasal düzenlemelerde, kendisine yer bulmuş olan “Adil Yargılanma Hakkı”nın sağlanabilmesi için savunma hakkının etkin bir biçimde kullanılabilmesi önem

⁵⁰ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde belirtilen adil yargılanmanın gerçekleşmesi için gerekli olan ilkelerden biri de “silahların eşitliği” ilkesidir. Fakat Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde “silahların eşitliği” sözcüklerinden oluşan bir tanım yer almamaktadır. Adil Yargılanma Şartlarını düzenleyen m. 6/bent 1’ de “.. hakkaniyete uygun..” yargılama kavramı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yorumları sonucunda “silahların eşitliği” ilkesinin hukuksal temelleri oluşmuştur.

⁵¹ BAYILLIOĞLU: Savunma Hakkının Etkin Kullanımı Bakımından Müdafinin Önemi, s.44

arz etmektedir. Savunmanın etkin biçimde kullanılması için düzenlemeler ne kadar fazla gündeme gelir ve uygulama alanı bulursa, adil yargılanma hakkına da o derecede riayet edilmiş olacaktır.

II. SAVUNMA HAKKININ KULLANILMASINDA MÜDAFİİN KONUMU

1. Müdafî Kavramı ve Tanımı

Savunma ceza muhakemesinin içinde bir kurumdur.⁵² Savunma üzerine atılı olan suçtan haksız olarak zarar görülmemesi için tüm olanakları kullanabilmektir. Üzerine atılı olan suç nedeniyle kişinin haksız olarak zarar görmemesi için savunmanın etkin bir biçimde yapılması ve savunma hazırlanırken de mutlak surette hukuki donanımlara sahip olan kişiden yardım alınarak savunmanın sağlam temellere oturtulması gereklidir. İşte tam bu noktada ceza muhakemesinin temel ayaklarından biri olan savunmanın etkin şekilde yapılabilmesi için müdafîin yardımından faydalanılması durumu karşımıza çıkmaktadır.

Müdafîin kelime anlamı savunan, savunucudur. Her şeyden önce müdafî ile vekil farklı kavramlardır. 5271 sayılı CMK' nın "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinde; müdafî, şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukat, vekil ise katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişiyi ceza muhakemesinde temsil eden avukat olarak tanımlanmıştır. Bu bağlamda müdafî ile ceza davasındaki vekil arasındaki fark üzerinde kısaca durmak yerinde olacaktır: Vekilin kelime anlamı vekâlet

⁵² CENTEL:a.g.e., s.21

sözleşmesi gereği başkası adına işler yapmakla yetkilendirilen kimsedir. Ceza davasında vekil, müdahilin haklarını elde etmesine yardımcı olan avukata denmektedir.⁵³ Müdafî ile vekil arasında sahip oldukları haklar bazında en önemli fark, vekil sadece temsil ettiği asilin haklarına sahipken müdafîin haklarının asilden kaynaklanan hakların çok üzerinde olmasıdır. Başka bir ifade ile vekil asilin haklarına sahipken müdafîin hakları asilin hakları ile sınırlı değildir. Bu nedenle de bu iki kavramın birbiri ile karıştırılmaması gereklidir. Şayet her hukukçu her bir kelimeye farklı farklı anlamlar yüklerse bu durum karmaşaya sebep olur ki; bu da hukuki güven ilkesinin zedelenmesine sebep olarak telafisi imkânsız sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle uygulamada vekil ve müdafî kavramlarının birbirleriyle karıştırılarak yanlış kullanılmaları engellenmeli ve terminoloji sorunu yaratılmamalı ve terimler yerli yerinde kullanılmalıdır.⁵⁴ Müdafî ceza muhakemesinde savunucu görevini üstlenmektedir. Ceza muhakemesinde hukuki yollarla maddî gerçeğe ulaşmak amaç olduğu için bu amacı gerçekleştirmede fonksiyonu olan tüm ayakların sağlam temeller üzerine oturması gerekir. Bu nedenle de savunma ayağının sağlıklı işleyerek maddî gerçeğe ulaşılabilmesi için savunma görevini üstlenen müdafî çok önemli bir sorumluluk düşmektedir. Savunma; iddia ile ortaya konulan delil ve olgulara cevap vererek, bunlara karşı yeni delil ve olgular ileri sürerek hükmü verecek olan muhakeme makamının mevcut olaya farklı bir açıdan bakmasına yardımcı olma suretiyle maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasında kat edilecek olan yolu kısaltacaktır.

⁵³ YURTCAN: Ceza Yargılamasında Müdafî Kimdir, Vekil Kimdir? , İBD 1999 C3, s.73

⁵⁴ ER: a.g.e., s.152

Gerek uluslararası metinlerde, gerekse de Anayasamızda güvence altına alınan ve maddi gerçeğe ulaşmadaki en önemli yapı taşlarından biri olan savunma hakkının teknik bilgi ve birikim gerektirmesi nedeniyle tek başına sanık tarafından kullanılabilmesi mümkün değildir. Bu nedenle teknik bilgi ve birikim sahibi kişiden yardım alınması zorunluluk haline gelmiştir. Ceza muhakemesinde savunmayı teşkil eden ve çağdaş anayasal ve uluslararası metinlerde yer alan, savunma hakkının gerektiği gibi kullanılmasını sağlayan süje müdafidir.⁵⁵ Müdafî tarih sahnesine çıktığı ilk günden günümüze kadar farklı uygulamalarla karşılaşmış, farklı haklara sahip olmuş ve bu bağlamda da muhakeme sürecinde görev almıştır.

Ceza muhakemesinde savunma hakkı, tarihin ilk başlarından beri kamu buyurma gücünü yani “imperium” u elinde bulunduran kişiler ile bunlara nazaran güçsüz olan birey arasındaki verilen mücadele ile gelişmiştir.⁵⁶ Tarih boyunca ceza muhakemesinin gelişimine paralel olarak müdafî kavramı da ön plana çıkmaya başlamış ve savunma ayağında önemli bir görev üstlenmiştir. Ceza muhakemesinde ilk önemli gelişim Eski Yunanda, esas gelişim ise Eski Roma’da sağlanmıştır.

Eski Yunan’da bir ceza muhakemesi söz konusu olduğunda mutlak surette sanığın mahkemede hâkimin önünde hazır bulunması gerekmekteydi. Buna paralel olarak sanığın, savunmasını hâkim önünde bizzat yapması gerekiyordu. Sanık burada sadece akraba ve dostlarından yardım

⁵⁵ BAYILLIOĞLU: Savunma Hakkının Etkin Kullanımı Bakımından Müdafîin Önemi, s.39

⁵⁶ KOCAOĞLU: Devlet Sistemlerine Göre Savunma Hakkı ve Müdafî, s.136

alabiliyordu. Sanığa bu şekilde yardım eden kişiler daha sonra “ Synagone ” ismini aldılar.⁵⁷ Bu gelişmelerin sonrasında muhakemenin taraflarına hâkim önüne çıkmadan önce savunma hazırlayan ve “Legographes” denilen yardımcılara rastlandı.⁵⁸ İşte bu şekilde hâkim önüne çıkmadan önce savunmanın sanık dışında başkaca bir kişi tarafından hazırlanması ile müdafilik ortaya çıkmaya başlamış oldu. Legographes denilen kişinin bu şekilde savunma hazırlayarak bir bakıma günümüz müdafiinin görevini yapabilmesi için hür olması gerekmektedir.

Ceza muhakemesinin esas gelişimini gösterdiği eski Roma’da ise sadece erkekler müdafilik yapabilmekteydi. Kadınların müdafilik yapmaları söz konusu değildi. Çünkü kadınlar önce babalarının, evlenince de kocalarının otoritelerine bağlı olduklarından avukatlığa ehil sayılmazlardı.⁵⁹ Roma’da ceza muhakemelerinin gelişimi incelendiğinde; sürekli ceza mahkemelerinden önceki dönem, sürekli ceza mahkemelerinden sonraki dönem ve Jüstinyel’ in ölümüne kadarki dönem olarak üç farklı oluşum görülmektedir.

Sürekli ceza mahkemelerinden önceki dönemde aralarından herhangi bir ayrım olmadan sanıklar mahkemede kendilerini savunabiliyorlardı. Sadece bir yakınlarıyla mahkemeye gelebiliyorlardı. Sanığı koruyan onu mahkemede temsil eden yardımcı kişiler sonradan ortaya çıktı. Ceza davalarında tarafların sahip olabilecekleri bu yardımcılar üç sınıfa

⁵⁷ EREM: Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi, ABD, 1990/2, s.206

⁵⁸ EREM: Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi, s.206

⁵⁹ EREM: Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi, s.208

bölünüyordu: Patroni, advocati, laudatores.⁶⁰ Patroni sanık adına sözlü olarak veya başka işlemlerle ve avukat sıfatıyla davayı yürüten kişi demektir.⁶¹ Advocati ise muhakemeye katılmayan sadece mahkemede olmak veya en çok hukuki önerilerde bulunmakla bir tarafa yardımcı olan kişi demektir.⁶² Saniğe yardımcı olan kişilerden laudatores de mahkemede sanığı övücü konuşmalar yapan kimseydi.⁶³

Roma’ da sürekli ceza mahkemeleri döneminde ceza muhakemesinde kendi kendini savunma istisna, patroni adlı hatiplerin yardımından faydalanma kural haline gelmişti.⁶⁴ Sanıklar diledikleri kadar müdafî yardımından faydalanabiliyorlardı. Ama gelenek dörtten fazla müdafî bulunmamasıydı.⁶⁵

Jüstinien’ in ölümüne kadar olan dönemde ise Roma ceza muhakemesinde köklü bir değişikliğe gidilerek itham sistemi terk edilerek tahkik sistemi benimsenmiştir. Yapılan bu sistem değişikliği neticesinde; sanık davanın süjesi olmaktan çıkmaya, yargıç tarafsızlıktan ayrılarak davacı rolüne bürünmeye, savunma da giderek daha fazla sınırlandırılmaya başlıyordu.⁶⁶ Bu dönemde davacı ve davalının kendi davalarını başka bir

⁶⁰ VARGHA: Die Verteidigung In Strafsachen,Wien 1897, s.36 (naklen CENTEL’ den a.g.e., s.24

⁶¹ CENTEL:a.g.e., s.24

⁶² CENTEL:a.g.e., s.24

⁶³ CENTEL:a.g.e., s.24

⁶⁴ CENTEL:a.g.e., s.25

⁶⁵ CENTEL:a.g.e., s.25

⁶⁶ VARGHA: Die Verteidigung In Strafsachen,Wien 1897, s.36 (naklen CENTEL’ den a.g.e., s.26)

kimseden yardım almadan yürütmeleri mümkündü. Ancak taraflar çoğunlukla bir hatip aracılığıyla temsili tercih ediyorlardı.⁶⁷ Bu dönemin belki de en ayırıcı özelliği, müdafiliğin tüm vatandaşlar tarafından yerine getirebilen bir görev olmaktan çıkması, hukuk eğitimi görmüş kişilerce ücret karşılığı yapılan bir meslek haline gelmesidir.

Cermen, Kilise ve İslam hukuklarında ise ceza muhakemesi dini temeller üzerine kurulduğu için dini öğeler muhakeme sisteminde belirleyici rol oynuyordu. Cermen hukukunda önemli olan maddi gerçeğin ortaya çıkarılması değil, hangi tarafın daha inandırıcı açıklamalarda bulunduğuydu.⁶⁸ Mahkemelerde hatip denilen kişiler bulunuyor, sanıkların sözcüsü gibi hareket ederek herhangi bir ücret almıyorlar ve sadece bir celsede görev alıyorlardı. Daha sonra hitabetin önem arz etmesi nedeniyle hitabet para karşılığı yapılmaya başlandı ve tüm muhakeme sürecinde görev alınmaya başlandı. Kilise hukuku dini temellere dayandığından sanığın ıslah edilmesinin sağlanması amaçlanıyordu. Bu nedenle de savunma hakkının kullanılması teşvik ediliyordu. Kilise hukukunda savunma hakkı kabul ediliyor, sanığın müdafii olabiliyor ve müdafinin de savunma yapabilmesi için belgelere ulaşabilmesi sağlanıyordu. Daha sonra Kilise hukukunda maddi gerçeğe ulaşmak için çabalamaktan tamamen uzaklaşılarak sadece işkence ile birleşen engizisyon usulü benimsenmiş ve savunma kavramı etkinliğini yitirmiştir. Buna bağlı olarak da müdafinin muhakeme sürecinde etkinliği ortadan kalkmıştır. İslam Hukukuna da tıpkı Kilise hukukunda olduğu gibi

⁶⁷ CENTEL:a.g.e., s.26

⁶⁸ CENTEL:a.g.e., s.27

dinsel öğeler egemendi. Savunma hakkı kabul görüyor ve savunma hakkının kullanılmasında teknik donanıma sahip kişilerden yardım alınması sağlanıyordu. İslam hukukunda; hukuk öğrenimi görmüş, kendi taraflarının çıkarlarını koruyan ve bir anlamda müdafilik görevini üstlenen kişiler vardı. Bu kişiler vermiş oldukları hizmet karşılığında hizmet alan kişiden ücret almaktaydı. İslam hukukunda, hukuk davalarında vekilin yalnız başına duruşmaya gitmesinin mümkün olmasına karşın; ceza davalarında müvekkilin vekille birlikte duruşma salonunda bulunması gerekiyordu.⁶⁹

Türk hukukunda müdafilik kurumu Osmanlı döneminde ve Cumhuriyet döneminde farklı şekilde karşımıza çıkmaktadır. Osmanlı döneminde hukuk sisteminde Tanzimat dönemine kadar İslam hukukunun etkileri ağır şekilde hissedilmiştir. Tanzimat döneminden sonra ise batılı ülkelerin kanunları örnek alınarak Nizamiye Mahkemeleri kurulmuş ve müdafî kavramı ilk kez 1869 tarihli Dersaadet Mülhakatının İdare-i Zabıta ve Mülkiye ve Mehakimi Nizamiyesine Dair Nizamnamede yer almıştır. Ayrıca zorunlu müdafilik sistemi öngörülmüş ve sanığın akrabaları, arkadaşları, kanunları bilen üçüncü kişiler, bunların bulunmaması durumunda ise mahkeme zabıt kâtipleri arasından müdafî atanarak sanığın savunması yapılmıştır. Cumhuriyet dönemi ile birlikte batılı anlamda kanunlar oluşturularak savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılması sağlanmış ve müdafî geniş yetkilerle donatılmıştır.

⁶⁹ CENTEL:a.g.e., s.30

Yakın tarihimizde; 1789 Fransız Devrimi dünyayı tüm konularda etkilediği gibi hukuk konusunda da olumlu yönde etkilemiş ve ceza muhakemesinde tahkik sistemi tamamen terk edilerek itham sistemine dönüş sağlanmış, daha sonra da modern devlet anlayışı ve hukuk devleti anlayışının ceza muhakemesine egemen olması ile itham ve tahkik sistemin olumsuz yönlerinin ayıklandığı, olumlu yönlerinin bir araya getirildiği işbirliği sistemi kabul görmüştür. Buna bağlı olarak da maddi gerçeğe ulaşmak için savunma kavramı üzerinde durularak müdafî tekrar muhakeme için önemli bir yapıtaşı haline gelmiştir.

2. Müdafîin Konumu

Genel Olarak

Müdafî kural olarak savunma görevini yerine getirirken bağımsızdır. Bağımsızlık geniş anlamıyla hiçbir makam veya yerden emir - talimat almama, bir yere bağlı olmama ve buna bağlı olarak da özgürce hareket edebilmektir. Ceza muhakemesi açısından bağımsızlık ise; hukuk kurallarının tanıdığı olduğu sınırları aşmadan hiçbir makam veya yerden emir almadan ve bir yere bağlı olmadan özgürce hareket edebilmektir. Müdafîin bağımsızlığı, hukuk kuralları çerçevesinde emir ve talimat almadan mesleği icra etmesidir. Bağımsız müdafî hukuk devletinin vazgeçilmez unsurlarından birisidir.⁷⁰ Müdafî üstlenmiş olduğu savunma görevini yerine getirirken, hiçbir emir ve talimata maruz kalmadan görevini ifa ederse savunma hakkının en etkin şekilde kullanılması sağlanmış olur. Bağımsızlık hukuk devletinin

⁷⁰ ÖZKAN: Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir, 1999, s.1

unsurlarından biridir. Hukuk devletinin otoritesini sınırlandırması gerekir ve bu da ancak güçlü ve bağımsız bir savunmayla mümkündür.⁷¹ Anayasa' nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi bağımsız müdafiliğin en önemli güvencesidir. Fakat Anayasa' da açıkça savunma organının bağımsızlığını düzenleyen bir kuralın olmaması eksikliklerdir. Çünkü bir suçla suçlanan ve cezalandırılma tehlikesi ile karşısında bulunan kişiyi savunan organın bağımsızlığı, Anayasa'da açıkça güvencelenmeye değer bir kurumdur.⁷² Kanun koyucu müdafiliğin bağımsızlığı konusunda Anayasa' nın 2. maddesi ile getirilen güvence ile yetinmeyerek Av.K.' da değişiklik yapan 4667 S.K. ile; Av.K. m. 1' de değişikliğe gidilerek; avukatın yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil edeceği belirtilmiştir. Böylece mesleğin bağımsızlığı belirlenirken yargının üç temel ögesinden biri olduğu ifade edilmiş ve iddia-savunma-hükümden oluşan yargılama diyalektiğinin eşit değerdeki üç ögesi arasındaki yeride açıklığa kavuşturulmuş olmuştur.⁷³ Bu düzenleme ile, gerek Anayasa gerekse de Avukatlık Kanunu' nda yer almış olan bağımsızlık ile savunma hakkı için çok önemli bir güvence sağlanmıştır.

a) Müdafinin Şüpheli ve Sanık Karşısındaki Konumu

Ceza muhakemesinde müdafinin şüpheli ve sanığın emir ve talimatı altında hareket etmez. Müdafinin tam anlamıyla bağımsızdır. Fakat uygulamada müdafinin şüpheli ve sanık karşısında tam anlamıyla bağımsız olmadığı,

⁷¹ ÖZKAN: a.g.e., s.102

⁷² CENTEL:a.g.e., s.53

⁷³ SAV: Savunma Mesleği Bir Kamu Hizmetidir, ABD, 2010/1, s.134

savunma görevini yerine getirirken şüpheli ve sanığın yönlendirmesinin etkili olduğu bu durumun da bağımlı bir ilişkiye sebebiyet verdiği görülmektedir. Bu bağlamda düşünülecek olursa müdafinin şüpheli ve sanık için savunma faaliyetini yerine getirmesi ve bu anlamda şüpheli ve sanık için savunma yapması müdafinin şüpheli veya sanığa bağımlı olmasını beraberinde getirmektedir. Fakat bu sadece yüzeysel olarak mevcut durumun irdelenmesinden kaynaklanmaktadır. Çünkü şüpheli ve sanık için savunma faaliyetini yerine getiren müdafi muhakeme işlemlerinde hiçbir talimata bağlı olmadan serbestçe savunma hakkının verdiği sınırlar içerisinde görevini yerine getirmektedir. Şüpheli veya sanığın müdafi seçmesi veya herhangi bir süre sınırlaması olmadan dilediğinde azledebilmesi müdafinin şüpheli ve sanığın emri altında savunma görevini yapacağı anlamına gelmez. Nasıl şüpheli ve sanık dilediğinde müdafi azledebiliyorsa müdafi de dilediğinde üstlenmiş olduğu görevi bırakabilir.

Müdafi üstlenmiş olduğu görev karşılığı şüpheli ve sanıktan ücret almaktadır. Şüpheli ve sanık ile müdafi arasında doğan bu ücret ilişkisi nedeniyle bağımlı bir ilişkinin oluşacağı yanlış bir düşüncedir. Nasıl yargıcın maaşını devletten, noterin ücretini ilgiliden alması bunların bağımlılığını gerektirmiyorsa, müdafinin de ücretini sanıktan alması, sanığa bağlı olmasını gerektirmez.⁷⁴ Ceza muhakemesinde izlenen usul dikkate alındığında; sanık ve müdafi yargılamanın yapılacağı duruşmaya ayrı ayrı tebligat çıkarılarak çağrılmakta ve yargılamanın yapıldığı duruşmada hazır bulunmaktadırlar.

⁷⁴ HABSCHIED: Die Unabhaengigkeit des Rechtsanwalts NJV XV,44 1985-1991(Naklen CENTELDEN:a.g.e., s.54)

Duruşmada hazır bulunan müdafî, sanık savunmasını sunduktan sonra savunmaya eklemek istediği bir husus varsa bu hususların eklenmesi için talepte bulunabilmekte ve sanığın sahip olmadığı bir takım haklardan faydalanabilmektedir. Müdafîin şüpheli ve sanık karşısındaki bağımsızlığını ortaya koyan bir olgu da müdafîin şüpheli ve sanığın lehine olmak koşuluyla şüpheli ve sanığın isteğine aykırı davranabilme hakkının olmasıdır. Muhakeme sürecinde şüpheli veya sanığın bir talebi olmasa bile müdafî savunmayı kuvvetlendirmek için taleplerde bulunabilir, delil bildirebilir ve yargılamanın sanık lehine sonuçlanması için gerekli işlemleri yapabilir. Başka bir ifade ile müdafîin şüpheli veya sanığın izni olmasa dahi şüpheli ve sanık lehine olan hususları bildirme yetkisi vardır. Fakat uygulamada müdafîin bağımsızlığının gerçekten var olup olmadığı tartışılabilir. Özellikle ekonomik durum, bağımsızlığın sağlanabilmesi ile iç içe geçmiş bir olgudur. Bir kimsenin tamamen bağımsız olabilmesi öncelikle ekonomik açıdan kimseye tabi olmamasına bağlıdır. Bu nedenledir ki müdafîin bağımsızlığının sağlanması isteniyorsa, öncelikle müdafîin ekonomik açıdan sıkıntılardan uzak tutulması gereklidir.

Gerek uluslararası gerekse de ulusal düzenlemelerde güvence altına alınmış olan savunma hakkının etkin kullanımı için müdafîin yardımından faydalanılması sadece şüpheli ve sanığın yararına olmayıp hukuki yollarla maddi gerçeğin ortaya çıkarılarak ceza muhakemesinin temel amacını gerçekleştirmek anlamında toplumun çıkarına da olan bir durumdur. Çünkü müdafîin görevi hem sanığın savunmasının etkin biçimde yapılmasını

sağlayarak haksız bir ceza ile karşı karşıya kalmasını engellemek hem de maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkıda bulunarak toplumsal adaletin sağlanmasına yardımcı olmaktır.

b) Müdafiiin Diğer Ceza Muhakemesi Süjeleri Karşısındaki Konumu

aa) Müdafiiin İddia Makamı Karşısındaki Konumu

Ceza muhakemesinde müdafii iddia makamı olan savcı karşısında tamamen bağımsızdır. Hiçbir surette savcıdan talimat almaz, savcı tarafından yönlendirilemez ve reddedilemez. Zaten savcı ile sanık arasında kuvvet dengesinin kurulabilmesi için müdafii atandığına göre ve bu dengenin varlığı çelişme metodunun şartı olduğuna göre müdafiiin savcı karşısında tam anlamıyla bağımsız olması şarttır.⁷⁵ Kuvvet dengesinin kurulabilmesi için savcının, müdafiiin görevi yerine getirmesine etki etmemesi gerekir. Bir kişinin başka bir kişinin emir ve talimatı altında olması için o kişinin hiyerarşik astı olması gerekir ki müdafii ile savcı arasında bu yönde bir hiyerarşik bağ söz konusu değildir. Bu durumu göz önünde tutan kanun koyucu; gerek Ceza Muhakemesi Kanunu' nda gerekse de Avukatlık Kanunu' nda savcının müdafie etki edebileceği hususunda bir düzenlemeye yer vermemiştir.

Müdafiiin savcı karşısında bağımsız olabilmesi için muhakemedeki yetkilerinin onunkinden az olmaması gerekir.⁷⁶ Ancak müdafiiin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması hakkının soruşturmanın amacını

⁷⁵ CİHAN/YENİSEY: Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1996, s.144

⁷⁶ CENTEL:a.g.e., s.53

tehlikeye düşürecek olması durumunda, Cumhuriyet Savcısının istemi üzerine hâkim kararı ile sınırlandırılabilir (CMK m. 153/2, TMK m. 10/d). Bu durum ile savcının müdafii etki altında tutabildiği gibi bir hükme ulaşmak doğru bir yaklaşım değildir. Çünkü kanunda belirtildiği üzere, soruşturma safhasında müdafinin dosya içeriğini incelemesi ve gerek gördüğü takdirde de dosya içerisinde mevcut belgelerden örnekler alması sadece savcının iradesi ile sınırlandırılmamaktadır. Böyle bir durumda savcının sadece ve sadece talepte bulunma hakkı vardır ve bu tür bir sınırlama ancak sulh hâkiminin sınırlama yönünde bir karar vermesi ile mümkün olmaktadır. Fakat soruşturma aşamasında müdafinin dosya içeriğini incelemesi ve örnekler almasının hakim kararı ile sınırlandırılmasında çerçeve iyi belirlenmelidir. Özellikle savunma hakkının müdafi tarafından etkin şekilde kullanılmasına engel olacak şekilde hareket edilmemeli ve gerçekten soruşturmanın amacını tehlikeye düşürecek bir durumun ortaya çıkması durumunda bu yönde bir sınırlamaya başvurulmalıdır.

Savcının müdafii reddetme hakkı da bulunmamaktadır. Çünkü maddi gerçeğe ulaşmayı amaç edinmiş olan ceza muhakemesinde bu amaca ulaşabilmek için iddia karşısında savunmanın da etkin bir biçimde yapılması gereklidir. Bu savunma da ancak müdahale olmadan, bağımsız olan müdafi tarafından etkin bir biçimde yerine getirildiğinde gerçekleşmiş olacaktır.

Müdafinin savcı karşısında tamamen bağımsız olduğunu destekleyen bir başka düzenleme de; Av. K. m. 58' de yer bulmuştur. Av.K. m. 58/1 uyarınca, müdafinin müdafilik veya Türkiye Barolar Birliği ya da baro

organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işlemiş oldukları suçlardan dolayı haklarında yapılacak soruşturma Adalet Bakanının vereceği izin üzerine suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılabilecektir. Bu durumlarda doğrudan savcının soruşturma yapabilmesi engellenerek Adalet Bakanının izninin soruşturma için gerekli olduğu belirtilmiştir. Bu yönde bir düzenleme getirilerek, müdafinin savcının ceza davası açma tehdidi altında kalmasını önlemek amacıyla, müdafinin savcı karşısında tamamıyla bağımsız olduğu vurgulanmış ve müdafie savcı karşısında güvence sağlanmıştır.

bb) Müdafinin Yargılama Makamı Karşısındaki Konumu

Müdafie savcı karşısında tamamen bağımsız olduğu gibi yargılama makamı olan mahkeme karşısında da bağımsızdır. Müdafinin mahkemeden emir talimat alması, ona tâbi olması düşünülemez. Müdafinin mahkeme karşısındaki bağımsızlığı; kanunları anlama, olayları ve delilleri değerlendirme yorumlama bakımından mahkemeye bağlı olmamasıdır. Müdafie serbest olarak tüm verileri değerlendirerek bağımsız savunmayı yerine getirir. Müdafinin mahkeme karşısında bağımsız olarak savunma görevini yerine getirmesi çelişme metodunun uygulanabilmesi için bir zorunluluktur. Adil yargılamanın sağlanabilmesi ancak bu şekilde mümkün olacaktır. Mahkeme adil yargılamanın sağlanabilmesi için müdafie baskı yapmaktan kaçınmalı ve gerekli serbesti ortamı sağlamalıdır. Çünkü müdafinin genel olarak hiçbir baskı altında kalmaması gerekir.⁷⁷ Bu nedenle de

⁷⁷ ÖZKAN:a.g.e., s.54

mahkemelerin sahip oldukları imkânlarını istisnai durumlarda kullanmaları gerekir. Çünkü iddia ve savunma makamlarının görüşleriyle hükmü etkilemelerine, maddi sorunu çözmeye yetkili makamın ise delil araçlarını en sağlıklı şekilde değerlendirerek doğru akıl yürütmeler yapmasına imkan tanıyan araç “duruşma”dır.⁷⁸ Mahkemeye başkanlık eden hâkimin, ruh hali, özel hayatı ile ilgili durumlar, kişisel husumet ve müdafinin yerinde olmayan hal ve hareketleri gibi durumların mevcut olması mahkemenin müdafie karşı duruşma disiplininin sağlanması için kuralları uygulaması için yeterli olmamalıdır. Ayrıca duruşmada muhakeme devam ederken, müdafinin savunmasını yaparken sözünün kesilmesi, etki altında bırakılmak için baskı altına alınması gibi hareketler mahkemenin takınmaması gereken hareketlerdendir. Duruşmada asıl olarak yargılanan ve savunulması gereken kişi sanıktır ve müdafii savunma hakkından faydalanan sanık adına savunma görevini yerine getirmektedir. Bu sebeptendir ki; savunma hakkının etkin bir biçimde yerine getirilebilmesi için müdafie baskı yapılmamalı ve baskı yapılması halinde bu durumun müdafinin değil sanığın hakkına zarar vereceği unutulmamalıdır.

CMK m. 203 uyarınca, duruşmanın düzeni mahkeme başkanı veya hâkim tarafından sağlanacak, duruşmanın düzenini bozan kişi, savunma hakkının engellenmemesi koşuluyla, mahkeme başkanı veya hâkim tarafından duruşma salonundan çıkarılabilecektir. Söz konusu düzenlemeden anlaşılacağı üzere kanun koyucu müdafinin gerekli olduğu durumlarda duruşma salonundan çıkarılacak kişilerden olmadığını belirtir bir

⁷⁸ FEYZİOĞLU: Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara, 2002, s. 113

düzenlemeye yer vermemiştir. ASMUK m. 143' de savaş halinde duruşmanın düzenini bozan sanık ve müdafilerin mahkeme başkanı tarafından salondan çıkartılabileceği ve birden fazla duruşmadan çıkarılmış sanık ve müdafilerin aynı dava ile ilgili duruşmalara katılamayacağı belirtilerek bu durumdaki sanık ve müdafilerin mahkemenin belirleyeceği süre içinde yazılı savunma verebileceği hüküm altına alınmıştır. Müdafinin duruşmadan çıkarılmasının onun bağımsızlığı ile bağdaşmadığı açıktır. Bu nedenle de duruşmanın düzeninin sağlanabilmesi için, müdafinin duruşmadan çıkarılması yerine duruşmanın ertelenmesi yoluna gidilmesi düşünülmelidir.⁷⁹ Müdafinin duruşma salonundan çıkarılacağı durumlarda ise ; Anayasa m. 141/3 ve CMK m.34/1 uyarınca duruşma salonundan çıkartılması kararı, aynı zamanda yargılama makamını işgal eden heyet tarafından kesinlikle müzakere edilmeli ve eğer müdafinin duruşma salonundan çıkartılacak ise bu karar mutlaka gerekçeli olmalı; gerekçe ise zorlama bir biçimde veya soyut norm tekrarı şeklinde değil, vicdanı tatmin edecek bir şekilde mantıki ve hukuki temelleri ile ortaya konulmalıdır.⁸⁰ Ayrıca müdafinin duruşma salonundan duruşma düzenini sağlamak için çıkarılması yanında, hâkim tarafından sözünün kesilmesi, ceza muhakemesinde sözlü yargılama esas olmasına rağmen savunmanın yazılı olarak yapılmasının istenmesi, mahkeme başkanı veya hâkim tarafından talimat verilmesi, bu şekilde müdafii etkilemeyi amaç edinen hareket ve tavırlar içerisine girilmesinin müdafinin bağımsızlığına en ağır zarar getirebilecek durumlardan olacağı unutulmamalıdır. Nitekim Ceza İşleri Genel Müdürlüğü' nün 01 Mayıs 1986 ve 03 Şubat 1986 tarihlerinde çıkardığı

⁷⁹ CENTEL: a.g.e., s.58

⁸⁰ KOCAOĞLU: Devlet Sistemlerine Göre Savunma Hakkı ve Müdafii, s.139

genelgelerde; duruşmanın düzeninin sağlanabilmesi için mahkeme başkanı veya hâkime tanınmış olan yetkilerin müdafinin bağımsızlığına engel olmayacak şekilde kullanılması gerektiği belirtilerek bu konudaki hassasiyet açıkça ortaya konmuştur. Ayrıca CMK m. 203/3' de; duruşma salonunun dışına çıkarılması durumunda direnç gösteren ve karışıklıklara sebep olan kişilere dört güne kadar disiplin hapsi cezası verilebileceği fakat bu cezanın müdafii için uygulanamayacağı ifade edilmiştir. Bu düzenlemelere paralel olarak Av.K. m. 58' de de müdafinin bağımsızlığını pekiştiren bir düzenlemeye yer verilmiştir. Av.K m. 58/2' de, müdafinin mahkemenin duruşma düzeninin bozulmasına neden olması durumunda dahi, tutuklanamayacağı ve müdafii hakkında hafif hapis ve hafif para cezası verilemeyeceği belirtilerek müdafinin duruşma düzeninin sağlanması konusunda koruyucu hükümler ile ayrıcalıklı bir yere sahip olduğu açıkça ortaya konmuştur. Müdafinin savunma görevini sağlıklı şekilde yerine getirebilmesi için ayrıcalıklı bir konuma sahip olmasına rağmen olumsuz bir durumla karşılaşması durumunda bu durum müdafii tarafından duruşma tutanağına geçirilerek baroya bildirilebilir. Böylelikle de baro tarafından gerekli girişimler yapılarak bu yönde ortaya çıkabilecek olumsuzlukların engellenmesi sağlanabilir. Ayrıca duruşma salonlarının düzeni göz önüne alındığında savunma görevini üstlenen müdafinin iddia makamı olan savcı ve yargılama makamı olan mahkeme karşısında bağımsız ve eşit seviyede olmasına rağmen salon düzeninin bu duruma uygun olmadığı görülmektedir. İddia makamı olan savcı ve yargılama makamı olan mahkemeyi teşkil eden hakimlerin birlikte aynı kürsüde bulunmaları ve savunma görevini üstlenen müdafinin başka yerde olması, hakim ve savcının

aynı kürsüyü paylaşmasının getirdiği alışkanlıklarla hareket etmesi, uygulamada kararın açıklanmasından önce salonun savunma görevini üstlenmiş olan müdafii de dahil olmak üzere boşaltılması ve salonda karar verilirken hakim ile savcının birlikte bulunması uygun bir görünüm olmamaktadır. Ayrıca Silahların Eşitliği İlkesinin uygulanabilmesi için savcının duruşmada sadece müdafii ve sanıkla aynı pozisyonda olmaları değil, aynı zamanda çalışma ofislerinin de hakimlerinkinden ayrı bir yerde bulunması gerekir.⁸¹ Bu nedenle duruşma salonlarının düzeninde ve savcılarının çalışma ofislerinin yeri konusunda olumsuzlukları ortadan kaldıracak bir düzenleme yoluna gidilmesi savunma hakkının etkin biçimde kullanılabilmesi açısından kolaylık getirecektir.

Tabii ki duruşma sırasında geniş yetkiler ve haklarla donatılmış müdafinin duruşma düzenini gerçekten bozmak maksadıyla çeşitli olumsuz tavır ve hareketler sergilemesinin bu koruma kapsamında olduğunu düşünmek yerinde değildir. Her şeyden önce müdafii üstlenmiş olduğu savunma görevini meslek ahlak ve adabına yakışır şekilde yerine getirmek zorundadır. Çünkü bu durum disiplin kuralları ile açıkça belirtilerek uyulmaması durumunda yaptırım ile baş başa kalınacağı ifade edilmiştir. Bu şekilde de duruşma salonunda savunma görevini yerine getiren müdafinin savunma dokunulmazlığının sınırları belirtilmiştir.

⁸¹ AKYAZAN: Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Doğrudan Soru Yönelme (Çapraz Sorgu), Ankara, 2009, s. 387

**c) Müdafiiin Bağlı Olduğu Kuruluş, Üçüncü Kişiler ve Kamuoyu
Karşısındaki Konumu**

aa) Müdafiiin Bağlı Olduğu Kuruluş Karşısındaki Konumu

Müdafii bağlı olduğu baro karşısında bağımsız olmalıdır. Baro her şeyden önce avukatların bağlı olduğu bir meslek kuruluşudur. Baro; üstlenmiş olduğu amaç çerçevesinde hukuk devletinin ve buna bağlı olarak da hukukun üstünlüğü ilkesinin varlığının korunması için görevler üstlenen bir meslek kuruluşudur. Her şeyden önce barolar avukatların katılımıyla meydana gelmektedir. Her avukatın görevini ifa edebilmesi için bölgesi içinde sürekli olarak avukatlık yapacağı yerin baro levhasına yazılması yükümlülüğü vardır (Av.K. m. 66/1). Fakat müdafiiin baro levhasına yazılma zorunluluğunun olması müdafie baro tarafından emir ve talimat verilebileceği anlamına gelmez. Bu, sadece müdafilik yapabilmek için gerekli olan bir ön şarttır.

Müdafii savunma gibi yüce bir görevi yerine getirirken baroya karşı da bağımsız olmalıdır.⁸² Baro müdafie savunmanın ne şekilde yapılacağı konusunda da talimat vermemelidir. Baroların var oluş amacı üyelerinin katı kurallar altında denetlenmesi değil, mesleki gelişimin sağlanması ve üstlenilen görevin özgürce ve hukuka uygun olarak yerine getirilebilmesi için gerekli olan koşulları sağlamaktır.

⁸² KUNTER/YENİSEY:a.g.e., s.435

Müdafii ile baro arasındaki ilişkinin ast-üst ilişkisi olmadığı ve bu nedenle de baroların müdafilere emir veremeyeceklerini belirtmek yanlış olmayacaktır.⁸³ Ayrıca barolar, faaliyetleriyle ve yapmış oldukları düzenlemelerle müdafii ve dolayısıyla savunma hakkını kısıtlama yoluna gidemezler.⁸⁴ Bu yüzden de baroların avukatlar üzerindeki denetim mekanizmasının müdafiiin etki altına alınması ve bu sayede de savunmayı bağımsız olarak yapmasının engellenmesi için kullanılmaması gereklidir. Çünkü bu tür bir baskı savunmanın amacının gerçekleşmesine mutlak surette engel olacaktır. Av.K. m. 134' de; avukatlık onuru, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan avukatların çeşitli disiplin cezaları ile karşı karşıya kalacakları, Av.K. m. 34 ve meslek kuralları m. 4' de de; avukatların uymakla yükümlü olduğu kurallar belirtilerek mesleğin gerektirdiği şekilde davranılması gerekliliği, özel yaşamında da mesleğin gerektirdiği hal ve tavırların sergilenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Avukatlar uymakla yükümlü oldukları kuralları çiğnediklerinde; uyarma, kınama, para cezası, işten çıkarma ve meslekten çıkarma yaptırımları ile karşı karşıya kalabilmektedirler. Savunma görevini yerine getiren müdafilerin bağlı olmak zorunda oldukları baroların meslek ahlakı ve meslek disiplininin sağlanmasındaki katkıları bellidir.⁸⁵ Müdafiiin uymakla yükümlü olduğu kurallara uymaması durumunda alacağı disiplin cezalarından işten çıkarma ve meslekten çıkarma kararlarına karşı öncelikle yargı yolunun kapalı olması ve Av.K. m. 157 uyarınca, Barolar Birliği Disiplin Kuruluna itirazda

⁸³ ÖZKAN:a.g.e., s.59

⁸⁴ HAFIZOĞULLARI: Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı, s.23.

⁸⁵ SAV: Baroların Bağımsızlığı, ABD, 1990/2, s.203.

bulunulabilecek olması, daha sonra Barolar Birliği Disiplin Kurulu tarafından verilen kararın Adalet Bakanlığınca onaylanması veya geri gönderilmesi üzerine Barolar Birliği Disiplin Kurulunca 2/3 çoğunlukla aynen kabul edildiğinde onaylanmış sayılan kesinleşmiş karar için yargı yoluna gidilebilecek olması bağlı olduğu baro karşısındaki bağımsızlığını zedeleyebilecek bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu düzenlemeler ışığında müdafinin baronun sıkı bir denetimi altında olduğu ve bu nedenle de yönlendirmeye açık olduğu düşünölebilir. Bu şekilde yanlış bir sonuç ile karşılaşmamak için baroların kendisine kanun ile verilmiş olan bu tür denetim yetkilerini kullanırken çok dikkatli olması gereklidir. Ayrıca müdafinin maruz kalacağı disiplin cezalarına karşı doğrudan yargı yoluna başvurabilmesinin önünü açacak düzenleme yapılması bağlı olduğu kuruluş karşısındaki bağımsızlığını kuvvetlendirecektir. Ancak bu şekilde müdafinin bağlı olduğu kuruluş olan barodan bağımsız olarak savunma görevini yerine getirmesi kolaylaştırabilecek ve ceza muhakemesinin amacının geręekleşmesi sağlanabilecektir.

bb) Müdafinin Üçüncü Kişiler Karşısındaki Konumu

Müdafinin üçüncü kişiler karşısında da tamamıyla bağımsızdır. Müdafinin görevini üçüncü kişilerin baskılarından uzak bir şekilde yapabilmelidir.⁸⁶ Üçüncü kişilerin müdafinin müdahalede bulunmaları özellikle duruşmanın yapıldığı sırada söz konusu olabilmektedir. Özellikle duruşmada dinleyici ve izleyicilerin müdafinin etkileme çabası içerisine girmelerinin engellenmesi

⁸⁶ KUNTER/YENİSEY:a.g.e., s.435.

duruşma düzeninin sağlanabilmesi açısından çok önemlidir. CMK m. 203' de düzenlenen ve mahkeme başkanı ve hâkime duruşmanın düzenini sağlayabilmek için verilmiş olan yetkilerin kullanılması üçüncü kişilerin müdafii etki altına almalarının engellenmesi açısından oldukça önemlidir. Duruşma sırasında disiplini bozanların başkan tarafından dışarı çıkarılabilmesi, dinleyicilerin müdafii üzerinde baskı yapmalarını da önleyecektir.⁸⁷ Ayrıca CMK m. 182/2' de belirtildiği üzere duruşmanın gerektiğinde gizli yapılabilmesi de dinleyici ve izleyici olarak duruşmada bulunan üçüncü kişilerin müdafii etkilemelerini engelleyebilecektir.

Müdafii üçüncü kişiler tarafından etkilenmesini engellemek amacıyla getirilmiş olan bir başka düzenleme de Av.K.' nın 58. maddesinde yer almaktadır. Av.K. m. 58/1' de; müdafilerin görevlerinden doğan veya görev sırasında işlemiş oldukları suçlardan dolayı haklarında soruşturma yapılabilmesi için Adalet Bakanlığı'nın izin vermesi gerektiği belirtilerek üçüncü kişilerin etkilemelerinin önüne geçmek maksadıyla yaptıkları kovuşturma zorlaştırılarak müdafii üçüncü kişilerin olumsuz baskıları karşısında güvence altında olduğu ifade edilmiştir.

cc) Müdafii Kamuoyu Karşısındaki Konumu

Müdafii kamuoyuna karşı bağımsızdır. Kamuoyuna karşı bağımsızlık kendisine teklif edilen işi reddetme ve özellikle de basın karşısında bağımsızlık olarak kendini göstermektedir.

⁸⁷ TOROSLU: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 1999, s.136

Av.K. m. 37' de; müdafii kendisine teklif edilen işi neden göstermeden reddedebileceği belirtilerek, teklif edilen işi kabul etmesi için hiçbir kişi ve kurum tarafından müdafii baskı altında tutulamayacağı ifade edilmiştir. Böylelikle de müdafie kendisine teklif edilen işi kabul edip etmeme konusunda tam bir bağımsızlık sağlanmıştır. Bu düzenleme ile müdafii etki altında kalma olasılığı engellenmek istenmiştir. Müdafii kendisine teklif edilen işi kabul edip etmeme konusunda tam bir bağımsızlığı olması yanında işi aldıktan sonra da etki altında kalmadan üstlenmiş olduğu işi yerine getirme konusunda bağımsız olması gereklidir.

Günümüzde özellikle müdafii basının baskısına karşı korunması önemli bir sorundur.⁸⁸ Basın, kitle iletişim araçlarını kullanmak suretiyle müdafii savunma görevini sağlıklı şekilde yerine getirmesini engelleyebilir ve hatta müdafii toplumun gözü önünde sanık sandalyesine oturabilir. Günümüzde yazılı, işitsel ve görsel olarak birçok donanıma sahip olan basın, çok etkin bir güç haline gelerek, tüm yaşama etki etmeye başlamıştır. Özellikle televizyon ve internetin toplum hayatında daha fazla yer edinmesi ile basın toplumu yönlendirebilmek açısından çok önemli bir güç haline gelmiştir. Basının sahip olduğu bu etkin güç karşısında müdafii bağımsızlığını korumak müdafii üstlenmiş olduğu görevi yerine getirmesi için gerekli olan bir korumadır. Anayasanın 28. maddesinde; kanun ile belirtilecek sınırlar içerisinde ve sadece hâkim kararıyla muhakeme görevinin amacına uygun biçimde yerine getirebilmesi için yayın yasağı konabileceği belirtilerek bu kapsamda bir güvence sağlanmak istenmiştir.

⁸⁸ CENTEL:a.g.e., s.62

Anayasa’da yer alan düzenlemeyi destekleyen bir başka düzenleme de Basın Kanununun 19. maddesinde yer almaktadır. Basın K. m. 19’ da; hazırlık soruşturmasının başlamasından takipsizlik kararı verilmesine veya kamu davasının açılmasına kadar geçen süre içerisinde, Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme işlemlerinin ve soruşturma ile ilgili belgelerin içeriğinin yayımlanması ve görülmekte olan bir dava ile ilgili olarak hâkim ve mahkeme işlemleri hakkında dava kesin kararlar sonuçlanıncaya kadar görüş yayımlanması yasaklanmış, yayımlayanlar hakkında ağır para cezası uygulanacağı belirtilmiştir.

Anayasa ve Basın Kanununda yer alan düzenlemeler yanında Türk Ceza Kanununun 285 ve 288. maddelerinde de müdafinin kamuoyu karşısındaki bağımsızlığını sağlamlaştırmak için düzenlemeler getirilmiştir. TCK m. 285’ de soruşturma gizliliğinin ihlal edilmesi, kapalı yapılan duruşmadaki açıklama ve görüntülerin gizliliğinin ihlal edilmesi halinde ihlal edenin cezalandırılacağı, soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak damgalanmalarını sağlayacak şekilde görüntülerin yayımlanması halinde yayımlayanın cezalandırılacağı ifade edilmiştir. TCK m. 288’ de de bir olayla ilgili olarak başlatılan soruşturma ve kovuşturma kesin hükümle sonuçlanıncaya kadar savcı, hakim, mahkeme, bilirkişi veya tanıkları etkilemek amacıyla sözlü veya yazılı beyanda bulunan kişinin cezalandırılacağı belirtilmiştir.

Gerek Anayasa gerekse de Basın Kanunu ve Türk Ceza Kanununda yer alan düzenlemeler ile muhakemenin sağlıklı bir biçimde yapılabilmesi ve

muhakemenin sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi için de muhakeme sűjelerinin özellikle de müdafiiin baskı altına kalmaması için gerekli olan hallerde yayın yasağı konabileceğı, muhakeme sürecini etkileyecek fiillerin cezalandırılacağı belirtilerek müdafiiin basının olumsuz baskısına maruz kalması engellenmeye çalışılmıştır. Çünkü sağlıklı bir muhakeme yapılabilmesi için müdafiiin üstlenmiş olduğu savunma görevini baskılardan uzak bağımsız olarak yerine getirmesi gerekir. Bu nedenle de müdafiiin kamuoyuna karşı bağımsızlığının korunması için mevcut düzenlemelerin daha da genişletilerek uygulanması kanımızca yerinde olacaktır.

3. Savunma Hakkı ve Barolar

Barolar avukatlar tarafından oluşturulan bir meslek örgütüdür. Avukatlık mesleğı, niteliğı itibariyle bir kamu hizmeti olmakla birlikte kamu kurum ve kuruluşlarınca yürütölen bir meslek değildir. Bu nedenle de serbest meslek mensubu olan avukatlar tarafından yürütölen bir mesleki faaliyetin yürütme ve ona bağılı organlarca denetlenmesi veya disiplin altına alınması mesleğinin temel niteliğıyle bağdaşmayacaktır. Fakat avukatlık mesleğinin de, belirli bir disiplin altında yürütölmesi, meslek ilke ve kurallarına tüm meslek mensuplarınca uyulması gerekmektedir. Bu da devletin kişiliğinden ayrı, bağımsız bir meslek örgütünün varlığını zorunlu kılmaktadır.

Baroların olmadığı bir ortamda yapılan savunma faaliyetinin müdafiiin bireysel ahlak anlayışı ile sınırlı olacağı ve kişiden kişiye farklılık göstereceğı şüphesizdir. Bu şekilde olumsuz bir durumun ortaya çıkmaması için kişisel ahlaki değlerlerin üzerinde daha etkin ve düzenleyici bir meslek ahlakının

olması gerekir.⁸⁹ Başkaları adına savunma görevini üstlenen avukatın savunma görevini herhangi bir baskı altında kalmadan yerine getirebilmesi gerekir. Devlet ya da ona bağlı kişi ve kurumların güdümleri altında yapılan savunma, sadece şekli anlamda savunma olacak, bu durumda savunmanın ruhuna aykırı bir duruma sebebiyet verecektir. Bu nedenle avukatların mesleklerini icra etmelerinde bağımsız olmaları gereklidir. İşte bu bağımsızlığı sağlayacak olan da avukatların serbest iradeleri ile oluşturmuş oldukları barolardır.

Barolar mesleki anlayışın, ortak kavramların gelişmesi ve gerçekleşmesi için belirli görevler üstlenmekle birlikte; bireysel mesleki faaliyetlerin denetlenmesi, özen dürüstlük ve doğruluk içinde yapılması açısından da görevler üstlenmektedir. Bu görev Anayasa m. 36' da düzenlenen hak arama özgürlüğünün de bir güvencesidir. Çağdaş, uygar, demokratik ülkelerde barolar, savunma hakkının, hak arama özgürlüğünün, demokrasinin, hukuk devleti ve genel hukuk ilkelerinin etkin şekilde uygulanmasının en önemli güvencelerindendir. Çağdaş demokrasinin en önemli özelliği özgürlüklere dayalı ortamın en geniş anlamda katılımcı bir şekilde sürdürülmesidir. Bu nedenle baroların üst kuruluşları olan Barolar Birliği karşısında da tam bağımsız olarak özgürlüklerin savunucusu olması gerekir.

Ülkemizde kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ilk kez 1961 Anayasasında yer verilmiştir. Bu düzenleme ile yürütmeye ait olan bazı

⁸⁹ DIVRAK/KILIÇ: Savunma Hakkı, İstanbul, 2004, s. 37

yetkiler bu kuruluşlara devredilmiştir. 1961 Anayasasının 122. maddesi ile o güne kadar Adalet Bakanlığının gözetim ve denetimi altında yürütölen avukatlık mesleğinin, o günden sonra meslek kuruluşunun gözetim ve denetimi altında yapılması gerekli hale gelmiştir. Daha sonra 1969 yılında yürürlüğe giren 1136 sayılı Avukatlık Kanunu ile barolar yeniden örgütlenmiş ve Türkiye Barolar Birliği kurulmuştur. Ancak Barolar Birliğinin kurulması ve bu birliğin Adalet Bakanlığının vesayeti altına sokulması, barolara dolayısıyla da avukatlara tam bir bağımsızlığın sağlanmasını engellemiştir. Anayasanın 135. maddesi ile Avukatlık Kanununun 109. maddesinde anayasal ve yasal dayanağını bulan Türkiye Barolar Birliği kamu kurumu niteliğinde meslek üst kuruluşu olarak düzenlenmiştir. Aynı şekilde Barolarda tıpkı Barolar Birliği gibi kanun koyucu tarafından idarenin bir parçası olarak kabul edilmiştir. Bu bağlamda da Barolar Birliği idarenin merkezi yapısı içinde yer alan baroların bağlı olduğu bir kuruluş olarak ortaya çıkmıştır. Fakat baroların bazı idari görevlere ve yetkilere sahip olması onları, devletin idari yapısının bir parçası yapmayacağı gibi, bu idari işlevin devletin idari işleviyle de ilgisi olmadığı açıktır.⁹⁰

Bağımlı baro savunma mesleğinin tam bağımsız olarak yapılamadığını göstermektedir. Bu durumdan da en büyük zararı savunma hakkı ve hak arama özgürlüğü görecektir. Baroların varlık nedeni, meslek mensuplarına güvenceler sağlamak yanında savunmayı bağımsız ve etkin kılmaktır. Bu da hukuk devletin bir gereğidir. Savunma hakkının etkin biçimde

⁹⁰ UÇUM : Baroların İşlevleri ve Barolar Birliği, www.katilimciavukatlar.org/node/62, (Erişim Tarihi: 13.02.2011)

kullanılabilmesi için avukatların mesleklerini özgür bir ortamda gerçekleştirmeleri gereklidir. gerekli olan özgürlüğü sağlayacak ve geliştirecek olan da barolardır. Bu nedenle avukatların devlete karşı bağımsız olması gerektiği gibi bağlı olduğu kuruluş olan baroya karşıda bağımsız olması gerekir.⁹¹

Halen ülkemizde belirli işlemler açısından Adalet Bakanlığının idari vesayeti⁹² altında faaliyetlerini yürüten Barolar Birliğinin bu vesayetten kurtarılması gereklidir. Söz konusu vesayet ortadan kaldırılmadığı sürece savunmanın sınırlarının belirlenmesi idarenin inisiyatifinde olacaktır. Bu şekilde bir vesayet altında Adalet Bakanlığı tarafından yönlendirilmeye açık avukatların mesleğini bağımsız şekilde yerine getirmesi mümkün değildir. Hak arama özgürlüğünün ve bu bağlamda savunma hakkının gerektiği şekilde kullanılabilmesi ve sağlanabilmesi için savunma hakkını kısıtlayan düzenlemelerin ortadan kaldırılması ve Baroların ve Barolar Birliğinin tam bağımsız kuruluşlar haline getirilmesi gereklidir.

Unutulmamalıdır ki; Baroların ve dolayısıyla avukatların kısıtlanması, savunma hakkı ve hak arama özgürlüğünün kısıtlanmasına sebebiyet verecektir.

⁹¹ DIVRAK/KILIÇ: a.g.e., s. 39

⁹² İdari vesayet merkezi yönetim ile yerinden yönetim kuruluşları arasında bütünlüğü sağlayan bir hukuki araçtır. İdari vesayet yerinden yönetim kuruluşlarına tanınan özerkliğin bir istisnasını teşkil etmektedir. (Bkz. GÜNDAY: İdare Hukuku, 6. Bası, Ankara, 2002 s. 74-80)

4. Savunma Hakkı Açısından Müdafinin Önemi

Savunma hakkı adalet tarihinde insanlığın vicdani yargısına dayanan bir haktır ve uluslararası hukukta da savunma hakkının kutsallığı benimsenerek bu yönde düzenlemelere yer verilmiştir. Eski Yunan'da Sokrates kendisinin yargılandığı bir davada kendisini aklamak için değil, sadece gerçekleri ortaya çıkarmak için konuştuğunu söylemiştir. Gerçeklerin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olan savunma hakkı hukuk devletinin en önemli unsurlarından birisidir.⁹³ Savunmanın yapılabilmesi için gerekli olan tüm koşulların sağlanması hukuk devletinin bir gereğidir.

Toplum uygulanmakta olan hukuk düzenine aykırı davranışta bulunanları cezalandırarak adaleti sağlamayı hedefler. Bu nedenle de toplumun hedef edindiği adaleti sağlayabilmesi için gerçekten suçlu olan kişinin cezalandırılması gerekir. Sanık her ne kadar affedilmez bir suç işlemiş olsa da kendisine mutlak surette savunma hakkı verilmelidir. Çünkü sanığın hak ettiği kadar fazla bir ceza alması da toplum vicdanını yaralayacaktır. Bunun yanında suçsuz olan bir kişinin de suç şüphesi altında kalması mümkündür. Bu nedenle suç isnadı altında kalan kişinin şüpheden kurtulabilmesi için savunma şarttır.⁹⁴ Ceza muhakemesinin amacının hukuki yollarla maddi gerçeğe ulaşarak, suçlu suçsuz ayrımını doğru olarak ortaya koymak olduğu hususuna daha önce değinmiştik. Gerçekten de savunma hakkı açısından karanlık dönem olarak adlandırabileceğimiz dönemler dışında, tarih boyunca devletler maddi gerçeğe ulaşabilmek ve suçlu -

⁹³ ER: a.g.e., s.152

⁹⁴ KUNTER/YENİSEY: a.g.e., s.20

suçsuz ayrımını doğru saptayabilmek için, savunma hakkının gereklerine uygun davranarak, seçmiş oldukları devlet yönetim biçiminin etkileri altında sanığa çeşitli haklar tanımışlardır.

Hukuk devleti kavramının devletlerin yönetimlerinde etkin olarak yer almasıyla birlikte insan ve insana bağlı olan tüm haklar tam alarak koruma altına alınabilmektedir. Günümüzde modern devletlerin birçoğunda olduğu gibi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında da hukuk devleti ilkesi benimsenerek 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin nitelikleri sayılırken, Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti insan ve insana bağlı olan tüm değerleri koruma altına alan devlet türüdür. Uluslararası metinlerde özellikle üzerinde durulan “Adil Yargılanma Hakkı” da hukuk devleti olmanın olmaz ise olmaz bir şartıdır. Adil yargılanma hakkının önemli ayaklarından birisi de, savunma hakkının etkin bir biçimde kullanılabilmesi için gerekli olan tüm tedbirlerin alınmasıdır. Savunma hakkının üzerinde niçin bu kadar çok durulduğunun cevabı aslında savunmanın tanımı içerisinde yer almaktadır. Savunmayı; suçlamaya karşı şüpheli veya sanığın yararına yürütülen, sanığı fiili ve hukuki yönden korumayı amaçlayan faaliyet olarak tanımlayabiliriz.⁹⁵

Maddi gerçeğin eksiksiz ve tam olarak ortaya çıkarılabilmesi, savunmanın etkin şekilde kullanılabilir olmasıyla mümkün olacaktır. Maddi (bireysel) savunmada sanık savunmasını bizzat kendisi veya kanuni temsilcileri vasıtasıyla yapabilecektir. Ayrıca savunma faaliyetine iddia

⁹⁵ DOĞAN: a.g.e., s.60

makamı olan savcılık ve yargılamayı yürüten mahkeme de katılacaktır. Fakat sanık dışında savcılık ve mahkeme tarafından yapılan savunma faaliyetinin sanık açısından yeterli olmadığı kuşku götürmez bir gerçektir. Bunun yanında suç şüphesi altında bulunan kişinin savunmasını bizzat kendisinin yapması önünde de kanuni bir engel yoktur. Sadece CMK m. 150' de belirtilen hallerin varlığı , CMK m. 74 uyarınca, şüpheli ve sanığın akıl sağlığının tetkiki, CMK m. 101 uyarınca, şüpheli ve sanık için tutuklama talep edilmesi, CMK m. 204 uyarınca, sanığın davranışları nedeniyle hazır bulunmasının duruşmanın düzenli olarak yürütülmesini tehlikeye sokacağı anlaşılarak duruşma salonundan çıkarılması, savunma bakımından zorunlu görülmeyle oturumun yokluğunda sürdürülmesi, CMK m. 247 uyarınca, kaçak sanık hakkında duruşma yapılması hallerinde ve müdafinin bulunmaması durumunda istek olmasa dahi müdafî görevlendirilecektir. Esasında şüpheli - sanık kendisine yüklenen fiilleri ve olayı ilk derecede yaşayan, bilen ve olayın aydınlatılması için gerekli olacak bilgileri ortaya koyabilecek kişidir. Bu nedenle de ceza muhakemesinde sanığın kendi kendisini savunması konusunda çeşitli imkân ve haklar tanınmıştır.⁹⁶ Fakat hukuki yollarla maddi gerçeğe ulaşmayı kendisine amaç edinmiş olan ceza muhakemesinin tam ve kusursuz olarak işleyebilmesi için, suç şüphesi altında bulunan kişinin bizzat kendi kendisini savunması yeterli olamamakta ve bu olumsuz durum uygulamada sıkça gündeme gelmektedir. Suç şüphesi ile karşı karşıya kalan kişilerin çoğu kez eğitim düzeyleri düşük olmakta ve hukuki konularda yeteri

⁹⁶ ER: a.g.e, s.233

kadar bilgileri bulunmamaktadır. Kaldı ki hiç kimsenin hukuki konulara bir hukukçu kadar hâkim olabilmesi mümkün değildir.

Sanığın yeteri derecede hukuki bilgiye sahip olamaması yanında, bir de suçlama ile karşı karşıya kalmış olması neticesinde büyük bir psikolojik sıkıntı içinde olacağı düşünüldüğünde savunmasını etkin bir şekilde yapamayacağı açık bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Bu hususlar dikkate alındığında sanığın haklarını koruyarak, kendisini gerektiği gibi savunabileceğini düşünmek iyimserlikten öteye geçmeyecektir. Sanığın sanıklık sıfatının getirdiği tedirginlik, küçük düşmüşlük, korku ve utanma duyguları nedeniyle de kendisini gerektiği gibi savunabilmesi imkânsız hale gelecektir.⁹⁷ Sanığın üst düzey bir hukuk eğitimi gördüğünü farz etsek dahi, sanık sanıklık psikolojisi altında ezilecek, soğukkanlılığını koruyamayacak ve bunun neticesinde de savunma faaliyetini gerektiği şekilde yerine getiremeyecektir.

Şüpheli - sanığın kanuni temsilcileri vasıtasıyla da savunmasını yapması yeterli olmamaktadır. Çünkü kendisi ne kadar hukuk ve usul bilgisinden uzaksa, kanuni temsilcileri de o kadar hukuk ve usul bilgisinden uzak olacaktır.

Daha önce değindiğimiz üzere iddia ve yargılama faaliyetleri içinde de savunma niteliğinde faaliyetler vardır. Savcılığın şüphelinin aleyhine olan deliller yanında lehine olan delilleri de toplama yükümlülüğü vardır (CMK m. 160/2). Fakat mevcut düzenleme ile savcılığın şüpheli veya sanığın

⁹⁷ CENTEL:a.g.e., s.9

savunmasında etkin olarak rol oynayacağını düşünmek çok iyimser bir tablo çizmek olacaktır. Savcılığın savunması; şüpheli ve sanık açısından sağlıklı bir savunma değildir. Ceza muhakemesinde iddia faaliyetini yürüten ve suç isnadında bulunan bir makamdan, suç şüphesi altında bulunan kişiyi etkili ve gerektiği gibi savunmasını beklemek pek inandırıcı bir durum olmayacaktır. Çünkü ceza muhakemesinde iddia ve savunma birbirinden tamamen zıt iki görevdir ve sonuçta savcılık makamı kamunun menfaatini korumaktadır.

Ceza muhakemesinde geçerli olan “resen araştırma ilkesi” gereği mahkeme diğer muhakeme makamlarının ortaya koyduğu delil ve belgelerle bağlı olmadan kendisi delil ortaya koyabilir ve ortaya konulmuş olan delil ve belgeleri serbestçe değerlendirebilir. Muhakeme faaliyetleri içinde yargılama faaliyetini yürüten mahkemenin de sanığın savunması hususunda faaliyetleri söz konusu olabilir. Fakat muhakeme faaliyeti içinde mahkemenin sanığın savunmasında gerektiği ölçüde etkili olamayacağı bir gerçektir. Öncelikle mahkemenin sanığı tanımaması, mevcut durum göz önüne alındığında üzerlerindeki ağır iş yükü ve farklı nedenlerle konuya tam olarak hâkim olamamaları neticesinde sanığın savunmasını gerektiği şekilde yerine getirebilmesi mümkün görünmemektedir.

İddia makamı olan savcılık ve yargılama makamı olan mahkemelerin sanığın savunmasını etkin bir biçimde yerine getirebileceğini varsayarsak, sanığın fiili, gerçekten işlemiş olduğu durumunun varlığı halinde sorun ortaya çıkacaktır. Sanık fiili gerçekten işlemiş veya iddia edildiği şekilde işlemiş ise

savcılık ve mahkemenin faaliyetleri sanığın savunması açısından bir değer taşımayacak, sadece mahkûmiyet için verilmiş olan bir çabaya dönüşecektir.

Maddi (bireysel) savunma sisteminin şüpheli veya sanığın savunmasının gerekli şekilde olabilmesi hususunda yeteri kadar etkili olamaması, savunmanın gerektiği şekilde yapılmasını engelleyecek, telafisi imkânsız sorunların çıkmasına neden olabilecektir. Bu nedenle şekli (kamusal) savunma sisteminin benimsenerek, savunmanın bu alanda uzman kişilere bırakılması ile suç şüphesi altında bulunan kişi açısından savunma hakkının etkin biçimde kullanılabilmesi sağlanabilecektir. Çünkü uygulamada görüldüğü üzere savunma alanında uzman kişi olan müdafî vasıtasıyla yapılan savunma daha etkili olmakta ve savunmanın amacının tam olarak ortaya konmasını sağlamaktadır. Müdafî sahip olduğu bilgi ve her şeyden önemlisi hukuki kimliği ile suç şüphesi altında bulunan kişi için yapacağı savunma ve katkı ile maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında çok önemli bir yapıtaşı görevi görmektedir. Ayrıca müdafîin sanık için yaptığı savunma faaliyetini salt birey yararına yapılmış olan bir faaliyet olarak değerlendirmek de doğru değildir.⁹⁸ Ceza muhakemesinde gerçeğin ortaya konulmasında hem bireyin hem de devletin menfaati vardır.⁹⁹ Sanığın savunmasının müdafî tarafından yerine getirilmesi birey yararına bir faaliyet değil, maddi gerçeğe ulaşıldığından toplumun adalet duygusunun güçlenmesi açısından da önemli katkılar sağlayacaktır. Sanık muhakemede kendisini yalnız hissetmeyecek, kendisinin haklarını koruyacak müdafîin yanında olduğunu bilerek muhakeme

⁹⁸ CENTEL:a.g.e., s.10

⁹⁹ TOROSLU/FEYZİOĞLU: a.g.e., s.35

sürecinde daha rahat hareket edebilecektir. CMK m. 149' da bu hassas durum göz önüne alınarak şüpheli veya sanığın soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında müdafinin yardımından faydalanabileceği hüküm altına alınmıştır.

Hukuk sistemimiz, zorunlu müdafilik sistemini şüpheli ve sanık açısından CMK m. 150, 74, 101, 204 ve 247' de belirtilmiş olan durumların varlığı halindeki beş istisna ile sınırlı tutmuştur. İlgili maddelerde düzenlenmiş olan istisnai haller dışında müdafi ile savunmayı, şüpheli, sanık ve kanuni temsilcilerinin iradesine bırakmıştır. Başka bir ifade ile hukuk sistemimizde sadece sayılan istisnai hallerde zorunlu müdafilik sistemi benimsenmiştir. Müdafii bulunmayan şüpheli veya sanığın, çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz olması veya alt sınırı en az beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılması durumlarında şüpheli veya sanığın istemi aranmaksızın kendilerine müdafi tayin edilecektir (CMK m. 150). Ayrıca şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığının tetkiki sırasında (CMK m. 74), şüpheli veya sanığın tutuklanması istenildiğinde (CMK m. 101), sanığın davranışları nedeniyle duruşmanın düzenli olarak yürütülmesinin tehlikeye gireceği anlaşıldığında duruşma salonundan çıkarılarak oturum yokluğunda sürdürüldüğünde (CMK m. 204), kaçak sanık hakkında duruşma yapıldığında (CMK m. 247) müdafi yoksa, şüpheli veya sanığın istemi aranmaksızın kendisine müdafi tayin edilecektir. Alt sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada suç şüphesi altında bulunan kişinin istemi aranmaksızın kendisine müdafi tayin edileceği

5271 sayılı yürürlükteki CMK ile getirilen bir düzenlemedir. 5271 sayılı CMK m. 150' de 5560 sayılı kanun ile yapılan değişiklikle, şüpheli veya sanığın üst sınırı beş yıldan fazla hapis cezası gerektiren suçlardan dolayı kovuşturma ve soruşturmaya maruz kalması halinde istem olmasa dahi bir müdafinin görevlendirileceği ifadesi yerine, alt sınırın beş yılı geçmesi halinde istem aranmaksızın müdafi görevlendirileceği hüküm altına alınmıştır. Bu şekilde 5271 sayılı CMK ile genişletilmeye çalışılan zorunlu müdafilik sisteminde 5560 sayılı kanun ile yapılan değişiklik ile tekrardan daralma yoluna gidilmiştir.

Ayrıca kanun koyucu tarafından şikâyetçi, mağdur, davaya katılması durumunda suçtan zarar gören açısından da CMK m. 234 ve 239' da belirtilmiş bulunan durumların varlığı halinde istem aranmaksızın zorunlu olarak avukat görevlendirileceği belirtilerek savunma başlığı altında düzenlenmemiş olsa da kanımızca savunma hakkının geniş anlamı ile kabul görmesi hususunda önemli bir adım atılmıştır. CMK m. 234 ve 239 uyarınca, mağdur ve suçtan zarar görenin on sekiz yaşını doldurmamış (çocuk) olması, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malul olması durumunda, vekili yoksa, istem aranmaksızın avukat görevlendirilecektir. Bu yönde bir düzenleme getirilmesi, savunma hakkının sadece suç şüphesi altında bulunan kişiler için kabul görmediğini, aksine müdahil tarafın da savunma hakkından etkin biçimde faydalanmasının amaçlandığını ortaya koymaktadır.

Hukuk sistemimizde belli durumlarda zorunlu müdafilik sistemi kabul edilmiş olsa dahi asıl olması gereken, ceza muhakemesinde daha geniş kapsamda zorunlu müdafilik sisteminin kabul görmesi ve müdafî ile savunmanın suç şüphesi altında bulunan kişinin iradesine bırakılmamasıdır. Türk Hukukunda müdafisiz savunma ve muhakeme, eskiye nazaran daha kısıtlı bir çerçevede olsa da varlığını hala sürdürmektedir. Mevcut durum maddi gerçeğe ulaşmayı amaç edinen ceza muhakemesi açısından çelişki teşkil etmekte ve bu nedenle de toplumun adalete olan güveni sarsılabilmektedir.

Başka bir ifade ile savunma hakkının etkin biçimde kullanılabilmesi için ceza muhakemesinin her safhasında şüpheli ve sanığın savunma için müdafîin hukuki yardımından faydalanılması sağlanmalıdır. Bunun yanında ve paralelinde müdafîin savunmayı etkin bir şekilde yapabilmesi için de devletçe gerekli olan tüm tedbirlerin alınması gerekmektedir.

Özellikle duruşma salonunda müdafî ile sanık yan yana oturabilmesi savunma hakkının etkin şekilde kullanılabilmesi açısından önem arz etmektedir. Çünkü müdafîin savunma hakkı kapsamındaki yetkilerini nasıl kullanacağına karar verebilmesi için duruşma sırasında sanık ile sürekli irtibat halinde olması ve istişare etmesi gereklidir. Sanık ile müdafîin yan yana oturmaması müdahil ve vekilinin yan yana oturtulduğu düşünüldüğünde müdafî ve sanığı birbirinden ayıran planlamanın Anayasa m. 36' da İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6' da güvencesi bulunan adil yargılanma hakkının içinde yer alan temel ilkelerden biri olan silahların eşitliği ilkesini de ihlal ettiği

görürecektir.¹⁰⁰ Ayrıca müdahil taraf için sağlanan hakların da savunma hakkının kullanılması ve maddi gerçeğe ulaşma konusunda önemli bir yapıtaşı işlevi göreceği unutulmamalıdır.

¹⁰⁰ FEYZİOĞLU: Savunma Hakkına İlişkin İki Soru: Savunma Hakkı Kutsal mıdır? Duruşma Salonunda Müdafî İle Sanık Yan Yana Oturabilir mi? s. 24

İKİNCİ BÖLÜM

MÜDAFİ OLABİLMENİN ŞARTLARI VE MÜDAFİLİK GÖREVİNİN ÜSTLENİLMESİ

I. MÜDAFİ OLABİLMENİN ŞARTLARI

Genel Olarak

Müdafî; şüpheli veya sanığı savunan, beraat etmesi veya daha hafif bir ceza ile cezalandırılması için çaba gösteren sanık ve kanuni temsilci dışındaki kişidir.¹ Bu kişinin savunma görevini etkin bir şekilde yerine getirebilmesi için savunma konusunda geniş bir bilgi birikimine sahip olması ve uzmanlaşması gereklidir. Uzmanlaşma için de gerek öğrenim gerekse de mesleki gelişimi için iyi bir staj sürecinden geçmesi gereklidir.

1. Avukat Olmak

CMK m. 2' de, "tanımlar" başlığı altında müdafî, şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukat olarak tanımlanmıştır. Başka bir ifade ile her kişinin müdafî olabilmesi kabul görmeyerek müdafîin avukatlık yapmaya yasal olarak yetkisi bulunan kişilerden seçilebileceği ifade edilmiştir.² Fakat AsMUK m. 86' da, müdafîin avukatlık veya dava vekilliği

¹ DOĞAN: a.g.e., s.60

² 1412 sayılı mülga CMUK' un "Müdafilere" başlıklı 137. maddesinde müdafîin avukatlık veya dava vekilliği yapmaya yetkisi olan kişilerden seçilebileceği belirtilmiş iken 5271 sayılı yürürlükteki CMK' da "Tanımlar" başlıklı 2. Madde ve " Savunma" başlıklı 6. Kısım hükümleri ışığında müdafîin sadece avukatlık yapmaya yetkisi bulunan kişiler arasından seçilebileceğinin hüküm altına alındığı ve dava vekili ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir.

yapmaya yetkisi bulunan kişilerden tutulacağı, askeri mahkemenin bulunduğu yerde avukat veya dava vekilinin bulunmaması halinde hukuk fakültesini bitirmiş subayların askeri hâkim, savcı, yardımcılık görevini ifa etmemeleri şartıyla müdafilik yapabilecekleri belirtilmiştir. Yürürlükte olan ASMUK dikkate alındığına avukat yanında dava vekili ve subayların da müdafilik yapabilecekleri yönünde ayrık bir durum ortaya çıkmaktadır.

3499 sayılı mülga Avukatlık Kanununun 01.12.1939 tarihinde yürürlüğe girmesinden önce dava vekâleti ruhsatnamesi almış olan kimseler hukuk fakültesi mezunu olup avukatlık stajını yapmamış olsa dahi dava vekili olabilmekteydi. Bu kimseler davayı takip edebilmekte ve savunma görevini üstlenebilmekteydi. Bu şekilde görevlerini yürüten dava vekilleri avukatların sahip olduğu yetkilere sahip olarak ve avukatın yükümlülüklerinden sorumlu olarak görev yapmaktaydılar. Dava vekili o yerdeki avukatlarla birlikte adli işlemleri yapma bakımından tekele sahipti.³ Dava vekilliği kurumu ayrıntılı olarak ilk kez 1924 tarihli ve 460 sayılı Muhamak Kanununda düzenlenerek; beş yıl süre ile adalet hizmetinde bulunanlara baro bulunmayan yerlerde dava vekilliği yapma yetkisi tanınmıştı. Kanunun verdiği bu yetkiye dayanarak da bu kişilere dava vekilliği ruhsatnamesi verilmişti.⁴

3499 sayılı mülga Avukatlık Kanununun yürürlüğe girmesiyle dava vekâleti ruhsatnamesi verilmesi usulü kaldırılmıştır. Fakat yürürlükte olan 1136 sayılı Av.K. geç. m. 13' de; önceki dönemden kazanılmış hakkı bulunanların durumu düşünülerek beş avukat bulunmayan yerlerde daha

³ KURU: Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul, 2001, C.I., s.841

⁴ KURU: a.g.e. ,s.840

önceden kendilerine tanınmış olan hak uyarınca dava vekilliği ruhsatı olanların o yerin bağlı olduğu baro tarafından tutulan listeye yazılma koşulu ile görevlerine devam edebilecekleri belirtilmiştir. Fakat günümüzde her ne kadar dava vekilliği ile ilgili yürürlükte düzenlemeler bulunsa da uygulamada artık dava vekilliği kurumunun varlığını sürdürmediği görülmektedir. Kanun koyucu bu durumu göz önüne alarak 5271 sayılı CMK' da mülga 1412 sayılı CMUK' tan farklı olarak avukatlar yanında dava vekillerinin de müdafilik yapabileceği yönünde bir düzenlemeye yer vermemiştir. Her şeyden önce müdafilik görevinin yürütülebilmesi için ayrıntılı hukuk bilgisi gerekmekte, bu bilgi de ancak hukuk eğitimi almak ve uygulama bakımından avukatlık stajının yapılarak avukatlık yapmaya hak kazanma ile mümkün olabilmektedir.

Ayrıca AsMUK' ta askeri mahkemenin bulunduğu yerde avukat veya dava vekilinin bulunmaması halinde hukuk fakültesini bitirmiş subayların askeri hâkim, savcı, yardımcılık görevini ifa etmemeleri şartıyla müdafilik yapabilecekleri hüküm altına alınmış olsa da uygulamada subayların müdafilik yapması sıkça karşılaşılan bir durum değildir. Her şeyden önce müdafilik görevini üstlenen subayın bağımsız olarak bu görevini yerine getirebileceğini düşünmek mümkün değildir. Subay bir kamu çalışanıdır ve her zaman etki altında kalabilmesi mümkündür. Kaldı ki uygulamada da askeri mahkemelerde yürütülen muhakeme sürecinde müdafiler avukatlar arasından seçilmekte, subaylar arasından müdafî seçimi yapılması usulü benimsenmemektedir.

Görüldüğü üzere CMK’ da müdafinin sadece avukatlık yapmaya yetkisi bulunan kişilerden seçilebileceği ifade edilirken, AsMUK’ da CMK’ daki düzenleme ile örtüşmeyen ayrık bir düzenleme halen yürürlükte bulunmaktadır. Bu istisnai hali bir kenara bırakacak olursak, müdafilik yapmanın sadece avukata tanınan bir yetki olduğu görülmektedir. Ayrıca CMK’ da mevcut olan düzenlemeye paralel olarak AsMUK’ ta yeni bir düzenleme yapılması ayrıklığın ortadan kaldırılması açısından kanımızca uygun olacaktır.

1136 sayılı Av. K. m. 3’ de “Avukatlığa Kabul Şartları” kenar başlığı altında avukatlık sıfatının kazanılabilmesi için gerekli olan şartlar sayılmıştır:

a) Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşı Olmak

Avukatlık yapacak kişinin öncelikle Türk vatandaşı olması gerekmektedir (Av.K. m. 3/bent a). Anayasa m. 48’ de; “Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti” başlığı altında herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğu belirtilmiş, m.16’ da da “Yabancıların Durumu” başlığı altında temel hak ve hürriyetlerin yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak kanun ile sınırlandırılabilmesi ifade edilmiştir. Anayasa’nın vermiş olduğu sınırlandırma yetkisi ile Avukatlık Kanununda avukatlık mesleğini sadece Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının yapabileceği hüküm altına alınarak yabancı uyrukluların Türkiye’ de avukatlık yapmaları engellenmiştir.

b) Hukuk Öğrenimi Görmüş Olmak

Avukatlık sıfatının kazanılabilmesi için ülke içinde veya dışında lisans düzeyinde hukuk öğreniminin başarı ile tamamlanmış olunması gereklidir. Av. K. m. 3/bent b' de avukatlık sıfatının kazanılabilmesi için Türk hukuk fakültelerinden birinden mezun olunması ya da ülke dışındaki hukuk fakültelerinden birinden mezun olunup da, Türkiye hukuk fakülteleri programına göre noksan kalan derslerden, sınava girilerek başarılı olunması gerektiği belirtilmiştir. Görüldüğü üzere ülke dışında hukuk öğrenimi görmüş olma tek başına yeterli sayılmayarak noksan kalan ders var ise bu derslerden başarılı olma şartı getirilerek, hukuk eğitimi konusunda yeknesaklık sağlanmaya çalışılmıştır. Yürürlükteki Avukatlık Kanunundan önce yürürlükte olan 3499 sayılı mülga Avukatlık Kanunu, Siyasal Bilgiler Fakültesi mezunlarının da eksik kalan derslerini hukuk fakültelerinde başarı ile vermeleri durumunda avukatlık mesleğini yapmalarına olanak sağlamaktaydı. Yürürlükteki 1136 sayılı Avukatlık Kanunu ile Siyasal Bilgiler Fakültesi mezunlarının avukatlık sıfatını kazanabilmelerinin yolu kapatılmıştır. Fakat Av.K. geç. m. 8 ile 1136 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden önce eksik kalan dersleri vermiş olan Siyasal Bilgiler Fakültesi mezunlarının hukuk fakültesi mezunu sayılacağı kabul edilmiştir.

c) Avukatlık Stajını Tamamlamış Olmak

Avukatlık sıfatını kazanacak kişinin hukuk öğrenimi sonucu edinmiş olduğu teorik bilgileri, uygulamada çıkacak uyuşmazlıklara rahat bir biçimde tatbik edebilmesi amacıyla staj eğitimi görmüş olması, stajı tamamlayarak

staj bitim belgesini almış olması şartı getirilmiştir (Av. K. m. 3/bent c). Teori ve uygulamanın bazı durumlarda farklılık göstermesi ve avukatlığın da uygulama üzerine kurulu bir meslek olması nedeniyle, salt hukuk eğitimi almış olmak avukatlık mesleğinin icra edilmesi için yeterli olamamaktadır. Bu nedenle de uygulamayı kavrayabilmek için, sistematik bir eğitim verilerek, altı ay adliye ve altı ay da avukat yanında olmak üzere toplam bir yıllık bir staj eğitiminden geçilmesi yerinde bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵

d) Baro Bölgesinde İkametgâhı Bulunmak

Avukatın levhasına yazılmak istediği baro bölgesinde ikametgâh sahibi olması gerekmektedir (Av.K. m. 3/bent e). İkametgâh, kişinin yaşamında ağırlık merkezini oluşturan iş ve aile ilişkilerinin toplandığı yerdir.⁶ Toplumsal yaşam içinde herkes aile ve iş ilişkilerini belirli bir yerde toplar. Kişi yaşadığı süreçte çeşitli hukuki işlemler yapar ve kendisi de hukuki işlemlere maruz kalır. Bu nedenle kişinin çeşitli hukuki işlemleri yapabilmesi

⁵ 02.05.2001 tarih ve 4667 sayılı kanunla Av.K.' nın 3. maddesine eklenen d bendi ile avukat olabilmek için avukatlık sınavını başarmış olma şartı getirilmişti. Söz konusu sınavın kanunun yayımından sonra avukatlık stajına başlayanlar için uygulanacağı belirtilmiş daha sonra yeniden değişikliğe gidilerek sınavın uygulanma alanı değiştirilmiş ve 10.05.2001 tarihinden önce hukuk fakültelerinde öğrenci olanlar hakkında sınav koşulunun aranmayacağı hüküm altına alınmıştır. Av.K.' nın 3. maddesinin d bendi 28.11.2006 tarih ve 5558 sayılı kanunla mülga edilerek avukat olabilmek için getirilen sınav uygulama alanı bulmadan yürürlükten kaldırılmıştır. Avukatlık sınavını yürürlükten kaldıran madde Anayasa Mahkemesi tarafından 2007/16 E, 2009/147 K. numarası ile 15.10.2009 tarihinde iptal edilmiş ve Gerekçeli Karar 08.01.2010 tarihinde Resmi Gazete' de yayımlanmıştır.

⁶ ZEVLİLİLER: Medeni Hukuk -Giriş Ve Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku- Aile Hukuku, Ankara, 1995, s.331

bakımından belirli bir yer ile ilişkisi olmalı ve bu ilişki sürekli olmalıdır.⁷ Kişinin kendisine karşı yapılabilecek işlemlere karşı tavır alabilmesi, bu işlemlere karşı hakkını kullanabilmesi ve böylelikle de kendisi açısından zararlı olabilecek sonuçları engelleyebilmesi için kendisine yönelmiş olan işlemlerden haberdar olması gerekir. Bu hususun sağlanabilmesi için de kişinin bir yerde sürekli olarak bulunması gerekir. Avukat da çeşitli hukuki ilişkiler içine girer ve ortaya çıkan işlemlerden avukatın haberdar olması gerekir. Bu anlamda avukata mesleğini daha sağlıklı icra edebilmesi ve mesleki açıdan kolaylık sağlanması amacıyla baro bölgesinde ikametgâh sahibi olma şartı getirilmiştir.

e) Avukatlığa Engel Hali Olmamak

Avukatlık mesleğine kabul edilebilmek için kişinin avukatlığa engel bir hali bulunmaması gereklidir (Av.K. m. 3/bent f). Avukatlık Kanununda avukatlığa kabulü engelleyen durumlar açıkça ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre TCK m. 53' te belirtilen süreler geçmiş olsa dahi; kasten işlenen bir suçtan dolayı iki yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmak, kesinleşmiş bir disiplin kararı sonucunda hâkim,

⁷ ZEVKLİLER: a.g.e., s.331

memur, avukat olma niteliğini kaybetmiş olmak, avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışları çevresince bilinmiş olmak, avukatlık mesleği ile birleşmeyen bir işle uğraşmak, mahkeme kararı ile kısıtlanmış olmak, taksiratlı ve hileli müflisler hariç, iflas etmiş olup da itibarı iade edilmemiş olmak (Taksiratlı ve hileli müflisler itibarları iade edilmiş olsa dahi kabul olunmazlar.), hakkında aciz vesikası verilmiş olup da bunun kaldırılmamış olması, avukatlığı sürekli olarak gereği gibi yapmaya engel vücut ve akıl rahatsızlığının olması durumlarında avukatlığa engel halin bulunduğu kabul edilmektedir (Av.K. m. 5).

Av. K.' nın 5. maddesinin 1. fıkrasının a bendi 5728 sayılı kanunla değiştirilerek; eski metindeki taksirli suçlar hariç kesinleşmiş bir kararla iki yıldan fazla veya bir yıldan fazla ağır hapis cezası ifadeleri şeklindeki ayırım kaldırılarak TCK m. 53' te belirtilen süreler geçmiş olsa bile kasten işlenen bir suçtan dolayı iki yıldan fazla süreyle hapis cezası almış olması şeklinde düzenlenmiş, Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, edimin ifasına fesat karıştırma ve suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçları daha önceki düzenlemede tahdidi olarak sayılan suçlara eklenerek avukatlığa engel olacak suçların kapsamı genişletilmiştir. Ayrıca 2. fıkrada 4667 sayılı kanunla yapılan değişiklikle; yüz kızartıcı suçlar daha belirgin hale getirilerek, eski metinden farklı olarak yüz kızartıcı suçlar işleyen için cezanın ertelenmiş veya paraya çevrilmiş olmasının avukatlığa engel hali kaldırmayacağı hükme bağlanmıştır.

f) İyi Ahlak Sahibi Olmak

Avukatın meslek onuru, Anayasa ve kanunlardan başka hiçbir şeye ve kimseye bağlı olmaması, hukukumuzca da benimsenmiş olan evrensel nitelikli mesleki bir özelliktir.⁸Yürürlükte olan Av.K. m. 3' de avukatlığa kabul için iyi ahlak sahibi olmak konusunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat Av.K. m. 5 dikkate alındığında iyi ahlak sahibi olmak kuralının avukatlığa kabul şartları içinde düşünmemizin gerektiğini ortaya koymaktadır. Avukatın ödevleri arasında dürüst olma ve dürüst şekilde görevini yerine getirme yer almakta ve kabul görmektedir. Bu vasıfların bir kişide var olması için kişinin iyi ahlak sahibi olması gereklidir. İyi ahlak sahibi olma şartı sadece mesleğe kabul edilirken bulunması gereken bir şart değildir. Mesleğe kabul edildikten sonra da devamlılık arz etmesi gereklidir. Aksi davranışlar hukuki ve cezai sorumluluğu da beraberinde getirmektedir.

İyi ahlakın karşılığının tam olarak ortaya konamaması sorun olabilmektedir. Çünkü iyi ahlak, coğrafyaya, kişinin toplumdaki yerine, aile yapısına, zamana göre farklı değerler olarak karşımıza çıkabilmektedir. İyi ahlakın karşılığı tam olarak ortaya konamasa da ortalama değerlerin korunması ve bu değerler ışığında avukat tarafından mesleğin icra edilmesi gereklidir.

g) Avukatlık Sıfatını Kaybetmemiş Olmak

Avukatlık sıfatını kaybetme, baro yönetim kurulunun kararı ile levhadan avukat isminin silinmesiyle meydana gelmektedir (Av.K. m. 71/1).

⁸ ÖZKAN: a.g.e., s.113

Hakkında silme kararı verilen avukata, silme kararının tebliğinden itibaren on beş gün içinde Türkiye Barolar Birliğine itiraz etme hakkı tanınmıştır. Hakkında levhadan silinme kararı verilen avukatın Türkiye Barolar Birliğine yapacağı itiraz üzerine, bu kararla ilgili Türkiye Barolar Birliğinin verdiği karar Adalet Bakanlığına ulaştığı tarihten itibaren iki ay içinde karar verilmediği veya onaylandığı takdirde kesinleşmektedir. Adalet Bakanlığı iki aylık süre içerisinde Türkiye Barolar Birliğinin vermiş olduğu levhadan silme kararını yerinde görmez ise bir daha görüşülmek üzere Türkiye Barolar Birliğine gönderebilir. Adalet Bakanlığının levhadan silme kararını yerinde görmeyip tekrar görüşülmesi için Türkiye Barolar Birliğine göndermesi durumunda Türkiye Barolar Birliği Adalet Bakanlığınca gönderilen kararı üçte iki çoğunlukla aynen kabul ederse karar onaylanmış sayılır (Av.K. m. 71/2,3).

Levhadan silinme yaptırımı ile karşı karşıya kalan avukatın silme kararı kesinleşinceye kadar görevine devam edip edemeyeceği hususu önem arz etmektedir. Baro yönetim kurulunun istemi ve bu istem üzerine disiplin kurulunun avukatın faaliyetlerini sürdürmesinde sakınca görerek geçici olarak işten yasaklamadığı sürece hakkında levhadan silinme kararı verilen avukat silme kararı kesinleşinceye kadar faaliyetlerini sürdürme hakkına sahip olacaktır (Av.K. m. 71/4).

Avukatın baro levhasından silinmesini gerektiren durumlar Avukatlık Kanunu'nda tahdidi olarak sayılmıştır. Av.K. m. 72 uyarınca, avukatlığa kabul için kanunun aradığı şartların sonradan kaybedilmiş olması, avukatlık ruhsatnamesinin verildiği tarihte ruhsatnamenin verilmemesini gerekli kılan

sebeplerin varlığının sonradan tespit edilmiş olması, avukatlık sıfatını kazandıktan sonra üç ay içerisinde baro bölgesinde bir büro açılmamış olması veya büronun kapatılmış ya da baro bölgesi dışına nakledilmiş olması, uyarılmasına rağmen kayıtlı olduğu baro bölgesi dışında sürekli olarak avukatlık yapan avukatın çalışmasını sürdürdüğü bölgedeki baroya kaydını yaptırmamış olması, Baro ve Türkiye Barolar Birliğinin yıllık keseneklerinin veya staj döneminde almış oldukları staj kredilerinin tebligata rağmen avukat tarafından geri ödenmemiş olması, avukatın meslekten isteği ile ayrılmış olması, topluluk sigortası primlerinin topluluk sözleşmesinde gösterilen zamanlarda ödenmemiş olması, Av.K. m. 10' da düzenlenen engele rağmen levhaya yazılmış olması durumlarında avukatın levhadan silinmesi gerekmektedir.

Av.K. m. 72' de belirtilen baro levhasından silinmeyi gerektiren durumlara ek olarak m.135/ bent 5 ve m. 74' de belirtilmiş olan bir daha yazılmamak üzere baro levhasından silinme durumları da baro levhasından silinerek avukatlık sıfatının kaybedilmesi sonucunu doğurmaktadır. Av.K. m. 135/ bent 5 uyarınca, Av.K. m. 134' te belirtilen avukatlık onuruna düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uygun hareket etmeyenler hakkında baro levhasından silinme cezası verilebilmektedir.

2. Müdafiliğe Engel Halin Bulunmaması

Kanun koyucu, avukatlık mesleğinin niteliğini göz önüne alarak Avukatlık Kanunu ile avukatlık mesleği ile uyuşmayan ve avukatlık yapmanın yasak olduğu halleri ortaya koymuştur. Müdafî olabilmenin şartlarından ilki

daha önce de değindiğimiz üzere avukat olmaktır. Müdafî avukat olabileceğinden avukatlık yapmanın yasak olduğu durumlarda buna bağlı olarak müdafilik yapmak da mümkün olmayacaktır.

Avukatlık Kanunu'nda avukatlık yapmanın yasak olduğu haller düzenlenmiştir. Av.K. m. 13 uyarınca, bir hâkim ya da Cumhuriyet savcısının eşi, yakınları (usul- fûru üçüncü dereceye kadar) o hâkim veya Cumhuriyet savcısının baktığı işlerde avukatlık yapamayacaktır. Kanun koyucu bu şekilde bir düzenlemeye giderek savunmayı yapacak müdafîin, karar verilirken karar mekanizmasının tarafsızlığını etkileyecek durumları bertaraf etmeyi amaçlamıştır.

Aylık, ücret, gündelik gibi ödemeler karşılığında ifa edilen hizmet ve görevler ile sigortacılık, tacirlik, esnafılık ve avukatlık mesleği ile bağdaşmayacak her türlü iş avukatlık ile uyuşmamaktadır (Av.K. m. 11). Av.K. m.12 ' de belli bir kamu görevi yapanların da tüzel kişiler aleyhinde dava ve iş takibi yapamayacakları belirtilmiştir. Maddede belirtilmiş olan bu yasak kamu görevi yapan avukatların ortakları ve yanlarında çalıştırdıkları avukatları da kapsamaktadır. Örneğin belediye meclisi üyeliği görevini sürdüren bir avukat bu düzenleme gereğince meclis üyeliğini sürdürdüğü belediyeye karşı iş alamayacak ve belediyeye karşı olan işleri takip edemeyecektir.

Bu düzenlemeler ile yetinilmeyerek, adalet mekanizmasının bağımsız ve tarafsız olarak işleyebilmesi için Av.K. m. 14' de avukatlığa engel olacak bir başka hal düzenlenmiştir. Buna göre; Anayasa Mahkemesi üyeleri,

yüksek mahkeme hâkimleri, adli, idari ve askeri hâkim ve savcılar son beş yıl içinde hizmette bulundukları mahkeme veya dairelerinin yargı çevresinde görevden ayrılma tarihinden itibaren iki yıl süre ile avukatlık yapamayacaklardır (Av.K. m 14/1,2). Ayrıca askeri yargı mensupları, savcı ve hâkimleri için de bu yönde bir düzenleme getirilerek; Askeri Yargıtay Başkanı, Başsavcı, İkinci Başkanı, Daire Başkanları ve üyeleri, Milli Savunma Bakanlığı Askeri Adalet İşleri Başkanı, Askeri Adalet Teftiş Kurulu Başkanı, Genel Kurmay Adli Müşaviri, Sıkıyönetim Adli Müşavirleri ve Sıkıyönetim Askeri Mahkemelerinde görevli hâkim ve savcılar ile yardımcılar başka hizmete atanmış olsalar bile bağlı oldukları görevlerinden ayrıldıktan sonra üç yıl süre ile sıkıyönetim askeri mahkemelerinde avukatlık yapamayacaklardır (Av.K. m 14/4). Kanunda bu şekilde bir yasağın öngörölmüş olmasının nedeni, müdafinin daha önceden tanışıklığı olan kişilerin yardımından kolaylıkla yararlanabileceğı izleniminin doğmasından korkulmasıdır.⁹

Bu düzenlemelerden başkaca müdafilik yapmaya engel halin bulunması hususu ile ilgili olarak Av.K. m. 154' de farklı bir durum üzerinde durularak; haklarında meslekten çıkarma cezası verilen veya Av.K. m. 42 uyarınca geçici olarak görevlendirilmiş olup yapılan işlerin ücretini iş sahibinden aldığı halde aynı maddenin son fıkrası uyarınca geçerli bir sebep olmaksızın ilgili mercie ödememiş olan avukatların işten yasaklanmalarının zorunlu olduğu ifade edilmiştir.

⁹ TOSUN: Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri I, İstanbul, 1981, s.508

Müdafilik görevini yerine getirebilmek için avukat olmak zorunlu olduğundan bu durumdaki avukatlar da müdafilik yapamayacaklardır. Anayasa Mahkemesi 01.03.1985 gün ve 1984-12/6 sayılı kararı ile Av.K. m. 154/1' de bulunan düzenlemeyi iptal etmeden önce işten yasaklanmanın zorunlu olduğu haller çok daha geniş kapsamda düzenlenmişti. Anayasa Mahkemesinin ilgili iptal kararından önce 154. madde metninde yer alan haklarında tutuklama müzekkeresi çıkartılan, devletin şahsiyetine karşı veya yüz kızartıcı cürümlerden biri ile haklarında son soruşturma açılmasına karar verilen avukatlar için de işten yasaklamanın zorunda olduğu belirtilmişti. Fakat avukat hakkındaki bir suçlama kesin hükümle sabit olmadıkça böyle bir uygulamanın haksız sonuçlar doğurabileceği ve bu sonuçların telafisi imkânsız zararlar meydana getirebileceği düşüncesi ile kanun metninde yer alan bu düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilerek haksız sonuçların ortaya çıkması önlenmiştir.

3. Aynı Muhakemede Şüpheli veya Sanık Olmama

Bir muhakemede şüpheli veya sanık kendini savunabilir. Bu bireysel savunmadır. Avukat veya dava vekili olan sanık, kendini müdafî sıfatıyla değil sanık sıfatı ile müdafaa edecektir.¹⁰ Başka bir ifade ile şüpheli veya sanığın kendi muhakemesinde müdafî olması mümkün değildir. Şayet sanığın kendi davasında müdafî olması mümkün olabilseydi, aynı kişi hem sanık hem de müdafî olduğu için sanık olarak kendi gösterdiği tanık ve bilirkişilere doğrudan soru soramaması ama müdafî olduğunda ise bu kişilere doğrudan soru

¹⁰ KUNTER/YENİSEY: a.g.e., s.432

sorabilmesi, sanık olarak bazı işlemlerde hazır bulunamaması ama müdafî olarak hazır bulunmayı isteyebilmesi gibi çelişik durumlar ortaya çıkabilecektir.¹¹

Sanığın kendi davasında müdafî olamamasının yanında, aynı davada suç ortağı olan sanığın da diğer suç ortaklarının savunmasını yapması da mümkün olmamalıdır. Çünkü kendi çıkarı diğer sanığı gerektiği gibi savunmasına engel olabilecektir.¹² Bu nedenle de kendi üzerine atılı suçu hafifletmek ve diğer sanıkların üzerine suçu yıkmak için çabalaması olası olacaktır. Ayrıca sanıklık ile müdafîlik bir arada bulunamayacağından birleştirilerek görülen muhakemelerde de birinin sanığı diğerinde müdafîlik yapamaz.¹³

4. Aynı Muhakemede Tanık Veya Bilirkişi Olmama

Bir muhakemede müdafî olunabilmesi için aynı muhakemede tanıklık yapılmamış olması gerekir. Muhakemede maddi gerçeğe ulaşabilmek için önemli yapıtaşlarından biri olan tanığın bu önemli görevini sağlıklı olarak yerine getirebilmesi için bağımsız ve muhakemenin tamamen dışında bir kimse olması gereklidir. Müdafî sonuçta muhakemede savunmayı teşkil eden makamdır ve bu nedenle de taraftır. Müdafîin muhakemede savunmayı teşkil eden ve bu nedenle de taraf olan bir makam olması nedeniyle de aynı muhakemede tanıklık yapamaması olağan bir durumdur. Fakat bir muhakemede müdafî makamını işgal eden kişi aynı zamanda muhakeme

¹¹ CENTEL: a.g.e., s. 83

¹² CENTEL: a.g.e., s.83

¹³ KUNTER/YENİSEY: a.g.e., s.432

konusu olan olayın tanığı ise bu durumda kişinin müdafiliği mi yoksa tanıklığı mı tercih etmesi gerektiği hususu önem arz etmektedir. Müdafilik makamını bir başkası işgal edebildiği halde, tanığın yerine başkası konulamayacağından, kişi tanığı olduğu olayın muhakemesinde tanıklığı müdafilik görevine tercih etmelidir.¹⁴ Çünkü muhakeme konusu olan olayın aydınlatılmasında olayı bilen ve gören kişinin yerine başka bir kişinin tanıklık yapması mümkün değilken, sanık olan kişinin müdafiliğini bir başka kişinin yapması mümkündür.

Avukatlık Kanununda 4667 sayılı kanunla 2001 yılında yapılan düzenleme ile daha önce bilirkişilik yapan kişinin de müdafilik yapamayacağı belirtilmiştir. Yeni düzenleme ile Av.K. m. 38/bent c' de; avukatın daha önce bilirkişi olması durumunda işin reddedilmesinin zorunlu olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme ile aslında yenilik getirilmemiş, fakat mevcut uygulamanın kanunda düzenlenmesi amaçlanmıştır. Bu düzenlemeden önce de bilirkişilik ve müdafilik sıfatlarının bağdaşmadığını belirten bir düzenleme bulunmamasına rağmen, bilirkişinin tarafsız olması gerekliliği göz önüne alınarak bilirkişilik ve müdafilik sıfatının bağdaşmayacağı kabul görmüştür.

5. Aynı İşe Daha Önce El Koymuş Olmama

Av. K. m. 38/bent c' de, muhakemenin sağlıklı şekilde yürütülüp, sağlıklı bir sonuca ulaşılabilmesi için daha önce aynı işe hâkim, hakem, savcı veya memur olarak el koymuş bulunan kişilerin artık aynı muhakemede müdafilik yapamayacakları belirtilmiştir. Avukatlık Kanunu'nda bu şekilde bir

¹⁴ TOROSLU: a.g.e., s.132

düzenleme yapılarak yasak getirilmesindeki amaç, davada daha önce hâkim, hakem, savcı, memur olarak görev yapmış olan kişilerin, daha sonra o davada müdafilik yapabileceğini göz önüne alarak olayın akışını kendi istediği yöne çekmiş ve etkilemiş bulunması olasılığını önlemektir.¹⁵ Gerçekten de böyle bir düzenleme olmasaydı muhakemede şaibeler ve sonrasında da etkilenme durumu ortaya çıkabilecekti. Anılan hükümle, hâkim olarak bir sanığı tutuklamış, belli bir işlem yapmış veya savcı olarak dava açıp sanığın cezalandırılmasını istemiş kişinin, müdafî olarak aynı sanığın haksız yere tutuklandığını, yapılan işlemin ya da hakkında dava açılmasının yersiz olduğunu, beraat etmesi gerektiğini ileri sürmesi gibi çelişik durumların ortaya çıkması engellenmektedir.¹⁶

6. Şüphelilerin ve Sanıkların Çıkarları Arasında Çatışma Bulunmaması

Şüpheli veya sanığın birden fazla olması halinde, tek bir müdafîin birden çok olan şüpheli veya sanığın müdafiliğini üstlenmesini engelleyen bir düzenleme mevcut değildir. CMK m. 152 uyarınca, çıkarları birbirleriyle uyuşan birden fazla şüpheli veya sanığın savunması tek bir müdafî tarafından yerine getirilebilecektir. Burada önemli olan husus tek bir müdafîin savunmalarını üstlendiği şüpheli veya sanıkların çıkarlarının uyuşmasıdır. Ayrıca avukatın aynı işte zıt menfaati olan bir tarafın avukatlığını üstlenmesi, beyanda bulunması halinde karşı tarafın getirmiş olduğu işi reddetme yükümlülüğü bulunmaktadır (Av.K. m. 38/bent b).

¹⁵ CENTEL: a.g.e., s. 86

¹⁶ CENTEL: a.g.e., s. 86

Gerek Ceza Muhakemesi Kanunu gerekse de Avukatlık Kanunundaki düzenlemelerden anlaşılacağı üzere; birden fazla şüpheli veya sanığın tek bir müdafî ile savunulabilmesi şüpheli ve sanıklar arasında çıkar uyuşmasının varlığına bağlanmıştır. Şayet şüpheli veya sanıklar arasında çıkar çatışması bulunuyorsa ve birbirlerine karşı suç isnadı varsa her sanık için ayrı müdafî ile savunma görevi yerine getirilmelidir. Kaldı ki; Yargıtay da çıkarları çatışan sanıklar için aynı kişinin savunma yapması durumunu usul ve kanuna aykırı bularak bozma nedeni saymıştır.¹⁷

II. MÜDAFİLİK GÖREVİNİN ÜSTLENİLMESİ

Genel Olarak

Şüpheli ve sanığın en temel hakkı savunma hakkıdır.¹⁸CMK m. 149 uyarınca; şüpheli veya sanık soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafiden yararlanma hakkına sahiptir. Seçilecek ve yardımından faydalanılacak müdafî sayısı bakımından CMK' da herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Sadece soruşturma evresinde ifade almada en çok üç avukat hazır bulunabileceği ifade edilerek soruşturma evresinde ifade almada bir sayı sınırlandırması getirilmiştir. Şüpheli - sanığın kanuni temsilcisi bulunması halinde ise, kanuni temsilcide şüpheli - sanık için o da müdafî seçebilir. Müdafîin şüpheli – sanık veya kanuni temsilci tarafından seçilebilmesi yanında atanma yolu ile de görevi üstlenmesi mümkündür.

¹⁷ Y.6.C.D.06.10.2003, 2002/11705 2003/6417

¹⁸ TOROSLU/FEYZİOĞLU: a.g.e., s.132

Atanma yolu ile görevlendirme, şüpheli veya sanığın müdafii seçebilecek durumda olmadığını bildirmesi ve istemi halinde veya CMK' da tahdidi olarak belirtilen durumlarda şüpheli veya sanığın istemi olmasa da zorunlu olarak CMK m.156 uyarınca, soruşturma evresinde ifadeyi alan merciin veya sorguyu yapan hâkimin, kovuşturma evresinde ise mahkemenin istemi üzerine baro tarafından yapılır.

Görüldüğü üzere hukuk sistemimizde müdafilik görevinin üstlenilmesi seçilme ya da atanma yoluyla olmaktadır. Bu sebeple müdafilik görevinin üstlenilmesi konusunu seçilme ve atanma durumunda görev alınması yöntemi açısından incelemekte fayda olacaktır.

1. Müdafilik Görevinin Seçilme Yolu İle Üstlenilmesi

a) Müdafinin Şüpheli veya Sanık Tarafından Seçilmesi

Şüpheli veya sanık soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında müdafiden yararlanma hakkına sahiptir. Müdafinin seçilmesi hususu, CMK m. 149' da "Şüpheli veya Sanığın Müdafii Seçimi" başlığı altında düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; şüpheli veya sanık ceza muhakemesinin her aşamasında bir veya birden fazla müdafinin yardımından yararlanabilecektir. Dikkat edilecek husus müdafiden yararlanma hakkının sadece sanığa değil şüpheliye de tanınmış olmasıdır.

Sanık suç işlediğinden şüphe edilen kişi olarak tanımlanır.¹⁹ Sanık sadece hakkında ceza davası açılmış olan kimse değildir. Henüz hakkında kamu davası açılmasa da tutuklanmasının veya sorguya çekilmesinin sulh

¹⁹ TOROSLU: a.g.e., s.120

hâkiminden istenmesi gibi hakkında ağır suç isnad edici işlemler yapılan kişi de sanıktır.²⁰ Şüpheli ise kovuşturulabilir bir fiil işlendiğine dair yeterli ve gerçek bağlantı noktaları olan kişidir. Ceza muhakemesinde sanık dar bir kavram iken şüpheli daha geniş bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Sanık yanında şüphelinin de soruşturmanın her aşamasında müdafiden yararlanma hakkına sahip olduğu belirtilmiş ve suç işlediği ihtimaliyle hakkında yetkili makamlarca işlem yapılan kişinin de müdafiden yararlanması sağlanarak, suç şüphesi altında bulunan kimsenin de müdafiden olabildiğince erken yararlanabilmesinin sağlanması amaçlanmıştır.

5271 sayılı CMK ile 1412 sayılı mülga CMUK' un 136. maddesinde yer alan ve müdafiden yararlanabilme konusunda sanık yanında yakalanan kişi ibaresinin getirmiş olduğu çelişki giderilmiştir. Yürürlükteki CMK ile yakalan kişi kavramı yerine şüpheli kavramı getirilerek, müdafiden yararlanabilme alanı oldukça genişletilmiştir. Çünkü yakalama kişiyi sanık durumuna sokan işlemlerdendir. Ayrıca yakalama özellikle suçüstü hallerde söz konusu olmaktadır. Sanık yanında şüphelinin de müdafiden yararlanabileceği belirtilerek savunma hakkının kullanımı açısından önemli bir adım atılmıştır. Böylelikle de hakkında soruşturma yapılan şüphelinin soruşturma yapıldığı sırada müdafiden yararlanabilmesi sağlanmıştır. Şüpheli olan bir kimse her zaman sanık olmaz. Fakat her sanık sanık olmadan önce şüpheli durumundadır. Sanık olmasa da şüpheli olan kişinin üzerindeki şüpheden kurtulabilmek için müdafi aracılığıyla savunmasını yapması adaletin gerçekleşmesi açısından çok önemli bir durum teşkil etmektedir.

²⁰ KUNTER: a.g.e., s.162

Şüpheli veya sanık tarafından müdafiiin seçilmesi herhangi bir onayı gerektirmemektedir.²¹ Şüpheli - sanık hür iradesi ile istediği müdafii seçebilmektedir. Müdafiiin seçimi konusunda herhangi bir kanuni sınırlama yoktur. Şüpheli - sanığın seçmiş olduğu müdafiiin belli bir baro siciline kayıtlı olması zorunluluğu da yoktur. Bu durum ile ilgili de herhangi bir kanuni sınırlama bulunmamaktadır. Şüpheli - sanık soruşturmanın yapıldığı yerin barosu mensubu bir müdafii seçebileceği gibi başkaca bir baro mensubu müdafii de seçebilir. Fakat uygulamada özellikle gözaltına alınma durumu söz konusu olduğunda, müdafiiin gözaltına alınmış olduğu yer barosu mensubu olmasının savunma hakkının kullanımı bakımından kolaylaştırıcı etkisinin olduğu görülmektedir. Savunmanın sağlıklı olarak yapılabilmesi ve soruşturmanın tüm aşamalarında müdahale edilmesi gereken durumlarda daha etkin olunabilmesi için soruşturmanın yapıldığı yer barosu mensubu müdafiden yardım alınmasının avantajları uygulamada sıkça karşımıza çıkmaktadır.

Şüpheli - sanık, bir müdafiiin yardımına başvurmuş olsa dahi ilk anlaşmayı yaptığı müdafiiin yazılı muvafakati ile başka bir müdafii de seçebilir (Av.K. m. 172/2). Şüpheli - sanık tarafından başka bir müdafii seçilmesi ve önce görev alan müdafiiin bu seçime muvafakat etmemesi durumunda ise önceki müdafiiin görevi sona erer (Av.K. m. 172/3). Mevcut düzenlemeler ile önceki müdafie görevine devam edip etmeme konusunda karar hakkı

²¹ CENTEL: a.g.e.,s. 93

tanınmıştır. Ayrıca burada yeni müdafî seçimine muvafakat etmeyen önceki müdafî iş karşılığı alacak olduğu ücretin tamamına hak kazanmaktadır.

Şüpheli veya sanık müdafî seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse istemi halinde hukuki yardımından faydalanabilmesi için kendisine bir müdafî görevlendirilir. Maddi durumu yerinde olmayanlar da, barolara bağlı olarak kurulacak adli müzaheret bürolarına başvurarak, yoksulluklarını belgelemek suretiyle, kendilerine bir müdafî verilmesini isteyebilir (Av.K. m. 176-181).²²Yeteri kadar maddi gücü olmaması nedeniyle bir kimsenin müdafî yardımından yoksun olması ve bu nedenle de savunma hakkını yeterli oranda kullanamaması adil yargılanma hakkı ile bağdaşmayacaktır. Gerek uluslararası gerekse de ulusal düzenlemelerle güvence altına alınan adil yargılanma hakkının sağlanabilmesi açısından maddi olanaksızlıklar nedeniyle kişinin müdafî yardımından mahrum kalmasını engellemek için parasız olarak müdafiden yararlanma hakkı tanınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6/bent c' de; kişinin müdafî yardımından faydalanabilmesi için yeteri kadar maddi gücü bulunmuyorsa ve müdafî adaletin sağlıklı olarak sağlanması için gerekli ise mahkeme tarafından tayin edilecek bir avukattan faydalanabileceği belirtilmiştir. CMK m. 147/1 bent c' de de; şüpheli veya sanığın müdafî yardımından yararlanabileceği, müdafî yardımından yararlanmak istediği halde müdafî seçebilecek durumda olmaması halinde baro tarafından müdafî tayin edilebileceği ifade edilmiştir. İfade ve sorgu aşamalarında şüpheli - sanık müdafî seçebilecek durumda değilse ve müdafî yardımından yararlanmak istiyorsa baro tarafından kendisine müdafî tayin

²² TOROSLU/FEYZİOĞLU: a.g.e., s.140

edilebileceği hatırlatılmalıdır. CMK’ da mevcut olan düzenleme yanında Av. K. m. 176’ da da “Adli Yardımın Kapsamı” başlığı altında adli yardım, avukatlık ücretlerini ve diğeryargılama giderlerini karşılama olanağı bulunmayanlara avukatlık hizmetlerinin sağlanması olarak tanımlanarak, kanun koyucu tarafından müdafinin yardımından yararlanma hakkının kullanılması hususuna ne kadar önem verildiğı ortaya konmuştur.

b) Müdafinin Kanuni Temsilci Tarafından Seçilmesi

Müdafinin yardımından yararlanmak için şüpheli ve sanığa tanınan istemde bulunma hakkı ile yetinilmeyerek kanuni temsilci açısından da bu yönde bir istem hakkının olduğı kabul edilmiştir. CMK m. 149/1 uyarınca, şüpheli veya sanığın kanuni temsilcisinin bulunması halinde kanuni temsilcinin de şüpheli veya sanık için müdafii seçebilme hakkı vardır.

Hukukumuzda belirtilmiş olan kanuni temsilciler veli, vasi ve kayyımdır. Kanuni temsilci tarafından seçilen müdafii; sanık veya şüpheli tarafından azledilemez. Fakat kanuni temsilcinin bulunmasını gerektiren nedenler ortadan kalkar ve temsilcinin görevi de buna bağılı olarak sona ererse sanık veya şüpheli kanuni temsilci tarafından seçilen müdafii azledebilir. Örneğın bir yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı ceza almış olan kimsenin cezasının ortadan kalkması ve küçüğün reşit olması durumlarında şüpheli veya sanık, kanuni temsilci tarafından yardımından yararlanmak için seçilen müdafii azledilebilir. CMK’ da kanuni temsilcinin müdafii seçme konusunda nasıl bir yol izlemesi gerektiğı ve hangi kıstaslara göre müdafii seçeceğı konusunda bir düzenleme

bulunmamaktadır. Bu nedenle de kanuni temsilci müdafî seçimi konusunda oldukça geniş bir serbestîye sahiptir.

Şüpheli veya sanığın kanuni temsilcisi varsa ve kanuni temsilci tarafından hukuki yardımından faydalanmak için bir müdafî seçimi yapılmamışsa, bu durumda şüpheli - sanık açısından savunma hakkının kullanılması açısından bir olumsuzlukla karşılaşılması için CMK m. 150 devreye girmekte ve şüpheli veya sanığın müdafî seçebilecek durumda olmadığını beyan etmesi ve istemi halinde bir müdafî görevlendirilmektedir.

2. Müdafilik Görevinin Atanma Yolu İle Üstlenilmesi

Şüpheli, sanık veya var ise kanuni temsilci tarafından müdafî seçilmemiş ve kanunda belirtilen şartlarda mevcutsa sanığa mutlak surette yardımından faydalanması için müdafî atanır. CMK m. 156 uyarınca, şüpheli veya sanığın müdafî seçebilecek durumda olmadığını beyan etmesi ve istemi, müdafii bulunmayan şüpheli veya sanığın çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz olması, şüpheli veya sanık için alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezası gerektiren suçlardan dolayı yapılan bir soruşturma veya kovuşturma olması durumlarında (CMK m 150); şüpheli veya sanığın istemi aranmaksızın soruşturma aşamasında ifadeyi alan merci veya sorguyu yapan hâkimin istemi üzerine, kovuşturma aşamasında ise mahkemenin istemi üzerine müdafî baro tarafından atanacaktır.

Ayrıca CMK m. 74' de şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığının tetkiki sırasında, CMK m. 101' de şüpheli veya sanığın tutuklanması talep edildiğinde, CMK m. 204' de sanığın davranışları nedeniyle duruşmanın düzenli olarak yürütülmesini tehlikeye sokacağı anlaşılarak duruşma salonundan çıkarılması ve yokluğunda oturumun sürdürülmesi ve CMK m. 247' de de kaçak sanık hakkında duruşma yapılması durumlarında, müdafinin olmaması halinde istem olmasa dahi hakim veya mahkemenin talebi üzerine baro tarafından müdafî atanacağı ifade edilmiştir. Müdafî atama yetkisi soruşturma veya kovuşturmanın yapıldığı yer barosuna aittir. Görüldüğü üzere Kanunumuzda baro tarafından müdafî atanabilmesi için belirli şartların gerçekleşmesi koşulu benimsenmiş ve bu şartlar CMK' da tahdidi olarak sayılmıştır.

Yürürlükte olan 5271 sayılı CMK 1412 sayılı mülga CMUK' tan farklı olarak şüpheli ve sanık hakkında alt sınırı en az beş yıl hapis cezası gerektiren suçlardan dolayı soruşturma veya kovuşturma yapılması halinde de istem aranmaksızın müdafî atanacağı hükmüne yer vermiştir.²³ Görüldüğü üzere şüpheli veya sanığın on sekiz yaşından küçük (çocuk) olması, sağır dilsiz olması, kendisini savunamayacak derecede malul olması durumları yanında haklarında alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezası gerektiren

²³ 1412 Sayılı mülga CMUK' ta yakalanan kişi veya sanığın müdafî seçebilecek durumda olmadığını beyan etmesi, yakalanan kişi veya sanığın on sekiz yaşını bitirmemiş, sağır veya dilsiz, kendini savunamayacak derecede malul olması durumlarında istem aranmaksızın kendilerine müdafî atanacağı belirtilmişken 5271 sayılı yürürlükteki CMK' da kapsam genişletilerek şüpheli veya sanığın kendisi hakkında alt sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı soruşturma veya kovuşturma yapılması durumunda da istem olmadan müdafî atanacağı belirtilmiştir

suçlardan dolayı soruşturma veya kovuşturma yapılması durumlarında istem olmasa dahi müdafî atanması savunma hakkının etkin şekilde kullanılabilmesi konusunda kanunumuzun göstermiş olduğu hassasiyeti ortaya koymaktadır. Baro tarafından CMK m. 150' de belirtilen hallerde müdafî atanması durumunda müdafîin görevi tek bir işlem ile sona ermemekte, tüm yargı yolları tüketilinceye kadar devam etmektedir. Fakat CMK m. 156/3' te; kanunun belirttiği hallerde müdafî atanması yapıldığında sonradan şüpheli veya sanık tarafından müdafî seçilmesi durumunda baro tarafından görevlendirilen avukatın görevinin sona ereceği belirtilerek, baro tarafından istem olmadan atanmış olan müdafîin görevinin süre bakımından sınırı konusunda açıkça düzenleme yapma yoluna gidilmiştir.

CMK m. 150 uyarınca, baro tarafından atanma yoluyla görevlendirilen müdafî duruşmada hazır bulunmaz, vakitsiz olarak duruşmadan çekilir veya görevini yerine getirmekten kaçınırsa hâkim veya mahkemenin derhal yeni bir müdafî görevlendirilmesi için gerekli olan işlemleri yapması gereklidir (CMK m. 151).²⁴ Buna göre baro tarafından atama yolu ile görevi üstlenen müdafî kanunlara uygun olarak görevi yerine getirmez ise hâkim veya mahkeme tarafından bu durum baro başkanlığına bildirilir. Baro tarafından ilgili müdafîin

²⁴ 1412 Sayılı mülga CMUK' da 141. maddede zorunlu olan hallerde baro tarafından atanma yoluyla görevlendirilen müdafîin görevini yerine getirmemesi durumundan hâkim tarafından sanığa müdafî atanacağı belirtilirken, 5271 Sayılı yürürlükteki CMK' da aynı konuyu düzenleyen 151. maddede ise; baro tarafından atanma yoluyla görevlendirilen müdafîin görevi yerine getirmemesi durumunda başka bir müdafî görevlendirilmesi için hâkim veya mahkeme tarafından derhal gerekli işlemlerin yapılacağı belirtilmiş hâkim tarafından sanığa müdafî atanacağı ifadesine yer verilmeyerek atama yoluyla müdafîin görevlendirilmesinde asli yetkili kurumun baro olduğu hususu vurgulanmıştır

görevini yerine getirmedeği saptanırsa görevi yerine getirmesi için yeni bir müdafî atanır ve görevi yerine getirmeyen müdafî için de gerekli kanuni tahkikat yapılır.

3. Hukuki Yardımından Faydalanılacak Müdafîin Sayısı

Kanun koyucu hukuki yardımından faydalanılacak müdafîin sayısı konusunda da düzenleme yolunu tercih etmiştir. CMK m. 149/1 uyarınca, şüpheli veya sanık soruşturma veya kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafîin yardımından faydalanabilecektir. Bu düzenleme ışığında şüpheli veya sanığın birden çok müdafî seçme hakkına sahip olduğu açıktır. Aynı fıkra da kanuni temsilci varsa bu temsilcinin de birden fazla müdafî seçme hakkı olduğu belirtilmektedir. Bu durumda kanunda açıkça belirtilmese de kanuni temsilcinin de birden çok müdafî seçme hakkına sahip olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü burada söylenmek istenen kanuni temsilcilerinin şüpheli ve sanık için müdafî seçebilme haklarının bulunduğu²⁵ Ayrıca bu durum muhakeme sürecinde aynı müdafîin görev yapması anlamına da gelmez. Soruşturma ve kovuşturma aşamaları için ayrı ayrı müdafî seçilebilir ve muhakeme süresince de müdafiler değişebilir.

CMK m. 189 uyarınca, birden çok müdafî varsa aynı anda duruşmaya katılabilecekleri gibi aralarında işbölümü yapmaları da mümkün olacaktır. Kanun koyucu CMK m. 149' da, soruşturma evresinde ifade alma esnasında en çok üç müdafîin hazır bulunabileceğini hüküm altına alarak sayı konusundaki iradesini açıkça ortaya koymuştur. Kanun koyucu bu şekilde bir

²⁵ CENTEL: a.g.e., s.101

sayı sınırlandırmasına giderek savunma hakkının kötüye kullanılmasını ve bu şekilde de soruşturma evresinde ifade alma sürecinin gereksiz yere uzatılmasını engellemek istemiştir. CMK m. 150' de belirtilmiş olan sebeplerin varlığı halinde birden çok müdafî atanıp atanamayacağı konusunda herhangi bir açıklık yoktur. Metinde şartların varlığı halinde bir müdafî atanacağı ifadesinin sınırlayıcı olmadığı sadece bir müdafî atanması konusunda yetkilendirme olduğu kabul edilmelidir. Burada savunma için gerekli görüldüğü takdirde birden fazla müdafî atanabilmelidir.²⁶ Ancak bu şekilde savunma hakkının etkin şekilde kullanılmasının sağlanabilmesini amaç edinen kanun koyucunun iradesine uygun olarak hareket edilmiş olacaktır.

4. Müdafilik Görevinin Üstlenilmemesi, Devredilmesi, Sona Ermesi

a) Müdafilik Görevinin Üstlenilmemesi

Müdafîin kendisine teklif olunan işi kabul etme zorunluluğu yoktur. Müdafîin kendisine teklif olunan işi sebep göstermeden reddedebilme hakkı vardır (Av.K. m. 37/1). Avukatlık Kanununda müdafîe teklif olunan işi kabul etmeme hakkı tanınarak bir anlamda müdafîin sanığa karşı bağımsızlığı da güvence altına alınmıştır. Müdafîin çok sıkı mesleki yükümlülükleri vardır ve müdafî bu yükümlülüklerini eksiksiz olarak yerine getirmek zorundadır. Müdafîin yardımından faydalanan müvekkilin müdafîin bu yükümlülüklerini yerine getirmesini engelleyecek talimatları ile karşı karşıya kalırsa da müdafîin müdafilikten çekilme hakkı olduğu açıktır. Müdafîin işi kabul

²⁶ CENTEL: a.g.e., s.103

etmeme, çekilme hakkına sahip olması yanında bazı durumların varlığı halinde ise işi reddetme yükümlülüğü vardır. Av. K. m. 38 uyarınca, müdafî, kendisine yapılan teklifi yolsuz veya haksız görür ya da sonradan haksız veya yolsuz olduğu kanaatine varırsa, aynı işte menfaati zıt olan tarafa müdafî olarak yardımda bulunmuş ve mütalaa vermiş olursa, önceden hâkim, hakem, Cumhuriyet savcısı, bilirkişi ve memur olarak ilgili işte görev yapmış olursa, kendisinin düzenlediği bir senet veya sözleşmenin hükümsüzlüğü ileri sürmek durumu ortaya çıkmışsa ve üstlenmesi istenen işin Türkiye Barolar Birliği tarafından tespit edilen mesleki dayanışma ve düzen gereklerine uygun olmaması durumu varsa müdafîin işi reddetme zorunluluğu bulunmaktadır. Ancak bu durum müdafîin şüpheli, sanık ve varsa kanuni temsilci tarafından seçilmesi halinde söz konusu olmaktadır. Müdafîin atanma yoluyla seçilmesi durumunda farklı bir durum ortaya çıkmaktadır. Av. K. m. 41/2 uyarınca adli yardım bürosu veya baro başkanı tarafından hukuki yardımda bulunması için atanan müdafî kaçınılmaz bir sebep veya haklı bir özrü olmadıkça görevi yerine getirmekten çekinemeyecek ve kaçınılmaz sebep ve haklı özrünün takdiri ise müdafîi atayan makama ait olacaktır.

Şüpheli, sanık veya varsa kanuni temsilci tarafından yardımından faydalanılmak için başvuru müdafîin sebep göstermeden ve kendi görüşünün aksine olan tutum ve davranışları gerektirecek bir işi almaması ve iradesinin psikolojik bakımdan tam özgür olması için ekonomik olarak güçlü olması gerekmektedir. Üzerinde ekonomik baskılar olan müdafî, kanaatine

göre haklı olmadığını düşündüğü meselelere dair işleri reddetmekten kaçınabilir.²⁷

Ceza muhakemesinde kişi, suçlu olsa da haksız olsa da mutlak surette savunma hakkına sahiptir. Çünkü kişi suçlu olsa da işlenen suçlarda hukuka uygunluk nedenleri, hafifletici sebeplerin varlığı söz konusu olabilir ve bu durumların sağlıklı bir biçimde ortaya konabilmesi için müdafinin hukuki yardımının varlığı gereklidir. Ceza muhakemesinin temel amacı hukuki yollarla maddi gerçeğe ulaşmaktır. Bu nedenle de ceza muhakemesinde herkesin müdafinin hukuki yardımından yararlanma hakkının olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Ceza muhakemesinin bu amacı dikkate alındığında, haksız olduğu düşünülen kişinin müdafinin hukuki yardımından yararlanamaması durumunun maddi gerçeğe ulaşmayı amaç edinen ceza muhakemesinin savunma ayağını sekteye uğratacağı, sağlıklı bir muhakeme sürecinin ortaya çıkabileceği, bu şekilde de sonuca tesir edilebileceği düşünüldüğünde işi reddetmenin istisnai bir durum olacağı açıktır.

b) Müdafilik Görevinin Devredilmesi

Şüpheli - sanık ile müdafinin arasındaki ilişki öncelikle bir güven ilişkisi olduğundan savunma görevini kural olarak şüpheli veya sanığın seçtiği müdafinin yerine getirmesi gerekir.²⁸ Fakat şüpheli, sanık ve varsa kanuni temsilcisinin uygun görmesi halinde, şüpheli - sanık ile görevi devralan

²⁷ ÖZKAN: a.g.e., s.86

²⁸ CENTEL: a.g.e., s.105

müdafî arasında güven ilişkisi kurulduğundan savunma görevinin başka bir müdafîe devredilerek yerine getirilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır. CMK' da müdafîlik görevinin devredilmesi hususunu düzenleyen bir hüküm yoktur. Av. K. m. 171' de; vekâletnamede başkasını tevkile yetki tanınmış ise ve yazılı sözleşmede aksine bir hüküm yoksa savunmanın başka bir müdafî ile birlikte veya başka bir müdafîe devredilerek takip ettirebileceği belirtilmiştir. Uygulamada müdafîe verilen vekâletnamede üçüncü kişiyi atama “aharî tevkil” ibaresini içeren bir kaydın mevcut olması üçüncü bir kişiyi müdafî olarak yetkilendirme için yeterli sayılmakta ve mahkeme tarafından başkaca bir şartın varlığı aranmamaktadır. Görüldüğü üzere müdafîlik görevinin devredilmesi ile ilgili belirtilen hususlar müdafîin şüpheli, sanık ve varsa kanuni temsilci tarafından seçilmesi durumunda söz konusu olmaktadır.

Müdafîin atanma yolu ile görevi üstlenmesi durumunda ise farklılık ortaya çıkmakta ve kişinin iradesi değil atamayı yapan kurumun iradesi önem arz etmektedir. Çünkü atanma yoluyla müdafîlik görevinin üstlenilmesinde ön planda olan şüpheli - sanık ve varsa kanuni temsilcinin iradesi değil atamayı yapan kurumun iradesidir. Bu nedenle de atamayı yapan kurum görevin devri konusunda da yetkili olmaktadır. Bu durum idare hukukunun yetki, şekil ve usulde paralellik ilkesinin doğal bir sonucudur.²⁹ Esasen atama yoluyla görevi

²⁹ Kanunda aksi belirtilmedikçe bir idari işlemin yapılmasında kim yetkili ise geri alınmasında, kaldırılmasında, değiştirilmesi ve düzeltilmesinde de o yetkilidir. Aynı şekilde bir idari işlemin yapılmasında izlenen şekil ve usul kurallarına o işlemin geri alınmasında kaldırılmasında değiştirilmesi ve düzeltilmesinde de uyulması gereklidir. (Bkz. GÜNDAY: İdare Hukuku s.134)

üstlenen müdafii görevi devri konusunda da açık bir hüküm yoktur. Atama yolu ile görevlendirilme söz konusu olduğunda, müdafii atayan kurumun izin vermesi durumunda, savunmayı tamamen veya kısmen ya da belli işlemlerin yapılması için başka bir müdafie devredilmesinin mümkün olduğu kabul edilmelidir.³⁰

c) Müdafilik Görevinin Sona Ermesi

Müdafii görevi soruşturma, kovuşturmanın bitmesiyle veya istek üzerine yahut kendiliğinden sona erer. Seçilme yolu ile müdafilik görevinin üstlenilmesi durumunda görevin sona ermesi ile atanma yolu ile müdafilik görevinin üstlenilmesi durumunda görevin sona ermesi birbirinden farklıdır. Şüpheli veya sanığın soruşturma ve kovuşturmanın her durum ve derecesinde yardımına başvurabileceği müdafii görevi soruşturma veya kovuşturmanın bitmesiyle sona erer. Soruşturma aşamasında kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesi ve kovuşturmanın açılmaması durumlarında da müdafilik görevi sona erer. Kovuşturma aşamasında ise; sanığın mahkûmiyeti, beraatı, ceza verilmesine yer olmadığı, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı gibi davaya son veren kararların kesinleşmesiyle müdafilik görevi sona erer.

Müdafilik görevinin atanma yoluyla üstlenilmesi durumunda müdafilik görevini sona erdiren başkaca nedenler ortaya çıkmaktadır. Buna göre; müdafilik görevinin atanma yolu ile üstlenilmesi durumunda soruşturma aşamasında yetkisizlik ve görevsizlik kararı, kamu davası açılması halinde

³⁰ CENTEL: a.g.e., s.105

ise iddianamenin kabulü kararı verilmesi ile kovuşturma aşamasında muhakemenin yapıldığı il veya ilçe dışında muhakemeyi gerektirir görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmesi, davanın nakline karar verilmesi durumlarında da müdafilik görevi sona erecektir.³¹ Muhakemenin durmasına ilişkin kararlarda ise; bu kararlar muhakemeyi sona erdirmeyeceğinden muhakeme süreci devam ettiği sürece müdafilik görevi sona ermez.

Müdafilik görevi seçilme yoluyla üstlenilmiş ise; şüpheli, sanık ve varsa kanuni temsilci gerek gördüğü takdirde zaman sınırlaması olmadan müdafinin görevine son verebilir. Bu durumda Av. K. m. 174 uyarınca, müdafinin kusur ve ihmali nedeniyle görevine son verilmemişse müdafie hak etmiş olduğu ücretin tamamı ödenmelidir. Şüpheli, sanık ve varsa kanuni temsilcisi tarafından seçilme suretiyle görevi üstlenen müdafii de zaman sınırlaması olmadan istediği an görevi bırakabilir. Av.K. m. 41/1' de, görevi bırakan müdafinin görevinin, durumun ilgiliye bildirilmesinden itibaren on beş gün daha devam edeceği belirtilmek suretiyle kanun koyucu tarafından müdafinin yardımından yararlanan kişinin mağdur olmasının önüne geçilmesinin sağlanması amaçlanmıştır.

Müdafilik görevinin atanma yoluyla üstlenilmesi durumu söz konusu olduğunda şüpheli - sanık ve varsa kanuni temsilcinin baro tarafından atanma yoluyla görevi üstlenen müdafii görevden alma yetkisi bulunmamaktadır. Ancak CMK m. 156/bent 3 uyarınca; şüpheli veya sanığın

³¹ Müdafilik görevinin atanma yolu ile üstlenilmesi durumunda müdafilik görevini sona erdiren nedenler Ceza Muhakemesi Gereğince Müdafii ve Vekillerin Görevlendirilmesi ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmeliğin 7. maddesinde tahdidi olarak sayılmıştır.

sonradan müdafî seçmesi halinde baro tarafından atanma yoluyla görevi üstlenen müdafîin görevi sona erecektir. Ayrıca atanma yolu ile müdafilik görevini üstlenen müdafîin önem arz eden bir özrünün olması ve haklı bir sebebe dayanması durumunda bu durum atamayı yapan makam tarafından yerinde görülürse müdafilik görevi sona erecektir. Örneğin atanma yolu ile müdafilik görevini üstlenen müdafîin bağlı oldukları baro çevresini değiştirerek başka bir baro çevresinde mesleklerine devam etmeleri ve önemli sağlık sorunlarının bulunması durumlarında müdafilik görevleri sona ermekte, atamaya yetkili kurum tarafından yerlerine yeni müdafî ataması yapılmaktadır.

Şimdiye kadar belirttiğimiz nedenler yanında bir de müdafilik görevini kendiliğinden sona erdiren nedenler bulunmaktadır. Şüpheli - sanık veya müdafîin ölmesi, aynı işte başka bir müdafî ile çalışmanın kabul edilmemesi (Av.K. m. 172), müdafîin baro levhasından silinmesi (Av.K. m. 71), müdafîin meslekten çıkarılması ve geçici olarak işten yasaklanması (Av.K. m. 42) durumlarında üstlenilmiş olan müdafilik görevi kendiliğinden sona erecektir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MÜDAFİİN AYRICALIKLARI, YETKİLERİ VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I. MÜDAFİİN AYRICALIKLARI

Genel Olarak

Demokratik hukuk devletinin sağlanabilmesinde müdafinin üstlenmiş olduğu görev çok önemlidir. Her şeyden önce adaletin sağlanabilmesi için gerekli belge ve bilgilerin ortaya konması ve bu veriler ortaya konarken usule uygun olarak hareket edilmesi açısından müdafinin önem arz etmektedir. Avukatlık Kanununda müdafilik görevinin bir kamu hizmeti olduğu (Av. K. m. 1), müdafinin muhakemenin kurucu unsuru olduğu ve bağımsız savunmayı serbestçe temsil ettiği (Av. K. m. 2) belirtilerek müdafinin açısından ortaya çıkan önem ortaya konmuştur. Ortaya çıkan bu önem nedeniyle de müdafinin görevi ile ilgili birtakım ayrıcalıklar tanınmıştır.

1. Müdafinin Savunma Dokunulmazlığı

Savunmanın gerektiği şekilde olabilmesi için savunmanın samimi ve etkili olması gereklidir. Savunmanın samimi ve etkili şekilde yapılabilmesi için de savunma yapılırken hiçbir endişenin bulunmaması gereklidir. Bu nedenle müdafinin savunma görevini yerine getirirken dokunulmazlık sahibi olduğu kabul edilmiştir. Müdafinin savunma esnasında söylediği sözlerin suç sayılarak soruşturma yapılabileceği baskısı altında olması onun gerektiği gibi savunma yapmasını engelleyecek ve özellikle mahkeme ile savcı karşısındaki

bağımsızlığını önemli ölçüde azaltacak bir durumdur.¹ Savunmanın gerektiği şekilde yapılabilmesi için savunma dokunulmazlığı gerekli bir ayrıcalıktır. TCK m. 128' de idari ve yargı mercileri önünde yapılan savunmanın dokunulmazlık kapsamında olduğu ve soruşturmaya konu olmayacağı belirtilerek savunmanın gerektiği şekilde yapılabilmesini engelleyecek olumsuz durumun ortaya çıkması engellenmiştir.

Savunma dokunulmazlığı sadece müdafinin sahip olduğu bir ayrıcalık değildir. Bununla birlikte savunma dokunulmazlığı sadece ilgili kişiler açısından kabul edilmiştir. Bu ayrıcalıktan müdafinin yanında taraflar, vekil, müşavir ve kanuni temsilci de yararlanacaktır.

a) Savunma Dokunulmazlığının Kapsamı

Savunma dokunulmazlığı kamu hukukundan kaynaklanan bir ayrıcalıktır. Savunma dokunulmazlığının kamu hukukundan kaynaklanan bir ayrıcalık olması nedeniyle bu hakkın kullanılabilmesi için talep edilmiş olması gerekli değildir. Mevcut olayda savunma dokunulmazlığının varlığının bulunup bulunmadığı hâkim tarafından re'sen araştırılmalıdır. Fakat ilgili kişilere tanınan savunma dokunulmazlığı sınırsız bir hak değildir. Öncelikle savunma hakkı kimseye suç işleme hakkı bahşetmez.² Bu sebeple TCK m. 128' de, savunma dokunulmazlığının belli sınırlar içinde söz konusu olabileceği belirtilerek sınırsız bir hak olmadığı vurgulanmıştır.

¹ CENTEL: a.g.e., s.63

² HAFIZOĞULLARI: Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı, s.26

Müdafiiin sahip olduğu savunma dokunulmazlığının öncelikle konu bakımından sınırı vardır. Savunma dokunulmazlığının konusu; müdafiiin davanın başlamasından bitmesine kadar davayla ilgili olarak muhakeme organları nezdinde yaptığı yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunma kapsamındaki kişilerle ilgili olarak somut isnadlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunmasıdır. Ancak isnat ve değerlendirmelerin gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyuşmazlıkla bağlantılı olması gereklidir. Savunma dokunulmazlığı hakaret suçları ile ilgili olarak sınırlı bir şekilde düzenlenmiştir. Memura hakaret edilmesi (TCK m. 125/3 bent a), iftira (TCK m. 267), suç uydurma (TCK m. 271), yalan yere tanıklık (TCK m. 272) suçuna iştirak şeklinde ortaya çıkan suçlar savunma dokunulmazlığının kapsamı içerisinde yer almamaktadır. Kanunda savunma dokunulmazlığı davanın başlamasından bitmesine kadar dava ile ilgili olarak yaptığı yazışma ve sözler açısından söz konusudur. Bunun dışında el hareketi ve işaret ile yapılan davranışlar hakaret suçuna vücut verecektir.³

Savunma dokunulmazlığı için getirilmiş olan sınırlamalardan bir diğeri de yer ve zaman yönünden getirilmiş olan sınırlamadır. Savunma dokunulmazlığı yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru ve yargı mercileri ve idari makamlar önünde cereyan eden iddia ve savunmalar için söz konusu olur. Yargılama sırasında istinabe ve naiplik kurumlarına başvurulması hallerinde de savunma dokunulmazlığından faydalanılmaktadır. Ayrıca hâkim ve savcılar da yargılama makamı kapsamında olduğu kabul edilmektedir. Tüm adli, idari ve

³ HAFIZOĞULLARI: Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı, s.29

askeri mahkemelerde savunma dokunulmazlığından faydalanılmaktadır. Muhakeme makamı olarak kabul edilmese de adli kolluk ve icra memurluklarında cereyan eden işlemler açısından savunma dokunulmazlığı kabul edilmelidir. Muhakeme sürecinde savunma dokunulmazlığından söz edebilmek için her şeyden önce ortada bir dava olmalıdır. Davanın görülmesinden sonra, duruşma salonunun dışında veya savunma dokunulmazlığının uygulama alanı bulmadığı merciler önünde dava sırasında müdafinin savunma dokunulmazlığı kapsamında sayılan her türlü fiil, hakaret içerikli belgeleri artık savunma dokunulmazlığı kapsamı içinde yer alamayacaktır. İleride dava açılacak olması durumu da müdafie savunma dokunulmazlığı kapsamında fiil ve yazışmalarda bulunma hakkı vermeyecektir. Dava açılmadan önce henüz soruşturma yapılırken savcılığa verilen dilekçeler için de savunma dokunulmazlığı uygulanamaz.⁴ Sadece ortada yürütülmekte olan bir dava var ise orada savunma dokunulmazlığı olacaktır.

Savunma dokunulmazlığı kişi bakımından da sınırlanmıştır. TCK m. 128' de açıkça kimlerin savunma dokunulmazlığından faydalanabileceği belirtilmemiştir.⁵ Fakat yargı mercileri ve idari makamlar önünde yapılacak yazılı ve sözlü başvuru, iddia ve savunmalar açısından savunma dokunulmazlığının varlığı kabul edildiği için bu gibi başvuru ve işlemleri

⁴ CENTEL: a.g.e., s.66

⁵ 765 sayılı mülga TCK' nın 486. maddesinde tarafların, vekillerin, müdafii, müşavir veya yasal temsilcilerin savunma dokunulmazlığından yararlanacağı belirtilerek kimlerin savunma dokunulmazlığından faydalanacağı tahdidi olarak sayılmıştı. Yürürlükteki 5237 sayılı TCK' da savunma dokunulmazlığından kimlerin yararlanacağı hususunda tahdidi bir belirleme yapılmamıştır.

yapabilecek olan kişinin, vekilinin, müdafinin, kanuni temsilci ve müşavirlerinin de bu haktan faydalanabileceği şüphe götürmez bir gerçektir.

Savunma dokunulmazlığından faydalanacak olan kişilerin en başında müdafii yer almaktadır. Müdafinin de faydalanacağı savunma dokunulmazlığından söz edebilmek için her şeyden önce savunmaya ilişkin söz ve yazıların dava ile ilgili olması gereklidir. Fakat savunmaya ilişkin söz ve yazıların dava ile ilgili olması yanında savunma sınırını aşmaması ve dokunulmazlık sınırları içinde kalması gereklidir. Ancak bu şekilde söz ve yazılar nedeniyle yeni bir suç oluşmaz ve ceza ile karşı karşıya kalınmaz.

b) Savunma Dokunulmazlığının Sonuçları

Savunma dokunulmazlığının en önemli sonucu savunma dokunulmazlığı kapsamındaki hakaret içerikli yazı ve sözler için bunları sarf eden müdafie kovuşturma yapılamamasıdır.⁶ Tıpkı 765 sayılı mülga TCK' da olduğu gibi 5237 sayılı yürürlükteki TCK' da da savunma dokunulmazlığını düzenleyen 128. maddenin müdafinin sahip olduğu savunma dokunulmazlığını tam olarak sağlayabilip sağlayamayacağı hususunda çekinceler vardır. Bu yönde çekincelerin ortaya çıkmasında isnat ve değerlendirmelerin gerçek ve somut olaylara dayanması ve uyuşmazlıkla bağlantılı olması durumunda savunma dokunulmazlığının söz konusu olacağı ifadesi ve bu ifade neticesinde de savunma dokunulmazlığının sınırlarının daraltıldığı görüşü etkili olmaktadır. Fakat sadece bu şekilde bir dayanağın mevcut çekince için yeterli olmadığı açıktır. Öncelikle iddia ve savunma ortaya konulurken

⁶ ÖZKAN: a.g.e., s.99

dokunulmazlığın sınırı aşılmaz ise sarf edilen söz ve sunulan yazılar açısından herhangi bir suç teşkil eden davranış ortaya çıkmamaktadır.

2. Müdafinin Bürosu ve Konutunun Mahkeme Kararı Olmadan Aranamaması

Ceza muhakemesinde yargılamanın sağlıklı bir biçimde yapılabilmesi veya ileride verilecek hükmün sadece kâğıt üzerinde kalmayıp yerine getirilebilmesi için hükümden önce başvuru ve bazı temel hak ve özgürlüklere müdahale etmeyi gerektiren hukuki çarelere “koruma tedbirleri” denir. Bu tedbirlerden “arama”, şüpheli kişi veya delillerinin ya da müsadere edilecek eşyanın ele geçirilmesi amacıyla ev veya diğer yerlerde araştırma yapılması demektir.⁷ Arama, adli ve önleme araması olarak ikiye ayrılmakta, suçun işlenmesinden sonra yapılan arama adli arama, suçun işlenmesinden önce kamu düzeni, genel güvenlik, genel sağlık gibi nedenlerle yapılan arama ise önleme araması olarak adlandırılmaktadır.

Av. K. m. 36’ da müdafiliğin niteliği belirtilirken müdafinin sır saklama yükümlülüğü altında olduğu hükme bağlanmıştır. Müdafinin savunma görevini üstlendiği kişinin ailevi, ticari, özel birçok sırina vakıf olmakta ve bu sırlarla ilgili belgeleri yanında, işyeri veya konutunda bulundurabilmektedir. Müdafinin sır saklama yükümlülüğü altında olmasına rağmen sırların üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesi durumunda müdafinin savunma görevini üstlendiği kişi arasındaki güven ilişkisi zedelenebilecektir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2003 yılında; müdafilerin mesleklerini icra ederken baskı altına alınmadan

⁷ CENTEL/ZAFER: Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2005, s.292

özgür bir şekilde hareket edebilmelerinin demokratik toplum için önemli olduğu ve müdafilerin evlerinde, bürolarında yapılan aramaların evlerine ve hayatlarına saygı duyulması haklarına yönelik bir ihlal olduğuna karar vermiştir.⁸ Savunma görevini üstlendiği kişi ile müdafî arasındaki güven ilişkisinin zedelenmemesi için müdafîin sahip olduğu bilgi ve belgelerin korunması gereklidir. Bu korumanın sağlanabilmesi için müdafîin büro ve konutunun aranması hususunda önemli ayrıcalıklar tanınmıştır.

CMK m. 130' da müdafîin bürolarının sadece mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde baro başkanı veya baro başkanını temsil eden bir avukatın katılımı ile aranabileceği ifade edilmiştir. Müdafîin bürosunda yapılan arama neticesinde el konulmasına karar verilen şeyler hakkında büro sahibi müdafî, baro başkanı veya baro başkanını temsil eden avukat söz konusu şeylerin müdafî ile savunmasını üstlendiği kişi arasındaki mesleki ilişki kapsamında olduğunu ileri sürme hakları vardır. Bu durumda el konulmasına karar verilen şeylerin müdafî ile savunmasını üstlendiği kişi arasındaki mesleki ilişki kapsamında olup olmadığına soruşturma aşamasında sulh ceza hâkimi; kovuşturma aşamasında ise hâkim veya mahkeme tarafından karar verilecektir. Şayet el konulmasına karar verilen şeylerin mesleki ilişki kapsamında olduğuna karar verilirse el konulan şeyler müdafîye iade edilecektir. Av.K. m. 58 uyarınca, avukat büro ve konutları ancak mahkeme kararı ile kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilecektir. Gerek Ceza Muhakemesi Kanunu'nda gerekse de Avukatlık

⁸ MISIR: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Işığında Avukatın Ceza Yargılamasındaki Rolü, www.yeniyaklasimlar.org/?p=6192 (Erişim Tarihi: 16.02.2011)

Kanunu'nda aramanın ancak mahkeme kararı ile yapılabileceği vurgulanmıştır. Böylelikle de gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile arama yapılabilmesi yolu müdafiler açısından kapatılmıştır.

3. Müdafinin Üzerinin Ağır Cezayı Gerektiren Suçüstü Halleri Dışında Aranamaması

Müdafie tanınan ayrıcalıklardan biri ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında üzerinin aranamamasıdır. Av.K. m. 58' de ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında müdafinin üzerinin aranamayacağı belirtilmiştir. Buna göre müdafinin ağır cezayı gerektirmeyen suç isnadı ile karşılaşması durumunda üzeri hâkim kararı olmadan aranamayacaktır. Müdafinin ağır cezayı gerektiren bir suç işlese bile suçüstü hali yoksa ve suçüstü hali olsa dahi işlendiği iddia edilen suç ağır cezayı gerektirmiyorsa, mevcut düzenlemeye göre müdafinin üzeri aranamayacaktır. Müdafinin görevi ile ilgili bir suç işlerse, işlemiş olduğu suçun ağır cezalı olmaması, ağır cezalı suç olmasına rağmen suçüstü hali olmaması halinde ise müdafinin üzeri ancak hâkim kararı ile aranabilecektir.

Müdafinin üzerinin aranamaması hususunda iki farklı görüşün ortaya çıktığı görülmektedir. Özellikle bu ayrıcalığın önleme araması ve adli aramadaki uygulama alanı üzerinde fikir ayrılığı doğmaktadır. Bir kısım, müdafinin üzerinin ağır cezayı gerektiren suçüstü haller dışında aranamamasının sadece adli aramalarda söz konusu olabileceğini, diğer bir kısım ise hem adli hem de önleme aramaları açısından bu ayrıcalığın var

olduğunu kabul etmektedir. Ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında müdafinin üzerinin aranamamasının sadece adli aramalar için geçerli olduğunu kabul eden görüşe göre önleme aramaları söz konusu olduğunda müdafinin üzerinin aranması mümkün olmaktadır. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 14. maddesinde; gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda mahallin en büyük mülki amirinin vereceği yazılı emirle, kolluğa halkın topluca bulunabileceği yerlerde, yerleşim yerlerinin giriş ve çıkışlarında, her türlü toplu taşıma ve seyreden araçlarda kişilerin üstlerinin, araçlarının, özel kâğıtlarının ve eşyalarının aranabileceği belirtilmektedir. Bu durumda müdafie bir ayrıcalık tanınmamaktadır. Fakat müdafi mesleğini yürütürken önleme araması ile muhatap olmuşsa ve somut olayda müdafinin mesleğini yürüttüğü anlaşılıyorsa, müdafilik görevinin kamu hizmeti olduğu ve müdafinin muhakemenin kurucu unsuru olması ve bağımsız savunmayı serbestçe temsil ediyor olması dikkate alınarak önleme aramasından ayırık tutulmalıdır. Mesleğini yürüten müdafi için arama konusunda uygulanacak düzenleme Avukatlık Kanunu olacaktır. Müdafinin üzeri, mesleğini yürütmediği durumlarda Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği kapsamında aranabilmelidir. Çünkü müdafi mesleğini yürütmediği durumlarda diğer kişiler ile aynı hukuksal statüde bulunmaktadır.

Burada ayırık bir durum ortaya çıkmaktadır. CMK m. 167 ve m. 333' de Adalet Bakanlığı ve İçişleri Bakanlığının müştereken kolluk görevleri ile ilgili yönetmelik çıkaracağı düzenlenmiş, idare tarafından da bu hükümlere dayanarak “ Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği çıkarılmıştır. Anayasa m. 124' de alanlarını ilgilendiren

kanunların, tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere idarelerin yönetmelik çıkarabileceği belirtilmiştir. Görüldüğü üzere Anayasa alanlarını ilgilendiren konularda idareye yönetmelik çıkarma yetkisi tanınmıştır. Ceza Muhakemesi Kanunu, Adalet ve İçişleri Bakanlığının alanlarını ilgilendiren bir kanun değildir. Yargıya uyguladıkları kanunlarla ilgili yönetmelik çıkarma yetkisi vermemiştir. Böyle olunca, idarenin uygulamadığı, yani alanını ilgilendirmeyen Ceza Muhakemesi Kanununun uygulanmasını sağlamak üzere yönetmelik çıkarması, Kuvvetler Ayırımı ilkesinin açık ihlalidir.⁹ Bu şekilde bir düzenleme yoluna gidilmiş olması da Adil Yargılanma Hakkının ihlaline sebep olmakta ve açıkça AİHS' nin 6. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

Sonuç olarak müdafie birtakım sınırlar içerisinde özellikle de mesleğini yürüttüğü zaman ile sınırlı olarak bu yönde bir ayrıcalık tanınmıştır. Müdafinin meslek dışındaki özel yaşamında böyle bir ayrıcalığı bulunmamaktadır. Çünkü aranma yasağı müdafinin icra ettiği mesleğinin niteliği gereği kendisine tanınmış olan bir haktır ve bu nedenle de özel yaşamı ile ilgili durumlarda geçerli olmaması gereklidir. Müdafî; görevi ile ilgili bir iş yaptığında ve bu durumu belirttiğinde önleme aramasından muaf olmalıdır. Fakat bu şekilde yapılan uygulamalar beraberinde önemli aksaklıkları getirebilecektir. Bu nedenle müdafinin durumu mesleğini icra ettiği görüntüsünü ortaya koymuyorsa, mesleğini icra etmediği kabul edilmeli ve müdafî açısından önleme araması yapılabilmelidir.

⁹ HAFIZOĞULLARI: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini Sağlamayan Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Düzenlemeleri ve Uygulamaları, www.zekihafizogullari.com/panel.pdf s. 7 (Erişim Tarihi: 13.02.2011)

4. Şüpheli veya Sanığa İsnat Edilen Suç Dolayısıyla Müdafinin Bürosu, Konutu ve Yerleşim Yerinde İletişim Denetlemesi Yapılamaması

İletişim denetlemesi iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması faaliyetlerini içeren bir koruma tedbidir. CMK m. 135’ de yer alan telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim denetlemesi ancak aynı maddenin altıncı fıkrasının (a) bendinde tahdidi olarak sayılan katalog suçların varlığı halinde ve başka surette delil elde etme imkânı bulunmayan durumlarda suç işlendiğine dair kuvvetli şüphe sebepleri mevcutsa uygulanabilmektedir. TCK m. 220/2,7,8’ de yer alan suçların bir terör örgütünün faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde de bu suçlar içinde iletişim denetlemesi yoluna başvurulabilmektedir.¹⁰ Görüldüğü üzere bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma veya kovuşturmada suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde ve başka şekilde delil elde edilmesi imkânının bulunmaması halinde şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişim denetlemesi yapılabilecektir.

CMK m. 136’ da müdafiler için ayrı bir düzenleme yoluna gidilerek şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve

¹⁰ CMK’ nın 135. maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendinde TCK 220. maddesinin iki, yedi ve sekizinci fıkraları iletişim denetlemesi kapsamı dışında bırakılmıştır. Adalet Bakanlığının 14.01.2007 tarihli “Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik” ‘ in 8. maddesinde TCK 220. maddesinin iki, yedi ve sekizinci fıkralarında yer alan suçların terör örgütü faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde iletişim denetlemesi kapsamında olacağı hüküm altına alınmıştır.

yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında iletişim dinlemesi, kaydı, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi yoluyla iletişim denetlemesi yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Müdafî savunma görevini üstlendiği kişi hakkında meslek sırrı kapsamında birçok bilgiye sahiptir. Bu nedenle savunmanın gereği gibi yapılması, savunma dokunulmazlığını korumak ve savunmayı güçlendirmek için bu şekilde koruma sağlanmış olması önem arz etmektedir. Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere müdafî açısından şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla iletişim dinlemesi yapılamamakta ve savunmasını üstlendiği şüpheli veya sanık ile haberleşmesi denetlenememektedir. Müdafîin kendisi bir suç şüphesi altındaysa ve iletişim denetlemesi için gerekli olan diğer şartlar mevcutsa müdafî açısından iletişim denetlemesi yapılabilmektedir.

5. Tanıklıktan Çekinme Hakkı

Uyuşmazlığın taraflarından olmayan fakat uyuşmazlık konusu maddi sorunla ilgili duyu organlarından en az biri aracılığıyla bilgi edindiği, adli bir faaliyet yürüten resmi makamlarca varsayılan üçüncü kişiye “tanık” denir.¹¹ Olayın tanığı olmuş kişinin beyanları, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından büyük önem arz etmektedir. Müdafîin tanıklık etmesi hususunda gerek Ceza Muhakemesi Kanunu gerekse de Avukatlık Kanunu’nda düzenleme yoluna gidilmiştir. CMK m. 46’ da müdafîin müdafilik sıfatı ve yüklendiği muhakeme görevi nedeniyle sahip olduğu bilgiler kapsamında tanıklıktan çekinebileceği, müdafî dışında meslek ve sürekli uğraşları

¹¹ FEYZİOĞLU: Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara 1996, s.28

nedeniyle tanıklıktan çekinme hakkı olanların sır sahibinin rızasının varlığı halinde tanıklıktan çekinemeyeceği ifade edilerek sır sahibinin izni olsa dahi tanıklıktan çekinme hususunda sadece müdafii için bir ayrıcalık tanınmıştır. Av.K. m. 36' da da müdafii kendisine tevdi edilen veya müdafilik görevi nedeniyle sahip olduğu bilgileri açıklaması yasaklanmış; ancak sır sahibinin izin vermesi durumunda tanıklık yapabileceği, fakat bu halde dahi tanıklık etmekten çekinebileceği belirtilmiştir. Bu düzenlemeler ile müdafii görevi nedeniyle sahip olduğu bilgileri açıklamak zorunda bırakılmasının önlenmesi amacı güdülmüştür.¹²

Görüldüğü üzere uyuşmazlık konusu maddi sorunla ilgili olarak olayın tanığı olan müdafii tanıklık yapıp yapamayacağı olay hakkındaki bilgisini ne şekilde ve ne zaman elde etmiş olduğuna göre değişmektedir.

Müdafii olay hakkındaki bilgisini meslek sırrı kapsamına girmeyecek bir yoldan ve şüpheli veya sanık hakkında yürütülen muhakemeye dâhil olmadan önce öğrenmiş olması halinde delil kaynakları sınırlı olduğundan tanıklık yapmak zorundadır. Bu durumda müdafii tanıklık yapması söz konusu olduğunda artık müdafilik görevi yapılamayacaktır.

Müdafii, olay hakkındaki bilgisini şüpheli veya sanık hakkında yürütülen muhakemeye dâhil olmadan önce meslek sırrı kapsamına girecek bir yoldan öğrenmiş olması halinde sır sahibi izin vermediği sürece meslek sırrı nedeniyle tanıklıktan çekinme yükümlülüğü vardır. Bu bağlamda

¹² GÜNER: Avukatlık Hukuku, Ankara 2002, s.177

tanıklıktan çekinme zorunluluğu çerçevesinde tanıklık yapmayan müdafî müdafilik görevine devam edebilecektir.

Müdafîin olay hakkındaki bilgisini şüpheli veya sanık hakkında yürütülen muhakemeye dâhil olduktan sonra meslek sırrı kapsamına girecek bir yoldan öğrenmiş olması halinde ise müdafîin olay hakkındaki bilgisini savunma amacıyla öğrenmesi ve öğrendiklerinin meslek sırrı olması nedeniyle tanıklıktan çekinme zorunluluğu vardır.

II. MÜDAFİİN YETKİLERİ

Genel Olarak

Müdafî, üstlenmiş olduğu savunma görevini sağlıklı bir şekilde yerine getirebilmesi için ayrıcalıklı olarak sadece kendisine tanınmış olan yetkilere sahiptir. Çünkü adil yargılanma hakkının tam olarak uygulanabilmesi için savunma görevini üstlenen müdafîe savunmayı kuvvetlendiren birtakım yetkilerin tanınmış olması gereklidir. Müdafîin savunma görevini yerine getirirken savunmanın gereklerini yerine getirebilmesi ve savunmayı doğru olgular üzerine kurabilmesi için şüpheli veya sanık hakkındaki suçlama, tüm belge ve deliller hakkında bilgi sahibi olması gereklidir. Bu durumu göz önünde bulunduran kanun koyucu “ silahların eşitliği “ ilkesi uyarınca hareket ederek ceza muhakemenin her safhasında müdafîe geniş yetkiler tanımış ve sağlıklı bir yargılama yapılarak maddi gerçeğe ulaşılması için gerekli düzenlemeleri yapmıştır. Burada müdafîin özellikle müdafîi olmasından dolayı kazanmış olduğu yetkiler önemlidir. Çünkü ancak müdafîin müdafîi olmasından dolayı kazanmış olduğu yetkilerin varlığı ve kullanılabilmesi

durumlarında müdafî tarafından sağlıklı bir savunma yapılabilecek ve maddî gerçeğe ulaşılabilecektir.

1. Dava Evrakını İnceleme Yetkisi

Suç işlendiği şüphesi üzerine başlayan ceza muhakemesi faaliyetinde yapılan tüm işlemler, elde edilen bilgi ve deliller bir dosyada toplanmaktadır. Özellikle kişilerin haklarını savunabilmeleri için dosyanın incelenmesi büyük önem taşımaktadır.

Savunma özel ve teknik bir eylemdir.¹³Müdafîin özel ve teknik olan savunma görevini yerine getirebilmesi için sanığa yüklenen suçu, tüm leh ve aleyhteki delilleri ve belgeleri bilmesi gereklidir. Bu nedenle de savunma görevini yerine getirebilmesi için müdafîin soruşturma evrakı ve dava dosyasını inceleyebilme ve istediği evrakın bir örneğini harç ödemedi muaf olarak alma hakkı vardır. CMK m. 153/1' de; müdafîin soruşturma aşamasında dosya içeriğini inceleyebileceği ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabileceği, aynı maddenin dördüncü fıkrasında da; Cumhuriyet Savcılığınca iddianamenin mahkemeye verildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve dosya içerisinde muhafaza altına alınmış olan delilleri inceleyebileceği ve bunların örneklerini harçsız olarak alacağı belirtilerek müdafîin dava evrakını inceleme yetkisi soruşturmanın başlaması ve savcının iddianamesini mahkemeye vermesine göre ayırım yapılarak düzenlenmiştir. Bu yetkinin müdafîe tanınmasına karşın aynı hakkın şüpheli veya sanığa tanındığını gösteren bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanunda bu hak

¹³ DOĞAN: a.g.e., s.114

sanığa tanınmadığı halde müdafie tanınmıştır.¹⁴ Kanunda sanığa açıkça bu yönde bir yetki verilmemiş olması sanığın aleyhine yorumlanmamalıdır. Nitekim Avrupa İnsan hakları Mahkemesinin 17.02.1997 tarihli kararıyla; Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına dayanarak müdafii yardımı olmaksızın savunmasını kendi yapan sanığın da dosyayı inceleme hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir.¹⁵ Ceza Muhakemesi Kanunu'nda açıkça belirtilmese dahi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu kararı ile sanığın da dosyayı inceleme yetkisine sahip olduğu kabul edilmelidir. Çünkü müdafii olmayan sanığın dosyasına bakamaması savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuracaktır.¹⁶

Özellikle mafya ve organize suçlarla mücadelede ortaya çıkabilecek olumsuzlukların engellenebilmesi için; kanun koyucu tarafından müdafie bu yetki verilirken CMK m. 153/2 ve TMK m. 10/ bent d' de; müdafinin dosya içeriğini incelemesi ve belgelerden örnek almasının soruşturmanın amacını tehlikeye düşürecek bir durum yaratması halinde Cumhuriyet savcısının talebi ve sulh ceza hâkiminin kararı ile engellenebileceğini belirtilmiş ve soruşturma aşamasında dava evrakını inceleme yetkisinde kısıtlama yoluna gidilebileceği hüküm altına alınmıştır. Terör, organize suçlar ve mafya ile mücadele farklı bir boyut taşımaktadır. Fakat bu şekilde bir sınırlamanın getirilmesinin gerçekten gerekli olup olmadığı iyi saptanmalıdır.

¹⁴ KUNTER/YENİSEY: a.g.e., s.437

¹⁵ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/3-b hükmünde; adil yargılanmanın sağlanabilmesi için her sanığın savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olması gerektiği belirtilmiştir.

¹⁶ CENTEL: a.g.e., s.112

Yargılamanın adil bir şekilde yapılabilmesi için bu tür bir kısıtlama mekanizmasının kullanılması uygun değildir. Çünkü her şeyden önce müdafinin dava evrakını ve belgeleri inceleyebilmesi Anayasa m. 36' da düzenlenmiş olan hak arama özgürlüğü kapsamında değerlendirilmelidir. Ayrıca ceza muhakemesinde savunma; yargılama sürecinin sağlıklı bir şekilde yürütülerek sağlıklı bir sonuca ulaşmak için gerekli olan ayaklardan biridir. Savunmanın sağlıklı olabilmesi de tüm bilgilere sahip olmakla mümkündür. Bu nedenle de müdafinin sahip olduğu bu yetkinin kısıtlanması doğru bir yaklaşım olmayacak ve ceza muhakemesinin özüne zarar verebilecektir.

CMK m. 153/3' de; yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak, bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları işlemlere ilişkin tutanakların incelenmesi hususunda müdafinin yetkisinin kısıtlanamayacağı hüküm altına alınmıştır. Böylelikle de söz konusu tutanakların müdafî tarafından incelenmesinde savcının talebi üzerine sulh ceza hâkiminin kararıyla kısıtlama yoluna gidilmesinin önü kapatılmıştır. Kovuşturma aşamasında ise müdafinin dava evrakını incelemesi hususunda herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. CMK m.153/4' de müdafinin iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren dosya içeriğini, muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebileceği ve tüm tutanak ve belgelerin örneklerini alabileceği belirtilmiştir. Bir başka ifade ile soruşturma aşamasında gerekli görülen hallerin varlığı halinde Cumhuriyet savcısının talebi üzerine Sulh Ceza Hâkiminin kararı ile müdafinin dava evrakını inceleme

yetkisi kısıtlanabilirken, kovuşturma aşamasında bu yönde bir sınırlandırmaya gidilmesi mümkün olmamaktadır.

Gerek atanma yoluyla görevi üstlenen müdafii gerekse de şüpheli, sanık veya kanuni temsilci tarafından seçilen müdafii soruşturma evrakı ve dava evrakını inceleme ve örnek alma yetkisi arasında fark bulunmamaktadır. Başka bir ifade ile söz konusu yetkinin kullanılması açısından görevlendirme şeklinin bir önemi bulunmamaktadır. Müdafii yanında müdafii stajyeri de aynı yetkiye sahiptir. Av.K. m. 46/2' de; stajyerin de vekâletname olmaksızın dava ve dava dosyasını inceleyebileceği belirtilerek müdafii yanında stajyere de bu yetki verilmiştir.¹⁷ Dava dosyasının incelenebilmesi için vekâletname sunulması gerekmesi de aynı fıkranın üçüncü cümlesinde dosyadaki kâğıt ve belge örneklerinden alınabilmesi için vekâletname ibraz edilmesi gerektiği belirtilerek örnek alınabilmesi için vekâletnamenin ibraz edilmesi zorunlu tutulmuştur.

Müdafie dava evrakını inceleme konusunda yetki verilirken incelemenin nerede yapılacağı konusunda bir kural getirilmemiştir. Av.K. m. 46' da incelemenin nerede yapılabileceği yönünde bir düzenleme mevcut değildir.¹⁸ Avukatlık Kanununda bu yönde bir düzenleme yer almasa dahi müdafiiin dava evrakını mahkeme kaleminde inceleyebileceği kuşku götürmez

¹⁷ 02.05.2001 tarih ve 4467 sayılı kanun ile Avukatlık Kanununda değişikliğe gidilmeden önce stajyerin vekâletname sunmadan dosya inceleme yetkisinin olduğu yönünde bir düzenleme mevcut değildi. 4667 sayılı kanunla stajyerlerinde vekâletname sunmadan dosya inceleme yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir.

¹⁸ 02.05.2001 tarih ve 4667 sayılı kanunla Av.K.' nın 46. maddesi değiştirilmeden önceki madde metninde müdafiiin dava evrakını mahkeme kaleminde inceleyebileceği belirtilmiş idi.

bir durumdur. Müdafinin dava evrakını başka bir yerde incelemek istemesi durumunda nasıl bir yol izleneceği belli değildir. Fakat uygulamada dava evrakı müdafî tarafından mahkemede incelenmeye devam edilmektedir.

Bir başka konu da müdafinin dava evrakını inceleme yetkisinin ne kadar süre için devam edeceğidir. Dava evrakını inceleme yetkisi kural olarak müdafî olunabilecek süre kadardır.¹⁹ Müdafî savunma görevine devam ettiği sürece kanunun kendisine vermiş olduğu bu yetkiyi kullanmaya devam edecektir. Kuşkusuz savunma, hükmün kesinleşmesine kadar devam edecektir. O zaman savunma görevini üstlenen müdafinin de savunma görevini yerine getirebilmesi için kanunca kendisine tanınan bu yetkiyi kullanması da hükmün kesinleşmesine kadar devam edecektir. Fakat bazı durumlarda dava evrakını inceleme yetkisi hükmün kesinleşmesinden sonra da devam edebilmektedir. Kesin hükümden sonra muhakemenin yenilenmesi (CMK m. 311), koşullu salıverme (CGTİK m. 107) durumlarında tekrardan müdafî tarafından dava evraklarının incelenmesi gerekli olabilmektedir. İşte bu şekilde hükmün kesinleşmesinden sonra tekrardan dava evrakının incelenmesi gerekli olursa, müdafinin dava evrakını saklayan kuruma başvurarak izin almak suretiyle dava evrakını incelemesi mümkün olmaktadır.

Görüldüğü üzere kanun koyucu tarafından müdafî bu yönde bir yetki verilmesindeki temel amaç müdafinin savunmayı gerektiği şekilde yapabilmesini sağlamaktır. Müdafinin dava evrakından edindiği bilgileri

¹⁹ CENTEL: a.g.e., s.123

başkaca bir amaçla kullanması düşünülemez. Meslek kuralları da yetkinin amacı dışında kullanılmasının önünde engel teşkil etmektedir.

2. Hazır Bulunma ve İşlemleri Yönlendirme Yetkisi

Müdafiin müdafilik statüsünden kaynaklanan bir başka yetkisi de hazır bulunma ve işlemleri yönlendirme yetkisidir. Müdafiin hazır bulunması sanığın bir müdafiin yardımından faydalanma hakkının fiilen gerçekleşmesi demektir.²⁰ Müdafi kanunda aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde ifade alma ve sorguya çekme de dâhil bütün muhakeme işlemlerinde hazır bulunabilir.²¹ Hukuk devleti ilkesi ve bu bağlamda savunmanın en sağlıklı şekilde yapılabilmesi için hazır bulunma ve işlemlere yön verme yetkisinin erken aşamada başlaması gereklidir. CMK m. 213' de sanığın önceki ifadeleriyle duruşmadaki beyanları arasında çelişki bulunması ve bu ifadelerin hakim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı yada müdafi huzurunda kolluk tarafından tutulan ifadeler olması halinde, duruşmada okunabileceği hükmü getirilmiştir. Görülüyor ki; CMK sanığın önceki beyanlarının duruşmada okunabilmesi için hangi makamlar önünde alınması gerektiğini belirtmiş, müdafii de bu makamlar içinde saymış ve m. 148/4' te de, müdafi hazır bulunmaksızın kolluk tarafından alınan ifadelerin hakim veya mahkeme huzurunda tekrarlanmadıkça hükme esas alınamayacağı düzenlenmiştir.²² Böylelikle de kolluğun ifade alması esnasında müdafiin bulunması sağlanmak istenmiştir. CMK m. 149/3' de soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her

²⁰ DOĞAN: a.g.e., s.111

²¹ TOROSLU/FEYZİOĞLU: a.g.e., s.145

²² AKSOY İPEKÇİOĞLU: Gözaltında Alınan İfadenin Önemi ve Delil Değeri, AÜHFĐ, Yıl:2008, C.57, S.3, s.53

safhasında müdafinin şüpheli veya sanıkla görüşme ifade alma ve sorgu süresince yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkı olduğu, bu hakkın engellenemeyeceği ve kısıtlanamayacağı belirtilerek şüpheli veya sanığın ifadesinin alınmasından başlayarak tüm muhakeme safhalarında müdafie hazır bulunma ve işlemleri yönlendirme yetkisi tanınmıştır.

Sanık hazır bulunmasa dahi müdafinin hazır bulunma yetkisi vardır. Sanığın gaip veya hazır bulunmaması müdafinin hazır bulunma yetkisine tesir eden bir durum değildir. CMK m. 197’ de sanık hazır bulunmasa dahi müdafinin tüm oturumlarda hazır bulunma yetkisine sahip olduğu belirtilerek müdafinin hazır bulunma yetkisinin sanığın şahsına bağlı bir yetki olmadığı vurgulanmıştır.

Soruşturma safhasında; ifade ve sorgunun yanında keşif ve muayene işlemleri yapılırken de müdafie hazır bulunabilmektedir. Ayrıca tanık veya bilirkişinin duruşma sırasında hazır bulunamayacağı yönünde kuşklar olması nedeniyle duruşmadan önce bu kişiler dinlenecek olursa bu faaliyet sırasında da müdafie hazır bulunabilmektedir. Kovuşturma safhasında ise müdafie tüm oturumlarda hazır bulunabilir. Hazır bulunma sual sorma imkânını da gerektirir.²³ Başta ifade ve sorgu işlemleri olmak üzere müdafinin hazır bulunduğu tüm işlemlerde gerekli olan durumlarda müdahale etme yetkisine de sahip olduğu mutlakdır. Yetkili makam tarafından atanma yoluyla savunma görevini üstlenen müdafie için hazır bulunma yetkisi aynı zamanda görevdir. Sanığın hazır bulunma hak ve görevinin olduğu her işlemde müdafinin de

²³ KUNTER/YENİSEY: a.g.e., s.439

hazır bulunma yetkisi vardır.²⁴ CMK m. 176/3' de müdafinin sanıkla birlikte davet edileceği, CMK m. 181/1' de tanık ve bilirkişinin dinlenmesinde dinlenme tarihinin müdafie de bildirileceği, CMK m. 196/2' de alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezası gerektiren suçlar hariç olmak üzere istinabe suretiyle yapılacak sorgu gününün müdafie bildirileceği, CMK m.197' de ise sanık hazır bulunmasa dahi müdafinin bütün oturumlarda hazır bulunma yetkisine sahip olduğu belirtilerek müdafinin hazır bulunma yetkisinin geniş kapsamda düşünülmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Müdafinin kovuşturma aşamasında hazır bulunma yetkisi sadece bununla da sınırlı değildir. Ayrıca Yargıtay' da yapılan duruşmada da müdafinin hazır bulunma yetkisi vardır. Nitekim CMK m. 299' da; on yıl veya daha fazla hapis cezası içerir hükümlerde Yargıtay tarafından duruşmalı olarak inceleme yapılacak olursa duruşma gününün müdafie de tebliğ edileceği ve sanığın duruşmada hazır bulunabileceği veya kendisini müdafii ile temsil ettirebileceği belirtilerek müdafinin Yargıtay' da yapılan duruşmalarda da hazır bulunma yetkisine sahip olduğu ifade edilmiştir.

Müdafinin hazır bulunma yetkisi hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Çünkü hazır bulunma yetkisi ne kadar erken aşamada başlarsa savunma hakkı o derecede sağlanmış olur. Ayrıca kolluk ve savcılıkta alınan ifade ve sulh hâkimliğinde yapılan sorgunun ve kovuşturma aşamasında da yargılamanın hukuka uygun şekilde yapıldığının en önemli göstergesi müdafinin bütün bu işlemler sırasında hazır bulunması ile doğru orantılıdır.

²⁴ CENTEL: a.g.e., s.130

Müdafii hazır bulunma yetkisi ne kadar geniş alanda kullanılabilirse şüpheli, sanık ve yakınlarının hukuk dışı uygulamalara maruz kalabilecekleri yönünde şüpheleri o derece de ortadan kaldırılabilecektir. Kolluk tarafından gözaltına alınan şüphelilerin birçok kez hukuk dışı uygulamalara maruz kaldıkları ve bu uygulamaların işkence haline dönüştüğü yönünde iddiaları gündeme gelmektedir. Özellikle müdafii soruşturmanın ilk aşamasından başlayarak hazır bulunma yetkisine sahip olması ve bu yetki çerçevesinde de yapılan işlemler sırasında hazır bulunması ve gerekli durumlarda işlemlere etki etmesi neticesinde gözaltına alınan kişilerce ortaya atılan kolluk tarafından işkence yapıldığı iddialarında ciddi bir azalma olmuştur.

3. Soru Sorma Yetkisi

Müdafii soru sorabilmesi duruşmada hazır bulunma yetkisinin doğal bir sonucudur.²⁵ Savunma hakkının etkin şekilde kullanılabilmesinin sağlanmasında soru sorulabilmesi önemli bir yapıtaşı görevi görmektedir. CMK m. 201 uyarınca; müdafii, Cumhuriyet Savcısı, vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukatla birlikte sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağırılmış olan diğer kişilere duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilecektir.²⁶ Doğrudan soru sorma hakkının tanık ve bilirkişiler yanında sanık, katılan ve duruşmaya çağırılmış olan tüm kişilere karşı kullanılabilmesi belirtilerek soru sorma yetkisinin uygulama alanı oldukça genişletilmiştir.

²⁵ CENTEL: a.g.e., s.133

²⁶ 1412 sayılı mülga CMUK' nın 232. maddesinde müdafii mahkeme başkanından izin alarak tanık ve bilirkişilere soru sorma hakkı olduğu hüküm altına alınmıştı. Müdafii sanığa, katılan ve duruşmaya çağırılmış diğer kişilere karşı soru sorma hakkı bulunmamaktaydı.

Kanunumuzda yer alan bu düzenleme ile özellikle Anglo - Sakson hukuk sistemlerinde benimsenen ve başarıyla uygulanan “çapraz sorguya” benzer bir sistem getirilmiştir.

Çapraz sorgu maddi gerçeğin araştırılmasında bireyleri ön plana çıkaran ferdiyetçi anlayışın yansıması olan itham sisteminde gelişmiş bir sorgulama tekniğidir.²⁷ Geniş anlamda çapraz sorgu tanıkların ve bilirkişilerin savcı ve müdafî tarafından hâkimin önünde ve denetiminde fakat hâkim aracılığı olmadan doğrudan sorgulanma sistemini ifade eder. CMK m. 201’ in getirmiş olan düzenleme ile çapraz sorgunun sağlayacağı faydalardan yararlanılmak istenmiştir.

Doğrudan soru yöneltme yetkisi Cumhuriyet savcısı, müdafî ve vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukata tanınmışken sanık ve katılana bu şekilde bir yetki tanınmamıştır. Fakat sanık ve katılanın da mahkeme başkanı veya hâkim aracılığı ile soru yöneltme hakkı bulunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/3-d maddesinde; sanık statüsünde olanların, iddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıkları ile aynı koşullar altında davet edilmelerini ve dinlenmelerini talep etme hakkına sahip oldukları belirtilmektedir.²⁸

Gerek doğrudan gerekse de mahkeme başkanı aracılığı ile soru sorulması durumunda sorulacak olan soruların amacını aşmaması gereklidir. Bu şekilde bir olumsuzluğun ortaya çıkması durumunda mahkeme başkanına

²⁷ TEZCAN: Ceza Davalarında Çapraz Sorgu, Prof.Dr.Turhan Tufan Yüce’ ye Armağan, İzmir, 2001, s.637

²⁸ REİSOĞLU: Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları, İstanbul, 2001, s. 179

müdahale hakkı tanınmıştır. Böylelikle de yargılama için gereksiz ve ilgisiz olan soruların engellenmesi amaçlanmıştır. Bu bağlamda doğrudan soru sorma yetkisi kapsamında yöneltilen sorulara karşı itiraz söz konusu olduğunda sorulan sorunun gerekli olup olmadığına mahkeme başkanı karar verecektir. Başka bir ifade ile doğrudan soru sorma yetkisinin kullanılması amacını aşarsa mahkeme başkanı tarafından müdahale edilmek suretiyle bu hakkın kısıtlanması yoluna gidilebilecektir. Soru sorma yetkisi tanınırken gerek doğrudan soru sorulması gerekse de mahkeme başkanı aracılığı ile soru sorulması esnasında mahkeme başkanına ilgisiz ve gereksiz soruların sorulmasını engellemek için geniş bir yetki tanınmıştır.

CMK m. 201’ de doğrudan soru yöneltme başlığı altında düzenlenen hüküm adil yargılanma ilkesinin çatısı altında silahların eşitliği ilkesi çerçevesinde kazandırılmış sağlıklı bir gelişmedir.²⁹ Bu düzenleme ile mahkeme aracılığı olmadan soru sorma yetkisi verilerek savunma hakkının etkin şekilde kullanılması ve adil yargılanma hakkının sağlanması açısından çok önemli bir mesafe alınmıştır. Fakat ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmemiş olması beraberinde birçok olumsuzluğu da getirebilecektir. Özellikle doğrudan soru sorma hakkının sınırları belirtilmemiş sadece mahkeme başkanına sınırlama konusunda yetki tanınmıştır. Bu durumda, uygulamada birçok olumsuzluğa neden olabilecektir. Bu nedenle de doğrudan soru sorma hakkının sınırlarını belirtir daha ayrıntılı bir düzenlemenin getirilmesi yerinde bir uygulama olacaktır.

²⁹ AKYAZAN: a.g.e., s. 388

4. Şüpheli ve Sanıkla Görüşme, Yazışma Yetkisi

Müdafinin savunma yapabilmesi için, görüşerek veya yazışarak sanıkla ilişki kurması gerekir.³⁰ Ancak bu şekilde bir ilişki kurulabilirse savunmaya ilişkin gerekli bilgi ve belgelere ulaşılabilir. Savunma hakkının gereği şekilde kullanılabilmesi için suç isnadı ile karşı karşıya kalan kişinin müdafinin yardımından en erken şekilde faydalanabilmesinin sağlanması oldukça önemlidir. Bu durum göz önüne alınarak müdafie bu yönde geniş yetkiler tanınmıştır. Müdafinin şüpheli veya sanık ile her zaman konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşme hakkı vardır. CMK m. 154' de şüpheli ve sanığın müdafi ile görüşme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarına göre de; müdafinin sanıkla görüşme hakkı savunmanın temelidir.³¹ Mahkeme sanığın başkalarının kendilerini dinlemediği bir ortamda müdafi ile iletişim kurma hakkının adil yargılamanın gerekçelerinden biri olduğu kanısındadır. Bu yetkinin hiçbir şekilde sınırlandırılmaması gerekir. Çünkü belli amaçlar için temel haklar kanunla sınırlandırılabilir için bu yetkinin kanunla belirtilen biçimde sınırlandırılması Anayasa' ya aykırı değilse de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bakımından adı geçen sözleşmenin 6/3-c hükmüne aykırılık teşkil edecektir.³²

Müdafinin tutuklu olsun ya da olmasın şüpheli ve sanıkla görüşme yetkisi vardır. Kanunda bu yönde bir ayrıma yer verilmemiştir. Müdafinin

³⁰ CENTEL: a.g.e., s.138

³¹ MISIR: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Avukatın Ceza Yargılamasındaki Rolü, www.yeniyaklasimlar.org/?p=6192 (Erişim Tarihi: 16.02.2011)

³² KUNTER/YENİSEY: a.g.e., s.441

tutuklu sanıkla görüşme ve yazışma yetkisi sanığın savunma hakkının bir uzantısıdır. Kanunda müdafinin tutuklu olmayan bir şüpheli veya sanık ile görüşmesini düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Şahıs tutuklu olmadığı için hürriyeti açısından herhangi bir sınırlama olmadığından her türlü görüşme mümkündür. Şüpheli veya sanığın tutuklu olması halinde ise müdafinin görüşme yetkisinin belirli kurallar çerçevesinde kullanılması gereklidir. Tutuklu sanıkla görüşme söz konusu olduğunda tutukevinin ziyaret saatlerine uyulmalıdır.³³ Ayrıca tutukevlerine girişlerde güvenliğin sağlanabilmesi için müdafinin üzerinde tehlikeli maddelerin bulunup bulunmadığına dair arama yapılmaktadır. Fakat bu arama amacını aşmamalı, gereksiz olarak uygulanmasının önüne geçilmelidir.

Her şeyden önce müdafie şüpheli ve sanıkla görüşme yetkisi tanınmasının savunma hakkının etkin şekilde kullanımı açısından verilmiş olan bir hak olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle de kanun tarafından müdafie tanınmış olan bu hakkın amacı dışında kullanılmaması gerekir. Müdafinin görüşme yetkisi, amacı dışında kullanılacak olursa da tutukevi görevlilerinin bu konuda denetleme yapma yetkileri bulunmamaktadır. Ortada hakkı kötüye kullanma durumu varsa durum tutukevi görevlilerince baroya veya adli makamlara duyurulmalıdır. Görüşmeyi engelleyici tutum içine girilmemelidir.³⁴ Kaldı ki; görevliler amacı denetleme yetkileri olmadığından müdafinin şüpheli ve sanıkla serbestçe görüşmesine engel olamazlar.³⁵

³³ ÖZKAN: a.g.e., s.270

³⁴ CENTEL: a.g.e., s.141

³⁵ DEMİRBAŞ, Timur: Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, İzmir, 1996, s.124

Müdafie kanun ile tanınmış olan görüşme hakkının usulüne uygun olarak kullanılabilmesi için kanun yanında kanun hükmünü destekleyen çeşitli düzenlemeler getirilmiştir. Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkif Evlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzüğü m. 155. maddesinde tutuklu ve hükümlünün müdafisi ile görüşmelerinin kurum görevlilerince duyulmayacak bir alanda yapılacağı belirtilmiştir. Bu duruma paralel olan bir düzenlemeye Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinde yer verilerek yönetmeliğin 20. maddesinde yakalan şahsın vekâletname aranmaksızın her zaman müdafisi ile başkaları tarafından duyulmayacak bir ortamda görüşebileceği ifade edilmiştir. Ayrıca Av.K.'nın 50. maddesine 4667 sayılı kanun ile "Her cezaevi ve kolluk biriminde mesleğin onuruna önemine uygun bir görüşme yeri ayrılır." hükmünü içeren bir fıkra eklenerek görüşme hakkına verilen önem vurgulanmak istenmiştir. Fakat TMK m. 10/bent b' de Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarla ilgili gözaltı olduğunda gözaltındaki şüphelinin müdafisi ile görüşme hakkının bu süre zarfında ifade alınmaması kaydıyla Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hakim kararıyla yirmi dört saat süre ile kısıtlanabileceği ifade edilmiş ve Terör suçları ile ilgili farklı bir düzenleme yoluna gidilmiştir. TMK' da yer alan görüşme hakkını kısıtlayan mevcut düzenleme savunma hakkının gerektiği şekilde kullanılmasına engel olabilecektir. Ayrıca Terör suçu sanıkları ile diğer suçların sanıkları arasında fark gözetmek, AİHS' in 6/3. maddesi hükmüne uymaz. Ayrıca savunma hakkı insan hakkıdır. Hakkında suç isnadı olan herkes, ister terör suçu, isterse başka bir suç isnadı olsun, insandır. Öyleyse,

her insan, AİHS' in 14. maddesi gereğince, hiçbir fark gözetilmeksizin, insan hakından yararlanılmak hakkına sahiptir.³⁶

Müdafi, şüpheli ve sanıkla serbestçe yazışma hakkına da sahiptir. Müdafinin yazışmalarının denetime tâbi olamayacağı CMK m. 154' de belirtilerek müdafi ile şüpheli ve sanığa bu yetki tanınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına göre; müdafi ile sanığın arasında yapılan yazışmaların görevlilerce açılıp okunması AİHS m. 6' nın ihlali anlamına gelecektir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında; sadece müdafi ile sanık arasındaki yazışmaların içeriğinin cezaevinin veya başkalarının güvenliğini tehlikeye sokması veya başlı başına bir suç oluşturması, gizliliğin kötüye kullanıldığına dair çok somut gerekçelerin var olması durumunda yazışmaların denetlenerek okunabileceği belirtilmiştir.

Savunma hakkının etkin bir biçimde kullanılabilmesi için atılı suçla ilgili sır ve bilgilerin ve mesleki sırların sadece şüpheli, sanık ile müdafi arasında bilinmesi ve bu bilgilerin üçüncü kişiler tarafından denetlenmemesi gerekmektedir. Şayet şüpheli veya sanık ile müdafi arasındaki yazışmalar denetime tâbi tutulursa bu durumda savunma hakkının kısıtlanması durumu söz konusu olacaktır. Denetim söz konusu olduğunda denetimin varlığı nedeniyle gerekli olan bilgilerin verilememesi ve bu nedenle de savunmanın gerekçelerinin tam olarak ortaya konamaması sorunları ortaya çıkacaktır. Bu olumsuz durumların ortaya çıkmaması için; müdafinin sanıkla görüşme

³⁶ HAFIZOĞULLARI: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini Sağlamayan Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Düzenlemeleri ve Uygulamaları, s.8

sırasında ona müdafaanın hazırlanması bakımından önemli olan belgeleri hiçbir izne gerek olmadan verebilmesi gerekmektedir.³⁷

Müdafi ile şüpheli veya sanık arasındaki yazışmaların denetime tâbi olmaması prensibi yazışmaların içeriği açısından söz konusudur. Yazışmanın kimden kime karşı yapıldığının belirlenmesi konusunda denetim söz konusu olabilir. Bu nedenle yazışma içeriğinin herhangi bir denetime tâbi olmadan karşı tarafa ulaşabilmesi için yazışmanın kimden kime gönderildiğinin müdafi, şüpheli veya sanık tarafından belirtilmesi yerinde olacaktır.

Şüpheli veya sanık ile bu kişilerin savunmasını üstlenen müdafi arasında yapılan yazışmalar kural olarak el konulabilecek evrak içerisinde yer almaz. CMK m. 126 uyarınca, şüpheli veya sanık ile müdafi arasındaki mektuplara ve belgelere müdafiin yanında olduğunda el konulamayacaktır. Başka bir ifade ile şüpheli veya sanık ile müdafi arasındaki yazışmaların müdafiin yanında olmaması durumunda el konabilecektir. Yazışmaların içeriği el konulup konulamayacağı hususunda önemli değildir. Bu bağlamda müdafi bürolarının aranması sorunu ortaya çıkmaktadır. Özellikle müdafi bürolarının aranması katı kurallara bağlanmıştır. Kanunun getirmiş olduğu kurallar çerçevesinde müdafi bürosunda arama yapılsa dahi; sanığın müdafie emanet ettiği deliller, belgeler arama ve el koymaya konu olamazlar.³⁸ İç hukukta yer alan mevcut kanun hükümleri yanında uluslararası hukukta da müdafiin bürosunun aranması sorunu çokça gündeme gelmektedir. Bu hususta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tavrını ortaya koyarak; müdafi

³⁷ ÖZKAN: a.g.e., s.270

³⁸ KAZAN: Avukatlık Bürolarının Aranması Sorunu, İBD 1996/1-2-3, s.3

bürosunun aranmasını meslek sırlarına ağır saldırı olarak kabul etmiştir.³⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu husus ile ilgili olarak düşüncesini ortaya koyarak, şüpheli, sanık ile müdafii arasında var olan güven ilişkisine zarar gelmemesi için, şüpheli, sanık ile müdafii arasındaki yazışma yetkisini korumalı bir alan içine sokmuştur. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu konudaki düşüncesi göz önüne alındığında iç hukukumuzda müdafinin bürosunun aranması konusunda ne kadar titiz davranılması gerektiği bir kez daha ortaya çıkmaktadır. Çünkü şüpheli, sanık ile savunma görevini üstlenen müdafinin aralarındaki görüşme ve yazışmalarının sınırlandırılarak tarafların sahip olduğu yetkiyi daraltmak savunma hakkının gereği şekilde kullanılabilmesinin önüne ciddi bir engel olarak çıkacaktır.

5. Sanığı Temsil Etme Yetkisi

Müdafii kural olarak sanığın temsilcisi değil, yardımcısıdır.⁴⁰ Sanığın duruşmada hazır bulunması sağlanmalıdır. Bu amaçla kural olarak sanığın yokluğunda duruşma yapılamayacağı kabul edilmiştir.⁴¹ Sadece istisnai olarak sanığın duruşmalarda hazır bulunmadığı durumlarda müdafinin sanığı temsil edebileceği ve bu nedenle de temsilci sayılabileceği belirtilmiştir. CMK m. 197 uyarınca, sanık duruşmalarda hazır bulunmasa dahi müdafinin tüm oturumlarda hazır bulunma yetkisi bulunmaktadır. İşte bu noktada müdafii

³⁹ KAZAN: Avukatlık Bürolarının Aranması Sorunu, s.3

⁴⁰ CENTEL: a.g.e., s.148

⁴¹ TOROSLU/FEYZİOĞLU: a.g.e., s.133

sanığın temsilcisidir.⁴² Sanığın duruşmada hazır bulunmaksızın duruşma yapılabilecek haller söz konusu olduğunda müdafî sanığın temsilcisi durumuna gelmektedir. Başka bir ifade ile sanığın duruşmada hazır bulunmasına gerek olmadığı hallerde müdafî temsil yetkisini kullanmaktadır.

Sanığın hazır bulunmaksızın duruşma yapılabilecek haller Ceza Muhakemesi Kanunu'nda tahdidi olarak sayılmıştır. Buna göre; sanık hakkında sorgusu yapılmamış olsa da toplanan delillere göre mahkumiyet dışında bir karar verilmesi gerektiği kanısına varılması (CMK m. 193/2), sanığın firar etmesi veya ara vermeyi izleyen oturuma gelmemesi halinde önceden sorguya çekilmiş ve artık duruşmada hazır bulunmasına mahkemece gerek görülmemesi (CMK m.194/2), sanığa atılı suçun yalnız veya birlikte adli para cezasını veya müsadereyi gerektiriyor olması (CMK m. 195), sorgusu yapılmış olan sanığın kendi veya müdafîin istemi üzerine duruşmadan bağışık tutulması (CMK m. 196/1), alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar hariç olmak üzere sanığın istinabe yoluyla sorgusunun yapılıp esas mahkeme huzuruna çıkmaması (CMK m. 196/2), sorgusu yapılmış olmak koşuluyla sanığın hastalık veya disiplin önlemi yada zorunlu diğer nedenlerle yargılamanın yapıldığı yargı çevresi dışındaki bir hastane veya tutukevine nakledilmiş olması (CMK m. 196/5), sanığın yurtdışında bulunması ve bu nedenle belirlenen duruşma tarihinde hazır bulunmasının zorluğu halinde daha önce duruşma açılarak veya istinabe yoluyla sorgusunun yapılması (CMK m. 196/6), yüzüne karşı suç ortaklarının veya tanıkların gerçeği söylemeyeceğinden endişe edilerek sanığın sorgu ve

⁴² KUNTER/YENİSEY: a.g.e., s.228

dinleme sırasında mahkeme salonundan çıkarılması (CMK m. 200/1), sanığın davranışları nedeniyle hazır bulunmasının duruşmanın düzenini tehlikeye sokacağıının anlaşılması ve duruşmada hazır bulunmasının savunma açısından zorunlu görülmemesi üzerine duruşma salonundan çıkarılarak duruşmanın sürdürülmesi ve bitirilmesi (CMK m 204), yerel mahkemenin vermiş olduğu karar üzerine temyiz yoluna başvurulup temyiz incelemesinin duruşmalı olması (CMK m. 299/1) durumlarında sanığın duruşmada hazır bulunmasına gerek olmaksızın duruşma yapılabilmektedir.

Müdafiin sanığın savunmasını üstlenerek müdafilik sıfatını kazanması için sanık tarafından kendisine yönelik olarak vekâletname verilmiş olması zorunluluğu yoktur. Fakat sanığın yokluğunda savunma görevini yerine getirecek müdafiin ve dolayısıyla sanığı temsil edecek müdafiin vekâletnamesinin bulunması uygun olacaktır.⁴³ Ayrıca sanığın hazır bulunmasına gerek olmadan yapılan duruşmalarda, müdafi sanığın zararına olabilecek işlem ve eylemlerde bulunmamalıdır. Çünkü bu durumda müdafi her şeyden önce sanığı temsil eden kişi durumundadır.

Sanığın hazır bulunmasına gerek olmadan yapılan duruşmalarda sanığın bir müdafi ile temsil edilmesi durumunda sanığın hazır olduğu kabul edilmektedir. Kanun koyucu bu durumu göz önüne alarak sanığın duruşmada müdafi aracılığı ile temsil edilmesi söz konusu olduğunda sanığın o duruşma için eski hale getirme talebinde bulunamayacağını (CMK m. 198/2) belirterek

⁴³ CENTEL: a.g.e., s.149

müdafî ile temsil edilen sanığın duruşmada hazır gibi kabul edilmesi gerektiği hususunu vurgulamıştır.

Ayrıca müdafî temsil ettiği sanık lehine olarak bazı işlemleri yapma yetkisine sahiptir. Mahkeme başkanı veya hâkim tarafından sanığın veya katılanın gösterdiği tanık veya bilirkişilerin çağırılması hakkındaki dilekçenin reddedilmesi üzerine ilgili kişilerin doğrudan getirilebilmesi (CMK m.178), kanun yoluna başvurulmasından sonra vazgeçme durumu söz konusu ise sanık ile müdafîin iradesinin çelişmesi durumunda müdafîin iradesinin geçerli olması (CMK m.266/3), ek savunma verilmesi gereken hallerde özellikle sanığın savunma için ek süre talep etmesi ve ek süre verilmesi hususunda müdafîin sanığa tanınan haklardan sanık gibi faydalanması (CMK m.226/3,4) durumları müdafîin sanık lehine olan bazı işlemleri yapma yetkisine sahip olduğunu vurgulayan düzenlemelerdir.

Müdafî bireysel savunma makamını temsil eden şüpheli ve sanık yanında teknik savunma makamını temsil eden kişidir. Bu nedenle ceza muhakemesinde müdafî teknik savunma makamını işgal ettiğinden, dolayısıyla da muhakeme süjesi olduğundan, sanığa bildirilen işlem ve kararlar, müdafîe de bildirilmelidir. Ayrıca vekil aracılığı ile yürütülen işlerde tebligat vekile yapılacaktır (Tebligat K.m. 11/1). Fakat ceza muhakemesinde savunma görevini üstlenen müdafî ile medeni hukukta yer alan vekil gerek yetki gerekse de yükümlülükler bakımından birbirlerinden ayrılmaktadır. Ceza muhakemesinde sadece sanığın hazır bulunmasının gerekli olmadığı hallerde müdafîin sanığı temsil yetkisi vardır. Şayet sanığın hazır bulunması

gerekli ise müdafinin sanığı temsil etme yetkisi söz konusu değildir. Müdafinin sanığın temsilcisi olabilme durumu ayrık bir durum olduğundan, sanığa bildirme müdafie bildirme yerine geçmediği gibi müdafie bildirme de müdafinin her zaman sanığın temsilcisi olmadığı için sanığa bildirme yerine geçmez.⁴⁴ Mutlaka müdafinin yanında sanığa da yapılan işlem ve kararlar hakkında bildirimde bulunulmalıdır.

Sanık ve müdafie ayrı ayrı bildirim yapılması gerektiğinden her ikisinin de hakkını korumak için sürelerin son bildirim tarihinden itibaren hesaplanması gereklidir. Bu şekilde savunma hakkının kısıtlanması durumunun ortaya çıkması engellenecektir. Bir başka farklı durum da müdafinin birden fazla olması durumunda ortaya çıkmaktadır. Bu durumda birden fazla müdafie bildirim yapılması halinde bildirim tarihi olarak ilk bildirimin yapıldığı tarih esas alınacaktır. Bu şekilde ilk bildirimin yapıldığı tarihin esas alınması savunma hakkının kullanımı açısından olumsuz sonuçlar doğurabilecektir. Bu nedenle müdafinin birden fazla olması durumunda bildirimlerin sanığın iradesiyle belirlenen bir müdafie yapılması yerinde olacaktır.

6. Kanun Yoluna Başvurma Yetkisi

Müdafinin müdafilik statüsünden kaynaklanan bir başka yetkisi de kanun yoluna başvurabilmesidir. Kendisine tanınmış olan bu yetki neticesinde müdafinin kanun yolu aşamasında da sanığa yardımcı olabilmektedir.

⁴⁴ CENTEL: a.g.e., s.153

Müdafî sanık lehine olmak üzere kanun yoluna başvurabilir.⁴⁵ CMK m. 261 uyarınca, müdafî müdafiliğini üstlendiği kişinin açık arzusuna aykırı olmamak koşuluyla kanun yoluna başvurabilecektir. Kanunun ortaya koyduğu ifadeden de anlaşılacağı üzere müdafîin kanun yoluna başvurma yetkisi sanığın iradesine bağımlı olan bir yetkidir. Sanık açıkça kanun yoluna gidilmesini istemediği yönündeki iradesini müdafîine veya mahkemeye bildirmediği sürece müdafîin savunmasını üstlendiği sanık adına kanun yoluna başvurma yetkisine sahip olduğu şüphe götürmez bir gerçekliktir.

Müdafîlik sıfatı devam ettiği sürece müdafî, başvuru yetkisinin açıkça sınırlandırılmamış bulunması koşuluyla sanık için kanun yoluna başvurabilmektedir (CMK m. 261). Sanığın veya kanuni temsilcisinin seçtiği müdafî ile atamaya yetkili makamlar tarafından atanma yoluyla görevi üstlenen müdafîin kanun yoluna başvurma yetkisi bakımından hiçbir fark yoktur. Ayrıca mahkeme sırasında savunma görevini üstlenmeyen fakat daha sonra kanun yolu aşamasında seçilme veya atanma yoluyla savunma görevini üstlenen müdafîin de kanun yoluna başvurabilme yetkisi tamdır. Fakat sanığın yokluğunda duruşmada seçilme yoluyla savunma görevini üstlenen ve sanık veya kanuni temsilcisi tarafından kendisine vekâletname verilmemiş olan müdafîin verilen hüküm için kanun yoluna başvurma yetkisi olmamalıdır. Çünkü sanık tarafından müdafîliğe kabul edilip edilmediği belli değildir. Fakat sonradan sanık tarafından icazet verilmesi halinde ise sanığın yokluğunda yapmış olduğu temyiz başvurusu baştan itibaren geçerli

⁴⁵ CENTEL: a.g.e., s.156

olacaktır. Zira sanık vermiş olduğu icazet ile açıkça iradesini ortaya koymaktadır. Bir başka ayrık durum ise kanuni temsilcinin vekâletname verdiği müdafii kanun yoluna başvurusu durumunda ortaya çıkmaktadır. Bu durumda müdafii savunma görevinden azledilmesi ve ergin olan sanığın irade beyanı ile kanun yoluna başvurma hususunda isteksiz olması durumları mevcut değilse müdafii kanun yoluna başvurusu geçerli olacaktır.

Savunma görevini üstlenen müdafii kanun yoluna başvurabilmesi için vekâletnamesi olması gerekmez.⁴⁶ Vekâletnamesi olmayan müdafii de kanun yoluna başvurma yetkisi vardır. Müdafilik sıfatının devam ediyor olması müdafii kanun yoluna başvurabilmesi için yeterlidir.⁴⁷

Kanun yolunun kabul edilmesindeki amaç hukuka aykırı olarak verilen kararların olumsuz etkilerinden hakkında karar verilen kişinin korunmasıdır. Bu nedenle müdafii karar ile karşı karşıya kalan kişinin lehine olmak suretiyle kanun yoluna başvurabilmesi mümkündür. Yoksa müdafii kararın kişinin aleyhine olarak incelenmesini talep edemez. Nasıl sanık kendi aleyhine kanun yoluna başvuramıyorsa, sanığın savunma görevini üstlenen müdafii de sanık aleyhine kanun yoluna başvuramaz. Fakat bazı hukukçular tarafından müdafii sanık aleyhine kanun yoluna başvurabilmesi gerektiği, savunmanın toplum adına yapıldığı ve bu noktada müdafii sanıktan

⁴⁶ TOROSLU/FEYZİOĞLU: a.g.e., s.146

⁴⁷ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu 20.10.1975 tarihli ve 719 sayılı kararında; sanığın yanında savunmasını üstlenen ve bu görevi sürdüren müdafii sanık aleyhine verilmiş olan bir hüküm için kanun yoluna başvurusunun savunmanın bir gereği olduğu ve kanun yoluna başvurabilmek için ayrıca vekâletname aranmasına gerek olmadığına karar vermiştir.

bağımsız olmasının sanık iradesi ile sınırlanmamasının doğru olacağı kabul edilmiştir.⁴⁸

Esasen müdafî kanun yoluna sanık adına başvurur. Kanun yoluna başvurma sanığın adına olduğundan sanığın iradesi önemlidir ve sanık müdafîin kanun yoluna başvurma yetkisini sınırlayabileceği gibi tamamen de müdafiden alabilir.⁴⁹ Müdafîin kanun yoluna başvurma yetkisini sanık adına kullanıyor olması nedeniyle sanığın kanun yoluna başvurmadan vazgeçmesi durumunda müdafîin de kanun yoluna başvurması mümkün olmayacaktır (CMK m. 261). CMK m. 266/2 uyarınca, sanığın savunmasını üstlenen müdafîin başvurulmuş olan kanun yolundan vazgeçebilmesi için kendisine verilmiş olan vekâletnamesinde kanun yolundan vazgeçebilmesini sağlayacak özel yetkinin varlığı gereklidir. CMK m. 266' da sadece kanun yoluna başvurmadan vazgeçilebilmesi durumu belirtilmiştir. Fakat kanun yolundan vazgeçme yanında geri alma da bu kapsamda düşünülmeli ve geri alma için de özel yetkinin varlığı aranmalıdır; bu şart da gereklidir. Kanun yoluna bizzat sanık veya sanığın savunmasını üstlenen müdafîin başvurusu müdafîin kanun yolundan vazgeçmesi açısından bir farklılık arz etmemektedir. İki durumda da müdafîin kanun yolundan vazgeçebilmesi için mutlaka vekâletnamede özel bir yetkinin bulunması gereklidir.

Sanığın savunmasını birden fazla müdafî üstlenmiş ise kanun yolundan vazgeçilmesi durumunda ayrık bir durum ortaya çıkmaktadır. Sanığın savunmasını üstlenen birden fazla müdafîin bulunması durumunda

⁴⁸ KUNTER/YENİSEY: a.g.e., s.442

⁴⁹ CENTEL: a.g.e., s.158

müdafilerden birinin özel yetkisine dayanarak kanun yolunu geri alması, diğer müdafileri de etkileyerek onlar için de bağlayıcı olmalıdır.⁵⁰ Sanığın savunmasını üstlenen müdafilerin birden fazlasında özel yetki varsa bu durumda özel yetkiye sahip tüm müdafilerin kanun yolunun geri alınması hususunda ortak iradeye sahip olmaları ve icazet vermeleri gereklidir. Kanun yolu sanığın haklarının korunması için sanığa tanınmış olan kanuni bir haktır. Bu nedenle de kanun yolundan vazgeçilmesi durumlarında sanığın iradesine uygun olarak hareket edilmesi gereklidir. Çünkü savunma görevini üstlenen müdafinin sanığın menfaatini koruma ve bu hususa uygun olarak hareket etme yükümlülüğü altında olduğu unutulmamalıdır.

III. MÜDAFİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Genel Olarak

Müdafinin görevi şüpheli ve sanığı savunmaktır.⁵¹ Müdafinin kendisine önerilen savunma görevini üstlenmesi durumunda üstlenmiş olduğu savunma görevini kurallara uygun olarak en iyi şekilde yerine getirmesi gereklidir. Savunma görevini üstlenen müdafinin meslek kurallarına uyarak ve meslek onurunu koruyarak hareket etmesi kamusal bir yükümlülüktür. Müdafinin savunma görevini kurallara uygun olarak yerine getirmesi konusunda, şüpheli, sanık ya da kanuni temsilci tarafından seçilmiş veya atamaya yetkili kurum tarafından atanmış olması durumları arasında bir fark bulunmamaktadır. Ne şekilde görevi üstlenirse üstlensin, savunma görevini

⁵⁰ CENTEL: a.g.e., s.160

⁵¹ CENTEL: a.g.e., s.165

üstlenen müdafii kurallara uygun olarak hareket etme yükümlülüğü vardır. Çünkü ceza davalarında müdafaa edilenle eden arasındaki münasebet her şeyden evvel “itimat” dır.⁵² Bir başka ifade ile sanık ile savunma görevini üstlenen müdafi arasında durumları itibariyle güven ilişkisi mevcuttur. Bu nedenle müdafii güven ilişkisi çerçevesinde bu duruma uygun olarak hareket etmesi gereklidir.

1. Savunma Görevini Kurallara Uygun Olarak Yapma Yükümlülüğü

Müdafi kendisine önerilen savunma görevini üstlenmek zorunda değildir. Müdafii kendisine önerilen görevi herhangi bir sebep göstermeden reddetme hakkı vardır (Av. K. m. 37/1). Fakat kendisine önerilen savunma görevini üstlenen müdafi üstlenmiş olduğu görevi yerine getirme yükümlülüğü altına girecektir. Sanığın savunma görevinin nasıl yerine getirileceğini her somut olayın konusuna ve özelliklerine göre müdafii kendisi takdir eder.⁵³ Müdafii burada sahip olduğu takdir yetkisi sınırsız değildir. Müdafii sahip olduğu takdir yetkisi ancak savunma için en uygun yolun seçilmesi suretiyle, sanığın en çok lehine olacak şekilde görevin yerine getirilmesi yükümlülüğü ile sınırlandırılmıştır.

Müdafii sadece üstlendiği görevi yerine getirmesi tek başına yeterli değildir. Öncelikle müdafii savunmasını üstlendiği sanığın aleyhine olacak şekilde davranmaması gereklidir. Müdafi hükme etkisi olmayan ve

⁵² EREM: Ceza Usulü Hukuku, Ankara, 1978, s. 184

⁵³ CENTEL: a.g.e., s.165

muhakemeyi uzatmak amacı ile hareket etmeden, sanığın lehine olan her türlü durumu ortaya koyarak kurallara ve savunmanın amacına uygun olarak her yola başvurulabilir. Bu sebeple de müdafinin öncelikle savunma görevini muhakemenin amacına uygun olarak yerine getirmesi gerekmektedir. Müdafinin kurallara aykırı olarak hareket etmesi örneğin gereksiz delillerin sadece muhakeme sürecini uzatmak amacıyla ortaya konması gibi durumlarda mahkemenin ortaya konan delilleri reddetme hakkı vardır (CMK m.206/2).

Savunma görevini üstlenen müdafii ile sanık arasında müdafilik görevinin başlaması ile birlikte güven ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Çünkü sanık ile müdafii arasında oluşan bu ilişki neticesinde sanığa ait sırlar müdafii tarafından öğrenilmekte, böylelikle de müdafii sanığa ait gizli bilgilere vakıf olmaktadır. Bu nedenle savunma görevini üstlenen müdafinin sanık ile arasında ortaya çıkan güven ilişkisi neticesinde sadakat yükümlülüğüne uygun olarak hareket etme zorunluluğu bulunmaktadır. Sadakat yükümlülüğü neticesinde de müdafii sanığa fayda sağlayacak yolu seçmeli ve bu yönde hareket etmelidir. Müdafinin sadece sanığın beraatını istemesi ve bu yönde talepte bulunması yeterli değildir. Gerekli olduğunda daha az ceza alınması yönünde savunma yapılması da mümkün olabilmektedir. Başkaca savunma yapılabilecekken sadece sanığın beraatını talep etmek de bu anlamda görevini yerine getirmemektir.⁵⁴

Ayrıca müdafinin üstlendiği görevi ne şekilde yerine getireceği hususunda Avukatlık Kanununda düzenlemeye yer verilmiştir. Av.K. m. 34

⁵⁴ KUNTER: a.g.e., s.311

uyarınca, müdafî üstlendiği görevi, görevinin önemine yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek, avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uygun olarak hareket etmekle yükümlüdür.

Müdafîin uymakla yükümlü olduğu kurallar belirlenirken bu kuralların ihlali halinde de müdafîin karşı karşıya kalacağı çeşitli yaptırımlar öngörülmüştür. Fakat kuralların uyulması açısından kuralların ihlal edilmesinden sonra yaptırımların devreye girmesinden ziyade kuralların baştan itibaren hiçbir surette ihlal edilmemesi önem arz etmektedir. Çünkü belirlenen kuralların ihlali ne kadar çok ve sık olursa hukuka ve müdafilik kurumuna duyulan güven de o derecede azalmış olacaktır. Bu durum da hukuk devleti ilkesini zedeleyebilecek bir durum ortaya çıkarabilecektir. Bu olumsuz durum ile karşılaşmamak için savunma görevini üstlenecek şahısların gerek seçimi gerekse meslek içi eğitimleri konusunda titiz davranılması yerinde olacaktır. Bu şekilde de müdafilik kurumunun toplum önündeki saygınlığı pekişecektir.

Müdafîin savunma görevini kurallara uygun olarak yapma yükümlülüğünün olması neticesinde bu yükümlülüklere uymaması durumunda çeşitli yaptırımlarla karşılaşması mümkündür. Bu durumda müdafî disiplin soruşturması, adli soruşturma ve görevine son verilmesi gibi yaptırımlarla karşı karşıya kalabilecektir.

Savunma görevini kurallara uygun olarak yerine getirmeyen müdafiiin karşılaşacağı yaptırımlardan biri disiplin soruşturmasıdır. “Disiplin soruşturması” görevini gerektiği şekilde yerine getirmeyen müdafii hakkında uygulanan ve yerinde görülmesi durumunda müdafii hakkında disiplin cezası verilen bir yaptırımdır (Av. K. m. 134). Görevini kurallara uygun olarak yerine getirmeyen müdafii hakkında disiplin soruşturması yapma yetkisi, levhasına yazılı olarak kayıtlı olduğu barodadır. Baro disiplin soruşturmasına şikâyet, ihbar, Cumhuriyet savcısının istemi veya re’sen harekete geçmek suretiyle başvurabilmektedir (Av. K. m. 139). Av. K. m. 140/2 uyarınca, disiplin soruşturmasına gerek görülen eylem için ayrıca ceza davası açılması durumunda ise disiplin soruşturmasına devam edilmemekte ve ceza davasının sonuna kadar beklenmektedir. Bu durumda soruşturmaya neden olan müdafiiin eyleminin yapılmamış olması nedeniyle ceza davası beraat hükmüyle sonuçlanmadıkça, nasıl bir karar verilirse verilsin, müdafii soruşturma konusu eylemi nedeniyle disiplin soruşturması ile karşı karşıya kalabilmektedir (Av. K. m. 140/3).

Savunma görevini kurallara uygun olarak yerine getirmeyen müdafiiin bu eylemi görevi kötüye kullanma şeklinde ortaya çıkacak olursa disiplin soruşturmasından farklı olarak müdafiiin adli soruşturma ile karşılaşması da mümkündür.

Müdafiiin üstlendiği görevi ve görevi yerine getirebilmesi için kullandığı yetkiyi ihmal etmesi durumunda TCK m. 257’ de belirtilmiş olan ceza ile karşı karşıya kalınabilecektir. Müdafiiin davanın karşı tarafı ile anlaşarak, karşı

tarafa yardım ederek davaya zarar vermesi, davada bir tarafın savunma görevini üstlendikten sonra davanın diğer tarafının müdafiliğini veya vekilliğini yapma durumlarında TCK m. 257 müdafî açısından uygulama alanı bulacaktır.⁵⁵ Müdafîin davanın karşı tarafı ile anlaşarak davaya zarar vermesi durumunun görevi suiistimal kapsamına girebilmesi için bu yönde bir harekette bulunması yeterlidir. Ayrıca davanın karşı tarafına yardım etmesi durumunda görevi suiistimal suçunun ortaya çıkacağı açıktır. Görevi suiistimal suçuna vücut veren müdafîin karşı tarafa yapacağı yardımı belli çerçeveler içinde sınırlamak mümkün değildir. Karşı tarafa bilgi vermek, yol göstermek, hatta karşı tarafın danışması sonucunda fikir beyanında bulunulması görevi suiistimal kapsamında değerlendirilebilecektir. Ayrıca müdafîin aynı davada menfaati zıt tarafın savunmasını üstlenmesi veya danışma hizmeti vermesi durumunda karşı tarafça kendisine teklif edilen işi reddetme zorunluluğu vardır (Av. K. m.38/c). Bu nedenle karşı tarafın müdafîliğinden çekilmeden menfaati zıt tarafa yardım eden müdafîin bu fiili görevi suiistimal kapsamında değerlendirilebilecektir.

Davada karşı saflarda yer alan kişiler yanında aynı safta yer almak kaydıyla isnat edilen suçu birbirlerinin üzerine atan sanıkların durumlarında da menfaatlerin çatışması söz konusudur. Bu nedenle müdafîin her iki

⁵⁵ 765 sayılı mülga TCK' nın "Avukat ve Dava Vekillerinin Suiistimali" başlığı altında düzenlenmiş olan 294 maddesinde müdafîin davanın karşı tarafı ile anlaşarak ve karşı tarafa yardım ederek davaya zarar vermesi, davada bir tarafın savunma görevini üstlendikten sonra davanın diğer tarafının müdafilik veya vekilliğini üstlenme durumu varsa ceza ile karşılaşacağı hüküm altına alınmıştı. 5237 sayılı yürürlükteki TCK' da bu yönde bir düzenlemeye ayrıca yer verilmemiştir. Müdafîin bu yönde davranışlar içine girmesi TCK' nın 257. maddesi kapsamında değerlendirilmelidir.

durumda da sadece ve sadece bir tarafın savunmasını üstlenerek diğer tarafa herhangi bir hukuki yardımda bulunmaması gereklidir. Bu madde kapsamındaki suçun işlenmiş sayılması için herhangi bir şekilde müdafî tayin edilmiş veya seçilmiş ve müdafîinde bunu kabul etmiş olması gerekir. Kendisine danışılan avukat davayı almış ve dolayısıyla müdafîlik sıfatını kazanmış olmaz.⁵⁶

Savunma görevini üstlendiği bir davada tanık, bilirkişi, tercüman, savcı veya davaya bakan hâkimin korumasını sağlamak veya haksız çıkar elde etmek amacıyla savunduğu kişiden para veya benzeri eşya alan müdafîin yaptığı bu eylem TCK m. 257 uyarınca suç teşkil edecektir.⁵⁷ Şayet müdafîin söz konusu eylemi sadece varsayımlar üzerine savunduğu kişiden para ve benzeri eşyalar alma durumunu aşarak, koruma ve haksız çıkar elde etmek amacıyla girişim ve temas söz konusu ise rüşvet suçu (TCK m. 252), hileli davranışlarla kendisine haksız yarar sağlanması durumunda da dolandırıcılık suçu (TCK m.158/j) ortaya çıkacaktır. Bu durumda da savunma görevini üstlenen müdafî, hukuka aykırı olarak yaptığı eylemler neticesinde cezalandırılabilir.

Müdafîin savunma görevini kurallara uygun olarak yerine getirmemesi durumunda disiplin soruşturması ve adli soruşturma ile karşılaşması yanında; şüpheli, sanık, kanuni temsilci veya mahkemenin müdafîlik sıfatına son

⁵⁶ MALKOÇ, İsmail: Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2000, s. 623

⁵⁷ 765 sayılı mülga TCK' nın aksine yürürlükteki 5237 sayılı TCK' da söz konusu eylemin cezalandırılacağı yönünde bir düzenlemeye ayrıca yer verilmemiştir. Fakat müdafîin bu şekilde bir eylemde bulunması TCK' nın 257. maddesi kapsamında değerlendirilmelidir.

vermesi yönünde bir yaptırımla karşılaşabilecektir. Öncelikle müdafinin şüpheli, sanık veya kanuni temsilci tarafından seçilmesi söz konusu ise adı geçen şahıslar müdafinin görevine herhangi bir zaman sınırlaması olmadan son verebilmektedir. Müdafinin atanma suretiyle görevlendirilmesi durumunda ise müdafinin duruşmada hazır bulunmaması, vakitsiz olarak duruşmadan çekilmesi, görevini yerine getirmekten kaçınması durumunda mahkeme savunma görevini kurallara uygun olarak yerine getirmeyen müdafinin görevine son vererek yeni bir müdafiyatçı tayini için gerekli olan işlemleri yapabilmektedir (CMK m. 151/1). Buna göre; davanın görüldüğü mahkeme öncelikle yazılı olarak durumu baroya bildirerek yeni bir müdafinin atanması için gerekli olan işlemlerin yapılmasını talep edecektir. Talebi inceleyen baro, şartlar mevcutsa yeni bir müdafinin atanması yoluna gidecektir. Böylelikle de savunma görevini kurallara uygun olarak yerine getirmeyen müdafiyatçı bu eylemi neticesinde yaptırımla karşılaşarak görevinden alınacaktır.

2. Maddi Gerçeğin Ortaya Çıkarılmasına Yardım Yükümlülüğü

Ceza muhakemesinin amacı hukuki yollarla maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması, bir yandan maddi olayların doğru saptanması diğer yandan da saptanan olaylara yasanın doğru uygulanmasıdır.⁵⁸ Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ancak ispat ile mümkündür. İspat için ise delil gereklidir. Ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşmak için araştırma yapıldığından her şey delil olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle de ceza muhakemesinde delil konusunda kabul

⁵⁸ CENTEL: a.g.e., s.177

gören ilke “delil serbestîsi”⁵⁹ ilkesidir. Ceza muhakemesinde mahkemenin, savcının, sanığın ya da sanık müdafinin ortaya koymuş olduğu delillerle bağlı kalma zorunluluğu yoktur. Mahkeme re’sen delilleri toplayarak konu ile ilgili araştırma yapabilir. Başka bir ifade ile mahkeme fiilin nitelendirilmesinde iddia ve savunma ile bağlı değildir (CMK m. 225/2).

Ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için muhakemeye katılan her süjenin üzerine düşen görevi yerine getirmesi gerekmektedir. Ancak müdafinin durumu diğer muhakeme süjelerine göre farklılık göstermektedir. Müdafinin maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasındaki görevinde sınırlı bir anlam ve özerklik vardır.⁶⁰ Öncelikle mahkeme ve savcıdan beklenen ile müdafiden beklenen arasında farklılık vardır. Müdafinin kollukta başlayan ve adli makamlarca devam edilen soruşturma aşamasında ve soruşturma aşamasından sonra muhakemenin yapıldığı kovuşturma aşamasında yapılan işlemlerin kanunlara uygun olmasını sağlayarak sanığın haklarının korunması için gerekli tedbirleri almakla görevlidir. Av.K. m. 2’ de; hukuki ilişkilerin düzenlenmesinin, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesinin ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasının, muhakemenin tüm aşamalarında sağlanmasının avukatlığın amacı olduğu ifade edilerek avukatın muhakeme sırasındaki görevi açıkça belirtilmiştir. Fakat müdafinin

⁵⁹ Delil serbestîsi hâkimi bağlayan hiçbir delilin olmamasıdır. İkrar da dâhil bütün deliller hâkimin vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edilecektir. Ceza muhakemesi maddi gerçeği araştırdığından delil serbestîsi ilkesi ceza hukukunun doğası gereği ortaya çıkmaktadır.

⁶⁰ CENTEL: a.g.e., s.177

sanığın aleyhindeki delilleri bilmiş olsa bile mahkemeye bildiremez.⁶¹ Başka bir ifade ile müdafî sanık aleyhine olan delilleri, olayları saptamak ve delil ve olayları ortaya koymakla yükümlü tutulamaz.⁶² Müdafî her şeyden önce sanığın savunma görevini üstlenmiştir ve üstlenmiş olduğu göreve uygun olarak hareket etmek ve sanığın aleyhine hareket etmekten kaçınmak zorundadır. Ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya konabilmesi için ilk şart olayın tespitin doğru yapılmasıdır. Nasıl müdafîin sanık aleyhine delilleri ortaya koyma yükümlülüğü yoksa aleyhe olan olayları da tespit etme yükümlülüğü yoktur. Müdafî için olay tespitinde asıl olan sanığın yararıyla sınırlı değildir.⁶³

Olayların tespit edilmesinden sonra tespit edilmiş olan olaylara kanunun uygulanması aşaması gelmektedir. Tespit edilmiş olan olaylara kanunun uygulanması aşamasında da müdafîin şüpheli ve sanığın yararına hareket etmesi gereklidir. Müdafî tespit edilen olayları şüpheli - sanığın lehine olacak şekilde yorumlayarak bu şekle uygun biçimde kanunun uygulanması için çalışmalıdır.

Müdafî sanığın suçlu olduğunu bilse dahi, iddia konusu olan cezadan daha az ceza alması veya beraat etmesi gerektiğini isteme hakkına sahiptir. Fakat müdafîin bu şekilde sanık lehine hareket etmesinin de bir sınırı vardır. Gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek amacıyla hareket eden kişi cezalandırılmaktadır. Bu nedenle müdafîin de gerçeğin ortaya çıkmasını

⁶¹ KUNTER: a.g.e., s.254

⁶² ÖZKAN: a.g.e., s.432-433

⁶³ ÖZKAN: a.g.e., s.434

engellemek amacıyla hareket etmemesi gereklidir.⁶⁴ Çünkü müdafinin bu şekilde hareket etmesi durumunda soruşturma veya kovuşturma sağlıklı şekilde işleyemeyecek ve yanlış yollara girilebilecektir.

3. Sır Saklama Yükümlülüğü

Müdafinin üstlenmiş olduğu savunma görevini gerekli şekilde yerine getirebilmesi için olay hakkında açık ve ayrıntılı bilgiye sahip olması gereklidir. Savunması üstlenilen şüpheli veya sanığın gerekli bilgileri müdafie açıklayabilmesi için öncelikle müdafinin bu bilgileri saklayacağından ve başkalarına açıklamayacağından emin olması gerekir. Ancak bu şekilde savunmanın gerektiği şekilde yapılabilmesi için açık ve ayrıntılı bilgiye ulaşılabilir. Sır saklama yükümlülüğü, Anayasa m. 36' da düzenlenen hak arama hürriyetinin bir gereğidir. Müdafinin üstlenmiş olduğu görev sebebi ile sanığın sırlarına vakıf olacağından bahisle sır saklama yükümlülüğü altında olduğu kabul edilmiştir (Av. K. m. 36/1). Avukatlık Kanununda yer alan düzenleme yanında meslek kurallarında da müdafinin sır saklama yükümlülüğü olduğu ve bu yükümlülüğün sınırları ayrıntılı olarak belirtilmiştir (Meslek Kur. m. 37).

Sır genel olarak herkes tarafından bilinmeyen ve açıklanması sahibinin şeref ve menfaatine zarar verme tehlikesi gösteren hususlar olarak tanımlanabilir.⁶⁵ Bu nedenle sırrın paylaşıldığı kişinin kendisine sırrın sahibi

⁶⁴ Gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek amacıyla, bir suçun delillerini yok eden silen gizleyen değiştiren veya bozan kişilerin bu hareketleri TCK' nın 281. maddesi uyarınca cezalandırılacaktır.

⁶⁵ DONAY: Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul, 1978, s.4

tarafından verilen bilgileri açıklaması ahlak açısından da kabul edilemez bir durumdur. Müdafinin de savunmasını üstlendiği şüpheli - sanık hakkında sahip olduğu bilgiler sır kapsamında düşünülerek bu konuda çeşitli düzenlemeler yapılmıştır.

Savunmasını üstlendiği şüpheli - sanık hakkında birçok bilgiye sahip olan müdafinin öncelikle tanıklıktan çekinme hakkı vardır (CMK m. 46/1 bent a, Av. K. m. 36/2). Müdafinin tanıklıktan çekinme hakkı sıfatı dolayısıyla öğrendiği sırlar açısından söz konusudur.⁶⁶ Ceza Muhakemesi Kanunu'nda müdafinin açısından tanıklıktan çekinebilmesi konusunda meslekleri ve sürekli uğraşları nedeniyle tanıklıktan çekinebilecek olan kişilerden daha farklı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre şüpheli - sanığın tanıklık yapılabilmesi konusunda rızası olsa dahi müdafinin tanıklıktan çekinme hakkı bulunmaktadır (CMK m. 46/2).⁶⁷ Avukatlık Kanunu'nda da sanık izin vermiş olsa dahi müdafinin tanıklıktan çekinebileceği belirtilmiştir (Av. K. m. 36/2). Gerek Ceza Muhakemesi Kanunu gerekse de Avukatlık Kanununda müdafinin tanıklıktan çekinme hakkını düzenleyen maddeler ile müdafinin sahip olduğu bu yetki güvence altına alınarak savunmanın gerekli şekilde yapılabilmesi için koşulların sağlanması hedeflenmiştir.

⁶⁶ CENTEL:a.g.e., s.180

⁶⁷ 1412 sayılı mülga CMUK' ta 48. madde de müdafinin tanıklıktan çekinebileceği fakat sır sahibi olan sanığın rızası olması durumunda tanıklıktan çekinemeyeceği belirtilmişti. 5271 sayılı yürürlükteki CMK' da farklı bir düzenlemeye gidilerek tanıklıktan çekinme hakkını düzenleyen 46. maddenin 2. fıkrasında sır sahibi olan sanığın rızasının olması halinde dahi müdafinin tanıklıktan çekinme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Bu şekilde mülga CMUK ile Av. K. arasındaki düzenleme farklılığı ortadan kaldırılarak her iki kanunda da müdafinin tanıklıktan çekinmesi konusunda birbiriyle örtüşen düzenleme ortaya konmuştur.

Müdafiiin sır saklama yükümlülüğü sadece savunmasını üstlendiği kişiden edindiği bilgiler için söz konusudur. Savunmasını üstlenmediği diğer kişilerden edindiği bilgiler açısından müdafiiin bu yönde bir yükümlülüğü olduğu düşünülemez. Bu nedenle de müdafiiin savunmasını üstlenmediği üçüncü şahıslara ait bilgiler bakımından müdafiiin tanıklık etmeme yükümlüğü bulunmamaktadır.⁶⁸

TCK m. 136 uyarınca, kişisel sırrın hukuka aykırı olarak açıklanması durumunda suç ortaya çıkmaktadır. Kişisel sırrın belli bir meslek ya da sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle açıklanması durumu ağırlatıcı neden sayılmaktadır.⁶⁹ Ayrıca haklı bir neden olmaksızın müdafiiin sanığın sırlarını açıklaması durumunda müdafii hakkında disiplin soruşturması da yapılacaktır (Av. K. m. 134). Fakat mesleki zorunlulukla kendileri de meslek sırrıyla bağlı olanlara müdafiiin sanığın kişisel sırrından söz etmesi sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranma sayılmamalıdır.⁷⁰

Müdafiiin savunma görevini üstlendiği şüpheli veya sanık ile aralarında yazdıkları mektuplara ve belgelere bu kimselerin yanında bulunduğu sürece el konulamaması (CMK m. 126), şüpheli - sanık ile müdafiiin herhangi bir denetime tâbi olmadan serbestçe yazışabilmeleri (CMK m. 154) şüpheli - sanığın sahip olduğu sırlarının gizli kalmasını sağlama amacına yönelik düzenlemelerdir.⁷¹ Müdafiiin sır saklama yükümlüğü altında olduğu göz önüne

⁶⁸ ÖZKAN: a.g.e., s.387

⁶⁹ Bkz. TCK m. 137

⁷⁰ EREM: Avukatlık Sırrı ABD, 5 1969, s.839

⁷¹ CENTEL: a.g.e., s.183

alındığında müdafinin bürosunda yapılacak bir aramada bu müdafinin mevcut yükümlülüğüne zarar verecek şekilde hareket edilmemesi gerekmektedir. Bu durum gözetilerek 2001 yılında Av. K. m. 58/1' i değiştiren 4667 S.K. m. 37 ile müdafinin büro ve konutlarının sadece mahkeme kararı ile kararda belirtilen olayla bağlı olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin bulunması koşulu ile aranabileceği hükmü getirilmiş ve 5271 sayılı CMK m. 130' da da aynı ifade hüküm altına alınmıştır. Yapılan bu düzenlemelerle müdafinin savunma görevini üstlendiği kişilerin kişisel bilgilerinin, arama nedeniyle, üçüncü kişilerin eline geçmesini engellenmek istenmiş ve müdafinin büro ve konutunun aranması sırasında hukuka aykırı olarak yapılabilecek işlem ve eylemlerin önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

SONUÇ

Modern toplumların ayırt edici özelliği bu toplumlarca hukukun üstünlüğünün benimsenmiş olmasıdır. Hukukun üstünlüğünün benimsenmesi hukuk devleti ilkesi çerçevesinde hareket edilmesi ile mümkündür. Anayasanın 2. maddesinde; Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devletinin temel amacı adaletin gerçekleştirilmesidir. Bu nedenle hukuk devleti ilkesinin benimsendiği devletlerde devlet, adaletin gerçekleşmesi için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.

Türkiye Cumhuriyetinin hukuk devleti olması ceza muhakemesi alanında adaletin gerçekleştirilmesi için çeşitli kurumların ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Adalet, devletin tüm vatandaşlara eşitlik ilkesi çerçevesinde uygulama yükümlülüğünde olduğu bir kavramdır. Ceza muhakemesinde ise adalet hukuki yollarla maddi gerçeğe ulaşılarak sağlanmaktadır. Savunma hakkının etkin biçimde kullanılması maddi gerçeğe ulaşma konusunda önemli bir yapıtaşı görevi üstlenmektedir. Bu nedenle savunma hakkı ceza muhakemesinde hukuk devleti ilkesinin gereği olan önemli bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

Savunma hakkının etkin biçimde kullanılabilmesi için hukuki donanımına sahip müdafinin önemi büyüktür. Çünkü yeterli hukuk bilgisine sahip olmayan vatandaşların kendilerini gerektiği şekilde savunabilmeleri, hak arayabilmeleri mümkün olamamaktadır. İşte bu aşamada müdafî mesleki, hukuki donanımıyla savunma ve hak arama esnasında görev üstlenerek maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardım etmektedir. Bu şekilde de müdafî üstlenmiş olduğu görev nedeniyle mağduriyetin engellenmesine katkı sağlamaktadır.

Toplumsal ve hukuksal gelişmelere paralel olarak savunma hakkı ve savunma hakkının kullanılmasında önemli bir role sahip müdafinin önemi her geçen gün artmaktadır. Bu nedenle iç hukukumuzda savunma görevini üstlenen müdafî açısından önemli düzenlemeler getirilmiştir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile getirilen düzenlemeler ile zorunlu müdafilik sistemi

tam olarak benimsenmemiş olsa da muhakeme sürecinde müdafinin etkin şekilde yer alması sağlanmıştır. Şüpheli ve sanık açısından kanunda belirtilen şartların varlığı halinde zorunlu müdafilik sistemi benimsenirken mağdur, şikâyetçi ve katılan açısından da zorunlu vekil görevlendirilmesi yönünde düzenlemeler getirilmiştir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda 5560 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle zorunlu müdafilik sisteminin alanı daraltılmış olmasına rağmen gelinen nokta savunma hakkı açısından memnuniyet vericidir. Fakat; halen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, 353 sayılı Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununda savunma hakkını ve müdafinin bağımsızlığını zedeleyen hükümler bulunmaktadır.

Avukatlık Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile savunma görevini yürüten müdafie görevin yürütülmesi konusunda önemli ayrıcalıklar tanınarak müdafiliğe verilen önem ortaya konmuştur. Bu şekilde de adaletin sağlanması hususunda önemli bir görev üstlenen müdafinin muhakeme sürecindeki etkinliği ve korunurluğu arttırılmıştır. Ayrıca müdafinin muhakeme sürecindeki soru sorma yetkisinin alanı genişletilerek, maddi gerçeğe ulaşma ve böylelikle de adaletin sağlanması hususunda önemli bir adım atılmıştır.

Unutulmamalıdır ki; müdafinin yardımından faydalanılmaması ve müdafinin üstlenmiş olduğu savunma görevini yerine getirirken sınırlandırılması muhakeme sürecinde olumsuz sonuçlar doğurabilecek, belki de gerçekten suçsuz olan bir kişinin haksız şekilde ceza almasına neden olabilecektir. Bu nedenle hukukumuzda zorunlu müdafilik sistemi daha geniş kapsamlı olarak muhakemenin her aşamasında kabul görmeli ve müdafinin savunma görevini yerine getirirken üstlenmiş olduğu görevle ilgili sınırlandırıcı işlem ve eylemlerin ortaya çıkması engellenmelidir. Çünkü, muhakeme sürecinde müdafinin yardımından ne kadar erken aşamada faydalanılmaya başlanırsa, müdafie görevi ile ilgili geniş yetkiler tanınırsa ve müdafinin üstlenmiş olduğu savunma faaliyeti açısından sınırlandırıcı işlem ve eylemler engellenirse hukuk devleti açısından o derecede adaletin sağlanması ödevi yerine getirilmiş olacaktır.

KAYNAKÇA

AKYAZAN,Ahmet Emrah: Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Doğrudan Soru Yöneltilme (Çapraz Sorgu), Ankara, 2009.

AKSOY İPEKÇİOĞLU, Pervin: Gözaltında Alınan İfadenin Önemi ve Değeri, AÜHFD, Yıl:2008, C.57, S.3, s.51-82.

BAYILLIOĞLU, Uğur: Savunma Hakkının Etkin Kullanımı Bakımından Müdafinin Önemi, ABD, 2004/2, s.39-52.

CENTEL, Nur Başar: Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii, İstanbul, 1984.

CENTEL, Nur Başar / ZAFER, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Bası, İstanbul, 2005.

CİHAN, Erol / YENİSEY, Feridun: Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Bası, İstanbul, 1996.

ÇELENK, Halit: Savunma Hakkı ve Ceza Yargılamasında Savunmanın Sorunları, ABD, 1990/2, s. 218-223.

DEMİRBAŞ, Timur: Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, İzmir, 1996.

DIVRAK, Yasin / KILIÇ, Ahmet Hasan, Savunma Hakkı, İstanbul, 2004.

DOĞAN, Hakkı: Uygulamada ve Teoride Hazırlık Soruşturmasında Savunma, İstanbul, 1994.

DONAY, Süheyl: Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul, 1978.

ER, Deniz Erol: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Hukukumuzda Sanık Hakları, Ankara, 2002.

ERALP, Tayyar Cem: Karşılaştırmalı, Açıklamalı, İctihatlı ve Gerekçeli Yeni Türk Ceza Kanunu ile 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2004.

ERDOĞAN, Aydın: Savunma Hakkı, ABD, 1984/3, s. 406 vd.

EREM, Faruk: Avukatlık Sırrı, ABD, 1969/5, s. 839 vd.

EREM, Faruk: Ceza Usulü Hukuku, Ankara, 1978.

EREM, Faruk: Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi, ABD, 1990/2, s. 206-214.

FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara, 1996.

FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara, 2002.

FEYZİOĞLU, Metin: Savunma Hakkına İlişkin İki Soru: Savunma Hakkı Kutsal mıdır? Duruşma Salonunda Müdafî ve Sanık Yan Yana Oturabilir mi?, ABD, 2009 / 1, s. 22-25.

FEYZİOĞLU, Metin: Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, AÜHFD, Yıl:1999,C.48 S. 1- 4, s.135-163.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref / GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 4. Bası, Ankara, 2003.

GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, 6. Bası, Ankara, 2002.

GÜNER, Semih: Avukatlık Hukuku, Ankara, 2002.

HABSCHEID, Walther: “ Die Unabhaengigkeit des Rechtsanwalts “ NJW XV, 44 (1.11.1962 , s. 1985-1991) (Naklen, CENTEL, N., Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî).

HAFIZOĞULLARI, Zeki: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini Sağlamayan Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Düzenlemeleri ve Uygulamaları, www.zekihafizogullari.com/Panel.pdf, (Erişim Tarihi: 13.02.2011)

HAFIZOĞULLARI, Zeki: Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı, ABD, 1994/1, s. 20-23.

KAPANI, Münci: Kamu Hürriyetleri, Ankara, 1993.

KAYNAK, Ali Osman: Uluslararası Sözleşmeler Işığında Adil Yargılanma Hakkı ve İç Hukukumuzla Karşılaştırması, ABD, 2007/1, s. 120-143.

KAZAN, Turgut: Avukat Bürolarının Aranması Sorunu, İBD, 1996/1-2-3, s.3 vd.

KEYMAN, Selahattin: Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık, Ankara, 1970.

KOCAOĞLU, Serhat Sinan: Devlet Sistemlerine Göre Savunma Hakkı ve Müdafî, ABD, 2010 / 2, s. 125-140.

KUNTER, Nurullah: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1981.

KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Bası, İstanbul, 2000.

KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.I, İstanbul, 2001.

MALKOÇ, İsmail: Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2000.

MISIR, M. Haşim: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Avukatın Ceza Yargılamasındaki Rolü, www.yeniyaklasimlar.org/?P=6192, (Erişim Tarihi: 16.02.2011)

ÖZBAKAN, Hulusi: Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu, C. I-II, Ankara, 1989.

ÖZGENÇ, İzzet / ŞAHİN, CUMHUR: İddia ve Savunma Hakkı, GÜHFD, III, 1999/1-2, s.85-111.

ÖZKAN, Meral Sungurtekin: Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 2. Bası, İzmir, 1999.

ÖZTAN, Bilge: Medeni Hukukun Temel Kavramları, 9. Bası, Ankara, 2002.

ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Bası, Ankara, 2008.

REİSOĞLU, SAFA: Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları, İstanbul, 2001.

SAV, Atila: Hakkın Savunması, Savunma Hakkı ve Avukatlık, ABD, 1985/1 s.13-21.

SAV, Atila: Savunma Mesleği Bir Kamu Hizmetidir, ABD, 2010/1, s. 133-143.

SAV, Önder: Baroların Bağımsızlığı, ABD, 1990/2, s.203-205.

TEZCAN, Durmuş: Ceza Davalarında Çapraz Sorgu, Prof. Dr. Turhan Yüceye Armağan, HFD, İzmir, 2001 s.637-643.

TOROSLU, Nevzat: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 1999.

TOROSLU, Nevzat / FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2009.

TOSUN, Öztekin: Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C.I, Genel Kısım, İstanbul, 1981.

UÇUM, Mehmet: Baroların İşlevleri ve Barolar Birliği, [www.katilimci.avukatlar.org/node /62](http://www.katilimci.avukatlar.org/node/62), (Erişim Tarihi: 13.02.2011)

WARGHA, Julius: Die Veteidigung in Strafsachen (Naklen, CENTEL, N., Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî).

Yargıtay Kararları Dergisi I. Ekim 1975.

YAŞAR, Osman: Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, C I-II-III, Ankara, 2009.

YURTCAN, Erdener: Ceza Yargılamasında Müdafî Kimdir? Vekil Kimdir?, İBD, 1999/1-2-3, s.73-74.

ZEVKLİLER, Aydın: Medeni Hukuk-Giriş ve Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, Ankara, 1995.

ÖZET

Ceza muhakemesi hukukunun temel amacı hukuki yollarla maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması iddia, savunma ve yargılama faaliyetlerinin yürütülmesi neticesinde mümkün olmaktadır. Ceza muhakemesi suçluları suç işlendiği konusunda bir şüphenin ortaya çıkmasıyla mevcut olaya ilişkin fikir ve kanaatlerini ortaya koymakta ve sonuca ulaşmaktadırlar. Sonucun ortaya çıkmasında yararlanılan kaynak ve dayanaklardan biride savunmadır. Savunma iddia ile ortaya konulan delil ve olgulara cevap vererek ve bunlara karşı yeni delil ve olgular ileri sürerek hükmü verecek olan yargılama makamının olaya daha farklı açıdan bakmasına yardımcı olur. Böylelikle de savunma ceza muhakemesinin işlevi açısından en önemli ayağı oluşturur. Bu önem nedeniyle savunma hakkı ulusal ve uluslar arası metinlerde düzenlenerek koruma altına alınmıştır. Bu bağlamda ceza muhakemesinde hukuki yardım almak şüpheli ve sanık için gerekli bir haktır. Bu hakkın kapsamı devlet yönetim biçimlerinin doğrudan etkisi ile değişiklik göstermektedir. Bu hakkın kullanılması müdafilik kurumu ile pratiğe yansımaktadır. Çünkü savunmanın hukuki ve mesleki bilgi sahibi olan bir kişi tarafından yapılması önem arz etmektedir. Müdafie sadece suç isnadı ile karşılaşan kişiyi ceza almaktan kurtarmaya çalışmamakta, aynı zamanda adaletin sağlanmasına da yardımcı olmaktadır. Üstlenmiş olduğu bu önemli görev nedeniyle müdafie olabilmek için belli şartların varlığı aranmış ve bu şartların bir arada bulunmaması durumunda müdafie olunamayacağı belirtilmiştir. Müdafie üstlenmiş olduğu bu görev nedeniyle birçok ayrıcalık ve yetkiler tanınmış,yükümlülükler yüklenmiştir. Bazı şartların varlığı halinde zorunlu müdafilik sistemi benimsenmiş ve diğer hallerde müdafinin yardımından faydalanmak şüpheli, sanık ve kanuni temsilcinin iradesine bırakılmıştır.

SUMMARY

The main purpose of the Criminal Procedure Law is to reveal the reality. It is possible to reveal the truth with the allegations, the defense and prosecution as a result of the conduct of activities. Subjects put forward on criminal procedure for a suspicion of a crime with the emergence of ideas and opinions about current events and reach conclusions. One of the basis to defense is the results in the emergence of the source. Defense of claims and the evidence put forward by responding to cases and the cases against them and put forward new evidence that the provisions give jurisdiction to the event which helps people to look from different point of views. So the defense function is the most important part in the terms of criminal procedure. Because of this important national and international defense right protected in the texts. In this context, to receive legal assistance is necessary for the criminal suspects and defendants. The scope of this right stated and directly affected by management style. When defender uses these rights, it is reflected in institutions and practices. Because the legal and professional knowledge of the defense made by a person who is in a great importance. Compared with criminal defense lawyers accused of trying to save the people not to take them penalties, but also help to ensure justice. It has undertaken this important task because of the presence of certain conditions as a lawyer and sought a combination of these conditions can not be stated in the absence of defender. Lawyer has undertaken this task due to many privileges and powers which recognized, and the obligations have been installed. Existence of defender of the certain conditions required in case of system defaults and other assistance to benefit from the defense lawyer to suspects and left to the will to the accused and his legal representatives.