

T.C
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

**MUTLAK BOZMA NEDENİ OLARAK
SAVUNMA HAKKININ KISITLANMASI**

Yüksek Lisans Tezi

ALPARSLAN DERELİ

İSTANBUL 2019

T.C
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

**MUTLAK BOZMA NEDENİ OLARAK
SAVUNMA HAKKININ KISITLANMASI**

Yüksek Lisans Tezi

ALPARSLAN DERELİ

DANIŞMAN: PROF. DR. AHMET GÖKCEN

İSTANBUL 2019



T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

TEZ ONAY BELGESİ

KAMU HUKUKU Anabilim Dalı KAMU HUKUKU Bilim Dalı TEZLİ YÜKSEK LİSANS öğrencisi ALPARSLAN DERELİ'nin MUTLAK BOZMA NEDENİ OLARAK SAVUNMA HAKKININ KISITLANMASI adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 23.05.2019 tarih ve 2019-15/6 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oy birliği / oy çokluğu ile Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi 21/06/2019

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

1.	Tez Danışmanı	Prof. Dr. AHMET GÖKÇEN	İmzası
2.	Jüri Üyesi	Doç. Dr. MEHMET EMİN ALŞAHİN	
3.	Jüri Üyesi	Dr. Öğr. Üyesi ALİ EMRAH BOZBAYINDIR	

ÖZET

Tezimizin konusunu “Mutlak Bozma Nedeni Olarak Savunma Hakkının Kısıtlanması” oluşturmaktadır. Savunma hakkının kısıtlanmasının mutlak bozma nedeni şeklinde düzenlenmesi 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 289. maddesinin 1. fıkrasının (h) bendinde düzenlenmiştir.

Tarihi süreçte ceza yargılamalarında savunma hakkı dönem dönem önemli bir yere sahipken, dönem dönem maddi gerçeğe ulaşma gayesinin herşeyden üstün tutulması sebebiyle göz ardı edilmiştir. Günümüzde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nde ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nda yer alan birçok düzenlemeyle savunma hakkının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Çalışmamız iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde savunma hakkı kavramına, savunma hakkının tarihi gelişimine ve bu hakla ilişkili ceza yargılaması ilkelerine değinilmiştir. İkinci bölümde ise savunma hakkının kısıtlanmasının kanun yolu denetimi ele alınmış ve Türk hukukunda savunma hakkının kısıtlanmasının mutlak bozma nedeni sayıldığı önemli durumlar Yargıtay kararları ışığında detaylı olarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Savunma Hakkı, Adil Yargılanma Hakkı, Savunma Hakkının Kısıtlanması, Mutlak Bozma Nedeni.

ABSTRACT

The topic of this thesis is “The Restriction of the Right to Defense as Cause of Absolute for Reverse”. The restriction of the right to defense is regulated as the reason of absolute distortion in the 5271 numbered Code of Criminal Procedure, specifically first paragraph of Article 289. clause in h sub-clause.

In legal history, while the right to defense in criminal proceedings was highly important, sometimes the object of reaching the material truth was overlooked because it was above all. Nowadays, it is aimed to prevent violations of the right to defense by many regulations in the European Convention on Human Rights and the Code of Criminal Procedure.

This study consists of two parts. In the first part, the concept of the right to defense, the historical development of the right to defense and the principles of criminal proceedings related to this right are addressed. In the second part, the legal way control of the restriction of the right to defense taken into consideration and the important cases where the restriction of the right to defense in Turkish Law was considered as the absolute cause of destruction were examined in detail in the light of the decisions of the Court of Cassation.

Key Words: Right of Defense, Fair Trial, Restriction of Right to Defense, Absolute Ground for a Reverse.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	i
ABSTRACT	ii
İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR.....	vi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SAVUNMA HAKKININ KISITLANMASI KAVRAMI

VE

KAVRAMA İLİŞKİN CEZA YARGILAMASI İLKELERİ

I. SAVUNMA HAKKININ KISITLANMASI KAVRAMI.....	3
1. Terim	3
2. Tanım.....	5
II. SAVUNMA HAKKININ TARİHİ GELİŞİMİ.....	13
1. Genel Açıklamalar	13
2. Savunma Hakkının Batı Hukukunda Gelişimi.....	15
A. Antik Yunan Hukuku	15
B. Roma Hukuku	17
C. Ortaçağ ve Yeniçağ Hukuku.....	20
D. Yakınçağ Hukuku	22
3. Savunma Hakkının Türk ve İslam Hukukunda Gelişimi	23
A. Osmanlı Hukuku	23
a. Tanzimat Öncesi (Klasik) Dönem	24
b. Tanzimat Sonrası Dönem.....	26

B. Cumhuriyet Dönemi Hukuku.....	29
----------------------------------	----

III. SAVUNMA HAKKININ KISITLANMASIYLA İLİŞKİLİ CEZA YARGILAMASI İLKELERİ.....32

1.Genel Açıklamalar	32
2. Hukuk Devleti İlkesi	33
3. Adil Yargılanma Hakkı	37
A. Silahların Eşitliği İlkesi	43
B. Masumiyet Karinesi	46
C. İsnadı Ve Hakları Öğrenme Hakkı.....	52
D. Meramını Anlatabilme İlkesi	55
E. Susma Hakkı Ve Kendini İtham Etmeme Hakkı	57
4. İnsan Haysiyetinin Dokunulmazlığı İlkesi	63
5. İşkence Yasağı	65

İKİNCİ BÖLÜM

SAVUNMA HAKKININ KISITLANMASININ MUTLAK BOZMA NEDENİ OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

I. SAVUNMA HAKKININ KISITLANMASININ KANUN YOLU DENETİMİ.....	71
1. Kanun Yoluna İlişkin Genel Açıklamalar	71
2. Kanun Yolu Sınıflandırması ve Çeşitleri.....	75
3. Savunma Hakkının Kısıtlanmasının Mutlak Bozma Nedeni Olarak Kabul Edildiği Kanun Yolları.....	78
A. İstinaf Kanun Yolu ve Süreci	78
B. Temyiz Kanun Yolu ve Süreci.....	85
C. Mutlak Bozma Nedenleri.....	94
4. Savunma Hakkının Kısıtlanmasının Mutlak Bozma Nedeni Olmasının Şartları ve Etkisi	100
A. Kısıtlamanın Hükümü Etkilemesi.....	102
B. Kısıtlamanın Sanık Aleyhine Olması	104

C. Kısıtlamanın Mahkeme Kararıyla Gerçekleşmesi	106
D. Kısıtlamanın Kovuşturma Aşamasında Gerçekleşmiş Olması	108

II. TÜRK HUKUKUNDA SAVUNMA HAKKININ KISITLANMASININ MUTLAK BOZMA NEDENİ SAYILDIĞI DURUMLAR..... 112

1. İddianamenin ve Çağrı Kâğıdının Tebliğiyle Duruşma Günü Arasındaki Asgari Süreye Uyulmaması.....	112
2. Sorgudan Önce Suçlamanın Hukuki Niteliğinin Anlatılmaması ve Sanığa Haklarının Hatırlatılmaması.....	115
3. Sanığın Yokluğunda Duruşma Yapılması	118
4. Sanığın Duruşmadan Bağışık (Vareste) Tutulmamış Olmasına Rağmen Yokluğunda Karar Verilmesi	122
5. Sanığın Müdafiden Yararlanma Hakkının İhlali.....	126
6. Avukatın Müdafilikten Çekilmesi.....	131
7. Tercümandan Yararlanma Hakkının Engellenmesi	132
8. Sanığa Dinleme ve Okumadan Sonra Diyeceğinin Sorulmaması	139
9. Delillerin Tartışılması ve Hükümden Önce Sanığa Son Sözü Verilmemesi .	141
10. Suçun Niteliğinin Değişmesi Nedeniyle “Ek Savunma” Hakkının Verilmemesi	147
11. Aleyhe Bozmaya Karşı Sanığa Diyeceği Sorulmadan Karar Verilmesi	149
SONUÇ.....	152
KAYNAKÇA	157

KISALTMALAR

ABD: Ankara Barosu Dergisi

AÜHFD: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

AÜSBF: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

AÜSBFD: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi

AYM: Anayasa Mahkemesi

AYMKD: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi

BAM: Bölge Adliye Mahkemesi

BAÜHFD: Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Bkz: Bakınız

CD: Ceza Dairesi

CHD: Ceza Hukuku Dergisi

CKHD: Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi

CMK: Ceza Muhakemesi Kanunu

CMUK: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu

Çev: Çeviren

Dipnot: dn

E: Esas

Ed: Editör

EÜHFD: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

GÜHFD: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

HD: Hukuk Dairesi

İHAM: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi

İHAS: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi

İÜHFM: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

K: Karar

KHK: Kanun Hükmünde Kararname

LHD: Legal Hukuk Dergisi

M.Ö: Milattan Önce

m: Madde

MBD: Mülkiyeliler Birliği Dergisi

MÜHFHAD: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

OHAL: Olağanüstü Hal

RG: Resmi Gazete

S: Sayı

s: Sayfa

SEGBİS: Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi

StPO: Strafprozeßordnung (Alman Ceza Muhakemesi Kanunu)

SÜHFD: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

T: Tarih

TAAD: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi

TBB: Türkiye Barolar Birliği

TBBD: Türkiye Barolar Birliği Dergisi

TBMM: Türkiye Büyük Millet Meclisi

Yarg: Yargıtay

YCGK: Yargıtay Ceza Genel Kurulu

yy: Yüzyıl

GİRİŞ

İnsanlık tarihi, adil olmayan birçok yargılamaya tanıklık etmiştir. “İnsan Hakları” kavramının ön plana çıkmasıyla birlikte bireylere sadece insan olmalarından kaynaklanan bazı temel haklar tanınmıştır. İnsanların sahip olduğu bu haklar anayasalarda gösterilir. Bu hakların ihlalinin yaptırımları ise kural olarak kanunlarla belirlenir. Kişi hakkının ihlali ile bir suç ortaya çıkmışsa bunun müeyyidesi ceza kanunlarında gösterilir.

İşte bir suçun işlenip işlenmediği, işlenmişse kim veya kimler tarafından işlendiği ve cezasının ne olacağı konusunda istisnalar haricinde CMK’ya göre gerçekleştirilen iddia, savunma ve yargılama niteliğindeki bir dizi faaliyete ceza muhakemesi denir. Ceza muhakemesinin amacı, adil bir yargılama sonucu hukuka uygun delillerle maddi gerçeğe ulaşmaktır.

Anayasamızın 36. maddesinde herkesin “adil yargılanma hakkına” sahip olduğu belirtilmiştir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nde de “adil yargılanma hakkı” temel bir hak olarak düzenlenmiştir. Adil bir yargılanmanın gerçekleşebilmesinin ana şartlarından biri sanığa “savunma hakkının” tam anlamıyla sağlanmış olmasıdır. Zira sanığın savunma hakkının kısıtlanması halinde ceza muhakemesinin üç önemli süjesinden biri olan savunma makamı işlevini tam anlamıyla yerine getiremeyeceği için adil bir yargılanma mümkün olmayacaktır.

Savunma hakkının ceza yargılamalarında etkin bir şekilde kullanılabilmesi amacıyla bu hakkın kısıtlanması, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunun 289. maddesinin 1. fıkrasının (h) bendinde “mutlak bozma nedeni” olarak düzenlenmiştir. Tezimizin konusunu da “Mutlak Bozma Nedeni Olarak Savunma Hakkının Kısıtlanması” oluşturmaktadır.

Bu çerçevede çalışmamız iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde savunma hakkının kısıtlanması kavramı ele alınmış, hakkın tarihi gelişimi açıklanmış ve savunma hakkının kısıtlanmasıyla ilgili ceza yargılaması ilkelerine değinilmiştir.

Tezimizin ikinci bölümünde savunma hakkının kısıtlanmasının kanun yolu denetimi açıklanmış ve Türk Hukuku’nda savunma hakkının kısıtlanmasının mutlak

bozma nedeni sayıldığı önemli durumlar Yargıtay kararları ışığında detaylı olarak incelenmiştir.

Sonuç kısmında ise “mutlak bozma nedeni olarak savunma hakkının kısıtlanmasına” ilişkin çalışmada değindiğimiz hususlar ana hatlarıyla ifade edilmiş; savunma hakkının korunmasına dair mevzuatta ve uygulamada karşılaşılan sorunlarla ilgili kanaatlerimiz belirtilmiştir.



BİRİNCİ BÖLÜM

SAVUNMA HAKKININ KISITLANMASI KAVRAMI VE KAVRAMA İLİŞKİN CEZA YARGILAMASI İLKELERİ

I. SAVUNMA HAKKININ KISITLANMASI KAVRAMI

1. Terim

Çalışma konumuz olan savunma hakkının kısıtlanması mutlak bozma nedeni olarak, Ceza Muhakemesi Kanunun “hukuka kesin aykırılık halleri” başlıklı 289. maddesinin 1. fıkrasının (h) bendinde düzenlenmiştir¹. Hükmün başlığında her ne kadar “hukuka kesin aykırılık halleri” ibaresi kullanılmışsa da; biz çalışmamızda, Yargıtay ve bölge adliye mahkemelerinin kararlarında² ve doktrinde tercih edilen “mutlak bozma nedenleri” kavramını kullanacağız. Bu kavramın maddenin düzenleniş amacına daha uygun olduğu kanaatindeyiz. Zira bölge adliye mahkemeleri ve Yargıtay mevzu bahis hükümde yer alan ihlallerin gerçekleşmesi durumunda bozma kararı vermektedir.

Madde metninde konumuzla ilgili mutlak bozma nedeni “savunma hakkının sınırlandırılması” şeklinde belirtilmiştir. “Sınırlandırma” kavramı, kamu hukukunda daha

¹ CMK madde 289/1-h: “Hüküm için önemli olan hususlarda mahkeme kararı ile savunma hakkının sınırlandırılmış olması”.

² “Belirtilen usul kuralları ve yapılan açıklamalara göre, yargılandığı suçtan tutuklu bulunan sanığın mahkemeye duruşmaya getirilip sorguya çekilmesi gerekirken, sorgusunun istinabe suretiyle yapılması CMUK’nun 223’ü ve 226’nı maddelerine aykırı olup, savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuran bu usul yanılığı mutlak bozma nedenidir”. (YGCK, T.12.10.2004, E.2004/7-181, K.2004/199,); “sanıktan aleyhe bozmaya karşı diyeceği sorulmadan beraat hükmünde direnilebileceğinin kabulü savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurabilecektir. Savunma hakkı sanığın en önemli hakkı olup bu hakkın sınırlandırılması 1412 Sayılı CMUK’un 308/8. maddesi uyarınca mutlak bozma nedenidir”. (YGCK, T.01.11.2018, E.2017/23-1172, K.2018/499,); “Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 280/1-b maddesinde ilk derece mahkemesinin kararında 289. maddede belirtilen bir hukuka aykırılık nedeninin bulunması halinde hükmün bozulmasına ve dosyanın yeniden incelenmek ve hükmolünmek üzere hükmü bozulan ilk derece mahkemesine veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği diğer bir ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verileceğinin düzenlendiği, aynı Kanun’un 289/1-h maddesinde hüküm için önemli olan hususlarda mahkeme kararı ile savunma hakkının sınırlandırılmış olması durumunun mutlak bozma nedeni olarak sayıldığı” (Ankara BAM 7.CD, T.23.06.2017, E.2017/880, K.2017/789,). Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 06.01.2019).

çok bir hakkın veya hürriyetin hukuka uygun bir şekilde sınırının çizilmesi için kullanılır. Bu hususa Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen "temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması" hükmü örnek olarak verilebilir.

"Kısıtlanma" ise daha çok, bireylere tanınmış "hak ve hürriyetlerin" daraltılması anlamında kullanılmaktadır³. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "kanun yararına bozmanın" düzenlendiği 223. maddesinde bozma nedenlerinden biri olarak "savunma hakkı kısıtlayan usul işlemleri" hükmüne yer verilmiştir⁴.

Nitekim doktrinde⁵ ve yargı kararlarında da⁶ savunma hakkının "sınırlandırılması" yerine "kısıtlanması" kavramı tercih edilmiştir. Bu sebeplerle bize göre her iki mefhumun kullanımı yanlış olmamakla birlikte "kısıtlanma" sözcüğünün tercih edilmesi daha yerindedir.

Savunma hakkı ileride detaylı bir şekilde izah edeceğimiz üzere ceza yargılamasının unsurlarından biridir. Dolayısıyla bu hakkın kısıtlanmasının mutlak bozma nedeni olmaması, ceza yargılaması ilkeleri de göz önüne alındığında, kabul

³ www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi: 06.01.2019).

⁴ Bkz. CMK madde 223/4-b.

⁵ **Keskin Serap**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, İstanbul 1997, s.155; **Centel, Nur-Zafer, Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2018, s.864; **Özbek, Veli Özer-Doğan, Koray-Bacaksız, Pınar-Tepe, İlker**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2018, s.756; **Günay, Erhan**, Ceza Hükümünde Mutlak Bozma Nedeni Olarak Sanığın Savunma Hakkının Kısıtlanması, 3.baskı, Ankara 2016, s.19 vd.; **Çetin, Beytullah**, Savunma Hakkının Kısıtlanması, Ankara 2018, s.21 vd.

⁶ "Yerel mahkemece bozmadan sonra yapılan yargılama aşamasında iddia makamının esas hakkındaki görüşü alınıp, katılan ve vekili ile sanık müdafileri dinlendikten sonra, hazır bulunan sanığa son sözleri sorulmadan yargılama bitirilmek suretiyle hükmün tesis ve tefhim edilmesi, CMK'nun 216/3. maddesine açıkça aykırılık oluşturduğundan, savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuran bu usule aykırılık sebebiyle yerel mahkeme direnme hükmünün sair yönleri incelenmeksizin bozulmasına karar verilmelidir". (YGCK, T.29.03.2016, E. 2015/1-135, K.2016/161); "Sanık müdafinin mesleki mazeretinin kabul edilip edilmemesi ve kabul edilecekse duruşma gününün bildirilmemesi savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurur. CYUY'nın 308. maddesinin 8. bendine göre, savunma hakkının kısıtlanması mutlak bozma nedeni oluşturduğundan" (YGCK, T.26.12.1995, E.1995/1-375, K.1995/405); "Sanığa 5271 Sayılı CMK'nın 191/3-c maddesi uyarınca yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu ve CMK'nın 147.maddesindeki hakları hatırlatılmadan, hatırlatılmış olsa bile bu husus tutanağa yazılmadan sorgusu yapılarak savunma hakkının kısıtlanması" (Bursa BAM 7.CD, T.02.11.2017, E. 2017/32, K.2017/45.). Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 06.01.2019).

edilemez. Keza mehz Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (StPO) da savunma hakkının kısıtlanması bozma nedeni olarak düzenlenmiştir⁷.

2. Tanım

Toplumda bir arada yaşamanın olağan sonucu olarak fertlerin farklı isteklere ve menfaatlere sahip olması birtakım çatışmalara sebep olabilecektir⁸. Toplum düzeninin ve adaletin sağlanması, çıkar çatışmaları karşısında bir dengenin kurulması ihtiyacından dolayı her topluluk kendi için yazılı olan veya olmayan birtakım hukuk kuralları belirlemiştir⁹.

Hukuk kurallarının bazılarının ihlal edilmesi durumunda birtakım cezai yaptırımlar öngörülmüştür. Bireylerin temel hak ve hürriyetlerini ihlal eden ve devletin düzenine karşı işlenen fiillerin hangilerinin cezai yaptırıma tabi tutulacağı hususu izlenen suç politikasına göre belirlenir¹⁰. Ceza kanunlarına göre suç işleyen kişi devlet tarafından cezalandırılarak hem suçtan zarar görenin mağduriyeti giderilir hem de kamu düzeninin bozulmasının önüne geçilir¹¹.

Suç şüphesi altında bulunan kişinin fail olup olmadığının tespiti, fail ise fiilin ağırlığı orantılı bir ceza verilebilmesi, ona en geniş anlamda savunma hakkının sağlanması ile mümkündür¹². Failin toplumda ne kadar infial meydana getiren veya cezası ağır bir suç işlediği iddia edilirse edilsin, failin savunma hakkının kısıtlanması sonucu gerektiğinden fazla veya az ceza alması adalet inancına ve toplum vicdanına zarar

⁷ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu 338. maddenin 8.fikrasında, savunma hakkı hüküm için önemli olan noktalarda, mahkeme kararıyla hukuka aykırı bir biçimde sınırlandırılması halinde mutlak temyiz sebebi olacağı düzenlenmiştir.

⁸ **Artuk, Mehmet Emin- Gökçen, Ahmet**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2018, s.3.

⁹ **Gözübüyük, Şeref A.**, Hukuka Giriş ve Hukukun 2015/Temel Kavramları, 13. Bası, Ankara 1999, s.1; **Tosun, Öztekin**, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, 3. Bası, İstanbul 1981, s.1; **Yenisey, Feridun-Nuhoğlu, Ayşe**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2018, s. 67.

¹⁰ **Gökçen, Ahmet-Balcı, Murat- Alşahin, Mehmet Emin- Çakır, Kerim**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2018, s.29; **Demirbaş, Timur**, Hazırlık Soruşturmasında Savunma, Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, s.190-191.

¹¹ **Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır**, s.29; **Şahin, Cumhur-Göktürk, Neslihan**, Ceza Muhakemesi- I, 9. Baskı, Ankara 2018, s.27; **Demirbaş**, Hazırlık Soruşturmasında Savunma, s.191.

¹² **Yenisey-Nuhoğlu**, s. 67.

verecektir¹³. Bu sebeple bireylerin topluluk olarak yaşamaya başladığı dönemden beri var olan ceza yargılaması bakımından¹⁴ şüpheliye veya sanığa isnat edilen suçlamalara yönelik olarak savunma hakkı verilmeli, olay aydınlatılmalı ve hukuka uygun yöntemlerle maddi gerçek ortaya çıkarılmalıdır.

İsnadın doğal sonucu olarak savunma zorunludur. Çünkü bir iddia karşısında savunma imkânı sağlanmazsa bu durumda söz konusu iddia, hüküm niteliğine sahip olabilir¹⁵. Bu durum yargılanan kişiler bakımından son derece sakıncalıdır. Çünkü kişi hakkında yapılan her itham gerçek olmayacağı gibi, sanık söz konusu suçu işleyen kişi de olmayabilir veya hak ettiğinden daha fazla cezalandırılabilir¹⁶.

Kişi, savunma hakkını kullanarak yöneltilen iddialara karşı kendini savunmuş olur. Bu sayede suçlamalarla birlikte yapılan savunmalar da değerlendirilerek maddi gerçeğin ortaya çıkmasına büyük katkı sağlanır¹⁷. Bununla beraber savunmanın etkili bir şekilde yapılması hem hukuk düzenin korunmasını hem de adaletin herkes için tecelli etmesini önemli derecede destekler¹⁸. Bu nedenle maddi gerçeğin ortaya çıkması ve kamu ile birey açısından adaletin sağlanması¹⁹ için şüpheli/sanığa savunma hakkı mutlaka

¹³ **Bayilloğlu, Uğur**, Savunma Hakkının Etkin Kullanımı Bakımından Müdafinin Önemi, ABD, S.2, 2004, s.42.

¹⁴ **Öztürk, Bahri- Tezcan, Durmuş-Erdem, Ruhan- Gezer, Özge Sırma- Kırıt, Yasemin F. Saygılar- Özaydın, Özdem-Akcan, Esra Alan-Tütüncü, Efser Erden-Villemin, Derya Altınok- Tok, Mehmet Can**, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2018, s.32.

¹⁵ **Erem, Faruk**, Savunma Hakkının Kökeni, ABD, S. 5, 1984, s. 691; **Demirbaş, Timur**, Hazırlık Soruşturmasında Savunma, s.192; **Yenisey-Nuhoglu**, s.182.

¹⁶ **Koca, Mahmut**, Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 1998, s. 51; **Demirbaş**, Hazırlık Soruşturmasında Savunma, s.193.

¹⁷ **Özgenç, İzzet- Şahin, Cumhuriyet**, İddia ve Savunma Hakkı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 5, S.1-2, 2001 s.89; **Bayilloğlu**, s.43.

¹⁸ **Çeçen, Anıl**, Savunmanın Çağdaş Anlamı, TBBD, S. 1988/1, 1988, s.43, 49; **Erem, Faruk**, Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku”, Işın Yayıncılık, 6. Bası, Ankara, 1986, s. 165; **Bozdağ, Ahmet**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, Ankara 2014, s.9; **Yenisey-Nuhoglu**, s.182.

¹⁹ “Savunma hakkı, şüpheliyi ve sanığı ilgilendirdiği kadar, bir gün şüpheli veya sanık konumuna düşebilecek olan toplumda yaşayan herhangi bir ferdi, dolayısıyla bütün toplumu ve yine adaleti sağlama yükümlülüğü bulunan Devleti de ilgilendirmektedir. Ceza muhakemesinin amacı, yargılama neticesi verilen ve iddia ile savunmanın değerlendirilmesinden ibaret olan hükmün doğru olmasını sağlamaktadır. Bu yönüyle, geniş bir bakış açısı ile değerlendirilmesi gereken savunma hakkı, yargı mercileri huzurunda kendisini savunma, müdafî yardımından yararlanma, susma, soru sorma, aleyhine olan işleme katılmama, tercümandan yararlanma, delillerin toplanmasını isteme, duruşmada hazır bulunma, kanun yoluna başvurma gibi hakları içermektedir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Temel haklar ve ödevler bölümünde yer alan 36. Maddesinde savunma hakkı; ‘Herkes meşru vasıta ve

kusursuz bir şekilde tanınmalıdır²⁰. Bunun için, bireye makul süre tanınarak her türlü kolaylık gösterilmelidir²¹.

Savunma hakkı, hukuk literatüründe “bireyin mahkeme huzurunda hak ve menfaatini korumak amacıyla lüzum gördüğü her türlü meşru yolu kullanabilmesi” şeklinde ifade edilmiştir²².

Centel; savunma hakkını suç işlediği düşünülen bireyin ona yüklenen suç işlemediğini, itham edilenden daha az cezayı hak ettiğini, işlediği iddia edilen fiilin hukuka uygun bir fiil olduğunu veya kanunda belirtilen bazı nedenlerden dolayı (şahsi cezasızlık sebebi, etkin pişmanlık vb.) cezalandırılmaması gerektiğini yargı mercileri önünde beyan etmesi şeklinde tanımlanmıştır²³.

Öztürk-Tezcan-Erdem; savunma hakkını “suçlamalar karşısında sanığın hukuki ve fiili açıdan korumayı amaçlayan faaliyet” olarak belirtmiştir²⁴.

Koca; savunma hakkını “suçlamayla birlikte sanığın kendisine sağlanan imkânlardan faydalanarak suçlamalara karşı koyması, hakkında ileri sürülen iddialara karşısında susma özgürlüğünü kullanması” olarak izah etmiştir²⁵.

yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir’ şeklinde düzenlenmiş olup, temel hak niteliğine uygun olarak savunma hakkı verilmemesi veya savunma hakkının sınırlandırılması durumunda verilen karar hukuka aykırı olacaktır. Buna göre, sanığın ceza muhakemesindeki en önemli haklarından birisi, yargı mercilerince her aşamada nazara alınması gereken savunma hakkıdır. Anayasa ve uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınmış olan bu hakkın herhangi bir sebeple sınırlandırılması da mümkün değildir. Nitekim 1412 Sayılı CMUK’nun 5320 Sayılı Kanun’un 8. maddesi uyarınca karar tarihi itibarıyla uygulanması gereken 308/8 ve 5271 Sayılı CMK’nun 289/1-h maddeleri uyarınca savunma hakkının sınırlandırılması mutlak bozma nedenlerindendir. Savunma hakkının temelini oluşturan sorgu, sadece sanık lehine getirilmiş bir hüküm değil, aynı zamanda maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla konulmuş, kamusal niteliği de bulunan emredici usul kuralıdır. Savunma hakkının sınırlandırılmayacağı ilke olmakla birlikte, kanun koyucunun başka bir mağduriyete sebebiyet vermemek, yargılamanın uzamasını engellemek, usul ekonomisi, gereksiz emek ve gider kaybına neden olmamak açısından bazı sınırlamalara gittiği de bir gerçektir. Ancak bu sınırlamalar istisna olup, bu hallerde dahi usul kanunumuz bazı şartların varlığını aramaktadır” (YCGK, T.19.06.2018, E.2018/16-237, K.2018/298). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 31.08.2018).

²⁰ Erem, Diyalektik Açıdan Ceza Yargılaması Hukuku, s. 165; Koca, s.51; Dıvrak, Yasin-Kılıç, Ahmet Hasan, Savunma Hakkı, İstanbul 2004, s.15.

²¹ Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.116.

²² Türk Hukuk Lügatı, 3. Baskı, Ankara 1991, s. 251.

²³ Centel, Nur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, İstanbul 1984, s.1.

²⁴ Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırt-Akcan-Özaydın-Tütüncü--Villemin-Tok,

²⁵ Koca, s.47.

Kanaatimizce, savunma hakkı, suçlamalar karşısında bireye tanınan çeşitli hak ve imkânlar çerçevesinde kendini ifade etmesi ve bireyin iddialara ilişkin ispat külfeti olmamasından dolayı sessiz kalabilmesi olarak tanımlanabilir.

Bireye isnat edilen suçlamalar karşısında kendini savunmaya yönelik hakların hukuka aykırı bir şekilde tanınmaması “savunma hakkının kısıtlanması” şeklinde ifade edilir. Savunma hakkının kısıtlanmasıyla kişinin kendisine yöneltilen suçlamalara karşı hem kendini savunamayarak iddialar karşısında aklanması hem de maddi gerçeğin ortaya çıkması büyük ölçüde güçleşecektir²⁶.

Doktrinde savunma hakkının dar ve geniş anlamda ele alındığı görülmektedir²⁷. Dar anlamda savunma hakkı; kişinin iddia edilen suçu işlemediğini, hareketin hukuka uygun olduğunu veya verilen cezanın hakkaniyete aykırı olduğunu ileri sürebilmek²⁸, isnada cevap verebilmek²⁹ şeklinde yorumlanmaktadır. Bu görüşe göre, kısaca bu hak bir itham karşısında yalnızca sanık için tanınmıştır³⁰.

Geniş anlamda savunma hakkı ise; ferdin itham edilen iddialara yönelik olarak kendini korumak için kanunda yer alan haklardan yararlanması³¹, isnada karşı iddia ve isnatta bulunması³² (soru sorma, dilekçe yazma, itiraz etme vs.), iddia makamının da hakkını araması³³ şeklinde tanımlanabilir.

Savunma hakkı doktrinde ayrıca fiili ve hukuki savunma şeklinde ayrıma tabi tutulmuştur. Fiili savunma, bir hareketin gerçekte meydana gelip gelmediğine ilişkin iken; hukuki savunma, hareketin hukuk normları karşısında savunulmasıdır³⁴.

²⁶ **Özgenç-Şahin**, İddia ve Savunma Hakkı, s.89.

²⁷ Bkz. **Centel-Zafer**, s.157-158; **Özbek- Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.61; **Tosun**, s.200.

²⁸ **Centel-Zafer**, s.157-158.

²⁹ **Hafizoğulları, Zeki**, Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı, ABD, S. 1994/1, 1994, s.20; **Dıvrak-Kılıç**, s.12; **Kocaoğlu, Serhat Sinan**, Müdafî, 3. Baskı, Ankara 2017, s.54.

³⁰ **Tosun**, s.200.

³¹ **Centel-Zafer**, s.158; **Dıvrak-Kılıç**, s.12.

³² **Hafizoğulları**, s.20.

³³ **Tosun**, s.200.

³⁴ **Zafer, Hamide**, Savunma Hakkı ve Sınırları, MÜHFHAD, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Cilt 19, S. 2, 2013, s.511.

Ceza yargılamasında temel hak ve özgürlüklerin korunmasının ve adil yargılanmanın sağlanmasının en önemli güvencesi savunma hakkı olduğu³⁵ için kanunlarımız ve Anayasamızla beraber uluslararası sözleşmelerde de bu hakkın kısıtlanmasının engellenmesine ilişkin birtakım düzenlemelere yer verilmiştir.

Bu bağlamda Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 11. maddesinde; “*Bir suç işlemekten sanık herkes, savunması için kendisine gerekli bütün tertibatın sağlanmış bulunduğu açık bir yargılama ile kanunen suçlu olduğu tespit edilmedikçe masum sayılır*” denilerek ceza yargılamasında savunma hakkının önemi vurgulanmıştır.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nde ise savunma hakkına ilişkin; “*Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak; kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek*” (6/3-b,c) şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir.

1982 Anayasası’nın 36. maddesinde; “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*” denilerek savunma hakkının herkes için mutlak bir hak olduğu belirtilmiştir.

Her iki düzenlemeyi (İHAS madde 6/3-b,c-Anayasa madde 36) birlikte ele aldığımızda İHAS’ın, Anayasa’ya göre savunma hakkıyla alakalı olarak daha detaylı içeriğe sahip olduğu görülmektedir. Her iki düzenlemede de savunma hakkının yalnızca kişilere hak olarak tanınması değil, bununla birlikte bu hakkın etkili kullanımının sağlanması amaçlanmıştır³⁶.

Savunma hakkı kullanılırken; sanık kendi kendini savunabileceği gibi bir müdafî vasıtasıyla da savunmasını yapabilme imkânına sahiptir³⁷. Sanık veya şüphelinin kendi

³⁵ **Dülger, Murat Volkan**, Ceza Muhakemesinde Müdafinin Konumu ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, ABD, S. 2012/4, 2012, s.44.

³⁶ **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.62.

³⁷ **Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü--Villemin-Tok**,s.155;**Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**,s.62; **Demirbaş**, Hazırlık Soruşturmasında Savunma, s.195; **Centel-Zafer**, s.204.

kendini savunması “öz (maddi/bireysel/ferdi) savunma”; müdafî aracılığıyla savunması “kolektif (kamusal/teknik/şekli) savunma” olarak adlandırılmaktadır³⁸. Burada sanığın, “öz savunmasını” yapmasına müsaade edilse bile müdafî ile savunma yapmasına engel olunması halinde savunma hakkı kısıtlanacaktır.

Müdafî, CMK’nın 2. maddesinde; “*şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukatı*” şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre müdafî, ister ihtiyari ister zorunlu olsun soruşturmada şüphelinin, kovuşturmada sanığın savunmasını yaparak iddia edilen suç işlemediğini, daha az ceza alması gerektiğini veya fiilin hukuka uygun bir fiil olduğunu izah eden avukattır³⁹.

CMK’nın 149. maddesinde; “*Şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafîin yardımından yararlanabilir; kanunî temsilcisi varsa, o da şüpheliye veya sanığa müdafî seçebilir*” ifadesine yer verilmiştir. Hükümden anlaşılabacağı üzere Türk ceza yargılamasında kural olarak müdafiden yararlanma zorunluluğu bulunmamaktadır⁴⁰. Ancak kanunda öngörülen belirli durumlarda⁴¹ şüpheli/sanık, müdafî belirlememişse bu kişilere rızasının var olup olmadığına bakılmaksızın zorunlu olarak müdafî atanacaktır⁴². Zorunlu müdafinin

³⁸ **Kunter, Nurullah**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası, İstanbul 1989, s.247 vd.; **Centel-Zafer**, s. 158; **Erem**, Savunma Hakkının Kökeni, s.693; **Tosun**, s.205 vd; **Yenisey-Nuhoğlu**, s.184; **Bozdağ**, s.11 vd; **Bayılhoğlu**, s.45 vd; **Demirbaş**, Hazırlık Soruşturmasında Savunma, s.193-194.

³⁹ **Centel**, Müdafî, s.1 vd.; **Bozdağ**, s.5; **Kocaoğlu**, Müdafî, s. 62

⁴⁰ **Yurtcan, Erdener**, Ceza Yargılaması Hukuku, 15. Baskı, Ankara, 2018, s. 199; **Karakehya, Hakan-Arabacı, Murat**, Ceza Muhakemesinde Müdafîin Önemi, Hukuki Statüsü ve Müdafîliğe İlişkin Problemler, TAAD, S.22, 2015, s.59; **Demirbaş**, Hazırlık Soruşturmasında Savunma, s.198.

⁴¹ 1)Sanığın veya şüphelinin çocuk (18 yaşından küçük) olması(madde150/2),
2)Sanığın veya şüphelinin sağıl ve dilsiz veya malul olması (madde 150/2),
3)Soruşturulan veya kovuşturulan suçun cezasının alt sınırının beş yıldan fazla hapis cezasını gerektirmesi (madde 150/3),
4)Sanığın veya şüphelinin tutuklama talebiyle sorguya sevk edilmesi (madde 101/3),
5)Gözüaltına alınan kişi bırakılmazsa, en geç bu süreler sonunda sulh ceza hâkimi önüne çıkarılıp sorguya çekildiği durumlarda (madde 91/7),
6)Kaçak sanık hakkında duruşma yapılması (madde 247/3),
7) Sanığın veya şüphelinin resmi bir kurumda kusur yeteneğinin araştırılması için gözlem altına alınmasına karar verilecek olması (madde 74/2),
8) Sanığın duruşmanın düzenini bozduğu için oturumlara yokluğunda devam edilmesi (madde 204).

⁴² CMK madde 150: “...(2)*Müdafî bulunmayan şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise, istemi aranmaksızın bir müdafî görevlendirilir. (3)Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturmave kovuşturmada ikinci fıkra*

bulunması gereken yargılamada kişinin bu imkândan yararlanamaması savunma hakkının kısıtlanması şeklinde değerlendirilir⁴³. Sanığın savunmasını yaparken müdafiden yararlanması söz konusu düzenlemelere göre ihtiyari (isteğe bağlı) müdafilik ve zorunlu müdafilik şeklinde ayrılmaktadır. Hem ceza yargılamamıza hem İHAS'a göre zorunlu müdafî belirlenirken sanığın iradesi dikkate alınmadan re'sen müdafî atanmaktadır. Ancak zorunlu müdafî görevlendirilirken şüpheli/sanığın önceden seçtiği bir müdafisinin olmaması gerekir⁴⁴. Bunun yanında Alman ceza yargılamasında müdafî görevlendirilirken belirli bir süre içerisinde şüpheli tarafından kendisine görevlendirilecek müdafiyi seçebilme imkânı tanınır⁴⁵.

İHAM'ın adil yargılanmaya ilişkin 6. maddesinde de belirtildiği üzere bazı durumlarda sanık veya şüphelinin kendisine müdafî tayin edebilecek ekonomik gücü olmaması halinde müdafî talep ederse kendisine müdafî atanacaktır⁴⁶. Bu kişiye “atanmış müdafî” denilmektedir⁴⁷. Kişinin ekonomik gücü olmadığı için yargılamada müdafisinin olmaması halinde talebi olmasa dahi kendisine ücretsiz olarak müdafî atanmaması savunma hakkını kısıtlayan bir durumdur⁴⁸.

hükümü uygulanır. (4)Zorunlu müdafilikle ilgili diğer hususlar, Türkiye Barolar Birliğinin görüşü alınarak çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir”.

⁴³ “Sanık ...'in üzerine atılı suç, 5237 Sayılı TCK'nin 86/1, 86/3-e, 87/2-b,son maddeleri kapsamında olup alt sınırı 5 yıl hapis cezasından fazla olduğundan 5271 Sayılı CMK'nin 150/3. maddesinin açık hükümler karşısında sanığa zorunlu müdafii tayini gerektiğinden, müdafii atanmadan yargılama yapılması vesorgusu sırasında zorunlu müdafii bulunmaksızın savunmasının alınması suretiyle sanığın savunmahakkı kısıtlanarak CMK'nin 188/1. maddesine muhalefet edilmesi, (...) Bozmayı gerektirmiş” (Yarg. 3.CD, T. 04.06.2018, E. 2017/17771, K. 2018/10477); “Hüküm tarihinde 18 yaşından küçük bulunan ve mahkemenin yargı çevresi dışında ikamet eden suça sürüklenen çocuğa esas mahkemesinde ayrı bir müdafii atanmaksızın müdafii yokluğunda karar verilerek 5271 Sayılı CMUK.nun 150/2 ve 151. maddelerine aykırı davranılmak suretiyle savunma hakkının kısıtlanması” (Yarg. 7.CD, T. 10.4.2018, E.2017/7816, K. 2018/3831). Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 17.09.2018).

⁴⁴ Şahin-Göktürk, I, s.206; Centel-Zafer, s.205.

⁴⁵ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO) 142/1: “Müdafî görevlendirilmeden önce, bir süre tayin edilerek, şüpheliden kendisi tarafından seçilen müdafî bildirilmesine olanak sağlanır. Engel teşkil edecek önemli bir sebep bulunmadıkça, başkan bu kişiyi görevlendirir”. Çev. Yenisey, Feridun-Oktar, Salih, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (Strafprozeßordnung), 2. Bası, İstanbul 2015, s.226.

⁴⁶ CMK Madde 150/1: “Şüpheli veya sanık, müdafî seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, istemi halinde bir müdafî görevlendirilir”.

⁴⁷ Karakehya-Arabacı, s.63; Demirbaş, Hazırlık Soruşturmasında Savunma, s.199; Centel-Zafer, s.205.

⁴⁸ “Bazı durumlarda kişinin talebi olmasa da, resen ücretsiz olarak avukat tayin edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Kişinin imkânının olmaması yanında, ayrıca suçlama sebebiyle alabileceği özgürlükten mahrum bırakılmayı gerektiren bir ceza ve davanın karmaşıklığı, avukat yardımının sağlanmasını

Müdafiye ilişkin yapılan ceza yargılaması düzenlemeleriyle savunma hakkının en önemli unsurlarından olan şüpheli/sanığın müdafisini hür iradeyle seçmesi ve seçilen müdafinin müvekkilini etkili bir şekilde savunması amaçlanmıştır⁴⁹. Nitekim “zorunlu müdafilik” kurumunun düzenlenmesi de savunmanın tam ve etkili bir şekilde meydana gelmesi içindir⁵⁰. Ceza yargılamasında savunmanın eksiksiz yapılabilmesi için savunma makamı iddia makamı kadar etkili olmak zorundadır⁵¹.

Müdafi, soruşturma evresinde müvekkili için kamu davası açılmasına engel olarak; kovuşturma evresinde de ceza almamasını veya hakkaniyete uygun bir ceza almasını sağlayarak⁵² bireyin savunma hakkını etkili bir şekilde kullanabilmesine yardımcı olur. Zira sanığın hitap yeteneği ve hukuki bilgi birikimi çok iyi dahi olsa yargılama sonunda cezalandırılmayla karşı karşıya olması sebebiyle yaşamış olduğu baskıdan dolayı kendisini bir müdafi kadar savunamaması olasıdır⁵³. Bununla birlikte müdafi, muhakemenin adil bir şekilde yapılıp yapılmadığını, yargı makamlarının herhangi bir şekilde sanığa karşı haksız bir tutum içinde olup olmadığını kontrol etmekle görevlidir⁵⁴. Bunun için müdafinin sanıkla görüşme, şüphelinin ifadesi alınırken yanında bulunma⁵⁵ ve sanığın dosyasını inceleme⁵⁶ gibi yetkileri vardır⁵⁷.

Bir sonraki konuda detaylı bir şekilde ele alacağımız geçmişten günümüze gelen ceza yargılaması birikimi, maddi gerçeğin en hakiki haline ulaşmak için “silahların eşitliği ilkesi” ile “çelişmeli muhakeme ilkesi” doğrultusunda yargılamanın ve

gerektiren bir hukuki menfaati ortaya çıkarmaktadır” (Talat Tunç/ Türkiye, T. 27.03.2007, Başvuru No. 32432/96). Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int> (Erişim Tarihi: 15.12.2018).

⁴⁹ **Zafer**, Savunma Hakkı s.509; **Centel-Zafer**, s.205.

⁵⁰ **Centel**, Müdafi, s.5; **Karakehya-Arabacı**, s.59.

⁵¹ **Erem**, Diyalektik Açıdan Ceza Yargılaması Hukuku, s. 173; **Bozdağ**, s.14.

⁵² **Kunter**, s.243; **Kocaoğlu**, Müdafi, s.62; **Centel**, Müdafi, s.7.

⁵³ **Centel-Zafer**, s.192; **Karakehya-Arabacı**, s.66; **Zafer**, Savunma Hakkı s.509; **Dülger**, s.47.

⁵⁴ **Centel, Nur**, Ceza Soruşturmasında Müdafinin Rolüne Eleştirel Yaklaşım, İÜHFM, Cilt 72, S.2, 2014, s.703.

⁵⁵ CMK madde 149/3: “Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukatın, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukukî yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz”.

⁵⁶ CMK madde 153/1: “Müdafi, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir”.

⁵⁷ **Demirbaş**, Hazırlık Soruşturmasında Savunma, s.204 vd; **Centel-Zafer**, s.208 vd.; **Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır**, s. 223 vd.; **Yurtcan**, s.184 vd.

savunmanın etkili biçimde yapılmasının sağlanması gerektiğini göstermiştir⁵⁸. Bunun sağlanabilmesi için en verimli aracın müdafilik kurumu olduğu çok açıktır.

II. SAVUNMA HAKKININ TARİHİ GELİŞİMİ

1. Genel Açıklamalar

Toplumlarda zamanla bireylerin üstünde bir devlet erki meydana gelmiştir. Devlet erki, bireyler arasında uyumsuzluk olduğunda çözme yoluna gitmiş ve cezalandırılması gereken bireyleri kendi cezalandırmıştır⁵⁹. Ancak devletlerin bu yetkiyi kullanırken dönemin anlayışı ve yönetim biçimlerine göre aşırıya kaçtığı görülmüştür. Bu bakımdan ceza muhakemesi her zaman devlet rejimi ve politikalarına göre değişiklik göstermiştir⁶⁰. O sebeple devletin rejim ve politikalarında gösterdiği değişiklikler ceza yargılamasında şüpheli ve sanığın; ifadesinin nasıl alınacağı, savunma hakkından ve bununla ilişkili olarak müdafiden ne şekilde yararlanacağı gibi hususları etkilemektedir⁶¹. Dolayısıyla ceza muhakemesinde şüpheli/sanığın korunmasına ve şüpheli/sanığa tanınan haklara yönelik düzenlemelere bakıldığı zaman devletin totaliter veya özgürlükçü bir rejime sahip olduğu anlaşılmaktadır.

Demokratik rejimlerde savunma hakkının etkili bir şekilde kullanımı hedeflenirken; totaliter rejimlerde savunma hakkının kullanımı olabildiğince kısıtlanmıştır⁶². Bu sebeple savunma hakkının, demokrasiyle arasında sıkı bir bağlantı varken; baskıcı rejimlerle arasında tezat bir durum söz konusudur⁶³.

Totaliter rejimlerde genellikle devletin menfaati, vatandaşın haklarından çok daha üstün tutulmaktadır⁶⁴. Söz konusu rejimlerde vatandaşların temel hak ve

⁵⁸ Karakehya-Arabacı, Müdafî, s.61.

⁵⁹ Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.31; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.39; Yenidünya, Caner- İçer, Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2016, s.3

⁶⁰ Centel-Zafer, s.113-114; Yurtcan, s.7.

⁶¹ Eser, Albin, “Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu”, Çev. Centel, Nur, Yargıtay Dergisi, Cilt 16, S.3, 1990 s. 313; Koca, s.55; Dülger, s.44.

⁶² Kocaoğlu, Serhat Sinan, Devlet Sistemlerine Göre Savunma Hakkı ve Müdafî, ABD, S. 2010/2, 2010 s.126.

⁶³ Centel, Müdafî, s.11.

⁶⁴ Yurtcan, s.7; Centel-Zafer, s.114.

özgürlükleri ile insan onuru herhangi bir şekilde göz önünde bulundurulmadığı için sanığa tanınan haklar da oldukça sınırlıdır⁶⁵. Çünkü yargılamalarda şüpheli/sanık bir süje değil bir obje olarak kabul edilmekte⁶⁶ ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için her şey mübah görülmektedir. Dolayısıyla sanığın savunma hakkı da oldukça kısıtlanmaktadır. Buna karşılık iddia makamını oluşturan savcılarının yetkileri artırılmakta hatta hâkimlerin bazı yetkileri savcılara verilmektedir⁶⁷.

Demokratik rejimlerde ise bireyin temel hak ve özgürlükleri ihlal edilmeden maddi gerçeğe ulaşılması amaçlanmaktadır. Söz konusu rejimlerde bireylerin haklarının ihlal edilmemesine özen gösterilmekte ve bireyler ceza yargılamasının süjesi olarak kabul edilmektedir⁶⁸. Devlet, bireyi yargılarken belirlemiş olduğu normlara göre ve tamamen dönemin siyasi şartlarından uzak bir muhakeme yapar. Devlet, ceza yargılamasında başvurduğu normlarda, bireyin temel hak ve özgürlüklerine yapacağı müdahalenin içeriğini, koşullarını, süresini, kullanılacak olan yetkileri ve sanığa tanınan hukuki güvenceleri belirtmektedir⁶⁹. Tüm bunların sonucunda şüpheli/sanığa savunma hakkı ve bununla ilişkili olarak müdafiden yararlanma hakkı tanınarak bu hakların ihlal edilmesinin önüne geçilmesi istenmektedir.

Demokratik rejimlerde söz konusu düzenlemeler, yalnızca mevzuat üzerinde veya teoride kalmamış; uygulamada da hayata geçirilmiştir. Bu sebeple savunma hakkının kısıtlanmasına uygulamada müsaade edilmemektedir. Savunma hakkının demokratik rejimlerde her geçen gün gelişmesiyle birlikte “insanın şeref ve haysiyetini koruma ilkesi” ve “adil yargılanma ilkesi” kapsamında “meramını anlatabilme ilkesi”, “susma hakkı”, “nemo tenetur ilkesi” gibi ceza yargılamasının temel ilkeleri de benzer şekilde değer kazanmaktadır⁷⁰.

Tarihi süreçte savunma hakkı ve bununla ilişkili olarak müdafilik, zaman zaman önemsenen kurumlar olurken; zaman zaman da göz ardı edilen hatta istenmeyen kurumlar haline gelmiştir. Bu algı değişikliğindeki en büyük sebepler, yukarıda bahsettiğimiz gibi

⁶⁵ **Kocaoğlu**, Devlet Sistemlerinde Savunma Hakkı, s.128.

⁶⁶ **Yurtcan**, s.7; **Koca**, s. 78.

⁶⁷ **Kocaoğlu**, Devlet Sistemlerinde Savunma Hakkı, s.132.

⁶⁸ **Yurtcan**, s.8; **Yenisey-Nuhoglu**, s.74; **Çetin**, s.24.

⁶⁹ **Yurtcan**, s.8.

⁷⁰ **Kocaoğlu**, Devlet Sistemlerinde Savunma Hakkı ve Müdafî, s.136-137.

devletlerin siyasi rejimleri ve bu siyasi rejimlerin ceza yargılamasını doğrudan etkilemesidir. Tarihi süreçte söz konusu etkiyle savunma hakkının farklı dönemlere ve coğrafyalara nasıl yansıdığına ve savunma hakkının geçmişten günümüze ne şekilde geldiğine aşağıda değinilecektir.

2. Savunma Hakkının Batı Hukukunda Gelişimi

A. Antik Yunan Hukuku

Antik Yunan'da davaların sürecini Aristoteles; *“Kalabalık bir yargıçlar (dikastes) kurulu vardır, davacı iddialarını söyledikten sonra ve davalının savunması dinlendikten sonra, yargıçlar iki kere oy verirler - önce iddianın geçerli olup olmadığı saptanır, geçerli olduğu kabul edilirse, sonra da istenilen ceza ya da ödentinin verilip verilemeyeceği. Hukuk davası - ceza davası ayrımı olmayan bu çok basit usulde, yargıçlar tarafların istekleriyle bağlıdır, onların dışında karar alamazlar”*⁷¹ şeklinde özetlemiştir.

Antik Yunan'da M.Ö 6. yy'da devlet adamı Solon tarafından, vatandaşlara, devlete ve vatandaşa karşı dava açıp belirli suçlamalarda bulunma hakkı verilmiştir⁷². Kamu görevlisine gerek olmadan vatandaşlar bireysel olarak davalarını açmışlardır⁷³. Dava açılması sonucu davalı hakkında ithamda bulunulması sebebiyle kendini savunmaya mecbur kalmıştır. Bunun sonucunda yargılama her iki tarafın karşılıklı atışması şeklinde geçmiştir.

Antik Yunan'da görülen bu yargılama usulüne itham usulü⁷⁴ denilmektedir. İtham usulüne göre itham olmadan yargılama yapılamazdı. İthamda bulunulduktan sonra dava süreci başlamakta ancak yargı merci, dava dışında kalarak en son kimin haklı olduğuna karar vermekteydi⁷⁵. Bunu yaparken yargı merci sadece mahkemeye getirilen

⁷¹ Aristoteles, Politika, 12. Basım, Çev. **Tuncay, Mete**, İstanbul, 2010, Kitap II Bölüm 8, s. 51.

⁷² **Calhoun, George Miller**, The Growth of Criminal Law in Ancient Greece, 3. Ed., New Jersey 2008, s. 6.

⁷³ **Calhoun**, s.7; **Taner, Mehmet Tahir**, Ceza Muhakemeleri Usulü, 2. Bası, İstanbul 1950, s.9-10.

⁷⁴ **Erem, Faruk**, Savunma ve Ceza Yargılamasının Temel Kusurları, TBBD, S. 1988/1, 1988, s.91vd.; **Kocaoğlu, Serhat Sinan**, Tarihsel Perspektifi ile Batı Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafî, ABD, S. 2010/3, 2010, s.127 vd.; **Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok**, s.30; **Taner, Mehmet Tahir**, Ceza Muhakemeleri Usulü, s.10; **Yenidünya-İçer**, s. 6-7.

⁷⁵ **Erem**, Savunma ve Ceza Yargılamasının Temel Kusurları, s.91; **Centel-Zafer**, s.114; **Toroslu, Nevzat-Feyzioğlu, Metin**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Baskı, Ankara 2017, s.42; **Özbek-Doğan-Bacaksız**

delilleri değerlendirmekte, re'sen araştırma yoluna gitmemekteydi⁷⁶. Ceza yargılamaları tarafların talebiyle başlaması sebebiyle bu sisteme “taraf muhakemesi” de denilmektedir⁷⁷. Dava sürecinde itham edilen ile itham eden eşit konumda yer almaktaydı.⁷⁸ Bu sebeple Antik Yunan Hukuku’nda savunma hakkı oldukça gelişmiştir.

Antik Yunan’da da günümüz Anglo-Sakson Hukuk’unda yer alan jüri sistemine benzer kalabalık bir yargı kurulu⁷⁹ yer almıştır. Bu kalabalık yargı kurulu önünde, ithamda bulunanın suçlamalarını; suçlanan kişinin de savunmasını yapmak için konuşmaları gerekiyordu.

Söz konusu dava süreciyle zamanla savunma hakkının alanı da genişlemiştir. Savunma hakkının genişlemesi, müdafiliğin temellerinin de atılmaya başlamasıyla olmuştur. Bireylerin savunması ve ithamında, bir akrabası veya yakını savunmasına ve ithamda bulunmasına yardımcı olabilmekteydi⁸⁰. Taraflara yardımcı olan bu kişilere zamanla “synagore” denilmeye başlanmıştır⁸¹. Daha sonra belirli bir ücret karşılığında kişilerin iddialarını ve savunmalarını önceden hazırlayarak ezberlemeleri için bireylere veren “logographes (logograf)” adındaki yardımcılar görev almaya başlamıştır⁸².

Tarafların ilk zamanlar mahkemede başkaları tarafından doğrudan temsil edilmeleri çok hoş karşılanmamış ancak logograflara bir metin hazırlatabilmelerine veya kendi savunmalarından kalan sürede savunma yapmaları için synagoreleri çağırmalarına

Tepe, s.41; **Weigend, Thomas**, Ceza Muhakemesi Gerçeği mi Arıyor? Bir Alman Perspektifi, Çev. **Bozbayındır, Ali Emrah**, Ceza Hukuk Dergisi, S.2, 2006, s. 332.

⁷⁶ **Centel-Zafer**, s.114; **Toroslu-Feyzioğlu**, s.42; **Taner, Mehmet Tahir**, Ceza Muhakemeleri Usulü, s.10.; **Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır**, s.32; **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.41; **Yenidünya-İçer**, s.7.

⁷⁷ **Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır**, s.32.

⁷⁸ **Toroslu-Feyzioğlu**, s.42; **Taner, Fahri Gökçen**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, Ankara 2019, s. 139.

⁷⁹ Yargı kurulunda yer alacak kişilerin otuz yaşını geçmiş, devlete borcu olmayan, yurttaşlık hak ve şereflerinin hepsini yerine getiren kimseler olması gerekir. **Aristoteles**, Atinalıların Devleti, Çev. **Çokona, Arı**, İstanbul 2012, s.50.

⁸⁰ **Centel**, Müdafî, s.22.

⁸¹ **Erem, Faruk**, Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi, ABD, S. 1990/2, 1990 s.206.

⁸² **Erem**, Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi, s.206.

imkân verilmiştir⁸³. İtham usulünde tarafların eşit görülmesi⁸⁴ sebebiyle bu haklar iki tarafa da tanınmıştır.

Ancak logograf'ların vermiş olduğu metinleri ezberlemekteki zorluk sebebiyle logograflar da taraflarla birlikte mahkemelere katılmışlardır⁸⁵. Logograflar daha sonraları birer avukat gibi hareket etmiş, Dünya'daki ilk baronun Atina'da kurulmasına vesile olmuşlardır⁸⁶. Avukatlık asil bir iş olarak görülmesi sebebiyle sıkı kurallara tabiydi. Avukatlığı hür kişiler yapmış ancak anne-babaya saygısızlık yapan, vatan savunmasını reddeden, savurgan olan, ahlaksız yaşam süren kişiler ve kadınlar avukatlık yapamamaşlardır⁸⁷. Avukatlar konuşurken hâkimlerden başka kimse sözünü kesmemiş, hâkimler de bu yetkiyi nadiren kullanmışlardır⁸⁸. Çünkü avukatın sözünün kesilmesi savunma hakkının kısıtlanması şeklinde yorumlanmıştır⁸⁹. Bununla birlikte avukatlığın ağırlığı ve onurunu koruması amacıyla savunmaların mütevazı bir şekilde yapılması istenmiş ve hâkimlerin huzurunda ayağı yere vurma, kırıcı söz ve hareketler yasaklanmıştır⁹⁰.

B. Roma Hukuku

Roma'da ilk zamanlar, Tanrı'nın suç işleyen kişiye kızdığına inanıldığı için⁹¹ dini kurallar ceza yargılamasında ve cezaların infazında etkin rol oynamıştır⁹². Kutsal kuralları yalnızca din adamları ve patrisyenler (imtiyazlı vatandaş) bildiğinden⁹³ bu kişiler, bireye savunmasını yaparken yardım etmişlerdir. Dolayısıyla Roma'da ilk

⁸³ **Bauman, Richard A.**, Political Trials in Ancient Greece, New York, 1990, s. 7. Aktaran: **Kocaoğlu**, Batı Hukukunda Savunma Hakkı, s.121-122.

⁸⁴ **Erem**, Savunma ve Ceza Yargılamasının Temel Kusurları, s.92; **Kocaoğlu**, Batı Hukukunda Savunma Hakkı, s. 128; **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.41.

⁸⁵ **Yılmaz, Ejder**, Bir Meslek Olarak Düünden Yarına Doğru Avukatlık, AHFD, Cilt 44, S.1, 1995, s.193.

⁸⁶ **Erem**, Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi, s.207.

⁸⁷ **Erem**, Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi, s.207.

⁸⁸ **Centel**, Müdafî, s.23.

⁸⁹ **Centel**, Müdafî, s.23.

⁹⁰ **Erem**, Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi, s.208.

⁹¹ **Kocaoğlu**, Batı Hukukunda Savunma Hakkı, s.122.

⁹² **Türkoğlu, Halide Gökçe**, Roma Hukukunda Suç ve Ceza, 2.baskı, Ankara, 2017, s.171.

⁹³ **Erem**, Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi, s.208; **Tahiroğlu, Bülent- Erdoğan, Belgin**, Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 2005, s.49.

dönemlerde günümüzdeki gibi sanığın müdafiden yararlanma imkânı tam anlamıyla yoktur⁹⁴.

Yargılama, seçilmiş⁹⁵ ve yeminli jürinin önünde, suçlamaların ve delillerinin doğruluğunun açıklandığı itham edenin konuşmasıyla başladı⁹⁶. Duruşmalarda birkaç konuşmacı oluyor ve dilerlerse ayrı ayrı konuşabiliyorlardı⁹⁷. Antik Yunan’da olduğu gibi Roma’da da “itham usulü” benimsenmiş olması sebebiyle suçlamalardan sonra kişinin savunmasına geçilmekteydi. İtham eden suçunu ispat için, itham edilen suçu olmadığını kanıtlamak için hâkim karşısında münazara yapmaktaydılar⁹⁸.

Bunun için her iki tarafın mahkemeye delil sunmaları gerekmekteydi⁹⁹. Bundan dolayı her iki tarafa da olabildiğince aynı imkânlar tanınmış ancak kimi zaman sanığa etkili bir savunma yapabilmesi için süre konusunda biraz daha esnek davranılmıştır¹⁰⁰. Cumhuriyet döneminde sanığın savunma hakkı biraz daha genişletilmiştir. Savunma hakkının eksiksiz bir şekilde kullanılabilmesine imkân tanımak için sanığa kendini savunabilme hakkının yanında, mahkemeye tanık getirme, karar vermeden önce diyeceklerinin mutlaka dinlenmesi hakları sağlanmıştır¹⁰¹.

Bu dönemde sanık müdafiden yararlanma hakkını daha etkili bir şekilde kullanmaya başlamıştır. Davada taraflara, günümüz Türkçesinde kullanılan “avukat” kavramının kökeni olan, Roma’da genelde cinayet davalarında sanıkların çağırdığı hatip yeteneği çok iyi olan “Advocatus”¹⁰² ile “Patronus” sıfatını taşıyan kişiler savunmaları konusunda yardımcı olmuşlardır. Ancak mahkemede tarafların bizzat kendilerinin bulunması gerekmekteydi. Dolayısıyla “advocatus ve patronus” tarafları temsil etmeye

⁹⁴ **Yılmaz**, s.195; **Mısır, Haşim**, Mitolojiden Günümüze Savunma, Gaziantep, 2012, s.17.

⁹⁵ Her şehirden 600 kişi olmak üzere toplamda 6000 hâkim seçilir, bu 6000 hâkimden 5000’i her mahkemede 500 hakim olmak üzere 10 mahkemede görev alırdı. Kalan 1000 Hâkim, olası hastalık, ölüm vb. sebeple asil olarak görev yapan hâkimlerin gelemediği durumlarda onların yerine geçerdi. **Arsal, Maksudi S.**, Umumi Hukuk Tarihi, 3.Bası, İstanbul 1948, s.115.

⁹⁶ **Burdick, William Livesey**, The Principles of Roman Law and their Relation to Modern Law, New York, 1938, s. 690.

⁹⁷ **Burdick**, s.690.

⁹⁸ **Arsal**, s.281; **Taner, Mehmet Tahir**, Ceza Muhakemeleri Usulü, s.10.

⁹⁹ **Türkoğlu**, Roma Hukukunda Suç ve Ceza, s.172.

¹⁰⁰ **Türkoğlu**, Roma Hukukunda Suç ve Ceza, s.192.

¹⁰¹ **Türkoğlu**, Roma Hukukunda Suç ve Ceza, s.192.

¹⁰² **Battal, Şener-Erdem, Nurşen**, Avukatlık Mesleğinin Türkiye’deki Tarihçesi, ABD, S. 1985/5-6, 1985, s. 675; **Yılmaz**, s. 194.

yetkili değildiler¹⁰³. Daha sonra tarafların mahkemede bulunma zorunluluğunun (formula rejimi)¹⁰⁴ kalkması üzerine söz konusu sınıflara sahip kişiler tarafları temsilen konuşmaya başlamışlardır¹⁰⁵. Bunun üstüne savunmalar daha etkin bir şekilde yapılmıştır. Ancak söz konusu kişiler, sanığın savunmasını yaparken bir hayli uzun konuşmaya başlamışlardır.

Mahkemeler tarafından, konuşmaların çok uzun olması sebebiyle konuşmaları sınırlandırmak için, duruşmalara su saatleri getirilmiştir¹⁰⁶. Su saatleri, savunma hakkının kısıtlanmasından ziyade çok uzun konuşmalardan dolayı mahkemenin sürüncemede kalmasının önüne geçmek içindi. Genellikle çok etkili olan bu konuşmalardan sonra deliller ele alınmıştır. Söz konusu deliller yalnızca şahit beyanları değil ayrıca konuyla doğrudan ya da dolaylı olan belgelerin de getirilmesine izin verilmiştir¹⁰⁷.

M.Ö 452 yılında “On İki Levha Kanunu’nun” ilan edilmesiyle avukatlık uzmanlık gerektiren bir meslek olarak kabul edilmiştir¹⁰⁸. Ancak avukatlar, yüksek hâkimler tarafından atandıkları ve yeri geldiğinde cezalandırabildikleri için günümüzdeki kadar bağımsız bir yargı süjesi değildiler¹⁰⁹.

Romalı avukatlar ceza davaları dışındaki davalara başlamadan önce doğruluk yemini etmekteydiler¹¹⁰. Avukat, “davadan çekilme zorunluluğu” uyarınca davada kendi tarafının haksız olduğunu anlayınca davadan çekilmek zorundaydı¹¹¹. Bu durum bize göre Roma Hukuku’nda savunma hakkını kısıtlayan bir durumdur. Zira kişinin suçlu olduğu kabul edilmiş olsa bile işlediği suç ile orantılı ceza alması bakımından yine de savunmaya ihtiyacı vardır.

Avukatlar, yargıçları etkileyebilmek daha etkili bir savunma amacıyla “Alkışlayıcı (Laudecini)” tutmuşlar, bu kişiler yargılamanın önemli kısımlarında yapılan savunmayı alkışlamışlardır.

¹⁰³ **Mısır**, s.17.

¹⁰⁴ Formula Rejimi Hakkında Detaylı Açıklama için bkz. **Arsal**, s.260 vd.

¹⁰⁵ **Yılmaz**, s.194.

¹⁰⁶ **Burdick**, s.691.

¹⁰⁷ **Burdick**, s.691.

¹⁰⁸ **Erem**, Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi, s.209.

¹⁰⁹ **Erem**, Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi, s.209; **Mısır**, s.17.

¹¹⁰ **Erem**, Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi, s.209.

¹¹¹ **Erem**, Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi, s.209.

Eski Yunan ve Roma Uygarlıklarında, itham usulü benimsenmiş olması sebebiyle savunma hakkının etkin kullanımı bununla bağlantılı olarak da avukatlık mesleği çok büyük yol kat etmiştir¹¹².

C. Ortaçağ ve Yeniçağ Hukuku

Eski Yunan ve Roma Hukuklarında savunma hakkı gelişmesine rağmen, Ortaçağ Hukuku'nda daha da geriye gitmiştir. Bu çağda suçlulara karşı işkence ile itiraf yönteminin uygulanması “savunma hakkının” yok sayıldığını göstermektedir¹¹³. Ceza muhakemesi, sanığı cezalandırmak için bir araç olarak kabul edilmiştir¹¹⁴. Birçok ceza yargılaması işkenceyle alınan sanık beyanlarıyla devam etmesi sebebiyle bu dönemde görülen yargılamalarda “savunma hakkının kısıtlanması” olağan bir durumdur.

Ortaçağ Hukukunda, Eski Yunan ve Roma Hukuklarında kabul edilen itham usulünün yerine, “tahkik (Engizisyon) usulü” benimsendiği görülmektedir¹¹⁵. Bu usulde, suçlanan kişinin savunması dikkate alınmadan maddi gerçeğe ulaşmak amaçlanmıştır¹¹⁶. Dolayısıyla toplumun çıkarları bireyin çıkarlarında üstün tutularak yargılama yapılmıştır¹¹⁷. Yargılamada herhangi bir şekilde sanık ve müşteki bulunmamakta yalnızca soruşturmayı yürütüp aynı zamanda hüküm veren tek hâkim yer almaktaydı¹¹⁸. Hükme esas teşkil eden en önemli ölçüt, işkenceyle alınan itiraftı (ikrar)¹¹⁹. Eski Yunan ve Roma Hukuku'nda süje olarak görülen sanık, bu sistemde obje olarak kabul edildi¹²⁰. İtham

¹¹² Erem, Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi, s.211.

¹¹³ Erem, Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi, s.211.

¹¹⁴ Yenisey-Nuhoglu, s.68; Yenidünya-İçer, s.7.

¹¹⁵ Toroslu-Feyzioğlu, s.43; Koca, s.60; Taner, Mehmet Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, s.11.

¹¹⁶ Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s.30; Erem, Savunma ve Ceza Yargılamasının Temel Kusurları, s.92; Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.33; Yenidünya-İçer, s. 7; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.42.

¹¹⁷ Toroslu-Feyzioğlu, s.43; Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.33.

¹¹⁸ Erem, Savunma ve Ceza Yargılamasının Temel Kusurları, s.92; Centel-Zafer, s.114; Koca, s.60; Toroslu-Feyzioğlu, s.43; Yenisey-Nuhoglu, s.183; Yenidünya-İçer, s.7; Pamuk, Gülfem, Türk ve Fransız Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Mağdurun Makam Olarak Yeri, İstanbul 2012, s.16; Weigend, Thomas, Ceza Muhakemesi Gerçeği mi Arıyor?, Çev. Bozbayındır, Ali Emrah, s. 332.

¹¹⁹ Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s.30; Taner, Fahri Gökçen, Çelişme ve Silahların Eşitliği, s.141.

¹²⁰ Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s.30; Centel-Zafer, s.114; Yenidünya-İçer, s.7; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.42; Taner, Fahri Gökçen, Çelişme ve Silahların Eşitliği, s.142.

sisteminde deliller taraflarca mahkemeye sunulurken; tahkik sisteminde ise hâkim tarafından yukarıda bahsettiğimiz şekilde toplandı¹²¹.

Yargılama sadece sanığın suçunu itiraf etmesi için hangi işkence yönteminin kullanılacağına belirlenmesi içindi¹²². Yargılamanın tüm aşamalarında gizlilik ve yazıllık ilkeleri benimsenmişti¹²³.

13. yy'a gelindiğinde Rönesans'ın da etkisiyle sanığa birtakım haklar tanınmaya başlanmıştır. İtham usulünün yeniden benimsenmesiyle birlikte avukatlık eski dönemlerde olduğu gibi rağbet görmeye başlamıştır. Avukatlar bu gelişmelerden sonra Avrupa'da adaletin tesisinde çok önemli rol oynamışlardır¹²⁴. O dönemde avukatlık için "Tanrı'dan korkan, doğruyu ve adaleti seven, yumuşak ve sakin" tanımı yapılmıştır¹²⁵. Bu gelişmeler "savunma hakkının" yeniden korunmasına yol açmıştır.

İngiltere, Rönesans'tan sonra benimsediği itham usulünden bir daha hiç ayrılmamıştır¹²⁶. 1215 yılında kralın yetkilerini kısıtlayıp bütün hür kişilerin hak ve özgürlüklerini tanıyan "Magna Carta Libertatum (Büyük Özgürlük Fermanı)" ilan edilmiştir¹²⁷. Fermana, kanunilik ilkesi bağlamında hür kişilerin kanunlarda yer almayan bir eylemden dolayı cezalandırılmayacağı, herhangi bir kötü muameleye maruz kalmayacağı, cezalarda hakkaniyetin esas alınacağı gibi hususlar belirtilmiştir¹²⁸.

1532 yılında Almanya'nın ceza yargılamasında ilerlemesine yol açan "Carolina" isimli "Ceza Muhakemesine Kanunu" yürürlüğe girmiştir¹²⁹. Bu kanun, ceza yargılamasında işkence gibi keyfi uygulamaların önüne geçmek amacıyla ihdas edilmiştir¹³⁰. "Carolina" ile ceza yargılamasında işkencenin tam anlamıyla önüne

¹²¹ **Taner, Mehmet Tahir**, Ceza Muhakemeleri Usulü, s.11-12.

¹²² **Koca**, s.61.

¹²³ **Taner, Mehmet Tahir**, Ceza Muhakemeleri Usulü, s.11; **Centel-Zafer**, s.114; **Koca**, s.61.

¹²⁴ **Battal-Erdem**, s.675.

¹²⁵ **Erem**, Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi, s.210; **Mısır**, s.35.

¹²⁶ **Erem**, Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi, s.211.

¹²⁷ **İlal, Ersan**, "Magna Carta", İÜHFM, Cilt 34, S. 1-4, 1969, s.210; **Okandan, Recai Galip**, 1215 Büyük Hürriyet Fermanı, İÜHFM, Cilt 31, S. 1-4, 1965, s.3.

¹²⁸ **İlal**, s.220

¹²⁹ **Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü- Villemin-Tok**, s.27; **Gökçen, Elkoyma**, s.59; **Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır**, s. 34.

¹³⁰ **Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü- Villemin-Tok**, s.27; **Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır**, s. 34.

geçilmese de uygulanması sınırlandırılmıştır. Tahkik sisteminin özellikleri doğrultusunda yargılamada gizlilik ve yazılılık prensipleri benimsenmiş¹³¹ bu da sanığın savunma hakkından daha etkili bir şekilde yararlanmasına vesile olmuştur. Ancak tüm bunlara rağmen sanığın samimi ikrarı veya iki tanığın beyanı üzerine sanığın mahkûmiyetine karar verilebilmekteydi¹³².

Tüm bu düzenlemelerle savunma hakkını kısıtlayan muamelelerin önüne geçilmek istenmiştir. Ortaçağ'da gerileyen savunma hakkı Yeniçağ'da biraz daha önem kazanmaya başlamış ve çeşitli mevzuatlarla koruma altına alınma çalışmıştır.

D. Yakınçağ Hukuku

Aydınlanma çağıyla beraber insana verilen önemin artmasıyla birlikte temel hak ve özgürlüklerinin korunması anlayışı hâkim olmaya başlamıştır¹³³. Din temelli hukuk anlayışının dönemin düşünürleri tarafından yoğun bir şekilde eleştirilmesi sonucunda Fransız ve Amerikan bildirileri ortaya çıkmıştır¹³⁴. Bu bildirilerde, insanın insan olmasından dolayı hak ve özgürlüklerinin korunması gerektiği belirtilmiştir¹³⁵. Bu anlayış ceza muhakemesini de etkileyerek savunma hakkıyla doğrudan bağlantılı olan “masumiyet karinesi” ilkesinin kabul edilmesini sonuçlamıştır¹³⁶.

Ceza yargılamasında yavaş yavaş fikriyatın değişmesiyle; resmi kurumlarca ithamların yapılabilirdiği bir sisteme doğru geçilmiştir¹³⁷. Bu sisteme “işbirliği sistemi (karma sistem)”¹³⁸ denilmiştir. Bu sistemde, ithamları iddianame başlığı altında düzenleme yetkisi savcılara tanınmıştır. Yargılama makamını da hâkimler temsil etmektedir. Ceza muhakemesi iddia, yargılama ve savunma makamlarının işbirliği içerisinde yürütülmüştür¹³⁹.

¹³¹ Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü- Villemin-Tok, s.27; Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s. 34.

¹³² Gökçen, Elkoyma, s.59;

¹³³ Centel-Zafer, s. 114-115; Yenidünya-İçer, s.8.

¹³⁴ Koca, s.65; Pamuk, s.17-18.

¹³⁵ Koca, s.65; Pamuk, s.17-18.

¹³⁶ Centel-Zafer, s. 115.

¹³⁷ Centel-Zafer, s. 115; Yenidünya-İçer, s.8.

¹³⁸ Erem, Savunma ve Ceza Yargılamasının Temel Kusurları, s.92; Centel-Zafer, s. 115; Kocaoğlu, Batı Hukukunda Savunma Hakkı, s. 131; Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.34; Yenidünya-İçer, s.8.

¹³⁹ Kocaoğlu, Batı Hukukunda Savunma Hakkı, s. 132; Toroslu-Feyzioğlu, s.44; Yenisey-Nuhoğlu, s.183.

Karma sistem, soruşturma ve kovuşturma evresi olarak ikiye ayrılmıştır. Soruşturma evresi yazılı ve gizli olmasıyla tahkik sisteminin özelliklerini; sözlü ve aleni olan kovuşturma evresi ise itham sisteminin özelliklerini yansıtmıştır¹⁴⁰. Tahkik sisteminden farklı olarak “davasız muhakeme olmaz” ilkesi benimsenmiştir¹⁴¹. Bir anlamda sanığın savunmasını yapmasına müsaade edilmeden bir hüküm verilemeyeceği kabul edilmiştir. Sanık, bu sistemde yargılamanın bir süjesi olarak kabul edilerek kendisine yönelik iddialara karşı etkili bir savunma yapabilmesine yönelik haklar tanınmıştır¹⁴².

3. Savunma Hakkının Türk ve İslam Hukukunda Gelişimi

A. Osmanlı Hukuku

Osmanlı Devleti’nin Hukuk Sistemi, altı yüz yıllık döneminde devletin genel politikasındaki değişikliğe göre genellikle iki dönemde incelenmiştir¹⁴³. Doktrinde genellikle bu dönemler, Tanzimat öncesi (klasik) ve Tanzimat sonrası dönem şeklinde ayrılmıştır¹⁴⁴. Özellikle Tanzimat öncesi dönemde İslam Hukukunda öngörülen usuller ve esaslar benimsenmiştir. Bu sebeple Osmanlı Hukukunu ele almadan önce İslam Hukukunun konumuzla alakalı kısımlarına değinmekte fayda vardır.

İslam Hukuku adil olma esasına dayanmaktadır¹⁴⁵. Bunun için muhakeme yapılırken iddia edilen husus hemen kabul edilmeyip, sanığın söz konusu hususla ilgili görüşleri sorulmuştur¹⁴⁶. Şüpheli/Sanığın görüşleri alınırken, kişiye hem sorguda hem de duruşmada işkence yapmak, herhangi bir baskıda veya tehditte bulunmak yasaklanmıştır¹⁴⁷. Geri dönüşü olmayan cezalar verilmesi halinde telafi etmesi imkânsız olması ve diğer cezalar bakımından da sanığın yok yere acı çekmesi ihtimallerine karşın,

¹⁴⁰ Erem, Savunma ve Ceza Yargılamasının Temel Kusurları, s.92; Toroslu-Feyzioğlu, s.45; Taner, Mehmet Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, s.13; Yenidünya-İçer, s.8.

¹⁴¹ Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.34; Yenidünya-İçer, s.8.

¹⁴² Centel-Zafer, s. 112; Koca, s.65.

¹⁴³ Ekinci, Ekrem Buğra, Tanzimat ve Sonrası Osmanlı Mahkemeleri, İstanbul, 2004. s.19.

¹⁴⁴ Centel, Müdafî, s.32; Koca, s.69 vd.; Ekinci, s.19; Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.39.

¹⁴⁵ Atar, Fahreddin, İslam Adliye Teşkilatı Ortaya Çıkışı ve İşleyişi, Ankara 1979, s.37 vd.; Atalay, İbrahim Orkun, Osmanlı Ceza Yargılaması usulü Hukuku Üzerine Bir Deneme, EÜHFD, C. 11, S.3-4, 2007, s. 239.

¹⁴⁶ Atar, s.186.

¹⁴⁷ Akşit, M. Cevat, İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları, İstanbul 1975, s. 106.

her yargılamada suçun işlendiğinin sabit olmaması durumunda “şüpheden sanık yararlanır” anlayışıyla hareket edilmiş ve sanığın aleyhine hüküm verilmesi önlenmiştir¹⁴⁸.

Davalı taraf kendini daha iyi savunmak için, davacı da iddialarını daha iyi dile getirebilmek için kendilerine vekil tayin edebilmekteydiler¹⁴⁹. Söz konusu vekiller günümüzdeki avukatlık mesleğini tam anlamıyla karşılamasa da¹⁵⁰ mahkemede tarafların çıkarlarını savunmuşlardır¹⁵¹.

Sadece hür erkekler değil; hür kadınlar, köleler, Müslümanlar ve Gayrimüslimler de vekil seçebilirlerdi¹⁵². Bununla beraber müvekkiller vekillerini herhangi bir nedenle vekillikten azledebilmekteydi¹⁵³. Vekiller, hukuk davalarında müvekkili olmadan mahkeme salonunda bulunabilmekteyken; ceza davalarında ise müvekkilleri ile birlikte hazır bulunmaları gerekmektedir¹⁵⁴. Yapmış oldukları işlerden dolayı müvekkilden ücret alabilecekleri İslam Hukukunda kabul edilmiştir¹⁵⁵. Vekiller vekilliğini kanıtlayabilmek için mahkemelere belge sunmaktaydılar¹⁵⁶.

a. Tanzimat Öncesi (Klasik) Dönem

Osmanlı Devletinin büyük bir kısmını kapsayan bu dönemde İslam Hukukunun belirlemiş olduğu kurallar ve ilkeler benimsenmişti¹⁵⁷. Her ne kadar Osmanlı Devleti’nde İslam Hukuku benimsenmiş olsa da İslam’ın esaslarından farklı olmamak kaydıyla padişahın yetkisi doğrultusunda hukuk da meydana getirilmiştir¹⁵⁸.

¹⁴⁸ Akşit, s.99.

¹⁴⁹ Özkent, Ali Haydar, Avukatın Kitabı, Ankara 1940, s.46; Atar, s.126; Centel, Müdafî, s.30; Kocaoğlu, Serhat Sinan, Tarihsel Perspektifi ile Türk-İslam Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafî, ABD, S. 2010/4, 2010, s. 68.

¹⁵⁰ Özkent, s.46; Atar, s.126; Kocaoğlu, Türk-İslam Hukukunda, s. 68.

¹⁵¹ Atar, s.127; Kocaoğlu, Türk-İslam Hukukunda, s. 68.

¹⁵² Atar, s.131.

¹⁵³ Atar, s.132.

¹⁵⁴ Kocaoğlu, Türk-İslam Hukukunda, s. 68-69; Atar, s.129.

¹⁵⁵ Atar, s.130; Bozdağ, s.30.

¹⁵⁶ Atar, s.129.

¹⁵⁷ Centel, Müdafî, s.32; Cin, Halil-Akgündüz, Ahmet, Türk İslam Hukuk Tarihi, 5.baskı, İstanbul, 2011, s.155; Koca, s. 69; Pamuk, s.19.

¹⁵⁸ Cin-Akgündüz, s.155; Atalay, s.240.

Osmanlı Devleti monarşiyle idare edilen bir devlet olduğu için diğer monarşi sistemlerindeki gibi yasama, yürütme ve yargı erki tek bir kişide toplanmıştır¹⁵⁹. Padişah yargı fonksiyonun yerine getirilmesi için kadıları tayin etmiştir¹⁶⁰. Kadı, icra (ifa) eden anlamına gelmektedir¹⁶¹. Kadılar aynı anda hem hukuk davalarına hem de ceza davalarına bakabilmekteydiler¹⁶². Kadıların yargılama yetkisine dışarıdan kimse karışmamakta ve duruşmalar aleni bir şekilde yürütülmekteydi¹⁶³. Davaların görüldüğü şer'îye mahkemelerinin ilk dönemlerde belirli bir binası bulunmadığından mahkemeler kadı'nın evi, cami, medresenin odası gibi yerlerde görülmüştür¹⁶⁴.

Davalarda taraflar bizzat duruşmalarda bulunabileceği gibi kendileri yerine mahkemelerde sürekli görev yaparak pratik bilgisi çok iyi düzeyde olan muhzir¹⁶⁵ adı verilen kişiler¹⁶⁶ veya kadı ile yapılan alışverişten dolayı samimiyetleri olan mahalle bakkalları da duruşmaya girebilmekteydiler¹⁶⁷. Bu kişilere, mahkemede daha çok vekâlet ve iş takibi almaları sebebiyle sürekli duruşmanın yapıldığı yerlerde dolaşmaları sebebiyle ayak kavafı ya da cepleri her zaman dilekçe gibi belgelerle dolu olması sebebiyle kâğıt kavafı¹⁶⁸ denilmekteydi¹⁶⁹. Dolayısıyla Osmanlı'da ilk zamanlar kurumsal anlamda bir avukatlık müessesesi yoktu. Bu vekiller, maddi gerçeğin ortaya çıkması için her türlü bilgiyi ve delili kadıyla paylaşması gerekirdi¹⁷⁰.

¹⁵⁹ **Ekinci**, s.23.

¹⁶⁰ **Cin-Akgündüz**, s.142; **Ekinci**, s.23.

¹⁶¹ **Gökçen, Ahmet**, Adliye Teşkilatımızın Tarihi Gelişimi ve 1879 Tarihli Mehakim-i Nizamiyenin Teşkilatı Kanun-i Muvakkatı, Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1997, s.351.

¹⁶² **Centel**, Müdafî, s.32; **Koca**, s. 70; **Gökçen**, Adliye Teşkilatımızın Tarihi Gelişimi, s.353.

¹⁶³ **Ortaylı, İlber**, Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti'nde Kadılık, İstanbul 2018, s.70-71; **Koca**, s. 70; **Atalay**, s.253.

¹⁶⁴ **Gökçen**, Adliye Teşkilatımızın Tarihi Gelişimi, s.352.

¹⁶⁵ Muhzir: "İlgililerin mahkemede bulunmalarını sağlayan görevli". www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi: 16.03.2018)

¹⁶⁶ Muhzir esasında mahkemenin adli polis olarak yükümlü olduğu memuruydu. Alacak davalarında, katl ve hırsızlıkta davacıyı ve davalıyı mahkemeye çağırırdı. **Ortaylı**, s.84.

¹⁶⁷ **Özkent**, s.50; **Centel**, Müdafî, s.32.

¹⁶⁸ **Özkent**, s.51.

¹⁶⁹ Söz konusu kişiler Türkçeye çok hakim olmamaları sebebiyle hak ve kanun dolandırmak sebebiyle çıktıkları mahkemelerden ne bir şey alabilirler ne de bir şey satabilirlerdi. Cahil olmaları sebebiyle doğru bir şeyi yanlış anladıkları ve yanlış anladıkları haliyle dava neticesinde karar, müvekkillerine dediklerinin tersine çıkardı. Bu nedenle bu kişilere "müzevir" adı da takılmıştır. **Özkent**, s.51.

¹⁷⁰ **Atalay**, s.255.

Osmanlı Devletinin hukuk sisteminin yazılı olmaması, kaynak olarak kabul edilen İslam Hukuku kitaplarındaki bilgilerin dağınık olması ve bahsettiğimiz vekillik görevini yapan kişilerin bilgi birikiminin çok zayıf olması Osmanlı hukuk sisteminin yalnızca kadıların hukuki bilgilerine dayanmasına neden olmuştur¹⁷¹. Üstelik kadıların şer’i mahkemelerde vermiş olduğu bu kararlara karşı bir denetim yolu da yoktu¹⁷². Dolayısıyla sanığın savunma hakkı kısıtlanırsa bile bunu öne sürebileceği bir kurum yoktu. Bu durum sanıkların muhakeme süresince hakkaniyetli bir şekilde savunmalarını yapabilmelerini ve adil bir şekilde yargılanabilmelerini tamamen kadının vicdani düşüncesine bırakmaktaydı¹⁷³.

Savunma hakkının kısıtlanmasına karşın bir kanun yolu olmamasına rağmen sanığın savunma hakkının korunması amacıyla bazı ilkeler benimsenmiştir. Buna göre sanığın hüküm giyene kadar masum olduğu (masumiyet karinesi) kabul edilmiştir¹⁷⁴. Muhakemede masumiyet karinesi esas olması sebebiyle davacı iddiasını ispatlamak zorundaydı¹⁷⁵. Sanığa yönelik ithamlardan şüphe duyulması durumunda bu durum sanık lehine yorumlanmıştır¹⁷⁶. Bilhassa had ile kısas suçları yaptırımları ağır suçlar olmaları sebebiyle en ufak bir tereddüt halinde cezanın düşmesine sebep vermiştir¹⁷⁷. Ceza yargılamasında benimsenen bir diğer ilke olan çabukluk ilkesiyle muhakemenin en kısa sürede bitirilmesi amaçlanmıştır¹⁷⁸. Şer’iye mahkemelerinde görülen ceza davaları çoğu zaman birkaç celsede sonuçlanmıştır¹⁷⁹.

b. Tanzimat Sonrası Dönem

Tanzimat, Osmanlı Devleti’nin kötüye gidişini durdurmak ve Avrupa ile Rusya karşısında eski gücünü elde etmek amacıyla yenilik hareketlerinin başladığı döneme verilen addır¹⁸⁰. Bu dönem 1839 yılında ilan edilen Tanzimat Fermanı’yla başlamıştır.

¹⁷¹ Koca, s. 70.

¹⁷² Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü- Villemin-Tok, s.32.

¹⁷³ Koca, s. 70.

¹⁷⁴ Akman, Mehmet, Osmanlı Devleti’nde Ceza Yargılaması, İstanbul 2004, s.20; Yurtcan, s.18.

¹⁷⁵ Cin-Akgündüz, s.396;Yurtcan, s.18; Koca, s. 71.

¹⁷⁶ Yurtcan, s.18.

¹⁷⁷ Cin-Akgündüz, s.396; Koca, s. 71.

¹⁷⁸ Cin-Akgündüz, s.397; Akman, s.21.

¹⁷⁹ Yurtcan, s.18

¹⁸⁰ Gökçen, Ahmet, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul 1989, s. XIII.

Yenilik hareketleriyle birçok alanda olduğu gibi, ceza hukuku alanında da önemli değişiklikler yapılmıştır¹⁸¹.

Bu bağlamda suçlu olarak görülen kişinin korunmasına yönelik olarak kişi hakkında yargılama yapılmadan (davasız yargılama olmaz) ceza verilemeyeceği ilkesi benimsenmiştir¹⁸². Bununla beraber duruşmaların aleni yapılacağı ve Müslüman-Gayrimüslim ayrımı olmaksızın herkesin kanunların karşısında eşit olacağı vurgulanmıştır.

1856 yılında ilan edilen Islahat Fermanı'nda, Tanzimat Fermanı'nda yer alan prensiplere ek olarak, tarafların farklı dinlerden olmaları halinde duruşmanın farklı mahkemelerde görüleceği ve herkesin kendi inancı doğrultusunda mahkemelerde yemin edebileceği gibi hususlar düzenlenmiştir¹⁸³. 1875 tarihli Adalet Fermanı'yla da yürütme tarafından yargının işlerine müdahale edilmemesi, mahkemelerde görev alanların bilgi birikimi yüksek ve dürüst kişilerden seçilmesi konularına değinilmiştir¹⁸⁴.

Tanzimat'ın ilanından sonraki bu süreçte şer'îye mahkemelerinin yanında nizamiye mahkemelerinin kurulmasıyla birlikte iki ayrı mahkeme görev yapmaya başlamıştır¹⁸⁵. Yargı bağımsızlığının sağlanması ve yürütmenin yargıya müdahalesinin önüne geçilmesi için şu anda Yargıtay olarak faaliyet gösteren Divan-ı Ahkâm-ı Adliye kurulmuştur¹⁸⁶. Yine bu dönemde çıkan çeşitli kanunlarda ilk kez dava vekilliğinden bahsedilmiştir¹⁸⁷. Müdafî kavramı da ilk kez 1869 (1286) yılında yayımlanan kanunda¹⁸⁸ kullanılmıştır¹⁸⁹. Bu düzenlemelerle savunma hakkının kısıtlanması karşısında sanığın hakkını daha etkin bir şekilde arayabilmesinin önü açılmıştır.

¹⁸¹ **Gökçen**, Tanzimat Dönemi, s. XIII.

¹⁸² **Tosun**, s.62;**Koca**, s.72.

¹⁸³ **Tosun**, s.62;**Gözübüyük, Şeref-Kili, Suna**, Türk Anayasa Metinleri, 2. Bası, Ankara 1982, s.8;**Koca**, s.72.

¹⁸⁴ **Tosun**, s.63.

¹⁸⁵ **Centel**, Müdafî, s. 33;**Yılmaz**, s.197; **Cin-Akgündüz**, s.275; **Taner, Mehmet Tahir**, Ceza Muhakemeleri Usulü, s.17.

¹⁸⁶ **Alpkaya, Gökçen**, Osmanlı Hukuk Reformu ve Kişi Özgürlükleri (1839-1908), İnsan Hakları Yıllığı, C. 12, 1990, s.176; **Taner, Mehmet Tahir**, Ceza Muhakemeleri Usulü, s.18.

¹⁸⁷ **Özkent**, s.54 vd.;**Yılmaz**, s.197.

¹⁸⁸ Dersaadet Mülkhakatının İdarei Zabıta ve Mülkiye ve Mehakimi Nizamiyesine Dair Nizamname'nin76. Maddesi

¹⁸⁹ **Centel**, Müdafî, s.33.

1876 yılında yürürlüğe giren, modern olarak kabul edilebilecek ilk anayasada¹⁹⁰ ceza yargılamasıyla ve bununla bağlantılı olarak savunma hakkıyla ilişkili birçok husus düzenlenmiştir¹⁹¹. Bu itibarla, kişi hürriyeti ve güvenliği, konut dokunulmazlığı, işkence yasağı, doğal hâkim ilkesi, yargının bağımsızlığı, aleniyet ilkesi ve savunma hakkının dokunulmazlığı gibi günümüz anayasalarına da tesir eden birçok hak kişilere tanınmıştır¹⁹². 1876 Anayasasının 83. maddesinde savunma hakkının dokunulmazlığı; “*Herkes huzuru mahkemede hukukunu muhafaza için lüzum gördüğü vasaiti meşruayı istimal edebilir.*”¹⁹³ ifadesiyle düzenlenmiştir.

Üç yıl sonra, 1876 Anayasasının etkisiyle savunma hakkına ilişkin olarak daha detaylı düzenlemelerin olduğu “Usulü Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-u Muvakkatı”¹⁹⁴ ilan edilmiştir¹⁹⁵. Bu kanuna göre suçüstü hallerinin dışında yazılı bir emir olmadan hiç kimse özgürlüğünden mahrum bırakılamaz ve herhangi bir tutuklama, geçici tutma gibi kararlar soruşturma aşamasında ancak “müstantik” adı verilen sorgu yargıcı tarafından verilebilmekteydi¹⁹⁶. Kanun, adli kolluğu işlenen suçlarda (cinayet, cünha ve kabahat), suçun araştırılması varsa delillerin korunup ceza mahkemelerine teslim etmesi için görevlendirmiştir¹⁹⁷. Herhangi bir cinayet veya cünha suçları işlendiğinde bu suçları soruşturmak ve şüpheli kişiler hakkında dava açmak için savcılar (müddeiumumi) görevlendirilmiştir¹⁹⁸.

Mevzubahis kanunla savunma hakkının korunmasına yönelik çok önemli hükümler getirilmiştir. Kanunla her türlü suçta sanığa doğrudan veya müdafî aracılığıyla kendini savunabilme imkânı verilmiş; cinayet vakalarında zorunlu müdafilik kurumu

¹⁹⁰ Metin için bkz. **Gözübüyük-Kili**, s.27 vd.

¹⁹¹ **Tosun**, s.63

¹⁹² **Gözübüyük-Kili**, s.28 vd.; **Yurtcan**, s.25; **Koca**, s.73.

¹⁹³ **Gözübüyük-Kili**, s.38.

¹⁹⁴ Metin için bkz. **Gökçen, Ahmet**, 1296 (1879) Tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezayı Kanun-ı Muvakkatı, SÜFHD, C.4, 1994/1-2, 1994, s.203-288.

¹⁹⁵ **Yurtcan**, s.26; **Koca**, s.74; **Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır**, s.46.

¹⁹⁶ **Alpkaya**, s.171.

¹⁹⁷ Usulü Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-u Muvakkatı madde 8: “*Zabıta-i adliye memurları, cinayet ve cünha ve kabahatleri taharri ve delailini cem ve zabt ile mütecasirlerini tutup müteallik oldukları mehakim-i cezaiyyeye teslim etmeye memurdurlar*”. Latin Alfabesine Aktaran: **Gökçen**, 1296 (1879) Tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezayı, s.204.

¹⁹⁸ Bkz Usulü Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-u Muvakkatı madde 20. Latin Alfabesine Aktaran: **Gökçen**, 1296 (1879) Tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezayı, s.207.

getirilmiştir¹⁹⁹. “Dava vekillerinin” yanı sıra günümüz hukukundan farklı olarak şüphelinin/sanığın “akrabası veya bir yakını” da zorunlu müdafî olarak görev alabilmekteydi²⁰⁰. Vekil, müvekkilliğiyle dilediğinde görüşebilmekte ve soruşturmaya zarar gelmeyecek şekilde dışarı çıkartmadan tüm belgeleri inceleyebilmekteydi²⁰¹. Bunun yanında sanığın, sağır-dilsiz ve yazmayı bilmeyen biri olması halinde savunma hakkının korunması bağlamında kendisine tercüman atanabilmekteydi²⁰². Savunma hakkı bağlamında sanık iddialar ve delillere ilişkin bilgilenendirilerek bugünkü isnadı ve hakları öğrenme hakkı korunurdu²⁰³. Yine söz konusu mevzuatta, mahkemede savcının cezanın miktarına ilişkin iddiası karşısında sanığa savunması amacıyla diyeceği olup olmadığının sorulması düzenlenmiştir²⁰⁴.

Kanunda “Savunma Hakkının Kısıtlanması” açıkça mutlak bozma nedeni olarak düzenlenmese de, “cinayet, cünha ve kabahat suçlarının” görüldüğü davalarda yapılan hukuka aykırı muameleler bozma nedeni olarak kabul edilmiştir²⁰⁵. Dolayısıyla savunma hakkının gereği olarak yukarıda saydığımız düzenlemelerin ihlal edilmesi bozma nedeni olarak görülmüştür.

B. Cumhuriyet Dönemi Hukuku

1923 yılında Cumhuriyetin ilan edilmesiyle rejim değişikliğine gidilmiş, ardından 1924 Anayasası yürürlüğe girmiştir. 1924 Anayasası ile 1876 Anayasası arasında savunma hakkı bakımından çok büyük bir farklılıklar yoktur²⁰⁶. 1924 Anayasası’nın 59. maddesinde; “*Herkes, mahkeme huzurunda hukukunu müdafaa için*

¹⁹⁹ Koca, s.74; Kocaoğlu, Serhat Sinan, Türk-İslam Hukukunda, s.71; Erem, Diyalektik Açidan Ceza Yargılaması, s. 180; Bozdağ, s.33.

²⁰⁰ Usulü Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-u Muvakkatı madde 250. Latin Alfabesine Aktaran: Gökçen, 1296 (1879) Tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezayı, s.243.

²⁰¹ Usulü Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-u Muvakkatı madde 257. Latin Alfabesine Aktaran: Gökçen, 1296 (1879) Tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezayı, s.244.

²⁰² Usulü Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-u Muvakkatı madde 287. Latin Alfabesine Aktaran: Gökçen, 1296 (1879) Tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezayı, s. 250.

²⁰³ Atalay, s.255.

²⁰⁴ Usulü Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-u Muvakkatı madde 297. Latin Alfabesine Aktaran: Gökçen, 1296 (1879) Tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezayı, s. 252.

²⁰⁵ Usulü Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-u Muvakkatı madde 314 ve 319. Latin Alfabesine Aktaran: Gökçen, 1296 (1879) Tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezayı, s. 254-255.

²⁰⁶ Tosun, s.64.

lüzum gördüğü meşru vesaiti istimalde serbesttir.” ifadesine yer verilerek savunma hakkı ayrıca korumuştur.

1961 Anayasası’nda savunma hakkı biraz daha korunarak Anayasa’nın “Temel Haklar ve Ödevler” kısmında 31. maddesinde “Hak Arama Hürriyeti” başlığı altında yer verilmiştir²⁰⁷: *“Herkes, meş’ru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde dâvacı veya dâvalı olarak, iddia ve savunma hakkına sahiptir”*.

1982 Anayasası’nda da “Hak Arama Özgürlüğü” başlığı altında benzer bir düzenleme mevcuttur²⁰⁸.

Usulü Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-u’nun uygulanmasına Cumhuriyet döneminde 1929 yılına kadar devam edilmiştir. 20 Ağustos 1929 tarihinde Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu yürürlüğe girmiştir²⁰⁹. Ceza Muhakemesi Usulü Kanunuyla bir önceki kanunda yer alan ağır cezalı suçlar bakımından öngörülen zorunlu müdafilik kurumu kaldırılmıştır²¹⁰. Ancak dönemin koşullarına nazaran savunma hakkına ilişkin detaylı düzenlemelere de yer verilmiştir²¹¹. CMUK’un 308. maddesinde “Savunma hakkının kısıtlanması” kaynak kanunda olduğu gibi mutlak bozma sebebi olarak düzenlenmiştir. İlk kez müdafilik bir kurum olarak ele alınmış bu bağlamda yalnızca avukatlara ve dava vekillerine müdafilik yapabilme hakkı tanınmıştır²¹². Türk toplumunun zamanla ortaya çıkan ihtiyaçlarını karşılayabilmek amacıyla savunma hakkını genişleten hükümler ihdas edilmiştir²¹³. Özellikle 1992 yılında 3842 Sayılı Kanunla²¹⁴ yapılan değişiklikle sanığa tanınan haklar genişletilmiştir²¹⁵.

²⁰⁷ **Tosun**, s.67; **Koca**, s.76.

²⁰⁸ Anayasa madde 36: *“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir”*.

²⁰⁹ **Taner, Mehmet Tahir**, Ceza Muhakemeleri Usulü, s.15; **Tosun**, s.70; **Centel**, Müdafî, s.36; **Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır**, s.54; **Koca**, s.75.

²¹⁰ **Centel**, Müdafî, s.37; **Koca**, s.75.

²¹¹ **Koca**, s.75.

²¹² **Bozdağ**, s.35

²¹³ **Taner, Mehmet Tahir**, Ceza Muhakemeleri Usulü, s.17; **Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Özaydın-Akcan-Tütüncü-Villemin-Tok**, s.31; **Yurtcan**, s.26; **Centel-Zafer**, s.28; **Koca**, s.75.

²¹⁴ Kabul Tarihi:18.11.1992.

²¹⁵ **Yurtcan**, s.27.

Yapılan düzenlemelerle; sanığın savunma hakkının kısıtlanmasının önüne geçilmesi amacıyla “zorunlu müdafilik” kurumu²¹⁶ getirilmiş²¹⁷ ancak Devlet Güvenlik Mahkemeleri hariç tutulmuştur²¹⁸. Savunma hakkının etkin kullanımını sağlayan en önemli araçlardan biri olan zorunlu müdafiliğin Devlet Güvenlik Mahkemeleri’nde görülen davalarda hariç tutulması kabul edilemez. Nitekim 2004 yılında 5190 Sayılı Kanunla²¹⁹ Devlet Güvenlik Mahkemeleri kaldırılarak bu ayırım da ortadan kalkmıştır. CMUK’un 135. maddesine sanığın müdafii tayin edecek durumu olmadığına savunma hakkının zedelenmemesi amacıyla baro tarafından sanık için müdafii atanacağı hükmü getirilmiştir²²⁰. Ayrıca müdafiden yararlanma ve susma hakkının sanığa hatırlatılması gerektiği de CMUK’a eklenmiştir²²¹.

Kişilerin vereceği ifade ve savunma esnasında herhangi bir baskıyla veya işkenceyle karşılaşmasının muhtemel bir durum olması sebebiyle bunun önüne geçmek için ifade ve sorguda bazı yöntemler aleni olarak yasaklanmıştır²²². Örneğin işkence, ilaç

²¹⁶ Bkz. CMUK madde 139.

²¹⁷ “Onsekiz yaşını bitirmemiş sanıkların kendilerini savunamayacakları kabul edildiğinden, 3842 sayılı Kanun ile değişik CMUK’nun 138. maddesi ile mecburi müdafilik sistemi getirilmiş olduğu gözetilmeden, müdafinin bulunmadığı celsede ve CMUK’nun 135. maddesinde öngörülen hakları da hatırlatılmadan sanığın sorgusu yapılmak suretiyle savunma hakkının kısıtlanması” (Yarg.5.CD, T.23.06.1994, E. 1994/1706, K.1994/2153); “3842 sayılı Kanunla değişik CMUK’nun 138.maddesinde düzenlenen mecburi müdafilik sistemi 18 yaşını bitirmemiş olan sanıkların kendilerini savunamayacakları gerekçesine bağlıdır. 11.9.1983 doğumlu olduğu kabul edilen ve suç tarihinde ve halen 18 yaşını bitirmediği anlaşılan sanığın müdafinin duruşmalarda hazır bulunmasının temini bunun mümkün olmaması halinde kendisine yeni bir müdafii tayin edilmesi gerekirken yokluğunda karar verilmek suretiyle savunma hakkının kısıtlanması” (Yarg. 2.CD, T.14.02.2000, E.2000/993, K.2000/1251). Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 06.03.2019).

²¹⁸ “3842 Sayılı Kanun’un” 31. maddesiyle “zorunlu müdafilik” kurumunun “Devlet Güvenlik Mahkemelerinin” baktığı davalarda uygulanması hariç tutulmuştur.

²¹⁹ Kabul Tarihi:16.06.2004.

²²⁰ “5.11.2001 tarihli hakim havalesini de içeren dilekçesinde “kendisine Devlet tarafından bir avukat tutulmasını” isteyen sanığa CMUK’nun 138. maddesinin 1. cümlesi uyarınca savunman atanması gerekirken, atanmadan yargılamanın sürdürülmesi suretiyle savunma hakkının kısıtlanması” (Yarg. 6.CD, T.01.07.2002, E.2002/7419, K.2002/9241). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 06.03.2019).

²²¹ “Sanık yüklenen suçtan dolayı CMUK’nun 3842 sayılı yasa ile değişik 135. maddesi uyarınca sorguya çekilmeli, bu madde ile tanınan savunmaya ilişkin bulunan bütün hakları hatırlatılmalıdır. Aksi takdirde savunma hakkı kısıtlanmış olur” (YGCK, T.24.10.1995, E.1995/7-165, K.1995/302); “Sanık şirket adına talimatla beyanı alınan şirket yetkilisi Kamil Kutlu’ya CMUK’nun 135. maddesi uyarınca yasal haklarının hatırlatılmaması suretiyle savunma hakkının kısıtlanması” (Yarg.7.CD, T.20.12.2002, E.2002/19003, K.2002/19170). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 07.03.2019).

²²² Centel-Zafer, s. 28.

verme, bedene yönelik veya psikolojik müdahaleler, aldatma gibi bazı davranışların yapılmasına müsaade edilmemiştir²²³.

1412 sayılı CMUK, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girene kadar uygulanmıştır. Bu tarihten itibaren 5271 Sayılı CMK uygulanmaya başlamıştır.

III. SAVUNMA HAKKININ KISITLANMASIYLA İLİŞKİLİ CEZA YARGILAMASI İLKELERİ

1.Genel Açıklamalar

Ceza muhakemesinin günümüzdeki amacı bütün sùjelerin işbirliğiyle maddi gerçeğe ulaşmaktır²²⁴. Ancak maddi gerçeğe ulaşmak yegâne amaç olarak görülmemelidir²²⁵. Sanığın hakları ve menfaatleri, maddi gerçeğin araştırılması amacının sınırlarını belirler²²⁶. Diğer taraftan suçun mağdurları ve toplumun menfaatleri de göz önünde bulundurulmalıdır²²⁷. Dolayısıyla toplum ve mağdurun hakları ile sanığın hakları arasında var olan menfaatler çatışması karşısında ceza yargılamasının her eylem ve işlemi, bireylerin tüm menfaatlerini dengeli bir şekilde korumalıdır²²⁸.

Fertlerin ceza yargılamasında temel hak ve özgürlüklerinin korunabilmesi adına ceza yargılaması belirli ilkelere dayanmaktadır. Ceza muhakemesinin bu ilkeleri yalnızca anayasa ve kanunlarda değil; aynı zamanda uluslararası sözleşmelerde de düzenlenmiştir²²⁹.

²²³ Bkz. CMUK madde 135/a.

²²⁴ Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s.29; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.39; Ünver, Yener-Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14.bası, Ankara, 2018, s.8; Centel-Zafer, s.6; Yurtcan, s.5; Yenidünya-İçer, s.3; Koca, s.76; Şahin, Cumhuriyet, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara, 1994, s.19.

²²⁵ Kunter, s.27; Yenidünya-İçer, s.4.

²²⁶ Koca, s.76.

²²⁷ Kunter, s.27.

²²⁸ Yüce, Turhan Tufan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları, Erzurum, 1968, s.3; Kunter, s.27; Centel-Zafer, s.7; Yurtcan, s.5; Şahin, s.19; Koca, s.76; Erdemir, Nevzat, Hukuk Devleti ve Savunma Hakkı, TBBD, S. 1988/1, 1988 s. 89-90.

²²⁹ Ünver-Hakeri, s.12; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.51.

Ceza muhakemesinde geçerli olan bu ilkeler, sanığın haklarının korunmasında esas teşkil etmektedir. Bilhassa devletin sanığa karşı gücünü sınırlamakta ve sanığın savunma hakkının etkin kullanımını sağlamaktadırlar²³⁰. Savunma hakkını koruyan bu ilkelerin en temeli hukuk devleti ilkesidir. Daha sonra adil yargılanma hakkı çerçevesinde silahların eşitliği, masumiyet karinesi, isnadı ve hakları öğrenme hakkı, meramını anlatabilme ilkesi ve susma hakkı gelmektedir.

Savunma hakkını koruyan diğer ilkeler de insan haysiyetinin dokunulmazlığı ilkesi ile işkence yasağıdır. Söz konusu ilkeler bir ülkenin mevzuatında ve uygulamasında yeterince yer edinmeden bireyin savunma hakkı tam olarak korunamaz.

2. Hukuk Devleti İlkesi

Hukuk devleti (Der Rechtsstaat) ifadesini, ilk kez Alman hukukçular 1800’lü yıllarda kullanmıştır²³¹. Anglo-Sakson Hukukunda ise genellikle hukukun üstünlüğü (Rule of Law) ifadesi tercih edilir²³². Kavram farklı kelimelerle ifade edilmiş olsa da aynı anlamı taşımaktadır²³³.

Hukuk devleti ilkesi, 1982 Anayasasının 2. maddesinde Cumhuriyetin dört temel niteliğinden biri olarak gösterilmiştir²³⁴. Hukuk devleti; devletin yasama, yürütme ve yargı erklerinin yapmış olduğu eylem ve işlemleri anayasa ve kanunlar çerçevesinde, temel hak ve özgürlüklerden sapmadan, adaleti ve hukuk güvenliğini sağlayarak gerçekleştiren devlettir²³⁵. Nitekim Anayasa Mahkemesi hukuk devletini; “*insan*

²³⁰ Koca, s.76.

²³¹ Yüce, Hukuk Devleti, s.5; Tanör, Bülent- Yüzbaşıoğlu, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 17.bası, İstanbul, 2018, s.113; Kaboğlu, İbrahim, Türkiye’de Hukuk Devletinin Gelişimi, Haz. Ökçesiz, Hayrettin, Hukuk Devleti, İstanbul 1998, s.89; Hatemi, Hüseyin, Hukuk Devleti Öğretisi, İstanbul, 1998, s.7; Ökçesiz, Hayrettin, Hukuk Devleti, İstanbul 1998, s.17.

²³² Yüce, Hukuk Devleti, s.5; Ökçesiz, s.17; Tanör-Yüzbaşıoğlu, s.113.

²³³ Tanör-Yüzbaşıoğlu, s.113.

²³⁴ Anayasa madde 2: “*Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir*”.

²³⁵ Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s.111; Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.107; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.47; İçel, Kayıhan-Süheyl, Donay, Ceza Hukuku Genel Kısım, İstanbul, 1987, s. 77; Ünver-Hakeri, s.12; Özbudun, Ergün, Türk Anayasa Hukuku, 16.bası, Ankara 2016, s.125; Demirbaş, Timur, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, 5.baskı, Ankara 2018, s.94.

*haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu, âdil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendini yükümlü sanan, bütün davranışlarında hukuk kurallarına ve Anayasa'ya uygun bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet*²³⁶ şeklinde tanımlamıştır.

Bu tanımlamadan, Anayasa Mahkemesi'nin insan hakları, adil düzen ve toplum güvenliği gibi unsurlar üzerinden hukuk devleti ilkesini, tanımladığı anlaşılmaktadır²³⁷. Bu bağlamda bir devlete hukuk devleti denilebilmesi için, devletin ırk, dil, renk, cins, din veya siyasi herhangi bir ayrımında bulunmadan²³⁸ temel hak ve özgürlükleri, ferde aktif bir şekilde tanınması beklenir²³⁹. Devletin, başta adli kurumları olmak üzere bütün kurumlarında tüm bireylere karşı tarafsız olması kısaca adil olması²⁴⁰ ve toplumda yaşayan bireylerin hukuk güvenliğini de sağlaması gerekir²⁴¹. Bunun için yürütmenin gerçekleştirdiği işlemler hukuki denetim mekanizmasıyla kontrol edilmesi gerektiği gibi bu denetimi yapan merciler bağımsız olmalı ve kanunlar da normlar hiyerarşisi doğrultusunda anayasaya uygun olmalıdır²⁴².

Hukuk devleti, tüm bu unsurları sağlarken temel hak ve özgürlükleri devletin ve toplumun ihtiyaçları doğrultusunda anayasa ve kanunlarda belirtilen koşullara uyarak sınırlandırabilir²⁴³. Bu sınırlama, Anayasa'nın ölçülülük (orantı) ilkesi göz önünde

²³⁶ AYM, T. 25.05.1976, E. 1976/1, K.1976/28. Karar için bkz. <http://www.anayasa.gov.tr> (Erişim Tarihi: 07.10.2018).

²³⁷ Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s.111.

²³⁸ Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s.111; Ünver-Hakeri, s.13.

²³⁹ Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.109; İçel-Donay, s.77.

²⁴⁰ Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s.112; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.47-48; Ünver-Hakeri, s.13.

²⁴¹ Demirbaş, Timur, Şüphelinin İfadesinin Alınması, s.94; Ünver-Hakeri, s.13; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.47.

²⁴² Demirbaş, Şüphelinin İfadesinin Alınması, s.94; Aşkın, Uğur, Ceza Muhakemesinde İstinaf Kanun Yolu, Ankara 2018, s.66.

²⁴³ Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararda “*Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması*” gerektiğini belirtmiştir. (AYM, T.13.11.2014, E. 2014/113, K. 2014/274) Karar için bkz. <http://www.anayasa.gov.tr> (Erişim Tarihi: 08.10.2018).

bulundurularak yapılmalıdır²⁴⁴.

Ceza yargılaması bakımından ölçülülük (oranlılık) ilkesi, “*ceza muhakemesi hukuku işleminin yapılması ile sağlanması beklenen yarar ve verilmesi ihtimal dâhilinde bulunan zarar arasında makul bir oranın (ölçünün) bulunması, oransızlık durumunda işlemin yapılmaması*”²⁴⁵ şeklinde tanımlanır. Dolayısıyla ceza yargılamasının tüm evrelerinde muhakeme öznelerine saygı gösterilmek, ayrıca şüpheli/sanığa karşı yapılan tüm muhakeme eylemleri hukuka uygun olmak durumundadır²⁴⁶. Bu bağlamda Ceza Muhakemesi Kanunu 102. maddesinde tutukluluk için üst sınırlar belirlenmiştir²⁴⁷.

Savunma hakkının dar yorumlandığı, hukuk devleti ilkesinin göz ardı edildiği, sanığın oldukça sınırlı haklara sahip olduğu devletler ise “polis devleti” veya “totaliter devlet” olarak adlandırılmaktadır²⁴⁸.

Asli olarak maddi gerçeğe ulaşma amacını güden bu tip devletlerde, teoride şüpheli veya sanığa tanınan hakların, uygulamada hayata geçirilmediği görülmektedir²⁴⁹. Bu bağlamda savunma hakkı son derece sınırlı veya göstermelik bir şekilde tanınmaktadır. Dolayısıyla totaliter devletlerde savunma hakkının sürekli olarak ihlal edildiği görülmektedir. Çoğunlukla tahkik sistemini benimseyen bu devletlerde sanık yargılamanın süjesinden çok, objesi olarak görülmektedir.

²⁴⁴ **Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok**, s.114; **Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır**, s.109; **Gökçen, Ahmet**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma, Ankara 1994, s.34; **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.47.

²⁴⁵ **Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok**, s.114.

²⁴⁶ **Öztürk, Bahri**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması), Ankara 1991, s.73; **Koca**, s.78; **Gökçen**, Elkoyma, s.34.

²⁴⁷ CMK madde 102: “(1) Ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresi en çok bir yıldır. Ancak bu süre, zorunlu hallerde gerekçeleri gösterilerek altı ay daha uzatılabilir. (2) Ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde, tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Bu süre, zorunlu hallerde, gerekçesi gösterilerek uzatılabilir; uzatma süresi toplam üç yılı, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarda beş yılı geçemez”.

²⁴⁸ **Roxin, Claus**, 21. Auflage, München, 1989, s.9. Aktaran: **Öztürk**, Koğuşturma Mecburiyeti s.65; **Özbudun**, s.126; **Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok**, s.114; **Erdemir**, s.89-90.

²⁴⁹ **Demirbaş**, Şüphelinin İfadesinin Alınması, s.95; **Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok**, s.114.

Hukuk devletinde ise sanık yargılamanın süjesi olarak görülmekte bu bağlamda sanığa ithamlara karşı savunma hakkı tanınmaktadır²⁵⁰. Maddi gerçek araştırılırken, sanığın savunma hakkının göz ardı edilmesi hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz²⁵¹. Nitekim hukuk devleti olmanın ölçütlerden biri de şüpheliye savunma hakkının tanınması²⁵² ve bu hakkın etkin bir şekilde kullanılmasının sağlanmasıdır²⁵³. Buna örnek olarak ceza yargılamasında “hukuk devleti ilkesi”; CMK’nın 147. maddesinde şüpheli/sanığa suçlamalardan aklanmak için kendini ifade etme hakkı, müdafiden yararlanma hakkı, susma hakkı gibi sanığın savunma hakkını koruyan önemli haklar tanınarak korunmuştur. CMK’nın 148. maddesinde ise savunma hakkının zedelenmemesi amacıyla, ifade ve sorguda yasak usuller belirlenmiştir. Yine yargılamada konuşulan dili anlamaması gibi bazı durumlarda sanığa tercümandan yararlanma hakkının tanınması²⁵⁴ hukuk devleti ilkesinin gereğidir. Savunma hakkının ihlal edilmemesi amacıyla CMK’nın 216. maddesinin 3.fıkrasında, sanığa hükümden önce son sözün verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Çalışmamızın ilgili bölümlerinde konuya ilişkin düzenlemelere ayrıca yer vereceğiz.

²⁵⁰ Koca, s.79; Demirbaş, Şüphelinin İfadesinin Alınması, s.95.

²⁵¹ “Ceza muhakemesinin amacı maddî gerçeğin araştırılıp bulunmasıdır. Ancak bu yapılırken insan onuru, hukukun ve ceza muhakemesi hukukunun temel ilkeleri daima göz önünde bulundurulacaktır. Maddî gerçek, her ne pahasına olursa olsun araştırılıp bulunmalıdır diye bir ilke hiçbir hukuk devletinde yoktur”. (Yarg. 4.CD, T.13.09.2018, E.2018/4426, K.2018/14597,). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 22.11.2018).

²⁵² “Ceza muhakemesi hukukunun tarihi gelişim süreci içinde savunma hakkının önemi ve yüklendiği işlev izahtan varestedir. Demokratik toplumlarda ve hukuk devletinde savunma hakkı tam anlamıyla yerine getirilmeden adil muhakeme amacına ulaşmak mümkün gözükmemektedir. Bu itibarla açıklanan gerekçelerimiz ve yasal dayanaklar da göz önünde bulundurulduğunda suç şüphesi altında bulunan bireyin savunma hakkının kapsamını dar yorumlamamak ve kısıtlamamak, bireysel anlamda özgürlüklerin teminatı olacağı gibi hem hukuk devletinin hem de demokratik toplumun gelişmesine hizmet edecektir”. (YGCK, T.05.06.2018, E. 2015/8-710, K.2018/269). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 22.11.2018).

²⁵³ Erdemir, s. 85; Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s.114.

²⁵⁴ Bkz. CMK madde 202.

3. Adil Yargılanma Hakkı

Hukuk devletinin geçerli olduğu toplumlarda adaletin etkili bir şekilde dağıtılabilmesi için toplumun yanı sıra yargılayanların da hukuka uyması gerekir²⁵⁵. Bu çerçevede, adil yargılanma hakkıyla (fair trial), bireyin hür iradesini engelleyip, savunma hakkını kısıtlayan durumların önüne geçerek ceza yargılamasının hukuk devleti ilkesine uygun ve sağlıklı bir şekilde işlemlerini sağlamak, silahların eşitliği ilkesini gözetmek amaçlanmaktadır²⁵⁶. Yargılamanın adil olması ancak savunma hakkının kısıtlanmamasıyla mümkündür²⁵⁷. Bu bağlamda savunma kurumu için tanınan hakların kullanılabilmesi adil yargılanmanın gereğidir²⁵⁸.

İHAS'ın 6. maddesinde adil yargılanma hakkı detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Hükümde, bağımsız ve tarafsız mahkeme önünde, makul bir sürede, sanığın meramını anlatabildiği veya dilerse sessiz kalarak savunmasını yapabildiği, müdafiden ve gerekli olduğunda tercümandan yararlanabildiği bir muhakemenin, adil olduğu kabul edilmiştir. Ayrıca ilgili maddeden, adil bir yargılanmanın, muhakeme boyunca masumiyet karinesi ve silahların eşitliği ilkelerinin korunmasıyla mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Tüm bu şartlar doğrultusunda İHAM, adil yargılanma hakkı kapsamında kararın yerinde olup

²⁵⁵ **Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Sancakdar, Oğuz-Önok, Mustafa Rifat**, İnsan Hakları El Kitabı, 6. Baskı, Ankara 2016, s.268.

²⁵⁶ **Ünver-Hakeri**, s.16; **Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok**, s. 121; **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.51; **Yenisey-Nuhoğlu**, s.73-74; **Çayan, Gökhan**, Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2016, s.19; **Centel, Nur**, Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığını Güvencelemesi, Ceza Muhakemesin Hukukunda Güncel Sorunlar, **Ed. Centel, Nur**, İstanbul 2015, s. 89.

²⁵⁷ İHAM'ın vermiş olduğu kararda Toni takma adıyla müşteri kılığındaki polis memuru uyuşturucu satıcısı olduğu iddia edilen başvuru Lüdi'yle iletişime geçerek uyuşturucu sattığını belgelemeye çalışmıştır. Bunun sonucunda Toni kod adlı görevli, vazifesi gereği gizli tanık olarak yazılı açıklaması alınmış ancak onun dışında herhangi bir somut bir delil elde edilemeden ve sanık ile müdafinin tanığa herhangi bir soru sormadan sadece gizli tanığın beyanına göre hüküm kurulmuştur. İHAM bunun sonucunda, başvurunun savunma hakkının kısıtlandığını dolayısıyla adil bir yargılamanın gerçekleşmediği, kararın İHAS'ın 6. maddesinin 3. fıkrasının d bendine aykırı olduğunu belirtmiştir. (**Lüdi/ İsviçre**, T.15/06/1992, Başvuru No. 12433/86). Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int> (Erişim Tarihi: 10.10.2018).

²⁵⁸ **Koca**, s.113.

olmadığını ele almaktan ziyade adil bir karar için gerekli imkânların sağlanıp sağlanmadığını değerlendirir²⁵⁹.

Adil yargılanma hakkı, 2001 yılında yapılan değişiklikle Anayasamıza da girmiştir (madde 36/1). Anayasa'nın "hak arama hürriyeti" başlığı altında yer alan 36. maddenin 1.fıkrasında adil yargılanma hakkı; " *herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*" hükmüyle açık bir şekilde düzenlenmiştir.

Adil yargılanma hakkı, kişiye bir suç isnat edildiği andan itibaren başlar. Yani kişinin bir suçtan dolayı yakalandığı, kişiye suçlamanın bildirildiği veya soruşturmanın başladığı anda birey için adil yargılanma hakkı doğmuştur²⁶⁰. Bu hak daha sonra kovuşturma aşamasında da devam eder. Temyiz mahkemesi ve istinaf mahkemelerinde ve hatta Anayasa Mahkemesi'nde de adil yargılanma hakkı korunur²⁶¹.

Adil yargılamanın sağlanabilmesinin ilk koşulu, yargılamanın yasal, bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından yapılmasıdır²⁶². "Yasal (tabii) mahkeme", mahkemelerin yetkilerinin ve görevlerinin yasayla belirlenmesi, dava konusu olaydan önce kuralların belirlenmiş olmasını ifade eder²⁶³.

AYM'nin 17.03.2003 tarihinde vermiş olduğu karara göre: "*Bu mahkemenin hâkimine de 'tabiî hâkim' denir. Buna göre, bir uyumsuzluk, ancak uyumsuzluğun doğumu anında görevli ve yetkili olan mahkeme tarafından çözümlenecektir. Böylece tabiî hâkim ilkesiyle, davanın olaydan sonra çıkarılacak bir kanunla kurulacak bir mahkeme tarafından yargılanması yasaklanmakta, yani kişiye veya olaya özgü mahkeme kurma*

²⁵⁹ **İnceoğlu, Sibel**, Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4, Ankara 2018, s.1; **Tezcan-Erdem-Sancakdar-Önok**, s.269.

²⁶⁰ **Tezcan-Erdem-Sancakdar-Önok**, s.278; **Harris, David- O'Boyle, Michael- Bates, Ed- Buckley, Carla**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Türkçe 1. Baskı, Ankara 2013, s.206-207; **Dinç, Güney**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Adil Yargılanma Hakkı, İzmir 2006, s.13; **Çayan**, s.37.

²⁶¹ **Tezcan-Erdem-Sancakdar-Önok**, s.272.

²⁶² **Yurtcan**, s.49; **Grabenwarter, Christoph**, European Convention on Human Rights Commentary, Freiburg, 2014, s. 100; **Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok**, s 123; **Ünver-Hakeri**, s.17; **Jacobs, Francis G.-White, Robin C.A.-Ovey, Clare**, The European Convention on Human Rights, 5. Baskı, New York 2010, s.266; **Harris- O'Boyle-Bates-Buckley**, s.287; **Kaşıkarı, M. Serhat**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye, Ankara 2009, s.123.

²⁶³ Buna ilişkin İHAM Kararı için bkz. **Leo ZAND/Austria**, T. 12.10.1978, Başvuru No.7360/76. Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int> (Erişim Tarihi: 11.10.2018).

*imkânı ortadan kaldırılmaktadır*²⁶⁴”²⁶⁵. Söz konusu tabii hâkim kavramı, Anayasanın 37. maddesinde ve CMK’nın 7. maddesinde düzenlenmiştir.

Bağımsızlık ve tarafsızlık ise emir ve talimat almadan, yürütme organı ve tarafların baskısı altında kalmadan, sadece yasalarla belirlenmiş kurallara göre²⁶⁶ hâkim veya mahkeme tarafından yargılamanın yapıldığı hâllerde söz konusu olur²⁶⁷. Bu bağlamda Anayasamızda aleni olarak “mahkemelerin bağımsızlığı”, 138. maddede koruma altına alınmıştır²⁶⁸. Yine mahkemelerin bağımsızlığına ilişkin, devam eden hükümlerde hâkim ve savcılarının mesleğini bağımsız bir şekilde yürütebilmesinin güvencesi sağlanmıştır²⁶⁹.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nda hâkimin tarafsızlığını ve bağımsızlığını sağlamaya yönelik birtakım düzenlemeler mevcuttur. Kanunun 23. maddesinde; “*Bir karar veya hükme katılan hâkim, yüksek görevli mahkemece bu hükme ilişkin olarak verilecek karar veya hükme katılamaz. Aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış*

²⁶⁴ AYM, E. 2012/146, K.2013/93, T. 17.03.2013. Karar için bkz. <http://www.anayasa.gov.tr> (Erişim Tarihi: 11.10.2018).

²⁶⁵ 6 Ekim 1960 tarihinde “Milli Birlik Komitesi” kararıyla “Yüksek Adalet Divanı” kuruldu. Yüksek Adalet Divanı’nın Yassıada’da yapmış olduğu duruşmalarda, dönemin önde gelen Demokrat Partili bazı siyasetçiler yargılanmış ve bir kısmı idam cezasına çarptırılmıştı. Söz konusu yargılamalar anayasa ve kanunlarla öngörülen mahkemelerle (Yüce Divan) yapılmak yerine olağanüstü, olaya özgü kurulan mahkemelerle gerçekleştirilmiştir. Bu durum adil yargılama ilkesinin bir unsuru olan tabii hakim ilkesine aykırıdır. **Akyol, Taha**, Yargı Tarihinde İki Yargıç, <http://www.hurriyet.com.tr/yargi-tarihinde-iki-yargic-22906010> (Erişim Tarihi: 15.05.2019)

²⁶⁶ **Yurtcan**, s.49; **Gözübüyük, Şeref-Gölcüklü, Feyyaz**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 9. Bası, Ankara 2011, s. 275; **Şahin-Göktürk**, I s. 224; **Donay, Süheyl**, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul 1982, s.82; **İnceoğlu**, s.79-80; **Harris- O’Boyle-Bates-Buckley**, s.289 vd.; **Centel**, Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığını Güvencelenmesi, s. 94; **Uluslararası Af Örgütü**, Adil Yargılanma Hakkı, Çev. **Tamer, Fadıl Ahmet- Kaplan, Erol**, İstanbul, 2000, s.158; **Dinç**, s.23 vd.; **Çayan**, s.72 vd.

²⁶⁷ İHAM’ın vermiş olduğu kararda, bir siyasi partiye sıkı bağları olması sebebiyle siyasi partiye sıkı ilişkileri olan kişilerin yargılamada jüri üyesi olmalarının objektif olarak karar vermeleri konusunda yoğun şüphe uyandıracak olması sebebiyle bu durumun hâkim tarafsızlığı ve bağımsızlığıyla bağdaşmayacağı belirtilmiştir. (**Holm/İsveç**, Başvuru, No. 14191/88, T. 25.11.1993). Aktaran: **Jacobs-White-Ovey**, s.267.

²⁶⁸ Anayasa madde 138: “*Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci ve kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunulamaz*”.

²⁶⁹ Anayasa madde 139: “*Hâkimler ve savcılar azlolunamazlar, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz*”.

*bulunan hâkim, kovuşturma evresinde görev yapamaz*²⁷⁰. Yargılamanın yenilenmesi halinde, önceki yargılamada görev yapan hâkim, aynı işte görev alamaz” hükmüne yer verilmiştir. Yine 29. maddede ise “*Reddi istenen hâkim, ret hakkında bir karar verilinceye kadar yalnız gecikmesinde sakınca olan işlemleri yapar*” düzenlenmesi mevcuttur.

Hâkimin tarafsız ve bağımsızlığının teminatını sağlayan ise hâkimlerin birtakım güvencelere sahip olmasıdır. Bu bağlamda hâkimlerin güvence altında olması adil yargılama ilkesinin tamamlayıcı unsurudur²⁷¹. İHAM, hâkimlerin güvencesinin sağlanıp sağlanmadığına ilişkin değerlendirme yaparken hâkimlerin görevden azledilip azledilmedikleri, görevin ifası esnasında gerçekleştirilen müdahalelere karşı gerekli tedbirlerin alınıp alınmadığı gibi ölçütleri değerlendirmektedir²⁷².

İHAS’ın 6. maddesinde yargılamanın makul süre içinde bitirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla makul sürede yargılamanın bitirilmesi de adil yargılamanın içinde değerlendirilir²⁷³. Makul sürede yargılanma hakkı, İHAS’ın 5. maddesinde yer alan daha sıkı ölçütlere sahip kişinin özgürlükten yoksun bırakıldığı tutuklama ve gözaltı sürelerinden farklı bir kurumdur²⁷⁴. Makul sürede yargılamayla, hukuki barışın bir an önce gerçekleşmesi, özellikle ceza davalarında suçlanan kişiler bakımından mümkün

²⁷⁰ Buna ilişkin İHAM’ın vermiş olduğu kararda; soruşturmada görevli sorgu yargıcının daha mahkemede üye olarak bulunarak esas hakkında karara katılmasını hâkimin bağımsızlığına aykırı bulmuştur. (Pfeifer and Plank/ Avusturya, T. 25.02.1992, Başvuru No. 10802/84.). Bir başka kararda ise bir olayda savcı başyardımcılığı görevini yapan kişinin daha sonra aynı olayda mahkeme başkanı olarak görev yapmasını bağımsız ve tarafsız yargı makamlarında yargılanma ilkesine aykırı bulmuştur. (Piersack/ Belçika, T.01.10.1982, Başvuru için No. 8692/79) Kararlar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int>. (Erişim Tarihi: 11.20.2018).

²⁷¹ Yurtcan, s.49; Harris- O’Boyle-Bates-Buckley, s. 290-291.

²⁷² Gölcüklü, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde “Adil Yargılanma”, AÜSBF Dergisi, C. 49, S. 1-2, 1994, s.211; İncoğlu, s.81.

²⁷³ Grabenwarter, s.141; Harris- O’Boyle-Bates-Buckley, s.281; Uluslararası Af Örgütü, Adil Yargılanma Hakkı, s.113; Kaşıkara, s.168.

²⁷⁴ İncoğlu, s.265; Vitkauskas, Dovydas- Dikov, Grigoriy, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması Uygulamacılar İçin El Kitabı, Çev. Cengiz, Serkan, 2. Baskı, Ankara, 2018, s. 117; Jacobs-White-Ovey, s.272; Uluslararası Af Örgütü, Adil Yargılanma Hakkı, s.113-114; Donay, s.95-96.

olduğunca kısa sürede davanın sonuçlanması, yargıya güven ve yargının etkin olması²⁷⁵ amaçlanmaktadır²⁷⁶.

İHAM’da en fazla dava, makul sürede yargılanma hakkına yönelik olup²⁷⁷, bu davalara ilişkin birçok ihlal kararı verildiği görülmektedir²⁷⁸. İHAM, bu kararlarda makul süreyi ele alırken belirli bir süre sınırı belirlememiştir²⁷⁹. Makul süre belirlenirken somut olayın şartlarına göre yani olayın zorluğu, görevli makamların davranış şekilleri, başvurunun tutumu ve olayın başvuru açısından önemi gibi ölçütler ele alınmıştır²⁸⁰.

Hukuk davalarında süre²⁸¹, dosya yetkili yargılama organının önüne geldiğinde başlar²⁸². Buna karşılık, ceza davalarında süre ise, soruşturma aşamasında yani suç

²⁷⁵ **Grabenwarter**, 141; **Ünver-Hakeri**, s.25; **Donay**, s.97; **Tezcan-Erdem-Sancakdar-Önok**, s.308-309; **Yenisey-Nuhoğlu**, s.76; **Kaşıkkara**, s.169.

²⁷⁶ AYM vermiş olduğu kararda “*Makul sürede yargılanma hakkının amacı, tarafların uzun süren yargılama faaliyeti nedeniyle maruz kalacakları maddi ve manevi baskı ile sıkıntılardan korunmasıdır. Hukuki uyumsuzlukların çözüm sürecini uzatarak çoğu zaman elde edilecek hükmün yararını ortadan kaldıran bir yargılama, adaletin yerine getirilmesindeki etkililiğe ve güvenliğe zarar verecektir. Ancak, makul sürede yargılanma hakkı bakımından uyumsuzluğa ilişkin yargılamanın kısa sürede sonuçlandırılması önemli olmakla beraber, hukuki uyumsuzluğun çözümünde gerekli özenin gösterilmesi de büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle yargılama süresinin makul olup olmadığının her bir başvuru açısından münferiden değerlendirilmesi*” gerektiğini belirtmiştir. (AYM, T.02.07.2013, Başvuru No. 13/2012). Karar için bkz. <http://www.anayasa.gov.tr> (Erişim Tarihi: 13.10.2018).

²⁷⁷ İHAM’ın vermiş olduğu kararda bisiklet kazasında yaralanan başvurunun sigorta şirketine karşı açtığı davanın 16 yıl yedi aydan fazla süre devam etmesi ve iç hukuk yollarının etkili olmaması üzerinde makul sürede yargılanmanın ihlal edildiğini belirtmiştir. (**Sürmeli/ Almanya**, T. 08.06.2006, Başvuru No. 75529/01). Buna benzer İHAM kararları için bkz. **König/Almanya**, T. 28.06.1978, Başvuru No. 6232/73; **Bock/ Almanya**, T. 29.03.1989, Başvuru No. 11118/84. <https://hudoc.echr.coe.int> (Erişim Tarihi: 13.10.2018).

²⁷⁸ **Ladewig, Hans-Meyer**, Adil Yargılanma Hakkı- II, Çev. **Hakeri, Hakan**, Adil Yargılanma ve Ceza Hukuku Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi-3, Nurullah Kunter’e Armağan, Ankara, 2004, s.90; **Harris- O’Boyle-Bates-Buckley**, s.287; **Kaşıkkara**, s.169.

²⁷⁹ **Gözübüyük-Gölcüklü**, s.285; **Ladewig**, Adil Yargılanma Hakkı- II, Çev. **Hakeri**, s.91; **İnceoğlu**, s.266; **Harris- O’Boyle-Bates-Buckley**, s.282; **Hendek, Hasan**, Makul Sürede Yargılama Zorunluluğu, Ankara, 2016, s.27.

²⁸⁰ **Ladewig**, Adil Yargılanma Hakkı- II, Çev. **Hakeri**, s.91-92; **Gözübüyük-Gölcüklü**, s.286; **Kaşıkkara**, s.271 vd.; **Grabenwarter**, s.142; **Vitkauskas- Dikov**, s. 119 vd.; **Harris- O’Boyle-Bates-Buckley**, s.282.

²⁸¹ Sürenin başlangıcına ilişkin, İHAM Kararı için bkz. **Poiss/Austria**, T. 29.09.1987, Başvuru No. 9816/82; **Buchholz/Almanya**, T. 06.05.1981, Başvuru No. 7759/77, <https://hudoc.echr.coe.int> (Erişim Tarihi: 14.10.2018)

²⁸² **Gözübüyük-Gölcüklü**, s.285; **Harris- O’Boyle-Bates-Buckley**, s.281; **Ladewig**, Adil Yargılanma Hakkı- II, Çev. **Hakeri**, s.90; **İnceoğlu**, s.281; **Kaşıkkara**, s.176.

şüphesinin oluştuğu andan²⁸³ itibaren başlar²⁸⁴. Sürenin sonu ise kesin hükmün verildiği tarihtir²⁸⁵. Ancak devam eden ceza yargılamalarında makul süre yönünden Anayasa Mahkemesi'ne bir başvuru yapılması halinde Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu karar tarihi esas alınır²⁸⁶.

Anayasamızda, CMK ve TCK'da makul süreye ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Anayasamızın 141. maddesinde davaların olabildiğince hızlı bir şekilde bitirilmesi yargının görevi olarak gösterilerek “makul sürede yargılanma hakkı” düzenlenmiştir. CMK'nın 190. maddesinde duruşmanın ara verilmeden bitirilmesinin esas olduğu belirtilmiştir. Bunun yanında CMK'nın 253. maddesinde yer alan “uzlaştırma” kurumunun ve TCK'da da “ön ödeme” kurumunun kapsamlarının genişletilmesi hukuki barışın bir an önce tesis edilmesine ve mahkemelerin iş yükünün azaltılarak ceza muhakemenin daha hızlı işlemlerini sağlayacaktır²⁸⁷.

Yukarıda değindiğimiz “mahkemelerin yasal, tarafsız ve bağımsız olması” ve “makul sürede yargılanma hakkı” adil yargılanma hakkı kapsamında savunma hakkıyla dolaylı bir şekilde ilişkisi olan ilkelerdir. Bununla beraber adil yargılanma hakkı kapsamında “silahların eşitliği ilkesi”, “masumiyet karinesi”, “isnadı ve hakları öğrenme hakkı”, “meramını anlatabilme ilkesi”, “susma hakkı” ve “tercüman yardımından yararlanma hakkı” ve “müdafiden yararlanma hakkı” gibi önemli ilkeler de savunma hakkıyla doğrudan ilişkilidir. “Tercüman yardımından ve müdafiden yararlanma hakları”, çalışmamızın ikinci bölümünde, savunma hakkının kısıtlanmasının mutlak bozma nedeni olarak kabul edildiği durumlar arasında detaylıca incelencektir.

²⁸³ Gözübüyük-Gölcüklü, s.285; Ladewig, Adil Yargılanma Hakkı- II, Çev. Hakeri, s.91; Harris-O'Boyle-Bates-Buckley, s.281; Jacobs-White-Ovey, s.273; İnceoğlu, s.281; Kaşıkara, s.177.

²⁸⁴ Buna ilişkin İHAM'ın vermiş olduğu kararda sürenin yargılamadan önce yani tutuklama tarihi, ilgili kişinin yargılanacağına dair resmi olarak bilgilendirildiği veya soruşturmanın başlatıldığı tarih gibi tarihlerde başlayacağı belirtilmiştir. (Eckle/ Almanya, T. 15.07.1982, Başvuru No. 8130/78) Benzer Karar için bkz. Deweer/ Belçika, T. 27.02.1980, Başvuru No. 6903/75. <https://hudoc.echr.coe.int> (Erişim Tarihi: 11.10.2018).

²⁸⁵ Gözübüyük-Gölcüklü, s.285; Ladewig, Adil Yargılanma Hakkı- II, Çev. Hakeri, s.91; İnceoğlu, s.281; Tezcan-Erdem-Sancakdar-Önok, s.309.

²⁸⁶ Ladewig, Adil Yargılanma Hakkı- II, Çev. Hakeri, s.91; İnceoğlu, s.281-282.

²⁸⁷ Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s 124.

A. Silahların Eşitliği İlkesi

Adil yargılanma hakkının kapsamına iddia ve savunmaların karşılıklı ve dengeli yapılması da girmektedir. Özellikle iddia makamı karşısında savunma makamının korunması ve hakkaniyete uygun bir yargılama yapılabilmesi için adil yargılanma hakkı kapsamında “silahların eşitliği ilkesi” düzenlenmiştir²⁸⁸. Silahların eşitliği, iddia ve savunma makamlarının arasında hakkaniyetli bir dengenin sağlanması, olası bir durumda dengenin sanığın aleyhine yorumlanmaması anlamına gelmektedir²⁸⁹. Aksi takdirde, silahların eşit olmadığı yani suç isnadında bulunan tarafın güçlü olması halinde sanığın üzerinde bir baskı oluşacak ve sanık savunma hakkını etkin bir şekilde kullanamayacaktır²⁹⁰. Bu durumda sanığın savunma hakkının kısıtlanmasına yol açacaktır²⁹¹. Sonuç olarak, savunma hakkı bakımından silahların eşitliği ilkesi bir güvencedir²⁹².

Ceza yargılamasında silahların eşitliğiyle iddia ve savunma makamları arasında sağlanacak denge, özel hukukta görülen taraflar arasındaki eşitlik ile aynı anlama gelmemektedir²⁹³. Zira Anglo-Amerikan Hukuk Sisteminden²⁹⁴ farklı olarak Kıta-

²⁸⁸ **Elisa, Toma**, The Principle of Equality of Arms- Part of The Right to A Fair Trial, International Law Review, Cilt 1, Sayı 3, 2011 s.2-3; **Harris- O’Boyle-Bates-Buckley**, s.254; **Uluslararası Af Örgütü**, Adil Yargılanma Hakkı, s.173; **Dinç**, s.132; **Kaşıkar**, s.154; **Negri, Stefania**, The Principle of "Equality of Arms" and the Evolving Law of International Criminal Procedure, International Criminal Law Review, Cilt 5, S.4, 2005, s.515 vd.

²⁸⁹ **Centel, Nur**, Adil Yargılanma Hakkı ile Silahların Eşitliği Bağlamında Savcılık ve Savunma, Türkiye Barolar Birliği Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyumu, Ankara 2006, s.189; **Harris- O’Boyle-Bates-Buckley**, s.254; **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.52; **İnceoğlu**, s.115; **Kaşıkar**, s.154; **Taner, Fahri Gökçen**, Çelişme ve Silahların Eşitliği, s. 98.

²⁹⁰ **Uluslararası Af Örgütü**, Adil Yargılanma Hakkı, s.173; **Kaşıkar**, s.156; **Dinç**, s.133.

²⁹¹ “Başvurucu gazeteciler hakkında bazı yargı mensuplarını aşağıladığı gerekçesiyle dava açılmıştır. Yargılama esnasında başvuru yazarlarının uzman raporlarına dayandığını savunmuşlar ve bu raporların mahkeme tarafından incelenmesini talep etmişlerdir. Ancak iç hukuk yollarında bu konuda herhangi bir sonuç alamamışlardır. İHAM, başvuru yazarlarının savunmasına ilişkin bu talebin reddedilmesini silahların eşitliği ilkesine aykırı bulmuştur”. (**De Haes ve Gijssels/Belçika**, T.24.02.1997, Başvuru No. 19983/92). Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int> (Erişim Tarihi: 18.12.2018).

²⁹² **Kaşıkar**, s.156.

²⁹³ **Negri**, The Principle of "Equality of Arms", s.515 vd.; **Centel**, Adil Yargılanma Hakkı ile Silahların Eşitliği Bağlamında, s.189.

²⁹⁴ “Anglo-Sakson Hukuku’nda savunma ve iddia makamları, boyunca eşit koşullarda savlarını ortaya koyarak yargılama sonucunda maddi gerçeğin açığa çıkmasına ve sanığın hakkaniyetli bir ceza almasına katkıda bulunurlar”. **Goldberg Nancy Albert- Hartman Marshall J.**, “The Public

Avrupası’nda iddia makamını oluşturan savcılar devletin gücünü elinde bulunduran kamu görevlisidir²⁹⁵. Dolayısıyla Kıta-Avrupası’nda silahların eşitliği ilkesi iddia ve savunma kurumlarının her açıdan eşit olması anlamına gelmemektedir²⁹⁶.

Söz konusu ilke İHAM tarafından “*her iki tarafın da davasını diğer taraf karşısında önemli dezavantajlı bir durum altında olmadan, her bir tarafın delilleri de dâhil olmak üzere, kabul edilebilir fırsatlarla savunması*”²⁹⁷ şeklinde tanımlanmıştır²⁹⁸. İHAM, ilkenin tüm yargılama boyunca korunması gerektiğini vurgulamıştır²⁹⁹. Mahkeme, silahların eşitliği ilkesini değerlendirirken usule ilişkin bir eşitsizlikten ziyade somut olaydaki eşitsizliğe söz konusu olan konunun yargılama bakımından³⁰⁰ önemini değerlendirmiştir³⁰¹.

Silahların eşitliği ilkesiyle ceza yargılamalarında maddi gerçeğe ulaşılması daha mümkün olmakta ve bu nedenle insanların yargıya olan saygısı artmaktadır³⁰². Ceza yargılamasının tüm aşamalarına hâkim olan bu ilke, daha çok bilirkişilerin ve tanıkların dinlenmesinde ve delillerin toplanmasıyla ileri sürülmesinde gündeme gelmektedir³⁰³.

Ceza Muhakemesi Kanunumuzda silahların eşitliği ilkesi bağlamında 160. maddesinin 2. fıkrasında şüphelinin lehine ve aleyhine olan tüm delillerin toplanacağı

Defender In America”, “The Defense Counsel”, Ed. William F. McDonald, California, 1983, s. 69-70.

²⁹⁵ Bkz. Schröder, Christian Friedrich- Yenisey, Feridun, Dürüst Yargılanma Hakkı (Fair Trial), İstanbul 1997, s.45 vd.; Goldberg-Hartman, s. 69.

²⁹⁶ Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s 131; Kaşıkara, s. 159; Taner, Fahri Gökçen, Çelişme ve Silahların Eşitliği, s. 101.

²⁹⁷ Dombo Beheer B.V./ Hollanda, T. 27.10.1993, Başvuru No. 14448/88. Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int> (Erişim Tarihi: 18.10.2018).

²⁹⁸ “İlke ilk olarak sanıklar ile iddia makamlarının arasındaki şekli usulü eşitlik olarak görülürken daha sonra bir tarafın diğer tarafa karşı kendisini olumsuz bir duruma sokmayacak koşullar altında açıklayabilmesi zorunluluğu olarak kabul edilmiştir”. Ambos, Kai, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılama Hakları- Silahların Eşitliği, Çelişmeli Önsoruşturma ve AIHS m.6, Çev. Ünver, Yener, Adil Yargılanma ve Ceza Hukuku Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi-3, Nurullah Kunter’e Armağan, Ankara 2004, s.23-24.

²⁹⁹ Dombo Beheer B.V./ Hollanda, T. 27.10.1993, Başvuru No. 14448/88. Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int> (Erişim Tarihi: 18.10.2018); Kaşıkara, s.157.

³⁰⁰ Centel, Adil Yargılanma Hakkı ile Silahların Eşitliği Bağlamında, s.190; İncoğlu, s.116; Negri, The Principle of "Equality of Arms", s.518.

³⁰¹ Buna ilişkin İHAM Kararı için bkz. Kremzow/Avusturya, T. 21.09.1993, Başvuru No. 12350/86. Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int> (Erişim Tarihi: 18.10.2018).

³⁰² Toma, s.11.

³⁰³ Centel, Adil Yargılanma Hakkı ile Silahların Eşitliği Bağlamında, s.190.

belirtilmiştir. Yine CMK'nın 170. maddesinin 5. fıkrasında iddianamenin sonuç bölümünde şüphelinin aleyhine olan durumlarla birlikte lehine olan durumların da belirtilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Kanunun 178. maddesinde ise sanığın veya katılanın tanık veya bilirkişi dinlenilmesi talebinin kabul görmemesi durumunda sanık veya katılanın söz konusu kişileri duruşmaya getirmesine imkân tanınmıştır.

Savunma makamının, iddia makamı karşısında zayıf kalmaması amacıyla İHAS'ın 6. maddesinde ve CMK'nın 150. maddesinde zorunlu müdafilik düzenlenmiştir. Bu sayede, yaptırımını ağır olan bir suçtan yargılanan veya hürriyeti tahdit eden bir ceza yargılaması işlemine maruz olan kişiler itham altında kaldıkları suçlamalar karşısında zorunlu müdafilik kurumuyla daha adil ve etkin bir şekilde savunularak silahların eşitliği ilkesi sağlanmış olacaktır³⁰⁴. Bunun yanında yine silahların eşitliğini sağlamak amacıyla İHAS'ın 6. maddesi ve CMK'nın 147. maddesinde müdafî seçmeye maddi imkânı olmayan kişiler için müdafî tayin edilmesi imkânı getirilmiştir³⁰⁵.

Silahların eşitliği ilkesi aynı zamanda “çelişmeli yargılama” ilkesiyle iç içe geçmiştir. Çünkü çelişmeli yargılama ilkesinin ihlal edilmesi aynı zamanda makamlar

³⁰⁴ “Somut olayda silahlı terör örgütü üyeliği suçundan CMK'nın 101/3 maddesi gereğince tutuklamaya sevk edilip tutuklu olarak yargılanan sanığın, yargılama aşamasında kendisinin seçtiği bir müdafii bulunmadığı gibi CMK'nın 156. maddesi gereğince re'sen müdafii görevlendirilmeyerek bulunduğu hal nedeniyle, delillere erişme ve savunma hazırlama imkanları itibarıyla çelişmeli yargılamanın gereği olan “silahların eşitliği” ilkesinin ve Anayasanın 36, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6.maddeleri ile teminat altına alınan adil yargılama hakkının ihlali sonucunu doğuracak biçimde, adaletin selameti açısından gerekli olan müdafinin hukuki yardımından yararlandırılmadan yargılama yapıp sorgusu tespit edilmek ve hüküm kurulmak suretiyle savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuracak biçimde CMK 101/3, 188/1 ve 289/1-a-e maddelerine muhalefet edilmesi” (Yarg. 16. CD, T. 17.05.2018, E. 2018/853, K. 2018/886). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 19.10.2018).

³⁰⁵ “Bir suç ile itham edilen herkes, kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafii yardımından faydalanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek hakkına sahiptir. Anılan madde gereğince, bir suç isnadı altında bulunan kişi savunma hakkının kullanılmasında, kendisini bizzat savunma, seçtiği bir müdafii yardımından yararlanma ve bir müdafii tayin etme imkanından yoksun ise ve adaletin selameti için gerekli görülürse re'sen atanacak bir müdafii yardımından yararlanma olmak üzere üç ayrı hakka sahiptir. Bu nedenle, suç isnadı altında bulunan kişinin kendisini bizzat savunması talep edilemez. Savunma hakkının etkin bir şekilde kullanma imkânını sağlayan müdafii yardımından yararlanma hakkı aynı zamanda adil yargılama hakkının diğer bir unsuru olan ‘silahların eşitliği’ ilkesinin de gereğidir” (Pakelli/Federal Almanya Davası, T. 25.04.1983, Başvuru No. 8398/78). Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int> (Erişim Tarihi: 18.10.2018).

arasındaki dengeyi bozacaktır³⁰⁶.

Çelişmeli yargılama, hukuk davasında tarafların; ceza yargılaması bakımından ise savunma ve iddia makamlarının sunmuş oldukları delilleri ve görüşleri öğrenme ve bunlara yönelik beyanda bulunmaları olarak³⁰⁷ ifade edilmektedir³⁰⁸. Çelişmeli yargılama ilkesi, adil yargılamanın sağlanmasında dolayısıyla da savunma hakkının kısıtlanmasının önüne geçilmesinde önemli bir ölçüttür³⁰⁹. Çünkü iddia makamının ortaya koyduğu görüşleri öğrenmemesi ve buna karşın savunmasını yapamaması savunma hakkını kısıtlayacaktır³¹⁰.

Söz konusu ilkeye yönelik CMK'nın 153. maddesinde müdafinin soruşturma aşamasında dosyayı inceleyebileceği yetkisi düzenlenmiştir. Aynı maddede iddianamenin kabul edilmesinden sonra da dosyayı ve koruma altındaki tüm delilleri inceleyebileceği hakkı tanınmıştır. Soruşturmanın tehlikeye düşeceği durumlarda müdafinin dosya inceleme yetkisi de yalnızca hâkim tarafından kanunda öngörülen haller ve katalog suçlar söz konusu olduğunda kısıtlanabilecektir.

B. Masumiyet Karinesi

Sanığın yargılama aşamasında korunması amacıyla ilk kez 1789 yılında Fransız İhtilaliyle gündeme gelen masumiyet karinesi, sanığın suçluluğu sabit olana kadar masum sayıldığı ilkedir³¹¹. Sanığın ufak bir delil ile mahkûm edilmesi somut olayın özelliklerine

³⁰⁶ İncooğlu, s.142; Harris- O'Boyle-Bates-Buckley, s.257; Kaşıkara, s.159; Dinç, s.133.

³⁰⁷ Harris- O'Boyle-Bates-Buckley, s.257; Vitkauskas-Dikov, Çev. Cengiz, s. 140; İncooğlu, s.140; Negri, The Principle of "Equality of Arms, s.517; Taner, Fahri Gökçen, Çelişme ve Silahların Eşitliği, s. 71.

³⁰⁸ Buna ilişkin İHAM'ın vermiş olduğu kararda “Temyiz aşamasında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının mahkemeye gönderdiği tebliğnamenin karşı tarafa gönderilmemesini” çelişmeli yargılama ilkesinin ihlali olarak değerlendirilmiştir.(Göç/ Türkiye, T. 09.11.2000, Başvuru No. 36590/97). Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int>. (Erişim Tarihi: 19.10.2018).

³⁰⁹ Toma, s.3; Taner, Fahri Gökçen, Çelişme ve Silahların Eşitliği, s. 70.

³¹⁰ “Deliller, başvuruçuların polis tarafından tuzağa düşürülmesi ile ilgilidir ve bu iddia ispatlanırsa soruşturmanın sona ermesi gerekmektedir. Bu koşullar altında, savunmanın bu delillerle erişimini ve başvuruçuların kendilerine kurulduğunu iddia ettikleri tuzakla ilgili savlarını sunabilmelerini engelleyen bir usul 6(1) maddesini ihlal etmiştir”. (Edward ve Lewis/ Birleşik Krallık, T. 27/10/2004, Başvuru No. 39647/98, 40461/98). Aktaran: Harris- O'Boyle-Bates-Buckley, s.258.

³¹¹ Kunter, s.24; Tosun, s.251; Yüce, Turhan Tufan, Sanığın Savunması ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Ümanist İlkeleri, TBBD, S. 1988/1, 1988, s.159; Cihan, Erol, 50. Yılda Ceza Muhakemesi Süjesi Olarak Sanığın Durumu ve Sorgusu, İÜHFİM, S. 1984/1-4, 1984, s. 143; Dönmez,

göre yeterli olabilir ancak masumiyet karinesine göre söz konusu delilin kanıtlanma zorunluluğu vardır³¹². İspatlanana kadar sanık hakkında bahse konu olan delile dayanılarak hüküm verilemez. Bu ilke daha sonra İHAS'ın 6. maddesinin 2. fıkrasıyla da korunmuştur³¹³.

İHAM vermiş olduğu kararda “*Masumiyet karinesi, diğer bazı gerekliliklerin yanında, bir mahkemenin üyelerinin, sanığın kendisine isnat edilen suçu işlemiş olduğu önyargısıyla hareket etmemelerini güvence altına alan bir ilkedir. Kanıt yükü iddia makamının üzerindedir ve herhangi bir şüphe halinden sanık yararlanır. Ayrıca, sanığı savunmasını hazırlayabilmesi ve sunabilmesi için kendisine karşı yürütülen davadan haberdar etme ve suçluluğunu kanıtlamak için yeterli derecede kanıt gösterme görevi de, yine iddia makamına düşmekte*” olduğunu belirtmiştir³¹⁴.

İHAM'ın kararında masumiyet karinesiyle sanığın suçsuzluğunu korurken aynı zamanda sanık aleyhine olan herhangi bir iddianın ispat külfetini iddiacıya ait olduğunu belirtmiştir³¹⁵. Buradan masumiyet karinesinin sanığın savunma hakkını koruyan bir ilke

Sulhi, Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler, Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul, 1998, s.67; **Şahin-Göktürk**, I, s.147; **Yenisey-Nuhoğlu**, s.73; **Tezcan-Erdem-Sancakdar-Önok**, s.319-320; **Uluslararası Af Örgütü**, Adil Yargılanma Hakkı, s.180; **Kaşıkkara**, s.194; **Üzülmez, İlhan**, Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları, TBBD, S. 58, 2005, s.41.

³¹² **Arthur Percival, Will**, A Treatise on the Law of Circumstantial Evidence: Illustrated by Numerous Cases, Philadelphia, 1896, s.233. (www.heinonline.org); **Kaşıkkara**, s. 197; **Uluslararası Af Örgütü**, Adil Yargılanma Hakkı, s.181; **Harris- O'Boyle-Bates-Buckley**, s.307; **Çayan**, s.194.

³¹³ İHAS 6/2: “Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır”.

³¹⁴ İHAM'ın vermiş olduğu karara teşkil eden olay, “bir trafik kazası olması sonucu açılan davanın konusu kazaya sebep olan şoförün tespit edilmesi ve cezalandırılmasıdır. Olayda kazanın kurbanı, polise aracın plakasını vermiş ancak sürücünün eşkâlini ifade edememiştir. Daha sonra aracın sahibi başvuru ifade vermeyi reddetmiştir. Polisin belirlemelerine göre de başvuru kaza saatinde evinde değildir. Bunun üzerine yerel mahkeme sanık sıfatındaki başvurucudan masum olduğunu ispatlamasını istemiştir. Başvuru bunu ispatlayamadığı için yerel mahkeme tarafından suçlu bulunmuştur. İHAM kararında kanıtlama yükümlülüğünün sanığa yüklenemeyeceğini, söz konusu yükümlülüğün iddia makamına ait olduğunu belirtmiş ayrıca kazanın mağduru olan tarafın dahi sürücüyü tanımlayamamasına rağmen başvurucunun sesiz kalması nedeniyle aleyhine hüküm kurulmasını masumiyet karinesine aykırı bulmuştur”. (Telfner/Avusturya, T.20.03.2001, Başvuru No. 33501/96.). Aktaran: **Jacobs-White-Ovey**, s.284; Aynı yönde bkz. **Barberá, Messegué and Jabardo/İspanya**, T.06.12.1988, Başvuru No. 10590/83. Aktaran: **İnceoğlu**, s.295.

³¹⁵ **Gözübüyük-Gölcüklü**, s.296; **Grabenwarter**, s.166; **Ünver-Hakeri**, s.29; **Uluslararası Af Örgütü**, Adil Yargılanma Hakkı, s.312; **Şahin-Göktürk**, I, s.148; **Tozman**, s.321; **Şık, Hüseyin**, Suçsuzluk Karinesi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 1, 2012, s.117-118; **Çayan**, s.193.

olduğu çıkmaktadır.

Sözleşme maddesinden de anlaşıldığı üzere söz konusu karine ancak bir ceza yargılaması bakımından geçerlidir³¹⁶. Masumiyet karinesi ceza yargılamasında yalnızca kovuşturma aşamasında değil suçlamanın başladığı andan itibaren muhakemenin tüm evrelerinde³¹⁷ geçerli olmalıdır³¹⁸. Nitekim kuvvetli suç şüphesiyle tutuklama kararı verilmiş bir kişinin sonradan ortaya çıkan bir delille masum olduğu anlaşılabilmektedir³¹⁹. Dolayısıyla söz konusu karineyle hâkimlerin, savcılarının hatta tüm kamuoyunun sanığı suçlu gözüyle değerlendirmelerinin önüne geçilir³²⁰. Bu sayede sanığın suçu sabit olana kadar geline aşamada masum sayılması da, yapacak olduğu savunmanın daha çok dikkate alınmasını sağlayacaktır³²¹. Zira sanığın hükümden önce suçlu olarak kabul edilmesi halinde yapacak olduğu savunma, mahkeme tarafından dikkate alınmayarak savunma hakkının ihlal edilmesine yol açacaktır³²².

Masumiyet karinesinin diğer yüzü de “şüpheden sanık yararlanır” ilkesidir. Masumiyet karinesi kesin hale gelmiş mahkûmiyet kararıyla çürütülür³²³. Kesinleşmiş mahkûmiyet kararı, aksinin ispat edilmesi mümkün olmaması ve hâkimin delilleri serbest

³¹⁶ Buna ilişkin İHAM kararı bkz. **Öztürk/Almanya**, T. 21/02/1984, Başvuru No. 8544/79. Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int>. (Erişim Tarihi: 19.10.2018); **Harris- O’Boyle-Bates-Buckley**, s.307; **Üzülmez**, Suçsuzluk Karinesi, s.45; **Tozman**, s.319.

³¹⁷ **Schröder-Yenisey**, s.15-16; **Uluslararası Af Örgütü**, Adil Yargılanma Hakkı, s.182; **Koca**, s.87; **Gözübüyük-Gölcüklü**, s.296; **Kaşıkar**, s.195; **Şık**, s. 111-112; **Tozman, Önder**, Suçsuzluk Karinesi: Türk Hukukundaki Sonuçları, EÜHFD, C. 11, S. 3-4, 2007, s.319.

³¹⁸ Dönmezer’e göre; “*hazırlık soruşturmasında sanık suçsuzluk karinesi gereği belirli güvencelere sahip olsa da kovuşturma aşamasına geçmesiyle birlikte suçsuzluk karinesinden tam manasıyla yararlanır*”. **Dönmezer**, Suçsuzluk Karinesi, s.70.

³¹⁹ **Doğan, Koray**, Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi, 2.baskı, Ankara, 2018, s.145; **Will**, s.234.

³²⁰ **Will**, s.234; **Donay**, s.111.

³²¹ “Devletler, verecekleri kararlarla bireylerin haklarına yapacakları müdahalenin etkisini hesaba katmalı, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakacak mahkûmiyet gibi kararları vermeden önce dayanılan karinelerin tutarlı ve şüpheden uzak olmasına dikkat etmeli ve savunma hakkını korumalıdır”. (**Salabiaku/Fransa**, T. 07.10.1988, Başvuru No. 10519/83). Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int>. (Erişim Tarihi: 19.10.2018).

³²² “Sanığın suçluluğu yasal olarak saptanmadan önce ve özellikle kendisinin savunma haklarını kullanma hakkına sahip olmadan onun suçlu olduğu hissini telkin eden bir adli karar, suçsuzluk karinesinin ihlalidir”. (**Minelli/ İsviçre**, T. 25.03.1983, Başvuru No. 8660/79). Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int>. (Erişim Tarihi: 19.12.2018).

³²³ **Doğan**, s.161; **Çayan**, s.190.

bir şekilde değerlendirilebilmesi halinde alınabilir³²⁴. Bu doğrultuda şüpheden sanık yararlanır ilkesine göre toplanan delillerin, sanığı mahkûm edecek ölçüde sübuta ermediği durumlarda mahkûmiyet kararı verilemeyeceği³²⁵ için sanık hakkında berat kararı verilir³²⁶. Bu ilkeyle sanık suçlamalara karşı aklanmaya yönelik masumiyetini veya meşru müdafaa, hata vb. hususları ispat etme külfetinden kurtulur³²⁷.

Masumiyet karinesi ve şüpheden sanık yararlanır ilkesi, Anayasamızda ve Ceza Muhakemesi Kanunumuzda da korunmuştur. Anayasanın 38. maddesinin 4. fıkrasında; “Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz” hükmüyle masumiyet karinesinin doğrudan tanımı yapılmıştır.

CMK’da ise masumiyet karinesi, Anayasada belirtildiği gibi açıkça düzenlenmemiştir. Ancak CMK’nın 223. maddesinin 5. fıkrasında sanık hakkında mahkûmiyet kararı için itham edilen suçun sabit olduğu ve 2. fıkrasının e bendinde ise iddia edilen suçu sanığın işlendiğinin kesinleşmemesi durumunda berat kararı verilmesi gerektiği belirtilerek masumiyet karinesi ve şüpheden sanık yararlanır ilkesi doğrultusunda düzenlemeler yapılmıştır. CMK’nın 217. maddesinde düzenlenen serbest vicdani delil sistemiyle ancak duruşmaya getirilen ve tartışılan delillere dayanılarak karar verebileceği hükmü de masumiyet karinesiyle ilişkilidir³²⁸. Yine iddianamenin iadesi kurumunun düzenlendiği CMK’nın 174. maddesinde suçun sübutuyla kesin olarak ilişkili olarak görülen mevcut delillerin toplanmadan düzenlenen iddianamenin iade edileceği masumiyet karinesine ilişkin bir düzenlemedir.

³²⁴ Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s. 118; Doğan, s.161.

³²⁵ “Sanık lehine olduğu anlaşılan delillerin sanık aleyhine olan delillerden fazla olması dahi sanığın üzerine atılı suçu işlediğine dair kuşku durumunu yaratmış olacaktır. Kuşkulu hallerde salt ihtimallere dayanılarak mahkûmiyet kararı verilemeyeceği gibi, gerek Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 36. maddesinde anılan adil yargılanma hakkı ile 38. maddesinde yer alan masumiyet karinesi gerek Türkiye tarafından onaylanarak bir iç hukuk normu haline gelmiş olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesi dikkate alındığında şüpheli hallerde verilen mahkûmiyet kararlarının yargılanma prensiplerine tamamen ters düşeceği ve hatta kişi hak ve özgürlüklerini zedeleyecek olan bir sonuç yaratacağı ortadadır”. (YCGK, T.19.06.2018, E. 2017/10-341, K.2018/291). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 19.10.2018).

³²⁶ Donay, s.113; Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s. 118; Tozman, s.325.

³²⁷ Schröder-Yenisey, s.20.

³²⁸ Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s. 118 vd.; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s. 57.

Masumiyet karinesinin doğurduğu bir diğer sonuç basın özgürlüğüne ilişkindir³²⁹. Basın özgürlüğü kapsamında kullanılan haber verme hakkıyla masumiyet karinesi zaman zaman çatışmaktadır³³⁰. Diğer tarafta basın özgürlüğü çerçevesinde kullanılan haber verme hakkı varken, diğer taraftan yargılanan kişinin masum sayılma hakkı vardır³³¹. Günümüz teknolojisinde kitle iletişim araçlarının kullanım ve erişiminin pratik ve hızlı olması yargılamaya ilişkin bilgi ve belgelerin kamuoyuyla hızlıca paylaşılmasına neden olmaktadır³³². Sosyal medya kullanımının yaygınlaşmasıyla bu durum daha da artmıştır.

Özellikle toplum tarafından merak edilmesi sebebiyle medyanın yoğun ilgi gösterdiği suç haberleri yapılırken basın özgürlüğü ve masumiyet karinesi arasındaki çatışma daha çok gündeme gelmektedir³³³. Bu tarz haberlerde genellikle suçun faili veya şüpheli olarak lanse edilen kişilerin şeref ve haysiyetlerine, can güvenliklerine yönelik zarar verici bir durum söz konusu olmaktadır³³⁴. Bununla birlikte yargılama makamı baskı ve etki altına alınarak yargılanan kişinin savunma hakkı da büyük ölçüde önemini yitirecektir³³⁵. Çünkü savunma makamı hem iddianamede yer alan suçlamalara karşı hem de basında yer alan haberlerden dolayı etkilenen yargılama makamının önyargısı karşısında³³⁶ savunma yapmak durumunda kalacaktır³³⁷. Bu şartlar altında yapılan savunmanın hüküm açısından esas teşkil etmesi mümkün olmayacağı için bu hakkın kullanımı kısıtlanmış olacaktır. Nitekim adil bir muhakeme ancak yargılama makamının

³²⁹ Schröder-Yenisey, s 18; Şık, s. 127.

³³⁰ Grabenwarter, s.169; Şık, s. 128 vd.

³³¹ Dönmezer, Sulhi, Basın ve Hukuku, 4.bası, İstanbul, 1976, s.310.

³³² Yüzer, Dilara, Basın Yoluyla Adli Haberlerin Verilişi ve Suçsuzluk Karinesi, DEÜHFD, Cilt 15, Özel Sayı, 2013, s. 1653.

³³³ Koca, s.95.

³³⁴ Koca, s.96; Yarsuvat, Duygun, Kitle İletişim Araçlarının Ceza Adaletine Etkisi, Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998, s.469; Şık, s.128

³³⁵ Dönmezer, Basın, s.68; Yarsuvat, Kitle İletişim, s.476.

³³⁶ “Suçsuzluk karinesine, sadece yargı organları ile diğer kamu görevlileri değil, basın ve yayın organları da saygı göstermek zorundadır. Bu sebeple basın ve yayın organları, yürütülmekte olan adli bir soruşturma ya da devam etmekte olan bir ceza davası ile ilgili haber, yorum ve eleştiri yaparken, kişilerin suçlu olarak damgalanmalarına yol açacak ifadeleri kullanmamalıdır. Zira bir kişinin suçluluğuna ya da suçsuzluğuna, basın ve yayın organları değil, hukuk kurallarına riayet eden yetkili yargı organlarınınca karar verilir. Aksi takdirde, sadece suçsuzluk karinesi değil, yargı otoritesi de zedelenir” (Yarg. 12 CD, T. 17.01.2018, E.2017/1828, K. 2018/544). Karar için bkz.www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 25.10.2018).

³³⁷ Koca, s.99; Tozman, s.338.

sanığa ilişkin herhangi bir önyargısı olmadan ceza usulüne ilişkin kurallara göre yargılama yapması halinde gerçekleşecektir³³⁸.

Yapılan haberlerle olayın gerçek suçlusu şeklinde gösterilen ve hakkında şüphe bulunan kişi uzun yargılamalardan sonra beraat edebilmektedir³³⁹. Ancak kişi yargılanırken çeşitli medya araçlarıyla suçlu şeklinde gösterilirken; yargılama sonucunda beraat ettiğinde haber yapılmamakta bu durum da kişinin kamuoyunda hala bir suçlu gibi görülmesine neden olmaktadır³⁴⁰.

Ayrıca Türkiye’de son zamanlarda suçluların bulunmasına yönelik televizyon programları artmıştır. Söz konusu programlarda suçun faili olduğu düşünülen kişiler araştırılmakta ve tanık beyanlarıyla birlikte deliller değerlendirilmeye çalışılmaktadır. Mevzubahis televizyon programları, soruşturma makamlarınca suç işlediğinden dolayı şüphelenilen ve hakkında henüz bir mahkûmiyet hükmü olmayan kişiyi, suçlamalarla itham altında bırakarak kamuoyu nezdinde fail olarak algılanmasına sebep olmaktadır. Ceza muhakemesi açısından da bu durum, soruşturma aşamasında delillerin toplanmasının güçleşmesine ve programı takip eden suçun faillerinin kaçmasına sebep olmaktadır³⁴¹.

Tüm bu nedenlerle basın özgürlüğü kapsamında haber yapılırken; haberin gerçeğe uygun, güncel, toplumsal ilgiye ve yarara yönelik olması ve haberin veriliş şekli önemlidir³⁴². Gerçeğe uygunluk, haber kaynağının araştırılması ve birkaç yerden haberin doğruluğunun tespit edilmesi halinde mümkündür³⁴³. Buradaki gerçeklik, maddi gerçekten ziyade mevcut durumda kabul edilen gerçekliktir³⁴⁴. Güncellik ise somut olayın şartlarına göre tespit edilmekle birlikte haberin, olayın olduğu an veya olaydan kısa bir süre sonra³⁴⁵ yayımlanmasını ifade eder³⁴⁶.

³³⁸ Koca, s.100; Keskin, s.150.

³³⁹ Dönmezer, Basın, s.311; Doğan, s. 145.

³⁴⁰ Tozman, s.339; Dönmezer, Basın, s. 311.

³⁴¹ Dönmezer, Basın, s.310.

³⁴² Özek, Çetin, Türk Basın Hukuku, İstanbul 1978, s. 175 vd.; Yarsuvat, s.469; Yenidünya, Caner-Alşahin, Mehmet Emin, Bireyin Şerefine Karşı Suçlar, TBBD, S. 68, 2007, s. 63. Yüzer, s.1660 vd.

³⁴³ Özek, Basın Hukuku, s. 175; Yarsuvat, s.469.

³⁴⁴ Koca, s.97; Yenidünya-Alşahin, s.63; Yüzer, s.1662.

³⁴⁵ Özek, Basın Hukuku, s.177; Yenidünya-Alşahin, s.63; Yüzer, s.1664.

³⁴⁶ “Dava konusu yayının bu kurallara uygun olup olmadığı konusuna gelince; haberin yayınlanmasında kamu yararı bulunduğu, güncel olduğu, konu ile ifade arasında düşünsel bağılılık bulunduğu, haberin objektif olarak verildiği, abartılmadığı kuşkusuzdur. Bir gün önce meydana gelen bir öldürme olayı,

Diğer yandan toplumsal yararın ve ilginin olmadığı haberler kişisel değerlere zarar verebileceği için hukuka aykırı olur³⁴⁷. Dolayısıyla yapılan haberde toplumsal yarar ve ilginin olup olmadığı araştırılmalıdır. Son olarak haberin veriliş şekli çok önemlidir. Diğer üç unsur mevcut olmasına rağmen haberin konu olayı gerçekleştiren kişiyi suçlayıcı, aşağılayıcı bir şekilde haber yapılması basın özgürlüğünün sınırını aşarak masumiyet karinesi ihlal edebilecektir³⁴⁸. Bu nedenle haber kamuoyuna sunulurken, tahkir kastı olmamalı yani kişinin yargılama aşamasında suçlu olarak itham edilmemesi, fotoğrafının kamuoyuyla paylaşılması³⁴⁹ ve ikamet ettiği, çalıştığı adres gibi kişisel bilgiler verilmemesi gerekmektedir. Aksi halde yargılanan bireyin masum sayılma hakkı dolayısıyla savunma hakkı, kimi durumlarda da bireyin güvenliği ve hürriyeti tehlikeye girecektir.

Ülkemizde basın aracılığıyla suçsuzluk karinesini önlemeye yönelik olarak Basın Kanunun 19. maddesinde soruşturma evresine ilişkin soruşturmaya ilişkin belgelerin yayımlanması halinde, kovuşturma evresinde de yargılamayı etkilemeye yönelik bir yayım halinde para cezası yaptırımını öngörülmüştür. TCK'nın 285. maddesine göre soruşturmanın ve kanunen veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmanın gizliliğini ihlal eden kişiye hapis cezası veya adli para cezası verilir. TCK'nın 286. maddesinde soruşturma veya kovuşturma evresinde ses veya görüntünün herhangi bir yetki olmadan alınması halinde de hapis cezası öngörülmüştür. Yine 288. maddeye göre kovuşturma veya soruşturmayı aleni olarak etkilemeye yönelik bir teşebbüste bulunan kişiye adli para cezası verilir. Tüm bu cezai yaptırımlarla basın aracılığıyla şüpheli/sanığın peşinen suçlu sayılmasının sonucunda savunma hakkının önemini yitirmesinin de önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

C. İsnadı ve Hakları Öğrenme Hakkı

Sanığın meramını anlatmadan önce hakkında yapılan isnadı ve hakları öğrenmesi gerekir. Nitekim kişinin neyle ve hangi sebeple suçlandığını bilmemesi

belli bir üslup ile gazetede yer almıştır” (Yarg. 4. HD, T. 03.02.1983, E. 1982/11527, K. 1983/1087).

Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 27.10.2018).

³⁴⁷ Özek, Basın Hukuku, s.178; Koca, s.97-98.

³⁴⁸ Yarsuvat, s.470.

³⁴⁹ Yarsuvat, s.470.

durumunda kendisini etkili bir şekilde savunamayacağı açıktır³⁵⁰. Dolayısıyla savunma hakkının etkili bir şekilde kullanılması, kişinin ne ile suçlandığını ve buna karşılık hangi haklarının olduğunu öğrenmesine bağlıdır. Bu bağlamda sanığın etkili savunma yapmasının engellenmesi bu hakkın kullanımını kısıtlayacaktır³⁵¹.

İHAS'ın 6/3-a maddesinde kişiye yönelik isnadın niteliği ve nedeni mümkün olduğunca en kısa zamanda, anladığı dilde ve etraflıca kendisine bildirilmesi düzenlenerek isnadı öğrenme hakkı korunmuştur. İtham edilen suçlama bildirilirken, dayanılan temel delillerin bildirilmesinin yükümlülüğü olmasa da suçun tüm olguları bildirilmelidir³⁵². Kişiye isnadın ne olduğu ve niteliği, savunmanın yapılmasını sağlayabilecek derecede³⁵³ aktarılmalıdır³⁵⁴. Yargılama sırasında suçun hukuki niteliği değişmesi halinde bu durum bir an önce sanığa³⁵⁵ bildirilmelidir³⁵⁶. Bu sayede sanık meramını anlatabilme ilkesi çerçevesinde kendine ayrıca tanınan süre içerisinde ek savunmasını yapabilecektir. Suç isnadı bildirilirken sanığın anladığı dilde olmasına da dikkat edilmelidir³⁵⁷. Ancak buradan sanığa dosyanın tamamının çevrilmesi gerektiği anlaşılmamalı, sadece itham edilen suçlamalara ilişkin aydınlatılmış olması ve sanığın

³⁵⁰ **Donay**, s.131; **Feyzioğlu, Metin**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6/3-a Uyarınca Isnadın Bildirilmesi ve Türk Hukuku, TBBD, S. 55, 2004, s.103; **Yenidünya-İçer**, s.90; **Harris- O'Boyle-Bates-Buckley**, s.310; **Şahin-Göktürk**, I, s.140; **Çayan**, s.161.

³⁵¹ “Suç isnadı altındaki kişiye savunma hakkının şeklen değil gerçek anlamda sağlanması gerekir. Bunun için suç isnadı altında bulunan kişiye, savunmasını hazırlayıp mahkeme önünde dile getirebilmesi ve böylece yargılamanın sonucunu etkileyebilmesi için isnadın bildirilmesi gerekmektedir. Hakkındaki isnadı bilmeyen kimsenin savunma yapması mümkün değildir. Dolayısıyla isnadın bildirilmediği bir yargılamanın adil olduğundan söz edilemez. Bu itibarla adil yargılanma hakkının isnadın bildirilmesine ilişkin güvenceyi de kapsadığı anlaşılmaktadır”. (AYM, T.02.02.2017, Başvuru No. 2014/875,). Karar için bkz. www.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 27.10.2018).

³⁵² **İnceoğlu**, s.315; **Harris- O'Boyle-Bates-Buckley**, s.311; **Çayan**, s.161.

³⁵³ Her davanın koşullarına göre değişmekle birlikte sanığın aleyhindeki suçlamalar etkin bir savunma yapabileceği ölçüde aktarılmalıdır. Savunmasını yapmayı sağlayabilecek her türlü bilgi anlayabileceği imkân ve zamanın olması gerekir. (**Mattoccia/İtalya**, T.25.07.2000, Başvuru No. 23969/94,). Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int>. (Erişim Tarihi: 24.10.2018).

³⁵⁴ **Donay**, s.132-133; **Harris- O'Boyle-Bates-Buckley**, s.311; **Çayan**, s.161.

³⁵⁵ **Donay**, s.132; **Harris- O'Boyle-Bates-Buckley**, s.311; **Çayan**, s.163.

³⁵⁶ Buna ilişkin İHAM vermiş olduğu kararda, başvurunun, suçun niteliğinin değiştiğini son gün öğrenmesi ve bu suçtan mahkûm edilmesini sözleşmenin 6. maddenin 3.fıkrasının a bendine aykırı bulmuştur. **Pélissier ve Sassi/Fransa**, T. 25.03.1999, Başvuru No. 25444/94; Aynı yönde bkz. **Block/Macaristan**, T. 25.01.2011, Başvuru No. 56282/09. Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int> (Erişim Tarihi: 30.10.2018).

³⁵⁷ **Feyzioğlu**, Isnadın Bildirilmesi, s.108; **İnceoğlu**, s.312; **Harris- O'Boyle-Bates-Buckley**, s.310; **Çayan**, s.161. **Kaşıkar**, s.202.

yapmış olduğu savunmadan da bunun anlaşılıyor olması yeterli³⁵⁸ görülmüştür³⁵⁹. İsnadın olabildiğince en kısa zamanda bildirilmesi somut olaya göre değişkenlik gösterecektir³⁶⁰. Ancak ceza davaları bakımından “en kısa sürenin” sanığın duruşmadan önce savunmasını hazırlamaya yetecek zamanda olması gerekmektedir³⁶¹.

Anayasamızda isnadı ve hakları öğrenme hakkına yer verilmemiş olsa da, bu hak Anayasa’nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının bir alt başlığı olarak değerlendirilebilir³⁶². Ceza yargılaması hukukumuzda isnadın ve hakların öğrenilmesine yönelik düzenlemeler getirilmiştir. Buna göre CMK’nın 176. maddesinde iddianamenin sanığa tebliği, 90. maddenin 4. fıkrasında kolluk tarafından yakalanan kişiye haklarının bildirilmesi hususu düzenlenmiştir. CMK’nın 147. maddesinde ifade veya sorgudan önce şüpheli ya da sanık sıfatını taşıyan kişilere kendisi hakkında isnat edilen suçun anlatılması gerektiği düzenlenmiştir. CMK’nın 191. maddesinin 3. fıkrasının b bendinde, duruşma aşamasında sanığa iddianame veya iddianame yerine kabul edilen belgelerde geçen suçun hukuki niteliği ve suçlamayla ilişkili fiiller ve delillerin anlatılacağı belirtilmiştir³⁶³.

Son olarak İHAM kararlarında sıklıkla görülen suçun niteliğinin değişmesi halinde bu durum sanığa bildirilerek ek savunma yapması ve istemi halinde savunması

³⁵⁸ Tezcan-Erdem-Sancakdar-Önok, s.328; Kaşıkara, s.202.

³⁵⁹ Alman vatandaşına İtalyanca tebligat yapılmış, başvurusunun tebligatın Almanca veya Çekce dilerinden birine çevrilmesi talebi reddedilmiştir. İHAM, sözleşmenin 6.maddesinin 3.fıkrasının a bendinin ihlal edildiğine karar vermiştir. (Brozicek/ İtalya, T. 19.12.1989, Başvuru No. 10964/84) Aynı yönde bkz. İHAM kararı için bkz. Kamasinski/Avusturya, T. 19.12.1989, Başvuru No. 9783/82. Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int> (Erişim Tarihi: 30.10.2018).

³⁶⁰ Tezcan-Erdem-Sancakdar-Önok, s.328; İnceoğlu, s.318; Harris- O’Boyle-Bates-Buckley, s.310

³⁶¹ Feyzioğlu, İsnadın Bildirilmesi, s.109; Harris- O’Boyle-Bates-Buckley, s.311.

³⁶² İnceoğlu, s.318.

³⁶³ “Kanun koyucu da, CMK’nun 176. maddesinde iddianamenin çağrı kağıdı ile birlikte sanığa tebliğini ve savunması hazırlanmasına imkan sağlanmak üzere tebliğ ile duruşma günü arasında en az bir hafta süre bulunmasını öngörmüş, ayrıca 191. madde ile sanığın üzerine atılı suçu ayrıntılarıyla öğrenmesi ve savunma hakkını en iyi şekilde kullanması için iddianamenin okunması zorunluluğunu getirmiştir. Söz konusu düzenlemeler savunma ve yapılan isnadı öğrenme hakkı kapsamında olup, sanığın hakkındaki suçlamalardan haberdar olması ve daha etkili savunma yapması amaçlanmaktadır. Bu açıklamalar ışığında uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde; 21.09.2004 tarihinde düzenlenen iddianamenin sanığa tebliğ edilmediği ve çıkarılan yakalama emri sonucunda 23.10.2007 günü yakalanarak aynı tarihte savunması alınmadan önce iddianamenin okunmadığı anlaşıldığından, yargılama aşamasında hiçbir şekilde iddianameden haberdar olmayan ve savunması alınmadan önce de iddianame kendisine okunmamış olan sanığın savunma hakkının 5271 sayılı CMK’nun 191/3-b maddesine aykırı davranılmak suretiyle sınırlandığı kabul edilmelidir” (YCGK, T. 04.06.2013, E.2012/13-1401, K. 2013/277.). Karar için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 31.11.2018).

için ek süre verilmesi gerektiği CMK'nın 226. maddesinde düzenlenmiştir. Sanığa, “isnat edilen suçların anlatılmaması veya suçun hukuki niteliği değiştiği” gerekçesiyle savunması için ek süre verilmemesi halinde sanığın savunma hakkı kısıtlanmış olacaktır³⁶⁴.

D. Meramını Anlatabilme İlkesi

Her sanığın derdini ifade edebilmesi, ne talep ettiğini söyleyebilmesi, kendini ifade edemeden mahkûm edilmemesi, hakkındaki suçlamaları çürütebilmesini sağlayarak yargılamaya etki eden ilkeye “meramını anlatabilme ilkesi” denir³⁶⁵. Hukuk devleti ilkesinden türeyen bu ilkeyle sanık, ceza yargılamasında bir obje olarak bulunmayıp, bilgi ve savunmasını yargı makamlarının önünde izah ederek yargılamayı etkileyebilen savunma süjesidir³⁶⁶.

Bu bağlamda meramını anlatabilme ilkesi, sanığın savunma hakkını kullanabilmesini sağlayan en temel ilkelerden biridir³⁶⁷. Söz konusu ilke kapsamında, sanık hakkındaki suçlamalardan kurtulabilmek amacıyla açıklamada bulunabilmesi, her delili gösterebilmesi ve söylediklerinin dikkate alınmasını isteyebilme hakkına sahiptir³⁶⁸. Tüm bu haklar hem kovuşturma aşamasında hem de soruşturma aşamasında geçerlidir³⁶⁹. Bu sayede sanık henüz soruşturma aşamasında savunma hakkını elde etmiş olacak ve koyduğu delillerle muhakemeyi yönlendirebilecektir³⁷⁰.

Meramını anlatabilme ilkesi İHAS'ın 6. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre İHAS 6/1'de sanığın adil yargılanmak amacıyla belirli taleplerde bulunabileceği

³⁶⁴ “Sanık hakkında 5271 Sayılı CMK'nın 226. maddesi hükmü gereğince, ek savunma hakkı tanınmadan, iddianamede gösterilmeyen 5237 Sayılı TCK'nin 87/1-son maddesinin uygulanması suretiyle sanığın savunma hakkının kısıtlanması” (Yarg. 3.CD, T. 31.10.2018 E. 2018/769, K.2018/16333). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 31.11.2018).

³⁶⁵ Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s. 136; Ünver-Hakeri, s.19.

³⁶⁶ Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s. 136; Kafes, Veli, Ceza Muhakemesinde Meraam Anlatma İlkesinin Sağlanması, CHKD, Cilt 3, S. 2, 2015, s.182.

³⁶⁷ Karakehya, Hakan, Ceza Muhakemesinde Sanığın Meramını Anlatabilme Hakkının Unsurları, CHKD, Cilt 3, S. 2, 2015, s. 199.

³⁶⁸ Cihan, 50.yılda, s.142; Yüce, Ümanist İlkeler, s.39, Ünver-Hakeri, s.19; Karakehya, Meramını Anlatabilme, s.199.

³⁶⁹ Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.54; Kafes, s.185.

³⁷⁰ Koca, s.112.

düzenlenerek meramını anlatabilme ilkesi düzenlenmiştir. Bununla birlikte adil yargılama hakkının özel uygulama şekillerinin bulunduğu 3. fıkranın³⁷¹ d bendinde iddia makamının tanıklarıyla birlikte savunma makamının tanıklarının da dinlenilme imkânının tanınması düzenlenmiştir³⁷².

Bu düzenlemeyle sanığın meramını anlatarak muhakemeye yön vermesi korunmak istenmiştir³⁷³. Dolayısıyla sanığın meramını anlatmasıyla, suçlamalar karşısında kendisini savunarak yargılama sürecinde aktif olarak yer alabilecektir.

Meramını anlatabilme ilkesi anayasamızda açıkça düzenlenmemiştir³⁷⁴. Ancak hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olması sebebiyle anayasamızda ayrıca düzenlenmesinin bir önemi olmayacaktır³⁷⁵.

CMK'ya baktığımızda ilkenin uygulama alanı bulunduğunu görüyoruz. Kanunun 177. maddesinin 1. fıkrasında sanığın delillerin toplanmasını bu bağlamda tanık ve bilirkişi dinlenmesini isteyebileceği; 178. maddesinin 1. fıkrasında “tanık ve bilirkişi dinlenilmesi talebinin” reddedilmesi halinde söz konusu kişileri duruşmaya getirebileceği düzenlenmiştir.

CMK'nın 201. maddesinde sanığın hâkim veya mahkeme başkanı aracılığıyla tanıklara, bilirkişilere, duruşmaya çağrılan kişilere soru yöneltmesi imkânı tanınmıştır. Meramını anlatabilme ilkesi kapsamında CMK'nın 215. maddesinde duruşmada belgenin okunması veya tanık ve bilirkişilerin dinlenilmesinden sonra³⁷⁶ ve 216. maddesinde

³⁷¹ Gözübüyük-Gölcüklü, s.266; Harris- O'Boyle-Bates-Buckley, s.326; Kafes, s.183-184.

³⁷² İHAM'ın vermiş olduğu kararda başvuruçuların silahlı soygun suçundan mahkûmiyetleri, sorgulama esnasında herhangi bir şekilde tanıyıp göremedikleri ve dinlemedikleri gizli polis tanıkların beyanlarına dayanmasını sözleşmenin 6. maddesinin 3. fıkrasının d bendi ile 6. maddesinin 1. fıkrasına aykırı bularak adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. (Van Mechelen ve Diğerleri/Hollanda, T.23.04.1997, Başvuru No. 21363/93). Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int> (Erişim Tarihi: 20.11.2018).

³⁷³ Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.54; Kafes, s.183.

³⁷⁴ Alman Anayasası 103 üncü maddesinin 1.fıkrasında ise bu ilkeye açıkça yer vermişlerdir: “Herkes, mahkemede, yasal usule göre dinlenmek hakkına sahiptir”.

³⁷⁵ Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s. 137.

³⁷⁶ “Mahkemenin gerekçesinde de ifade edilen dönemin Genelkurmay Başkanı Hilmi Özkök ve Kara Kuvvetleri Komutanı Aytaç Yalman'ın tanıklıklarının reddi ‘çelişmeli yargılama ilkesine’ ve ‘savunma tanıklarının davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanması hakkına’ uygun olmaması nedeniyle adil yargılanma hakkını ihlal etmiştir”. (AYM, T.18.06.2014, Başvuru No. 2013/7800). Karar için bkz. www.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 27.10.2018).

delillerin tartışılması sırasında sanığa ve müdafine söz verilir³⁷⁷. Son olarak 226. maddede suçun niteliğinin değişmesi halinde sanığa ek savunma hakkı³⁷⁸ ve bunun için süre verileceği ifade edilmiştir³⁷⁹.

E. Susma Hakkı ve Kendini İtham Etmeme Hakkı (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare İlkesi)

Birey savunma hakkını kullanırken savunmasını, meramını anlatabilme ilkesi doğrultusunda aktif bir şekilde yapabileceği gibi pasif olarak da “susma hakkı” çerçevesinde yapabilir³⁸⁰.

İlk kez 1215 yılında Magna Carta’da ele alınan³⁸¹ susma hakkı kovuşturma ve soruşturma makamlarınca, sanığın veya şüphelinin görüş beyan etmemeye yönelik

³⁷⁷ “Hükmün açıklandığı 27.10.2017 tarihli oturumda hazır bulunan sanığa sonsözün verilmemesi suretiyle CMK’nın 216/3 ve 289/1-h maddelerine muhalefet edilerek savunma hakkının kısıtlanması” (Yarg. 16. CD, T. 12.07.2018, E. 2018/1677, K. 2018/2414). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 30.10.2018).

³⁷⁸ “Suçun iddianamede gösterilen niteliğinin değişmesi halinde sanığa ek savunma verilmesi 1412 Sayılı CYUY’nun 258. maddesinde düzenlenmiş, 01 Haziran 2005 tarihinde 5271 Sayılı CYY’nun 226. maddesinde de benzer bir düzenleme getirilmiştir. CYUY’nun 258. maddenin; ‘İddianamede gösterilen suçun temas ettiği kanun maddelerinde belirtilen cezadan daha az bir ceza verilmesini gerektiren hallerde sanık, meşruhatlı davetiye tebliğine rağmen duruşmaya gelmez veya davetiye tebliğ edilemez ise bu maddenin birinci fıkrası hükmü uygulanmaz’ şeklindeki son fıkrası hükmüne CYY’nun 226. maddesinde yer verilmemiş, böylece iddianamede gösterilen suçtan daha az ceza verilmesini gerektiren hallerde bile sanığa veya müdafine mutlaka ek savunma hakkı tanınması kabul edilmiştir. Bu husus yeni usul Yasasında savunma hakkının daha da güçlendirilmesine dair yaklaşımın bir sonucudur. (...) Somut olayda, sanıklar hakkında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan 765 Sayılı TCY’nun 179/2-3 maddelerinin uygulanması istemiyle kamu davası açılmış, Cumhuriyet savcısı esas hakkındaki mütalaasında sanıkların bu suçtan beraatlerini talep etmiş, yerel mahkemece sanıklara ek savunma hakkı tanımadan lehe olan 5237 Sayılı TCY’nun 109/1-3 maddelerinin dokuzar kez uygulanması suretiyle cezalandırılmalarına karar verilmek suretiyle sanıkların savunma hakları kısıtlanmıştır” (YCGK, T. 21.06.2011, E. 2010/8-261, K. 2011/141,). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 30.10.2018).

³⁷⁹ İHAM’ın vermiş olduğu kararda, başvuruçular hakkında açılan dava eski TCK 125. m’deye dayanmaktayken son duruşmada eski TCK 168. m’ye (Silahlı Çeteye Üyelik Suçu) göre savunma yapmaları istenmesine rağmen bunun için ek süre verilmeden eTCK 168. m’ye göre mahkûmiyet kararı verilmesini sözleşmenin 6. maddesinin 3. fıkrasının d bendi ile 6. maddesinin 1.fıkrasına aykırı bularak adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. (SADAK ve Diğerleri/Türkiye, T.17.07.2001, Başvuru No. 29900/96). Karar için bkz. https://hudoc.echr.coe.int (Erişim Tarihi: 30.10.2018).

³⁸⁰ Zafer, Savunma Hakkı s.511; Ingram, Jefferson, “Criminal Procedure-Theory and Practice”, 1st Ed., New Jersey, 2005, s. 214; Kocaoglu, Serhat Sinan, Susma Hakkı, ABD, S.2011/1, 2011, s.31.

³⁸¹ Billing, Fenella M.W., The Right to Silence in Transnational Criminal Proceedings Comparative Law Perspectives, Bassel, 2016, s.6; Demirbaş, Şüphelinin İfadesinin Alınması, s.74.

iradesine karşı zorlayıcı veya baskıcı bir tutum ile delil elde edilmesine karşı bireyi koruma amacı güder³⁸².

Susma hakkı, daha önce ele aldığımız masumiyet karinesinin bir sonucudur. Buna göre, sanığın susması hakkında isnat edilen suç hakkında kendini savunabileceği herhangi bir şey olmaması sebebiyle sustuğu düşünülerek ceza verilmesi susma hakkıyla birlikte masumiyet karinesi bakımından da ihlal teşkil edecektir³⁸³.

Susma hakkının dayanağı olarak görülen ilke “kişinin kendini suçlamaya zorlanamaması ilkesi (Nemo Tenetur İlkesi)”dir³⁸⁴. Susma hakkı ve kişinin kendini suçlamaya zorlanamama ilkesi ceza yargılaması bakımından bir bütünlük arz etmiştir³⁸⁵. Susma hakkı, kişinin itham karşısında sessizliğini koruması olarak ifade edilirken³⁸⁶, Nemo Tenetur ilkesi kişinin bir taraftan kendini suçlamamak için konuşmaya zorlanamayacağı halini kapsadığı gibi³⁸⁷, ithamlar karşısında kendini aktif bir şekilde savunabileceği halini³⁸⁸ de kapsamaktadır³⁸⁹. Susma hakkı ve Nemo Tenetur ilkesiyle sanığın konuşmaya veya susmaya ilişkin hür iradesinin koruma altına alınması amaçlanmaktadır³⁹⁰. Söz konusu haklarla sanığın özgür iradesi korunarak, sanığa baskı altında savunma yapması ve söylemek istemediği ifadelerin zorla söylenilmesinin önüne geçilmesi sağlanmıştır.

Susma ve kendini itham etmeme hakkı, uluslararası hukukta adil yargılanma hakkının önemli bir parçası olarak

³⁸² **Demirbaş**, Şüphelinin İfadesinin Alınması, s.146-147; **Peters, Anne**, Adil Yargılanma (m.6 f.1 ve 2), Çev. **Koca, Mahmut**, Adil Yargılanma ve Ceza Hukuku Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi-3, Nurullah Kunter’e Armağan, Ankara, 2004,s.125; **Özdemir, Didar**, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Susma Hakkı, GÜHFD, S. 2017/2, 2017, s.151-152; **Şahin-Göktürk**, I, s.143; **Uluslararası Af Örgütü**, Adil Yargılanma Hakkı, s.186.

³⁸³ **Erem, Faruk**, Susma Hakkı, Yargıtay Dergisi, 1993, C.18, S.3, s.298; **Schröder-Yenisey**, s.22; **Tezcan-Erdem-Sancakdar-Önok**, s.301; **Şahin, Cumhur**, İkrar ve Savunma Hakkı, Ceza Hukuku Reformu, İstanbul 2001, s.139; **Vitkauskas- Dikov**, s.95.

³⁸⁴ **Billing**, s.8 vd.

³⁸⁵ **Kan Aydın, Çağrı**, Adil Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak “Susma Hakkı”, TBDD, S. 91, 2010, s. 163.

³⁸⁶ **Erem**, Susma Hakkı, s.296-297; **İtişgen, Rezzan**, Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı, İstanbul, 2013, s.4.

³⁸⁷ **İtişgen**, s.4; **Eser**, Sanığın Hukuki Durumu, Çev. **Centel**, s. 319.

³⁸⁸ “ Susma hakkı ve kendini itham etmeme hakkı arasında

³⁸⁹ **Yenisey-Nuhoglu**, s. 74; **Ünver-Hakeri**, s. 72; **İtişgen**, s.4; **Eser**, Sanığın Hukuki Durumu, Çev. **Centel**, s. 319.

³⁹⁰ **Peters**, Adil Yargılanma (m. 6 f. 1 ve 2), Çev. **Koca**, s.125; **Billing**, s.7; **Ünver-Hakeri**, s.72.

kabul edilmiştir³⁹¹. Bu haklar, İHAS’da açık bir şekilde düzenlenmese de, “Adil Yargılanma Hakkı”nın düzenlendiği 6. maddenin 1. fıkrası kapsamında değerlendirilmektedir³⁹². İHAM, susma hakkına yönelik olarak söz konusu hakkın mutlak bir hak olmadığını ancak yalnızca sanığın suçlamalar ve yöneltile sorular karşısında sessiz kalmasına dayanılarak mahkûmiyet verilmesini adil yargılanma hakkının ihlali kapsamında³⁹³ ele alınacağını belirtmiştir³⁹⁴.

Yine İHAM vermiş olduğu kararlarında susma hakkı ve nemo tenetur ilkesi çerçevesinde şüpheli veya sanığın kendi aleyhine delil sunmama hakkını da³⁹⁵ korumuştur³⁹⁶.

Kendini suçlamaya zorlanamama ilkesi bakımından İHAM içtihatlarında ele alınan hususlardan birisi beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması konusudur. Bazı

³⁹¹ Billing, s.6.

³⁹² Müdafiden yararlanma hakkı ve suçlamalar karşısında sessiz kalma hakkının etkin kullanabilmesi için suçlanan kişiler tarafından bilinmesi gerekir. Bu sebeple ceza yargılamasında sanığın İHAS’ın adil yargılanma hakkı başlıklı 6. maddesi kapsamında bu hakların hatırlatılması gerekir. (**İbrahim ve diğerleri/ Birleşik Krallık**, T.13.09.2016, Başvuru No. 50541/08, 50571/08, 50573/08, 40351/09). Aynı yönde bkz. **Simeonovi/Bulgaristan**, T.12/05/2017, Başvuru No. 21980/04, **Bozkaya/Türkiye**, T.05.09.2017, Başvuru No. 46661/09). Kararlar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int> (Erişim Tarihi: 11.10.2018).

³⁹³ Buna ilişkin İHAM vermiş olduğu kararda, başvurucuyu yargılayan mahkemenin, başvurucunun olay yerinde ne yaptığını söylememesi ve duruşmada ifade vermemesinde yola çıkarak mahkûmiyet hükmü vermesini susma hakkının kısıtlanması şeklinde yorumlamıştır. (**John Murray/ İngiltere**, T. 08.02.1996, Başvuru No.18731/91); Aynı yönde bkz. **Krumpholz/ Avusturya**, T.18.03.2010, Başvuru No. 13201/05. Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int> (Erişim Tarihi: 11.10.2018)

³⁹⁴ Benzer yönde Yargıtay vermiş olduğu kararda “*Ceza Yargılamasının amacı hiç bir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Sanığın savunmasının aksini kanıtlaması ondan beklenemez, kaldı ki CYUY’nın 135nci maddesi (CMK 147) uyarınca sanığın susma hakkı bulunmaktadır. Susma hakkını kullanan sanığın ‘sükut ikrardan gelir’ deyişine dayanılarak suçu kabul ettiği söylenemeyeceği gibi, savunmasını kanıtlaması da istenemez. Sanığa yüklenen suçun sübuta erdiği yapılan yargılama sonucunda kuşkuyla yer vermeksizin ortaya çıkarılmalıdır. Ceza Yargılamasında kuşkunun bulunduğu yerde mahkûmiyet kararına yer yoktur. Bu ilke evrenseldir*”. şeklinde belirtmiştir. (**YCGK**, T. 19.4.1993, E. 1993/6-81, K. 1993/110); “*CYY’nın 135.maddesi uyarınca sanığın susma hakkı bulunduğu gözetilmeden, ‘olayın aydınlanması konusunda mahkemeye yardımcı olmadığı’ gibi yasaya aykırı gerekçeyle TCY’nın 59.maddesinin uygulanması isteğinin reddedilmesi doğru değildir*”. (**Yarg. 4.CD**, T. 12.5.2004, E. 2003/19103, K. 2004/6143). Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 26.10.2018).

³⁹⁵ **Harris- O’Boyle-Bates-Buckley**, s.262-263; **İnceoğlu**, s.162; **Kan Aydın**, s.159.

³⁹⁶ İHAM’ın vermiş olduğu kararda, susma hakkı ve nemo tenetur ilkesi kapsamında, kişinin aleyhine belge ve ticari kayıtların vermesini reddetme hakkı da ele alındığını belirtmiştir. (**Funke/Fransa**, T.25.02.1993, Başvuru No. 10828/84). Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int> (Erişim Tarihi 28.10.2018).

durumlar ve suçlar bakımından beden muayenesi veya vücuttan örnek almak gerekli olabilmektedir³⁹⁷. Örneğin kişinin ölümlü veya yaralanmalı trafik kazasına karışması hâlinde alkol ölçümü için cihazı üfleme reddetmesi halinde³⁹⁸ vücutundan kan alınmasının³⁹⁹ veya çocuk düşürme suçunda failin çocuğu kendi iradesiyle mi düşürdüğüünün anlaşılabilmesi açısından bedenin muayenesinin gerekli olduğu⁴⁰⁰ haller söz konusu olacaktır. Bu tarz durumlarda kişinin kendini itham etmeme hakkının sınırları dâhilinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği doktrinde tartışılmıştır.

Doktrinde bu konuda iki hâkim görüş vardır:

İlk görüşe göre, susma hakkının kapsamının ancak şüpheli veya sanığın kendisine itham edilen fiile karşı geçerli olması sebebiyle vücuttan örnek alınması veya bedenin muayenesinin susma hakkının kapsamının dışında olduğunu ve bunun savunma hakkını zedelemeyeceğini ifade etmişlerdir⁴⁰¹. Alman ceza yargılamasında önemli hususlarda sanığın rızası olmasa dahi bedenin muayene edilebileceği ve kan alınabileceği ancak bunun için yapılacak işlemin sanığın sağlığını olumsuz yönde etkilememesi gerekir⁴⁰².

Diğer görüş ise bedene muayene yapılmadan veya vücuttan örnek alınmadan önce failin söz konusu işlemleri reddedebilme hakkının hatırlatılması gerektiği aksi takdirde elde edilecek herhangi bir delil ya da bulgunun değerlendirilemeyeceği ve

³⁹⁷ İtişgen, s.43.

³⁹⁸ 2018 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu 48/3: “Kişinin yaralanmalı veya ölümlü ya da kollukça müdahil olunan maddi hasarlı trafik kazasına karışması hâlinde, ikinci fıkrada belirtilen muayeneye tabi tutulması zorunludur. Teknik cihaz ile yapılan ölçüme itiraz eden veya bu cihaz ile ölçüm yapılmasına müsaade etmeyen bu sürücüler, en yakın adli tıp kurumuna veya adli tabipliğe veya Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kuruluşlarına götürülerek uyuşturucu veya uyarıcı madde ya da alkol tespitinde kullanılmak üzere vücutlarından kan, tükürük veya idrar gibi örnekler alınır”

³⁹⁹ Ünver-Hakeri, s. 71; Özgenç, İzzet, Ceza Genel Hükümler, 14.Bası, Ankara 2018, s. 353-354.

⁴⁰⁰ İtişgen, s.43.

⁴⁰¹ Centel-Zafer, s.326-327; Yenidünya-İçer, s.657 vd.; Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s.530; Özdemir, Susma Hakkı, s.159; Aksoy İpekçioğlu, Pervin, Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu, MÜHFHAD, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Cilt 19, S. 2, İstanbul, 2013, s. 1173.

⁴⁰² Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Madde 81-a : “Muhakeme için önemli olan olguların tespiti için, şüphelinin vücutunun teftiş edilmesi karan verilebilir. Şüphelinin rızası olmasa dahi sağlığı için bir tehlike oluşturmuyacağı hallerde, inceleme yapmak amacı ile kandan örnek alınması ve bir doktor tarafından, hekimlik sanatının kurallarına uygun olarak vücuda yapılan diğer müdahalelerin gerçekleştirilmesi mümkündür”. Aktaran: Yenisey-Oktar, s.59.

savunma hakkını ihlal edeceği şeklindedir⁴⁰³. Fransız hukukunda beden muayenesini reddeden kişiye karşı hapis ve para cezası öngörülmekte ancak zorla beden muayenesi gerçekleştirilmemektedir⁴⁰⁴.

İHAM ise sanığın kendini itham etmeme hakkının kapsamının kendisine isnat edilen suçlamalara yönelik olduğunu, sanıktan kan, idrar örneği veya vücut dokusu alınmasının nemo tenetur ilkesi veya susma hakkı kapsamında olmadığını ifade etmiştir⁴⁰⁵. Nitekim İHAS’da söz konusu ilke aleni olarak düzenlenmediği için bu durum adil yargılanma hakkı başlığı altında değerlendirilerek karar verilmektedir. Dolayısıyla susma hakkına ilişkin, İHAM karar verirken adil yargılanma sürecine zarar veren bir durumun gerçekleşip gerçekleşmediğine bakarak yeri geldiğinde söz konusu hakkı sınırlandırabilmektedir⁴⁰⁶.

Kanaatimizce de, İHAM’ın “beden muayenesine ve vücuttan alınacak örneklerle” ilişkin içtihatları yerindedir. Adil yargılanma hakkı çerçevesinde susma hakkı, sanığın kendisine isnat edilen fiile yönelik sessiz kalarak savunması ve kendi aleyhine delil sunmama hakkının korunması kapsamında sınırlı şekilde değerlendirilmelidir. Dolayısıyla “beden muayenesinin ve vücuttan alınacak örneklerin” sanığın savunma hakkı kapsamında değerlendirilmemesi yerindedir. Bununla beraber beden muayenesinin ve vücuttan alınacak örneklerin susma hakkı kapsamında değerlendirilmesi, ceza yargılaması bakımından oldukça sakıncalı bir durum teşkil edecektir. Zira ceza yargılamalarında birçok defa sanığın bedeninin muayene edilmesi ve vücudundan örnek alınması gerekmektedir. Söz konusu işlemleri uygularken sanığın susma hakkı kapsamında onayının aranması, ceza yargılaması açısından çok gerçekçi görünmemekte ve ceza yargılamasında maddi gerçeğin araştırılmasının büyük ölçüde aksamasına sebep olacaktır⁴⁰⁷.

⁴⁰³ Centel-Zafer, s. 327; Özdemir, Susma Hakkı, s.159.

⁴⁰⁴ Centel-Zafer, s. 328.

⁴⁰⁵ “Taraflar devletlerin hukuk sistemlerinde ve diğer hukuk sistemlerinde çoğunlukla anlaşıldığı gibi, sanıktan zorlayıcı güç kullanılarak elde edilen ancak şüphelinin iradesinden bağımsız olarak var olan, arama emri ile el koyulan belgeler, DNA, testi için gerekli olan nefes, kan, idrar ve bedensel doku örnekleri gibi delillerin ceza yargılaması sırasında kullanılmasını kapsamaz”. Saunders/ Birleşik Krallık, T. 17.12.1996, Başvuru No. 19187/91. Aktaran: Harris- O’Boyle-Bates-Buckley, s.243.

⁴⁰⁶ İtişgen, s.50.

⁴⁰⁷ Ünver-Hakeri, s.72; Kan Aydın, s. 172.

Türk hukukunda ise Anayasa ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun susma hakkının sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeleri birbiriyle uyumlu değildir. Anayasa'nın 38. maddesinin 5. fıkrasında *“Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz”* hükmüne yer verilerek susma hakkı ve nemo tenetur ilkesine yönelik herhangi bir sınırlandırma kabul edilmemiştir. Buna karşılık CMK'nın 75. maddesinde şüpheli veya sanığın sağlığına zarar verilmeden beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması hali düzenlenmiştir. Ayrıca muayene ve örnek almaya ilişkin *“Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik”*in 18. maddesinde sanık veya şüphelinin rızası olmasa da söz konusu işlemlerin gerçekleştirileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla Anayasa ve diğer ilgili mevzuat bakımından nemo tenetur ilkesinin sınırlandırılabilir olmasına ilişkin bir tezat bir durum söz konusudur. Ceza yargılamasının uygulanabilirliğinin korunması açısından Anayasa'da yer alan hüküm, Alman Anayasası'nda olduğu gibi kaldırılabilir veya daha dar bir şekilde sadece kişiye ya da yakınlarına yöneltilen suçlamalara karşı aleyhte beyanda bulunması için zorlanamayacağı şeklinde düzenlenmesi daha uygun olacaktır⁴⁰⁸.

Türk ceza yargılaması hukukunda susma hakkına ilişkin diğer düzenlemelere baktığımızda, ifade ve sorgu usulünün düzenlendiği CMK'nın 147. maddesinin 1. fıkrasının e bendiyle⁴⁰⁹ duruşmanın başlama usulünün yer aldığı 191. maddesinin 3. fıkrasının c bendinde isnat edilen suça ilişkin beyanda bulunmama hakkının olduğunun bildirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. 147. maddenin 1. fıkrasının a bendinde ise kişinin kimliğiyle alakalı bilgileri cevaplandırmakla yükümlü olduğu hatırlatılarak susma hakkının istisnası düzenlenmiştir. Duruşmanın başlangıcında da sanığın kişisel ve ekonomik durumuna ilişkin bilgilerin alınmasına ilişkin bir düzenlemeye yer verilerek susma hakkına ilişkin benzer bir istisna düzenlenmiştir (madde 191/3-a).

⁴⁰⁸ İtişgen, s.52-53.

⁴⁰⁹ *“CYY.sı 147.maddesinde tanınan susma hakkı kullanan sanık hakkında, ‘... susma hakkıyla siyasi bir duruş içine girdiği ...’ biçiminde yasal olmayan gerekçeyle takdiri indirim nedeninin uygulanmamış olması; bozmayı gerektirmiş ve sanık İ. A.'un temyiz nedenleri ile tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden Hükmün Bozulmasına...”* (Yarg. 4.CD, T. 02.12.2008, E. 2008/10723, K. 2008/21522). Karar için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 8.11.2018).

4. İnsan Haysiyetinin Dokunulmazlığı İlkesi

İnsan haysiyeti⁴¹⁰, insanın kendi iradesiyle kaderini belirlemesine ve çevresini şekillendirmesine imkân veren manevi bir olgudur⁴¹¹. Bu tanımlamadan insan haysiyeti (onuru), kişinin kendi bilinciyle soru sorma, düşünme ve araştırma gibi davranışlarını yönetebilmesini sağlayarak bireyi diğer canlı ve cansız gruplardan ayırmaktadır⁴¹².

İnsan haysiyetinin dokunulmazlığı ilkesi doğrultusunda, kişinin kendisinin dahi vazgeçemeyeceği haklara yönelik kötü muamelede bulunulmasıyla elde edilen delil kullanılamaz ve insan haysiyetinin korunması amacıyla kötü muamele de cezalandırılır⁴¹³. Bununla birlikte sanığa birtakım haklarının olduğu hatırlatılmadan kendisinden ilgili olaya ilişkin bilgiler alınarak bu bilgilerin aleyhine kullanılması da insan haysiyetiyle bağdaşmamaktadır⁴¹⁴. Nitekim sanığın muhakemeye aktif bir şekilde katılabilmesi ve kendini savunabilmesi için hangi haklara sahip olduğunu bilmesi gerekmektedir⁴¹⁵. Son olarak susma hakkı bağlamında da ele alınan yakınlarını suçlamaya zorlanması ve bireyin özel hayatının ihlal edilmesi de insan haysiyetiyle bağdaşmamaktadır⁴¹⁶.

⁴¹⁰ Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararda “ ‘İnsan Haysiyeti’ kavramı insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki ondan aşağı düşünce, muamele ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkarır. İnsan haysiyeti kavramını, toplumların kendi görenek ve geleneklerine ve topluluk kurallarına göre saygıya değer olabilmesi için bir insanda bulunmasını zorunlu gördükleri niteliklerle karıştırmamak gereklidir. Bu kavramın gelişmesi ve yerleşmesi çok uzun bir zaman almış; prangabentlik, teşhir, boyunduruk, dayak gibi cezaların kaldırılması bu sayede mümkün olabilmektedir” ifadesine yer vermiştir. (AYM, T.28.06.1996, E. 1963/132, K. 1966/29). Karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim Tarihi: 22.11.2018).

⁴¹¹ **Öztürk**, Koğuşturma Mecburiyeti, s.68; TBMM Adalet Komisyonunun CMK Tasarısına İlişkin Raporu, E. 1/135-1/292, K. 65, T. 01.12.2004; **Yüce**, Ümanist İlkeler, s.159; **Aslan, Kahan Onur**, İnsan Onuru Kavramı ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması, TBBD, S. 120, 2015, s.156 vd.; **Aliefendioğlu, Yılmaz**, Anayasa Mahkemesinin İnsan Hakları Konusundaki Genel Tavrı, MBD, 1993, Cilt 17, Sayı 155, s.23-24; **Demirbaş**, Şüphelinin İfadesinin Alınması, s. 97.

⁴¹² **Yüce**, Ümanist İlkeler, s.159.

⁴¹³ **Öztürk**, Koğuşturma Mecburiyeti, s.68; **Şahin**, Sanığın Kolluk Tarafından, s.71 vd.

⁴¹⁴ **Öztürk**, Koğuşturma Mecburiyeti, s.69.

⁴¹⁵ **Koca**, s.81.

⁴¹⁶ **Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok**, s. 116-117.

İnsan haysiyetinin ilgili durumlar karşısında dokunulmazlığı ancak hukuk devletinde gerçekleşecektir⁴¹⁷. Bu bakımdan insan haysiyetinin dokunulmazlığı ilkesi, hukuk devleti ilkesine dayanmaktadır⁴¹⁸. İnsan haysiyeti sınırsız bir koruma alanına sahip olmayıp, bu ilke hukuk devleti ilkesi doğrultusunda sınırlandırılabilir. Ceza yargılaması bakımından toplumun huzuru için maddi gerçeğin araştırılması gerektiği durumlarda ceza muhakemesinin ilkeleri çerçevesinde sanık hakkında koruma tedbirleri uygulamak ve yargılama sonucunda verilecek cezanın sonucunda sanığı cezaevine koymak insan haysiyetine aykırılık teşkil etmeyecektir⁴¹⁹. Ancak yargılama aşamasında somut olayın aydınlatılması için sanığın, insan haysiyetine müdahalede bulunularak savunma hakkı hiçbir şekilde kısıtlanamaz. Bu bağlamda sanık kandırılarak veya kendisine ilaç verilerek savunmasının alınması insan haysiyetiyle bağdaşmayan ve savunma hakkını kısıtlayan bir durumdur.

Türk Hukuku'nda, Anayasamızın başlangıç bölümünde her Türk vatandaşının “onurlu bir hayat sürdürmeye hakkı” olduğu düzenlenmiştir. Yine Anayasanın 17. maddesinin 3. fıkrasında hiçbir bireye insan haysiyetine uygun olmayan bir ceza verilemeyeceği veya bir davranışta bulunulamayacağı belirtilmiştir⁴²⁰. Anayasa'da insan haysiyetinin dokunulmazlığı sadece Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları için öngörülmemiş⁴²¹, tüm bireylerin insan olmalarından kaynaklı bir hak olduğu kabul edilerek⁴²² herkes için tanınmıştır⁴²³. Alman Anayasası'nda ise “insan onur ve

⁴¹⁷ Cihan, 50. Yılda, s.143.

⁴¹⁸ Yüce, Ümanist İlkeler, s.158.

⁴¹⁹ Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s. 117; Aslan, İnsan Onuru, s. 165.

⁴²⁰ Ayrıca bkz. Alman Anayasası Madde 1/1: “İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür”.

⁴²¹ Gökçen, Elkoyma, s.41.

⁴²² “Anayasa'nın 17. maddesinin 3. fıkrasında ‘Kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz’ denilerek, bireyin başkalarının ya da kendisinin gözünde küçük düşüren, insan haysiyetiyle bağdaşmayan veya onur kırıcı ceza ya da muameleye tabi tutulamayacağı öngörülmüş ve Anayasa Mahkemesi kararlarında, insan haysiyeti kavramı da insanın hangi durum ve şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan olması nedeniyle sahip olduğu değer tanınması ve sayılması olarak ifade edilmiştir. Bu bağlamda, işlediği bir suç nedeniyle bireyin dayak, teşhir, aleni infaz vb. bedensel ceza ya da muameleye maruz kalmasının insan onuruyla bağdaşmayacağı belirtilmiştir” (AYM, E. 2013/137, K. 2014/94, T. 22.05.2014). Karar için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr> (Erişim Tarihi: 22.11.2018).

⁴²³ Öztürk, Koğuşurma Mecburiyeti, s.67.

haysiyetinin korunması”na 1. maddede yer verilerek insan haysiyeti temeline dayanan bir anayasal sistem inşa edilmiştir⁴²⁴. Ceza yargılamasında daha önce de bahsettiğimiz yasak sorgu yöntemleri, şüpheli/sanığın insan haysiyetine müdahalede bulunarak savunma hakkını zedeleyecektir. İnsan haysiyetinin dokunulmazlığına ilişkin Türk Ceza Kanunu’nda yer alan hükümler “işkence yasağı” başlığı altında açıklanacaktır.

5. İşkence Yasağı

İşkence, “ *herhangi bir maksatla birisine cismen eza verici harekette bulunmak veya maznunlara suçlarını itiraf ettirmek için canlarını yakıcı muameleler yapmak, onlara eza ve cefa etmek*” şeklinde tanımlanmıştır⁴²⁵. İşkence yasağının birçok uluslararası ve ulusal metinde birbirinden farklı tanımının olması, yasağın kapsamını belirlemek açısından sorun teşkil edebilmektedir⁴²⁶. Bu bağlamda işkencenin içeriğinin daha belirgin bir şekilde ifade edildiği “İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” yol gösterici olabilmektedir. Sözleşmenin 1. maddesine göre “*ışkence; bireye işlediği düşünülen suçla ilgili cezalandırmak, bir başka kişinin işlediği düşünülen suçla ilgili olarak bilgi almak gözdağı vermek gibi amaçlarla kamu görevlisi unvanıyla hareket eden görevli tarafından veya bu görevlinin yönlendirdiği veya onay verdiği biri tarafından kasıtlı olarak fiziksel veya ruhsal bakımdan ağır acılara sebep olan herhangi bir fiil*” olarak ifade edilmiştir⁴²⁷. Dolayısıyla işkence kamu görevlisi sıfatıyla hareket eden kişilerin belirli bir amaçla ağır bir şekilde beden veya ruh bakımından acı vermesi halinde söz konusu olacaktır⁴²⁸.

⁴²⁴ Öztürk, Koğuşturma Mecburiyeti, s.66 vd.; Gökçen, Elkoyma, s.41.

⁴²⁵ Türk Hukuk Lügati, s.174-175.

⁴²⁶ Nuhoğlu, Ayşe, İşkence Yasağı ve İşkence Suçu, Sahir Erman’a Armağan, İstanbul 1999, s.529.

⁴²⁷ “Sözleşme amaçlarına göre, ‘İşkence’ terimi, bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözetin herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatıyla uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırap veren bir fiil anlamına gelir. Bu yalnızca yasal müeyyidelerin uygulanmasından doğan, tabiatında olan veya arızî olarak husule gelen acı ve ızdırabı içermez. (2)Bu madde, konu hakkında daha geniş uygulama hükümleri ihtiva eden herhangi uluslararası bir belge veya millî mevzuata hâlel getirmez”

⁴²⁸ Doğru, Osman, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, İstanbul, 2006, s.18; Tezcan-Erdem-Sancakdar-Önok, s.136; Dursun, Gizem, Avrupa İnsan Hakları

İşkence yasağı İHAS’da 3. maddede düzenlenmiştir. Bu maddeye göre “ *Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz*”. Bu hükümle korunan hakların herhangi sınırlama nedenine tabi olmayan mutlak haklar olması nedeniyle bu madde bağlamında bir ihlalin söz konusu olabilmesi için herhangi bir ön şarta gerek görülmemektedir⁴²⁹. Nitekim sözleşmeye taraf ülkelerin sözleşmenin 15. maddesinin 2. fıkrasında savaş halinde meşru savunma kapsamı dışında olağanüstü zamanlarda bile işkence yasağına çekince koyamayacakları belirtilmiştir.

İHAM’a göre yapılan kötü muamelenin 3. madde bağlamında değerlendirebilmesi için en azından belirli bir seviyeye (minimis kuralı) ulaşmış olması gerekmekte, söz konusu eşiğin tespiti de somut olaydaki koşullara göre (muamelenin süresi, fiziki ve ruhi haller, bazı zamanlarda cinsiyet, yaş, mağdurun durumu gibi) değişmektedir⁴³⁰.

Maddede işkence yasağı başlığı altında üç kavram ele alınmıştır. Bunlar; işkence, insanlık dışı muamele ve aşağılayıcı muameledir. Düzenlemede belirtilen söz konusu kavramlar arasındaki ayrım nitelikten ziyade mağdura karşı gösterilen kötü muamelenin yoğunluğuna ilişkindir⁴³¹. Her işkence aynı zamanda insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele olarak görülmektedir⁴³². Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Yunanistan Raporunda⁴³³ işkenceyi⁴³⁴

Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İşkence Yasağı ve İşkenceyi Etkili Biçimde Soruşturma Yükümlülüğü, Ankara 2018, s.27 vd.

⁴²⁹ **Tezcan-Erdem-Sancakdar-Önok**, s.142-143.

⁴³⁰ **İrlanda/ Birleşik Krallık**, T. 18.01.1978, Başvuru No. 5310/71. Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int> (Erişim Tarihi: 08.11.2018).

⁴³¹ **Gözübüyük-Gölcüklü**, s. 199; **Tezcan-Erdem-Sancakdar-Önok**, s.137; **Anayurt, Ömer**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı, GÜHFD, C. 12, S. 1-2, 2008, s.429; **Dursun**, İşkence, s.95.

⁴³² **Gözübüyük-Gölcüklü**, s. 198.

⁴³³ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu 5 Kasım 1969 Tarihli Yunanistan Raporu, 12. Yıl, 1969.

⁴³⁴ “*Mahkeme şu fiilleri, işkence kapsamına giren ağır acı ve ıstırap veren fiiller olarak kabul etmiştir: Filistin askısı; tecavüz; çok sayıda darbe vurulmasıyla birlikte sözlü hakaret; cinsel taciz ve üzerine işeme; iz bırakan ve bırakmayan çok sayıda darbe vurulması; vücudun çeşitli yerlerine elektrik şoku verilmesiyle birlikte sıcak suya veya soğuk suya sokma, başa vurma ve çocuklarına işkence yapma tehdidi; soğuk, karanlık ve kalabalık bir ortamda tutma ile birlikte gözleri bağlama, hakaret etme, vurma, çırtlıplak soyup üzerine dondurucu soğuk su dökme; kollardan asmayla birlikte suya tutma, sürekli dövme ve falaka; başa vurulan darbeler sonucu beyinde ödem oluşması; gözler bağlı olarak tutulmayla birlikte çırtlıplak suya sokma, bileklerden asma, cinsel organına elektrik verme ve testisleri sıkma; başa vurulan darbe nedeniyle beyinde hasar ve uzun süreli işlev bozukluğuna yol açma; elektrik*

tarif ederken; bilgi almak⁴³⁵, cezalandırmak⁴³⁶ gibi özel kastla, insanlık dışı muameleye nazaran daha ağır bir şekilde uygulanan olgu olarak kabul etmiş bununla beraber ağır bir zihinsel acıya yol açacak eylemlerin de işkence kapsamında ele alınacağını yani işkencenin meydana gelebilmesi için fiziki bir müdahalenin oluşmasına gerek görülmediğini belirtmiştir⁴³⁷.

İnsanlık dışı muamele, işkence kadar mağdur üzerinde yoğun⁴³⁸ bir şekilde uygulanmayan ancak yine de kasıtlı bir şekilde fizik veya ruh bakımından acıya sebebiyet veren ve özel durumlarda⁴³⁹ dahi haklı görülmeeyen muameledir⁴⁴⁰.

şoku vermeyle birlikte kaburga kemiğini kırma, kafa yarma; falaka ve göğüs kemiğini kırma; nefes almayı engellemek için göğsün bağlanmasıyla oluşan mekanik ası veya çarmıha germe veya Filistin askısı; çok uzun bir süre tam bir duygusal ve sosyal izolasyon altında dış dünya ile temas kurmaya izin vermeyle birlikte tuvaleti, suyu, doğal ışığı bulunmayan hücrede tutma; açlık grevi yapan hükümlüye yemek borusundan boru indirilerek zorla besleme". (Doğru, İşkence, s.18).

⁴³⁵ İşlediği isnat edilen suçları itiraf etmesi amacıyla başvurucuya parmak uçları ve kulak memesi vb. vücudunun çeşitli yerlerine elektro şok uygulanması, başvurucunun plastik cop ve içi su dolu şişelerle dövülmesi, gaz maskeleriyle boğma girişimleri, üzerine köpek salınması İHAM tarafından işkence olarak kabul edilmiştir. (Chitayev/ Rusya, T. 18.01.2007, Başvuru No.59334/00). Aktaran: Demirbaş, Timur, İşkence Suçu, 2. Baskı, Ankara 2016, s.65.

⁴³⁶ F tipi cezaevinde günlük yoklamalarda başvurucunun ismini yüksek sesle okumamasından ve ayağa kalmamasından dolayı gardiyanlarca falakaya yatırılması ve dövülmesi eylemleri işkence olarak kabul edilmiştir.(Diri/ Türkiye, T. 31.07.2007, Başvuru No. 68351/01). Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int> (Erişim Tarihi: 08.11.2018).

⁴³⁷ Tezcan-Erdem-Sancakdar-Önok, s.135-136.

⁴³⁸ İrlanda/Birleşik Krallık davasına konu olan “Beş Teknik(sanığın dik bir şekilde duvara dayanmış olarak uzun süre ayakta kalması, sorgulama dışındaki sürede başına koyu bir poşet geçirilmesi, sorgudan önce kişiye yüksek düdük sesi verilmesi ve uyumasına müsaade edilmemesi, az yiyecek içecek verilmesi) adı verilen metoda maruz kalan kişilerin bedenlen yaralanmasalar bile fiziksel ve ruhsal açıdan acı çekmelerine ve psikiyatrik rahatsızlıklar yaşamalarına sebep olmuştur. Dolayısıyla bu teknikler 3.madde bakımından insanlık dışı muamele kapsamına girmektedir. Bu metotla mağdurlarda korku, üzüntü, utanma, moral bozukluğu gibi duyguları yaşamalarına sebep olması aynı zamanda onur kırıcı muamele olarak görülmektedir. Beş teknik bilgi elde etmek amacıyla sistematik olarak yapılsa bile insanlık dışı ve onur kırıcı muamle oluşmuştur ancak işkence kapsamında yoğunluk ve acı çekirme gerçekleşmemiştir”. (İrlanda/ Birleşik Krallık, T. 18.01.1978, Başvuru No. 5310/71,); Elçi ve Diğerleri/ Türkiye davasında bazı başvurucular bakımından yapılan muamelenin işkence kadar ağır bir şekilde gerçekleşmemesi sebebiyle insanlık dışı muamele olarak değerlendirmiştir. (Elçi ve Diğerleri/ Türkiye, T. 13.11.2003, Başvuru No. 23145/93-25091/94). Kararlar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int> (Erişim Tarihi: 28.11.2018).

⁴³⁹ Mahkumun yeri değiştirilirken güvenlik nedeniyle elleri ve ayaklarının aynı kelepçeyle kelepçelemek komisyon tarafından insanlık dışı muamele olarak değerlendirilmiştir. (Wiechert/ Almanya, T. 03.11.1964, Başvuru No. 1404/62). Aktaran: Gemalmaz, Semih, Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, 2. Baskı, İstanbul 1994, s.218.

⁴⁴⁰ Doğru, İşkence, s.20; Gözübüyük-Gölcüklü, s.199; Tezcan-Erdem-Sancakdar-Önok, s.135.

Nitekim Gäfgen/ Almanya kararında; polislerin başvuruçuya, kaçırdığı on bir yaşındaki çocuğun yerini söylememesi halinde işkenceye maruz kalacağı şeklinde baskı yapmaları gayriinsani muamele olarak kabul edilmiştir⁴⁴¹.

Onur kırıcı (aşağılayıcı) muamele, kişiye uygulanması sonucu kişiyi utandıran, rezil eden, küçük düşüren, iradesi dışında davranmaya zorlayan her türlü davranıştır⁴⁴². Onur kırıcı muamele yapılırken failin bu amacı taşıyıp taşımadığının bir önemi yoktur. Onur kırıcı muameleyi yapan kişinin öyle bir amacı olmasa da⁴⁴³ mağdurun kişilik yapısı itibariyle yapılan muameleden dolayı İHAS'ın 3. maddesi kapsamında etkilenmesi durumunda⁴⁴⁴ onur kırıcı muamele gerçekleşmiş olur⁴⁴⁵.

İHAS'ın 3. maddesinde yer alan üç farklı kavramın mahkeme kararları dikkate alındığında nitelik bakımından ziyade başvuruçuya ne yoğunlukta uygulandığına göre ayrılmaktadır⁴⁴⁶. Bununla birlikte yalnızca uygulanan muamelenin yoğunluğu değil daha önce aşağılayıcı muamele kavramında ifade ettiğimiz üzere mağdurun söz konusu fiillerden ne ölçüde etkilendiği de hangi muamelenin gerçekleştiğinin belirlenmesinde etkili hususlardandır⁴⁴⁷. Dolayısıyla yapılan kötü muamelenin hangi kavram içinde değerlendirileceği her somut olayın koşullarına göre değişmektedir⁴⁴⁸.

Tüm bunlardan işkencenin, şüpheli/sanığın özgür iradesini yok sayan insan haysiyeti dokunulmazlığını en çok zedeleyen bir muamele olduğu anlaşılmaktadır⁴⁴⁹.

⁴⁴¹ **Gäfgen/ Almanya**, T. 01.06.2010, Başvuru No. 22978/05. Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int> (Erişim Tarihi: 21.11.2018).

⁴⁴² **Doğru**, İşkence, s.20.

⁴⁴³ Hapishane koşullarının çok kötü olması, onur kırıcı bir muamele amacı olmasa dahi bu koşulların mali sebeplerden dolayı insani koşulların sunulamaması İHAM tarafından onur kırıcı muamele olarak değerlendirilmektedir. (**Tezcan-Erdem-Sancakdar-Önok**, s.137).

⁴⁴⁴ Uygulanan yaptırımın caydırıcı olması ve suç işlenmesini önlemesinde katkı sağlaması söz konusu yaptırımın onur kırıcı muamele kapsamına girmediği savunulamaz. Dolayısıyla 3. maddeye aykırı yaptırımlar hangi sebeple olursa olsun uygulanamaz. Yargısal fiziki cezanın kapalı bir şekilde uygulanması 3.madde kapsamında değerlendirilmesinin önüne geçmez. Zira onur kırıcı bir yaptırım başkaları nezdinde olmasa da, mağdurun kendi nezdinde aşağılandığını hissetmesi yeterli görülmektedir. (**TYRER/ Birleşik Krallık**, T. 25.04.1978, Başvuru No:5856/72). Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int> (Erişim Tarihi: 21.11.2018).

⁴⁴⁵ **Bakım, Sevi**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, İstanbul, 2008, s.57; **Tezcan-Erdem-Sancakdar-Önok**, s.137.

⁴⁴⁶ **Tezcan-Erdem-Sancakdar-Önok**, s.138.

⁴⁴⁷ **Tezcan-Erdem-Sancakdar-Önok**, s.138.

⁴⁴⁸ **Dursun**, İşkence, s.95.

⁴⁴⁹ **Demirbaş**, Şüphelinin İfadesinin Alınması, s.98.

İşkence yasağı kapsamında değerlendirilen tüm kötü muamelelerin kişinin ifadesinin alınması veya sorgusunun yapılması durumunda savunma hakkı kısıtlanmış olacaktır. Bu bağlamda ceza yargılaması hukukumuz bakımından ilga edilen Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda 3842 sayılı kanun ile 1992 yılında temel hak ve özgürlüklerin daha sıkı şekilde korunması maksadıyla yapılan değişikliklerle işkence ve buna benzer kötü muamelelerin yapılmasının açıkça hukuka aykırı olduğuna dair hüküm getirilmiştir. Aynı hüküm bugün yürürlükte olan CMK'nın 148. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir⁴⁵⁰. Yine aynı maddenin 3. fıkrasında sanığın yapılan muameleye rızası olsa bile elde edilen delillerin değerlendirilmeyeceği düzenlenmiştir⁴⁵¹. Yine Anayasamızın 17. maddesinin 3. fıkrasında hiçbir ferde işkence ve eziyet yapılamayacağı; fertlerin gayriinsani bir cezaya ve muameleye tabi olamayacakları belirtilmiştir.

TCK'nın 94. maddesinde ise işkence bir suç olarak düzenlenmiştir⁴⁵². Söz konusu hükme göre mağdurun, insan şerefiyle bağdaşmayan fiziki veya ruhi olarak acı çekip irade yeteneğini ortadan kaldıran davranışların kamu görevlisi kişilerce “görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılarak” işlenmesi halinde işkence suçu gerçekleşmiş olur. İşkence suçunun düzenlenmesiyle, mağdurun vücut dokunulmazlığı, şeref ve haysiyeti, yeri geldiğinde yaşam hakkı korunmaktadır⁴⁵³. Bu suç yalnızca kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilmesi nedeniyle özgü bir suçtur. Kamu görevlisi olmayan bir kimsenin veya kamu görevlisi olup kamu görevini sürdürmediği bir anda bu fiilleri gerçekleştirmesi halinde TCK'nın 96. maddesinde yer alan “eziyet suçu” meydana gelecektir. İşkence suçunda, TCK'nın 86. maddesinde düzenlenen “kasten yaralama suçundan” farklı olarak

⁴⁵⁰ CMK madde 148/1: “Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilâç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz”.

⁴⁵¹ CMK madde 148/3: “Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak Değerlendirilemez”.

⁴⁵² TCK madde 94/1: “Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur”.

⁴⁵³ Artuk, Mehmet Emin- Gökçen, Ahmet- Alşahin, Mehmet Emin- Çakır, Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2017, s.175; Tezcan, Durmuş- Erdem, Mustafa Ruhan- Önok, Rıfat Murat, Ceza Özel Hukuku, 16. Baskı, Ankara 2018, s.284; Özbek, Veli Özer- Doğan, Koray- Bacaksız, Pınar- Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2018, s.276; Bakım, s.86 vd.; Demirbaş, İşkence, s. 80 vd.; Üzülmöz, İlhan, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, Ankara, 2003, s. 64 vd.; Dursun, İşkence, s.35.

işkencenin belirli bir zaman diliminde “sistematik” bir şekilde gerçekleşmesi aranır⁴⁵⁴. Belirli bir zaman diliminde sistematik gerçekleşmesi aynı hareketin söz konusu zaman içerisinde tekrarlanması olarak anlaşılmamalıdır⁴⁵⁵. Farklı hareketlerin de belirli bir zaman diliminde bir bütünlük arz edecek şekilde mağdurun fizik ve ruh bakımından acı çekmesine, irade ve algılama kabiliyetlerini yönelik uygulanması halinde işkence suçu oluşacaktır⁴⁵⁶.



⁴⁵⁴ **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.177; **Tezcan-Erdem-Önok**, Ceza Özel, s. 292; **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 280-281.

⁴⁵⁵ **Üzülmez**, İşkence Suçu, s.236.

⁴⁵⁶ **Üzülmez**, İşkence Suçu, s.236.

İKİNCİ BÖLÜM

Savunma Hakkının Kısıtlanmasının Mutlak Bozma Nedeni Olarak Değerlendirilmesi

I. Savunma Hakkının Kısıtlanmasının Kanun Yolu Denetimi

1. Kanun Yoluna İlişkin Genel Açıklamalar

Ceza muhakemesinde karar verme sürecinde görev alan hâkimler, her ne kadar özenli davransalar da bazı durumlarda insan olmalarının doğal sonucu olarak hatalı ve maddi gerçeğe aykırı kararlar verebilmektedirler⁴⁵⁷. Bunun neticesinde kişilerden hukuka aykırı olarak verilen kararlara katlanmasını beklemek hukuk devleti ilkesinin zarar görmesine ve insanların adaleti kendilerinin sağlaması yoluna başvurmalarına neden olacaktır⁴⁵⁸. Bu sebeple alt derece mahkemelerinin vermiş olduğu kararların, üst derece mahkemeler tarafından hukuki denetime tabi tutulması gerekir⁴⁵⁹. Bu denetim de kanun yoluyla yapılmaktadır.

Esasında söz konusu denetim için doktrinde görüş birliği yoktur. Doktrinde kanun yolu⁴⁶⁰ ifadesinin yanında denetim muhakemesi⁴⁶¹, yasal çare⁴⁶², taarruz yolu⁴⁶³ ve

⁴⁵⁷ Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s.655; Mustafa, Ruhan-Şentürk, Candide, Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları, Ankara 2018, s.17; Yenisey-Nuhoğlu, s.818; Ünver-Hakeri, s.741; Yurtcan, s.515; Şahin, Cumhur-Göktürk, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku-II, 9. Baskı, Ankara 2018, s.245; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.703; Çınar, Ali Rıza, Ceza Yargılamasında Temyiz Yolu, Ankara 2006, s.12; Özdemir, Süleyman Emre, Ceza Muhakemesinde İtiraz Kanun Yolu, Ankara 2018, s.4; Aşkın, s.5.

⁴⁵⁸ Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s.656; Çınar, s.12; Parlar, Ali-Sekmen, Orhan, Ceza ve Hukuk Mahkemesinde İstinaf ve Temyiz, 2. Baskı, Ankara 2017, s.34; Erdem-Şentürk, s.17.

⁴⁵⁹ Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.703; Ünver-Hakeri, s.741; Erdem-Şentürk, s.17; Meran, Necati, Ceza Yargılamasında İstinaf ve Temyiz, Ankara 2016, s.1; Şahin-Göktürk, II, s.245.

⁴⁶⁰ Gökcen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.631 vd.; Ünver-Hakeri, s.741 vd.; Centel-Zafer, s.833vd.; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.703vd.; Yenisey-Nuhoğlu, s.818 vd.; Şahin-Göktürk, II, s.245 vd.

⁴⁶¹ Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s.655 vd.

⁴⁶² Yurtcan, s.515 vd.

⁴⁶³ Yüce, Turhan Tufan, Türk-Alman Ceza Muhakemesinde Hukukun Kanun Yolları, Ankara 1967, s.4vd.

hukuki çare⁴⁶⁴ ifadeleri kullanılmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu tarafından benimsenmesi ve doktrinde bu yönde birçok görüşün de olması nedeniyle “kanun yolu” ifadesinin kullanılması daha yerindedir.

Kanun yolu; mahkemelerin vermiş olduğu kararların, hukuka aykırı olduğu iddiasıyla kişilerin haklarının korunması ve uyuşmazlığın çözülmesi için başka bir mahkemenin önüne getirilerek denetlenebilmesi anlamına gelir⁴⁶⁵.

Kanun yolu denetimi, hak arama özgürlüğüyle birlikte sanığın savunma hakkının etkin bir şekilde kullanabilmesi için tanınmış bir haktır⁴⁶⁶. Buna ilişkin İHAS’ın ek 7 numaraları Protokolü’nün 2. maddesinde bireyler için bir güvence temin edilmiştir⁴⁶⁷.

Kanun yoluna başvurulabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi aranmaktadır. İlk olarak kanun yolunun, kanunla öngörülmüş olması aranır⁴⁶⁸. Diğer şart ise, kararın hâkim veya mahkeme tarafından verilmiş olmasıdır⁴⁶⁹. Söz konusu karar yok hükmünde kabul edilecek kadar ağır ve katlanılmaz hataları (kanunda yer almayan cezanın verilmesi, sanık yerine bir başkası hakkında hüküm verilmesi, aynı fiilden dolayı kişinin birden fazla kere cezalandırılması vb.) içerisinde barındırabilir⁴⁷⁰. Bu durumda hukuk güvenliği gereğince yok hükmünde olan kararların kanun yoluna başvurularak ortadan kaldırılması⁴⁷¹ gerekir⁴⁷². Kararda yer alan örneğin ismin yanlış yazılması veya yazım

⁴⁶⁴ Yenisey, Feridun, Ceza Muhakemesi Kanununda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu, İstanbul 1979, s.51.

⁴⁶⁵ Ünver-Hakeri, s.742; Yüce, Kanun Yolları, s.4 Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.631; Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s.656; Çınar, s.11.

⁴⁶⁶ Ataç, Asiye Selcen, İstinaf Kanun Yolunda Savunma Hakkı, BAÜHFD, C. 13, S. 165-166, 2018, s.43.

⁴⁶⁷ İHAS EK 7 no’lu Protokol Madde 2/1: “Bir mahkeme tarafından cezaî bir suçtan mahkûm edilen her kişi, mahkûmiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceleme hakkını haiz olacaktır. Bu hakkın kullanılması, kullanılabilme gerekçeleri de dâhil olmak üzere, yasayla düzenlenir”.

⁴⁶⁸ Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s.656; Erdem-Şentürk, s.19; Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.632.

⁴⁶⁹ Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s.657; Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.632; Erdem-Şentürk, s.19; Özdemir, s.6.

⁴⁷⁰ Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s.657; Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.633; Özdemir, s.7.

⁴⁷¹ “Bu itibarla Özel Dairece verilen bozma kararı hukuken yok hükmünde bulunmakla buna ilişkin direnme kararı da hukuki sonuç doğurmayacağından, Özel Dairenin bozma kararının kaldırılarak, dosyanın yeniden inceleme yapılmak üzere dairesine gönderilmesine karar verilmelidir”. (YCGK, T. 28.04.2009, E.2009/1-83, K. 2009/105). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 05.12.2018).

⁴⁷² Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s.657.

yanlışları gibi basit hatalar için kanun yolu denetimine gidilmeksizin mahkeme bizzat düzeltme yetkisine sahiptir⁴⁷³.

Kanun yoluna gidilebilmesi için gereken diğer şart ise kanun yoluna başvuracak kişinin menfaatinin ihlal edilmesidir⁴⁷⁴. Bu şarta göre sanık, müdafî varsa eşi ve kanuni temsilcisi, kararın sanığın aleyhine değişmesi amacıyla kanun yoluna başvuramaz⁴⁷⁵. Bu doğrultuda hakkında beraat kararı verilmiş sanık kararın gerekçesinden dolayı kanun yoluna gidemez⁴⁷⁶.

Son olarak, kanun yoluna başvurulabilmesi ve burada yargılama yapılabilmesi için kimin adına başvuru yapılacaksa o kişinin istemi⁴⁷⁷ aranır⁴⁷⁸. Ayrıca kanunda bunun istisnasına da yer verilmiştir. Buna göre on beş yıl ve daha fazla verilen hapis cezalarına ilişkin kararlar re'sen istinaf mahkemelerinde incelenir (madde 272/1).

Kanun yoluna başvuruda istem koşula bağlanamaz⁴⁷⁹. Örneğin, kendisine herhangi bir masraf çıkartılmaması⁴⁸⁰ veya ancak beraat kararı verilirse başvuru

⁴⁷³ Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s.657.

⁴⁷⁴ Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.704; Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.633; Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s.658; Ünver-Hakeri, s.746; Erdem-Şentürk, s.21; Yenidünya-İçer, s.776. Karşı görüş için bkz. Yenisey-Nuhoğlu, s.831.

⁴⁷⁵ Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.704; Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s.657; Ünver-Hakeri, s.746.

⁴⁷⁶ Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s.658; Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.633; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.704. Karşı görüş olarak “beraat eden kimse gerekçeyi hatalı buluyorsa, hatanın giderilmesi için kanun yolu davası açabilmeli gerekçe onu mağdur ediyor mu etmiyor mu diye araştırılmamalıdır”. (Yenisey-Nuhoğlu, s.831).

⁴⁷⁷ “Temyiz davasının açılabilmesi için gerekli olan ikinci koşul ise istek koşuludur. Yargılama hukukunun temel prensiplerinden olan ‘Davasız yargılama olmaz’ ilkesine uygun olarak temyiz davası kendiliğinden açılmaz, bu konuda bir isteğin bulunması gereklidir. İstek koşulunun ise bu konuda hak ve yetkisi olan kişilerce yerine getirilebileceği yasa gereğidir. CMUY’nın halen yürürlükte bulunan 305. maddesinin 1. fıkrasında bu kuraldan uzaklaşmış ve bazı ağır mahkumiyetlerde istek şartından sanık lehine vazgeçilerek, temyiz incelemesinin kendiliğinden (re’sen) yapılması kabul edilmiş ise de, onbeş yıl ve daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezalara ilişkin olanlar dışında kalan hükümlerde, süre ve istek koşullarına uygun temyiz davası açılmamışsa hükmün Yargıtay’ca incelenmesi olanaksızdır”. (YCGK, T. 30.05.2006, E. 2006/4-150, K. 2006/150). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 08.12.2018)

⁴⁷⁸ Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s.674; Centel-Zafer, s.835; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.704; Yenidünya-İçer, s.776; Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.641; Erdem-Şentürk, s.52.

⁴⁷⁹ Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s.674; Yüce, Kanun Yolları, s.42; Erdem-Şentürk, s.52.

⁴⁸⁰ Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s.674.

yapacağı gibi şartlar, ileri sürülemez.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 266. maddesinin 1. fıkrasında, başvurudan sonra karar verilinceye kadar başvurudan vazgeçilebileceği düzenlenmiştir. Ancak bunun istisnası savcının sanık lehine yapmış olduğu başvurudan sanığın onayı olmadan vazgeçmemesidir.

Ayrıca müdafî veya vekilde kanun yoluna başvurmuşsa vekâletnameyle özel olarak yetkilendirilmedikçe ancak sanığın onayıyla kanun yoluna başvurudan vazgeçebilir (madde 262/2). Bunun da istisnası “sanık ya da şüphelinin çocuk olması”, “malul” veya “sağır ve dilsiz” olması gibi durumlarda atanan zorunlu müdafî ile sanık ya da şüphelinin kanun yolundan vazgeçilmesi durumunda iradelerinin çatışması halinde müdafinin iradesinin dikkate alınmasıdır⁴⁸¹.

Kanun yoluna CMK'nın 260. maddesine göre şüpheli, sanık, Cumhuriyet savcısı, CMK'nın 237. madde vd. hükümlerine göre katılan sıfatına haiz olanlar ile katılma isteği hakkında henüz karar verilmemiş, reddedilmiş veya katılan niteliğini alabilecek şekilde suçtan zarar görmüş kişiler ile CMK'nın 261. maddesine göre müdafî veya vekilin, 262. maddesine göre de yasal temsilci ile sanık veya şüphelinin eşi de başvurabilir.

Kanun yoluna sadece sanık lehinde yapılan başvurular sonucu kararın bozulması halinde karar yeniden verilirken bozulan karardan daha ağır bir karar verilememektedir⁴⁸². Buna “aleyhe değiştirme yasağı(Reformatio in Peius)” denilmektedir⁴⁸³. Sanığın hem aleyhine hem de lehine başvuru olması veya yalnızca

⁴⁸¹ Bkz. CMK madde 266/3.

⁴⁸² Ünver-Hakeri, s.760; Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s.680-681; Yurtcan, s.521; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.716; Yenisey-Nuhoğlu, s.834; Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.643; Yenisey, İstinaf, s.82 vd.; Erdem-Şentürk, s.61-62; Şahin-Göktürk, II, s.256-257.

⁴⁸³ “Sanık hakkında bozma öncesi verilen hükmün lehe temyiz edildiği ve bu hükümde sanığın 1 yıl 15 gün hapis ve 4.160 TL adli para cezası ile cezalandırıldığı ve sanığın cezasının TCK'nın 58. Maddesi uyarınca mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine karar verilmediği gözetilmeden, incelemeye konu ikinci hükümde önceki kararlar ilgili aleyhe bozma yasağına aykırı olarak, 3 yıl 1 ay 15 gün hapis ve 15.000 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına ve sanığın cezasının TCK'nın 58. maddesi uyarınca mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine karar verilmesi, (...) Bozmayı gerektirmiş, sanık ... müdafinin temyiz iddiaları bu sebeple yerinde ise de, bu husus, yeniden duruşma yapılmasına gerek olmaksızın düzeltilebilir nitelikte olduğundan, temyiz edilen kararın açıklanan

aleyhine bir başvuru olması durumunda aleyhe bozma yasağı devreye girmez⁴⁸⁴.

2. Kanun Yolu Sınıflandırması ve Çeşitleri

Kanun yolunu, öğretide bazı görüşler ilk olarak dar anlamda ve geniş anlamda kanun yolu şeklinde ayırma tabi tutmuşlardır. Dar anlamda kanun yolları kanunun olağan kanun yolu olarak kabul ettiği temyiz, istinaf ve itiraz yollarıdır⁴⁸⁵. Geniş anlamda kanun yolu ise kanunda yer almayan ancak niteliği bakımından yasa yolu olarak kabul edilen yollardır⁴⁸⁶. Bunlara yargılamanın yenilenmesi veya eski hale getirme örnek olarak verilebilir⁴⁸⁷. Bunun yanında Anayasa Mahkemesine veya İHAM’a yapılan başvurular da geniş anlamda kanun yolu başvurusu olarak kabul edilir⁴⁸⁸.

Kanun sistematığına göre ikili bir ayırım yapılmıştır. Buna göre kesinleşmemiş kararlara karşı başvurulmuş kanun yollarına “olağan kanun yolu”; kesinleşmiş kararlara karşı gidilebilen kanun yollarına “olağanüstü kanun yolu” denilir⁴⁸⁹.

Olağan kanun yolları “temyiz, istinaf ve itirazdır”. Olağanüstü kanun yolları ise “Cumhuriyet Başsavcısının itirazı, kanun yararına bozma, yargılamanın yenilenmesi”dir.

Olağan kanun yolları, kesinleşmemiş hükümlere karşı başvuru mekanizmaları olarak öngörüldüğünden genel kural niteliğinde iken; olağanüstü kanun yolları

noktası ‘TCK’nın 54. maddesinin uygulanmasına dair kısmın hükümden çıkartılıp yerine ‘Adli emanetin 2005/199 sırasında kayıtlı bulunan suçta kullanılmayan ya da bizzatıhi suç teşkil etmeyen cep telefonunun sanık ...’ya iadesine’ ibaresinin eklenmesi; CMUK’nun 326/son maddesi uyarınca aleyhe bozma yasağı gözetilerek verilen sonuç cezanın 1 yıl 15 gün hapis ve 4.160 TL adli para cezası olarak belirlenmesi; tekerrür hükümlerinin uygulanmasına dair kısmın ve ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceğinin ihtarına dair kısmın hükümden çıkartılması’ suretiyle tebliğnameye uygun olarak hükmün düzeltilerek onanmasına, 10/10/2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi”. (Yarg. 18.CD, T. 10.10.2018, E. 2016/15227, K. 2018/12791). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 08.12.2018).

⁴⁸⁴ Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.643; Yenisey-Nuhoğlu, s.835; Ünver-Hakeri, s.760; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.717; Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s.682; Erdem-Şentürk, s.65; Yurtcan, s.521; Aşkın, s.18.

⁴⁸⁵ Yenisey-Nuhoğlu, s.817; Çınar, s.14; Aşkın, s.14.

⁴⁸⁶ Yenisey-Nuhoğlu, s.817; Çınar, s.14; Erdem-Şentürk, s.69; Aşkın, s.14.

⁴⁸⁷ Çınar, s.14.

⁴⁸⁸ Yenisey-Nuhoğlu, s.817.

⁴⁸⁹ Ünver-Hakeri, s.742; Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.644; Erdem-Şentürk, s.68-69; Yenidünya-İçer, s.785; Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s.683; Parlar-Sekmen, s.33; Çınar, s.14; Şahin-Göktürk, II, s.246.

kesinleşmiş hüküm veya kararlara karşı başvurulmuş ve bununla birlikte kesin hükmün otoritesini sarsmamak adına sıkı şartlara bağlanan istisnai nitelikteki yasal çarelerdir⁴⁹⁰.

Olağan kanun yolları kendi içerisinde ikiye ayrılır. Bu ayrım yapılan denetimin niteliğine göre yalnızca hukuki denetimin yapıldığı kanun yolu (hukuki derece kanun yolu) ile fiili ve hukuki denetimin bir arada yapıldığı (asıl derece kanun yolu) kanun yolu şeklinde ikiye ayrılmaktadır⁴⁹¹. Temyiz yolunda sadece hukuki denetim yapılırken; istinaf ve itiraz yollarında ise hem fiili hem hukuki denetim yapılmaktadır⁴⁹².

Karar düzeltme; 5271 sayılı CMK'nın 1412 sayılı CMUK'tan farklı olarak; kanun yolu olarak düzenlenmemiştir. Bununla beraber CMUK'ta istinaf kanun yolu yer almamış iken; CMK'da yer almıştır.

Savunma hakkının kısıtlandığı durumlar temyiz yolu bakımından halen mutlak bozma nedeni; istinaf yolunda ise yakın zamana kadar mutlak bozma nedeni olarak kabul edilen olağan kanun yolu olması sebebiyle istinaf ve temyiz yollarını ilerleyen başlıklarda daha detaylı şekilde ele alacağız.

Diğer olağan kanun yolu ise itirazdır. İtiraz yolu CMK'nın 267 ile 271. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Hâkim kararları ile kanunda düzenlenmiş olmak kaydıyla mahkeme kararlarını denetleyen kanun yoludur. İtiraz yolunda kararlar, temyiz yolundan farklı olarak, hem hukuki hem fiili olarak⁴⁹³ denetlenir⁴⁹⁴.

Olağanüstü kanun yollarından ilki Cumhuriyet başsavcısının itirazıdır. Kanun düzenlemesine göre Cumhuriyet başsavcısının itirazı ikiye ayrılmaktadır. CMK'nın 308.

⁴⁹⁰ Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.644; Özdemir, s.8; Aşkın, s.12.

⁴⁹¹ Ünver-Hakeri, s.742; Yurtcan, s.516; Yenisey-Nuhoğlu, s.817; Çınar, s.15; Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s.683; Aşkın, s.13.

⁴⁹² Ünver-Hakeri, s.742; Yenisey-Nuhoğlu, s.817; Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü, s.683; Çınar, s.15.

⁴⁹³ “Sonuç olarak yerel mahkeme kararına karşı o yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılan başvurunun itiraz kanun yoluyla ve hem maddi olay hem de hukuki yönden itiraz merciince incelenmesi gerektiğinden itiraz mahiyetindeki istem konusunda bir karar verilmek üzere dosyanın itiraz merciine gönderilmesi için mahalline iadesi amacıyla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına tevdiine karar verilmelidir”. (YCGK, T. 22.01.2013, E. 2012/10-534, K. 2013/15).

⁴⁹⁴ Yenisey-Nuhoğlu, s.836; Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.645; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.728; Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s.684; Meran, s.55; Özdemir, s.9; Erdem-Şentürk, s.70.

maddesinde ilk olarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı düzenlenmiştir⁴⁹⁵. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Yargıtay’ın ceza daireleri tarafından verilen kararlarda hukuka aykırılık iddiasıyla re’sen veya istem halinde itirazda bulunarak kararın ilk önce kararı veren ceza dairesinde; itiraz yerinde görülmemesi halinde Yargıtay Ceza Genel Kurulu’na dosyanın gönderilmesiyle orada incelenmesini sağlamaktadır⁴⁹⁶.

Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itiraz yetkisi yakın zamanda kanunumuza⁴⁹⁷ eklenmiştir⁴⁹⁸. Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcısı, istinaf mahkemesinin ceza daireleri tarafından verilen kararlarda hukuka aykırılık iddiasıyla re’sen veya istenmesi halinde itirazda bulunarak kararı veren dairece yeniden incelenmesini sağlar⁴⁹⁹.

Diğer olağanüstü kanun yolu, “kanun yararına bozma”dır. Bu kanun yolu, CMK’nın 309 ve 310. maddelerinde düzenlenmiş olup istinaf ve temyiz yollarında denetlenmeden kesinleşen kararlarda hukuka aykırılık olduğu iddiasıyla Adalet Bakanlığı tarafından Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’na bildirilerek Yargıtay tarafından verilen karar veya hükmün bozulmasını isteyebilir veya istisnai durumlarda Yargıtay Cumhuriyet

⁴⁹⁵ CMK madde 308/1: “Yargıtay ceza dairelerinden birinin kararına karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, re’sen veya istem üzerine, ilâmın kendisine verildiği tarihten itibaren otuz gün içinde Ceza Genel Kuruluna itiraz edebilir. Sanığın lehine itirazda süre aranmaz”.

⁴⁹⁶ **Yenisey-Nuhoğlu**, s.926; **Ünver-Hakeri**, s.782; **Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır**, s.709; **Centel-Zafer**, s.892; **Yenidünya-İçer**, s.825; **Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok**, s.748; **Şahin-Göktürk**, II, s.300; **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.775; **Erdem-Şentürk**, s.240; **Meran**, s.384.

⁴⁹⁷ CMK madde 308/A: “Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kesin nitelikteki kararlarına karşı bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı, re’sen veya istem üzerine, kararın kendisine verildiği tarihten itibaren otuz gün içinde kararı veren daireye itiraz edebilir. Sanığın lehine itirazda süre aranmaz. Daire, mümkün olan en kısa sürede itirazı inceler ve yerinde görürse kararını düzeltir, aksi halde itirazı reddeder. İtirazın reddine ilişkin kararlar kesindir”.

⁴⁹⁸ 7035 sayılı kanunun 23. maddesi ile 20.07.2017 tarihinde CMK’ya 308/A madde eklenerek Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığına itiraz yetkisi tanınmıştır. Bu sebeple ilgili bölümün madde başlığı da “Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtiraz Yetkisi” iken “Cumhuriyet Başsavcısının İtiraz Yetkisi” olarak düzenlenmiştir.

⁴⁹⁹ **Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır**, s.709; **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.776; **Özdemir**, s.12.

Başsavcısı söz konusu karar veya hükümlerin incelenmesini re'sen⁵⁰⁰ isteyebilir⁵⁰¹.

Son olağanüstü kanun yolu, yargılamanın yenilenmesidir. CMK'nın 311 ile 323. maddelerinde düzenlenmiş olan yargılamanın yenilenmesi; mahkeme tarafından görülen kesin hükmü verilmiş olan davanın kanunda yazılı hallerin gerçekleşmiş olması halinde baştan itibaren aynı mahkemede tekrar görülmesini sağlayan kanun yoludur⁵⁰².

3. Savunma Hakkının Kısıtlanmasının Mutlak Bozma Nedeni Olarak Kabul Edildiği Kanun Yolları

A. İstinaf Kanun Yolu ve Süreci

İstinaf, Arapça kökenli bir terim olup, sözlükte “yeniden başlama” anlamına gelmektedir⁵⁰³.

İnceleme konumuz açısından istinaf, ilk derece mahkemelerinde verilen hükmün sonucunda hem hukuki hem de maddi bir inceleme yapılması amacıyla başvurulmuş mahkemeyi ifade eder⁵⁰⁴.

Klasik anlamda istinafta ilk derece mahkemesinde görülen muhakeme baştan itibaren tekrarlanır; dar anlamda istinafta ise yalnızca istinaf mahkemesinin gerekli

⁵⁰⁰ CMK madde 310/1: “309 uncu maddede belirtilen yetki, aynı maddenin dördüncü fıkrasının (d) bendindeki hâllere özgü olmak üzere ve kanun yararına olarak re'sen Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından da kullanılabilir”.

Madde 309/4-d: “Hükümlünün cezasının kaldırılmasını gerektiriyorsa cezanın kaldırılmasına, daha hafif bir cezanın verilmesini gerektiriyorsa bu hafif cezaya Yargıtay ceza dairesi doğrudan hükmeder”.

⁵⁰¹ Yenisey-Nuhoğlu, s.930; Ünver-Hakeri, s.790;; Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.705; Centel-Zafer, s. 897; Yenidünya-İçer, s.827-828; Meran, s.400; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.776; Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s.746; Şahin-Göktürk, II, s.309; Erdem-Şentürk, s.254.

⁵⁰² Yenisey-Nuhoğlu, s.937; Ünver-Hakeri, s.800; Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.713-714; Centel-Zafer, s. 900; Yenidünya-İçer, s.835; Erdem-Şentürk, s.271; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.781; Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s.753;

⁵⁰³ Devellioğlu, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, 21.baskı, Ankara, 2004, s.461; Yenisey-Nuhoğlu, s.846; Çınar, Ali Rıza, Ceza Muhakemesinde İstinaf, Fasikül Hukuk Dergisi, 2010, S. 8, s.14.

⁵⁰⁴ Yenisey-Nuhoğlu, s.846; Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.651; Centel-Zafer, s.855; Yenidünya-İçer, s.797; Çınar, İstinaf, s.15; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.733. Sarıgül, Ali Tanju, Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf, 3.baskı, Ankara, 2017, s.13; Şahin-Göktürk, II, s.264; Ünver-Hakeri, s.766; Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s.689; Yurtcan, s.527.

gördüğü hususlar hakkında duruşmayla fiili olgular üzerinde değerlendirme yapılmaktadır⁵⁰⁵.

1924 yılında kaldırılan⁵⁰⁶, 20.07.2016 tarihi itibariyle kanun yolu olarak tekrardan yargı sistemimizin önemli bir parçası olan istinaf mahkemeleri, dar anlamda istinaf yolunu benimsemişlerdir. Dolayısıyla istinaf mahkemeleri, bir hükmü ele alırken baştan aşağı yeniden incelemeyip sadece gerekli gördükleri hususları değerlendirirler.

CMK’da söz konusu mahkemeler için “istinaf mahkemeleri” kavramı kullanılırken; mahkemelerin resmi adı “bölge adliye mahkemesi” olmuştur. Bölge Adliye Mahkemeleri, Yargıtay gibi tek bir yerde değil, iş yoğunluğu ve coğrafi şartlar göz önünde bulundurularak on bir farklı ilde⁵⁰⁷ faaliyetlerini sürdürmektedir. İstinaf kanun yolu, CMK’nın 272. maddesi ile 285. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bölge Adliye Mahkemeleri, kural olarak ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu karardan sonra gidilen ikinci derece mahkemelerdir.

İstinaf kanun yolunda, temyiz kanun yolundan farklı olarak gerekli görüldüğünde deliller de incelenerek maddi ve hukuki açıdan⁵⁰⁸ yeni bir karar verilebilir⁵⁰⁹. İtiraz yolundan farklı olarak, sadece mahkemelerin vermiş olduğu hükümlere karşı istinafa gidilebilir⁵¹⁰.

İstinafa kural olarak tarafların isteği doğrultusunda⁵¹¹ başvurulabilmektedir⁵¹². Ancak CMK’nın 272. maddenin 1. fıkrasında “on beş yıl ve daha fazla hapis cezaları”

⁵⁰⁵ **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.733; **Yenisey-Nuhoğlu**, 5. Baskı, 877; **Çınar**, İstinaf, s.15; **Şahin-Göktürk**, II, s.265; **Erdem-Şentürk**, s.89; **Sarıgül**, s.14; **Yenisey**, İstinaf, s.58 vd.; **Aşkın**, s.30-31.

⁵⁰⁶ Detaylı Tarihçe için bkz. **Yenisey**, İstinaf, s.14 vd.

⁵⁰⁷ Adana, Ankara, Antalya, Bursa, Erzurum, Gaziantep, İstanbul, İzmir, Konya, Sakarya ve Samsun illerinde bölge adliye mahkemeleri bulunmaktadır. Diyarbakır, Kayseri, Trabzon ve Van illerinde de, bölge adliye mahkemeleri 02.10.2019 tarihinde faaliyete geçecektir.

⁵⁰⁸ **Yenisey**, İstinaf, s.56-57; **Parlar-Sekmen**, s.97; **Şahin-Göktürk**, II, s.264; **Erdem-Şentürk**, s.91-92.

⁵⁰⁹ **Yenisey-Nuhoğlu**, s. 846; **Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok**, s.690; **Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır**, s.651; **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.735; **Meran**, s.76-77; **Aşkın**, s.34-35; **Erdem-Şentürk**, s.88-89.

⁵¹⁰ **Meran**, s.74.

⁵¹¹ CMK madde 272/2: “Hükümden önce verilip hükme esas teşkil eden veya başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan mahkeme kararlarına karşı da hükümle birlikte istinaf yoluna başvurulabilir”.

⁵¹² **Yenisey-Nuhoğlu**, s. 852; **Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır**, s.655; **Ünver-Hakeri**, s.766; **Çınar**, İstinaf, s.16; **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.735.

için herhangi bir talep olmadan re'sen istinafa tabi olacağı düzenlenmiştir⁵¹³. Kanunda belirtilen bazı hallerde ilk derece mahkemelerinin vermiş olduğu hükümlere karşı istinaf yoluna⁵¹⁴ başvurulamaz⁵¹⁵. Bununla birlikte ceza hukukumuzda sadece tek bir konuda ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu hüküm karşısında doğrudan temyiz yoluna başvurulabilir⁵¹⁶. Cezai Konularda Uluslararası Adli İşbirliği Kanunu'nun 18. maddesinde düzenlenen suçluların iadesi konusunda iade talebine ilişkin verilen kararlara karşı doğrudan temyiz yoluna gidileceği düzenlenmiştir.

İstinaf kanun yoluna başvuru sürecine değinecek olursak ilk olarak istinaf yoluna başvurulabilmesi için belirli süre içerisinde başvurunun yapılması gerekir. CMK'nın 273. maddesine göre hükmün açıklanmasıyla birlikte yedi gün içinde başvurunun yapılması gerekir. Yine aynı maddeye göre bu süre hükmün tefhim edildiği tarihten itibaren başlarken, sanığın yokluğunda hüküm verilmişse sanığa hükmün tebliğ edildiği tarihten itibaren başlar.

Savcıların da belirli durumlarda istinafa başvurma yetkileri kanunda düzenlenmiştir. CMK'nın 273. maddesinin 3. fıkrasına göre, ağır ceza mahkemelerinde görev yapan savcılar, görev yaptığı mahkemelerinin yargı çevresinde yer alan asliye ceza mahkemelerinin vermiş olduğu hükümlere karşı, hükmün başsavcılığa gelmesinden itibaren yedi gün içerisinde istinaf yoluna yazılı olarak başvurabilir.

⁵¹³ “*Kan Gütme saikiyle Kasten Öldürme suçu nedeniyle hükmedilen ceza yönünden de re'sen istinaf incelemesine tabi olan dosya üzerinde CMK'nın 279.ve 280.maddeleri gereğince yapılan ön inceleme ve esas inceleme sonunda (...)hükmün CMK'nın 280/1-b ve 289/1-g maddeleri uyarınca öncelikle bu nedenle BOZULMASINA*” (İstanbul BAM 1.CD, E.2017/320, K.2017/298, T.06.04.2017). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.03.2019).

⁵¹⁴ CMK'nın 272. maddesinin 3. fıkrasına göre “*hapis cezasından çevrilen adli para cezaları hariç olmak üzere, sonuç olarak belirlenen üç bin Türk Lirası dâhil daha düşük adli para cezasına mahkûmiyet hükümlerinde; üst sınırı beş yüz günü geçmeyen adli para cezasını gerektiren suçlardan dolayı verilen beraat hükümlerine, kanunda kararın kesin olduğu durumlarda istinaf yoluna başvurulamaz*”.

⁵¹⁵ “*5809 sayılı yasanın 56/4 ve 63/10 maddeleri uyarınca sanığa yüklenen suç için öngörülen cezanın üst sınırının 100 gün adli para cezası olması nedeniyle verilen beraat hükmüne karşı CMK 272/3-b maddesi gereğince istinaf yoluna başvurulamayacağından CMK 'nın 279/1-b maddesi gereğince istinaf başvurusunun reddine*” (İstanbul BAM 15.CD, E. 2017/109,K. 2017/51, T.13.1.2017). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 25.11.2018).

⁵¹⁶ Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.656; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.737.

İstinaf yoluna başvurulurken sanık ve katılan dilekçesinde başvurunun gerekçesini belirtmek zorunda değildir⁵¹⁷. Ancak savcının istinaf yoluna başvuru dilekçesinde gerekçesini belirtmemesi halinde dosya savcıya görüş beyan etmesi için gönderilecektir⁵¹⁸.

Usule uygun başvurunun gerçekleşmesiyle birlikte, başvuru hükmün kesinleşmesinin önüne geçer. Hükmü veren mahkeme tarafından; ilk olarak istinaf başvurusunun süresi içerisinde yapılması, istinaf yoluna başvurulabilecek bir hükme karşı yapılması ve başvuranın istinaf yoluna başvurmaya hakkının olması halleri incelenir⁵¹⁹. Hükmü veren ilk derece mahkemesinin, istinaf başvurusunu reddetmesi halinde başvuru yapan kişiler ret kararının kendilerine tebliğ edilmesinden itibaren yedi gün içerisinde istinaf mahkemesinden başvurunun incelenmesini isteyebilirler (madde 276/2). Ancak ilk derece mahkemesinin istinaf talebini kabul etmesi halinde ise dilekçenin veya beyan tutanağının bir nüshasını karşı tarafa yollar. Bunun üzerine karşı taraf, dilerse yedi gün içinde yazılı cevap dilekçesi verebilir⁵²⁰.

Dava dosyası tüm bu süreçten sonra bölge adliye mahkemesine geldikten sonra ilgili ceza dairesine gönderilir⁵²¹. İlgili ceza dairesi ilk olarak dosya üzerinden yetki bakımından, daha sonra da ilk derece mahkemesinin istinaf talebini incelediği gibi süresi bakımından, başvuranın istinafa başvurma hakkı bakımından ve hükmün bölge adliye

⁵¹⁷ Yenisey-Nuhoğlu, s.853; Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.659; Ünver-Hakeri, s.768; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.738; Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s.701; Yenidünya-İçer, s.799; Erdem-Şentürk, s.108.

⁵¹⁸ Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s.701; Yenisey-Nuhoğlu, s.853; Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.659; Sarıgül, s.39. Karşı görüşe göre “Savcı istinaf yoluna başvurma nedenlerini gerekçeleriyle birlikte yazılı isteminde açıkça gösterir. Bu yerine getirilmesi zorunlu bir yükümlülük olup, buna uyulmaması savcının istinaf başvurusunun incelenmemesi sonucunu doğuracaktır”. (Ünver-Hakeri, s.768).

⁵¹⁹ CMK madde 276/1: “İstinaf istemi, kanunî sürenin geçmesinden sonra veya aleyhine istinaf yoluna başvurulamayacak bir hükme karşı yapılmışsa ya da istinaf yoluna başvuranın buna hakkı yoksa, hükmü veren mahkeme bir kararla dilekçeyi reddeder”.

⁵²⁰ Bkz. CMK madde 277/1.

⁵²¹ CMK’nın 278. maddesinin başlığının ilk hali “Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet savcısının görevi” iken “674 sayılı KHK’nin 14 üncü maddesiyle” 15.08.2016 tarihinde değişikliğe uğramış ve sonrasında bu değişiklik “6758 sayılı Kanunun 14 üncü maddesiyle” kanunlaşarak “Dosyanın bölge adliye mahkemesinde tevzii” adını almıştır. Yapılan değişiklikle madde “Dava dosyası, bölge adliye mahkemesine geldiğinde işbölümüne göre görevli ceza dairesine verilir. Daire, varsa tebligat eksikliklerinin giderilmesini sağlar” şeklinde düzenlenmiştir.

mahkemesince incelenebilir olup olmaması bakımından⁵²² inceleme yapar⁵²³. Ön inceleme sonucu ilgili ceza dairesi istinaf talebini reddederse başvuran bu karara itiraz edebilir⁵²⁴.

Ön incelemeden sonra istinaf mahkemesi inceleme aşamasına geçer. İlk olarak yapılan başvuruya konu olan hükümde herhangi bir hukuka aykırılık veya eksiklik olmaması halinde başvurunun esastan reddine karar verir. Kanunda bozma kararı verilmesine gerek görülmeyen hallerde ilgili temyiz hükümlerine atıf yapılarak, savcının mahkûmiyet kararında yer alan suç için cezanın en alt dereceden verilmesini uygun bulması halinde ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hatalı kararlarında, ilk derece mahkemesinin kararı düzeltilerek onanır⁵²⁵.

Temyiz bölümünde düzenlenen hukuka kesin aykırılık hallerinden birinin söz konusu olması halinde bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını

⁵²² “Mahkemece sanık T. S.’in istinaf dilekçesinde sadece kendisi hakkında mala zarar verme suçundan verilen ceza mahkumiyetine dair istinaf nedenlerini ortaya koyduğu, adı geçen sanık hakkında mala zarar verme suçuna dair verilen hüküm yönünden doğrudan verilen adli para cezasının miktarı itibari ile kararın kesin karar olduğu, CMK.272/3-a-son maddesi uyarınca istinaf edilemeyecek kararlardan olması nedeni ile CMK 279/1-b maddesi gereğince istinaf başvurusunun reddine” (İzmir BAM 8.CD, E. 2018/847, K. 2018/1079, T. 1.6.2018). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 26.11.2018).

⁵²³ CMK madde 279/1: “Dosya üzerinde yapılan ön inceleme sonunda;
a) Bölge adliye mahkemesinin yetkili olmadığına anlaşıldığı hâlinde dosyanın yetkili bölge adliye mahkemesine gönderilmesine, b) Bölge adliye mahkemesine başvurunun süresi içinde yapılmadığının, incelenmesi istenen kararın bölge adliye mahkemesinde incelenebilecek kararlardan olmadığına, başvuranın buna hakkı bulunmadığının anlaşıldığı hâlinde istinaf başvurusunun reddine, karar verilir”.

⁵²⁴ 6545 sayılı yasanın 76. maddesiyle CMK’nın 279. maddesine eklenen düzenlemeyle başvurana böyle bir hak tanınmıştır.

⁵²⁵ Madde 280/1: “Bölge adliye mahkemesi, (...) dosyayı ve dosyayla birlikte sunulmuş olan delilleri inceledikten sonra;
a) İlk derece mahkemesinin kararında usule veya esasa ilişkin herhangi bir hukuka aykırılığın bulunmadığını, delillerde veya işlemlerde herhangi bir eksiklik olmadığını, ispat bakımından değerlendirmenin yerinde olduğunu saptadığında istinaf başvurusunun esastan reddine, 303 üncü maddenin birinci fıkrasının (a), (c), (d), (e), (f), (g) ve (h) bentlerinde yer alan ihlallerin varlığı hâlinde hukuka aykırılığın düzeltilerek istinaf başvurusunun esastan reddine; b) (Ek: 20/7/2017-7035/15 md.) Cumhuriyet savcısının istinaf yoluna başvurma nedenine uygun olarak mahkumiyete konu suç için kanunda yazılı cezanın en alt derecesinin uygulanmasını uygun görmesi hâlinde, hukuka aykırılığın düzeltilerek istinaf başvurusunun esastan reddine; c) (Ek: 20/7/2017-7035/15 md.) Olayın daha fazla araştırılmasına ihtiyaç duyulmadan davanın reddine karar verilmesi veya güvenlik tedbirlerine ilişkin hatalı kararın düzeltilmesi gereken hâllerde hukuka aykırılığın düzeltilerek istinaf başvurusunun esastan reddine” karar verir.

bozarak kendi takdirine göre aynı mahkemeye veya istinaf mahkemesinin çevresinde başka bir mahkemeye, dosyayı yeniden değerlendirmesi için gönderir⁵²⁶. Ancak 20.11.2017 tarihli 696 sayılı KHK'nın⁵²⁷ 98. maddesiyle istinaf mahkemesinin mutlak bozma kararlarında CMK'nın 289. maddesinde düzenlenen mutlak bozma nedenlerinden "hükmün gerekçeyi içermemesi ve hüküm için önemli hususlarda savunma hakkının kısıtlanması" bentlerini hariç tutmuştur. KHK ile gelen bu hüküm daha sonra 01.02.2018 tarihli 7079 sayılı Kanunun⁵²⁸ 92. maddesiyle kanunlaşmıştır.

Bu değişiklikle birlikte hükmün gerekçeyi içermediği durumlar ile savunma hakkının kısıtlandığı durumlarda, bölge adliye mahkemesi CMK'nın 280. maddesinin 1. fıkrasının e bendine göre ilk derece mahkemesinin kararını nispi hukuka aykırılık hali nedeniyle bozarak, kendi yeniden hüküm verecektir⁵²⁹.

Değişikliğin yapılmasının nedeni; istinaf mahkemelerinin faaliyete geçtiği dönemde sürekli olarak şartların oluşup oluşmamasına bakmaksızın savunma hakkının kısıtlanması ve hükümde gerekçeye yer verilmemesine dayanarak bozma kararı vererek⁵³⁰ dosyayı ilk derece mahkemesine yollayıp adeta bir temyiz mercii gibi hareket

⁵²⁶ "Sanık hakkında 5607 Sayılı Kanun'a muhalefet suçundan düzenlenen iddianame ile görevsizlik kararında anılan Kanunun 3/22. maddesinin uygulanması talep edilmediği gözetilerek, CMK'nın 226. maddesi uyarınca sanığa ek savunma hakkı tanınmaksızın cezasından 5607 Sayılı Kanun'un 3/22. maddesi uyarınca arttırım yapılmak suretiyle hüküm oluşturularak sanığın savunma hakkının kısıtlanması, Hukuka aykırı, sanık müdafii ile katılan vekilinin istinaf nedenleri bu itibarla yerinde görülmekle, sair yönleri incelenmeyen hükmün 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 289/1-h ve 280/1-b maddeleri uyarınca BOZULMASINA, dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine" (Ankara BAM 7.CD, E.2017/880, K.2017/789, T.23.06.2017); "Hakkında çıkartılan yakalama emri kapsamında savunması alınan sanığa, iddianame ile suçlamanın dayanağını oluşturan eylemler ve deliller ile suçlamanın hukuki nitelendirilmesinin okunmaması suretiyle, 5271 sayılı CMK'nın 191/3.maddesine muhalefet edilerek savunma hakkının kısıtlanması(...)dosyanın yeniden incelenmek ve hükmolunmak üzere hükmü bozulan ilk derece mahkemesine gönderilmesine" (İstanbul BAM 2.CD, E. 2017/868, K.2017/893, T.05.04.2017). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 09.03.2018).

⁵²⁷ RG Yayınlanma Tarihi: 24.12.2017.

⁵²⁸ RG Yayınlanma Tarihi: 08.03.2018.

⁵²⁹ Şahin-Göktürk, II, s.271, dn. no.399; Yaşar, Osman, Ceza Muhakemesi Kanunu, 8. Baskı, Ankara 2018, Cilt III, s.3298.

⁵³⁰ "Suça sürüklenen çocuk Yunus E.'in 18 yaşını doldurmuş bulunmasına rağmen savunmasının alındığı 04/10/2016 tarihli duruşmanın açık yerine kapalı yapılması suretiyle 5271 sayılı CMK'nın 182. ve 185. maddelerine aykırı davranılarak savunma hakkının kısıtlanması suretiyle CMK'nın 289/1-h maddesine muhalefet edildiği anlaşıldığından, CMK'nın 280/1-b maddesi gereği hükmün bozulmasına," (İstanbul BAM 7.CD, E.2017/839, K.2017/897, T.13.4.2017); "Sanığın eyleminin kasten öldürmeye teşebbüs suçunu oluşturup oluşturmayacağı konusunda delillerin takdir yetkisinin Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu anlaşıp Görevsizlik kararı verilmesi yerine, yargılamaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulmak suretiyle sanığın savunma hakkının kısıtlanması, usul ve yasaya aykırı olup, hükmün CMK'nın

etmesidir⁵³¹. Bu değişikliğin sonucunda istinaf mahkemelerinin vermiş olduğu bozma kararlarında gözle görölür bir düşüş yařanmıřtır⁵³². Ancak kanun koyucu burada, uygulamadaki hatayı düzeltmek yerine kanunda düzenlemeye gitmiřtir⁵³³.

Hükümün mantıklı, makul olması ve keyfiliği önlemesi amacıyla gerekçeli olması şartını düzenleyen ve maddi gerçeğe ulaşılması ile sanığın meramını anlatabilmesindeki en büyük araçlardan olan savunma hakkını düzenleyen hukuka kesin aykırılık hallerine ilişkin istinaf kanun yolunda bu denli değişiklik yapmak, söz konusu hukuka aykırılık hallerinin mevcut olduğu durumları istinaf mahkemelerinin takdirine bırakacaktır⁵³⁴. Dolayısıyla istinaf mahkemelerinde gerekçesiz hükümler ve savunma hakkının kısıtlandığı hallerde iş yoğunluğundan dolayı bozma kararı verilip yeniden hüküm kurma yoluna gidilmeyerek mevzu bahis hukuka aykırılıkların görmezden gelinmesi daha kötü sonuçları doğuracaktır⁵³⁵.

Bununla birlikte istinaf mahkemesi, CMK'nın 280. maddesinin 1. fıkrasının e bendine göre kararı bozup duruşma yaparak hukuka aykırılıkları giderebilirse de, olması gereken bakımından aleniliğin, doğrudanlığın ve vicdani kanaatin ortaya çıktığı yer ilk derece mahkemeleridir⁵³⁶. Tüm bu sebeplerle kanaatimizce, mutlak bozma nedenlerinden savunma hakkının kısıtlanmasının ve hükümün gerekçesiz olmasının, istinaf kanun yolu bakımından mutlak nedene dayalı bozma kararı haricinde tutulması yerinde deęildir⁵³⁷.

289/1-h bendi gereğince diğer yönleri incelenmeyen hükmün öncelikle bu sebeple bozulmasına" (**Bursa BAM 1.CD, E.2017/146, K.2017/143, T.4.12.2017**); "Sanığın Adli Tıp Genel Kuruluna gönderilerek, muayenesi yapıldıktan sonra Adli Tıp Genel Kurulundan rapor aldırılması, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiği halde konu hakkında uzman olup olmadığı belli olmayan Adli Tıp Kurumu Şube müdürlüğünde görevli Adli Tıp Uzmanından alınan rapora dayanılarak eksik soruşturma sonucu yazılı şekilde karar verilmesi suretiyle savunma hakkının kısıtlanması usul ve yasa hükümlerine aykırı olup, Sanık müdafii ile bir kısım katılanlar vekilinin istinaf taleplerinin bu sebeple yerinde görölmüş olduğundan, diğer yönleri incelenmeksizin hükmün CMK'nın 289/1-h ve 280/1-b maddeleri uyarınca bozulmasına" (**İstanbul BAM 1.CD, E. 2017/37, K.2017/69, T.27.01.2017**). Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi:09.03.2019).

⁵³¹ **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.743; **Erdem-Şentürk**, s.149; **Doğan, Koray**, İspatın İstinaf Kanun Yolu İle Denetimi Olgusal Bir İnceleme, Yargıtay Dergisi, Cilt 44, S. 3, 2018, s.3.

⁵³² **Doğan**, İspatın İstinaf Kanun Yolu İle Denetimi, s.3.

⁵³³ **Erdem-Şentürk**, s.149.

⁵³⁴ **Yaşar**, Cilt III, s.3297-3298.

⁵³⁵ **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.742-743; **Doğan**, İspatın İstinaf Kanun Yolu İle Denetimi, s.3.

⁵³⁶ **Yaşar**, Cilt III, s.3298.

⁵³⁷ Aynı yönde bkz. **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.742-743; **Yaşar**, Cilt III, s.3297-3298; **Erdem-Şentürk**, s.149.

Sadece hatalı uygulamalardan yola çıkarak bu şekilde bir düzenleme yapılması daha büyük mağduriyetlere sebep olabilecektir. Bize göre; uygulamada son derece yeni olan istinaf mahkemelerinde görev yapan hâkimler için ilgili hükümlerin daha isabetli uygulanmasına yönelik çalışmalar yapılması yerinde olurdu.

CMK'nın 280. maddesinde düzenlenen esastan ret (onama), düzelterek onama ve mutlak bozma nedenine dayalı bozma kararlarına girmeyen durumlarda, istinaf mahkemesi davanın yeniden duruşmalı bir şekilde görülmesine karar verir. Duruşmanın sonunda istinaf mahkemesi ya başvuruya ilişkin esastan ret kararı verir ya da ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu hükmü bozarak yerine kendi hüküm kurar (madde 280/2).

İstinaf mahkemesinin vermiş olduğu kararların sanık lehine olması halinde, bu kanun yoluna başvurmayan sanıklar da söz konusu karardan yararlanır (madde 280/3).

Son olarak istinaf mahkemesinin kararlarına karşı “direnme yasağı”⁵³⁸, kanunun 284. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Buna karşın temyiz kararlarına karşı direnilebilir. İstinaf mahkemesinin hangi kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulamayacağı CMK'nın 286. maddesinde düzenlenmiştir.

B. Temyiz Kanun Yolu ve Süreci

Arapça kökenli olan temyiz sözlükte; “ayırma, iyiyi kötünden ayırt etme” anlamına gelmektedir⁵³⁹. Hukuki anlamda temyiz; hatalı ve kanuna aykırı biçimde ortaya çıkmış kararların denetlenmesini ve düzeltilmesini amaçlayan bir kanun yoludur⁵⁴⁰.

⁵³⁸ “İzmir 28. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 18/01/2018 tarih ve 2017/588 Esas, 2018/9 Karar sayılı ilamı ile İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 12. Ceza Dairesinin bozma ilamının hukuka aykırı olduğundan bahisle mahiyeti itibarıyla görevsizlik kararı verilerek uyumsuzluğun çözümü için dava dosyası Yargıtaya gönderilmiş ise de, hukuki manada bu kararın İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 12. Ceza Dairesinin bozma kararına karşı direnme hükmü niteliğinde olduğu, ceza yargılamasında kıyas mümkün ise de, mer'i kanunlarda ilk derece mahkemesi ile bölge adliye mahkemesi arasında görev ihtilafı çıkabilecek bir hususun bulunmadığı, kaldı ki CMK'nın "Direnme yasağı" başlıklı 284. maddesi uyarınca, itiraz ve temyize dair hükümler saklı kalmak üzere bölge adliye mahkemesi karar ve hükümlerine karşı direnilemeyeceği; bunlara karşı herhangi bir kanun yoluna gidilemeyeceği, bu itibarla İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 12. Ceza Dairesinin 31/05/2017 tarihli bozma ilamının kesin ve bağlayıcı nitelikte, İzmir 28. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 18/01/2018 tarihli görevsizlik kararının da yok hükmünde olduğu” (Yarg. 5.CD, T.13.03.2018, E. 2018/2648, K.2018/1767). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi:07.03.2019).

⁵³⁹ Devellioglu, s.1075.

⁵⁴⁰ Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.666; Yüce, Kanun Yolları, s.92; Parlar-Sekmen, s.189; Erdem-Şentürk, s.177.

Temyiz kanun yolu, CMK'nın 286 ile 307. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

İstinaf mahkemelerinin vermiş olduğu bozma kararları⁵⁴¹ dışındaki kararlar temyiz edilebilecektir. Bununla birlikte bu kararların daha kesinleşmemiş kararlar olması ve son karar niteliğinde yani hüküm niteliğinde kararlar olması gerekmektedir⁵⁴². İstisna olarak kanunda açıkça yazılı olan hükümden önce verilen ancak hükme esas teşkil eden veya herhangi bir kanun yolu öngörülme-yen ara kararlar da hükümle birlikte temyiz edilebilir⁵⁴³.

Bunun yanında Yargıtay'ın içtihat mahkemesi olarak gerçek işlevini yerine getirmesi ve ülke genelinde hukuk birliğinin sağlanması amacıyla kanunda açıkça belirtilen bazı hükümlere karşı temyiz kanun yoluna başvurulamayacağı düzenlenerek temyiz yasakları öngörülmüştür⁵⁴⁴. Temyiz yasağına tabi bir cezanın yanında müsadere, hak yoksunluğu gibi cezalar da verilmesi durumunda temyiz yasağı artık devam etmez⁵⁴⁵.

⁵⁴¹ CMK madde 286/1: “Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin bozma dışında kalan hükümleri temyiz edilebilir”.

⁵⁴² **Yenisey-Nuhoğlu**, s.881; **Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok**, s.736 **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.747; **Yüce**, Kanun Yolları, s.92; **Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır**, s.681; **Çınar**, Temyiz, s. 60; **Keskin**, s.24.

⁵⁴³ Bkz. CMK madde 287/1.

⁵⁴⁴ CMK madde 286/2: “ a) İlk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezaları ile miktarı ne olursa olsun adli para cezalarına karşı istinaf başvurusunun esastan reddine dair bölge adliye mahkemesi kararları, b) İlk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezalarını artırmayan bölge adliye mahkemesi kararları, c) Hapis cezasından çevrilen seçenek yaptırımlara ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesince verilen; seçenek yaptırımlara ilişkin her türlü kararlar ve istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararlar, d) İlk defa bölge adliye mahkemesince verilen ve 272.nci maddenin üçüncü fıkrası kapsamı dışında kalan mahkumiyet kararları hariç olmak üzere) ilk derece mahkemelerinin görevine giren ve kanunda üst sınırı iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bağlı adli para cezalarına ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları, e) Adli para cezasını gerektiren suçlarda ilk derece mahkemelerinden verilen hükümlere ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları, f) Sadece eşya veya kazanç müsaderesine veya bunlara yer olmadığına ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararları, g) On yıl veya daha az hapis cezasını veya adli para cezasını gerektiren suçlardan, ilk derece mahkemesince verilen beraat kararları ile ilgili olarak (...) istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararları, h) Davanın düşmesine, ceza verilmesine yer olmadığına, güvenlik tedbirine ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesince verilen bu tür kararlar veya istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararlar, ı) Yukarıdaki bentlerde yer alan sınırlar içinde kalmak koşuluyla aynı hükümden, cezalardan ve kararlardan birden fazlasını içeren bölge adliye mahkemesi kararları, Temyiz edilemez”.

⁵⁴⁵ **Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok**, s.738.

Temyiz kanun yolunun amacı⁵⁴⁶, bölge adliye mahkemelerinin vermiş olduğu hükümlerde yer alan hukuka aykırılıkları gidererek adaletin toplumda tesis edilmesini ve hukukta istikrar ile bütünlüğün sağlanması adına içtihat birliğini sağlamaktır⁵⁴⁷. Ülkemizdeki temyiz kanun yolu olan Yargıtay içtihat birliğinin sağlanması amacıyla kurulduğu için bölge adliye mahkemelerinden farklı olarak tektir⁵⁴⁸.

Yargıtay’da temyiz incelemesinde kovuşturma aşamasında olduğu gibi duruşma yapılarak maddi olaya ilişkin bir değerlendirme yapılmaması nedeniyle derece olarak ikinci derece veya üçüncü derece mahkemesi olarak tanımlanmayıp, “hukuki derece” mahkemesi şeklinde tanımlanmıştır⁵⁴⁹.

CMK’nın 288. maddesine göre hukuka aykırı olan yani hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması sonucu verilen hükümlerin temyiz sebebi olabileceği ifade edilmiştir. Buradan Yargıtay’ın maddi olguları, duruşma esnasında ortaya konan delilleri tekrardan değerlendiremeyeceği ortaya çıkmaktadır⁵⁵⁰. Yargıtay, sadece ilk derece mahkemesinin, vermiş olduğu kararda maddi olgu ve olayları hukuka uygun değerlendirip değerlendirmedini denetlemek durumundadır⁵⁵¹. Bu denetimi yaparken maddi olguları yalnızca hükmün hukuka aykırılığı çerçevesinde incelemek zorundadır⁵⁵². Temyiz denetiminde olguların yeniden tartışılabilmesi, yeni bir delil ikamesinin tanınması gibi bir durum söz konusu olmaz⁵⁵³.

⁵⁴⁶ Temyizin amacına ilişkin doktrindeki farklı görüşler için bkz. **Keskin**, 18 vd.

⁵⁴⁷ **Ünver-Hakeri**, s.771; **Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır**, s.667; **Erdem-Şentürk**, s.178; **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.747; **Yenisey-Nuhoğlu**, s.881; **Keskin**, s.24; **Gökçen, Ahmet- Çakır, Kerim**, Ceza Muhakemesinde Temyiz İnceleme Mercii Olarak Yargıtay, Temyiz İncelemesinde Hukuki Denetim Ve Hukuki Denetimin Sınırları, Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan, Ankara 2018, s.992-993; **Çınar**, Temyiz, s.61.

⁵⁴⁸ **Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır**, s.668; **Yenisey-Nuhoğlu**, s.881; **Selçuk, Sami**, Temyiz Denetiminin Sınırları Ve Bu Sınırlara Uymamanın Kaçınılmaz Sancılı Sonuçları/Açmazları/Tehlikeleri, MÜHFHAD, Nur Centel’e Armağan, İstanbul 2013, s.326 vd.; **Gökçen-Çakır**, Temyiz, s.994; **Selçuk, Sami**, Temyiz Yolu Açısından Ceza Yargılama Yasasının Uygulanması, CMUK Sempozyumu, İstanbul 1999, s.33.

⁵⁴⁹ **Yenisey-Nuhoğlu**, s.881; **Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır**, s.669; **Selçuk**, Temyiz, s.60; **Gökçen-Çakır**, Temyiz, s.996.

⁵⁵⁰ **Yenisey-Nuhoğlu**, s.885; **Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır**, s.686; **Selçuk**, Temyiz Denetiminin Sınırları, s.335; **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.749; **Gökçen-Çakır**, Temyiz, s.996. **Çınar**, s.85; **Erdem-Şentürk**, s.181; **Selçuk**, Temyiz, s.31 vd.; **Keskin**, s.61-62.

⁵⁵¹ **Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır**, s.673; **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.49; **Keskin**, s.62.

⁵⁵² **Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır**, s.673; **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.49; **Keskin**, s.62.

⁵⁵³ **Keskin**, s.61; **Gökçen-Çakır**, Temyiz, s.1000-1001.

Temyiz aşamasında hukuka aykırılığa ilişkin olarak normlar ikiye ayrılır⁵⁵⁴. İlk olarak “esastan (maddi hukuka ilişkin) temyizde” suçun fiilinin hangi suçu oluşturduğu, fiilin hangi ağırlaştırıcı nedeni oluşturduğuna ilişkin ceza hukuku normuna göre değerlendirme yapılırken⁵⁵⁵; “usulden (muhakeme hukukuna ilişkin) temyizde” ise son sözün sanığa verilmemesi, tercümandan yararlanma hakkı kullandırılmaması veya dosyanın incelenmesi sonucu somut olaya ilişkin delillerin ikamesinin ilk derece mahkemesince hukuka aykırı reddi⁵⁵⁶ gibi muhakemeye ilişkin norma göre değerlendirme yapılır⁵⁵⁷.

Tüm bunlar doğrultusunda temyiz sebepleri değerlendirilirken bir hukuk kuralının ilk derece mahkemesi tarafından uygulanması gerektiği halde uygulanmaması durumunda hukuka aykırılıktan bahsedilecektir. Örneğin CMK’nın 147. madde kapsamında sanığın sorgusu yapılmaya başlanmadan önce haklarının hatırlatılmaması halinde temyiz sebebi oluşacaktır.

Yine ilk derece mahkemesi tarafından somut olaya uygulanacak kuralın yanlış bir şekilde uygulanması temyiz sebeplerinden biridir. Örneğin TCK’nın 210/1 maddesi kapsamında resmi belge hükmünde belge niteliğinde olan el yazılı vasiyetname ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu hükümde özel belgede sahtecilik kapsamında ele alınması söz konusu durum açısından temyiz sebebi olarak değerlendirilir.

Hukuk kurallarının davaya yanlış uygulanması çerçevesinde, olay mahkemesinin ilgili hukuk kuralının yanlış yorumlayıp, bu yorumlamanın etkisinde

⁵⁵⁴ **Yenisey-Nuhoğlu**, s.885; **Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır**, s.686; **Çınar**, Temyiz, s.89; **Gössel, Karl Heinz**, Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyizde Maddi Meselenin İncelenmesi Sorunu, Çev. **Yenisey, Feridun**, BAÜHFD, C.12, S.159-160, s.165; **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.749; **Yurtcan**, s.548; **Parlar-Sekmen**, s.203; **Erdem-Şentürk**, s.197.

⁵⁵⁵ Buna ilişkin örnek olarak şu karar gösterilebilir: “İlk derece mahkemesinin hükmünde sanığın 18 Nisan 2014 tarihinde Münih’te bir insanı öldürdüğü tespiti yapılmış olmasına rağmen, aynı zamanda belirtilen suç saatinde Madrid’de bulunduğu belirlenmiş ise bu takdirde ilk derece mahkemesi tarafından yapılan maddi tespitlerde açık çelişki vardır. İçtihatla kabul edildiği üzere bu çelişki yapılmış olan maddi tespitleri sakatlayarak, bunların hatalı olduğunu ortaya koyar ve sonuç olarak maddi ceza hukukunun somut olaya uygulanması da hatalı olur. Görüldüğü gibi, böyle bir olayda Alman Ceza Kanunun 212.maddesinde yer alan insan öldürme suçunu düzenleyen hukuk normu ihlal edilmiş olduğu için maddi ceza hukukuna aykırılık sonucu doğar”. (**Gössel**, Çev. **Yenisey**, s.166).

⁵⁵⁶ **Gössel**, Çev. **Yenisey**, s.168.

⁵⁵⁷ **Yenisey-Nuhoğlu**, s.885; **Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır**, s.686-687; **Çınar**, Temyiz, s.89-90; **Gössel**, Çev. **Yenisey**, s.166 vd.; **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.749; **Yurtcan**, s.548; **Gökçen-Çakır**, Temyiz, s.1016-1017; **Parlar-Sekmen**, s.203.

hüküm verdiği iddiasıyla temyiz yoluna başvurulabilir⁵⁵⁸. Bu durumda Yargıtay, yukarıda ifade ettiğimiz gibi hükme konu olan maddi olayın doğruluğunu araştırmayacak yalnızca maddi vakıanın hükmü etkileyip etkilemediği bunun sonucunda hukuka aykırı bir değerlendirmeye yol açıp açmadığı değerlendirilecektir⁵⁵⁹. Aksi durumda yargılamada görülen kurala aykırılık hükme etki etmiyor ve mutlak bozma nedenlerinden biri de söz konusu değilse bu durumda usul ekonomisi açısından bozma kararı verilemez⁵⁶⁰.

Temyiz kanun yolunun koşulları ve usulüne bakacak olursak; ilk olarak istek şartı söz konusu olacaktır. Temyiz yoluna re'sen gidilemez ancak istek üzerine gidilebilir⁵⁶¹. CMUK'da on beş yıl ve daha fazla hapis cezalarında istek şartı olmaksızın re'sen temyiz yoluna gidilebileceği düzenlemiştir⁵⁶²; CMK'da re'sen (otomatik) temyiz davasının kendiliğinden açılabilmesine dair herhangi bir istisna düzenlenmemiştir⁵⁶³.

Temyiz istemi hükmün açıklanmasından itibaren on beş gün içerisinde hükmü veren mahkemeye yapılır⁵⁶⁴. Temyiz başvurusu dilekçeyle veya zabıt kâtibine verilen beyanla yapılır. Söz konusu başvuru UYAP üzerinden de yapılabilmektedir⁵⁶⁵. Sanığın yokluğunda hüküm verilmesi halinde kararın tebliğiyle süre başlar⁵⁶⁶. Belirtilen süre içerisinde başvuru yapılmasıyla birlikte hükmün kesinleşmesi önlenir. Temyiz yoluna başvurunun tıpkı istinaf kanun yolunda olduğu gibi hükmün kesinleşmesini önlemesinde durdurma etkisi vardır⁵⁶⁷.

İstinaftan farklı olarak temyiz kanun yoluna başvurulurken gerekçenin de belirtilmesi gerekmektedir⁵⁶⁸. Gerekçeler ancak hükmün hukuki yönüyle bağlantılı

⁵⁵⁸ Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.688; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.750.

⁵⁵⁹ Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.688; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.750; Keskin, s.67-68; Erdem-Şentürk, s.190.

⁵⁶⁰ Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.688.

⁵⁶¹ Çınar, s.100; Keskin, s.30; Ünver-Hakeri, s.780.

⁵⁶² Bkz. CMUK madde 305.

⁵⁶³ Bunun yerine “on beş yıl ve daha fazla hapis cezalarında” “re'sen (otomatik) istinaf” düzenlenmiştir.

⁵⁶⁴ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO)'nun 341.maddesine göre temyize başvurusu süresi bir hafta olarak düzenlenmiştir. Nitekim kanunumuzda ilk olarak temyiz başvurusu yedi gün olarak belirlenmişken, daha sonra 7035 sayılı kanunun 21. maddesiyle “on beş gün” olarak düzenlenmiştir.

⁵⁶⁵ Ünver-Hakeri, s.781.

⁵⁶⁶ Bkz. CMK madde 291/2.

⁵⁶⁷ Çınar, s.113; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.759; Yenidünya-İçer, s.811.

⁵⁶⁸ CMK madde 294/1: “Temyiz eden, hükmün neden dolayı bozulmasını istediğini temyiz başvurusunda göstermek zorundadır”.

olmalıdır⁵⁶⁹. CMK'nın 294. maddesinin 2. fıkrasına göre temyiz gerekçeleri, başvuru dilekçesinde belirtilebileceği gibi temyize başvurulabilecek sürenin bitmesinden itibaren temyiz layihası (temyiz gerekçeleri), hükmü temyiz edilen istinaf mahkemesine de verilebilir (madde 295/1).

Temyiz başvurusunun gerçekleşmesinden sonra hükmü veren mahkeme tarafından ön inceleme yapılır. Ön inceleme sonunda mahkeme, başvuru süresinin geçmesinden dolayı veya temyiz yoluna giden kişinin, bu yola başvurma hakkı olmaması durumlarında başvuruyu reddeder. Ret kararına karşı istinaf kanun yolunda olduğu gibi başvuruyu inceleyecek olan merciden yani Yargıtay'dan yedi gün içerisinde ret kararına yönelik karar verilmesi istenebilir⁵⁷⁰.

Bu aşamalardan sonra bölge adliye mahkemesinin yaptığı gibi CMK'nın 298. maddesine göre, Yargıtay da yeniden ön inceleme yaparak başvurunun zamanında yapılmadığını, başvuranın başvuru yapmaya yetkili kişi olmadığını ayrıca son kararın temyiz edilemez olduğunu ve başvuruda temyiz gerekçesine yer verilmediğini tespit etmesi halinde temyiz talebini reddeder.

Ön inceleme aşamasından sonra Yargıtay temyiz incelemesine geçer. Temyiz incelemesi kural olarak dosya üzerinden yapılır⁵⁷¹. Ancak Yargıtay “on yıl veya daha fazla hapis cezasının” verildiği hükümlerde, incelemenin duruşmalı yapıp yapılmayacağını takdir eder⁵⁷². Yargıtay ceza dairelerinde duruşma yapılmasına “murafaalı temyiz incelemesi” denir⁵⁷³. Temyiz mercii yalnızca temyiz gerekçesinde

⁵⁶⁹ “Hukuk kuralı, ceza ve ceza muhakemesi hukuku veya diğer hukuk dallarına ilişkin yazılı hukuk kuralları ve milletlerarası anlaşmalardır. Öte yandan, içtihatlarla, bilimsel görüşlere, herkesçe bilinen olaylara ve deneyim kurallarına, ilkelere aykırılık da olayın özelliklerine göre hukuka aykırılık sayılabilir”. (Centel-Zafer, s.863).

⁵⁷⁰ Bkz. CMK madde 296.

⁵⁷¹ Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Özaydın-Akcan-Tütüncü-Villemin-Tok, s.742; Ünver-Hakeri, s.789; Yenisey-Nuhoğlu, s.905; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.763.

⁵⁷² CMK'nın 299. maddesinde düzenlenen bu hükmün 20/11/2017 tarihli ve 696 sayılı KHK'nin 100 üncü maddesiyle, birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “sanığın veya katılanın temyiz başvurusundaki istemi üzerine veya re'sen duruşma yoluyla yapar” ibaresi “uygun görmesi halinde duruşma yoluyla yapılabilir” şeklinde değiştirilmiş, daha sonra bu hüküm 01/02/2018 tarihli ve 7079 sayılı Kanunun 94 üncü maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır. Dolayısıyla eski düzenlemede sanık veya katılanın istemi halinde de duruşma yapılabilirken yeni düzenlemeyle temyiz incelemesinin duruşmalı yapılması tamamen Yargıtay'ın takdirine bırakılmıştır.

⁵⁷³ Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.763; Centel-Zafer, s.867.

belirtilen hususlara ilişkin inceleme ve denetleme yapar⁵⁷⁴. İnceleme sonunda Yargıtay onama (başvurunun reddi), bozma, ıslah (iyileştirme) ve düşme kararlarını verebilir⁵⁷⁵. Onama (esastan ret); Yargıtay'ın, bölge adliye mahkemesinin vermiş olduğu kararı hukuka uygun bulmasına denir⁵⁷⁶. Doktrinde bu kavramı “tasdik” olarak adlandıranlar da vardır⁵⁷⁷. Tasdik bir hukuki işlemin kanuna uygunluğunu beyan etmektedir⁵⁷⁸. Fakat her hukuka aykırılığın olduğu durumda bozma kararı verilmeyebilir⁵⁷⁹. Bu sebeple tasdik kelimesinin kullanımının yerinde olduğunu düşünmüyoruz⁵⁸⁰.

Yargıtay, bölge adliye mahkemesinin kararını ya onaylar ya da reddeder. Ancak bazı durumlarda bölge adliye mahkemesinin son kararlarındaki eksikler için muhakeme yapılmasını usul ekonomisi açısından gereksiz görmesi nedeniyle⁵⁸¹ hükümdeki

⁵⁷⁴ Bkz. CMK madde 301/1.

⁵⁷⁵ *"Temyiz incelemesinde görevi hukuk kurallarının ve kanuni tavsiflerin doğru uygulanıp uygulanmadığını denetlemek olan Yargıtayca yapılan inceleme sonucunda; onama, düzelterek onama, düşme ve bozma kararlarından birinin verilebilmesi mümkündür. Herhangi bir aykırılığın tespit edilemediği hallerde temyiz itirazlarının reddi ile hükmün onanmasına karar verilecek, bu durumda onanan mahkeme kararı kesin hüküm halini alacaktır. 1412 Sayılı CMUK'nun, 5320 Sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca karar tarihi itibarıyla uygulanması gereken 322. maddesinde gösterilen istisnai hallerde, kararda kanuna aykırılık tespit edilip kararın bozulmasına karşın, davanın esasına hükmedilerek tespit edilen aykırılıkların giderilmesi suretiyle hükmün düzeltilerek onanmasına ya da şartları bulunduğu anda sanığın beraatine ya da kamu davasının düşmesine karar verilecektir. Temyiz davası kabul edildikten sonra maddi hukuk veya muhakeme hukukuna dair kuralların uygulanmaması ya da eksik veya hatalı uygulanmasına dair hukuka aykırılıkların tespit edildiği ve fakat 322.maddenin uygulanma şartları bulunmadığı durumlarda ise temyiz olunan hükmün aynı Kanunun 321.maddesi uyarınca bozulmasına karar verilecektir". (YCGK, T.04.04.2017, E.2014/11-760, K.2017/212.). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 04.12.2018).*

⁵⁷⁶ CMK madde 302/1: *"Bölge adliye mahkemesinin temyiz olunan hükmünün Yargıtayca hukuka uygun bulunması hâlinde temyiz isteminin esastan reddine karar verilir".*

⁵⁷⁷ **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.766; **Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Özaydın-Akcan-Tütüncü-Villemin-Tok**, s.743.

⁵⁷⁸ **Türk Hukuk Lügati**, s.324.

⁵⁷⁹ **Yenisey-Nuhoğlu**, s.909.

⁵⁸⁰ Aynı yönde bkz. **Yenisey-Nuhoğlu**, s.909; **Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır**, s.697.

⁵⁸¹ *"Yargıtayın denetimini yaptığı işlemde saptadığı aykırılığı doğrudan kendisinin gidermesi, yeni bir son karar verilmek üzere dosyanın esas mahkemesine gönderilmesine ihtiyaç olup olmaması ile ilgilidir. O halde, böyle bir ihtiyacın duyulmadığı durumlarda, yargılamanın gereksiz yere uzamasına engel olmayı ve işin temyiz denetimi aşamasında bitirilmesini amaçlayan bu düzenlemeye dayanılarak, yasaya aykırılığın Yargıtayca giderilmesi gerekir(...) bu husus yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, CYUY'nın 322. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak, sair yönleri usul ve yasaya uygun bulunan hükmün, 100.000.000 lira yargılama giderinin sanık Hacı T.'den 56.830.000 lira yargılama giderinin de sanık Erdem S.'ten tahsil edilerek hazineye gelir kaydına karar verilmek suretiyle düzeltilerek onanmasına" (YCGK, T.15.06.2004, E.2004/1-115, K.2004/138). Karar için bkz. www.legalbank.com.tr (Erişim Tarihi: 05.12.2018).*

eksiklikleri ıslah (iyileştirme, düzelterek onama) kararıyla düzeltip esas hakkında karar verebilir⁵⁸². Bu durumlar CMK'nın 303. maddesinde düzenlenmiştir⁵⁸³.

Düşme kararı iki ihtimalde söz konusu olabilir. İlk olarak yerel mahkemede düşme nedeninin oluşmasına rağmen bunun temyiz aşamasında fark edilmesi halinde; ikinci olarak temyiz incelemesi esnasında düşme nedeni ortaya çıkabilir⁵⁸⁴. Örneğin zamanaşımı veya sanığın ölümü gibi durumların ortaya çıkması durumunda Yargıtay ıslah kararındaki gibi dosyaya ilişkin esas hakkında karar verme aşamasına gelmeden düşme nedenini tespit ettiği an hemen düşme kararı verir⁵⁸⁵. Şayet Yargıtay tarafından sanığın aleyhine yapılan başvuruda sanığın lehine bir karar verilecekse düşme nedeni oluşsa bile düşme kararı yerine temyiz davasının esastan reddine karar verilir⁵⁸⁶.

Hükümün bozulması, temyiz incelemesinde, gerekçede belirtilen hukuka aykırılıkların son kararda tespit edilmesi sonucu Yargıtay tarafından verilen bozma kararıdır⁵⁸⁷. Bununla birlikte Yargıtay vermiş olduğu bozma kararı sonucunda alt mahkemede bozma kararında belirtilen tespitler üzerinde tekrardan yargılama yapıldıktan sonra yeniden temyiz kanun yoluna başvuru imkânı olması nedeniyle usul ekonomisi göz

⁵⁸² Ünver-Hakeri, s.791; Yurtcan, s.583; Yenisey-Nuhoğlu, s.914-915.

⁵⁸³ CMK madde 303/1: “Hükme esas olarak saptanan olaylara uygulanmasında hukuka aykırılıktan dolayı hüküm bozulmuş ise, aşağıdaki hâllerde Yargıtay davanın esasına hükmedebileceği gibi hükümdehukuka aykırılığı da düzeltebilir:

a) Olayın daha ziyade aydınlanması gerekmeden beraate veya davanın düşmesine ya da alt ve üst sınırı olmayan sabit bir cezaya hükmolunması gerekirse, b) Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının iddiasına uygun olarak sanığa kanunda yazılı cezanın en alt derecesini uygulamayı uygun görürse, c) Mahkemece sabit görülen suçun unsurları, niteliği ve cezası hükmünde doğru gösterilmiş olduğuhâlde sadece kanunun madde numarası yanlış yazılmış ise, d) Hükümden sonra yürürlüğe giren kanun, suçun cezasını azaltmış ve mahkemece sanığa verilecek cezanın belirlenmesinde artırma sebebi kabul edilmemiş veya yeni bir kanun ile fiil suç olmaktan çıkarılmış ise birinci hâlde daha az bir cezanın hükmolunması ve ikinci hâlde hiç ceza hükmolunmaması gerekirse, e) Sanığın açıkça saptanmış olan doğum ve suç tarihlerine göre verilecek cezanın belirlenmesinde gerekli indirim yapılmamış veya yanlış indirim yapılmış ise, f) Artırma veya indirim sonucunda verilecek ceza süresi veya miktarının belirlenmesinde maddî hata yapılmış ise, g) Türk Ceza Kanununun 61 inci maddesindeki sıralamanın gözetilmemesi yüzünden eksik veya fazla ceza verilmiş ise, h) Harçlar Kanunu ile yargılama giderlerine ilişkin hükümlere ve Avukatlık Kanununa göre düzenlenen ücret tarifesine aykırılık mevcutsa”.

⁵⁸⁴ Yurtcan, s.582.

⁵⁸⁵ Yenisey-Nuhoğlu, s. 913-914; Ünver-Hakeri, s.794.

⁵⁸⁶ Yurtcan, s.582-583; Yenisey-Nuhoğlu, s.915.

⁵⁸⁷ Yurtcan, s.584; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.766; Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Özaydın-Akcan-Tütüncü-Villemin-Tok, s.744; Centel-Zafer, s.868; Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.702; Çınar, s.139; Yenidünya-İçer, s.807; Ünver-Hakeri, s.794.

önünde bulundurularak temyiz incelemesi sonunda gerekçede belirtilen bozma sebepleri ile birlikte gerekçede yer almayan ancak Yargıtay'ın tespit ettiği tüm hukuka aykırılıklar ayrıca ilamla gösterilir⁵⁸⁸.

Karardan sonra dosya, hükmü veren yerel mahkemeye, dosyanın bir nüshası bölge adliye mahkemesine gönderilmesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilir⁵⁸⁹. Ancak Yargıtay'ın vermiş olduğu karara karşı istinaf mahkemesi veya ilk derece mahkemesi direnebilir. Direnme kararı üzerine dosya bozma kararı veren Yargıtay dairesine gönderilir ve daire yeniden inceleme yapar eğer direnme kararını haklı görürse kararını düzeltir aksi durumda dosyayı Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na gönderir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun vermiş olduğu kararlara direnilemez⁵⁹⁰. Mahkeme, Yargıtay'ın vereceği karara uyması halinde yapacağı yargılamada, daha önce verdiği karara da Yargıtay'ın vermiş olduğu karara da bağlı olmadan karar verebilecektir⁵⁹¹. Bu kurala "bozmadan sonra serbestlik kuralı"⁵⁹²

⁵⁸⁸ Yurtcan, s.584.

⁵⁸⁹ Bkz. CMK madde 304/1.

⁵⁹⁰ CMK madde 307/4: "Yargıtaydan verilen bozma kararına bölge adliye veya ilk derece mahkemesinin direnme hakkı vardır. Direnme kararları, kararın direnilen daireye gönderilir. Daire, mümkün olan en kısa sürede direnme kararını inceler ve yerinde görürse kararını düzeltir; görmezse dosyayı Yargıtay Ceza Genel Kuruluna gönderir. Direnme üzerine Yargıtay Ceza Genel Kurulunca verilen kararlara karşı direnilemez".

⁵⁹¹ Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Özaydın-Akcan-Tütüncü-Villemin-Tok, s.745; Yurtcan, s.592; Ünver-Hakeri, s.801; Yenisey-Nuhoğlu, s.920-921; Yurtcan, s.591-592; Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.697; Çınar, s.165.

⁵⁹² "Yargıtayca verilen bozma kararı üzerine dosyanın gönderildiği ilk derece mahkemelerince yeni bir tensip kararıyla duruşma günü tayin edilecek ve ilgililer duruşmaya çağrılıp bozmaya karşı diyecekleri sorulduktan sonra bozma ilamına uyulup uyulmaması yönünde bir karar verilecektir. Yerel mahkemenin, göreve dair olanlar dışındaki bozma ilamına uyma ya da direnme kararlarından birisini verebilmesi mümkün olup, öğretide buna 'bozmadan sonraki serbestlik kuralı' adı verilmiştir. Maddenin 3. fıkrasında mahkemenin bozma kararına ısrar hakkı olduğu vurgulandıktan sonra, ısrar üzerine Yargıtay Ceza Genel Kurulunca verilen kararlara uymanın zorunlu olduğuna işaret edilmiştir. Aynı maddenin son fıkrasında ise, sınırlı biçimde uygulanabilecek olan 'cezaı aleyhe değiştiremem'e' veya 'aleyhte düzeltme yasağı' kabul edilerek, yalnız sanık veya onun lehine ilgililer tarafından temyiz davası açıldığında, bozma üzerine yeniden kurulan hükümde belirlenen ceza ve sonucun önceki hükümle belirlenen cezadan ve sonuçtan daha ağır olamayacağı hüküm altına alınmıştır. 'Bozmadan sonra serbestlik kuralı' uyarınca bozma kararına uyma ya da direnme kararlarından birini verme konusunda serbest olan ilk derece mahkemelerinin Özel Dairelerinin bozma kararlarına uymayı tercih etmeleri durumunda, bu kez 'uymadan sonraki serbestlik kuralı' devreye girecektir. Serbestlik kuralı ceza muhakemesinde maddi gerçeğin araştırılması ve en isabetli kararın verilmesi amacının zorunlu bir sonucu olup, mahkemenin bozma kararına uyulmasına karar verdikten sonra da, sanığın hukuki durumunu yeniden serbestçe değerlendirme hak ve yetkisi bulunmaktadır. Temyiz edilen önceki hüküm

denir⁵⁹³.

Ancak serbestlik kuralı bazı istisna durumlarda geçerli olmaz. Buna göre daha önce de bahsettiğimiz aleyhe bozma yasağının söz konusu olduğu ve bozma kararında ifade edilen eksikliklerin giderilmesi gereken durumlarda serbestlik kuralı uygulanamaz⁵⁹⁴.

Yargıtay'ın vermiş olduğu karara uyan ilk derece mahkemesinin verdiği karar sonucunda temyiz ve istinaf yolu için öngörülen sınıra bakılmaksızın sadece temyiz yoluna başvurulabilir⁵⁹⁵.

Hükmün bozulmasının sadece temyiz yoluna başvuran sanığı mı yoksa tüm sanıkları mı etkileyeceği konusunda tartışmaya mahal verilmemesi amacıyla; bu husus kanunda açıkça düzenlenmiştir. CMK'nın 306. maddesine göre temyiz kararının sanık lehine verilmesi halinde kararın diğer sanıklara da uygulanma ihtimali olması halinde bozma kararından diğer sanıklar da yararlanabilecektir. Buna, "bozma kararının diğer sanıklara sirayeti" denir⁵⁹⁶.

C. Mutlak Bozma Nedenleri

Temyiz sebeplerini nispi temyiz sebepleri ve mutlak temyiz sebepleri şeklinde ayırabiliriz⁵⁹⁷. Her ne kadar kanun sistematğinde böyle bir ayırım olmasa da temyiz

bozma kararı verilmesiyle ortadan kalkmış olduğundan, yerel mahkemece önceki karardan farklı olarak, suçun sübutu ve niteliği de dahil olmak üzere sanığın hukuki durumuyla ilgili tüm hususlarda, C.M.K.nun 217. maddesi uyarınca ulaşılan vicdani kanaat doğrultusunda serbestçe karar verilebilecektir. Nitekim, Yargıtay Özel Daireleri tarafından da ilk temyiz incelemesinde yerinde görülerek bozma konusu yapılmayan hususlar, lüzumu halinde hükmün yeniden temyizen incelenmesi sırasında bozma konusu yapılabilmekte, hatta ilk bozma kararından tamamen farklı olacak şekilde bozma kararı verilebilmektedir". (YCGK, T. 24.02.2015, E.2013/1-622, K.2015/16) Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 05.12.2018).

⁵⁹³ Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Özaydın-Akcan-Tütüncü-Villemin-Tok, s.745; Yurtcan, s.592; Ünver-Hakeri, s.801; Yenisey-Nuhoğlu, s.920-921; Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.697; Çınar, s.165.

⁵⁹⁴ Yurtcan, s.592-593; Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Özaydın-Akcan-Tütüncü-Villemin-Tok, s.745; Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.701.

⁵⁹⁵ Bkz. CMK madde 307/3.

⁵⁹⁶ Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Özaydın-Akcan-Tütüncü-Villemin-Tok, s.670; Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.703; Ünver-Hakeri, s.760; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.705.

⁵⁹⁷ Erdem-Şentürk, s.199; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.751; Ünver-Hakeri, s.777-778; Keskin, s.114 vd; Çınar, s.91 vd.; Yurtcan, s.550-551.

sebeplerinin karara etkisi bakımından böyle bir ayırım yapılabilir. Bu ayrıma göre nispi temyiz sebepleri yukarıda belirttiğimiz üzere olay mahkemesinin vermiş olduğu hükmün esasını teşkil eden hususlar hukuk kurallarına aykırı ise nispi temyiz nedeni olarak⁵⁹⁸ kabul edilecektir⁵⁹⁹. Yani temyiz sebebinin oluşması açısından hukuk kurallarına aykırılık sonucu hükmün bundan etkilenecek verilip verilmediği önem taşır⁶⁰⁰.

Mutlak temyiz sebepleri, nispi temyiz sebeplerinden farklı olarak CMK'nın 289. maddesinde "hukuka kesin aykırılık halleri" başlığı altında sınırlı sayıda düzenlenmiştir⁶⁰¹. Nispi temyiz sebeplerinden farklı olarak hukuka kesin aykırılık

⁵⁹⁸ "Duruşmaya ara verilmesi kararı, mahkeme tarafından kendiliğinden veya istem üzerine verilir. Bu karar, kural olarak temyiz için bir gerekçeyi oluşturmaz; çünkü hüküm üzerine olumsuz etkisi olmaz; dolayısıyla da süjelerin menfaatini ihlal etmez. Ancak uzun süreli bir ara verme kararında bu durum ortaya çıkabilir. Ara verme kararının verilmeyişi ya da bu doğrultudaki istemin reddedilmesi, bir temyiz sebebinin doğurabilir. Sözgelimi bu, yasa gereğince duruşmaya ara verilmesinin öngörüldüğü durumlarda söz konusu olabilir. Ara verme kararının mahkemenin takdirine bırakıldığı durumda, red kararına karşı ancak, bu takdir yetkisinin kötüye ya da hukuka aykırı kullanıldığı gerekçesiyle karşı konulabilir". (Keskin, s.172).

⁵⁹⁹ Yurtcan, s.511; Ünver-Hakeri, s.777; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.751; Keskin, s.166; Gökçen-Çakır, Temyiz, s.1016; Çınar, s.94; Erdem-Şentürk, s.199-200.

⁶⁰⁰ "Somut olay değerlendirildiğinde; 19.02.2008 tarihli duruşma tutanağı toplam üç sayfadan ibaret olup, sanığın savunmasının alındığı, müşteki idarenin katılan olarak kabulüne karar verildiği, bilirkişi raporu ve belgelerin okunduğu açıklamasının yer aldığı tutanağın birinci sayfası hakim tarafından imzasız bırakılmış ise de, iddia makamının esas hakkındaki görüşünü açıkladığı, sanık ve katılan vekilinin son sözlerinin yer aldığı ve hükmün tefhim edildiği ikinci ve üçüncü sayfalar hakim tarafından, tüm sayfalarında zabıt katibi tarafından imzalanmış, ayrıca duruşma tutanağının başlığında, kanunun aradığı şekilde hakim, cumhuriyet savcısı ve zabıt katibinin isimlerine yer verilmiş, kısa kararlar arasında bir çelişki olmayan gerekçeli kararda hakim ve zabıt katibi tarafından imzalanmıştır. Ayrıca hükmü temyize yetkili olan Cumhuriyet savcısı, bu yetkisini kullanmazken, sanık ve katılan vekili de temyiz dilekçelerinde, anılan imza eksikliği nedeniyle duruşma tutanaklarına olan güvenlerinin sarsıldığı ya da duruşma tutanaklarının sahteliği veya mahkemenin kanunun aradığı şekilde teşekkül etmediği yönünde bir iddiayı ileri sürmemişlerdir. Bu durumda, 5271 sayılı CMK'nın 222. maddesi uyarınca tutanakta sahtecilik yapıldığına veya tutanakların gerçeğe aykırı olarak düzenlendiğine ya da 1412 sayılı Kanunun 308. maddesinde belirtilen mahkemenin kanun dairesinde teşekkül etmediğine ilişkin bir iddianın bulunmaması karşısında, anılan kanun maddesi uyarınca mutlak hukuka aykırılık oluşturmayan ve mahallinde giderilebilecek eksiklik niteliğinde bulunan bu husus, hükmün esasına etkili bulunmaması nedeniyle bozma nedeni yapılmamalıdır". (YCGK, T. 21.05.2013, E.2012/7-1554, K. 2013/256). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 28.11.2018).

⁶⁰¹ CMK Madde 289/1: "Temyiz dilekçesi veya beyanında gösterilmiş olmasa da aşağıda yazılı hâllerde hukuka kesin aykırılık var sayılır:

- a) Mahkemenin kanuna uygun olarak teşekkül etmemiş olması.
- b) Hâkimlik görevini yapmaktan kanun gereğince yasaklanmış hâkimin hükme katılması.
- c) Geçerli şüphe nedeniyle hakkında ret istemi öne sürülmüş olup da bu istem kabul olunduğu hâlde hâkimin hükme katılması veya bu istemin kanuna aykırı olarak reddedilip hâkimin hükme katılması.
- d) Mahkemenin kanuna aykırı olarak davaya bakmaya kendini görevli veya yetkili görmesi.

hallerinden birinin somut olayda gerçekleşmesi halinde bu durumda artık bu hukuka aykırılığın hükmü etkileyip etkilemediğine bakılmaksızın mutlak olarak hüküm bozulur⁶⁰². 289. maddede sayılan bu haller temyiz dilekçesinde veya beyanında gösterilmemiş dahi olsa, Yargıtay tarafından tespit edilmiş olması halinde re'sen mutlak bozma sebebi sayılır.

Mutlak bozma sebeplerinden ilki mahkemenin kanuna uygun olarak teşekkül etmemiş olmasıdır". Bu düzenlemeden mahkemenin eksik hâkimle yargılama yapması, hâkimlerin görevli veya yetkili olmaması⁶⁰³ halleri anlaşılmaktadır⁶⁰⁴. Örneğin ağır ceza mahkemesinde üç hâkim bulunması gerekirken tek hâkimle yargılama yapıp tek hâkimle karar verilmesi durumunda mutlak bozma sebebi meydana gelecektir⁶⁰⁵.

İlgili hükme katılması yasaklı hâkimin verilen hükme katılması hali diğer bir mutlak bozma sebebidir. Mevzubahis durumlar CMK'nın 22. maddesi ve 23. maddesinde hâkimlerin dava bakamayacağı ve yargılamaya katılamayacağı durumlar olarak düzenlenmiştir⁶⁰⁶.

e) Cumhuriyet savcısı veya duruşmada kanunen mutlaka hazır bulunması gereken diğer kişilerin yokluğunda duruşma yapılması.

f) Duruşmalı olarak verilen hükümde açıklık kuralının ihlâl edilmesi.

g) Hükümün 230 uncu madde gereğince gerekçeyi içermemesi

h) Hüküm için önemli olan hususlarda mahkeme kararı ile savunma hakkının sınırlandırılmış olması.

i) Hükümün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması".

⁶⁰² Yurtcan, s.553; Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.689; Yüce, Kanun Yolları, s.117; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.752; Keskin, s.114; Çınar, s.91; Centel-Zafer, s.876-877; Erdem-Şentürk, s.201.

⁶⁰³ "Hâkim M. A. D.'un, müstemiren Diyarbakır 5.Ağır Ceza Mahkemesi üyeliğinde gerektiğinde 5190 sayılı Kanunun 1. maddesinde sayılan suç ve davalara bakmak üzere görevlendirilen diğer Ağır Ceza Mahkemesi üyeliklerinde çalışmak üzere görevlendirildiği anlaşılmış olup, Başkan olarak görevlendirilmesinin bulunmaması karşısında; 26.4.2005 ve hükmün tefhim edildiği 14.6.2005 tarihli oturumlara Başkan sıfatıyla katılması suretiyle, CMK'nun 289/1-a maddesine aykırı davranılması,Kanuna aykırı, C.Savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan, sair yönleri incelenmeksizin hükmün öncelikle bu sebepten dolayı BOZULMASINA" (Yarg. 9.CD, T.22.01.2007, E.2006/5779, K.2007/23). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 28.11.2018).

⁶⁰⁴ Yurtcan, s.554; Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.690; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.752; Keskin, s.114 vd.; Parlar-Sekmen, s.204; Meran, s.240.

⁶⁰⁵ Gökçen-Çakır, Temyiz, s.1020.

⁶⁰⁶ "İddianameyi düzenleyen C.Savcısı ile Asliye Ceza Mahkemesi'nde hüküm veren hakimın karı-koca oldukları, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunun 46. maddesi hükmünde; karı-koca, ikinci derece dahil kan ve sıhrî hısımlar bir mahkemenin aynı dairesinde görev yapamayacaklarının öngörülmüş olması, 5271 sayılı CMK'nun 22. maddesinde de mani bir düzenleme getirilmiş bulunması karşısında,

Hâkimin reddedilmiş olmasına rağmen hükme katılmış olması veya hâkimin reddi talebinin hukuka aykırı bir şekilde reddedilmesi⁶⁰⁷ halleri de kanun koyucu tarafından mutlak bozma nedeni olarak düzenlenmiştir. Hâkimin reddine ilişkin hükümler ise CMK'nın 26. madde vd. düzenlenmiştir.

Mahkemenin yetkisi veya görevi olmadığı halde davaya bakması durumları da mutlak bozma sebebi olarak değerlendirilmektedir. Buna ilişkin olarak dava konusu ağır ceza mahkemesinin görev ve yetki alanına giriyorken; asliye ceza mahkemesi dava konusunda kendini yetkili görüp hüküm vermesi halinde mutlak bozma sebebi meydana gelecektir⁶⁰⁸. Örneğin on yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlar açısından ağır ceza mahkemesi görev bakımından yetkili iken⁶⁰⁹; davanın asliye ceza mahkemesinde görülmesi bu düzenleme kapsamında mutlak bozma nedenidir⁶¹⁰. Buna karşın asliye ceza

uyulması zorunlu bir usul kuralı olduğu gözetilip davadan çekilmesi gerekirken, yargılamaya devamla 1412 sayılı CMUK'nun 308/1. madde ve fıkrasına aykırı davranılması, Bozmayı gerektirmiş sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan sair yönleri incelenmeksizin hükümlerin bu sebepten dolayı (BOZULMASINA)” (Yarg. 8.CD, T. 04.11.2013, E. 2012/27545, K. 2013/26164). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 28.11.2018).

⁶⁰⁷ CMK madde 31/1'ye göre hâkimin reddi talebi reddedilmesi ancak “ret istemi süresinde yapılmamışsa, ret sebebi ve delili gösterilmemişse, ret isteminin duruşmayı uzatmak amacı ile yapıldığı açıkça anlaşılması” hallerinde mümkündür.

⁶⁰⁸ “İddia ve mahkemenin kabulüne göre sanık hakkında örgüt faaliyeti çerçevesinde suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçundan yargılama yapıp hükmün kurulduğu, her ne kadar suç ve iddianame tarihinde bu suça bakma görevi Asliye Ceza Mahkemesine ait olsa da, daha sonradan 09.07.2009 tarih ve 27283 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 26.06.2009 tarih ve 5918 sayılı Kanunun 7. maddesiyle değişik 5271 sayılı CMK'nın 250/1-a maddesine göre örgüt faaliyeti çerçevesinde suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçuna bakma görevinin CMK'nın 250. maddesiyle yetkili Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu, ancak inceleme tarihi itibarıyla 05.03.2014 tarih ve 28933 (mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanunun 19. maddesiyle 3713 sayılı TMK'nın 10. maddesinin yürürlükten kaldırılması karşısında, bu suça bakma görevinin tekrar karar veren ... Asliye Ceza Mahkemesine ait olduğu görülmüşse de; muhakeme kanunlarının derhal uygulanma ilkesi, 5271 sayılı CMK'nın 7. Maddesi gereğince yenilenmesi mümkün olmayanlar dışında, görevli olmayan hâkim veya mahkemece yapılan işlemlerin hükümsüz olması yine CMK'nın 289/1-d maddesine göre mahkemenin kanuna aykırı olarak davaya bakmaya kendini görevli veya yetkili görmesinin mutlak bozma nedeni olduğunun gözetilmemesi,” (Yarg. 16.CD, T. 20.4.2016, E. 2016/1924, K. 2016/2730). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 28.11.2018).

⁶⁰⁹ 5235 sayılı “Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun”un 12.md'sine göre; “on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir”.

⁶¹⁰ Gökcen-Çakır, Temyiz, s.1022.

mahkemesinin görev alanına giren bir dosyaya ağır ceza mahkemesinin bakması mutlak bozma nedeni teşkil etmez⁶¹¹.

“Cumhuriyet savcısının veya kanun gereği duruşmada mutlaka hazır bulunması gereken kişilerin yokluğunda duruşma yapılması” hali de mutlak bozma sebeplerinden biridir. CMK’nın 188. maddesine göre Cumhuriyet savcısının duruşmada hazır bulunması zorunludur⁶¹².

Duruşmada açıklık ilkesinin ihlal edilmesi diğer mutlak bozma nedenlerindendir. Nitekim anayasada ve kanunda duruşmanın kural olarak herkese açık olacağı belirtilmiştir. Ancak bunun bazı istisnaları vardır. Kamu güvenliği veya genel ahlak gibi sebepler söz konusu olduğunda şartlara göre duruşmanın bir kısmı veya tamamı kapalı yapılabilir⁶¹³. CMK’nın 185. maddesine göre şayet fail, suça sürüklenen çocuk ise hükmün verildiği duruşma dâhil kapalı yapılmak zorundadır. Fakat duruşma devam ederken suça sürüklenen çocuk artık on sekiz yaşını doldurmuş ise bu durumda duruşma artık açık⁶¹⁴ devam eder⁶¹⁵. Kapalı duruşma yapılmasını öngören istisna durumlar söz konusu duruşmanın açık yapılmaması mutlak bozma nedenleri kapsamında değerlendirilmez.

CMK’nın 230. maddesinde düzenlenen gerekçede yer alması gereken hususların, gerekçede yer almaması da mutlak bozma sebeplerindendir. Anayasanın 141. maddesinde ve CMK’nın 34. maddesinde duruşmanın gerekçeli olacağı belirtilmiştir. Hükmün mantığa, hukuka ve dosya içeriğine uygun olması gerekçeyle sağlanacağı için; gerekçeye bu denli önem verilmiştir⁶¹⁶. Hükümde gerekçe olmazsa bu durum keyfi

⁶¹¹ CMK madde 6: “Duruşmada suçun hukukî niteliğinin değiştiğinden bahisle görevsizlik kararı verilerek dosya alt dereceli mahkemeye gönderilemez”.

⁶¹² 5320 sayılı “Ceza Muhakemesi Kanunun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun”un Geçici 9’uncu maddesine göre 31.12.2019 tarihine kadar asliye ceza mahkemelerinde savcının bulunması zorunluluğu askıya alınmıştır. Dolayısıyla bu tarihe kadar bu mahkemelerde savcının bulunmaması halinde mutlak bozma nedeni olarak kabul edilmez.

⁶¹³ Bkz. CMK madde 182/1-2.

⁶¹⁴ “Sanığın hüküm kurulan celsede 18 yaşını doldurduğu halde, duruşmanın gizli yapılması ve kararın gizli tefhim edilmesi, bozmayı gerektirmiştir”. (Yarg. 3.CD, T.13.04.2009, E. 2009/2061, K. 2009/6852). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 28.11.2018).

⁶¹⁵ Ünver-Hakeri, s.778.

⁶¹⁶ Keskin, s.152; Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.693.

kararların verilmesine yol açar⁶¹⁷. Ancak bahsi geçen bozma nedeninin daha önceki kısımlarda ifade ettiğimiz üzere, istinaf kanun yolunda mutlak bozma nedeni olarak değerlendirilmesi hariç tutulmuştur.

Savunma hakkının kısıtlanmasının mutlak bozma nedeni olarak kabul edilmesini ayrı bir başlıkta inceleyeceğimiz için burada değinmeyeceğiz. Son hukuka kesin aykırılık hali “hükmün hukuka aykırı elde edilen delile dayanılarak verilmesidir”⁶¹⁸. 1412 sayılı CMUK’ta söz konusu sebep mutlak bozma nedeni olarak değerlendirilmezken; 5271 sayılı CMK ile bu durum mutlak bozma nedeni olarak kabul edilmiştir. Maddi gerçeğe ulaşılrken hukuk devleti ilkesi çerçevesinde maddi gerçeğin araştırılması sınırlandırılarak kişisel hakların ihlal edilmesinin önüne geçilmektedir⁶¹⁹. Kanaatimizce bundan dolayı hukuka aykırı elde edilen delile dayalı hükmün mutlak bozma kapsamında değerlendirilmesi yerindedir.

⁶¹⁷ Keskin, s.152; Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.693.

⁶¹⁸ “Genel hükümlere tabi bir suç ihbarı üzerine, delil elde edilmesi amacıyla CMK uyarınca yapılan arama işlemi sonucunda, vergi suçunun da işlendiğini gösteren delillerin bulunması veya VUK’nın 147. maddesi hükmü karşısında, vergi suçuna dair olmasına rağmen gecikmesinde sakınca bulunan hâllerin varlığı halinde, CMK hükümlerine göre arama işlemi yapılabilir ve bu şartlarda yapılan arama sonucunda elde edilen deliller de hukuka uygun kabul edilebilirdi. Ancak somut olayda sanıkların, VUK’nın 359. maddesi kapsamında olan sahte fatura ticareti yaptığı en başından tespit edilerek, bu suçun delillerinin elde edilmesi amacıyla arama kararı talep edilmiştir. Bu durumda aramanın VUK’nın 142. maddesindeki özel hükümlere uygun gerçekleştirilmesi yerine belirtilen şekilde yapılması hukuka aykırıdır. Anayasa’nın 38/6 maddesiyle CMK’nın 217/2 ve 289/1-i maddeleri gereğince hukuka aykırı yöntemlerle ele geçirilen deliller hükme esas alınamaz. Ayrıca, bu yöntemle elde edilen fatura ve diğer deliller hükme esas alınarak sanığın mahkumiyetine karar verilirken, CMK’nın 230/1-b madde ve bendi uyarınca hükmün gerekçesinde ‘delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi’ gerektiği de gözetilmemiştir. Dosyadaki hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin değerlendirme dışı tutulması halinde, sanıkların cezalandırılmasına imkân bulunmamaktadır. Gerekçeli kararda gösterilen esaslı deliller arasında, vergi denetmen raporu, ikamette elde edilen sahte faturalar, sanıkların suçu işledikleri tutanaklar ve tüm dosya kapsamı gösterilip mahkumiyete esas alınmış ise de, VUK hükümlerine, dolayısıyla hukuka aykırı arama el koyma sonucunda elde edilen deliller üzerinden harekete geçilerek düzenlenen vergi tekniği ve vergi inceleme raporları mahkumiyete esas alınamaz. Bu itibarla; sanıkların ikametlerinde ve işyerinde hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama işleminde elde edilen maddi deliller ile buna dayanılarak düzenlenen inceleme raporları esas alınarak yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi, (...) hükmün bozulmasına” (Yarg.11.CD, T.13.02.2018, E. 2016/5594, K.2018/1171). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 30.11.2018).

⁶¹⁹ Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırık-Akcan-Özaydın-Tütüncü-Villemin-Tok, s.393; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.757.

Savunma hakkının kısıtlandığı durumlar ise istinaf kanun yolunda değişiklikten önce mutlak bozma nedeni olarak kabul ediliyorken yapılan değişiklikten sonra ancak nispi hukuka aykırılık halleriyle birlikte değerlendirilmektedir. Temyiz yolunda savunma hakkının kısıtlanması hali mutlak bozma nedeni olarak değerlendirilmektedir. Ancak her savunma hakkının kısıtlanmasının mutlak bozma nedeni olarak kabul edilip edilmediğine, hangi şartlarda kanun yolu bakımından mutlak bozma sebebi olarak kabul edildiğini incelemekte fayda vardır.

4. Savunma Hakkının Kısıtlanmasının Mutlak Bozma Nedeni Olmasının Şartları ve Etkisi

Mutlak bozma nedenleri, CMK'nın 289. maddesinde “hukuka kesin aykırılık halleri” başlığı altında sınırlı olarak sayılı olan mutlak bozma nedenleri yargılama bakımından çok önemli hususlar olması sebebiyle ayrıca bozma nedeni olarak değerlendirilmiştir⁶²⁰. Bu hallerin meydana geldiği durumlarda bozma nedeninin hükmü etkileyip etkileyemediği gibi şartlara bakılmaksızın mutlak olarak karar bozulur⁶²¹. Temyiz layihasında mutlak temyiz sebepleri belirtilmese dahi bu sebeplerin varlığı Yargıtay tarafından re'sen dikkate alındığını da belirtmiştik.

Sanığın en önemli hakkı olan savunma hakkının kısıtlanması hukuk devleti açısından kabul edilemez ve bu hakkın kısıtlanması halinde adil, hakkaniyetli ve tarafsız bir yargılama mümkün değildir⁶²². Dolayısıyla savunma hakkının kısıtlanması mutlak bozma nedeni olarak değerlendirilir. Ancak diğer mutlak bozma nedenlerinden farklı olarak, savunma hakkının kısıtlanmasının mutlak bozma nedeni olarak değerlendirilebilmesi için bazı şartların bir arada mevcut olması gerekir.

Savunma hakkı, muhakeme bakımından çok önemli bir kurum olduğu gibi, muhakemedeki birçok işlem doğrudan veya dolaylı olarak savunma hakkıyla ilişkili olabileceği için aynı zamanda çok da geniş bir kavramdır. Diğer mutlak bozma nedenleri gibi herhangi bir şarta tabi olmaması halinde muhakemenin birçok evresinde hemen

⁶²⁰ Yurtcan, Erdener, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, 8. Baskı, Ankara 2017, s.1430.

⁶²¹ Yurtcan, s.553; Gökcen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.689; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.752; Keskin, s.114; Çınar, s.91; Centel-Zafer, s.876-877.

⁶²² Yurtcan, CMK Şerhi, s.1430; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.756; Gökcen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.694; Parlar-Sekmen, s.207.

hemen her hukuka aykırılık durumunda savunma hakkının kısıtlanması durumuna gidilebilecektir. Ayrıca savunma hakkının kısıtlanmasının geniş bir şekilde ele alınması, diğer mutlak bozma nedenlerinin uygulama alanını son derece sınırlandıracaktır. Örneğin mutlak bozma nedenlerinden açıklık kuralının ihlal edilmesine rağmen dolaylı olarak savunma hakkını da ihlal edileceği için “savunma hakkının kısıtlanması” gerekçesiyle bozma kararı verilebilecektir. Nitekim Yargıtay’ın da mevcut düzenlemeye rağmen yanlış yönde kararlar verdiği görülmüştür⁶²³.

Bu nedenle Kanun koyucu CMUK döneminde “*hüküm için mühim olan noktalarda mahkeme kararıyla müdafaa hakkının tahdit edilmiş olması*”; CMK döneminde de “*hüküm için önemli olan hususlarda mahkeme kararı ile savunma hakkının sınırlandırılmış olması*” şeklindeki düzenlemelerine yer vererek savunma hakkının kısıtlanmasının mutlak bozma nedeni olarak değerlendirilmesini belirli şartlara tabi tutmuştur⁶²⁴.

Düzenlemenin lafzından anlaşılacağı üzere savunmanın kısıtlanmasının hüküm bakımından önemli olması, sanığın aleyhine olması, mahkeme kararına dayanması ve kovuşturma evresinde gerçekleşmiş olması aranır⁶²⁵.

Savunma hakkının kısıtlanmasının mutlak bozma nedeni olarak kabul edilmesinin belirli bazı şartlara bağlanması teorik olarak eleştirilere yol açmıştır. Doktrinde savunma hakkının kısıtlanmasının hükmü her zaman etkileyeceği ve düzenlemenin yalnızca savunma hakkının kısıtlanması şeklinde değiştirilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁶²⁶.

Nitekim ifade ettiğimiz üzere savunma hakkı kavramı çok geniş bir kavram olması nedeniyle, ceza muhakemesinde yer alan birçok işlemdeki en küçük hukuka aykırılık savunma hakkının kısıtlanması kapsamında değerlendirilebilecektir. Bu nedenle her türlü savunma hakkının kısıtlanmasının mutlak bozma nedeni olarak

⁶²³ “Sanığın 15 yaşını bitirmiş olmasına karşın, 11.9.2002 ve sonraki tarihli oturumların açık yerine gizli yapılması ve hükmünde gizli bildirilmesi suretiyle açıklık kuralına aykırı davranılarak savunma hakkının kısıtlanması” (Yarg. 6.CD, T. 28.03.2005, E. 2003/15347, K. 2005/2713); Aynı yönde bkz. Yarg. 6.CD, T. 22.11.2004, E. 2003/9368, K. 2004/12750. Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi:19.03.2019).

⁶²⁴ Keskin, s.155; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.756.

⁶²⁵ Keskin, s.155 vd.; Çetin, s.112 vd.; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.755 vd.; Günay, s.16 vd.

⁶²⁶ Keskin, s.155-156.

değerlendirilmesi birçok ihlalde bu düzenlemeye (madde 289/1-h) başvurmamıza yol açacaktır. Bunun sonucunda temyiz kanun yolunun iş yoğunluğu sebebiyle istinaf kanun yolunda yapılan kanaatimizce hatalı olan değişikliğe benzer bir değişiklik yapılarak savunma hakkının kısıtlanması nispi temyiz nedeni olarak düzenlenmesine yol açabilecektir. Bununla beraber Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (StPO) da savunma hakkının kısıtlanması mutlak temyiz sebebi olarak 5271 sayılı CMK'ya benzer şekilde düzenlenmiştir⁶²⁷. Kanaatimizce teorik olarak savunma hakkının kısıtlanmasını geniş yorumlamak mümkün görünse de, uygulama bakımından bu denli geniş yorumlamak mümkün değildir.

A. Kısıtlamanın Hükümü Etkilemesi

Savunma hakkının kısıtlanması ancak hükümü etkilemesi halinde mutlak bozma sebebi olarak değerlendirilir. Burada savunma hakkının kısıtlanmasının mutlak bozma nedeni olabilmesi için hükümü etkilemesi şartının aranması, mutlak bozma nedenlerinin genel özelliklerinden ayrılmaktadır. Zira mutlak bozma nedenleri kural olarak oluştuğunda hükümü etkileyip etkilemediğine bakılmamaktadır⁶²⁸. Bu nedenle “savunma hakkının kısıtlanması” ve CMK'nın uygulanmaya başladığı dönemde mutlak bozma nedeni olan “hukuka aykırı delillerin” bozma nedeni olması için hükümü etkilemeleri gerektiğinden nispi temyiz sebebi özelliği göstermektedirler⁶²⁹.

Bu bağlamda öncelikle hüküm kavramına değinmekte fayda vardır. Hüküm ceza yargılamasında suç isnadıyla ortaya çıkan uyuşmazlık konusunda tüm sùjelerin kolektif olarak muhakemeye katılması sonucu mahkemenin kovuşturma aşamasını bitiren karardır⁶³⁰. Her karar, hüküm değildir ancak her hüküm bir karardır⁶³¹. Mahkemelerin vermiş olduğu ara kararlar muhakemeyi sonlandırmayan hüküm açısından hazırlayıcı

⁶²⁷ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu 338. maddenin 8.fıkrasında, savunma hakkı hüküm için önemli olan noktalarda, mahkeme kararıyla hukuka aykırı bir biçimde sınırlandırılması halinde mutlak temyiz sebebi olacağı düzenlenmiştir.

⁶²⁸ Yurtcan, s.553; Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.689; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.752; Keskin, s.114; Çınar, s.91; Centel-Zafer, s.876-877; Çetin, s.112

⁶²⁹ Keskin, s.155; Çetin, s.113.

⁶³⁰ Yenisey-Nuhoğlu, s.769-770; Centel-Zafer, s.804; Balcı, Murat, Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri, Ankara 2013, s.7; Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.570; Doğan, Koray, Ceza Muhakemesinde Hüküm, CHD, Cilt 3, S. 7, 2008, s.172.

⁶³¹ Balcı, Hüküm, s.20;Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.573; Doğan, Hüküm, s.172.

özellikteki kararlardır⁶³². Yalnızca bu kararlara dayanılarak kanun yoluna başvurulamaz⁶³³. Ancak hükümle birlikte bu kararlara karşı kanun yoluna başvurulabilir⁶³⁴. Uyuşmazlığın çözümüne yönelik mahkemelerin vermiş olduğu son kararlar bakımından tek başına kanun yoluna başvurulabilir⁶³⁵.

Sonuç olarak savunma hakkının sınırlandırılması ancak hüküm bakımından önem taşıyan durumlarda mutlak bozma sebebi sayılacaktır⁶³⁶. Yani somut olayda

⁶³² Doğan, s.172; Balcı, s.21.

⁶³³ Yenisey-Nuhoğlu, s.582; Doğan, s.172.

⁶³⁴ Bkz. CMK madde 272/2 ve madde 287/1.

⁶³⁵ Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.571-572; Doğan, s.173.

⁶³⁶ “Son söz hakkının münhasıran sanığa ait ferdi bir savunma hakkı olmasının doğal sonucu olarak gerek yürürlükteki 5271 sayılı CMK’nda gerekse mülga 1412 sayılı CMUK’nda sanığın yokluğunda ya da beraberinde, duruşmada onu temsil eden sanık müdafine de son söz hakkı verileceğine ilişkin bir usul kuralına yer verilmemiştir. 5271 sayılı CMK’nun kaynak alındığı kanunlardan olan Alman Ceza Muhakemesi Kanununda da durum 258. maddenin 2. fıkrasında ‘Savcılığın yanıt verme hakkı vardır; sanığın son söz söyleme hakkı bulunmaktadır’ şeklindeki düzenleme ile hayata geçirilmiştir. Ayrıca CMK’nun sadece 216/3. maddesinde değil Bölge Adliye Mahkemelerinin faaliyete geçmemiş olması nedeniyle henüz yürürlüğe girmemiş olan temyizde duruşmaya ilişkin 300. maddesinde ve 5320 sayılı Kanunun 8/2. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK’nun 319. maddesinde, 216. maddeye paralel biçimde duruşmada son sözün sanığa verileceği kabul edilmiş, ayrıca sanık müdafine de son söz hakkı verileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. CMK’nda ‘son söz’ hakkının sanık müdafine verileceğine ilişkin bir düzenlemenin bulunmaması kanun koyucunun bilinçli bir tercihidir. CMK’nun 216. maddesinin birinci fıkrasında delillerin tartışılmasında 1412 CUMK’ndan farklı biçimde sanıktan bağımsız olarak ayrıca sanık müdafine de söz hakkı verilmesini kabul eden kanun koyucu son söz hakkına ilişkin üçüncü fıkra da benzer bir düzenleme yapmamıştır. 226/4. maddesinde ek savunma hakkına ilişkin olarak müdafinin sanığa tanınan haklardan onun gibi yararlanacağını kabul eden kanun koyucu, son söz hakkına ilişkin olarak da benzer bir düzenleme yapabileceken, yapmamak suretiyle, son söz hakkının sanığa ait bir hak olduğunu göstermiştir. Ek savunmaya ilişkin hükmün kıyas yolu ile son söz bakımından da uygulanabileceği düşünülebilir ise de; son söz hakkının niteliği gereği bu mümkün değildir. CMK’nun 216/1. maddesindeki sıralamaya aykırılık nispi bir hukuka aykırılık olup, hükmün mutlaka bozulmasını gerektirmez. 216/1. maddedeki sıraya riayetsizlik eğer kuralın koruduğu amaca bir zarar vermiyorsa, savunma hakkının hüküm için önemli olan noktalarda kısıtlandığını kabule imkân yoktur. Bu bilgi ve açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; Hükmün kurulduğu son oturumda sanığın hazır olmaması nedeniyle sadece sanığa tanınmış olan son söz hakkından söz edilemeyeceği gözönünde bulundurulduğunda Özel Dairece hükmün 5271 sayılı CMK’nun 216/3. maddesi uyarınca sanık müdafine son sözün verilmemesinden bahisle bozulmasında isabet bulunmamaktadır. Cumhuriyet savcısının esas hakkındaki görüşünü açıklamasından ve sanık müdafinin de esas hakkında savunmasını yapmasından sonra son olarak katılan vekiline söz verilmek suretiyle CMK’nun 216/1. maddesindeki sıralamaya aykırı uygulama yapılması usul ve yasaya aykırı ise de, katılan vekilince yeniden savunma yapmayı gerektiren esaslı bir açıklamada bulunulmamış olması karşısında, savunma hakkının kısıtlandığından bahsedilemez”. (YCGK, T.22.01.2013, E.2012/3-1469, K.2013/19). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi:06.12.2018).

gerçekleşen savunma hakkının kısıtlanması ile mahkemenin vermiş olduğu hüküm arasında bir illiyet bağı kurulmalıdır⁶³⁷.

B. Kısıtlamanın Sanık Aleyhine Olması

Savunma hakkının kısıtlanmasının hüküm için önemli kabul edilen hallerin sanık aleyhine olması gerekmektedir⁶³⁸. Diğer bir deyişle, hüküm bakımından önemli olan savunma hakkının kısıtlandığı kararların mutlak bozma nedeni olarak değerlendirilebilmesi için sanığın savunmaya ilişkin haklarına zarar vermesi gerekir⁶³⁹

CMK'nın 216. maddesinin 3.fıkrasına göre hüküm verilmeden önce sanığa son söz verilir. Eğer son söz verilmezse sanığın savunma hakkı sanığın aleyhine kısıtlanmış olur⁶⁴⁰. Bununla birlikte sanığa ve müdafine söz verildikten sonra katılana veya vekiline söz verilerek hüküm verilip tefhim edilmesi bozmayı gerektirir. Her ne kadar sanığa hükümden önce söz verilmiş olsa da katılana veya vekiline son sözün verilmesi sanığın aleyhine hükmün verilmesini etkileyebileceği için savunma hakkının kısıtlanması kapsamında değerlendirilecektir⁶⁴¹.

⁶³⁷ Günay, s.19.

⁶³⁸ Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.757; Günay, s.19; Çetin, s.113-114.

⁶³⁹ Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.757.

⁶⁴⁰ "Temyiz merciince verilen bozma kararından sonra ilk derece mahkemeleri tarafından yargılamaya devam olduğunda, dava henüz sonuçlanmamış bulunduğundan, ilk defa hüküm kurulurken 'son sözün sanığa verilmesi' kuralı, bozmadan sonra başlayan yargılamalarda da 'kamu davasının kesintisizliği ve sürekliliği' ilkesinin doğal bir sonucu olarak aynen geçerli olacaktır. Kovuşturmanın sona erdirilip hükmün tesis ve tefhimine geçilmesinden önce son söz alan tarafın sanık olması gerektiği şeklinde anlaşılması gereken 'son sözün sanığa verilmesi' kuralına uyulmaması hâli, gerek 'savunma hakkının sınırlandırılmayacağı' ilkesine, gerekse CMK'nın 216. maddesinin üçüncü fıkrasına açık aykırılık teşkil edecek ve bu durum, temyiz incelemesi aşamasında hükmün esasına geçilmeden önce bozma nedeni kabul edilecektir.(...) Yerel mahkemece bozmadan sonra yapılan yargılama aşamasında sanık dinlendikten ve Cumhuriyet savcısının bozma ilamına dair görüşü alındıktan sonra, hazır bulunan sanığa son sözleri sorulmadan yargılama bitirilmek suretiyle hükmün tesis ve tefhim edilmesi, CMK'nın 216/3. maddesine açıkça aykırılık oluşturduğundan, savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuran bu usule aykırılık sebebiyle yerel mahkemenin direnme kararına konu hükmünün diğer yönleri incelenmeksizin bozulmasına karar verilmelidir".(YGCK, E.2017/10-521, K. 2018/350, T.10.07.2018); Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 06.12.2018).

⁶⁴¹ "Kovuşturmanın sona erdirilip hükmün kurulması ve tefhimine geçilmesinden önce son söz alan tarafın sanık olması gerektiği şeklinde anlaşılması gereken 'son sözün sanığa verilmesi' kuralına uyulmaması hali, gerek 'savunma hakkının sınırlandırılmayacağı' ilkesine gerek CMK'nın 216. maddesinin üçüncü fıkrasına açık aykırılık teşkil edecek ve bu durum temyiz incelemesi aşamasında hükmün esasına geçilmeden önce bozma nedeni kabul edilecektir. Açıklanan gerekçelerle yargılamanın sanık ...'nın da hazır bulunduğu 31.03.2016 tarihli son oturumunda, önce sanık ... müdafii ile sanık ...'nın,

CMK'nın 307. maddesine göre sanığın aleyhine bozma kararı verilmesi halinde sanığın mutlaka dinlenilmesi gerekir. Eğer sanık dinlenilmeden karar verilirse savunma hakkı kısıtlanacaktır⁶⁴². Yargıtay, ilk derece mahkemesinin hırsızlık suçundan vermiş olduğu kararı, olayda yağma suçu olduğu gerekçesiyle bozması üzerine ilk derece mahkemesi sanıkları dinlemeden yağma suçundan hüküm kurması savunma hakkını kısıtlamıştır⁶⁴³. Ancak ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu beraat kararının bozulması üzerine ilk derece mahkemesi sanığı dinlemeden bozma kararına karşı direnmesi, Yargıtay Ceza Genel Kurul'u tarafından savunma hakkının kısıtlanması şeklinde değerlendirilmiştir⁶⁴⁴. Ancak biz burada Yargıtay'ın görüşüne katılmıyoruz. Çünkü burada sanığın savunma hakkını zedeleyen herhangi bir sonuç meydana gelmemiştir. Yalnızca ilgili hüküm bakımından mutlak olmayan bir hukuka aykırılık söz konusudur.

ardından katılan vekilinin diyecekleri tespit edilip, **savunma hakkı** ile yakından ilgili bulunan CMK'nın 216/3. madde ve fıkrasına aykırı olarak, **son söz** alan tarafın sanık ... olması gerektiği gözetilmeksizin, katılan vekilinin beyanlarıyla yargılama bitirilmek suretiyle hükümlerin kurulması ve tefhim edilmesi" (Yarg. 12.CD, T. 19.12.2018, E. 2018/6385, K. 2018/12377). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 31.03.2019).

⁶⁴² "1412 Sayılı CMUK'un 326/2. maddesinde, 'Sanık veya müdahil ve vekillerine davetiye tebliğ olunamaması veya davetiye tebliğ olunmasına rağmen duruşmaya gelmemeleri nedeniyle bozmaya karşı beyanları tespit edilmemiş olsa dahi duruşmaya devam edilerek dava gıyapta bitirilebilir. Ancak sanık hakkında verilecek ceza, bozmaya konu olan cezadan daha ağır ise herhalde dinlenilmesi gerekir'. biçimindeki savunma hakkının kısıtlanamayacağı ilkesine dayanan yasanın emredici kuralı uyarınca, yapılan ilk yargılama sonrası mağdur ...'a yönelik kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçundan beraat eden sanık ...'a, bozma sonrası aleyhe bozmaya karşı diyecekleri sorulmadan hakkında mahkumiyet hükmü kurulması suretiyle anılan yasa maddesine aykırı davranılması" (Yarg. 6.CD, T. 15.01.2019, E. 2018/1290, K. 2019/39); "Sanık aleyhine olan Yargıtay bozma ilamına karşı sanığın beyanı alınmadan CMUK'nun 326/2-2. cümlesine aykırı davranılması suretiyle hüküm kurularak savunma hakkının kısıtlanması" (Yarg. 7.CD, T. 12.11.2018, E. 2018/8215, K. 2018/11903). Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 31.03.2019).

⁶⁴³ Yarg 6.CD, T. 27.04.2017, E. 2014/4509, K. 2017/1102. Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 31.03.2019).

⁶⁴⁴ "Sanıktan aleyhe bozmaya karşı diyeceği sorulmadan beraat hükmünde direnilebileceğinin kabulü savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurabilecektir. Savunma hakkı sanığın en önemli hakkı olup bu hakkın sınırlandırılması 1412 Sayılı CMUK'nun 308/8. maddesi uyarınca mutlak bozma nedenidir. Nitekim Ceza Genel Kurulunun duraksamasız uygulamaları da ısrar edilen önceki hüküm beraat dahi olsa sanıktan aleyhe bozmaya karşı diyecekleri sorulmadan direnme kararı verilemeyeceği yönündedir. (YGCK, T. 12.06.2018, E. 2017/23-500, K. 2018/277). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 01.04.2019).

Yargıtay, kararlarında CMK'nın 226. maddesi uyarınca suçun hukuki niteliğinin değişmesi halinde de sanığa ek savunma verilmemesi durumunda, sanığın etkin bir şekilde savunma yapması güçleşeceği için bu hakkın kısıtlandığını vurgulamıştır⁶⁴⁵.

C. Kısıtlamanın Mahkeme Kararıyla Gerçekleşmesi

Savunma hakkının sınırlandırılmasının kanun yoluna konu olabilmesi için düzenlemenin lafzından da anlaşılacağı üzere bu kısıtlama mahkemenin vermiş olduğu karardan kaynaklanması gerekir⁶⁴⁶.

Mahkemenin kararı açık olabileceği gibi bir talebi yerine getirmeme ya da sanığın savunma hakkına ilişkin bir hakkı kullandırmaması şeklinde yani zımni bir mahkeme kararı da olabilir⁶⁴⁷. Örneğin sanığa son sözün verilmemesi⁶⁴⁸ veya tanık beyanından sonra sanığa söz verilmemesi⁶⁴⁹ hallerinde savunma hakkının

⁶⁴⁵ “İddianamede talep edilmediği halde, sanığa 5271 Sayılı CMK'nın 226. maddesi uyarınca ek savunma hakkı verilmeden, 5237 Sayılı TCK'nin 106/2-a-c hükümlerinin sanık aleyhine uygulanmasına karar verilmesi suretiyle savunma hakkının kısıtlanması, Bozmayı gerektirmiş” (Yarg. 3.CD, T.10.04.2018, E.2017/12117, K.2018/6563); “İddianamede talep edilmediği halde, sanığa 5271 Sayılı CMK'nın 226. maddesi uyarınca ek savunma hakkı verilmeden, 5237 Sayılı TCK'nin 87/1-son maddesinin suça sürüklenen çocuk hakkında uygulanmasına karar verilmesi suretiyle savunma hakkının kısıtlanması,(...) Bozmayı gerektirmiş” (Yarg. 3.CD, T.04.10.2018, E.2017/19596, K.2018/14519). Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi:06.12.2018).

⁶⁴⁶ Yüce, Kanun Yolları, s.128; Kunter, s.1066, dn. 157; Keskin, s.156; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.754-756; Çetin, s.114; Günay, s.19.

⁶⁴⁷ Günay, s.19.

⁶⁴⁸ “CMUK'nun 250. maddesindeki ‘şahidin, ehlihibrenin veya şerikinin dinlenmesinden ve herhangi bir varakanın okunmasından sonra bunlara karşı bir diyeceği olup olmadığı maznundan sorulur’ şeklindeki hüküm amir bir hükmüdür. Bu hüküm duruşmada hazır bulunan sanığa sadece dinlenen tanığa karşı bir diyeceği olup olmadığı sormak olanağını vermeyip ayrıca bazı sorular yöneltmek ve tanık veya başka bir kanıt göstermek imkanını da verir. Bu nedenle savunmaya ilişkindir. (...) Bu bakımdan Özel Daire bozması usule ve yasaya uygun bulunduğundan itirazın reddine karar verilmelidir” (YGCK, T.05.04.1976, E.1976/8-165, K.1976/172); “Tanıklar dinlendikten sonra sanıktan tanık beyanlarına karşı diyeceği olup olmadığı sorulmaması, Usule aykırı ve C.Savcısı ve müdahil vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden sair cihetleri incelenmeksizin öncelikle bu nedenle resen de temyize tabi hükmün tebliğnamedeki düşünce gibi CMUK'nun.321.maddesi uyarınca (bozulmasına)” (Yarg. 1.CD, T.21.03.1993, E.1994/581, K.1994/616). Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 06.12.2018).

⁶⁴⁹ “Son oturumda hazır bulunan sanık müdafisine, C.Savcısının ek mütalaasından sonra, mütalaaya karşı diyeceklerinin sorulmaması ve son söz hakkı verilmemesi suretiyle CMUK'nun 251. Maddesi (CMK'nun 216. maddesi) hükmüne aykırılık yapılarak savunma hakkının kısıtlanması, bozmayı gerektirmiş sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan başka yönleri incelenmeksizin hükmün bu sebepten dolayı istem gibi bozulmasına” (Yarg. 8.CD, T.30.06.2010, E.2008/11549, K.2010/9526). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 06.12.2018).

sınırlandırılması mutlak bozma sebebi kabul edilecektir. Bununla beraber ağır ceza mahkemelerinde yalnızca mahkeme başkanı tarafından verilen kararlar mutlak bozma nedeni kapsamında değerlendirilmez⁶⁵⁰.

Hükümde yer alan mahkeme ibaresinden yalnızca ilk derece mahkemeleri anlaşılmalıdır. Bölge adliye mahkemeleri de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Zira bölge adliye mahkemeleri, ilk derece mahkemesinin kararını bozarak yeniden duruşmayla hüküm tesis ettiği veya başvuruyu reddettiği durumlar söz konusudur (madde 280/2). Bu aşamada, kovuşturma evresinde görülen duruşmaya ilişkin hükümler uygulanacaktır⁶⁵¹.

Sanık ilk derece mahkemesinde olduğu gibi savunmasını kendi yapabileceği gibi müdafiden de yararlanabilecektir⁶⁵². CMK'da sanık duruşmada olmasa bile müdafî tarafından temsil edilebilecektir⁶⁵³. Tutuksuz sanığa duruşma çağrısı yapılmasına rağmen sanığın duruşmaya gelmemesi halinde müdafîyle temsil edilse bile davanın reddedileceği hükmü yer almaktaydı⁶⁵⁴. Ancak Anayasa Mahkemesi, sanığın müdafiden yararlanma hakkının etkisiz kalacağı gerekçesiyle bahsi geçen hükmü iptal etmiştir⁶⁵⁵. Hükümün ilga edilmesiyle tutuksuz sanık duruşmaya gelmese bile müdafî tarafından temsil edilebilmesi yerinde olmuştur.

Temyiz aşamasında da on yıl ve daha fazla hapis cezasının verildiği hükümlere karşı Yargıtay isterse “murafaalı temyiz incelemesi” yapabilecektir. Yargıtay'da görülen duruşmada da savunma hakkı gözetilmelidir. Nitekim ilgili hükümlerde sanığın duruşmada müdafî ile temsil edilebileceği⁶⁵⁶ ve her halükarda sanığa son sözün verileceği⁶⁵⁷ açıkça ifade edilmiştir.

⁶⁵⁰ **Yüce**, Kanun Yolları, s.128; **Çetin**, s.114.

⁶⁵¹ CMK madde 282/1: “Duruşma açıldığında (...) istisnalar dışında bu Kanunun duruşma hazırlığı, duruşma ve karara ilişkin hükümleri uygulanır”.

⁶⁵² **Ataç**, İstinaf Kanun Yolunda, s. 48.

⁶⁵³ Bkz. CMK madde 197.

⁶⁵⁴ CMK madde 281/1- c.2 (Mülga ikinci cümle: 20/7/2017-7035/16 md.): “Tutuksuz sanığa yapılacak çağrıda kendi başvurusu üzerine açılacak davanın duruşmasına gelmediğinde davasının reddedileceği ayrıca bildirilir”.

⁶⁵⁵ **AYM, T. 14.06.2017, E. 2017/49, K. 2017/13**. Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 28.03.2019).

⁶⁵⁶ CMK madde 299/1: “On yıl veya daha fazla hapis cezasına ilişkin hükümlerde, Yargıtay, incelemelerini uygun görmesi halinde duruşma yoluyla yapabilir. Duruşma gününden sanığa, katılana, müdafî ve vekile haber verilir. Sanık, duruşmada hazır bulunabileceği gibi, kendisini bir müdafî ile de temsil ettirebilir”.

⁶⁵⁷ CMK madde 300/2-c.2: “Temyizi istemiş olan tarafa önce söz verilir. Her hâlde son söz sanıktır”.

Sonuç olarak hükümde yer alan “mahkeme kararıyla gerçekleşmiş olması” ibaresinden sadece ilk derece mahkemesini değil savunma hakkının gözetildiği tüm mahkemeleri (Bölge Adliye Mahkemeleri, Yargıtay) anlamamız gerekmektedir.

D. Kısıtlamanın Kovuşturma Aşamasında Gerçekleşmiş Olması

Sanığın savunmasını kısıtlayan hukuka aykırılıklar ancak mahkemenin kovuşturma aşamasında⁶⁵⁸ vermiş olduğu hükmü etkilemesi⁶⁵⁹ halinde mutlak bozma sebebi olarak kabul edileceklerdir⁶⁶⁰. Dolayısıyla soruşturma ya da duruşma hazırlığı evresinde yapılan savunma hakkının ihlali mutlak bozma nedenini oluşturmaz⁶⁶¹. Ancak bu aşamalardaki ihlaller bakımından daha önce de ifade ettiğimiz gibi CMK’nın 272. maddesinin 2. fıkrası ve 287. maddesinde öngörülen düzenlemelere göre hükümden önce verilen kararların hükme esas teşkil etmesi halinde kanun yoluna başvurulabilir⁶⁶².

Soruşturma aşamasında şüphelinin ifadesi, kolluk veya savcı tarafından alınır. İfade alma sırasında, kolluk veya savcı tarafından CMK’nın 147. maddesine göre savunma hakkıyla bağlantılı olarak şüpheliye müdafiden yararlanma hakkı ile susma hakkına sahip olduğunun ve isnat edilen suçlamaların anlatılması gerekir. Bununla birlikte aynı madde doğrultusunda, şüphelinin müdafî seçme imkânı olmaması halinde kendisine baro tarafından müdafî tayin edildikten sonra ifadesi alınır.

⁶⁵⁸ CMK madde 2/1-f: “Kovuşturma: İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi”(…) ifade eder.

⁶⁵⁹ “Duruşma tarihinde aynı yargı çevresi içinde bulunan Aydın E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda başka suçtan tutuklu olarak bulunan suça sürüklenen çocuğa duruşmadan varestede tutulmak isteyip istemediği sorulmadan ve bu hususta bir karar alınmadan yokluğunda yargılamaya devamlı hüküm kurulması, bu suretle 5271 Sayılı CMK’nın 196. maddesine aykırı davranılarak savunma hakkının kısıtlanması, Bozmayı gerektirmiş” (Yarg. 13.CD, T. 03.10.2018, E.2018/122, K.2018/13041); “Suça sürüklenen çocuk ...’in üzerine atılı çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçu için öngörülen hapis cezasının alt sınırının beş yıldan fazla olması karşısında, 5271 Sayılı CMK’nın 150/3, 150/2 ve 188/1. maddeleri uyarınca suça sürüklenen çocuk müdafîin hazır bulunduğu celsede hüküm kurulması zorunlu olduğu halde, müdafîin yokluğunda duruşma yapılarak hüküm kurulması suretiyle savunma hakkının kısıtlanması” (Yarg. 14.CD, T.28.09.2016, E.2016/6174, K.2016/6668) Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi:06.12.2018).

⁶⁶⁰ Yüce, Kanun Yolları, s.128; Keskin, s.156; Günay, s.20; Çetin, s.115.

⁶⁶¹ Keskin, s.156; Yüce, Kanun Yolları, s.128.

⁶⁶² Keskin, s.156.

Bahsi geçen hükümlerin yerine getirilmemesi sonucunda “aydınlatma yükümlülüğünün ihlali” söz konusu olacaktır⁶⁶³. Soruşturma evresinde bu yükümlülük ihlal edilerek alınan ifadenin hükme esas teşkil etmesi durumunda, CMK’nın 289. maddesinin 1.fıkrasının (i) bendi uyarınca “hükümün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması” gerekçesiyle hüküm bozulacaktır⁶⁶⁴. Yargıtay vermiş olduğu kararlarda sanığın, şüpheli olarak kollukta ifadesinin alınması sırasında CMK’nın 147. maddesinde yer alan haklarının hatırlatılmamasını hukuka aykırı delil olarak kabul etmekte ancak olayda sanığın ifade tutanağında haklarının hatırlatıldığı sayfayı imzalaması nedeniyle elde edilen delillerin “hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delil” kapsamında değerlendirilmeyeceğini belirtmiştir⁶⁶⁵.

⁶⁶³ Koca, s.280.

⁶⁶⁴ Şahin, Cumhuriyet, Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Deliller Ve Değerlendirilmeleri Sorunu, EBYÜHFD, Cilt 1, S. 1, 1997, s.93, Koca, s.279.

⁶⁶⁵ “Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazında;’nın sanık sıfatı ile İstanbul Asayiş Şube Müdürlüğü Cinayet Büro Amirliğinde emniyet görevlileri U. A. ve ...tarafından alınıp tespit edilen ifadesinin, ifade tarihinde yürürlükte bulunan 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun, 18.11.1992 tarih ve 3842 Sayılı Kanun’un 12. maddesiyle değişik 135. maddesinde yer alan, “Zabıta amir ve memurları ile Cumhuriyet savcısı tarafından ifade almada, hâkim tarafından sorguya çekilmede, müdafî tayin hakkının bulunduğu, müdafî tayin edebilecek durumda değilse baro tarafından tayin edilecek bir müdafî talep edebileceği bildirilir” hükmüne aykırı olarak, sanığa yasal hakları hatırlatılmadan alındığı ve bu şekilde elde edilen delilin yasal delil niteliğinde bulunmadığı ileri sürülmüş ise de; onaylı fotokopilerden oluşan dosya içerisindeki 28.03.1998 tarihli ve “İfade tutanağı” başlıklı iki sayfadan oluşan belgenin ilk sayfasında, “Sanık’nın maktul K. K. ’nun öldürülmesi, mağdur ...’ın yaralanması olayı ile ilgili olarak ifadesinin tespit edildiğine”, sanığa 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun 135/3. maddesinde düzenlenen “Müdafî tayin hakkının bulunduğu, müdafî tayin edebilecek durumda değilse baro tarafından tayin edilecek bir müdafî talep edebileceği ve onun hukuki yardımından yararlanabileceği, isterse müdafîin soruşturmayı geciktirmemek kaydı ile ve vekaletname aranmaksızın ifade veya sorguda hazır bulunacağı bildirilir; yakınlarından istediğine yakalandığını duyurma hakkının bulunduğu”; 135/4. maddesinde “İsnad edilen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğuna” ve 135/5. maddesinde; “Şüpheden kurtulması için somut delillerinin toplanmasını talep edebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe sebeplerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek imkânı verildiğine” dair matbu ibarelerin yer alması, belge altında ise ifadeyi alan komiser yardımcısı U. A. , ifadeyi yazan polis memuru A. S. , ifade veren sanık’nın imzalarının bulunduğu anlaşılmıştır karşısında; elde edildikleri tarihte yürürlükte bulunan kanunlara uygun olarak tespit edilen kanıtların hukuka aykırı delil olduklarından söz edilemeyeceği kabul edilmelidir”. (YCGK, T. 03.07.2018, E.2015/1-396, K. 2018/323); Aynı yönde “Sanığın sonradan değiştirdiği kolluk aşamasındaki ikrara dayalı ifadesinin suç tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan CMUK’nun 135. maddesine aykırı olarak hakları hatırlatılmaksızın alındığı (...) anılan yasanın 254/2. madde ve fıkrası hükmü uyarınca soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri delillerin hükme esas alınamayacağı ve belirtilen delillerin dışında mahkumiyete yeter, şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı kanıt da elde edilemediği gözetilmeden sanığın beraati yerine yazılı gerekçe ile mahkumiyetine hükmolunması” (Yarg. 8.CD, T. 14.12.2009, E. 2008/334, K. 2009/15739). Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 30.03.2019).

CMK'nın 101. maddesinin 3. fıkrasında şüpheli veya sanık hakkında tutuklama talep edileceği zaman şüpheli/sanığın mutlaka bir müdafinin yardımından faydanlanması gerekmektedir.

Bu bağlamda tutuklanması istenen sanığın kendisinin seçtiği veya baronun görevlendirmiş olduğu bir müdafinin olmaması savunma hakkını zedeleyen bir durumdur. Yargıtay, sanığın seçtiği müdafî olmaması üzerine herhangi bir şekilde müdafî görevlendirilmeden tutuklama kararı verilerek yapılan yargılamada savunma hakkının kısıtlandığı belirtmiştir⁶⁶⁶.

Şüpheli hakkında tutuklama kararı verilirken, şüphelinin müdafisinin olmaması şüphelinin savunma hakkını zedeleyecektir. Ancak soruşturma evresinde görülen mevzubahis hukuka aykırılık için itiraz kanun yolu öngörülmüştür⁶⁶⁷. Dolayısıyla soruşturma aşamasında şüpheli hakkında tutuklama kararı verilirken yanında müdafî olmaması her ne kadar savunma hakkını ihlal etmiş olsa da mutlak bozma nedeni kapsamında değerlendirilmemektedir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda "Savunma" kısmında 153. maddede "müdafinin dosya inceleme yetkisi" düzenlenmiştir⁶⁶⁸. Müdafî dosyayı soruşturma ve kovuşturma evrelerinde inceleyebilecektir. Ancak bu evrelerde dosyanın incelenmesi farklı kurallara tabiidir⁶⁶⁹. Kovuşturma evresinde dosyanın incelenme yetkisi herhangi bir şekilde kısıtlanamazken (madde 153/4); soruşturma evresinde ise bu yetki, kanunda sayılı suçlar bakımından soruşturmanın selameti açısından tehlikeye düşülmesi halinde hâkim kararıyla sınırlandırılabilir (madde 153/2).

⁶⁶⁶ **Yarg. 16. CD, T. 27.12.2018, E. 2018/5287, K. 2018/5553**; Aynı yönde " 5271 Sayılı CMK'nın 101/3. maddesi gereğince tutuklanması istenen ve seçtiği bir müdafî de bulunmayan sanığa mûsnet suçun niteliği ve ön görülen ceza miktarı gözetilmeksizin müdafî görevlendirilmesinin yasal zorunluluk olması karşısında; görevlendirilen müdafî refakatinde tutuklanması nedeniyle, delillere erişme ve savunma hazırlama imkanları itibarıyla çelişmeli yargılamanın gereği olan "silahların eşitliği" ilkesinin ve Anayasanın 36, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddeleri ile teminat altına alınan adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğuracak biçimde, adaletin selameti açısından gerekli olan müdafî görevlendirilmeden yargılama yapıp sorgusu tespit edilmek suretiyle savunma hakkının kısıtlanması" (**Yarg. 16.CD, T. 20.2.2018, E. 2017/3726, K. 2018/487**). Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 07.04.2019)

⁶⁶⁷ CMK'nın 267. maddesinde hâkim tarafından verilen kararlara karşı itiraz yoluna gidilebileceği düzenlenmiştir.

⁶⁶⁸ CMK madde 153/1: "Müdafî, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir".

⁶⁶⁹ **Alşahin, Mehmet Emin**, Müdafîin Dosya İnceleme Yetkisi, LHD, Cilt 4, S 2, 2006, s. 1054.

Soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, müdafinin dosyayı inceleme yetkisini, katalog suçlardan veya soruşturmayı tehlikeye düşürecek herhangi bir durum olmamasına rağmen kısıtlaması halinde savunma hakkı ihlal edilecektir. Ancak soruşturma evresinde hâkimin vermiş olduğu kararlara karşı yukarıda bahsettiğimiz üzere itiraz kanun yoluna gidilebilecektir⁶⁷⁰.

Sonuç olarak muhakemede savunma hakkının sınırlandırılması mutlak bozma nedeni olarak tek başına yeterli değildir. Bunun için söz konusu sınırlandırmanın kovuşturma aşamasında hükmü etkileyen mahkeme kararıyla sanığın aleyhine olması gerekmektedir. Bunun sonucunda mutlak bozma kararı verilir.

Mutlak bozma nedeni kanun yoluna başvuruda belirtilmiş olmasa bile Yargıtay tarafından re'sen dikkate alınır. Bozma kararının verilmesiyle ilk derece veya bölge adliye mahkemesinin kararı bozularak Yargıtay'ın belirtmiş olduğu konularda yeniden yargılama yapılır. Kararı bozulan mahkeme, temyiz yolunda verilen bozma kararına karşı direnebilir. Bu direnmeyi ilgili ceza dairesi haklı görmezse Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na gönderir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, ilk derece veya bölge adliye mahkemesinin kararında savunma hakkının kısıtlandığını tespit ederse ilk derece mahkemesinin hükmü bozulur.

Savunma hakkının kısıtlanması, bölge adliye mahkemelerine ilişkin yapılan değişiklikten sonra yalnızca Yargıtay'ın dairelerinde ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nda verilen bozma kararlarında mutlak bozma nedeni olarak değerlendirilebilir.

“Savunma hakkının sınırlandırılması”nın mutlak bozma nedeni olarak değerlendirilebileceği kanun yolları ve süreçlerinden sonra savunma hakkının hangi şartların gerçekleşmesi halinde mutlak bozma nedeni olarak değerlendirildiğinden bahsettik.

Kanun yolu denetiminde; “iddianamenin ve çağrı kâğıdının tebliğiyle duruşma günü arasındaki asgari süreye uyulmaması, sorgudan önce suçlamanın hukuki niteliğinin anlatılmaması ve sanığa haklarının hatırlatılmaması, sanığın yokluğunda duruşma yapılması, sanığın duruşmadan bağışık (vareste) tutulmamış olmasına rağmen yokluğunda karar verilmesi, sanığın müdafiden yararlanma hakkının ihlali, avukatın

⁶⁷⁰ Centel-Zafer, s.850; Yenidünya-İçer, s. 790; Yenisey-Nuhoğlu, s. 841; Özdemir, s.49.

müdafilikten çekilmesi, tercümandan yararlanma hakkının engellenmesi, sanığa dinleme ve okumadan sonra diyeceğinin sorulmaması, delillerin tartışılması ve hükümden önce sanığa son sözün verilmemesi, suçun niteliğinin değişmesi nedeniyle “ek savunma” hakkının verilmemesi, aleyhe bozmaya karşı sanığa diyeceği sorulmadan karar verilmesi” hallerinde mutlak bozma nedeni olarak savunma hakkının kısıtlanacağını Yargıtay kararları ışığında detaylı bir şekilde değerlendirmekte fayda var.

II. Türk Hukukunda Savunma Hakkının Kısıtlanmasının Mutlak Bozma Nedeni Sayıldığı Durumlar

1. İddianamenin ve Çağrı Kâğıdının Tebliğiyle Duruşma Günü Arasındaki Asgari Süreye Uyulmaması (CMK madde 176/4; 190/2)

İddianamenin kabulü ile ceza muhakemesinin ilk aşaması olan soruşturma evresi son bulup kovuşturma evresi başlar. Aynı zamanda kamu davası açılmış olur⁶⁷¹. Kovuşturma evresi, duruşma hazırlığı, duruşma ve hüküm aşamalarından meydana gelir⁶⁷².

Duruşma hazırlığı aşamasında, soruşturma aşamasındaki eksiklikler varsa bunların giderilmesi sağlanır ve kovuşturma aşamasına geçildiğinde duruşmanın aksamadan yapılabilmesi için gerekli hazırlıklar yapılır⁶⁷³.

Duruşma hazırlığı evresinde ilk olarak mahkeme tarafından duruşma tarihi ve duruşmaya çağırılacak kişiler belirlenir⁶⁷⁴. Daha sonra iddianameyle beraber sanığa duruşmaya gelmesi için çağrı kâğıdı tebliğ edilir. Eğer sanık tutuklu değilse duruşmaya gelmemesi halinde zorla getirileceği belirtilirken; tutuklu sanığa bu ihtarın yapılmasına

⁶⁷¹ CMK madde 175/1: “İddianamenin kabulüyle, kamu davası açılmış olur ve kovuşturma evresi başlar.”

⁶⁷² Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Özaydın-Akcan-Tütüncü-Villemin-Tok, s.625; Centel-Zafer, s.557 vd.; Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.557; Yenisey-Nuhoglu, s.683; Yenidünya-İçer, s.546.

⁶⁷³ Yurtcan, s.461; Ünver-Hakeri, s.529.

⁶⁷⁴ Bkz. CMK madde 175/2.

gerek görülmemiştir⁶⁷⁵. Yapılan tebligatlar, Tebligat Kanunu'na⁶⁷⁶ göre yapılır. Tutuklu sanıkla birlikte müdafine de iddianame ve çağrı kâğıdı tebliğ edileceği kanunda düzenlenmiştir. Eğer dosyada tutuklu olmayan sanığın seçtiği müdafî belirtilmişse müdafîye de tebligat yapılır⁶⁷⁷. Nitekim Tebligat Kanunu'nun 11. maddesinde avukatla takip edilen işlerde avukata tebligat yapılacağı düzenlenmiştir⁶⁷⁸. Yine aynı maddede eğer müdafî birden fazlaysa bir tanesine tebligatın yapılması yeterli görüleceği belirtilmiştir.

Nitekim çağrı kâğıdının tebliğiyle duruşma tarihi arasında en az bir haftalık bir sürenin olması gerekmektedir⁶⁷⁹. Bir haftalık bu süre, koruyucu bir süre olup kanunda alt sınırı gösterilmiştir⁶⁸⁰. Söz konusu süreye, mahkemenin çağrı kâğıdını geç yollaması, çağrı kâğıdının geç tebliğ olması gibi sebeplerle uyulmaması halinde CMK'nın 190. maddesinin 2 inci fıkrasına göre sanığa duruşmaya "ara verilmesini isteme hakkı" olduğu hatırlatılır. Bu düzenleme ceza yargılaması ilkelerinden adil yargılanma hakkına ilişkin tanınmış bir haktır.

Bu düzenlemeler İHAS'ın 6. maddesinin 3. fıkrasının b bendinde de düzenlendiği üzere sanığın savunma hakkını kullanabilmesi için gerekli zamana ve

⁶⁷⁵ CMK madde 176: "(1)İddianame, çağrı kâğıdı ile birlikte sanığa tebliğ olunur. (2) Tutuklu olmayan sanığa tebliğ olunacak çağrı kâğıdına mazereti olmaksızın gelmediğinde zorla getirileceği yazılır. (3)Tutuklu sanığın çağırılması duruşma gününün tebliği suretiyle yapılır. Sanıktan duruşmada kendisini savunmak için bir istemde bulunup bulunmayacağı ve bulunacaksa neden ibaret olduğunu bildirmesi istenir; müdafî de sanıkla birlikte davet olunur. Bu işlem, tutuklunun bulunduğu ceza infaz kurumunda cezaevi kâtabi veya bu işle görevlendirilen personel yanına getirilerek tutanak tutulmak suretiyle yapılır".

⁶⁷⁶ 12.02.1959 Tarihli, 7201 Sayılı Kanun.

⁶⁷⁷ "Yasal düzenlemeler incelendiğinde; 1412 sayılı CYUY'nın 211. maddesinde gerek zorunlu müdafinin, gerekse vekaletnameli müdafinin duruşmaya sanık ile birlikte çağrılacağı hüküm altına alınmış iken, 5271 sayılı CYY'nın 176. maddesinde bu zorunluluk sadece tutuklu sanıkların müdafileri ile sınırlı tutulmuştur. Buna karşın Tebligat Yasasının 11. maddesi uyarınca dosya kapsamı itibarıyla sanığın vekaletnameli müdafî bulunduğunun veya sanığa zorunlu müdafî atandığının anlaşılması durumunda, mahkemece sanık müdafîine duruşma gününün bildirilmesi gerekmektedir. Öte yandan, savunma hakkının etkin bir şekilde kullandırılması ve sanığın her aşamada hukuki yardımdan yararlanabilmesi için sanığın tutuklu olup olmadığına bakılmaksızın, müdafîinde sanıkla birlikte duruşmaya çağırılması sürdürülen bir uygulamadır. Bu uygulama AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına yargı organlarınca gösterilen hassasiyetin bir sonucudur". (YCGK, T. 03.04.2012, E.2011/9-266, K.2012/139). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 07.12.2018)

⁶⁷⁸ Tebligat Kanunu madde 11/1-1. cümle: "Vekil vasıtasıyla takip edilen işlerde tebligat vekile yapılır".

⁶⁷⁹ Bkz. CMK madde 176/4.

⁶⁸⁰ Yenisey-Nuhoğlu, s.687; Centel-Zafer, s.717.

kolaylıklara sahip olması için düzenlenmiştir⁶⁸¹.

Dolayısıyla yapılan çağrı tebliğiyle duruşma tarihi arasında bir haftalık süre olmazsa bununla birlikte sanığa duruşmaya ara verilmesini isteme hakkı olduğunun hatırlatılmaması veya bu talebin reddedilmesi hallerinde sanığın savunma hakkını kullanabilmesi için gerekli imkânların sağlanmamasından dolayı Yargıtay savunma hakkının kısıtlandığı gerekçesiyle birçok defa bozma kararı vermiştir⁶⁸². Örneğin Yargıtay Ceza Genel Kurulu vermiş olduğu kararda duruşma gününden dört gün önce sanığa duruşma günü ve çağrı tebliğ edilmesine rağmen “duruşmaya ara verilmesini isteme hakkı” hatırlatılmaması sonucu “savunma hakkının kısıtlandığını” ifade etmiştir. Ancak mevcut olayda usule ilişkin eksiklik sonradan fark edilerek sanığın yeniden savunmasını yapması için düzenlemelere uygun olarak gerekli kolaylık gösterilmesi nedeniyle hükmün bozulmasına gerek görmemiştir⁶⁸³. CMK’nın 190. maddesinin 2. fıkrasına göre sanığa “duruşmaya ara verilmesini isteme hakkı” hatırlatılmasına rağmen sanık bu hakkı kullanmak istemediğini beyan etmesi halinde savunma hakkı kısıtlanmaz⁶⁸⁴.

Bir haftalık süre zarfında sanık ve müdafî savunmanın hazırlanması için kanunda belirtilen yetkilerini kullanabilirler. Bu bağlamda tanık veya bilirkişinin dinlenmesini ve

⁶⁸¹ **Yenidünya-İçer**, s.547; **Centel-Zafer**, s.718.

⁶⁸² “09.06.2015 tarihli 1. eylemde, sanık ...'in, dosyanın tutuklu iş olması sebebiyle tensiben duruşmaya zorla getirilmesine karar verildiği, zorla getirme emrinin infaz edilememesi üzerine ilk duruşmada sanığın yeniden zorla getirilmesine karar verildiği, bu aşamaya kadar sanığa iddianamenin tebliğ edilemediği, sanığın 02.10.2015 tarihli celseden bir gün önce mahkemeye sunduğu dilekçede, “iddianamenin kendisine tebliğ edilmediği, hakkındaki suçlamayı bilmediğini belirterek savunmasının hazırlanması için kendisine bir sonraki celseye kadar süre verilmesi talebinde” bulunduğu halde, aynı gün resen açılan celse üzerine sanığa iddianame tebliği yapılmadan ve sanığın mazeret dilekçesi hakkında herhangi bir karar verilmeden sanığın savunma hakkını kısıtlayacak biçimde, savunmasının alınması suretiyle CMK’nın 176/4 ile 190/2. maddelerine uyulmaması” (**Yarg. 18.CD, T.28.02.2018, E.2017/7372, K.2018/2784**); “İddianame ekli duruşma gününü bildirir davetiyenin sanığa tebliğ edilmemesi ve tutuklu sanığın cezaevi kanalıyla duruşmaya getirilerek savunmasının alınması karşısında, ilk defa sorgusu sırasında okunan iddianame ile sorgu arasında en az bir hafta süre bulunması gerektiği yönündeki CMK’nın 176/4. maddesine aykırı davranıldığı gibi duruşmaya ara verilmesini isteme hakkı olduğunun da hatırlatılmaması suretiyle CMK’nın 176/4 ve 190/2. maddelerine aykırı davranılarak savunma hakkının kısıtlanması” (**Yarg. 14.CD, T.01.12.2016, E.2016/10152, K.2016/8214**). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 07.12.2018).

⁶⁸³ **YGCK, T.15.11.2011, E.2011/1-157; K.2011/223**. Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 07.12.2018).

⁶⁸⁴ **Yenisey-Nuhoglu**, s.687; **Yurtcan**, s.462; **Centel-Zafer**, s.718.

delillerin toplanmasını isteyebilir. Şayet bu hususta mahkeme bir karar vermezse savunma hakkı ihlal edilmiş olacaktır⁶⁸⁵. Bunun için en az beş gün önceden söz konusu talepleri dilekçeyle mahkemeye veya hâkime bildirmeleri gerekir⁶⁸⁶. Eğer talep reddedilirse sanık, tanık ya da bilirkişiyi mahkemeye getirebilir. Uygulamada çok karşılaşılsa da sanığın getirdiği tanık ya da bilirkişi dinlenilmemesi halinde sanığın savunma hakkı kısıtlanır⁶⁸⁷. Bu hak, aynı zamanda katılan için de verilmiştir. Ancak 676 sayılı KHK⁶⁸⁸ ile getirilen ve sonradan da kanunlaşan⁶⁸⁹ düzenlemeye göre bu taleplerin muhakemeyi uzatmaya yönelik olması durumunda dilekçe reddedilir⁶⁹⁰.

2. Sorgudan Önce Suçlamanın Hukuki Niteliğinin Anlatılmaması ve Sanığa Haklarının Hatırlatılmaması (CMK madde 191/3-b,c; 147)

Duruşma devresine geçildikten sonra duruşmaya başlanırken CMK'nın 191. maddesine göre ilk olarak mahkemede kimlerin gelip gelmediğinin tespiti için yoklama alınır. Sonrasında tanık ve bilirkişiler varsa bunlar mahkeme salonundan çıkartılır. Sanığa adli para cezası verilme ihtimaline karşı cezanın miktarının tespiti açısından şahsi ve ekonomik bilgileri alınır. Ardından isnadı ve hakları öğrenme hakkı bağlamında sanığın duruşma devresinde sorgusuna geçilmeden önce savunma hakkının ihlal edilmemesi adına sanığa suçlamanın hukuki niteliği ve dayandığı deliller sanığa anlatılır⁶⁹¹ ve sonrasında sorguya geçilmeden sanığa kanunda düzenlenen hakları hatırlatılarak, sanık

⁶⁸⁵ “Sanık Ö. Ö.ün 08.05.2007 tarihli dilekçesinde iletişimin tespitiyle ilgili bilirkişi incelemesi yaptırılmasının istenmesine karşın bu hususta bir karar verilmeyerek savunma hakkının sınırlandırıldığı” (YCGK, T. 05.04.2011, E.2010/4-154, K. 2011/38). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 08.12.2018).

⁶⁸⁶ Bkz. CMK madde 177/1.

⁶⁸⁷ “24.12.2013 tarihli celsede sanık müdafinin duruşmaya getirdiği tanıkların dinlenmelerine ilişkin talebinin reddine karar verilmesi suretiyle 5271 sayılı CMK'nın 178. maddesine muhalefet edilmesi suretiyle savunma hakkının kısıtlanması” (Yarg. 3.CD, T.21.06.2016, E.2015/34979, K.2016/14573). Karar için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 08.12.2018).

⁶⁸⁸ 03.10.2016 Tarihli 676 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname.

⁶⁸⁹ 01.02.2018 Tarihli 7070 Sayılı Kanun.

⁶⁹⁰ Bkz. CMK madde 178/1.

⁶⁹¹ İlgili düzenleme değişiklik yapılmadan önce “İddianame veya iddianame yerine geçen belge okunur” şeklindeydi. Özellikle 15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleşen darbe girişimi sonrası “terör örgütlü suçlara” ilişkin yargılamaların artış göstermesi nedeniyle bu tarz suçların görüldüğü dosyaların iddianamelerinin okunması epey vakit almaktadır. Makul sürede yargılamanın bitirilebilmesi ve usul ekonomisi açısından mahkemeleri zor duruma düşürmektedir. Bu nedenle böyle bir değişikliğe

hazır olduğunda sorgusuna geçilir⁶⁹².

Bu çerçevede; CMK'nın 147. maddesinde isnat edilen suçun hukuki niteliği konusunda bilgilendirilmesi, susma hakkı ve müdafiden yararlanma hakkı olduğu bu kapsamda müdafî belirleyecek bir durumu olmaması halinde adli yardımdan da yararlanabilmesi, lehine olan delillerin toplanmasını isteyebilmesi son olarak bu doğrultuda kendi savunmasını yapabileceğinin hatırlatılması düzenlenmiştir⁶⁹³.

Sorgulama, ifade almadan farklı kavramdır. İfade almada, "Cumhuriyet savcısı ve kolluk" tarafından maddi gerçeğin araştırılması; sorgulamada hâkim veya mahkeme tarafından sanığın savunmasının alınması söz konusudur⁶⁹⁴. İfade alma ve sorgulama maddi gerçeğin ortaya çıkmasında, delillerin toplanmasında en önemli faaliyetlerden biri olarak kabul edilmiştir⁶⁹⁵. Ancak bu faaliyetler gerçekleştirilirken maddi gerçek her şeyden üstün tutularak sanığa karşı yapılan her türlü eylem hukuka uygun kabul edilemez. Bu nedenle CMK'nın 147. ve 148. maddelerinde ifade ve sorgu usulünün nasıl olacağı ifade edilmiştir.

Bu düzenlemeler kapsamında mahkemede sorgudan önce, iddianamede yer alan suçlamaların hukuki niteliği ve bunların dayanmış olduğu delillerin sanığa anlatılmaması

gidilmiştir. Nitekim İHAM kararlarında da sanığın suçlamalar nitelendirilmesi hakkında bilgilendirilmesini yeterli görmektedir. Detaylı Bilgi için bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Sıra S. 438, s.16, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss438.pdf>, (Erişim Tarihi:08.12.2018).

⁶⁹² CMK madde 191: "(1) Sanığın ve müdafinin hazır bulunup bulunmadığı, çağırılmış tanık ve bilirkişilerin gelip gelmedikleri saptanarak duruşmaya başlanır. Sanık, duruşmaya bağısız olarak alınır. Mahkeme başkanı veya hâkim, duruşmanın başladığını, iddianamenin kabulü kararını okuyarak açıklar. (...) (3) Duruşmada, sırasıyla; a) Sanığın açık kimliği saptanır, kişisel ve ekonomik durumu hakkında kendisinden bilgi alınır, b) (Değişik: 24/11/2016-6763/29 md.) İddianame veya iddianame yerine geçen belgede yer alan suçlamanın dayanağını oluşturan eylemler ve deliller ile suçlamanın hukuki nitelendirmesi anlatılır, c) Sanığa, yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu ve 147 nci maddede belirtilen diğer hakları bildirilir, d) Sanık açıklamada bulunmaya hazır olduğunu bildirdiğinde, usulüne göre sorgusu yapılır".

⁶⁹³ CMK madde 147: "Şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde aşağıdaki hususlara uyulur: (...) b) Kendisine yüklenen suç anlatılır, c) Müdafî seçme hakkının bulunduğu ve onun hukukî yardımından yararlanabileceği, müdafîin ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği, kendisine bildirilir. Müdafî seçecek durumda olmadığı ve bir müdafî yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafî görevlendirilir, (...) e) Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir, f) Şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınır".

⁶⁹⁴ Yenisey-Nuhoğlu, s.595; Centel-Zafer, s.243.

⁶⁹⁵ Parlar-Öztürk, s.57.

durumunda sanığın neyle suçlandığını bilmeden savunma yapması çok mümkün değildir. İddianamede yer alan suçlamaların ve dayanakların anlatılmadan kişinin sorgulama esnasında etkili savunma yapabilmesi çok muhtemel olmadığı için savunma hakkı kısıtlanmış olacaktır. Nitekim Yargıtay'ın kararlarında sorgulamadan önce iddianamenin sanığa anlatılmaması, anlatılsa bile bu hususun tutanağa aktarılmaması savunma hakkı kısıtlandığı için mutlak bozma nedeni olarak değerlendirilmektedir⁶⁹⁶. Yargıtay, iddianamenin kabulü kararının okunmamasının kanuna aykırı olduğunu belirtse de sadece bu nedene dayalı bozma kararı verilemeyeceğini ancak sorgudan önce iddianamenin anlatılmaması şeklinde bir bozma nedeni söz konusu olduğunda sadece bunun mutlak bozma nedeni kapsamında değerlendirilebileceğini belirtmiştir⁶⁹⁷.

Ayrıca sanığa yukarıda sayılan hakların hatırlatılmaması halinde de sanığın hangi haklara sahip olduğunu bilmeden sorgulama karşısında yaptığı savunma çok etkili olamayacaktır. Örneğin sanığın sorgulamada müdafiden yararlanmış olması durumunda daha etkili bir savunma yapabileceğine şüphe yoktur. Dolayısıyla sanığa sorgudan önce haklarının hatırlatılmaması, savunma hakkını kısıtlayacaktır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu vermiş olduğu kararda sanığa sorguya geçmeden önce susma hakkı ve 147. maddede düzenlenen hakların hatırlatılmasını yeterli görmemiş ayrıca bunun tutanağa geçirilmesinin gerektiğini belirterek bunların yapılmaması halinde savunma hakkının kısıtlanacağını belirtmiştir⁶⁹⁸. Dolayısıyla Yargıtay bu hakların sadece

⁶⁹⁶ Yarg. 13.CD, T.28.5.2018, E.2016/894, K.2018/8272; Yarg. 15.CD, T.24.04.2018, E.2015/4264, K.2018/2896. Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 08.12.2018).

⁶⁹⁷ “Yerel mahkemece ilk oturumda iddianamenin kabulü kararının okunmaması 5271 sayılı CMK'nun 191/1. maddesine aykırı olmakla birlikte bu husus tek başına bozma nedeni yapılamayacaktır. Ancak iddianame okunmadan sanığın sorgusunun yapılması suretiyle CMK'nun 191/3-b maddesine aykırı davranılmasına ilişkin başka bir bozma nedeni bulunduğundan, iddianamenin kabulü kararının okunmamasına ilişkin aykırılığın da bozmaya eklenmesi yerinde bir uygulamadır”.(YGCK, T.04.02.2014, E.2013/8-112, K.2014/38). Ayrıca bkz. Yarg 16.CD, T.03.03.2016, E.2014/678, K.2016/3877. Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 08.12.2018).

⁶⁹⁸ YCGK, T. 25.10.2016, E.2014/14-728, K.2016/389. Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 08.12.2018). Yine Yargıtay'ın vermiş olduğu kararda “Sanığa, 5271 sayılı CMK'nın 191/3-c maddesi uyarınca yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu ve yanı Yasa'nın 147. maddesindeki yasal hakları hatırlatılmadan, hatırlatılmış olsa bile bu husus tutanağa yazılmadan sorgusu yapılarak savunma hakkının kısıtlanması” olduğu belirtilmiştir. (Yarg. 2.CD, T. 11.11.2014, E.2013/36394, K.2014/26378). Karar için bkz. www.legalbank.com.tr (Erişim Tarihi: 08.12.2018).

duruşmadan önce hatırlatılmasını aramamakta bununla birlikte bu hususun tutanağa geçirilmesini aramaktadır.

3. Sanığın Yokluğunda Duruşma Yapılması (CMK madde 195)

Sanık, duruşmada hazır bulunması gereken kişilerden biridir. CMK'nın 193. maddesine göre sanığın yokluğunda duruşma yapılamaz. Eğer duruşmaya gelmemesi için kabul edilebilen bir sebebi yoksa sanık hakkında zorla getirilme kararı verilir. Ancak kanunda bu kuralın bazı istisnaları tanınmıştır.

Sanık, CMK'nın 195. maddesinde yer alan adli para cezası ve müsadere kurumlarından ikisi veya ikisinden birine hükmedilebilecek bir suçtan yargılanıyorsa, yokluğunda duruşma yapılabilir. Adli para cezası veya hapis cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü durumlarda bu istisnai hüküm uygulanmaz⁶⁹⁹. İlk derece mahkemesi, suçlamaların müeyyidesinde yalnızca ya da birlikte adli para cezası veya müsadere bulunmaması halinde bu yola başvurmaz. Ceza yargılamasında isnat edilen suç, söz konusu yaptırımları içermediği için uygulama alanı bulmayan CMK'nın 195. maddesi kapsamında “sanığın yokluğunda duruşma yapılması” halinde sanığın savunma hakkı kısıtlanacaktır⁷⁰⁰. Zira sanığın kanunda sayılı istisnalar dışında yokluğunda duruşma yapılması meramını anlatabilme ilkesinin ihlaline sebep olacaktır.

⁶⁹⁹ **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s. 120; **Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Özaydın-Akcan-Tütüncü-Villemin-Tok**, s.73; **Parlar, Ali-Öztürk, Mustafa**, Ceza Yargılamasında Mutlak Bozma Nedenleri, İstanbul 2018, s.106.

⁷⁰⁰ “Sanığa ait mahkumiyet kararı, açıklandığı 26.07.2016 tarihinden itibaren hukuki sonuç doğurmaya başlayacağı için açıklanması yönünden CMK'nın 231/1-4-11.fikralarında öngörülen yönteme bağlıdır. Bu sebeple duruşmaya çağrılmayan sanığın oluşan yeni durum ve cezanın kişiselleştirilmesi uygulaması sebebiyle savunmasının alınması gerekmektedir. Ayrıca maddedeki yaptırımların yalnızca adli para cezası veya müsadereyi içermemesi sebebiyle CMK'nın 195. maddesinin uygulanma koşulu da bulunmamaktadır. Bu suretle, dosya kapsamında duruşma açılarak, sanığa duruşmaya gelmediği takdirde hakkında karar verileceğini belirten meşruhatlı davetiye gönderilmelidir. Sanığın, savunması alınmadan dosya üzerinde yapılan incelemeyle yetinilerek, mahkumiyet hükmünün açıklanmasına karar verilmesi, sanığın savunma hakkının kısıtlanmasına yol açacaktır”. (Yarg. 18.CD, T.06.02.2017, E.2016/18989, K.2017/1188); “ Sanığa ait mahkumiyet kararı, açıklandığı 14.11.2011 tarihinden itibaren hukuki sonuç doğurmaya başlayacağı için açıklanması yönünden CMK'nın 231/1-4 maddesinde öngörülen yönteme bağlıdır. Bu nedenle duruşmaya çağrılan sanığın oluşan yeni durum ve cezanın kişiselleştirilmesi uygulaması nedeniyle savunmasının alınması gerekmektedir. Ayrıca maddedeki yaptırımların yalnızca adli para cezası veya müsadereyi içermemesi nedeniyle CMK'nın 195.maddesinin uygulanma koşulu da bulunmamaktadır. Deneme süresi içerisinde suç işlenmiş olması nedeniyle yeniden duruşma açılmasının amacı, oluşan yeni bir durum karşısında duruşma açıldığından

CMK'nın 247. maddesi vd. hükümlerinde kaçağın yargılanması düzenlenmiştir. Kaçağın⁷⁰¹ yargılanması da sanığın yokluğunda gerçekleşmektedir. Ancak kaçağın yargılanmasında sanığa ulaşamıyorken, 195. madde kapsamında yapılan duruşmalarda sanığa ulaşmak mümkündür⁷⁰². Sanığın yokluğunda duruşma yapılması genel yargılama usullerine tabi iken, kaçağın yargılanması özel yargılama usullerine göre gerçekleşmektedir. Sayılı suçlarda kaçak sanık için yargılama yapılabilmesi, kanunda belirtilen şartlar yerine getirildikten sonra hakkında kaçak kararı verilmesiyle mümkündür⁷⁰³. Kaçağın yokluğunda duruşma yapılması sıkı şekil şartlarına tabi olması nedeniyle kaçak sanığın yokluğunda yargılamanın gerçekleşmesi, savunma hakkını ihlal etmesi pek muhtemel bir durum değildir.

CMK'nın 195. maddesi kapsamına giren hususlarda sanığın yokluğunda duruşmanın yapılmasıyla birlikte hüküm verilip verilemeyeceği konusunda farklı görüşler öne sürülmüştür⁷⁰⁴. Doktrindeki bir görüş, CMK'nın 193. ve 194. maddelerinde sanığın duruşmaya katılmaması halinde yokluğunda hüküm verilebileceği düzenlenmişken; 195. maddede sanığın yokluğunda sadece duruşmanın yapılacağı düzenlenmesi sebebiyle 195. madde kapsamında sanığın yokluğunda hüküm verilemeyeceğini savunmuştur⁷⁰⁵. Bununla beraber doktrinde bu durum yeterince tartışılmasa da ağırlıklı görüş, 195. madde çerçevesinde sanığın yokluğunda hüküm verilebileceği yönündedir⁷⁰⁶. Yargıtay'ın kararlarında ise CMK'nın 195. maddesinde yer

ve yargılamaya devam olunduğundan sanığın bir şekilde haberdar edilmesini ve savunma hakkının kısıtlanmasının önlenmesini temin amacı gütmektedir". (Yarg. 4.CD, T.21.02.2013, E.2012/30988, K.2013/4922). Aynı yönde karar için bkz. Yarg. 2.CD, T.30.05.2018, E.2018/2812, K.2018/7080. Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 09.12.2018).

⁷⁰¹ CMK madde 247/1: "*Hakkındaki soruşturmanın veya kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle Cumhuriyet savcısı veya mahkeme tarafından kendisine ulaşamayan kişiye kaçak denir.*"

⁷⁰² Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Özaydın-Akcan-Tütüncü-Villemin-Tok, s.76; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.796; Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.98.

⁷⁰³ Bkz. CMK madde 247.

⁷⁰⁴ Şen, Ersan, Sanığın Yokluğunda Duruşma ve Hüküm, <http://www.hukukihaber.net/sanigin-yoklugunda-durusma-ve-hukum-makale,5688.html> (Erişim Tarihi: 10.12.2018).

⁷⁰⁵ Şen, Sanığın Yokluğunda, <http://www.hukukihaber.net/sanigin-yoklugunda-durusma-ve-hukum-makale,5688.html> (Erişim Tarihi: 10.12.2018).

⁷⁰⁶ Ünver-Hakeri, s.554; Parlar-Öztürk, s.106; Yaşar, Cilt II, s.2197.

alan şartların yerine getirilmesi halinde duruşma yapılarak hüküm verilebileceği anlaşılmaktadır⁷⁰⁷.

Kanaatimizce, kanuna göre uygulamada çok mümkün olmasa da duruşmanın tek celsede bitirilerek hüküm verilmesi esas olması nedeniyle “sanığın yokluğunda duruşmanın yapılmasıyla” sanığın yokluğunda hüküm verilebileceği anlamı çıkmaktadır. Ancak CMK’nın 193 ve 194. maddelerinde açık bir şekilde “davanın sanığın yokluğunda bitirilebileceği” belirtilmişken; 195. maddede bu ayrıntıya yer verilmemesi tartışmalara yol açmaktadır. Bu nedenle 195. maddede de benzer şekilde düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

Kanun koyucu CMK’nın 195. maddesinde yer alan istisna hükmün uygulanabilmesi için özel şart aramıştır. Eğer adli para cezası veya müsadereyi gerektiren bir suçtan yargılama yapılıyorsa sanığın yokluğunda duruşma yapılabilmesi için, yokluğunda duruşma yapılacağını belirten meşruhatlı (açıklamalı) davetiye sanığa tebliğ edilir.

Tebliğ, Tebligat Kanunu’na uygun yapılmalıdır. İlgili kanununa uygun yapılmaması halinde tebliğ usulsüz olacağı için tebliğ yapılmamış sayılır⁷⁰⁸. Tebligat Kanunu’nun 10. ve 35. maddelerine göre sanığın bilinen en son adresine tebliğ yapılır. Sanık adresini değiştirmişse bunu ilgili mercilere bildirmek zorundadır. Sanığın adres değişikliğini bildirmemesi veya sistemden yeni adresinin tespit edilememesi halinde

⁷⁰⁷ “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun ‘sanığın yokluğunda duruşma’ başlıklı 195/1. maddesinde ‘Suç, yalnız veya birlikte adli para cezasını veya müsadereyi gerektirmekte ise; sanık gelmese bile duruşma yapılabilir. Bu gibi hallerde sanığa gönderilecek davetiye de gelmese de duruşmanın yapılacağı yazılır’ şeklindeki düzenleme karşısında, sanıkların gelmedikleri takdirde hüküm kurulabileceği hallerin sınırlı olarak sayılmasına nazaran, mahkemesince sanıkların üzerlerine atılı eylemin hapis cezasını içermesi karşısında, savunma hakkının kısıtlanması” (Yarg. 6.CD, T. 03.12.2007, E.2006/21369, K.2007/13250). Karar için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi:10.12.2018); “5271 Sayılı CMK’nın 231/5. maddesi uyarınca açıklanması geri bırakılan hükmün, 5271 Sayılı CMK’nın 231/11. maddesi gereğince denetim süresi içerisinde kasten yeni bir suç işlenmesi sebebiyle açıklanabilmesi için, mahkeme tarafından sanığa “geçerli bir mazeret olmadan duruşmaya gelinmemesi halinde yoklukta karar verilebileceği” ihtarını içeren duruşma gün ve saatini bildirir davetiyenin tebliğ edilerek, sanığın duruşmadan usulüne uygun olarak haberdar olması sağlanıp, sanığa kendisini savunma imkanı tanınması gerektiği” (Yarg. 3.CD, T.26.03.2018, E.2017/10749, K.2018/5213. Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.12.2018).

⁷⁰⁸ Günay, s.204.

bilinen son adrese yapılan tebliğle tebligat yapılmış sayılır⁷⁰⁹. Tebligatın düzenlemelere uygun bir şekilde yapılmaması sanığın suçlamalara karşı savunmasının alınmadan yargılamanın devam etmesine neden olacaktır. Bu durum sanığın savunma hakkını ihlal edecektir⁷¹⁰. Yargıtay'ın da bu yönde birçok kararı mevcuttur⁷¹¹.

Son olarak yapılan tebliğde açık bir şekilde “duruşmaya gelinmemesi halinde duruşmaya sanığın yokluğunda devam edileceği” açıklamasının yer alması gerekmektedir⁷¹². Duruşma davetiyesine bu şekilde bir açıklamanın yapılmaması savunma hakkını kısıtlayacaktır. Zira CMK'nın 195. maddesi kapsamına giren durumlarda hukuk bilgisinden yoksun olan sanığın, duruşmaya devam edileceğini bilmesi beklenemez. Dolayısıyla sanık hakkında duruşma yapılabilirken, sanığın bundan haberdar olmayıp savunmasını ilgili duruşmada yapamaması “savunma hakkının mutlak bozma nedeni olarak kısıtlanmasına” örnek teşkil edecektir. Zira Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarda da bu durum savunma hakkını sınırlandırdığı gerekçesiyle bozma nedeni yapılmıştır. Örneğin Yargıtay 7. Ceza Dairesi ilk derece mahkemesi tarafından

⁷⁰⁹ Tebligat Kanunu madde 35: “Kendisine veya adresine kanunun gösterdiği usullere göre tebliğ yapılmış olan kimse, adresini değiştirirse, yenisini hemen tebliği yaptırmış olan kaza merciine bildirmeye mecburdur. Bu takdirde bundan sonraki tebliğler bildirilen yeni adrese yapılır. Adresini değiştiren kimse yenisini bildirmediği ve adres kayıt sisteminde yerleşim yeri adresi de tespit edilemediği takdirde, tebliğ olunacak evrakın bir nüshası eski adrese ait binanın kapısına asılır ve asılma tarihi tebliğ tarihi sayılır. Bundan sonra eski adrese çıkarılan tebliğler muhataba yapılmış sayılır(...)”.

⁷¹⁰ **Günay**, s.205.

⁷¹¹ “Sanık için CMUK'nın 225. (CMK'nın 195.) maddesi gereğince düzenlenecek uyarılı davetiyenin; öncelikle bilinen son adresine (sanığın Mahkemeye bildirdiği veya daha önce kendisine geçerli bir tebligat yapılmış olan ya da Tebligat Kanunu'nun 35 /son maddesinde sayılan kurum ve kuruluşlara sanık tarafından bildirilmiş bulunan adrese) gönderilmesi; tebligat memurunca, sanığın adresini değiştirmesi ve yeni adresinin belirlenememesi nedeniyle davetiyenin tebliğ edilemeyerek iade edilmesi durumunda, bu kez Tebligat Kanunu'nun 35. maddesine göre tebliğ edilmesi gerektiği gözetilmeden; yargı çevresi dışında oturduğu anlaşılan sanığa istinabe mahkemesi yerine imza sirkülerindeki adrese doğrudan sözü edilen 35. maddeye göre yapılan usulsüz tebligata dayanılarak sanığın savunma hakkı kısıtlanarak yazılı biçimde hüküm kurulması” (YCGK, T. 07.04.2009, E.2008/10-243, K.2009/86); “Sanık hakkında, denetim süresinde kasten yeni bir suç işlemesi sebebiyle hükmün açıklanmasına karar verilirken 5271 Sayılı CMK'nın 195/1. maddesine göre sanığa yokluğunda karar verilebileceği ihtarı içeren usulüne uygun meşruhatlı davetiye çıkarılarak duruşmaya çağırılması gerekirken, bildirdiği adres ile MERNİS adersi aynı olan adrese daha önce Tebligat Kanunu'nun 21/1. maddesine göre çıkarılıp bila tebliğ iade edilen tebligatlar bulunmadığı halde, doğrudan ‘MERNİS Adresi’ ibaresi ile çıkarılan ve Tebligat Kanunu'nun 21/2. maddesi gereğince yapılan usulsüz tebliğ ile yetinilerek savunma hakkının kısıtlanması” (Yarg. 17.CD, T.25.04.2018, E.2016/4742, K.2018/5757). Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 09.12.2018).

⁷¹² **Parlar-Öztürk**, s.106; **Günay**, s.205-206.

yapılan tebliğde duruşmaya gelinmemesi halinde duruşmanın sanığın yokluğunda yapılarak hüküm verileceği belirtilmediği için savunma hakkını kısıtlayan bir sebep olması nedeniyle bozma kararı vermiştir⁷¹³.

4. Sanığın Duruşmadan Bağışık (Vareste) Tutulmamış Olmasına Rağmen Yokluğunda Karar Verilmesi (CMK madde 196)

Sanığın duruşmada bulunması kuralının istisnalarından bir diğeri de CMK'nın 196. maddesinde düzenlenen sanığın duruşmadan bağışık tutulmasıdır. Ancak bunun gerçekleşebilmesi için bazı şartların mevcudiyeti aranmaktadır.

İlk olarak sanığın mahkemede sorgusunun yapılması gerekir. Sonrasında sanık veya bu konuda vekâlet verdiği müdafî de sanığın duruşmadan vareste tutulmasını isteyebilir. Son olarak mahkeme, bu konuda karar verir⁷¹⁴ (madde 196/1). Eğer sanığın böyle bir isteği olmamasına rağmen mahkeme sanığı duruşmadan vareste tutmuşsa sanığın savunma hakkı kısıtlanacaktır⁷¹⁵.

Aynı maddenin 2. fıkrasında sanığın en az beş yıl hapis cezası gerektiren bir suçtan yargılandığı suçlar hariç diğer suçlar bakımından istinabe yoluyla sorguya çekilebileceği düzenlenmiştir. Sanığın istinabeyle sorgulamayı istememesi halinde istinabe yoluyla sorgulama yapılmaz⁷¹⁶. Sanığa sorulmadan istinabe yoluyla sorgulama

⁷¹³ **Yarg. 7.CD, T.18.12.2014, E.2014/13252, K.2014/21574.** Bu yönde Yargıtay kararı için bkz. **Yarg. 3.CD, T.24.04.2018, E.2017/11326, K.2018/7465.** Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 09.12.2018).

⁷¹⁴ *“Karar tarihinde başka suçtan hükümlü bulunan sanık ... ve tutuklu bulunan sanık ... hakkında ‘Duruşmada hazır bulunmaktan bağışık tutulması’ hususunda karar verilmeyerek ve yokluklarında yargılamaya devamla hüküm kurulmak suretiyle, CMK’nın 196/1. maddesine aykırı davranılarak savunma hakkının kısıtlanması”* (Yarg. 17.CD, T.16.05.2018, E.2016/4933, K.2018/7110). Aynı yönde karar için bkz. **Yarg. 17.CD, T. 06.06.2018, E.2016/18473, K.2018/8482.** Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.12.2018)

⁷¹⁵ *“Başka suçtan farklı yargı çevresindeki cezaevinde hükümlü olduğu anlaşılan sanık ...'e duruşmadan vareste tutulma hakkının hatırlatılmadığı ve vareste tutulma talebi de bulunmadığı halde hükmün açıklandığı 20.01.2015 tarihli son oturumda hazır bulundurulmadan hükümlülüğüne karar verilmesi suretiyle 5271 Sayılı CMK’nın 196. maddesine aykırı davranılarak savunma hakkının kısıtlanması”* (Yarg. 13.CD, T.16.10.2018, E.2018/3945, K.2018/14033); Aynı yönde bkz. **Yarg 13.CD, T.28.11.2017, E.2016/6402, K.2017/13784.** Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.12.2018).

⁷¹⁶ Mahkeme, Türkçe bildiği halde ısrarla Kürtçe savunma yapmak isteyen başvurucunun savunmasını yapmaktan vazgeçtiği, davanın görüldüğü mahkemede duruşmalara katılmak istemediği yorumuyla duruşmalardan bağışık tutulmasını adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir.

yapılarak duruşmadan bağışık tutulması halinde sanığın savunma hakkı ihlal edilecektir⁷¹⁷. Aynı şekilde düzenlemede öngörülen sınırlar arasında olmayan hapis cezasını içeren bir suçtan yargılanmasına rağmen istinabe yoluyla sorgulaması yapılarak duruşmadan verasete tutulması savunma hakkını kısıtlayan bir diğer durumdur⁷¹⁸.

KHK⁷¹⁹ ile getirilip sonradan 01.02.2018 Tarihli, 7078 Sayılı Yasa'yla kanunlaşan 196. maddenin 4. fıkrasına göre hâkim veya mahkeme gerekli gördüğü durumlarda sesli ve görüntülü bilişim sistemiyle (SEGBİS) yurt içinde bulunan sanıklar için de sorgulama yapılabilir veya duruşmaya katılmasına karar verir⁷²⁰.

SEGBİS'le yapılan sorgulamaya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi verdiği kararda; SEGBİS'in silahların eşitliği ilkesine aykırı olmadığını, söz konusu sistemle sanığın duruşma salonunda söylenenleri duyabilmesi ve duruşma salonundakilerin de sanığın söylediklerini duyabilmesi bakımından yüz yüzelik ilkesinin sağlanabildiğini, bu düzenlemenin makul sürede yargılama yapılabilmesine katkı sağladığını ve sanığın adliyeye naklinde oluşabilecek güvenlik zaafının ortadan kalkacağını belirtmiştir⁷²¹.

(Zana/Türkiye, T.25.11.1997, Başvuru no.18954/91). Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int> (Erişim Tarihi: 11.05.2019).

⁷¹⁷ “İnceleme konusu dosyada, suça sürüklenen çocuğun Kayseri 2. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından yakalama kararı uyarınca yapılan 01/02/2014 tarihli sorgusundan önce ifadesini yargılamanın yapıldığı esas mahkemesi huzurunda vermek isteyip istemediği sorulmayıp, 5271 Sayılı CMK'nın 196/2. maddesine aykırı şekilde yapılan sorgusu esas alınmak suretiyle hükümlülük kararı verilerek savunma hakkının kısıtlanması” (Yarg. 2.CD, T.20.09.2018, E.2016/13873, K.2018/9965); Aynı yönde kararlar için bkz, Yarg. 4.CD, T.13.07.2018, E.2014/31720, K.2018/13997; Yarg. 12.CD, T.12.09.2018, E.2018/2593, K.2018/8125. Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr (ErişimTarihi: 10.12.2018).

⁷¹⁸ “5271 Sayılı CMK'nın 196/2. maddesinde yer alan ‘Sanık, alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar hariç olmak üzere, istinabe suretiyle sorguya çekilebilir’. Şeklindeki düzenleme uyarınca, 5237 Sayılı TCK'nın 142/2-h maddesinde düzenlenen hırsızlık suçuna dair cezanın alt sınırının 5 yıl olması karşısında, sanık ...'un istinabe suretiyle sorguya çekilemeyeceği gözetilmeden savunma hakkı kısıtlanarak hüküm kurulması” (Yarg. 13.CD, T.03.07.2018, E. 2018/2742, K.2018/10229); “Suça sürüklenen çocuğa yüklenen suçun öngördüğü cezanın alt sınırı 5yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan olduğu gözetilmeden ve sorgusundan önce ifadesini esas mahkemesi huzurunda vermek isteyip istemediği sorulmadan 5271 Sayılı CMK'nın 196/2. maddesine muhalefet edilmek suretiyle savunma hakkının kısıtlanması” (Yarg.16.CD, T.10.07.2018, E.2017/3217, K.2018/2396). Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr (ErişimTarihi: 10.12.2018).

⁷¹⁹ 15.08.2017 Tarihli 694 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname.

⁷²⁰ Yurtdışındaki sanıkların SEGBİS yöntemiyle sorgusunun ne şekilde yapılacağı 23.04.2016 Tarihli, 6706 Sayılı Cezaî Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu'nun 9. maddesinde düzenlenmiştir.

⁷²¹ AYM, T. 18.11.2015, Başvuru No.2013/2653. Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 10.12.2018).

İHAM da SEGBİS'e benzer bir sisteme ilişkin olarak vermiş olduğu kararda; söz konusu sistemin sanığı çok olumsuz koşulların altına sokmadığını ve “adil yargılanma hakkı” kapsamında korunan hakların bu sistemde de rahat bir şekilde kullanılabileceğini belirtmiştir⁷²².

SEGBİS, her ne kadar AYM'nin vermiş olduğu karardaki saiklerle getirilmiş ve İHAM'ın kararında belirttiği gibi “adil yargılanma hakkına” uygun bir sistem olsa da uygulamada teknik aksaklıkların olması veya duruşma henüz bitirilmeden sistemin kapatılması zaman zaman sanığın savunmasını faal bir şekilde yapmasını etkileyebilmektedir.

Getirilen düzenlemede “zorunlu gördüğü durumlarda” ifadesi her ne kadar düzenlemenin gerekçesinde⁷²³ tanımlanmaya çalışılmışsa da; zannımızca bu ifade çok muğlak bir ifade olup takdire fazlasıyla açıktır. Dolayısıyla sanığın savunma hakkının ihlal edilmesine yol açabilecektir. Bu bağlamda, SEGBİS aracılığıyla “yurt içinde bulunan sanığın sorgusunun yapılması veya duruşmaya katılmasının” ilgili ibarenin yerine sınırlı sayıdaki (numerus clausus) hallerde sağlanabileceğinin düzenlenmesi daha yerinde olacağı görüşündeyiz.

196. maddenin 5. fıkrasında “hastalık veya disiplin önlemi ya da zorunlu gördüğü” durumlarda yargı çevresi dışında hastane veya hapishanede bulunan sanığın sorgulaması yapılmış ise mahkeme sanığın duruşmaya getirilmemesine karar verebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeyle de mahkeme gerekli gördüğü alanlarda takdir yetkisi verilmiştir. Bu ibare daha önce de belirttiğiniz gibi çok muğlak ve mahkemeye geniş bir takdir yetkisi veren bir ibaredir⁷²⁴. Mahkemenin sanığın duruşmaya getirilmemesi kararı verebilmesi için sanığın sorgulamasının yapılmış olması, hastalık, disiplin ya da zorunlu görülen bir durumun olması ve sanığın mahkemenin yargı alanının dışında yer alan hastane veya hapishanede bulunuyor olması şartlarının bir arada olması

⁷²² **Marcello Viola/Italy**, T. 05.10.2006, Başvuru No. 45106/04. Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int> (Erişim Tarihi: 11.10.2018).

⁷²³ Düzenlemenin gerekçesinde “*Sanığın duruşmada hazır bulunmasının tarafların güvenliklerini tehlikeye düşürmesine veya davanın makul sürede sonuçlandırılmasına engel olunması ya da buna benzer başka sebeplerin varlığı ile mahkemece zorunlu görülmesi halinde*” SEGBİS yoluna başvurulabileceği belirtilmiştir.

⁷²⁴ **Yenisey-Nuhoğlu**, s.717; **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.122; **Parlar-Öztürk**, s.110.

gerekir. Bu şartlar bir arada olmadan sanığın duruşmaya getirilmemesi kararı verilmesi, sanığın savunma hakkını kısıtlayacaktır⁷²⁵. Doktrinde bu fıkra hükmünde yer alan düzenlemenin bağışık tutma işlemi olamayacağı çünkü bağışık tutma işleminde sanığın isteminin arandığı ancak bu düzenlemede mahkemenin re'sen bu kararı verdiği savunulmuştur⁷²⁶. Bununla beraber Yargıtay'ın vermiş olduğu bazı kararlarda, sanığın duruşmaya katılma talebi olmasına rağmen duruşmaya getirilmemesini savunma hakkının kısıtlanması olarak değerlendirmiştir⁷²⁷.

Son olarak yurt dışında bulunan sanığın duruşmada bulunmasının zor olacağı durumlarda daha önceki bir tarihte duruşma yapılarak veya istinabe yoluyla sanığın sorgusu yapılabilir⁷²⁸. Sanığın duruşmaya gelmesinde herhangi bir zorluk olmamasına rağmen istinabe yoluyla sorgusunun yapılması halinde ise savunma hakkı kısıtlandığı ifade edilmelidir.

⁷²⁵ “Yozgat Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda başka suçtan hükümlü/tutuklu bulunduğu anlaşılan sanığın, 5271 sayılı CMK'nın 196/5. maddesine aykırı olarak, son oturumda hazır bulundurulmadan yokluğunda yargılamaya devam edilip hükümlülüğüne karar verilmesi suretiyle savunma hakkının kısıtlanması” (Yarg. 13.CD, T.08.05.2014, E.2013/15227, K.2014/16669); “Yargı çevresi içinde başka suçtan hükümlü olan sanığın duruşmaya getirilmeden yokluğunda karar verilmek suretiyle 5271 Sayılı CMK'nın 196/5 maddesine aykırı olarak savunma hakkının kısıtlanması” (Yarg.3.CD, T.20.03.2018, E.2017/9194, K.2018/4911) Aynı yönde bkz. Yarg. 20.CD, T.11.01.2017, E.2016/1311, K.2017/336; Yarg. 2.CD, T.10.12.2012, E.2012/11839, K.2012/47803. Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 11.12.2018).

⁷²⁶ Yenisey-Nuhoğlu, s.717; Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.96; Centel-Zafer, s.752; Keskin, s.157; Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Özaydın-Akcan-Tütüncü-Villemin-Tok, s.73;Parlar-Öztürk, s.110.

⁷²⁷ “Hüküm verildiği tarihte, farklı yargı çevresindeki ceza infaz kurumunda başka suçtan hükümlü olup, yakalama emrine dayanılarak Sivas 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nce alınan 27/11/2008 tarihli savunmasında, "yargılamanın yapıldığı Kayseri 2. Ağır Ceza Mahkemesinde devam eden duruşmalara katılarak savunma yapmak istediğini" beyan eden ve duruşmalardan bağışık tutulması hususunda karar verilmemiş olan sanık ...'ın, esas hakkında mütalaanın verildiği ve hükmün açıklandığı 30/07/2010 tarihli oturumda hazır bulundurulmayarak, CMK'nın 196/5. maddesine aykırı davranılması suretiyle sanık ...'ın savunma hakkının kısıtlanması” (Yarg. 20.CD, T.30.11.2017, E.2017/3226, K.2017/6689). Aynı yönde karar için bkz. Yarg. 18.CD, T.14.12.2016, E.2015/20240, K.2016/19210. Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 11.12.2018).

⁷²⁸ CMK madde 196/6: “Yurt dışında bulunan sanığın, belirlenen duruşma tarihinde hazır bulunmasının zorluğu halinde, bu tarihten önce duruşma açılarak veya istinabe suretiyle sorgusu yapılabilir”.

5. Sanığın Müdafiden Yararlanma Hakkının İhlali (CMK madde 149; 150; 197)

Üst kısımlarda sanığın savunmasını etkin bir şekilde yapabilmesi için müdafî yardımından faydalanabilmesi gerektiğini ifade etmiştik. Bu nedenle başta İHAS olmak üzere birçok ulusal ve uluslararası sözleşmede müdafiden yararlanma hakkı düzenlenmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda sanığın veya şüphelinin müdafiden faydalanması için getirilmiş birçok hüküm mevcuttur.

Doktrinde müdafilik ihtiyari ve zorunlu müdafilik olmak üzere iki başlıkta incelenmektedir. Sanığın kovuşturmanın her aşamasında, istemesi halinde müdafî seçebileceği CMK'nın 149. maddesinde düzenlenmiştir. Örneğin hükmün verileceği duruşmada sanık müdafî talep ederse bu talep davayı uzatmaya yönelik bir talep olduğu gerekçesiyle reddedilmemelidir⁷²⁹.

Sanık tarafından seçilen müdafinin, sanığın müdafisi olduğunu vekâletnameyle ispatlamasına gerek yoktur; yalnızca müdafî olarak görevlendirilen kişinin avukat olduğunu ispatlaması yeterli olacaktır⁷³⁰. Sanığın kovuşturma aşamasında kural olarak seçebileceği müdafî sayısı sınırlandırılmamıştır⁷³¹.

676 sayılı KHK⁷³² ile getirilen daha sonra kanunlaşan hükümde örgüt suçlarında sanığın kovuşturmada en çok üç müdafî görevlendirilebileceği düzenlenmiştir⁷³³. Söz konusu düzenleme, özellikle 15 Temmuz 2016 darbe girişiminden sonra örgüt suçlarından yapılan yargılamalarda sanık kürsüsünün kalabalık olması bununla birlikte müdafilerinin de bir o kadar olması, sanık ve müdafilerin duruşmada tespiti bakımından bile hayli vakit alacağı düşüncesiyle getirilmiştir⁷³⁴. Değişiklikten önce, Yargıtay'ın

⁷²⁹ Günay, s.121.

⁷³⁰ Centel-Zafer, s.204.

⁷³¹ Avukatlık Kanunu'nun 147. maddesine göre sanığın görevlendirdiği ilk müdafinin onayı olmadan sonraki müdafî görevlendirilemez. Eğer ilk müdafî sonradan görevlendirilen müdafîye onay vermemesi durumunda ilk müdafinin görevi sona erer.

⁷³² Resmi Gazetede Yayımlanma Tarihi: 29.10.2016

⁷³³ CMK madde 149/2: "*Soruşturma evresinde, ifade almada en çok üç avukat hazır bulunabilir. Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından yürütülen kovuşturmalarda, duruşmada en çok üç avukat hazır bulunabilir*".

⁷³⁴ Kocaoğlu, Müdafî, s.158.

benzer suçlardan yapılan yargılamada mahkeme kararıyla müdafî sayısının üç ile sınırlandırmasını savunma hakkının kısıtlanması şeklinde değerlendirmiştir⁷³⁵.

Benzer bir düzenleme Terörle Mücadele Kanunu'nda mevcuttu. Fakat Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın eşitlik ilkesi ve hak arama özgürlüğüne aykırı bularak bu düzenlemeyi iptal etmiştir⁷³⁶. CMK'da kovuşturma evresinde belirli suçlarda müdafinin sınırlandırılması darbe girişimi sonrası Anayasanın 13. maddesi çerçevesinde yapılması hukuka uygun bir sınırlandırmadır. Ancak silahlı örgütlenme kapsamında görülen duruşmalar dışında her örgüt suçlarında görülen duruşma için bu şekilde bir düzenleme yapmak bize göre yerinde değildir. Nitekim bu kısıtlamanın sadece örgütlü suçlar bakımından öngörülmesi, Anayasa Mahkemesinin benzer bir düzenlemeye ilişkin vermiş olduğu karardan yola çıkıldığı takdirde eşitlik ilkesine aykırı bir düzenlemedir. Kanaatimizce müdafî sayısının kovuşturma aşamasında sınırlandırılması; sanık sayısı çok fazla olan Anayasal düzene karşı suçlarla sınırlı tutulması veya kaynak kanun olan Alman

⁷³⁵ “Dava dosyasının 23 ayrı dosyanın birleşmesinden oluştuğu toplam 620 oturum yapıldığı ve yargılamanın yaklaşık 5 yıl sürdüğü duruşma yapılan yerin avukatların iş yerlerinden uzakta bulunan de yer alması sebebiyle duruşmalara katılımın zorlaştığı dikkate alındığında bir kısım sanıkların hakkın kötüye kullanması biçiminde bulunmayan kendisini duruşmalarda birden fazla müdafî ile temsil ettirme taleplerinin yüklenen suçların niceliği ve niteliği ile dosyanın kapsamı irdelenmeden yetersiz gerekçeyle her bir sanığın en fazla üç müdafî ile temsil edilmesi şeklinde karar vererek CMK'nın 149/2. Ve 189. maddelerine aykırı davranılmak suretiyle savunma hakkının kısıtlanması” (Yarg. 16.CD, T.21.04.2016, E.2015/4672, K.2016/2330). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 11.12.2018).

⁷³⁶ “Anayasa'nın 36. maddesinde hak arama özgürlüğü konusunda özel bir sınırlandırma öngörülmemiştir. 13. maddesinde öngördüğü genel sınırlama nedenleri, hak arama özgürlüğü için de geçerlidir. Avukat sayısını sınırlamanın, davanın konusuna göre, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, Cumhuriyetin, milli güvenliğinin, kamu düzeninin, kamu yararının korunması gibi kavramlarla bir ilişkisi bulunmamaktadır. 13. maddede yer alan genel sınırlama nedenlerine dayanılarak yapılacak sınırlandırmalar ancak ciddi bir tehlikeye karşı bu kavramların korunması söz konusu olduğunda demokratik toplum düzeni gereklerine uygun düşer. Yapılan düzenleme, bu nitelikte olmadığından Anayasa'nın 13. ve 36. maddelerine aykırıdır. Avukat sayısını sınırlamanın yalnızca 3713 sayılı Yasa uygulamasında öngörülmesinin eşitlik ilkesine de aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi'nin yerleşmiş kararlarına göre eşitlik, eylemli bir eşitliği değil hukuksal bir eşitliği anlatır. Ancak, aynı statüdeki kişiler arasında eşitlik söz konusudur. Aynı hukuksal statüde bulunanların değişik hukuksal düzenlemelere bağlı bulunmaları eşitlik ilkesini zedelemeyiz. Aynı biçimde, haklı nedenler varsa eşitlik ilkesinden uzaklaşılabilir. Her türlü suçun sanıkları, başta 38. madde olmak üzere Anayasa ve yasaların korumasında olan, suçsuzluk varsayımından yararlanması gereken kişilerdir. Avukat tarafından temsili düzenleyen 10. Madde hükümlerinde Anayasa'nın eşitlik ilkesinden uzaklaşmayı gerektirecek haklı bir neden bulunmamaktadır. Bu nedenlerle dava konusu 10. maddenin (a) bendi Anayasa'nın 10. ve 36. maddelerine aykırıdır ve iptali gerekir”. (AYM, T. 31/03/1992, E. 1991/18, K. 1992/20). Karar için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi 11.12.2018).

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlendiği gibi⁷³⁷ tüm suçlar bakımından üç müdafî ile sınırlı tutulması⁷³⁸ usul ekonomisi ve Anayasa'da düzenlenen eşitlik ilkesinin sağlanması bakımından daha doğru olacaktır.

Müdafinin sanık tarafından seçilmesiyle birlikte müdafinin sanıkla görüşmesi, sorgusunda sanığın yanında bulunarak hukuki yardım vermesi⁷³⁹ hiçbir şekilde engellenmeyeceği gibi bu hakkın kısıtlanması söz konusu olmamalıdır⁷⁴⁰. Müdafî tüm duruşmalarda bulunma yetkisine sahiptir. Hatta CMK'nın 197. maddeye göre müdafî sanığın bulunmadığı duruşmada dahi bulunabilir⁷⁴¹.

Kanunda düzenlenen diğer müdafilik türü zorunlu müdafiliktir. Zorunlu müdafilik kavramına ilişkin daha önce açıklamalarda bulunmuştuk. Kanunda sayılı olan

⁷³⁷ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO) madde 137/1: “Şüpheli/ Sanık yargılamanın her safhasında bir müdafiden yararlanabilir. Şüpheli/Sanık, tarafından seçilen müdafî sayısı üçü geçemez.”

⁷³⁸ Kovuşturma evresinde müdafî sayısını üç ile sınırlandırılması gerektiği yönünde bkz. **Erem**, *Diyalektik Açından Ceza Yargılaması*, s. 179; **Yenisey-Nuhoğlu**, s.200; **Kocaoğlu**, s.160.

⁷³⁹ “Sanıklara yüklenen suçların niteliği ve niceliği, dosyanın kapsamı dikkate alındığında sanıkların okunan belgelerle ya da dinlenen tanık beyanlarıyla ilgili müdafîi yardımına ihtiyaç duyduğunda talepleri doğrultusunda duruşma disiplinini bozmadan bir arada bulunmalarına müsaade edilmeyerek CMK'nın 154. maddesine aykırı davranılmak suretiyle savunma hakkının kısıtlanması; Duruşmalar sırasında sanık müdafilerinin mikrofonları verilen süreyi aştıklarından bahisle kapatılarak hukuki yardım amacıyla oturumda sanıklarla görüşmelerine izin verilmeyerek, duruşma sırasında ve verilen aralara dair kamera kayıtlarına göre işlem yapılmak suretiyle sanık müdafilerinin görevlerinin yerine getirilmesine engel olunarak savunma hakkının kısıtlanması” (**Yarg. 16.CD, T.21.04.2016, E.2015/4672, K.2016/2330**). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 11.12.2018).

⁷⁴⁰ “Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 8/2. madde ve fıkrası uyarınca lehe kanun hükümlerinin uygulanması yönünde mahkemesince değerlendirme yapılması gerektiğinden bahisle iadesi üzerine, sanık tarafından CMK'nın 149. maddesine göre seçilen müdafinin duruşmadan haberdar edilmeksizin savunma hakkının kısıtlanmasına yol açacak şekilde yokluğunda hüküm kurulması” (**Yarg. 8.CD, T.15.10.2009, E. 2007/10870, K.2009/12866**). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 11.12.2018).

⁷⁴¹ “Sanıklar hazır bulunmasalar dahi vekillerin duruşmaya girebileceklerinin 1696 sayılı Yasa ile değişen CMUK'nun 226 ve 227. maddeleri gereği bulunduğu gözetilmeden, 10.10.1980 günlü son oturuma alınmaları suretiyle savunma haklarının kısıtlanması” (**Yarg. 5.CD, T.18.03.1981, E. 1981/199, K.1981/754**); “Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesinin 6 ve 5271 Sayılı CMK'nın 197. maddeleri dikkate alınarak sanık müdafinin mazeretinin kabulüyle sözlü savunma yapma imkânı verildikten sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, 12.07.2016 tarihli duruşmada, ‘Sanık müdafinin mazereti ve mazereti ekindeki raporunun duruşmayı uzatmaya yönelik olduğu anlaşıldığından...’ biçimindeki yasal ve yeterli olmayan gerekçelere dayalı olarak sanık müdafinin mazeretinin reddine karar verilip, yargılamaya devamla sanığın ve sanık müdafinin yokluğunda mahkumiyet kararı verilmek suretiyle savunma hakkının kısıtlanması” (**Yarg. 12.CD, T.05.04.2017, E.2016/12013, K.2017/2843**). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 12.12.2018).

zorunlu müdafilik halleri söz konusu olduğu durumlarda dosya üzerinde veya duruşmalı inceleme yapılmasının bir önemi olmaksızın her türlü müdafinin tayin edilmesi gerekir⁷⁴². Aksi durum kovuşturma evresinde sanığın savunma hakkını kısıtlayacaktır⁷⁴³.

“Suça sürüklenen çocuğun⁷⁴⁴, sağır ve dilsiz veya kendini savunamayacak derecede malul olan sanığın⁷⁴⁵, alt sınırı 5 yıl veya daha fazla hapis cezası olan suçtan yargılanan⁷⁴⁶, gözlem altına alınmasına karar verilecek olan, tutuklama istemiyle

⁷⁴² Ünver-Hakeri, s.213.

⁷⁴³ “5252 Sayılı Yasanın 9/1. maddesi uyarınca evrak üzerinde karar verilebilmesi, duruşma açıldığında savunmaya ilişkin kuralların, bu arada zorunlu müdafii atanmasına ilişkin emredici hükmün uygulanmasına gerek olmadığı şeklinde de yorumlanamaz. Çünkü; eylemin tartışmasız suç olmaktan çıkarılması, ceza sorumluluğunun kaldırılması, önceki mahkûmiyet kararı ile belirlenen cezanın bir değerlendirme ve takdir gerektirmemesi yani hükümlünün açıkça lehine olan ve savunma dahi gerektirmeyen hallerde evrak üzerinde karar verilmektedir. Halbuki duruşma açılıp yargılamaya başlandığında, 5237 Sayılı Yasa ile kabul edilen hükümlerin uygulanması için, açıklama yapılması, bilgi ve belgelerin tartışılması, birçok konunun aydınlanması gerekmektedir. Bunun için de müdafinin varlığı yadsınamaz. Yasa koyucu da, cezanın üst sınırını gözeterek yargılama tarihinde müdafii atanmasını zorunlu kılmıştır. Uyarlama yargılamasında, Ceza Genel Kurulu kararında açıklandığı gibi yargılama süreci yeniden başlamakta, yargılama sonucunda eylemin suç olmaktan çıkarılması nedeniyle beraat kararı verilebilmekte, yargılama koşullarındaki değişiklik nedeniyle düşme veya ceza verilmesine yer olmadığına karar verilebilmektedir. Bu nedenle de, hükümlünün hukuki yardıma ihtiyacı bulunduğundan, uyarlama yargılamasında müdafie gerek olmadığı ileri sürülemez. Bu itibarla uyarlama yargılamasında Ceza Muhakemesi Yasasının yargılamaya ilişkin kurallarının ve bu kuralın zorunlu müdafii atanmasıyla ilgili hükmünün uygulanması zorunlu olup karar tarihinde yürürlükte bulunan 5271 Sayılı CMK'nun 150. maddesinin 2 ve 3. fıkraları uyarınca üst sınırı beş yıl hapis cezasını gerektiren suçtan dolayı yapılan kovuşturmada müdafii hazır bulundurulmaksızın hüküm kurulmak suretiyle savunma hakkının kısıtlanması” (Yarg. 11.CD, T.03.05.2007, E.2007/768, K.2007/3060). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 12.12.2018).

⁷⁴⁴ “Suça sürüklenen çocuklar için 5271 Sayılı CMK'nın 150/2. maddesi uyarınca zorunlu olarak görevlendirilen müdafiler, hükmün esasını oluşturan kısa kararın açıklandığı 09/06/2014 tarihli son oturumda hazır bulundurulmadan hüküm kurularak aynı Kanun'un 188/1. maddesine aykırı davranılması suretiyle suça sürüklenen çocukların savunma haklarının kısıtlanması” (Yarg. 2.CD, T.02.04.2018, E.2018/1480, K.2018/3691). Aynı yönde karar için bkz. Yarg.17.CD, T.03.7.2018, E. 2018/1778, K.2018/9891. Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 12.12.2018).

⁷⁴⁵ “Sanığın cezai ehliyet durumu dikkate alınarak, hakkında akıl hastalığı sebebiyle 5237 Sayılı TCK'nin 32/1. maddesinin uygulanması karşısında, sanık müdafii yokluğunda savunması alınarak karar verilmesi suretiyle, 5271 Sayılı CMK'nin 150/2. maddesine muhalefet edilerek sanığın savunma hakkının kısıtlanması” (Yarg. 3.CD, T.01.11.2017, E.2017/13425, K.2017/13975). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 12.12.2018).

⁷⁴⁶ “Sanık ...'in üzerine atılı suç, 5237 Sayılı TCK'nin /1, 86/3-e, 87/2-b, son maddeleri kapsamında olup alt sınırı 5 yıl hapis cezasından fazla olduğundan 5271 Sayılı CMK'nin 150/3. maddesinin açık hükmü karşısında sanığa zorunlu müdafii tayini gerektiğinden, müdafii atanmadan yargılama yapılması ve sorgusu sırasında zorunlu müdafii bulunmaksızın savunmasının alınması suretiyle sanığın savunma hakkı kısıtlanarak CMK'nin 188/1. maddesine muhalefet edilmesi” (Yarg. 3.CD, T. 04.06.2018,

sorgulanacak⁷⁴⁷, duruşma düzenini bozması nedeniyle duruşmaya yokluğunda devam edilecek⁷⁴⁸, hakkında duruşma yapılacak kaçak, müdafisi CMK 151. maddesinin 3. fıkrası kapsamında yasaklanmış olan sanığın”; müdafisi yoksa istemi aranmaksızın zorunlu müdafî atanması gerekirken müdafî atanmaması halinde savunma hakkı sınırlandırılmış olacaktır.

CMK’nın 150. maddesinin 1. fıkrasında sanığa bir müdafî seçebileceği hatırlatılır. Sanığın müdafî seçebilecek imkânı olmadığı durumlarda talebi olması halinde müdafî görevlendirileceği düzenlenmiştir. Sanığa müdafî seçebileceği, mahkeme tarafından hatırlatılmaması⁷⁴⁹ veya sanığın müdafî seçebilecek imkânı olmaması halinde

E.2017/17771, K.2018/10477). Karar için bkz. Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 12.12.2018).

⁷⁴⁷ “5271 Sayılı CMK’nın 101/3. maddesi gereğince tutuklanması istenen ve seçtiği bir müdafî de bulunmayan sanığa müşnet suçun niteliği ve ön görülen ceza miktarı gözetilmeksizin müdafî görevlendirilmesinin yasal zorunluluk olması karşısında; görevlendirilen müdafî refakatinde tutuklanması nedeniyle, delillere erişme ve savunma hazırlama imkanları itibarıyla (AİHM Gregaceviç/Hırvatistan) çelişmeli yargılamanın gereği olan ‘silahların eşitliği’ ilkesinin ve Anayasanın 36, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddeleri ile teminat altına alınan adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğuracak biçimde (AİHM Salduz/Türkiye), adaletin selameti açısından gerekli olan müdafî görevlendirilmeden yargılama yapıp sorgusu tespit edilmek suretiyle savunma hakkının kısıtlanması,” (Yarg. 16.CD, T.29.11.2017, E. 2017/2257, K.2017/5509). Karar için bkz. Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 12.12.2018).

⁷⁴⁸ “CMK 204/1 madde ile sanığın duruşmada mutlaka hazır bulundurulması ilkesine bir istisna getirilmiştir. Davranışları sebebiyle duruşmanın yürütülmesini tehlikeye sokan sanığın duruşmadan çıkarılmasına karar verilebilir. Mahkeme çıkarılan sanığın hazır bulunmasını savunması bakımından zorunlu görmezse kendisine bir avukat atanması suretiyle duruşmaya devamla duruşmayı bitirebilir. Ancak duruşmanın sanığın yokluğunda bitirebilmenin zorunlu koşulu avukatın mutlaka duruşmada hazır edilmesidir. Sanığın dışarı çıkarılması o duruşmanın devamı sırasında başvuru geçici bir önlemdir. Sanığın daha sonraki duruşmalara katılmaktan yasaklanması ancak tekrar duruşmaya alınması ciddi bir tehlike yaratma koşuluna bağlıdır. Bu durumda müdafî olmayan sanık için müdafî atanması zorunludur. Duruşmaya çağrılan müdafîye savunma için uygun bir süre tanınması savunma hakkının doğal sonucudur. Somut olayda, sanığın Antalya L Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda hükümlü olarak bulunması sebebiyle savunmasının SEGBİS yoluyla alınmak istendiğinde, taşkın hareketleri sebebiyle iletişimin sonlandırıldığı, bir sonraki celsede ise sanığın savunması alınmadan karar verildiğinin anlaşılması karşısında, öncelikle sanığın sonraki celseye davet edilmesi ancak duruşmanın düzeni için ciddi bir tehlike oluşturacak ise öncelikle sanığa barodan müdafî atanması zorunluluğuna uyulmadan savunma hakkının kısıtlanması” (Yarg. 18.CD, T.31.10.2018, E.2016/12725, K.2018/14123). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 12.12.2018).

⁷⁴⁹ “TCK’nın 6/1-b maddesi gereğince 18 yaşını doldurmamış olan kişinin çocuk olduğu kabul edilmiş olup, hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılan sanığın 18 yaşından küçük olması durumunda CMK’nın 150/2 maddesi gereğince istemi aranmaksızın müdafî görevlendirilmelidir. Fakat sorgu veya ifade tarihinde sanığın 18 yaşını doldurması durumunda ise CMK 150/1 maddesi gözetilerek müdafî görevlendirmesini isteyip istemediği sorulmalı, sanığın müdafî görevlendirilmesi hususunda talebi olması halinde müdafî görevlendirilmeli, talebi yoksa müdafî görevlendirmesine gerek olmadan ifade

müdafî görevlendirilmemesi durumlarını da, Yargıtay savunma hakkını kısıtlaması nedeniyle bozma nedeni kapsamında değerlendirmektedir⁷⁵⁰.

6. Avukatın Müdafilikten Çekilmesi (CMK madde 151/1; Av. Kanunu⁷⁵¹ madde 41)

Zorunlu olarak görevlendirilen müdafî, zorunlu müdafilik görevini usullere uygun bir şekilde yerine getirmek zorundadır⁷⁵². Eğer müdafî, zorunlu müdafilikten doğan görevlerini yerine getirmekten kaçınırsa mahkeme veya hâkim başka bir avukatın müdafî olarak görevlendirilmesi için gerekli işlemleri başlatır. Bu süre zarfında oturum ertelenebileceği gibi oturuma ara da verilebilir⁷⁵³. Mahkeme ya da hâkimin başka bir müdafinin görevlendirilmesi için gerekli işlemleri yapmaması ve bu aşamada oturuma devam etmesi durumunda sanığın savunma hakkı kısıtlanmış olacaktır⁷⁵⁴.

ve sorgusu yapılmalıdır” (Yarg. 20.CD, T.08.10.2018, E.2015/9343, K.2018/4093). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 12.12.2018).

⁷⁵⁰ “Sanık ...'nın tutuklu olduğu 26.04.2016 tarihinde mahkemece SEGBİS vasıtası ile alınan savunması esnasında kimlik tespiti yapılarak hakları hatırlatıldıktan sonra, sanıkların savunmalarını avukatları huzurunda yapacaklarını beyan ettikleri anlaşılmakla, sanığın bizzat müdafii seçme imkânı bulunmadığında Baroca müdafii atanması gerektiği gözetilmeden müdafii hazır bulundurulmaksızın sorgusu yapılmak suretiyle savunma hakkının kısıtlanması” (Yarg. 16.CD, T.10.07.2018, E.2017/3431, K.2018/2447). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 12.12.2018).

⁷⁵¹ 19.03.1969 Tarihli, 1136 Sayılı Kanun.

⁷⁵² Avukatlık Kanunu madde 171/1: “Avukat, üzerine aldığı işi kanun hükümlerine göre ve yazılı sözleşme olmasa bile sonuna kadar takip eder. (...)”

⁷⁵³ CMK madde 151/1: “150 nci madde hükmüne göre görevlendirilen müdafî, duruşmada hazır bulunmaz veya vakitsiz olarak duruşmadan çekilir veya görevini yerine getirmekten kaçınırsa, hâkim veya mahkeme derhâl başka bir müdafî görevlendirilmesi için gerekli işlemi yapar. Bu durumda mahkeme oturuma ara verebileceği gibi oturumun ertelenmesine de karar verebilir”.

⁷⁵⁴ “5271 Sayılı CMK'nın hüküm tarihinde yürürlükte bulunan 150. maddesinin 3. fıkrası delaletiyle aynı maddenin 2. fıkrasına göre, sanık ...'ya atılı 5237 Sayılı TCK'nın 142/2-h, 143. Maddelerinde düzenlenen ve alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçtan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada sanığa müdafii atanmasının zorunlu olduğu, 5271 Sayılı CMK'nın 151. Maddesi uyarınca da sanığın müdafinin duruşmalarda hazır bulunmaz ise, mahkemenin derhal başka bir müdafii görevlendirilmesi için gerekli işlemi yapması gerekirken müdafii hazır bulunmayan sanığa zorunlu müdafii atanması gerekirken, müdafinin yokluğunda sanık hakkında hükümlülük kararı verilmesi suretiyle savunma hakkının kısıtlanması” (Yarg. 17.CD, T.21.09.2016, E. 2016/8235, K.2016/10088); “Hükümün açıklandığı 17.09.2013 tarihli oturuma suça sürüklenen çocuklar ve zorunlu müdafii katılmayarak, müdafinin mazeret dilekçesi vermesine ve mesleki mazeretinin kabulüne karar verilmesine karşın, oturum ertelenmeden yada başka bir müdafii görevlendirilmeden yoklukta hüküm kurularak, savunma hakkının kısıtlanması suretiyle 5271 Sayılı CMK'nın 151. Maddesine aykırı davranılması” (Yarg. 13.CD, T. 23.05.2016, E. 2015/15424, K.2016/9496). Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 12.12.2018).

Avukat, sanığın müdafiliğinden çekildikten sonra görevine on beş gün daha devam eder. On beş günlük görev süresi sanığa müdafinin görevden çekilmesinin tebliğ edilmesiyle başlar⁷⁵⁵. Sanığın hazır olduğu duruşmada, avukat müdafilikten çekildiğini beyan ederse bu durumda tefhimden itibaren on beş günlük süre başlar⁷⁵⁶. Ancak sanığa müdafinin çekilmesine ilişkin tebligatın yapılmaması üzerine sanığın yokluğunda duruşmaya devam edilmesi savunma hakkını kısıtlayacaktır⁷⁵⁷.

7. Tercümandan Yararlanma Hakkının Engellenmesi (CMK madde 202)

Tercümandan yararlanma hakkı, sanığın meramını anlatabilmesi, şahsına yönelik isnat edilen suçlamaları ve hükme esas teşkil edebilecek belgeleri anlayabilmesi açısından son derece önemlidir⁷⁵⁸. Tercümandan yararlanan sanık, mahkemede kullanılan dili anlayıp savunmasını gerçekleştirecek; bu sayede maddi gerçeğin ulaşılmasına yani adaletin tecelli etmesine önemli derecede faydalı olacaktır⁷⁵⁹.

Tercümandan yararlanma hakkı İHAS'ın 6. maddesinin 3. fıkrasının e bendinde düzenlenmiştir. Yargılamada, konuşulan dilin sanık tarafından anlaşılmaması ve konuşulamamasından doğan eşitsizliğin kaldırılarak adil bir yargılanma yapılması amaçlanmıştır⁷⁶⁰. Sözleşmede yer alan hüküm, duruşma evresi dışında yakalama,

⁷⁵⁵ Avukatlık Kanunu Madde 41/1: “Belli bir işi takipten veya savunmadan isteği ile çekilen avukatın işe ait vekalet görevi, durumu müvekkiline tebliğinden itibaren onbeş gün süre ile devam eder”.

⁷⁵⁶ **Günay**, s.42.

⁷⁵⁷ “Avukatların Mahkemeye vermiş oldukları dilekçeleriyle sanığın savunmanlığından çekildiklerini bildirmiş olmalarına göre, 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 41. maddesi de göz önüne alınarak sanığa tebligat yapılması gerekirken, yokluğunda duruşmaya devamla hüküm kurulması suretiyle savunma hakkının kısıtlanması” (Yarg. 6.CD, T.13.09.2005, E.2004/7434, K.2005/7430); “1136 sayılı Avukatlık Yasasının 41. maddesinde; vekillikten çekilen avukatın vekillik görevinin bu hususun müvekkile tebliğinden itibaren 15 gün süreyle devam edeceği öngörülmüş bulunması karşısında, sanık vekillerinin 23.01.2004 tarihinde mahkemeye verdiği sanığın vekilliğinden çekildiklerine ilişkin dilekçenin kendisine tebliğ edilmeden sanığın gıyabında duruşma yapılarak hüküm kurulmak suretiyle savunma hakkının kısıtlanması” (Yarg. 10.CD, T.04.12.2007, E.2006/12706, K.2007/14194). Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 12.12.2018).

⁷⁵⁸ **Beyoğlu, Cem Ümit**, AİHM İçtihatları Işığında Tercümandan Yararlanma Hakkı, TAAD, S.35, 2018. s.279; **Tezcan, Durmuş**, Tercümandan Yararlanma Hakkı, AÜSBFD, Cilt 52, S.1, 1997 s.695; **Kılıç, Ali Şahin**, Tercümandan Faydalanma Hakkı Çerçevesinde Sanığın Seçtiği Dilde Savunma Yapması Üzerine Bir Değerlendirme, AÜHFD, Cilt 65, S. 3, 2006, s.1204-1205.

⁷⁵⁹ **Beyoğlu**, s.280.

⁷⁶⁰ **Tezcan**, Tercümandan, s.695.

gözüne alma gibi koruma tedbirlerinin uygulandığı işlemlerde konuşulan dili anlamayan ve konuşamayan şüpheliler ile sağır ve dilsizleri de kapsamaktadır⁷⁶¹. Ayrıca isnat edilen suçlamaların yer aldığı tüm belgelerin tercümelerini isteme hakkı da bu düzenlemeyle korunmaktadır⁷⁶².

İHAM hükmün lafzi yorumundan da yola çıkarak vermiş olduğu kararlarda “konuşulan dili anlayan ve konuşan” kişinin tercüman hakkından yararlanmayacağını belirtmiştir⁷⁶³. Buna ilişkin İHAM vermiş olduğu bir kararda, başvurunun sokakta kullanılan dili anlayabilecek ve konuşabilecek düzeyde olması sebebiyle anadiliyle savunma yapmak için tercümandan faydalanma hakkından yararlanamayacağını belirtmiştir⁷⁶⁴. Bununla beraber yargılama esnasındaki tüm işlemlerin sanığa tercüme edilmesi aranmamakta sadece adil yargılanma hakkının yargılamada sağlanabilmesi için gerekli olan belge ve işlemlerin çevrilmesi⁷⁶⁵ yeterli görülmektedir⁷⁶⁶.

Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda, tercümandan yararlanma hakkının anadil kapsamında olması gerekmediğini, kişinin yargılamanın gidişatını anlayabileceği bir dilde tercümanın yapılmasının yeterli olacağını kabul etmiştir⁷⁶⁷.

Türk hukukunda “tercümandan yararlanma hakkı” Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 202. maddesinde düzenlenmiştir⁷⁶⁸. Kanunumuzda yer alan hükme göre; sanığın Türkçeyi hiç bilmemesinden ziyade Türkçeyi kendini duruşmada ifade edebilecek

⁷⁶¹ **Tezcan**, Tercümandan, s.696 vd.

⁷⁶² **Tezcan**, Tercümandan, s.697-698.

⁷⁶³ **İnceoğlu**, s.365; **Tezcan**, s.695; **Turhan, Oğuz**, “Anadilde Savunma” Tartışması Çerçevesinde Tercümandan Yararlanma Hakkı Ve Mahkemelerde Kullanılan Dil, https://www.tasav.org/media/k2/attachments/shy_analiz_3_savunma_hakki_turhan_son_1.pdf, (Erişim Tarihi: 13.12.2018).

⁷⁶⁴ **Lagerblom/İsveç**, T. 14.01.2003, Başvuru No. 26891/95. Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int> (Erişim Tarihi: 13.12.2018).

⁷⁶⁵ **İnceoğlu**, s.366.

⁷⁶⁶ Buna ilişkin İHAM kararı için bkz. **Luedicke, Belkacem ve Koç/Almanya**, T.28.11.1978, Başvuru No. 6210/73 6877/75 7132/75. Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int> (Erişim Tarihi:13.12.2018). **AYM, T. 07.05.2015, Başvuru No. 2014/12906**. Karar için bkz. <https://www.anayasa.gov.tr> (Erişim Tarihi: 22.04.2019).

⁷⁶⁷ **AYM, T. 02.02.2017, Başvuru No. 2014/875**. Karar için bkz. <https://www.anayasa.gov.tr> (Erişim Tarihi: 20.04.2019).

⁷⁶⁸ CMK madde 202: “ (1) Sanık veya mağdur, meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmiyorsa; mahkeme tarafından atanan tercüman aracılığıyla duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar tercüme edilir. (2) Engelli olan sanığa veya mağdura, duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar, anlayabilecekleri biçimde anlatılır. (...)”.

düzeyde bilmemesi halinde tercüman görevlendirilecektir⁷⁶⁹. Söz konusu hak CMUK'tan farklı olarak mağdura da tanınarak yalnızca sanığın değil mağdurun da korunması amaçlanmıştır⁷⁷⁰. Aynı hak sağır ve dilsizler için de getirilmiştir.

Yabancı dilden çeviri yapacak tercümanların yeminli tercümanlar olması gerekmektedir⁷⁷¹. CMK'nın 202. maddesinin 5. fıkrasına göre il adli yargı komisyonunda her yıl düzenlenen listeden, ihtiyaç halinde diğer illerden tercüman görevlendirilebilmektedir. Tercümanlar, ilgili maddede ve İHAM içtihatlarında da belirtildiği üzere tüm belge ve işlemleri değil sadece esaslı noktaları yani adil bir yargılamanın sağlanabileceği ölçüde tercüme yaparlar⁷⁷². Tercüman yardımından kişiler ücretsiz olarak faydalanmaktadırlar. Tercümanın alacağı ücret CMK'nın 324. maddenin 5. fıkrasına göre devlet hazinesinden karşılanır.

Bu düzenlemeler doğrultusunda tercüman bulundurulması gereken bir hal olmasına rağmen tercüman görevlendirilmemesi, tercümanın duruşmanın bir kısmında yer almaması⁷⁷³, tercümanın yemin etmemiş olması⁷⁷⁴ gibi durumlara dayalı karar verilmiş olması sanığın savunma hakkını zedeler.

⁷⁶⁹ Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.578.

⁷⁷⁰ Parlar-Öztürk, s.126.

⁷⁷¹ Parlar-Öztürk, s.126; Günay, s.287.

⁷⁷² Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.579; Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Özaydın-Akcan-Tütüncü-Villemin-Tok, s. 633; Parlar-Öztürk, s.128.

⁷⁷³ “Rusya Federasyonu vatandaşı olan sanık E.'nin, her ne kadar uzun yıllar Türkiye'de yaşamış olsa da savunma hakkını gereği gibi kullanacak düzeyde Türkçe bilmemesi ve konsoloslukuna yaptığı müracaatın adli makamlara bildirilmesi üzerine kendisine dördüncü celseden itibaren tercüman atanarak savunmasının alındığı, sübuta esas teşkil eden belgelerin okunduğu ve diyeceklerinin sorulduğu, tanıkların dinlendiği duruşmada tercüman bulunmadığı dikkate alındığında, duruşmaların her aşamasında sanığın savunmasını daha iyi yapabileceğini düşündüğü dilde tercüman bulundurulmaması suretiyle AİHS'nin 6 ve CMK'nun 202. maddesine aykırı davranılarak savunma hakkının kısıtlanması” (YCGK, T.19.02.2013, E. 2012/1-1289, K.2013/84); “26.11.2008 tarihli ilk duruşmada yeterince Türkçe bilmediğini beyan eden sanığa tercüman atanmasına rağmen sanığın savunmasının da alındığı sonraki bir kısım oturumlarda tercüman aracı kılınmaksızın savunması alınması ve CMK'nın 202. maddesine aykırı olarak esaslı noktaların tercümesi yaptırılmadan hüküm kurulmak suretiyle savunma hakkının kısıtlanması” (Yarg. 7.CD, T.28.03.2016, E.2014/26367, K.2016/4475). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi:12.12.2018).

⁷⁷⁴ “Sanık K. hakkında mağdur S.'ü kasten öldürmeye teşebbüs suçundan kurulan hükme yönelik yapılan incelemede; Yeterince Türkçe bilmeyen sanık K. için tercüman bilirkişi olarak atanan M. T.'a 9.8.2011 tarihli celsede yemin verdirildikten sonra, bir kısım tanıkların ve mağdurun dinlendiği oturumlarda tercüman bulundurulmaması, 26.2.2013 tarihli son oturumda ise eski yemini hatırlatılmayan veya yeniden yemin verdirilmeyen tercüman vasıtasıyla sanığın esas hakkında savunmasının alınması ve son

Kamuoyunda “anadilde savunma yasası” olarak da adlandırılan 24.03.2013 Tarihli, 6411 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 1. maddesiyle; CMK’nın 202. maddesine ek hükümler getirilmiştir. Yapılan eklemeye “iddianamenin anlatılması ve esas hakkında mütalaanın verilmesi” aşamalarından sonra sanık Türkçeyle meramını anlatabilecek durumda olsa da kendini daha iyi ifade edebileceği bir dille savunmasını yapabilecektir. Ancak bu durumda duruşmada görev yapacak tercümanın ücretini sanığın kendisi karşılar. Sanık duruşmada görev yapacak tercümanı komisyon tarafından oluşturulan listeden seçer (madde 202/4).

Yapılan düzenleme, tercümandan yararlanma hakkından farklı bir düzenlemedir⁷⁷⁵. Zira yapılan düzenlemeyle sanığın yargı dilini bilip bilmemesine bakılmaksızın kendini hangi dilde daha iyi ifade ediyorsa o dilde savunma yapabileceği düzenlenmiştir⁷⁷⁶. Ancak tercümandan faydalanma hakkında sanığın yargı dilinde savunmasını yapabilecek ve yargılama sırasında konuşulanları anlayabilecek düzeyde olup olmamasına göre bu haktan faydalanma söz konusudur⁷⁷⁷.

Nitekim İHAM içtihatlarında da “tercümandan yararlanma hakkının” kişinin yargı dilini anlayamaması ve konuşamaması şeklinde değerlendirildiğini belirtmiştik. Bununla beraber AYM’nin vermiş olduğu kararda da “tercümandan yararlanma hakkını” benzer şekilde değerlendirerek söz konusu hakkın sanığın yargı dilini anlayamadığı ve konuşamadığı sınırlı durumlarda uygulanması gerektiğini belirtmiştir⁷⁷⁸. Dolayısıyla

sözünün sorulması suretiyle 5271 Sayılı CMK.nun 62. Maddesi yollamasıyla aynı Kanunun 57 ve 202. maddelerine aykırı davranılması” (Yarg. 1.CD, T.17.09.2014, E.2014/2228, K.2014/3919). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 12.12.2018).

⁷⁷⁵ **Turhan**, Anadilde Savunma, s.8; **Beyoğlu**, s.289.

⁷⁷⁶ **Kılıç**, Tercümandan Faydalanma, s.2119; **Beyoğlu**, s.289; **Turhan**, Anadilde Savunma, s.8.

⁷⁷⁷ **Turhan**, Anadilde Savunma, s.8; **Beyoğlu**, s.291; **Kılıç**, Tercümandan Faydalanma, s.2119.

⁷⁷⁸ “Ancak somut başvuru açısından çözümlenmesi gereken asıl mesele devletin yükümlülüğünün tercüman isteyen tüm sanıklar bakımından geçerli olup olmadığıdır. Bu noktada tercüman hakkının sınırlı bir hak olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Başka bir deyişle tercüman isteyen herkesin değil, adil bir yargılamadan umulan yararın sağlanması amacıyla ve yalnızca yargılamada kullanılan dili bilmeyen, anlamayan ve konuşamayan kişilere tercüman atanması bir zorunluluktur. Yargılamada kullanılan dili bilmeyen, anlamayan ve konuşamayan kişilerin bir tercümanın yardımına ihtiyaç duyması halinde devletin çeviri sağlama yükümlülüğü doğar” (AYM, T.07.05.2015, Başvuru No. 2014/12906). Karar için bkz. <http://www.anayasa.gov.tr> (Erişim Tarihi: 13.12.2018).

“tercümandan yararlanma hakkı” kapsamına sanığın “anadilde veya istediği dilde savunma” talebi girmemektedir.

Getirilen hükmün, savunma hakkıyla da bir ilişkisi⁷⁷⁹ bulunmamaktadır. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu düzenlemeden önce vermiş olduğu kararda bu tarz bir taleple savunma hakkının suiistimal edildiğini belirtmiştir⁷⁸⁰. Kanunda sanığın “tercümandan faydalanma hakkından” muaf tutulabilmesi için Türkçeyi bilmesi yeterli görülmemekte ayrıca Türkçeyi, yargılamada kendini savunacak düzeyde bilmesi aranmaktadır (madde 202/1)⁷⁸¹. Sanığın, yargı diline savunmasını etkileyecek şekilde hâkim olmaması durumunda hâlihazırda 1. fıkraya gidilmektedir. Ayrıca “tercümandan faydalanma hakkı” savunma hakkının korunmasına ilişkin bir hak olması nedeniyle bu haktan ücretsiz yararlanılması gerektiği kabul edilirken; söz konusu düzenlemede tercümanın ücreti

⁷⁷⁹ **Turhan**, Anadilde Savunma, s.9-10. Hükmün savunma hakkıyla bağlantılı olduğuna ilişkin bkz. TBMM, 365 Sıra Sayılı Komisyon Raporu, s.82-86, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss365.pdf> (Erişim Tarihi:13.12.2018).

⁷⁸⁰ “*Gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gerekse 5271 sayılı CYY, tercüman görevlendirilmesi konusunu savunma hakkı çerçevesinde ele almıştır. Buna göre, ücretsiz olarak tercüman görevlendirilmesi için AİHS, kişinin yargılamanın yapıldığı ülkenin vatandaşı veya yabancı olması ölçütünü değil ‘duruşmada kullanılan dili anlamaması veya konuşamaması’ nı esas alırken, Ceza Yargılaması Yasası da aynı yaklaşımla, kişinin ‘meramını anlatabilecek derecede Türkçe bilmemesini’ gerekli görmüştür. Bunun sonucu olarak Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmakla birlikte meramını anlatacak ölçüde Türkçe bilmeyen şüpheli veya sanıklara tercüman görevlendirilmesi savunma hakkının kullanılması açısından zorunlu iken, ülkemiz vatandaşı olmasa bile savunmasını yapabilecek derecede ve yeterlilikle Türkçe bilen şüpheli veya sanıklara tercüman görevlendirilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Soruşturma veya kovuşturma sırasında çeşitli adli makamlar önünde yapılan işlemlerde, Türkçe bildiği hususu hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek biçimde anlaşılan şüpheli veya sanıkların daha sonradan Türkçe bilmediklerini ileriye sürerek tercüman görevlendirilmesini istemeleri halinde bu kişilerin AİHS ve CYY bağlamında tercüman yardımından yararlanma hakları bulunmadığı gibi bu tür davranışların savunma hakkının kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Nitekim Yargıtay Özel Dairelerinin uygulamaları da bu doğrultudadır (Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 23.06.2011 gün ve 3883-3498 ile Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 13.06.2011 gün ve 3885-4674 sayılı kararları)” (YCGK, T.11.10.2011, E.2011/10-182, K.2011/204). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi:12.12.2018).*

⁷⁸¹ “Başvuru konusu olayda, başvurunun, savunmasını başlangıçta Türkçe yaptığı ve yargılamanın 2. celsesinde Kürtçe savunma yapmak talebinin İlk Derece Mahkemesince Türkçeyi iyi bildiği gerekçesiyle ve Anayasa’ya uygun olarak reddedildiği açıktır. Bu durumda, mahkemenin dilini ‘anlayan’ ve ‘konuşan’ başvurunun, mensubu olduğu etnik dilde savunma yapabilmesi için tercümandan yararlanma talebinin reddedilmesinin savunma hakkını kısıtlamadığı ve dolayısıyla adil yargılanma hakkına yönelik bir ihlalin olmadığına açık olduğu sonucuna ulaşılmıştır”. (AYM, T. 11.03.2015, Başvuru No. 2014/4379). Karar için bkz. <http://www.anayasa.gov.tr> (Erişim Tarihi:14.12.2018).

devlet tarafından karşılanmayıp sanık tarafından karşılanmaktadır⁷⁸². Tüm bu nedenlerle mevzu bahis düzenlemenin savunma hakkıyla bir ilişkisi yoktur.

Doktrinde bu hükmün, Anayasanın 3. maddesinde yer alan “resmi dilin Türkçe olduğu” düzenlemesi sebebiyle, anayasaya aykırı olduğu vurgulanmıştır⁷⁸³. Resmi dilin Türkçe ve devletin üniter yapıda olması nedeniyle eğitim, adalet, sağlık gibi hizmetlerin resmi dilde yapılması gerektiği bu sebeple tamamen sanığın iradesiyle istediği dilde savunma yapması, zamanla alternatif yargı dilinin çıkmasına sebebiyet vermesi nedeniyle anayasayla bağdaşmayacağı işaret edilmiştir⁷⁸⁴.

Getirilen düzenlemede bu hakkın muhakemeyi uzatmak amacıyla kullanılamayacağı belirtilmiştir. Ancak bu hakkın hangi durumlarda suiistimal edildiğinin kabul edileceğini tespit etmek mümkün değildir⁷⁸⁵. Dolayısıyla hakkın kötüye kullanılması çok olasıdır.

Son olarak hükümde kişinin anadilinde değil “kendini daha iyi ifade edebileceği dilde” savunma yapmasına imkân verilerek “anadilde savunma” hakkından daha geniş bir hak tanınmıştır⁷⁸⁶. Bu durumda sanık kürsüsünün kalabalık olması durumunda birçok sanığın kendini daha iyi ifade edebileceği gerekçesiyle birbirinden farklı dillerde savunma yapmaları durumunda yargılama süresi çok uzayacaktır. Yargılamanın makul sürede bitirilmesi güçleşecektir.

Tüm bu nedenlerle, CMK’nın “tercümandan yararlanma hakkının” düzenlendiği maddeye getirilen hüküm, bize göre mevzuat ve uygulama bakımından yerinde bir düzenleme değildir.

CMK’nın 202. maddesinin 4. fıkrasına eklenen fıkradan sonra sanığın meramını daha iyi anlatabileceği dilde savunmasını yapmasına imkân verilmiştir. Sanığın bu

⁷⁸² Kılıç, Tercümandan Faydalanma, s.2120.

⁷⁸³ Şen, Ersan, Ana Dilde Savunma, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/943837-ana-dilde-savunma>, (Erişim Tarihi: 13.12.2018); TBMM 365 Sayılı Komisyon Raporu, s.79.

⁷⁸⁴ Şen, Ana Dilde Savunma.

⁷⁸⁵ Kılıç, Tercümandan Faydalanma, s.2120.

⁷⁸⁶ Beyoğlu, s.291.

talebinin mahkeme tarafından reddedilmesi halini Yargıtay vermiş olduğu son kararlarda savunma hakkının kısıtlanması olarak değerlendirmektedir⁷⁸⁷.

⁷⁸⁷ “Sanıklardan bir kısmının kamu görevlisi olup soruşturma aşamasında Türkçe ifade verdikleri ve Türkçe bildikleri de dikkate alındığında; CMK’nın 202/1. maddesiyle AİHM’nin M. Z. - Türkiye davasındaki kararı birlikte değerlendirildiğinde, yargılama aşamasında anadilde savunma yapmakta ısrar etmelerini hakkın kötüye kullanımı olarak kabul etmek mümkün ise de; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/3-e maddesindeki düzenlemenin ve AİHM kararlarının tercüman vasıtası ile savunma yapma hakkına dair asgari standartlarının da üstünde bir nitelik taşıyan, hükümden sonra 24.1.2013 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6411 Sayılı Kanun’un 1. maddesiyle 5271 Sayılı CMK’nın 202. maddesine eklenen dördüncü fıkradaki yasal düzenleme sebebiyle kanun koyucunun bu hakka atfettiği değer gözetilerek sanıkların anadilde savunma yapmak istemeleri sebebiyle, bu imkan tanınmadan savunma hakkından vazgeçtiklerini kabul etmek suretiyle hüküm kurulmasının savunma hakkının kısıtlanması niteliğinde olması” (Yarg. 16.CD, T.25.03.2016, E. 2015/7735, K. 2016/1683); “Dava; silahlı terör örgütü propagandası yapma ve silahlı terör örgütüne üye olma suçlarına ilişkindir. Sanıkların yargılama aşamasında anadilde savunma yapmakta ısrar etmesini hakkın kötüye kullanımı olarak kabul etmek mümkün ise de; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/3-e maddesindeki düzenlemenin ve AİHM kararlarının tercüman vasıtası ile savunma yapma hakkına dair asgari standartlarının da üstünde bir nitelik taşıyan, hükümden önce yürürlüğe giren 6411 Sayılı Kanun’un 1. maddesiyle CMK’nın 202. maddesine eklenen 4. fıkradaki yasal düzenleme sebebiyle kanun koyucunun bu hakka atfettiği değer ile Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Tercüman Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik hükümleri de gözünüde bulundurularak; anadilde savunma yapabilecekleri hususunda ihtarati içeren usulüne uygun meşruhatlı tebligat yapılarak sanıkların savunmasının alınması gerektiği gözetilmeden ve bu imkan tanınmadan yargılamaya devam edilerek hüküm kurulması suretiyle savunma haklarının kısıtlanması” (Yarg. 16.CD, T.13.11.2017, E. 2016/3247, K.2017/5347). “Sanığın savunmasının alınması için bulunduğu yer mahkemesine istinabe yazıldığı, sanığın Kürtçe dilinde daha iyi ifade vereceğini belirterek, Kürtçe savunma yapma talebinin, istinabe mahkemesi tarafından sanığın Türkçe bildiği gerekçe gösterilerek reddedilip, savunma alınmaksızın evrakın iade edilmesinden sonra, mahkemesince sorgunun yapılmasının temini yönüne gidilmeden, sanığın dosyasına sonradan gönderdiği yazılı savunma dilekçesi ile yetinilerek mahkumiyet hükmü tesis edildiği anlaşılmakla, sanığın savunma hakkı kısıtlanmak suretiyle 5271 sayılı CMK’nın 202/4 maddesine muhalefet edilmesi” (Yarg. 12.CD, T.25.09.2014, E. 2013/24572, K.2014/18746). Aksi yönde karar için bkz. “Sanığın, savunmasını Cumhuriyet savcısı önünde Türkçe olarak yaptıktan sonra mahkeme önünde yasal hakları kendine hatırlatılarak sorulması üzerine, haklarını anladığını, Türkçe bildiğini, buna rağmen Kürtçe ifade vermek istediğini söylediği, kendisine Türkçe bilmemesi halinde tercüman atanabileceği bildirildiğinde, ‘Kürtçe dili dışında savunma yapmayacağım’ demek suretiyle susma hakkını kullandığı, ayrıca savunmasını bu kapsamda yazılı ve Türkçe olarak verdiği, CMK’nın 147. ve 191. maddeleri uyarınca müdafii istemediğini de açıkça söylemesi karşısında, kullandığı sözler ve yazılı beyan ile Türkçe’yi iyi bilen ve kendisini ifade edebilmekte zorluğu bulunmayan sanığın, susma hakkını kullanmak suretiyle savunmasını yaptığı CMK’nın 202/4. maddesi kapsamında sayılamayacağı kabul edilerek tebliğnamedeki düşünceye iştirak edilmemiştir”. (Yarg. 15.CD, T.28.05.2014, E.2013/24439, K.2014/10592). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi:14.12.2018).

8. Sanığa Dinleme ve Okumadan Sonra Diyeceğinin Sorulmaması (CMK madde 215)

Ceza muhakemesinin ilkelerinden olan sözlülük ilkesinin gereği⁷⁸⁸ “sanığa veya müdafisine, katılana veya vekiline, cumhuriyet savcısına”, duruşmada okunan belgelere, tanık ve bilirkişi raporlarına son olarak duruşmada varsa diğer sanıkların beyanlarına karşı söyleyecekleri olup olmadığı sorulur. Duruşmada taraflara böyle bir hak verilmesi adil yargılanma hakkı çerçevesinde silahların eşitliğinin sağlanmasına yöneliktir⁷⁸⁹. Eğer söz konusu kişilerin yokluğunda tanıklar, bilirkişiler ve diğer sanıklar dinlenilmiş veya belgeler sunulmuş ise; bu kişilerin hazır bulunduğu ilk oturumda bu konularda söyleyeceği olup olmadığı kendilerine sorulacaktır⁷⁹⁰.

Kanunda sayılan hususlara karşı sanığa veya müdafiyeye görüşünün sorulmaması savunma hakkını ihlal eden durumlardan biri olarak değerlendirilir⁷⁹¹. Örneğin Ceza Genel Kurulu, sanığın ve müdafinin huzurunda alınan tanık beyanlarına karşı sanığa veya müdafiyeye diyeceğinin olup olmadığı sorulmadığı için savunma hakkının kısıtlandığına karar vermiştir⁷⁹². Aynı kararda ilgili hükmün sanığa sadece diyeceği olup olmadığının sorulmasını değil aynı zamanda tanığa soru da yöneltilebileceğini düzenlediği belirtilmiştir⁷⁹³. Nitekim CMK’nın 201. maddesinde sanığa mahkemede doğrudan olmasa da hâkim aracılığıyla soru yöneltme imkânı tanınmıştır.

⁷⁸⁸ Yenisey-Nuhoglu, s.76; Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Özaydın-Akcan-Tütüncü-Villemin-Tok, s.149; Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.129; Yaşar, Cilt II, s.2358.

⁷⁸⁹ Yaşar, Cilt II, s.2358.

⁷⁹⁰ Günay, s.134; Yaşar, Cilt II, s.2358-2359.

⁷⁹¹ “Otopsi, olay yeri tutanakları, hükme esas alınan ekspertiz raporları ile, katılmadığı duruşmada dinlenen tanık ve müdahil beyanlarının okunarak sanıktan diyeceklerinin sorulmaması suretiyle CMK’nın 209., 215. maddelerine muhalefet edilmesi” (Yarg. 1.CD, T.09.05.2008, E.2007/3444, K.2008/3892); “Yakalama, üst arama, oto görgü tespit, hırsızlık olayı görgü ve tespit, teslim-tesellüm, yakınana ait çalıntı eşyaların sanıkların kullandığı araçta bulunduğu ilişkin ‘tutanak’ başlıklı tutanaklar ile yakınının kolluktaki anlatımı içeren ve hükme dayanak yapılan soruşturma belgelerinin onaysız fotokopiden ibaret olduğunun gözetilmemesi ve anılan belgeler duruşmada okunarak taraflardan diyeceklerinin sorulmaması suretiyle 5271 sayılı CMK’nın 209/1 ve 215. maddelerine aykırı davranılması” (Yarg. 6.CD, T.17.09.2009, E.2009/1601, K.2009/12173). Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr (14.12.2018).

⁷⁹² YCGK, T.05.04.1976, E. 1976/8-165, K.1976/172. Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (14.12.2018).

⁷⁹³ Aynı yönde karar için bkz. “Sanığın aleyhinde beyanda bulunan tek tanığın huzurda müdafisi de olmadan dinlenmesi sanığın veya müdafinin soru sorma hakkını kullanmaması, CMK 215/1. maddede ‘..... tanığın ve herhangi bir belgenin okunmasından sonra bunlara karşı bir diyeceklerinin olup

Yargıtay, CMK'nın 215. maddesinin ihlal edilmesine yönelik olarak vermiş olduğu kararlarda CMK'nın 209. maddesiyle birlikte⁷⁹⁴ bozma kararı verdiği gibi yalnızca 209. maddeye atıfta bulunarak⁷⁹⁵ da bozma kararı verebilmektedir. Duruşmada "bazı belge ve tutanakların" anlatılması zorunlu tutulmuştur⁷⁹⁶. Yargıtay, duruşmada sanığa, 209. madde kapsamına giren belgenin okunarak belgelere karşı diyeceğinin sorulmaması gerekçesiyle bozma kararı verebilmektedir⁷⁹⁷.

olmadığı sanığa ve müdafisine sorulur' amir hükmüne aykırı olarak savunma hakkı kısıtlanmak suretiyle hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır" (Yarg. 16.CD, T.18.04.2017, E.2015/7179, K.2017/3739). Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 14.12.2018).

⁷⁹⁴ "Sanıklara ait nüfus ve sabıka kayıtları ile hükme esas alınan arama yakalama ve el koyma tutanağı, Diyarbakır Şehirlerarası Terminal İşletmesinin kamera kayıtlarına ait CD çözümleme tutanağı, ekspertiz raporu ile sanıkların yokluklarında yapılan işlemler ve alınan beyanlar duruşmada okunup, diyecekleri sorulmadan hüküm kurulmak suretiyle, 5271 sayılı CMK'nın 209 ve 215. maddelerine aykırı davranılması" (Yarg. 20.CD, T.30.11.2015, E. 2015/15530, K. 2015/4863); "Soruşturma aşamasında tutulan ve mahkumiyete delil kabul edilen olay tutanağı, yargılama safhasında kendilerine ulaşılamadığı için ifadelerinin alınmasından vazgeçilen göçmenlerin soruşturmadaki beyanları ile sanığa ait nüfus ve adli sicil kaydı duruşmada okunup, sanıktan bir diyeceğinin olup olmadığının sorulmaması suretiyle, CMK'nın 209. ve 215. maddelerine aykırı davranılması" (Yarg.18.CD, T.02.04.2015, E.2015/58, K. 2015/77.). Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 14.12.2018).

⁷⁹⁵ "Hükme esas alınan tanık ... ile gizli tanık...'nın beyanlarını içeren tanık ifade tutanaklarının aslı veya onaylı örneklerinin, temyiz incelemesine imkan sağlayacak biçimde dosya içinde bulundurulması ve sanıklara okunarak diyeceklerinin sorulması gerekirken, tanıkların bazı beyanlarının kimliklerini deşifre edebilecek nitelikte olduğu gerekçesiyle tanık ... ile gizli tanık ...'nın beyanlarını içeren tanık ifade tutanaklarının aslı veya onaylı örneklerinin dosyaya konulmayıp, bazı bölümlerinin 16.08.2016 tarihli duruşma tutanağına yazdırılarak bunların sanıklara okunması ile yetinilmesi suretiyle, 5271 Sayılı CMK'nın 209. maddesine aykırılık oluşturarak sanıkların savunma hakkının kısıtlanması" (Yarg. 20.CD, T.16.05.2018, E. 2018/1666, K.2018/2286); "Suçla ilgili iletişimin tespiti tutanaklarının sanıklara okunarak diyeceklerinin sorulmaması suretiyle, 5271 Sayılı CMK'nın 209. maddesine aykırılık oluşturularak savunma haklarının kısıtlanması" (Yarg. 20.CD, T.11.10.2017, E. 2017/5097 K.2017/5075). Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 14.12.2018).

⁷⁹⁶ CMK Madde 209/1: "Naip veya istinabe yoluyla sorgusu yapılan sanığa ait sorgu tutanakları, naip veya istinabe yoluyla dinlenen tanığın ifade tutanakları ile muayene ve keşif tutanakları gibi delil olarak kullanılacak belgeler ve diğer yazılar, adli sicil özetleri ve sanığın kişisel ve ekonomik durumuna ilişkin bilgilerin yer aldığı belgeler, duruşmada anlatılır".

⁷⁹⁷ "Hükme esas alınan tanık ile gizli tanık ...'nın beyanlarını içeren tanık ifade tutanaklarının aslı veya onaylı örneklerinin, temyiz incelemesine imkan sağlayacak biçimde dosya içinde bulundurulmaması ve sanıklara okunarak diyeceklerinin sorulmaması suretiyle, 5271 Sayılı CMK'nın 209. maddesine aykırılık oluşturarak sanıkların savunma hakkının kısıtlanması" (Yarg. 20.CD, T.12.05.2016, E.2016/511, K.2016/2967); "Sanığa nüfus ve adli sicil kayıtları okunup diyeceklerinin sorulmaması suretiyle CMK'nın 209/1. maddesine aykırı davranılması" (Yarg. 14.CD, T.16.02.2017, E.2016/10112, K.2017/738). Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 15.12.2018).

Sanığa veya müdafiyeye, ilgili düzenleme kapsamında belge veya beyana karşı söyleyeceği sorulmadan verilen ilk derece mahkemesi kararında, söz konusu belge veya beyan hükme esas teşkil etmemesi durumunda savunma hakkının kısıtlanıp kısıtlamayacağına ilişkin farklı görüşler mevcuttur. Eğer belge veya beyan hükme esas teşkil etmiyorsa sanığa bu konuda söyleyeceğinin olup olmadığının sorulmaması halinde savunma hakkının kısıtlanmayacağını belirten görüşe⁷⁹⁸ karşın; hükme esas teşkil etmese de usul kurallarına aykırı olacağı için savunma hakkının kısıtlanacağını belirten görüş de vardır⁷⁹⁹. Savunma hakkının kısıtlanmasının, kanun lafzında da belirtildiği üzere hüküm açısından önemli durumlarda “mutlak bozma nedeni” olarak kabul edildiğini belirtmiştik. Bu nedenle, hükme esas teşkil etmeyen belge veya beyana karşı sanık veya müdafiyeye diyeceği olup olmadığının sorulmadığı gerekçesiyle savunma hakkının kısıtlanacağı görüşüne katılmıyoruz.

9. Delillerin Tartışılması ve Hükümden Önce Sanığa Son Sözün Verilmemesi (CMK madde 216)

Duruşmada maddi gerçeğe ulaşabilmek amacıyla deliller ortaya konularak delillerin doğruluğu tartışılır ve bir sonuca varılarak hüküm verilir⁸⁰⁰. Delillerin tartışılması; bu bağlamda sanığa son sözün verilmesi CMK’nın 216. maddesinde düzenlenmiştir. Sanığa son sözün verilmesi karardan önce son kez sanığa meramını anlatabilmesi için tanınmış bir haktır. Deliller tartışılırken katılan veya vekil, cumhuriyet savcısı son olarak sanık ve müdafî ya da sanığın kanuni temsilcisi sırayla söz alır (madde 216/2). Her delil ayrı ayrı tartışılmalıdır⁸⁰¹. Her delilin taraflarca ayrı ayrı tartışılması silahların eşitliği ilkesinin gereğidir.

Bu sebeple deliller hakkında sırayla söz alınırken, sanığa veya müdafîne ya da Cumhuriyet Savcısına görüşlerini bildirmesi için söz verilmemesi sanığın aleyhine bir

⁷⁹⁸ Yaşar, Cilt II, s.2358.

⁷⁹⁹ Günay, s.134.

⁸⁰⁰ Centel-Zafer, s.714.

⁸⁰¹ Parlar-Öztürk, s.134.

durum olması ve yargılamaya bu eksiklik giderilmeden devam edilerek hüküm verilmesi halinde savunma hakkı kısıtlanmış olacaktır⁸⁰².

Hüküm verilmeden önce, son söz duruşmada hazır bulunması halinde sanığa verilecektir (madde 216/3). Sanığa son sözün verilmesinin amacı hüküm verilmeden önce kişinin savunma hakkını daha fazla göz önünde bulundurmaktır⁸⁰³. Buna göre sanığın son sözünden sonra duruşmada başka bir işlem yapılmayacak yalnızca hüküm verilecektir⁸⁰⁴. Eğer hükümden önce sanığa son söz verilmezse sanığın savunma hakkı ihlal edilmiş olacaktır⁸⁰⁵. Yargıtay'ın son sözün sanığa verilmemesi konusunda vermiş olduğu

⁸⁰² “Sanık ... hakkında yağmaya kalkışma ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından herhangi bir görüş bildirmeyen Cumhuriyet Savcısının, bu suçlarla ilgili esas hakkında görüşü alınmadan ve/veya bu yönde usulü eksiklikler giderilmeden yargılamaya devamla 5271 Sayılı CMK'nun 216/1.maddesine aykırı davranılmak suretiyle,savunma hakkının kısıtlanması” (Yarg.6.CD, T.20.02.2018, E. 2014/7070, K.2018/1255) Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 15.12.2018); “Sanık ... hakkında ihaleye fesat karıştırma suçu bakımından herhangi bir görüş bildirmeyen Cumhuriyet Savcısının, bu suçla ilgili esas hakkında görüşü alınmadan ve/veya bu yönde usulü eksiklikler giderilmeden yargılamaya devamla 5271 sayılı CMK'nun 216/1. maddesine aykırı davranılmak suretiyle savunma hakkının kısıtlanması” (Yarg.6.CD, T. 06.11.2017, E.2015/1173, K.2017/4719). Karar için bkz. www.hukukmedeniyeti.org. (Erişim Tarihi: 15.12.2018).

⁸⁰³ Yurtcan, Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Son Sözün Sanığa Verilmesi, Yargıtay Dergisi, Cilt 20, Sayı 4, 1994, s.417.

⁸⁰⁴ Günay, s.142.

⁸⁰⁵ “Bozmadan sonra önce sanığa, sonra vekiline, daha sonra da C.Savcısına söz verildikten sonra, son oturumda sanık ve vekili duruşmada hazır oldukları halde sanığa son sözü sorulmadan duruşmaya son verilmiştir. CYUY'nın 251. maddesi gereğince ‘... en son söz sanığıdır.’ Maddenin son fıkrasında ise, ‘sanık namına müdafii tarafından müdafaada bulunulsa dahi müdafaaya ilave edecek bir şeyi olup olmadığı sanığa sorulur’ hükmü yer almaktadır. Ceza yargılamasında sanığın en önemli hakkı savunma hakkı olup, bu hak hiçbir şekilde sınırlanamaz. Son söz sanığa verilerek kendisinden önce dinlenenlere karşı diyecekleri ve savunması saptanmalıdır. Savunma hakkı ile yakından ilgili bulunan bu usul kuralı, buyurucu nitelikte olup, uyulmaması yasaya mutlak aykırılık oluşturmaktadır. İlk defa hüküm kurulurken ‘son sözün sanığa verilmesi’ kuralı, bozmadan sonra yapılan yargılamada da kamu davasının kesintisizlik ve süreklilik ilkesinin doğal sonucu olarak aynen geçerlidir. Çünkü dava sonuçlanmamış olup yargılama devam etmektedir. Bozma sonucunda son soruşturma aşamasına dönülmekle son soruşturmanın, sanığın son sözü ile sonuçlandırılması gereği mutlak usuli zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır” (YCGK, T. 17.11.1998, E. 1998/6-285 K. 1998/347). Karar için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 15.12.2018); “Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 29.01.2008 gün 193-7, 25.04.2006 gün ve 2-3-12 Sayılı kararlarında da açıklandığı üzere; 5271 Sayılı CMK'nın 216. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen son sözün sanığa ait olduğu kuralının kovuşturmanın sona erdirilmesi, hükmün tesis ve tefhimine geçilmesi öncesinde son konuşan tarafın hazır bulunan sanık olmasının gerektirdiği cihetle; hükmün açıklandığı 06.11.2014 tarihli oturumda iddia makamının esas hakkındaki mütalaasından sonra esas hakkındaki savunması sorulan ancak tutanakta savunmasına yer verilmeyen hazır olan sanıktan son sözü de sorulmadan yargılamanın bittiği belirtilip hüküm kurularak savunma hakkı kısıtlanmak suretiyle, CMK'nın 216/3. maddesine aykırı davranılması” (Yarg.3.CD,

kararlarda istikrar söz konusudur. Örneğin Yargıtay vermiş olduğu bir kararda savcının esas hakkındaki mütalaasından sonra sanıklara esas hakkındaki görüşleri ve son sözleri alınmadan hüküm verilmesini savunma hakkının kısıtlanması olarak değerlendirmiştir⁸⁰⁶. Sanığa son söz verilirken CMK madde 216/2’de yer alan sıralamaya uyulmaması durumunda yani sanığın son sözünden sonra katılan ve vekiline son olarak Cumhuriyet savcısına söz verilmesi sanığın savunma hakkını kısıtlayacağı için Yargıtay yerel mahkemenin kararlarını bozmuştur⁸⁰⁷.

Savunma hakkının kısıtlanması mutlak bozma sebebi olma şartlarından biri de hükmün sanığın aleyhine olması gerektiği için eğer sanık hakkında beraat kararı verilmiş ise sanığa son söz verilmemiş dahi olsa mutlak bozma sebebi oluşmayacaktır⁸⁰⁸. Nitekim CMK’nın 290. maddesinde düzenlenen aleyhe bozma yasağına göre, sanığın lehine gelişen bir hukuka aykırılık halinde savcı sanığın aleyhine kanun yoluna başvuramaz.

Son sözün sanığa verilebilmesi için sanığın, hükmün verileceği duruşmada hazır bulunması gerekmektedir. Sanığın hazır bulunmadığı durumlarda hükümden önceki son sözün müdafie verilip verilemeyeceği Yargıtay kararlarında farklılık göstermektedir. Yargıtay daha önceki kararlarında sanığın hazır bulunmadığı duruşmada son sözün müdafie verilmemesini bozma nedeni olarak görmekteydi⁸⁰⁹. Ancak son dönemdeki kararlarında son sözün yalnızca sanığa tanınabileceğini müdafinin böyle bir hakkı

T.24.05.2018, E.2017/13916, K.2018/4982.) Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 15.12.2018).

⁸⁰⁶ **Yarg. 13.CD, T.09.01.2018, E. 2016/11221, K.2018/240.** Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 15.12.2018).

⁸⁰⁷ **YCGK, T.21.11.2017, E.2017/1-661, K.2017/494.** Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 15.12.2018).

⁸⁰⁸ **Öztürk-Tezcan-Erdem-Gezer-Kırıt-Özaydın-Akcan-Tütüncü-Villemin-Tok**, s.149; **Günay**, s.146; **Yaşar**, Cilt II, s.2251.

⁸⁰⁹ *"En son sözün sanık vekiline verilmemesi ve yasaya aykırı davranılması yoluyla savunmanın kısıtlanması doğru değildir"* (**Yarg. 4.CD, T.13.2.1980, E.1980/571, K.1980/609**). Aktaran: **Yurtcan**, Son Sözün, s.419; *"5271 sayılı CYY’nın 226/4. maddesinde ek savunma hakkının verilmesi konusunda, müdafinin sanığa tanınan haklardan onun gibi yararlanmasına ilişkin getirilen kuralın, olayımızda da kıyasen uygulanma olanağı bulunmaktadır. Bunun sonucu olarak ta CYY’nın 216/3. maddesi uyarınca sanığın oturumda hazır bulunmaması halinde hükümden önce son sözün, hazır bulunan müdafie verilmesi zorunludur. Savunma hakkı ile yakından ilgili bulunan bu zorunluluğa uyulmaması yasaya mutlak aykırılık oluşturmaktadır. Ceza yargılamasında sanığın en önemli hakkı savunma hakkı olup, bu hak hiçbir şekilde kısıtlanamaz"*. (**YCGK, T.17.02.2009, E.2008/1-172, K.2009/26**). Karar için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 15.12.2018).

olmadığını belirtmiştir⁸¹⁰. Hükümden önce verilen son söz sanığa sıkı sıkıya bağlı bir hak olması sebebiyle müdafî dahi olsa başka birine devredilemez⁸¹¹.

Kanaatimizce daha önceki kararlarda belirtildiği gibi ek savunma hakkına ilişkin sanığa tanınan hakların müdafîye tanınacağı hükmünün kıyasla burada da uygulanması yerinde değildir⁸¹². Nitekim kanun koyucunun da böyle bir niyeti olsaydı ilgili hüküm aynı maddede de düzenlenir, hükümden önce verilen son söz hakkı sanığa sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak kabul edilmezdi. Dolayısıyla Yargıtay’ın son dönemlerde vermiş olduğu kararlar yerindedir.

Eklenen düzenlemeyle sanığa zorunlu müdafî görevlendirilmiş ise müdafî duruşmada bulunmasa bile sanığa son söz hakkı tanınarak hüküm verilecektir⁸¹³. Bu düzenleme ile hüküm evresine yaklaşmış duruşmalarda zorunlu müdafinin çekilmesi veya azli gibi sebeplerle yargılamanın çok uzamasının ve sadece hüküm verilecek oturumların başka bir zamana ertelenmesinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır⁸¹⁴. Zorunlu müdafilik, savunmasını etkili bir şekilde yapamayacağı kabul edilen veya ceza muhakemesi işlemlerinin sonuçlarından önemli ölçüde etkilenecek sanıklar için getirilmiş bir kurumdur. Bununla beraber hükümden önce sanığa son sözün verilmesinin savunma hakkına ilişkin bir düzenleme olduğunu ifade etmiştik. Bu sebeple her ne kadar hükümden önce “son söz” sanığa sıkı sıkıya bağlı bir hak olsa da sanığın bu hakkı kullanırken zorunlu müdafinin tavsiyeleri ve telkinlerine ihtiyacı olabilecektir⁸¹⁵.

⁸¹⁰ “Hüküm kurulduğu son oturumda sanığın hazır olmaması nedeniyle sadece sanığa tanınmış olan son söz hakkından söz edilemeyeceği gözönünde bulundurulduğunda Özel Dairece hükmün 5271 sayılı CMK’nun 216/3. maddesi uyarınca sanık müdafîine son sözün verilmemesinden bahisle bozulmasında isabet bulunmamaktadır”. (YCGK, T.22.01.2013, E. 2012/3-1469, K.2013/19); “Son oturumda duruşmada sanıklar hazır bulunmadıklarından sanıklara son sözleri sorulamamıştır. Bu haliyle, mahkemece yapılan yargılamada CMK’nın 215 ve 216. maddelerine aykırı davranıldığı söylenemeyeceğinden, sanıklar müdafîlerinin sanıklara son söz hakkı tanınmadığı yönündeki temyiz itirazları yerinde görülmeyle bu husus bozma nedeni olarak kabul edilmemiştir”. (YCGK, T.21.3.2017, E.2016/7026, K.2017/3341). Karar için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 15.12.2018).

⁸¹¹ Yurtcan, Son Sözün, s.419.

⁸¹² Aynı yönde bkz. Şahin-Göktürk, s.291. Aksi yönde bkz. Günay, s.145.

⁸¹³ Söz konusu düzenleme “694 sayılı KHK’nın 148. maddesiyle 15.08.2017” tarihinde getirilmiş daha sonra “01.02.2018 tarihinde 7078 sayılı kanunun 143. maddesiyle” aynen kabul edilip kanunlaşmıştır.

⁸¹⁴ Türkiye Büyük Millet Meclisi, Sıra S. 500, s.22, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss500.pdf>, (Erişim Tarihi: 16.12.2018).

⁸¹⁵ Yenisey-Nuhoğlu, s.732.

Kanaatimizce getirilen bu düzenleme zorunlu müdafisi olan sanığın savunma hakkının zedelenmesine yol açabilecektir.

Yargıtay'ın bozma kararlarından sonra bölge adliye mahkemesi veya ilk derece mahkemesine dosya gönderilerek hukuka aykırı hususların düzeltilmesi istenecektir. Bu aşamada dava görülürken “kamu davasının kesintisizliği ve sürekliliği ilkeleri gereği”⁸¹⁶ ilk yargılamada hangi usullere tabi ise o usuller tekrar uygulanacaktır. Dolayısıyla bozma kararından sonra, mahkeme tekrardan ele aldığı dosyada, sanığa son sözünü sormadan hüküm vermesi halinde sanığın savuma hakkı sınırlandırılmış olacaktır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bozma kararından sonra yeniden yerel mahkemenin önüne gelen dosyada katılanlar ve vekili, müdafî ve sanığın dinlenilmesinden sonra savcının bozma kararına yönelik görüşünü açıklaması ve sanığa son sözü sorulmadan hüküm verilmesini savunma hakkının kısıtlanması olarak değerlendirmiştir⁸¹⁷.

Mahkeme, Yargıtay'ın vermiş olduğu bozma kararına uyarak yeniden hukuka aykırı hususlarda yargılama yapabileceği gibi bu karara uymayarak Yargıtay kararına

⁸¹⁶ YCGK, T.10.07.2018, E.2017/12-835, K.2018/346; YCGK, T. 09.02.2016, E. 2014/35 K. 2016/49; (YCGK, T. 03.10.2017, E. 2017/159 K. 2017/380. Kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 15.12.2018).

⁸¹⁷ YCGK, T.13.02.2018, E.2017/1-236, K.2018/39. Aynı yönde kararlar için bkz. “bozmadan sonra başlayan yargılamalarda da ‘kamu davasının kesintisizliği ve sürekliliği’ ilkesinin doğal bir sonucu olarak aynen geçerli olacaktır. Kovuşturmanın sona erdirilip hükmün kurulması ve tefhimine geçilmesinden önce son söz alan tarafın sanık olması gerektiği şeklinde anlaşılması gereken ‘son sözün sanığa verilmesi’ kuralına uyulmaması hali, gerek ‘savunma hakkının sınırlandırılmayacağı’ ilkesine gerek CMK’nın 216. maddesinin üçüncü fıkrasına açık aykırılık teşkil edecek ve bu durum temyiz incelemesi aşamasında hükmün esasına geçilmeden önce bozma nedeni kabul edilecektir. Açıklanan gerekçelerle bozma ilamına uyularak yapılan yargılamanın sanığın da hazır bulunduğu 01.09.2014 tarihli son oturumunda, önce sanığın, ardından sanık müdafinin diyecekleri tespit edilip, savunma hakkı ile yakından ilgili bulunan CMK’nın 216/3. madde ve fıkrasına aykırı olarak, son söz hazır bulunan sanığa verilmeden yargılama bitirmek suretiyle hükümlerin kurulması ve tefhim edilmesi” (Yarg.12.CD, T. 14.03.2018, E. 2017/3582 K. 2018/2954); “bozmadan sonra başlayan yargılamalarda da ‘kamu davasının kesintisizliği ve sürekliliği’ ilkesinin doğal bir sonucu olarak aynen geçerli olacaktır. Kovuşturmanın sona erdirilip hükmün kurulması ve tefhimine geçilmesinden önce son söz alan tarafın sanık olması gerektiği şeklinde anlaşılması gereken ‘son sözün sanığa verilmesi’ kuralına uyulmaması hali, gerek ‘savunma hakkının sınırlandırılmayacağı’ ilkesine gerek CMK’nın 216. maddesinin üçüncü fıkrasına açık aykırılık teşkil edecek ve bu durum temyiz incelemesi aşamasında hükmün esasına geçilmeden önce bozma nedeni kabul edilecektir”. (Yarg. 12.CD, T. 24.01.2018, E. 2017/3839 K. 2018/805). Kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 15.12.2018).

direnebilir. Bozma kararına uyup yargılama yapması halinde ilk yargılamadaki usullere uyularak sanığa son söz sorulacaktır⁸¹⁸.

Mahkemenin direnme kararı vereceği durumlarda son sözün sorulmasının gerekli olup olmadığı tartışılmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu vermiş olduğu kararda; ceza dairesinin bozma kararından sonra yerel mahkemenin yürüttüğü yargılamada sanıklara son sözünü sormadan direnme hükmü vermesini savunma hakkının kısıtlanması şeklinde değerlendirmiştir⁸¹⁹. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, yerel mahkemenin direnme hükmünden önce sanığa son sözün sorulması gerektiği yönündeki kararları istikrarlıdır⁸²⁰. Ancak doktrinde Yargıtay'ın, direnme hükmünden önce son sözü araması eleştirilmiştir⁸²¹. Bu görüşe göre; direnme hükmü öncesi herhangi bir yargılama yapılmamakta sadece CMK'nın 307. maddesi gereği bozma kararına karşı ilgili kimselere bir diyecekleri olup olmadığı sorulmakta, sonrasında direnme kararı verilmesi nedeniyle

⁸¹⁸ Yurtcan, Son Sözün, s.420.

⁸¹⁹ YCGK, T.03.03.2015, E.2014/170, K.2015/20. Karar için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 15.12.2018).

⁸²⁰ “Yerel mahkemece bozmadan sonra yapılan yargılama aşamasında sanık ile katılan vekilinin bozma ilamına ilişkin görüşü alındıktan sonra, hazır bulunan sanığa son sözleri sorulmadan yargılama bitirmek suretiyle hükmün tesis ve tefhim edilmesi, CMK'nın 216/3. maddesine açıkça aykırılık oluşturduğundan, savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuran bu usule aykırılık nedeniyle yerel mahkemenin direnme kararına konu hükmünün diğer yönleri incelenmeksizin bozulmasına karar verilmelidir”. (YCGK, T.29.05.2018, E.2018/117, K.2018/247); “Direnme hükmünün verilmesinden sonra 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasasının 216/3. maddesinde de hükümden önce son sözün sanığa verileceği kuralı getirilmiştir. Ceza Genel Kurulunun yerleşik kararlarında da vurgulandığı üzere, savunma hakkı ile yakından ilgili bulunan bu usul kuralı buyurucu nitelikte olup uyulmaması yasaya mutlak aykırılık oluşturmaktadır. Ceza yargılamasında sanığın en önemli hakkı savunma hakkı olup, bu hak hiç bir şekilde kısıtlanamaz. İlk defa hüküm kurulurken ‘son sözün sanığa verilmesi’ kuralı, bozmadan sonra başlayan yargılamada da kamu davasının kesintisizlik ve süreklilik ilkesinin doğal sonucu olarak aynen geçerlidir. Çünkü, dava sonuçlanmamış yargılama devam etmektedir. Bu nedenle, “en son söz”ün sanığa verilmemesi CYUY’nın 251. maddesine aykırıdır” (YCGK, T.11.10.2005, E.2005/6-86, K.2005/113); “Savunma hakkı ile ilgili olan bu usul kuralı buyurucu nitelikte olup uyulmaması yasaya mutlak aykırılık oluşturacaktır. İncelenen dosyada, sanık Ünal’a bozmaya diyeceği sorulduktan sonra, C. Savcısından diyeceği sorulmuş ve sanığa son söz hakkı verilmeden önceki hükümde direnilmiştir. Bu suretle CMUY’nın 251. maddesine aykırı davranılmıştır. ‘Son sözün sanığa verilmesi’ kuralı bozmadan sonra başlayan yargılamada da aynen geçerlidir. Çünkü, dava sonuçlanmamış olup yargılama devam etmektedir. Gerek bozmadan önce, gerekse bozmadan sonra aynı usul hükümleri uygulanacaktır. Emredici olan bu kuralın bozmadan önce geçerli olduğu, bozmadan sonra ise uygulanmasına gerek bulunmadığı biçimindeki bir ayırımın yasal ve hukuksal dayanağı bulunmamaktadır”. (YCGK, T. 20.09.1993, E. 1993/159, K.1993/191). Kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 15.12.2018).

⁸²¹ Yurtcan, Son Sözün, s. 420 vd.

sanığa son sözün verilmemesi, sanığın savunma hakkını kısıtlamayacaktır⁸²². Bize göre, sanığın lehine verilmiş bozma kararına karşı mahkeme sanığın son sözünü sormadan direnme kararı vermesi, sanığın savunma hakkını kısıtlayacaktır. Zira sanığın son sözü mahkemenin uyma kararı veya direnme kararı vermesini etkileyebilecektir. Bununla beraber Yargıtay’ın kararlarında sıklıkla ifade ettiği gibi “kamu davasının kesintisizliği ve sürekliliği ilkesinin” gereği ilk yargılamadaki usuller bu aşamada da uygulanmalıdır. Dolayısıyla Yargıtay’ın müstakar içtihatları yerindedir.

10. Suçun Niteliğinin Değişmesi Nedeniyle “Ek Savunma” Hakkının Verilmemesi (CMK madde 226)

Adil yargılanma ilkesinin gereği olarak etkili bir savunma yapmak için itham edilen suçların bilinmesi gerekir⁸²³. Bunun için yargılamanın konusu CMK’nın 225. maddesine göre ancak iddianamede gösterilen suçun “fiili ve faili” ile sınırlı tutulabilir. Ancak mahkeme, suçun vasıflandırmasında iddianameyle bağlı değildir (madde 225/2). Buradan suçun hukuki nitelendirilmesinde değişikliğe gidilmesi halinde yeniden iddianame düzenlenmesine gerek olmadan mahkemenin hüküm verebileceği anlaşılmaktadır⁸²⁴. Örneğin “güveni kötüye kullanma suçundan” açılmış olan davada failin hileli davranışı göz ardı edildiği ortaya çıkması halinde mahkeme “dolandırıcılık suçundan” hüküm kurabilir⁸²⁵. Ancak bu değişiklik için suçların unsurlarının birbirlerine dönüşebilecek şekilde yakın olması⁸²⁶ gerekir⁸²⁷.

Kovuşturma aşamasında yani iddianamenin kabulünden sonra suçun hukuki niteliğinin sanığın aleyhine değişmesi, cezanın artırılması veya cezanın yanında güvenlik

⁸²² Yurtcan, Son Sözün, s. 422.

⁸²³ Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.606.

⁸²⁴ Yenisey-Nuhoğlu, s.746; Gökçen-Balcı-Alşahin-Çakır, s.606; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.660.

⁸²⁵ Yenisey-Nuhoğlu, s.746-747.

⁸²⁶ “Malzemelerin bedellerinin sanıkların zimmetlerine geçirdiklerinden bahisle TCK nun 202/1, 31,33.maddeleriyle açılan kamu davasında sanıklara yüklenilen bu zimmet eylemi ile ilgili münhasıran bir karar verilmesi gerekirken,iddianamede anlatılan olayın tamamen zimmet fiiline ilişkin olup ihaleye fesat karıştırmadan bahsedilmediği ve zimmet suçunun farklı unsurlara sahip ihaleye fesat karıştırmaya suçuna dönüşmeyeceği gözetilmeden alınan bilirkişi raporundaki suç nitelendirmesine bağlı kalarak yazılı şekilde hüküm kurulması” (Yarg. 5.CD, T.20.11.2006, E. 2006/3428, K.2006/9311). Karar için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 16.12.2018).

⁸²⁷ Parlar-Öztürk, s.137.

tedbirlerine hükmedilecek olması gibi durumlarda; mahkeme her ne kadar hüküm kurabilecekse de sanığın savunma hakkı ihlal edilmemesi için sanığa “ek savunma hakkı” vermelidir. Sanığın, ek savunma için süre talep etmesi halinde sanığa makul bir süre verilmelidir⁸²⁸. Sanığa bu hakkın tanınmaması veya etkin bir şekilde kullanımı için uygun bir süre verilmemesi halinde savunma hakkı sınırlandırılmış olacaktır⁸²⁹. Ek savunma hakkı sanığa tanındığı gibi müdafie de tanınmıştır (madde 226/4). Bu sebeple müdafinin de ek savunma talebinin reddedilmesi halinde savunma hakkının kısıtlanması söz konusu olacaktır⁸³⁰.

İddianamede yer alan suçun niteliğinin sanığın lehine değişmesi durumunda “ek savunma” verilmemesinin savunma hakkının kısıtladığına ilişkin farklı görüşler mevcuttur. Doktrinde fiilin hukuki nitelemesinin sanık lehine olacak şekilde değişmesi halinde ek savunma hakkının usulen verilmesi gerektiği ancak verilmese de savunma

⁸²⁸ CMK madde 226: “(1) Sanık, suçun hukukî niteliğinin değişmesinden önce haber verilip de savunmasını yapabilecek bir hâlde bulundurulmadıkça, iddianamede kanunî unsurları gösterilen suçun değiştiği kanun hükmünden başkasıyla mahkûm edilemez. (2) Cezanın artırılmasını veya cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektirecek hâller, ilk defa duruşma sırasında ortaya çıktığında aynı hüküm uygulanır. (3) Ek savunma verilmesini gerektiren hâllerde istem üzerine sanığa ek savunmasını hazırlaması için süre verilir”.

⁸²⁹ “Sanık hakkında düzenlenen iddianamede sevk maddesinin 5237 sayılı TCK’nun 141/1. maddesi olarak gösterilmesi karşısında, sanık hakkında uygulanması talep edilmeyen TCK’nun 142/1-b maddesinin sanık aleyhine olacak şekilde uygulanması hâli söz konusu olup, sanığa CMK’nun 226. maddesi uyarınca ek savunma hakkı verilmesi gerekmektedir. Aksi uygulama savunma hakkının sınırlandırılması niteliğindedir” (YCGK, T.20.03.2018, E.2016/571, K.2018/107); “İddianamede sanığın TCK’nın 109/1. maddesi gereğince cezalandırılması talep edildiği halde, 5271 sayılı CMK’nın 226. maddesine aykırı olarak sanığa ek savunma hakkı tanınmadan TCK’nın 109/2. maddesi uyarınca cezalandırılması suretiyle savunma hakkının kısıtlanması” (Yarg. 14.CD, T. 10.03.2016, E. 2014/2890 K. 2016/2379); “Sanığın müşteki ...'e karşı hırsızlık suçundan düzenlenen iddianamede sevk maddesi olarak TCK’nın 143. maddesinin uygulanması talep edilmediği halde, ek savunma hakkı verilmeyerek anılan maddenin uygulanması suretiyle 5271 sayılı CMK’nın 226/3 maddesine aykırı davranılması” (Yarg.13.CD, T. 14.03.2018, E. 2016/13949 K. 2018/3567). Kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 16.12.2018).

⁸³⁰ “5271 sayılı CMK’nın 226. maddesi uyarınca suça sürüklenen çocuklara ve müdafilerine ek savunma hakkı tanınmadan her iki müştekiye yönelik olarak eylemleri nedeniyle iddianamede yer verilmeyen 5237 sayılı TCK’nın 143/1, 116/4 ve 119/1-c. maddelerinin uygulanması suretiyle savunma hakkının kısıtlanması” (Yarg. 13.CD, T.26.01.2016, E.2014/36886, K.2016/1187); “CMUY’nın 258 nci maddesi hükmünden de anlaşılacağı gibi iddianamede gösterilen eylemin hukuki niteliğinin değişmesi yada cezanın artırılmasını gerektiren hallerin ilk defa duruşma sırasında ileri sürülmesi halinde sanık veya müdafie ek savunma hakkı verilmeden sanık iddianamede gösterilen suçun temas ettiği kanun hükmünden başkasıyla cezalandıramayacaktır” (YCGK, T.29.12.1998, E.1998/4-321, K.1998/393). Kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 16.12.2018).

hakkını kısıtlamayacağı ifade edilmiştir⁸³¹. Buna karşın “suçun hukuki niteliğinin değişmesi” halinde, bu durum sanık lehine olsa bile, ek savunma hakkının tanınması gerektiğini aksi halde savunma hakkının kısıtlanacağını savunan görüş de mevcuttur⁸³².

Kanaatimizce, sanığın lehine olan durumlarda bu hakkın tanınmaması usule aykırı olsa da “savunma hakkının kısıtlanması” gerekçesiyle bozma kararına konu olmaz. Çünkü savunma hakkı ihlalinin mutlak bozma nedeni olmasının genel şartlarından biri ihlalin “sanığın aleyhine olması” şartıdır. Nitekim Yargıtay’ın da kararları bu yöndedir⁸³³.

11. Aleyhe Bozmaya Karşı Sanığa Diyeceği Sorulmadan Karar Verilmesi (CMK madde 307)

Yargıtay’ın vermiş olduğu bozma kararından sonra istinaf mahkemesi ilgililerin duruşmaya gelmeleri için davetiye gönderir. Duruşmada bulunan ilgililere bozma kararına karşı diyecekleri sorulur (madde 307/1). Daha sonra mahkeme, uyma kararı veya direnme kararı verebilecektir.

Mahkeme, bozma kararına karşı ilgililerin diyeceklerini öğrenebilmesi için mutlaka davetiye çıkarmalıdır⁸³⁴. Aksi durumda sanık bozma kararına karşı görüşünü beyan edemeyecektir. Bu durum da sanığın savunma hakkını kısıtlayacaktır. Dolayısıyla

⁸³¹ Ünver-Hakeri, s.644; Centel-Zafer, s.770.

⁸³² Parlar-Öztürk, s.137.

⁸³³ “Sanığın adli sicil kaydında gözüken Kadıköy 3. Asliye Ceza Mahkemesi’nin vermiş olduğu, 13.02.2007 tarih, 2007/85 Esas ve 2007/33 Karar sayılı ilam tekerrire esas teşkil ettiği halde sanık hakkında TCK’nın 58/6-7. maddesinin uygulanmaması ve sanık hakkında, TCK’nın 141/1. maddesi uyarınca mahkumiyet kararı verildiği halde, CMK 226. maddesi uyarınca ek savunma hakkı verilmemesi, sanık lehine olduğundan bozma nedeni yapılmamıştır” (Yarg. 17.CD, T. 25.1.2016, E. 2015/8467 K. 2016/827); “5271 sayılı CMK’nun 226. maddesinde öngörüldüğü biçimde suçun hukuki niteliği değişmemiş, sanık hakkında uygulama şartları gerçekleşmediği için, uygulanmayan 5237 sayılı TCK’nun 29. maddesi ile cezanın artırılmasını gerektiren başka bir durum da ilk kez duruşmada ortaya çıkmamıştır. Sanık hakkında düzenlenen iddianamede yanlış ile sanık hakkında uygulanması istenen bir indirim hükmünün sanık aleyhine olacak şekilde uygulanmaması sanığa ek savunma hakkı verilmesini gerektirmeyecektir” (YGCK, T.17.12.2013, E.2012/3-1479, K.2013/611); “Sanık ... lehine olan hukuk kurallarının uygulanması ihtimaline binaen sanığa ek savunma verilmemesi, savunma hakkına bir kısıtlama getirmediğinden, CMK’nın 226/2. maddesi uyarınca ek savunma hakkı verilmeksizin TCK’nun 39. maddesinin uygulanması bozma nedeni yapılmamıştır” (Yarg. 9.CD, T.01.11.2016, E.2015/8875, K.2016/8064). Kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 16.12.2018).

⁸³⁴ Yaşar, Cilt III s.3542; Günay, s.172.

mahkemenin sanığa davetiye çıkarmaması savunma hakkını sınırlandıracağı için mutlak bozma nedeni kabul edilecektir⁸³⁵.

Bozma kararından sonra sanığa davetiye çıkarılması sonucu sanık duruşmada hazır bulunması halinde sanığa bu karara karşı bir beyanı olup olmadığı sorulacaktır. Eğer sanık hazır bulunmazsa bu durumda dava, sanığın beyanı alınmadan yokluğunda bitirilebilir (madde 307/2). Sanık hazır bulunmasına rağmen diyecekleri sorulmaması halinde sanığın savunma hakkı ihlal edilmiş olacaktır⁸³⁶. Ancak sanığın aleyhine bozma kararı verilmesi halinde sanık duruşmada hazır bulunmazsa dava yokluğunda bitirilemez. Mutlaka sanığın dinlenmesi gerekir. Sanığın aleyhine bozma kararı verilmesi halinde,

⁸³⁵ “CMK'nın 307/1-2 maddeleri gereğince sanığa da duruşma gününün bildirilmesi için davetiye çıkartılması gerekirken, buna uyulmayarak sanığın savunma hakkının kısıtlanması” (Yarg. 15.CD, T. 13.1.2016, E. 2015/14370 K. 2016/243); “Dairemizin 15.05.2014 günlü kararı ile bozularak Mahkemesine iade edilmesi üzerine, sanığa duruşma günü tebligatının cezaevinde bulunduğu şerhi verilerek iade edilmesi üzerine Mahkemece, son celsenin yapıldığı günde sanığın cezaevinde bulunmadığının Uyp'tan tespit edildiği belirtilerek bozma ilamına karşı beyanı alınmadan hüküm verildiğinin anlaşılması karşısında; sanığa usulüne uygun olarak duruşma günü bildirilerek, bozmaya karşı diyeceklerinin tespit edilmesinden sonra hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden mahkûmiyet kararı verilmesi suretiyle CMK'nın 307. maddesine aykırı davranılarak savunma hakkının kısıtlanması” (Yarg.13.CD, T.07.06.2016, E.2016/4699, K.2016/10590). Kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 17.12.2018).

⁸³⁶ “Asliye Ceza Mahkemesi'nce verilen 21.09.2005 tarihli beraat kararının o yer Cumhuriyet savcısı tarafından süresi içerisinde temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin 28.09.2009 tarih 2006/7406 esas ve 2009/12414 karar sayılı kararı ile ‘...yüklenen suçun sübut bulduğu gözetilerek mahkûmiyetine karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçe ile beraatine hükmedilmesi’ şeklinde kararın bozulmasına karar verildiği, 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi yollamasıyla 1412 sayılı CMUK'nun 326/1-2 (5271 sayılı CMK'nın 307/1-2) maddeleri uyarınca sanığın bozma ilamına karşı diyecekleri olup olmadığı hususunda dinlenmesi gerektiği, yakalama emri üzerine beyanı alınan sanığa yakalama emri ve eklerinin okunduğunun belirtilmesine karşın yakalama emri ve eklerinde anılan bozma ilamının bulunmadığının anlaşılması karşısında; sanığa bozma ilamı okunup okunmadığı, okunmuş ise bu husus tutanağa geçirilmeden beyanı alınarak hüküm kurulmak suretiyle savunma hakkının kısıtlanması” (Yarg. 22.CD, T. 02.12.2015, E. 2015/7671, K. 2015/8198); “Somut olayda davaya yeniden bakan mahkemece bozma üzerine yapılan yargılamada, Dairemizin 24/01/2014 tarih ve 2013/14444 - 2014/1468 sayılı bozma ilamı, 17/06/2010 tarihli karar ile 1.500 TL adli para cezasına hükmedilen sanığın aleyhine olmasına rağmen, sanığın duruşmaya katılımı sağlanıp bozmaya karşı diyeceklerinin sorulmaması suretiyle savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuracak şekilde, 1412 sayılı CMUK'un 326 ve 5271 sayılı CMK'nın 307. maddelerinin ihlal edilmesi” (Yarg. 12.CD, T.28.09.2017, E.2015/13590, K.2017/6792). Kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 17.12.2018).

duruşmada sanığın hazır bulunmadığı gerekçesiyle bu karara karşı diyeceği sorulmaması halinde savunma hakkı kısıtlanmış olacaktır⁸³⁷.

Sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilmesi gerekirken beraat kararı verilmesi nedeniyle hakkında bozma kararı verilen dosya ilk derece mahkemesinde yeniden görülürken sanığın bozma ilamına karşı diyeceklerinin sorulmaması Yargıtay tarafından savunma hakkının kısıtlanması şeklinde değerlendirilmiştir⁸³⁸. Söz konusu usul, bozma kararı sonrası mahkemenin verdiği direnme kararında da geçerlidir⁸³⁹.

⁸³⁷ “Somut olayda, aleyhe sonuç doğurabilme olasılığı nedeniyle, aleyhine olduğu yönünde kuşku bulunmayan bozma ilamına karşı, sanık . diyecekleri saptanmadan, yokluğunda karar verilmesi suretiyle savunma hakkının kısıtlanması” (Yarg. 1.CD, T.09.06.2016, E.2016/3622, K.2016/3001); “Somut olayda, aleyhe sonuç doğurabilme olasılığı nedeniyle, aleyhine olduğu yönünde kuşku bulunmayan bozma ilamına karşı, sanık . diyecekleri saptanmadan, yokluğunda karar verilmesi suretiyle savunma hakkının kısıtlanması” (Yarg. 1.CD, T.09.06.2016, E.2016/3622, K.2016/3001); “Dairemiz tarafından 27.09.2007 tarihinde sanık aleyhine bozularak mahkemesine gönderilmesinden sonra, 5271 sayılı CMK’nun 307/2. maddesi uyarınca ilgililere bozmaya karşı diyeceklerinin sorulması, bu amaçla sanık ve müdafine davetiye tebliğ olunamaması veya davetiye tebliğ olunmasına rağmen duruşmaya gelmemeleri nedeniyle bozmaya karşı beyanları saptanmamış olsa da duruşmaya devam edilerek davanın yokluklarında bitirilebileceği, ancak sanık hakkında verilecek ceza bozmaya konu olan cezadan daha ağır ise, her halde sanığın dinlenmesi gerektiği gözetilmeden, mahkemece sanık dinlenmeden ve bozmaya karşı diyecekleri sorulmadan mahkûmiyetine karar verilmesi suretiyle savunma hakkının kısıtlanması” (Yarg. 2.CD, T. 07.10.2010, E. 2010/21187 K. 2010/27779). Kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 17.12.2018).

⁸³⁸ Yarg. 12.CD, T.24.04.2018, E.2017/4444, K.2018/4805. Karar için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 16.12.2018).

⁸³⁹ “Kanun hükümleri uyarınca sanığa, bozmada belirtilen ve aleyhinde sonuç doğurabilecek olan hususlarda beyanda bulunma, kendisini savunma ve bu konudaki delillerini sunma imkânı tanınmalıdır. Bu düzenleme, savunma hakkının sınırlanamayacağı ilkesine dayandığından, uyulmasında zorunluluk bulunan emredici kurallardandır. Bu zorunluluk beraat hükmünde direnilmesi halinde de geçerlidir. Zira Ceza Genel Kurulunca yapılacak inceleme sonucunda Özel Dairenin aleyhe bozması isabetli bulunup yerel mahkeme hükmünün bozulması mümkündür. (...)Bu durumda sanıktan aleyhe bozmaya karşı diyeceği sorulmadan beraat hükmünde direnilebileceğinin kabulü savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurabilecektir. Savunma hakkı sanığın vazgeçilmez ve en önemli hakkı olup bu hakkın sınırlanması 1412 sayılı CMUK’nun 308/8. maddesi uyarınca mutlak bozma nedenidir. Nitekim Ceza Genel Kurulunun duraksamasız uygulamaları da ısrar edilen önceki hüküm beraat dahi olsa sanıktan aleyhe bozmaya karşı diyecekleri sorulmadan direnme kararı verilemeyeceği yönündedir”. (YCGK, T. 18.10.2016, E.2015/1111, K.2016/365); “Yerel mahkeme hükmünün Özel Daire tarafından aleyhine bozulması nedeniyle bozmaya karşı sanıkların beyanlarının alınması gerektiği gözetilmeden, yargılamaya devam olunarak yokluklarında direnme kararı verilmesi 1412 sayılı CMUK’nun 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 326/2. maddesine aykırıdır”. (YCGK, T.12.05.2015, E.2014/658, K.2015/153). Kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 16.12.2018).

SONUÇ

İnsan sosyal bir varlık olması sebebiyle toplu halde yaşar. Bir arada yaşamının tabii sonucu olarak zaman içinde insanların birtakım hakları ve yükümlülükleri ortaya çıkmıştır. İnsanın, insan olması sebebiyle sahip olduğu bu haklar anayasalarda gösterilir. Bu hakların ihlalinin yaptırımları ise kural olarak kanunlarla belirlenir. Kişi hakkının ihlali ile bir suç ortaya çıkmışsa bunun müeyyidesi ceza kanunlarında gösterilir.

İşte bir suçun işlenip işlenmediği, işlenmişse kim veya kimler tarafından gerçekleştirildiği ve cezasının ne olacağı konusunda istisnalar dışında CMK'ya göre gerçekleştirilen iddia, savunma ve yargılama niteilğindeki bir dizi faaliyete ceza muhakemesi denir. Ceza muhakemesinin amacı, adil bir yargılama sonucu hukuka uygun delillerle maddi gerçeğe ulaşmaktır.

Tarih boyunca çeşitli dönemlerde savunma hakkı önemli bir kurum haline getirilirken çeşitli dönemlerde geri plana atılmıştır. Devletlerin rejimleri ve politikalarına göre savunma hakkına karşı tutumları değişiklik göstermiştir.

Hukuk üstünlüğünü benimseyen demokratik devletler, ceza yargılamalarında maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını, savunma hakkı ihlal edilmeden gerçekleştirmeye çalışmıştır. Sanık yargılamanın nesnesi olarak değil öznesi olarak kabul edilmiştir. Buna bağlı olarak, sanığın savunma hakkının korunmasına yönelik düzenlemeler getirilmiştir. Söz konusu devletler, mevzuatına sanığın “temel hak ve özgürlüklerini” hangi gerekçeler ve şartlarla sınırlandırılabileceğine ilişkin hükümler koymuştur.

Totaliter devletler ise maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını her şeyden üstün tutmuştur. Bu nedenle sanık, maddi gerçeğin ortaya çıkmasında bir araç olarak kabul edilmiş ve sanıktan herhangi bir şekilde alınacak bilgiler ceza yargılamasında çok önemli görülmüş, ikrar delillerin şahı sayılmıştır. Dolayısıyla demokratik devletlerin aksine sanık, yargılamanın öznesi gibi değil nesnesi olarak kabul edilmiştir. Savunma hakkı sanığa çok sınırlı olarak tanınmıştır. Bu hakların bir kısmı ise sadece mevzuatta yazılı olarak kalmış uygulamaya yeterince geçirilmemiştir. Avrupa'nın karanlık Ortaçağ Dönemi'nde bu anlayış zirveye ulaşmış, ceza yargılamalarında sanıktan işkence yolu ile delil elde etme, olağan bir ceza muhakemesi işlemi sayılmıştır. Yapılan işkence normal hale gelmiştir.

Fransız İhtilali'yle birlikte insana verilen önemin artmasının doğal sonucu olarak insan hakları kavramı da önem kazanmaya başlamıştır. Zamanla sadece ulusal mevzuatta değil; uluslararası sözleşmelerde de savunma hakkını koruyan düzenlemelere yer verilmiştir. Bu çerçevede ceza yargılamasının sağlıklı yürütülebilmesi için çeşitli ceza yargılaması ilkeleri benimsenmeye başlanmıştır. Bunlardan bir kısmının savunma hakkıyla dolaylı bir bağlantısı varken bir kısmı doğrudan savunma hakkının korunmasıyla ilişkilidir.

Hukuk devleti, insan haklarına, adil düzene ve eşitliğe dayanmaktadır. Bu devlet, fertlerin temel hak ve özgürlüklerini göz önünde bulundurarak düzenlemeler yapar ve bu düzenlemelerin günlük hayatta uygulanmasını sağlar. Bu bağlamda hukuk devleti, sanığın savunma hakkını düzenler ve bu düzenlemelerin ceza yargılanmasında korunmasını sağlayarak savunma hakkının ihlal edilmesinin önüne geçer.

Savunma hakkını koruyan ve İHAS'da detaylı bir şekilde düzenlenen ceza yargılaması ilkesi adil yargılanma hakkıdır. Adil yargılanma ilkesiyle, ne sanığın ne mağdurun haklarının kısıtlanmadan yargılamanın gerçekleşmesi sağlanır. Bu doğrultuda adil yargılanma hakkı, sanığın “savunma hakkının” tüm ceza yargılaması evreleri boyunca korunmasını sağlamaktadır. Bu hakların korunması da adil yargılanma hakkının altında düzenlenen çeşitli ilkelerle sağlanmaktadır.

Adil yargılanmanın gerçekleşmesini sağlayan ilk ilke, silahların eşitliğidir. Buna göre ceza yargılamasında suçlayan ile suçlanan mümkün olduğunca eşit koşullarda olmalı, biri diğerine karşı çok dezavantajlı konumda olmamalıdır. Bu sayede suçlayan rahatça isnatta bulunabilirken; sanık ve müdafî de savunma hakkını iyi bir şekilde kullanabilecektir. Zira duruşmada savunma makamının dezavantajlı konumda olması savunmanın etkin bir şekilde yapılmasını engelleyecektir.

Ceza muhakemesinde sanığa, henüz hüküm verilmeden basında yer alan haberlerden, işlenen suçtan, sanığın fiziksel özelliklerinden veya siyasi düşüncesinden etkilenerak “suçlu” düşüncesiyle yargılama yapmak adil bir yargılama yapılmasını engelleyecektir. Bu durum yargılamayı yapan hâkimlerde peşin hüküm oluşturacağı için sanığın yapacağı savunmanın tesiri olmayacaktır. Masumiyet karinesiyle hüküm

verilinceye kadar sanığın masum olduğu kabul edilir. Bu sayede sanığın yapacağı savunma hüküm verilirken dikkate alınır ve ona göre karar verilir.

Ceza muhakemesinde sanığın savunmasını yapabilmesi için ne ile suçlandığını ve hangi haklarının olduğunu bilmesi gerekir. Zira hakkında isnat edilen suçlamaları bilmeden yapılan savunmanın bir anlamı olmayacaktır. Bununla beraber kişinin hangi haklara sahip olduğunu bilmesi halinde savunmasını da hakları doğrultusunda yapabilecektir.

Adil yargılanma ilkesi gereği sanık ceza muhakemesinin öznelerinden biridir. Bu nedenle hakkında yapılan ithamlar kar ısından savunmasını yaparak, delillerin toplanmasını isteyerek veya açıklamalarının dikkate alınmasını isteyerek meramını anlatma imkânı tanınmıştır. Sanığın meramını anlatmasına müsaade edilmemesi durumunda sanık savunma hakkını da kullanamayacaktır.

Sanığa yapılan baskı ve zorlayıcı tavırla sanıktan suçlamalara ilişkin bilgi almak adil yargılamayı dolayısıyla sanığın  zg r iradeyle savunma yapmasını etkileyecektir. Bu nedenle sanığın suçlamalar karşısında susma hakkı ve kendini suçlamaya zorlanamama ilkesi bilhassa önem arz etmektedir. Masumiyet karinesinin sonucu olarak bu hakkı kullanan kişi pe inen suçlu olarak kabul edilemez. Bundan; susarak yani pasif bir şekilde savunma hakkının kullanılabileceği anlaşılmaktadır.

Ceza yargılamasında maddi gerçeğe ulaşabilmek için sanığa insan haysiyetiyle bağdaşmayan kötü muamelede bulunulamaz. Kötü muameleye rıza gösterilmesi de bu şekilde müdahaleyi haklı kılmaz, zira kişinin üzerinde tasarruf edebileceği bir hak söz konusu değildir. Suçunu itiraf ettirmek amacıyla veya başka herhangi bir sebeple sanığa işkence yapılamaz. İnsan haysiyetiyle bağdaşmayan kötü muamele veya işkence altında sanığın savunmasının alınması savunma hakkını zedeleyecektir.

Türk hukukunda CMUK döneminde savunma hakkının yeterince korunduğunu söylemek güçtür. Bu dönemde sanığa işkence veya baskı yapılarak delil elde edilebiliyor veya yargılamada sanığın hakları olması gereken düzeyde tanınmıyordu. Ancak 1992 yılında yapılan önemli değişikliklerle sanığın savunma hakkının korunmasına yönelik önemli adımlar atıldı. Bu düzenlemeler biraz daha genişletilerek CMK'ya da taşınmasıyla ceza muhakemesinde savunma hakkının korunması amaçlanmıştır. CMUK döneminde

her ne kadar savunma hakkı yeterince korunuyor olmasa da savunma hakkının kısıtlanması CMK’da düzenlendiği gibi mutlak bozma nedeni olarak kabul edilmiştir.

Savunma hakkı önemli bir hak olarak görülmesi nedeniyle her iki ceza yargılaması kanununda da bu hakkın sınırlandırılması mutlak bozma nedeni olarak öngörülmüştür. Ancak her savunma hakkına ilişkin ihlal mutlak bozma nedeni olarak kabul edilmemektedir. Savunma hakkının ihlalinin, mutlak bozma nedeni olabilmesi için, hüküm için önemli olan durumlarda sanığın aleyhine, kovuşturma evresinde mahkeme kararıyla gerçekleşmiş olması aranmaktadır.

Şayet belirli şartlara bağlanmazsa, birçok ihlalin savunma hakkıyla doğrudan veya dolaylı ilişkisi kurulabilecek, her usule aykırılık mutlak bozma nedeni olarak kabul edilebilecektir. Bu durumda mahkemelerin iş yoğunluğu önemli derecede artacak ve usul ekonomisi bakımından ciddi sıkıntılar oluşacaktır. Tüm bu sebeplerle, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nda olduğu gibi kanunumuzda da savunma hakkının kısıtlanmasının belirli şartların gerçekleşmesi halinde mutlak bozma nedeni olarak kabul edilmesi isabetlidir.

Savunma hakkının kısıtlanması eski ve yeni kanun döneminde sadece temyiz yolunda mutlak bozma nedeni olarak kabul edilmiştir. Daha sonra, istinaf mahkemelerinin kurulmasıyla birlikte istinaf kanun yolunda da mutlak bozma nedeni olarak düzenlenmiştir. Ancak istinaf mahkemelerinin uygulamada her hukuka aykırılığı savunma hakkının ihlali olarak değerlendirerek mutlak bozma nedeni yapması düzenlemenin uygulanma koşullarıyla bağdaşmadığından, usul ekonomisi açısından problem teşkil etmekteydi. Bu nedenle, istinaf mahkemelerine savunma hakkının kısıtlandığı durumlarda tanınan bu yetki, yapılan düzenlemeyle kaldırılmıştır. Bu değişiklikle savunma hakkının kısıtlandığı durumlar istinaf mahkemesi tarafından görmezden gelinebileceği gibi nispi bozma sebebi de yapılabilecektir. Ancak ast olan yargılamanın doğrudanlık ilkesi çerçevesinde ilk derece mahkemesinde sonuçlandırılmasıdır. Ayrıca istinaf mahkemelerinin yanlış uygulamalardan dolayı, istinaf aşamasında savunma hakkı gibi önemli bir hakkın kısıtlanmasının mutlak bozma nedeni olarak değerlendirilmemesi yerine istinaf mahkemelerinde görev yapan hâkimler için, hangi hallerde savunma hakkının kısıtlanmasının mutlak bozma nedeni kabul edileceğine ilişkin çalışmalar yapılmasının daha uygun olduğu düşüncesindeyiz.

Türk ceza yargılaması uygulamasında savunma hakkının kısıtlandığı durumlar sıklıkla görülmektedir. Savunma hakkının kısıtlandığı durumlardan hangileri mutlak bozma nedeni olarak kabul edilebilir? Sorunun cevabını, bu konuya ilişkin şartların ve Yargıtay'ın vermiş olduğu kararların değerlendirilmesi belirleyecektir. Çalışmamızda, uygulamada savunma hakkının kısıtlanmasına sık sık yol açan ve mutlak bozma nedeni olarak kabul edilen durumlar belirlenmiş ve ele alınmıştır.

Savunma hakkı ulusal ve uluslararası mevzuatlarla korunmaya çalışılsa da sadece yazılı metinler bu hakkın korunması için yeterli olmayacaktır. Bunun için ülkelerin yargı makamları ve toplumların savunma hakkının önemini fark edip bu hakkı özümsemesi gerekmektedir.

Türk Hukuku'nda uygulamaya baktığımızda sıklıkla savunma hakkını ihlal eden kararlar verilmiş olması, savunma hakkının öneminin yeterince kavranmadığını göstermektedir. Bununla birlikte ceza yargılamasına ilişkin kanunlarımız ise savunma hakkının korunması açısından makul seviyeye ulaşmıştır. Ancak darbe girişimi sonrası yaklaşık iki sene boyunca “Olağanüstü Hal” uygulanmış, bu dönemde çıkarılan OHAL KHK'larının bazı hükümlerinin daha sonra kanunlaşması savunma hakkını zedelemiştir. Nitekim bu düzenlemelerin kanunlaşması, CMK'nın savunma hakkı konusunda, sanığın lehine olan yaklaşımı ile de bağdaşmamaktadır.

Ceza yargılamalarında savunma hakkının kısıtlanmasının önüne geçmek amacıyla; “OHAL” sonrası yürürlüğe giren savunma hakkını zedeleyen bazı hükümlerin yeniden düzenlenmesi veya ilga edilmesi yerinde olacaktır. Bununla birlikte sadece mevzuat değişikliği yeterli olmayacak, ayrıca muhakeme aşamasında görev alan hâkim ve savcıların çok daha büyük titizlikle seçilmesi ve göreve seçilenlerin de özenli çalışması bu süreçte önemli rol oynayacaktır.



KAYNAKÇA

Akman, Mehmet, Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması, İstanbul 2004.

Aksoy İpekçioğlu, Pervin, Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu, MÜHFHAD, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Cilt 19, S. 2, İstanbul 2013.

Akşit, M. Cevat, İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları, İstanbul 1975.

Alpkaya, Gökçen, Osmanlı Hukuk Reformu ve Kişi Özgürlükleri (1839-1908), İnsan Hakları Yıllığı, C. 12, 1990.

Alşahin, Mehmet Emin, Müdafinin Dosya İnceleme Yetkisi, LHD, S 40, 2006.

- Ambos, Kai**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılama Hakları- Silahların Eşitliği, Çelişmeli Önsoruşturma ve AİHS m. 6, Çev. **Ünver, Yener**, Adil Yargılanma ve Ceza Hukuku Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi-3, Nurullah Kunter'e Armağan, Ankara 2004.
- Anayurt, Ömer**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı, GÜHFD, C. 12, S. 1-2, 2008.
- Aristoteles**, Atinalıların Devleti, Çev. **Çokona, Arı**, İstanbul 2012.
- Aristoteles**, Politika, 12. Basım, Çev. **Tuncay, Mete**, İstanbul 2010.
- Arsal, Maksudi S.**, Umumi Hukuk Tarihi, 3.Bası, İstanbul 1948.
- Arthur Percival, Will**, A Treatise on the Law of Circumstantial Evidence: Illustrated by Numerous Cases, Philadelphia 1896.
- Artuk, Mehmet Emin- Gökçen, Ahmet- Alşahin, Mehmet Emin- Çakır, Kerim**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2017.
- Artuk, Mehmet Emin- Gökçen, Ahmet**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2018.
- Aslan, Kahan Onur**, İnsan Onuru Kavramı ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması, TBBD, S. 120, 2015.
- Aşkın, Uğur**, Ceza Muhakemesinde İstinaf Kanun Yolu, Ankara 2018.
- Ataç, Asiye Selcen**, İstinaf Kanun Yolunda Savunma Hakkı, BAÜHFD, C. 13, S. 165-166, 2018.
- Atalay, İbrahim Orkun**, Osmanlı Ceza Yargılaması usulü Hukuku Üzerine Bir Deneme, EÜHFD, C. 11, S.3-4, 2007.
- Atar, Fahreddin**, İslam Adliye Teşkilatı Ortaya Çıkışı ve İşleyişi, Ankara 1979.
- Bakım, Sevi**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu, İstanbul 2008.

- Balçı, Murat**, Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri, Ankara 2013.
- Battal, Şener-Erdem, Nursen**, Avukatlık Mesleğinin Türkiye'deki Tarihçesi, ABD, S. 1985/5-6, 1985.
- Bauman, Richard A.**, Political Trials in Ancient Greece, New York 1990.
- Bayılhoğlu, Uğur**, Savunma Hakkının Etkin Kullanımı Bakımından Müdafinin Önemi, ABD, S.2, 2004.
- Beyoğlu, Cem Ümit**, AİHM İçtihatları Işığında Tercümandan Yararlanma Hakkı, TAAD, S.35, 2018.
- Bozdağ, Ahmet**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, Ankara 2014.
- Burdick, William Livesey**, The Principles of Roman Law and their Relation to Modern Law, New York 1938.
- Calhoun, George Miller**, The Growth of Criminal Law in Ancient Greece, 3. Baskı, New Jersey 2008.
- Centel, Nur**, Adil Yargılanma Hakkı ile Silahların Eşitliği Bağlamında Savcılık ve Savunma, Türkiye Barolar Birliği Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyumu, Ankara 2006.
- Centel, Nur**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, İstanbul 1984.
- Centel, Nur**, Ceza Soruşturmasında Müdafinin Rolüne Eleştirel Yaklaşım, İÜHFM, Cilt 72, S.2, s.703, 2014.
- Centel, Nur**, Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığını Güvencelemesi, Ceza Muhakemesin Hukukunda Güncel Sorunlar, **Ed. Centel, Nur**, İstanbul 2015.
- Centel, Nur-Zafer, Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2018.
- Cihan, Erol**, 50. Yılda Ceza Muhakemesi Süjesi Olarak Sanığın Durumu ve Sorgusu, İÜHFM, S. 1984/1-4, 1984.

- Cin, Halil-Akgündüz, Ahmet**, Türk İslam Hukuk Tarihi, 5. Baskı, İstanbul 2011.
- Çayan, Gökhan**, Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2016.
- Çeçen, Anıl**, Savunmanın Çağdaş Anlamı, TBBD, S. 1988/1, 1988.
- Çetin, Beytullah**, Savunma Hakkının Kısıtlanması, Ankara 2018.
- Çınar, Ali Rıza**, Ceza Muhakemesinde İstinaf, Fasikül Hukuk Dergisi, S. 8, 2010.
- Çınar, Ali Rıza**, Ceza Yargılamasında Temyiz Yolu, Ankara 2006.
- Demirbaş, Timur**, Hazırlık Soruşturmasında Savunma, Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999.
- Demirbaş, Timur**, İşkence Suçu, 2. Baskı, Ankara 2016.
- Demirbaş, Timur**, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, 5. Baskı, Ankara 2018.
- Devellioğlu, Ferit**, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, 21. Baskı, Ankara 2004.
- Dıvrak, Yasin-Kılıç, Ahmet Hasan**, Savunma Hakkı, İstanbul 2004.
- Dinç, Güney**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Adil Yargılanma Hakkı, İzmir 2006.
- Doğan, Koray**, Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi, 2. Baskı, Ankara 2018.
- Doğan, Koray**, İspatın İstinaf Kanun Yolu İle Denetimi Olgusal Bir İnceleme, Yargıtay Dergisi, Cilt 44, S. 3, 2018.
- Doğan, Koray**, Ceza Muhakemesinde Hüküm, CHD, Cilt 3, S. 7, 2008.
- Doğru, Osman**, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, İstanbul 2006.

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

Dönmezer, Sulhi, Basın ve Hukuku, 4. Bası, İstanbul 1976.

Dönmezer, Sulhi, Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler, Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998.

Dursun, Gizem, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İşkence Yasağı ve İşkenceyi Etkili Biçimde Soruşturma Yükümlülüğü, Ankara 2018.

Dülger, Murat Volkan, Ceza Muhakemesinde Müdafinin Konumu ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, ABD, S. 2012/4, 2012.

Ekinci, Ekrem Buğra, Tanzimat ve Sonrası Osmanlı Mahkemeleri, İstanbul 2004.

Elisa, Toma, The Principle of Equality of Arms- Part of The Right to A Fair Trial, International Law Review, Cilt 1, Sayı 3, 2011.

Erdem, Mustafa Ruhan-Şentürk, Candide, Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları, Ankara 2018.

Erdemir, Nevzat, Hukuk Devleti ve Savunma Hakkı, TBBD, S. 1988/1, 1988.

Erem, Faruk, Diyalektik Açıdan Ceza Yargılaması Hukuku”, Işın Yayıncılık, 6. Bası, Ankara 1986.

Erem, Faruk, Savunma Hakkının Kökeni, ABD, S. 5, 1984.

Erem, Faruk, Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi, ABD, S. 1990/2, 1990.

Erem, Faruk, Savunma ve Ceza Yargılamasının Temel Kusurları, TBBD, S. 1988/1, 1988.

Erem, Faruk, Susma Hakkı, Yargıtay Dergisi, C.18, S.3, Ankara 1993.

- Eser, Albin**, “Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu”, Çev. **Centel, Nur**, Yargıtay Dergisi, Cilt 16, S.3, 1990.
- Feyzioğlu, Metin**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6/3-a Uyarınca İsnadın Bildirilmesi ve Türk Hukuku, TBBD, S.55, 2004.
- Gemalmaz, Semih**, Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, 2. Baskı, İstanbul 1994.
- Goldberg, Nancy Albert- Hartman, Marshall J.**, “The Public Defender İn America”, “The Defense Counsel”, Editor: **William F., Mcdonald**, California, 1983.
- Gökçen, Ahmet- Çakır, Kerim**, Ceza Muhakemesinde Temyiz İnceleme Mercii Olarak Yargıtay, Temyiz İncelemesinde Hukuki Denetim Ve Hukuki Denetimin Sınırları, Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan, Ankara 2018.
- Gökçen, Ahmet**, 1296 (1879) Tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezayı Kanun-ı Muvakkatı, SÜFHD, C.4, 1994/1-2, 1994.
- Gökçen, Ahmet**, Adliye Teşkilatımızın Tarihi Gelişimi ve 1879 Tarihli Mehakim-i Nizamiyenin Teşkilatı Kanun-i Muvakkatı, Sahir Erman’a Armağan, İstanbul 1997.
- Gökçen, Ahmet**, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul 1989.
- Gökçen, Ahmet-Balcı, Murat- Alşahin, Mehmet Emin- Çakır, Kerim**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2018.
- Gölcüklü, Feyyaz**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde “Adil Yargılanma”, AÜSBF Dergisi, C. 49, S. 1-2, 1994.
- Gössel, Karl Heinz**, Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyizde Maddi Meselenin İncelenmesi Sorunu, Çev. **Yenisey, Feridun**, BAÜHFD, C.12, S.159-160, Ankara 2017.

Gözübüyük, Şeref A., Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 13. Bası, Ankara 1999.

Gözübüyük, Şeref-Gölcüklü, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 9. Bası, Ankara 2011.

Gözübüyük, Şeref-Kili, Suna, Türk Anayasa Metinleri, 2. Bası, Ankara 1982.

Grabewarter, Christoph, European Convention on Human Rights Commentary, Freiburg 2014.

Günay, Erhan, Ceza Hükümünde Mutlak Bozma Nedeni Olarak Sanığın Savunma Hakkının Kısıtlanması, 3. Baskı, Ankara 2016.

Hafızoğulları, Zeki, Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı, ABD, S. 1994/1, 1994.

Harris, David- O'Boyle, Michael- Bates, Ed- Buckley, Carla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Türkçe 1. Baskı, Ankara 2013.

Hatemi, Hüseyin, Hukuk Devleti Öğretisi, İstanbul 1998.

Hendek, Hasan, Makul Sürede Yargılama Zorunluluğu, Ankara 2016.

Ingram, Jefferson, "Criminal Procedure-Theory and Practice", 1 st Ed., New Jersey, 2005.

İçel, Kayıhan-Süheyl, Donay, Ceza Hukuku Genel Kısım, İstanbul 1987.

İlal, Ersan, "Magna Carta", İÜHFM, Cilt 34, S. 1-4, 1969.

İnceoğlu, Sibel, Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4, Ankara 2018.

İtişgen, Rezzan, Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı, İstanbul 2013.

Jacobs, Francis G.-White, Robin C.A.-Ovey, Clare, The European Convention on Human Rights, 5. Baskı, New York 2010.

Kaboğlu, İbrahim, Türkiye’de Hukuk Devletinin Gelişimi, **Haz. Ökçesiz, Hayrettin**, Hukuk Devleti, İstanbul 1998.

Kafes, Veli, Ceza Muhakemesinde Meram Anlatma İlkesinin Sağlanması, CHKD, Cilt 3, S. 2, 2015.

Kan Aydın, Çağrı, Adil Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak “Susma Hakkı”, TBDD, S. 91, 2010.

Karakehya, Hakan- Arabacı, Murat, Ceza Muhakemesinde Müdafinin Önemi, Hukuki Statüsü ve Müdafiliğe İlişkin Problemler, TAAD, S.22, 2015.

Karakehya, Hakan, Ceza Muhakemesinde Sanığın Meramını Anlatabilme Hakkının Unsurları, CHKD, Cilt 3, S. 2, 2015.

Kaşıkkara, M. Serhat, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye, Ankara 2009.

Keskin Serap, Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, İstanbul 1997.

Kılıç, Ali Şahin, Tercümandan Faydalanma Hakkı Çerçevesinde Sanığın Seçtiği Dilde Savunma Yapması Üzerine Bir Değerlendirme, AÜHFD, Cilt 65, S. 3, 2006.

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

Kocaoğlu, Serhat Sinan, Devlet Sistemlerine Göre Savunma Hakkı ve Müdafî, ABD, S. 2010/2, 2010.

Kocaoğlu, Serhat Sinan, Müdafî, 3. Baskı, Ankara 2017.

Kocaoğlu, Serhat Sinan, Tarihsel Perspektifi ile Batı Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafî, ABD, S. 2010/3, 2010.

Kocaoğlu, Serhat Sinan, Tarihsel Perspektifi ile Türk-İslam Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafî, ABD, S. 2010/4, 2010.

Kocaoğlu, Serhat Sinan, Susma Hakkı, ABD, S.2011/1, 2011.

Kunter, Nurullah, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası, İstanbul 1989.

Ladewig, Hans-Meyer, Adil Yargılanma Hakkı- II, Çev. **Hakeri, Hakan**, Adil Yargılanma ve Ceza Hukuku Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi-3, Nurullah Kunter'e Armağan, Ankara 2004.

Meran, Necati, Ceza Yargılamasında İstinaf ve Temyiz, Ankara 2016.

Mısır, Haşim, Mitolojiden Günümüze Savunma, Gaziantep 2012.

Negri, Stefania, The Principle of "Equality of Arms" and the Evolving Law of International Criminal Procedure, International Criminal Law Review, Cilt 5, S.4, 2005.

Nuhoğlu, Ayşe, İşkence Yasağı ve İşkence Suçu, Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999.

Okandan, Recai Galip, 1215 Büyük Hürriyet Fermanı, İÜHFM, Cilt 31, S. 1-4, 1965.

Ortaylı, İlber, Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti'nde Kadılık, İstanbul 2018.

Ökçesiz, Hayrettin, Hukuk Devleti, İstanbul 1998.

Özbek, Veli Özer- Doğan, Koray- Bacaksız, Pınar-Tepe, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2018.

Özbek, Veli Özer- Doğan, Koray- Bacaksız, Pınar- Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2018.

Özbudun, Ergün, Türk Anayasa Hukuku, 16. Bası, Ankara 2016.

Özdemir, Didar, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Susma Hakkı, GÜHFD, S. 2017/2, 2017.

Özdemir, Süleyman Emre, Ceza Muhakemesinde İtiraz Kanun Yolu, Ankara 2018.

Özek, Çetin, Türk Basın Hukuku, İstanbul 1978.

Özgenç, İzzet- Şahin, Cumhuri, İddia ve Savunma Hakkı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 5, S.1-2, 2001.

Özkent, Ali Haydar, Avukatın Kitabı, Ankara 1940.

Öztürk, Bahri- Tezcan, Durmuş-Erdem, Ruhan- Gezer, Özge Sırma- Kırıt, Yasemin F. Saygılar- Özaydın, Özdem-Akcan, Esra Alan-Tütüncü, Efser Erden-Villemin, Derya Altınok- Tok, Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2018.

Öztürk, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması), Ankara 1991.

Pamuk, Gülfem, Türk ve Fransız Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Mağdurun Makam Olarak Yeri, İstanbul 2012.

Parlar, Ali-Öztürk, Mustafa, Ceza Yargılamasında Mutlak Bozma Nedenleri, İstanbul 2018.

Parlar, Ali-Sekmen, Orhan, Ceza Ve Hukuk Muhakemesinde İstinaf ve Temyiz, 2. Baskı, Ankara 2017.

Peters, Anne, Adil Yargılanma (m. 6 f. 1 ve 2), Çev. **Koca, Mahmut**, Adil Yargılanma ve Ceza Hukuku Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi-3, Nurullah Kunter'e Armağan, Ankara 2004.

Sarıgül, Ali Tanju, Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf, 3. Baskı, Ankara 2017.

Schröder, Christian Friedrich- Yenisey, Feridun, Dürüst Yargılanma Hakkı (Fair Trial), İstanbul 1997.

Selçuk, Sami, Temyiz Denetiminin Sınırları Ve Bu Sınırlara Uymamanın Kaçınılamaz Sancılı Sonuçları/Açmazları/Tehlikeleri, MÜHFHAD, Nur Centel'e Armağan, İstanbul 2013.

Selçuk, Sami, Temyiz Yolu Açısından Ceza Yargılama Yasasının Uygulaması, CMUK Sempozyumu, İstanbul 1999.

Şahin, Cumhur, İkrar ve Savunma Hakkı, Ceza Hukuku Reformu, İstanbul, 2001.

Şahin, Cumhur, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara 1994.

Şahin, Cumhur, Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Deliller Ve Değerlendirilmeleri Sorunu, EBYÜHFD, Cilt 1, S. 1, 1997.

Şahin, Cumhur-Göktürk, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku-1, 9. Baskı, Ankara 2018.

Şahin, Cumhur-Göktürk, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku-2, 7. Baskı, Ankara 2018.

Şık, Hüseyin, Suçsuzluk Karinesi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 1, 2012.

Tahiroğlu, Bülent- Erdoğan, Belgin, Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 2005.

Taner, Fahri Gökçen, Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, Ankara 2019.

Taner, Mehmet Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, 2. Bası, İstanbul 1950.

Tanör, Bülent- Yüzbaşıoğlu, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2018.

Tezcan, Durmuş, Tercümandan Yararlanma Hakkı, AÜSBFD, Cilt 52, S.1, 1997.

- Tezcan, Durmuş- Erdem, Mustafa Ruhan- Önok, Rifat Murat**, Ceza Özel Hukuku, 16. Baskı, Ankara 2018, s.284.
- Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Sancakdar, Oğuz-Önok, Mustafa Rifat**, İnsan Hakları El Kitabı, 6. Baskı, Ankara 2016.
- Toroslul, Nevzat-Feyzioğlu, Metin**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 17.baskı, Ankara 2017.
- Tosun, Öztekin**, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, 3.bası, İstanbul 1981.
- Tozman, Önder**, Suçsuzluk Karinesi: Türk Hukukundaki Sonuçları, EÜHFD, C. 11, S. 3-4, 2007.
- Türk Hukuk Lügatı**, 3.Baskı, Ankara 1991.
- Türkoğlu, Halide Gökçe**, Roma Hukukunda Suç ve Ceza, 2. Baskı, Ankara 2017.
- Uluslararası Af Örgütü**, Adil Yargılanma Hakkı, Çev. **Tamer, Fadıl Ahmet- Kaplan, Erol**, İstanbul 2000.
- Ünver, Yener-Hakeri, Hakan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Bası, Ankara 2018.
- Üzülmez, İlhan**, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, Ankara 2003.
- Üzülmez, İlhan**, Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları, TBBD, S. 58, 2005.
- Vitkauskas, Dovydas- Dikov, Grigoriy**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması Uygulamacılar İçin El Kitabı, Çev. **Cengiz, Serkan**, 2. Baskı, Ankara 2018.
- Weigend, Thomas**, Ceza Muhakemesi Gerçeği mi Arıyor? Bir Alman Perpektifi, Çev. **Bozbayındır, Ali Emrah**, Ceza Hukuk Dergisi, S.2, 2006.
- Yarsuvat, Duygun**, Kitle İletişim Araçlarının Ceza Adaletine Etkisi, Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998.

- Yaşar, Osman**, Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, 8. Baskı, Ankara 2018.
- Yenidünya, Caner- İçer, Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2016.
- Yenidünya, Caner-Alşahin, Mehmet Emin**, Bireyin Şerefine Karşı Suçlar, TBBD, S. 68, 2007.
- Yenisey, Feridun**, Ceza Muhakemesi Kanununda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu, İstanbul 1979.
- Yenisey, Feridun-Nuhoğlu, Ayşe**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2018.
- Yenisey, Feridun-Oktar, Salih**, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (Strafprozeßordnung), 2. Bası, İstanbul 2015.
- Yılmaz, Ejder**, Bir Meslek Olarak Düünden Yarına Doğru Avukatlık, AHFD, Cilt 44, S.1, 1995.
- Yurtcan, Erdener**, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, 8. Baskı, Ankara 2017.
- Yurtcan, Erdener**, Ceza Yargılaması Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2018.
- Yurtcan, Erdener**, Yargıtay Kararları Işığında Son Sözün Sanığa Verilmesi, Yargıtay Dergisi, Cilt 20, Sayı 4, 1994.
- Yüce, Turhan Tufan**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları, Erzurum 1968.
- Yüce, Turhan Tufan**, Sanığın Savunması ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Ümanist İlkeleri, TBBD, S. 1988/1, 1988.
- Yüce, Turhan Tufan**, Türk-Alman Ceza Muhakemesinde Hukukun Kanun Yolları, Ankara 1967.
- Yüzer, Dilara**, Basın Yoluyla Adli Haberlerin Verilişi ve Suçsuzluk Karinesi, DEÜHFD, Cilt 15, Özel Sayı, 2013.

Zafer, Hamide, Savunma Hakkı ve Sınırları, MÜHFHAD, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Cilt 19, S. 2, 2013.

Yararlanılan Elektronik Kaynaklar

www.kazanci.com.tr

<https://hudoc.echr.coe.int>

www.lexpera.com.tr

www.legalbank.com.tr

<http://www.anayasa.gov.tr>

www.hukukmedeniyeti.org

<http://www.resmigazete.gov.tr>

Akyol, Taha, Yargı Tarihinde İki Yargıç, <http://www.hurriyet.com.tr/yargi-tarihinde-iki-yargic-22906010>.

Şen, Ersan, Sanığın Yokluğunda Duruşma ve Hüküm, <http://www.hukukihaber.net/sanigin-yoklugunda-durusma-ve-hukum-makale,5688.html>.

Şen, Ersan, Ana dilde savunma, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/943837-ana-dilde-savunma>.

Turhan, Oğuz, “Anadilde Savunma” Tartışması Çerçevesinde Tercümandan Yararlanma Hakkı Ve Mahkemelerde Kullanılan Dil, https://www.tasav.org/media/k2/attachments/shy_analiz_3_savunma_hakki_turhan_son_1.pdf, (Erişim Tarihi: 13.12.2018).

TBMM, 365 Sıra Sayılı Komisyon Raporu, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss365.pdf> (Erişim Tarihi:13.12.2018).

Türkiye Büyük Millet Meclisi, Sıra S. 438,

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss438.pdf>, (Erişim

Tarihi:08.12.2018).

