

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

SAVUNMA HAKKININ KISITLANMASI

SONGÜL MURAT

164234001001

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Danışman

YRD. DOÇ. DR. MEHMET ONURSAL CİN

KONYA-2018



T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Bilimsel Etik Sayfası

Öğrencinin

Adı Soyadı Songül MURAT

Numarası 164234001001

Ana Bilim / Bilim Dalı Kamu Hukuku/Kamu Hukuku

Programı Tezli Yüksek Lisans ☒ Doktora ☐

Tezin Adı Savunma Hakkının Kısıtlanması

Bu tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadarki bütün süreçlerde bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini, tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel kurallara uygun olarak atıf yapıldığını bildiririm.

Öğrencinin imzası



T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Yüksek Lisans Tezi Kabul Formu

Öğrencinin

Adı Soyadı	Songül MURAT		
Numarası	164234001001		
Ana Bilim / Bilim Dalı	Kamu Hukuku/Kamu Hukuku		
Programı	Tezli Yüksek Lisans ☒	Doktora	☐
Tez Danışmanı	Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Onursal CİN		
Tezin Adı	Savunma Hakkının Kısıtlanması		

Yukarıda adı geçen öğrenci tarafından hazırlanan Savunma Hakkının Kısıtlanması başlıklı bu çalışma 27/09/2018 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği/oyçokluğu ile başarılı bulunarak, jürimiz tarafından yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Ünvanı, Adı Soyadı	Danışman ve Üyeler
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Onursal CİN	Danışman Üye
Prof. Dr. Berrin AKBULUT	Üye
Dr. Öğr. Üyesi Murat AKSAN	Üye

İmza

[Handwritten signatures]



T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Öğrencinin

Adı Soyadı: Songül MURAT

Numarası: 164234001001

Ana Bilim / Bilim Dalı: Kamu Hukuku/Kamu Hukuku

Programı: Tezli Yüksek Lisans ☒ Doktora ☐

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Mehmet Onursal CİN

Tezin Adı: Savunma Hakkının Kısıtlanması

ÖZET

Savunma hakkı, ceza muhakemesi hukukunda temel amaçlardan olan maddi gerçeğe ulaşma noktasında büyük öneme sahip bir haktır. Bu hakkın layığı ile kullanılabilmesi için yalnızca soyut ve genel bir şekilde anayasal ve yasal düzenlemelerde yer verilmesi yeterli olmayıp, uygulama noktasında da uygulamacılara gerekli bilincin verilmiş olması gerekmektedir.

Savunma hakkı, adil yargılanma hakkı ve temel insan hakları ile de sıkı ilişki içerisinde bulunmaktadır. Buna ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve birçok yine uluslararası sözleşmede düzenlemelere yer verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi savunma hakkını adil yargılanma hakkının unsurları arasında düzenlerken, Türk ceza yargılaması ise savunma hakkının ihlalini kesin hukuka aykırılık olarak düzenlemiştir. Bu sayede hukuk devleti ilkesini gerçekleştirmeyi amaç edinmiştir.

Bu çalışmamız ile savunma hakkının tanımı, önemi, ulusal mevzuatta ve uluslararası sözleşmelerdeki yeri, savunma hakkının kısıtlanmasına yol açan düzenleme ve uygulamalara yer verilerek savunma hakkının kısıtlanması ayrıntılı bir şekilde ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Savunma Hakkı, Savunma Hakkının Kısıtlanması, Adil Yargılanma Hakkı.



T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Öğrencinin

Adı Soyadı:	Songül MURAT
Numarası:	164234001001
Ana Bilim / Bilim Dalı:	Kamu Hukuku/Kamu Hukuku
Programı:	Tezli Yüksek Lisans ☒ Doktora ☐
Tez Danışmanı:	Yrd. Doç. Dr. Mehmet Onursal CİN
Tezin İngilizce Adı:	Restricting The Right of Defense

SUMMARY

The right to defense is a right with great precaution at the point of achieving the material truth which is the main objective in criminal procedure law. In order to be able to use this right appropriately, it is not enough to include only abstract and general constitutional and legal regulations, and it is necessary to give necessary consciousness to the application at the application point.

The right to defense is also closely linked to the right to a fair trial and basic human rights. The European Convention on Human Rights and many other international conventions have been included in this respect.

While the European Convention on Human Rights has regulated the right to defense as one of the elements of the right to a fair trial, the Turkish criminal proceedings have contravened the violation of the right to defense as absolute. In this respect, the aim of the rule of law was to achieve the principle.

This study deals with the definition of the right to defense, the importance, the place in national legislation and in international agreements, and the restriction of the right to defense by including regulations and practices which lead to restrictions on the right to defense.

Key Words: Defense Law, Restriction of Right to Defense, Fair Trial.

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ.....	1
BİRİNCİ BÖLÜM	3
CEZA MUHAKEMESİNDE SAVUNMA HAKKI	3
I)SAVUNMA HAKKI KAVRAMI	3
A) Savunma Hakkının Tanımı.....	3
B)Savunma Hakkının Önemi.....	6
C)Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi	8
1) Eski Yunan’da Savunma Hakkı.....	10
2) Roma Hukuku’nda Savunma Hakkı.....	11
3) Ortaçağ ve Yeniçağ Avrupa Hukuku’nda Savunma Hakkı.....	12
4) İslam Hukukunda Savunma Hakkı.....	16
D) HUKUK DEVLETİ İLKESİ İLE SAVUNMA HAKKI KAVRAMI ARASINDAKİ İLİŞKİ	17
II) SAVUNMA HAKKININ İNSAN HAKLARI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ İLE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA SAVUNMA HAKKI	19
A)GENEL OLARAK.....	19
B)TEMEL İNSAN HAKKI OLARAK SAVUNMA HAKKI.....	22
C)AİHS KAPSAMINDA ADİL YARGILANMA VE SAVUNMA HAKKI	25
1)Kanunla Kurulmuş, Bağımsız ve Tarafsız Mahkemede Yargılanma Hakkı	27
2) Makul Sürede Yargılanma Hakkı	30
3)Yargılamanın Aleni ve Duruşmalı Olması	33
4)Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkı	34
D) AİHM KARARLARINDA SAVUNMA HAKKI	36
1)Genel Olarak	36
2)Kendisine Yöneltilen Suçlamanın Niteliği ve Nedeninden En Kısa Zamanda, Anladığı Bir Dilde ve Ayrıntılı Olarak Haberdar Edilme Hakkı.....	39
3)Savunmanın Hazırlanması İçin Gereken Zaman ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı	41
a) Savunma İçin Yeterli Zaman ve Kolaylığın Sağlanması	41
b)Soruşturma Dosyasına Erişim Hakkı	43
c) Sanığın Kovuşturma Aşamasında Dava Dosyasına Erişme Hakkı.....	45
4)Sanığın Kendi Kendini Savunması veya Bir Avukatın Yardımından Yararlanma Hakkı.....	45
1) Sanığın Kendi Kendini Savunma Hakkı.....	45
2) Sanığın Seçeceği Avukat Aracılığıyla Kendisini Savunma Hakkı.....	47
a) Avukatın Sanıkla Görüşmesi ve Yazışması	48
b)Avukat Bürolarının Aranması	49
c) Sanık Avukatının Savunma Sebebiyle Yargılanması	50
d)Devlet Tarafından Görevlendirilmiş Bir Avukatın Yardımından Faydalanma Hakkı	51
5)Susma Hakkı ve Aleyhine Delil Vermeye Zorlama Yasağı	54
6)Tanıkları Sorguya Çekme ve Çektirme Hakkı	56
7)Sanığın Ücretsiz Tercümandan Yararlanma Hakkı.....	58

İKİNCİ BÖLÜM	62
TÜRK CEZA MUHALEMESİNDE SAVUNMA MAKAMI, SAVUNMA HAKKI VE İHLALLERİ.....	62
I)TÜRK HUKUKUNDA SAVUNMA MAKAMI VE SAVUNMA HAKKI.....	62
<i>A)Genel Olarak</i>	<i>62</i>
<i>B)Sanığın Kendisini Bizzat Savunması.....</i>	<i>63</i>
<i>C)Sanığın Müdafî Tarafından Savunulması</i>	<i>64</i>
1) Müdafî Yetkileri	70
a) Şüpheli/Sanık ile Görüşme ve Yazışma Yetkisi.....	71
b) Dosya İnceleme ve Belgelerden Örnek Alma Yetkisi	76
c)Yargılama İşlemlerinde Hazır Bulunma Yetkisi	78
d) Soru Sorma Yetkisi	80
e) Kanun Yollarına Başvurma Yetkisi	82
<i>D) Savunma Dokunulmazlığı (Adli Muafiyet)</i>	<i>83</i>
1)Savunma Dokunulmazlığının Esası.....	83
2)Savunma Dokunulmazlığının Hukuki Niteliği	84
a)Hukuka Uygunluk Nedeni Olduğu Düşüncesi.....	85
b) Cezalandırma Şartı Olduğu Düşüncesi	85
c)Sadece Ceza Hukukuna Aykırılığı Ortadan Kaldırdığı Düşüncesi.....	85
3) Savunma Dokunulmazlığının Sınırları	86
a) Taraf ile Sınırlılık.....	86
b)Konu ile Sınırlılık	86
c) Vasıta ile Sınırlılık	86
d) Fiil ile Sınırlılık	87
4)Savunma Dokunulmazlığının Sınırlarının Aşılması	87
II)TÜRK HUKUKUNDA SAVUNMA HAKKI İHLALLERİ	87
<i>A)Genel Olarak</i>	<i>87</i>
<i>B)Müdafî Yardımından Yararlanma Hakkının İhlali (CMK md.149, 150)</i>	<i>88</i>
1) Sanığa/Şüpheliye Müdafî Seçme Olanlığının Tanınmaması (CMK md.149)	90
2) Zorunlu Müdafî Gereken Hallerde Müdafî Görevlendirilmemesi (CMK md.150)	91
<i>C) Müdafînin Dosya İnceleme Hakkının İhlali (CMK md. 153)</i>	<i>92</i>
<i>D)Savunmayı Hazırlamak İçin Gereken Zaman ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkının İhlali.....</i>	<i>98</i>
<i>E)Duruşmada Bulunma Hakkının İhlali.....</i>	<i>101</i>
1) Sanığa Yapılan Tebliğat ile İlgili Kurallara Uyulmamış Olunması (CMK md.176, 190/2)	101
2) Sanığın Duruşmalardan Vareste Tutulması (CMK md.196)	104
<i>F) Soru Sorma Hakkının İhlali (CMK md.181, 201).....</i>	<i>106</i>
<i>G) Susma Hakkı ve Diğer Haklarını Öğrenme Hakkının İhlali</i>	<i>110</i>
<i>H) Sanığa Ek Savunma Hakkının Tanınmaması (CMK md. 226).....</i>	<i>113</i>

III)TÜRK HUKUKUNDA KANUN YOLLARI DENETİMİ NETİCESİNDE SAVUNMA HAKKININ İHLAL

EDİLDİĞİNE DAİR VERİLEN KARARLAR	116
A) KANUN YOLLARININ TANIMI VE ÖZELLİKLERİ	116
B)OLAĞAN YASA YOLLARINA BAŞVURMA ŞARTLARI	120
1)Kanuni Bir Düzenlemenin Olması	120
2)Başvuru	120
3)Süre	121
4)İstinaf/ Temyiz Sebebinin Bulunması.....	122
C)SAVUNMA HAKKININ KISITLANMASININ BOZMA SEBEBİ YAPILABİLMESİ İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR	123
1)Kısıtlama Hükme Etkili Olmalı	124
2)Kısıtlama Sanık Aleyhine Olmalı.....	124
3)Kısıtlama Mahkeme Kararı ile Gerçekleştirilmiş Olmalı	124
4)Savunma Hakkının Kısıtlanması Kovuşturma Aşamasında Gerçekleşmiş Olmalı	125
5) Savunma Hakkının Kısıtlanması Temyiz Talebinde Belirtilmese Bile Re’sen Dikkate Alınır	125
SONUÇ.....	126
KAYNAKÇA	129

KISALTMALAR CETVELİ

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
agm	: Adı Geçen Makale
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜ	: Ankara Üniversitesi
AÜEHFD	:Atatürk Üniversitesi Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	:Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
ANY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B.	: Basım
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
Çev.	: Çeviren
Der.	:Derleyen
DEÜ	: Dokuz Eylül Üniversitesi
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas

EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	: Fıkra
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
md.	: Madde
Mah.	: Mahkemesi
MSHS	: Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi
No	: Numara
OHAL	: Olağanüstü Hal
Örn	:Örneğin
Prgf	:Paragraf
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SEGBİS	:Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

TMK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
vb.	: Ve Benzeri
vd.	: Ve Devamı
yy.	: Yüzyıl
Y.	: Yargıtay
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu



GİRİŞ

İnsan sosyal bir varlıktır. Bu sebeple birlikte yani toplum halinde yaşamak zorundadır. Toplum halinde yaşayan insanlar arasındaki ilişkileri düzenleyen, sosyal hayatın huzur, barış ve güvenlik içinde olmasını sağlayan, herkesin kendisini uymakla yükümlü sayacağı birtakım sosyal davranış kuralları vardır. Bu sosyal davranış kuralları içerisinde ahlak ve din kuralları da bulunmakla beraber, ahlak ve din kurallarının müeyyidelerinin daha çok manevi nitelik taşıması ve kuralların ihlali halinde yaptırımlarının caydırıcı nitelikte olmaması sebebiyle zaman içerisinde insanlar hukuk kurallarını oluşturma ihtiyacı duymuşlardır. Hukuk kuralları herkesi bağlayıcı, toplumsal düzeninin ve adaletin tesisinde ahlak ve din kurallarına göre daha etkili, manevi değil maddi müeyyideler öngören kurallardır.¹

Hukuk kuralları da zaman içerisinde toplumların ekonomik ve sosyal şartlarına göre değişiklikler göstermiştir. Hukuk kuralları arasında ceza hukuku, toplumsal düzenin sağlanmasında büyük bir öneme sahiptir. Ceza hukuku, hangi fiillerin suç teşkil ettiğini düzenleyen, suç olarak belirlenen fiilleri gerçekleştirenlere nasıl müeyyidelerin uygulanacağını belirleyen, toplum halinde yaşayan insanların can ve mal güvenliğini, onur ve şerefini koruyan kuralları içeren hukuk dalıdır.²

Maddi ceza hukukunun öngördüğü kuralların ihlal edildiğine ilişkin iddiaların doğruluğunun araştırıldığı esnada yapılan işlemleri düzenleyen hukuk dalı ise, ceza muhakemesi hukukudur. Bu hukuk dalında, suç işlediği iddia edilen kişinin gerçekten suç işleyip işlemediği işlemiş ise, hangi şartlar altında işlediği araştırılmaktadır.³

Ceza muhakemesi, suç işlendiği iddiası ile başlamaktadır. Bu iddia, Cumhuriyet savcısının düzenlemiş olduğu iddianamenin anlatımında belirtilen suçtur. Bu iddiaya karşı suç işlediği iddia edilen kişi de savunma yapacaktır. İddia tez, savunma antitez teşkil edecektir. Yargılamayı yapan mahkemede kendisine suç

¹ AKINTÜRK, Turgut/AKİPEK, Jale G., **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, Yenilenmiş 12. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2015, s.18.

² AKINTÜRK\ AKİPEK, ss.18-19.

³ KUNTER, Nurullah, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 8.Baskı, Kazancı Yayınları, 1986, ss.11-13.

isnat edilen kişinin gerçekten fail olup olmadığını gerçekten fail ise, hangi şartlar altında eylemi gerçekleştirdiğinin tespitini usul kanununda öngörülen kurallar çerçevesinde yapacağı yargılama sonucunda ulaşacağı sentez yani hüküm ile tespit edecektir.

Ceza muhakemesi, suç işlendiği yönünde oluşan şüpheyile yani soruşturma evresi ile başlayıp, kovuşturma evresi ile devam eden, hüküm ile sona eren bir süreçtir. Bu süreçte kendisine suç isnat edilen kişi, kendisine yüklenen suçu işlemediğini ya da işlediği fiilin hukuka uygun olduğunu veyahut iddia edilenden daha az ceza gerektiren bir eylem gerçekleştirdiğini ileri sürmesi şeklinde savunma hakkını kullanmaktadır. Savunma faaliyeti yargılanan sanığın lehine olan, sanığı fiilen ve hukuken koruyan bir faaliyettir.⁴

Ceza yargılaması hukuku, tarihsel süreç içerisinde, toplumların sosyal, ekonomik, siyasi, ideolojik anlayışlarına göre değişiklikler göstermiştir. Ceza yargılamasının ilk zamanlar işkence dâhil olmak üzere farklı metodlar uygulamak suretiyle, her ne pahasına olursa olsun gerçeğe ulaşma amacı var iken, zamanla insan hakları ve hukuk devletine dair ortaya çıkan gelişmeler karşısında işkence ve hukuka uygun olmayan benzeri usuller ile ifade alma yöntemleri yasaklanmış ve suç şüphesi altında bulunan kişiye kendisini savunma hakkı tanınmıştır. İnsan onuru üstün tutularak gerek ulusal gerekse de uluslararası hukuk düzenlemeleri ile savunma hakkı koruma altına alınmıştır.

Biz, bu çalışmamız ile maddi gerçeğe ulaşma noktasında büyük önem taşıyan savunma hakkının tanımını, şüphelinin ve sanığın savunma hakkı kapsamında sahip olduğu haklarını ve savunma hakkının diğer haklar ile ilintisini, hangi hallerde savunma hakkının kısıtlanmış olacağını, ulusal ve uluslararası mevzuatta savunma hakkına ilişkin düzenlemeleri ve savunma hakkının kısıtlanmasına sebebiyet veren hallere ilişkin ulusal ve uluslararası mahkeme kararlarını değerlendirmek suretiyle savunma hakkını, kısıtlanmasını, sonuçlarını ve OHAL KHK'larının getirdiği yeni düzenlemelerin savunma hakkına olan etkisini anlatmaya çalışacağız.

⁴ BAŞAL CENTEL, Nur, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1984, s.2.

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZA MUHAKEMESİNDE SAVUNMA HAKKI

I)SAVUNMA HAKKI KAVRAMI

A) Savunma Hakkının Tanımı

Toplumsal düzeni ve huzuru bozan, suç olarak düzenlenmiş eylemlerde bulunan kişilerin devlet tarafından yasal düzenlemeler ile önceden belirlenmiş müeyyideler ile karşılaşmaları kaçınılmaz olmaktadır.⁵

Müeyyideler ile toplumsal düzeni tesis etme amacı içerisinde olan ceza hukukunun yeteri kadar açık, toplumun güncel ihtiyaçlarına cevap verecek bir özelliğe sahip olması gerekir. Bu sayede kişiler gerçekleştirdikleri bir eylem karşısında nasıl bir tepki ile karşılaşacaklarını bilirler ve bu sayede düzen içerisinde güçlünün güçsüzü ezmesi, ihkakı hak gibi durumların da önüne geçirilmiş olur.⁶

Adalet düşüncesinin gerçekleşmesinin yolu savunma hakkının faal bir şekilde kullanılmasından geçmektedir. Bu sebeple savunma yargılamanın özüne yerleştirilmeli ve bütün muhakeme buna göre şekillenmelidir. Muhakemenin asli amacı maddi gerçeğe ulaşmaktır. Maddi gerçeğe ulaşmayı sağlayacak en önemli etken de savunmanın kendisidir. Kamu adına iddiada bulunan Cumhuriyet savcısına ve davanın diğer taraflarına karşı şüpheliye\sanığa savunma hakkının tanınması devletin cezalandırma yetkisini doğru ve yerinde kullanılması noktasında son derece önem arz etmektedir.⁷

Şüphelinin\sanığın sahip olduğu temel hak niteliğini haiz haklardan bir tanesi de savunma hakkıdır. Savunma hakkının özünde irade özgürlüğü yatmaktadır. Bu kapsamda şüpheli\sanık savunma hakkını kullanırken gerekli araçları özgür iradesi

⁵ TOPÇUOĞLU, Hamide, **Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, Işın Yayıncılık,1984, s.67.

⁶ ARAL, Vecdi, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, 1975, s.16 vd.

⁷ ERDEMİR, Nevzat, **Hukuk Devleti ve Savunma Hakkı**, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1988-19881-1085>, (Erişim Tarihi: 27/07/2018), s.86.

ile belirleyebilmelidir. Şüpheli\sanık kendisine isnat edilen suç karşısında susmak suretiyle de savunma hakkını kullanabilir.⁸

Savunma hakkının, dar ve geniş anlamda savunma, maddi ve hukuki savunma, bireysel ve kolektif (kamusal) savunma, aktif ve pasif savunma şeklinde tasnif edilerek tanımlanması da mümkündür.

Dar anlamda savunma, suç isnat edilen kişinin, yetkili makamlar huzurunda, isnat edilen suçu işlemediğini, isnat edilen eylemin hukuka aykırı olmadığını veya bazı yasal sebepler dolayısıyla cezalandırılmaması gerektiğini, isnat edilen suçun değil, başka bir suçun kapsamına giren bir eylem gerçekleştirdiğini, bu sebeple de cezasının daha az olması gerektiğini ileri sürebilmesidir. Örnek vermek gerekirse, şüpheli veya sanığın, eylemi gerçekleştirdiği esnada hukuka uygunluk sebebi olan TCK md.25'te düzenlenen meşru müdafaa halinin söz konusu olduğunu bu sebeple ceza verilemeyeceğini veyahut kendisine isnat edilen hırsızlık suçu açısından TCK md.167'de düzenlenen şahsi cezasızlık sebebinin bulunduğunu, örn; annesine ait olan bir malı aldığını ileri sürmesi veya tahrik altında eylemi gerçekleştirdiğini bu sebeple cezasında indirim yapılması gerektiğini ileri sürmesi şeklinde olabilir.⁹

Geniş anlamda savunma, suç isnadı ile karşı karşıya kalan şüphelinin ve sanığın hakkında yapılan işlemlere ve eylemlere itiraz edebilme, dilekçe verme, açıklamada bulunma, sorular sorma şeklinde gerçekleştirilen savunma şeklidir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na baktığımızda pek çok düzenlemenin, şüpheli ve sanığın geniş anlamda savunması ile alakalı olduğu görülecektir. Şüpheli ve sanığın sahip olduğu hakların büyük çoğunluğu geniş anlamda savunma hakkı başlığı altında toplanabilir. Bu sebeple savunma hakkı, şüpheli ve sanığın birçok hakkını içeren temel bir haktır. Örneğin; olağan yani bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı, işkence yasağı¹⁰

⁸ ZAFER, Hamide, "Savunma Hakkı ve Sınırları", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C:19, S:2, 2013, s.508.

⁹ ZAFER, s.509.

¹⁰ KUNTER, Nurullah \YENİSEY, Feridun, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Birinci Kitap, 12.Bası, İstanbul, 2002, s.248.

Maddi savunma (fiili savunma), maddi olaya ilişkin savunmadır. Yani; şüpheli veya sanığa isnat edilen eylemin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine ilişkin savunmadır. Eylemin hukuk kurallarındaki izdüşümüne ilişkin savunma ise, hukuki savunmadır.

Bireysel savunma, şüpheli ve sanığın kendisini bizzat savunmasıdır. Kolektif savunma ise, suç isnadı altındaki kişinin müdafî aracılığıyla savunulmasıdır.

Aktif savunma, şüpheli veya sanığın kendisini faal bir şekilde savunmasıdır. Kendisine isnat edilen suç ile ilgili açıklamada bulunmasıdır. Pasif savunma ise, şüpheli veya sanığın susma hakkını kullanmasıdır. Kendisine isnat edilen suç ile ilgili açıklamada bulunmama hakkını kullanmasıdır. Bu durum suçu ikrar ettiği anlamına gelmeyecektir. Çünkü susma hakkının esasında sanığın kendi kendini suçlamaya ve kendisi aleyhine aktif olarak muhakemeye katılmaya zorlanamaması (nemo-tenetur se ipsum accusare) yer almaktadır. Sanığın susma hakkı, aktif olarak yargılamaya katılma hakkı kadar mühim bir haktır. Bu hak, yalnızca sanığa isnat edilen eylemle sınırlı olmayıp bütün muhakeme işlemleriyle alakalıdır.¹¹

Savunma hakkı, yargılama makamları huzurunda suçlamadan kurtulma maksadıyla kullanılan ifade ve düşünce özgürlüğüdür.¹²

Yukarıda yapılan açıklamalar karşısında savunma hakkı, isnat edilen suçun işlenmediği veyahut iddianamede iddia edildiği şekilde işlenmediği, failin cezalandırılmaması ya da az ceza alması gerektiğinin ileri sürülmesi olarak anlaşıldığında gerçek anlamda maddi ve hukuki savunmayı ve aynı zamanda delillerin tartışılması başlığı altında CMK md.216'da düzenlenen hükümden önce son söz hazır bulunan sanığa şeklindeki düzenleme ile Cumhuriyet savcısının mahkûmiyet talep eden esas hakkındaki mütalaasına karşılık gelen muhakeme işlemi olarak anlamak mümkündür.

¹¹ ZAFER, s.511.

¹² ESER, Albin (Çev.N.Centel), "Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu", YD, 1990, S.3, 326.

Maddi savunma, olaya ilişkin olduğu için yalnızca sanık tarafından yapılması mümkündür. Müdafinin maddi savunma yapması mümkün değildir. Müdafî yalnızca hukuki açısından sanığa yardım edebileceği için hukuki savunmada bulunabilir.

Maddi savunmayı yalnızca sanık yapabildiği için maddi savunma bireyseldir. Hukuki savunma ise, müdafinin yardımından yararlanmayan hukuki bilgisi olan sanık tarafından da yapılabileceği için bireysel olabileceği gibi kolektifte olabilir. Diğer bir deyişle sanık, teorik olarak maddi savunmanın yanı sıra hukuki savunma da yapabilir. Ancak, müdafî sadece hukuki savunma yapabilir. Maddi ceza hukuku kurallarını değerlendirerek taleplerde bulunur. Hukuki savunmanın yapılabilmesi, belirli bir bilgi birikimini gerektirir. Kolektif savunma ile bireysel savunmanın birlikte yapılması mümkündür. Bireysel savunma makamı sanık tarafından, kolektif savunma makamı ise, müdafî tarafından işgal edilmiş olur.¹³

Ceza yargılamasında müdafinin sanığı savunması, sanığın bireysel savunmasının yerini almaz. Çünkü müdafî sanığın yerine geçmez yalnızca sanığa savunma konusunda yardımcı olur. Sanık hazır bulunmadığında veya bulunup da bireysel savunma hakkını kullanmadığında müdafinin temsil fonksiyonundan söz edilebilir. Sanığın bulunmadığı hallerde müdafinin hazır bulunması veya muhakeme işlemlerini sanık yerine yapması teknik anlamda bir temsil değildir. Bu sebeple ceza yargılamasında sanıkla müdafî arasındaki hukuki ilişkiyi her zaman temsil ilişkisi ile izah etmek mümkün değildir.¹⁴

B)Savunma Hakkının Önemi

Hukuk devleti, kişilere hukuki güvence sağlayan, temel hak ve özgürlükleri garanti altına alan devlettir. 1982 Anayasası 36. maddeyle yapmış olduğu düzenleme vasıtasıyla savunma hakkını temel haklar arasına almıştır. Anayasa'nın 36. maddesi Herkesin, yasal araçlardan yararlanmak suretiyle yargı mercileri huzurunda davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunabileceğini düzenlemiştir.

¹³ ZAFER, s.510.

¹⁴ ZAFER, ss.511-514.

Haklar ve hürriyetler kullanıldığı zaman bir anlam ifade eder ve değer kazanır. Hakların ve hürriyetlerin hayata geçirilmesi, savunma hakkının ve hak arama özgürlüğünün gereği gibi kullanılmasına bağlıdır. Bu sebeple savunma hakkı, yaşama hakkı kadar önem arz eden önemli bir haktır. Çünkü hak arama özgürlüğü ve savunma hakkı olmadan şahısların özgür ve mutlu yaşamalarına imkân olmadığı gibi, savunma hakkı olmadan başka hak ve özgürlüklerin kullanılması da mümkün değildir.¹⁵

İddianamede sevk maddelerinde gösterilen suçun, sanık tarafından işlenip işlenmediğinin tespiti için Cumhuriyet savcısının tanzim ettiği iddianame tek başına yeterli değildir. Çünkü iddianame ile sadece iddiada bulunulur, iddianame hükme esas teşkil edebilir; ancak, sanığın sorgusu yapılmaksızın ve kendisini savunmasına imkân tanınmaksızın, duruşmada mahkeme huzurunda deliller tartışılmaksızın mahkûmiyet kararı verilemez. Mutlaka sanığa savunma hakkının verilmesi gerekir sanık eğer yetkili mahkemenin yargı çevresinde bulunmuyor ise SEGBİS (Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi) ile segbis de mümkün değilse, istinabe yoluyla mutlaka sanığa savunma hakkı tanınması gerekmektedir. Çünkü kovuşturmanın asli süjesi sanıktır. Nasıl ki, davasız yargılama olamayacaksa, sanıksız da kovuşturmanın yürütülmesine imkân yoktur. Sanığın savunması alınmadan yapılacak kovuşturma, doğrudan doğruyalığa, çelişmeli yargılamaya ve yüz yüzelik ilkelerine aykırı olacaktır.¹⁶

Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 08.10.2015 tarihli, 2015/2980 E. ve 2015/2947 K. sayılı kararında; "Talimat ile Urla Asliye Ceza Mahkemesi tarafından sorgusu yapılan sanığa duruşmadan bağışık tutulma ve ifadesini esas mahkeme huzurunda vermek isteyip istemediği sorulmadan(CMK m.196/2) ve duruşmada hazır bulundurulması sağlanmadan, yokluğunda yargılama yapılarak mahkûmiyetine karar verilmesi suretiyle savunma hakkının kısıtlanması..." gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin hükmü bozulmuştur.

¹⁵ ERDEMİR, s.85.

¹⁶ ŞEN, Ersan, "Sanığın Savunma Hakkı", <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2292240-sanigin-savunma-hakki>, (Erişim Tarihi: 17/12/2017)

C)Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi

Kavramlarda insanlar ve devletler gibi zaman içerisinde evrim geçirirler. Tarihsel süreçte savunma hakkı, toplumlara göre değişik şekiller almıştır. Devletlerin, toplumların tarih içerisinde birbirleri ile olan etkileşimleri neticesinde savunma hakkı zaman zaman ortak özellik ve uygulamalar göstermiştir.¹⁷ Ancak savunma hakkı devletlerin yönetim şekillerinden ve egemenlik anlayışlarından doğrudan etkilenen ve ona göre şekillenen bir haktır.¹⁸

Savunma hakkı, ceza muhakemesi hukukunun adeta ayrılmaz bir parçası niteliğinde olduğu için ceza muhakemesinin gelişimine paralel bir gelişim sergilemiştir. Ceza muhakemesi hukuku, devletin özgürlük anlayışından etkilenmesi sebebiyle devletlerin uygarlık düzeyi ile doğrudan ilintilidir. Özgürlük ve uygarlık düzeyinin bir uzantısı şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Ceza muhakemesi hukukunun kurum ve kavramları, devletin ideolojik anlayışı göre şekillenir. Devletin suç ve ceza siyaseti, savunma hakkının kapsamını doğrudan etkileyecektir.¹⁹

Devlet idaresini halka karşı anayasal sorumluluk altında bulunmaksızın elinde bulunduran, bireysel iktidarın idamesini hedef alan, otoriter siyasi rejimler dediğimiz rejimler ile merkezîyetçi yönetim anlayışını benimseyerek, sosyo-ekonomik yapının bütün unsurlarını değiştirmeyi amaç edinen totaliter rejimler, hukuk devletin temelinde bulunan insan haklarına ve benzeri felsefî düşüncelere tezat şekilde bireysel özgürlükleri kısıtlayarak, şüpheliyi ve sanığı ceza muhakemenin bir süjesi yani öznesi olarak değil objesi olarak görmektedir. Bu tarz siyasi rejimlerde, temel hak ve özgürlüklere ve insan haysiyetine önem verilmez. Bu sebeple şüpheliye ve sanığa sınırlı belirli bazı haklar tanınır. Tanınan sınırlı bu haklarında özellikle, devletin bekası gibi gerekçelerle kullanılmasına engel olunur. Çünkü devletin menfaatleri daha üstün ve esas iken bireylerin menfaatleri gözetilmez. Bu sebeple ifade ve düşünce hürriyetinin uzantısı olan savunma hakkının

¹⁷ KOCAOĞLU, Serhat Sinan, “Tarihsel Perspektifi ile Batı Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafî”, **ABD**, Yıl:68, S: 2010/3, s.119.

¹⁸ KOCAOĞLU, Serhat Sinan, “Devlet Sistemlerine Göre Savunma Hakkı ve Müdafî”, **ABD**, Yıl:68, S:2010/2, s.215.

¹⁹ KOCAOĞLU, **Devlet Sistemlerine**, s.125.

genel olarak kısıtlanması eğilimi bu yönetimlerde devlet politikası olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁰

Otoriter ve totaliter rejimlerin karşıtı olan temeline bireyi esas alan demokratik rejimlerde ise, bireylerin temel haklarının korunması esastır. Liberal demokrasi kavramı, devleti değil bireyi ön plana çıkaran, bireyin özgürlüklerinin korunmasına önem veren, devletin buyurma gücünü, evrensel hukuk kuralları ile sınırlayan bir anlayışa sahiptir. Şöyle ki, bireylerin haklarına gerçekleşmesi muhtemel müdahaleler, bu müdahalelerin sınırları, devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri, failin sahip olduğu haklar ve yükümlülükler, ceza yargılaması sürecinde savunma makamının, iddia makamının ve karar verecek merci olan yargılama makamının uymaları gereken kurallar, hangi eylemlerin suç teşkil ettiği, suçların müeyyidelerinin türleri ve ağırlığı, yargılama ile varılmak istenen maddi gerçeğe ulaşma amacı açıkça belirlenmiştir. Liberal demokrasiyi ve hukuk devleti ilkesini benimseyen devlet sistemlerinde şüpheli ve sanık sadece muhakemeni objesi değil, muhakemeye gerek aktif gerekse de pasif olarak katılabilen, hakları ve yükümlülükleri olan bir muhakeme süjesidir. Ayrıca bu sistemlerde hukukun üstünlüğü en vazgeçilmez unsurdur.²¹

Yukarıda açıklandığı üzere devlet sistemlerine göre insan haklarına ve savunma hakkına ilişkin yasal düzenlemeler ve uygulamalar farklılık göstermektedir. Savunma hakkına değer verilmesi ve bu sayede savunma hakkının kısıtlanmasının minimum düzeye indirilmesi yönündeki amaç ve bu amaç doğrultusunda ulaşılan nokta, insan haklarının gelişimi ile paralel bir gelişim seyretmiştir.

Zaman içerisinde devlet yönetimini elinde tutan kişilerin daha da güçlenmesi toplumların tepki göstermesine neden olmuş, bunun neticesinde de cezalandırma yetkisi topluma geçmiştir. Kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için mahkemeye başvurma zorunluluğu getirilmiş, ihkakı hakkın yani kişilerin birbirlerini

²⁰ PİRİLİ, R. Mustafa, “Devlet ve Otoriterlik Üzerine”, <http://www.iktisatvetoplum.com/wp-content/uploads/2017/10/musatafa-pirili-68.pdf>, (Erişim Tarihi:23/09/2017), s.13.

²¹ KOCAOĞLU, Devlet Sistemlerine, s.135.

cezalandırmalarının engellenmesi amacı için “muhakemesiz ceza olmaz” ilkesi getirilmiştir.²²

Bizimde ana kanunlarımız ve özellikle usul yasalarımız yabancı devlet kanunlarından iktibas edilmesi sebebiyle ceza muhakemesi yasamız “diyalektik yargılama” sistemini benimsemiştir. Bu sistem; itham (savcılık), savunma (avukatlık), sonuç (hüküm) üçlüsünü meydana getirdiği sistemdir.

1) Eski Yunan’da Savunma Hakkı

Eski Yunan Devletinde ilk zamanlar, uyuşmazlığın tarafları kovuşturma için hakim önüne bizzat gitmeye mecburdular. Hakim karşısına çıkan bu kişilerin kadın olmaması aynı zamanda özgür olması şarttı. Sanığa savunma esnasında akrabalarının veya yakın arkadaşlarının yardım etmesine müsaade edilmekteydi. Sanığa yardım eden bu savunmanlara “Syngore” adı verilmekteydi. İlerleyen zamanlarda uyuşmazlığın taraflarına akrabaları veya yakın arkadaşları dışında yazılı savunma hazırlayan günümüz arzuhalcilerin o dönemdeki karşılığı olan “logographes” adı verilen yardımcıları ortaya çıkmıştır. Logographes denilen arzuhalciler, bedeli karşılığında hakim karşısında sarf edilecek cümleleri yazarak taraflara verir, taraflar da bunları ezberleyerek hakim huzurunda tekrar ederdi. Zamanla tarafların logografların verdiği metinleri ezberleyememeleri, eksik ezberlemeleri ya da şaşırımları sebebiyle logograflar tarafların yanında bulunmaya başladılar. İlerleyen dönemde logograflar avukat haline geldi ve tarihte ilk baro Atina’da kuruldu. Avukatlığı yalnızca özgür kişiler yapabiliyordu, kölelerin yapması mümkün değildi. Kısıtlı oldukları için kadınlarda baroya kabul edilmezdi.²³

Eski Yunan’da savunma esnasında hitabet önemli bir yer tutmaktaydı. Ancak zamanla hitabete sınırlama getirme ihtiyacı duyuldu. Sanığın konuşma süresi üç saatle sınırlandı ve duygusal hisler uyandıracak şekilde savunmalar yasaklanarak savunma sıkı kurallara bağlandı.

²² KUNTER/ YENİSEY, **Muhakeme Hukuku Dalı**, ss. 45-46.

²³ KOCAOĞLU, **Tarihsel Perspektif**, s.120.

2) Roma Hukuku'nda Savunma Hakkı

M.Ö 745'ten M.S. 5652'e kadar uzanan zaman sürecindeki hukukun tamamına "Roma Hukuku" denilmektedir.²⁴ Roma'da suç insan ile tanrılar arasındaki ilişkinin bozulması olarak tanımlanıyordu. Bu sebeple savunmanın yapılmasında rahiplerin yardımının gerektiğine inanılıyordu. İlerleyen zamanlarda kamu avukatları rahiplerin yerini almaya başladı. Bu sayede avukatlar hukuki yardıma ihtiyacı olanlara hukuki tavsiyelerde bulunmaya ve davalarda temsil etmeye başladılar. Ancak bu dönemde taraflar mahkeme salonunda yüzleştirilmiyor ve tarafların kölelerine tanık kürsüsünde işkence yapılarak gerçeğe ulaşılmaya çalışılıyordu.²⁵

Muhakeme, jürinin belirlenmesi, ant içilmesi ve ithamcının ithamını açıkladığı bir konuşma ile başlardı. Duruşmada genellikle birden fazla ithamcı (subscriptores) olurdu. Bu ithamcılar isterlerse, her biri birbirlerinden bağımsız konuşabilirdi. Ayrıca açılış konuşmasından sonra delillerin ibrazından önce, ithamcı ve suçlanan kişi arasında isnat edilen suç ve bu suçlama ile ispat edilmek istenilen konuya ilişkin soru ve cevaplara dayanan bir tartışma (altercatio) evresi de yaşanırdı. İthamdan sonra sıra savunmaya gelirdi. Bu durumda savunmayı sanık kendisi şahsen yapabileceği gibi seçmiş olduğu patronus veya patroni de konuşabiliyordu. Bu konuşmalar çok uzun zaman aldığından mahkemeye clepsydra denilen ve belirli bir zamanda içindeki suyu altındaki delikten boşaltan kovalardan oluşan su saatleri getiriliyordu. Böylece gerek itham ve gerek savunma için yapılan konuşmalar yargıç tarafından süre sınırlamasına tabi tutuluyordu.²⁶

Deliller içerisinde ikrar önemli bir yere sahipti. İkrar kadar önem verilen diğer delil ise yemindi. Mahkeme başkanı, duruşmalarda çok etkiliydi ve delilleri takdir etme noktasında geniş bir özgürlüğe sahipti. Ancak yargıç devlet memuru olması sebebiyle hiyerarşik amirlerinin emirleri ile bağlıydı.

²⁴ UMUR, Ziya, **Roma Hukuku Dersleri**, Beta Yayınları, İstanbul, 1999, s.73.

²⁵ EREM, , s.209.

²⁶ KOCAOĞLU, **Tarihsel Perspektif**, s.124.

3) Ortaçağ ve Yeniçağ Avrupa Hukuku'nda Savunma Hakkı

Tarihsel süreçte iddia, savunma ve yargılama makamlarının ceza muhakemesi sistemindeki konumları sürekli şekil değiştirmiş adeta bir evrim geçirmiştir. Bu evrim sürecinin ilk zamanlarında cezalandırma yetkisi devlete ait bir yetki olarak kabul edilmemektedir. İlkel toplumlarda suçluların cezalandırılması, kişisel öç veya yargısız infaz gibi uygulamalarla, şahısların veya toplumun keyfi yöntemleriyle sağlanmaktaydı. Bu sebeple bu dönemde herhangi bir ceza muhakemesinden ve ceza muhakemesi süjelerinden söz edilmesi mümkün değildi. Ceza muhakemesi süjelerinin zamana, mekâna toplumun özelliklerine göre hakları, yetkileri ve yükümlülükleri değişmiştir.

Eski Yunan ve Roma ile varlık kazanan müdafilik/avukatlık mesleğinde Ortaçağ döneminde hiçbir gelişme görülmemiştir. Çünkü bu çağ, faillere işkence ile itiraf yaptırılan ve savunma hakkına karşı olan bir çağdı. İtham sistemini kabul eden Yunan ve Roma hukukunun tersine, Ortaçağ'da Engizisyon kabul edildiği için yeni ortaya çıkmış müdafilik/avukatlık mesleği Ortaçağ'da ortadan kalkma noktasına gelmiştir. Engizisyonun etkisi ile ilk zamanlar yalnızca dinsizler için uygulanan işkence sistemi zamanla yargılamada delil elde etmek için kural haline gelmiştir. İşkence meşru olarak kabul edilmiş ve zorunluluk olarak görülmüştür. Suçsuz olan kişiye işkencenin zarar veremeyeceği çünkü tanrının masumu koruduğu düşüncesine inanılmış. Gerek duyduğu takdirde hâkim sanığa her an işkence uygulanmasına karar verebilirdi. Her defasında işkence bir öncekine göre daha da ağırlaştırıldı. Bu sistemde avukat ikrarı temine çalışan yargılamaya yardım eden bir konumdaydı. Müdafilik mesleğinde meydana gelen en önemli gelişmeler Rönesans döneminde yaşanmış ve halk arasında avukatlar “adaletin gezici şövalyeleri” olarak adlandırılmışlardır. Bu gelişmeler neticesinde savunma hakkı Rönesans ile daha da önem kazanmıştır.²⁷

Ortaçağ Avrupa hukukunda itham sistemi uygulanırken ilerleyen zamanlarda tahkik sistemi uygulanmaya başlanmıştır. Tahkik sistemi ile birlikte yargılama makamı huzuruna getirilen delillerinin muhakemesini yapan bir hakem olmaktan

²⁷ KOCAOĞLU, *Tarihsel Perspektif*, s.127.

uzaklaşmış, savcı gibi delilleri toplamaya ve değerlendirmeye başlamıştır. Yargılama makamının kendiliğinden tutuklama işlemi yapması gibi sanık aleyhine olan durumlar artmıştır. Hakim, savcı gibi suç şüphesi üzerine re'sen soruşturmaya başlamak suretiyle delilleri toplayarak, yazıllık ve gizlilik içinde değerlendirir, soruşturma ve kovuşturmayı tek başına yapar hale gelmiştir. Bu ve buna benzer durumlar zamanla sanığı yargılamanın objesi haline getirmiştir.²⁸

Fransız ihtilaline kadar geçen dönem Engizisyonun ağırlıklı olduğu tahkik sistemi uygulandığı dönemdir. Ancak zamanla insan aklına ve bilimsel değerlere önem verilmeye başlanınca hakimlerin sınırsız yetkileri, ceza yargılamasının amacı sorgulanmaya başlamıştır. Yeni fikirler ile birlikte tahkik sistemi terk edilerek itham sistemine dönmüştür. Bu sayede sanık yargılamanın objesi olmaktan kurtularak sujesi haline gelmiştir.²⁹

Genel olarak toparlayacak olursak, savunma hakkının tarihçesini itham sistemini, tahkik sistemini ve işbirliği sistemini değerlendirerek ele almak gerekecektir.

Ceza muhakemesi hukuku, tarihi süreçte ceza muhakemesinin sùjeleri ile arasındaki ilişki, bireyin hak ve özgürlüklerinin veya kamu düzeninin korunma gayesindeki değişikliklere göre üç sistem şeklinde gelişmiştir. Bu sistemler itham sistemi, tahkik sistemi ve karma (iş birliği) sistemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sistemler devletlerin siyasi, ideolojik, sosyo-ekonomik yapılarıyla ilişkili olarak şekillenmiştir.³⁰

İtham daima bir tez, savunma antitez, hüküm ise tam bir sentezdir.³¹ Ceza muhakemesi hukukunda hiçbir şeyin zıttı bilinmeksizin gerçeğin ortaya çıkarılması mümkün değildir. İddianın zorunlu sonucu savunmadır. Savunma yoksa itham hükmün kendisi olacaktır. Ancak her iddia da gerçek değildir. Yanlış olma ihtimali de vardır. Bu sebeple iddianın karşısında savunma hakkına imkan tanımaksızın iddiaya

²⁸ KOCAOĞLU, **Tarihsel Perspektif**, s.130.

²⁹ ÇETİN, Beytullah, **Savunma Hakkının Kısıtlanması**, Selçuk Üniversitesi, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2017, s.19-21.

³⁰ SOYASLAN, Doğan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2010, s.67.

³¹ EREM, **Tarihsel Gelişim**, s.206.

doğrudan hüküm gücü verilmesi birçok sıkıntıyı beraberinde getirecektir. Bu durum ciddi hak kayıplarına sebebiyet verecektir.

En eski sistem olan itham (taraf muhakemesi) sistemi, suçun yalnızca kişileri ilgilendirdiği bu sebeple de kişisel öç alma fikrinin esas olduğu düşüncesine dayanmaktadır. Gerçeğin ortaya çıkarılması bireyin şahsi meselesi olarak kabul edildiği için bireysel iddia ve savunma makamları, yargılama makamından daha ön planda olduğu sistemdir. Maddi gerçeğe ulaşmaktan ziyade şekli gerçek ile yetinilmesi söz konusudur. Failin cezalandırılabilmesi için mağdur tarafından suçlanması, bir ithamda bulunulması ve ithamın gerçekliğinin ispat edilmesi zorunluluğu vardır.³²

İtham sistemine özgü en belirgin özellikler ise; yargıç, bu sistemde edilgen yani pasif pozisyonundadır. Delilleri toplama ve yargılama makamına sunma görevi ithamda bulunan kişiye aittir. Re'sen hareket geçme ve re'sen araştırma yetkisi sınırlıdır. Re'sen araştırma sınırlı olduğu için mağdurun korkması, faille anlaşması veya başka nedenlerle suçu bildirmemesi halinde failin cezasız kalmasına yol açabilecektir.³³

Yargılama aleni, sözlü ve yüze karşı olarak itham eden ile itham olunan arasında münazara şeklinde gerçekleştirilir. Yargıç, tarafların sunduğu deliller ile bağlıdır. Bu sebeple sistemin beraberinde getirdiği en mühim olumsuzluk, suç mağdurlarının korku veya başkaca etkenler sebebiyle veyahut herhangi bir şekilde tatmin edilmiş olmaları halinde ithamda bulunmamaları, bu şekilde failin cezasız kalmasına sebebiyet vermeleridir. Bu durumun yargılama makamının re'sen delil toplama yetkisinin de yok denecek kadar az olmasının verdiği rahatlık ile sırf zarar verme saiki ile suç işlemediğini bildiği bir kişiye ithamda bulunarak kişilerin haksız yere yargılanması da mümkündür.³⁴

İkinci sistem ise, tahkik sistemidir. Bu sistemde kamusal menfaat, bireylerin menfaatlerinden daha üstün kabul edilmektedir. Bu sayede iddia makamı daha üstün

³² KOCAOĞLU, *Tarihsel Perspektif*, s.128.

³³ SOYASLAN, *Ceza Muhakemesi*, ss.68-69.

³⁴ KOCAOĞLU, *Tarihsel Perspektif*, s.126.

görülmektedir. Yargıç, tarafların sunduğu deliller ile bağlı değildir. Re'sen delil toplama yetkisi vardır. Muhakeme gizli, yazılı ve gıyapta yürütülmektedir. Hakim, hakem pozisyonunda olup, itham sistemindeki pasif statüsünden uzaklaşmış, bu sistemde re'sen tahkikat yapabilecek konuma gelmiştir. Hem soruşturmayı yürüten hem de hükmü veren kişinin aynı şahıs olması, çelişme ilkesinin uygulanmasına imkan vermemektedir. Bu sistemin müspet tarafı ise, davacıya ihtiyaç duyulmaması re'sen tahkikat yapılabilmesi ve bu sayede itham sistemindeki gibi failin müeyyidesiz kalmamasıdır.³⁵ Olumsuz tarafı ise, iddia makamı ve yargılama makamı aynı olduğu için tarafsız ve doğru karar verme imkanı çok zordur. Suç işlememiş kişilerin ceza alma ihtimali yüksektir. Vicdani delil sistemi yerini kanuni delil sistemine bırakmıştır. Kanuni deliller içerisinde yer alan en önemli delil ise ikrardır. İkrar elde etmek için işkence bir soruşturma yöntemi olarak kabul edilmiştir. Failin ikrarda bulunması için zorlanması söz konusudur.³⁶

Aydınlanma çağının beraberinde getirdiği sosyal ve siyasi gelişmeler, ceza yargılaması sisteminde değişikliği de beraberinde getirmiştir. 18. yüzyılın ikinci yarısından sonra insanın insan olması sebebiyle doğuştan hak ve yükümlülüklerle sahip olduğu düşüncesinin doğması, tahkik sistemine duyulan tepki ile birleşince işbirliği sisteminin doğmasını sağlamıştır. Gelişen insan hakları düşüncesi çerçevesinde itham ve tahkik sistemlerinin olumlu yönlerini birleştirerek karma sistemin doğmasını sağlamıştır. Karma sistemde hakim kendiliğinden davaya bakamaz, ithamın varlığı şarttır. Ancak ithamda bulunacak olan mağdur değildir. İthamda bulunma görevi resmi makamındır. Soruşturma aşaması gizli, yazılı, gıyabi olarak yürütülür. Kovuşturma aşaması ise aleni, sözlü, yüz yüzedir. Vicdani delil sistemi geçerlidir. Suç şüphesi altında olan kişiler, “suçsuzluk karinesi (masumiyet karinesi)” yani suç işlediği iddia edilen kişinin üzerine atılı suçu işlediği noktasında kesinleşmiş hüküm bulunmadıkça suçlu sayılmaması ilkesi kabul edilmiştir.

Karma sistemde, iddia makamı, savunma savunma ve yargılama makamı arasında işbirliği vardır. Bu sistem, itham sisteminde olduğu gibi tarafların diyalogu,

³⁵ KOCAOĞLU, s.129.

³⁶ EREM, Faruk “Savunma ve Ceza Yargılamasının Temeldeki Kusurları”, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1988-19881-108> , (Erişim Tarihi:25/09/2017), s. 92.

tahkik sistemindeki gibi yargıcın monoloğu şeklinde değildir, bilakis bunların karışımı olan kollukyumdur.³⁷ Bu sistem, kamusal iddia makamının karşısında yer alan bireysel savunma makamının yanında kamusal savunma makamı olan müdafilik kurumunun doğmasını sağlamıştır.

Karma sisteminin genel olarak özellikleri şu şekildedir; soruşturmayı başlatacak iddia görevini yerine getirecek savcılık makamı vardır. Bu sebeple yargıç kendiliğinden işe el atamaz ve tarafların sunduğu deliller ile bağlı değildir. Bugün ülkemizde ve Kıta Avrupası'nda uygulanan sistem karma sistemdir.

4) İslam Hukukunda Savunma Hakkı

Suç ve cezaların tam manasıyla kişiselleştirilmediği dönemde ortaya çıkan İslam hukukunda “Kasame” dışında bütün suçlar ve cezalar kişiselleştirilmiştir. Kollektif ceza uygulamasına yer verilmemiştir. İslam ceza hukuku tam anlamıyla kamusallaşmamıştır. Kısas ve diyet olarak müeyyide uygulanan suçlarda kamu davası yerine takibi şikayete bağlı suç özelliği vardır. İslam Ceza hukuku kamusallaşmadığı için savcılık makamı bulunmamaktadır. Ayrıca içtihat yolunun kapatılması sebebiyle günlük yaşamda meydana gelen gelişmelere göre yeni suç tiplerinin ortaya çıkması da pek mümkün olmamıştır. Ukubat ismi ile anılan İslam Ceza Hukukunun mevzusu suç değil daha çok günahtır. İslam ceza hukukunda suçlulara verilen cezalar Kısas, Diyet, Hadd, Ta'zir olarak dört tanedir.³⁸

Yargılamayı yapan kişiye kadı denir. Yargılama aleni ve şifahi olarak yapılır. Hadd cezasını gerektiren bir suç söz konusu ise kadı suçtan haberdar olduğunda re'sen soruna bakmak ve cezayı vermekle yükümlüdür. Yalnız kişilerin haklarını ihlal eden durum söz konusu ise o zaman müddei iddiasını ileri sürmek durumundadır. Kendisine suç isnat edilen kişi iddianın doğru olduğunu kabul ederse yani ikrarda bulunursa dava sona ererdi.³⁹

³⁷ KOCAOĞLU, *Tarihsel Perspektif*, s.131.

³⁸ ÜÇÖK, Çoşkun\ MUMCU, Ahmet\ BOZKURT, Gülnihal, *Türk Hukuk Tarihi*, Turhan Kitapevi, 15. Baskı, Ankara, Ekim 2011, ss.90-91.

³⁹ ÜÇÖK\MUMCU\BOZKURT, s.100.

Yargılama esnasında savunma faaliyetini gerçekleştiren vekillerde bulunmaktaydı. Vekillerin sanıkla beraber duruşmaya katılmaları gerekmekteydi. Kişi istediği kişiyi vekil tayin edebilirdi. Kadı, vekilin dürüst olmadığına kanaat getirdiğinde onu duruşmadan atabilirdi. Çünkü vekilin görevi her şeye rağmen sanığı savunmak değil, maddi gerçeğin ortaya çıkmasına hizmet etmektir.⁴⁰

D) Hukuk Devleti İlkesi ile Savunma Hakkı Kavramı Arasındaki İlişki

Tarihsel süreçte devlet müessesesi birçok değişiklikler ve yenilikler geçirerek günümüz hukuk devleti anlayışına ulaşmıştır. Hukuk devleti, polis devletinin zıttı olarak doğmuş ve tarihsel süreçte mutlak, sorumsuz iktidarlardan sınırlı ve sorumlu olan iktidarlara geçişte Kıta Avrupası hukuk düzenlerinde ortaya çıkıp gelişmiştir. Bu süreçte devlet anlayışı, idare edilenler kadar idare edenlerin kurallara uyması gerekliliğini içerisinde barındıran "hukuk ile bağlı" olan bir müesseye dönüşmüştür. Hukuk devleti anlayışı, kurallara idare edilenlerin uymalarını temin ederek, kuralları ihlal edenlerin kurallara zorla uymalarını sağlamayı hedeflemekle beraber kural koyanlarında koymuş oldukları kurallara uymalarını sağlamayı aksi halde onların da hukukî bir zorlanmanın muhatabı olabilmesini içerisinde barındırmaktadır.

Gerçekten, hukuk devleti ilkesine sahip olan bir devlette, kamu yararı gözetilerek kişilere tanınmış olan bazı muafiyetler dışında toplumda yeri, görevi, rütbesi, unvanı ne olursa olsun, kanun önünde eşitlik ilkesi gereği herkes kurallara uyma mecburiyetindedir. Kimsenin kurallara uymama serbestisi yoktur. O halde, hukuk devleti ilkesi, devletin kural koyan ve koyduğu kuralı uygulayan organı olan kişilerin, kurallara kendi rızaları ile uymalarını, uymamaları halinde de kuvvet-hukuk bağıntısının mümkün kıldığı ölçüde, zorla uydurulmalarını ifade etmektedir.⁴¹

Hukuk devleti, koyduğu kurala en başta kendisi uyan uymayanı da zorla uyduran devlettir. Devlet cezalandırma yetkisini kullanırken uyması gereken belli kurallar bulunmaktadır. İşte bu kuralları da içerisinde barındıran hukuk dallarından

⁴⁰ ATALAY, İbrahim Orkun, "Osmanlı Ceza Yargılaması usulü Hukuku Üzerine Bir Deneme", **EÜHFD**, C.XI, S.3-4 (2007), s.239.

⁴¹ HAFIZOĞULLARI, Zeki, **Hukuk Devleti ve Türk Ceza Hukuku**, <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/diger-yazilar-ve-makaleler/makaleler/>, (Erişim Tarihi:01/10/2017), s.2.

birisi de ceza muhakemesi hukukudur. Ceza muhakemesi hukuku, kamusal barışın tesisini sağlayacak cezalandırma yetkisi ile bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması arasındaki dengeyi sağlamaya hizmet edecek kurallar bütünüdür. Bu kurallar içerisinde en önemli olanı ise savunma hakkıdır. Bu hakkın önemi ise şuradan gelmektedir; savunma hakkı sayesinde suç isnadı altında bulunan şüpheli veya sanığın kendisine isnat edilen suç yani iddia karşısında bir antitez geliştirme imkanı tanıyarak, sanığın suçsuz olduğunu kanıtlama veya suçu işlediği anda var olan özel haller söz konusu ise, örneğin; meşru müdafaa, haksız tahrik, şahsi cezasızlık sebepleri gibi bu hususları ileri sürebilmesi bu sayede suçlu dahi olsa hak ettiği cezadan fazlasına hükmedilmesi engellemesidir.

Muhakeme sürecinde bireylerin hak ve özgürlüklerinin kamu menfaati karşısında feda edilmemesi için güvence altına alınması zorunludur. Bu nedenle muhakeme hukuku, hukuk devletine dair ilkeler ve bu ilkelerin en açık şekilde ifadesini bulduğu anayasa ve anayasal değerlerle yakından ilişkilidir. Hukuk devleti ilkesini benimsemiş bir ceza muhakemesi hukuku, sanığı yasa ile tanınmış haklar ve yetkiler ile donatılmış usul süjesi olarak kabul ederek, hukuk güvenliğini sağlamaya ve hukuki değerleri korumaya çalışır. Ayrıca muhakeme süresince sanığın onurunu ve şerefini de korumaya özen gösterir. Ne pahasına olursa olsun ulaşılabilecek gerçeğe itibar etmez.⁴²

Failin işlediği iddia edilen suç ne kadar ağır ve zararlı olursa olsun, şüphelinin veya sanığın bir hukuk objesi olmayıp bir hukuk süjesi olduğu fikri karşısında şüpheli veya sanık hakkında gerçekleştirilecek tüm ceza yargılaması iş ve işlemlerinin hukuk devletinin temel kuralları dairesinde gerçekleştirilmesi zorunludur. Şüpheliye veya sanığa tanınan tüm hak ve yetkiler hukuk devleti esaslarına göre tanzim edilmeli ve mevcut düzenlemeler bu temeller gözardı edilmeksizin yorumlanmalıdır.⁴³

⁴² ZAFER, s.515 vd.

⁴³ YÜCE, Turan Tufan, **Ceza Hukukunda Hukuk Devleti Esasları**, Atatürk Üniversitesi Basımevi, 1968, s.9 vd.

Toplumsal düzenin ve adaletin tesisi, eşitlik, adil yargılanma hakkı, ihkakı hakkın engellenmesi, kamu barışının sağlanması tüm hukuk kurallarının olduğu gibi ceza ve ceza muhakemesi hukukunda temel amaçları içerisinde bulunmaktadır. Bu temel amaçların hayata geçmesi de ancak, suç işlediği iddia edilen şüphelinin ve sanığın gerek soruşturma aşamasında gerekse de kovuşturma aşamasında savunma hakkını kısıtlanmadan kullanmaları mümkün olacaktır.

Hukuk devleti ilkesi geliştikçe, şüphelinin ve sanığın sahip olduğu savunma hakkının sınırlarının genişlediği, savunma hakkında yapılan kısıtlanmalarda önemli ölçüde azalmaların görüldüğü, savunma hakkının hukuk devleti ilkeleri ile sıkı ilişki içerisinde bulunduğu açıktır. Yukarıda açıklandığı gibi hukuk devleti değerlerinin en açık ifadesini bulduğu yer anayasadır. Hukuk devletinin en önemli değerlerinden olan savunma hakkının özünü oluşturan haklara Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasası'nın 36. md. "Hak Arama Hürriyeti", 37. md. "Kanuni Hakim Güvencesi", 38. md. "Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar", 39. md. "İspat Hakkı", 40. md. "Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması" şeklinde yer verilmiştir.

II) SAVUNMA HAKKININ İNSAN HAKLARI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ İLE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA SAVUNMA HAKKI

A)Genel Olarak

İnsanların toplum halinde yaşama zorunluluğu ve tek başına yaşamalarının imkânsız olduğu, insanın toplumsal bir varlık olduğu düşüncesi, ilk kez Yunan düşünürü Aristoteles tarafından ortaya atılmıştır. Topluluk halinde yaşayan insanlar birbirleri ile değişik ilişkiler içerisindeyler. İşte bu ilişkilerin uyum halinde devamı için belirli kurallara ihtiyaç vardır. Bu kurallar; ahlak, din, örf ve adet kuralları olarak karşımıza çıksa bile, bağlayıcılıkları ve maddi anlamda müeyyideleri olmaması sebebiyle düzenin sağlanması açısından pek de etkili kurallar değillerdir. Bu sebeple, daha etkili kurallara ihtiyaç duyulmuş bu kurallarda hukuk kuralları olarak ortaya

çıkıştır. Hukuk kuralları, her ülkede aynı yani yeknesak değildir. Toplumların sosyo-ekonomik yapıları hukuk kurallarının çerçevesini belirlemektedir. Hukuki kültür yapısı ve hukuk kurumları bireysel hak ve özgürlüklere ilişkin uygulamaları da beraberinde getirmektedir.⁴⁴

İnsan hakları, insanın insan olması sebebiyle doğuştan sahip olduğu, devredilemez ve vazgeçilemez haklardır. Bir başka anlatımla, insan hakları, pozitif hukuk tarafından tanınmış olsun ya da olmasın belirli bir tarihsel aşamada insanların sahip olmaları gerekli sayılan bütün haklar olarak belirtilmektedir. İnsan hakları, onurlu bir yaşam sürdürebilmek için gerekli olduğu düşünülen hakların bütünüdür.⁴⁵ İnsan hakları, “kamu hürriyetleri”, “temel hak ve özgürlükler”, “medenî haklar”, “vatandaş hakları” gibi kavramları da içine alan, geniş bir kavramdır. İnsan değerini korunmasını, insanın maddî ve manevî varlığının bir bütün olarak geliştirilmesini, hayata geçmesini amaçlayan kuralların bütünüdür.⁴⁶

İnsan hakları, pozitif hukuktan bağımsız bir varlığa sahiptir. Bir hakkın insan hakkı olabilmesi için mutlaka hukuksal bir düzenlemeye konu olması gerekli değildir. İnsan hakları kavramı, gerek ulusal gerekse uluslararası hukuk tarafından pozitif hukuka taşınmamış hakları da içermektedir.⁴⁷ İnsan haklarının varlığı pozitif hukuktan bağımsız olup, geçerliliklerini de üstün bir ahlâki ilkedен almaktadırlar.⁴⁸ Öğretide bu durum, “somut insan hakları” ve “soyut insan hakları” ayrımı yapılarak da ele alınmaktadır. Bu bağlamda insan hakları “olani” değil “olması gerekeni” ifade etmektedir.⁴⁹

⁴⁴ GENÇ, Mehmet, **İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri**, Uludağ Üniversitesi Güçlendirme Vakfı Yayınları, 1997, s.1.

⁴⁵ UYGUN, Oktay, “İnsan Hakları Kuramı”, İçinde: Kamu Hukuku İncelemeleri, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 8.

⁴⁶ ATALAY, Esra, “Yargısal Temel Haklar”, Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu’na Armağan, **DEÜHFY**, İzmir, 1997, s. 438.

⁴⁷ ALGAN, Bülent, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 23.

⁴⁸ ERDOĞAN, Mustafa, “Başörtüsü, İnsan Hakları ve Teamüller”, İçinde: Anayasa ve Özgürlük, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2002, s. 111.

⁴⁹ GÖZÜBÜYÜK, Şeref/ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması**, Turhan Kitabevi, 10. Baskı, 2013, s.25.

İnsan hakları, siyasi yönü bulunan ve ideolojik değerleri yoğun bir şekilde içinde barındıran bir kavram olarak ortaya çıkışı, uzun bir tarihsel süreçte dayanmaktadır. Bu süreçte; kavramlar, olgular önce insanın düşünce dünyasında ortaya çıkmış, sonra da ilke ve kurumlar halinde toplumda yer almıştır. Ancak, önemli olan konunun teorik düzeyde kalmaması aynı zamanda bir siyasal ve hukuksal yapılanma içinde hayata geçme imkânı bulmasıdır.⁵⁰

İnsan hakları, özellikle 1948 İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nden (İHEB) ve İkinci Dünya Savaşından sonra gerek savaş sırasında gerek öncesinde işlenen insanlık suçlarına karşı, bir tepki olarak çıkmış, uluslararası düzeyde önem kazanmıştır. Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın daha önsözünde insan hakları kendisine yer bulmuştur. Birleşmiş Milletler Örgütü'nün amaçlarından birisi, insan haklarının korunması olduğu kabul edilerek, yeni dünya düzeninin felsefesi ortaya konulmuştur.⁵¹

İHEB'si, AİHS gibi uluslararası sözleşmeler ile insan hakları ortaya konulmaya çalışılmış ise de, insan haklarının soyut olma niteliğinden dolayı bir insan hakları kataloğu oluşturulamamıştır.⁵²

Devletten önce de var olan insan hakları, zamanla devlet güvencesine bağlanmıştır. Bu durum, “norm öncesi durumdan norm aşamasına geçiş” olarak adlandırılmıştır. İnsan hakları, pozitif hukukta yerini almadan önce gerek düşünsel düzeyde gerekse hak talebi ve mücadelesi şeklinde ortaya çıkarak, hukuk öncesi oluşum sürecinden geçmiştir. Bu süreç, insan haklarının tüm kuşaklarında yaşanmış olup, insan haklarının toplumsal dayanağını ifade etmektedir. Özgürlük ve eşitlik elde etmek için yapılan köle isyanlarıyla ve köylü hareketleriyle gündeme gelen bu mücadele, ilk yazılı insan hakları belgesi olan 1776 tarihli Virginia Anayasası'nın başında yer alan Haklar Bildirisi (*Bill of Rights*) ile pozitif hukukun parçası haline

⁵⁰ BOLAY, Süleyman Hayri, “İnsan Haklarının Felsefi Temelleri”, *YTD*, S:21, 1998, s. 121.

⁵¹ GÖKPINAR, Mahmut, “Bir Kavram Olarak İnsan Hakları ve Çeşitli Açılardan Sınıflandırılması”, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2015-120-1507>, (Erişim Tarihi:10/11/2017), s.14.

⁵² GÖREN, Zafer, *Anayasa Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 351.

gelmiş ise de söz konusu sürecin asıl önemli ayağı, Fransız Devrimi ve onun neticesinde ortaya çıkan 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisidir.⁵³

İnsan hakları, temel hak ve özgürlüklerden farklılık göstermektedir. İnsan hakları, herkese karşı ileri sürülebilen olağanüstü hallerde dahi askıya alınamayan nitelikte mutlak haklar iken; temel hak ve özgürlükler, bu nitelikte değildir. Bunların büyük bir kısmı, özellikle de ekonomik ve sosyal haklar ile siyasal haklar bir anayasada düzenlendikleri oranda ve ölçüde ileri sürülebilir.

Devletin amaçları; insanın fiziksel, sosyal, kültürel ve zihinsel refahına bir şekilde hizmet ettiği süre ve ölçüde meşrudur. Bu sebeple, insanın sadece devlet gücüne karşı korunmasının insan onuru bakımından çok fazla bir anlam ifade etmemektedir. İnsan onurunun korunması, sosyal adaletin sağlanması ve insanın içinde bulunduğu sosyo-ekonomik güçlüklerden korunmasını da gerektirir.⁵⁴ İnsan onuru, diğer temel hak ve özgürlüklerin de güvencesidir.

Bireyin yalnızca insan olması sebebiyle sahip olduğu bütün insan hakları, aslında kişinin maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına hizmet etmektedir. Pozitif hukukun üzerinde görülen insan hakları doğal hukuk düşüncesinden pozitif hukuka geçirilmiş haklardır.⁵⁵

B) Temel İnsan Hakkı Olarak Savunma Hakkı

İnsan hakları alanında uzun yıllar yaşanan gelişim ve dönüşüm sürecinin neticesinde ortaya çıkan ve genel olarak demokratik toplumlarda benimsenen ve yazılı anayasaların büyük çoğunluğunda esas alınan sınıflandırma, George Jellinek tarafından ilk baskısı 1893 yılında yapılan “System der subjektiven Öffentlichen” isimli kitabında yer alan, devlet ile birey arasındaki ilişkinin durumuna göre yapılan

⁵³ SANCAR, Mithat, “Hukukun Oluşturulmasında İnsan Haklarının Rolü yada İnsan Hakları ile Pozitif Hukuk Arasındaki İlişki”, içinde: Devlet Aklı Kısacasında Hukuk Devleti, Der.: Mithat Sancar, İletişim Yayınları, İstanbul, 2000, s. 115.

⁵⁴ ERDOĞAN, Mustafa, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Orion Yayınları, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2011, s.52.

⁵⁵ KABOĞLU, İbrahim Ö., **Kollektif Özgürlükler**, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1989, s.21 vd.

negatif statü hakları(koruyucu haklar), pozitif statü hakları(isteme hakları), aktif statü hakları(katılma hakları) şeklinde üçlü kategoridir.⁵⁶

1982 Anayasası da dahil olmak üzere uluslararası sözleşmelerde de genellikle bu sınıflandırma esas alınmıştır.⁵⁷

Pozitif statü hakları, devletin olumlu müdahalesini gerektiren haklar olup, birey bu haklarını; ancak, devletin fiilî müdahalesi ile kullanabilir.⁵⁸ Bu hakların hayata geçmesi için devletin başta sosyal kamu hizmetleri ve sosyal politikaları ile bireyleri kendi haline bırakma yerine, bireyler ile aktif şekilde ilgilenerek, bireylere birtakım fırsatlar sağlayacak faaliyetlerde bulunması gerekir.⁵⁹ Başka bir ifadeyle, söz konusu bu haklar, devlete ve kurumlara belli bir şekilde davranma yükümlülüğü yükleyen hakları ve yetkileri ifade etmektedir. Bu haklar, 1982 Anayasası'nın, "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlıklı bölümünde düzenlenmişlerdir.

Aktif statü haklarının diğer adı katılma hakkıdır.⁶⁰ Bu haklar, bireylerin siyasi hayata katılımını sağlamaktadır. İdeolojik görüşlerini açıklama, örgütlenme, oy kullanma yetkilerini içeren, bu sayede de vatandaşa devlet yönetiminde söz sahibi olma yetkisi veren, devlet karşısında aktif bir konum kazandıran siyasal haklardır.⁶¹ Katılma hakları, genellikle vatandaşlara tanınmış haklar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu yüzdendir ki, anayasalar genellikle katılma haklarının ya tamamından ya da büyük bir kısmından vatandaşı olmayanları yoksun bırakmıştır.⁶²

Negatif statü hakları, devletin birey karşısında bir şey yapma değil yapmama yükümlülüğünü yüklediği haklardır. Devlet, burada negatif bir statüye sahiptir. Devlet müdahale etmediğinde bu haklar zaten gerçekleşecektir. Bu hakların diğer adı ise, klasik haklar veya kişisel haklardır. Bu hak ve özgürlüklerin gerçekleşmesi için devlet, bunlara müdahalede bulunan gerek kendi organlarını gerekse üçüncü kişileri

⁵⁶ ATAR, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza Yayınevi, 5. Baskı, Konya, 2002, s.113.

⁵⁷ İBA, Şeref, **Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar**, Turhan Kitapevi, 2.Baskı, Ankara,2008, s.100.

⁵⁸ ALGAN, s. 38.

⁵⁹ ERDOĞAN, Mustafa, **Anayasal Demokrasi**, Siyasal Kitabevi Yayınları, 3.Baskı, Ankara, 1999, s. 186.

⁶⁰ ALGAN, s.38.

⁶¹ KAPANİ, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları, 7.Baskı, Ankara, 1993, s. 6.

⁶² ERDOĞAN, **Anayasal**, s. 186.

durdurmak dışında herhangi bir eylemde bulunmasına gerek yoktur. Negatif statü hakları, aynı zamanda bireylerin devlet tarafından dokunulamayacak özel alanının sınırlarını da çizmektedir.⁶³

Negatif statü haklarından sayılan adil yargılanma hakkının hayata geçmesi için devletin negatif edimleri dışında, çok sayıda pozitif sorumluluğunun bulunması da gerekmektedir. Yargısal sürece herhangi bir şekilde müdahale etmeme biçimindeki edim, her ne kadar devlet için kaçınma biçiminde karşımıza çıkan negatif bir yükümlülük olsa da, bağımsız ve tarafsız mahkemelerin oluşturulması, ceza infaz sistemlerinin kurulup işletilmesi, maddî durumu elverişsiz olan kişiler için adli yardım sağlanması gibi birçok olumlu edim yerine getirilmeden bireylerin söz konusu haktan yararlanmaları mümkün değildir.⁶⁴

İnsan hakları kavramının pozitif düzenlemeye kavuşması, ulusal ve uluslararası düzenlemeler yapılması, uzun yıllar sürmüştür. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve 16 Aralık 1966 tarihli Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi ile 3 Ocak 1976'da yürürlüğe giren Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi insan haklarının korunmasında faal bir rol oynamamıştır. Bu sebeple insan hakları açısından asıl güvence, 3 Kasım 1953 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile sağlanmıştır. Bu sözleşme, siyasi ve adli özellikleri bulunan Bakanlar Komitesi, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ni de kurmuştur. Bu kurumlar içerisinde adli olanı AİHM'dir. Türkiye Cumhuriyeti Devleti, bu sözleşmeyi 10 Mart 1954'te kabul etmiş, yargılama makamı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargılama yetkisini ise, 22.01.1990 tarihinde tanımıştır.⁶⁵

Yukarıda açıklanan pozitif statü, negatif statü ve aktif statü hakları, hukukumuzda 1982 Anayasa'sının 17 -74 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Ancak, düzenlenen bu hakların sınırsız kullanımı gibi bir durum söz konusu değildir. Bu haklara ilişkin sınırlama rejimi öngörülmüştür. Bu rejimde 1982 Anayasası'nın

⁶³ KAPANİ, s. 6.

⁶⁴ ALGAN, s. 39.

⁶⁵ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.25.

md.13’de düzenlenmiştir. Buna göre temel hak ve hürriyetler Anayasa’nın sözüne ve ruhuna uygun olarak, yalnızca kanunla, Anayasa’nın ilgili maddesinde belirtilen sebeplere dayanılarak, demokratik toplum ve laik Cumhuriyetin gereklerine, hak ve özgürlüklerin özüne dokunmaksızın, ölçülü bir şekilde sınırlandırılabilir.⁶⁶

Savunma hakkı, hukukumuzda aynı zamanda anayasal nitelikte olan bir haktır. Anayasa’nın 36. maddesinde düzenlenmiştir. Bu aşamada Ceza Muhakemesi Kanun’unda öngörülen savunma hakkı kapsamında kalan olan diğer haklara ilişkin yasal düzenlemeleri bu sınırlama rejimi ışığında değerlendirmek gerekmektedir.

ANY md.36 “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”

Maddi gerçeğe ulaşma amacı çerçevesinde, kanun koyucu anayasal ve yasal düzenlemeler yapmak suretiyle yargılama sujesi olan ve savunma makamını teşkil eden şüpheli ve sanığa, belli ana haklar tanımıştır. Bu haklar, hem birbirleri ile hem de savunma hakkı ile ilintilidir. Daha sonra değinilecek olan bu haklar, savunma hakkı olarak açıkça düzenlenmemekle beraber savunma hakkının temelini ve unsurlarını oluşturan haklardır. Bu haklar, aynı zamanda AİHS ve bunun gibi uluslararası belgeler ile de güvence altına alınmış olan haklardır.

C)AİHS Kapsamında Adil Yargılanma ve Savunma Hakkı

04/11/1950 tarihinde Roma’da imzalanan ve 03/09/1953 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (İnsan haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme) ve ek protokolleri, insan haklarına kalite getiren en önemli belgedir. Türkiye Cumhuriyeti bu sözleşmeyi ve eki protokolü 18/05/1954 tarihinde, diğer ek protokollerin pek çoğunu ise değişik zamanlarda onaylayarak iç hukukun parçası haline getirmiştir. Türkiye, AİHS ve eki protokollerini onaylayarak vatandaşları için AİHS standartlarını tanıma yükümlülüğü altına girmiştir.

⁶⁶ GÖZLER, s.124.

Hukuk devleti ilkesi ve demokratik toplum düzeni açısından olmazsa olmaz olan adil yargılanmanın hayata geçirilebilmesi için mutlaklık taşıyan savunma hakkının temelini oluşturan ana haklar şunlardır; bağımsız, tarafsız ve olağan hakim ilkesine uygun mahkemede, makul sürede yargılanma hakkı, hak arama özgürlüğü, masumiyet karinesinden yararlanma hakkı, suçta ve cezada kanunilik ilkesi, işkence ve onur kırıcı davranış yasağı, kanun yollarına başvurma hakkını kapsamaktadır.⁶⁷

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin altıncı maddesinde adil yargılanma hakkının asgari koşulları düzenlenmiştir. AIHS madde 6: “Âdil Yargılanma Hakkı

1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.

3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

- a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;
- b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;
- c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;

⁶⁷ KİBAR, Recep, **Türk Hukukunda Sanık Hakları**, Yetkin Yayınevi, 1997, s.17 vd.

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

e) Duruşmada kullanılan dili anlama dışı veya konuşma dışı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak." Bu düzenleme savunma hakkı kapsamında ayrıntılı bir şekilde aşağıda ele alınmıştır.

1) Kanunla Kurulmuş, Bağımsız ve Tarafsız Mahkemede Yargılanma Hakkı

Mahkeme, davanın taraflarından ve yürütmeden bağımsız, tarafsız ve muhakeme usulü garantisine sahip, kanun ile kurulmuş mercii ifade etmektedir.⁶⁸ Kanun ile kurulmuş olan mahkeme, suç işlenmeden önce kurulmuş, olağan mahkeme manasındadır. Yani mahkemenin faaliyette olduğu, görevinin devam ettiği bir dönem içerisinde suç iddiasına ilişkin yargılama yapacak olan mahkemedir. Olağan mahkeme sayesinde suç isnadı altındaki kişiye, hangi mahkemede yargılanacağını bilgisi önceden verilmiş oluyor, bu şekilde kişilere hukuki güvence sağlanıyor.⁶⁹

Tabii hakim ilkesini içerisinde barındıran mahkemelerin, kanun ile kurulmuş olmaları, görev ve yetkilerinin önceden belirlenmiş olması, uygulanacak belirli muhakeme usullerinin bulunması, olaya veya kişiye özel yani olağanüstü mahkemelerin oluşturulmasının önünü kapatmıştır.⁷⁰

Bağımsız mahkeme, yargı erkinin yasama ve yürütme erkleri karşısında işlevini tam olarak yerine getirebilmesi için yargılama makamını işgal eden yargıçların bağımsız olmaları ve güvencelerle donatılmış olmaları gerekmektedir. Aksi bir durumda en ufak müdahale adaletin tesisine büyük zarar verecektir.⁷¹

⁶⁸ AKILLIOĞLU, Tekin, "İnsan Hakları ve Yönetmelik Yargı Yöntemimiz", II.Ulusal İdare Hukuku Kongresi Bildiri Özetleri 10-14 Mayıs 1993, Danıştay Yayınları N:55, Ankara, 1993, s.119.

⁶⁹ ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, "Avrupa İnsan Hakları Anayasasına Doğru", AÜSBFD, Yıl:1991, C:46, S:1, s.49.

⁷⁰ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.280.

⁷¹ ÖZEN, Muharrem, "Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri", ABD, Yıl: 68, S:2010/1, s.31.

Yargı bağımsızlığı ilkesi, yargı merciinin bakmakta olduğu uyuşmazlık hakkında herhangi bir gücün doğrudan veya dolaylı etki, teşvik, tehdit, baskı ve müdahalesine maruz kalmadan maddi vakıalara ve hukuka dayanarak tarafsız bir şekilde karar vermesini ifade eder.

Mahkemelerin bağımsızlıklarının değişik boyutları bulunmaktadır. Bu boyutlar, yargı organının diğer devlet erklerine karşı bağımsızlığını ifade eden “dış bağımsızlık” boyutu, yargıçların meslektaşlarının etkilerinde kalmaması ifade eden ise “iç bağımsızlık” boyutunu oluşturmaktadır. Başka bir boyutu ise, hakimlerin ayrı ayrı “bireysel bağımsızlık”ları boyutu ile bir kül halinde yargının “kurumsal bağımsızlık” boyutudur.⁷² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mahkemelerin bağımsızlığı ile ilgili olarak yapmış olduğu incelemelerde mahkeme üyelerinin atanma ve görevden alınma şekli, başkaca herhangi bir makamın emir ve talimatlar verip vermediğini incelemektedir.⁷³

Yargı bağımsızlığının ve tabii hakim ilkesinin temel gayesi yargı erkinin tarafsızlığını temin etmektir. Mahkemelerin tarafsızlığı, hakimlerin yargısal görevlerini ifa ederken önyargısız şekilde tarafların lehine ve aleyhine herhangi bir duygu ve düşünce oluşturmada inanç, dünya görüşü gibi kişisel niteliklerinden sıyrılarak tamamen hukuk kuralları çerçevesinde karar vermesini ifade eder. Tarafsızlık sadece hakimnin vermiş olduğu karar açısından değil aynı zamanda hakimnin kararına giden süreçte yani yargılama sürecinde de tarafsız olmasını kapsamaktadır.

AİHM kararlarında tarafsızlık kavramı, objektif ve sübjektif olmak üzere iki ayrı perspektifle ele alınmaktadır. Sübjektif tarafsızlık; yargıcın, kişi olarak şahsi tarafsızlığını ifade ederken, objektif tarafsızlık ise kurumsal olarak mahkemenin hak arayanlara güven veren tarafsız bir görünüme sahip olmasını ifade etmektedir.⁷⁴

⁷² GÖNENÇ, Levent, “Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı Anayasa Çalışma Metinleri 3, http://www.tepav.org.tr/upload/files/1299851562-0.Yarginin_Bagimsizligi_ve_Tarafsizligi.pdf, İstanbul Zirve Raporu, (Erişim Tarihi:12/03/2018), s.3.

⁷³ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.281.

⁷⁴ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, ss.282-283.

“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6’ncı maddesinin 1’inci fıkrası bakımından tarafsızlığın varlığı, bir davada belirli bir hâkimin kişisel kanaatlerini belirleme çabası şeklindeki sübjektif test ile bir yargıcın tarafsızlığından haklı kuşku duyulmasına engel olan yeterli güvencelere sahip olup olmadığının belirlenmesi şeklindeki objektif teste göre saptanmalıdır. Sübjektif testle ilgili olarak, başvuru komisyon veya mahkeme önünde, söz konusu hâkimlerin kişisel tarafsızlıkla hareket ettiklerini iddia etmemiştir. Herhalükarda, aksine kanıt bulunmadıkça, bir hâkimin kişisel tarafsızlığının bulunduğu varsayılmalıdır; mevcut olayda da böyle bir kanıt yoktur. O halde geriye, objektif testin uygulanması kalmaktadır. Objektif test bakımından ise, hâkimin kişisel tutumundan farklı olarak, kendisinin tarafsızlığı hakkında kuşku uyandıracak belirli olguların bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir. Bu noktada, görüşler bile önemli olabilir. Tehlikede olan şey, demokratik bir toplumda mahkemelerin halka ve her şeyden önce bir ceza davası söz konusu olduğunda sanığa vermek zorunda oldukları güven duygusudur. Bu nedenle, hakkında tarafsız olmadığından kaygı duymak için haklı bir sebep bulunan bir hâkim, davadan çekilmelidir. Bu durum, belirli bir davada, bir hâkimin tarafsız olmadığından kaygılanmak için haklı bir sebebin bulunup bulunmadığına karar verirken, sanığın bakış açısının önemli olduğunu, fakat belirleyici olmadığını ima etmektedir. Belirleyici olan şey, bu kaygının objektif olarak haklı görülüp görülemeyeceğidir. Mevcut davada, tarafsızlık bulunmadığına dair kaygı, dava mahkemesine başkanlık yapan İl Mahkemesi hâkiminin ve üst mahkemenin kararına katılmış olan Yüksek Mahkeme hâkimlerinin, olayı daha önceki bir aşamada ele almış olmalarına ve soruşturma döneminde başvuru hakkında bazı kararlar vermiş olmalarına dayandırılmıştır. Bu tür durumlar, sanığın, hâkimin tarafsızlığından kuşku duymasına sebep olabilir; bu kuşkular anlaşılabilir niteliktedir; fakat yine de bunlar, objektif açıdan haklı görülme zorunda değildir. Haklı görülüp görülmeyecekleri, her olayın kendi şartlarına bağlıdır.”⁷⁵

Hakimin tarafsızlığı, bağımsızlığından daha geniş bir anlam içermektedir. Şöyle ki: hakim, baskı altına alınmasına sebep olacak dış etkenlerden soyutlanmış

⁷⁵ 24 Mayıs 1989 tarihli Hausschildt/Danimarka kararı, parag.46-49, AİHM İçtihatları, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id0187,26.01.2014>. (Erişim Tarihi:23/03/2018)

olsa bile kendi ideolojik görüşü, duygu, düşünce, önyargı vb. diğer kişisel nedenlerle taraflı davranabilir. Bu sebeple; bağımsızlığı sağlanmış olan her mahkeme aynı zamanda tarafsızdır demek mümkün değildir; ancak, bağımsız olmayan bir mahkemenin de tarafsız olması mümkün değildir. Hakimin bağımsızlığı sağlanamadığında bağımsız olmasını engelleyen faktörler lehine karar vermesi sonucu doğacaktır. Bu sebeple tarafsızlığın ön şartı bağımsızlıktır.⁷⁶

2) Makul Sürede Yargılanma Hakkı

AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen “Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili nizalar, gerekse kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan... bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde... görülmesini istemek hakkına sahiptir.” şeklindeki düzenleme ile getirdiği makul sürede yargılanma, adil yargılanma hakkının en önemli unsurlarından bir tanesidir.

Makul süre, AİHS 6. md düzenlenmiş olmakla beraber açık bir tanım yapılmamıştır; ancak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun vermiş olduğu kararlarda açık bir tanım yapılmamakla beraber makul sürenin somut olaya, dosyaya göre farklılıklar göstereceğinden bahsetmektedir.⁷⁷ Davanın niteliğine göre yargılamanın uzun sürmesi makul süre içerisinde kalabileceği gibi bazı hallerde iki yıl veya altında kalan bir zaman zarfında karar verilmiş olması da makul süreyi aşabilmektedir⁷⁸.

Yargılamanın makul süre içerisinde bitirilmesi toplumun yargıya olan güveninin artmasına, yargılamanın sürüncemede kalmadan adaletin gecikmeksizin tesisinin sağlanmasına, mağdurun daha da mağdur olmasının önüne geçilmesine hizmet etmektedir.

AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen makul sürede yargılanma hakkının hayata geçirilebilmesi için AİHS taraf devletlere, kendi iç hukuklarında yasal

⁷⁶ İNCEOĞLU, Sibel, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında –Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler**, 4.Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, Mart 2013, s.228.

⁷⁷ İNCEOĞLU, s. 380 vd.

⁷⁸ TURAN, Hüseyin, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları İçtihatlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı”, **TAAD**, Yıl: 3, S:11, Ekim 2012, s.51.

düzenlemeler yapma, yeterli sayıda mahkeme kurma ayrıca yeteri kadar yargıç görevlendirme vb. yükümlülükler yüklemektedir.⁷⁹

Makul süre kavramı, her somut olayın özelliklerine değişiklik göstermektedir. Bu sebeple standart bir makul sürenin belirlenmesi mümkün değildir. Makul süre, yargılamaların ne pahasına olursa olsun hızlı bir şekilde karara bağlanmasını hedefleyen bir ilke değildir. Makul sürede yargılanma, delillerin hakkaniyete uygun değerlendirilmesine de imkan sağlamaktadır.

Makul süre içerisinde soruşturması ve kovuşturması tamamlanamayan yargılamalarda sağlıklı karar çıkma ihtimalinin daha zor olduğu açıktır; zira, tanıklar şahit oldukları olayın üzerinden geçen zaman zarfında olayın ayrıntılarını unutabilmekte veya hafızaları zayıflayabilmekte, ölmekte ya da bunlar gibi başkaca da delillerin kaybolması veya bozulması gibi olumsuz durumlar doğabilmektedir.⁸⁰

Yargılamaların makul süre içerisinde tamamlanması suçsuzluk/masumiyet karanesi, kişi özgürlüğü ve kendini savunma hakkı ile doğrudan bağlantılıdır. Şöyle ki; suç isnadı altında bulunan kişinin, suçsuz olma ihtimali bulunduğu uzunca süre belirsiz durum içerisinde bırakılmaksızın, savunma hakkını bir an evvel kullanmasına imkan tanınarak dosyanın karara bağlanması sağlanacaktır. Bu sayede sanık tutuklu yargılanıyorsa daha tez zamanda serbest kalacak, suçsuz olduğu anlaşılan sanıkta aklanacak, suçlu ise de ceza verilerek adaletin gecikmeksizin tesisini sağlanacaktır.⁸¹ Ceza adaletinin kalitesi ve etkinliği açısından makul sürede yargılama olumlu sonuçlar doğuracak bu sayede kamu yararı da sağlanmış olacaktır.

Makul sürenin nasıl belirlenmesi gerektiği sorunsalına değinecek olursak eğer makul sürenin tespiti için sürenin başlangıç ve bitiş tarihlerini tespit etmek gerekecektir. Ceza davalarında bir kişinin suç işlediği yönünde şikayet veya ihbar üzerine devlet organlarınca yapılan soruşturma ile süre başlamakta mahkemece yapılan yargılama neticesinde verilen kararın kesinleşmesi ile de sona ermektedir.

⁷⁹ KAŞIKARA, M.Serhat “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesi Çerçevesinde Makul Süre İçerisinde Yargılanma Hakkı”, **TBB Dergisi**, 2009, S:84, s. 231.

⁸⁰ Uluslararası Af Örgütü, **Adil Yargılanma Hakkı**, çev: TAMER, Fadıl Ahmet /KAPLAN, Erol, 1.Baskı, İstanbul, 2000, s.202.

⁸¹ TURAN, s.55.

Mahkemenin kararı, verildiği anda kesin ise, o anda kesin değil ise, kanun yoluna başvurma imkanı varsa kanun yoluna başvurmak için gerekli olan süre geçmişse sürenin sona erdiği anda eğer süre geçmeden kanun yoluna başvurulmuşsa kanun yolu incelemesi neticesinde verilen karar ile kesinlik kazanarak süre tamamlanmış olur. Yani karar nihai kesin hale geldiğinde sürenin işleyişi sona ermektedir. Kanunun Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası üzerine gerçekleştirilen somut norm denetiminde geçen süre davanın esasını ilgilendiren bir husus olmadığı için makul süreye dahil edilmemektedir.⁸²

Makul süre her davanın özelliğine göre farklılık göstermektedir. AİHM makul süreyi tespit ederken şu üç ölçütten yararlanmaktadır. Bunlar; davanın niteliği, şikayet sahibinin tutum ve davranışları ve adli ve idari makamların tutum ve davranışlarıdır. Davanın niteliği, dava konusu, tarafların sayısı, dava ile ilgili delillerin elde edilmesindeki güçlükler, sanıklara isnat edilen suç sayısı, suçun niteliği, ağırlığı, dinlenmesi gereken tanık sayısı, davanın bütün aşamaları makul sürenin değerlendirilmesinde rol oynamaktadır.⁸³

Yargı makamları üzerlerine düşen sorumlulukları yerine getirmelerine rağmen yargılama yine de uzamış olabilir. Bu sebeple dava öngörülen sürede bitirilmemiş olabilir. Bu yargı sistemindeki sıkıntılardan da kaynaklanabilmektedir. Şöyle ki; hakim, savcı açığı, personel istihdamı noktasında yaşanan sıkıntılar, iş yoğunluğu, mahkemelerin sayısal olarak azlığı gibi faktörler etkili olabilmektedir. AİHM, yargılamanın makul süre içerisinde bitirilememesi halinde iş yükü fazlalığını, hakim, savcı ve personel açığını gerekçe olarak kabul etmemektedir.⁸⁴

⁸² TURAN, s. 55 vd.

⁸³ TURAN, s.60.

⁸⁴ TURAN, s.66.

3)Yargılamanın Aleni ve Duruşmalı Olması

Yargılamanın şeffaf olması, demokratik toplumun unsurlarından olan adil yargılanma ilkesinin bir gereğidir.⁸⁵ Aleniyet iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Birincisi; duruşmaların aleni olması, ikincisi; kararın aleni olmasıdır.

Duruşmaların aleni olması, kişilere karşı bir özellik ayırımına gidilmeksizin herkesin duruşmaya girebileceği ve duruşmaları dinleyebileceği bir ortamı ifade eder. Bununla duruşmaların daha sağlıklı, kararların da daha adil olmasına imkan sağlamaktadır. Yargılamanın aleni olması, muhakeme faaliyetlerinin kamu tarafından denetlenmesini mümkün kılmakta ve halkta da genel hukuk bilincinin oluşmasını sağlamaktadır. Bu sayede hakimlerin keyfi davranışlarını önlemekte ve tarafsızlığı sağlamaktadır.

AIHS 6.md: “ ...açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.” Kural, yargılama faaliyetlerinde alenilik olmasına rağmen bazı durumlarda duruşmaların gizli yapılmasında hem kamunun hem de davaya katılanların yararları söz konusu olabilmektedir. Küçüklerin korunması, özel hayatın gizliliği, adaletin selameti hallerinde açıklık ilkesine uyulmayabilir; ancak, bu gibi özel hallerde bile nihai karar açık oturumda verilecektir. Bu açıklık ile kastedilen verilen kararın mutlaka ilgililere tefhim edilmesi değil duruşmaların kamuya açık olması yani isteyen herkesin duruşmaları izleyebilmesidir. AIHS 6/1 maddesinde düzenlenen genel ahlak, kamu düzeni, ulusal güvenlik mahkeme salonlarının disiplini açısından ve küçüklerin çıkarlarının veya

⁸⁵ ALTIPARMAK, Cüneyd , “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6.Madde Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları”, **TBB Dergisi**, S: 63, 2006, s. 255.

tarafların özel yaşamlarının korunmasının gerektiği hallerde aleniyetin kaldırılması mümkündür.⁸⁶

AİHM, esasen ilk derece mahkemelerinde yapılan yargılamaların aleni olmasına önem vermekte sonraki aşamalarda aleniyet ilkesinin uygulanmasının denetimini yumuşatmaktadır. Yargı yollarında eğer sanığın sorumluluğunun tespiti gerekiyorsa duruşmalar yine aleni olmalıdır.⁸⁷

Aleniyet ilkesinin ihlal edilmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce kesin adil yargılanma ilkesine aykırılık olarak kabul etmektedir. Bu konu ilişkin AİHM'in, Axen- F. Almanya Cumhuriyeti Kararı'nda şöyle değinmiştir: “Adli kurumların baktığı davaların altıncı maddede söz edilen kamusal niteliği davacıları adaletin gizlice, kamuoyu denetimi olmasızını idaresine karşı korur, ayrıca gerek üst gerekse alt mahkemelere güvenin devamını sağlayan bir yöntemdir. Adaletin idaresini görür kılarak, kamuya açmak altıncı maddenin hedeflerinden birinin, yani adil yargılanmanın başarılmasına katkıda bulunarak, Sözleşme kapsamında tüm demokratik toplumların temel ilkelerinden biri olan bu garantiyi sağlar.”⁸⁸

4)Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkı

AİHS madde 6 “Herkes davasının... hakkaniyete uygun... görülmesini isteme hakkına sahiptir.” şeklinde düzenlenen hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, Sözleşme'nin güvence altına alındığı en önemli ilkelerden bir tanesidir.

Adil yargılanma ilkesi, genel mahiyette olan bir ilkedir, hakkaniyete uygun yargılanma da bu ilkenin temelini oluşturmaktadır. Adil yargılanma ilkesinin en temel amacı, adaletin tesisini sağlamak aynı zamanda davanın tarafları arasında ve toplumda barış ve hukuk güvenliğini sağlamaktır.

Adil yargılanma ilkesinin yukarıda açıklanan unsurları aslında hakkaniyete uygun yargılanmanın gerçekleştirilmesine aracı olmaktadır. Hakkaniyete uygun yargılama AİHM tarafından hem medeni yargılamalarda hem de ceza

⁸⁶ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, ss.289-290.

⁸⁷ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.289.

⁸⁸ ALTIPARMAK, s.257.

yargılamalarında uygulanan ancak açıkça tanımlanmış bir kavram değildir. Mahkemenin somut olaya göre değerlendirme yaptığı genel soyut bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

AİHS md.6/3 “Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

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

c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;

e) Duruşmada kullanılan dili anlama dışı veya konuşma dışı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak." Şeklindeki AİHS 6/3'te ki düzenleme ile sanık haklarını içeren, sadece yol gösterici nitelikte olan hüküm, hakkaniyete uygun bir yargılamanın her zaman yeteri kadar şartlarını karşılamamaktadır.⁸⁹ Ancak genel olarak yerel mahkemelere ulaşabilme, bu mahkemeler önünde bizzat veya temsilci yoluyla iddia ve savunmada bulunma, mahkemece yapılan usuli işlemlerinden haberdar olma bu işlemlere silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri ışığında katılabilmek haklarını ve mahkeme kararlarının gerekçeli olmasının gerekliliği, davayı bitiren nihai karar olan hükmün açık olarak tefhimi, ilk derece mahkemesi kararlarının üst dereceli mahkemeye kanun yolunu kullanmak suretiyle taşıyabilme haklarını içermektedir.⁹⁰

Hakkaniyet uygun yargılamanın gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti açısından mahkeme kararlarının gerekçeli olması hayati önem taşımaktadır. AİHM kararlarına bakıldığında da mahkeme kararlarının gerekçeli olması demokratik

⁸⁹ YEŞİLOVA, Bilgehan, “Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği”, **TBB Dergisi**, S: 86, 2009, s.60.

⁹⁰ CEBRE, Ayvaz, “Hak Arama Yolları ve Adil Yargılanma Hakkı”, **TAAD**, Yıl:2, C:1, S:5, 20 Nisan 2011, s.393 vd.

toplum düzeninin gereklerinden olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Mahkeme kararlarının gerekçeleri olması hem medeni yargılamada hem de ceza yargılamasında davanın taraflarının mahkemenin neden o şekilde karar verdiği noktasında tatmin olmalarını sağlamaktadır. Tatmin olmayan tarafında mahkemenin kararını bir üst dereceli mahkemeye taşınmasına hizmet etmektedir. Aynı zamanda denetim makamının kararın doğruluğunun tartışabilmesi açısından da önem taşımaktadır. Bu sayede mahkemece gerekçesiz veya yetersiz gerekçe ile keyfi, tutarsız, taraflı karar verilmesinin önüne geçilmektedir.

Susma ve kendi aleyhine delil sunmama hakkı da savunma hakkı kapsamında olup hakkaniyete uygun yargılamanın unsurları içerisinde bulunmaktadır.⁹¹

Hakkaniyete uygun yargılamayı sağlayacak unsurlardan birisi olan silahların eşitliği ilkesi ise; AİHS’nde yargılama makamları önünde eşit muamele görme hakkı şeklinde somut bir hüküm yer almamaktadır. Bu husus AİHS’nde açıkça düzenlenmemiş olsa bile, AİHM içtihatları ve hakkaniyete uygun yargılanma hakkının doğası gereği zımnen hakkaniyete uygun yargılanma hakkına dahil olduğu kabul edilmektedir.

Silahların eşitliği, eşitlik ilkesi ile hukuki dinlenilme hakkının kesiştiği bölgenin adıdır. Böyle olunca da hukuki dinlenilme hakkı (hak ve yükümlülükler açısından davanın tarafları arasında tam bir eşitlik ve dengenin yargılamanın başından sonuna kadar sağlanması) silahların eşitliği ilkesinin zorunlu bir ögesi olarak karşımıza çıkar. Gerektiği gibi icra edilen hukuki dinlenilme hakkı da silahların eşitliği ilkesinin hayata geçmesine imkan sağlar.⁹²

D) AİHM Kararlarında Savunma Hakkı

1) Genel Olarak

Savunma hakkı, yargılama hukuklarına yön veren temel haklardan birisi olup bu hakkın hukuka aykırı şekilde kısıtlanması insan hakkı ihlali olacaktır. Ceza

⁹¹ BERKİ, M.Nedim, “Gerekçeli Karar Hakkı”, **ABD**, 2014/3, s.209 vd.

⁹² YEŞİLOVA, s.60.

yargılamasının amacı, maddi gerçeğe ulaşmaktır. Ne pahasına olursa olsun ulaşılan gerçeğe değil sanığa tanınmış hak ve yetkileri gerektiği gibi kullanması sonucunda ulaşılan gerçeğe önem verilmektedir.⁹³

Bu açıdan AİHS 6/2 ve 6/3 maddeleri büyük öneme sahiptir. AİHS md.6/2 “Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.” şeklindeki düzenleme ile suçsuzluk karinesine yer vermiştir. Diğer yandan da AİHM içtihatları ile bu karinenin içerisi doldurulmaya çalışılmış bu sayede soyut olmaktan çıkarılıp etkin hale getirilmiştir.⁹⁴

Masumiyet karinesi, suç şüphesi altında bulunan kişinin, isnat edilen suç işlemeyip işlemediği adil yargılanma neticesinde verilen kesin hükümle ile belirleninceye kadar suçsuz kabul edilmesine denilmektedir.⁹⁵ Suçsuzluk karinesi diğer adıyla masumiyet karinesi, masum olan kişilerin asla mahkum edilmeyeceği anlamına gelmemektedir. Ne yazık ki masum olan kişilerinde mahkum edilme olasılığı her zaman vardır; çünkü, ispatta temel amaç mutlak gerçek değil maddi gerçektir. Masumiyet karinesi, esasen ispat yükü ile alakalıdır. Kimseden işlemediği bir suçu (olumsuz bir durumu) ispat etmesi beklenemez. Asıl olan kişinin suçsuz olmasıdır.⁹⁶

Suçsuzluk karinesi ile ilgili olarak AİHM vermiş olduğu önemli kararlardan bir tanesi de Minelli Davasıdır.(Minelli judgment, 25 March 1983, series A, vol. 62, para. 30-37.) Bu davada AİHM yerel mahkeme tarafından zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle sanığa savunma hakkı vermeksizin işin esasına girmeden sanığı suçlu bulmayarak ve fakat muhakeme masraflarından bazılarını ödemeye ve karşı tarafın yaptığı takip masraflarını tazmin etmeye mahkum ederek. AİHS 6/2 md. tesis edilen düzenlemeye aykırı davrandığına bu maddenin ceza davasının tamamına uygulanması gerektiğini vurgulamıştır. Yargılamanın sonunda verilen hükmün veya

⁹³ ÜZÜLMEZ, İlhan, “Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları”, **TBB Dergisi**, S:58, 2005, s.41.

⁹⁴ ATLIHAN, Özen, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Adil Yargılanma Hakkının Temel Unsuru Olarak Masumiyet Karinesi”, **AÜEHFD**, C.VIII, S.3-4(2004), s. 291.

⁹⁵ MEMİŞ, Pınar, **Adil Yargılanma Hakkının Unsuru Olarak Masumiyet Karinesi**, Galatasaray Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul , Ocak 2003,s.4.

⁹⁶ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.296.

davanın esasına girilip girilmemesinin, suçsuzluk karinesinin daha önceki bir aşamada ihlal edilmesini haklı kılmayacağını ifade ederek, sözleşmeye taraf devleti mahkum etmiştir.⁹⁷

AİHM'nin masumiyet karinesinin Sözleşme'nin md.6/2'de düzenlemeden doğan sonuçlara göre ilişkin ürettiği içtihadi standartlar; şüpheden sanık yararlanır ilkesi (In Dubio Pro Reo), susma hakkı ve kendi aleyhine delil vermeye zorlanamama ilkesi (nemo tenetur)dir.

Şüpheden sanık yararlanır ilkesi; bir suçlunun cezasız kalmasının, bir suçsuzsun mahkum olmasına tercih edilmesidir. Özellikle, suçun unsurları açısından şüphe büyük önem taşımaktadır. Şüphe yenilemezse o zaman sanık hakkında beraat kararı verilecektir. Şunu da belirtmek gerekir ki, şüpheden sanığın yararlanması sadece suçun unsurları açısından değil aynı zamanda hukuka uygunluk nedenleri, objektif cezalandırılabilme koşulları, cezayı ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenler açısından da geçerlidir.⁹⁸

Diğer yandan sanığın susma hakkı vardır. Bu sebeple ceza muhakemesinde kendi suçsuzluğunu ispat etmek zorunda kalmayacaktır. Yani ceza yargılamasında sanığın aktif rol alması beklenmeyecek, sanık gerek soruşturma aşamasında gerekse kovuşturma aşamasında kendisine sorulan soruları cevapsız bırakabilecektir. Bu durum ikrar olarak kabul edilemeyecektir. Bu sanık için koruyucu bir haktır⁹⁹.

Masumiyet karinesi, suç şüphesi altında bulunan kişinin, isnat edilen suç işleyip işlemediği adil yargılanma neticesinde verilen kesin hükümle ile belirleninceye kadar suçsuz kabul edilmesine denilmektedir.¹⁰⁰ Suçsuzluk karinesi diğer adıyla masumiyet karinesi, masum olan kişilerin asla mahkum edilmeyeceği

⁹⁷ FEYZİOĞLU, Metin, “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/293/2671.pdf>, (Erişim Tarihi: 27/03/2018), s.151 vd.

⁹⁸ ATLIHAN, Özen, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Adil Yargılanma Hakkının Temel Unsuru Olarak Masumiyet Karinesi”, AÜEHFD, C:8, S:3-4, 2004, s.296.

⁹⁹ DÖNMEZER, Sulhi, “Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1998, ss.67-74.

¹⁰⁰ MEMİŞ, Pınar, **Adil Yargılanma Hakkının Unsuru Olarak Masumiyet Karinesi**, Galatasaray Üniversitesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Ocak 2003, s.4.

anlamına gelmemektedir. Ne yazık ki masum olan kişilerinde mahkum edilme olasılığı her zaman vardır; çünkü, ispatta temel amaç mutlak gerçek değil maddi gerçektir. Masumiyet karinesi, esasen ispat yükü ile alakalıdır. Kimseden işlemediği bir suçu (olumsuz bir durumu) ispat etmesi beklenemez. Asıl olan kişinin suçsuz olmasıdır.¹⁰¹

AİHS'nin suçsuzluk karinesinin düzenlendiği fıkrasından sonra, sadece asgari şartları gösterir şekilde, suç isnadı altında bulunan kişinin sahip olduğu haklar düzenlenmiştir.

AİHS 6/3 md.“ Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

- a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;
- b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;
- c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;
- d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;
- e) Duruşmada kullanılan dili anlama dışı veya konuşma dışı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak."

2)Kendisine Yöneltilen Suçlamanın Niteliği ve Nedeninden En Kısa Zamanda, Anladığı Bir Dilde ve Ayrıntılı Olarak Haberdar Edilme Hakkı

AİHS md. 6/3-a'da düzenlenen bu hak, hem isnada ilişkin maddi olaylar ile ilgili eksiksiz ve ayrıntılı şekilde bilgi verilmesini hem de isnada dair kanundaki hukuki sınıflandırmanın açık şekilde bildirilmesini kapsamaktadır. Buna ilişkin AİHM'nin birçok kararı bulunmaktadır. Örneğin; Mattoccia / İtalya, 23969 / 94, 25

¹⁰¹ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.296.

Temmuz 2000, De Salvador Torres / İspanya 19160 / 91 10 Şubat 1995, De Salvador Torres / İspanya 19160 / 91 10 Şubat 1995.¹⁰²

Adil yargılamanın sağlanabilmesi için hem soruşturma hem de kovuşturma evresinde suç şüphesi altında bulunan kişinin sürece aktif katılımının sağlanması gerekmektedir. Sanığın, yargılamanın kovuşturma aşamasında faal olabilmesi ancak duruşmalara çağırılması ve etkin bir şekilde katılımının sağlanması ile mümkün olabilecektir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi cinsel taciz suçuna ilişkin yürütmüş olduğu ceza yargılamasında, sanığın savunmasını tek başına yürütebilecek seviyede akıl sıhhatine sahip olmamasına rağmen, tek başına yargılamaya katılmak durumunda kaldığını belirten başvurucunun davasında, sanığın duruşmaya çağırılmasının tek başına yeterli olmadığını, sanığın savunmasını tek başına yapamayacak durumda olduğunun açık olduğu hallerde adalet için bir avukatla temsilinin sağlanması gibi savunma haklarının ihlâl edilmesini önleyecek ek tedbirlerin alınmasının gerekli olduğuna hükmetmiştir (bkz. Vaudelle / Fransa, No.35683 / 97, prgf. 65).¹⁰³

Ceza kovuşturmasında iddianamenin tebliğ edilmesi ile sanığın yazılı bir şekilde suçlamaların maddi ve hukuki temellerinden resmi olarak haberdar edildiği, kabul edilmektedir. Yargılama sırasında suçun hukuki niteliğinin değişmesi halinde de sanığa yöneltilen suçlamanın değişen hukuki niteliği ve nedenleri hakkında bilgi verilmesi gerekmektedir.¹⁰⁴ Bu bildirimin özel bir şekilde yapılmasına gerek yoktur. Önemli olan bildirimin sanık tarafından anlaşılabilir şekilde ve zamanda anlayacağı dilde yapılmış olmasıdır. Bu durum dosyanın tamamının sanığın anlayabileceği bir dile çevrilmesi zorunluluğunu gerektirmemektedir.¹⁰⁵

¹⁰² CENGİZ, Serkan ve Diğerleri, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, TBB Yayınları, Kasım 2008, Ankara, s.171.

¹⁰³ CENGİZ ve Diğerleri, s.172.

¹⁰⁴ ÇELİK, Abdullah, **Adil Yargılanma Hakkı Rehberi**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2014, s.164 vd.

¹⁰⁵ (Kamasinski/Avusturya-19.12.1989) Aktaran, GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.300.

Sanığa yüklenen suç hakkında bilgilendirme yapılırken bu bilgilendirmenin kovuşturmayla geçildiği an derhal yapılması gerekmekte en geç ise sanığın hakim karşısına çıktığı anda yapılmalıdır.¹⁰⁶

Bildirimin içeriğinde şu dört unsurun bulunması gerekir: isnadın mahiyeti ve sebebi, açık bir izah tarzı, sanığın anladığı dilde yapılması, en kısa zamanda bildirim özelliklerini taşıması gerekmektedir.¹⁰⁷

Sanık suç işlemediğini ya da hakettiği cezadan daha az ceza alması gerektiğini, olayda hukuka uygunluk sebebinin, haksız tahrik vb. hukuki nedenlerin olduğunu ileri sürebilmesi için sanığın kendisine isnat edilen suçu bilmesi gerekmektedir. Savunma makamının yani şüphelinin/sanığın hakkındaki suçlamayı öğrenmesi gerekmektedir.

3)Savunmanın Hazırlanması İçin Gereken Zaman ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı

a) Savunma İçin Yeterli Zaman ve Kolaylığın Sağlanması

AİHS 6/3-b’de şüphelinin/sanığın savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olması şeklindeki düzenleme yeterli zamanın ve imkanın sağlanmasını güvence altına almaktadır. AİHM’nin makul olması şartıyla bu hak ile ilgili bazı sınırlamaları kabul ettiği görülmektedir. Sadak ve arkadaşları başvurusunda AİHM ek savunma için süre verilmemesini, AİHS md.6/3-b bendinin ihlâli olarak görmüş, aynı zamanda savunmayı yapabilmesi için kolaylık sağlanmadığından bu maddenin de ihlâl edildiğine karar vermiştir.¹⁰⁸

Yeterli zaman ile kastedilen sanığın veya müdafinin savunması için zorunlu hazırlıklarını yapabilmesi için gerekli olan zamandır. Zamanın yeterli olup olmadığı somut olayın özelliğine göre değerlendirilerek sürenin savunma hakkını olumsuz yönde etkileyip etkilememesine bakılmaktadır. Dava konusu ve davanın özellikleri, olayın karmaşıklığı, dosyada tutuklama olup olmaması, sanığın içerisinde bulunduğu

¹⁰⁶ (Kremzow/Avusturya -21.09.1993) Aktaran, GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.300.

¹⁰⁷ ALTIPARMAK, s. 261.

¹⁰⁸ ALTIPARMAK, s. 259.

özel durum vs. gibi durumlar göz önüne alınarak değerlendirilecektir. Buna örnek olarak AİHM'nin Öcalan/Türkiye kararı karşımıza çıkmaktadır. Bu karar "... başvurucunun avukatları Devlet Güvenlik Mahkemesi'ndeki duruşma başlamadan yaklaşık iki hafta önce 17000 sayfalık dava dosyasını almışlar ve ziyaretlerin sayısı ve süresine getirilen kısıtlamalar başvurucunun avukatlarına dosyadaki belgeleri 02/06/1999 tarihinden önce müvekkillerine anlatmaları veya müvekkillerini dosyanın incelenmesine dahil etmelerine imkan vermediği için, savunmanın hazırlanmasını güçleştiren bir durumla karşılaşmışlardır. ..." şeklindedir.¹⁰⁹ Bu hüküm yalnızca sanığı değil sanığın avukatını da korumaktadır.¹¹⁰

AİHS 6/3-b'de savunma için yeterli zamanı düzenlerken aynı zamanda kolaylık sağlanması gerekliliğini de düzenlemektedir. Bu kolaylık hem soruşturma aşamasında hem de kovuşturma aşamasında dosyaya kolaylıkla ulaşma hakkını içermektedir.

AİHS'de açıkça sanığın veya müdafinin dosyayı inceleme hakkına ilişkin düzenleme yer almamaktadır. AİHM bu durumu AİHS 6. maddesi kapsamında değerlendirmektedir. AİHM Lamy ve Belçika kararında soruşturma boyunca müdafinin dosyayı inceleyememesinin ve hakimın tutuklama kararı verdiği dosyada müdafinin dosyayı inceleyememesi AİHS 6.md ihlali kabul etmiştir, yine savcının bazı delilleri savunma ve yargılama makamına göstermemesinin adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul etmiştir.

Bazı soruşturmalarda kişilerin veya kamunun yararının gerekli kılması halinde bazı bilgi ve delillerin savunma makamından gizlenmesi dosyaya erişim hakkının kısıtlanması mümkündür. AİHM'ne göre savcının, hakimın kararını almadan kendi kanaatine göre savunmaya ilişkin dosyada bulunan bilgi ve delillere sanığın erişmesini engellemesinin AİHS 6.md. ve adil yargılanma hakkının ihlali saymıştır.¹¹¹

¹⁰⁹ ÇETİN, s.75.

¹¹⁰ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.301.

¹¹¹ (Rowe-Davis ve Birleşik Krallık Davası -16/02/2000) Aktaran, CENGİZ ve Diğerleri, s.175.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Garcia Alva ve Almanya kararına göre; “hakkındaki suçlamalardan haberdar olan sanığın bu delillere karşı savunmasını gerçekleştirebilmesi için delillere ve dosyada bulunan bilgi ve belgelere ulaşılması gerekmektedir. Sanığın ulaşmak istediği delillerin savunması ile alakası olup olmadığını kanıtlamak zorunda olmadığı, ceza soruşturmasının etkili bir şekilde yürütülebilmesinin soruşturma aşamasında elde edilen delillerin bir kısmının şüphelinin değiştirme ve adaletin işleyişini engelleme tehlikesine karşı gizli tutulabileceği; ancak, savunma hakkının özüne dokunan kısıtlamalara gidilemeyeceği belirtilmiştir. Başvurucunun tutuklanmasında esas alınan bir tanığın ifadesinin meşru kamu menfaati ve hile yapılması tehlikesi bulunduğu gerekçesiyle başvurucuya sadece sözlü olarak beyanın içeriği hakkında bilgi verilmesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.5/4'e aykırı bulmuştur.¹¹²

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kısıtlama ile ilgili vermiş olduğu diğer bir kararı da; Schöps /Almanya kararıdır. AİHM tutuklanan kişinin avukatının müvekkilinin tutuklanmasına itiraz ederek hukuka uygunluğunun denetlenebilmesi için zorunlu olarak soruşturma dosyasına erişmesi gerektiğini aksi takdirde silahların eşitliği ilkesine aykırı olacağını ve adil yargılanma hakkının ihlali olacağına karar vermiştir.¹¹³

b) Soruşturma Dosyasına Erişim Hakkı

AİHS şüphelinin soruşturma dosyasına erişme hakkına ilişkin açık düzenleme bulunmamakla beraber AİHM, AİHS 6. maddesinde düzenlenen şüphelinin\sanığın savunmasını hazırlamak için “gerekli zaman”a ve “gerekli kolaylıklar”a sahip olma haklarına dayanarak vermiş olduğu içtihatlarda bu hak karşımıza çıkmaktadır.

Savunma için gerekli kolaylık kavramı, şüpheliye\sanığa savunma yapması için yardımcı olabilecek zorunlu imkânları ifade etmektedir ve silahların eşitliğini sağlamayı amaçlamaktadır. İşte bu kolaylıklardan bir tanesi de suç isnadı altında bulunan kişinin savunmasını planlayarak yargı makamları önünde en uygun ve en

¹¹²(Garcia Alva ve Almanya -13/02/2001), Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, (Erişim Tarihi:08/02/2018)

¹¹³ (Schöps ve Almanya), Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, (Erişim Tarihi:08/02/2018)

etkili şekilde yapabilmesine imkan sağlayacak bilgilere, delillere ulaşmasına ve böylece yargılamanın sonucunu etkileyebilmesine imkan verilmesidir. Suç isnadı altındaki kişinin beraat etmesini veya cezasının azaltılmasını sağlayacak delil niteliğindeki belgelere erişimine izin verilmesi şeklinde gerekli kolaylığın sağlanması AİHS 6.md'nin gereğidir. Savunma için gerekli kolaylıklara sahip olma kapsamında soruşturma dosyasında bulunan delillere erişme hakkı mutlak bir hak değildir. Özellikle üçüncü kişilerin haklarının korunması, kamu menfaatinin gözetilmesi veya adli makamların soruşturma yaparken başvurdukları yöntemleri güvence altına almak gibi amaçlarla soruşturma evresinde bazı delillere erişme hakkına kısıtlamalar getirebilir.¹¹⁴

Daha önce erişilemeyen bazı bilgi ve belgelere yargılamanın sonraki aşamalarında ulaşılmış olunması ve bunlara karşı iddia ve itirazların dile getirilmesine imkân verilmesi, savunma hakkı ihlal edilmiş sayılmaz.

AİHM Nedim Şener\Türkiye kararında; suçlamalara dayanak olan başlıca delillerin başvurusunda bulunan deliller değil, üçüncü kişilerde bulunan ve erişim kısıtlaması kararı verilen bilgisayar belgeleri olması, başvuru ve müdafisinin tutukluluğun yasallığına itiraz edebilmek için temel öneme sahip belgelerin içeriği ile ilgili yeterli bilgiye sahip olmaması ve erişimi kısıtlaması kararının gerekçelerinin yeterli olmamasını ihlal saymıştır.¹¹⁵

AİHM'nin Garcia Alva ve Almanya kararında, soruşturma evresinde şüpheli müdafisinin soruşturma dosyasını inceleme yetkisinin savcılık makamı tarafından engellendiği, bu olayda Almanya Devleti, Alman Ceza Usul Kanunu 147/2. maddesini engellemeyi dayanak göstererek savunmada bulunmuş ise de AİHM “ ceza davalarında hem savcılık hem de savunma makamının dosyaya sunulan gözlemleri ve karşı tarafın sunduğu delilleri inceleme ve bunlar hakkında yorumda bulunma olanağına sahip olmalıdır... bunun sonucu olarak ilgilinin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması önemli etkisi dolayısıyla Sözleşme'nin 5/4 maddesi kapsamında yürütülen işlemler kural olarak devam eden bir soruşturmanın verdiği

¹¹⁴ YILDIRIM, Akif, **Bireysel Başvuruda Ceza Yargılamasını İlgilendiren Kararlar**, EPAMAT Yayıncılık, Mart 2017, s. 227.

¹¹⁵ YILDIRIM, s.126.

azami izin çerçevesinde adil bir yargılamanın çelişmeli yargılama hakkı gibi temel gereksinimlerini karşılamalıdır...” şeklinde karar vermiştir.¹¹⁶

c) Sanığın Kovuşturma Aşamasında Dava Dosyasına Erişme Hakkı

Soruşturma aşaması gizli olmasına rağmen şüpheli ve müdafinin istisnai haller dışında soruşturma dosyasına erişme hakkı olması karşısında kural olarak aleni olan kovuşturma aşamasında da sanığın ve müdafinin dava dosyasına erişme ve dosyadan harçsız örnek alabilme hakkı bulunmaktadır.

4)Sanığın Kendi Kendini Savunması veya Bir Avukatın Yardımından Yararlanma Hakkı

1) Sanığın Kendi Kendini Savunma Hakkı

AİHS 6.maddesinin 3. fıkrasının c bendine göre; sanık, kendi kendisini savunmak veya seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali imkânlardan yoksun ise ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece tayin edilecek bir avukatın ücretsiz yardımından yararlanabilme hakkına sahiptir. Sanık savunmasını belirleme savunma için yardıma ihtiyacı olup olmadığını belirleme özgürlüğüne sahiptir. Sanığın muhakeme süjesi olması onun muhakeme stratejisinde özgürce karar vermesini zorunlu kılar.¹¹⁷

Sanığın, kendi kendini savunabilmesi için mahkeme önünde bizzat hazır bulunması, bu imkâna sahip olması gerekmektedir. Her ne kadar AİHS’inde sanığa, açıkça mahkeme önünde şahsen bulunma hakkına ilişkin düzenleme olmasa da, AİHS md.6/3-c’de düzenlenen hususun yerine getirilebilmesi için sanığın muhakkak duruşmada şahsen hazır bulunması gerekecektir.¹¹⁸

Duruşmada hazır bulunmak için kendine düşeni yerine getirmeyen sanığın, bu hakkından zımnen vazgeçtiği düşünülerek gıyabında yargılamaya devam edilebilir.

¹¹⁶(Garcia Alva ve Almanya-13/02/2001), Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı,(Erişim Tarihi:24/02/2018)

¹¹⁷ ZAFER, s.517

¹¹⁸ KARAKAŞ, M.Serhat, **Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s.208.

Bu hakkın savunma ve adil yargılanmadaki önemi sebebiyle, bu vazgeçmenin tereddüte mahal vermeyecek derecede açık olması ve aynı anda kamu yararına aykırı bulunmaması gerekmektedir.¹¹⁹

Sanığın kaçak olduğu veya başka bir sebeple kendisine ulaşmanın mümkün olmadığı hallerde, yerel mevzuatın gıyapta yargılanmayı kabul edilmesi, AİHS'ne engel teşkil etmemektedir. Bu halde sanığın durumdan haberdar edilmesi için resmi görevlilerin her yolu ciddi bir şekilde denemiş ve her türlü tedbiri almış olmaları gerekmektedir.

AİHM, yerel mahkemenin sanığa savunma hakkının etkili bir şekilde yararlandırıp yararlandırmadığına bakmaktadır. Sadece hukuki konuların ve neticelerinin tartışıldığı üst dereceli mahkemedeki duruşmalara sanığın katılması zorunluluk taşımamaktadır. Fakat bazı özel durumlar söz konusu ise örneğin, sanığın suçu işlediği sırada kişilik özellikleri, akli durumuna göre suçun niteliğinin tartışıldığı duruşmalarda sanığın yanında avukatının bulunmasına imkan tanınarak savunma olanağının verilmesi gerekmektedir. Buna ilişkin AİHM'nin 1993 yılında vermiş olduğu Kremzow/Avusturya kararında özetle; sanığa ilk derece mahkemesi tarafından verilen yirmi yıl hapis cezasının verilmesi ve bu cezanın infazının bir tedavi kuruluşunda sürdürülmesi kararının üst dereceli mahkeme tarafından yaşam boyu hapse dönüştürülmesi, infazın bir tedavi kuruluşunda sürdürülmesi yerine genel cezaevinde infazına dönüştürülmesine karar verdiği duruşmada bu durumun sanık açısından yaşamsal düzeyde büyük önem taşıması sebebiyle, sanığın suç sırasındaki ehliyetinin, suç işleme kastının değerlendirildiği bu aşamada Yüksek Mahkeme'nin bu olasılıkları da gözетerek, duruşmaya çıkarılması için talepte bulunmasa bile başvuruçunun, avukatının yanında duruşmaya katılmasına olanak sağlanmamasını kendisini bizzat savunma hakkı bakımından adil yargılanma ilkelerine aykırı bulmuştur¹²⁰.

¹¹⁹ KARAKAŞ, s.209.

¹²⁰ DİNÇ, Güney, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre Avukatla Savunma Hakkı", **TBB Dergisi**, S:5, 2004, s.167.

2) Sanığın Seçeceği Avukat Aracılığıyla Kendisini Savunma Hakkı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde bir suç isnat edilen kişinin kendi kendini savunma hakkına ve savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklardan yararlanma hakkına sahip olduğu belirtilerek bireysel savunma hakkını kullanılabilmesi güvence altına alınmıştır. (md.6/3-b,c)

Sanığı fiili ve hukuki açıdan koruyan, ilgili hukuk normlarında öngörülen niteliklere sahip kişiye müdafî denir. Sanığın bireysel savunma hakkı, savunmasını hazırlamada uzman bir kişiden yararlanma ve bu uzman bir kişinin kanun ile tanınmış olan savunma işlemlerini kendi adına ve yerine getirilmesinden yararlanma hakkını da kapsamaktadır.

Özgürce avukat seçme hakkı, savunma hakkının vazgeçilmez unsurlarındandır. Sanık kendisini bizzat savunmak istemezse, kendisinin seçeceği ücretli bir avukatın yardımından yararlanır veya ekonomik gücü yoksa adli makamlardan kendisi için bir müdafî görevlendirilmesini talep eder. Savunmanın kalitesini ve etkinliğini etkileyen güven ilişkisi en iyi şekilde seçilmiş müdafî ile müvekkili arasında kurulur. Seçilmiş müdafîye duyulan güven, atanmış müdafîye duyulan güvenden daha güçlüdür. Seçilmiş müdafî, sanığın iradesine bağlı olarak adli makamların talebi üzerine görevlendirilecek olan ihtiyari ve sanığın iradesi hilafına dahi görevlendirilecek olan zorunlu müdafiden daima önce gelir.¹²¹

AİHM'nin 1984 yılında verdiği Goddi/İtalya kararında, sanığın tayin ettiği müdafîne duruşma gününün bildirilmemesini ve etkili bir savunma yapmayan yeni avukatla yargılamanın sonuçlandırılmasını, avukatla savunma hakkının ihlali olarak kabul etmiştir.¹²²

AİHM bu konuda vermiş olduğu diğer bir kararı ise, 1994 yılındaki Lala/Hollanda kararıdır. Bu kararda, geçerli bir mazareti olmamasına rağmen duruşmalara gelmeyen sanığın avukatı ile savunma hakkının kısıtlanmayacağına,

¹²¹ ZAFER, s.520.

¹²² Aktaran, DİNÇ, s.169.

aksi durumun adil yargılanma hakkının ihlali olduğuna karar vermiştir.¹²³ Aynı gerekçeyle Pelladoah/Hollanda kararında ihlal kararı vermiştir

a) Avukatın Sanıkla Görüşmesi ve Yazışması

Avukatın sanıkla birebir yüz yüze görüşmesi savunma için delillerin değerlendirilmesi, savunmanın metodunun belirlenmesi açısından savunma hakkının ayrılmaz bir parçasıdır. Bu hakkın sıkı şekil şartlarına tabi tutularak kullanılmasının engellenmesi, savunma hakkının ihlaline sebebiyet verecektir.¹²⁴

AİHM'nin 1996 yılında vermiş olduğu John Murray/ Birleşik Krallık kararında, AİHS md. 6/3-b ve c bendlerinde düzenlenen hususun, yalnızca kovuşturma aşamasını değil aynı zamanda soruşturma aşamasını da kapsadığını belirterek, gözaltına alınan şüphelinin hukuki yardım hakkının, adil yargılanma hakkının bir parçası olduğunu göz önüne alarak bu kararında, terör suçuna iştirak ettiği şüphesi ile yakalanan şüpheli Murray'ın kırk sekiz saat müdafî ile görüştürülmemesinin, adil yargılanma hakkına aykırı olduğunu ve AİHS'nin 6/1 ve 6/3-c maddesini ihlalini oluşturduğu kabul etmiştir. Sanığın müdafî ile görüşme ve hukuksal yardım hakkının, kolluk ifadesi alınırken de geçerli olduğunu vurgulamıştır.¹²⁵

AİHM, Poitrimo-Fransa ve Demebukov-Bulgaristan kararlarında suçla itham edilen herkesin, gerektiği takdirde resmi olarak görevlendirilen bir avukat tarafından etkili bir şekilde savunulması hakkının adil yargılanmanın temel özelliklerinden birisi olduğunu belirtmiştir. Gözaltındaki kişiye hukuki yardımın sağlanmamasından kaynaklanan başvurular hakkında AİHM'nin vermiş olduğu farklı hukuk sistemleri için çeşitli ihlaller kararları bulunmaktadır. Mahkeme, ilgili yasal hükümlere dayanılarak sistemsal kısıtlamanın yapılmasını Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlali için yeterli görmektedir. Buna ilişkin kararlarından bir tanesi Dayanan v. Türkiye, Yeşilkaya v. Türkiye kararlarıdır.

¹²³ DİNÇ, s.170.

¹²⁴ DİNÇ, s.188.

¹²⁵ KARAOSMANOĞLU, Fatih, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Avukatın Gözaltı Birimine Gelmesi ve Hukuksal Yardım Hakkı: Türkiye ve İngiltere Örnekleri", *AÜHFD*, C:52, S:3, 2003, s.179.

Müdafi soruşturmanın her aşamasında, kollukça yapılan işlemlerde dâhil olmak üzere soruşturma da dâhil olmak üzere, şüpheli ile görüşme, ifade alma ve sorgu süresince yanında olma ve ona hukuki yardımda bulunma hakkına sahiptir. Yakalan veya tutuklu bulunan kişilerin müdafi ile yazışmaları denetime tabi tutulamaz. Buna ilişkin AİHM Golder/İngiltere kararında, cezaevinde bulunan hükümlü veya tutuklunun avukatına yazmış olduğu mektubun içeriği cezaevi kurumunun veya başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan bir durum içermesi ya da başlı başına suç teşkil etmesi hallerinde engelleme söz konusu olabileceğine karar vermiştir.¹²⁶

b)Avukat Bürolarının Aranması

Serbest bir mesleği icra eden ve kamu hizmeti yerine getiren avukat, aynı zamanda yargının unsurlarından olan bağımsız savunmayı da temsil etmektedir. Yargının bağımsız olması savunmanın bağımsız olmasını, savunmanın bağımsız olması da avukatın bağımsız olmasını gerektirmektedir. Avukatın bağımsız olması herhangi bir kısıtlamaya, zorlamaya ve şarta bağlı olmaksızın düşünme veya davranması demektir. Savunmanın her türlü faaliyetini güven içerisinde yürütmesi gerekmektedir; işte bu sebeple, avukat bürolarının dış tehditlere karşı korunaklı yerler olması gerekmektedir. Avukat ile müvekkil arasındaki ilişki güven ilişkisine dayanmaktadır. Böyle olunca avukat bürolarının kolayca aranan yerler olduğu düşünülecek olursa savunma hakkı zedeleneyecektir. Zira sanık nasıl yemin etmeye zorlanamıyorsa aynı şekilde elinde bulunan delilleri de vermeye zorlanamaz. Bu sebeple sanık veya şüpheli elinde bulunan delilleri avukatına verdiğinde o delillerinin güvenilir bir yerde olduğundan emin olmalıdır. Aksi halde avukatının güvenilirliği zedeleneyecek yargının bir ayağı olan savunma, zorlaşacak ve sanık yalnızca duruşma salonunda savunma yapabilecek hale gelecek bu durumda savunma hakkı ve adil yargılanma hakkına zarar verecektir.¹²⁷ Savunma hürriyeti savunma makamının istediği delili getirme ya da getirmeme hususuna kapsar. Dolayısıyla yemine ve aleyhe beyanda bulunmaya zorlanamayan sanık, elindeki delili de vermeye

¹²⁶ Aktaran, DİNÇ, s.185.

¹²⁷ KOCAOĞLU, Serhat Sinan, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kurum ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı”, ABD, 2012/1, s.55 vd.

zorlanamaz. Avukatlarda aynı haktan yararlanmakta olup, elindeki delili avukatına bırakan kimse, bu delilin yargılama makamlarına sunulup sunulmaması hususunda takdir yetkisini avukata bırakıyor demektir.

AİHM, bu hususu savunma hakkı, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığının ihlali kapsamında değerlendirdiği kararları bulunmaktadır. AİHM bir kararında “aranan kişinin hukukçu kimliği gözetildiğinde, bürosundaki belgelerin incelenmesinin mesleki gizliliğe tecavüz niteliği taşıdığı, bu durumun da Sözleşme’nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma güvencelerini ihlal edebileceği gibi başvuruçunun mesleki onurunu zedeleyen uygulamanın demokratik toplumların gerektirdiği sınırları aşması nedeniyle, özel yaşama, konuta ve haberleşmeye saygı haklarının ihlali olarak nitelendi.” (Niemietsz/Almanya, 1992)¹²⁸

c) Sanık Avukatının Savunma Sebebiyle Yargılanması

Savunma dokunulmazlığı(adli muafiyet), şüpheli/sanık veya müdafinin savunma esnasında kullandıkları belgeler ve ifadeler sebebiyle yargılanamamalarını ifade eder. Savunma makamının savunma esnasında sarf ettiği sözler, adli makamlara ibraz etmiş olduğu belgeler sebebiyle yargılanabileceği düşüncesiyle korkması durumunda savunmasını gereği gibi yapılması mümkün değildir. Sanık/şüpheli ve avukatı savunma dokunulmazlığı hakkına sahiptir. Bu hak sınırsız bir hak değildir.¹²⁹

Savunma dokunulmazlığının sınırını, kişisel haklar oluşturmaktadır. Müdafinin yetkisini kullanırken, savunmayı en sert biçimde yapsa dahi şüphelinin veya sanığın korunan çıkarının haklı gösterdiği sınırı aşmaması gerekmektedir. Bu sınırın aşılması ve gereksiz yere karşı tarafın kişiliğinin amaç edinilmesi durumunda müdafinin kullanmış olduğu ifadeler nedeniyle sorumlu tutulması sonucunu doğurabilecektir. Bu ifadeler hakaret veya iftira suçuna vücut verebilecek ve ifade özgürlüğü ve savunma hakkı kapsamında değerlendirilemeyecektir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi müdafinin savunma esnasında kullanmış olduğu ifadelerin dava ile ilgili olduğu ve hakaret içermediği takdirde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin

¹²⁸ DİNÇ, s.198.

¹²⁹ ÖZEN, Muharrem, “Savunma Dokunulmazlığı”, **TBBD**, S:3,1992,s. 416 vd.

10. maddesince güvence altına alınmış ifade özgürlüğü kapsamında kaldığını belirtmiştir.

Yargısal kararlardan kaynaklanan sorunlar hakkında kamuoyunun bilgi edinme hakkı, adaletin tesisinin gerekleri ve hukuk mesleğinin itibarının korunması da dâhil olmak üzere konuyla ilgili farklı menfaatler arasında bir denge kurulması ihtiyacı hesaba katılmak zorundadır. Bu sebeple avukatlar savunma sırasında adaletin işleyişine dair kamuoyu nezdinde yorum yapma hakkına sahip ise de tenkitlerinde belirli çerçeve içerisinde kalmak durumundadır. Buna ilişkin AİHM'nin, Nikula/Finlandiya kararı vardır. Savunma hakkı kapsamında kaldığı sürece müdafî yaptığı savunmadan dolayı yargılanamaz. Bu husus AİHS'nin 10. maddesinde düzenlenen düşünce özgürlüğü ve savunma hakkı kapsamındadır.¹³⁰

d)Devlet Tarafından Görevlendirilmiş Bir Avukatın Yardımından Faydalanma Hakkı

AİHS'nin 6/3. maddesinin (c) bendinde, şüphelinin veya sanığın kendisini bizzat savunması veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanması; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, re'sen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmesi açıkça belirtilmiştir. Burada şüphelinin/sanığın savunma hakkını kullanabileceği yöntemlerden birincisi; kendisini bizzat savunması, ikincisi; müdafisini kendisinin seçmesi, üçüncüsü; kendi seçtiği müdafinin yardımından yararlanması, dördüncüsü; bir müdafîye sahip olmak için gerekli mali imkandan yoksun ise ve adaletin tesisi için gerekli ise mahkeme tarafından görevlendirilecek bir müdafinin yardımından ücretsiz olarak yararlanmasıdır.

Müdafinin yardımından yararlanma hakkı, ilk etapta şüphelinin/sanığın kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmasını ifade etmektedir. Bu hak yalnızca şüpheli/sanığın seçeceği müdafinin yardımından yararlanmasını değil şüpheli/sanık kendisine müdafî seçmemiş veya seçebilecek durumda bulunmadığı belirli bazı zorunlu hallerde devlet tarafından müdafî görevlendirilmesini de kapsamaktadır.

¹³⁰CENGİZ ve Diğerleri, s.187.

Müdafî seçme hakkında kısıtlamaya gidilmediği sürece belli durumlarda, müdafinin yardımından yararlanmanın zorunlu hale getirilmesi, adil yargılamanın sağlanmasına yönelik bir güvence oluşturmaktadır. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, sanığın seçtiği müdafî dışında ayrıca mahkeme tarafından ikinci bir müdafî tayini yoluna gidildiği bir durum söz konusu ise bu durum sanığın müdafî seçme hakkını ihlal etmemelidir. Buna ilişkin AİHM'nin Croissant /Almanya kararında, AİHS'nin müdafî tayini konusunda sanığın iradesine üstünlük tanıdığını ancak bu durumun mutlak bir hal arz etmediğini yani yargılamanın uzun sürme ihtimali ile davanın karmaşıklığı yönündeki sebeplerle, sanığın istemi ve rızası olmaksızın mahkeme tarafından ilave müdafî tayinine başvurulmasını AİHS'nin md.6/3-c'ye aykırı olmayacağını belirtmiştir.¹³¹

AİHS 6/3 maddesinin c bendi devlete bazı durumlarda sanığın ücretsiz olarak müdafinin yardımından yararlanmasına imkan sağlama şeklinde yükümlülük yüklemektedir. Şüphelinin veya sanığın ücretsiz müdafî yardımından yararlanma hakkı iki koşula bağlanmıştır. Bunlar; şüphelinin veya sanığın müdafî tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunması, adaletin selametinin gerektirmesidir.

“Müdafî tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunma” koşulu, avukatlık ücretini ödemesi halinde maddi açıdan yaşam şartlarında önemli değişiklik olacak olması halini ifade eder.¹³² Buna karşılık diğer koşul “adaletin selameti” hususunda farklı değerlendirmelerle karşılaşılmaktadır. Bu sebeple, ücretsiz müdafî yardımından yararlandırma hakkına içtihatlarla yön verilmeye çalışılmaktadır. AİHM, adaletin selametinin varlığını tespit etmek için üç nokta üzerinden inceleme yapmaktadır. Birincisi; sanığı risk altında bırakan cezanın ağırlığına bağlı olarak suçlamanın ciddiliği, ikincisi; davanın karmaşık yapıya sahip olması, üçüncüsü; sanığın şahsi durumudur.

AİHM, Quaranta/ İsviçre kararında, uyuşturucu madde kullanmaktan yargılanan sanığın ücretsiz müdafî yardımından yararlanma isteğinin reddedilmesi

¹³¹ BAŞIBÜYÜK, İsa, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (md.6/3-c) Kapsamında Müdafî Yardımından Yararlanma Hakkı”, Prof. Dr. Nur CENTEL'e Armağan, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C:19, S:2, Yıl:2013, s.1352.

¹³² DİNÇ, s.172 vd.

adaletin selameti koşulu çerçevesinde ele almış, sanığın üç yıla kadar hapis cezası öngören bir suçlamayla karşı karşıya kalması(=suçlamanın ciddiliği); suç dosyasının kabarıklığı(=davanın karmaşıklığı); diğer taraftan sanığın yabancı kökenli olması, aşırı derecede uyuşturucu kullanması gibi kişisel özelliğinin bulunması(=sanığın şahsi durumu) karşısında “adaletin selameti” koşulunun gerçekleştiği, bu nedenle sanığın müdafiiyle temsil edilmesinin gerekli olduğuna karar vermiştir.¹³³

Benham/İngiltere davasında da AİHM, hürriyeti bağlayıcı bir cezaya çarptırılma ihtimalinin olduğu durumlarda adaletin selameti ilkesinin müdafii görevlendirilmesini gerekli kılacağını belirtmiştir. (Benham v. United Kingdom, 10.06.1996, Ap. No: 19380/92, § 61)

Maksimenko/ Ukraine davasında, soruşturmaya ve kovuşturmaya konu olmuş yargısal işlemlerin inceleme konusu yapıldığı temyiz aşamasında da sanığın ücretsiz müdafii yardımından yararlandırılması gerektiğine karar vermiştir. Temyiz incelemesinde, aleyhe bozma yasağının olması yani sanığın ilk derece mahkemesi tarafından verilen cezasının ağırlaşma olasılığının bulunmaması tek başına bir güvence teşkil etmemektedir. Zira temyiz incelemesinin hukuka uygun bir şekilde yapılması ve temyiz incelemesi neticesinde cezanın azalması veya cezanın ortadan kalkmasındaki yararı göz önünde bulundurulursa, sanığın kanun yolu aşamasında da ücretsiz müdafii yardımından yararlanma hakkının sınırlamaya tabi tutulması savunma hakkının kısıtlanmasına vücut vereceğine ve AİHS 6.md ihlali olduğuna karar vermiştir.(Maksimenko v. Ukraine, 20.12.2011, Ap. No: 39488/07, § 27-29)

Şüpheli/sanık tarafından görevlendirilen avukatın hak ve yetkileri bakımından sanığa atanan müdafinin hak ve yetkileri arasında herhangi bir fark yoktur. Sanığa müdafinin devlet tarafından temin edilmiş olması, bu müdafinin hak ve yetkilerinin devlet tarafından sınırlandırılabilceği anlamına gelmemektedir.¹³⁴

¹³³ BAŞIBÜYÜK, s.1356.

¹³⁴ BAŞIBÜYÜK, s.1355.

5) Susma Hakkı ve Aleyhine Delil Vermeye Zorlama Yasağı

Susma ve kendi kendini suçlamama hakkı, AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında zımnen ifade edilmektedir. Bu hak, adil yargılamanın esaslı bir parçasıdır. Susma hakkının özü kovuşturma makamlarının sanığın iradesine karşı zorlama ve baskı yoluyla elde edilen delillere dayanmasını yasaklamaktadır. Bu durumda hakkın anlamı sanığın “özgür iradesinin” korunması olmaktadır.¹³⁵

Şüpheli/sanık yalnızca muhakeme objesi değil muhakeme süjesidir. Şüphelinin ve sanığın susma hakkını kullanması, suçu kabul ettiği anlamına gelmez. Susmanın sanık aleyhine delil olarak değerlendirilmesi adil yargılanma ve hukuk devleti ilkelerine aykırı olur.

Muhakeme sürecinde şüpheli veya sanığın susması, değişik şekillerde karşımıza çıkar. Şüphelinin veya sanığın bütün muhakeme süreci boyunca bütün suçlamalar için susması tam susma, ifade veya sorgu sırasında şüphelinin veya sanığın belirli sorulara cevap vermekten kaçınması bazı sorulara cevap vermesi durumu kısmi susma veya kollukta susup sorgu sırasında konuşması geçici susma şeklinde tanımlanmaktadır.

Şüpheliye ve sanığa ifade alma veya sorgu süreçlerinde iddia veya yargılama makamlarına cevap vermeme özgürlüğünü tanıyan susma hakkı, ceza muhakemesinde ifade özgürlüğünün edilgen halidir. Şüpheli ya da sanık kendisine isnat edilen suç hakkında savunma özgürlüğü kapsamında ifade özgürlüğünün olumlu boyut içerisinde kendisini aktif olarak savunabileceği gibi olumsuz boyutu olan pasif bir savunma yöntemini tercih ederek susmayı da benimseyebilir. Kişiye hiçbir makam veya merci tarafından konuşma zorunluluğu getirilemeyecektir.¹³⁶

Eğer ortada bir suç şüphesi var ise, bu suçun varlığını ispat etme görevi, iddia makamına aittir. Bu sebeple maddi gerçeğe ulaşma amacı kapsamında sanığa aktif bir görev verilemeyecektir.¹³⁷ Sanık yargılamanın hangi aşamasında konuşacağına

¹³⁵ KAN AYDIN, Çağrı, “Adil Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak Susma Hakkı”, **TBB**, 2010, s.158.

¹³⁶ YILDIRIM, Ali, “Sanığın Susma Hakkı”, **ABD**, 1988, C:5, S:6, s.683.

¹³⁷ TOZMAN, Önder, “Suçsuzluk Karinesi: Türk Hukukundaki Sonuçları”, **EÜHFD**, C:11, S:3-4, 2007, ss. 320- 321.

hangi aşamasında susma hakkını kullanacağına kendisi karar verecektir. Hatta bir aşamada ikrarda bulunan sanığın sonra inkarda bulunması mümkündür; çünkü, sanığın yargılama makamlarının maddi gerçeğe ulaşması noktasında onlara yardım etme yükümlülüğü bulunmamaktadır.¹³⁸

AIHM içtihatlarında susma ve kendisini suçlamama hakkı, kişinin hem aleyhine beyanda bulunmama hem de aleyhine olan hiçbir belgeyi de kabul etmeme hakkını içermektedir.

AIHM bir kararında, Alman Yüksek Mahkemesi'nin şüpheliyi sadece sesinden tanıyabileceğini belirten cinsel suç mağdurunun yan odada bulunduğu esnada şüphelinin ifadesi alınarak mağdurun şüpheliyi sesinden teşhis etmesinin sağlanması susma hakkının ihlali olduğunu kabul etmiştir. Şüphelinin klasik teşhise katlanma yükümlülüğünün bulunmasının yanında ona haber vermeden aktif olarak teşhise katılmasını sağlamak bu hakkın ihlalidir. Kendisi aleyhine sonuç doğuracak işlemlere kişinin katılması ise bu işlemlere rıza göstermesine bağlıdır.¹³⁹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvurucunun istenen belgeleri teslim etmemesi nedeniyle para cezasına çarptırılmasının sanığın susma ve kendisini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamama hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.¹⁴⁰

Kendi aleyhine tanıklık etmeme ve susma hakkı, aleyhine sonuç doğuracak işlemlere katılmamanın yanında baskı altında verilen ifadenin kullanılmasını da yasaklamaktadır. Ceza yargılamasında ikrar, sanığın üzerine atılı suçu işlediğini kabul etmesidir. İkrar, yalnızca bir suçun işlendiğinin kabul edilmesi şeklinde olabileceği gibi olayın ne şekilde ve hangi şartlarda işlediği ile suç açısından önemli olabilecek diğer hallerin anlatılması şeklinde de olabilir. Şartları var olan ikrar, delil niteliğindedir. İkrarın delil olarak hükme esas alınabilmesi için taşıması gereken unsurlar vardır. Bunlar; doğrudan doğruya sanık tarafından gerçekleştirilmesi, cebir,

¹³⁸ ŞAHİN, Cumhur , “İkrar ve Savunma Hakkı”, Ceza Hukuku Reformu, Sempozyum, 20-23 Ekim 1999, Umut Vakfı Yayınları, 2001, s.138.

¹³⁹ KAN AYDIN, s.167.

¹⁴⁰ İNCEOĞLU, Sibel, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı”, Funke / Fransa Kararı, 10828/84, 25.12.1993, <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case+Law/Hudoc/Hudoc+database/> - (Erişim Tarihi: 26/04/2018), s. 273.

tehdit veya hile ile elde edilmemiş olması, ikrar edenin akli melekelerinin var olması gereklidir. Bu şartları taşımayan ikrar hükme esas alınamayacaktır.

AIHS'nin 3. maddesinde, "işkencenin yasaklanması" başlığı ile işkence ve kötü muamele yasaklanmış; ancak, işkence ve kötü muamele ile elde edilen delillerle ilgili 3. maddede herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. AIHS'nin 6/2 md. suçluluğun yasal olarak sabit olması aranmış, suçluluğun yasal yollarla ispatlanması gerekliliği vurgulanmıştır. Suçluluğu yasal olarak ispat edilmeyen kişi suçsuz sayılacaktır. Sanıktan hukuka aykırı yol ve usul ile alınan ikrar suçsuzluk karinesinin ihlali niteliğindedir.¹⁴¹

AIHM'nin 18/11/2015 tarihinde Müslim Turfan/Türkiye kararında, işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ile alınan ifade ve hukuka aykırı usulle toplanan delillere dayanılması, hakkaniyete uygun yargılama hakkı ile bağdaşmadığını, ikrarın müdafî huzurunda alınmış olması önemli olup, müdafinin hazır bulunmadığı ifadelerin hükme esas alınabilmesi için kovuşturma aşamasında bu ifadelerin baskı altında alınıp alınmadığını kontrol edecek yeterli mekanizmaların mevcut olup olmadığı hususunun önem kazandığına, ikrarın kişinin hür iradesine dayalı olup olmadığının, kovuşturma aşamasında çelişmeli bir usulle yargılama makamı tarafından irdelenip değerlendirilmiş olmasının gerekli olduğuna, sanığın soruşturma aşamasındaki ikrarını, kötü muamele veya işkence altında verdiğini belirterek hâkim önünde reddetmesi halinde işin esasına geçilmeksizin öncelikle bu konunun açıklığa kavuşturulmasının gerekli olduğuna, aksi uygulamanın ihlal oluşturacağına karar vermiştir.

6) Tanıkları Sorguya Çekme ve Çektirme Hakkı

Tanık, yargılamaya taraf olmayan, olay hakkında beş duyusu ile geçmişte meydana gelen olaylar ve durumlarla ilgili sahip olduğu bilgi ve algılarını anlatan üçüncü kişidir.¹⁴² Muhakeme hukuklarında delil olarak kabul edilen tanık değil, tanığın beyanıdır. Beyanın sunulduğu makam, beyanın maddi gerçeği gösterdiğine

¹⁴¹ TOZMAN, s.329.

¹⁴² CENGİZ ve Diğerleri, s.137.

kanaat getirirse tanık beyanı, delil niteliği kazanır. Tanık dinletme hakkı, silahların eşitliği ilkesinin bir uzantısıdır. Silahların eşitliği ilkesi, tarafların usuli haklara da aynı şartlar altında eşit şekilde sahip olmalarını da içermektedir. Taraflardan biri diğerinden daha üstün görülmeyecek iddia ve savunma makamları eşit bir şekilde mahkeme huzurunda beyanlarını bildireceklerdir.¹⁴³ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasının d bendi, bir suç ile itham edilen herkesin, iddia tanıklarının sorguya çekme veya çektirme, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı şartlar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını isteme hakkını düzenlemiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde, tanıkları dinletme ve tanıkları sorgulama hakları adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak düzenlemiştir.

Sözleşme'nin 6/3-d maddesi ile kastedilen tanık, yalnızca yukarıda tanımı yapılan tanık değildir. AİHM 6. maddesindeki tanık sözcüğü daha geniş yorumlanmaktadır. Şöyle ki; AİHM' nin Damir Sibgatullin/ Rusya kararında; tanık kavramının yerel hukuk mevzuatında tanımlanan tanık kavramından daha farklı olduğunu özerk bir anlamının bulunduğunu, tanık kavramının suç ortaklarını, mağdurları ve bilirkişi de kapsayan geniş bir kavram olduğunu belirtmiştir. Ayrıca AİHS 6/3-d maddesinin yazılı deliller yönünden de uygulama alanının olduğuna karar vermiştir.¹⁴⁴

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre yargılamada ana kural, kendisine suç isnat edilen kişinin huzurunda çelişmeli bir usul izlenerek bütün delillerin duruşmada sunulması gerekmektedir. AİHS'nin 6'ncı maddesi, şüpheliye/sanığa tanığın ifade verdiği esnada veya yargılamanın ileri ki bir aşamasında, kendi aleyhindeki beyanlara itiraz etme ve bu tanığı sorguya çekme imkanı vardır, bu imkandan yoksun bırakılan şüphelinin/sanığın sadece aleyhine verilen tanık beyanlarına dayanılarak mahkum edilmesi adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul etmektedir. Buna ilişkin olarak AİHM'sinin 13.11.2003 tarihinde Rachdad/ Fransa kararında, uyuşturucu bulundurup satma ve uyuşturucu satın almaya, taşımaya yardım etme suçlarından hapis cezasına mahkum edilen Rachdad'ın adı

¹⁴³ ÇETİN, s.91

¹⁴⁴ ÇETİN, s.92.

geçen suçlar nedeniyle altı tanığın aleyhine verdikleri ve ifadeler gerekçe gösterilerek yokluğunda mahkum edilmiş bu sebeple sanık, tanık beyanlarının kendisinin de hazır bulunduğu duruşmada tekrar alınmasını talep etmiştir. Altı tanıktan sadece biri tekrar dinlenebildiği halde eski tanık beyanları gerekçe gösterilerek hakkında yeniden mahkumiyet kararı verilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, soruşturma veya kovuşturma aşamasında sanığın sorgulama imkanı bulamadığı tanık beyanına tek veya belirleyici delil olarak dayanılarak mahkumiyet kurulmasını savunma haklarının kısıtlanması olarak yorumlamış ve başvurusunun adil yargılanma hakkının ihlal edildiği hükmüne varmıştır.

AIHM'sinin 27.09.1990 tarihinde vermiş olduğu Windisch/Avusturya kararında, sanığı hırsızlık suçundan ihbar eden iki tanığın polise verdikleri beyanlarını yeterli görerek güvenlik gibi haklı bir nedenle dahi olsa duruşmada dinlemeden mahkûmiyet kararına esas alınarak karar verilmesinin adil yargılanma hakkına aykırı bulmuştur. Kararda, “savunma tarafı, ifade verenin güvenilirliğini test edebilme veya söyleyeceklerinin inanılabilirliği üzerine kuşku çekebilmesi imkanından yoksun bırakılmıştır.” ifadeleriyle savunmaya tanığın güvenilirliğini test edebilme imkanı tanınması gerektiği vurgulanmıştır. Kararda iki tespit göze çarpmaktadır bunlar; birincisi, aleyhe ifade veren tanıkların duruşmada dinlenilmemesi, savunmayı bu beyanların inanılabilirliği üzerine kuşku çekme imkanından yoksun bırakılmasıdır. İkincisi, tanıkların ifade vermesi sırasında hal ve tavırlarını gözlemleyemeyen mahkeme bu kişilerin güvenilirliklerini sınamamasıdır.¹⁴⁵

7)Sanığın Ücretsiz Tercümandan Yararlanma Hakkı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının (e) bendinde yargılamanın yapıldığı dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde herkesin bir tercüman yardımından faydalanma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile yargılananlar arasında kullanılan dili anlayamama veya konuşamama sebebiyle dil sorununa dayalı meydana gelecek eşitsizliği ortadan kaldırma hedeflenmiştir. Anadili vatandaşı olduğu devletin resmi dilinden farklı olan kişiler,

¹⁴⁵ UZUN, Mine, “Bir Adil Yargılanma Hakkı Olarak Tanığı Sorgulama ve Tanık Dinletme Hakkının Türk Vergi Yargılamasındaki Yeri”, **AÜHFD**, 63 (1) 2014: 219-245, s. 228.

yargılamanın yapıldığı dili anlayıp konuşabilmesine rağmen farklı bir dilde savunma yapmak istemesi gibi durumlarda kişi anadilinde savunma yapamayacağı kabul edilmektedir. Buna ilişkin AİHM'nin Fransız ordusunda görev yaparken işlediği bir suç dolayısıyla yargılanan sanığın, anadili olan Bretonca dilinde savunma yapmak istemesinin mahkemece sanığın Fransızca'yı kusursuz bir biçimde konuşabildiği gerekçesi ile reddedilmesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/3-(e) hükmünü ihlal etmediği sonucuna varmıştır.¹⁴⁶

Bu noktada Türkiye'ye karşı Zana davasına da değinmek gerekmektedir. Bu davada, sanık Mehdi Zana, Türkçe bilmesine rağmen savunmasını Kürtçe yapmak istemiş, ulusal mahkeme de sanığın bu tutumu sebebiyle savunma hakkından vazgeçtiğine hükmetmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise sanığın Kürtçe konuşmak istemesinden bahisle savunma hakkından vazgeçtiği sonucuna ulaşılmayacağına değinerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/3-c hükmünde düzenlenen savunma hakkının ihlal edildiği gerekçesi ile adil yargılanma hakkını ihlal edildiğine hükmetmiştir. Kararda AİHS'nin tercümanın yardımından faydalanmaya ilişkin 6/3-e hükmüne değinilmemiştir. Dolayısıyla sözü edilen hüküm yargılamanın yapıldığı dilin bilinmesi durumunda bir tercümanın yardımından faydalanamayacağı yönündeki içtihatlar aykırılık teşkil etmemektedir.¹⁴⁷

Sanığın avukatı, yargılama sırasında konuşulan dili bilmesi durumunda da sanığın ücretsiz tercümandan yararlanma hakkı engellemez. Bununla birlikte, yerel hakimlerin sanığın duruşma dilini bilip bilmediği meselesini değerlendirmesi gerekmektedir. Sanığın duruşma dilini anlamadığını veya konuşamadığını ilgililere bildirmesi ve bu konuda sözlü veya yazılı tercümandan yararlanma talebinde bulunması gerekir. Böyle bir başvuru olmasa bile somut olayda sanığın duruşmada konuşulan dili anlamadığı ya da konuşamadığı açıkça anlaşılmasına rağmen mahkeme tarafından sanığa ücretsiz tercüman hakkını tanımıyorsa AİHS 6/3-e maddesi ihlal edilmiş olur.¹⁴⁸

¹⁴⁶ (Bideault/Fransa kararı - 01.10.1986) Aktaran, ÇELİK, s.174.

¹⁴⁷ KOCAMAN, Selcen, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin "Zana/Türkiye Davası" Hakkında Verdiği Kararın Değerlendirilmesi", **SÜHFD**, Yıl:2003,C:11, S:1-2,s.313 vd.

¹⁴⁸ TEZCAN, Durmuş, "Tercümandan Yararlanma Hakkı", **AÜSBFD**, Yıl:1997, C:52, S:1, s. 696.

AIHM'ne göre, ceza davalarında tercümandan yararlanma hakkı açısından duruşmadan söz edilmekle birlikte bu hak yalnızca duruşmayı kapsamamakta daha geniş yorumlanmakta sanığa ilişkin olarak yakalama, gözaltına alma ve suç isnat etme gibi durumları da kapsamaktadır. Bu hakkın sanığı suçlayan tüm belgelerin tercüme edilmesi yükümlülüğünü içerdiğine AIHM vermiş olduğu kararlarda değinmiştir.

Luedicke, Belkacem ve Koç davasında AIHS 6/3-e maddesinde güvence altına alınan duruşma dilini anlamayan veya konuşamayan sanığın ücretsiz tercümandan yararlanma hakkının, sanığın davayı anlayabilmesi için sanığı suçlayan tüm belgelerin sözlü veya yazılı olarak tercüme edilmesi yükümlülüğünü de içerdiğine karar vermiştir. AIHM'nin verdiği bu sonuç dosya arasında bulunan bütün belge ve delillerin yazılı tercümesinin yaptırılması zorunluluğu şeklinde anlaşılması gerekir.¹⁴⁹

AIHS 6/3-e maddesi sağır ve dilsizler ister sanık ister tanık sıfatında olsun tercüman hakkından yararlanmaları, doğrudan açık bir hükümle düzenlenmemiş olmasına rağmen, 6/3-e maddesinin bu kimseleri de kapsamına aldığı açıktır. Zira sağırlık, dilsizlik gibi fiziki bir engelin yargılama dilini anlamama veya konuşamama kavramına dahil olduğu açıktır.¹⁵⁰

19.12.1989 tarih Kamasinski / Avusturya kararında, tercümandan yararlanma hakkının amacı, savunma için zaruriyet teşkil eden gerekli ve yararlı çevirinin yapılması olduğunu belirtmiştir.¹⁵¹

Ceza davasında dinlenen tanıklar, yargılama dilini bilmemeleri veya anlamamaları halinde tercümandan yararlanma hakkına sahiptir. Tanığın beyanının delil olarak kabul edilebilmesi için beyanın anlaşılabilir olması gerekir. Bu anlaşılabilirlik eğer tercüman vasıtasıyla yapılacak çeviri ile mümkün olacaksa tanığın da tercümandan yararlanma hakkı kapsamında tercümandan yararlanması söz konusu olacaktır. Tercüman aracılığıyla dinlenen tanığın, tercüme masraflarının

¹⁴⁹ TEZCAN, s.697.

¹⁵⁰ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 283-350.

¹⁵¹ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.311.

yargılama neticesinde hakkında mahkumiyet kararı verilen sanığa yükletilmemesi, AİHM içtihatlarına uygun düşer.¹⁵²



¹⁵² TEZCAN, s.689.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK CEZA MUHAKEMESİNDE SAVUNMA MAKAMI, SAVUNMA HAKKI VE İHLALLERİ

1)TÜRK HUKUKUNDA SAVUNMA MAKAMI VE SAVUNMA HAKKI

A)Genel Olarak

Bir ülkede insan hakları ile insan onurunun gerektiği gibi korunup korunmadığının belirlenmesinde ana ölçü, o ülkedeki ceza yargılaması hukuku kuralları ile bu kuralların hayata geçme şeklidir. Çünkü, bireylerin devlet karşısında en korumasız vaziyette oldukları alanlardan bir tanesi de ceza muhakemesidir. Ceza muhakemesi, devletin sert yüzünün görünüm şeklidir. İşte bu sebeple suç isnadı altında bulunan şüpheli ve sanığın son derece zayıf kaldığı bu alanda savunmasını tek başına yapabileceği gibi kendisine hukuki anlamda destek vererek savunmasına yardım edecek ve şüpheli veya sanığı güçlü devlet karşısında tek başına bırakmayan kişi, ihtiyari veya zorunlu müdafin hukuki yardımından yararlanabilecektir. Müdafî, ceza yargılamasının olmazsa olmaz unsurlarından biridir. Bu nedenle şüpheliye, sanığa ve müdafîye tanınan hakların, özgürlüklerin kapsamı ve bunların uygulanma şekli devletin uyguladığı rejimin gerçek yüzünün yansımasıdır.

Şüpheli, sanık ve müdafî, ceza muhakemesinde savunma makamını temsil etmektedirler. Savunma makamının önemli unsuru olan müdafilik, devletin cezalandırma yetkisi ve kamunun emretme gücü karşısında bireyin temel hak ve özgürlüklerinin savunucusudur. Müdafîye tanınan hakların ve yükümlülüklerin, diğer iki ceza muhakeme süjesi olan iddia makamı ve yargılama makamı karşısında sahip olduğu haklar ve yetkiler, o devletteki rejimin demokratik veya otoriterlik yelpazesinde nerede durduğunu gösteren temel bir ölçüttür.¹⁵³ Bu sebeple müdafîye görevi bağlamında tanınan haklar ve yetkiler sadece savunmasını üstlendiği şüpheli veya sanık açısından kolaylık ve teminat sağlamakla kalmamakta, bunun yanı sıra toplumun güveni ve siyasi rejimin demokratiklik seviyesi açısından da mühim rol oynamaktadır.

¹⁵³ KOCAOĞLU, *Tarihsel Perspektif*, s.23.

Sanık olarak yargılanan kişiler genellikle hukuki konularda hiçbir deneyimi ve bilgisi olmayan kişilerdir. Yargılanan kişi, hukuki bilgisi olan hukuk mezunu kişi olsa dahi suç isnadı altında olduğu için bulunduğu durumun kendisinde yaratmış olduğu ruh hali içerisinde soğukkanlı ve sağlıklı savunma yapması pek mümkün olamamaktadır. Bu yüzden suç şüphesi altında bulunan kişiler, kendilerini nasıl savunacaklarını, hangi hususun vehamet gösterdiğini, yargılama konusu olayın ispatı için toplamış delillerin usulüne uygun toplanıp toplanmadığının değerlendirmesini doğru yapamayacaktır.¹⁵⁴ Sanık suçlu dahi olsa, hak ettiği cezadan daha fazla ceza almamasında toplum yararı vardır. Bu sayede devletin saygınlığı da korunmaktadır.¹⁵⁵

Ceza yargılaması ana başlık olup, hem soruşturma hem kovuşturma aşamalarını içerisinde barındırmaktadır. Soruşturma aşamasında şüpheli sıfatıyla hakkında tahkikat yürütülen şahıs, Cumhuriyet savcısı ve kollukla muhatap olduğu için kovuşturma aşamasından daha fazla müdafinin hukuki yardımına ihtiyacı vardır. Çünkü, genel olarak soruşturma aşamasında birey kendisini daha da güçsüz ve korunaksız hissetmektedir. Başka bir yönden ise, soruşturma aşamasında müdafinin görev alması muhtemel işkence, kötü muamele vb. yasak sorgu ve ifade alma yöntemlerini engellediği gibi diğer delillerin de usulüne uygun elde edilmesini temin etmektedir.¹⁵⁶

B)Sanığın Kendisini Bizzat Savunması

Ceza Muhakemesi Kanunu kural olarak, şüpheli ve sanığın müdafinin yardımından yararlanmadan kendisini savunabilmesine imkan tanımıştır. Sanığın, yargılama sürecinde kendisine isnat edilen suçu öğrenme, duruşmalara katılma, söz alarak konuşma, delillerin toplanmasını isteme, kanun yollarına başvurma hakkı gibi gerek Ceza Muhakemesi Kanunu gerekse de diğer mevzuat ile tanınan haklarının hepsini, savunma hakkı kapsamında kullanma serbestisine sahiptir.

¹⁵⁴ CENTEL, Nur, “Müdafî ile Savunma Hakkı ve Adalet Bakanlığı Genelgesi”, **İBD**, 2002, C:76, S:2, ss.319-320.

¹⁵⁵ DÜLGER, Volkan, “Ceza Muhakemesinde Müdafinin Konumu ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, **ABD**, 2012/ 4, s.46.

¹⁵⁶ DÜLGER, s.46.

Sanık kısıtlı ise, sanığın sahip olduğu hakları onun adına yasal temsilcisi kullanabilir. Yasal temsilci ile kastedilen Türk Medeni Kanun hükümlerine göre belirlenen veli, vasi, kayyım sıfatını kazanan kişilerdir. Ceza Muhakemesi Kanunu gereği sanığın resmi nikâhlı eşinin, sanığın yerine kullanabildiği istisnai haklar vardır. Örneğin; kanun yollarına başvurma.

Sanığı kişisel savunmada temsil eden yasal temsilcinin ve eşin, sanığa ait bütün hakları kullanma yetkileri yoktur. Yalnızca kanunda belirtilen belirli hakları kullanma yetkileri vardır. Bu haklara örnek olarak şunlar verilebilir; CMK md. 317/1'in kanun yollarına başvurma hakkındaki genel hükümlere atıf yapması sebebiyle CMK md.262 gereği yasal temsilcinin ve eşin yargılanmanın yenilenmesini talep etme hakkı vardır. Bu açıklamadan da anlaşılacağı üzere, sanığın yasal temsilcisi ve eşi aynı zamanda sanık lehine olağan kanun yoluna başvurma hakkı vardır. Bunların yanı sıra CMK md.149 gereği yasal temsilci sanığa müdafî de seçebilirler. CMK md.155 gereği sanığın yasal temsilcisine duruşma gün ve saati tebliğ edilir ve duruşmaya kabul edilerek talebi halinde duruşmada dinlenilir. Sanığın eşi açısından ise, duruşma gün ve saati tebliğ edilmez; ancak, eş duruşmaya gelmiş ve dinlenilme talebi varsa dinlenilir. Eş, yasal temsilcinin sahip olduğu sanığa müdafî seçme yetkisine sahip değildir.¹⁵⁷

Kişisel savunma makamının asıl süjesi sanıktır. Bazı yetkilere sahip olan yasal temsilci, eş ve müdafî, sanık kadar geniş haklara sahip değildir. Ancak, yasal imkânlar çerçevesinde tanınan bazı hakları kullanabilir.

C)Sanığın Müdafî Tarafından Savunulması

CMK md. 2'de tanımlar başlığı altında müdafinin tanımı yapılmıştır. CMK md. 2/1-c “müdafî: Şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukatı.”

Suç isnadı altında olan şüphelinin/sanığın, isnat edilen suçu işlemediğini veya iddia edilenden daha az cezayı gerektirecek vasıftaki suçu işlediğini veyahut eylemi

¹⁵⁷ KUNTER ve Diğerleri, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Arıkan Yayınları, 14. Baskı, 2006, s.218 vd.

gerçekleştirdiği esnada hukuka uygunluk sebeplerinin olduğunu ya da bazı şahsi cezasızlık hallerinin mevcut olduğunu bu yüzden cezalandırılmaması gerektiğini yetkili makamlar önünde ileri sürme şeklinde gerçekleştirilen savunma faaliyetini, hukuk kurallarını bilen bir kişi olarak ifa edene müdafî denir.¹⁵⁸

Kıta Avrupası sisteminde, savcı ve mahkemenin re'sen sanığın lehine olan delilleri araştırma yükümlülüklerinin olması sebebiyle müdafîye neden ihtiyaç duyulduğu sorusu akla gelebilir. Ancak, savcının iddianame ile şüpheliye isnat ettiği suça ilişkin iddiasını yine kendisinin çürütmesi her zaman kabul edilebilecek bir durum değildir. Böyle bir durum söz konusu olsa bile bu savunma olmayıp iddiadan vazgeçmedir.¹⁵⁹ Savcılığın ve mahkemenin ceza muhakemesinde sanık lehine olan rollerini, müdafinin rolüyle bağdaştırmak mümkün değildir. Savcının, CMK md.160/2 gereği sanık lehine ve aleyhine delilleri toplama yükümlülüğünün veya mahkemenin re'sen maddi gerçeği araştırma yükümlülüğünün olması tam anlamıyla savunma değildir. Bu sebeple müdafî yardımıyla savunulma gerekliliğini her zaman varlığını korumaktadır.¹⁶⁰

Savcının, sanığın cezalandırılması talebini içeren iddianame ile açılan davanın beraat ile sonuçlanmasını kendi başarısızlığı olarak kabul edebileceğinden, sanığın lehine olan delilleri toplama konusunda önemsememe ihtimali vardır. Hâkim açısından değerlendirildiğinde ise, dosyayı önceden inceleyerek bir kanaat edinen hâkim de sanık tarafından ileri sürülen talepleri reddetme içgüdüğü ile hareket edebilecektir. Diğer taraftan, hâkimin tarafsız ve bağımsız olma çabası içerisinde olması da gerçeği aydınlatma görevinde aşırıya giderek sanığın haklarını gerektiği gibi kullanmasını engelleyebilir veya kısıtlayabilir.¹⁶¹

Anayasa m.36'da da, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil

¹⁵⁸ ÖZTÜRK ve Diğerleri, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10. Baskı, Ankara, 2006, ss.319-320.

¹⁵⁹ TOSUN, Öztekin, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri I, Genel Kısım**, 4.Bası, İstanbul, 1984, s.252.

¹⁶⁰ CENTEL, Nur, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî**, İstanbul, 1984, s.8.

¹⁶¹ DEMİRBAŞ, Timur, "Hazırlık Soruşturmasında Savunma", Prof.Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul, 1999, s. 196.

yargılanma hakkına sahiptir.” denilerek şüphelinin/sanığın savunma hakkı ve müdafini seçme hakkı koruma altına alınmıştır.

Sanığın, somut ve gerçek bir savunma için iki tane imkânı vardır. Birincisi, yukarıdaki başlıkta açıklanan sanığın kendisini bizzat savunması; ikincisi ise, bir müdafinin hukuki yardımından yararlanarak müdafî tarafından savunulmasıdır. Sanığın bireysel savunma hakkı, sanığın kendisini bizzat savunması ile hukuki bilgisi olan müdafiden yararlanması ve müdafinin kanun ile tanınmış olan savunma işlemlerini kendisinin adına veya kendisi ile birlikte yerine getirmesinden yararlanma hakkını içermektedir.¹⁶²Bu sebeple müdafî, temsil ettiği sanığı layığıyla savunmak zorundadır.

Müdafilik makamını işgal ettiğinden avukatta makam itibariyle süjedir. Müdafî ister isteğe bağlı müdafî olsun isterse zorunlu müdafî olsun sanıktan bağımsız; ancak, onun yararına çalışan adli bir organdır.¹⁶³

Sanık kendisini bizzat kendisi savunmak istemezse, kendisinin belirleyeceği ücretli bir müdafiden yararlanır veya ekonomik gücü yeterli değil ise, adli makamlardan kendisi için bir müdafî görevlendirilmesini ister. Savunmanın daha iyi gerçekleştirilmesine hizmet eden güven ilişkisi en iyi şekilde seçilmiş müdafî ile müvekkili arasında kurulur.

Seçilmiş müdafîye duyulan güven, atanmış müdafîye duyulan güvenden daha güçlüdür.¹⁶⁴

Sanığın iradesi dikkate alınmaksızın zorunlu müdafî tayin edilecek hallerin kabul edilmesi devletin cezalandırma yetkisi düşünüldüğünde olağandır. Ancak, bu durumu olağan hale getiren tek şey devletin cezalandırma hak ve yetkisi değildir. Zira amaç, yalnızca cezalandırma olmayıp doğru kişiyi yani gerçek faili cezalandırmaktır. Toplumsal menfaat gerçek failin cezalandırılması halinde

¹⁶² CENTEL Nur/ ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, 2012, s.131.

¹⁶³ CENTEL/ZAFER, ss.162-165.

¹⁶⁴ ZAFER, s.518.

gerçekleşeceği için maddi gerçeğe ulaşma amacı ile birlikte değerlendirildiğinde zorunlu müdafilik olağandır.¹⁶⁵

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 29.3.2011 tarihli bir kararında, şüpheli veya sanıkların savunmaları için seçtikleri müdafilerinin bulunması durumunda kendilerine baro tarafından zorunlu müdafî görevlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Başka bir anlatımla şüpheliye veya sanığa baro tarafından zorunlu müdafî görevlendirilebilmesi için şüpheli veya sanığın kendi seçtiği müdafinin bulunmaması gerekmektedir. Bunun sonucu olarak da, kendilerinin seçtiği müdafileri bulunan şüpheli veya sanıklara, bu müdafinin görevinin devam ettiği ve savunma görevlerini yerine getirdiği sürece zorunlu müdafî görevlendirilmesinin yasal bir dayanağı bulunmamaktadır. Mevzuatımızda zorunlu müdafilik sistemini öngören düzenlemenin amacı, kendisini savunmak için yeterli maddi olanağı bulunmayanların, bu hakkı kullanamamalarından kaynaklanabilecek olası hak kayıplarını önlemek, savunma hakkının etkin kullanılabilmesinin imkân sağlayarak adil yargılamanın gerçekleştirilmesidir.

Diğer taraftan, sanıkların kendilerinin vekâletname vermek suretiyle seçtikleri müdafileri bulunmadığı durumlarda, sanıklara baro tarafından bir avukat atanacağını bildirilmesi gereklidir. Kendisine müdafî atandığını bilmeyen ya da kendisine müdafî atanmakla birlikte, bu avukatın değiştirilmesini isteme hakkına sahip bulunmayan bir sanığın, atandığını dahi bilmediği müdafinin tüm tasarruflarından sorumlu tutulması gerektiğini veya bu müdafinin yaptığı tüm işlemleri peşinen kabul etmiş sayılacağını söylemek nasıl olanaklı değilse, böyle bir durumda savunma hakkının tam anlamıyla kullanılabileceğini düşünmek de mümkün değildir. Bu açıklamalar ışığında, somut olay değerlendirildiğinde; sanığın vekâletname ile görevlendirdiği ve azledildiklerine veya müdafilikten istifa ettiklerine ilişkin dosyada bir bilgi ve belge bulunmayan müdafileri bulunmakta iken, yerel mahkemenin istemi üzerine sanığa baro tarafından müdafî görevlendirilmesinin yasal dayanağı bulunmamaktadır.¹⁶⁶

¹⁶⁵ ZAFER, s.519.

¹⁶⁶ YCGK, 29.3.2011-10-5/25, <http://www.kazanci.com>, (Erişim Tarihi: 26/01/2018)

Zorunlu müdafilik, CMK md.150’de düzenlenmiştir. CMK md.150/2 “Müdafî bulunmayan şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malûl veya sağır ve dilsiz ise istemi aranmaksızın bir müdafî görevlendirilir.” Bu halde suç tipine bakılmaksızın müdafî görevlendirilir.

CMK md.150/3’te ise, “alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezası gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda şüpheli veya sanığın müdafî yoksa mahkeme tarafından kendisine bir müdafî görevlendirilir.”

CMK md.150 dışında CMK md.74’te düzenlenen gözlem altına alınma, CMK md.91/7 sorgu sırasında müdafî şartı, CMK md.101/3 tutuklamaya sevk etmede müdafî şartı, CMK md.102/3, CMK md.204, CMK md.244/4, CMK md.247/4’te düzenlenen hallerde de müdafinin varlığı aranmıştır.

22.07.2016 tarih, 23.07.2016 RG tarihi ve 29779 RG No ile yürürlüğe giren 667 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesinin 6. maddesi ile sanık müdafinin bazı yetkilerine kısıtlama getirilmiştir. Yukarıda künyesi verilen bu KHK’nın 6/1-g maddesi “Yürütülen soruşturmalarda, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 149’uncu maddesine göre seçilen veya aynı Kanunun 150’nci maddesine göre görevlendirilen müdafî, hakkında bu maddede sayılan suçlar nedeniyle soruşturma ya da kovuşturma bulunması halinde müdafilik görevini üstlenmekten yasaklanabilir. Cumhuriyet savcısının yasaklamaya ilişkin talebi hakkında, sulh ceza hâkimliği tarafından gecikmeksizin karar verilir. Yasaklama kararı, şüpheliye ve yeni bir müdafî görevlendirilmesi için ilgili baro başkanlığına derhal bildirilir.” şeklindeki hükmü ile müdafinin yasaklamasına sebebiyet verecek suçlar yine aynı KHK’nın 6/1 fıkrasına atıf yapılmak suretiyle sınırlandırılmıştır. KHK’nın 6/1. maddesinde düzenlenmiştir. “26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü Bölümünde(Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar), Beşinci Bölümünde (Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar), Altıncı Bölümünde(Milli Savunmaya Karşı Suçlar) ve Yedinci Bölümünde(Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk) tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar (Terörle Mücadele Kanunu md.3’un TCK ya atıf

yapmak suretiyle belirlediği suçlar ve TMK md. 4'te TCK ve diğer kanunlara atıf ile sayılan suçların TMK md.1 tanımlanan terör amaçlı işlenmiş olanları) ve toplu işlenen suçlar (CMK md.2/1-k aralarında iştirak iradesi bulunmasa bile üç veya daha fazla kişi tarafından işlenen suçlar) 667 sayılı KHK' nın uygulama alanına alınmıştır.¹⁶⁷

03.10.2016 kabul 29.10.2016 RG tarihli ve 29872 RG No ile yürürlüğe giren 676 sayılı OHAL KHK'sı md.2 " 5271 sayılı Kanunun 151 inci maddesinin;

a) Üçüncü fıkrasında yer alan "tutuklu ve" ibaresi "şüpheli, sanık veya" şeklinde, "kovuşturma açılması halinde tutuklu veya hükümlünün müdafilik veya vekilliğini" ibaresi "soruşturma ya da kovuşturma bulunması halinde müdafilik veya vekillik görevini" şeklinde değiştirilmiştir.

b) Dördüncü fıkrasında yer alan "müdafî veya vekil hakkında açılan kovuşturmanın yapıldığı" ibaresi "hâkim veya" şeklinde, "Kovuşturma sonunda" ibaresi "Soruşturma sonunda kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi veya kovuşturma sonunda" şeklinde değiştirilmiş, aynı fıkra "Müdafilik görevinden yasaklama kararı," ibaresinden sonra gelmek üzere "avukat hakkındaki soruşturma veya" ibaresi ve "Ancak," ibaresinden sonra gelmek üzere "soruşturma veya" ibaresi eklenmiştir.

c) Beşinci fıkrasında yer alan "tutuklu" ibaresi "şüpheli, sanık" şeklinde değiştirilmiştir." Bu OHAL KHK sı ile CMK md.151/3 "149 uncu Maddeye göre seçilen veya 150 nci Maddeye göre görevlendirilen ve Türk Ceza Kanununun 220 ve 314 üncü Maddesinde sayılan suçlar ile terör suçlarından tutuklu ve hükümlü olanların müdafilik veya vekillik görevini üstlenen avukat, hakkında bu fıkra sayılan suçlar nedeniyle kovuşturma açılması halinde tutuklu veya hükümlünün müdafilik veya vekilliğini üstlenmekten yasaklanabilir." CMK md.151/4 "Cumhuriyet savcısının yasaklamaya ilişkin talebi hakkında, müdafî veya vekil hakkında açılan kovuşturmanın yapıldığı mahkeme tarafından gecikmeksizin karar verilir. Bu kararlara karşı itiraz edilebilir. İtiraz sonucunda yasaklama kararının kaldırılması halinde avukat görevini devam ettirir. Müdafilik görevinden yasaklama kararı, kovuşturma konusu suçla sınırlı olmak üzere, bir yıl süre ile verilebilir.

¹⁶⁷ ÇETİN, s.39.

Ancak, kovuşturmanın niteliği itibarıyla bu süreler altı aydan fazla olmamak üzere en fazla iki defa uzatılabilir. Kovuşturma sonunda mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi halinde, kesinleşmesi beklenmeksizin yasaklama kararı kendiliğinden kalkar.”

CMK md.151/5 “Görevden yasaklama kararı, tutuklu veya hükümlü ile yeni bir müdafî görevlendirilmesi için derhal ilgili baro başkanlığına bildirilir.”

CMK md.151/6 “Müdafî veya vekil görevden yasaklanmış bulunduğu sürece başka davalarla ilgili olsa bile müdafîliğini veya vekilliğini üstlendiği kişiyi ceza infaz kurumunda veya tutukevinde ziyaret edemez.” halini almıştır.

1) Müdafin Yetkileri

Kural olarak, ceza yargılamasında hukuki yardım sınırsızdır. Müdafî, soruşturmanın her aşamasında şüpheliye hukuki yardımda bulunabilir (CMK 149/1). Soruşturmanın her kısmında müdafinin şüpheli ile her zaman vekâletname aranmaksızın; konuşulanların başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşme; ifade alma veya sorgu sırasında onun yanında bulunma (CMK 149/3), dosya içeriğini inceleyebilme ve dosyadan istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak temin etme (CMK 153/1), şüpheli/sanık ile yazışma (CMK 154) hakları vardır. Aynı yöndeki düzenlemeler Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Yasada da belirtilmektedir (CGTİHK m. 42/4; 43/3; 44/5; 68/4; 86/8. c. son; 114/5). Özellikle CGTİHK md. 44/5’te ki düzenleme ile tutuklunun hücrede dahi avukatıyla görüşme hakkının olduğunu düzenlemiştir. Müdafî, iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten yani kovuşturmanın başladığı tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilecektir. Çünkü, soruşturma aşamasındaki gizlilik esasının aksine kovuşturma aşamasında alenilik ilkesi esastır. Ayrıntılı bir şekilde aşağıda başlıklar halinde müdafin sahip olduğu önemli bazı hakları ayrıca ele alınmıştır.

- Her aşamada şüpheli/sanıkla görüşme yetkisi,
- Dosyayı inceleme yetkisi,

- İşlemlerin bildirilmesini isteme yetkisi,
- Müvekkil ile ilgili işlemlerde hazır bulunma yetkisi,
- Tanığa ve bilirkişiye soru sorma yetkisi,
- Kanun yoluna başvurma yetkisi.

a) Şüpheli/Sanık ile Görüşme ve Yazışma Yetkisi

Kolluk tarafından şüpheli hakkında yürütülen tahkikat de dâhil olmak üzerine soruşturmanın her aşamasında müdafî, şüpheli ile görüşme, ifade alma ve sorgu esnasında şüphelinin yanında olma ve hukuki yardımda bulunma yetkisine sahiptir.

CMK md. 149 “(1) 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.(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.(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.”

Şüpheli ve avukatının görüşme süre ve sayıları kısıtlanmamalıdır. Ayrıca baskı ve takip altına alınmamalıdır. Aksi durum, soruşturma aşamasında tutuklu bulunan şüphelinin serbest bırakılmasını, kısa bir zaman zarfında durumu hakkında karar verilmesini ve şüpheli hakkında uygulanan koruma tedbirinin hukuka aykırılığı söz konusu olduğunda hemen serbest bırakılmasını temin etmek maksadıyla yetkili bir yargı merciine başvurunun sağlanması gibi hakların gerektiği gibi kullanabilmesini ve kovuşturma aşamasında da sanığın müdafinden hukuki yardım alma ve savunmasını hazırlayabilmesini engellenir.

Ceza Muhakemesi Kanunu md.153/2’ye göre soruşturma aşaması ile sınırlı olmak şartıyla dosyanın şüpheli ve müdafinden kısmen gizlenmesi mümkün ise de bu gizlilik şüphelinin avukatı ile görüşmesinin engellenmesine izin vermeyecektir. Ayrıca iddianamenin kabulü kararı ile başlayan kovuşturma aşamasına geçildiğinde

ise, bu gizlilik hali tamamen ortadan kalkmaktadır. Hatta CMK m.150/2-3'e göre bazı suçlarda ve CMK md.101/3 uyarınca tutukluluğa sevkte zorunlu müdafilik kabul edilmiş olup, şüpheli veya sanığın müdafî olmadığı takdirde savunma hakkının kısıtlanmasına sebebiyet vereceği, yapılan bazı işlemlerin de geçersiz olacağı açıktır. Örnek vermek gerekirse, CMK m.148/4'te; müdafî hazır olmaksızın kollukça alınan ifadenin hâkim veya mahkeme huzurunda sanık tarafından doğrulanmaması halinde hükme esas alınamayacaktır. Burada cezanın alt sınırının beş yıl haptiden fazla olup olmadığına da bakılmamaktadır.

CMK md. 154 “(1) Şüpheli veya sanık, vekâletname aranmaksızın müdafî ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir. Bu kişilerin müdafî ile yazışmaları denetime tâbi tutulamaz. (2) (Ek: 3/10/2016-KHK-676/3 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7070/3 md.) Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar ve Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imâl ve ticareti suçları bakımından gözetilindeki şüphelinin müdafî ile görüşme hakkı Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hâkim kararıyla yirmi dört saat süreyle kısıtlanabilir; bu zaman zarfında ifade alınamaz.”

CMK m.154/2'ye, 29.10.2016 tarihinde yürürlüğe giren 676 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 3. maddesi ile eklenen yirmi dört saatlik kısıtlılık hükmünün yanı sıra; bazı suçların soruşturulmasında olağanüstü hal dönemi ile sınırlı olmak üzere 22.07.2016 kabul tarih, 23.07.2016 RG tarih ve 29779 RG no ile yürürlüğe giren 667 sayılı OHAL KHK'sı “Soruşturma ve Kovuşturma İşlemleri” başlıklı 6. maddesi ile getirilen kısıtlama mevcuttur. 667 sayılı KHK m.6/1-d'ye göre; “26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından, olağanüstü halin devamı süresince;

d) Tutuklu olanların avukatları ile görüşmelerinde, toplumun ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi, terör örgütü veya diğer suç

örgütlerinin yönlendirilmesi, bunlara emir ve tâlimat verilmesi veya yorumlarıyla gizli, açık ya da şifreli mesajlar iletilmesi ihtimalinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısının kararıyla, görüşmeler teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilir, tutuklu ile avukatın yaptığı görüşmeleri izlemek amacıyla görevli hazır bulundurulabilir, tutuklunun avukatına veya avukatın tutukluya verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmalara ilişkin tutukları kayıtlara elkonulabilir veya görüşmelerin gün ve saatleri sınırlandırılabilir. Tutuklunun yaptığı görüşmenin, belirtilen amaçla yapıldığının anlaşılması hâlinde, görüşmeye derhal son verilerek, bu husus gerekçesiyle birlikte tutanağa bağlanır. Görüşme başlamadan önce, taraflar bu hususta uyarılır. Tutuklu hakkında, tutanak tutulması hâlinde, Cumhuriyet savcısının istemiyle tutuklunun avukatlarıyla görüşmesi sulh ceza hâkimliğince yasaklanabilir. Yasaklama kararı, tutuklu ile yeni bir avukat görevlendirilmesi için derhal ilgili baro başkanlığına bildirilir. Baro tarafından bildirilen avukatın değiştirilmesi Cumhuriyet savcısı tarafından istenebilir. Görevlendirilen avukata, 23/3/2005 tarihli ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 13 üncü maddesine göre ücret ödenir.”

667 sayılı OHAL KHK’sı 6/1 maddesi gereği yukarıda belirtilen hükmün uygulama alanı yalnızca olağanüstü hal süresi ve belirli suç tipleri ile sınırlandırılmıştır. Bu suç tipleri 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü (Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar), Beşinci Bölümünde(Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar), Altıncı Bölümünde (Milli Savunmaya Karşı Suçlar) ve Yedinci Bölümünde(Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk) tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar (Terörle Mücadele Kanunu md.3’un TCK ya atıf yapmak suretiyle belirlediği suçlar ve TMK md. 4’te TCK ve diğer kanunlara atıf ile sayılan suçların TMK md.1 tanımlanan terör amaçlı işlenmiş olanları) ve toplu işlenen suçlar (CMK md.2/1-k aralarında iştirak iradesi

bulunmasa bile üç veya daha fazla kişi tarafından işlenen suçlar) 667 sayılı KHK'nın uygulama alanına alınmıştır.¹⁶⁸

667 sayılı KHK md.6/1-d, CMK m.153/2'ye göre gizli yürütülen soruşturma ile sınırlı tutulmayıp, iddianamenin mahkemece kabul kararı ile başlayan, gizliliğin ortadan kalkarak alenilik ilkesinin esas olduğu kovuşturma aşamasında, suç Devletin güvenliğine karşı işlenen suçlardan olmayıp da herhangi bir toplu suç olduğunda da, yalnızca soruşturma aşamasında değil kovuşturma aşamasında da şüpheli/sanık ile avukatının görüşmeleri kayıt altına alınabilmesine, yazışmaların denetlenebilmesine, cezaevinde avukat görüşme odasında şüpheli/sanık ile avukatın yaptığı konuşmalar esnasında yanlarında infaz koruma memurları bulunmasına, müdafî ile sanığın görüşmesinin haftada bir gün ve bir saatle sınırlandırılmasına imkân vermekte, bu sebeple adil yargılanma hakkı kapsamında olan savunma hakkının gereği gibi ile kullanılmasını kısıtlanmaktadır. Gerek avukat ve gerekse sanık kendisini zaman ve denetlenme hissi bakımından baskı altında hissetmekte, bu sebeple masumiyet karinesi ve özellikle de silahların eşitliği ilkesi zarar görmektedir. Dolayısıyla savunma hakkının özü zedelenmektedir. Yukarıda açıklanan hususlara ek olarak, CGIHK yapılan değişikliğe de değinmek gerekmektedir. 03.10.2016 kabul tarihi, 29.10.2016 RG tarihi ve 29872 RG No. ile yürürlüğe giren 676 sayılı OHAL KHK'sı md. 6'ya göre ; "13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 59 uncu maddesinin dördüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, aynı maddeye bu fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkralar eklenmiş ve diğer fıkra buna göre teselsül ettirilmiştir.

"(4) Görüşme sırasında; hükümlünün avukatına veya avukatın hükümlüye verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmaya ilişkin olarak kendilerinin tuttıkları kayıtlar incelenemez; hükümlünün avukatı ile yaptığı görüşme dinlenemez ve kayda alınamaz. (5) Türk Ceza Kanununun 220. maddesinde ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkum olanların avukatları ile görüşmelerinde,

¹⁶⁸ŞAHİN, Turgay, Avukatın OHAL Rehberi, <http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/raporlar/555.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.10.2017), s.4 vd.

toplumun ve ceza infaz kurumunun güvenliğini tehlikeye düşürüldüğüne, terör örgütü veya diğer suç örgütlerinin yönlendirildiğine, bu örgütlere emir ve talimat verildiğine veya yorumları ile gizli, açık ya da şifreli mesajlar iletildiğine ilişkin bilgi, bulgu veya belge elde edilmesi halinde, Cumhuriyet Başsavcılığının istemi ve infaz hâkiminin kararıyla, üç ay süreyle; görüşmeler teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilir, hükümlü ile avukatın yaptığı görüşmeleri izlemek amacıyla görevli görüşmede hazır bulundurulabilir, hükümlünün avukatına veya avukatın hükümlüye verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmalara ilişkin tuttukları kayıtlara el konulabilir veya görüşmelerin gün ve saatleri sınırlandırılabilir. (6) İnfaz hakimliği hükümlünün; kurallara uyumunu, toplum veya ceza infaz kurumu bakımından arz ettiği tehlikeyi ve rehabilitasyon çalışmalarındaki gelişimini değerlendirerek, kararda belirttiği süreyi üç aydan fazla olmamak üzere müteaddit defa uzatabileceği gibi kısaltılmasına veya sonlandırılmasına da karar verebilir. (7) Beşinci fıkra kapsamına giren hükümlünün yaptığı görüşmenin, aynı fıkroda belirtilen amaca yönelik yapıldığının anlaşılması halinde, görüşmeye derhal son verilerek, bu husus gerekçesiyle birlikte tutanağa bağlanır. Görüşme başlamadan önce taraflar bu hususta uyarılır. (8) Hükümlü hakkında, yedinci fıkra uyarınca tutanak tutulması halinde, Cumhuriyet başsavcılığının istemiyle hükümlünün avukatlarıyla görüşmesi infaz hakimince altı ay süreyle yasaklanabilir. Yasaklama kararı, hükümlüye ve yeni bir avukat görevlendirilmesi için derhal ilgili baro başkanlığına bildirilir. Cumhuriyet başsavcılığı baro tarafından bildirilen avukatın değiştirilmesini baro başkanlığından isteyebilir. Bu fıkra hükmüne göre görevlendirilen avukata, 23/3/2005 tarihli ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 13 üncü maddesine göre ücret ödenir. (9) İnfaz hakimi tarafından bu madde uyarınca verilen kararlara karşı 4675 sayılı Kanuna göre itiraz edilebilir. (10) Bu madde hükümleri 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasına göre yüksek güvenlikli ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler ile beşinci fıkradaki suçlardan hükümlü olup, başka bir suçtan dolayı şüpheli veya sanık sıfatıyla avukatıyla görüşen hükümlüler hakkında da uygulanır. (11) Tutuklular hakkında bu madde hükümlerine göre karar vermeye soruşturma aşamasında sulh ceza hâkimi, kovuşturma aşamasında mahkeme yetkilidir."

b) Dosya İnceleme ve Belgelerden Örnek Alma Yetkisi

Ceza Muhakemesi Kanunu md.157/1'e göre "Kanunun başka hüküm koyduğu hâller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir". Ancak bu durum müdafinin dosyayı incelemesi ve dosyadaki belgelerden örnek almasına engel değildir. Evrak inceleme yetkisi olmaksızın müdafî tarafından şüpheli veya sanığın gereği gibi savunulması mümkün olmaz. Şüphelinin ve sanığın, lehine olan delilleri ileri sürme ve bunların toplanmasını isteme hakkını kullanılabilmesi için dosyayı inceleyerek eksik kaldığını düşündüğü delillerin toplanmasını isteme hakkını kullanabilecektir. Ceza Muhakemesi Kanunu md.147/1-f'ye göre ifade alınmasından önce şüpheliye; 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. Şüpheliye tanınan bu hakkın faal olarak kullanılması, müdafin hukuki yardımına bağlıdır. Hukuki yardımın etkin bir şekilde gerçekleştirilebilmesi müdafinin dosyayı incelemesi ile mümkün olacaktır.¹⁶⁹

Müdafinin dosyayı inceleme ve dosyadan örnek alma hak ve yetkisi hem soruşturma evresinde hem de kovuşturma evresinde geçerlidir. Ancak soruşturma evresinde CMK md.153/2 gereği müdafinin bu yetkisinin kısıtlanması mümkündür. CMK md.153/2 "Müdafinin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla kısıtlanabilir". Bu kısıtlama kararı, kanunda sınırlı sayıda belirtilen suçlar için verilebilir. Bunların dışında kalan suçlar için kısıtlama kararının verilmesi mümkün değildir. Bu suçlar; 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan; kasten öldürme (madde 81, 82, 83), cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102), çocukların cinsel istismarı (madde 103), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220), devletin güvenliğine karşı suçlar (madde 302, 303, 304, 307, 308), anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar (madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316), devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk (madde 326, 327,

¹⁶⁹ PEHLİVAN, Ali, "Soruşturma Evresinde Müdafî ve Vekilin Evrak İnceleme Yetkisi", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, s.1508 vd.

328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337), 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 160'ıncı maddesinde tanımlanan zimmet suçu, 21/3/2007 tarihli ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda tanımlanan suçlar.¹⁷⁰

Cumhuriyet savcısının talebi üzerine verilen kısıtlama kararına, uygulamada gizlilik kararı denilmektedir.¹⁷¹ Bu karar, yalnızca sulh ceza hâkimliği tarafından verilebilmektedir. Ancak kanunda sayılan ifade tutanağı ile bilirkişi raporları ve yapılan işlem esnasında hazır bulunmaya yetkili olanların hazır bulundukları işlemlere ilişkin evraklar açısından gizlilik kararının uygulanması mümkün değildir. Çünkü CMK md.153/3 buna engel olmaktadır. Gizlilik kararı müessesesi, yalnızca gizliliğin temel ilke olduğu soruşturma aşamasında mümkündür. Alenilik ilkesinin kural olduğu kovuşturma aşamasında mümkün değildir.

Sulh ceza hâkimliği tarafından verilen gizlilik kararı dosyanın tamamına ilişkin olabileceği gibi bir kısmını da ilişkin olabilir. Şöyle ki; dosyadaki belirli bilgi ve belgelerin gizlenmesine de karar verebilir. Bu halde gizlilik kararı kısmi olacaktır. Bu konuda savcılık talebini değerlendirerek gizliliğin kapsamını hâkim takdir edecektir.¹⁷²

27.07.2016 RG tarihi ve 29783 RG No. ile yürürlüğe giren 668 sayılı Olağanüstü Hal KHK'sının 3. maddesi ile OHAL süresince ve maddede belirtilen suçlarla sınırlı olarak sulh ceza hâkimince gizlilik kararı verilmesine gerek kalmaksızın Cumhuriyet savcısı tarafından gizlilik kararı verilebilmesi imkânı getirilmiştir. 668 sayılı KHK md. 3/1-1'e göre; "Müdafinin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisi soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının kararı ile kısıtlanabilir."

Cumhuriyet savcısının gizlilik kararı verebileceği suçlar ise; a) TCK İkinci Kitap 4.Kısım 4, 5, 6, 7. Bölümlerde tanımlanan (TCK 302 ila 339. maddeler

¹⁷⁰ OKUYUCU ERGÜN, Güneş, "Soruşturmanın Gizliliği", AÜHFD, 59(2), 2010, s.252.

¹⁷¹ OKUYUCU ERGÜN, s.253.

¹⁷² OKUYUCU ERGÜN, s.252.

arasındaki) suçlar, b)Terörle Mücadele Kanunu (TMK) kapsamına giren suçlar (TMK 3.md de TCK'ya gönderme yapılarak belirlenen terör suçları), TMK 4.md. de TCK ve diğer kanunlara atıf ile sayılan suçların TMK 1.md. tanımlanan terör amaçlı işlenmiş olanları ve c)Toplu suçlar CMK 2/1-k (aralarında iştirak iradesi bulunmasa dahi üç veya daha fazla kişi tarafından işlenen suçlar) dır.¹⁷³

c)Yargılama İşlemlerinde Hazır Bulunma Yetkisi

Müdafinin sanığın katılma hakkı olan her işleme sanık yerine veyahut sanık ile birlikte katılma hak ve yetkisi vardır. Müdafinin bir işleme katılabilmesi için sanığın da katılmış olma şartı yoktur. Müdafî, sanığı temsil edecektir.

Ceza yargılamasının niteliğinden yani suç isnadı altında olan şüphelinin/sanığın kendisini savunma gerekliliğinden kaynaklı olarak birçok hak hem sanığa hem de müdafine ayrı ayrı tanınmıştır. Hem sanığın hem de müdafinin aynı haklara sahip olmaları asıl savunma süjesinin sanık olduğu gerçeğini ortadan kaldırmamaktadır. Müdafî yalnızca sanığa hukuki yardım sağlayarak savunma konusunda ona yardımcı olmaktadır.

Sanık hazır bulunmasa ya da CMK md.196'da belirtilen yani sanığın duruşmadan varestede tutulduğu hallerde de müdafî bütün oturumlarda hazır bulunmak yetkisine sahiptir. (CMK m.197).

667 sayılı OHAL KHK'sı md.6/1-ğ'e göre; "Yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda, ifade alma veya sorgu sırasında veya duruşmada en çok üç avukat hazır bulundurulabilir."

667 sayılı KHK 6/1. maddesine göre yukardaki hükmün uygulanma alanı yalnızca OHAL süresi tahdidi olarak sayılan suç tipleri ile sınırlandırılmış ve yalnızca a) TCK İkinci Kitap 4.Kısım 4, 5, 6, 7. Bölümlerde tanımlanan (TCK 302 ila 339. maddeler arasındaki) suçlar, b)Terörle Mücadele Kanunu (TMK) kapsamına giren suçlar (TMK 3.md de TCK'ya gönderme yapılarak belirlenen terör suçları), TMK 4.md. de TCK ve diğer kanunlara atıf ile sayılan suçların TMK 1.m.

¹⁷³ ÇETİN, s.46.

tanımlanan terör amaçlı işlenmiş olanları ve c)Toplu suçlar CMK 2/1-k (aralarında iştirak iradesi bulunmasa dahi üç veya daha fazla kişi tarafından işlenen suçlar) ilgili KHK kapsamına alınmıştır.¹⁷⁴

Ayrıca 03.10.2016 kabul tarihi, 29.10.2016 RG tarihi ve 29872 RG No. İle yürürlüğe giren 676 sayılı OHAL KHK'nın 1. maddesine göre "4/12/2004 tarih 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 149. maddesinin ikinci fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir: Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından yürütülen kovuşturmalarda, duruşmada en çok üç avukat hazır bulundurulabilir."

Sanık hazır bulunmasa ya da CMK md.196'da belirtilen yani sanığın duruşmadan varestede tutulduğu hallerde de müdafî bütün oturumlarda hazır bulunmak yetkisine sahiptir. (CMK m.197).

667 sayılı OHAL KHK'sı md.6/1-ğ'e göre; "Yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda, ifade alma veya sorgu sırasında veya duruşmada en çok üç avukat hazır bulundurulabilir."

667 sayılı KHK 6/1. maddesine göre yukardaki hükmün uygulanma alanı yalnızca OHAL süresi tahdidi olarak sayılan suç tipleri ile sınırlandırılmış ve yalnızca a) TCK İkinci Kitap 4.Kısım 4, 5, 6, 7. Bölümlerde tanımlanan (TCK 302 ila 339. maddeler arasındaki) suçlar, b)Terörle Mücadele Kanunu (TMK) kapsamına giren suçlar (TMK 3.md de TCK'ya gönderme yapılarak belirlenen terör suçları), TMK 4.md. de TCK ve diğer kanunlara atıf ile sayılan suçların TMK 1.m. tanımlanan terör amaçlı işlenmiş olanları ve c)Toplu suçlar CMK 2/1-k (aralarında iştirak iradesi bulunmasa dahi üç veya daha fazla kişi tarafından işlenen suçlar) ilgili KHK kapsamına alınmıştır.¹⁷⁵

Ayrıca 03.10.2016 kabul tarihi, 29.10.2016 RG tarihi ve 29872 RG No. İle yürürlüğe giren 676 sayılı OHAL KHK'nın 1. maddesine göre "4/12/2004 tarih 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 149. maddesinin ikinci fıkrasına aşağıdaki

¹⁷⁴ ÇETİN, s.47.

¹⁷⁵ ÇETİN, s.46.

cümle eklenmiştir: Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından yürütülen kovuşturmalarda, duruşmada en çok üç avukat hazır bulundurulabilir.”

03.10.2016 kabul tarihi, 29.10.2016 RG tarihi ve 29872 RG No. ile yürürlüğe giren 676 sayılı OHAL KHK’sı 5. maddesine göre 5271 sayılı Kanunun 188 inci maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir. “Müdafinin mazeretsiz olarak duruşmayı terke etmesi halinde duruşmaya devam edilebilir” hükmü getirilmiştir.

Netice olarak yargılamaya dair pek çok hakkı, sanık bizzat ve tek başına kullanabileceği gibi müdafî ile birlikte veyahut ayrı ayrı da kullanabilir veya bu hakları kendi kullanmayıp yalnızca müdafin bu hakları kullanmasına izin verebilir.¹⁷⁶

d) Soru Sorma Yetkisi

Ceza yargılamasında delil serbestisi ve vicdani ispat mevcuttur. Bu sebeple hukuka uygun olarak elde edilmiş her şey delil olarak değerlendirilebilir. Bu açıdan herhangi bir kısıtlama bulunmamaktadır. Vicdani ispat sisteminde delilleri değerlendirerek takdir edecek makam yargılama makamıdır. Delilleri serbestçe takdir eder. Bu takdir yetkisi, keyfilik anlamına gelmemektedir. Zira hâkim kararında hangi delile neden üstünlük tanıdığını açıklamak ve davanın taraflarını bu konuda ikna etmeye çalışmakla yükümlüdür.¹⁷⁷

Yukarıda ceza muhakemesi hukukunda hukuka uygun elde edilmiş her şeyin delil olarak değerlendirilebileceği belirtilmiş ise de bu delillerin taşınması gereken belli özellikler vardır. Bu özellikler: gerçekçi, akılcı olması ve müşterek olmasıdır. Müştereklik ile kastedilen, mahkeme huzurunda tartışılmış olmasıdır.¹⁷⁸

Beyan delili de ceza muhakemesinde önemli bir yere sahiptir. Ancak beyan delili ispat gücü zayıf kalan bu yüzden de teyit edilmeye ihtiyaç duyulan bir delil türüdür. Çünkü aleyhine tanıklık yapılan kimselerden korkma veya kendine ya da

¹⁷⁶ ZAFER, s.513.

¹⁷⁷ TEMİZ, Yağmur, “Türk Hukukunda Çapraz Sorğu Tartışmaları”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:2015, C:6, S:1, s.303.

¹⁷⁸ KUNTER ve Diğerleri, ss. 620-624.

yakınlarına yarar sağlama amaçları gibi nedenler tanık beyanlarına güvenilirliği kuşkulu hale getirebilir. Yalan tanıklığın suç olarak düzenlenmesi, tanıklıktan çekinme, tanıkların yeminle dinlenmesi gibi pek çok düzenleme karşısında tanık beyanları iyi bir süzgeçten geçirilmelidir.¹⁷⁹ Beyan delilinin güvenilirliğini test etmek ve yargılama makamında delilin doğruluğu noktasında soru işareti oluşturmak için müdafin CMK md.201’de düzenlenen soru sorma hakkı hayati öneme sahiptir.¹⁸⁰

CMK md. 201 kapsamında soru sorma hakkının sınırsız ve keyfi kullanılması, mümkün değildir. İnsan onuru ile bağdaşmayacak hiçbir soru, doğrudan soru sorma hakkı kapsamında sorulamayacaktır. Ceza hukuku kuralları, ilk hedefte insanın varlığını idame ettirmesi, kişiliğini geliştirmesi açısından korunması zorunlu olan maddi, manevi ve ekonomik değerlere önem ve öncelik verir.¹⁸¹ Bu sebeple bu hakkın doğal sınırları vardır.¹⁸²

CMK md.201 “Cumhuriyet savcısı, müdafî veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat; sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağırılmış diğer kişilere, duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilirler. Sanık ve katılan da mahkeme başkanı veya hâkim aracılığı ile soru yöneltebilir. Yöneltilen soruya itiraz edildiğinde sorunun yöneltilmesinin gerekip gerekmediğine, mahkeme başkanı karar verir. Gerektiğinde ilgililer yeniden soru sorabilir. “ şeklinde düzenlenmiştir.

Uygulamada bazen doğrudan soru hakkı olan müdafîye doğrudan soru sorma imkânı verilmemekte, hâkim ya da mahkeme başkanı vasıtasıyla soru sorması istenilmektedir. Bu uygulama CMK md.201’e açıkça aykırıdır.

Uygulamada karşılaşılan diğer bir durum ise, gizli soruşturmacının görevlendirilmiş olduğu dosyalarda gizli soruşturmacının kimliğinin anlaşılması endişesi sebebiyle çoğu zaman soru sordurulmamaktadır.

¹⁷⁹ TOROSLU, Nevzat/ FEYZİOĞLU, Metin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2011, ss. 179-180.

¹⁸⁰ TEMİZ, s.319.

¹⁸¹ KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6 Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 40.

¹⁸² DEMREN DÖNMEZ, Burcu, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Çapraz Sorgu**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s.33.

Doğrudan soru sorma, çapraz sorgu anlamına gelmemektedir. Çapraz sorgu, Anglosakson hukuk sisteminden bulunan bir müessesedir. Doğrudan soru sorma, çapraz sorguya benzetmekle beraber farklı niteliğe sahiptir. Doğrudan soru sormada müdafîye; tanığa, bilirkişilere, katılana soru sorma imkânı tanınmış ise de bu bir sorgulama hakkı değildir. Çünkü hukukumuzda, sorgulama faaliyeti hâkimin yapabileceği bir yargısal işlemdir.¹⁸³

Çapraz sorguda sorulacak sorular, önceden belirlenerek duruşma esnasında sorulmaktadır. Çapraz sorgu ile hedeflenen kontrollü bir şekilde sonuca ulaşmaktır. Eğer tanık beyanını kurgulamış ise yani yalan söylüyorsa çapraz sorgu iyi yapılmış ise tanık gerçeği söylemek zorunda olacaktır. Zira kurguyu daha fazla ileri götüremeyecektir. Çapraz sorguda soruların cevapları “evet” ya da “hayır” olabilecek şekilde kapalı uçlu soru sorma taktiği ile sorular sorularak tanığa kaçış alanı bırakmadan daha doğru sonuca ulaşılabilecektir.¹⁸⁴

CMK md.201’de düzenlenen doğrudan soru sorma hakkı çapraz sorgu kadar etkili olmasa da, savunma hakkının gerektiği gibi kullanılması ve bu sayede maddi gerçeğe ulaşma noktasında önemli bir yere sahiptir.¹⁸⁵

e) Kanun Yollarına Başvurma Yetkisi

Müdafî, müvekkilinin açık arzusuna aykırı olmamak kaydıyla kanun yollarına başvurabilir. Yani müdafî, açıkça kanun yoluna başvurmaması konusunda istek varsa başvuramayacak onun dışında kanun yoluna başvurmak zorundadır.

CMK md.150/2 gereğince, çocuk veya kendisini savunamayacak derecede malul ya da sağır ve dilsiz olup müdafî olmadığı için istemi aranmaksızın kendisine bir müdafî görevlendirilmiş şüpheli veya sanıklar yararına kanun yoluna başvurulduğunda veya başvuru kanun yolundan vazgeçildiğinde şüpheli veya sanık ile müdafinin iradesi çelişirse atanmış müdafinin iradesi geçerli sayılır (CMK 266/3). CMK md.266/3’te “kendisine müdafî atanan” sözcüğü kullanılmış ise de bu

¹⁸³ TEMİZ, s.317.

¹⁸⁴ KÜÇÜKAY, Alper, “Tanık İfadesi ve Çapraz Sorgu Psikolojik Bir Bakış”, **TAAD**, Yıl:8, S:32, Ekim 2017, s.435.

¹⁸⁵ ARIKAN, Günay, “Çapraz Sorgu İçin Hazır mıyız”, **ABD**, 2005/4, s.109.

durumun geniş yorumlanması gerekmektedir. Bu geniş yorum ile CMK 150/2 uyarınca müdafisi bulunmayan çocuğa tayin edilen zorunlu müdafinin iradesinin üstün tutulmasının yanında çocuğun tayin ettiği ihtiyari müdafinin de çocukla çelişen iradesi söz konusu olur ise, müdafinin iradesine üstünlük tanınacaktır.

Müdafî kanun yoluna başvurmuş ise kanun yolundan vazgeçebilmesi için müvekkilin açıkça vazgeçme iradesinin bulunması gerekmektedir.

Kanun yolları konusunda yeterli bilgisi bulunmayan şüpheli ve sanığın menfaatinin korunması için gerek kanun yollarına başvurma gerekse de kanun yolundan vazgeçmede müdafinin iradesine üstünlük tanınmıştır. Bu yetkinin amacı göz önünde bulundurularak, müdafî tarafından çocuk aleyhine netice doğurmayacak şekilde kullanılması gerekmektedir.

D) Savunma Dokunulmazlığı (Adli Muafiyet)

1)Savunma Dokunulmazlığının Esası

İddia ve savunma dokunulmazlığı, iddia ve savunmanın yapıldığı esnada kullanılan cümleler ve sunulan yazılı belgeler sebebiyle cezalandırılmamayı gerektirir. Çünkü iddia ve savunma görevini ifa eden kişi, acaba sarf ettiğim cümleler veya sunduğum yazılı belgeler suç sayılır da cezalandırılır mıyım diye endişe ederse, bu endişe sebebiyle iddia ve savunma görevini layığı ile yapamaz. İddia ve savunma esnasında kişi sarf ettiği sözler veya sunduğu belgeler sebebiyle TCK md.125’te düzenlenen hakaret suçu, TCK md.267’de düzenlenen iftira suçu ve TCK md.271’de düzenlenen suç uydurma suçu isnadı ile karşılaşma ihtimali vardır.

Anayasa 36. maddesinde hak arama hürriyeti başlığı ile “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. ” şeklinde düzenleme yapılmış ise de savunmanın etkin bir şekilde yapılabilmesi için bir güvencenin de sağlanmış olması gerekmektedir. Bu güvence de TCK md.128’de düzenlenmiştir. Bu güvence sayesinde iddia ve savunma layığı ile yapılacak bu sayede maddi gerçeğe daha iyi ulaşılabilecektir.

İddia ve savunma dokunulmazlığı başlığı ile TCK md.128’te savunma dokunulmazlığı düzenlenmiştir. TCK md.128 “Yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnatlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde, ceza verilmez. Ancak, bunun için isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyuşmazlıkla bağlantılı olması gerekir.”

Savunma dokunulmazlığı yalnızca ceza muhakemesinde savunma makamını teşkil eden kişileri kapsamına olan bir müessese değildir. Daha geniş kapsamlı bir müessesedir. Aynı zamanda medeni muhakemeyi de içerisine almaktadır. Bu durum TCK md.128 den açıkça anlaşılmaktadır.

Hâkim taraflar veya temsilcileri tarafından herhangi bir talep olmaksızın re’sen dikkate alacaktır.

2)Savunma Dokunulmazlığının Hukuki Niteliği

Savunma dokunulmazlığı, objektif ve mutlak olan yasama sorumsuzluğundan farklı olarak nispi ve subjektif bir karaktere sahiptir. Dokunulmazlık nispi bir karaktere sahiptir, yani normal olarak sadece cezai sorumluluğu kaldırmakla sınırlıdır.

Savunma dokunulmazlığı kesinlikle kişilere tanınmış bir imtiyaz değildir. Çünkü, dokunulmazlıktan yararlanan kişiler yalnızca müdafiler değildir. Bunların yanında taraflar, kanuni temsilciler de yararlanmaktadır. Bu sebeple savunma dokunulmazlığı, belirli mesleği yürütenler için tanınmış olan bir ayrıcalık olarak kabul etmek mümkün değildir.

Savunma dokunulmazlığının hukuki niteliği açısından doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bu görüşleri üç grupta toplamak mümkündür. Bunlar; hukuka uygunluk nedeni olduğu düşüncesi, cezalandırma şartı olduğu düşüncesi ve sadece ceza hukukuna aykırılığı ortadan kaldıran neden olduğu düşüncesidir.

a)Hukuka Uygunluk Nedeni Olduğu Düşüncesi

İddia ve savunma dokunulmazlığı, özel hukuka uygunluk nedenidir. Hukuka uygunluk nedenleri, Türk Ceza Kanunu’nun genel hükümlerinde düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri ile sınırlı değildir. Aynı zamanda özel hükümler bölümünde de düzenlemeler vardır. Bu sebeple savunma dokunulmazlığı, özel hukuka uygunluk nedenidir.¹⁸⁶

Bu düşünce, savunma dokunulmazlığının bir hukuka uygunluk nedeni olmadığı belirtilerek eleştirilmiştir.¹⁸⁷ Eleştiri noktası da savunma dokunulmazlığı kapsamında kalan hakaret suçu cezayı gerektirmese de hukuka aykırı kalmaya devam etmektedir. Yani TCK md.128’de ceza verilmeyeceği açıkça belirtildiği için yapılan hakarete ceza verilemez; ancak, başkaca disiplin tedbiri vs müeyyideler söz konusu ise, bu müeyyideler uygulanabilecektir. Ayrıca tazminat istenmesine imkân tanınmıştır. Hukuka uygunluk nedeni söz konusu olsa idi, bu sorumluluklar da söz konusu olmazdı.¹⁸⁸

b) Cezalandırma Şartı Olduğu Düşüncesi

TCK md.128 ile kanun, ceza verilmez demek suretiyle yalnızca cezalandırmayı ortadan kaldırmıştır, yoksa isnat edilmeye tesir etmemektedir. Bu şekilde düşünenler, bu nedenin suçun hukuka aykırılık unsurunu etkilemediğini, fiilin hukuka aykırı kalmaya devam ettiğini ve burada cezalandırılma unsurunun gerçekleşmesini önleyen bir cezasızlık nedeninin bulunduğunu ileri sürmektedir.¹⁸⁹

c)Sadece Ceza Hukukuna Aykırılığı Ortadan Kaldırdığı Düşüncesi

Savunma dokunulmazlığı, fiilin disiplin hukuku ve özel hukuk sonuçlarına dokunmamaktadır. Yalnızca ceza hukukuna aykırılığını gidermektedir.

¹⁸⁶ ÖZEN, Muharrem, “Savunma Dokunulmazlığı”, **TBBD**, 1993, s. 422.

¹⁸⁷ TOSUN, s. 309.

¹⁸⁸ TOSUN, Öztekin, **Suç Hukuku El Kitabı**, İstanbul, 1982, ss. 214-215.

¹⁸⁹ ÖZEN, s.423.

3) Savunma Dokunulmazlığının Sınırları

Savunma faaliyetinin yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu makamlara yapılan yazılı veya sözlü başvurular, iddia ve savunma hakkı kapsamında kalacaktır. Ancak, bu başvurunun gerçekleştirilecek isnat ve değerlendirmelerin “gerçek ve somut olaylara dayanması” ve “uyuşmazlık ile bağlantılı” olması gerekmektedir.¹⁹⁰

a) Taraf ile Sınırlılık

Savunma dokunulmazlığından yararlanabilmek için davanın tarafı olmak ön şarttır. Bu şekilde taraf ile sınırlama getirilmiştir. Taraf kavramı, davada sübjektif bir yarar elde etmek amacıyla bulunan kişiyi ifade etmektedir. Bu kişilerin yanı sıra davaya katılan vekil vb. kimselerin eylemlerini de savunma dokunulmazlığı kapsamında değerlendirilmektedir. Davada sübjektif bir menfaati olmayan hâkim ve Cumhuriyet savcısı gibi kimseler savunma dokunulmazlığı açısından o davanın tarafları sayılmazlar.¹⁹¹

b)Konu ile Sınırlılık

Savunma dokunulmazlığının kapsamına uyuşmazlığa ilişkin olarak iddia veya savunma esnasında taraflar veya vekilleri tarafından yargı mercilerine verilen dilekçe ve diğer evraklardaki yazılar girmektedir.

Muhakeme makamlarına verilen dilekçe vb. yazılar, iddia ve savunmaya ilişkin olmalıdır. Bunların dışındaki söz ve davranışlar, savunma hakkı kapsamında değerlendirilmeyecektir.

c) Vasıta ile Sınırlılık

Savunma dokunulmazlığı, dilekçe ve sair evrakta yahut yapılan iddia ve savunmalarda yer alan cümleler için geçerlidir. Kanunun “yazı ve sözlere” inhisar

¹⁹⁰ KOCAOĞLU, Sinan, “Türk Ceza Kanunu (m. 128) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Bir Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Savunma Dokunulmazlığı”, **ABD**, 2012/4, s.30.

¹⁹¹ HAFIZOĞULLARI, Zeki , “Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı”, **ABD**, 1994/1, s.27.

ettirdiği muafiyet yazı veya sözle yapılmaz, başka bir ifade vasıtası, davranış veya işaretlerle yapılırsa fiilin faili adli muafiyetten yararlanamaz.

d) Fiil ile Sınırlılık

İddia ve savunma hakkı kapsamında kullanılan yazı, söz, işlem ve eylemler ile ulaşılmak istenen amaç ile gerçekleşen savunma arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir. Gerçekleştirilen eylem ile dava arasında mantıki ilgi bulunmalıdır. Savunma ve dava ile bağlantısı olmayan, gerçek ve somut olaylara dayanmayan ve uyumsuzlukla bağlantılı olmayan eylemler savunma dokunulmazlığı kapsamında kalmayacaktır.¹⁹²

4)Savunma Dokunulmazlığının Sınırlarının Aşılması

Her hak gibi savunma dokunulmazlığının da bir sınırı vardır. Savunma dokunulmazlığının kapsamına girmeyecek bir haksızlık fiili işlenmiş ise, fiil hukuka aykırı olacak ve cezai ve/veya hukuki sorumluluk ile disiplin sorumluluğunu doğurabilecektir. Çünkü, savunma dokunulmazlığı kişilere suç işleme imtiyazı vermemektedir.

Savunma hakkının kullanılmasında şüpheli/sanığa yardımcı olan müdafî avukatlık görevini ifa eder iken düşüncelerini objektif ve olgun bir biçimde açıklama yükümlülüğü vardır. Çünkü, avukat aynı zamanda kamu hizmetini yürütmektedir. Avukatın, mesleğinin vakarına uyması ve ifadelerini dikkatle seçmesi, kibar bir üslup kullanarak ölçülü davranması gerekmektedir.¹⁹³

II)TÜRK HUKUKUNDA SAVUNMA HAKKI İHLALLERİ

A)Genel Olarak

Savunma hakkının ne olduğuna ve hangi hallerde ihlal edilmiş olduğuna ilişkin mevzuatımızda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu hususlar Yargıtay,

¹⁹² ÇETİN, s.59.

¹⁹³ ÇETİN, s.61.

Anayasa Mahkemesi kararları ışığında açıklığa kavuşmaktadır; ancak, 1982 Anayasa'sının 36. maddesi hak arama başlığı altında "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." şeklinde savunma hakkını da içerisine alan düzenleme getirmiştir.

Savunma hakkının güvence altına alınması, demokratik toplum düzeninin gerekleri arasında yer almaktadır. Bu ANAY 36. md dışında, 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun özellikle savunma isimli Altıncı Kısımda, diğer kısım ve bölümlerinde, diğer kanunlardaki düzenlemeler ile savunma hakkı teminat altına alınmıştır.

Hangi hallerde savunma hakkının kısıtlanmış olduğu ve adil yargılanma hakkının ihlal edilmiş olduğu Yargıtay ve AYM içtihatları doğrultusunda belirlenmiştir. Kural olarak CMK'nın md.149'da şüpheli veya sanığın müdafî seçimi, md.150 müdafî görevlendirilmesi, md. 153 müdafinin dosya inceleme yetkisi, md.154 müdafî ile görüşme, md.176 iddianamenin sanığa tebliği ve sanığın çağırılması, md.181 tanık ve bilirkişinin dinleneceği günün bildirilmesi, md.190/2 ara verme, md.191 duruşmanın başlaması, md.195 sanığın yokluğunda duruşma, md.196 sanığın duruşmadan bağışık tutulması, md.197 sanığın müdafî gönderebilmesi, md.201 doğrudan soru yöneltme, md.202 tercüman bulundurulacak haller, md.207 delil ve olayın geç bildirilmesi, md.215 dinleme ve okumadan sonra diyeceğin sorulması, md.216 delillerin tartışılması, md.226 suçun niteliğinin değişmesi, md. 297 temyiz dilekçesinin tebliği ve cevabı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın görevi, md.307 davaya yeniden bakacak mahkemenin işlemlerini düzenleyen maddelerin ihlali savunma hakkının kısıtlandığı haller olarak görülmektedir.

B)Müdafî Yardımından Yararlanma Hakkının İhlali (CMK md.149, 150)

Türk hukukunda savunma hakkı genel olarak Anayasa'nın 36. md düzenlenmiştir. Bu maddeye göre "Herkes, meşru vasıta ve yollardan yararlanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir". CMK madde 2'de tanımlar başlığı altında müdafinin

tanımı yapılmıştır. CMK madde 2/1-c müdafî: şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukatıdır. Suç işlediği sanılan kişinin, ona yüklenen suçu işlemediğini veya iddia edildiğinden daha az cezayı hak ettiğini yahut fiilin hukuka aykırı olmadığı ya da bazı kanuni nedenlerle cezalandırılmaması gerektiğini yetkili merciler önünde ileri sürmek şeklinde tanımlanabilecek savunma faaliyetini hukuk kurallarını bilen bir kişi olarak yürüten şahsa müdafî denilmektedir. Ceza yargılaması sistemimizde kural olarak, şüpheli veya sanığın bir müdafî hukuki yardımından faydalanma zorunluluğu bulunmamaktadır; fakat, yasakoyucu şüphelinin/ sanığın bir müdafî hukuki yardımı olmaksızın etkili bir savunma yapamayacağını farz ettiği hallerde zorunlu müdafî atanmasını öngörmüştür, bu durum şüpheli/sanığın müdafî seçme zorunluluğunun olmaması kuralının istisnasını teşkil etmektedir.

Kural olarak şüpheli veya sanığın, kendisinin belirleyeceği müdafîyi seçer. Bu müdafîye seçilmiş müdafî denir. (CMK md.150/1) Aynı zamanda asgari ücret tarifesinin altında kalmamak şartıyla, aralarında serbestçe belirledikleri müdafîlik ücretini de müdafîye şüpheli veya sanık öder. Buna karşın, bazen şüpheli veya sanık bir müdafînin hukuki yardımından faydalanmak istemesine rağmen ekonomik olarak müdafî seçebilecek durumda olmayabilir. Bu durumda şüpheli veya sanığa hukuki yardımda bulunmak üzere baro tarafından bir müdafî atanır.(CMK m. 150/1) Bu şekilde baro tarafından görevlendirilen müdafîye atanmış müdafî, bu kuruma da “atanmış müdafîlik” denir. Atanmış müdafînin ücreti ise her yıl belirlenen tarife üzerinden devlet tarafından karşılanır.¹⁹⁴ Savunma hakkının kullanılması açısından vekâletname ile görevlendirilmiş müdafî ile mahkeme tarafından görevlendirilmiş müdafî arasında bir farklılık bulunmamaktadır.

Ceza yargılamasında sanığın savunmasını yapan müdafî ile sanık arasında kurulan ilişki, seçilmiş müdafî ise vekâlet sözleşmesine dayanır. Re’sen ya da talep üzerine atanan müdafî ise aradaki ilişki idari işleme dayanmaktadır. Müdafîlik görevi ölüm, azil, istifa, görevden alınma, görevden yasaklanma veya müdafînin görevini yapamayacak hale gelmesi gibi durumlarda sona ermektedir.

¹⁹⁴ KARAKEHYA, Hakan/ ARABACI, Murat, “Ceza Muhakemesinde Müdafînin Önemi, Hukuki Statüsü ve Müdafîliğe İlişkin Problemler”, **TAAD**, Yıl:6, S:22, Temmuz 2015, s. 63.

1) Sanığa/Şüpheliye Müdafî Seçme Olanığının Tanınmaması (CMK md.149)

CMK md. 149’a göre; “Şüpheli veya sanık soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafî hukuki yardımından yararlanabilir; kanuni temsilcisi varsa, o da şüpheliye veya sanığa müdafî seçebilir.

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. 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.

Müdafî, şüpheli veya sanıkla her zaman görüşebilir. Bunun için müdafiden vekâletname istenmez ayrıca böyle bir görüşmenin konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda gerçekleştirilmesi şarttır. Yakalanan veya tutuklu bulunan kişilerin müdafî ile yazışmaları denetime tabi tutulamaz.

CMK md.150 “Şüpheli veya sanıktan kendisine bir müdafî seçmesi istenir. Şüpheli veya sanık, müdafî seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, istemi halinde bir müdafî görevlendirilir.”

Bir suç isnadı ile karşı karşıya kalmış olan herkes derhal bir avukatın yardımından yararlanma hakkına sahiptir. Eylemin, suçun ve cezanın niteliği ilgili bir sınırlama yoktur. Maddi durumun uygun olmaması nedeni ile istemesine rağmen müdafî seçemediği için devlet avukat temin edecektir. Avukat teminini ise, baro “adli yardım” kurallarını işleterek maddi durum araştırması yaparak gerçekleştirecek ve maddi durumu avukat seçebilecek yeterlilikte olmayanlar için müdafî görevlendirmesi yapacaktır. Şüphelinin/sanığın müdafî görevlendirecek maddi imkânı var ise ve müdafî yardımından yararlanmak istiyorsa müdafî tayini için makul süre verilmeli, sanık ve müdafîye savunmanın hazırlanması için gereken kolaylık ve süre de tanınmalıdır. Bu sürenin verilmemesi savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuracaktır.

Müdafî tayini ile zorunlu müdafilik birbirlerinden farklı iki müessesedir. Müdafî tayini, soruşturma ve kovuşturma makamlarının kendilerine yapılan müdafî isteğini baro başkanlığına bildirmeleri üzerine baro tarafından yapılan görevlendirmeyi ifade etmektedir.

Zorunlu müdafilik ise, genel olarak soruşturma ya da kovuşturma makamları karşısına çıkarılan kişinin avukatı olmadan ifadesinin alınamayacağı ve yargılanamayacağını ifade etmektedir. Kişinin isteği önemli değildir. Her durumda avukatını bulundurması gerekmektedir. Maddi durumu buna engel ise adli yardımdan yararlanacaktır.¹⁹⁵

2) Zorunlu Müdafî Gereken Hallerde Müdafî Görevlendirilmemesi (CMK md.150)

CMK md.150/2 “Müdafisi bulunmayan şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacakss derecede malul veya sağır ve dilsiz ise, istemi aranmaksızın bir müdafî görevlendirilir.”

CMK md.150/2’nin uygulanması bakımından suçun niteliği, isnat edilen suçun kanunda öngörülen miktarı vs başka herhangi bir özelliğe bakılmaksızın uygulama alanı bulmaktadır. CMK md.150/3 “Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada ikinci fıkra hükmü uygulanır.” Kanun hükmünün lafzından, bu sürenin beş yılı geçmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Şüpheli veya sanığa isnat edilen suçun nitelikli hal, ağırlaştırıcı sebepler var ise, zorunlu müdafiliğin tespitinde suçun nitelikli haline ilişkin cezasının dikkate alınması gerekir.

Soruşturma aşamasının gizli olması sebebiyle, şüphelinin haklarını kullanabildiği, kendisine yasak ifade alma usullerin uygulanmadığının tespiti açısından avukatın hukuki yardımında isabet bulunmaktadır. Bu usul aynı zamanda, soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısını ve kolluğu da korumaktadır.

¹⁹⁵ GÜRSELER, Güneş , “Müdafî Tayin’inde Nereden Nereye...”, **TBBD**, S:72, 2007, s.343 vd.

Zorunlu müdafilik sistemini öngören bu düzenlemenin asıl amacı ise, müdafî yardımından faydalanmadan savunma yapılması halinde meydana gelebilecek olası hak kayıplarının önlenmesi, dolayısıyla da savunma hakkının etkin kullanılmasına imkân sağlayarak adil yargılamanın gerçekleştirilmesidir.¹⁹⁶

CMK md.150’de düzenlenen durumlar mevcut olsa dahi şüpheli/sanık tarafından atanmış müdafî varsa zorunu müdafî tayini yolun gidilemeyecektir. Bu durumun aksi hali söz konusu ise yani şüpheli/sanık tarafından görevlendirilmiş bir müdafî yoksa ve kanunda zorunlu müdafî tayini gerektiren haller söz konusu olmasına rağmen müdafî tayini yapılmamış ise bu durum savunma hakkının ihlalinin oluşturacaktır.¹⁹⁷

Zorunlu müdafî ile ihtiyari müdafî arasında avukatın sahip olduğu hak ve yükümlülükler açısından hiçbir fark bulunmamaktadır. Seçilmiş müdafinin sahip olduğu ifade ve sorgu sırasında hazır bulunma hakkı, delilleri sunma ve delillerin toplanmasını isteme hakkı, araştırma yapma hakkı, beyanda bulunma hakkı, dosyayı inceleme hakkı, kanun yoluna başvurma hakkı gibi tüm haklara atanmış müdafî de sahiptir.¹⁹⁸

C) Müdafinin Dosya İnceleme Hakkının İhlali (CMK md. 153)

CMK md. 150; Müdafinin dosyayı inceleme yetkisi (Değişik: 2/12/2014-6572/44 md.)“(1) Müdafî, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir. (2) Müdafin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla kısıtlanabilir. Bu karar ancak aşağıda sayılan suçlara ilişkin yürütülen soruşturmalarda verilebilir: a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan; 1. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83), 2. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102), 3. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),4. Uyuşturucu

¹⁹⁶ ZAFER, Hamide, “Savunma Hakkı ve Sınırları”, <http://dergipark.gov.tr/download/issue-file/491>, (Erişim Tarihi: 27/03/2018), s.519.

¹⁹⁷ ÇETİN, s.113.

¹⁹⁸ ÇETİN, s.113.

veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),5. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220),6. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (madde 302, 303, 304, 307, 308), 7. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316),8. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 326, 327, 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337).b) 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.c) 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 160 ıncı maddesinde tanımlanan zimmet suçu.d) 21/3/2007 tarihli ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan suçlar.

(3) Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında, ikinci fıkra hükmü uygulanmaz.(4) Müdafî, iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir; bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir.

(5) Bu maddenin içerdiği haklardan suçtan zarar görenin vekili de yararlanır.”Bu yetki sayesinde müdafî müvekkiline hangi suçun isnat edildiğini öğrenecek ve savunma hakkına hayat verecektir. Şüpheliye isnat edilen eylemleri ve maddi olayları içeren dosya, incelenemediği müddetçe savunmanın yapılabilmesi mümkün olmamaktadır. Soruşturmanın içeriğini öğrenerek, savunma hazırlama görevini ifa etmek isteyen müdafî bu görevi gerektiği gibi yerine getirebilmesi için sanık hakkındaki suçlamayı, sanığın lehine ve aleyhine olan tüm delilleri bilmesi gerekir. Yazılılık ve gizlilik ilkelerinin hakim olduğu soruşturma safhasında müdafinin en önemli hukuki aracı dosyayı inceleme yetkisidir.¹⁹⁹

Maddenin ilk fıkrası müdafinin kural olarak soruşturma evresi boyunca dosyayı inceleyebileceğini ve her istediği belgenin örneğini alabileceğini düzenlemektedir. Maddenin ikinci fıkrasında bu yetki karşısında bir kısıtlama getirmektedir. Gerçekten de Cumhuriyet Savcısı, müdafinin kanunda sınırlı sayıda belirtilen, belirli dosyaları incelemesi ve bu dosyalardan belge almasının

¹⁹⁹ DONAY, Süheyl, **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982, s.144.

soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebileceği kanısına varırsa sulh ceza hakiminden kısıtlama kararı verilmesini talep edebilmektedir.

Maddenin 3. fıkrası yukarıda bahsi geçen kısıtlama kararı bulunsa dahi engellenemeyecek dosya içeriklerini düzenlemektedir. İfade tutanakları, bilirkişi raporları ve kişinin hazır bulunduğu diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında kısıtlama kararı verilememektedir. 3. fıkra da bahsi geçen belgelere müdafî soruşturma evresinde her zaman erişebilmektedir. Ayrıca iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri müdafinin inceleyebilmesi öngörülmüştür.

İddianamenin iadesinin öngörüldüğü bir sistemde dosyanın incelenmesi üzerine savunma makamı tarafından iade sebeplerinin varlığı ileri sürülebilmelidir. Müdafî bu durumda dosya içeriğini delilleri bilemediği için iddianamenin sunulması ve kabulü arasında geçen süreçte savunma adına hiçbir rol oynayamamaktadır.²⁰⁰

Maddenin 5. fıkrası ise, maddenin öngördüğü bütün haklardan suçtan zarar gören müdafinin de yararlanabileceğine ilişkindir. Yani hüküm bir anlamda sadece savunma makamını değil, muhakemedeki tüm avukatları kapsamaktadır.

Bu maddenin dışına çıkılarak yapılacak keyfî kısıtlamalar savunma hakkının ihlalini oluşturacaktır.

CMK md.154; “Şüpheli veya sanık, vekâletname aranmaksızın müdafî ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir. Bu kişilerin müdafî ile yazışmaları denetime tâbi tutulamaz.”

Bu güvence, suçsuzluk/masumiyet karinesi altında yargılanan kişiyi kamu otoritesine karşı korumaktadır. Müdafîyle görüşme, adil yargılanma hakkı kapsamında savunma hakkının bir parçasıdır.(CMK 154, CGİK 114/5). Müdafî, şüpheli veya sanığı hakları konusunda bilgilendirir. Bu hukuki yardım şüpheli ile muhakemenin diğer süjeleri arasında eşitliğin sağlanmasına hizmet etmektedir.

²⁰⁰ YAŞAR, Osman, **Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu C. I**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 801.

Müdafinin savunmayı hazırlaması için şüpheli veya sanık ile arasında bilgi alışverişinin bulunması gerekir. Müdafinin şüpheli veya sanıkla görüşme ve yazışma yetkisi özellikle, gözaltına alınma veya tutukluluk hallerinde önem arz etmektedir. Şüpheli yakalandığı andan itibaren müdafiden yararlanma hakkına sahiptir. Kolluk, yakalanan kişiye yasal haklarını hatırlatır (CMK m.90/4), bu haklar arasında müdafiden yararlanma hakkı da yer almaktadır. (YGİY m.6/4).

CGİK md.114/5 “Tutuklunun müdafî ile olan haberleşmesine ve kurum düzeni çerçevesinde temas ve görüşmelerine hiçbir suretle engel olunamaz ve kısıtlamalar konulamaz.”

CMK md.154/2 “Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar ve Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçları bakımından gözaltındaki şüphelinin müdafî ile görüşme hakkı cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hakim kararıyla yirmidört saat süreyle kısıtlanabilir; bu zaman zarfında ifade alınamaz”. CMK m.151/(3) “149 uncu maddeye göre seçilen veya 150 nci maddeye göre görevlendirilen ve Türk Ceza Kanununun 220 ve 314 üncü maddesinde sayılan suçlar ile terör suçlarından tutuklu ve hükümlü olanların müdafilik veya vekillik görevini üstlenen avukat, hakkında bu fıkra da sayılan suçlar nedeniyle kovuşturma açılması halinde tutuklu veya hükümlünün müdafilik veya vekilliğini üstlenmekten yasaklanabilir.(4) (Ek fıkra: 25/05/2005-5353 S.K./22.mad) Cumhuriyet savcısının yasaklamaya ilişkin talebi hakkında, müdafî veya vekil hakkında açılan kovuşturmanın yapıldığı mahkeme tarafından gecikmeksizin karar verilir. Bu kararlara karşı itiraz edilebilir. İtiraz sonucunda yasaklama kararının kaldırılması halinde avukat görevini devam ettirir. Müdafilik görevinden yasaklama kararı, kovuşturma konusu suçla sınırlı olmak üzere, bir yıl süre ile verilebilir. Ancak, kovuşturmanın niteliği itibarıyla bu süreler altı aydan fazla olmamak üzere en fazla iki defa uzatılabilir. Kovuşturma sonunda mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi halinde, kesinleşmesi beklenmeksizin yasaklama kararı kendiliğinden kalkar.” Yukarıda belirtilen madde kapsamında müdafilik görevinden yasaklanmış olan

avukat, yasaklanma süresince (başka davalarla ilgili olsa bile) müdafiliğini üstlendiği kişiyle tutukevinde görüşemez. Buna ilişkin kanun maddesi ise TCK md.151/6 “(Ek fıkra: 25/05/2005-5353 S.K./22.mad) Müdafî veya vekil görevden yasaklanmış bulunduğu sürece başka davalarla ilgili olsa bile müdafiliğini veya vekilliğini üstlendiği kişiyi ceza infaz kurumunda veya tutukevinde ziyaret edemez.”

Şüpheli veya sanık, vekâletname vermemiş olsa da avukatla her zaman yazışabilir. Bu kişilerin müdafî ile yazışmaları denetlenemez. (CMK m.154; CGİK m.68/4, 114/5) Şüpheli veya sanık ile avukat arasındaki yazışmalara bu kişilerin yanında bulundukça el konulamaz (CMK m.126). Yanında bulunma, yazışmaların ilgili kişilerin egemenlik alanında bulunması demektir.²⁰¹ Şüpheli veya sanıkla müdafinin yazışmaları, mektup, telgraf vb. biçiminde olabilir. Müdafinin, şüpheli veya sanığa yazdıklarının açılmadan şüpheliye veya sanığa verilmesi ve şüpheli veya sanığın müdafine yazdıklarının da aynı şekilde, açılmadan postaya verilmesi gerekir. Burada yapılacak olan denetim, yalnızca postanın müdafî tarafından gönderilip gönderilmediği veya sanık tarafından gönderilen yazıların müdafine gönderilip gönderilmediğini anlamak için yapılabilir.²⁰²

Adil yargılanma hakkı kapsamında olan savunma hakkı, silahların eşitliği ilkesi, şüpheli veya sanığın bir müdafin hukuki yardımın yararlanma hakkı gereğince; tutuklu şüpheli veya sanığın avukatı ile başkalarının duyamayacağı, konuşulanların ve görüntülerin kaydedilemeyeceği şekilde görüşme süresi ve sayıları kısıtlanmaksızın görüşebilmeli aksi halde, savunma hakkı kısıtlanmış olur. Soruşturma aşamasında tutuklunun serbest kalmasını, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini talep edebilmesi ve kovuşturma aşamasında da tutuklu sanığın müdafinden layıkı ile hukuki yardım alması sayesinde sağlanmış olur.

CMK md.154/2 yanısıra, 29.10.2016 tarihinde yürürlüğe giren 676 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 3. maddesi ile eklenen yirmi dört saatlik kısıtlılık

²⁰¹ CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayıncılık, 14. Baskı, Eylül 2017 ,s.265.

²⁰² CENTEL, Nur “Ceza Soruşturmasında Müdafin Rolüne Eleştirel Yaklaşım” , **İÜHF**, C: 22,S: 2, 2014, s.711.

hükmünün yanında bazı suçların soruşturulmasında olağanüstü hal dönemi ile sınırlı olarak kabul edilen ve 23.07.2016 tarihinde yürürlüğe giren 667 sayılı KHK'nın 6. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde düzenlenen kısıtlama hükmü vardır.

Soruşturma ve kovuşturma işlemleri başlıklı 667 sayılı KHK m.6/1-d'ye göre; "26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından, olağanüstü halin devamı süresince; d) Tutuklu olanların avukatları ile görüşmelerinde, toplumun ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi, terör örgütü veya diğer suç örgütlerinin yönlendirilmesi, bunlara emir ve talimat verilmesi veya yorumlarıyla gizli, açık ya da şifreli mesajlar iletilmesi ihtimalinin varlığı halinde, cumhuriyet savcısının kararıyla, görüşmeler teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilir, tutuklu ile avukatın yaptığı görüşmeleri izlemek amacıyla görevli hazır bulundurulabilir, tutuklunun avukatına veya avukatın tutukluya verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmalara ilişkin tutukları kayıtlara elkonulabilir veya görüşmelerin gün ve saatleri sınırlandırılabilir. Tutuklunun yaptığı görüşmenin, belirtilen amaçla yapıldığının anlaşılması halinde, görüşmeye derhal son verilerek, bu husus gerekçesiyle birlikte tutanağa bağlanır. Görüşme başlamadan önce, taraflar bu hususta uyarılır. Tutuklu hakkında, tutanak tutulması halinde, cumhuriyet savcısının istemiyle tutuklunun avukatlarıyla görüşmesi sulh ceza hakimliğince yasaklanabilir. Yasaklama kararı, tutuklu ile yeni bir avukat görevlendirilmesi için derhal ilgili baro başkanlığına bildirilir. Baro tarafından bildirilen avukatın değiştirilmesi cumhuriyet savcısı tarafından istenebilir. Görevlendirilen avukata, 23/3/2005 tarihli ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 13 üncü maddesine göre ücret ödenir".

667 sayılı KHK 6/1-d maddesi, CMK m.153/2 gereği savunmaya karşı gizli yürütülen soruşturma ile sınırlı kalmayıp, hem soruşturma aşamasını hem de kovuşturma aşamasını kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. İddianamenin kabulü ile başlayan aleni olarak yürütülen artık soruşturma aşamasındaki gizliliğin bulunmadığı

kovuşturma sürecinde de savunma hakkını gereği gibi kullanmak ve kendisini avukatı ile savunmak isteyen sanık ve avukatları da, suç devletin güvenliğine karşı işlenen suçlardan olmayıp da herhangi bir toplu suç olduğunda da, yalnızca soruşturma ile değil kovuşturma aşamasında da sanık ile avukatının görüşmeleri kayıt altına alınabilmekte yazı ve yazışmaları okunup denetlenebilmekte, cezaevinde avukat görüşme odasında sanık ile avukatın yaptığı görüşme esnasında infaz koruma memurları bulunmakta, avukat ile sanığın görüşmesi haftada bir gün ve bir saatle sınırlandırılmakta, böylece sanık ile avukatın özel görüşmesi engellenmekte, adil yargılanma hakkının bir parçası olan savunma hakkının gereği gibi kullanılması kısıtlanmakta, gerek avukat ve gerekse sanık kendisini denetlenme hissi açısından baskı altında hissetmekte, bu sebeple masumiyet karinesi ve silahların eşitliği ilkesi zarar görmekte ve dolayısıyla savunma hakkı zedelenmektedir. Ancak 1982 Anayasa'sının md.15 "Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir." Hükmü ve İHAS md.15 " Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, ancak durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla bu Sözleşmede öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir." şeklindeki hüküm KHK ve CMK'da düzenlenen yukarıda açıklanan maddelerin dayanağıdır.²⁰³

D)Savunmayı Hazırlamak İçin Gereken Zaman ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkının İhlali

Savunmanın hazırlanması için yeterli zamana ve imkânlarla sahip olma, savunma hakkının varlığına bağlı bir husustur. Savunma hakkı da yalnızca kovuşturma aşaması ile bağlı bir konu değildir. Şüpheli, hakkında ceza soruşturması yürütüldüğünü öğrendiği andan itibaren savunma hakkına sahiptir. Savunma için gerekli zamana sahip olma hakkı ile gerekli kolaylıklara sahip olma hakkı, iç içe

²⁰³ ŞEN, s.120.

geçmiş haklardır. Bazen savunma için yeterli imkana sahip olsa bile, yeterli zamana sahip olmayabilir. Bu sebeple her iki hakkında aynı anda tanınması savunma hakkının gereği gibi kullanılabilmesi için hayati öneme sahiptir. Savunma için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olma ilkesi ile ilgili gerek Anayasa md.36 ve 38’de gerekse Ceza Muhakemesi Kanunu’nun md. 151/2, 153, 154, Avukatlık Kanunu 2 ve 46. maddeleri ile ilgili yönetmeliklerle çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Gerekli zamandan anlaşılması gereken, sanığın ve müdafin savunma için zorunlu hazırlıkları yapabilecekleri zamandır. Gerekli süre, muhakemenin şekline ve somut olayın özelliğine göre belirlenmektedir. Çünkü olayın karmaşıklığına göre farklı sürelerle ihtiyaç duyulabilir. Savunma hakkının kutsallığı ve önemi, şekli anlamda bir savunma ile yetinilmesi yeterli olmayacak aynı zamanda maddi anlamda savunmanın da gerçekleştirilebilmesi gerekmektedir. Gerçek anlamda maddi bir savunma gerçekleştirilmeden bağımsız, tarafsız ve adil bir hüküm tesisi mümkün olamayacaktır. Makul süre, sanığın ve müdafin savunma için zorunlu hazırlıkları gerçekleştirebileceği miktardaki süredir. Bu sürenin tayininde ayrıca müdafinin dosyaya tayin zamanı da önem kazanmaktadır.²⁰⁴

Süre verilmemesi ya da verilen sürenin savunmasının hazırlanmasına yetecek ölçüde olamaması, savunma hakkının ihlali niteliğindedir.

Yargıtay 3. Ceza Dairesi bir kararında, sanıklar duruşmada savunmalarını yapmadan önce müdafî tutma taleplerinin olduğu ve bunun için süre verilmesini istemeleri halinde bu talebin mahkemece kabul edilerek, savunmalarını daha sonra yapmaları kararlaştırıldığı halde kararın gereği yerine getirilmeden hüküm kurulmasının yasaya aykırı olduğuna karar vermiştir.²⁰⁵

Yargılamanın sonuna doğru iddia makamı tarafından mütalaanın verilmesinden sonra sanık veya müdafinin savunmalarını hazırlaması için süre taleplerinin olduğu hallerde esas hakkındaki savunmalarını hazırlayabilmeleri için dosyanın niteliğine ve mahiyetine göre makul bir sürenin verilmesi gerekmektedir.

²⁰⁴ ÇETİN, s.123.

²⁰⁵ (Y. 3.CD, 6307/6387, 05.10.1977) Aktaran, SAVAŞ, Vural / MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, **Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu, II. Cilt**, Seçkin Yayınevi, 1995, s.1641.

Aksi halde yani makul olmayan bir süre verilmesi veya hiç süre verilmemesi hallerinde savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuracaktır.²⁰⁶

Sanık ve müdafine savunmayı hazırlayabilmeleri için verilmesi gereken makul sürenin yanında gerekli kolaylıklarında sağlanması gerekmektedir. Yani dosyaya ve delillere erişimin sağlanması, müdafî ile sanığın sözlü ve yazılı olarak dosya hakkında görüşebilmeleri, sözlü savunmada bulunmak için duruşma açılmasını isteginin kabulü, gerekçeli mahkeme kararlarının müdafine tebliği gibi hakların tanınması gerekmektedir. Savunma için gerekli kolaylıklara sahip olma hakkının ihlali de savunma hakkının ihlalini oluşturmaktadır.²⁰⁷

Duruşmada son sözün sanığa verilmemesi de savunma hakkının ihhalidir. Sanığın müdafî olsa bile, sanığa mutlaka son sözü sorularak ekleyecek başka bir hususunun olup olmadığı, esas hakkındaki savunmasının sorulması gereklidir. Eğer aynı dava dosyasında birden fazla sanık bulunuyor ise bu sanıkların her birinin son sözünün ayrı ayrı sorulması gerekli olup, eğer sanıklar son duruşmada hazır değiller ise, son söz sanık müdafine verilmelidir. Sanığa son sözü sorulduktan sonra başkaca bir usul işlemi yapılmaksızın kararın açıklanması gerekmektedir. Eğer yeni bir usul işlemi yapılmış ise, sanığa tekrar son sözü sorulmalıdır. Bu kurala riayet edilmemesi kanun yolu incelemesinde bozma sebebi yapılmaktadır. Son sözün sanığa verilmemesi savunma hakkının kısıtlanması olarak kabul edilmekle beraber eğer yargılama neticesinde beraat kararı verilmiş ise, karar verilmeden öncece son söz sanığa verilmemiş ise savunma hakkının ihlali olarak kabul edilmemektedir.²⁰⁸

CMK md.307 “(1) Yargıtaydan verilen bozma kararı üzerine davaya yeniden bakacak bölge adliye veya ilk derece mahkemesi, ilgililere bozmaya karşı diyeceklerini sorar. (2) Sanık, müdafî, katılan ve vekilinin dosyada varolan adreslerine de davetiye tebliğ olunamaması veya davetiye tebliğ olunmasına rağmen duruşmaya gelmemeleri nedeniyle bozmaya karşı beyanları saptanmamış olsa da duruşmaya devam edilerek dava yokluklarında bitirilebilir. Ancak, sanık hakkında

²⁰⁶ GÜNAY, Erhan, **Ceza Hükümünde Mutlak Bozma Nedeni Olarak Savunma Hakkının Kısıtlanması**, Seçkin Yayınları, 2.Baskı, 2013, s.32.

²⁰⁷ ÇETİN, s.126.

²⁰⁸ YAŞAR, Osman, **Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu**, C:I, 2007, s.1119.

verilecek ceza, bozmaya konu olan cezadan daha ağır ise, her hâlde dinlenmesi gerekir.” CMK md.307/(4) “Hüküm yalnız sanık tarafından veya onun lehine Cumhuriyet savcısı veya 262 nci maddede gösterilen kimselerce temyiz edilmişse, yeniden verilen hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz.” Şeklindeki hükümde değerlendirildiğinde bozma sonrasında sanık hakkında verilecek ceza eğer daha ağır ise herhalde sanığın dinlenilmesi gerekmektedir. Eğer bozmadan önce yalnızca sanık veya sanık lehine Cumhuriyet savcısının kanun yoluna başvurusu var ise yani aleyhe kanun yoluna gidilmemiş ise, bozma sonrası verilecek hükümde önceki hükümde belirtilen cezadan daha ağır ceza verilemez. Ayrıca bozma kararı ister sanığın lehine isterse de aleyhinde olsun mutlaka sanığa tebliğ edilmesi gereklidir. Sanık bozma karşısında diyeceklerini söyleyebilmeli, savunma hakkını bu sayede kullanabilmelidir.²⁰⁹

E)Duruşmada Bulunma Hakkının İhlali

Sanığın duruşmada bulunması sanık açısından hem hak hem de yükümlülüktür. Sanığın savunma hakkını gerektiği gibi kullanabilmesi duruşmada hazır bulunması ile mümkün olacaktır. Sanığın duruşmada bulunma hakkının ihlali savunma hakkının ihlaline sebebiyet verecektir.

1) Sanığa Yapılan Tebliğat İle İlgili Kurallara Uyulmamış Olunması (CMK md.176, 190/2)

İddianamenin sanığa tebliği ve sanığın çağırılması başlıklı CMK md.176’da“(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.(4) Yukarıdaki fıkralar gereğince, çağrı

²⁰⁹ ÖZBEK, Veli Özer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınları, 2006, s.218.

kâğıdının tebliğiyle duruşma günü arasında en az bir hafta süre bulunması gerekir.” şeklindeki düzenleme ile şüpheli, sanık sıfatını almadığı sürece iddia makamı tarafından düzenlenen iddianame hakkında bilgi sahibi olması söz konusu değildir. Ancak, iddianame mahkemece kabul edildikten sonra sanığa tebliğ edilecektir. Bu durumda savunma makamını teşkil eden sanık, iddianamenin kabulü veya iadesine ilişkin itirazlarını ileri sürememesine sebep olmaktadır. İddianamenin iadesine, iddia makamının itiraz yetkisi CMK 174/5 ile düzenlenmiş olmasına rağmen, sanığın iddianamenin kabulüne itiraz yetkisi düzenlenmemiştir. Şüphelinin, iddia makamına karşı bu dezavantajlı durumu adil yargılanma hakkı, özellikle de bu hakların kapsamı içerisinde yer alan silahların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. İddianamenin sanığa kovuşturma aşamasında tebliğ edilmesine rağmen CMK’nın 297/3. maddesinde ise temyiz incelemesinden önce ilgili Cumhuriyet Başsavcılıklarınca hazırlanan tebliğnamenin taraflara tebliğ edileceğine ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. (104 vd.)

AİHM, Göç v. Türkiye kararında, esas mahkemesinin kararının temyizi üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından hazırlanan mütalaanın temyiz edene tebliğ edilmeden dava dosyasının ilgili Yargıtay Dairesi’ne gönderilmiş olmasını “silahların eşitliği” prensibi bakımından Sözleşme’nin 6/1. maddesine aykırı bulmuştur.²¹⁰

CMK md.191/2-b gereği iddianamenin yalnızca tebliğ edilmiş olması da yeterli değildir. Zira iddianame ve iddianame yerine geçen belgede yer alan suçlamanın dayanağı olan eylem ve deliller ile suçlamanın hukuki niteliğinin anlatılması gerekmektedir.

İddianame, tebligat kanununa uygun olarak tebliğ edilmiş olsa bile tebliğ ile duruşma günü arasında en az bir hafta bulunmuyorsa, CMK md.190/2 gereği duruşmaya ara verilmesini isteme hakkı olduğu sanığa hatırlatılır. Sanık duruşmaya

²¹⁰ TANRIKULU, M. Sezgin, “Adil Yargılanma Hakkı ve İddianamenin Kabulü - İadesi- Tebliği”, **TBBD**, S:64, 2006, 111 vd.

ara verilmesini isterse, duruşmaya devam edilemez. Bu kuralın aksi savunma hakkının kısıtlanmasına sebep olacaktır.²¹¹

Sanığın müdafisi, duruşmaya mazereti sebebiyle katılamayacağını bildirmiş ise, mazereti mahkemece kabul edilen müdafiyeye mutlaka yeni duruşma gününün tebliğ edilmesi gerekmektedir. Müdafinin mazereti, gerekçe göstermeksizin reddedilemeyecektir. Müdafinin mazereti sebebiyle katılamadığı duruşmada karar verilemeyecektir. Bu kurala uyulmaması savunma hakkının ihlalini oluşturacaktır.²¹²

Yargıtay, sanığa iddianame ve çağrı kağıdının tebliğ edilmesine rağmen duruşma günün CMK md.176/4'te düzenlenen bir haftalık süreye dikkat edilmeksizin daha erken bir tarihe duruşma günü verilmiş olunması halinde, sanığa duruşmaya ara verilmesini isteyip istemediğinin sorulmamasının savunma hakkının ihlali olduğuna karar vermiştir.²¹³

Duruşmanın başka bir güne ertelenmesi üzerine sanığın duruşma salonundan ayrıldıktan sonra mağdur veya tanıkların başvuruları üzerine tekrar celse açılmak suretiyle, tanıklar dinlenerek sanığın yokluğunda mahkûmiyetine hükmedilmesi savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurmaktadır.²¹⁴

Yargılandığı dosyada tutuklu olan sanığın, cezai ehliyetinin bulunup bulunmadığı hususunda rapor alınması için Adli Tıp Kurumu Başkanlığı'na sevk edilmesi ve duruşmadan vareste tutulma talebi de olmayan sanığın, Cumhuriyet Savcısının esas hakkındaki mütalaasına müteakip son sözünün sorulması için bulunması gereken celseye iştirak ettirilmeksizin yokluğunda karar verilmesi savunma hakkının kısıtlanmasıdır.

Görevsizlik kararı verilen hallerde, görevli mahkemenin sanık ve müdafine tebliğ ile bildirilmesi gerekmektedir. Sanığın hangi mahkeme huzurunda savunmasını yapacağını önceden bilmesinin temini için bu husus önemlidir.

²¹¹ GÜNAY, s.31.

²¹² GÜNAY, s.31.

²¹³ (Y 3 CD.12661/549, 29.01.2007) Aktaran, GÜNAY, Mutlak Bozma, s.36.

²¹⁴ (Y.4.CD.1993/3059E,1992/3703 K,14.05.1992) Aktaran, KESKİN, Serap, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık**, Alfa Yayınları, 1997, s.157.

2) Sanığın Duruşmalardan Varestede Tutulması (CMK md.196)

Sanığın sorgusu Ceza Muhakemesi Kanunu md.191’de düzenlenmiştir. Sorgu sanık için bir haktır. Kural olarak, sanığın yokluğunda yargılama yapılamaz. Cumhuriyet savcısının tanzim ettiği ve mahkeme tarafından kabul edilen iddianame ile sanığa bir suç isnat edilir ve dava dosyasına bu suçu işlediğine dair yeterli delillerin iddia eden tarafça sunulması zorunludur. Çelişmeli yargılamada bir taraf iddiasını ileri sürerken, karşı tarafta savunmasını ortaya koyar. Bu durumda tez ile antitezin çatışması sonrasında bir senteze ulaşılmaktadır. Bu sentez de mahkemece kurulan hükümdür.

İtham sisteminde Cumhuriyet savcısının tanzim ettiği iddianame sadece bir isnattan yani iddiadan ibarettir, bu iddia hükme esas alınabilir. Ancak sorgusu yapılmadan yani savunma hakkı tanınmadan ve duruşmada deliller tartışılmadan mahkumiyet hükmü kurulamaz.

CMK md.193 “(1) Kanunun ayırık tuttuğu hâller saklı kalmak üzere, hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılmaz. Gelmemesinin geçerli nedeni olmayan sanığın zorla getirilmesine karar verilir.(2) (Ek fıkra: 25/05/2005-5353 S.K./28.mad) Sanık hakkında, toplanan delillere göre mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi gerektiği kanısına varılırsa, sorgusu yapılmamış olsa da dava yokluğunda bitirilebilir.”

CMK m.196’da sanığın duruşmadan bağışık tutulması düzenlenmiştir. CMK md.196/1 sorgusu yapılan sanığın kendisinin veya bu hususta yetkili kıldığı müdafisinin talebi mahkemenin de kararı ile duruşmalardan bağışık tutulmasının mümkün olduğunu düzenlemiştir.

Sanık, alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar hariç olmak üzere istinabe suretiyle sorguya çekilebilir.

İstinabe, davanın görülmekte olduğu mahkemesine gönderilmek üzere, başka bir yerde bulunan sanığın ifadesinin bulunduğu yerdeki mahkemece alınmasına denir. Sanığın istinabe ile sorgusunun yapılabilmesi için isnat edilen suçun cezasının

alt sınırı, iddianamede belirtilen sevk maddesine göre tespit edilmeli ve suçun nitelikli hali öngörülmüşse, bu nitelikli halde dikkate alınmalıdır. İstinabe edilen mahkeme, sanığa savunmasını esas mahkemesinde yapmak isteyip istemediğini sorar. Sanık dilerse, esas mahkemesinde sorgusunun yapılmasını isteyebilir.

CMK md.191 vd. sanığın sorgusunun mutlaka yapılmasını hatta yargılamayı yapan mahkemece sorgunun yapılmasını düzenlemiştir. İstisna olarak da aşağıda açıklanan CMK md. 196 da düzenlenen istinabe müessesini kabul etmiştir. Ayrıca kural olarak sanığın sorgusu yapılmaksızın hüküm verilmesi de mümkün değildir. Ceza yargılamasında kural yargılamanın sanığın yüzüne karşı yapılmasıdır. Bunun istisnaları da CMK md.193/2 ve CMK md.195 de düzenlenmiştir. CMK md.193/2 ye göre toplanan delillerin muhakemesi neticesinde sanık hakkında mahkumiyet dışında karar verilmesi gerektiği kanaati oluşmuşsa sanığın daha önce sorgusu yapılmamış dahi olsa davanın yokluğunda bitirilebileceğini düzenlemiştir. Mahkumiyet dışında verilecek kararlar ise beraat, düşme, ceza verilmesine yer olmadığı, red kararlarıdır. CMK md.195 ise, suçun müeyyidesi yalnızca veya birlikte adli para cezası veya müsadereyi gerektiriyorsa sanık gelmemiş olsa bile duruşma yapılabileceğini ancak bu durumun sanığa gönderilecek davetiyede açıklanmasının gerektiğini düzenlemiştir.

CMK md.196/2 de, alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar hariç, sanığın istinabe ile yani yargılamayı yapan esas mahkemesi dışında bulunduğu yer mahkemesince sorgusunun yapılabilmesini düzenlemiştir. Sanık yargılamayı yapan mahkemenin yargı çevresi dışında bulunsan bile sanığın sorgusunun istinabe ile yapılması bir zorunluluk değildir. Bu durum mahkemenin takdirindedir. Delillerin değerlendirilmesi ve kanaatinin daha doğru bir şekilde oluşması için esas mahkeme tarafından sanığın duruşmada bizzat veya segbis ile sorgusunun yapılması yerinde olacaktır. İstinabe ile dinlenecek olan sanığa sorguya başlamadan önce, ifadesini esas mahkemesi huzurunda vermek isteyip istemediği sorulur. Sorgu esnasında Cumhuriyet savcısının ve müdafin bulunması zorunludur. Zaten CMK md.150/3'te zorunlu müdafin öngörüldüğü hallerde istinabenin uygulanması da mümkün değildir. Ancak bunun dışında sanık sorgusunda müdafinin

hukuki yardımından yararlanmak istediğini söylemesi halinde müdafî görevlendirilmesi gerekmektedir.

CMK md.196/4 hakim veya mahkemenin zorunlu gördüğü hallerde, sanığın sorgusunun SEGBİS ile alınabileceğini düzenlemiştir. Bu düzenleme her ne kadar mahkemenin zorunlu görmesi halinde SEGBİS ile ifadesinin alınabileceğini düzenlemiş ise de, alt sınırı beş yıl veya daha az hapis cezası gerektiren suçlar dışında SEGBİS ile sanığın sorgusunun yapılamayacağı kanaatine sahibiz. Ancak uygulamada bu hususa dikkat edilmediği özellikle ulaşımda yaşanan sıkıntılar, güvenlik, usul ekonomisi, yargılamanın hızlı bitirilmesi gibi gerekçelerle istinabe suretiyle sorgunun yapılmasının mümkün olmadığı hallerde bile SEGBİS ile sorgu yapılmaktadır. Bu durum yüz yüzelik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

CMK md.196/5 “Hastalık veya disiplin önlemi ya da zorunlu diğer nedenlerle yargılamanın yapıldığı yargı çevresi dışındaki bir hastahane veya tutukevine nakledilmiş olan sanığın, sorgusu yapılmış olmak koşuluyla, hazır bulundurulmasına gerek görülmeyen oturumlar için getirilmemesine mahkemece karar verilebilir.(6) Yurt dışında bulunan sanığın, belirlenen duruşma tarihinde hazır bulunmasının zorluğu halinde, bu tarihten önce duruşma açılarak veya istinabe suretiyle sorgusu yapılabilir.”

Yurtdışında bulunan sanığın gelmesi veya getirilmesi mümkün değilse, sanığın yurtdışında bulunduğu adreste istinabe yolu ile sorgusunun yapılması mümkündür. Yurtdışı ile yapılacak olan istinabelerin usulü ise Türkiye’nin ikili veya çok taraflı olarak imzalamış olduğu uluslararası adli yardımlaşma sözleşmelerinde düzenlenmiştir. Uluslararası istinabe de CMK md.196/2 de öngörülen hapis cezasını sınırı uygulanmayacaktır.

F) Soru Sorma Hakkının İhlali (CMK md.181, 201)

CMK md.201’de doğrudan soru yöneltme hakkı düzenlenmiştir. Buna göre Cumhuriyet savcısı, müdafî veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat; sanığa,

katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya katılmış olan diğer kişilere duruşma disiplinine uygun olarak ve doğrudan doğruya soru sorabilecektir.

CMK md.181'de düzenlenen tanık veya bilirkişilerin dinlenmesi için belirlenen gün Cumhuriyet savcısına, suçtan zarar görene, vekiline, sanığa ve müdafine bildirilecektir. Keşif ve muayeneye gerek duyulan hallerde de gerekirse aynı bildirim usulü uygulanacaktır.

Yukarıda açıklanan maddeler birlikte mülahaza edildiğinde doğrudan soru sorma hakkının Cumhuriyet savcısı, katılan vekili, sanık müdafine ait olduğu anlaşılmaktadır. Bu kişiler dışında kalan kişilerin doğrudan soru sorma yetkileri yoktur. Sanık ve katılan ancak mahkeme başkanı veya hakim aracılığıyla soru yöneltebilir. Soruya itiraz edildiğinde sorunun yöneltilmesinin gerekip gerekmediğine, mahkeme başkanı veya hakim karar verir. Hukukumuzda doğrudan soru sorma hakkı, soruşturma aşamasında düzenlenmiş bir hak değildir. Kovuşturma aşamasında doğrudan veya hakim aracılığı ile soru sorma hakkı, iddia ve savunma makamının delillerinin tartışıldığı aşamada maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına hizmet edecektir. Soru sorma hakkı, delillerin doğruluk ve güvenilirliğinin sağlanabilmesi için önem taşımaktadır. Beyan da deliller arasında bulunmaktadır. Mahkeme heyeti veya hakim tarafından beyan delilinin aracısız bir şekilde doğrudan öğrenilmesi soru sorma hakkı ile mümkün olmaktadır. Bu sayede hakim, maddi gerçeği kendi algılarına göre vicdani olarak belirleyecektir. Bu noktada, maddi gerçeği temsil eden belge ya da belirti delillerinin yanısıra sanığın, katılanın ya da tanıkların veya bilirkişinin dinlenmesinin de hakim kanatının oluşması açısından temel bir unsur olduğu gerçeğine dikkat etmek gerekir.²¹⁵

Ceza muhakemesi açısından soru sormanın sùjeleri, soru sormanın aktif ve pasif sùjeleri şeklinde bir ayrıma tabi tutulmaları mümkündür. Soru sormanın aktif sùjeleri ile soru sorma yetkisine sahip olan kimseler kastedilmektedir. Pasif sùjeler ise, kendisine soru sorulabilecek kimselerdir. Soru sormanın aktif sùjeleri, hakim veya mahkeme başkanı, heyet üyeleri, Cumhuriyet savcısı, müdafî, vekil, sanık ve

²¹⁵ KARAKAYA, Naim, **Avukatlar İçin El Kitabı IV, Ceza Muhakemesi Hukukunda Avukatın Soru Sorma Yetkisi**, <http://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/elkitabi4.pdf>, (Erişim Tarihi: 16/04/2018), s.9 vd.

katılındır. CMK md. 66'da bilirkişinin de soru sorma yetkisi düzenlendiğinden bilirkişiler de aktif s jeler arasında yer almaktadır.²¹⁶

CMK'da soru sormanın aktif süjelerinin "sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılmış diğer kişilere" soru sorabilecekleri belirtilmiş, bu haliyle pasif s jeler sanık, katılan, tanık, bilirkişi ve duruşmaya çağrılan diğer kişilerdir.

Yargıtay emsal bir kararında, CMK md.181 gereği tanıkların dinlenmesi için belirlenen duruşma gününün sanığa ve müdafine bildirilmesini zorunlu bulunduğu, CMK md.201'de düzenlenen sanık müdafine tanıklara yönelik soru sorma imkanının sağlanabilmesi için bu zorunluluğa uyulması gerektiği hususuna dikkat edilmeksizin müdafin hazır bulunduğu duruşmanın bitiminde bir sonraki duruşma gününün tarihi belirlenmiş olunmasına rağmen bu tarih beklenmeksizin tanığın hazır bulunduğundan bahisle sanık müdafine haberdar etmeden ifadesinin alınması suretiyle CMK md.181 ve 201. Maddelerine aykırı davranılması hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.²¹⁷

Sanık açıklamaları ve tanıkların olaya ilişkin g rg lerine veya duyularına ilişkin beyanları, maddi olayı temsil ederek olayı açıklığa kavuşturan birer delil niteliğindedir. Duruşmada dinlenen bilirkişinin açıklamaları, delil niteliğinde olmamakla beraber bir delil değerlendirme aracı olarak son derece önemlidir. Hakimin tarafları ve tanıkları dinlerken uyması gereken belirli bir şekil bulunmamakla birlikte kişiler olayın gereksiz ayrıntılarına girmeleri veya olayla alakası olmayan hususları da anlatmaları, olayın yeterince aydınlatılamaması hallerinde soru sorma ihtiyacı ortaya çıkacaktır. Ona göre açıklama istenecektir. Açıklama istenilen soru sorulan taraf sanık ise, susma hakkı çerçevesinde soruları cevapsız bırakma hakkına sahip olacaktır. Soru sorulan sanık dışındaki kişilerden birisi ise, soruları cevapsız bırakma gibi bir hakkı bulunmamaktadır. Ceza muhakemesinin amacı, her ne olursa olsun maddi gerçeğe ulaşmak değil, adil yargılama ilkesi çerçevesinde hukuka uygun bir şekilde maddi gerçeğe ulaşmaktır.

²¹⁶KARAKAYA, s.10 vd.

²¹⁷(Y.4.CD 3203/10902-17.12.2007) Aktaran, GÜNAY, s.299.

Yargıtay emsal bir kararında, “Sanık C. hakkındaki mahkumiyet hükümleri yönünden; CMK’nın 201. maddesinde tanımlandığı biçimde sanık müdafinin mağdur katılanlara ve tanıklara doğrudan soru sorma hakkı engellenerek savunma hakkı kısıtlanmak suretiyle adil yargılanma ilkelerine aykırı davranılması,... Bozmayı gerektirmiş olup, sanık C. müdafilerinin duruşmalı incelemede ve temyiz dilekçesindeki temyiz itirazları ile katılan K., C. vekillerinin katılan C.’in temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, kısmen re’sen de temyize tabi mahkumiyet ve beraat kararlarının bu nedenlerle ve irtibat nedeniyle CMUK.nun 321. maddesi uyarınca diğer yönleri incelenmeksizin tebliğnamedeki düşünceden farklı gerekçeyle BOZULMASINA, 24.04.2012 gününde oybirliği ile karar verildi.”²¹⁸

AİHM kararların da belirtildiği üzere sanığa, mahkemelerin soruşturma veya kovuşturmanın herhangi bir aşamasında, tanığa veya duruşmaya katılan diğer kişilere soru yöneltip özellikle yüzleşme hakkı kapsamında sorular sorabilmesi için uygun ve yeterli imkânların sağlanması gerekmektedir. (Zana-Dicle ve Doğan Kararı)²¹⁹

Mevzuatımızda müdafin soru sorma hakkını sınırlayan düzenlemeler bulunmamakla beraber uygulamada gerek sanığın gerekse de müdafin soru sorma hakkı mahkeme başkanı veya hâkim tarafından kısıtlanmaktadır. Ancak bu şekilde herhangi bir yasal dayanağı olmayan sınırlamalar savunma hakkını engellendiği için yapılan yargılamanın hakkaniyete uygun olması mümkün olmayacaktır. Muhakeme faaliyetinde iddia makamının ortaya koyduğu delilleri iddiayı çürütebilecek için sanığın veya müdafin her türlü soruyu sormasına fırsat verilmelidir. Ancak uygulama mahkeme başkanını veya hakimin soruyu gereksiz görerek sorunun sorulmasını “uygun görmedim” diyerek engellemesi, müdafilerinde duruşmanın yarattığı zaten var olan gerginliği, avukatların daha da fazla gerilmesini önlemek ve sanık aleyhine olumsuz bir düşüncenin oluşmasına engel olmak için savunma hakkının kısıtlaması sonucunu doğuran bu uygulamalara sessiz kaldıklarını görmekteyiz. Ancak adil yargılanma hakkının temel unsurlarından birisi “silahların eşitliği” ilkesinin

²¹⁸ Yargıtay 1.CD, Esas: 2011/4911, Karar: 2012/3162, Karar Tarihi: 24.04.2012, <http://www.kararara.com.tr>, (Erişim Tarihi:11/10/2017)

²¹⁹ KARAKAYA, s.35.

gerçekleşebilmesi için iddia ve savunma süjelerinin haklarını sonuna kadar kullanmalarına imkân sağlanmalıdır ki bu sayede maddi gerçeğe ulaşılabilsin. Mahkeme başkanı veya hâkim tarafından müdafin soru sorma hakkının “uygun görmüyorum” diyerek engellenmesi hukuk devletinde kabul edilebilir bir uygulama değildir. Duruşmanın intizamını ve disiplinini bozmamak ve sanık aleyhine olumsuz bir düşüncenin oluşmasına engel olmak için avukatlar tarafından bu duruma kayıtsız kalınması da uygulamada karşılaşılan ciddi sorunlardan bir tanesidir. Bu duruma en az avukatlar kadar mahkeme heyetinin ve hâkimlerin gereken hassasiyeti göstermesi gerekmektedir.

G) Susma Hakkı ve Diğer Haklarını Öğrenme Hakkının İhlali

1982 Anayasa’sının 38. maddesinin 5.fıkrasında, “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.” şeklindeki düzenleme ile hem susma hakkının varlığı hem de şüpheli veya sanığın işkenceye maruz kalmasının önlenmesine dair dolaylı bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Diğer yandan sanık, suçsuzluğunu ispat külfeti altında değildir, aksine sanığı suçlayan iddia makamı ispat külfeti altındadır.²²⁰

Kişinin kendi kendini suçlayıcı bir duruma düşmemesini temin için susma hakkına sahiptir. Şüpheli ve sanığın susma hakkını kullanması, suçu ikrar ettiği manasına gelmez ve susma hakkının kullanılması şüpheli ve sanığın aleyhine delil karinesi olarak kullanılamaz. Çünkü susmanın sanık aleyhine delil olarak değerlendirilmesi adil yargılanma ve hukuk devleti ilkelerine aykırı olur.²²¹ Bu sebeple susma hakkını kullanan sanığın zımni itirafta bulunduğu kabul edilemez; zira, başkasını ele vermemek için çeşitli sebeplerle susuyor olması da mümkündür.²²²

Muhakeme süresince şüpheli veya sanığın susması değişik şekillerde karşımıza çıkabilir. Şöyle ki; birincisi, tam susma şeklinde olabilir. Tam susma , şüpheli veya sanığın bütün muhakeme süreci boyunca bütün suçlama için susmasıdır.

²²⁰ KAN AYDIN, s.172.

²²¹ KOCAOĞLU, Serhat Sinan, “Susma Hakkı”, ABD, 2011 / 1, s.37.

²²² EREM, Faruk, **Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku**, 6. Baskı, Işın Yayıncılık, , Ankara, 1986, s.159.

Kısmi susma ise, şüpheli veya sanığın belirli sorulara cevap vermekten kaçınması belirli sorulara cevap vermesi bazen sustuğu ve bazen de konuştuğu durumların söz konusu olduğu hallerdir. Geçici susma da kollukta susup aynı muhakemenin sorgusunda konuşma örneğinde olduğu gibi muhakemenin değişik evrelerinde isnat edilen suçla ilgili susma veya konuşma şeklinde olan durumdur.²²³

Hâkim tarafından yapılan sorgunun veya kollukta ve savcılıkta alınan ifadenin şüpheli veya sanık için bir savunma aracı ve bir hak olması sebebiyle susma hakkını kullanmasına izin verilmeden şüphelinin veya sanığın zorla konuşturulmaya çalışılması savunma hakkının özünü yok etmektedir. Savcı ve kolluk görevlileri, şüphelinin ifadesini almadan önce şüphelilere sorulan sorulara cevap vermeme hakkının olduğunu hatırlatmalı ve şüpheliye cevap vermek zorunda imiş duygusu altında oluşturacak şekilde muamele yapmamalıdır.²²⁴

Şüpheli ve sanık, her ne kadar susma hakkına sahip ise de susma hakkı kişiye kimliğini bildirmeme ve kimliği hakkında resmi mercilere yalan söyleme hakkı vermediği için kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmakla yükümlüdür (CMK md. 147/1-a).

Kamu görevlisi tarafından görevi gereği kimliği veya adresiyle ilgili sorduğu soruya bilgi vermekten kaçınma veya gerçeğe aykırı beyanda bulunma, bir kabahat olarak düzenlenmiş ve gerekirse bu kişinin gözaltına alınabileceği ve tutuklanabileceği öngörülmüştür (Kabahatler Kanunu md. 40). Kişinin kimliğinin belirlenmesi durumunda, bu nedenle gözaltına alınma veya tutuklanma haline derhal son verilir (Kabahatler Kanunu md. 40, f. 3). Türk Ceza Kanunu, resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan fiilini de bir suç olarak düzenlemiştir. (TCK md. 206) Ayrıca kişi işlediği suç nedeniyle kendisi hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasını engellemek amacıyla, başkasına ait kimliği veya kimlik bilgilerini kullanırsa iftira suçuna ilişkin hükümlere göre cezalandırılır (TCK md. 268).

Müdafi yardımından yararlanma hakkı ile susma hakkı arasında çok sıkı bir bağ vardır. Zira, susma hakkının kullanılmasının gerekliliğine karar vermek ve eğer

²²³ KOCAOĞLU, *Susma*, s.38.

²²⁴ YENİSEY, Feridun, *Hazırlık Soruşturması ve Polis*, Beta Basım Yayım, 1993, s.57.

kullanılacaksa, hangi oranda kullanılacağını belirlemek; ancak, müdafin mesleki bilgisi ve sağ duyusu ile profesyonel bir beceri ile kullanıldığında daha doğru sonuçlar meydana gerektirecektir.

Susma hakkı, işkence ve gayr-i insani muamele yasaklarıyla yakından ilişkilidir. Çünkü, tarihsel evrim sürecinde zaman zaman sorulan sorulara cevap vermeyerek susan sanıklardan ikrar elde etmek için işkence yöntemi kullanılmıştır.²²⁵

Savunma hakkı ve işkence, birbirinin antitezi konumunda olan birbirleri ile ilgili iki ayrı müessesedir. Susma hakkı, şüphelinin veya sanığın hür iradesi ile ifadesini vermesi veya vermemesini koruyan pasif bir faaliyet iken; işkencenin konusu, hür iradeyi ortadan kaldırmayı amaçlayan aktif faaliyettir. Bu bağlamda susma hakkı, hem ceza hukukunda ve hem de ceza usul hukukunda işkenceyi önlemek amacıyla getirilen hükümlerle koruma altına alınmıştır. Bu hükümlere örnek olarak; ifade alma ve sorguda yasak usuller başlıklı CMK md.148 karşımıza çıkmaktadır. CMK md.148 “(1) Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz.(2) Kanuna aykırı bir yarar vaat edilemez. (3) Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez.(4) Müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz. (5) Şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığında, bu işlem ancak Cumhuriyet savcısı tarafından yapılabilir.” Bu hükmün yanısıra TCK’da da md.94’te işkence suç olarak düzenlenmiştir.

TCK md.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.(2) Suçun;a) Çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı,b) Avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla,

²²⁵ KOCAOĞLU, *Susma*, s.38.

İşlenmesi halinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.(3) Fiilin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi halinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.(4) Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır.(5) Bu suçun ihmali davranışla işlenmesi halinde, verilecek cezada bu nedenle indirim yapılmaz.(6) (Ek: 11/4/2013-6459/9 md.) Bu suçtan dolayı zamanaşımı işlemez.” şeklindeki düzenleme ile de maddi ceza hukukunda da işkence suç olarak kabul edilmiş ve böylelikle susma hakkı güvence altına alınmıştır.

Ülkemizde kolluk uygulamalarında susma hakkı ve diğer kanuni haklar, şüpheliye şifahen çoğu zaman hiç bildirilmemekte, yalnızca “Şüpheli İfade Tutanağı” başlıklı matbu ifadenin yazıldığı belgeye ifade verenin bilgileri kısmının hemen altına küçük puntolar ile kanuni haklar yazılmaktadır. Bu şekilde ifadeyi alan kolluk görevlisi, yasal sorumluluktan kurtulma amacıyla böyle bir uygulama yapmak suretiyle şüphelinin savunma hakkı ihlal edilmektedir.²²⁶

Kollukça, müdafî hazır olmaksızın alınmış ve daha sonra mahkeme huzurunda sanık tarafından doğrulanmamış ifadeye dayanılarak hüküm kurulursa, bu hüküm kanuna aykırı bir delile dayanılarak verildiği gerekçesiyle istinaf veya temyiz incelemesinde mutlak bozma sebebi yapılmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da öğretide, “mutlak delil yasağı” olarak adlandırılan bu baskın görüşü benimsemiştir. Çünkü, yasak usuller ile elde edilen delile dayanılarak hüküm kurulamaz. İfade rıza ile verilmiş olsa bile, yasak usullerle alınan ifadeler, kanunen delil sayılmamıştır. (CMK md. 148/ 3; md. 289/1- i)

H) Sanığa Ek Savunma Hakkının Tanınmaması (CMK md. 226)

İddianamenin anlatımında geçen olaya ilişkin Cumhuriyet savcısının hukuki nitelendirmesi bağlı olmayan mahkeme, iddianamenin anlatımındaki olayın hukuki nitelendirmesi farklı yapması dolayısıyla suçun niteliğinin değişmesi veya sanık aleyhine daha fazla cezaya veya cezaya ek olarak güvenlik tedbirine hükmedilmesini gerektiren bir durumun, ilk kez duruşmada ortaya çıkması halinde sanığa tanınan

²²⁶ KOCAOĞLU, *Susma*, s.44.

hakka, ek savunma hakkı denir. Bu hak, CMK md.226'da düzenlenmiştir. Bu hallerde sanığa ek savunma hakkı tanınmadan mahkumiyet hükmü kurulamaz. Aksi takdirde, sanık lehine istinaf veya temyiz olağan kanun yollarına başvurulması halinde, ek savunma hakkı verilmemesi bozma nedeni kabul edilmektedir. CMK md.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”.

Sanığa isnadın bildirilmesi hukukun temel ilkelerinden bir tanesidir. Sanığa suç isnadının derli toplu bildirildiği belge, iddianamedir. Bu sebeple, sanık iddianameden ne ile suçlandığını hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde anlamalıdır. Savunmasını yapabilmesi ve delillerini sunabilmesi açısından bu husus önem taşımaktadır. Bu sebeple sanık, iddianamede sevk maddeleri belirtilen suçtan başka bir suç vasfı ile cezalandırılacaksa, mutlaka sanığa ek savunma hakkı tanınmalıdır. Aksi takdirde, savunma hakkı ihlal edilmiş olur.

İddianamedeki olay anlatımı, sanık hakkında yapılacak olan kovuşturmanın sınırlarını belirlediğinden ceza yargılamasında bu durum, iddianamedeki fiil ve fail ile bağılılık veya davasız yargılama olmaz ilkesi olarak adlandırılmaktadır. İddianame anlatımında yer alan fiil değişmediği sürece, iddianamedeki eylemin hukuki niteliğinin değişmesi davasız yargılama olmaz ilkesine aykırı değildir. Zira, mahkeme savcılık makamının suçu nitelendirmesi ile bağılı değildir. Bu durumda mahkeme sanığa ek savunma hakkı vermek suretiyle hüküm kurabilir.

İddianamede yer almayan; ancak, dava dosyasından suç teşkil ettiği anlaşılan yeni bir durumun ortaya çıkması halinde, mahkeme o suç için açılmış bir dava bulunmadığından; ancak, savcılık makamına suç duyurusunda bulunabilir. İddianamede bir olayın anlatımında başka bir olaydan da bahsedilmiş olması, o olay hakkında da dava açıldığı anlamına gelmemektedir. Örneğin; konutta hırsızlık suçunda TCK md.142/2-h sevk maddelerinde gösterilmiş; ancak, TCK md.116'da düzenlenen konut dokunulmazlığını ihlal suçu sevk maddesinde gösterilmemiş ise, bu durumda konut dokunulmazlığını ihlal suçundan iddianame anlatımında yer verilmiş olunmasına rağmen dava açıldığı anlamına gelmemektedir. Bu sebeple,

mahkeme sanığa konut dokunulmazlığını ihlal suçundan, ek savunma hakkı vererek ceza tayin edemez. Bu durumda; ancak, Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunabilir.

Sanığa ek savunma hakkı verilmesi gereken hallerde, sanık duruşmada hazır değilse, gelmediği takdirde ek savunma hakkından vazgeçmiş sayılacağına ilişkin açıklamanın yer aldığı meşruhatlı davetiye ile duruşmaya davet edilmelidir. Sanık tutuklu, hükümlü ise SEGBİS ile savunma imkanı verilerek, duruşmada hazır bulundurulmalıdır. Sanığın hazır bulunmadığı; ancak, sanık yerine savunma yapabilecek müdafî hazır bulunuyorsa, sanık yerine müdafî de ek savunma hakkını kullanabilir.

Mütalaa da belirtilen suç vasfına karşı, sanık savunma yapma imkanı bulmuşsa, sanığa yeniden ek savunma hakkı tanınmasına gerek yoktur. Yine asliye ceza mahkemesi tarafından suçun niteliğinin ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suç olduğu gerekçesiyle verdiği görevsizlik kararı, sanığa tebliğ edilmiş veya sanığın hazır bulunduğu duruşmada okunmuşsa, ayrıca ek savunma hakkının verilmesine gerek yoktur.

Ek savunma hakkının tanınması açısından, suçun vasfının lehe veya aleyhe değişmesinin, hiçbir önemi yoktur. Çünkü yeni suç vasfı, farklı unsurlara sahiptir ve herhalükarda sanığa ek savunma hakkı tanınması gerekmektedir. Suçun vasfı değişmemekle beraber, aynı suç vasfında; ancak, daha ağır ceza gerektiren bir durum söz konusu ise, ek savunma hakkının verilmesi gerekmektedir.

İddianamede cezada indirim yapılmasını öngören haksız tahrik, yaş küçüklüğü vb. durumlara yer verilmiş olunmasına rağmen, mahkeme tarafından bu indirim maddeleri uygulanmayacak ise, bu durumda da ek savunma hakkının tanınması gerekmektedir.

Buna ilişkin Yargıtay 2. CD 2017/1250 K sayılı kararında; “Suça sürüklenen çocuk hakkında hırsızlık ve işyeri dokunulmazlığının ihlali suçlarından, suça sürüklenen çocuk hakkında işyeri dokunulmazlığının ihlali suçlarından kurulan hükümlere dair temyiz istemlerinin incelenmesinde, iddianamede, suça sürüklenen

çocuğun müştekiye yönelik işlediği iddia olunan hırsızlık, mala zarar verme ve işyeri dokunulmazlığının ihlali suçları ile ilgili olarak, hakkında suça yardım etme hükümlerini düzenleyen 5237 sayılı TCK'nın 39. maddesinin uygulanması talep edildiği halde suça sürüklenen çocuğa ek savunma hakkı tanınmadan belirtilen maddenin uygulanmaması suretiyle, 5271 sayılı CMK'nın 226. maddesine aykırı olarak savunma hakkının kısıtlanması hukuka aykırıdır.” şeklinde karar vermiştir. Yukarıda ayrıntılı şekilde izah edilen hallerde, sanığa ek savunma hakkı tanımaksızın hüküm kurulması, sanığın savunma hakkının ihlali sonucuna sebep olmaktadır.

III) TÜRK HUKUKUNDA KANUN YOLLARI DENETİMİ NETİCESİNDE SAVUNMA HAKKININ İHLAL EDİLDİĞİNE DAİR VERİLEN KARARLAR

A) Kanun Yollarının Tanımı ve Özellikleri

Yargılama neticesinde mahkeme tarafından verilen hükümler, hukuki ve sosyal açıdan çok büyük öneme sahiptir. Verilen kararlar ile adaletin tesisine çalışılmakta ve mahkumiyet kararı ile insanların hayatları derinden etkilemektedir. Bu sebeple, gerçekte suçsuz olan, bir insanın mahkum edilmesi ya da gerçek de suçlu olan, birisinin beraat etmesi, toplumun adalet duygusunu ve hukuk devleti ilkesini zedeleyecektir.²²⁷

Kararlarda ve hükümlerde; haksızlık, hukuka aykırılık, yanılma, eksiklik olabileceği gibi, aleyhine karar veya hüküm verilen kişi verilen karardan tatmin olmamış olabilir. Kararlarda veya hükümlerde birtakım adli hatalar yapılmış olması, ihtimal dahilindedir. Önemli olan; hatalı olduğu düşünülen, tarafları tatmin etmeyen kararlara karşı başvurulabilecek kanun yollarının bulunmasıdır. Kanun yoluna gidilmiş karar, yargısal mercilerce tekrar incelenecek bu sayede, adli hata riskini önemli ölçüde azaltılacaktır.

²²⁷ SEÇKİN, A.Recai, **Yargıtay Tarihçesi Kuruluş ve İşleyişi**, Ankara Yarı Açık Cezaevi Yayınevi, Ankara, 1967, s.3.

Yargılama makamlarının verdikleri mahkûmiyet kararları, telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğurabilecektir. Hürriyeti bağlayıcı kararla mahkum olan hükümlü, uzunca bir süre hapis cezasının infazına maruz kalacak, bu durumun zorluklarına katlanacak, aynı zamanda ekonomik ve sosyal açıdan da zarar görecektir. İnfaz aşamasında ve sonrasında hem kendisi hem de ailesi açısından zorluklar söz konusu olmaktadır.²²⁸

Mahkeme kararlarının insan yaşamındaki önemi düşünüldüğünde, verilen kararların yeniden incelenmesi, imkânın tanınması adalete olan güveni de pekiştirecektir. 1982 Anayasası'nın 138/4 maddesi; "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez." gereği yargılama makamlarının kararlarını incelemek ve hukuka aykırılıkları giderme görevi yine yargılama makamlarına aittir.²²⁹

Kural olarak, ceza muhakemesi hukukunda yargılama makamı, vermiş olduğu kararda yanlışlık yaptığını kararı verdikten sonar fark etse dahi, kendiliğinden düzeltmesi mümkün değildir. Yanlış karar, kararı veren makam tarafından da ortadan kaldırılamaz. Ancak, kanun yoluna başvurma hakkı olan kişiler süresinde kanun yoluna başvurlarsa, o zaman diğer bir yetkili yargılama makamı tarafından karar incelenerek, yanlışlığın düzeltilmesi ve doğru kararın verilmesi mümkündür.²³⁰

Kararın hukuka aykırı olduğu iddiasını çözecek olan makam kural olarak, hukuka aykırı olduğu iddia edilen kararı veren makamdaki başka yüksek bir makamdır. Ancak, bazı hallerde kararı veren makam ile aynı seviyede olan bir makam tarafından da inceleme yapılması mümkündür. Örneğin, bir ağır ceza mahkemesi kararına itiraz edildiğinde, uyuşmazlığı bir sonraki daire veya en yakın ağır ceza mahkemesinin çözmesi halinde olduğu gibi. Ayrıca, istisnai olarak, hukuka

²²⁸ KESKİN, s.1.

²²⁹ TOROSLU/ FEVZİOĞLU, s.318.

²³⁰ ÇETİN, s.96.

aykırı olduğu iddia edilen kararı vermiş makam tarafından da çözülebilir, yargılanmanın yenilenmesinde olduğu gibi.²³¹

Hukukumuzda, yakın zamana kadar yargı kararlarının tek aşamalı denetimi sistemi uygulanmaktaydı. Yargılama mekanizması; ilk derece mahkemeleri (bidâyet mahkemeleri) ve üst dereceli mahkemeler (nihayet mahkemeleri) olmak üzere iki dereceden oluşmaktaydı. 20 Temmuz 2016 tarihinde yürürlüğe giren düzenlemeyle yargılama mekanizması; ilk derece mahkemeleri (bidâyet mahkemeleri), istinaf mahkemeleri (bölge adliye mahkemeleri) ve üst dereceli mahkeme (Yargıtay) şeklinde üç dereceden oluşan bir yapı haline getirilmiştir.

Kanun yoluna başvuru, yalnızca yargılama makamlarının kararlarına karşı gidilebilecek bir yol olarak kabul edilmiştir. Bu sebeple kanun yoluna başvurulabilmesi için önceden verilmiş bir mahkeme kararının bulunması gereklidir. İddia makamının yani Cumhuriyet savcısının vermiş olduğu kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara karşı, CMK md.173 gereği sulh ceza hakimliğine başvurarak itiraz etme var ise de, bu teknik anlamda kanun yolu başvurusu değildir.

Davaların çabuk bitirilmesi amacıyla, yalnızca önemli kararlara karşı kanun yoluna gidilmesi, buna karşılık önemsiz kararlardaki hatalara göz yumulması gerekliliği kabul edilmiştir. Bazı kararlara karşı kanun yoluna başvurulamayacağı, kesin olduğu CMK'da hükme bağlanmıştır.

Sanığın suçu işlediği noktasında vicdani kanaatin oluşması halinde, sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilecektir. Ancak, yerel mahkeme tarafından verilen mahkumiyet kararının maddi gerçeğe ve hukuka uygun olup olmadığı tartışılabilecektir. İşte, yerel mahkemenin kararının üst dereceli mahkeme tarafından incelenmesine kanun yolu aşaması denilmektedir. Diğer adı ise, denetim muhakemesidir.²³²

Hukukumuzda kanun yolları, olağan ve olağanüstü kanun yolları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Olağan ve olağanüstü kanun yollarını ayıran ölçüt, kanun yoluna

²³¹ TOROSLU/ FEVZİOĞLU, s.319.

²³² YURTCAN, Erdener, **Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm**, Kazancı Yayınları, 2.Baskı, 1987, s.4.

başvurulması kararın uygulanmasına engel olup olmadığıdır. Olağan kanun yoluna başvuru halinde bu başvuru, hükmün kesinleşmesini engellemektedir. Kesinleşmeyen hükmün infazı da mümkün olmamaktadır. Bu açıklamadan da anlaşılacağı üzere olağan kanun yolları, kesinleşmemiş hükümlere karşı başvurulabilecek kanun yoludur.

Hukukumuzda olağan kanun yolları; itiraz, istinaf ve temyizdir. İstinaf kanun yolu, Ceza Muhakemesi Kanunu ile kabul edilmiş yeni bir yasa yoludur. 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunun da yer alan karar düzeltme kanun yolu ise kaldırılmıştır. Zira, istinaf kanun yolunun kabulü ile gerek maddi gerekse hukuksal yönden bölge adliye mahkemesince gerektiğinde duruşma yenilenerek, karar tartışılıp ilk derece mahkemesinin kararında hatalar varsa, düzeltebileceğinden; bölge adliye mahkemeleri ile Yargıtay kararlarına karşı karar düzeltme kurumuna başvurmaya gerek kalmamıştır.²³³

Kanun yoluna başvurulmaması veya başvurulduğu halde kanun yolu merciinin ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararı, hukuka ve olaya uygun bulması halinde, yerel mahkeme tarafından verilen hüküm, kesinleşecek ve kesin hüküm halini alacaktır. Kesin hüküm halini alınca da hukuk dünyasında bir takım sonuçlar doğuracaktır. Bu sonuçlar olumlu etki ve olumsuz etki olarak iki tanedir. Olumlu etki, hükmün bağlayıcı hale gelmesidir. Olumsuz etki ise, kesin hükme konu olan olay hakkında, tekrar yargılama gerçekleştirilemeyecek olmasıdır.²³⁴

Olağanüstü kanun yolları ise, kesinleşen hükümlere karşı başvurulabilen kanun yollarıdır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazı (olağanüstü itiraz), kanun yararına bozma (yazılı emir), yargılanmanın yenilenmesidir.

Olağan kanun yollarının devretme ve engelleme etkisi bulunmaktadır. Devretme yetkisi, kararların başvuru halinde üst merciye gönderilmesini ifade eder. Engelleme etkisi ise, yasa yollarına başvurma kural olarak, kararın yerine getirilmesini ve kesinleşmesini engellemesini ifade eder(CMK md.275/1). Kanun

²³³ KAYLAN, Keskin, **5271 sayılı (yeni) Ceza Muhakemesi Kanunu -Yasa Yolları**, <http://dubulu.yaz.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/110.doc> (Erişim Tarihi:01/04/2018), s.9.

²³⁴ YURTCAN, s.5.

yoluna başvurma kararın kesinleşmesine ve yerine getirilmesine engel olacağı, kuralının bazı istisnaları vardır. Örneğin; itiraz, kararın yerine getirilmesine engel olmaz. Ancak, kararına itiraz edilen makam veya kararı inceleyecek merci, itiraz edilen kararın uygulanmasının geri bırakılmasına karar verebilir (CMK md.269). Ancak, bunun da istisnası vardır, (istisnanın istisnası) gözlem altına alınma kararına karşı itiraz yoluna gidilmişse itiraz, kararın yerine getirilmesini durdurur. (CMK md.74/4)

B) Olağan Yasa Yollarına Başvurma Şartları

1) Kanuni Bir Düzenlemenin Olması

Kanun yollarına başvurma, kanunda başvurma yetkisi tanınan kişiler için haktır. Kanun yoluna başvurabilmek için genel koşul, başvurulacak kanun yolunun kanun ile düzenlenmiş olmasıdır.

İtiraz kanun yolu, CMK md. 267-271, istinaf kanun yolu CMK md.272-285, temyiz kanun yolu ise, CMK md. 286-307, CMUK md. 305-326 arasında düzenlenmiştir.

2) Başvuru

Kanun yoluna başvurabilmek için, karardan dolayı zarar görmüş olmak gerekmez; kararın ilgilileri tatmin etmemiş olması yeterlidir. Ancak, kanun yoluna başvurma herkese tanınmış bir hak değildir. Bu hakka sahip olan kişiler, CMK 260, 261’de düzenlenmiştir.

CMK md.260, "Hakim ve mahkeme kararlarına karşı Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık ve bu Kanuna göre katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karar bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar için kanun yolları açıktır."

"Katılan sıfatını alabilecek şekilde suçtan zarar görmüş bulunanlar" duruşmadan veya kamu davasından haberdar edilmemiş ya da haberdar olmamış, suçtan zarar görmüş kişileri ifade etmektedir.

Cumhuriyet savcısı, sanık aleyhine başvurabileceği gibi sanık lehine de yasa yollarına başvurabilir. Bu yüzden Cumhuriyet savcısı, başvurusunda sanık lehine mi aleyhine mi kanun yoluna başvurduğunu açıkça belirtmek zorundadır; aksi halde, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 17.12.1930 tarih ve 26/32 sayılı kararına göre, başvuru sanık lehine sayılacaktır.²³⁵

Cumhuriyet savcısı, yasa yoluna sanık lehine başvurduğunda yeniden verilen hüküm, önceki hükümde belirlenmiş olan cezadan daha ağır bir cezayı içeremez. Ancak, yeni hükümde suçun niteliği değişebilir. Buna aleyhe değiştirme yasağı denir. CMK md. 261 "Avukat, müdafiliğini veya vekilliğini üstlendiği kişilerin açık arzusuna aykırı olmamak koşuluyla kanun yollarına başvurabilir."

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

Kanun yoluna başvuru da, başvuru mercisi veya kanun yolunun türünde yanılgiya düşülmüş olursa bile başvurunun yapıldığı mercisi, doğru merciyeye başvuruyu göndermesi gerekmektedir. Kanun yoluna başvurması için başvuru mercisinin gerekçe göstermesi aranmamakta, karara karşı kanun yoluna başvurulduğu beyanı yeterlidir.²³⁶

3)Süre

Yukarıda belirtilen kanun yoluna başvurma hakkı olan kişiler, kanun yoluna kanunda öngörülen süre içerisinde başvurmaları gerekmektedir.

İtiraz kanun yoluna başvurma süresi, CMK md. 268/1 gereği ilgilinin kararı öğrendiği tarihten itibaren yedi gündür. İstinaf kanun yolu süresi ise, CMK md.273 gereği karar ilginin huzurunda verilmiş ise, tefhimden itibaren, yokluklarında verilmiş ise, kararın tebliğinden itibaren yedi gündür. Temyiz süresi, CMK md. 291

²³⁵ KAYLAN, s.2.

²³⁶ ÜNVER, Naci, **Ceza Yargılamasında Yasa Yolları ve Bireysel Başvuru Hakkı**, Tüze Yayıncılık, 1998, s.20.

gereği hükmün açıklanmasından itibaren on beş gündür. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın sanık aleyhine itirazı için süre otuz gündür. İtiraz sanık lehine yapılacaksa süre yoktur. Kanun yararına bozma ve yargılanmanın yenilenmesi süreye tabi değildir. Ancak, ceza hükmünün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin veya eki protokollerinin ihlali suretiyle verildiği, hükmün bu aykırılığa dayandığının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş ise, AİHM'nin kararının kesinleşmesinden itibaren bir yıl içerisinde istenebilir.

4)İstinaf/ Temyiz Sebebinin Bulunması

İlk derece mahkemesi tarafından verilen kararlarda yapılan her hukuka aykırılık, istinaf / temyiz sebebi değildir. İstinaf kanun yolunda hem maddi yani olaya uygunluk hem de hukuka uygunluk denetlenir iken, temyiz kanun yolunda yalnızca hukuka uygunluk denetlenmektedir. Bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması hukuka aykırılıktır. (CMK md.288)

Kanun yolundan umulan faydanın gerçekleşebilmesi için hükümde, mutlak veya nispi istinaf/temyiz nedenlerinden en az birinin bulunması gerekmektedir.²³⁷

Maddi ceza hukuku kurallarının ihlali halinde kanun yolunda hüküm bozulacaktır. Muhakeme hukuku kurallarının ihlali halinde ise, ikili ayırım yapmak gerekmektedir. Muhakeme hükümlerine uyulmaması hükme etkili ise, hükmün bozulması gerekmektedir. Hükmün özünü etkilemeyen bir muhakeme hükmünün uygulanmaması halinde ise, hükmün bozulmasına gerek yoktur. Mutlak hukuka aykırılık nedenleri, Hukuka kesin aykırılık halleri olarak CMK m. 289'da düzenlenmiştir.

CMK m.289 (CMUK md.308) “(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

²³⁷ YURTCAN, Erdener, **CMK Şerhi Cilt 2**, 7. Baskı, Adalet Yayınları, 2015, s.1327.

hükme katılması,d) Mahkemenin kanuna aykırı olarak davaya bakmaya kendini görevli veya yetkili görmesi,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.”

Yukarıda belirtilen kesin hukuka aykırılık halleri, istinaf veya temyiz dilekçesinde veya beyanında gösterilmiş olmasa da, hukuka kesin aykırılık var sayılır. Mutlak hukuka aykırılık olarak kabul edilen hukuka kesin aykırılık hallerinde yapılan hukuka aykırılık hükme etki etmemiş veya temyiz gerekçelerinde belirtilmemiş olsa bile, hükmün mutlak bozma nedeni olarak kabul edilmiştir. Nispi hukuka aykırılık nedenleri ise, kesin hukuka aykırılık halleri dışında kalan muhakeme (usul) hukukuna aykırılıklardır. Mahkemenin kararında bulunan nispi hukuka aykırılık; ancak, kararı etkilemiş ise, bir istinaf/ temyiz nedeni olarak kabul edilir. Hukuka aykırılık mahkemenin son kararını etkilememiş ise, temyiz incelemesinde bozmaya etkili olmayacaktır.

Sanığın yararına olan hukuk kurallarına aykırılık, sanık aleyhine hükmün bozdurulması için Cumhuriyet savcısına bir hak vermez. (CMK m. 290)

C)Savunma Hakkının Kısıtlanmasının Bozma Sebebi Yapılabilmesi İçin Gerekli Şartlar

CMK md.289 (CMUK 308) maddesi ile hüküm için önemli olan noktalarda mahkeme kararı ile savunma hakkının kısıtlanmış olmasını mutlak bozma nedeni olarak düzenlenmiştir. CMK md.280 yollaması ile CMK md.289 istinaf kanun yolunda da uygulanacaktır.

Savunma hakkının kısıtlanması, kesin hukuka aykırılık sebepleri arasında düzenlenmiş olunmakla beraber her savunma hakkının kısıtlanmasının bozma sebebi yapılmamaktadır. Bu durum kanunun “hüküm için önemli olan noktalarda” şeklindeki lafzından açıkça anlaşıldığı üzere, nispi hukuka aykırılık şeklinde ifade

edilmiştir. Savunma hakkının kısıtlanması hüküm için önemli olmayan noktalarda yapılmış ise, bozma kararı verilmeyecektir. Burada önemli olan savunma hakkının kısıtlanmasının hükme etkili olup olmadığıdır.²³⁸

Kesin hukuka aykırılık hallerde, aykırılığın hükme etkili olup olmadığına bakılmaksızın herhalde bozma sebebi yapıyor olunmasına rağmen, savunma hakkının kısıtlanması ile ilgili bendin düzenlenmesinde kesin hukuka aykırılık sebebi nisbileştirilerek bağımsız bir norm olma özelliği, ortadan kaldırılmıştır.²³⁹

Savunma hakkının kısıtlandığı hangi hallerin, hüküm için önemli nokta olduğu hususuna ilişkin kanunda herhangi bir açıklama yoktur. Bu husus, bölge adliye mahkemeleri ve Yargıtay kararları ile açıklığa kavuşacaktır.

1)Kısıtlama Hükme Etkili Olmalı

Hüküm için önemli olan hususlarda, savunma hakkının sınırlandırılmış olması mutlak hukuka aykırılık hali olarak düzenlenmiştir. Hükmü esaslı bir şekilde etkilemeyen kısıtlama halleri ise, bozma nedeni olmayacaktır. Savunma hakkının kısıtlanması ile verilen hüküm arasında illiyet bağının olması gerekmektedir.²⁴⁰

2)Kısıtlama Sanık Aleyhine Olmalı

Savunma hakkının kısıtlanması, sanığı olumsuz etkilemeli ve sanık aleyhine sonuç doğurmalıdır. Savunma hakkının kısıtlanması, karar üzerinde olumsuz bir etki doğurmamış ve sanığın hukuki durumuna zarar vermemişse, bozma nedeni yapılamayacaktır.²⁴¹

3)Kısıtlama Mahkeme Kararı ile Gerçekleştirilmiş Olmalı

Savunma hakkının bozma sebebi yapılabilmesi için kısıtlamanın mahkeme kararı ile gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Ayrıca, kısıtlamanın kovuşturma aşamasında gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Soruşturma aşamasında gerçekleşen

²³⁸ KESKİN, s. 155.

²³⁹ KESKİN, s.155.

²⁴⁰ GÜNAY, Erhan, **Ceza Hükümünde Mutlak Bozma Nedeni Olarak Savunma Hakkının Kısıtlanması**, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, 2013, s.15.

²⁴¹ GÜNAY, s.15.

kısıtlama bozma sebebi değildir. Savunma hakkını kısıtlayıcı kararın, davaya bakan mahkeme tarafından verilmiş olması gerekmektedir.

Hükümden önce verilip, hükme esas teşkil eden ve başkaca da kanun yolu öngörülmemiş mahkeme kararları da hüküm ile birlikte temyiz olunabilir. Buna ilişkin hüküm CMK md.28’de düzenlenmiştir. Hükümden önce verilen kararların hükme esas teşkil etmesi hallerinde adil yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle temyiz/istinaf edilebilir.²⁴²

4)Savunma Hakkının Kısıtlanması Kovuşturma Aşamasında Gerçekleşmiş Olmalı

CMK md.289/1-h’da düzenlenen hükmün lafzından açıkça anlaşılacağı üzere, savunma hakkının mahkeme kararı ile kısıtlanmış olması gerekmektedir. Bu sebeple, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı tarafından gerçekleştirilen savunma hakkının kısıtlanması halleri yukarıda belirtilen hükmün kapsamına dahil olmayacaktır.²⁴³

5) Savunma Hakkının Kısıtlanması Temyiz Talebinde Belirtilmese Bile Re’sen Dikkate Alınır

CMK md.289/2 gereği, kesin hukuka aykırılık halleri, istinaf veya temyiz dilekçesinde veya beyanında gösterilmiş olmasa da hukuka kesin aykırılık var sayılır. Temyiz gerekçelerinde belirtilmemiş olsa bile, hükmün mutlak bozma nedeni olarak kabul edilmiştir. Savunma hakkının kısıtlanması açısından sanık veya temyiz/istinaf başvurusunda bulunma hakkı olanlar tarafından kanun yoluna başvurulmuş olması yeterlidir. Başvuru gerekçesi olarak savunma hakkının kısıtlanmış olması sebebinin gösterilmesi aranmamaktadır. Kanun yolu incelemesinde üst dereceli mahkeme tarafından re’sen dikkate alınacaktır.²⁴⁴

²⁴² GÜNAY, s.18.

²⁴³ GÜNAY, s.18.

²⁴⁴ GÜNAY, s.18.

SONUÇ

Ceza hukuku suç işlediği sabit olan kişilere yani faillere verilecek ceza ve güvenlik tedbirlerini düzenlemektedir. Ceza muhakemesi ise suç şüphesi altında olan kişinin suçu gerçekten işleyip işlemediğinin araştırılması sürecini düzenlemektedir. Çünkü suç şüphesi altında olan kişinin suçu işlediği kesin değildir. Cumhuriyet savcısı, şüphelinin suçu işlediği yönünde yeterli delil, yeterli şüpheyi ulaştığı takdirde kamu davasını açar. Yargılama neticesinde kişinin mahkûm edilebilmesi için ise, yeterli şüphe yeterli değildir. Kişinin suçu işlediğinin sabit olması gerekir. Sabit olmadığı takdirde şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği, suçu işlediği sabit olmadığından beraat kararı verilmektedir.

Ceza yargılaması, yeterli şüphe üzerine başladığı için, suç isnat edilen kişi bu şüpheyi ortadan kaldırabilmek için kendisini savunma ihtiyacı duyacaktır. Yargılama makamının maddi gerçeğe uygun karar verebilmesi için sanığa savunma hakkının tanınmış olması gerekmektedir. Masumiyet karinesi hükmün kesinleşmesine kadar geçerliliğini koruyan bir ilkedir. Cumhuriyet savcısı sanığın yalnızca aleyhine değil lehine olan delilleri de toplamak zorundadır. Bu durum Cumhuriyet savcısını yalnızca cezalandırmanın yolunu araştıran, tek yönlü olarak düşünen bir adli makam olmaktan kurtarmaktadır. Savcı her şeyi kamu adına yapan ve talep eden bir makamdır. Dolayısıyla iddianame düzenlerken yalnızca mağduru değil suçtan hukuki anlamda olmasa bile sosyal açıdan zarar gören toplumun menfaatlerini de korumaktadır. Hukuk sistemimiz her ne pahasına olursa olsun kişileri cezalandırmak istememekte, maddi gerçeğe ulaşmaktadır. Çünkü suçsuz bir kişinin cezalandırılması, suçlunun serbest kalmasından daha fazla topluma zarar verecektir.

Devletlerin siyasi, ekonomik, ideolojik bakış açıları savunma hakkını doğrudan etkileyen bir özellik taşımaktadır. Amacı hukuk devleti ilkesini gerçekleştirmek olmayan devletlerin savunma hakkına önem vermedikleri görülmektedir.

İşbirliği sistemini benimseyen devletlerde savunma hakkına önem verildiği, bu sayede hukuk devleti ilkesini gerçekleştirmeye çalıştıkları görülmektedir.

Hukukumuzda, hukuk devleti ilkesini gerçekleştirme amacının var olduğu gerek anayasal gerekse de yasal düzenlemelerden anlaşılmaktadır. Ancak zaman zaman hukukumuzda da savunma hakkının kısıtlanmasına yol açan düzenlemelere veya uygulamaya yer verildiği de görülmektedir. rnek vermek gerekirse, yargılama esnasında Cumhuriyet savcısının yani iddia makamının, yargılama makamı ile aynı krs de oturmasına rağmen, savunma makamının aşağıda oturması şekli açıdan eşitliği bozduğu, iddia makamına üstünlük tanığı algısının oluşması sebebiyle iddia makamının da savunma makamı ile aynı hizada bulunma gerektiği, bu sebeple duruşma esnasında oturma düzeninin buna göre ayarlanması gerekmektedir.

AİHM’ne Türkiye aleyhine açılan birçok dava adil yargılanma hakkı ile alakalıdır. Bu davaların büyük çoğunluğu da adil yargılanma hakkının ihlal edildiği yönünde verilen kararlar ile sonuçlanmaktadır. AİHM’si verdiği ihlal kararlarında, ihlalin kanuni düzenlemelerden ziyade kanun ile tanınan hakların etkin ve verimli kullanılmasına imkân sağlanmamış olmasına dayandırmaktadır. Bu durum yargılama makamlarının hatalarından kaynaklanan ihlal olduğunu ortaya koymaktadır. Bu sebeple bu olumsuz durumun önlenebilmesi için adli ve idari makamların araştırmalara ve soruştırmalara azami dikkat göstererek ciddi ve eksiksiz bir şekilde tamamlamaları zorunludur. Adil yargılanma hakkı ve beraberinde savunma hakkı sadece yasal düzenleme boyutunda kalmamalı doğrudan doğruya ve ivedilikle hayata geçirilmelidir. Savunma hakkına ilişkin yasal düzenlemeler olmasına rağmen uygulama noktasında yaşanan sıkıntılar toplumun yargıya olan güveninin azalmasına, buna bağlı olarak yargıya saygının azalmasına da yol açmakta, bu durumda kişilerin uyuşmazlıklarını yargıya taşıma yerine başka yollara yönelme tehlikesi ve tehdidini ortaya çıkarmaktadır. Özellikle, hızlı ve adil yargılama gerçekleşmeyince; yasadışı gruplar, yol ve yöntemler ortaya çıkmaktadır. Bu sorunun çözümü için etkin bir hukuk mekanizmasının ve yargı örgütlenmesinin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Hakimler ve Savcılar Kurulu’nun, kuruluşu ve işleyiş biçimi değiştirilmeli ve kurul yürütmenin etkisinden tamamen çıkarılmalıdır.

Her ilde hukuk fakültesi politikasından vazgeçilerek, hukuk eğitiminin kalitesinin yükseltilmesi hedeflenerek fakültenin başlanılarak hakimlerin ve

savcılarının bağımsız ve tarafsız yargılamayı amaç olarak gören niteliklerini geliştiren bir eğitim sistemi oluşturulmalıdır. Savunma hakkının gereği gibi uygulanabilmesi yargı mensubunun yetiştirilmesi ile doğrudan bağlantılıdır. Bu sebeple hâkimlerin yalnızca doğru, dürüst olmaları ile kanunlardaki ilke ve kuralları bilmeleri yetmez; bilgi ve yeteneğin üst düzeyde felsefi bilgi ve düşünceler ile beslenmesi gerekmektedir. Yargı mensubunun iyi yetişmesi zorunlu bir gereklilidir.

Yargıya intikal eden konular hakkında medyada yapılan açıklamalar, hem toplumun yargıya olan güvenini sarsmakta, hem de hakim ve savcının görevini gereği gibi yapması noktasında sıkıntılara yol açmaktadır. Yazılı ve görsel basın haber niteliğini aşan yönlendirme amaçlı yazmış olduğu yazılar ve haberler, yasal düzenlemelerin gereği gibi uygulanması noktasında sıkıntılar yaratmaktadır. Bu sebeple hâkim ve savcının görevini gereği gibi yerine getirebilmesi için medyanın soruşturma ve kovuşturma ile ilgili haberi aşan nitelikte açıklama yapması yasal düzenlemeler ile engellenmelidir.

“Geciken adalet, adalet değildir” felsefesinden hareketle; yargılamanın süresi ve süreci makul düzeye indirilmeli, mahkemelerin iş yükü hafifletilmeli, hakim savcı sayısının yanında nitelikleri de artırılmalıdır. Bunun yanında adliye personeli ve kolluk kuvvetlerinin insan hakları, savunma hakkı konularında eğitilmelidir. Hukuka aykırı yollarla delil elde edilmemeli ve bu delillerle hüküm kurulmamalıdır. Yargı kararları mutlaka gerekçeli olmalıdır. Burada gerekçe ile kastedilen uygulamada maalesef sık sık başvuru kes, yapıştır yöntemi ile yapılan taslak gerekçeler değil gerçekten dosyaya özel olarak yazılan gerekçelerdir.

Teknik alt yapı sorunları (bina, araç, gereç, segbis...) giderilmelidir.

Avukatlığın, vekil müvekkil ilişkisinin ötesinde yargı erki boyutu da göz önüne alınmalı, baronun bağımsızlığı gerçek anlamda sağlanmalıdır. Savunma hakkının suç işlemeye izin veren bir kurum olduğu alışkanlığından vazgeçilmelidir.

KAYNAKÇA

AKILLIOĞLU, Tekin, İnsan Hakları ve Yönetmelik Yargı Yöntemimiz, II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Bildiri Özetleri, 10-14 Mayıs, 1993, Danıştay Yayınları, N:55, Ankara, 1993

AKINTÜRK, Turgut, AKİPEK, Jale G., Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Yenilenmiş 12. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2015

ALGAN, Bülent, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, “Avrupa İnsan Hakları Anayasasına Doğru”, AÜSBFD, Yıl:1991, C:46, S:1, ss. 42-54.

ALTIPARMAK, Cüneyt, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6. Madde Kapsamında Adil Yargılanma Hakkı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:63, 2006, ss.244-270

ALTUNDİŞ, Mehmet, “Avukatın Düşüncelerini Olgun ve Objektif Biçimde Açıklama Yükümlülüğü”, Yasama Dergisi, Sayı:8, Ocak-Şubat-Mart-Nisan 2008, ss.133-154.

ARAL, Vecdi, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, 1975, s.16 vd.

ARIKAN, Gülay, “Çapraz Sorgu İçin Hazır Mıyız”, Ankara Barosu Dergisi, 2005/4, ss.107-114.

ATALAY, Esra, “Yargısal Temel Haklar”, Prof. Dr. Şükrü POSTACIOĞLU’ na Armağan, DEÜHFY, İzmir, 1997, s.437- 454.

ATALAY, İbrahim Orkun, “Osmanlı Ceza Yargılaması usulü Hukuku Üzerine Bir Deneme”, EÜHFD, C.XI, S.3-4 (2007), ss.239-272.

ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayınevi, 5. Baskı, Konya, 2002

ATLIHAN, Özen, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Adil Yargılanma Hakkının Temel Unsuru Olarak Masumiyet Karinesi”, AÜEHFD, C:VIII, S:3-4 (2004), ss. 291-326.

BAŞBÜYÜK, İsa, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m.6/3-c) Kapsamında Müdafî Yardımından Yararlanma Hakkı”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl:2013, Cilt:19, Sayı:2, 2013, ss.1339- 1371.

BOLAY, Süleyman Hayri, “İnsan Haklarının Felsefi Temelleri”, YTD, S:21, 1998

CEBRE, Ayvaz, “Hak Arama Yolları ve Adil Yargılanma Hakkı”, TAAD, Yıl:2, C:1, S:5, 20 Nisan 2011, ss.373- 396.

CENGİZ, Serkan / DEMİRAĞ, Fahrettin / ERGÜL, Teoman / McBride, Jeremy / TEZCAN, Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, TBB Yayınları, 2008

CENTEL, Nur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1984

CENTEL, Nur, “Müdafî ile Savunma Hakkı ve Adalet Bakanlığı Genelgesi”, İBD, C:76, S:2, 2002, ss.315-332.

CENTEL, Nur, “Ceza Soruşturmasında Müdafî Rolüne Eleştirel Yaklaşım”, İÜHFİM, C:22, S:2, 2014, ss.703- 723.

CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, 14. Baskı, Eylül 2017

ÇEÇEN, Anıl, Adalet Kavramı (Adalet Kavramının Göreliliği Üzerine Bir Deneme), Gündoğan Yayınları, 2.Basım, 1993

ÇELİK, Abdullah, Adil Yargılanma Hakkı Rehberi, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2014

ÇETİN, Beytullah, Savunma Hakkının Kısıtlanması, Selçuk Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2017

DEMİRBAŞ, Timur, “Hazırlık Soruşturmasında Savunma”, Prof. Dr. Sahir ERMAN’a Armağan, İstanbul, 1999, ss.192-193.

DEMREN DÖNMEZ, Burcu, Ceza Muhakemesi Hukukunda Çapraz Sorgu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007

DİNÇ, Güney, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre Avukatla Savunma Hakkı”, TBB Dergisi, Sayı:55, 2004, ss.165-200.

DONAY, Süheyl, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, Ankara, 1994

DÖNMEZER, Sulhi, “Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1998 , ss.60-71.

DURMUŞ, Tezcan, “Tercümandan Yararlanma Hakkı”, AÜSBFD, Yıl:1997, C:52, S:1, ss.693- 700.

DÜLGER, Murat Volkan, “Ceza Muhakemesinde Müdafinin Konumu ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, Ankara Barosu Dergisi, 2012/4, ss.41-76.

EKİNCİ, Ahmet, “Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XVIII, Yıl:2014, Sayı:3-4, ss.821- 848.

ERDOĞAN, Mustafa, Anayasal Demokrasi, 3. Baskı, Siyasal Kitapevi Yayınları, Ankara, 1999

ERDOĞAN, Mustafa, “Başörtüsü, İnsan Hakları ve Teamülleri”, içinde :Anayasa ve Özgürlük, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2002

ERDOĞAN, Mustafa, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, Orion Yayınları, Ankara, 2011

EREM, Faruk, “Ceza Hukukunda Hakkın Kullanılması”, AÜHFD, Cilt:41 Sayı:1-4, 1989-1990 , ss.5-17.

EREM, Faruk, Diyalektik Açından Ceza Yargılaması, 6. Baskı, Işın Yayıncılık, Ankara ,1986

EREM, Faruk, “Müdafin Sanığa Soru Sorma Yetkisi”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:1973, Sayı:4, ss.684-685.

EREM, Faruk, “Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi”, Ankara Barosu Dergisi, 1990/2, ss.206-214.

GENÇ, Mehmet, İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri, Uludağ Üniversitesi Güçlendirme Vakfı Yayınları, 1997

GÖREN, Zafer, Anayasa Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006

GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 16. Baskı, Ekin Yayıncılık, Ocak 2014

GÖZÜBÜYÜK, Şeref / GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması, Turhan Kitabevi, 10. Baskı, 2013

GÜNAY, Erhan, Ceza Hükmünde Mutlak Bozma Nedeni Olarak Savunma Hakkının Kısıtlanması, Seçkin Yayınları, 2.Baskı, 2013

GÜRSELER, Güneş, “Müdafî Tayininde Nerden Nereye...”, TBBD, S:72, 2007,ss.340-352.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, “Bir Kültür Ürünü Olarak Hukuk Düzeni”, AÜHFD, Cilt 45 Sayı 1-4, 1996 , ss.3-21.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, “Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, 1994/1, ss.20-40.

HAKERİ, Hakan / ÜNVER, Yener, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1.Cilt, Adalet Yayınları, 6.Baskı, 2012

İBA, Şeref, Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar, Turhan Kitapevi, 2. Baskı, Ankara, 2008

İNCEOĞLU, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler,4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Mart 2013

KABOĞLU, İbrahim Ö., Kolektif Özgürlükler, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1989

KAN AYDIN, Çağrı, “Adil Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak “Susma Hakkı””, TBB Dergisi, Sayı:91, Kasım-Aralık 2010, ss.146-180.

KAPANİ, Münci, Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993

KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan, Roma Hukuku, 14. Basım, Yetkin Yayınları, 2010

KARAKAŞ, M. Serhat, Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009

KARAKEHYA, Hakan\ ARABACI, Murat, “Ceza Muhakemesinde Müdafin Önemi, Hukuki Statüsü ve Müdafiliğe İlişkin Problemler”,TAAD,Yıl:6, S:22, Temmuz 2015, ss.59-89.

KARAOSMANOĞLU, Fatih, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Avukatın Gözaltı Birimine Gelmesi ve Hukuksal Yardım Hakkı: Türkiye ve İngiltere Örnekleri”, AÜHFD, C:52, S:3, 2003, ss.177-197.

KAŞIKARA, M. Serhat, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi Çerçevesinde Makul Süre İçerisinde Yargılanma Hakkı”, TBB Dergisi, Sayı: 84, 2009 , ss.231-259.

KESKİN, Serap, Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, Alfa Yayınları, 1997

KİBAR, Recep, Türk Hukukunda Sanık Hakları, Yetkin Yayınevi, 1997

KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 6.Baskı, Ankara, 2013

- KOCAMAN, Selcen, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin “Zana/ Türkiye Davası” Hakkında Verdiği Kararın Değerlendirilmesi”, SÜHFD, Yıl: 2003, C:11, S:1,ss307-318.
- KOCAOĞLU, Serhat Sinan, “Devlet Sistemlerine Göre Savunma Hakkı ve Müdafî”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:68, Sayı:2010/2, ss.125-140.
- KOCAOĞLU, Serhat Sinan, “Tarihsel Perspektifi ile Batı Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafî”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:68, Sayı:2010/3, ss.117-133
- KOCAOĞLU, Serhat Sinan, “Türk Ceza Kanunu (m.128) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Bir Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Savunma Dokunulmazlığı”, Ankara Barosu Dergisi, 2012/4, ss.21-38.
- KOCAOĞLU, Serhat Sinan, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı”, Ankara Barosu Dergisi, 2012/1, ss.45-69.
- KUNTER, Nurullah, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8.Baskı, Kazancı Yayınları, , 1986
- KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 12.Baskı, Arkan Yayınları, İstanbul, 2002
- KÜÇÜKAY, Alper, “Tanık İfadesi ve Çapraz Sorguya Psikolojik Bakış”, TAAD, Yıl:8, S:32, Ekim 2017, ss.451-480.
- MEMİŞ, Pınar, Adil yargılanma Hakkının unsuru olarak Masumiyet Karinesi, Galatasaray Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Ocak 2003
- OKUYUCU-ERGÜN, Güneş, “Soruşturmanın Gizliliği”, AÜHFD, 59 (2), 2010 , ss.243-275.
- ÖZBEK, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, 2006
- ÖZEN, Muharrem, “Savunma Dokunulmazlığı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1992/3, ss.416-454.
- ÖZEN, Muharrem, “Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenlemeler, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:68, S:2010/1, ss.31-65.
- ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 2006
- ÖZTÜRK, Bahri ve Diğerleri, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Ankara, 2006

SANCAR, Mithat, Hukukun Oluşturulmasında İnsan Haklarının Rolü ya da İnsan Hakları ile Pozitif Hukuk Arasındaki İlişki, içinde: Devlet Aklı Kısılacısında Hukuk Devleti, Der: Mithat Sancar, İletişim Yayınları, İstanbul, 2000

SAVAŞ, Vural / MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu, II Cilt, Seçkin Yayınevi, 1995

SEÇKİN, A.Recai, Yargıtay Tarihçesi Kuruluş ve İşleyişi, Ankara Yarı Açık Cezaevi Yayınevi, Ankara, 1967

SOYSAL, Mümtaz, Anayasaya Giriş, İmge Kitabevi, 3.Baskı, 2011

ŞAHİN, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku, I, Seçkin Yayınları, 2007

ŞAHİN, Cumhur, “İkrar ve Savunma Hakkı”, Ceza Hukuku Reformu, Sempozyum, 20- 23 Ekim 1999, Umut Vakfı Yayınları, 2001

ŞEN, Ersan, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, Beta Yayınları, 1998

TANRIKULU, M. Sezgin, “Adil Yargılanma Hakkı ve İddianamenin Kabulü-İadesi-Tebliği”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:64, 2006, ss.70-114.

TEMİZ, Yağmur, “Türk Hukukunda Çapraz Sorgu Tartışmaları”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:6, Sayı:1, Yıl:2015, ss.299-332.

TOPÇUOĞLU, Hamide, Hukuk Sosyolojisi Dersleri, Işın Yayıncılık, 1984, s.67.

TOROSLU, Nevzat/ FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, Ekim 2017

TOSUN, Öztekin, Türk Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri I Genel Kısım, 4. Bası, İstanbul, 1984

TOSUN, Öztekin, Suç Hukuku El Kitabı, İstanbul, 1982

TOZMAN, Önder, “Suçsuzluk Karinesi: Türk Hukukundaki Sonuçları”, EÜHFD, Cilt: XI, Sayı: 3-4, 2007, ss.315-353.

TURAN, Hüseyin, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı”, TAAD, Yıl:3, Sayı:11, Ekim 2012 ,ss.47-75.

UMUR, Ziya, Roma Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, İstanbul, 1999

UYGUN, Oktay, “İnsan Hakları Kuramı”, içinde: Kamu Hukuku İncelemeleri, Der: Oktay UYGUN, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011

UZUN, Mine, “Bir Adil Yargılanma Hakkı Olarak Tanığı Sorgulama ve Tanık Dinletme Hakkının Türk Vergi Yargılamasındaki Yeri”, AÜHFD, 63(1), 2014,ss. 219-245.

ÜÇOK, Coşkun\ MUMCU, Ahmet\ BOZKURT, Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Turhan Kitapevi, 15. Baskı, Ankara, Ekim 2011

ÜNVER, Naci, Ceza Yargılamasında Yasa Yolları ve Bireysel Başvuru Hakkı, Tüze Yayıncılık, 1998

YAŞAR, Osman, Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, C1, 2007

YENİSEY, Feridun, Hazırlık Soruşturması ve Polis, Beta Yayınları, 1987

YEŞİLOVA, Bilgehan, “Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:86, 2009, ss.47-101.

YILDIRIM, Akif, Bireysel Başvuruda Ceza Yargılamasını İlgilendiren Kararlar, EPAMAT Yayınları, Mart 2017

YURTCAN, Erdener, CMK Şerhi, Cilt:2, 7.Baskı, Adalet Yayınları, 2015

YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm, Kazancı Yayınları, 2.Baskı, 1987

YÜCE, Turan Tufan, Ceza Hukukunda Hukuk Devleti Esasları, Atatürk Üniversitesi Basımevi, 1968

ZAFER, Hamide, “Savunma Hakkı ve Sınırları”, Prof. Dr. Nur CENTEL’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:19, Sayı:2, 2013, ss.507-540.

İnternet Kaynakları

ERDEMİR, Nevzat, “Hukuk Devleti ve Savunma Hakkı”, <http://www.tbddergisi.barobirlik.org.tr/m1988-19881-1085>, (Erişim Tarihi: 27/07/2018)

EREM, Faruk, “Savunma ve Ceza Yargılamasının Temeldeki Kusurları”, <http://www.tbddergisi.barobirlik.org.tr/m1988-19881-108>, (Erişim tarihi: 25/09/2017)

ERSAN, Şen, “Sanığın Savunma Hakkı”, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2992240-sanigin-savunma-hakki>, (Erişim Tarihi:17/12/2017)

FEYZİOĞLU, Metin, “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”,

<http://www.dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/293/2671.pdf>, (Erişim Tarihi: 27/03/2018)

GÖKPINAR, Mahmut, “Bir Kavram Olarak İnsan Hakları ve Çeşitli Açılardan Sınıflandırılması”, <http://tbidergisi.barobirlik.org.tr/m2015-120-1507>, (Erişim Tarihi:10/11/2017)

GÖNENÇ, Levent, “Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı Anayasa Metinleri 3, <http://www.tepav.org.tr/upload/files/1299851562-yarginin-bagimsizligi-ve-tarafsizligi.pdf>. (Erişim Tarihi: 12/03/2018)

HAFIZOĞULLARI, Zeki, “Hukuk Devleti ve Türk Ceza Hukuku”, <http://www.abchukuk.com/makale/makale311.html>,

Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı

İNCEOĞLU, Sibel, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Funke/ Fransa Kararı”, 10828/84,25.12.1993, <http://www.echr.coe.int/ECR/EN/Header/case> law/Hudoc/Hudoc+database/- (Erişim Tarihi: 26/04/2018)

KARAKAYA, Naim, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Avukatın Soru Sorma Yetkisi”, Avukatlar İçin El Kitabı IV, <http://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/elkitabi4.pdf>, (Erişim Tarihi:16/04/2018)

KAYLAN, Keskin, “5271 (yeni) Ceza Muhakemesi Kanunu-Yasa Yolları”, <http://www.dubulu.yoz.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/110.doc>, (Erişim Tarihi:21/04/2018)

PIRİLİ, R. Mustafa , “Devlet ve Otoriterlik Üzerine”, <http://www.iktisatvetoplum.com/wp-content/uploads/2017/10/mustafa-pirili-68.pdf>. (Erişim Tarihi:23/09/2017)

ŞAHİN, Turgay, “Avukatın Ohal Rehberi”, <http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/raporlar/555.pdf>. (Erişim Tarihi: 15/10/2017)