

MÜDAFİ YARDIMINDAN YARARLANMA HAKKINA UYGULANAN SINIRLAMALAR

LIMITATIONS APPLIED TO THE RIGHT TO DEFENSE COUNSEL

Sinem TOP*

Özet: Şüpheli haklarından müdafî yardımından yararlanma hakkına soruşturma aşamasında farklı süreçlerde bazı sınırlamalar uygulanmaktadır. Müdafî görevlendirilmesine uygulanan kısıtlamalar, görevinden yasaklanması veya yetkilerinin kısıtlanması şüphelinin haklarını dolayısıyla adil ve hukuka uygun yargılamayı etkilemektedir. Özellikle Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) ile getirilen bazı kısıtlamaların Olağanüstü Hal Kararnamesi (OHAL KHK) düzenlemeleriyle değiştirilip genişletilmesi ve aynı zamanda olağanüstü hal sürecine özel olarak belirlenen bazı kısıtlamalarla gelinen son durum, şüphelilerin adil yargılanma hakkına ciddi bir müdahale oluşturmaktadır. Ceza muhakemesi ilkeleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları gözetildiğinde bu müdahalelerin uygulama şekillerine göre sözleşmenin açıkça ihlaline ve dolayısıyla hukuka aykırı yargılamalara neden olabileceği dikkate alınmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Müdafî Yardımından Yararlanma Hakkı, Müdafîin Dosya İnceleme Yetkisi, Müdafî, Olağanüstü Hal (OHAL) Kısıtlamaları, Ceza Muhakemesi Kanunu

Abstract: The right to defense counsel, which is one of the rights of suspect, is subject to some limitations in various processes of investigation. The restrictions applied on the appointment of defense counsel, the termination of his/her task or the restriction of his/her powers affect the fair and lawful proceedings, as well as the rights of the suspect. In particular, some restrictions imposed by the Criminal Procedure Code which have been amended and extended by the Emergency Decree regulations, and at the same time, the final situation which is faced due to certain restrictions specific to the state of emergency has seriously interfered with the right of the suspects to a fair trial. Considering the principles of criminal proceedings and the case law of the European Court of Human Rights, it should be taken into account that depending on the forms of practice, these interventions may lead to clear violations and therefore unlawful proceedings.

Keywords: The Right to Defense Counsel, Defense Counsel, Power of Counsel to Examine The File, Restrictions of State of Emergency, Criminal Procedure Code

* Avukat, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, sinemtop@izmir.av.tr

GİRİŞ

Bu çalışmamızda ceza muhakemesinde şüphelinin sahip olduğu haklardan “*müdafî yardımından yararlanma hakkı*” kapsamında özellikle soruşturma evresinde müdafî yardımına erişiminin şüpheli veya sanık ile müdafî dışında yasal olarak veya uygulama tarafından kısıtlandığı durumları, bu hususta mevzuattaki düzenlemelerle ve fiili uygulama sonucunda ortaya çıkan sorunları incelemeye çalışacağız. Savunmanın kısıtlanamaması ve terörle etkili mücadele gibi iki olgunun çatıştığı bu sınırlamalarla korunan ve korunması ihmal edilen değerlere, temel haklara verebileceği zararlara değinerek, bu sınırlamaların uzun vadede oluşturacağı sakıncalı ihtimallere açıklık getirmeye çalışacağız.

I. Genel Olarak

Ceza yargılamasında şüpheli, CMK mad. 2 gereğince soruşturma evresinde suç şüphesi altında bulunana kişiyi, müdafî ise şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukatı ifade etmektedir. Öğretide, şüpheli bu sıfatı kazandığı ilk ceza muhakemesi işlemi öncesinde kendisine yasal mevzuat ile tanınan hakların bildirilmesi; kendisi ile ilk temasa geçildiği anda kendisine hatırlatılması gerektiği ifade edilmektedir.¹ Her ne kadar CMK mad. 147 düzenlemesinin ilk görünümünde şüpheli veya sanığın ifadesinin alınması ya da sorgusunun yapılması öncesinde uyulacak düzenlemeler içerisinde haklarının hatırlatılması ve bu hakları kullanma imkânının sağlanması belirtilmişse de bu maddedeki şüpheli hakları katalogunun CMK mad. 90/4. fıkrasında şüpheliye yakalama anında derhal bildirileceği de emredici şekilde düzenlenmiştir. Şüphelinin hakları, CMK ve ilgili yönetmelikler kapsamında isnadı öğrenme hakkı, susma hakkı, muhakemeye yön verme hakkı, yakınlarına haber verebilme hakkı, lekelenmeme hakkı ve müdafî yardımından yararlanma hakkı olarak belirlenmiştir.

Müdafî yardımından yararlanma hakkı, CMK mad. 147/1-c bendinde “*Müdafî seçme hakkının bulunduğu ve onun hukuki yardımından yararlanabileceği, müdafîin ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği, kendisine bildirilir. Müdafî seçecek durumda olmadığı ve bir müdafî yardımından*

¹ Yener Ünver, Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2016, s.202.

faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafî görevlendirilir.” düzenlemesi ile belirtilmiştir. Bu hakkın genel tanımlaması veya üst başlığının savunma hakkı olduğu, savunma hakkı kapsamında şüpheli veya sanığın müdafî yardımından yararlanma hakkı olduğu kabul edilmektedir.²

Müdafî, yargının kendine özgü şekilde hem hukukun ona yüklemiş olduğu maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacındaki rolde hem de savunduğu şüpheli veya sanığa vekâlet sözleşmesi ile bağlı olarak müvekkili lehine savunmayı üstlenerek ceza yargılamasındaki görevini yerine getirmekle yükümlüdür.³

Müdafî yardımından yararlanma hakkı, bir başka deyişle şüpheli veya sanığa etkin ve yeterli hukuki güvencelerle donatılmış bir savunma hakkının teminini ifade etmektedir. Çünkü bu hakkın gerçek anlamda kullanılabilmesi için müdafîin yetkilerini gereği gibi kullanabilmesi ve ödevlerini yerine getirmesinde uluslararası ve ulusal mevzuattaki istisnai sınırlamalar dışında kısıtlama getirilmemesi gerekmektedir. Bu çalışmamızda müdafî yardımından yararlanma hakkının sınırlamaları başlığı ile inceleyeceğimiz temel konu, müvekkili ile müdafîin arasındaki iç ilişkiye ve bu yolla savunma hakkına getirilen sınırlamalar olacaktır.

I. Anayasal Boyutu

Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında “*Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.*” düzenlemesi ile ceza yargılamasında masumiyet karanesinin Anayasa'da belirlenen, ülkenin tehdit altında olduğu, olağanüstü durumlarda dahi kısıtlanamayacağı açıkça belirlenmiştir.

² Yener Ünver, Hakan Hakeri s.215. Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 218 vd.

³ Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 181 vd.

Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*" denilmiştir. Bu maddede belirtilen hak arama özgürlüğü başlığı altındaki düzenlemede açıkça savunmanın ve adil yargılanmanın teminatı da tahsis edilmiştir. Bu noktada aslında ceza muhakemesi hukukuna dair düzenlemeler Anayasa'nın 38. maddesinde zikredilmiş ise de görüşümüzce savunmanın ve adil yargılanmanın bu maddeden ayrı düşünülmesi mümkün değildir.

Nitekim T.C. Anayasa Mahkemesi (AYM) kararlarında da bu görüşümüzü destekleyen, ilkesel değerlendirmelere yer verilmektedir. AYM görüşüne göre "*Şüpheli ve sanığa salt savunma hakkının tanınması yeterli değildir. Şüpheli ve sanığın savunma için Anayasa'nın 36. maddesinde belirtilen "meşru vasıta ve yollardan" yararlandırılması da gerekir. Savunmada başvurulacak meşru vasıta ve yollar arasında avukatların teknik bilgilerinden ve tecrübelerinden yararlanma olanağı da bulunmaktadır. Şüpheli ve sanık için Anayasa'nın 36. maddesinde sözü edilen meşru vasıta ve yollardan en önemlisi müdafî yardımından yararlanmaktadır. Diğer bir ifadeyle müdafî yardımından yararlanma hakkı, Anayasanın 36. maddesinde belirtilen "meşru vasıta ve yollar" kavramının kapsamındadır. Bu itibarla müdafî yardımından yararlanmanın adil yargılanma hakkının kapsam ve içeriğine dâhil ve bu hakkın doğal sonucu olduğu ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla suç isnadı altındaki kişi, adil yargılanma hakkı kapsamında kendisini bizzat savunma veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanma hakkına sahiptir. (...) Müdafî yardımından yararlanma hakkının Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı bakımından başka bir önemi, suç isnadı altında olan kişinin bu haktan yararlandırılması yönünden devletin pozitif bir yükümlülüğü olduğunun kabul edilmesidir. Anayasa'nın 36. maddesinde suç isnadı altında bulunan kişinin ekonomik durumunun elverişli olmaması veya ceza adaletinin hakkaniyete uygun gerçekleşmesi için gerekli görülmesi hâlinde resen atanacak bir müdafinin yardımından yararlandırılması da gerekir. (...) Dolayısıyla suç isnadı altında bulunan kişiden kendisini bizzat savunması istenemez. Ceza adaletinin hakkaniyete uygun gerçekleşmesi için şüpheli/sanığa müdafî atanması zorunlu ise müdafî görevlendirme konusundaki pozitif yükümlülüğün yerine*

getirilmesi gerekir.”⁴ Bireysel başvuru sonucunda verilen bu karardaki hakların tanınması ve kullanılması konusunda hukuki değerlendirmeler büyük önem arz etmektedir.

Bu hak, temel haklar kapsamında yer almasından dolayı ancak Anayasa mad. 13 gereğince sınırlandırılabilir. Getirilecek sınırlandırma yasal bir düzenlemeye dayanmalı, anayasada karşılık bulan meşru amaçlara dayanarak sınırlama yapılmalı, hakkın özünü zedelemeyecek nitelikte, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine göre uygulanmalıdır.⁵

II. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkemesi İctihatlarını Boyutu

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin üçüncü fıkrası c bendine göre bir suç ile itham edilen kişilerin (ulusal hukuka göre şüpheli veya sanığın) “Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, re`sen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek” hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir. Sözleşmenin bu düzenlemesinin uygulanışı ve kapsamı ise AIHM kararlarında görülmektedir. Şöyle ki, *Imbrioscia/İsviçre* davasında Mahkeme, AIHS m.6/3-c bendinin yargılama öncesi yani soruşturma işlemleri yönünden de düşünülmesinin zorunlu olduğunu; bu kararla müdafî yardımından yararlanma hakkının soruşturma aşamasında da gözetilmesi gerektiğini açıkça belirtmiştir.⁶ Şüpheli veya sanığın soruşturma aşamasında sessiz kalması veya tam tersine bir itirafta bulunmasına bir sonuç bağlanabilmesi ve yargılamanın adil bir yargılama olarak korunması için açıkça feragat edilmediği müddetçe müdafî yardımının sağlanması gerektiği husu-

⁴ AYM, 1. Bölüm, Yusuf Karakuş ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No. 2014/12002, 08.12.2016 tarihli kararı.

⁵ Semih Gemalmaz, Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Rejimi - Sınırlama ve Güvence İlkeleri, İstanbul Üniversitesi Yeni Anayasa Raporu, Yeni Anayasa Çalıştay, İstanbul, 2012, s. 6.

⁶ *Imbriosia v. İsviçre* kararı, başvuru no: 13972/88, Mahkemenin 23.12.1993 tarihli kararı. İsa Başbüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m.6/3-c) Kapsamında Müdafî Yardımından Yararlanma Hakkı, Prof.Dr. Nur Centel'e Armağan, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Pasifik Ofset, İstanbul 2013, s. 1353.

sunda daha kapsamlı değerlendirmelerde bulunmuş ise de geçerli nedenlerle yapılan kısıtlamanın yargılamaya hâlel getirmeyeceğini de kabul etmiştir.⁷ Mahkeme, müdafî yardımından yararlanma hakkından açık feragatin geçerli olabilmesi için hak hatırlatılması konusunda da titiz davranılmasına önem vermektedir.⁸ *Türk/Türkiye*⁹ kararında başvurana ilk yapılan hak hatırlatmasında genel olarak sahip olduğu hakların yazılmasının yeterli olmadığını, suçlama kapsamında bu haklarını kullanıp kullanmaması konusunda bir hatırlatma olmadığını, bu noktada hakkındaki yakalama kararı farklı ve görece daha basit bir suçtan (6136 sayılı Yasa'ya muhalefet) olduğu sanıyla avukatın hukuki yardımından yararlanmak istemediğini belirten başvuranın müdafî yardımından yararlanma hakkı konusundaki güvenceler sağlanmadığından adil yargılanma hakkının m.6/3-c kapsamında ihlal edildiğine karar vermiştir.

AİHM Büyük Dairesi aynı olaya ilişkin ihlal kararı vermeyen daire kararının aksine yaptığı inceleme sonucunda, *Salduz/Türkiye* kararında, "(...)kural olarak, her davanın kendine has koşulları ışığında bu hakkın kısıtlanması için zorunlu sebepler olmadıkça, şüpheliye, polis tarafından ilk kez sorgulanmasından itibaren avukata erişim hakkı sağlanmalıdır. Avukata erişim hakkının sağlanmamasına istisnai olarak zorunlu sebeplerin gerekçe gösterilmesi durumunda bile, böylesi bir kısıtlama savunma haklarına zarar vermemelidir. Avukat erişimi sağlanmayan sanığa polis soruşturması sırasında yapılan suçlayıcı ifadelerin sanığın mahkûmiyet kararında kullanılmaları durumunda sanığın savunma haklarına zarar verilmiş sayılır.(...)" diyerek müdafî yardımından yararlanma hakkının kısıtlanması konusundaki çerçeveyi ortaya koymuştur.¹⁰ Mahkeme verdiği birçok kararında *Salduz/Türkiye* kararını referans göstererek Türkiye'deki müdafî yardımı ve 2005 yılı itibariyle değişen yasa ve uygulamaya dikkat çekmekte ancak geçmişte yaşanan ihlallerden dolayı Türkiye'yi tazminata mahkûm etmeye devam etmektedir.¹¹

⁷ Dovydas Vitkauskas, Grigoriy Dikov,, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Çeviri: Serkan Cengiz, Strazburg 2012, s. 102.

⁸ Halil Kalabalık, İnsan Hakları Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 519, 520.

⁹ Türk v. Türkiye kararı, başvuru no: 22744/07, Mahkemenin 05.09.2017 tarihli kararı. (<https://hudoc.echr.coe.int>)

¹⁰ Salduz v. Türkiye kararı, başvuru no: 36391/02, Mahkemenin 27.11.2008 tarihli kararı. (<https://hudoc.echr.coe.int>)

¹¹ Bayram Koç v. Türkiye kararı, başvuru no: 38907/09, Mahkemenin 05.09.2017 ta-

AİHM tarafından müdafî yardımından yararlanma hakkına getirilen kısıtlamalar konusunda, mahkemenin yargı yetkisini tanıyan diğer ülkeler açısından verilen kararlarda da müdafî yardımından yararlanma hakkının mutlak olmadığı ancak kısıtlamaların gerekçelendirilmesi ve adil yargılamaya zarar vermeyecek şekilde uygulanması gerektiği belirtilmiştir. *A.T./Lüksemburg*¹² kararında dosyaya erişim hakkına getirilen sınırlamanın sürecin devamında giderilerek adil yargılamanın zedelenmemesi sebebiyle ihlal olmadığını söylerken başvuran için sorgu öncesinde usulen avukat görevlendirmesi yapılmasının etkin bir avukat yardımı alabildiğini doğrulamaya yetersiz olduğunu belirtmiştir.

Dvorski/Hırvatistan kararında ise mahkeme kişinin bir müdafî yardımından hiç yararlandırılmaması karşısında kendi seçtiği müdafinin yardımından yararlandırılmamasının daha önemsiz bir mesele gibi görülebileceğini ancak kendisi veya ailesi tarafından seçilen müdafî konusunda bilgilendirilmemesi ve bu yolla atanmış müdafinin yardımından yararlanmaya zorlanması, sonuç olarak kendi seçtiği (özel) müdafî ile görüşmesinin yetersiz gerekçeyle kısıtlanmasının adil yargılanma hakkının ihlalini oluşturduğuna karar vermiştir.¹³

Vyerentsov/Ukrayna kararında mahkeme "(...)başvuran İdari Suçlar Kanunu'nda öngörüldüğü üzere yasal temsilci talebinde bulunmuş olmasına rağmen, ilk derece mahkemesi başvuranın bir insan hakları savunucusu olarak yasal geçmişi nedeniyle bu talebi reddetmiştir. Bu gerekçelere dayanarak talebin reddedilmesi hem yasaya aykırı hem de keyfi olmuştur.(...)" değerlendirmesi ile müdafî yardımından yararlanma hakkı konusunda kişinin özelliklerinin belirleyici olamayacağını, şüpheli veya sanığın kişisel yeterlilikleri gerekçe gösterilerek hakkın kısıtlanamayacağını belirtmiştir.¹⁴

rihli kararı. *Abdulgafur v. Türkiye* kararı, başvuru no: 44023/09, Mahkemenin 24.05.2016 tarihli kararı. (<https://hudoc.echr.coe.int>) *Yiğitdoğan v. Türkiye* kararı, başvuru no: 72/174/10, Mahkemenin 03.06.2014 tarihli kararı.

¹² *A.T. v. Lüksemburg* kararı, başvuru no: 30460/13, Mahkemenin 09.04.2015 tarihli kararı. (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-168595>)

¹³ *Dvorski v. Hırvatistan* kararı, başvuru no: 25703/11, Mahkemenin 20.10.2015 tarihli kararı. (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-168423>) *Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, Rifat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 338.*

¹⁴ *Vyerentsov v. Ukrayna* kararı, başvuru no:20372/11, Mahkemenin 11.04.2013 tarihli kararı. ([https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-170222\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\))

AİHM kararlarında kişinin tecrit edilmesi, ailesi ile görüştürülmesi gibi durumlarda müdafî yardımından yararlanma, mahkemenin tabiriyle “*right to legal assistance/avukata erişim hakkı*”nın özüne dokunur bir ihlalin yaşandığını kabul etmektedir. Nitekim *Adamkiewicz/Polonya* kararında altı ay içinde çok sınırlı sayıda ailesi ve avukatı ile görüştürülen, avukatı ile yalnız görüşmesine müsaade edilmeyen onsekiz yaşından küçük başvuranın bu koşullar altında avukata erişiminin esnek ve geniş zamanlı olarak uygulanması gerektiğine vurgu yaparak adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁵

IV. Ceza Muhakemesi Kanunu Genel Düzenlemeler Boyutu

A. Şüphelinin veya Sanığın Müdafî Seçimi İle İlgili Sınırlamalar

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun mad. 150/1 bendi uyarınca isteğe bağlı olarak bir müdafî seçebilme hakkı tanınması yanında bu kanun ile birlikte zorunlu müdafîliğin de kapsamı genişletilmiştir. Kural olarak şüpheli veya sanık müdafî seçiminde veya temsil açısından dilediği sayıda müdafî görevlendirmede serbesttir.

Ancak şüpheli veya sanığın bir müdafî seçimi yapmadığı fakat AİHS mad. 6 gereğince suçlamanın ağırlığına veya kişinin yargılama sürecindeki durumuna göre müdafî yardımının sağlanması gereken bazı haller de mevzuatımızda düzenlenmiştir. CMK mad. 150 gereğince kendisine müdafî seçebilecek durumda olmadığını beyan eden şüpheli veya sanığa istemi halinde müdafî görevlendirmesi yapılır. Burada müdafî görevlendirmesi kişinin isteği ile yapılırken müdafîin belirlenmesi (seçimi) görevlendirme talep edilen baro tarafından baronun kendi kurallarına göre yapılmaktadır. Bu durum da ihtiyari müdafîlik olarak tanımlanmaktadır.¹⁶

Çocuklara, kendisine savunmayacak derecede malullere, sağır ve dilsizlere ise ceza yargılaması sürecinde istemlerine bakılmaksızın müdafî görevlendirmesi yapılır. (CMK mad. 150/2) Bu savunma yardımı, kişinin hem istemine hem de seçimine bakılmaksızın zorunlu müdafîlik olarak kabul edilmektedir.

¹⁵ *Adamkiewicz v. Polonya* kararı, başvuru no: 54729/00, Mahkemenin 02.03.2010 tarihli kararı. ([https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-111145"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{))

¹⁶ Yener Ünver, Hakan Hakeri, s. 227.

Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan yargılamalarda istem aranmaksızın şüpheli veya müdafii için şayet kendisi tarafından bir müdafii görevlendirilmemişse, zorunlu müdafii görevlendirmesi yapılır. (CMK mad. 150/3) Bu müdafii görevinin yargılamanın her aşamasında görevini sürdürmesi gerektiği kabul edilmekte, bunun sonucunda da yokluğunda hüküm verilmesi halinde savunma hakkının kısıtlandığı belirtilmekteydi.¹⁷ 2016 yılı itibariyle ise ilan edilen olağanüstü hal çerçevesinde müdafii mazeretsiz olarak duruşmada bulunmaması durumunda duruşmada hazır bulunacaklar arasındaki zorunlu varlığının aranmayacağı düzenlenmiştir. (KHK-646/mad. 5)

Savunma hakkının etkin kullanımı bakımından özellikle gözlem altına alınması talep edilen, gözaltındaki veya tutuklu bir şüphelinin haklarını kullanabilmesi ve dosyayı incelemesi, dosyadaki tüm evraklara erişimi oldukça önemlidir. (CMK mad. 74/1, 91/7, 101/3) Bu noktada muhakeme yönünden hakkında kişi özgürlüğü kapsamında tedbir uygulanan şüpheli veya sanığın dosyaya erişim sağlaması mümkün olmadığından bir müdafii yardımı muhakkak gereklidir.¹⁸

Müdafii yardımından yararlanılması için mutlaka yargılama sürecinde duruşma olması ya da şüpheli veya sanığın özgürlüğünü kısıtlanmış olması gerekmemektedir. Bir suç isnadı altında yargılanan her kişinin savunma hakkının kutsallığına binaen hukuki durumunda değişiklik yaratacak tüm süreçlerde savunma hakkı bulunduğundan, bu hakkın etkin kullanımı için müdafii yardımının da sağlanması gerekmektedir.¹⁹ Bununla birlikte yargılamanın tamamında değilse de, sadece belirli işlemler sırasında şüpheli veya sanığın bir müdafiiin hukuki yardımından faydalanmasının zorunlu görüldüğü durumlarda da görevlendirme yapılacağı yasal olarak düzenlenmiştir. *Kaçak sanık hakkında duruşma yapılması* (CMK mad. 247/4), *duruşma düzenini bozan sanığın yokluğunda oturumlara devam edilmesi* (CMK mad. 204) hallerinde de, bu işlemler yapılırken şüpheli veya sanığın müdafii yoksa kendisine bir müdafii görevlendirmesi yapılır. Söz konusu hallerde değişiklik olduğunda, şüpheli veya sanığın bir müdafiiin hukuki yar-

¹⁷ Yener Ünver, Hakan Hakeri, s. 230, 240.

¹⁸ Yener Ünver, Hakan Hakeri, s. 225, 229.

¹⁹ Yargıtay 11. CD, 03.05.2007 tarih, 2007/768 E. 2007/3060 K. (www.sinerjimevzuat.com)

dımından faydalanmaya devam edip etmeyeceği, kural olarak kendi seçimine bırakılmıştır.²⁰

B. Müdafî Görevlendirilmesine İlişkin Sınırlamalar

Müdafî seçimi ve görevlendirmesine dair bu ihtiyarilik ve zorunluluk kısıtlamaları dışında kural olarak CMK mad. 149 kapsamında yargılama sürecinde bir veya birden fazla müdafî seçiminin mümkün olduğu, kişinin kanuni temsilcisi tarafından da müdafî seçiminin yapılabileceği belirtilmiş; soruşturma veya kovuşturma aşamalarında avukatın, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukuki yardım sağlamasının engellenemeyeceği, kısıtlanamayacağı kabul edilmiştir. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrasında soruşturma evresinde ifade alma sürecinde en çok üç avukatın görev alabileceği; örgüt faaliyeti kapsamında suç işlendiği iddiasıyla yürütülen kovuşturmalarda ise duruşmalarda en çok üç avukatın hazır bulunabileceği kabul edilmiştir. Bu noktada görevlendirme açısından herhangi bir sayı kısıtlaması bulunmamasına karşın bizzat etkin görev alma konusunda sayı kısıtlamasına gidilmiştir. Terörle Mücadele Kanunu madde 10 ile bu kanun kapsamında yapılan yargılamalarda müdafî sayısındaki kısıtlama, CMK ile uyumsuz olduğundan ve bu konudaki öğreti eleştirileri ve savunmanın kısıtlanmasına dair endişeler dikkate alındığından 2014 yılı itibarıyla işlemlerde hazır bulunabilecek müdafî sayısına dair kısıtlamalarda ayrık durumlar ortadan kaldırılmıştır.²¹

1. Müdafîin Görevini Yerine Getirmemesi Halinde

Müdafîin görevden alınması olarak da adlandırılabilir bu durumda CMK mad. 150 kapsamında ihtiyari veya zorunlu olarak görevlendirilen müdafînin duruşmada hazır bulunmaması veya vakitsiz olarak duruşmada çekilmesi yahut görevini yerine getirmekten kaçınması hallerinde hâkim veya mahkemeye yeni bir müdafî atanması için gerekli işlem yapma yetkisi verilmiştir. (CMK mad. 151/1) Öğretide

²⁰ Hakan Karakehya, Murat Arabacı, Ceza Muhakemesinde Müdafîin Önemi, Hukuki Statüsü ve Müdafîliğe İlişkin Problemler, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Ankara, 2015, S. 22, s. 65.

²¹ Sinan Kocaoğlu, Müdafî, s. 151.

AİHS mad.6/3-c kapsamında sadece görevlendirilen müdafinin değil, şüpheli veya sanık tarafından seçilen müdafinin de benzer hareketlerde bulunması halinde hâkim ya da mahkemenin etkin savunmayı sağlamak adına yeni bir müdafî atanması için gerekli işlemlerde bulunmaya yetkisi olduğu belirtilmektedir.²² Ancak uygulamada bu durumun azil kurumu varken mahkeme eliyle kullanımı taraflar arasındaki nisbi bir ilişkiye keyfi bir müdahale oluşturacağı riskiyle kullanımı uygun görülmemektedir. Kaldı ki seçilmiş bir müdafinin varlığı halinde atanmış bir müdafî görevlendirilemez, atanmış olsa dahi Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik madde 7/1-ç bendi gereğince görev alamaz.²³²⁴

2. Müdafî Görevinden Yasaklanma

Örgütlü suçla mücadele kapsamında zaman içinde ortaya çıktığı gözlemlenen bir ihtiyaçla ilk kez Almanya'da düzenlenen bu durum, bizim hukuk sistemimizde de benzer çerçevede düzenlenmiştir.²⁵ Müdafîin görevinden yasaklanması, ceza yargılamasının esas amacı olan maddi gerçeğe ulaşma yolunda, müdafîin savunmayı temsilden daha farklı bir duruma geçerek, savunma makamının yetkilerini kötüye kullanarak maddi gerçeğe ulaşılmasını engelleyebileceği ihtimaline binaen

²² Osman Doğru, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi(Açıklamalı ve Önemli Kararlar), C.I, Ankara, Şen Matbaası, 2012, s.650. Ahmet Bozdağ, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.211. Durmuş Tezcan, Mustafa

²³ Müdafî veya vekilin görevi; a) Soruşturma evresinde; kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesi, yetkisizlik veya görevsizlik kararı, kamu davası açılması hâlinde ise iddianamenin kabulü kararı verilmesi, b) Kovuşturma evresinde; yargılamanın yapıldığı il veya ilçe dışında yargılamayı gerektirir görevsizlik veya yetkisizlik kararı, esasa ilişkin hükmün kesinleşmesi ya da davanın nakline karar verilmesi, c) Müdafî, vekil veya kendisine müdafî ya da vekil görevlendirilen kişinin ölmesi, ç) Kişinin kendisine bir müdafî veya vekil seçmesi, hâllerinde sona erer. (2) Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince soruşturma ve kovuşturma makamlarının talebi üzerine görevlendirilen müdafî veya vekil azledilemez. (Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî Ve Vekillerin Görevlendirilmeleri İle Yapılacak Ödemelerin Usul Ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik)

²⁴ Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasmine Saygılar Kırt, Özdem Özeydin, Esra Alan Akcan, Efser Erden Tütüncü, s. 249.

²⁵ Sinan Kocaoğlu, Müdafî, s. 164, 165.

getirilmiş geçici bir tedbirdir.²⁶ Türk Ceza Kanunu'nun 220 ve 314 üncü maddesinde sayılan suçlar ile terör suçlarından şüpheli, sanık veya ve hükümlü olanların müdafiliğini üstlenen avukatın seçilmiş veya atanmış olması fark etmeksizin, hakkında bu suçlar nedeniyle soruşturma ya da kovuşturma bulunması halinde müdafilik görevini üstlenmekten yasaklanabileceği kabul edilmiştir. (CMK mad. 151/3) Müdafinin görevinden yasaklanması kararı, yalnızca yasada belirtilen suçlardan dolayı tutuklu bulunan şüpheli veya sanığın müdafiliğini üstlenmek veya sürdürmek konusunda bir yasaklama olarak belirlenmiş; yasaklı müdafinin aynı şüpheli ya da sanığın başka suçlardan dolayı açılan soruşturma veya kovuşturmalarda müdafiliğini üstlenebileceği benimsenmiştir.²⁷ Ancak bu görevden yasaklanma müddetinde hangi sebeple olursa olsun müdafinin, yasaklanma kararının ilgilisi olan tutuklu şüpheli veya sanık ile ceza infaz kurumlarında veya tutukevlerinde görüşemeyeceği kabul edilmiştir. (CMK mad. 151/6) Bu düzenlemenin benimsendiği Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, hâkim kararıyla görevinden yasaklanan müdafinin, aynı sanığın başka davalarda da müdafiliğini üstlenmesi yasaklandığı gibi, belirli bazı suçlardan yargılanan başka sanıkların da müdafiliğini üstlenmesi yasaklanması mümkündür.²⁸ Bu kurumun getiriliş amacıyla örtüşür gibi görünen bu uygulamanın ülkemizde benimsenmesi halinde ise hâlihazırda zaten zedelenmiş olan avukatlık mesleğinin saygınlığı ve savunma hakkının zarar görmemesi için mutlaka özel tedbirler alınmalıdır.

İlk düzenlemeden bu yana 21.07.2016 tarihli 29777 sayılı resmi gazete ile ilan edilen olağanüstü hal sonrasında yayınlanan 676 sayılı OHAL KHK'sı ile yapılan değişiklik sonucunda müdafilik görevinden yasaklamanın kapsamı genişletilmiştir. Yapılan değişiklik öncesinde yalnızca sayılan suçlardan tutuklu bulunan şüpheli veya sanığın müdafiliğini üstlenen ve belirlenen suçlardan hakkında kovuşturma açılmış olan avukatlar için müdafilikten yasaklama mümkün iken yapılan değişiklik ile görevden yasaklanan müdafî hakkında yalnızca belirlenen suçlardan soruşturma veya kovuşturma bulunması yeterli görülmüş; müdafiliğini üstlendiği şüpheli, sanık veya hükümlü için tutuklu

²⁶ Sinan Kocaoğlu, Müdafî, s. 167.

²⁷ Sinan Kocaoğlu, Müdafî s. 165.

²⁸ Ahmet Bozdağ, Hüseyin Şık, Müdafinin Görevinin Sona Ermesi ve Hukuki Sonuçları, *Ankara Barosu Dergisi*, 2014, S. 2, s.61.

olma şartı aranmaksızın yalnızca soruşturma başlatılmış olması yeterli görülmüştür.

Cumhuriyet Savcısının müdafî hakkındaki görevden yasaklanma talebi üzerine, muhakemenin aşamasına göre hâkim veya mahkeme tarafından yasaklama kararının bir yıl süreyle verileceği, bu sürenin altı aylık periyotları aşmamak kaydıyla en fazla iki defa uzatılabileceği düzenlenmiştir. Görevden yasaklama azami iki yıl süreyle uygulanabilir bir tedbir kararıdır ve koşulları bulunmasına rağmen gerekli görülmemesi halinde savcılık tarafından talep edilse dahi hâkim veya mahkeme tarafından yasaklama kararı verilmeyebilir.²⁹ Nitekim itiraz kanun yolunun açık tutulduğu bu kararın, müdafî hakkındaki soruşturmada kovuşturmayaya yer olmadığına dair, kovuşturma sonucunda ise mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi halinde ise kesinleşme beklenmeksizin kararın kendiliğinden kalacağı kabul edilmiştir. (CMK mad. 151/4)

Yasaklama kararı verilmesi halinde derhal müdafîliğini üstlendiği şüpheli, sanık veya hükümlüye ve aynı zamanda yeni müdafî görevlendirilmesi için ilgili baro başkanlığına karar bildirilir. Bu durumda gecikmeksizin alınan karar ve derhal bildirim ile savunma hakkının kısıtlanmamasının hedeflendiği, müdafîi görevinden yasaklanan şüpheli, sanık veya hükümlünün derhal kendine yeni müdafî seçmesi veya ilgili baro başkanlığı tarafından atama yapılmasıyla müdafî yardımından yararlanma hakkının genel çerçevede kullanımının korunması amaçlanmıştır. Ancak burada unutmamak gerekir ki kişinin müdafîinin görevden yasaklanması durumunda adil yargılanma hakkı gereğince ilgili fıkralarda açıkça yasaklama sonrası yeni seçtiği müdafîye tanınacak süre konusunda düzenleme olmasa da CMK mad. 151/1-2 ile benimsenen savunma için gerekli sürenin verilmesine dair kuralların uygulanması gerekir.³⁰

C. Müdafîin Yetkilerine İlişkin Sınırlamalar

Savunma makamını temsil eden müdafîin, diğer ceza muhakemesi sùjeleri ile yargılama önünde eşitliğinin (*silahların eşitliği ilkesi*³¹)

²⁹ Feridun Yenisey, Ayşe Nuhuğlu, s. 211.

³⁰ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, s. 230.

³¹ Nur Centel, Hamide Zafer, s. 221 vd. Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacak-

sağlanması ve etkin savunma yapabilmesi için bazı yetkileri yasa ile tanınmıştır.³² Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Savunma kısmında düzenlenen en bilinen ve bir takım sınırlamalar getirilen yetkiler dosya içeriğini inceleme, delilleri inceleme, dosyadan örnek alma, şüpheli veya sanıkla görüşme, aşamalarda hazır bulunma yetkileridir.

1. Dosya İnceleme Yetkisinin Kısıtlanması

Müdafîin dosya içeriğini ve delilleri incelemeye yetkili olduğu, dosyadan istediği bir evrakın harçsız bir örneğinin alabileceği yasa da açıkça düzenlenmiştir. (CMK mad. 153/1) Delillerin incelenmesi, dosya kapsamından ayrı düşünülmediği için madde başlığında ve genel olarak doktrinde de dosya inceleme yetkisi başlığında bütün halinde değerlendirilmektedir.³³ Ancak hemen ardından bu yetkinin soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebileceği gerekçesiyle yasa da özel olarak belirlenen suçlardan yapılan soruşturmalarda Cumhuriyet Savcısı istemi ve hâkim kararıyla kısıtlanabileceği kabul edilmiştir. Soruşturmanın amacını tehlikeye düşürme, soruşturmanın geciktirilmesi, engellenmesi, olayın aydınlatılmasının zorlaştırılması demektir. Burada somut bir tehlike arayışı olduğu unutulmamalıdır. Kısıtlama kararının dosyadaki yalnızca bu amaca yönelik tehlike oluşturan evraklar dışarıda bırakılarak verilmesi de mümkündür.³⁴

Söz konusu kısıtlamanın mutlak bir kısıtlama olamayacağı, yakalanan kişi veya şüphelinin ifade tutanağı ile bilirkişi raporlarının ve şüphelinin hazır bulunduğu, katıldığı işlemlere dair evraklara kısıtlamanın uygulanamayacağı düzenlenmiştir. (CMK mad. 153/3) Bu kararın soruşturma müddetince Cumhuriyet Savcısı tarafından kaldırılana kadar uygulanacağı, tüm soruşturma boyunca sürdürülmesi halinde ise iddianamenin kabulü ile yargılama kovuşturma aşamasına geçtiği ve artık aleniyet kazandığı için yasağın kendiliğinden ortadan kalkacağı kabul edilmektedir.³⁵

sız, İlker Tepe, s. 52.
³² Sinan Kocaoğlu, s. 175. Ali Pehlivan, Soruşturma Evresinde Müdafî ve Vekilin Evrak İnceleme Yetkisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Pasifik Ofset, İstanbul 2013, s. 1504.
³³ Nur Centel, Hamide Zafer, s. 198.
³⁴ Nur Centel, Hamide Zafer, s. 201, 202. Ali Pehlivan, Soruşturma Evresinde Müdafî ve Vekilin Evrak İnceleme Yetkisi, s. 1524, 1525.
³⁵ Yener Ünver, Hakan Hakeri, s. 236.

Avrupa insan hakları standartlarında dosyaya erişim hakkının mutlak olmadığı kabul edilmekte; hassas bir soruşturma yönetimi için, bir tanığın veya görevlinin kimliğini korumak amacıyla bazı istisnalara başvurulması ihtimal dâhilinde kabul edilmektedir.³⁶ Yerleşik AİHM içtihatlarına göre, tutuklama kararına itiraz sürecinde verilen kararın dayanağını oluşturan bilgi ve evraklar savunma makamının incelemesine sunulmak zorundadır.³⁷ Çünkü kararlarda da sıkça ifade edildiği üzere, savunma makamının denetimine açılmayan dosya içeriği, verilecek bir tutuklama kararına dayanak teşkil edemez. (*Lamy/Belçika Kararı*³⁸, *Schöps/Almanya kararı*³⁹) Bu durumun çekişmeli yargı ve silahların eşitliği prensiplerini zedelemesi yanında savunmanın etkili bir itiraz yapmasını da engellediği belirtilen kararlarda aslında AİHM tarafından dolaylı olarak dosya inceleme yetkisinin kısıtlanması kararının bağlanan sıkı şartlarla uygulanmaması halinde savunmanın kısıtlanmasına yönelik bir karar da olabileceği gözler önüne serilmiştir.⁴⁰

Dosyanın incelenmesi ile dosyadan örnek alınması hususu bütünleşik görülmesine karşın ülkemiz uygulamasında ayrışan çok önemli bir nokta bulunmaktadır. Uygulamada Avukatlık Kanunu ilgili hükümleri ve Yazı İşleri Hizmetleri Yönetmeliği'nin 137. maddesi gereğince dosyadan örnek alınması vekâletname ibrazına bağlı olarak yapılabilmektedir. Oysaki doktrinde çoğunluk görüşünde dosyayı inceleyerek bilgi sahibi olan, yapısı gereği şüpheli veya sanıkla bir vekâlet sözleşmesi bulunmadığından, ilişkinin kurulması veya ispatı için resmi bir vekâletname çıkarılması gerekli olmayan yalnızca şüpheli veya sanığı temsilen orada bulunduğunu serbestçe ifade ederek basitçe ispatlamalarının yeterli görülmesi gerektiği kabul edilmektedir.⁴¹

³⁶ Dovydas Vitkauskas, Grigoriy Dikov, s. 98 vd.

³⁷ Ali Pehlivan, Soruşturma Evresinde Müdafî ve Vekilin Evrak İnceleme Yetkisi, s. 1507.

³⁸ Lamy v. Belçika kararı, başvuru no: 10444/83, Mahkemenin 30.03.1989 tarihli kararı. (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57514>)

³⁹ Schöps v. Almanya kararı, başvuru no: 25116/94, Mahkemenin 13.02.2001 tarihli kararı. (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59210>)

⁴⁰ Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, s. 206.

⁴¹ Nur Centel, Hamide Zafer, s. 202.

2. Müvekkili ile Görüşme Yetkisinin Kısıtlanması

Kural olarak, şüpheli veya sanık ile müdafî vekâletname aranmaksızın, başkalarının duyamayacağı bir ortamda her zaman görüşebilirler. Bu görüşmenin yazılı olması halinde de denetime tabi tutulamayacağı kabul edilmiştir. (CMK mad. 154/1) “*Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukatın, şüpheli veya sanıkla görüşme, (...) hakkı engellenemez, kısıtlanamaz.*” (CMK mad. 149/3) Benzer doğrultuda, cezaların infazına ilişkin yasal düzenlemeye göre tutuklunun hücrede tutulması halinde dahi avukatıyla görüşme hakkı engellenemeyeceği düzenlenmiş; ayrıca tutuklunun tutukevinde müdafî ile görüşmesini ve haberleşmesini güvence altına alınmıştır.⁴² (CGTİHK mad. 44/5, 114/4-5)

20 Temmuz 2016 tarihinde ilan edilen olağanüstü hal sonrasında 23 Temmuz 2016 tarihinde yayınlanan ilk OHAL KHK’sı ile bu konudaki kısıtlanamaz görülen yetkiye ilk sınırlamalar getirilmiştir.⁴³(KHK-667/6/1-d) Bu sınırlamalar oldukça ağır, güvence ve denetimden yoksun, keyfi uygulamalara oldukça açık bir düzenleme ile belirlenmiştir. Düzenlemede belirtilen “(...) ihtimalinin varlığı halinde” ifadesi, ne yazık ki ceza hukukunda uygulanan normların somut

⁴² Ş. Cankat Taşkın, Müdafinin Ve Vekilin Hukuki Yardımı, Sınırları İle Uygulamada Karşılaşılan Sorunların AİHM İçtihatları Işığında Değerlendirilmesi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2007, S. 69, s. 213. Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe,, s. 227.

⁴³ ‘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 tuttukları 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 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 Kanun’un 13 üncü maddesine göre ücret ödenir.’

ve denetlenebilir bir yapıda olması gerekliliğinden oldukça uzaktır. Sayılan ihtimallerin varlığı halinde, yalnızca Cumhuriyet Savcısının kararı ile görüşmelerin kaydedilebileceği, tutuklu ile müdafinin görüşmelerini izlemek amacıyla görüşmelerde bir görevlinin hazır bulundurulabileceği, görüşme esnasında birbirlerine verdikleri belge veya belge örneklerine, dosyalara ve görüşme notlarını içeren kayıtlara el koyulabileceği, görüşmelerin gün ve saatlerinin sınırlandırılabilmesi belirtilmiştir. Tutuklu ile müdafii arasındaki görüşmenin düzenlemede belirtilen sakıncalı amaçlarla yapıldığının belirlenmesi halinde ise görüşmenin derhal sonlandırılarak bu durumun tutanağa bağlanacağı belirtilmiştir. Böyle bir durumda ise görüşmenin amacını tespit edecek makamın kim olduğu ise belirlenmemiştir. Böyle bir tutanak tutulması halinde ise Cumhuriyet savcısının istemi ile sulh ceza hâkimliği kararıyla görüşmenin yasaklanabileceği öngörülmüştür. Bu tedbirler keyfi uygulamalarla savunmanın kısıtlanması ve adil yargılanma hakkının zedelenmesi konusunda çok ciddi ihlaller yaratabilecek şekilde öngörülmüştür.⁴⁴ Ardından bir başka olağanüstü kararın hükmünde kararname ile gözaltındaki şüphelilerin de müdafii ile görüşme hakkının yalnızca Cumhuriyet savcısının kararı ile beş gün süreyle kısıtlanabileceği ancak bu süre zarfında ifadesinin alınmayacağı düzenlenmiştir. (KHK-668/3/1-m) Bu düzenlemedeki kısıtlamanın uygulanması için ise hiçbir şart, durum, ihtimal dahi aranmamıştır. Ancak alınan tedbirlerin yasallaşmadığı müddetçe (olağanüstü hal devam ettiği sürece uygulanabilir) geçici olduğu ve ülkenin içinde bulunduğu olağanüstü koşullar düşünülerek hızlıca hazırlandığı eleştiri anında göz ardı edilmemelidir. Bu sayılan tedbirlerin uygulanmasında ise devam eden olağanüstü halin değişen koşulları mutlaka dikkate alınmalı ve savunma hakkını kısıtlayan, adil yargılanma hakkını ihlal edebilecek şekilde, yalnızca düzenleme bulunmasından hareketle uygulanmamasına özen gösterilmelidir. Nitekim keyfi uygulamanın kamu görevlileri açısından görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı açıktır.⁴⁵

⁴⁴ Yener Ünver, Hakan Hakeri s. 238. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, Rifat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, s. 335 vd. Güney Dinc, AİHS'e göre Adil Yargılanma Hakkı, İzmir Barosu Yayınları, 2006, s. 233 vd.

⁴⁵ Yargıtay 4. CD, 08.10.2012 tarih, 2011/508 E. 2012/19916 K. (www.sinerjimevzuat.com)

Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri dışında yasal düzenlemeye eklenen fıkra ile getirilen kısıtlama ise, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda OHAL ilanı kapsamında belirlenen suçlar ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlendiği iddia olunan uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarından gözaltındaki şüpheli ve müdafî arasındaki görüşmenin Cumhuriyet savcısının istemi ile yirmi dört saat süreyle hâkim kararı alınarak kısıtlanabileceği, ancak bu süre zarfında ifadesinin alınamayacağı düzenlenebilmesine ilişkindir. (CMK mad. 154/2) Söz konusu yasal düzenleme Cumhuriyet savcısının hangi koşulların varlığı halinde bu istemde bulunabileceğini, hangi amaçla kısıtlama talebinde bulunabileceğinin düzenlenmemesi sebebiyle yasanın öngördüğü suçların soruşturmasında keyfi görüşmenin kısıtlanması taleplerine sebep olabileceği gibi; böyle bir düzenleme hâkim denetiminin güvencesini de işlevsiz hale getirmektedir.⁴⁶ Çünkü hâkim tarafından savcılık isteminin değerlendirilmesinin hangi kriterler gözetilerek yapılacağı belirtilmediğinden söz konusu kısıtlama tedbiri denetime elverişsiz şekilde uygulama imkânı bulacaktır.

3. Hazır Bulunma Yetkisinin Kısıtlanması

Bu yetkinin tam olarak anlaşılabilmesi için öncelikle “*hazır bulunma*” tabirinden ne anlaşılması gerektiğinin değerlendirilmesi konumuz için elzemdir. Şöyle ki, öğretilerde tartışmalı olmakla birlikte, kolluğu denetleyici bir unsur olan müdafîin aynı zamanda soruşturma işlemleri süresince ifade almanın veya yapılan diğer soruşturma işlemlerinin düzenini bozmayacak şekilde, ancak sürekli olarak şüpheliye gereken noktalarda hak hatırlatması yapma, hukuki yardım sağlama, soruşturmaya yön verebilme yetkisinden hareketle doğrudan soru sorma gibi yetkilerini de kullanabileceği bir hal olarak kabul edilmelidir.⁴⁷

Müdafîin kovuşturma evresinde sanığın hazır bulunduğu işlemlerde sanık hazır olmasa bile bulunma hakkının olduğu kabul edilmiştir. (CMK mad. 197) Ancak çalışmamızın odağını oluşturan soruşturma evresindeki işlemlerde müdafîin hazır bulunma yetkisinin kabulü tarihsel süreçte hayli zorlu olmuştur. Şöyle ki, 1992 yılında kadar savunmanın iddiadan sonra başlayacağı ve soruşturmanın gizliliği nede-

⁴⁶ Cankat Taşkın, s. 225.

⁴⁷ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, s. 228.

niyle müdafî huzurunda ifade alınması kabul edilmezken bu konuda dünyadaki ilk gelişme ise 1963 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nde yargılandığı ağır bir suç nedeniyle müdafî tayin edilmesini isteyen kişinin talebinin reddi üzerine Amerikan Anayasa Mahkemesi (Supreme Court) tarafından adil yargılanma hakkının garanti edilebilmesi için hukuki yardım alması gerektiği konusunda temel bir kural yerleştirilmesi ile yaşanmıştır.⁴⁸

Zorunlu müdafîlik hallerinde sorguda müdafîin hazır bulunması zorunludur. Bunun dışındaki durumlarda ise şüpheli veya sanığın istemi ile müdafî sorguda hazır bulunur. Ancak kural olarak, şüpheli veya sanığın kanun gereğince, ifade ve sorgudan itibaren değil, suç haberinin alınmasından başlayarak yargılamanın sonuna kadar müdafî yardımından yararlanma hakkı olduğu kabul edildiğinden muhakeme sürecindeki tüm işlemlerde müdafîin hazır bulunma yetkisinin olduğu kabul edilmektedir.⁴⁹

CMK mad. 149/2 düzenlemesi ile soruşturma evresinde ifade alma sürecinde en çok üç avukatın hazır bulunabileceği kuralı benimsenmiştir. Bu durumun mehzaz kanun olan Alman yasalarında da aynı doğrultuda düzenlenmesinin gerekçesi olarak, etkin bir savunmanın yapımı için bu sayının yeterli olması, daha fazla sayıda müdafîin ifade alma işlemiinde hazır bulunması halinde işlemin usulüne uygun yapılmasının denetiminin zorlaşacağı kabul edilmesidir.⁵⁰ Bu sınırlamanın iki şekilde yorumlanabileceği söylenmektedir. Birinci yoruma göre, bu sınırlama yalnız ifade alma için geçerli olup diğer soruşturma işlemlerinde böyle bir müdafî sayı sınırlaması uygulanamaz. İkinci yoruma göre ise, diğer işlemlere de uygulanması gereken bir sınırlamadır. Genel prensipler gereğince sınırlamaların dar yorumlanması gerekmektedir. Bu nedenle öğretilerde de yaygın görüş, birinci yoruma üzerinde toplanmıştır.⁵¹

“Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukatın, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve

⁴⁸ Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, s. 204, 205.

⁴⁹ Yener Ünver, Hakan Hakeri, s. 236. Serhat Kaşıkara, Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye, Ankara, Adalet Yayınları, 2009, s. 210 vd.

⁵⁰ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, s. 405

⁵¹ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, s. 406. Yener Ünver, Hakan Hakeri, s. 198.

hukukî yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz." (CMK mad. 149/3) Müdafîin şüpheli veya sanığın işlemlerinde hazır bulunması hususundaki yasal tek düzenleme de bu değildir. CMK'da birçok maddede bu hususta düzenlemeler yer almaktadır. Keşif sırasında hazır bulunabilmesi (CMK mad. 84/1), yer gösterme sırasında hazır bulunabilmesi (CMK mad. 85/2), aramada hazır bulunabilmesi (CMK mad. 120/3), arama sonrası incelemede hazır bulunabilmesi (CMK mad. 122/2), uzlaştırma müzakerelerinde hazır bulunabilmesi (CMK mad. 253/13) kanuni düzenlenmelerle müdafîinin belirlenen işlemler dışında hazır bulunabileceği veya hazır bulunmasının zorunlu olup olmadığı tartışılan işlemler de bulunmaktadır. Teşhis işleminde müdafîin hazır bulunmaması durumunda savunma hakkının kısıtlandığı savıyla yapılan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazı sonucunda Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından teşhis işlemi için yasal düzenlemede bu yönde bir zorunluluğa işaret edilmemesi, teşhis işleminin şüphelinin pasif katılımı ile yapılan bir soruşturma işlemi olduğu, teşhis sırasında şüphelinin beyanının alınmadığı, teşhiste aktif olan süjenin şüpheli değil, mağdur veya tanık olduğu gerekçeleriyle avukatın hazır bulunmamasının hukuka aykırılık teşkil etmediğine oy çokluğu ile karar vermiştir.⁵² Kararın karşı oy yazısında öğretilerdeki baskın görüşe vurgu yapılarak müdafîin zorunlu olarak hazır bulunması gerektiği aksi halin hukuka aykırılık olarak kabulünün gerektiği söylenirken; teşhis işlemine dair değerlendirmelerde, teşhis işleminin ifade alma düzeyine yakın şekilde şüphelinin aktif katılımı ile gerçekleşen bir işlem olduğu, bazen hükme esas alınan en önemli delil olarak kabul edildiği ve susma hakkının kullanıldığı bir durumda teşhis işleminin yapılamayacak olması gibi örneklemelerle bu işlemdeki detayların denetimi için müdafîinin hazır bulunmasının zorunluluk olduğu gerekçeleriyle söz konusu karar eleştirilmektedir.⁵³ Sonuç olarak teşhis işlemi ve benzeri nitelikteki soruşturma işlemlerinde özel bir düzenleme olmadığı müddetçe müdafîin hazır bulunmasının engellenemeyeceği, fakat müdafîin hazır olmasının da bir zorunluluk olarak kabul edilmediği yorumuna ulaşıldığı açıktır.

⁵² YCGK, 15.04.2008 tarih, 2008/6-71 E. 2008/85 K. (www.sinerjimevzuat.com)

⁵³ Z. Özen İnci, Ceza Muhakemesi Hukukunda Teşhis, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2009, S. 85, s. 128 vd.

Bu noktada son olarak tartışılması gereken husus ise SEGBİS⁵⁴ ile yapılan ifade alma ve sorgu işlemlerinde yaşanan müdafinin hazır olma sorunlarının da müdafinin yardımından yararlanma hakkı noktasında oluşturduğu sıkıntılardan da bahsetmek ve bu sorunları genel kurallar çerçevesinde değerlendirmek gerekmektedir. Özellikle Baro tarafından görevlendirilen zorunlu müdafiler yakalanan şüphelilerin ifadesi ve sorguları için görevlendirilmektedir. Kural olarak görevlendirme barosu, soruşturmanın veya kovuşturmanın yapıldığı yer barosudur. (CMK mad. 156/2) Ancak buna rağmen pratikte farklı uygulamalar gözlenmektedir. Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik madde 13, 16 ve 17 düzenlemeleri gereğince soruşturma mahalli dışında bulunan, yakalanan şüphelilerin ifadelerinin SEGBİS sistemi ile alınabileceği kabul edilmiş, madde 19'da ise bu kişilere yalnızca sesleri ve görüntülerinin kaydedileceği konusunda bilgi verilmesi düzenlenmiştir. Bu noktada kişiye CMK gereğince hak hatırlatması yapılması ve haklarının kullanılmasında hiçbir tereddüt olmaması gerekirken soruşturmalarımızda yer yer farklı uygulamalar görülmektedir. Bir soruşturmada şüphelinin yakalandığı yerde yanında bulunacak bir müdafinin görevlendirilirken bir diğer soruşturmada müdafinin görevlendirmesi kanun gereğince soruşturma mahallinden yapılmakta müdafinin ile şüpheli de sistem yardımıyla görüşebilmekte hatta çoğunlukla görüşmeden ifade alma işleminde müdafinin yalnızca hazır bulunmaktadır. Bu durumun yukarıdaki hazır bulunma açıklamalarına aykırı olması bir yana, bu şekilde yapılan müdafinin görevlendirmesinin de adil yargılanma hakkı kapsamındaki güvence olma unsurunu sağlayamadığı konusunda ciddi endişeler bulunmaktadır. Uygulamadaki kötü örneklerde, müdafinin şüpheli ile hiçbir ön görüşme yapmadan ifade alma veya sorgu işlemine katılmakta, yalnızca varlığı ile zorunlu unsurunu yerine getirme görevi altında ezilmeye çalışılmaktadır. Bu durum savunmanın kısıtlanması anlamına gelen bir uygulamadır. SEGBİS uygulaması konusunda getirilen birçok eleştiriye karşın konumuz özelinden bakıldığında, bu

⁵⁴ Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik (Madde 3/1-c) SEGBİS: UYAP Bilişim Sisteminde ses ve görüntünün aynı anda elektronik ortamda iletildiği, kaydedildiği ve saklandığı Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi

şekilde SEGBİS ile sağlanan hazır bulunma yetkisinin uygulamacılar elinde müdafî yardımından yararlanma hakkını fiilen sınırlandırılmasını oluşturması mümkündür ve bu çok önemli bir tehdittir.

SONUÇ

Bu çalışma ile özellikle soruşturma aşamasına odaklanarak müdafî yardımına erişimin engellendiği, müdafî yardımından yararlanma hakkının sınırlandırıldığı düzenlenmelere veya düzenleme bulunmasa dahi uygulamacılar eliyle sınırlama olarak uygulanan, özellikle OHAL kapsamında getirilen ve olağanüstü halin devamı sürecince uygulanması mümkün olan, değişen duruma dikkate alınmaksızın uygulama halinde büyük ihlaller ortaya çıkarabilecek durumları değerlendirmeye çalıştık. Bu noktada rehberimiz, yapılan düzenlemelerin ceza hukukunun genel prensipleri ile Anayasa'nın 90.maddesine göre doğrudan uygulanabilir olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi oldu. Yapılan düzenlemeler ve benimsenen uygulamalarla sözleşmenin 6. maddesi ile korunan "Adil Yargılanma Hakkı" başlığı altında güvence altına alınan müdafî yardımından yararlanma hakkının ve yine adil yargılanma hakkıyla ilintili olarak etkin savunma yapılabilmesi imkânlarının kısıtlanıp kısıtlanmadığını analiz etmeye çalıştık. Sonuç olarak, örgütlü suçla mücadele için, özellikle avukatlık mesleğinde artan işsizlikle birlikte suç örgütlerinin bilerek veya bilmeden aracısı olan müdafilerin adil yargılamayı zedelemeyen, maddi gerçeğe ulaşma amacını bertaraf etmesini engelleyecek ölçüde tedbirler uygulanarak, müdafî yardımından yararlanma hakkının kısıtlanması ülkemize has uygulama olmadığı gibi Avrupa İnsan Hakları standartlarında da bu hakkın mutlak korumaya sahip olmadığı kabul edilmektedir. Ancak bu noktada sınırlamaların somutlaştırılarak ve denetime elverişli şekilde yapılmasının önemi, ülkemizin adil yargılanma hakkının ihlalleriyle dolu bir cehenneme dönüşmemesi açısından büyüktür.

Müdafilere uygulanan sınırlamaların savunma makamının yargının üç sacayağından biri olması konumuna zarar vermeden, silahların eşitliği ilkesindeki dengeyi bozmadan, geçici ve sıkı şartlar altında uygulanmasının, soyut ve suiistimale açık düzenlemelerin ise yenden ele alınarak eksiklerin giderilmesini temenni ederiz. Devam eden OHAL sürecinde ve sonrasında ihlallerin artması veya ülke aleyhine ihlal kararlarının verilmesi durumunda bu konuda yasal değişikliklere

gidilmesinin muhtemel olduğunu, örgütlü suçla mücadelenin devam edeceğini, yeni çözüm arayışlarının süreceğini hep birlikte gözlemleyeceğiz. Bu çalışmada doktrinde belirlenen ve bizim temas ettiğimiz, konuya katkı vermek adına ilk kez dile getirdiğimiz sorunların bir an önce giderilmesini temenni ederiz.

Kaynakça

- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları için HUDOC Veritabanı European Court of Human Rights (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx>)
- 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 Dergisi*, İstanbul, Pasifik Ofset, s. 1339 - 1371 2013.
- Bozdağ Ahmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Bozdağ Ahmet, Şık Hüseyin, Müdafîin Görevinin Sona Ermesi ve Hukuki Sonuçları, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, s.47-66, 2014.
- Cengiz Serkan, Demirağ Fahrettin, Ergül Teoman, McBride Jeremy, Tezcan Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Şen Matbaa, Ankara, 2008.
- Centel Nur, Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 13. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2016.
- Vitkauskas Dovydas, Dikov Grigoriy, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Çeviri: Serkan Cengiz, Strazburg, 2012. http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitapları/adil_yrglnma_korunmasi.pdf (Erişim Tarihi: 21.11.2017)
- Dinç Güney, AİHS'e göre Adil Yargılanma Hakkı, İzmir Barosu Yayınları, İzmir, 2006.
- Doğru Osman, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (Açıklamalı ve Önemli Kararlar), C.I, Ankara, Şen Matbaası, 2012.
- Gemalmaz Semih, Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Rejimi - Sınırlama ve Güvence İlkeleri, İstanbul Üniversitesi Yeni Anayasa Raporu, Yeni Anayasa Çalıştayı, İstanbul, 2012. <https://burakgemalmaz.files.wordpress.com/2013/12/haklar4b1n-sc4b1nc4b1rlanc4b1rc4b1lmasc4b1-anayasa-teblic49fi-hbg.pdf> (Erişim tarihi: 21.11.2017)
- İnci Z. Özen, Ceza Muhakemesi Hukukunda Teşhis, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, S. 85, s.105-136,2009.
- Kalabalık Halil, İnsan Hakları Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Karakehya Hakan, Arabacı Murat, Ceza Muhakemesinde Müdafîin Önemi, Hukuki Statüsü ve Müdafîliğe İlişkin Problemler, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Ankara, 2015, S. 22, s. 59-89. <http://www.taa.gov.tr/yayin/turkiye-adalet-akademisi-dergisi-sayi-22/> (Erişim Tarihi: 21.11.2017)

- Kaşıkkara Serhat, Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye, Adalet Yayınları, Ankara, 2009.
- Kocaoğlu Sinan, Müdafî, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017
- Kunter Nurullah, Yenisey Feridun, Nuhoglu Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku (Birinci Kitap), Onyedinci Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2009.
- Özbek Veli Özer, Doğan Koray, Bacaksız Pınar, Tepe İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Öztürk Bahri, Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Gezer Sırma Özge, Alan Akcan Esra, Özaydın Özdem, Saygılar Kırıt Yasemin F., Erdem Tütüncü Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Güncellenmiş 10. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016
- Taşkın Ş. Cankat, Müdafinin Ve Vekilin Hukuki Yardımı, Sınırları İle Uygulamada Karşılaşılan Sorunların AİHM İçtihatları Işığında Değerlendirilmesi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, S.69, s.211-240, 2007.
- Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Sancakdar Oğuz, Önok Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Ünver Yener, Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- Yenisey Feridun, Nuhoglu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Yargıtay Kararları için Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı (www.sinerjimevzuat.com)