

MÜDAFİNİN İNSAN HAKLARINI KORUMA GÖREVİ

Av. Rifat ÇULHA*

Anahtar Sözcükler

Müdafî, İnsan Hakları, Ceza Yargılaması

ÖZET

İnsan hak ve özgürlükleri ve bunların korunması ulusal ve uluslar arası kurallarla sağlanmıştır. Kişiler, ceza hukukunun yasaklayıcı kuralları karşısındaki suç adı verilen bir kuşku ile karşı karşıya kaldığı zaman, bunu yenmeye yönelik sav, savunma ve yargı faaliyetinde müdafinin en önemli sâje olduğu ve ceza yargılamasının evrelerindeki rolünün, insan hak ve özgürlüklerini koruma ve kollamaya yönelik önemli bir uğraşı olduğu unutulmamalıdır. Bu koruma görevi ne denli geniş olursa, orda adil, dürüst bir yargılanma var demektir. Ceza Yargılamasında kurallar savunmaya ve onun temsilcisi müdafî'ye daha özgürlükçü bir düzenleme getirmeli ve müdafî'nin görevini yaparken yargılama makamları önünde herhangi bir kısıtlamaya uğramaması sağlanmalıdır.

GİRİŞ

Bu tebliğimizle, Ceza Yargılamasının en önemli ve vazgeçilmez katılımcısı olması gereken müdafî'nin tanımı, ceza yargılamasının çeşitli evrelerindeki görevleri sırasında bireyin insan haklarını koruma ve kollama görevini nasıl, hangi ölçüde yerine getirdiğini, bu konudaki CMUK ve özellikle Anayasa ve Avukatlık Yasası'nın getirdiği son değişiklik kuralları ışığında aşağıdaki sistematik içinde incelemek istiyoruz :

(*) Edirne Barosu Başkanı

I- İnsan Hakları ve Özgürlükler

1.Ceza Yargılaması İnsan Hakları ve Özgürlükler İlişkisi

2-Savunmanın Bu Alandaki Rolü

II- Müdafî Kavramı

1.Müdafî kimdir ?

- (CMUK ve Avukatlık Yasası Kuralları Işığında)

- (İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6/3 b ve c maddelerine göre savunma)

2. Müdafî'nin Ceza yargılamasındaki İşlevi

a) Ön Soruşturmada

b) Son Soruşturmada

III- Türk Hukukunun Bu Konular Yönünden Değerlendirilmesi

1. Sorunlar

2. Çözüm Önerileri

IV- Sonuç

I- İNSAN HAKLARI ve ÖZGÜRLÜKLER

1. Ceza Yargılaması ile İnsan Hakları ve Özgürlükler İlişkisi

İnsanın insan olmak sıfatı ile sahip olduğu, hiçbir iktidarın tanıması ve korumasına bağlı olmayan,yani Devlet ya da iktidar tanımasa da, saygı göstermese de, yine varlıklarını devam ettiren, niteliklerini kaybetmeyen tüm haklar; insanın doğasından kaynaklanan ve Devlete saygı gösterme, karışmama görevleri dışında ,gerçekleşmesi için bir şeyler yapma yükümlülüğünü de getiren hak ve özgürlüklere Evrensel İnsan Hakları denilmektedir. (1)

(1) Batum SÜHEYL,Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye,Kavram yayınları s.17,Ağustos 1996

Gerek tarihsel gelişimi gerekse bölgesel gelişimi göz önünde tutulduğunda günümüzde artık insan hakları kavramının tek bir ülke veya bölgeyle değil evrensel bir nitelik ve kapsam taşıdığı yadsınmaz bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır.

Uzun yıllar sadece ulusal ölçütte kalan insan hakları ve bunların korunması, bugün uluslararası düzlemde evrensel bildirgeler ve sözleşmeler ve ekleri protokollerle sağlanmaktadır. Örneğin Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi ve Eki Protokollerde klasik koruyucu haklar dan yaşam hakkı (2'inci madde) kişi özgürlüğü ve kişi güvenliği (5'inci madde), adil yargılanma hakkı (6'ıncı madde), cezai konularda üst mahkemeye başvurma hakkı (Ek protokol 4), haksız tutuklanmış veya hüküm giymiş kişilerin Devletten giderim talep edebilmesi hakkı (Ek Protokol 7), sözleşme ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklerden yararlananlar arasında ayırimcılık yapma (14'üncü madde), sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmemiş olmadan dolayı özgürlükten yoksun bırakma (Ek protokol 4),Ölüm cezası (Ek protokol 6), aynı suçtan dolayı tekrar yargılanmama (Ek protokol 7) gibi konumuzu ilgilendiren kurallar getirmektedir.

Bu kurallara dikkat edildiğinde gözlenecektir ki getirilen koruma ve yasakların ceza yargılaması hukuku ile açık ilişkileri vardır. O halde ceza yargılaması hukuku kavramı nedir?

İnsanların toplu halde yaşamaları, aralarında bir disiplinin mevcut bulunması ile olanaklıdır. Sosyal topluluk Devlet biçiminde olunca, sosyal disiplini sağlamanın bir tür kamu hizmeti biçiminde örgütlenmesi ve üstün bir otorite aracılığı ile saptanan ve uygulanan bir yaptırımlar düzeninin kurulması da zorunlu olur. Sosyal düzeni bozucu insan fiil ve hareketlerinin saptanması ve bunların yaptırımlarının gösterilmesi olan disiplin araçları uygulanırken, toplumda sosyal düzeni bozan ihlallerin sonucu doğan veya doğacak zararların ağır ve şiddetli olması ve sosyal barış ve dinginliği esaslı biçimde ve devamlı biçimde ihlal edebilmek gelişimini göstermesi halinde zararların olduğunca ortadan kaldırılması için bireylerin yaşam, sağlık özgürlük ve haklarını önemli biçimde ihlal eden, onları belirli yoksunluklara düşüren ve sonuçta azap

ve ıstırap verici nitelikteki yaptırımların uygulanması gerektiğinde sosyal di-siplin kuralı ceza adı verilen yaptırımlarla sağlanmalıdır.

Toplum halinde yaşayan bireylerin hangi eylemlerinin, topluma ve onun düzenine zarar verdiği tehlike yarattığı ve cezalandırılması gerektiği kamu hukuku dallarından Ceza Hukuku ile sağlanmaktadır. Genellikle genel veya özel ceza yasalarında yer alan bu davranışlara Suç adı verilmektedir.

Ceza yargılaması hukuku ise, bir kişinin bir eyleminin suç olduğu kuşkusu üzerine ya-pılan, bu kuşkuyu yenmeye kadar süren sav, savunma ve yargılama faaliyetinden oluşan ortak bir faaliyet-tir ve bu da Ceza Yargılaması kavramını ortaya çıkarır. İşte bu üç faaliyetin hangi kurallara göre yürütüleceği, bu faaliyette görev alanların hangi yetkilerle donandıkları, hangi yükümlülüklerle karşı karşıya kalacakları, ceza yargılaması hukukun buyurucu kuralları ile saptanır ki bunlarda genel olarak CMUK'da düzenlenir. (2)

Ceza Yargılamasının amacı, medeni yargılamanın aksine, maddi gerçeğe ulaşmaktır. Gerçi medeni yargılama hukuku da gerçeği araştırır. Fakat orada gerçeğin özüne değil, dış görünüşü demek olan biçimine bakılır. Biçimsel Gerçek (şekli hakikat) de diyebileceğimiz bu durumu saptamak Medeni Yargılama Hukukunda yargıların kısıtlanmış görevleri arasındadır. Yani bu yargılama biçiminde yargıçlarımız gerçeğin özünü araştıramazlar. Deyim yerinde ise, yargıçların eli kolu, yanların ileri sürdükleri kanıtlarla bağlıdır. (3) Ceza Yargılama-sında ise yargılama makamı maddi gerçeğe ulaşmak zorundadır. Çünkü, kişi suçlu sayılırsa yasada gösterilen yaptırımla cezalandırılacaktır ve bu da kişi özgürlüğünü doğrudan ilgilendiren bir konudur. Sanığa yöneltilecek ve yasada tanımlı yapılan bir suçlama varsa sanık bir kuşku altındadır ve bu kuş-

(2) Yurtcan ERDENER, Ceza Yargılaması Hukuku, Alfa Yayınları, s.2, Ocak 1994, İSTANBUL

(3) KUNTER, YENİSEY, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası, Beta Basım Yayıncılık, s.26, Mart 1998

ku bir biçimde bitirilmelidir. Sanık suçlu ise cezalandırılacak, değilse beraat ettirilecektir. Burada kuşku tam bir kanıyla ortadan kaldırılmalıdır. Suçluluğa yönelik tam bir kanı yoksa sanık kuşkudan sanık yararlanır kuralı gereği beraat ettirilmelidir. "In Dubio Pro Reo" ilkesi yasamızda açıkça tanımlanmamışsa da gerek öğretide gerekse uy-gulamada açıkça kabul edilmiş bir ilkedir. CMUK'da bu konuda açık bir söylem yoktur. Anayasa'mızın 38/4. maddesinde "suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılmaz" denmiş, buna benzer bir kural da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinin 2. fıkrasında "bir suç ile itham edilen her şahıs, suçluluğu kanunen sabit oluncaya kadar, masum sayılır" biçiminde ifade edilmiştir. Burada unutulmamalıdır ki sanığın fiiline değil de, hukuka ilişkin konularda kuşkuya düşüldüğünde, bu ilke uygulanmaz. Sözelimi, mahkeme yargılama sırasında, bir hukuki sorunla karşılaştığında, bu alanda bir sanığın lehine bir de aleyhine çözümün varlığı halinde, durumun kuşkulu olduğunu ve bu nedenle kuşkudan sanığın faydalanacağına ilişkin ilkeyi uygulayarak, sanığın lehine olan sonucu benimseye-ceğini ileri süremez. Mahkeme, yorum kurallarına göre sonuca ulaşır. (4)

İşte, ceza yargılaması, yukarda kapsamını belirttiğimiz gerçeğe ulaşırken konulmuş bulunan ceza yargılaması kurallarından yararlanacaktır. Bu kuralların içeriği ve sınırları demokratik ve hukukun üstünlüğü ilkesinin ödünsüz kabul edildiği sistemlerde başka, demok-ratik olmayan sistemlerde ise başkadır. Ceza yargılamasında birey ve toplumun karşılıklı çıkarları tartışılır. Özgürlükçü bir anlayışta ceza yargılanmasında, bireylerin hak ve özgürlüklerini ödünsüz korumak asılken, özgürlüklerin kısıtlandığı bir sistemde ise bireyler ikincil planda kalırlar. Burada devlet ya da toplum birincil plana çıkar. Bu anlayış da ceza yargılamasının o ülkenin anayasal düzeni ile doğrudan ilişkili olduğunun kanıtıdır. Anayasal düzen içinde ve buna uygun yasal düzenlemelerde suçluyu cezalandırmak isteyen ve sanık adını alan kişinin hak ve özgürlüklerine girmek isteyen devletle, bunların korunmasını isteyen

(4) Erdener YURTCAN, Ceza Yargılaması Hukuku, 5. Bası Alfa Yayınları, s.47, Ocak 1994, İSTANBUL

bireyin çatışmasının dengelenmesi ve burada sınırlamaların, yani hak ve özgürlük sınırlamalarının en az ölçüde olması gerekir. Artık günümüzde ceza yargılaması kurallarında özgürlükçü anlayış yanında "Due process" veya "fair trail" terimleri ile ifade edilen "DÜRÜST YARGILANMA İLKESİ" de öne çıkmıştır.

İnsan Haklarını düzenleyen uluslararası belgeler, yargılamanın dürüst=adil bir biçimde olması gerektiğine ilişkin kurallar getirmiştir:

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi 10. maddesinde, "Herkes, haklarının, vecibelerinin veya kendisine karşı cezai nitelikte herhangi bir isnadın tespitinde, tam bir eşitlikle (resmi metinde eşitlikte yazmaktadır (5)) davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından adil bir şekilde (6) (resmi metinde nasafetle denilmektedir) ve açık olarak görülmesi hakkına sahiptir"

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6/1'de "Her şahıs gerek medeni hak ve vecibeleriyle ilgili nizalar gerek cezai sahada kendisine karşı ileri sürülen bir isnadın esası hakkında karar verecek olan kanuni ve bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde hakkaniyete uygun ve aleni surette dinlenmesini istemek hakkına sahiptir" kurallarını getirmişlerdir.

Anayasa'mızda da 36'ıncı maddenin 1'inci ile buna ilişkin kural getirmiştir. Tüm bu kurallar anlatımlardan toplumsal barışın hukuksal biçimde kurulması özgürlükçü, eşitlikçi ve adil (dürüst bir yargılama hukuku ile olanaklıdır) sonucuna varabiliriz.

2. Savunmanın Bu Alandaki Rolü

Savunma hakkı, herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilemez, vazgeçilemez, herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir haktır. Savunma; sav, savunma, yargı üçgeninin vaz-geçilmez bir

(5) Akılhoğlu TEKİN, İnsan Haklarının Korunması Alanında Uluslar arası Temel belgeler, genişletilmiş üçüncü basım, Bilgi Yayinevi ve SBF İnsan Hakları Merkezi ortak yayını, s.16, Mart 1995 ANKARA

(6) " " " " " "

unsurudur. Savunma, ceza yargılamasında sav / iddia makamınca, sanığın üzerine atılmış kuşkuğun ortadan kaldırılmasına yönelik olarak sanık veya müdafince yapılan ve olmazsa olmaz koşulu içeren faaliyettir. Yargılama makamının ortak faaliyetin sonunda vardığı sonuç (kesinleştiğinde yargı kararı haline gelir) bir tez, antitez ve sentez faaliyetidir. Bu ortak faaliyetin, ceza yargılamasında varılması gereken maddi gerçeğe (7) ulaşabilmesi ancak: bağımsız olması, birey hak ve özgürlüklerini koruması ve kollaması, dürüst yargılanma kurallarının uygulanması ile olanaklıdır. Yargı varılan bir sentez ise , bunu yapacak olan yargılama makamı iki taraflı olan kuşkuyu tek olan gerçeğe çevirmek zorundadır. Eğer bu iki yan yoksa sav ve savunma ortak faaliyeti yoksa, yargıda yoktur. Ceza yargılamasında tarafların kabulünün nedeni budur. Bunun içindir ki yargılamada taraf yoksa yaratılmalıdır. Zira çelişme şeklinde olmayan bir yargılama, yargılama olmadığı gibi verilen hüküm de yargılama hükmü değildir. (8) İşte bireyin hak ve özgürlüklerini doğrudan ilgilendiren böylesine bir ortak faaliyetin vazgeçilmez yanının savunma olduğu kendiliğinden belirlenir. Kaldı ki savunma Devlet açısından da önemlidir. Savunmanın tez - antitez işlevi maddi gerçeğe yönelik yargı kararının doğru olmasını sağlar. Bu da ceza adaletinin yerine getirilmesi demektir. "Adalet Devletin Temeli" olduğuna göre, savunma / müdafaa Devletin temelini koruyor demektir. Devlet işlenen suçtan zarar gördüğü kadar, sanık birey / fail kadar sorumludur da! Devletle beraber sanık da yargılanmaktadır. Savunma bu açıdan da önemlidir. (9) Suçlunun bulunduğu toplumun da o suçta rolü, katkısı vardır. Birey ve toplum rolleri her zaman aynı olmasa eşit olmasa bile birlikte suç işlemişlerdir. Devlete ceza verilememesi onun ceza sorumlusu yan olmasına engel değildir. Bireyin cezası saptanırken Devletin sorumluluğu da göz önünde tutulur. Bu sorumluluk ters orantılıdır: Devletin sorumluluğu çoğaldıkça bireyin cezası azalır. Uygulama-

(7) Bkz. Yukarıda Bölüm I, 1, sh.3.

(8) KUNTER-YENİSEY, Ceza Muhakemesi Hukuku 10.cu bası, Beta Yayıncılık, Sh. 40, 1998 İSTANBUL

(9) " " " " " "

Sh.224, " "

da savcılık iddia - sav makamı toplumun çıkarlarını korurken sanık lehine de hareket edebilir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta şudur: sanık suçsuzsa, toplum da suçsuz ve sorumsuzdur. Zaten sanıkta toplumun üyesi olarak, yani toplumun çıkarına, yararına savunulmaktadır. (10)

Ceza yargılamasında bu denli önemli olan savunma makamını kim temsil edecektir? Bu da bize "Müdafilik" kavramının incelenmesinin gerektiğini ortaya koymaktadır.

II- MÜDAFİ KAVRAMI

1. Müdafî Kimdir ?

Hak arama özgürlüğünün bulunmadığı yerde hak sahipliğinden söz etmek olanak-sızdır. Bir hakkın varlığından söz edebilmek için o hakkın aranabilir olması gerekir. Hak arama özgürlüğünün en büyük güvencesi, Müdafilik Kurumu'dur! Bu nedenledir ki günümüz insan hakları kataloglarında "müdafilik yardımından yararlanma" önemli bir yer tutmaktadır. Böylesine önemli bir kurumun yasal düzenlemedeki öneminin, soruşturma ve yargılama pratiğinde sürebilmesi, müdafinin bu süreçte yer alma biçimine bağlıdır. (11)

Müdafi ceza yargılamasında savunma görevi yapan kişidir. Müdafî, savunmanın bireysel ve toplumsal olarak ikiye ayrılarak düşünüldüğü durumlarda toplumsal savunma görevini yüklenen kişidir. Bireysel müdafaa da sanık ya doğrudan kendisi savunmayı yapar ya da bir temsilci aracılığıyla savunmasını yapar. Burada gerek hukuk tekniği gerekse hukuk dili kullanımı açısından önemli bir noktaya değinmek istiyorum. Türk Hukukunda ancak avukatlar ve dava vekilleri müdafî olarak görev yaparlar bunların dışındaki kişiler müdafî olamazlar. Biz avukatlar ceza davalarında te-

(10) KUNTER-YENİSEY, Ceza Muhakemesi Hukuku 10.cu bası, Beta Yayıncılık Sh..302, 1998 İSTANBUL

(11) Av.Seda AKÇO, Demokratikleşme, İnsan Hakları ve Hukuk Devleti bağlamında Avukatlık Mesleği, İstanbul Barosu Yayınları, 2.Baskı, Sh..269, Ekim 2000, İSTANBUL

melde iki görev üstleniriz. Bunlardan biri sanık müdafiliğidir. Müdafilik vekillikle aynı değildir. Bu nedenle ceza yargılamasında "sanık vekili" sözcüğünün kullanılması yanlıştır. Müdafilik doğaldır ki sanığa hukuki yardımcılıktır, fakat statü gereği sanıktan bağımsızlık anlamı taşır. Ceza davalarında avukatın ikinci görevi "müdahil vekilliğidir" Bu sözcük doğrudur, çünkü müdahil ceza yargılamasında iddia / sav makamı yanında yer alır. Bu nedenle iddiacının müdafii dar anlamda olmaz, vekili olur. (12) Doğru kullanımı sağlamak biz avukatların görevidir.

1136 Sayılı Avukatlık Kanunu'nun 02.05.2001 gün ve 4667 Sayılı Kanunun 1. maddesi ile değişik 1. maddesinin 2. fıkrasında:

"Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder" denmiş ve aynı yasayla değişik ve "Avukatlığın Amacı" başlıklı 2. maddesinde de:

"Avukatlığın amacı, hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır.

Avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübesini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder.

Yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıflar avukatların görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorundadır. kanunlarındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu kurumlar avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunmakla yükümlüdür. Bu belgelerden örnek alınması vekaletname ibrazına bağlıdır. Derdest da-

(12) Erdener YURTCAN, Ceza Avukatının El Kitabı 2. Baskı, Kazanca Yayınları, s.15, 1999, İSTANBUL

valarda müzekkereler duruşma günü beklenmeksizin mahkemenen alınabilir.”

Buyurucu kuralları getirilmiştir.

Yine, aynı yasanın 46'ıncı maddesiyle değişik ve “Baroların Kuruluş ve Nitelikleri” başlıklı 76'ıncı maddesinde de :

“Barolar, avukatlık mesleğini geliştirmek, meslek mensuplarının birbirleri ve iş sahipleri ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak; meslek düzenini, ahlakını, saygınlığını, HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜNÜ, İNSAN HAKLARINI SAVUNMAK ve KORUMAK, avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tüm çalışmalarını yürüten, tüzel kişiliği bulunan, çalışmalarını DEMOKRATİK İLKELERE göre sürdüren kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır.

Barolar, kuruluş amaçları dışında faaliyette bulunamazlar

Protokolde barolar, İl cumhuriyet Başsavcısı'nın yanında yer alır”.

Denilerek avukatlara ve onların örgütlerine İNSAN HAKLARINI SAVUNMAK ve KORUMAK gibi çok özel bir GÖREV yükletilmiştir.

Bu savunmaya özel yasasında geç de olsa verilen önemi gösteren yeni çağdaş bir düzenlemedir.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun gerekçesine göre: müdafii, “hak, gerçek ve toplumsal adalet adına sanığa yardımcı olmakla görevli kimsedir.” Bu yeterli bir tanım değildir. Nitekim Prof. Dr. EREM'in anlatımıyla “müdafii bir ferdi değil, toplumun bir ferdinin işlediği ileri sürülen bir suç vesilesi ile topluma ait bir şeyi, adaleti savunur” diyerek yukarıda savunma makamının görevini anlatırken vardığımız sonucu doğrulamaktadır.

CMUK ise Müdafii hukuki durumuna ilişkin belli bir kural getirmemiştir. CMUK 136/1 “müdafii yardımından faydalanma”dan 138. maddesinde sanığın müdafii tarafından temsilinden söz edilmektedir. Ceza Usul Kanunu gerekçesinde de müdafii yardımcı olarak görüldüğü anlaşılmaktadır.

Kunter’e göre; “Müdafii sanığın temsilcisi ya da yardımcısı değildir. Müdafii müs-takil bir durumu vardır. Sanık ile müdafii arasındaki ilişkinin iki yönü vardır. Birincisi özel hukuk yönüdür ve vekalet aktini ifade eder. İkincisi ise bizzat müdafilik müessesesi ile izah edilmesi gereken Kamu görevidir.” (13)

Müdafii temsilcisi olmadığının göstergelerinden biri, sanığın sahip olmadığı bazı haklara sahip olmasıdır. Örn. Müdafii tanıklara ve bilirkişilere karşılıklı soru sorma yetkisine sahip olmasına karşın sanığın böyle bir yetkisi yoktur. Sanığın hazır bulunma hakkı kuralına getirilen istisnalarda da müdafii hazır bulunma hakkı kısıtlanamaz.

Ancak, gerekli yasal müracaatların yapılabilmesi açısından temsil yetkisine sahip olduğunun da kabul edilmesi gerekir. Kısacası, müdafii sanığa savunma hakkının tesisi için yardıma bulunan ve gene bu hak kapsamındaki adli ve idari müracaatlarda sanığı temsile yetkili olan kimsedir. Örneğin, teminatla salıverme de tebligatı kabul Yargıtay’da mürafaa da terâsil gibi.

Bu iki görevin bir diğerini bertaraf etmeyecek şekilde yerine getirilmesi “avukatın bağımsızlığı” ile mümkündür. Bu ilke avukatı yargılamanın diğer sürelerinden de, toplumundan da eşit uzaklıkta olmasını sağlar. Avukatlık mesleğinde bağımsızlık “insan haklarının korunması ve geliştirilmesinin” garantisidir. Dolayısıyla, avukatın bağımsızlığının korunması, tüm bireylerin yasal, ekonomik, sosyal, kültürel, bireysel ya da politik haklarının korunması demektir. Bu nedenle de sosyal bir görevdir. Savunma hakkının bütününe yönelik müdahaleler gibi avukatın bağımsızlığına yönelik müdahalelerde “savunma diyalektiğini saptırmak veya yetersiz

(13) Kunter NURULLAH, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1964 İSTANBUL

hale getirerek, sonuç vermesine engel olmakla" neticelenir ki bu eylem avukata değil onun savunmaya çalıştığı adalete zarar verir.

Yukarda savunmanın önemini ve işlevini belirtirken bu konuda sadece ulusal değil uluslararası düzenlemeler olduğu söz etmiş-tik. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6/3b, c maddelerinde:

Her Sanık ezcümle:

b) Müdafaasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara malik olmak,

c) Kendi kendini müdafaa etmek veya kendi seçeceği bir müdafii veya eğer bir müdafii tayin için mali imkanlardan mahrum bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkeme tarafından tayin edilecek bir avukatın parasız yardımından istifade etmek haklarına sahiptir denilmektedir.

Sözleşmenin 6/(3) b maddesi kişinin suçlandığı suç hakkında bilgilendirilmesinden sonra savunmasını hazırlamak için belirli süreye ve kolaylıklara sahip olma hakkını vermektedir. Avrupa İnsan hakları Mahkemesi suçun hafifliğine veya ağırlığına göre bu sürenin kısa veya uzun tutulması görüşündedir. Örneğin Hadjiaa-nastassiou/Yunanistan davasında mahkeme gerekçeden yoksun karar bir karar vermiş ve bu karar 5 günlük bir tem-yiz süresi tanınarak sanığa (yakınıcıya) tebliğ edilmiştir. Sanık bu nedenle tem-yiz itirazlarını duruşmadaki bazı bilgiler ışığında yapabilmektedir. AIHM bunu 6/6'b ye aykırılık olarak görmüştür.

Savunmanın temelinde müdafii olduğuna göre sanığın bununla teması doğal hakkıdır. Sanıkla avukatı arasındaki güven ilişkisi ve avukatlık meslek sırrının gereği tutuklu sanık avukatıyla özel ve gizli görüşebilmelidir. Örneğin, Avusturya'da yaşayan Türk yurttaş Elvan CAN, tutukluluk süresinin uzunluğu ve avukatıyla serbestçe görüşmesinin engellendiği gerekçesiyle yaptığı başvuru üzerine AIHM Yakınıcının avukatıyla yetkililerin gözetiminde görüş-türülmesini bir aykırılık olarak görmüş ve olay dostane çözümle çözümlenerek Avusturya Hükümeti CAN'a yaklaşık 155.000 Şilin tazminat ödemiştir.

Buna karşılık ,bir disiplin cezası nedeniyle hücreye konulmuş bir tutklu sanığın bu sürede avukatıyla görüştürülmemesi aykırılık olarak kabul edilmemiştir. Yine, CAMPELL ve FEEL olayında, avukatın mesleki pozisyonunu kötüye kullandığı konusunda ciddi kuşkular uyandıracak olayların ortaya çıkması gibi bazı özel durumlarda özel görüşmenin yasaklanabileceğini kabul eden kararlar da mevcuttur. KAMASINSKI / AVUSTURYA olayında sanığa soruşturma dosyasını inceleme hakkı verilmediğini bu hakkın avukata (müdafiye) ait olduğunu ve avukatın görevini savsaklayarak dosyayı incelememesinin suçunun devlete yüklenemeyeceğini karara bağlamıştır. (14)

Sözleşmenin 6/3 (c) maddesinde, sanık, kendi kendisini savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak ve eğer mali imkanlardan yoksunsa ve adaletin selameti de gerektiriyorsa, mahkemece atanacak bir avukatın ücretsiz yardımından yararlanabilir. Adil Yargılanma hakkının doğal bir sonucu olan bu hak Sözleşmede bir özellik göstermektedir. Mali olanakları bulunmayan sanığa sadece adaletin selameti gerektiriyorsa müdafii atanabilecektir. Sadece bir cürümle kuşku altında bırakılan sanığın müdafii yardımından yararlanma hakkı güvenceye alınmıştır. Bununla birlikte iki koşulun daha bulunması gerekir: Birincisi sanık mali olanaklardan yoksun olacak, ikincisi de adaletin selametinin de müdafii atanmasını gerektirmesidir.

Nitekim AIHM müdafii tutamayacak durumda olan yoksul sanıklara sadece AĞIR SUÇLARDA müdafii atanmasını zorunlu kabul etmiştir.Örneğin GRANGER olayı İSVİÇRE Q olayı bunlara örnek gösterilebilir. (15)

Sözleşme müdafinin sadece atanmasını yeterli görmemektedir. Müdafinin bizzat sanığın yanında yer alması zorunluluğunu ve bundan yararlanma hakkının kanun yolları da dahil olmak üze-

(14) Dr.İur.Şeref ÜNAL,Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi,TBMM Basımevi Müdürlüğü,s.176, 1995,ANKARA

(15) “ “
s.117,178, “

re ceza yargılamasının tüm evrelerini kapsadığı görülmektedir. Buna aykırı davranışlar birer ihlaldir. Örneğin ARTİCO / İTALYA ve İMBRIOSCIA olayları ve Alman-ya'da yaşayan Türk yurttaşı Lüt-fü PEKELLİ olayında açıkça vurgulanmıştır. Olayda Pekelli ilk de-rece mahkemesince hapis cezasına çarptırılmış, Pekelli üst mah-keme olan Federal Yargıtay'a başvurmuş ve müdafii de temyiz di-lekçesini hazırlamıştır. Müdafii, sanığın resmi savunucusu ola-rak atanma istemi Federal Mahkeme'ce reddedilerek temyiz ince-lemesi hem sanık Pekelli'nin hem de müdafinin yokluğunda yapı-larak ceza onaylanmıştır. AİHM, mü-dafiden yararlanma hakkının kanun yollarına başvurulması halinde de güvenceye alındığından söz ederek PEKELLİ'nin bu haktan yoksun bırakılmasının Sözleş-menin 6/3 (c) maddesine aykırı bir davranış olarak karara bağla-mıştır. (16)

Mahkeme, sanığa mahkemede müdafii yanında hazır buluna-rak kendisini savunma olanağı verilmesi konusu üzerinde titizlik-le durmaktadır. İTALYA ile ilgili F.C.B. olayında adres bırakmadan ülkeyi terk eden sanık (yakıncı), duruşmada hazır bulunamamış-tır. Milano Ceza Mahkemesi, başka kaynaklardan adı geçen HOLLANDA'da tutuklu olduğunu öğ-renmiş ve fakat davayı tatil etmeyerek kendisini yokluğunda 24 yıl hapse mahkum etmiştir. Temyiz istemi de reddedilmiştir. AİHM'si sanığın duruşmada hazır bulunarak kendisini savunmak hakkından açık ve anlaşılır bir şe-kilde vazgeçmedikçe, yokluğunda yargılama yapılarak hüküm ve-rilmesini sözleşmenin 6/3 (b) maddesine aykırı bulmuştur. (17)

Sanığın müdafiden yararlanma hakkı mutlaktır ama, iç hukuk bu hakkın nasıl kullanılacağını sınırlarını çizerek özellikle avu-katların mahkemelerde mesleklerini nasıl yü-rüteceklerine ilişkin kurallar koyabilir. Bazı durumlarda da kısıtlamalar koyabilir. Örneğin, sanığın savunmasının 3 avukatla sınırlandırılması, sanığın mensup olduğu suç örgütlerini destekledikleri yolunda kuvvetli kuşkular bulunan bazı avukatların duruşmaya kabul edilmemesi

(16) Dr.İur.Şeref ÜNAL,Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi,TBMM Basımevi, s.179, 1995 ANKARA

(17) Benzer kararlar için Bkz, dipnot 16 da sözü edilen eser s.180

gibi bazı uygulamalar, sözleşmeye uygun bulunmuştur. STANFORD / İNGİLTERE olayında, tehlikeli bir suçlu olan sanığın duruşmada önü cam olan bir kabinde tutulduğu için duruşmayı izleyemediği, tanıkları duyamadığı ve avukatıyla görüşemediği yolundaki yakınmalarını AIHM ciddi bulmamıştır. (18)

Bizde de buna benzer ve fakat tüm iletişimin gerek görsel gerek işitsel olarak sunulduğu ve sağlandığı bir yargılama örneği Abdullah ÖCALAN'ın İmralı'daki yargılanmasında görülmüştür.

Bizde uzun yıllar mevzuatımızda açıkça yasaklanmamış olmasına rağmen gözaltına alınan sanıkların tutuklanmadan önce ve sorgusu sırasında müdafiiyle görüşmesine engel olunması içerde ve dışarıda yakınmalara neden olmuş ve insan hakkı ihlali olarak görülmüştür. İşkence savlarını da arttıran bu uygulamaya engel olunması amacıyla CMUK'un 144'üncü maddesinde yapılan değişiklikle "yakalanan veya tutuklu bulunan kişi vekaletname aranmaksızın müdafii ile her zaman görüşebilir" kuralı getirilmiş, 136'ıncı madde ile bir veya birden çok müdafinin yardımından yararlanma hakkı ve 138'inci madde ile de müdafii (avukat)tutabilecek mali olanaklardan yoksun olanlara béroca bir avukat (müdafii) atanması olanağı getirilmiştir. Bunu daha sonraki bölümlerde geniş olarak inceleyeceğiz. Yukarıda belirttiğimiz AIHM kararlarına gerek Savunma Hakları'na gerekse **Adil Yargılanmanın En Önemli Koşulu** "Silahların Eşitliği" kavramına uygulanan şu örnek kararları da ekleyebiliriz :

Engel ve Diğerleri / HOLLANDA; Albert le COMPTE / FRANSA; Geouffre de la PARADELLE / FRANSA; Neumeister / AVUSTURYA 27.06.1968; Dombo BEHEER / HOLLANDA 27.10.1993 ; Delcourt / BELÇİKA 17.01.1970 kararları. (19)

(18) Dr.İur Şeref ÜNAL,Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi,TBMM Basımevi, s.181, 1995 ANKARA

(19) Süheyl BATUM,AİHM ve Türkiye,Kavram Yayınları , s.25, Ağustos 1996 ,İSTANBUL

2.Müdafinin Ceza Yargılamasındaki İşlevi

A- Önsoruşturmada

Ceza yargılamasının birinci aşamasıdır. Suçun işlenmesi ve bu haberin (koğuşturma organının suçu kendisinin öğrenmesi / suç duyurusu yani ihbarı / şikayet ya da şahsi dava) yetkili organa ulaşması ile başlar. Olayın suç denilen sosyal disiplini bozan eylem olup olmadığı şüphesi (kuşkusu) ve bu olayın kim/lerin tarafından gerçekleştirildiği araştırılmaya başlanır.

CMUK'de 1985 yılında yapılan değişiklikle İLK SORUŞTURMA TÜRK HUKUK uygulamasından kalkmış ve HAZIRLIK SORUŞTURMASI haline gelmiştir. Ön soruşturma veya bugünkü hukuksal düzenlemeye göre Hazırlıklı Soruşturma Savcılık Makamının (yani iddia makamının) yönetiminde ve fakat diğer güçlerin de katılımı ile yürür. CMUK 154'e göre her olayın kendisine duyurulması zorunlu olan savcılık, eylemi ortaya çıkartmaya çalışırken sanık aleyhine kanıt toplarken; lehine de kanıt toplamak zorundadır.

HAZIRLIK SORUŞTURMASI Yazıhlık / Gizlilik / Dağınık ve Biçime Bağlı olmak-sızın yürütülür. Yasada 1992'de 3842 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle, Gizlilik olayı yu-muşatılmış ve maddi gerçeğin bulunmasında savunmanın rolü ve katkısının sağlanması yoluna / istisnai durumlar dışında / gidilmiştir.

Gerek kollukta, gerek C. Savcılığında ifade almada gerekse yargıç huzurunda sorguda bir müdafinin hazır bulunması kabul edilmiştir.

Dar ölçünün daha da genişleyebildiği haller de mevcuttur. KEŞİF VE MUAYENE İŞLEMLERİN de CMUK 162/1 maddede belirtildiği üzere savcı, mağdur ve sanık ile müdafî hazır bulunmalıdır. Diğer yandan Tanık ve bilirkişi DİNLENMELERİNDE de 162/2'ye göre sanık ve müdafî hazır bulunmalıdır.

Yani burada ölçüt son soruşturmada / duruşmada hazır bulunabilenler; burada da buluna-bilirler. Soru sorma hakları CMUK 233

gereği vardır. (20) Müdafî hazır bulunmamış olsa da gizlilik onun için yürümez, ifade ve sorgu tutanaklarını inceleyebilir, istediği evrakın bir suretini harçsız olarak alma hakkına sahiptir. Bu sanığın delil karartma tehlikesi için savunma hakkını kısıtlayan bizce yanlış bir yasağın adil yargılanma hakkını önleyen bir düzenlemedir.

CMUK müdafî incelemesi hazırlık soruşturmasının amacını tehlikeye düşürebilecek ise, C. Savcısının istemi Sulh Yargıcının kararı ile kısıtlama getirilebilir. 1992'de 3842 ile getirilen kuralla 143.maddeye göre sorgu tutanakları / bilirkişi raporları / veya yakalanan sanığın, hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında bu kısıtlama UYGU-LANAMAZ! (21)

Burada Avukatlık Yasası'nın 4467 Sayılı Yasa ile değişik 46'ncı maddesiyle CMUK 143 arasında bir çelişki doğmuştur. CMUK 143'de "harçsız suret verilir" denmiş ve fakat Avukatlık Yasası 46'ncı maddede ise "onanması istenilmeyen evraklar harca tabi değildir" denmiştir. Onamayı avukat da yapabileceğine göre harç konusu gereksiz bir hal almıştır. Ön soruşturmada müdafinin en önemli görevlerinden birisi de 3842 Sayılı Yasa ile CMUK'a eklenen 135 / a maddesinde ifadesini bulan Yasak Sorgu Yöntemleri'nin var olup olmadığı-nı kontrol etmek ve buna hiçbir şekilde izin vermemesidir. 135 / a'daki yasak sorgu yöntemleri, "İfade verenin ve sanığın özgür iradesine dayanmalıdır" ilkesini ortadan kaldıran davranışlardır. "Özgür iradeyi engelliyici nitelikte :

- Kötü davranma,
- İşkence,
- Zorla ilaç verme
- Yorma,

(20) KUNTER- YENİSEY, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10.cü baskı, Beta Yayıncılık, s. 719, 1998 İSTANBUL

(21) " " " " " " s.720 ,

- Aldatma,
- Bedensel cebir ve şiddette bulunma,
- Bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedeni ve ruhi müdahaleler yapılamaz.
- Kanuna aykırı bir menfaat vaat edilemez” denilmiş ve buna göre yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler, rıza olsa dahi kanıt olarak değerlendirilemez. Bu bir insan hakları korumasıdır.

Burada DGM’ler bakımından 3842 Sayılı Yasa’nın 31’inci maddesi istisna getirmiş ve değişiklikten önceki 132 ve 135’inci maddelerin uygulanacağını söylemiştir. Özen gösterilmesi gereken husus 135 / a’nın bu madde kapsamında kalmadığıdır. Yani yasak sorgu yöntemleri ile elde edilen kanıtlar hiçbir şekilde geçerli olmayacaktır.

Burada üzerinde durulması gereken önemli bir nokta da işkenceyi önleme çabalarıdır. “İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi” ve “İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”nin onaylanması önemli bir gelişme olarak gözükmüş ve son olarak da Anayasa da yapılan değişiklikle 38. maddenin 7. fıkrası “Kanuna aykırı olarak elde edilen delilin geçersiz” olduğunu açıkça Anayasa kuralı haline getirerek meseleye kökten çözüm getirmiştir.

CMUK 138’inci maddede yakalanan kişi veya sanık müdafii seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse talebi halinde baro tarafından kendisine bir müdafii tayin edilir. Yakalanan kişi veya sanık 18 yaşının bitirmemiş yahut sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olur ve bir müdafide bulunmazsa talebi aranmaksızın kendisine müdafii tayin edilir.

Burada barolarımız CMUK servislerini kurarak bu görevi yerine getirmeye çalışmak-tadırlar. Ancak burada kanımızca bu yardımın herkese yönelik olması tartışmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin yukarda incelediğimiz 6 / 3 (b), (c) maddelerini göz önünde tutarak ekonomik açıdan durumları iyi olan kişilerin bu

haktan yararlanmalarının önüne geçilmesi gerekmektedir. Her ne kadar CMUK görevlisi avukatların raporlarında para tahsilinin geri gelip gelemeyeceği konusunda kanaatlerini bildirmekte iseler de gerçekte bu geri alım sağlanamamaktadır.

B- Son Soruşturmada

Ceza yargılamasının ikinci ve sonucu aşamasına son soruşturma denir. Amacı, son soruşturmanın açılmasına yer olup olmadığını araştırmak ve yer varsa onu hazırlamak olan ön soruşturmadan sonraki bu aşamada, ceza uyumsuzluğu çözülür ve sanığın suçluluğu ya da suçsuzluğu konusunda son karar (hüküm) verilir.

Son soruşturma iki bölümden oluşur. Duruşma Hazırlığı ve Duruşma Bölümleri'dir. Duruşma bölümü de kendi içinde iki devreye ayrılır. Bunlar duruşmanın yargılama devresi ve son karar (hüküm) devresidir. (22)

Bu evrede sanık tutukluysa, ona duruşma günü bildirileceği gibi müdafî de ister sanık tarafından seçilmiş, ister mahkemece atanmış olsun duruşmaya çağrılacaktır. (CMUK 221. madde)

Tanıklar ve bilirkişilerin dinlenilmeleri kural olarak duruşmada yapılır. Ancak duruşmada hazır bulunamayacakları anlaşılırsa bu evrede de yapılabilir. CMUK 216 / Son madde buna olanak vermiştir. Tanık ve bilirkişi dinleme işlemi için belirlenen gün, savcı, sanık ve müdafîe haber verilecektir. Bu kişilerin dinleme sırasında mutlaka hazır bulunmaları da gerekmemekte, tutulan tutanağın, savcıya ve müdafîe daha sonra gösterilebileceği CMUK 217'inci maddenin son fıkrasında belirtilmiştir.

Duruşma son soruşturmanın ikinci dönemi olup ceza yargılaması faaliyetinin temelini ve amacını oluşturur. Çünkü yapılacak yargılama sonunda maddi gerçek bulunacak, sanığın üzerine atılı kuşku suçluluğuna veya suçsuzluğuna yönelik bir yargı ile son bulacaktır.

(22) Erdener YURTCAN, Ceza Yargılaması Hukuku, 5. Bası, Alfa Yayınları, s.391, 1994 İSTANBUL

Müdafaanın önemi ve toplumsal müdafaa makamının kabulü, mahkemece atanmış olsun olmasın, müdafinin katılımı ile duruşma yapılmasını gerektirir. Müdafî her hangi bir özürle hazır bulunamayacaksa, duruşmaya başlanmamalı, başlanmış ise ara verilmelidir.

CMUK, burada iki farklı durumu düzenlemiştir:

- Mahkemece atanmış müdafî hazır bulunmazsa, derhal yenisi atanır. Bu takdirde yasa ara verilebileceğini söylemekte ise de (CMUK madde141/1), başlamamış duruşmada ara verme söz konusu olamayacağından, bunu "duruşma başlamışsa duruşma başlaması için yeniden gün tayin edilir, ikinci oturumda olduğu gibi, duruşma başlamışsa, ara verilir ve sonraki oturumun gün ve saati belirlenir" anlamak gerekir. Yeni atanan müdafî de savunmasını hazırlamak için sürenin yeterli olmadığını ileri sürerse aynı şekilde hareket edilmelidir. Müdafîin kusuru ile duruşmaya ara verilmesi (ve duruşmanın yapılmasının başka güne bırakılması) halinde, bundan doğan masraflar müdafie yüklenir, ayrıca disiplin cezası verilir. (CMUK madde 141/2) Yasa disiplin cezasını belirlediğinden bu yaptırım Baro Disiplin Kurulu'na yapılabilecektir. Burada uygulamada gördüğümüz çok enteresan bir olayı sizlere aktarmak istiyorum. Edirne'nin İpsala İcra Ceza Mahkemesi sayın yargıçlığı, yaptıkları taahhüdü ihlal ve mal beyanında bulunmak suçundan yargılamalarda sanıkların istemleri üzerine Baromuzdan bir müdafinin atanmasını istemiştir. Edirne önceki Baro yönetimi bu isteme hiçbir yanıt vermemiş ve bu konuda bir müdafî atanmasına gerek olmadığı kanısıyla yazılan çeşitli müzekkerekerele ve tekit'lere yanıt vermemiştir. Bunun üzerine sayın mahkeme suç duyurusunda bulunmuş ve Baro önceki başkanımız Adalet Bakanlığı'nın verdiği izin üzerine görevi savsaklamadan Edirne Birinci Ağır Ceza Mahkemesi'nce yargılanarak mahkum edilmiş ve cezası ertelenmiştir. İcra Ceza Mahkemesi'ndeki bu yargılamada atanmış müdafiden yararlanmak hakkının ne denli hakkaniyete ve yasaya uygun olduğu konusu tartışılmalıdır (!)

- Sanığın seçmiş bulunduğu müdafinin özrünün bulunması, yasaya göre duruşmaya ara verilmesini isteme hakkını sanığa ver-

mez. (CMUK Madde 221/2) Bu konuda karar mahkemeye aittir. Müdafii aracılığıyla yapılan savunmanın önemi ve yararı göz önünde tutularak ve İHAS 6.3 (c)'ye aykırı düşmemek için mahkeme yine duruşmaya başlamamışsa başlatmamalı, başlamışsa ara vermelidir. Müdafii kusurlu ise disiplin yaptırımı ve masraflarla ilgili yukarda sözünü ettiğimiz kurallar burada da uygulanmalıdır. (23)

Geniş anlamda duruşma savunmanın ve sanığın son sözü ile biter. İlk önce iddia makamındakiler daha sonra da savunma makamı görüşlerini sunacaklardır. Yasa, müdafie otomatik olarak söz vermekten söz etmemiştir. Müdafinin söz istemesi gerekmektedir. Nitekim yasa, sanık adına müdafinin savunmada bulunabileceğini belirtmekte, fakat yine savunmaya eklenecek başka bir şey olup olmadığının mutlaka sanığa sorulacağını da belirtmektedir. (CMUK madde 251/3) Müdafinin toplum adına savunma yaptığı göz önünde tutulursa, savunma yapmak için söz istemesi koşulunun aranmasının yersiz olduğu anlaşılır. (24)

Görüş için iddia ve savunmaya süre verilmemesi esastır. Bu yargılamanın sürati açısından gereklidir. Ancak aşağıdaki hallerin varlığında ek iddia ve dolayısıyla da ek savunma hakkı verilmiştir:

- Suçun iddianamedeki veya son soruşturmanın açılması kararındaki hukuki niteliği değişirse

- Yasada belirtilen cezanın arttırılmasını gerektiren hallerin ilk defa duruşma sırasında ileri sürülmesi halinde (tekerrür hali için)

- CMUK 258/4. maddede belirtilen durumda meydana gelen diğer değişiklikler de iddia ve savunma makamının gereği gibi hazırlanması için duruşmanın ertelenmesini gerektirebilir. Ancak bunu takdir edecek olan mahkemedir, ya istek üzerine ya da kendisi doğrudan erteleme kararını verebilecektir.

(23) KUNTER-YENİSEY, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Beta Yayınları, Sh.913.1998 İSTANBUL

(24) " " 2 " " Sh. 935,

- 258/1'deki hukuki nitelikteki değişme sanık lehine de olsa ek savunma süresi müdafiiye verilmelidir.

Yukarıdaki anlatımlar ışığında özetlemek gerekirse müdafii yetkileri ve ödevleri aşağıdaki gibidir:

(1.) Sanığı temsil yetkisi

a) Dosyası İnceleme Yetkisi: (CMUK 143, 354'üncü maddeler ve Av.Yasası 46'ıncı madde)

b) İşlemlerin Bildirilmesini İsteme Hakkı:

c) Hazır Bulunma Yetkisi (CMUK 227'inci)

d) Yakalanan ve Tutuklananla Görüşme ve Hukuki Yardımda Bulunma (CMUK 136/Son, 144. maddeler) Av. Kanununda 4667 ile yapılan değişlikle 50/2'de "...ayrıca her cezaevinde kolluk biriminde mesleğin onuruna ve önemine uygun bir görüşme yeri ayrılır. Bu yerlerin bakım ve onarımı ilgisine göre Adalet ve İçişleri Bakanlığı'nca yaptırılır" kuralı da getirilmiştir.

e) Tanık ve Bilirkişilere Soru Sorma Yetkisi (CMUK 232'nci madde)

f) Kanun Yolu Davası Açma Yetkisi (CMUK 290'ıncı madde)

d) Ücret İsteme Yetkisi (Av.Yasası 163'üncü madde)

(2.) Görevi Özgürlük İçinde Yapma Yetkisi :

Müdafii bu görevini yaparken özgür davranabilmelidir. Hiçbir makam veya güç müdafiiye savunma görevini yaparken öneride bulunamayacakları gibi yol da gösteremezler. Burada daha önemli bir husus, müdafii görevde kaldığı sürece sanığın emri altında da değildir. Bağlı olduğu tek şey, insan hakları, savunmanın bağımsızlığını korumak yolundaki davranışlarıdır. Gerek CMUK da gerekse Av. Yasası'nda bunu sağlayacak kurallar getirilmiştir. Örneğin, CMUK 378 inci maddede üçüncü kişilerden gelecek baskılardan müdafiiyi korumak için Başkan bu kişileri duruşmadan çıkarma yetkisine sahiptir. Avukatların görev suçlarında genel kural-

lardan ayrılınması(Av.K. 58'inci madde) bu baskıların önlenmesini amaçlar.

Müdafii görevini yaparken savunma dokunulmazlığından yararlanır. Bir davayla ilgili olarak yargı organlarına verdiği dilekçe- de ya da savunmasında kullandığı sözlerde hakaretamiz sözler bulunan müdafinin bu eylemi hakaret suçunu oluşturmaz, bundan ötürü müdafii cezalandırılmaz. (TCK 486'ncı madde) Ancak bu sınır aşıldığında adi bir suç teşkil etmesi uygulamanın aksine, öğre- tide pek kabul görmemiştir. Bir disiplin suçu olmalı ve medeni yar- gılamadaki gibi bu belgenin kabul edilmemesi ve değiştirilmesinin istenmesi yolu uygulanmalıdır. (HUMK.78/2'nci madde) Zaten sı- nırı aşma niteliğinde olmayan yani sav ve savunma sınırı içine hiç girmemiş olan eylemler ve sözler doğaldır ki bu dokunulmazlıktan yararlanamayacaklardır. (25)

III- TÜRK HUKUKUNUN BU KONULAR YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Sorunlar

Müdafilik kavramının temelinde "Bağımsız Savunma" yatmak- tadır. Bu nedenle, sa-vunmaya verilen hakların bazı yasalarla ay- rıcılık göstermesi, kısıtlanması, hukuk devleti an-layışına, insan hak ve eşitliği ilkesine aykırıdır. Örneğin, CMUK'da getirilen iyi- leştirilmelerin DGM'lik suçlarda uygulanmaması (örneğin 3842 sayılı yasanın 31'inci maddesi ifade alma ve sorguya çekme işlemleri yönünden değişikliklerin DGM'lerde yapılacak yargılanmalar- da uygulanamayacağını, eski CMUK 132 ve 135'inci maddelerin uygulanacağını belirtmesi gibi) bağımsız savunma ve müdafilik kavramını zedelemektedir. Terörle Mücadele Yasası'nın 16'ncı maddesi kaldırılmadığı sürece adil yargılanma hakkından söz et- mek olanaksızdır.

Bağımsız bir savunma, bağımsız bir yargıyı gerektirir. 1982 Anayasası bu açıdan yargıyı maalesef tam anlamıyla bağımsız kıl-

(25) KUNTER-YENİSEY,Ceza Muhakemesi Hukuku,10.Baskı,Beta Yayınla- rı,s.225, 1998 İSTANBUL

mamaktadır. Evet, yargıçlarımız önlerindeki dosyalarda karar aşamasında tez - antitez - sentez aşamasında kanıtları değerlendirerek maddi gerçeği bulurken, vicdani kanılarıyla baş başadır ve bağımsızdırlar ama, bu yeterli midir? Artık herkesin ezberlediği, herkesin söylediği Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun oluşturulmasındaki yanlışlıklar hala durmaktadır. Kurulda görev yapacakların atanması bile Cumhurbaşkanı'nca yapılmaktadır. Yürütme erki, yargı erkine göre daha baskın bir durumda gibi gözük-mektedir. Kurul kararlarına yargı yolu kapalıdır. Bu bir açıkça hak arama özgür-lüğünün kısıtlanması, daha doğrusu ortadan kaldırıl-masıdır.

Savunmanın sorunları devam etmektedir. Anayasa'daki yeri nerededir? Bu sorun çözülmemiştir. Yeni Avukatlık Yasası'nda barolarla çok önemli bir görev verilmiştir, insan haklarını korumak ve kollamak görevi verilmiştir. Bu kağıt üzerinde kalacak bir tümce midir? Makul süreyi aşan yargılamalarda müdafii ne yapacaktır? Çapraz sorgulama yoktur. DGM'lerde müdafilik görevi kısıtlan-mıştır. Bunlar önemli sorunlardır.

2. Çözüm Önerileri

Hukuk devletinin gereği olan bağımsız yargı ve bağımsız savunmayı sağlarsak insan haklarına saygılı ve koruyan bir devlet oluruz.

Bağımsız yargının vazgeçilmez ögesi savunma (müdafilik) özgür değilse, adalet sisteminin yansız ve adil uygulanması, insan hakları ve temel özgürlüklerinin etkin korunması olanaksızlaşır.

Herkesin sahip olduğu insan hakları ve temel özgürlüklerin, medeni ve siyasi haklar gibi ekonomik, sosyal ve kültürel hakların yeterli bir şekilde korunabilmesi, tüm bireylerin özgür bir hukuk mesleğinin sağladığı hukuk hizmetlerine, etkin biçimde ulaşabilmesine bağlıdır.

Müdafilere bireylerin haklarını savunma görevini tam olarak, etkili biçimde gerçekleştirmesini sağlamak amacıyla, hiçbir organın kısıtlama, nüfuz, baskı, tehdit veya uygunsuz müdahalesi olma-

dan, yerleşik mesleki standartlarla birlikte, müvekkillerine yol gösterebilmeli ve onları temsil edebilmelidirler.

Sanıkla müdafii arasındaki haberleşmenin gizliliğini sınırlandırmak gerektiğinde, savunmanın haklarına ve savcılar ve müdafiler arasındaki kuvvetlerin eşitliği - silahların eşitliği ilkesine uyumak gerekir.

Müdafinin bağımsızlığının güvencelerinden sayılan "sanıkla veya takip edilen dava ile özdeşleştirilmeme" ilkesi ödünsüz uygulanmalıdır.

Yasaların açık kurallarına rağmen halâ üçlü protokol uygulanmaktadır. Bununla ilgili bağlayıcı Anayasal kural da getirilmesine rağmen, Avukatlık Kanunu'nda açık hüküm bulunmasına rağmen, hukuka aykırı bu uygulama halen devam etmektedir. Güvenlik başka şeydir, insan hak ve özgürlüğü ile onuru ile oynamak başka şeydir.

Yargılama yöntemindeki doğruların, savunmayı güçlendireceği kuşkusuzdur. Bunun içinde "Altın Üçgen" olarak anılan ilkeye uyulmasında yarar vardır. Sadece yasa değiştirmek veya yeni yasa yapmak bir reform değildir. Altın üçgenin bir köşesinde "Kurallar Bütünü (mevzuat)", ikinci köşesinde "Nitelikli Personel (İnsan Unsuru)" ve üçüncü köşesinde de "Kaynak, Malzeme, Araç ve Gereç" vardır. İnsan unsuruna, kaynak, malzeme araç ve gereç ihtiyacına gereken önemi vermezseniz, yasaların uygulanma olanağı da ortadan kalkar. Adalet Bakanlığı bütçesinin genel bütçedeki oranına bakılarak bunun pek de olanaklı olduğunu sanmıyoruz.

Çapraz sorgu, savunma hakkı ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından son derecede önemlidir. Bizde, CMUK'da kullanılmayan çapraz sorgu benzeri bir düzenleme 232'nci maddede vardır. İddia ve savunmanın; tanıklara ve bilirkişilere doğrudan soru sorma hakkını nasıl kullanacaklarını gösterir. Bu yöntemin çalışmamasının nedeni, zor çalışan bir yöntem olmasıdır. İddia makamı savcılık ile müdafinin UYUŞMASI gerekmektedir. Burada savcı ve müdafii birlikte istemde bulunarak, tanıkların ve bilirkişilerin dinlenmeleri ve soru sorma hakkını mahkeme başkanının

kendilerine vermesidir. Herkes kendi tanığını önce dinlemek hakkına sahiptir. Ama uygulanamamaktadır. Bu düzeltilmelidir. Savunma makamı müdafii, soru soran, maddi gerçeği araştıran, ceza yargılamasına doğrudan katılabilen hukuksal bir konuma gelmelidir.

İHAS madde 6/1'de sözü edilen her şahıs... MAKUL BİR SÜRE İÇİNDE yargılanma hakkına sahiptir" ilkesi hukuksal yaşama geçirilmelidir. Anayasamızın 141 / Son maddesinde de "yargılamada süratin sağlanmasının bir görev olduğu" belirtilmiştir. Ancak bu bakımdan uygulamada bu sağlanamamakta ve insan hakları ihlalleri ile karşı karşıya kalmaktayız. Bu açıdan yargılamada hızhlık esası (her ne kadar CMUK'da bu varsa da alt yapı noksanı yüzünden uygulanamamaktadır) ödünsüz biçimde sağlanmalıdır.

Zorunlu müdafilik esasının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında belirtildiği ölçütlerde ödünsüz bir şekilde kabul edilmesi gerekmektedir.

IV- SONUÇ

Sonuç olarak Anayasa'da yer alan hukuk devleti ile temel hak ve özgürlüklerin temelinde yatan ve bir ceza yargılaması işlemi yapılırken, işlemin yapılması ile beklenen yarar ve verilmesi olası zarar arasında kabul edilebilir bir oranın bulunduğu, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir ceza yargılaması sisteminin Türk Hukuk Dünyası'na getirilmesi her şeyden önemlisi ise bunları ödünsüz uygulayacak insan unsurunun da bilinçlendirilmesi ve eğitilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- AKÇO Seda, Demokratikleşme, İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Bağlamında Avukatlık Mesleği, İstanbul Barosu Yayınları, 2. Basım, Ekim 2000, İstanbul
- AKILLIOĞLU Tekin, İnsan Haklarının Korunması Alanında Uluslar arası Temel Belgeler, Bilgi Yayınevi ve.SBF İnsan Hakları Merkezi ortak yayını, 3. Basım, Mart 1995, Ankara
- BATUM Süheyl, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, Kavram Yayınları, Ağustos 1996, İstanbul
- GIFFARD Camille (Çev. Orhan Kemal Cengiz), İşkencenin Rapor Edilmesi, Essex Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi Yayını, Mart 2001, İzmir
- GÖLCÜKLÜ Feyyaz, GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, 1994, Ankara
- KUNTER Nurullah – YENİSEY Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, 10. Bası, Mart 1998, İstanbul
- ÖZTÜRK Bahri, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu Yayını, Ekim 2000, İzmir
- ÜNAL Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, TBMM Basımevi, 1995, Ankara
- YÜRTCAN Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Alfa Yayınları, 5. Bası, Ocak 1994, İstanbul