

CEZA MUHALEMESİNDE MÜDAFİİN ÖNEMİ, HUKUKİ STATÜSÜ VE MÜDAFİLİĞE İLİŞKİN PROBLEMLER

The Importance and Legal Status of the Defence Counsel under Criminal Procedural Law and Practical Problems

Doç. Dr. Hakan KARAKEHYA* – Ar. Gör. Murat ARABACI*

ÖZET

Ceza muhakemesinde şüpheli veya sanığın savunmasını yapan avukata müdafî denilmektedir. Müdafî, ceza muhakemesinde, özellikle yerleşik bir organizasyona sahip soruşturma organları karşısında şüpheli veya sanığın menfaatleri korumak bakımından önemli bir fonksiyon yerine getirmektedir. Bu bağlamda onun şüpheli veya sanığa yapacağı söz konusu yardım, çoğu kez muhakemede çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliği ilkelerinin tam anlamıyla gerçekleşebilmesi bakımından da büyük önem arz eder. Türk ceza adaleti sisteminde kural olarak müdafiden faydalanma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak kanun koyucu şüpheli veya sanığın, bir müdafîin hukuki yardımı olmaksızın savunmasını etkin şekilde yapamayacağını kanunen kabul ettiği hallerde müdafiden faydalanma zorunluluğu da bulunmaktadır. Zorunlu müdafîlik halleri denilen bu tür durumlarda müdafîin katılımı olmaksızın yargılama yapılması hukuka kesin aykırılık hali oluşturur.

Müdafîin hukuki statüsü konusunda temelde üç teori bulunmaktadır. Bunlar adli organ teorisi, taraf menfaati temsili teorisi ve sınırlandırılmış adli organ teorisidir. Teorileri ayrıntılı olarak incelediğimizde, müdafîin, şüpheli veya sanık aleyhine hareket edemeyen sınırlı bir adli organ olduğu sonucuna ulaşmaktayız.

Müdafîlikle ilgili temel problemler kolluktan kaynaklı olanlar, hakim ve savcılardan kaynaklı olanlar, avukatların kendilerinden kaynaklı olanlar, hukuki düzenlemelerden kaynaklı olanlar şeklinde basitçe sıralandırılabilir. Bunlardan her birine ilişkin sorunlar çalışma içerisinde incelenmiş, elden geldiğince bunlara ilişkin çözüm önerileri sunulmuştur.

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, hkarakehya@anadolu.edu.tr

** Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, murat_arabaci@anadolu.edu.tr

Anahtar Kelimeler: Müdafî, Müdafînin hukuki statüsü, Müdafînin önemi, Ceza muhakemesinde savunma

ABSTRACT

The lawyer who makes defend of suspected or accused under criminal procedural law is called as defence counsel. The defence counsel carries out an important function in terms of protecting the advantages of the suspected or accused ones against inquirment organizations, which are especially settled. Within this context the defence counsel's help for the suspected or accused ones has an importance for proper realization of contradict trail and equality of arms. According to the Turkish Criminal Law benefit from the defend counsel is not a must as a rule but if the legislator accepts the circumstances in which suspected or accused ones can not make an effective defend without the help of the defend counsel, benefit from the defend counsel is a must. In such situations which is called as compulsory advocacy, trial without the attendance of the defend counsel is contrary to law.

About the legal status of the defend counsel, there are three basic theories. These are legal organ theory, representation of party advantage and limited legal organ theory. When we analyse the theories, we reach the result that the defend counsel is a limited legal organ which can not act against the suspected or accused.

The basic problems about the defend counselling can be sorted simply within these titles ; the problems originating from police, the problems originating from judge and prosecutor , the problems originating from lawyers, the problems originating from legal arrangements. All of the problems about these were analysed within a study and as far as possible solution suggestions were presented.

Key Words: Defence Counsel, Legal Status of Defence Counsel, Importance of Defence Counsel, Defence in Criminal Procedure Law



GİRİŞ

Ceza muhakemesindeki en temel problemlerden birisi, uyuşmazlık konusu olayın ne şekilde gerçekleştiğinin tespit edilmesidir. Nitekim ancak bu sayede cezai uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak ve hukuku tesis etmek mümkün olabilecektir. Bu bağlamda uyuşmazlık konusu olayın ne şekilde gerçekleştiğini, daha yalın ifade ile maddi gerçeği bulmak, ceza muhakemesinin temel amaç-

larından biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Tarihte ilk yargılama faaliyetlerinin gerçekleştirilmeye başlanmasından bu yana, uyuşmazlık konusu olayın ne şekilde gerçekleştiğini tespitiye yönelik birçok farklı yöntem kullanılmıştır. Ancak günümüz modern ceza muhakemesi tarihten gelen medeniyetin birikimini ve tecrübeleri de göz önünde bulundurarak, bunun en iyi yönteminin muhakemeyi eşit olarak silahlanmış (yetkilendirilmiş) taraflar arasında çelişmeli bir şekilde gerçekleştirmek olduğunu kabul etmiştir.¹ Dolayısıyla maddi gerçeğin sağlıklı şekilde bulunabilmesi, iyi yapılandırılmış bir iddianın karşısında iyi yapılandırılmış bir savunmanın bulunmasını gerektirir. İşte müdafii kamusal bir organ olarak² savunma faaliyetine katılarak etkin bir savunmayı teminat altına almakta ve maddi gerçeğin en doğru haliyle ortaya çıkmasına hizmet etmektedir.

Ceza muhakemesi bakımından böylesine önemli bir görevi yerine getiren müdafii ceza muhakemesindeki konumunu ve faaliyet alanını tespit ederek, müdafilik kurumuna ilişkin var olan problemleri ve çözüm yollarını tartışmanın literatüre katkı sağlayacağı kanaatiyle bu çalışmayı yapmaya karar verdik. Bu bağlamda çalışmada, müdafii kavramı açıklanarak müdafilik türleri tespit edilecek, müdafii ile savunmanın önemi açıklanacak, teoriler ışığında müdafii hukuki statüsü belirlenecek, son olarak müdafiliğe ilişkin olarak sistemimizde görülen problemler ve çözüm yolları değerlendirilecektir. Doktrindeki farklı görüşlerden faydalanmak suretiyle kendi görüşlerimizi neden-sonuç ilişkisi içerisinde ortaya koymak ise temel çalışma yöntemimizi oluşturacaktır.

¹ Çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliği *ilkelerinin* temelleri, antik dönemde gerçekleştirilen düello muhakemesine dayanmaktadır. Bu itibarla antik dönem common-law sistemindeki düello usulüyle günümüzdeki muhakeme usulü benzerlikler göstermektedir. Hatta ahlaki olarak aydınlanmış günümüz ceza muhakemesinin neticede düellonun yerini aldığı söylenebilir. Bugünkü ceza adaleti sistemi de (özellikle anglo-amerikan hukuk sistemlerinde), gerçeğin, muhakemenin tarafları arasındaki kıyasıya mücadeleden daha doğru bir şekilde ortaya çıkacağı varsayımına dayanmaktadır. Bu mücadelenin eşit koşullarda gerçekleştirilebilmesi için de, muhakemenin tarafları kural olarak, eşit yetki ve imkanlarla donatılmaktadırlar. Nitekim tarafların eşit silah ve zırhlara sahip olması düellonun da en önemli özelliklerinden biriydi. Jay Sterling SILVER, "Equality of Arms and the Adversarial Process: A New Constitutional Right", *Wisconsin Law Review.*, 1990, s.1007 vd.

² Müdafii kamusal bir görev yaptığı konusunda bkz. Yener ÜNVER-Hakan HAKERİ, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s.232

I. MÜDAFİ KAVRAMI VE MÜDAFİLİK TÜRLERİ

Müdafî terimi, müdafa etmekten, yani savunmaktan gelmektedir. Dolayısıyla ceza muhakemesinde savunma yapan avukata müdafî denir. Muhakemeye katılan her müdafî avukat olmakla birlikte, muhakemede faaliyet gösteren her avukat müdafî değildir. Nitekim katılan vekili, muhakemeye katılan bir avukat olmakla birlikte, savunma değil; bilakis iddia faaliyeti yürüttüğünden dolayı müdafî olarak nitelendirilemez. Bu bağlamda daha geniş bir tanımla ifade etmek gerekirse; ceza muhakemesinde, sanığı fiili ve hukuki açıdan koruyan, ilgili hukuk normlarında öngörülen niteliklere sahip kişi müdafîdir.³ Müdafî, muhakeme sırasında, sanık bakımından ortaya çıkabilecek negatif etkileri mümkün olduğunca ortadan kaldırmaya çalışır ve sanığa tanınan hakların kullanılmasına hizmet eder.⁴

Ceza muhakemesi sistemimizde kural olarak şüpheli veya sanığın bir müdafîin hukuki yardımından faydalanma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak kanunkoyucunun bir müdafîin hukuki yardımı olmaksızın etkili bir savunma yapılamayacağını kabul ettiği haller (zorunlu müdafîlik halleri) bu genel kuralın istisnasını oluşturmaktadır.⁵ Bu bağlamda kural olarak şüpheli veya sanık kendisi müdafîini seçer. Aynı zamanda asgari ücret tarifesinin altında olmak kaydıyla, aralarında serbestçe belirledikleri müdafîlik ücretini de müdafîe şüpheli veya sanık öder. Bu tür durumlarda “seçilmiş müdafîlik” söz konusu olur (CMK m. 150/1). Buna karşın bazen şüpheli veya sanık bir müdafîin hukuki yardımından faydalanmak istemesine rağmen ekonomik olarak müdafî seçebilecek durumda olmayabilir. Bu durumda şüpheli veya sanığa hukuki

³ Nur CENTEL-Hamide ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s.165; Müdafîliğin tarihsel gelişimi hakkında bkz. Nur Başar CENTEL, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1984, s.21 vd., Sinan KOCAOĞLU, **Müdafî**, Seçkin Yayınları, Ankara 2012, s.55.

⁴ Klaus MALEK, **Verteidigung in der Hauptverhandlung**, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 1997, s.18; Savunma, sanığı, suçlamadan ve bunun yasal sonuçlarından olabildiğince kurtarma çabasıdır. Bu çalışmanın amacı maddi gerçeği ortaya çıkartmaktır. Nitekim söz ve mantık oyunları veya bir takım gerçekleri saptırarak ve çarpıtarak sanığı kurtarma çabası, savunma değildir. Böyle olmadığı içindir ki, kültür düzeyi düşük bazı çevrelerde savunma için kullanılan *kanun cambazlığı* veya *tezvir* (yalan karıştırma, hile kullanma) gibi nitelermeler haksız birer aşağılamadır. **CENTEL**, Müdafî, s.7

⁵ ÜNVER-HAKERİ, s.233

yardımda bulunmak üzere baro tarafından bir müdafii atanır (CMK m. 150/1). Bu şekilde baro tarafından görevlendirilen müdafie atanmış (görevlendirilmiş) müdafii, bu kuruma da “*atanmış (görevlendirilmiş) müdafilik*” denilir. Atanmış müdafinin ücreti ise her yıl belirlenen tarife üzerinden devletçe ödenir.⁶

Kural olarak şüpheli veya sanık bir müdafinin yardımından faydalanıp faydalanmamak konusunda serbesttir. Ancak bazı hallerde şüpheli veya sanığın bir müdafinin yardımından faydalanması kanun koyucu tarafından zorunlu görülmüş olabilir. İşte bu hallerde zorunlu müdafilik söz konusu olur. Zorunlu müdafilik kavramı, şüpheli veya *sanığın iradesinin bir önemi olmaksızın*, kendisinin bir müdafii yardımından faydandırılmasını ifade etmektedir.⁷ Bu tür durumlarda kanun koyucu, şüpheli veya sanığın bir müdafinin yardımı olmaksızın etkin şekilde savunma yapmasının mümkün olmayacağını önceden kabul etmiştir. Nitekim ceza muhakemesi, kamusal menfaatin söz konusu olduğu ve bu itibarla etkin bir savunmanın garanti altına alınmasının zorunlu olduğu bir yargılama hukuku dalıdır.⁸

Zorunlu müdafilik ile atanmış müdafilik birbirinden farklı kavramlardır. Zorunlu müdafilik sanık veya şüphelinin muhakkak bir müdafii yardımından fay-

⁶ CENTEL-ZAFER, s.178

⁷ Zorunlu müdafinin öngörüldüğü hallerde de, bazen ücreti devlet tarafından ödense bile, sanığın kendisine herhangi bir müdafinin tayinini reddettiği görülmektedir. Örneğin Eski Yugoslavya için kurulmuş olan Uluslararası Ceza Mahkemesi’ndeki yargılamasında Miloseviç, sanığın kendi kendini savunma hakkını vurgulamak suretiyle kendisine zorla bir müdafii tayin edilmesini reddetmiştir. Kai AMBOS, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Yargılama Hakları-Silahların Eşitliği, Çelişmeli Önsoruşturma ve AİHS m.6-”, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Çev. Yener Ünver, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s.37;

Müdafisiz müdafaa, insan haklarından olmakla beraber, bu hak sanığa zorunlu müdafini toptan reddetmek ve “ben hiçbir müdafii istemiyorum, kendimi müdafaa edeceğim” demek hakkını vermez. AİHS’de sözleşmeden faydalanmak seçimlik gibi gösterilmişse de (m.6/3/c), maksat, müdafisiz müdafaaı ön plana almak ve müdafili müdafaaı ikinci plana atmak değil, müdafisiz müdafaaı kabul eden devletlerin müdafii kabul etmesini sağlamaktır. Kaldı ki sanığın “ben kendimi müdafaa edeceğim” demesi üzerine zorunlu müdafii sisteminden vazgeçmek, müdafaa alanında atılmış adımı geri almak olur. Nurullah KUNTER-Feridun YENİSEY-Ayşe NUHOĞLU, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2006, s.224, dipnot 46

⁸ Klaus VOLK, **Grundkurs StPO**, C.H. Beck Verlag, München 2005, s.105; Zorunlu müdafiliğin söz konusu olduğu hallerde, sanık istemese de kendisine bir müdafii atanmaktadır. Nitekim bu durumda adaletin selameti bağlamında ortaya çıkan kamusal menfaat sanığa ait bireysel menfaatten ağır basmaktadır. Hans-Meyer LADEWİG, “Adil Yargılanma Hakkı-II,” in: **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, (Çev. Hakan Hakeri), Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s.96

dalanmasının gerekliliğini ifade ederken; atanmış müdafilik, müdafinin ücreti devlet tarafından ödenmek üzere, Baro aracılığıyla sanığa atanmasını ifade eder.⁹ Dolayısıyla zorunlu müdafiliğin söz konusu olduğu hallerde sanık, baronun görevlendireceği müdafie ihtiyacı olmaksızın kendi müdafisini seçebileceği gibi; ihtiyari müdafiliğin söz konusu olduğu hallerde de, bir müdafinin hukuki yardımından faydalanmak istemesine rağmen maddi gücünün yerinde olmadığını beyan eden sanığa devlet tarafından bir müdafie atanabilir.

Bu bağlamda sanığın bir müdafinin hukuki yardımından faydalanmasının zorunlu olmadığı hallerde kendi seçmiş olduğu müdafie, *seçilmiş ihtiyari müdafie*; yine sanığın bir müdafiden faydalanmasının zorunlu olmadığı hallerde, mali gücü yetersiz sanığa devlet tarafından baro aracılığıyla atanan müdafie ise *atanmış ihtiyari müdafie* denir. Buna karşın sanığın bir müdafinin hukuki yardımından faydalanmasının zorunlu olduğu hallerde kendisinin seçmiş olduğu müdafie, *seçilmiş zorunlu müdafie*; yine sanığın bir müdafinin hukuki yardımından faydalanmasının zorunlu olduğu hallerde kendisine devlet tarafından baro aracılığıyla atanan müdafie ise *atanmış zorunlu müdafie* denir.

Zorunlu müdafilik hallerinin genel çerçevesi CMK'nın 150. maddesinde hükme bağlanmıştır. Buna göre; şüpheli veya sanık on sekiz yaşını doldurmuş ya da sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olur ve bir müdafii de bulunmazsa istemi aranmaksızın bir müdafie görevlendirilir (CMK m.150/2). Alt sınırı *beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada* da şüpheli veya sanığın müdafii bulunmazsa, istemi aranmaksızın kendisine bir müdafie tayin edilir (m.150/3).¹⁰ Bu hallerde muhakemenin tamamında sanığın bir müdafinin hukuki yardımından faydalanması zorunludur.¹¹

⁹ CENTEL-ZAFER, s.178

¹⁰ 5560 sayılı kanunla değiştirilmeden önce bu hüküm, üst sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlar yönünden zorunlu müdafiliği kabul etmekteydi. Bu dönemde söz konusu düzenlemeyle birlikte, hukukumuzda zorunlu müdafiliğin istisna olmaktan çıkıp kural haline geldiği ileri sürülmekteydi. Bu konuda bkz. Bahri ÖZTÜRK-Mustafa Ruhan ERDEM, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s.315

¹¹ Bunun yanında iyimser bir azınlık görüşü olarak doktrinde, cezanın ağırlığına bakılmaksızın herhangi bir hapis cezasının söz konusu olduğu her cezai uyumsuzlukta şüpheli veya sanığa bir müdafie atanması gerektiği savunulmaktadır. KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU, s.224; Ayrıca sanığın hapis cezasına çarptırılması söz konusu olmasa bile örneğin mesleği şoförlük olan

Bununla birlikte muhakemenin tamamında olmamakla birlikte, sadece belirli işlemler sırasında şüpheli veya sanığın bir müdafii hukuki yardımından faydalanmasının zorunlu olduğu haller de vardır. Bu bağlamda şüpheli veya sanık hakkında tutuklama talep edilmesi (CMK m.101/3), şüpheli veya sanığın kusur yeteneğinin araştırılması için gözlem altına alınmasına karar verilecek olması (CMK m.74/2), *kaçak sanık hakkında duruşma yapılması* (CMK m.247/4), *duruşma disiplinini bozan sanığın yokluğunda oturumlara devam edilmesi* (CMK m.204) hallerinde de, bu işlemler yapılırken şüpheli veya sanığın müdafii yoksa kendisine muhakkak bir müdafii görevlendirilir. Söz konusu işlemler tamamlandıktan sonra, şüpheli veya sanığın bir müdafii hukuki yardımından faydalanmaya devam edip etmeyeceği, kural olarak yine kendi iradesine bağlıdır.

Eğer sanığa müdafii atanmamış, onu bizzat kendisi seçmişse, müdafii ile sanık arasında, konusu bir hizmetin yerine getirilmesine dayanan özel hukuk sözleşmesiyle hukuki bir bağ kurulur. Bu hukuki bağa ve sanık tarafından sözleşme gereğince yapılan ödemeye rağmen, müdafii sanıktan bağımsızdır.¹² Eğer müdafii ücreti devlet tarafından ödeniyorsa, yani atanmış müdafilik söz konusuysa; bu durumda devletle müdafii arasında üçüncü kişi (şüpheli veya sanık) lehine bir hizmetin ifasına dayanan özel hukuk sözleşmesi kurulmuş olur.¹³ Bu durumda da yine müdafii hem sözleşmenin karşı tarafı olan devlet-

sanığın sürücü belgesine ya da ülkede bulunan yabancıнын pasaportuna el konulması ihtimali varsa bu durumda da bireyler bakımından söz konusu olan müeyyidenin oldukça ağır olduğu aşikardır. **VOLK**, s.106; Ancak genelde davanın ağırlığı belirlenirken, bu tür hususların dikkate alınmadığı ve beklenen hapis cezası üzerinden bir ağırlık tespitinde bulunulduğu görülmektedir.

¹² Werner BEULKE, **Strafprozessrecht**, C.F. Müller, Heidelberg 2005, s. 92 vd.

¹³ Bu özel hukuk ilişkisine rağmen müdafii hukuki konumunu belirlemek bakımından son derece yerinde bulduğumuz şu açıklamayı da paylaşmayı uygun görüyoruz: “Müdafii her zaman sanığın temsilcisi, hatta yardımcısı da değildir. Bağımsız bir durumu vardır. Müdafilik ayrı yetkileri ve ayrı ödevleri olan bir makamdır. Sanık ile müdafii arasındaki ilişkinin iki yönü vardır. Birincisi bu ikisi arasındaki özel hukuk bakımından ilişkidir. Ferdi müdafaa göz önünde tutulursa vekalet, toplumsal müdafaa göz önünde tutulursa hizmet söz konusudur. Gerçekten kamusal müdafaa yapan müdafii müdafaaı serbestçe düzenlemeli, talimat ile bağlanmamalıdır. Bu ilişkinin bir de kamu hukukundan olan ceza muhakemesi hukuku bakımından bir yönü vardır ki, burada, müdafii ceza muhakemesinde müdafaa görevini ifa ederken sanığın iradesi ile bağlı olup olmadığı, yetki ve ödevlerinin neler olacağı meseleleri söz konusudur. Bu ilişki kanaatimizce, özel hukuk kurumları ile açıklanamaz. Ceza muhakemesinde müdafii yerine vekil denilmesi sadece terim hatası olarak kalmamakta, mesela

ten hem de menfaatine hizmet ettiği şüpheli veya sanıktan bağımsız olarak görevini ifa eder.¹⁴

II. MÜDAFİ İLE SAVUNMANIN ÖNEMİ

Genellikle sanık mahkemelerde uygulanan hukuktan haberdar olmadığı için gerektiği şekilde kendisini savunamaz.¹⁵ Ayrıca sanık, iyi bir hukuk bilgisine sahip olsa, özgüveni ve hitabet yeteneği çok üst düzeyde bulursa bile, kendisi hakkında gerçekleştirilecek bir ceza muhakemesinde, muhakemenin merkezinde olan süje olarak, yine kendisini gerektiği şekilde savunamayacaktır. Nitekim sanık, hem anti-sosyal bir davranışta bulunmakla itham edilmenin manevi ağırlığını taşımakta hem de muhakeme sonunda cezai yaptırımlara muhatap olma tehdiidiyle yüzleşmektedir.

Özetle sanık suç isnadının muhatabı olarak, birçok davada psikolojik baskı altındadır.¹⁶ Bu bağlamda çok zorlu ceza davalarında defalarca müdafilik yapmış bir kimsenin bile, kendisinin sanık olduğu ağır cezai uyuşmazlıklarda, muhakkak bir müdafinin yardımından faydalanması gerekir. Bu tür durumlarda muhakemenin adil bir şekilde gerçekleşebilmesi, ancak sanığın bir müdafinin yardımından faydalanması suretiyle mümkün olabilecektir. Bir Alman atasözünde de belirtildiği üzere *“kendi kendini savunanın, birisi avukat diğeri müvekkil olmak üzere iki soytarısı vardır.”*¹⁷

CMK'nın 160/2. maddesine göre, Cumhuriyet savcısı, sanığın aleyhine olan hususların yanında lehine olan hususları da araştırmakla görevlidir. Bu itibarla ilk bakışta müdafinin yokluğu, sanık açısından çok büyük bir kayıp gibi görün-

tebligat bakımından hatalı sonuçlar doğurmaktadır.” KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU, s.221

¹⁴ CMK'nın genel yapısı da bu şekilde olmakla birlikte, 261. maddede kanun yoluna başvuru bilmek bakımından sanığın rızasına aykırı hareket edemeyeceği kabul edilmiştir. Dolayısıyla bu halde müdafii sanıktan bağımsız değildir. Nitekim onun lehine olarak ondan bağımsız kanun yoluna başvuramayacaktır.

¹⁵ Ceza muhakemesinde kitaplardaki hukuktan farklı bir işleyişin olduğu ve bu işleyişi bilmeyen sanığın hukuk bilgisi olsa bile savunmada yetersiz kalacağı da ileri sürülmektedir. Bkz. **VOLK**, s.95, İsa BAŞBÜYÜK, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (6/3-c) Kapsamında Müdafii Yardımından Yararlanma Hakkı”, MÜHFHAD **Nur Centel'e Armağan**, İstanbul 2013, C.19, S.2, s. 1348

¹⁶ **BEULKE**, s.89, **KOÇAOĞLU**, s.67, **BAŞBÜYÜK**, s.1349

¹⁷ “Wer sich selbst verteidigt, hat einen Narren als Anwalt und einen Narren als Mandanten” **VOLK**, s.95

meyebilir. Ancak savcı aynı zamanda iddia makamı olması sebebiyle zor bir durumdadır. Muhakemedeki bu taraf pozisyonu nedeniyle ondan bir müdafî gibi davranması da elbette beklenemeyecektir.¹⁸ Bu itibarla savcıya böyle bir görev verilmiş olması; müdafîin savunma bakımından arzettiği önemi ortadan kaldırmamaktadır.

“Savcı her ne kadar maddi adaletin ortaya çıkmasına hizmet etmek ve buna göre sanığın haklı çıkarlarını korumak yükümlülüğü altında olsa da, tecrübe, davacı rolü ile müdafî rolünü bağdaştırmanın ne kadar çetin bir sorun olduğunu göstermektedir. İddiada bulunmak ve savunmak, kavram olarak, birbirine karşıt fonksiyonlardır. Her ikisini birden başarabilecek ideal bir insan henüz doğmamıştır. Böyle bir insan bulunsaydı, yalnızca müdafî değil, hakim de gereksiz olurdu... suçluya veya öyle sanılan kişiye karşı hüküm aşamasına değin soruşturmayı yürütmüş olan kimse (savcı), kendini, suçtan doğrudan veya dolaylı zarar görmüş devletin vekili sayar ve sanıkta, suçu ispatlanmış faili görme eğilimine kapılır; sorumluluğunu taşıdığı davanın başarısızlığını, kural olarak, kendi başarısızlığı olarak kabul eder.”¹⁹

Bunun yanında giriş kısmında da belirttiğimiz üzere muhakemeye müdafîin katılımı sadece sanık bakımından önem arzetmez. Müdafîin muhakemeye katılımı kamusal menfaate de önemli derecede hizmet eder. Nitekim cezai uyuşmazlıklar sonucunda, suçluların cezalandırılmasında olduğu kadar, masumların serbest kalmasında ve suçluların hak ettiklerinden fazla ceza ile cezalandırılmamasında da topluma ait önemli bir menfaat söz konusudur. Müdafî, kamu adına görev yaparak, topluma ait bu menfaati korumaya hizmet etmektedir. Sanığın bir müdafîin hukuki yardımından faydalanması, çoğu kez savunmanın etkinliğini garanti altına alacak; böylelikle iddia ve savunmanın eşit silahlarla çelişmesine imkan tanınacak ve maddi gerçek mümkün olan en doğru haliyle ortaya konulacaktır. Dolayısıyla ceza muhakemesine müdafîin katılımı çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliği ilkeleri bakımından da ehemmiyetlidir.²⁰

¹⁸ Otfried RANFT, **Strafprozessrecht**, Boorberg Verlag, Stuttgart, München... 1995, s.89

¹⁹ CENTEL, Müdafî, s.8, **BAŞBÜYÜK**, s.1347

²⁰ Aynı yönde bkz. Cumhuriyet ŞAHİN, **Ceza Muhakemesi Hukuku-I**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s.205, Uğur BAYILLIOĞLU, “Savunma Hakkının Etkin Kullanımı Bakımından Müdafîin Öne-

III. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNE (AİHS'E) GÖRE SANIĞIN BİR MÜDAFİN HUKUKİ YARDIMINDAN FAYDALANMA HAKKI

Bir müdafinin hukuki yardımından faydalanma hakkı, Türkiye'nin taraf olduğu bazı uluslararası sözleşmelerde de bireylere tanınması gereken temel haklar arasında düzenlenmiştir. Ancak biz burada sadece AİHS'deki düzenlemeler ışığında müdafiden faydalanma hakkını ele alacağız. Bu şekilde hareket etmemizin de iki temel nedeni vardır. Birincisi Türkiye'nin taraf olduğu temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası sözleşmelerin, iç hukukumuz bakımından özel bir önemi olmasıdır. Nitekim, Anayasamızın 90. maddesinde uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğuna ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Aynı maddenin devamında uluslararası sözleşmelerin anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceği hükme bağlanmıştır. Son fıkrada ise *temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası sözleşme hükümleriyle kanun hükümleri arasında bir uyumsuzluk olduğu anlaşılırsa, uyumsuzluğun temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası sözleşmenin hükümlerine göre çözüleceği* düzenlenmiş ve böylelikle usulüne uygun yürürlüğe konmuş temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası sözleşmelerin kanunlara göre üst norm olduğu kabul edilmiştir. Bu nedenle Türkiye tarafından imzalanan ve usulüne uygun olarak yürürlüğe konan temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası bir sözleşme olan AİHS ülkemiz açısından büyük önem taşımaktadır.²¹ İkincisi ise, 04.11.1950 tarihinde imzalanan ve Avrupa Konseyine üye devletlerde temel hakların korunmasını teminat altına alan AİHS'i, diğer temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası sözleşmelerden daha önemli konuma getiren etken olarak, başvurular sonucunda taraf devletlerin sözleşme hükümlerine uygun davranıp davranmadık-

mi", **Ankara Barosu Dergisi**, 2004, S.4. s.39 vd.

²¹ Fransa ve İspanya'da da bizdekine benzer bir düzenleme vardır ve uluslararası sözleşmeler normlar hiyerarşisinde anayasa ile kanunlar arası bir yerde bulunmaktadırlar. (Fr. Any. m.55; İsp. Any. m.10/2). Bu tür düzenlemelerin gerekliliği ve AİHS'nin alelade kanunlarla eşdeğer sayılmasının eleştirisi için bkz. **AMBOS**, s.19-20; 44. dipnot; Almanya'da ise Anayasa'da uluslararası sözleşmelerin üst norm olduğuna dair açık bir hüküm olmasa da Alman Anayasa Mahkemesi yorumla AİHS'yi kanunlara göre üst norm olarak kabul etmiştir. Bu konuda bkz. Friedrich-Christian SCHROEDER, "Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi", **Ceza Muhakemesi Hukukunda Fair Trial**, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 1999, s.16; **AMBOS**, s.19 vd., **KOCAOĞLU**, s.61

larını denetleyen bir yargılama mekanizmasının (AİHM'nin) bulunmasıdır.²² Bu bağlamda AİHS'deki düzenlemeler ışığında konuyu ayrı bir başlık altında ele almanın faydalı olacağını düşünüyoruz.

AİHS'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinin 3. fıkrasının (c) bendine göre; suç isnadı altında bulunan kimse, *kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek* imkanına sahiptir. Savunma hakkının önemine binaen, isnat altındaki kişinin kendini savunma şekillerine ilişkin haklar bu bentte açıkça teminat altına alınmıştır²³. Kendi kendini veya bir müdafinin yardımından faydalanmak suretiyle savunma hakkı, sadece duruşma bakımından değil, soruşturma evresi bakımından da²⁴ geçerli bir haktr.

Bu düzenleme ile isnat altında bulunan kişi bakımından açıkça teminat altına alınan savunma şekilleri; *kendisini bizzat savunması, isteğe bağlı müdafiden faydalanmak suretiyle savunması ve zorunlu müdafiden faydalanmak suretiyle savunmasıdır*.²⁵ Aşağıda müdafiden faydalanmaya ilişkin ikinci ve üçüncü haklar konumuzla bağlantı dolayısıyla incelenecektir.

²² VOLK, s.18;

27 Ocak 1987'de komisyona bireysel başvuru hakkı tanınmış, 27 Ocak 1989'da da mahkemenin (AİHM'nin) yargı yetkisi kabul edilmiştir. Komisyon ve Mahkemenin yetkileri ile 1998 tarihli 11 no'lu protokole bağlı olarak konvansiyon ve ilgili protokollerin yorumlanması ve uygulanmasından kaynaklanacak uyumsuzlukların tek denetim organı olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kabulüne ilişkin olarak bkz. Sevin TOLUNER, Türkiye'nin Bazı Dış Politika Sorunları, Beta Yayınları, İstanbul 2004, s.276 vd.

²³ Laurens van PUYENBROECK-Gert VERMEULEN, "Towards Minimum Procedural Guarantees for The Defence in Criminal Proceedings in The EU", **International and Comparative Law Quarterly**, V.60, I.4, October 2011, s.1024

²⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, gözaltına alınmasını takip eden ilk 48 saat içinde avukatıyla görüşmesinin engellendiği yakınımasını ihtiva eden John Murray/Birleşik Krallık davasında (no.18731/91, 28.10.94) hukuki yardımın ceza yargılamasının ilk aşamalarından itibaren sağlanmasının gerekli olduğunu belirterek Sözleşme m. 6/1 ve 6/3-c'nin bağlantılı olarak ihlâl edildiğine hükmetmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ilgili kararına ilişkin olarak bkz. Serkan CENGİZ- Fahrettin DEMİRAĞ- Teoman ERGÜL-Jeremy MCBRIDE- Durmuş TEZCAN, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, Türkiye Barolar Birliği ve Avrupa Birliği Ortak Yayını, Ankara Kasım 2008, s.177

²⁵ LADEWIG, s.96; AMBOS, s.34

6. maddenin 3. fıkrasının (c) bendinden de anlaşıldığı üzere sanık kendi kendini savunabileceği gibi, bir müdafinin yardımından da faydalanabilecektir. Özellikle iddia makamı karşısında sanığın savunmada yalnız kalması durumunda, muhakemede çoğu kez istenilen dengenin ve silahlarda eşitliğin sağlanmasını mümkün kılmayacağından, sanığın bir müdafinin yardımından faydalanması, muhakemenin adil bir şekilde gerçekleşebilmesi bakımından büyük önem ifade etmektedir.²⁶

Bu önemli hak, soruşturmanın başından kanun yollarını da²⁷ kapsayan uzunca bir muhakeme sürecinde geçerlidir. Hakkın ilgililer tarafından sağlıklı bir şekilde kullanılabilmesi için sanığın üçüncü kişilerin duymayacağı biçimde müdafii ile görüşmesine imkan sağlanmasını gerekir.²⁸ Aksi takdirde adil yargılanma hakkının ihlali söz konusu olacaktır.

6. maddenin 3. fıkrasının (c) bendindeki açık hüküm karşısında eğer sanık kendisine bir müdafii atayacak durumda değilse; ona devlet tarafından ücretsiz bir müdafii atanması taraf devletlere getirilmiş bir yükümlülüktür.²⁹ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK) ve AİHM, ilk önceleri, m.6/3/c'de yer alan “*adale-tin selameti gerektiriyorsa*” ifadesinin, bendin bütününe ilişkin olduğunu kabul etmişlerdi³⁰. Bir başka deyişle söz konusu merciler, bir müdafii görevlendiril-

²⁶ Nevzat TOROSLU-Metin FEYZİOĞLU, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara 2006, s.135,

²⁷ Örneğin Monnel ve Morris- Birleşik Krallık kararında, AİHM md. 6/3-c'nin sanığın kanun yollarına ilişkin olarak uygulama biçiminin, yargılamanın kendine özgü koşullarına bağlı olduğunu, milli hukuktaki yargılamanın bütününe ve istinaf veya temyiz mahkemesinin rolüne bakmak gerektiği belirtilmektedir. Karar için bkz. Sibel İNCEOĞLU, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayınevi, İstanbul 2013, s.330

²⁸ Bu gereklilikle ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Öcalan- Türkiye davasında şöyle bir karar vermiştir: İlgili davada başvuranın avukatları ile ilk görüşmesi güvenlik güçleri ve bir yargıcın gözetiminde gerçekleşmiştir. Sonraki görüşmeler de güvenlik güçlerinin bulunduğu odada, iki odanın kapıları açık biçimde, konuşmaların güvenlik güçlerince duyulabileceği bir ortamda gerçekleşmiştir. AİHM kararında “bu tür bir gözetim olmaksızın müdafii vekili ile görüşemiyor ve ondan gizli talimat alamıyorsa, bu hakkın kullanımı büyük ölçüde yitirilmiştir” demektedir. Hükümetin, başvuranın güvenliğini sağlamak için böyle bir güvenlik önlemi aldığı yolundaki savı ise, avukatların başvuranın kendisi tarafından tutulduğu ve bir dizi aramadan geçtikleri gerekçesiyle reddedilmiştir. Karar için bkz. İNCEOĞLU, s.330

²⁹ LADEWIG, s.96, Paul MAHONEY, “Right to A Fair Trial in Criminal Matters Under Article 6 E.C.H.R”, **Judicial Studies Institute Journal**, 2004, V.4, N.2, s.125 vd.

³⁰ David HARRIS, “The Right to A Fair Trial in Criminal Proceedings as A Human Right”, **The International and Comparative Law Quarterly**, April 1967, V. 16, N.2, s.366

mesinin, sadece adli hizmetlerin görülmesi bakımından zorunlu ise adil yargılamanın bir gereği sayılacağı kanaatindeydiler. Ancak komisyon ve mahkemenin bu kararları doktrinde oldukça çok eleştirildi. Bu gelişmeler sonucunda AİHM, 1983 yılında Pakelli/Almanya davasında bu görüşünden vazgeçmiş, ilgili bentte yer alan “adaletin selameti gerektiriyorsa” ifadesini, müdafinin ücretinin devlet tarafından ödendiği hallere münhasır olarak kabul etmiştir.³¹

Taraf devletlerin iç hukuklarında sanığın, devlet tarafından atanacak ve ücreti devletçe karşılanacak müdafii seçme hakkının bulunmaması, adil yargılama hakkı bakımından bir önem ifade etmemektedir. Bu durumda sanığa herhangi bir müdafinin atanmış olması, hakkın yerine getirilmiş olması bakımından yeterlidir.³² Ancak taraf devletler, sanık bakımından bu minimum haktan daha fazlasını güvence altına almak suretiyle, ona atanmış müdafii seçme imkanı da tanyabilirler.³³

6. maddenin 3. fıkrasının (c) bendinde müdafiden faydalanma hakkı iki şekilde ele alınmıştır. Bunlardan ilki, adaletin selameti açısından zorunlu olmadığı halde sanığın isteğiyle bir müdafinin hukuki yardımından faydalanması, diğeri ise onun iradesinin bir önemi olmaksızın kendisinin zorunlu olarak bir müdafinin yardımından faydalandırılmasıdır. Her iki halde de sanığın maddi gücünün yeterli olmadığı hallerde müdafinin ücreti devlet tarafından karşılanacaktır. Dolayısıyla ücretsiz müdafiden faydalanma hakkı kesin olarak ücret ödemekten kurtulma anlamına gelmemektedir. Bu ücretin devlet tarafından karşılanabilmesinin ön koşulu sanığın maddi imkanının bulunmamasıdır.³⁴ CMK Yürürlük Kanununa göre de, baro tarafından tayin edilen müdafie, görevinin ifasından doğan harç ve masraflar hariç, avukatlık ücret tarifesinden ayrı olarak bu tarifenin hazırlanış yöntemine göre tespit edilecek ücret ödenir. Muhakeme

³¹ Yonko GROZEV-Dovdyas VITKAUSKAS-Sian Lewis ANTHONY (Editors), “**Right to a Fair Trial Under The European Convention on Human Rights (Article 6)**”, Interights Publish, London 2009, s.68 SCHROEDER, s.62; Pakelli/Almanya; Başvuru no: 8398/78 Karar tarihi: 25.04.1983

³² LADEWIG, s.96

³³ Adil yargılama hakkı, BM ve bölgesel nitelikteki hükümetler arası kuruluşlar tarafından kabul edilmiş çok sayıdaki uluslararası sözleşmelerde ve sözleşme dışı belgelerde tanınmıştır. Bu belgeler her hukuk sisteminin sağlaması gereken minimum güvenceleri düzenlemiştir. ULUSLARARASI AF ÖRGÜTÜ, **Adil Yargılama Hakkı**, İletişim Yayınları, İstanbul 2000, s.24

³⁴ LADEWIG, s.96

sonunda yargılama giderleri ile mahkum olan sanıklardan müdafie ödenen ücreti karşılayabilecek durumda olanlara Türkiye Barolar Birliğinin rücu hakkı bulunmaktadır (CMK Yürürlük K. m.13). Buna ilişkin Alman hukukunda da olan hüküm yürürlükten kaldırılmıştır. Müdafinin kamu adına hareket ediyor olması nedeniyle bu hükmün bizde de kaldırılması gerektiği ileri sürülmektedir.³⁵

İsteğe bağlı olarak müdafiden faydalanma hakkı, sanığın, müdafii yardımı almasının adaletin selameti açısından gerekli olmadığı hallerde dahi, bir müdafii yardımından faydalanabilmesini ifade etmektedir. Her ne kadar 6. maddenin 3. fıkrasının (c) bendinde, adaletin selameti açısından zorunlu olmayan hallerde, taraf devletlere, sanığa ücretsiz bir müdafii atama zorunluluğu getirilmemiş olsa da; maddi gücü yüksek sanık ile bu gücü zayıf olan arasında bir ayırım yapmak istemeyen bazı kanun koyucular, maddi gücü olmayan sanığa da bu hallerde ücretsiz müdafii atanmasını kabul etmişlerdir.³⁶

AİHS'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının (c) bendinde, sanığın *"eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek"* hakkına sahip olduğu belirtilerek, zorunlu müdafiliğe vurgu yapılmıştır³⁷. Buna göre taraf devletler, adaletin selameti açısından gerekli olan hallerde, eğer sanığın maddi imkanı yoksa muhakkak ona ücretsiz bir müdafii atama yükümlülüğü altına sokulmuştur.

Somut olay bakımından sanığa bir müdafii tayin edilmesinin adaletin selameti açısından gerekli olup olmadığının tespiti iç hukuk kurallarıyla ve mahkeme uygulamalarıyla tespit edilecektir. Ancak AİHM her halükarda, bu tür durumlarda ilgili devlet bakımından hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu

³⁵ Bu konuda bkz. **KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU**, s.226, dipnot 50

³⁶ Sadece *adaletin selametinin gerektirdiği hallerde* kişiye bir müdafii atanması, maddi yönden iyi imkanlara sahip olan sanıklara bir ayrıcalık tanımaktadır. Çünkü bu kabul edişe bağlı olarak, maddi durumu iyi olan sanık kendisine her halükarda ücretini bizzat ödemek suretiyle bir müdafii tayin edebilecek, ancak maddi durumu iyi olmayan sanığa devlet tarafından bir müdafii atanması için ise, bu atamanın *adaletin selameti açısından gerekli olması* şartı aranacaktır. Bu itibarla bu eşitsizliği mümkün olduğunca ortadan kaldırmak için, ceza davasının hukuki ve fiili açıdan zor olduğu hallerde, adaletin selameti açısından müdafii atanmasının zorunlu olduğu kabul edilmelidir. **SCHROEDER**, s.64

³⁷ **MAHONEY**, s.126

olup olmadığını denetleyebilecektir.³⁸ Ayrıca şunu da vurgulamak gerekir ki; sadece *adaletin selametinin gerektirdiği hallerde* kişiye bir müdafii atanması, maddi yönden iyi imkanlara sahip olan sanıklara bir ayrıcalık tanımaktadır. Çünkü bu kabul edişe bağlı olarak, maddi durumu iyi olan sanık kendisine her halükarda ücretini bizzat ödemek suretiyle bir müdafii tayin edebilecek, ancak maddi durumu iyi olmayan sanığa devlet tarafından bir müdafii atanması için ise, bu atamanın *adaletin selameti açısından gerekli olması şartı* aranacaktır. Bu itibarla eşitsizliği mümkün olduğunca ortadan kaldırmak için, ceza davasının hukuki ve fiili açıdan zor olduğu hallerde, adaletin selameti açısından müdafii atanmasının zorunlu olduğu kabul edilmelidir.³⁹

IV. MÜDAFİİN HUKUKİ STATÜSÜNE İLİŞKİN TEORİLER

A. Genel Olarak

Müdafii hukuki statüsünün ne olduğuna ilişkin birçok farklı görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre müdafii sanığın temsilcisi iken, bir başka görüşe göre adli bir organdır. Diğer bir görüş ise müdafii sanığın yardımcısı olarak kabul eder. Bu görüşler arasında sadece terim farklılığına dayanan bir ayırım yoktur; bilakis kabul edilen görüşe göre müdafii sanık karşısındaki durumu ve muhakeme sırasında sahip olacağı yetkiler değişiklik arz etmektedir.⁴⁰ Bu nedenle

³⁸ Adaletin selameti açısından zorunlu müdafii gerekip gerekmediğinin tespitinde davanın sanık bakımından önemi ve ağırlığı belirleyici rol oynamaktadır. Davanın ağırlığında kuşkusuz en önemli kriterlerden birisi dava sonucu söz konusu olabilecek hapis cezasının süresidir. Ayrıca sanığın hapis cezasına çarptırılması söz konusu olmasa bile örneğin mesleği şoförlük olan sanığın sürücü belgesine ya da ülkede bulunan yabancıların pasaportuna el konulması ihtimali varsa bu durumda da söz konusu kişiler bakımından bu müeyyidelerin oldukça ağır olduğu aşikardır. **VOLK**, s.106; Ayrıca sanığın muhakemenin gerçekleştirildiği dili anlamaması da bu noktada belirleyicidir. Ancak bizim hukukumuz bakımından bu haller zorunlu müdafilik kapsamında düzenlenmemiştir. Zorunlu müdafilik bakımından taraf devletin sorumluluğu sadece müdafii atanması ile de ortadan kalkmamaktadır. Ayrıca yetkili resmi makamlar zorunlu müdafii sanığın savunması bakımından etkin olup olmadığına da dikkat etmelidirler. Savunmanın yeterli olmadığı açıkça görülmesi halinde, sanığa muhakkak yeni bir müdafii atanmalıdır. **LADEWIG**, s.96

³⁹ **SCHROEDER**, s.62 vd. Bunun yanında iyimser bir azınlık görüşü olarak doktrinde, cezanın ağırlığına bakılmaksızın herhangi bir hapis cezasının söz konusu olduğu her cezai uyumsuzlukta şüpheli veya sanığa bir müdafii atanması gerektiği savunulmaktadır. Bu yönde bkz. **KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU**, s.224

⁴⁰ Hamide ZAFER, **Faile Yardım Suçu ve Müdafii Bu Suçtan Sorumluluğu**, Beta Yayınevi, İstanbul 2004, 295

söz konusu teorilere burada kısaca yer vermeyi uygun buluyoruz.⁴¹

B. Organ Teorisi

Bu görüşe göre müdafî, her şeyden önce hukuk devleti ilkesini garanti altına alan bir adli organdır. Çünkü en azından ağır ceza gerektiren davalarda müdafîin katılımı olmaksızın hukuk devleti ilkesine uygun bir yargılamanın yapılamayacağı ileri sürülmektedir.⁴² Müdafîin sanığın haklarını korumaya yönelik görevi, aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin gerektirdiği şekilde bir muhakemenin gerçekleşmesine yardımcı olmak suretiyle, kamusal menfaate de hizmet etmektedir. Müdafî, sadece görünüş olarak tamamen devletin menfaatlerine karşı hareket etmektedir. Gerçekte ise o, sanığa destek vermekle silahların eşitliği ilkesinin gerçekleşmesini sağlamış ve böylelikle toplumsal menfaate de hizmet etmiş olur. Çünkü demokratik bir toplumun bireyleri aynı zamanda birer potansiyel suçlu olarak adil bir muhakemenin garanti edilmiş olduğunu bilmek isterler.⁴³ Bu bağlamda organ teorisi, müdafîin, savcı ve hakimle aynı statüde bir adli organ olduğunu kabul eder.

Ayrıca bu görüşte, müdafîin hukuki statüsünün de sanığınkenden tamamen ayrı olduğu kabul edilir.⁴⁴ Bu nedenle avukat olan birisi kendi kendisini müdafî olarak savunamaz ve buna bağlı olarak kendisinin sanık olduğu bir davada sadece müdafîe tanınan yetkileri kullanamaz.⁴⁵ Alman doktrininde baskın görüş de, burada anlatıldığı üzere, müdafîin adli bir organ olduğu şeklindedir. Alman Avukatlık Kanunu (Bundesrechtsanwaltschaftsgesetz-BRAO) m.1’de de, müdafîin *adli bir organ* (Organ der Rechtspflege) olduğu hükme bağlanmıştır.⁴⁶

⁴¹ Müdafîin hukuki statüsüne ilişkin teoriler hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. **CENTEL, Müdafî**, s.40 vd.; **ZAFER**, Müdafîin Sorumluluğu, s.296 vd.

⁴² **BEULKE**, s.89 vd.

⁴³ **BEULKE**, s. 90

⁴⁴ Seçilmiş müdafî ile sanık arasındaki hukuki bağ, konusu, bir hizmetin ifasına dayanan bir özel hukuk sözleşmesiyle kurulur. Bu hukuki bağa ve sanık tarafından sözleşme gereğince yapılan ödemeye rağmen, müdafî sanıktan bağımsızdır. **BEULKE**, s. 92 vd.

⁴⁵ **VOLK**, s.103

⁴⁶ **VOLK**, s.102; **RANFT**, s.91; **BEULKE**, s.89. Bununla birlikte StPO’nun 137. maddesinde müdafîin sanığın yardımcısı olduğu sonucuna ulaşılacak bir düzenleme de bulunmaktadır. **RANFT**, s.91

C. Menfaat Temsili (Sözleşme) Teorisi

Bu görüşe göre müdafî, sanığın vekilidir. Bu itibarla müdafîin yaptığı işlemler, sanığın işlemleri olarak geçerlidir.⁴⁷ Bu teoride müdafîin adli organ olma özelliği tamamen bir kenara bırakılır ve o, saf bir taraf menfaati temsilcisi (Parteiinteressenvertreter) olarak kabul edilir.⁴⁸ Maddi açıdan ele alındığında, savunma muhakemeden doğrudan etkilenen kişi olarak sanığın kararlarına bağlı şekilde oluşturulur ve sanık menfaatlerini bağımsız olarak belirler. Müdafî ise ona sadece yardımcı olmaktadır.⁴⁹ Bir başka deyişle müdafî, bağımsız bir organ değil, sanığın direktifleri ile bağlı bir yardımcıdır.⁵⁰

Bu teoride savunmanın amacı hukuk devletine uygun bir muhakeme gerçekleşmesine hizmet etmek değil, bilakis sanığın eksikliklerini kapatmaktır. Bu doğrultuda, sanığın menfaatlerinin koruyucusu ve temsilcisi olarak müdafîin, tıpkı temsil ettiği sanık gibi muhakeme sırasında yalan söyleyebilmesi de bu görüşe çok uzak bir düşünce değildir.⁵¹

D. Sınırlandırılmış Organ Teorisi

Bu görüş organ teorisi temeline dayanmakla birlikte, bazı durumlarda savunmanın etkinliği adına müdafîin adli bir organ gibi hareket etmemesi gerektiğini savunur. Buna göre, savunma adına müdafîin, yalan söylemesi, belgeleri değiştirmesi ve hepsinden önce sanığın haksız yere cezasız kalmasına neden olması yasaktır. Eğer gerçeğe aykırı iddialarda bulunursa, cezai sorumluluğu olacaktır.⁵²

⁴⁷ **CENTEL-ZAFER**, s.168

⁴⁸ **VOLK**, s.103

⁴⁹ **BEULKE**, s.91

⁵⁰ **VOLK**, s.103; bununla birlikte bizin doktrinimizde müdafîin sanığın yardımcı olduğunu söyleyen ancak aynı zamanda bağımsız olduğunu da savunan yazarlar vardır. Kanaatimizce bir konuda yardımcılık ve bağımsızlık terimlerinin aynı şekilde bulunmasının mümkün olamayacaktır. Nitekim yardımcı statüsü taşıyan, yardım ettiğine bağlıdır. Müdafîin sanığın yardımcısı olduğu konusunda bkz. Veli Özer ÖZBEK-Mehmet Nihat KANBUR-Koray DOĞAN-Pınar BACAŞIZ-İlker TEPE, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s.242; Bahri ÖZTÜRK-Durmuş TEZCAN-Mustafa Ruhan ERDEM-Özge SİRMA-Yasemin F.S. KIRIT-Özdem ÖZAYDIN-Esra A. AKCAN-Efser ERDEM, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, s.232; **CENTEL-ZAFER**, s.170 vd.

⁵¹ **VOLK**, s.103

⁵² Eğer müdafî kendisi yalan söylemez; ancak yalan söyleyen (ve bu bağlamda cezai

Bu teoride, müdafiden öncelikle kovuşturma organlarına karşı mümkün olduğunca etkili ve yoğun bir savunma beklenir. Ancak bunu yaparken hukuk düzenince kendisine tanınan hakları da kötüye kullanmamalıdır. Ayrıca müdafii hiçbir şekilde yalan da söyleyemeyecektir.⁵³ Bunlar dışında bu teori bakımından, mahkemeye ilişkin bir yükümlülüğün tamamen müdafii üzerine yüklenmesi de kabul edilemez. Örneğin, soruşturma sırasında hukuka aykırı yolla delil elde edilmişse, mahkeme değerlendirme yasağını müdafii bunu ileri sürmese de gözetmelidir. Sırf müdafii ileri sürmedi diye bu husus göz ardı edilemez. Ayrıca sanığın hakları müdafii var diye de kısıtlanamaz. Örneğin, sanık, duruşma sırasında delil ikamesine veya kovuşturmanın genişletilmesi talebine ilişkin hakkını kötüye kullandı diye, bundan sonra delil ikamesi veya kovuşturmanın genişletilmesi talebini sadece müdafii üzerinden kullanabilir diye bir karar verilemez.⁵⁴ Ayrıca müdafii hiçbir zaman muhakemenin diğer taraflarını, bilgilendirme yükümlülüğü altına sokulamaz.⁵⁵

V. MÜDAFİ İLE SANIK ARASINDAKİ GÜVEN İLİŞKİSİNİN ÖNEMİ BAĞLAMINDA MÜDAFİİN HUKUKİ STATÜSÜNE İLİŞKİN TEORİLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Müdafiden faydalanma hakkının anlamlı olabilmesi için müdafii ile sanık arasındaki güven ilişkisinin tesisi ve özellikle de sanığın müdafiiine güvenmesi çok önemlidir. Aksi takdirde ona uyuşmazlık konusu olayla ilgili tüm bildilerini anlatmayacak, kendi aleyhine olan hususları gizleme yoluna gidecektir. Uyuşmazlık konusu olaya ilişkin müvekkilinden herşeyi tam olarak öğrenemeyen, sanığın gözünden gerçekleşen olayı tüm çıplaklığıyla göremeyen müdafii ise sanığa gerektiği şekilde hukuki yardımda bulunamayacaktır. Bu koşullar altında güven ilişkisinin olmadığı bir ikilinin ise ortaya güçlü ve etkili bir savunma tezi koyabilmesi son derece güçtür.

Sadece müdafii-sanık ilişkisinin değil, sosyal hayattaki birçok birlikteliğin ol-

sorumluluğu bulunmayan) sanığın yalanına iştirak ederse, bu durumda ne olacağının bu teori bakımından hala net olmadığını ileri sürülmektedir. **VOLK**, s.104

⁵³ **BEULKE**, s.90

⁵⁴ **BEULKE**, s.90 vd.

⁵⁵ Müdafiiin, yeni atanan bir müdafii bilgilendirme yükünün olup olmadığı ise bu teori bakımından tartışmalıdır. Bkz. **BEULKE**, s.91(dipnot 14)

ması gerektiği şekilde devam edebilmesi, tarafların birbirine güvenini gerektirir. En basitinden birisiyle bir yola çıkacaksanız, yolun sonuna veya anlaştığınız yere kadar o kişinin size eşlik edeceğini bilmek, ona bu konuda güvenmek istersiniz. Eğer o kişinin yolda karşılaacağı daha cazip bir yol arkadaşıyla yola devam edebileceğini ya da yol boyunca sizin aleyhinize olabilecek davranışlarda bulunabileceğini düşünüyorsanız ya yola o kişiyle çıkmaz ya da çıkmışsanız onunla mesafeli olmayı tercih eder ve sürekli tetikte durursunuz. Dolayısıyla yol arkadaşlığı bile, yol arkadaşının “kendisini satmayacağını” bilmeyi, bu güven hissine sahip olmayı gerektirir.

Yol arkadaşlığından çok daha önemli bir amaca hizmet eden ceza muhakemesindeki kolektif savunma faaliyetinde ise bu güven ilişkisinin bulunması savunmanın etkinliği bakımından zorunludur. Eğer sanık müdafinin kendi aleyhine hareket edebileceği düşüncesinde olursa, ona hiçbir zaman tam olarak güvenmeyecek, bu da savunmanın etkinliğine yukarıda aktardığımız gerekçelerle zarar verecektir. Bu bağlamda etkin bir savunmanın teminat altına alınabilmesi için müdafinin sanık aleyhine hareket edememesinin hukuki teminat altına alınması gerekir. Nitekim ancak kendisini “satmayacak” bir müdafie sanığın güvenmesi söz konusu olabilir. Bu bağlamda CMK m.46/1’de avukatlar görevleri nedeniyle öğrendikleri bilgiler hakkında tanıklıktan çekinme imkanına sahip kılınmışlardır. Hatta açık kanuni düzenlemeye göre ilgili kişi yani sanık rıza gösterse bile, avukatın tanıklık yapmama imkanı bulunmaktadır (CMK m.46/2).

Bu açıklamalar ışığında müdafinin hukuki statüsüne ilişkin teorileri değerlendirecek, müdafii sadece bir adli organ ya da sanığın temsilcisi olarak görmek uygun değildir. Çünkü birinci kabule bağlı olarak, adli organ olmanın verdiği yükümlülükle müdafii, maddi gerçeğin bulunması adına müvekkilinin aleyhine hareket etme durumunda kalabilecektir. Bu ise savunmanın etkinliğini bozacak, müdafii-sanık arasındaki güven duygusunun sarsılması nedeniyle, sanığın bir türlü müdafiiye güvenememesi sonucunu doğuracaktır. İkinci kabul halinde ise, temsil sözleşmesinin doğal sonucu olarak, asilin yapmaya yetkili olduğu hemen her şeyi, vekilin yapması da mümkün olduğundan, müdafinin sanık gibi yalan söylemesi, duruşmayı uzatmak adına hileli yollara başvurusu olağan

karşılancak ve bu hallerde müdafinin cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Ayrıca bu teori gereğince müdafii, sanığa tamamen bağı bir yardımcı konumuna gelecek, sanık lehine bile olsa ondan bağımsız hareket edemeyecektir.

Bu nedenlerle biz sınırlandırılmış organ teorisinin kabulünün daha uygun olduğu kanaatindeyiz. Bu itibarla, müdafii, hiçbir şekilde sanığın aleyhine hareket edemeyen bir adli organ olarak kabul edilmelidir.⁵⁶ Adli organ olmanın gereğı olarak yalan söyleyemez, sanığın lehine olsa bile hileli yollara başvuramaz. Sanığın aleyhine hareket edememesi nedeniyle, ondan öğrendiğı ve onun aleyhine olan hususları mahkemede açıklayamaz. Dolayısıyla her söylediğı doğru olmalı ama her doğruyu (sanığın aleyhine olanları) söylememelidir. Bu şekilde öğrendiğı bilgiler dolayısıyla onun aleyhine tanıklık edemez. Müvekkilinin aleyhine olan hususlarda yalan söyleyemeyeceğı gibi, doğruyu söylemeye de zorlanamaz. Bu durumda müdafinin sessiz kalma hakkı, onun görevini gereğı gibi yapabilmesinin en öncelikli şartlarındandır.

Müdafinin sanığın aleyhine olan doğruları söylemek konusunda sessiz kalmasının gerekliliğı belki ilk başta rahatsız edici gelebilir; ancak yukarıda da belirttiğimiz müdafii-sanık arasındaki güven ilişkisinin tesisini bakımından böyle bir kabul zorunludur. Kaldı ki, tüm teşkilatlanmasıyla savcılık ve onun emrindeki kolluk sanığın aleyhine olan hususları araştırmakta ve iddia faaliyetini yürütmektedirler. Böylesine iyi yapılandırılmış bir iddia organizasyonu karşısında sanığında yanında ancak onun lehine hareket edebilecek, güvенеbileceğı bir hukukçunun bulunması çoğı kez silahların eşitliğı bakımından zaruridir.

VI. HUKUK SİSTEMİMİZDE MÜDAFİLİĞE İLİŞKİN GÖRÜLEN BAZI SORUNLARIN TESPİTİ VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

-Müdafii görevlendirilmesi bakımından uygulamamızdaki en önemli sorunlardan bir tanesi, atanmış müdafilik görevinin bu işle görevlendirilen bazı avukatlar tarafından layıkıyla yapılmaması ve buna bağı olarak müdafiden faydalanma hakkının sadece görünüşte yerine getirilmesidir.⁵⁷ Gerçekten de

⁵⁶ Centel-Zafer, müdafinin, sanığın yardımcısı olarak kabul edilmesi gerektiğı; ancak sınırlı bir adli organ olduğunu söylemenin de yanlış sayılmayacağını ileri sürmektedirler. **CENTEL-ZAFER**, s.170, 171

⁵⁷ Bu konuda daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. Hakan KARAKEHYA, "Ceza Muhakemesi Uygu-

uygulamada bazı avukatlar, atanmış müdafilik görevini usulen yapılan bir görev gibi algılamakta, şüpheli veya sanığa gerçek bir müdafii desteği sağlamaksızın sadece bir imza atmak suretiyle müdafilik yapmaktadır. Bu bağlamda piknik yaparken aldığı telefon üzerine şortuyla karakola gelip “siz ifadeyi alırsınız” diyerek tutanağa imza atıp pikniğine devam etmek için karakoldan ayrılan ya da polislin “biz ifadeyi almıştık” şeklindeki beyanı üzerine, “ne güzel ben de tutanağı imzalayıvereyim” deyip hazır tutanağa imza atan avukatlara çok da az olmayan sıklıkla rastlanmaktadır.⁵⁸ Bu bağlamda işi gerçekten layıkıyla yapan birçok avukat da vardır. Bu avukatları, tenzih ederek ifade edelim ki, yukarıdaki örneklerde olduğu gibi hareket eden avukatların sayısı da maalesef hiç az değildir. Bununla birlikte karakolda ifade alınıncaya kadar bekleyen ama sadece bekleyen ve şüpheliye en ufak bir hukuki yardımda dahi bulunmayan avukatlar da vardır. Hatta bu durum o kadar vahim bir hale gelmiştir ki, daha önceden karakola gelip birkaç defa atanmış müdafiiin yardımından yararlanan şüpheliler, daha sonraki gelişlerinde kendilerine bir müdafiiin hukuki yardımından faydalanmak isteyip istemedikleri sorulduğunda, “nasıl olsa bir imza atıp gitmeyecek mi, bırakın gelmesin, istemiyorum” şeklinde beyanlarda bulunmaktadırlar.

Avrupa Birliği’ne giriş sürecinde sanık haklarını güvence altına almak adına birçok hukuki düzenleme yapılmıştır. Mali durumu iyi olmayan ve isteyen her şüpheliye bir müdafii atanması imkanı sağlamak, zorunlu müdafiliğin kapsamını genişletmek de bu düzenlemeler kapsamında getirilen yeniliklerdir. Ancak verdiğimiz örneklerden de anlaşılacağı üzere, bu düzenlemelerle amaçlanan hedeflere birçok olay bakımından ulaşılamamakta ve sanığın müdafiden faydalanma hakkı görünüşte yerine getirilmiş olmaktadır.⁵⁹

lamamızda Atanmış Müdafiliğe İlişkin Görülen Sorunlar,” **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2012 (10-14 Ocak 2012)**, Cilt 3, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2012, s.236 vd., **BAŞBÜYÜK**, s.1366 vd.

⁵⁸ Uygulamada hala, kolluk ifade alma dahil her türlü soruşturma işlemini yaptıktan sonra müdafii ifade tutanağını imzalamaya davet edebilmekte, müdafiiin tutanağı imzalaması da hukuka aykırı olarak elde edilmiş bir beyanı görünüşte hukuka uygun hale getirebilmektedir. Soruşturma evresinin efendisi savcı, bu tür uygulamaların önüne geçmek adına gerekli tedbirleri almalıdır. ÖZTÜRK-ERDEM, s.315

⁵⁹ Kovuşturma evresi bakımından, kanunun zorunlu müdafiiin görevini gerektiği şekilde yapmadığını denetleme yetkisini mahkemeye verdiği konusundaki açıklamalar için bkz.

Atanmış müdafî olarak görevlendirilen bazı avukatların bu şekilde görevlerini layıkıyla yapmaktan kaçınmalarının temelde birkaç önemli nedeni olduğunu düşünmekteyiz. En önemli nedenlerden birisi atanmış müdafî olarak görevlendirilen avukatlara ödenen ücretlerin düşüklüğüdür.⁶⁰ Uygulamada CMK tarifesi olarak ifade edilen tarife üzerinden ödenen düşük ücretler karşısında birçok avukat, “bu kadar para için emek vermeye değer mi” düşüncesine kapılmaktadır. Ancak buna rağmen hiç olmazsa büronun temel ihtiyaçlarını karşılamak için düşüncesiyle de CMK listelerine yazılmaktan geri kalmamaktadırlar. Bir de özellikle bazı karakollarda, sanığın haklarını sonuna kadar savunan avukatlara nezaketli davranılmaması da düşük ücretlerle birleşince, avukatların görevlerini layıkıyla yerine getirme motivasyonları iyice azalmaktadır. Nitekim müdafî tarafından sanığa susma hakkını kullanması gibi bazı telkinler yapıldığında, polislerin ters bakışları ve homurdanmalarına muhatap olmak birçok avukata ağır gelmektedir. Bu tür durumlarda dirayetli bir avukattan dik durması beklenirken, maalesef birçoğunda “üç yüz lira para için mi bu adamlarla didişeceğim” düşüncesi oluşmaktadır. Oysa avukat “siz ifadeyi zaten almışsınız” dediği veya hiçbir şeye karışmadan ifade alma sırasında beklediği durumlarda, “iyi günler avukat bey,” “teşekkürler avukat hanım” gibi ifadelerle gayet nezaketli bir şekilde muamele görüp parasını almaktadır.

Bu bağlamda söz konusu sorunların çözümü için baroların atanan müdafî-

ÖZTÜRK-ERDEM, s.316

⁶⁰ Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Görevlendirilen Müdafî ve Vekillere Yapılacak Ödemelere İlişkin 2015 Yılı Tarifesi şu şekildedir:

Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince yapılan hukuki yardımlara yönelik işlemlerde;

- a) Soruşturma evresinde takip edilen işler için 200 TL,
- b) Sulh ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için 309 TL,
- c) Asliye ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için 340 TL,
- ç) Ağır ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için 613 TL,
- d) Çocuk mahkemeleri:
 - 1) Çocuk mahkemelerinde takip edilen davalar için 340 TL,
 - 2) Çocuk ağır ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için 613 TL,
- e) Askeri mahkemelerde takip edilen davalar için 340 TL,
- f) İcra Ceza ve Fikrî ve Sınâî Haklar ceza mahkemesi gibi mahkemeler ile İnfaz Hâkimliklerinde takip edilen davalar için 340 TL,
- g) Kanun yolları mahkemeleri:
 - 1) Bölge adliye mahkemelerinde görülen duruşmalı davalar için 613 TL,
 - 2) Yargıtay da görülen duruşmalı davalar için 688 TL, ödenir. <http://www.barobirlik.org.tr/Detay.aspx?ID=11400>

lerin görevlerini layığıyla yerine getirip getirmediğini denetlemesi, listelere yazılan avukatlara yönelik gerçekleştirilecek meslek içi eğitimlerde bu sorunun sürekli gündemde tutulması, atanmış müdafilik için öngörülen düşük ücretlerin iyileştirilmesi ve aşağıda da ele alacağımız üzere sanıklara atanacak müdafii seçme hakkı tanınması ilk elden yapılması gerekenlerdir.⁶¹

-Avukatların müdafilik görevlerini yerine getirirken karşılaştıkları en önemli sorunlardan birisi de kolluk görevlilerinin karakollarda avukatlara karşı sergiledikleri tutum olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten de şüpheliye etkili bir hukuki yardımda bulunmak isteyen avukat, kolluk tarafından düşman gibi algılanmakta bakışlarla ve homurdanmalarla taciz edilebilmektedir. Verilen eğitimin yetersizliğinden mi kaynaklanmaktadır bilinmez ama hala birçok kolluk görevlisi, müdafiiin şüpheliye susma hakkını hatırlatmasını veya susma hakkını kullanmasını telkin etmesini hukuka aykırı veya gayri ahlaki bir işlem olarak algılamaktadır.⁶² Oysaki bu hak şüphelinin en temel haklarından ve savunma bakımından gerekli gördüğü durumlarda müdafii, bu hakkı kullanmasını şüpheliye telkin etmelidir. Bu onun görevinin bir parçasıdır. Ancak belirttiğimiz üzere bu görevi yerine getiren müdafii kollukta anlamsız davranışlarla karşılaşabilmektedir.⁶³

⁶¹ Sanığa atanmış müdafiiin seçme hakkı tanınması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Filiz TEPECİK-Hakan KARAKEHYA, "Sanığa Atanmış Müdafiiin Seçme Hakkı Tanınması Üzerine Düşünceler," **Güncel Hukuk Dergisi**, Mart 2007, s.44 vd., Murat Volkan DÜLGER, "Ceza Muhakemesinde Müdafinin Konumu ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", **Ankara Barosu Dergisi**, 2012 S.4, s.71 vd.

⁶² Susma hakkı yakalandıktan hemen sonra ve yine aynı şekilde ifade alma ve sorgu öncesinde şüpheli veya sanığa hatırlatılması gereken en önemli haklardandır (CMK m.90, m.147, m.191). Bu hak aynı zamanda adil yargılanma hakkının kapsamında yer alan alt haklardan olan, suçsuzluk karinesinden faydalanma hakkının da temel bir gereğidir (Ayrıntılı açıklama ve gerekçe için bkz. Hakan KARAKEHYA, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma**, Savaş Yayınevi, Ankara 2008, s.160 vd. Susma hakkının sanık bakımından iki önemli yansıması vardır. Birincisi sanık konuşmaya zorlanamaz; ikincisi ise konuşmaması ve susması aleyhine delil olarak kullanılmaz.

⁶³ Polisin, avukatın şüpheliyle görüşmesine ve ona hukuki yardımda bulunmasına ilişkin bakış açısını yansıtmaması bakımından, bir emniyet müdürlüğü sitesinde yer alan bir çalışmanın şu kısmını aktarmayı faydalı buluyoruz: "*Yakalanan kişi müdafii ile vekaletname aranmaksızın her zaman görüşebilir. Buna dayanılarak şüpheliler ile görüşen avukatlar yakalamadan hemen sonra delillerin tam olarak toplanmamasına, diğer tutanak ve işlemlerin tam olarak yapılmamasına rağmen güvenlik güçlerinden hemen şüphelinin ifadesinin alınmasını istemektedirler. Kendileri ile soruşturmanın devam ettiği, ifade alma aşamasına gelinmediği,*

Bununla birlikte bazı karakollarda müdafinin şüpheli ile yalnız görüşme imkanı, olması gerektiği şekilde sağlanamamakta, konuşma sırasında kolluk görevlileri bazen başka işler nedeniyle, sürekli o odaya girip çıkmaktadırlar. Karakoldaki bu davranışlar karşısında görevin layığıyla yapılabilmesi için birçok kez deyim yerindeyse polisle cebelleşmek göze alınmalıdır. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere özellikle atanmış müdafiliğin söz konusu olduğu hallerde düşük ücretler nedeniyle, bazı avukatlar, “bu para için mi polisle cebelleşeceğim” düşüncesine kapılarak, “olduğu kadar” savunma yapmaktadırlar.

Söz konusu sorunun aşılması için öncelikle daha nitelikli kolluk kuvveti yetiştirilmesi ve savcılarının adli kolluğun amiri olarak gerçekleştirilen bu tür hukuka aykırılıkları daha yakından takip etmesi gereklidir. Özellikle savcılarının avukatlardan gelen şikayetleri göz önünde bulundurarak, sürekli şikayetlerin geldiği karakolları daha yakın mercek altına almaları sorunun azalmasında önemli rol oynayacaktır.

-Müdafilikle ilgili bir diğer önemli sorun da hakim ve savcılarının avukatlara bakış açısıdır. Birçok hakim ve savcı özellikle müdafileri işi sürüncemede bırakmaya meyilli kişiler olarak görmekte, onların sözlü beyanlarını dikkate almamakta, yazılı beyanlarını ise birçok kez okumaya dahi değer görmemektedirler. Bu önyargılar ise müdafinin yapmakla yükümlü olduğu kamusal görevin layığıyla yerine getirilmesine engel olmaktadır. Gerçekten de beyanı dikkate alınmayan, yazdıkları okunmayan bir avukatın mesleğini layığıyla icra etmesi nasıl mümkün olacaktır. Bununla birlikte hakim ve savcılarda bu düşüncelerin oluşmasına neden olan davranışlar da birçok kez avukatlar tarafından sergilenmektedir. Ancak ne olursa olsun bir hakim veya savcının, karşısındaki kamusal savunma makamını işgal eden müdafii görmezden gelmesinin hiçbir haklı açıklaması olamaz kanaatindeyiz.

gelindiğinde ifade alınırken bilgi verileceği söylenirken sürtüşmeler olmaktadır. Diğer araştırma ve incelemeler yapılmadan ifade alınması suçun tam olarak ortaya çıkarılmasını engellemektedir. Yasal süresi içinde olmak kaydı ile güvenlik güçlerinin konu ile ilgili tüm araştırmasını yapıp gerekli tutanakları düzenledikten sonra ifade alma aşamasına geldiğinde avukatın bulunabileceği bu konuda insiyatifin soruşturmayı yürüten güvenlik güçlerinde olduğu konusunda düzenleme yapılması gereklidir.” http://www.bursa.pol.tr/?bem_mmk&I-D=25&polis-avukat-iliskileri

-Ayrıca belirtmek gerekir ki; CMK'nın 201. maddesinde müdafiler bakımından da güvence altına alınan doğrudan soru sorma yetkisi, uygulamada birçok hakim tarafından müdafilere (ve hatta genel olarak avukatlara) tanınmamaktadır. Ya da bir avukat bu yetkiyi kullanmak istediğinde bazı hakimler, yetkiyi kullandırsalar bile huzursuzluklarını belli ederek avukat üzerinde baskı oluşturmaktadırlar. Eğer avukata doğrudan soru sorma yetkisi verirse duruşma düzenini sağlamayacağı, dizginleri başkasına kaptracağı ya da duruşmanın gereksiz uzamasının söz konusu olacağı gibi kaygılarla hakimlerin doğrudan soru sorma yetkisine mesafeli oldukları görülmektedir. Özellikle ağır ceza mahkemesi başkanları arasında azımsanmayacak oranda rastlanan bu durum, müdafii doğrudan soru sorma yetkisinin fiilen kısıtlanması sonucunu doğurmaktadır. Bu yetki kullanılmayan veya kullanılmakla birlikte yargılama makamındaki huzursuzluk kendisine hissettirilen avukat ise, bu duruma itiraz edememekte ve çoğu kez aynı mahkemede doğrudan soru sorma yetkisini kullanmamaktadır. Bu duruma niye itiraz etmedikleri ya da niye ısrarcı olmadıkları kendilerine sorulduğunda ise, "hakimle kötü olmak istemiyorum, aksi takdirde benimle ilgili düşünceleri müvekkilimin durumuna etki edebilir" ya da "başka bir davada yine bu adamın önüne geleceğim aramı kötü tutmak müvekkillerim aleyhine sonuç doğurabilir" gibi nedenler ileri sürülmektedir. Ancak avukatların bu konuda daha cesur hareket etmeleri gerektiği kanaatindeyiz. Aksi takdirde hukuken kendilerine tanınan hakkın, fiilen hiç kullanılmaması gibi bir uygulama ortaya çıkacaktır.

-Son olarak üzerinde durulması gereken bir diğer önemli konu da, atanmış müdafiliğin söz konusu olduğu hallerde şüpheli ve sanığın kendisine atanacak müdafii seçme hakkı bulunmamasına ilişkindir. İç hukukumuzdaki mevcut düzenlemeler karşısında sanığın kendisine atanacak müdafii seçme şansı bulunmamaktadır. Benzer şekilde adil yargılanma hakkının düzenlediği AİHS'nin 6. maddesinde, atanacak müdafii seçme hakkının sanığa tanınması, adil yargılanma hakkının bir gereği olarak düzenlenmemiştir. Ancak 6. maddedeki kriterler adil yargılanma hakkının minimum kriterleridir.⁶⁴ Yani taraf devletler en azından bu maddede ifade edilen hakları sanıklara tanımalıdırlar. Ancak elinde

⁶⁴ ULUSLARARASI AF ÖRGÜTÜ, s.24

gerekli imkanları olan bir taraf devlet, vatandaşını bu minimum kriterlere mahkum etmek istemiyorsa, elbette ki bu maddede belirtilen haklardan çok daha fazlasını kendi vatandaşlarına tanıyabilecektir. Bu itibarla gerekli kaynak ve imkanların oluşturulması halinde, başka ülkelerdeki uygulamalardan da faydalanmak suretiyle, şüpheli veya sanık statüsündeki vatandaşlarımıza, kendilerine atanacak müdafileri seçme hakkını tanımak gerektiği kanaatindeyiz.

Kaldı ki; sanığa atanmış müdafini seçme hakkının tanınmadığı hallerde, sanık müdafinden en kötü hizmeti bekleyecektir. Müdafii açısından ise, sanığa karşı sorumluluklarını tam olarak yerine getirmesi için bir teşvik mekanizması olmayacaktır. Çünkü avukat, işini, minimum gerekleri yerine getirerek yaptıktan sonra, listeden sırası geldikçe atanmış müdafii olarak görevlendirilmeye devam edecektir. Bu itibarla avukatın, atanmış müdafii olarak görev yaptığı hallerde, asgari özen göstermesi ve savunma konusunda asgari çaba harcaması çok uzak bir ihtimal değildir. Dolayısıyla sanığa seçme hakkı tanınmaması savunma hizmetinde kalite düşüklüğüne yol açmaktadır kanaatindeyiz.⁶⁵ Sanığa müdafini seçme hakkının tanınması, böylelikle müdafileri işlerini daha iyi yapmaları konusunda teşvik ederken; sanıkları da daha iyi hizmet alacakları konusunda ikna için bir basamak teşkil edecektir.

Buna ilişkin bir uygulama belirli sınırlılıklar içerisinde de olsa Almanya'da bulunmaktadır. Bu ülkenin Ceza Muhakemesi Kanunu olan Strafprozessordnung'un (StPO'nun) 142. maddesindeki düzenleme ile en azından ilke olarak şüpheli veya sanığa, kendisine atanacak müdafii seçme hakkı tanınmıştır. Buna göre; atanmış müdafilik yapacak avukatların listesi hakiminde bulunmakta ve atanmış müdafileri hakim tayin etmektedir. StPO'daki açık düzenlemeye göre, hakim bu şekilde müdafii tayin ederken sanığa elindeki listeyi göstermekte ve ona listeden istediği herhangi bir avukatı müdafii olarak belirleme hakkı tanımaktadır. Ancak bu hak mutlak bir hak değildir. StPO'daki düzenlemeye göre, hakim, geçerli bir sebep olmadıkça sanığın seçtiği avukatı atamalıdır. Ancak geçerli ve makul bir nedenin olduğu hallerde, sanığın seçtiği avukatı müdafii olarak atamama yetkisini de haizdir.⁶⁶

⁶⁵ Aynı yönde bkz. **TEPECİK-KARAKEHYA**, s.46

⁶⁶ Lutz MEYER-GOßNER, **Strafprozessordnung(Kommentar)**, C.H. Beck, München 2003, s.552

Bu bağlamda son olarak belirtmek isteriz ki, savunduğumuz görüşe karşı, *“Bu anlayış, avukatlara olan güvensizliği yansıtır. Her avukat işini ne olursa olsun en iyi şekilde yapar. Nitekim yeni hukuki düzenlemelerde de avukatlar birer yargı organı olarak kabul edilmişlerdir. Ayrıca kamu adına görev yaparlar.”* şeklindeki söylemler, her ne kadar bu meslek mensuplarına hoş gelebilecek retorik sözlerse de, içerik olarak çok iyi mantıksal temellere dayanmamaktadır. Nitekim avukatlar da insandır, onların da bir takım hırsları, tutkuları ve zaafaları vardır. Dolayısıyla her insan da görülebilecek olan zaafaların avukatlar da da olabileceğini baştan kabul etmek bizi daha mantıklı sonuçlara götürecektir.⁶⁷

SONUÇ

Ceza muhakemesinde şüpheli veya sanığın savunmasını yapan avukata müdafî denilmektedir. Müdafî kamusal bir organ olarak savunma faaliyetine katılmakta ve maddi gerçeğin en doğru haliyle ortaya çıkmasına hizmet etmektedir. Hukukumuzda kural olarak müdafî ile savunma zorunluluğu bulunmamakla birlikte, kanunkoyucunun bir müdafîin hukuki yardımı olmaksızın savunmanın etkin şekilde yapılamayacağını kabul ettiği haller (zorunlu müdafîlik halleri), bu genel kuralın istisnasını oluşturmaktadır.

Muhakeme sürecinde ceza tehdidi ve baskısını doğrudan üzerinde hissedilen sanık, psikolojik olarak zor durumdadır. Dolayısıyla çoğu kez soğukkanlı hareket edemez. Bu itibarla ceza davalarında defalarca müdafîlik yapmış bir kimsenin bile, kendisinin sanık olduğu ağır cezai uyuşmazlıklarda, muhakkak bir müdafîin hukuki yardımından faydalanması gerekir.

Türkiye'nin taraf olduğu bazı uluslararası anlaşmalardaki gibi, yine tarafı olduğu AİHS'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinin 3. fıkrasının (c) bendinde, müdafiden faydalanmak sanıklar bakımından temel bir hak olarak kabul edilmiştir. Buna göre, suç isnadı altında bulunan kimse, *kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin*

⁶⁷ TEPECİK-KARAKEHYA, s.46 vd.

yardımdan yararlanabilmek hakkına sahiptir. Bu bağlamda bir müdafinin yardımından faydalanmak suretiyle savunma hakkı, sadece kovuşturma bakımından değil, soruşturma evresi bakımından da geçerli bir haktr.

Müdafinin hukuki statüsünün ne olduğuna ilişkin birçok farklı görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre müdafinin temsilcisi iken, bir başka görüşe göre adli bir organdır. Ancak teoriler ayrıntılı olarak ele alındığında, müdafinin sanık aleyhine hareket edemeyen (sınırlandırılmış) bir adli organ olarak kabulünün daha doğru olduğu sonucuna ulaşılabileceği kanaatindeyiz. Nitekim müdafiden faydalanma hakkının anlamlı olabilmesi için müdafinin ile sanık arasındaki güven ilişkisinin tesisi ve özellikle de sanığın müdafisine güvenmesi büyük önem arz etmektedir. Müdafinin hem sanıktan büyük oranda bağımsız kamusal bir organ olduğunu hem de onun hareket edemeyeceğini vurgulamak bakımından sınırlandırılmış adli organ teorisini daha tutarlı görmektedir.

Müdafiliğe ilişkin olarak uygulamamızda ciddi sorunlar bulunmaktadır. Bunlardan başlıcaları; atanmış müdafilik ücretlerinin düşüklüğü ve buna bağlı olarak bazı atanmış müdafilerin görev yapmadaki isteksizlikleri, görevini yapan müdafinin kolluğun olumsuz bakış açısı, hakimlerin ve savcılarının önyargıları, bazı hakimlerin değişik nedenlere bağlı olarak müdafinin doğrudan soru sorma gibi duruşmaya etkin katılımı sağlayan yetkilerini kullandırmama eğiliminde olmaları ve müdafilerin buna ses çıkarmaması, son olarak da sanığın atanmış müdafini seçme hakkının bulunmaması olarak sayılabilir.



KAYNAKÇA

AMBOS, Kai. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Yargılama Hakları-Silahların Eşitliği, Çelişmeli Önsoruşturma ve AİHS m.6-”, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Çev. Yener Ünver, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004

BAŞBÜYÜK, İsa. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (6/3-c) Kapsamında Müdafinin Yardımından Yararlanma Hakkı”, MÜHFHAD Nur Centel’e Armağan, İstanbul 2013

BAYILLIOĞLU, Uğur. “Savunma Hakkının Etkin Kullanımı Bakımından Müdafinin Önemi”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2004

BEULKE, Werner. **Strafprozessrecht**, C.F. Müller, Heidelberg 2005

CENGİZ, Serkan-DEMİR AĞ, Fahrettin-ERGÜL, Teoman- MCBRIDE, Jeremy-TEZCAN, Durmuş. **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, Türkiye Barolar Birliği ve Avrupa Birliği Ortak Yayını, Ankara Kasım 2008

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

CENTEL, Nur- ZAFER, Hamide. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 2011

DÜLGER, Murat Volkan. “Ceza Muhakemesinde Müdafinin Konumu ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2012 S.4

GROZEV, Yonko –VITKAUSKAS, Dovdyas –ANTHONY, Sian Lewis (Editors), “**Right to a Fair Trial Under The European Convention on Human Rights (Article 6)**” Interights Publish, London 2009

HARRIS, David. “The Right to A Fair Trial in Criminal Proceedings as A Human Right,” *The International and Comparative Law Quarterly*, April 1967, V. 16, N.2

İNCEOĞLU, Sibel. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılama Hakkı, Beta Yayınevi, İstanbul 2013, s.330

KARAKEHYA, Hakan. “Ceza Muhakemesi Uygulamamızda Atanmış Müdafiliğe İlişkin Görülen Sorunlar,” **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2012 (10-14 Ocak 2012)**, Cilt 3, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2012

KARAKEHYA, Hakan. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi (Adil Yargılama Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma**, Savaş Yayınevi, Ankara 2008

KOCAOĞLU, Serhat. **Müdafî**, Seçkin Yayınları, Ankara 2012

KUNTER, Nurullah-YENİSEY, Feridun - NUHOĞLU, Ayşe. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2006

LADEWİG, Hans-Meyer. “Adil Yargılanma Hakkı-II,” in: **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, (Çev. Hakan Hakeri), Seçkin Yayınevi, Ankara 2004

MAHONEY, Paul. Right to A Fair Trial in Criminal Matters Under Article 6 E. C.H.R, **Judicial Studies Institute Journal**, 2004, V.4, N.2

MALEK, Klaus. **Verteidigung in der Hauptverhandlung**, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 1997

MEYER-GOßNER, Lutz. **Strafprozessordnung(Kommentar)**, C.H. Beck, München 2003

ÖZBEK, Veli Özer-KANBUR, Mehmet Nihat- DOĞAN, Koray –BACAKSIZ, Pınar -TEPE, İlker. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014

ÖZTÜRK, Bahri- TEZCAN, Durmuş – ERDEM, Mustafa Ruhan – SIRMA, Özge – KIRIT, Yasemin F.S. – ÖZAYDIN, Özdem – AKCAN, Esra A. -ERDEM, Efser. **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012

ÖZTÜRK, Bahri- ERDEM, Mustafa Ruhan. **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006

PUYENBROECK, Laurens Van - Gert VERMEULEN, Gert. “Towards Minimum Procedural Guarantees for The Defence in Criminal Proceedings in The EU”, **International and Comparative Law Quartely**, V.60, I.4, October 2011

RANFT, Otfried. **Strafprozessrecht**, Boorberg Verlag, Stuttgart, München... 1995

SCHROEDER, Friedrich-Christian. “Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi”, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Fair Trial**, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 1999

SILVER, Jay Sterling “Equality of Arms and the Adversarial Process: A New Constitutional Right”, **Wisconsin Law Review.**, 1990

ŞAHİN, Cumhur. **Ceza Muhakemesi Hukuku-I**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014

TEPECİK, Filiz-KARAKEHYA, Hakan.“Sanığa Atanmış Müdafini Seçme Hakkı Ta-

nınması Üzerine Düşünceler,” **Güncel Hukuk Dergisi**, Mart 2007

TOLUNER, Sevin. **Türkiye’nin Bazı Dış Politika Sorunları**, Beta Yayınları, İstanbul 2004

TOROSLU, Nevzat-FEYZİOĞLU, Metin. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara 2006

ULUSLARARASI AF ÖRGÜTÜ, **Adil Yargılanma Hakkı**, İletişim Yayınları, İstanbul 2000

ÜNVER, Yener- HAKERİ, Hakan. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara 2014

VOLK, Klaus. **Grundkurs StPO**, C.H. Beck Verlag, München 2005

ZAFER, Hamide. **Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu**, Beta Yayınevi, İstanbul 2004

<http://www.barobirlik.org.tr/Detay.aspx?ID=11400> (Erişim T: 25.02.2015)

http://www.bursa.pol.tr/?bem_mmk&ID=25&polis-avukat-iliskileri (Erişim T: 25.02.2015)

