



# Savunma Hakkı<sup>(\*)</sup>

Av. Yasin DIVRAK – Av. Ahmet Hasan KILIÇ



## TAKDİM

**A**dalet idesine kavuşabilmenin yolu, savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılabilmesiyle mümkündür. Savunma, muhakeme faaliyetinin temeline yerleşmeli ve tüm muhakeme bu temel üzerinde şekillenmelidir. Bu yönüyle hukukçunun ve muhakemenin aslı görevi, gerçeğin tamamen ortaya çıkarılmasıdır. Çünkü adalete giden yol, gerçeği ortaya çıkararak inanç ve eylemdir. Gerçeği ortaya çıkaracak inanç ve eylem de en yoğun olarak, o gerçeğe en çok ihtiyacı olan ve kendisinde bağışlanmış bir hak bulunan “savunma”da bulunabilir.

Savunma hakkı, muhakemenin temel ve kutsallık iksiri içirilmiş unsuru ise; muhakemenin diğer unsurları ile birlikte anayasada zikredilmeli ve düzenlenmelidir. Oysa ki, “besleme yerine asma” düşüncesinin hakim olduğu anayasamız, savunma ve savunmayı temsil eden avukatlar ve bunların meslek kuruluşu olan barolar hakkında bir düzenleme getirmemiştir. Barolar ile ilgili tek düzenleme Anayasanın 135. maddesinde yer almaktadır. Bu madde, çok genel bir anlatımla “Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları” başlığı altında kanunla yapılacak düzenlemelere atıflar yapmaktadır. Bu atıfta savunma ve avukatlarla, barolarla ilgili bir hüküm yoktur. Öte yandan 139 ve 140. maddelerde hakimlik ve savcılık teminatı ve bağımsızlığı etrafında düzenlenmiştir. Bu anayasal(!) koşullarda savunma hakkının gerekene yakın düzeyde kullanılabilmesi, savunmayı içselleştirebilmiş avukatlar sayesinde mümkün olabilmektedir.

Savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılıyor olabilmemesinin olmazsa olmaz koşulu “hukuk devleti ilkesi”nin yaşama geçmesi olmasıdır. Hukuk devleti, bireylerin hukuki güvenlik içinde bulunduğu, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kuralları çerçevesinde geliştiği bir sistemi ifade ederken; zayıf olan bireyin güçlü olan devlete karşı kendini savunabilmesi, o toplumda hukuk devleti ilkesinin yerleşmiş olmasını zorunlu kılar.

Okuyucu, savunma hakkının söylemde sürekli olarak devlete karşı kullanımını fark etmektedir. Savunmanın ağırlıklı olarak devlet karşıtı söylemle dile gelmesinin bir nedeni kanuni mevzuat olduğu kadar, diğer nedeni de meşruiyetlerini hukukun meşruiyeti ile birlikte sorgulayamayan uygulayıcılar olmaktadır.

Baronun, devletin avukatlığına soyunması şeklindeki pratikleri, devlet karşısında zaten güçsüz olan savunmanın devlet yanında yer alan savunma ile ilgili kanaatlerinde, bir kere daha pekişme oluşturmuştur.

İşte tam da bu sırada Çağrı Avukatlar Grubu Fikri Araştırmalar Komitesi, Baronun işlevselliğini de konu alan savunma hakkını gündemimize taşıyarak, özgün bir çalışma ortaya koymuştur. Komitenin, savunma hakkının düzenlenmesi ve sorunlarına ilişkin gayretlerini, çözümlerin parçası olarak adliye koridorlarında gösterdiği kadar, entelektüel düzeyde de meslektaşlarımıza sunmuş olması, savunma mesleği ve geleceğimize dair bir parlıtı olarak görülmektedir.

Savunmanın ve savunma mesleğinin teminatı genç meslektaşlarımızın çalışmalarının, hukukla erdemle birleştiği sorumluluk bilincinin yansımaları olarak kabulü, onlara duyduğumuz sevgi ve saygının en güzel göstergesi olacaktır.

Av. Muharrem BALCI

(\*) Bu çalışma, **Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Grubu**'nda tebliğ olarak sunulmuş, bilahare İstanbul Barosu'nun 2004 seçimlerinde **Çağrı Avukatlar Grubu**'na Eylül 2004 tarihinde kitap olarak yayımlanmış ve 10.000 adet basılmıştır.

## GİRİŞ

**S**avunma hakkı üzerinde yazılan yazılar, yapılan tartışmalar yeni değildir. Ancak bu hakkın, sıradan bir hak olamayıp bir insan hakkı olduğu düşüncesi yeni kabul edilen bir düşüncedir. İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi bir insan hakkı olarak savunma hakkını içermektedir (m. 8, 9, 10, 11). İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ise savunma hakkını öncelikli olarak sanık bakımından öne çıkarmış (m. 6/3) ve herkesin savunma hakkının olduğunu kabul etmiştir (m. 6/1).

Anayasada savunma hakkı tereddüde yer vermeyecek şekilde düzenlenmiştir. Anayasanın 36. maddesinde, “Hak Arama Hürriyeti” içinde, “Temel Haklar ve Ödevler” arasında;

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

şeklinde düzenlenmiştir.

Esasen, devlet dahil bütün kurumları ayakta tutan “*hukuk*”dur. Bu bakımdan biz hukukçulara düşen, her hangi bir tarafı değil, hukuku, hukukun gereğini incelemektir. Kurumlar, insanlar ve mahkemeler hakları tanımak zorundadır. Çünkü bu haklar, mahkemeler ve yasalardan önce vardır. Hiçbir kurum veya mahkeme hakkın koyucusu/ihdas edicisi değil, ancak tanıyıcısıdır. Korunması gereken ve üstün olan bizzat “*hakkın*” kendisidir. Hak sahibinin kimliği de hakkın yerine getirilmesinde önemli ve belirleyici değildir. Bu noktada savunma hakkı da hukuk düzenimizce kabul edilen temel bir haktır. Temel haklar arasında düzenlenen savunma hakkının içeriğinin ne olduğu, bu haktan kimlerin yararlandığını saptamak için bu çalışmayı yapmış bulunmaktayız.

## SAVUNMA HAKKI KAVRAMI

Savunma hakkının dar ve geniş anlamda olmak üzere iki anlamı vardır. Savunma hakkının pasif yönü olarak da kabul edilen “*dar anlamda savunma hakkı*” bireyin kendine yöneltilen bir isnadı karşılama ve bu isnada cevap verme hakkı olarak ifade edilebilir. Bu anlamda savunma hakkı, sadece isnat altın-

daki kişinin, yani sanığın savunma hakkı olarak anlaşılmaktadır.

Bir hak olarak “savunma hakkı” geniş anlamıyla, hukukun kişilere tanıdığı ve koruduğu yetki olarak ifade edilen ve insan hakları kavramı içinde yer alan en önemli sùjelerden birini oluşturmaktadır. Hak olarak ifade edilen yetkinin kullanımı ya da bir hakka yapılan saldırıyı önleme geniş anlamda savunma hakkının kapsamını oluşturmaktadır. Bu tespitin dayanağı karşılıklı iddia ve savunma konsepti üzerine kurulmasıdır. Dolayısıyla nerede iddia varsa orada savunma ve nerede savunma varsa orada da iddia bulunmaktadır. Bu nedenle savunma hakkı, sadece iddia veya isnadın muhatabı kişiye tanınmış bir hak değil bilakis iddia ve isnatta bulunan kişiye de tanınmış bir haktır. Kapsam böyle olunca savunma hakkı, sadece ceza muhakemesi<sup>1</sup> hukukuyla sınırlı kalmamakta ve sadece sanığın tekelinde kalmamakta, aksine “dava” kavramıyla bağlantılı olmak üzere tüm muhakeme hukukunu ilgilendirmektedir. Dolayısıyla savunma hakkının sahibi yalnız davalı veya davalı kişiler olmamakta, hem dava hem de davalı kişi veya kişiler olabilmektedir.

Günümüz hukuk metinlerine hak olarak geçen ve korunan savunma ihtiyacı tüm canlılarda doğuştan var olan içgüdüsel bir davranış biçimidir. Hak arama insan tabiatının duraksamadan ve kendiliğinden her ilişkide ortaya koyduğu dinamik bir eylemdir. İnsan, yapısında var olan bu içgüdüsel davranışı aklını da ekleyerek geliştirmiş, değiştirmiş ve tarihsel süreç içinde farklı görünümle günümüze kadar gelmiştir. Başlangıçta hakkını kendi eliyle alma “ihkak-ı hak” şeklindeki kaba kuvvet savunmadan elini çekmiş, yerini kurumsal yapı olan devlet almıştır.

Devlet adı verilen üstün güç yasama, yürütme ve yargı işbölümüyle bireyin hak ve özgürlüklerini korumayı üstlenmiştir. Artık

<sup>1</sup> “Yargı” kavramı, muhakeme kavramının yerine kullanılıyor olsa da, esas itibarıyla yargı hüküm verme anlamındadır. Yargı dendiğinde hüküm verme anlaşılır. “Muhakeme” ise, bir uyumsuzlukta uyumsuzluğun tüm taraflarının (iddia, savunma ve hüküm) birlikte ve biri olmazsa diğeri olmaz işlevselliği ile yapılan işlemdir. Bu nedenle biz yargı yerine muhakeme kavramını kullanmayı uygun gördük.

hakkın ve haklılığın saptanması kişiye özgü anlayış olmaktan çıkmış, önceden konulan, yöntemine uygun bir biçimde yürürlüğe sokulan ve genelde yazılı olan, devlet dahil herkesi bağlayan kurallara yerini bırakmıştır. Kişilerin kendini koruması anlamında savunma ise “savunma hakkı” olarak bu kurallar manzumesi içinde yerini almıştır.

Hem yönetimlerden, hem diğer insanlardan gelecek her türlü baskı ve zarara karşı insanı ve insanlığı hukuk korumaktadır. Bu bakımdan hukuk insanlığın en yüksek değerlerinden biridir. Aynı zamanda insanlığın vazgeçilmez ortak değeridir. Bunun tabii sonucu olarak da insanlar bir haksızlığa uğradıkları zaman hukuka başvurarak haklarına ulaşmaya çalışırlar. Hukuk Devleti anlayışına göre, hukuk yoksa devlet de yoktur; hukukun olmadığı yerde olsa olsa çete ve çeteler vardır. İşte bu geniş kapsamı ve bağlayıcılığı nedeniyle hukuk, yönetimden, devletten ve bütün kurumlardan üstündür. Bu düşünce ifade edilse de edilmese de her zaman vicdanların içinde ve vicdanlardan üstündür. Bu bakımdan “hukuk devleti” kavramı yerine artık “hukukun üstünlüğü” kavramı ikame edilmiştir. Bu son kavram devleti kutsal olmaktan çıkarmakta ve bir hukuk süjesi haline getirmektedir.

Tüm bu hukuk, kudsiyet, devlet, hukukun üstünlüğü gibi kavramlar, hukukun kaynağı itibarıyla değerlendirilmesini gündeme getirmiştir.

Gerçekten de, vicdanlardan kanunlara taşınan hukuk ve hukuk sistemi, oluşturduğu düzenlemelerle, dayandığı zihniyeti de tartışmaya açmıştır. Artık bundan sonra her türlü hukuki düzenlemenin dayandığı hukukun meşru olup olmadığı tartışma konusu yapılacaktır. Söz konusu tartışma, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğüne dayalı devlet kavramlarının da içinin doldurulmasında, konumuz gereği “savunma hakkı”nın da hukukun üstünlüğüne dayalı devlet zihniyeti içinde aldığı değerler ortaya konmasında etkili olacaktır. Bir başka ifadeyle, savunma hakkı, devletin hukukunun meşruiyeti sorunsalında anlamlı olacaktır. Bu çalışma böylesi bir geleceğin inşasında katkı yapması temennisiyle yürütülmüştür.

## SAVUNMA HAKKININ ÖNEMİ

Bir kimsenin kendine yöneltilen isnadı karşılayamaması, haklılığını ortaya koyamaması kabul edilebilir bir olgu değildir. Savunma hakkı adaletin gerçekleşmesinde çok önemli fonksiyonlar icra etmektedir. Gerek bireyler gerekse tüm toplum açısından adalet mefhumunun tam anlamıyla gerçekleşebilmesi savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılabilir olması sonucuna bağlıdır. Öyle ki “savunma” muhakeme faaliyetinin temelinde yerleşmelidir ve tüm yargılama bu temel üzerinde şekillenmelidir. Siyasette ve ideolojik yaklaşımlarda yapılanların aksine, hukukta asıl olan gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu yönüyle hukukçunun ve yargılamanın en önemli görevlerinden biri, gerçeğin tamamen ortaya çıkarılmasıdır. Çünkü adalete giden yol buradan geçmektedir.

Tüm modern dünya ülkelerinde bu yönde bir gelişim olmasına karşılık maalesef ülkemizde savunmaya gereken önemin verildiğini söylemek mümkün değildir. Anayasa’ya ve bununla ilgili yasal düzenlemelere bakıldığında savunmanın muhakeme içinde bir kurum olarak dahi kabul edilmediğini görmekteyiz. Gerçekten iddia makamı devlet gücünü arkasına alarak, son derece geniş olanaklarla işlevini yürütürken, savunma ve delil toplama görevi sadece biz avukatların imkanlarına ve omuzlarına yüklenmiş devasa bir yüküdür.

Durum böyle olunca savunmayı güçlendirmenin yolu da, savunmayı temsil eden avukatın muhakeme aşamasında daha etkin bir hale gelmesini sağlayacak düzenlemelerin yapılmasından geçmektedir.

Savunma hakkı geniş anlamıyla sadece ceza muhakemesinde sanık durumunda olan kişi ile sınırlı olmadığı gibi, esasen ceza hukuku ile de sınırlı değildir. Savunma hakkı “dava” kavramıyla bağlantılı olarak tüm muhakeme hukukunu kapsayan, davanın tüm tarafları için geçerli olan bir haktır. Hatta kişiye yöneltilmiş bir isnadın olduğu, insanların toplum olarak bir arada yaşadığı her yerde ve her an ihtiyaç duyulabilen bir haktır. Bu da savunma hakkının ne denli önemli bir hak olduğunu izah etmeye yeterlidir.

Tüm bunlara rağmen savunma hakkının en yoğun olarak kullanıldığı ceza muhakemesi hukukunu düzenleyen Ceza Muhakemeleri Usul Kanununa baktığımızda çok büyük bir eksiklikle savunma hakkını sadece sanık bakımından düzenlemiş olduğunu, mağdur olan kişi açısından ise böyle bir hakka yer vermediğini görmekteyiz. Modern ceza muhakemesi hukuku, savunma hakkını sanığa tanıırken, mağduru da bu haktan mahrum etmemek zorundadır. Çünkü ihlal edilen hak bir insan hakkıdır ve işlenen suçların büyük çoğunluğunda, suçun mağduru insandır. Kısaca savunma hakkı sadece sanık veya davalıya tanınmış bir hak değil bilakis mağdura ve davacıya da tanınmış bir haktır.

Özetle ceza yargılamasında isnadın kamu-sallığı esası, özellikle sanık bakımından önemli hüküm ve neticeler doğurmakla birlikte; mağduru savunma hakkının kapsamı dışında bırakmak modern hukukun kabul edebileceği bir durum değildir.

Savunma hakkı, hak sahibi veya vekil tarafından kullanılıp kullanılmaması önemli olmayıp, bireysel nitelikte ve kamusal bir hak olması nedeniyle de önemlidir. Ancak, ceza muhakemesinde, sanık söz konusu olduğu için savunma hakkının bireysel nitelikten çok kamusal niteliği ön plana çıkmaktadır. Dolayısıyla iyi örgütlenmiş iddia makamı olan devlet karşısında güvenceden yoksun sanığın korunması zorunlu olmuştur.

Bu zorunluluk, giderek savunmanın isnada eşitliği, yani en az iddia makamı kadar savunmanın da kurumsal anlamda örgütlenmesini beraberinde getirmiştir. Bugün dünyada farklı sistemler olmakla birlikte modern muhakeme hukukunda, iddia makamı kadar örgütlü savunma kurumu bulunmaktadır. Ancak CMUK'un yukarıda çerçevesi çizilen anlamda bir savunma kurumunu bünyesinde barındırdığını söylemek güçtür. CMUK'da son on yılda yapılan değişiklikler dahi beklentilere cevap vermekten uzaktır. Onun için bir an evvel kurumsallaşmış bir savunma makamına yaşama alanı açacak yasal değişiklikler yapılmalıdır.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Bu çalışma, Eylül 2004'te yayımlanmış olup, daha sonra 04.12.2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu kabul edilmiştir. Metinde CMUK olarak geçen ibareler artık CMK olarak anlaşılacaktır. Metin-

Çözüm için yapılması gereken, çok açık ve kesindir. Yapılması gereken, "hukuk reformu"dur. Bu reform önce hukukçuların kafasında, daha sonra mevzuatta (hukuki düzenlemelerde) olmalıdır. Hukukçu, adaleti sağlamakla görevli olduğu bilincine varmalıdır. Savcı kendisini "korucu", hakim kendisini "memur", avukat da hukuku "menfaat aracı" olarak görüyorsa, en iyi kanunların dahi uygulamada hiçbir anlamı olmayacaktır.

Şüphe yok ki hukuk; ne statükoyu koruma, ne muhalifleri cezalandırma, ne de çıkar sağlama aracıdır. Hukuk; adalete giden tek yoldur. Hukukun üstünlüğü de buradan gelmektedir. Hukukun üstünlüğü er veya geç, hem bu ülkede hem de bütün dünyada sağlanacaktır. Peki bu ülkede bu ağır görevi kim gerçekleştirecektir? Hiç kuşku yok ki, savunma hakkını en etkin şekilde kullanacak olan savunma makamıdır. "Peki ne zaman" sorusuna ise, "hemen şimdi" cevabını vermeyi uygun görüyoruz.

Ceza muhakemesinde savunma hakkı bütünlük arz etmekle birlikte, bir yandan hak sahibi tarafça kullanılan bir hak olarak ortaya çıkarken diğer yandan biçimsel olarak müdafii tarafından kullanılan bir haktır. Ancak savunma hakkı niteliği gereği mutlak şekilde kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Hak, kanuni temsil halleri hariç (CMUK, m. 138) ancak vekaleten kullanılabilir.<sup>3</sup>

Savunma hakkı bireysel nitelikte kamusal bir hak olduğundan, hak sahibi avukatlık hizmetinden yararlanma hakkından mahrum edilmemesi gerekir. Özellikle ceza muhakemesinde sanıklık sıfatının kazanılmasından sonra, devlet, kişiye isterse avukat sağlamak zorundadır. Bu nedenle modern hukuk düzenlerinde "Adli Müzaheret" kurumuna yer verilmiştir. Bugün hukuk sistemimizde bu kurum günün ihtiyaçlarına cevap verebilecek nitelikte ivedilikle düzenlenmelidir.

de geçen maddelerin CMK'daki karşılıkları metne işlenerek çalışma güncelleştirilmiştir.

<sup>3</sup> Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda müdafii seçimine ilişkin hususlar 149 ve devamı maddelerde düzenlenmiştir.

Müdafii görevlendirilmesini düzenleyen 150. madde de eski kanundan farklı olarak cezanın üst sınırının 5 yıl ve yukarısı hapis cezasını gerektiren suçlardan olması halinde sanığın talebine gerek kalmaksızın müdafii zorunluluğu getirilmiştir.

## HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ ve SAVUNMA HAKKI

### Genel Olarak

Hak ve bu bağlamda hak arama özgürlüğü, uygarlığın gelişimine paralel olarak gelişen bir kavramdır. Bu gelişim sürecinde insanların, haklarını elde etme uğraşlarının yanı sıra haklarını kullanabilme ve koruma yönünden de önemli çabaları olmuştur.

Hukukun insan elinde şekillendiği ve yorumlandığı gerçeği çok iyi algılanmalıdır. Örneğin —aslında bir feodalizm manifestosundan başka bir şey olmadığı halde— Magna Carta tarihi süreç içinde bir özgürlük belgesi hatta özgürlük belgelerinin ilki ve önemlisi olarak yorumlanmıştır. Çünkü Magna Carta'nın 40. Bölümünde, hakkın ve adaletin satılamayacağı ya da inkar edilemeyeceği belirtilerek tüm kişilere, rütbesine, statüsüne ya da zenginliğine bakılmaksızın, yargı makamına başvurabileceği ve yargısal usullerden yararlanabileceği belirtilmiştir.

İşte yalnız bu hükümden hareketle bile bu belge özgürlük ve hakların güvencesi olarak anlaşılan ve uygulanan belge olarak değerlendirilebilmektedir. Yine günümüze kadar gelen süreçte, katı normların anayasaya uygunluğu somut norm denetim yolu ile denetlenmekte ve hukuk devleti, hukukun üstünlüğü gibi kavramlar, savunma hakkı eksenli değerlendirilerek, bireyin temel hak ve özgürlükleri koruma altına alınmaktadır.

Temel hak ve hürriyetlerin anayasal güvence ile teminat altına alınmaya başlandığı bu süreçte, hak arama özgürlüğünün somutlaşmış hali olarak da kabul edebileceğimiz hak arama özgürlüğünün en etkin kullanım şekli olan “savunma hakkı” da aynı şekilde anayasa ve yasalarda ifadesini bulmuştur. Bir başka deyişle birey devlete karşı biraz daha güçlü hale getirilmeye çalışılmıştır.

Ülkemiz açısından bu temel hakkın anayasal metinlere geçmesi 1876 tarihli “Kanunu Esasiye” ile başlamaktadır. Bu Kanunun 83. maddesi ve 1924 tarihli “Teşkilatı Esasiye Kanunu”nun 59. maddesinde herkesin yargı yerlerinde haklarını savunmak için gerekli yasal araçları kullanabileceği kabul edilmiştir.

1982 Anayasası hak aramayı “Temel Hak ve Hürriyetler” arasında kabul etmekte ve “Kişi Hakları” arasında düzenlenmektedir.

Anayasa'nın 36. maddesine göre;

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

1961 Anayasası'nın 31. maddesinde de, “adil yargılanma hakkı” hariç, benzer hüküm bulunmaktadır;

“Herkes, meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak, iddia ve savunma hakkına sahiptir.”

1961 Anayasası'nın 31. maddesinde ve 1982 Anayasası'nın 36. maddesinde düzenlenen şekliyle, Anayasanın hak aramayı yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma hakkı şeklinde tanımlaması hak aramanın sadece yargı mercileri önünde gerçekleşebileceği izlenimini uyandırmaktadır. Bu durum hakkın kapsamını kısıtlayıcı bir görünüm arz etmektedir.

Hak aramanın yargı mercileri önüne gelmeden başka merciiler önüne gelebileceği bilinen bir gerçektir. Bu nedenle Anayasanın 36. maddesinin geniş yorumlanması hak arama özgürlüğünün gerçek amacına ulaşması için önemli bir husustur.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında 4709 sayılı Kanunun 14. maddesi ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 36. maddesinin birinci fıkrasına “savunma” ibaresinden sonra gelmek üzere “ile adil yargılanma” ibaresi eklenmiştir.<sup>4</sup> Bu değişiklikle Anayasada ilk defa “adil yargılanma” bir hak olarak tanımlanmakta ve tanınmaktadır. Kişiler için temel bir hak olarak AİHS'in 6. maddesinde ifadesini bulan “adil yargılanma” şimdilik yeterli kanuni güvencede olmasa da, AİHS'in üstün norm niteliğinin korunması ve AİHM kararlarının emsal alınmasıyla uygulamada yerini alacağı benzetilmektedir. Darısı, Anayasada tek bir kelime olarak geçen “savunma”nın başına.

<sup>4</sup> Kanun No: 4709, Kabul Tarihi: 03.10.2001, Resmi Gazete: 17.10.2001-24556 Mükerrer.

Hak arama ve bunun doğal sonucu olan savunma hakkı bir hak olduğu kadar aynı zamanda bir özgürlük biçimidir. Özetle savunma hakkı hak arama özgürlüğünün olmazsa olmazıdır.

Savunma ve savunma organı hukuk düzenine ve özgürlükler düzenine sıkı sıkıya bağlıdır. Savunma özgürlüğünün olmadığı bir ortamda savunma hakkından söz edilemeyeceği gibi savunmanın etkin kullanımından da bahsetmek mümkün değildir.

## NİTELİKLERİ

Hukukun koruduğu menfaatler ve bireye tanıdığı yetkilerin çokluğu, hakların değişik adlarla tasnif edilmelerini beraberinde getirmiştir. Bu tasnifin en başında "*Özel Haklar-Kamu Hakları*" gelmektedir. Bu ayrımın önemi, devletin kişilere karşı yerine getirmesi gereken işleri kapsayan haklar olarak kabul edilmesidir.

Anayasada temel haklar üç başlık altında ele alınmaktadır. Bunlardan biri "*Kişî Hakları ve Ödevleri*" başlıklı bölümde yer alan haklardır. Önleyici haklar veya koruyucu haklar da denilen bu haklarla kişinin maddi ve manevi bütünlüğünü korumakta, hakların gelişmesi için gerekli tedbirler alınmaktadır. Bu hakların en belirgin ortak özellikleri, kişiye belirli bir yaşam alanını saklı tutan, devletin bu alana karışmasını önleyen, kısaca bireyi devlete karşı koruyan temel haklardır. Savunma hakkı da bu bölümde yer almaktadır.

Savunma hakkı herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez nitelikte bir temel haktır. Bu hak yasa ile dahi olsa demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı biçimde sınırlanamaz. Devlet dahil herkese karşı ileri sürülebilen mutlak nitelikte bir haktır.

AİHS'in 6. maddesi de savunma hakkını, adil yargılanma hakkı ile birlikte düzenlemektedir.

### Adil Yargılanma Hakkı

Herkes, gerek medenî hak ve yükümlülükleriyle ilgili anlaşmazlıkların çözülmesi, gerek kendisine yöneltilen herhangi bir suçla-

manın karara bağlanması konusunda, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir Mahkeme<sup>5</sup> tarafından davasının makul bir süre içinde adil ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir.

1. Hüküm açık celsede verilir, ancak demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve Millî güvenlik yararı veya küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizli tutulması gerektiğinde veya davanın açık celsede görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.
2. Bir suç ile itham edilen bir şahsın suçluluğu kanunen sabit oluncaya kadar masum sayılır.
3. Her sanık başlıca:
  - a) Şahsına yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve etraflı surette haberdar edilmek,
  - b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara malik olmak.<sup>6</sup>
  - c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının veya eğer bir avukat tutmak için mali imkanlardan mahrum bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkeme tarafından tayin edilecek bir avukatın ücretsiz yardımından istifade etmek,

<sup>5</sup> Bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından yargılanma hakkı öylesine temel bir haktır ki, İnsan Hakları Komitesi bunun "**istisna kabul etmeyen mutlak bir hak**" olduğunu belirtmiştir. (...)

Uluslararası belgeler mahkeme teriminden çok "**yargı yeri**" terimine göndermede bulunmaktadır. Avrupa Mahkemesi yargı yerini, kendi yetki alanı içindeki meseleleri hukuk kurallarına ve daha önceden öngörülmuş usullere göre karara bağlamak üzere hukuken kurulmuş, yargısal görevleri yerine getiren bir organ olarak tanımlamıştır.

Ceza davalarında bu gerekliliğin amacı, yargılamaların belli bir dava için özel olarak kurulmuş yargı yerleri tarafından yapılmamasını güvence altına almaktır. Muharrem Balcı-Gülden Sönmez; **Temel Belgelerde İnsan Hakları**, Danışman Yay., İstanbul: 2001, s. 269 vd.

<sup>6</sup> Sanığın avukatla iletişim kurma hakkı İHAS'ın 6. Maddesinde açıkça güvence altına alınmamış olmasına karşın, Avrupa Komisyonu bu hakkın, sanığın avukatla iletişiminin temel bir parçası olduğu savunma hazırlama hakkından çıkarsanabileceğini belirtmiştir. A.g.e., s. 269 vd.

- d) İddia şahitlerini sorguya çekmek veya çektirmek, savunma şahitlerinin de iddia şahitleri ile aynı şartlar altında davet edilmesinin ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek,
- e) Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz faydalanmak haklarına sahiptir.

Savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılıyor olabilmemesinin olmazsa olmaz koşulu "hukuk devleti ilkesi"nin yaşama geçmiş olmasıdır. Hukuk devleti ilkesi, bütün medeni demokratik rejimlerin en önemli temel ilkesidir. Hukuk devleti en kısa tanımıyla, 'bireylerin hukuki güvenlik içinde bulunduğu, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kuralları çerçevesinde geliştiği bir sistemi' ifade eder. Özellikle zayıf olan bireyin güçlü olan devlete karşı kendini savunabilmesi, o toplumda bu ilkenin yerleşmiş olmasını mutlak olarak zorunlu kılar.

Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin kararlarında hukuk devletini;

"insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendisini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet"

olarak tanımlamaktadır.

Avrupa'da "Hukuk Devleti" ilkesi yerine "Hukukun Üstünlüğü" ilkesi ikame edilmeye çalışılmakta ve bu tartışmalar yaşanmaktadır. Çünkü "Hukuk Devleti kavramı insanı değil devleti merkeze almaktadır. Halbuki merkezde insanın olması gerekmektedir" denilmektedir.

Türkiye ise daha kanun devleti olmayı dahi tam başarabilmiş değildir. Çünkü bir protesto eyleminde bulunmuş 16 yaşındaki lise öğrencisinin "gösteri ve toplantı yürüyüşleri kanununa muhalefetten mi yoksa anayasal düzeni değiştirmeye zorla teşebbüsten" mi yargılandığı kesin belli değildir. Böyle bir öğrenci hakkında anayasal düzeni zorla değiştirmeye teşebbüsten idamı istemiyle dava açılabilir.

Temel haklar arasında yer alan hak arama özgürlüğünün kullanılmasında yasama ve yargı organları hukukun genel ilkelerini göz

ardı etmemeleri gerekir. Bu bağlamda savunma hakkının güvencede olabilmesi için hukukun genel ilkeleri olarak kabul edilen bütün uygar milletlerce tanınmış ve kabul edilmiş ilkelerin de hayata geçirilmiş olması gerekir.

Savunma hakkının niteliği konusunda değinilmesi gereken önemli noktalardan biri de bireylerin taleplerinin kamu yararı gerekçesiyle sınırlandırılmasıdır. Bir bakıma kişisel taleplerin bu yöntemle kanun koyucunun gözetim ve denetimine bırakılması söz konusu olmaktadır. Devletin egemenlik yetkisinin kişi hakları üzerindeki uygulamalarla bir ölçüde sınırlandırılması hukuk mantığı açısından bağdaştırmamakta, devletin insan haklarına saygılı bir hukuk devleti olma özelliği açık şekilde ihlal edilmektedir.

## ANAYASADA UNUTULAN HAK SAVUNMA

Yargı ile ilgili düzenlemeler Anayasanın 138-160. maddelerinde yapılmıştır. Hukuk devletinde yargı erki, iddia, savunma ve hüküm olmak üzere üç ayaklıdır. İddia kamu adına kamuyu temsilen Cumhuriyet Savcılığı makamı, Savunma adına sanık ve müdafii, Yargı adına da Türk Milleti adına karar vermeye yetkili hakimdir. Dikkatli bir hukukçu gözü ile bakıldığında Yargı bölümünde SAVUNMA'nın yer almadığı görülecektir.

Gerçi denebilir ki; "Anayasada İddia başlığını taşıyan bir düzenleme de yoktur. İddia ile ilgili düzenlemeler kanunla yapılmaktadır. Hüküm ile ilgili düzenlemeler de kanunla yapılmaktadır. Ceza Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda iddia ve hüküm ile ilgili yeterli düzenlemeler yapılmıştır. Hatta savunmanın işlevi ile ilgili düzenlemeler de yapılmıştır". Fakat "Yargı" ana başlığı altında İddia ve Hüküm unsurlarını düzenleyen Anayasa, "Savunma" ile ilgili tek bir hüküm içermemektedir.

Hukuk Devleti olduğu iddiasında olan bir Cumhuriyet Anayasasında Savunma'dan tek kelime dahi bahsetmemesi, bir eksiklik olarak değil bir "utanç" olarak vasıflanabilir. Bu vasıf 1982 Anayasasının sözüm ona teminat altına aldığı ve akabinde de "ancak"larla sınırladığı tüm hak ve özgürlükler için de geçerlidir.

Savunma, yargının temel unsuru ise; yargının diğer unsurları ile birlikte anayasada zikredilmeli ve düzenlenmelidir. “*Besleme yerine asma*” düşüncesinin hakim olduğu anayasa, savunma ve savunmayı temsil eden avukatlar ve bunların meslek kuruluşu olan barolar hakkında bir düzenleme getirmemiştir. Barolar ile ilgili tek düzenleme Anayasanın 135. maddesinde yer almaktadır. Bu madde, çok genel bir anlatımla “*Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları*” başlığı altında kanunla yapılacak düzenlemelere atıflar yapmaktadır. Bunun dışında Savunma ve Barolarla ilgili bir hüküm yoktur.

Savunma’yı bir kurum olarak düzenleme-  
yen anayasa, acaba bir hak olarak düzenlemiş  
midir?

Bu soruya cevap verebilmek için Anayasa-  
nın başlangıç ve temel hak ve özgürlükler  
bölümüne bakmak gerekir.

Anayasanın başlangıç bölümünde vatan-  
daşların,

“... Hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sür-  
dürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde  
geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip  
olduğu”

ifade edilmektedir.

Anayasanın 12. maddesinden başlayıp 40.  
maddesine kadar devam eden Temel Hak ve  
Özgürlükler bölümünde ise:

“Herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, dev-  
redilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgür-  
lükler sahip olduğu, Kişi Dokunulmazlığı, Ki-  
şinin Maddi ve Manevi Varlığı, İşkence yasa-  
ğı, Zorla Çalıştırma yasağı, Kişi Hürriyetini ve  
Güvenliği (Yakalama ve Tutuklama ile ilgili),  
Özel Hayatın Gizliliği, Konut Dokunulmazlığı,  
Haberleşme Hürriyeti, Yerleşme ve Seyahat  
Hürriyeti, Din ve Vicdan Hürriyeti, Düşünce  
ve Kanaat Hürriyeti, Düşünceyi Açıklama ve  
Yayma Hürriyeti, Bilim ve Sanat Hürriyeti, Ba-  
sın Hürriyeti, Dernek Kurma Hürriyeti, Top-  
lantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı,  
Mülkiyet Hakkı, Hak Arama Hürriyeti, Tabii  
Hakim Güvencesi, Suç ve cezalara İlişkin  
Esaslar, Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunma-  
sı”

düzenlenmektedir.

Bu maddeler incelendiğinde görülecektir  
ki; temel hak ve hürriyetler anlamında sadece

36. maddede kişinin savunma hakkına sahip  
olduğu vurgulanmakta ve

“Herkes, meşru vasıta ve yollardan fayda-  
lanmak suretiyle yargı mercileri önünde da-  
vacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile  
adil yargılanma hakkına sahiptir”

denmektedir.

## Savunma Hakkı Kutsal mı?

Yukarıda sayılı hak ve hürriyetler kişinin kut-  
sal hakları ve özgürlükleri kapsamında değer-  
lendirilmesi gerekirken, anayasanın değiştirile-  
mez, hatta değiştirilmesi dahi teklif edile-  
mez maddelerindeki umdeler ve kurumlara  
tanınan “*kutsal*”lık, bu temel hak ve hürriyet-  
lere tanınmamıştır. Savunma hakkına da ta-  
nınmamıştır.

Savunma hakkı ve diğer temel hak ve öz-  
gürlükler; kişinin, yaratılıştan, doğuştan bera-  
berinde getirdiği en temel, olmazsa olmaz  
haklarıdır. Yaratıcı tarafından bahşedilmiş  
olması nedeniyle de “*kutsal*”dır. Bu kutsal  
haklar anayasada kanun koyucunun iki dudağı  
arasına sıkıştırılmış ve her maddenin sonuna  
eklenen veya ayrı başlıklar halinde yapılan  
düzenlemelerle sınırlanmış, kısıtlanmış ve  
budanmıştır. Hatta bu temel hak ve hürriyet-  
ler aleyhine devlet ve görevlileri tarafından  
yapılan müdahaleler, pek güdük müeyyideler-  
le karşılığını bulmuş, anayasanın ruhuna ha-  
kim olan mantık çerçevesinde bu müdahale-  
ler adeta ödüllendirilmiştir.

Elbette ki kutsal olmayan, olması akla mu-  
halif olan bazı umdelerin, kutsallık izafe edile-  
rek dayatılması şeklinde düzenlenen anaya-  
sadan, kutsal savunma hakkını düzenlemesini  
beklemek safdillik olur.

Kamuoyunda hakim kanaat şudur: Anaya-  
sa ve kanunlar devlete ve görevlilerine insan  
hak ve özgürlüklerine müdahale etmeyi ya-  
salamakta, fakat bazı kendini bilmezler bu  
hükümlere rağmen yetkilerini aşmaktadırlar.  
Halbuki bu doğru değildir. Hukuk devletin-  
de devlet, vatandaşının hak ve özgürlükleri-  
ni sadece anayasalarda tanımlamakla kalmaz,  
bunları halkına duyurur, eğitimini verir. İlkokul  
çağlarından itibaren hak ve özgürlüklerinin  
neler olduğunu belletir, hazmettirir, sonra da  
bunların nasıl kullanılacağını, hangi hallerde



kısıtlanacağını öğretir. Okullarda okutulan yurttaşlık derslerinde (ki son yıllarda kaldırıldı) ve vatandaşlık derslerinde hakların nasıl kullanılacağı değil, nasıl kullanılamayacağı öğretilmekte ve tornadan çıkmış vatandaş kalıbı üretilmektedir.

Hukuk devleti iddiasında olan devlet ve ona şekil veren kurumları ile bu kurumlarda at gözlüğü ile şartlandırılmış görevlilerin bir çoğu, kendi menfaatleri söz konusu olunca değil kanunları, anayasayı dahi ihlal etmekte bir beis görmemektedirler. Hatta devletin tepesinde bulunan şahıslar anayasayı bir defa delmenin mahzuru olmayacağını savunmuşlardır.

### Savunma'nın Tevsii Tahkikat Talepleri

Yargılamada savunmanın en tabii haklarından biri de "Tevsii Tahkikat" talepleridir. Bu talep; yargılama aşamasında ortaya çıkan yeni durumlar veya delillerin savunma tarafından, hatta iddia makamı tarafından yargıya iletilmesi ve araştırılmasını istemektir. Ancak, çoğu zaman bu talep yargıçlar tarafından reddedilmekte, hatta devletin en üst kurumu olan Türkiye Büyük Millet Meclisi bünyesinde oluşturulmuş Araştırma Komisyonlarının raporları savunmanın delili olarak değerlendirilmeye alınmamaktadır.

Susurluk olayı olarak adlandırılan kaza nedeniyle ortaya çıkmış devlet içindeki çetelerin varlığının ve eylemlerinin ortaya çıkartılmasını araştırmak için kurulmuş TBMM Araştırma Komisyonuna çok büyük önem atfedildi. Fakat bugüne kadar yapılan uygulamalar bize şu kanaati bahşetmektedir: Bu Komisyonun hazırlayıp sunduğu rapor da, açılan davalarda delil olarak kullanmamıştır. Daha önce kurulmuş ve raporu rafa kaldırılmış "Yolsuzlukları Araştırma Komisyonu" raporu gibi.

Tüm bunlar, devlete karşı haksızlığa uğradığını savunan vatandaşların savunma haklarının çiğnenmesine, tanınmamasına yönelik işlemler olduğu gibi, bu uygulamalar cesaretini ve kaynağını bizzat bu anayasadan almaktadır.

Ülkede, tüm hukukçu ve siyasilerin ortak kanaati, anayasanın toptan değiştirilmesi ve

insan hak ve özgürlüklerinin tamamının tanınması ve korunmasını kapsayacak, devlet birey ilişkilerinde birinin diğerine üstünlüğünü içermeyecek bir anayasa değişikliği olmasına, bu hususta ortak kanaat oluşmasına rağmen, bir türlü hayata geçirilememektedir. Bu köklü değişikliğin önünde önemli bir engel olmalı ki istekler sadece lafta kalmaktadır.

Belki de, "devlet ebed müddet" anlayışının, günümüz şartlarında tekrar gözden geçirilmesi, devletin ebediliğinin onu besleyecek düşünce genişliğinin ve açıklığının bireylere tanınması gerekecektir.

Şu da bir gerçek ki, en vatanseverler dahi, kendilerine bir çamur atıldığına inandıklarında, kutsal savunma haklarının ellerinden alındığını görmekte, savunmanın kutsallığı akıllarına gelmektedir. O halde birçok şeyin karanlıkta kaldığı, temel hak ve hürriyetlerin kısıtlandığı ve budandığı hukuk sisteminde savunma hakkının kutsallığı daha fazla önem arz etmektedir.

## SAVUNMA HAKKI VE AVUKATLIK

### Genel Olarak

Bireyin kendini savunması insanlık tarihi kadar eski bir olgudur. Bireyin üçüncü kişiler tarafından savunulması ise daha sonraları ortaya çıkmış olmakla birlikte, tarihi MÖ 2 binli yıllara dayanmaktadır. Daha önceleri onursal olarak ücretsiz yapılan bu mesleğin paralı olarak yapılır hale gelmesi ise Romalılara kadar uzanmaktadır.

Ülkemizde Tanzimat dönemine kadar şeriat kuralları gereği tarafların bizzat kadı önüne çıkmaları zorunlu idi. Tanzimat döneminde kabul edilen bir yasa ile tarafların bazı davalar açısından kendilerini bir vekil ile temsil ettirebilmeleri mümkün hale gelmiştir.

Cumhuriyet döneminde 3 Nisan 1924 tarihinde çıkarılan "Muhamat Yasası" ile gerçek ve tüzel kişilere ait hukuki işleri takip ve dava eden, savunan kimselere avukat [muhami] denileceği belirtilmiştir. Bu yasa ile gerçek ve tüzel kişiler adına aktif ve pasif savunma hakkını kullanma yetkisi avukatlara bırakılmıştır. Avukatlık Yasasının temel yasalardan hatta Anayasadan dahi önce yürürlü-

ğe konulmuş olması, temel hak olan savunmanın önemini ve avukatın bu konuda üstlendiği onur verici görevin boyutunu göstermektedir.

1969 yılında çıkarılan 1136 Sayılı Avukatlık Yasası, hukuki ilişkilerin düzenlenmesinde, her türlü hukuki uyuşmazlıkların çözümlenmesinde ve genellikle hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında vekil sıfatıyla sadece avukatların görev yapabileceğini belirtmekle adeta savunma hakkı ile avukatı özdeşleştirmiş bulunmaktadır.

Günümüzde avukat, taraf temsilcisi olarak faaliyet göstermenin yanı sıra, yargılama faaliyetlerine katılımıyla “yargının bir ögesi” olarak adaletin gerçekleşmesine de katkıda bulunan bir meslek mensubudur. Avukat, hukuki bilgi ve deneyimlerini ortaya koyarak, bireylerin haklarına kavuşmaları ve uğradıkları hak-sızlıkların giderilmesi bakımından taraf temsilcisi olarak yardımda bulunurken; aynı zamanda adaletin gerçekleşmesine de hizmet etmektedir.

Hukuk düzeninin korunması ve adaletin gerçekleşmesi amacıyla yapılan yargılama faaliyetinin içinde yer alan avukatlar da hakim ve savcılar gibi en geniş anlamda kamu görevi yapmaktadırlar. Savunma, iddia makamı ve yargı üzerine kurulu yargılama faaliyetinde savunmayı üstlenen avukatın yargılamanın bir ögesi olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

Avukatlığın amacını düzenleyen Avukatlık Yasasının 2. maddesi bu 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 sağlamak”

olarak ifade etmiştir.

Avukatın mesleki faaliyetlerinin sadece yargı organları ile sınırlanmamış olması ve ikinci fıkrada bu amacın gerçekleştirilmesi için avukatın görevini yerine getirirken tüm resmi ve özel kişi ve kurumların “avukata yardımcı olmak” zorunda bırakılmış olması, avukatlık mesleğinin kendine özgü ve kamusalılığı olan bir meslek olduğunu göstermektedir.

## SAVUNMA HAKKI VE AVUKATIN BAĞIMSIZLIĞI

Savunma hakkının kutsallığı ve temel hakların başında yer alışı, bu hakları birey adına kullanacak avukatın tam anlamıyla bağımsız olmasını gerektirmektedir. Bağımsızlık, avukatın görevi esnasında doğrudan doğruya ya da dolaylı bir kısıtlama, baskı ya da müdahale görmemesi, bağımsızlığının garanti altına alınması ve korunmasıdır. Avukatın bağımsızlığı ilkesi bir hukuk normu olmaktan öte, etik ve ideal bir gereklilik niteliği göstermektedir.

Avukatın bağımsızlığı iş sahibine karşı olduğu gibi, meslek örgütüne, devlete hatta topluma karşı da bağımsız olmayı gerektirmektedir. Nitekim Avukatlık Kanunu’nun 1. maddesinde

“Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir. Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder.

denilmektedir.

Avukat bağımsız ise müvekkilinin çıkarlarını koruyabilir ve onu her aşamada savunabilir. Avukat görevini yaparken hür ve serbest olmalıdır. Uluslararası Barolar Birliğince benimsenen 6. madde bağımsızlıkla ilgili çok önemli bir saptama yapmaktadır. Bu maddeye göre,

“Avukatlar, meslek kurallarına, ahlakına ve standartlara uygun olarak müvekkillerinin yasal işlemlerini gerçekleştirirken tam bağımsız olacak, hiçbir kişi yada kurumun baskı ve yasaklarına maruz kalmayacaktır.”

Avukat, mesleğini yerine getirirken bir makamdan izin alıyorsa, onay verildiği oranda mesleğini icra ediyorsa bu durum bağımsız olmadığı anlamına gelir. Bağımsız olmayan avukatın müvekkillerinin haklarını koruması, onu gerektiği gibi savunabilmesi mümkün değildir.

Bir ülkede avukatlar bağımsız faaliyet gösterebiliyorlarsa, yasaların kendilerine verdiği yetkileri rahatlıkla kullanabiliyorlarsa, o ülkede hukukun üstünlüğü var demektir. Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasında önemli göstergelerden biri de avukatın bağımsızlığı halidir.

Savunmanın temel değerlerinden birini oluşturduğu bağımsız yargıdan söz edebilmek için savunma hakkı ve hak arama özgürlüğünün güvencesi olan savunma mesleğinin serbestçe, her türlü baskıdan uzak olarak yapılabilmesi zorunludur. Bağımsız yargı hukuk devletinin temelidir. Özgür savunma ise bağımsız yargının bütünleyicisidir.

Bu bağlamda avukatın mesleğini her türlü baskı ve tehditten uzak olarak icra edebilmesi amacıyla bir takım özel hükümler benimsenmiş, avukatın mesleki faaliyetlerini yürütürken işlediği suçlardan dolayı kovuşturma yapılabilmesi Adalet Bakanlığının iznine tabi tutulurken, haklarındaki soruşturmanın da doğrudan Cumhuriyet Savcılığı tarafından yürütüleceği hükme bağlanmıştır.<sup>7</sup>

Ancak tüm bu düzenlemelerin, avukatın bağımsızlığını dolayısıyla savunma hakkının tam anlamıyla kullanımını sağlamaya yeterli olduğunu düşünmek mümkün değildir. Uluslararası Barolar Birliği tarafından kabul edilen 13. madde de belirtildiği gibi, avukatların mesleki yükümlülüklerini tam olarak yerine getirebilmeleri için bir takım ayrıcalık ve olanaklarla donanmış olmaları gerekmektedir.

## SAVUNMA HAKKI VE BAROLAR

Avukatlık mesleği niteliği gereği bir kamu hizmeti olmakla beraber, kamu kurum veya kuruluşlarınca yada onların elemanlarınca yürütülen bir meslek de değildir. Her biri serbest meslek mensubu olan, bağımsız bir ortamda müvekkillerinin çıkarlarını savunan avukatlarca yürütülen bir mesleki faaliyetin yürütme veya ona bağımlı bir organca denetlenmesi veya disiplin altına alınması mesleğin temel nitelikleriyle bağdaşmaz.

Bununla birlikte avukatlık mesleğinin belirli bir disiplin altında yürütülmesi, benimsenen meslek ilke ve kurallarına tüm meslek mensuplarınca uyulmasının sağlanması gerekmektedir. Böyle bir gereklilik devletin kişiliğinden ayrı, bağımsız, başkaları tarafından yönlendirilmesi mümkün olmayan meslek örgütlerini zorunlu kılmaktadır.

Baroların olmadığı bir ortamda yapılan avukatlık faaliyetinin avukatların bireysel ahlak anlayışı ile sınırlı olacağı, bunun da kişiye göre değişen ahlaki değerlere göre farklılık göstereceği şüphesizdir. Bunun için kişisel ahlaki değerlerin üzerinde daha etkin ve düzenleyici bir "meslek ahlakı"nın olması gerekir. Mesleğe özgü toplumca benimsenmiş ortak davranış kurallarından oluşan meslek ahlakı, kişisel ahlakı da içeren ancak daha kapsamlı, belirgin bir mesleki düzen kuralıdır.

Başkaları adına savunma görevini üstlenen avukatların, bu görevlerini herhangi bir baskı yada etkiden uzak olarak yerine getirebilmeleri gereklidir. Devlet yada ona bağlı kişi ve kurumların güdümleri altında yapılan savunma, sadece şekli anlamda bir savunma olmaktan öteye gidemeyecektir. Bu nedenle avukatların mesleğe girişlerinde olduğu gibi, mesleğin yapılında da bağımsız olması gerekir. Bu bağımsızlığı sağlayacak olan da avukatların serbest iradeleleriyle oluşturmuş oldukları barolardır.

Barolar, mesleki anlayışın, ortak kavramların gelişmesi ve gerçekleşmesi için belirli görevler üstlenmekle beraber; bireysel mesleki faaliyetlerin denetlenmesi, özen, dürüstlük ve doğruluk içinde yapılması yönünden de görevler üstlenmektedirler. Bu görev bireyin hak arama özgürlüğünün bir başka güvencesini oluşturmaktadır.

Baroların ve dolayısıyla avukatların kısıtlanması, savunma hakkını ve hak arama özgürlüğünü sınırlandırmakta, bu hak siyasal düşünceler ve ideolojiler altında ezilip gitmektedir.

Çağdaş, uygar ve demokratik ülkelerde barolar, savunma hakkının, hak arama özgürlüğünün, demokrasinin, hukuk devletinin, genel hukuk ilkelerinin etkin biçimde uygulanmasının en büyük güvencelerindendir. Çağdaş demokrasilerin en belirgin özelliği özgürlüklere dayalı ortamın en geniş anlamda katılımcı bir biçimde sürdürülmesidir. Bu anlamda kendilerine çok büyük görevler düşen baroların, üst kuruluşları olan "Barolar Birliği karşısında" da olmak üzere tam anlamıyla bağımsız kuruluşlar olarak özgürlüklerin en büyük savunucusu olması gerekir.

Ülkemizdeki yasal düzenlemelere bakacak olursak: 1961 Anayasası ile ilk kez "ka-

<sup>7</sup> Avukatlık Kanunu 58-59. maddeleri

mu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları"na yer verildiğini görmekteyiz. Anayasa ile yürütmeye ait olan bazı yetkiler bu kuruluşlara devredilmiştir. Anayasanın 122. maddesi ile o güne kadar Adalet Bakanlığının gözetim ve denetimi altında yapılan avukatlık mesleğinin, o günden sonra yönetsel yetkiyi devralacak meslek kuruluşlarının gözetim ve denetimi altında yapılması gerekli hale gelmiştir.

1969 yılında çıkarılan Avukatlık Yasası ile barolar yeniden örgütlenmiş ve Türkiye Barolar Birliği kurulmuştur. Ancak Barolar Birliğinin kurulması ve bu birliğin Adalet Bakanlığının vesayeti altına sokulması, barolara ve dolayısıyla avukatlara tam bir bağımsızlık sağlanmasını engellemiştir.

Bağımlı baro savunma mesleğinin bağımsız olmadığını göstermektedir. Bundan en fazla zararı savunma hakkı ve hak arama özgürlüğü görecektir. Baroların varlık nedeni meslek mensuplarına güvenceler sağlamaktan öte, savunmayı bağımsız ve etkin kılmaktır. Etkin ve bağımsız savunma hukukunun bir gereğidir.

Savunma hakkının etkin bir şekilde kullanımını için avukatların mesleklerini hiçbir koşula tabi olmadan, özgür bir ortamda gerçekleştirebilmeleri gerekmektedir. Bu bağlamda avukatların devlete karşı bağımsız olmaları gerekli olduğu gibi, kendi barolarına karşı da bağımsız olmaları gereklidir.

Halen ülkemizde belirli işlemleri açısından Adalet Bakanlığının idari vesayeti altında faaliyetlerini yürüten Barolar Birliğinin de Adalet Bakanlığının vesayetinden kurtarılması gereklidir. Bu vesayet ortadan kaldırılmadığı takdirde savunma, siyasi iktidarların fikirleri doğrultusunda şekillenecek, bu hakkın sınırlarını belirleme onların inisiyatiflerine bırakılmış olacaktır. Ayrıca Adalet Bakanlığının yönlendirdiği barolara kayıtlı avukatların, mesleğini bağımsız olarak yapan savunucular olduğunu söyleme olanağımız da ortadan kalkmaktadır.

Bireylerin en kutsal hakkı olan hak arama özgürlüğünün ve bunun doğal uzantısı olan savunma hakkının, çağdaş bir anlam ve görünüm kazanabilmesi için savunma hakkını kısıtlayan normların kaldırılmasının yanı sıra

Baroların ve Türkiye Barolar Birliğinin tam bağımsız kuruluşlar haline getirilmesi gerekmektedir.

## SAVUNMA TEKELİ

Hak sahibinin talebi üzerine veya kanunundan kaynaklanan yetkilerden dolayı, savunma hakkının temsil yoluyla kullanılması avukatların tekelindedir. Bu gösteriyor ki, hak, ancak avukatlar eliyle kullanılabilir. Avukat doğası gereği savunma kurumunun asli ve vazgeçilmez unsurudur. O nedenle, avukatlara savunma tekelinin verilmesi, savunma hakkı sahipleri için en önemli teminatıdır. Bu konuda avukatlık tekelini kaldırmaya yönelik düzenlemeler yapılmaz, yapılsa dahi hangi gerekçeyle dayandırılırsa dayandırılırsa, savunma hakkı kavramının ihlalidir. Zira avukatlık sıfatının kazanılmasında baroya kayıtlı olmak kuralı savunma hakkı ve bu hakkı kullanan avukat bakımından önemli bir teminatıdır.

## Kamu Avukatları

Avukatlık mesleği diğer birçok meslek gibi, meslek mensuplarının bir araya gelerek mesleki gelişimlerini sağlamak ve etkin kamu kurumlarına karşı bağımsızlıklarını koruyabilmeleri için örgütlenmeleri gerekir. Avukat avukattır ve avukatlık mesleği, savunmayı hiçbir gücün etkisinde ve vesayetinde kalmadan yapan ve yapmaya çalışan bir meslektir. Bu bakımdan "kamu avukatlarının da baroya aidat ödeyerek mesleki örgütlenmeye katkı sağlaması" gerekir. Kamu avukatlarının Baro ödentilerinin de, kamu çalışanı olmaları ve Baroya kayıtlı olmanın kanuni zorunluluk olması nedeniyle kamu kurumları tarafından ödenmesi gerekmektedir.

## Siyaset/İdeolojik Faaliyet/Devletin Avukatlığı

Diğer yandan, savunma tekelini elinde tutan ve bunu etkin şekilde kullanan avukatlar, mesleki gelişimlerini ve bağımsızlıklarını koruyabilmek için örgütlendikleri baroların kamu niteliğinde meslek kuruluşu olmasından dola-

yı, iktidar mücadelesi anlamında veya iktidar karşısında siyaset yapamaz, bir siyasi partinin yanında doğrudan ve dolaylı yoldan siyasete katılamazlar. (Av.K. m. 79, 111)

Ancak, barolar, savunma organı olarak güncel konulara yönelik siyaset üretebilirler. Bu siyaset baroların “*ideolojik faaliyette*” bulunabilecekleri anlamına gelmez. Çünkü Barolar bağımsız oldukları kadar, tarafsız olmak zorundadırlar. Bununla birlikte hukuk uygulamalarını değerlendirmek, hukukun üstünlüğünü savunmak, modern hukuk düşüncesini kitlelere tanıtmak, daha uygar, daha özgürlükçü bir hukuk düzenini oluşturma mücadelesini vermek, iktidarlara veya belli bir çoğunluğa veya azınlığın düşüncesine karşı olsa da, ideolojik faaliyette bulunmak anlamına gelmez. Sayılan bu haller Baroların görevleri arasındadır. Çünkü günümüzde barolar, kuruluş gayesi olarak, üyelerinin mesleki çıkarlarını savunmanın yanı sıra “hukuku” savunmayı da görev olarak üstlenmek zorundadırlar.

İstanbul Üniversitesi öğrencisi Leyla Şahin’in “derslere başörtüsü takarak girmekte ısrar etmesi üzerine, yönetim tarafından kendisine verilen cezasının insan hakları ihlali olduğu” iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde (AİHM) Türkiye aleyhine açtığı davada, İstanbul Barosu devletin yanında davaya müdahale talebinde bulunmuştu. İstanbul Barosu, davada devletin tavrının yeterince savunulmamasını ve davada devlet adına takiple yükümlü Dışişleri Bakanlığının, Ankara’ya sorulmadan sunulan “ek savunma”yı geri çekmesini müdahil olmak için gerekçe saymıştı.

İstanbul Barosu’nun “savunma” hakkı konusunda titizlenmesi aslında alkışlanacak bir durum. Geçmişte, AİHM’e başvurduğu halde vekâlet ücreti ödeyecek durumda olmadığı için sonuç alamayan dâvâcılar olduğu biliniyor; iki “türban” dâvâsı böyle bir âkıbete uğradı. Baro, “savunma hakkının kutsallığı” ilkesinin gereği olarak, “adli yardım” anlamında bir yakınlık gösterebilir, hak arama özgürlüğünün gereğini yerine getirebilirdi.

Baronun devletin avukatlığına soyunması da hoş bir görüntü değil. Oysa, devlet karşısında zaten güçsüz olan davacılar, Baro gibi güçlü bir sivil toplum örgütünü yanlarında

görmek isterlerdi. İstanbul Barosu veya illerdeki barolardan herhangi biri, var olan savunmanlarına ek olarak, “türban” davası açmış mağdur durumdaki genç kadının yanında yer alabilir; bu da, sivil toplum örgütlerinin âcizlerin yanına koştuklarını göstermesi bakımından ülkemiz adına reklâm yerine geçebilirdi. İstanbul Barosunun devleti savunmak üzere harekete geçmesi ise tam tersi bir etki yapmıştır.

## Kırk Yıl Önce

İstanbul Barosu tarihinde bir dönem 1960 darbesi sonrasında, üyelerine, hukuk sistemimiz açısından yüz karası olarak kurulmuş Yassıada olağanüstü mahkemesinde yargılanan siyasî kadroları savunma yasağı koymuş ve bu sanıkların savunma görevini üstlenen mensupları hakkında Barodan ihraç etme süreci de başlatmıştı İstanbul Barosu’nun. 40 yıl önceki hatadan ders alıp değişmesi beklenirken, 2004 yılında yaşanan hadise “tarih tekerrürden ibarettir” özdeyişini bize hatırlatması bakımından hazin bir olgudur.

Oysa “savunma”, yasağa karşı serbestiyi, esarete karşı özgürlüğü, baskıya karşı direnişi, güçlüğü karşı zayıfı, devlete karşı devletin haksızlık yaptığı insanı “savunma misyonu” taşır.

Savunmayı temsil edenler,

- Yasama, yürütme ve yargı üçlüsünün birbirine üstünlüğünü kabul etmediği gibi, yargı erkine devletin müdahalesini veya devletin yanında yer alarak yargıya müdahaleyi öngörmezler.
- Yasa dışılığı ve derin devleti tanımaz, onunla mücadele ederler.
- İnsan hak ve hürriyetleri, hukukun üstünlüğü ve demokratik hukuk devleti idealini esas alır, hukukun üstünlüğüne inanırlar.
- Laikliği her türlü dini inanış, yaşayış ve tezahürün bertaraf edilmesi şeklinde değil de; devletin her türlü dini, felsefi, ideolojik görüş ve yaşayışlar karşısında öncelikle “tarafsız”, sonra da ifade ve tezahürünü kolaylaştırarak din, vicdan ve fikir özgürlüğünün teminatı olarak görür.

Laikliği, bağnaz laikçi bir şekilde anlamaz, devleti ve “izmleri” kutsallaştırmaz, insanı, hakkı, insan haklarını ve savunma hakkını kutsar.

- Çoğunlukla otoriter, totaliter, despotik eğilimler gösteren “güce” karşı hukuku, insanı ve zayıfı savunur.
- Hukukun yegane idealinin, giyim kuşam ve kıyafetle, şapka başlık ve örtüyle uğraşmaya müsait olmadığını bilir. Hukuku, ahlak ve adaleti hedefleyen normlar bütünü olarak görür.

Bu ilkeler ışığında “savunmanın” yasadışı devlet veya derin devlet yanında “müdahil” olmaması, ille de müdahil olacaksa hakkını arayan insanın, mağdurun yanında yer alması, cehalete karşı eğitim özgürlüğünün lehine müdahil olması gerekirdi. Esasen ulusal ve uluslararası hukuk bakımından anlamlı ve değerli olmayan böyle bir müdahale talebi, savunma mesleğine büyük zararlar vermiştir.

“Savunmanın” tarihini oluşturan İstanbul Barosudur. Ancak Baro Yönetim Kurulu’nun, Leyla Şahin davasında devletin yanında müdahil olması, ideolojik yönetimi biçimi olarak tarihte “hukuk cinayeti” vakasıyla yerini alacaktır. Burada, tarihinde, devlet ideolojisine aykırı bir ideoloji taşıması ve ifade etmesiyle ünlü başkanına sahip çıkmış, devlete karşı onu yeniden Baro başkanı yaparak devlet ideolojisi ile mesleki dayanışma arasında tercih kullanmış bir İstanbul Barosu’ndan bahsediyoruz.<sup>8</sup>

İstanbul Barosu ve TBB, her ikisi de hem üyelerine, hem de devlete karşı resmîyetçi, protokolcü ve devletçidir. Savunmanın işlevselliğini kadük bırakarak, üyeleriyle savunma işlevini bütünleştiremeyen, kasaba politikacıları gibi basit propaganda malzemeleriyle iki yılda bir üyelerinin olurlarına almaya çalışan bir zihniyete sahiptir. Bu zihniyet, savunmanın haklarını ve eylemselliğini zayıflatarak, savunmanın ve mesleğin bağımsızlığı yolunda yapılacak çalışmaların önüne set çekmektedir.

<sup>8</sup> Orhan Seyfi Güner; “Avukatlık Mesleğinin Tarihçesi”, *Birikimler I*, Sayı: 1, s. 395.

## MUHAKEME DÜZENİ VE SAVUNMA HAKKI

Ceza muhakemesinde mahkeme düzeni, CMUK’un 378-380. maddeleri ile HMUK’un 70, 80, 150. maddelerinde düzenlenmiştir. Ancak bu iki hususun birbirine paralellik gösterdiğini söylemek mümkün değildir. Ayrıca bu düzenlemeler bir yerde “*usulün bütünlüğü*” ilkesine de aykırıdır.<sup>9</sup>

Mahkeme düzenini sağlamaya yönelik olarak öngörülmüş olan tedbirler düzene ilişkin tedbirlerdir. Bunlar, mahkeme adabı dışına çıkan tarafı menetmek, okunmayan veya münasebetsiz evrakı iade etmek, mahkeme salonundan çıkarmak olabileceği gibi, hürriyeti bağlayıcı veya nakdi nitelikte düzeni sağlamaya yönelik bir ceza da olabilir. Öte yandan düzenle ilgili olmak üzere tarafın tutuklanması da mümkün kılınmıştır.

Kanunun kullandığı terimlere bakılırsa (her şahıs, kimse, taraf, davasını bizzat takip eden kimse, vekil) bu düzene ilişkin tedbirlerin davayı takip eden herkese, özellikle taraflara ve vekillerine uygulanabileceği görülmektedir.<sup>10</sup> Öte yandan düzene ilişkin tedbir gerektiren davranışların neler olabileceği açıkça gösterilmemiş, sadece genel tanımlara yer verilmiştir. Bu da mahkeme reisine çok geniş takdir imkanı verdiği gibi keyfi uygulamalara da sebebiyet verebilecek bir düzenleme şekli olmuştur.

<sup>9</sup> Yeni CMK’ da 203-2005. maddeler arasında düzenlenmiştir.

Ayrıca duruşmanın düzenini bozan kişinin salondan çıkarılmasını düzenleyen 203. maddenin 2. fıkrasında yer verilen “savunma hakkının kullanılmasını engellemek koşulu” eski düzenlemeye göre kişinin savunma hakkını kullanması açısından olumlu bir gelişmedir. Bu ibare eski kanunda yer alan “esasa ilişkin iddia ve savunmanın yapılmasını engel olacak biçimde uygulanmaz” cümlesinden daha olumlu ve eski kanundaki muğlaklığı giderici nitelikte bir ibaredir.

<sup>10</sup> CMK’nın 203. maddesinin 3. fıkrasında avukatlara disiplin cezası verilemeyeceği hükmü getirilmiştir. Böylece avukat duruşma salonundan çıkarılabilecek, ancak disiplin cezası verilemeyecektir. Ancak bu hüküm dahi savunma makamını temsil eden avukatlar için yeterli bir düzenleme değildir. İddia makamı için benzer bir düzenleme öngörülmezken avukatların mahkeme salonundan mahkeme başkanı veya hakim tarafından derhal çıkarılabilecek olması halen savunma makamına gereken önemin verilmediğinin açık bir göstergesidir.

Mahkeme düzenini sağlamak sağlıklı bir muhakeme yapılabilmesi için zorunlu olmakla birlikte, savunma hakkının kısıtlanmasına yol açabilecek bir uygulamaya da dönüşmemelidir. Unutulmamalıdır ki, savunmasız muhakeme olamayacağından, düzen sağlama adına, savunma hakkı kısıtlanamaz. Düzen, başlı başına bir amaç değil sağlıklı bir muhakeme yapılabilmesinin bir aracıdır. Bu tür bir uygulama sonunda savunma hakkına zarar verir.

HUMK'un 70. maddesine göre, "*davasını bizzat takip eden kimsenin*" salondan çıkarılması halinde, hakimin "*acele hallerde kendisini vekil tayinine icbar etmesi*" hükmünü getirmekle, tarafın savunma hakkını güvence altına almıştır. CMUK'un 379. maddesinde ise tedbir olarak duruşma salonundan çıkarılan veya tutuklanan "*sanık*" veya "*müdahilin*" yokluğunda duruşmaya devam olunabileceğine mahkemece karar verilebileceğini, ancak bu kararın esasa ilişkin iddia ve savunmanın yapılmasına engel olacak şekilde uygulanmayacağını hükme bağlamıştır (m. 251). Dolayısıyla savunma hakkını zedelemekten kaçınıldığı imajını vermeye çalışmıştır.

Esasen savunmasız muhakeme olmaz ilkesi uyarınca salondan çıkarılan tarafın gıyabında, lehinde veya aleyhinde hiçbir işlem yapılmamalıdır. Muhakemenin tarafı, özellikle de duruşmadan çıkarılan taraf, muhakemenin her aşamasında mutlak surette vekille temsil edilmek isteyeceği ve asilin veya vekilinin yokluğunda yapılan işlemlerin savunmayı kısıtlaması olasılığına binaen, gıyabında işlem yapılmamalıdır. Bu noktada CMUK veya Adli Yardım uygulamaları devreye girmeli ve hakim duruşmadan çıkarılan tarafa re'sen vekil tayinine karar vererek Barodan avukat gönderilmesini talep etmelidir.<sup>11</sup>

Avukatlık Kanunu da HUMK ve CMUK'da düzenlenen duruşma düzenine ilişkin hükümlerin avukatlara da uygulanabileceğini belirlemiştir (m. 58). Ancak düzene ilişkin

tedbir olarak avukatların tutuklanmayacağını, haklarında hafif hapis veya hafif para cezasının verilmeyeceğini hükme bağlamıştır. Avukatlık Kanunu, avukatların savunma mesleğini korkusuzca yapmalarına bir nebze imkan sağlamıştır.

Hukuk düzeninde belirtilen bu amaç-araç ilişkisinin iyi kurulması gerekir. Ancak kanunun mahkeme düzenine ilişkin tedbiri gerektiren davranışları belirtirken azami takdire yer veren bir düzenlemeye gitmiş olması, savunma hakkının kullanımı açısından ciddi bir tehdit oluşturmaktadır. Özellikle kamusal bir faaliyet yürüten avukatların da aynı şartlara tabi tutulması kabul edilebilir bir özür olmadığı gibi, savunma makamına verilen öneminde göstergesi olmaktadır. Bundan ötürü, böylesine hassas bir konuda mümkün olduğu kadar duruşma inzibatını bozan davranışları belirleyerek hakimin takdir yetkisini kısıtlayıcı bir düzenlemeye gitmek zorunludur. Mevcut yasal düzenlemeler içinde savunma hakkının teminatı sadece hakimin vicdani kanaati olmamalıdır.

## SAVUNMA HAKKININ SINIRLARI

### Suçla Sınırlılık

Savunma hakkı, tartışmalar bir tarafa sınırsız bir hak değildir. En azından mevcut düzenlemeler öyle olmadığını göstermektedir. Savunma hakkının kullanımının sınırını "*suç*" belirlemektedir. Bu hak, tıpkı öteki temel haklar gibi "*suç vasıta kılınarak*" da kullanılmaz. Burada hukuka uygunluk nedenleriyle, bir hakkı kullanmada "*suçu vasıta kılmayı*" birbirine karıştırmamak gerekir. Anayasanın 36. maddesinde de belirtildiği üzere, "*meşru vasıta ve yollardan faydalanmayı*" zorunlu kılarak sadece suça değil her türlü hukuka aykırılığa başvurmayı savunma hakkının sınırları dışında tutmuştur.

### Erkle Sınırlılık

Savunma hakkı Anayasada bahsedildiği şekliyle, yargı erkiyle sınırlıdır (Anayasa, m. 36). Bu hak, münhasıran yargı erkinin bulunduğu yerde bulunmaktadır. Geniş anlamıyla isnada cevap verme, savunma hakkı kapsa-

<sup>11</sup> CMK 204. madde de "Mahkeme sanığın duruşmada hazır bulunmasını dosyanın durumuna göre savunması bakımından zorunlu görmezse oturumu yokluğunda sürdürür ve bitirir. Ancak, sanığın müdafii yoksa mahkeme barodan bir müdafii görevlendirilmesini ister." hükmüne yer verilerek HUMK ve CMK arasındaki bu ilişki giderilmiş ve olumlu bir gelişme olarak sanığın savunma hakkı güvence altına alınmıştır.

mında olsa dahi, teknik anlamda savunma hakkı muhakeme faaliyeti yürütülen makamlar önünde kullanılan hak ile sınırlıdır. Durum böyle olunca sanığın adli makamlar önünde yapacağı savunma dışında savunma dokunulmazlığından yaralanması mümkün olamayacaktır.

Özellikle disiplin kurullarının yaptıkları disiplin muhakemesinde savunma hakkının gerçek anlamda kullanılmıyor olması buna en bariz örnektir. Kuşkusuz böyle bir durum savunma hakkının temel hak olma niteliğini zedeleyen, aleyhe bir durumdur.

Bu ve benzer nedenledir ki,

- Disiplin muhakemeleri de dahil olmak üzere her tür ceza muhakemesinde “**zorunlu müdafilik kurumu**”nu öngörmekteyiz.
- Her tür ceza muhakemesinde zorunlu müdafiliğin yanı sıra, hukuk muhakemelerinde de, “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesini kabul etmediğimizi ve de yeni TCK’da yapılan düzenlemeyi de takdire bırakılmış bir husus görerek”, hukukçuların dahi içinden çıkamadığı mevzuat labirentleri içinde vasat insanın kaybolmaması, dolayısıyla hak kayıplarının önüne geçilebilmesi için hukuk muhakemelerinde dahi **zorunlu müdafilik gibi zorunlu avukatlık kurumunu** öngörmekteyiz.
- Zaruri müdafilik veya zaruri avukatlık kurumu Batı dünyasında **hukuk sigortası kurumları** oluşturarak gerçekleştirilen uygulamalarla sağlanmaktadır. AB kapısına dayanmış Türkiye için hukuk sigortası gibi kurumlar artık lüks sayılmamalıdır.

## Dava İle Sınırlılık

Yargı erkiyle ilişkinin zorunlu sonucu olarak, savunma hakkı dava ile sınırlı olmaktadır. Anayasanın bu hakka getirdiği sınır “*dava*”dır (m. 36). Ancak dava kavramı geniş yorumlanmalı, bu kavramdan sadece “*muhakeme faaliyeti*” anlaşılmalıdır. Böyle anlaşıldığında savunma hakkı sadece bu faaliyetlerle sınırlı olacak, bunların dışında kalan “*adli faaliyetlerde*” savunma hakkı söz konusu olmayacaktır.

Tabii, böyle bir anlayış temel haklardan olan ve Anayasa gereği ancak orantılı ilkesine bağlı kalınarak kanunla sınırlanabilecek savunma hakkını kanun dışı yollarla sınırlamak anlamına gelecektir. Kanunlarda savunma hakkına bu noktada getirilmiş bir sınırlama yoktur. Kanunun sınırlamadığı bir hakkı, “*dava kavramını dar-teknik anlamda düşünerek savunma hakkını sınırlamak*”, kesinlikle keyfi davranmak demektir.

Özetlersek, savunma hakkı söz konusu olduğunda, dava kavramından sadece muhakeme faaliyetini değil, yargı erkinin tezahürü olan tüm adli faaliyetleri anlamak gerekmektedir. Aksi bir tutum savunma hakkını keyfi bir biçimde sınırlamak olur.

Nitekim CMUK, bu gerekçelerden hareketle ve muhakemeyi sadece yargı önündeki bir işlemlerle sınırlamayı, daha kovuşturmanın en başında, henüz herhangi bir konuda bilgisine veya ifadesine başvurulmak istendiği anda dahi kişinin savunma hakkından yararlanmasını öngörmüş ve müdafilik hakkından yararlandırılmasını, 18 yaşından küçükler için icrai bir mutlak zorunluluk, büyükler için de hatırlatılması mutlak zorunluluk olarak düzenlemiştir.<sup>12</sup>

## SAVUNMA DOKUNULMAZLIĞI

### Genel Olarak

Savunma özgürlüğü içinde ele alınan bir başka kavram “*savunma dokunulmazlığı*”dır. İtalyan Ceza Kanunu’nda bu kadar geniş bir şekilde düzenlenmiş olan savunma dokunulmazlığının tercüme edilirken, nasıl olur da bu kadar değiştirildiği ve daraltıldığı dikkat çekicidir.

Türk Ceza Kanunu’ndaki düzenlemenin alındığı İtalya Ceza Kanunu düzenlemesi şöyledir:

#### Madde 398:

“Dava esnasında taraflar veya vekilleri tarafından davaya müteallik mahkemeye verilen evrak ve irat olunan müdafaaların muhtevi

<sup>12</sup> Yeni CMK’da suçun üst sınırının 5 yıl ve daha fazla bir cezayı gerektirmesi halinde ve savcının tutuklama talep ettiği herhalde müdafilik zorunlu hale getirilmiştir.



olduğu tecavüzlerden dolayı takibat yapılmaz. Şu kadar ki hakim kanunen muayyen olan inzibati tedbirlerden maada bu sözleri havi olan evrakın tamamen ortadan kaldırılmasını emir ve tecavüz olunanın isteği ile kendisine tazminat itasına-dava hakkında karar verirken hükmedebilir.”

Çok büyük önem taşıyan bu fark, tek bir kelimenin değiştirilmesi ile ortaya çıkmıştır. İki (tabi ki TCK'daki maddenin ilk 6123 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki hali ile İtalyan CK, m. 398) maddenin karşılaştırılmasında, aradaki farkın “*muhtevi olduğu*” ibarelerinden sonra gelen kelimedenden meydana geldiği açıkça görülmektedir. Bu kelime, İtalyan Ceza Kanunu'nda “*tecavüzler*” şeklinde iken, Türk Ceza Kanunu'nda “*elfazı tahkiriye*” olmuştur. Ruhuna ve ihdas amacına uygun şekilde olması, savunma dokunulmazlığının İtalya'daki gibi *savunmaya ilişkin söz ve yazıların içerdiği her türlü tecavüzü kapsamaması* gerekirken; Türkiye'de bu dokunulmazlık, *sadece hakaret ve sövme teşkil eden söz ve yazılarla* sınırlandırılmıştır.

Doktrinde farklı adlar altında zikredilen savunmanın dokunulmazlığı kavramı Türk Ceza Kanununun 486. maddesinde düzenlenmiştir.<sup>13</sup> 486. maddede;

“Tarafaların veya vekil, müdafî, müşavir veya kanuni mümessillerinin bir dava hakkında kaza mercilerine verdikleri dilekçe, layiha veya sair evrakın yahut yaptıkları iddia ve müdafaaların ihtiva ettiği hakareti mutazammın yazı ve sözlerden dolayı takibat yapılamaz.”

denilmektedir. Savunma yapılırken kullanılan sözcük yönünden cezalandırılmamak anlamına gelen savunma dokunulmazlığının amacı,

<sup>13</sup> Yeni TCK'da “İddia ve Savunma Dokunulmazlığı” başlığı altında 128. madde de düzenlenmiştir. Söz konusu madde de savunma dokunulmazlığı:

“*Yargı mercileri veya idarî makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnadlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması hâlinde, ceza verilmez. Ancak, bunun için isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması gerekir.*”

şeklinde ifade edilmektedir.

(<sup>14</sup>) Yeni TCK ile eski TCK'da yer alan hükümlerin savunma dokunulmazlığı yönünden karşılaştırılması “Yeni TCK ve Savunma Dokunulmazlığı” başlığı altında ilerleyen bölümlerde irdelenmiştir.

savunanın, cezalandırılabilme korkusundan ve kuşkusundan arındırılarak, savunmasını tam olarak ve özgürce yapmasını sağlamaktır.

Bir davanın açılması veya görüşülmesi sırasında verilen dilekçelerde kullanılan sözler kişisel hakları zedeleyici nitelikte olsa bile, iddia ve savunma sınırları aşılmış olmadıkça bu bir haksız eylem olarak nitelendirilmemektedir.

İddia ve savunmanın dışında kalan ve bunlarla ilgisi bulunmayan ve hakaret içeren sözler ise bu kapsam dışında değerlendirilmektedir. Savunma, devlet bakımından da önemlidir. Savunma, kararın doğru olmasını sağlar. Bu da ceza adaletinin hakkıyla ifası ve neticede devletin adaletle kaim olması demektir. Zira adalet, mülkün temelidir.

## SAVUNMA DOKUNULMAZLIĞI-KAVRAM

Doktrinde “*savunma dokunulmazlığı*” (Dönmezer), “*müdafa masuniyeti*” (Erem), “*yargılama dokunulmazlığı*” (Zeppieri)<sup>14</sup> veya “*savunma sorumsuzluğu*” (Yüce) denilen “*iddia ve müdafa bağımsızlığı*” (Kunter), iddia ve müdafa görevleri yapılırken kullanılan kelimeler veya verilen dilekçe ve evrakların ihtiva ettiği tecavüzler yüzünden tarafların soruşturulamamalarını ve cezalandırılmamalarını ifade eder.

Savunma dokunulmazlığı, bir muhakemenin taraflarının, uyumsuzluk konusu ile ilgili olarak bildiklerini ve düşündüklerini korkmaksızın dile getirmesini, yazıya dökmesini veya belgelemesini ifade eder. Gerçekten ayrı bir suç işleyeceği korkusuyla iddia ve savunmasını hakkıyla, istediği gibi yerine getiremeyen kişinin, muhakeme sonunda verilecek hükümden memnun olmaması mümkündür. Konu ile ilgili olarak bildiklerini çekinmeden anlatabilecek kişi bakımından ise, böyle bir memnuniyetsizliğin olmayacağı, olsa da haklı olmayacağı açıktır.

<sup>14</sup> S. Dönmezer'den naklen *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 14. Baskı, İstanbul: 1995, No. 261, s. 265.

## SAVUNMA DOKUNULMAZLIĞININ NİTELİĞİ

Savunma dokunulmazlığı, bir hukuka uygunluk sebebidir. TCK'nın 49. maddesinde düzenlenen; kanun veya yetkili amirin emrini icra, meşru müdafaa, ıztırar hali, genel hukuka uygunluk sebepleridir.<sup>15</sup> Ancak bunların dışında da özel hukuka uygunluk sebepleri vardır: Mağdurun rızası ve hakkın icrası gibi.

Bir muhakemede taraf olanların öncelikle taraf olmalarını sağlayan pozisyonlarının gereğini yapabilmeleri için savunma ve iddia hakkına sahip olmaları gerekir. Taraflar için bir hak olan iddia ve savunma; bu amaçla ve bu esnada tarafların yapabilecekleri hakaretler bakımından özel bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etmektedir. Hukuka uygunluk sebebinin bulunduğu bir durumda da suç oluşmayacağından cezalandırma da söz konusu olmayacaktır.

Savunma dokunulmazlığı, bir hukuka uygunluk sebebidir. Ancak söz konusu hukuka uygunluk sebebinin varlığı için isnatların doğruluğuna inanılarak yapılması ve sadece olayların yansıtılması ile yetinilerek hakkında şikayette bulunulan kişiye şahsi hakaret ve sövmede bulunulmaması lazım geldiği savunulmuştur.<sup>16</sup> Bu iddiada dile getirilen "doğruluğuna inanılarak yapılması", zaten bir fiili hakaret olmaktan çıkaracak unsurdur. Böylelikle dokunulmazlık kapsamındaki hakaret, sanki yapılan söz ve hakaretin aslında doğruluğuna inanılan söz ve olaylarla sınırlanmış olmaktadır.

Ancak savunma dokunulmazlığının bu şekilde nitelenmesi yanlıştır; bu kurumun varlık sebebi ile zıtlık teşkil etmektedir. Zira kanunla hukuka uygunluk sebebi kabul edilen bu kurumla, hakaret teşkil eden söz, yazı ve evrakların cezalandırılmayacağı düzenlenmiştir; yoksa bunların hakaret teşkil etmeyeceği söylenmek istenmemiştir. Alıntılanan tanımdaki kriterlere uyan söz ve yazılar zaten hakaret teşkil etmemektedir ki neden ayrıca savunma dokunulmazlığının konusu kılınsın?

<sup>15</sup> Hukuka uygunluk sebepleri Yeni TCK'da 24 ve 25. maddelerde düzenlenmiştir.

<sup>16</sup> Dönmezer, No. 264, bis, s. 269.

Zira dokunulmazlık, hakaret niteliği taşımayan doğru ve gerçek olayların isnadı değil, kanunun deyimiyile "hakareti mutazammın" söz, yazı ve evrakların iddia ve müdafaa sebebiyle verilmesi durumuna ilişkindir.

Savunma dokunulmazlığının hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için gereken şartlar, failin doğrudan doğruya iddia veya savunma hakkının bulunması, hakaret içeren yazı ve sözlerin kullanımının savunma hakkının icrasının bir sonucu olması ve söz konusu hakkın yani savunma hakkının kötüye kullanılmaması olmasıdır.<sup>17</sup>

Kanımızca; savunma dokunulmazlığı, sadece hakaret ve sövme suçları değil, söz ve ifade ile işlenebilen bütün suçlar için bir hukuka uygunluk sebebidir ve bu şekilde düzenlenmelidir.

## SAVUNMA DOKUNULMAZLIĞININ AMACI

Savunma dokunulmazlığı, savunma görevini yapacakların hiç kimseden, hatta kanundan korkmayarak ve sözlerinin ne gibi karşılıklar, ne gibi suçlu neticeler doğurabileceğini düşünmeyecek yapabilmeleri için verilmiştir.<sup>18</sup> Savunma hakkının kullanımını güvence altına almayı amaçlayan savunma dokunulmazlığı, temel bir hak olan savunma hakkının kullanımının güvenceye bağlanması ve adaletin herhangi bir engelle karşılaşmaksızın temini amacına dayanır. Savunma yapmak adına söylenmesi gereken ceza korkusu ile söylenmemesi, adaletin gerçekleştirilmesine engel olur.

Ancak savunma dokunulmazlığının bu amaç çerçevesinde değerlendirilmesi ve ceza görmeksizin onur kırmaya araç olacak şekilde kötüye kullanımına da fırsat verilmemesi gerekir.<sup>19</sup> Ancak bizce onur kırıcı da olsa söz veya yazı veya evrak, savunma ile ilgili olmak şartıyla dokunulmazlık kapsamında olmalıdır.

<sup>17</sup> Meral Sungurtekin; *Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri*, İzmir: 1999, s. 98.

<sup>18</sup> Ali Haydar Özkent; *Avukatın Kitabı*, İstanbul: 1940. Eserin tıpkı basımı, İstanbul: 2002, No. 505, s. 341.

<sup>19</sup> Meral Sungurtekin; a.g.e., s. 93. Yazar, burada F. Erem'e (Türk Ceza Hukuku, C. 2-1965, s. 1077) atıf yapmaktadır.

## DİĞER BAZI HUKUK SİSTEMLERİNDE DÜZENLENME BİÇİMİ

Alman Ceza Kanununun "Hakaret" başlıklı 14. babında yer alan 193. maddesinde,

"... Hakların savunulması veya yerine getirilmesi ya da haklı çıkarların korunması için yapılan açıklamalar ancak gerçekleşen koşullardan veya ifade biçiminden bir tahkirin varlığı anlaşılırsa cezalandırılabilir."

denmektedir. Buna göre müdafii hakaret edici açıklamalarının ancak bunlarla hukuki kovuşturma arasında illiyet bağı yoksa veya müdafii, delillerin bu tür iddialar için yetersiz veya güvenilmez olduğunu bilme yükümlülüğü altında ise haklı sayılamayacağı belirtilmektedir.<sup>20</sup>

Yine Alman Ceza Kanunu'nun 193. maddesi ile ilgili olarak; çok geniş bir şekilde savunma dokunulmazlığı dahil bütün diğer hakların savunulmasında ilke olarak ceza verilmeyeceği ve ancak hakkın kullanılmasında başvuru ifade tarzı ve içinde bulunulan hal ve şartlara göre fiilin suç teşkil edebileceğinin belirtildiği ifade edilmiştir.<sup>21</sup>

Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemenin alındığı İtalyan Ceza Kanunu düzenlemesi ise şöyledir:

### Madde 398:

"Dava esnasında taraflar veya vekilleri tarafından davaya müteallik mahkemeye verilen evrak ve irat olunan müdafaaların muhtevi olduğu tecavüzlerden dolayı takibat yapılmaz. Şu kadar ki hakim kanunen muayyen olan inzibati tedbirlerden maada bu sözleri havi olan evrakın tamamen ortadan kaldırılmasını emir ve tecavüz olunanın isteği ile kendisine tazminat itasına-dava hakkında karar verirken hükmedebilir."

398. maddenin ceza mahkemelerine münhasır olması yolundaki tereddüdü gidermek için "muhakeme esnasında" denilmesi teklif edilmişti. Fakat Meclisi Mebusan Komisyonu bu ilaveyi lüzumsuz görmüştür. Zira mahke-

me demekle her nevi mahkemeyi anlamak icap eder. 398. madde yalnız mahkemeden bahsediyor. "İmpallomeni" aynı sebeplerden dolayı devlet şurası ile vilayet meclislerinin de mahkemeden sayılması lazım geldiği fikrindedir. Zira bunlar da mahkemeler gibi dava görür ve neticelendirirler. Her ne kadar "İmpallomeni"nin ileri sürdüğü işbu sebepler tamamen şayanı kabul değilse de adı geçen meclisler huzurunda savunma makamında ileri sürülen sözler tahkir kastı bulunmayacağı cihetle zikredilen ceza muafiyetinin tatbik edilmemesine sebep yoktur.<sup>22</sup>

398. madde, "davaya müteallik takdim edilen evrak ve irat edilen müdafaalar" diyor. Kanunun maksudını aydınlatmak için Meclisi Mebusan Komisyonu mazbatasındaki beyanatın burada anılması yerinde olacaktır:

"Kabul edilen işbu muafiyet ancak müdafaa hakkını temin içindir. Binaenaleyh davaya müteallik müdafaa makamında söylenen veya yazılan her şey hakkında muafiyet caridir. Bunların herhalde müdafaaya salih ve bu noktadan muktazi olup olmadıkları tetkik edilemez."

Carrara dahi müdafaa eden kimsenin tenzip ettiği her şeyi söyleyebileceğini ileri sürüyor.<sup>23</sup>

## SINIRLARI<sup>24</sup>

### Taraf İle Sınırlılık

Kanun, savunma dokunulmazlığını taraf ile sınırlamıştır. Savunma dokunulmazlığından yararlanabilmek için o davanın tarafı olmak önkoşuldur. Buradaki taraf kavramından bir davada sübjektif bir menfaat elde etmek maksadıyla yer alan kimseleri anlamak gerekir. Bir davada taraf olmakla birlikte sübjektif bir menfaati olmayan hakim ve savcı gibi

<sup>22</sup> Majno; *Ceza Kanunu Şerhi (Türk ve İtalyan Ceza Kanunları)*, Ankara: 1980, No. 1800-1807, s. 371-374.

<sup>23</sup> Manjo, a.g.e., s. 371.

<sup>24</sup> Bu değerlendirme eski TCK maddesi nazara alınarak yapılmıştır. Savunma Hakkının özünü oluşturan "Savunma Dokunulmazlığı"nın eski ve yeni TCK yönünden değerlendirilmesine katkı sağlayacağı düşüncesiyle bu bölüm aynen korunmuştur.

<sup>20</sup> Nur Centel; *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii*, Savaş Mollamahmutoglu; *Türk Ceza Yorumu*, 3. Baskı, 4. Cilt, Ankara: 1999 adli eserin içinde, s. 5121.

<sup>21</sup> Bkz.: Dönmezer, a.g.e., No. 264 ter, s. 270.

kimseler savunma dokunulmazlığı açısından o davanın tarafları sayılmazlar.

Kanun, davanın tarafları yanında onların temsilcisi sıfatıyla davaya katılan vekil, müşavir vb. kimselerin eylemlerini de savunma dokunulmazlığı kapsamında değerlendirmektedir.

Savunma dokunulmazlığı kapsamında hakaretin yöneltilebileceği kimseler açısından kanunda herhangi bir açıklık olmadığı gibi, bu konuda uygulama ve doktrinde de bir birlik sağlanmış değildir. Bazı hukukçulara göre bir davada subjektif yararı olan böylece davada taraf teşkil edebilecek yani savunma dokunulmazlığından yararlanabilecek kimselere hakaret halinde dokunulmazlık söz konusu olabilecektir. Bazı hukukçulara göre ise bu düzenlemenin yapılaş amacının savunma hakkının hiçbir kısıtlamaya maruz bırakılmaksızın özgürce kullanılmasını sağlamak olduğu ve bu amaca uygun olarak, bir davada yer alabilecek herkese karşı yöneltilen hakaret içeren yazı ve sözler savunma dokunulmazlığı kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Nitekim 2005'de yürürlüğe girecek olan TCK'nın Savunma Dokunulmazlığı'nı düzenleyen 128. maddesinde, davanın tarafları yerine "kişilere yönelik" kavramı getirilerek taraf açısından savunma dokunulmazlığının kapsamı genişletilmiştir.

### Konu İle Sınırlılık

Savunma dokunulmazlığının konusu; ihtilafa ilişkin olarak ve iddia veya savunma bağında taraflar veya vekilleri tarafından yargı mercilerine verilen dilekçe ve diğer evraklardaki yazılar ve aynı nitelikteki sözlerdir.

Muhakeme makamlarına verilen dilekçe vb. yazılar iddia ve savunmaya ilişkin olmalıdır. TCK 486. maddede geçen "bir dava hakkında" deyiminin anlamı budur. Bir başka deyişle, "dava hakkında olma" ile kastedilen, görülmekte olan bir dava ile sarf edilen hakaret içeren ifade arasında fikri bir bağın bulunmasıdır. Bunların dışındaki söz ve davranışlar savunma hakkı kapsamında değerlendirilemeyeceği gibi, dokunulmazlık zırhından da yararlanılamaz.

Kanuna göre, dava ile ilgili olsa dahi "iddia ve müdafaa hududunu aşan hakareti mutazammın yazı ve sözler" de cezalandırılabilecektir.

Ayrıca savunma dokunulmazlığından yararlanabilmek için hakaret içeren yazı ve sözlerin tarafların meşru bir şekilde iştirak ettikleri bir dava ile ilgili olarak ve bu dava görülürken, yargı mercileri önünde verilmiş veya sarf edilmiş olması gerekmektedir. Yargı mercileri dışındaki eylemler dava ile ilgili olsa bile muafiyetin kapsamı dışında kalmaktadır.

2005'te yürürlüğe girecek düzenlemede, 128. madde yeni bir kavram getirmektedir. Bu kavram "kişilerle ilgili somut isnat ya da olumsuz değerlendirmeler" kriterini getirerek, suçta konu itibariyle somut olarak belirlenebilirlik esasını benimsemiştir. Böylece savunma dokunulmazlığının dar yorumuna ve keyfi uygulamalara sınır getirmiştir.

### Vasıta İle Sınırlılık

Kanun, hakaret içeren yazı ve sözlerin dilekçe, layiha ve sair evrakta yahut yapılan iddia ve müdafaalarda yer alması gerektiğini belirtmektedir. Buralarda yer almayan hakaret içeren yazı ve sözler muafiyetin kapsamı dışında kalır ve hakaret suçunu oluşturur. Kanunun "yazı ve sözlere" inhisar ettirdiği muafiyet yazı veya sözle yapılmaz, başka bir ifade vasıtası, davranış veya işaretle yapılırsa fiilin faili adli muafiyetten yararlanamaz.

### Fiil İle Sınırlılık

Kanun, "hakarete mutazammın yazı ve sözlerden dolayı, takibat yapılmaz" demekle savunma dokunulmazlığını fiille de sınırlamış olmaktadır. Burada kanunun lafzî yorumundan hukuka uygunluğun sadece "hakaret suçları" (TCK, 480-482) açısından geçerli olduğu sonucu çıkmaktadır. Ancak kanunun bu kadar dar yorumlanması bizi savunma hakkının ciddi anlamda kısıtlanması sonucuna götürebilecektir. Nitekim 486. maddenin sadece 480 ve sonra gelen maddeler bakımından değil, bütün hakaret ve sövme suçlarına ilişkin metinler açısından geçerli olduğu kabul edilmektedir.

Bununla birlikte, savunma hakkının kullanımına yönelik olsa dahi “*hakaret ve sövme suçları*” dışında kalan konusu suç teşkil eden eylemler adli muafiyetin kapsamı dışında kabul edilerek cezalandırılmaktadır.

2005'te yürürlüğe girecek düzenlemede, 128. madde halen yürürlükte olan Kanundan farklı olarak bilerli bir suç tipi belirtmemiş, bütün suçlar açısından geniş olarak yorumlayabileceğimiz olumlu ve savunma hakkını güçlendiren bir düzenleme getirmiştir. Bu yenilik doktrin ve uygulamadaki farklılıkları ortadan kaldıracak bir düzenleme olarak görülebilir.

## SAVUNMA DOKUNULMAZLIĞINA BAĞLANAN HUKUKİ SONUÇLAR

TCK'nın, 486. maddesinin ikinci fıkrasında,

“Birinci fıkrada yazılı hallerde salahi yetli kaza mercilerince kanunen muayyen olan inzibati tedbirlerden maada tecavüze uğrayanın talebi üzerine tazminata hükmedilebileceği gibi hakareti mutazammın yazı ve sözlerin evrak ve zabıtlardan kısmen veya tamamen kaldırılmasına da karar verilebilir.”

denilmektedir.

Buna göre kanun bu hükmüyle “*hakaret içeren yazı ve sözleri*” cezaî takibat dışında bırakarak, bunun yerine inzibati tedbirlerin uygulanabileceğine veyahut ilgilinin talebi halinde tazminata hükmedilebileceğine yer vermiştir. Yine ilgilinin isteğine bağlı olarak bu hakaret içeren yazı ve sözler zabıtlardan kısmen veya tamamen çıkarılabilecektir.

Savunma dokunulmazlığı kapsamındaki söz ve yazılardan dolayı uygulanabilecek inzibati tedbirler, CMUK 378-380. maddelerinde düzenlenen inzibati tedbirlerdir.<sup>25</sup> Bu tedbirler hakarete uğrayan bakımından bir müeyyide olmayıp, mahkeme düzenini korumaya yönelik tedbirlerdir. Diğer tedbirler ise hakarete uğrayanın şahsını korumaya yönelik tedbirlerdir.

2005'te yürürlüğe girecek olan TCK'nın 128. maddesinde mevcut kanunun 3. fıkrası-

na yer verilmemiştir. Bu durumda madde metninde açıklık olmamakla birlikte Adalet Komisyonu gerekçesinden anlaşıldığı kadarıyla genel hükümler doğrultusunda hareket edilecektir.

## YENİ TCK VE SAVUNMA DOKUNULMAZLIĞI

Mevcut TCK'nın savunma dokunulmazlığını düzenleyen 486. maddesi 1953 yılında yapılan bir değişiklikle bugünkü halini almıştır. Aynı tarihlerde maddenin ikinci fıkrasında yer alan,

“Ve ilgili olduğu takdirde dahi iddia ve müdafaa hududunu aşan hakareti mutazammın yazı ve sözler yukarıdaki fıkra hükmünden hariçtir”

ibarelerinin iptali istemi ile Anayasa Mahkemesinde dava açılmıştır. İptal isteminde; savunma masuniyetinin tam olmak zorunda olduğu ve iptali istenen hükmün bu masuniyeti ciddi surette engellediği ve esasen iddia ve müdafaa içinde kalan bir hususun kasit unsuru bakımından hakaret teşkil etmesinin imkansız olduğu, bu sınırın aşılmasına rağmen faile ceza verilmemesiyle masuniyetin yaratılabileceği ve bu hükmün Anayasanın 36. maddesinde yer alan savunma hakkına aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Karşı oy yazılarında,

“İddia ve savunma hududunun nerede başlayıp nerede biteceğinin belirli bir kıstası olmaması sebebiyle yargı mercileri önünde iddia ve savunma durumunda bulunan kişileri endişeye ve tereddütlere düşüreceği ve bunun da hakların tam olarak kullanılmasını önleyeceği cihetle hak arama hürriyetini kısıtlamakta olduğundan iptali gerektiği”

ifade edilmiş ise de Mahkeme;

“Gerçekten iddia ve savunma hakkının her türlü etkiden uzak olarak kullanılması esastır. Şüphesiz, bir davada tarafların yargı mercileri önünde iddia ve savunmalarını endişeye kapılmadan serbestçe yapmaları gerekir. İddia ve savunma sınırı içinde kalan hakaretin suç teşkil etmemesi, hakaret kastının bulunmamasından değil, adaletin tam olarak yerine getirilmesi sebebine dayanır. Bu itibarla bu serbesti, davanın aydınlığa kavuşmasına, diğer bir deyimle hakkın meydana çıkmasına

<sup>25</sup> Yeni CMK'da 203 ve 205. maddeler arasında düzenlenmiştir.

vesile olması amacına hizmet etmelidir. Böyle olduğu takdirde Anayasanın öngördüğü meşru vasıta ve yollara başvurulmuş olur. Ancak o dava sebebiyle söylenmesinde ve yazılmasında zaruret mevcut olmayan yani davanın aydınlığa kavuşmasında ve hakkın meydana çıkarılmasında hiçbir etkisi görülmeyen hakareti mutazammın yazı ve sözlerin sarf edilmiş bulunmasında elbette ki meşruluk vardır, denilemez. İşte böyle bir halde iddia ve savunma sınırı aşılmış ve bu suretle de haysiyetler korunmamış olur. Bu bakımdan sözü edilen hüküm, yargı mercileri önünde iddia ve savunma durumunda bulunan kişileri korkutacak ve tereddüde düşürecek ve bu yüzden de söylenmesi ve yazılması gereken bir hususu söylemek ve yazmaktan çekinmeyi gerektirecek bir nitelik taşımamaktadır. İddia ve savunma sınırının aşılp aşılmadığının hakim takdirine bırakılmış olmasından daha tabii bir hal olamaz. Bu durum da suçta kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmez”<sup>26</sup>

gerekçesiyle iptal talebini reddetmiştir.

Anayasa Mahkemesinin gerekçedeki görüşlerine katılmak mümkün değildir. 486. maddenin ilk fıkrasındaki “*bir dava hakkında*” ibaresi savunma dokunulmazlığının doğal sınırlarına yetmektedir. Bundan daha fazla bir sınırlama, savunma dokunulmazlığının amacına ulaşma bakımından gereksiz ve elverişsizdir. Gerçekten de mahkemenin karşı oy yazılarında da ifade edildiği gibi, iddia ve savunma hududunun nerede başlayıp nerede biteceğinin belirli bir kıstası bulunmamaktadır. Belirli olmayan kıstaslarla bunca önemli bir işleve sahip bir hakkı sınırlamak, hak arama hürriyetini kısıtlamakla eş anlamlıdır.

Nitekim hükümetin hazırladığı TCK tasarısında yeniden düzenlenen maddede bu sınırlamaya yer verilmemiştir. Tasarının 184. maddesinde düzenlenen hüküm şöyledir:

“Tarafların veya avukat, danışman veya yasal temsilcilerin dava hakkında yargı mercilerine verdikleri yazılar veya evrak veya iddia ve savunmalarındaki taraflara yönelik isnattan dolayı ceza verilemez.

İddia ve savunma ile ilgili olmayan isnat hakkında yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz.

Birinci fıkrada yazılı hallerde, yetkili yargı mercilerince kanunun belirttiği disiplin tedbir-

lerinden ayrı olarak saldırıya uğrayanın isteği üzerine tazminata hükmedilebileceği gibi, hakareti kapsayan yazı ve sözlerin evrak ve tutanaklardan kısmen veya tamamen kaldırılmasına da karar verilebilir.”

Tasarıda mevcut TCK’da yer alan “*ve ilgili olduğu takdirde dahi iddia ve müdafaa hududunu aşan*” ibarelerine yer verilmemiştir idi.

Tasarıyı hazırlayanlara göre, tasarıda yer verilmeyen ve TCK’ya sonradan eklenen bu ibareler, savunma dokunulmazlığını bir miktar sınırlamıştır ve bu hüküm, tatbikatta güçlükler çıkarmaktadır. Kaldı ki sınırı aşan beyanlar zaten iddia ve müdafaa ile ilgili olamaz.

Hükümet tasarısında anılan bu hükme yer verilmemesi olumlu olmakla birlikte, savunma dokunulmazlığını tanımlayan birinci fıkrada bulunan “*taraflara yönelik*” deyimiyile savunma dokunulmazlığı kestirme bir yolla sınırlanmıştı. Mevcut TCK’da bulunmayan bu ibarenin anlamı ise, maddenin gerekçesinde de yazıldığı gibi, bu dokunulmazlığın taraf olmayan hakim, savcı, tanık ve bilirkişilere yönelik isnatları kapsamıyor olmasıydı. Bu hükme göre, taraflar birbirlerine bir davada ve o dava ile ilgili olarak beyan ve sarf ettikleri hakareti içeren söz, yazı ve evraklardan sorumlu tutulamaz iken; mahkemede merkezi rollere sahip olan muhakemeyi yapan hakim, savcı ve diğerlerine yönelik hakaretler cezalandırılacaktı. Bunun hak arama hürriyeti, hakikatin araştırılması ve adaletin aydınlatılması gibi amaçlara hizmet eden savunma dokunulmazlığı ile bağdaşmadığı açıktır.

Tasarının ilgili maddesi Adalet Komisyonunda tamamen değiştirilmiştir. 26.09.2004 tarihinde Mecliste aynen kabul edilen Yeni Türk Ceza Kanununun, “İddia ve savunma dokunulmazlığı” başlıklı 128. maddesi şöyledir:

“Yargı mercileri veya idarî makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnatlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması hâlinde, ceza verilmez. Ancak, bunun için isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakialara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması gerekir.”

Mecliste kabul edilen yeni madde savunma dokunulmazlığı açısından çok daha ileri

<sup>26</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, 08.06.1965, 165/36.

bir nitelik taşımaktadır. Öncelikle madde başlığı "iddia ve savunma dokunulmazlığı" olarak düzenlenmekle savunma dokunulmazlığı sadece dava ile ilgili olmaktan çıkarılmıştır. Madde içeriğine de yansıyan bu durum ile savunma dokunulmazlığı,

"Yargı mercileri veya idarî makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü"

tüm işlemleri kapsayacak şekilde genişletilmiştir.

Maddedeki diğer bir değişiklik ise, tasarıda yer alan "*tarafalara yönelik*" ibarelerinin yerine "*kişilerle ilgili olarak*" ibarelerine yer verilmiş olmasıdır. Bu değişikliğin, isnadın yöneltilebileceği kişilerin kapsamını genişlettiği, ancak muhakemenin tüm taraflarını, örneğin hakim ve savcılarını da kapsayacak nitelikte geniş kapsamlı bir değişiklik olmadığı kanaatindeyiz.

Ayrıca Yeni TCK'nın 128. maddesinde eski TCK 486. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarına yer verilmemiştir. Bu durumda, yeni düzenlemede yer alan,

"İsnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakialara dayanmaması ve uyumsuzlukla bağlantılı olmaması"

durumunda nasıl hareket edileceği hususunda bir açıklık yoktur. Kanun koyucunun böyle bir durumda genel hükümler doğrultusunda hareket edileceğini öngördüğünü, ayrıca bir düzenlemeye gerek görmediğini Adalet Komisyonunun madde gerekçesinden çıkarmak mümkündür. Söz konusu Adalet Komisyonu gerekçesi aynen şöyledir:

"Madde metninde, bir hukuka uygunluk nedeni olan ve Anayasamızda da güvence altına alınan (madde 36) iddia ve savunma dokunulmazlığı düzenlenmiştir. Bir talebin resmi bir makama iletilmesi, dilekçe hakkının kullanılması bağlamında hukuka uygun bir davranıştır. Ancak, dilekçe hakkı, dilekçenin içeriğindeki ifadeler açısından başlı başına bir hukuka uygunluk sebebi olarak mütalâa edilemez.

Hukuk Toplumunda yaşama hakkına sahip olan herkes, toplum barışını bozucu nitelik taşıması dolayısıyla devletten suç işlenmesinin önlenmesini ve suçluların cezalandırılmasını talep hakkına sahiptir. Bir suçun işlendiğini öğrenen bireyin, bununla ilgili olarak yetkili makamlar nezdinde ihbar veya şikâyette bulunma hakkı vardır.

Gerçekleşmiş bir olayla ilgili olarak bu olayın oluşumuna neden olan kişiler de gösterilmek suretiyle ihbar veya şikâyette bulunulması durumunda, hakaret veya iftira suçunun oluştuğundan söz edilemez. Çünkü, burada gerçekleşmiş somut olayla ilgili olarak ihbar veya şikâyette bulunmak şeklinde bir hakkın kullanılması söz konusudur.

İddia ve savunma hakkının, yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde kullanılması mümkündür.

İddia ve savunma hakkının kullanılması bağlamında, kişiler açısından somut isnat ifade eder nitelikte maddî vakiaların ortaya konulması ya da kişilerle ilgili olumsuz değerlendirmelerde bulunulması mümkündür. Bu somut isnatlar veya olumsuz değerlendirmeler, iddia ve savunma hakkının kullanılmasıyla ilişkilendirilememesi durumunda, hakaret ve hatta iftira suçu oluşturur.

İddia ve savunma kapsamında, kişilerle ilgili olarak bulunulan somut isnatların gerçek olması ve yapılan olumsuz değerlendirmelerin somut vakialara dayanması gerekir. Keza, bulunulan somut isnatların veya yapılan olumsuz değerlendirmelerin uyumsuzlukla ilişkili olması gerekir; ancak, uyumsuzluğun çözümü açısından faydalı olması aranmamalıdır.

Somut uyumsuzlukla bağlantılı olmayan isnatlar gerçek olsa bile iddia ve savunma dokunulmazlığının varlığından bahsedilemez. Keza, somut vakialara dayansa bile, uyumsuzlukla alakası olmayan olumsuz değerlendirmeler açısından iddia ve savunma hakkının kullanılması söz konusu değildir.

Somut uyumsuzlukla ilgili olmakla birlikte iddia ve savunma sınırını aşan hakareti mutazammın yazı ve sözlerin iddia ve savunma hakkı kapsamında mütalâa edilmesi mümkün değildir. Ancak, bu ifadelerin kullanılmasına müsamaha ile bakılabilir. Çünkü, bu gibi durumlarda iddia ve savunmanın sınırı genellikle öfke ve gazabın etkisiyle aşılmaktadır. Aslında öfke ve gazap hâli, kusurluluğun bir unsuru olan irade yeteneğini etkileyen bir faktördür ve bu durum, kişinin işlediği hakaret suçu dolayısıyla kusurunun tespiti bağlamında değerlendirilmelidir."

Madde gerekçesinde yer alan "Bu somut isnatlar veya olumsuz değerlendirmelerin, iddia ve savunma hakkının kullanılmasıyla ilişkilendirilememesi durumunda, hakaret ve hatta iftira suçu oluşturur" cümlesi yukarıda açıklanmış olduğumuz fikri destekler niteliktedir.

Burada daha dikkat çekici olan,

“İddia ve savunma ile ilgili olmakla birlikte iddia ve savunma sınırını aşan hakareti içeren yazı ve sözlerin” mevcudiyeti halinde nasıl hareket edileceği hususudur. Bilindiği gibi mevcut Ceza Kanunu’nda “Dava ile (...) ilgili olduğu takdirde dahi iddia ve müdafaa hududunu aşan hakareti mutazammın yazı ve sözler yukarıdaki fıkra hükmünden hariçtir.”

şeklinde bir ikinci fıkra mevcuttur. Bu fıkranın savunma dokunulmazlığını zedelediğine ilişkin eleştiriler sonucu bu fıkra tasarıda ve yeni TCK’da yer almamıştır.

Madde gerekçesinde,

“Böyle bir halin varlığı halinde bu durumun iddia ve savunma hakkı kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı, ancak, bu ifadelerin kullanılmasına müsamaha ile bakılabileceği,

vurgulanmaktadır. Daha sonra,

“Savunma sınırının genellikle öfke ve gazabın etkisiyle aşıldığı, bu durumun ise kişinin işlediği hakaret suçunun kusur derecesinin belirlenmesinde göz önüne alınması gerektiği”

söylenerek, hem kendi içinde çelişkiye düşülmekte, hem de kanunla getirilen özgürlük daraltılmaktadır.

Komisyunun ifadesi ile, bu duruma müsamaha ile bakılması halinde hakaret suçunun oluşması mümkün değildir. Maalesef Komisyonun mevcut TCK’nın etkisinden kurtulamadığını söylemek durumundayız.

Buradaki tehlike, kanunu yorumlayacak olan hakimın madde gerekçesinden etkilenecek, eski anlayışı devam ettirme düşüncesine kapılması halinde ortaya çıkacaktır.

Mevcut TCK’nın 486/3. maddesindeki, “tecavüze uğrayanın talebi üzerine hakaret içeren yazı ve sözlerin evrak ve zabıtlardan kısmen veya tamamen kaldırılmasına da karar verilebilir” hükmü, yeni TCK’da yer almaktadır. Bu durumda tecavüze uğrayanın kişilik haklarıyla ilgili olarak sadece genel hükümlere göre uygulama yapılabilecek, savunma dokunulmazlığı kapsamında muhakemenin etkilenmesi engellenemeyecektir.

Yeni düzenleme, savunma dokunulmazlığından yararlanabilmeyi, isnadın gerçek ve

somut delillere dayandırılması koşuluna bağlı tutmaktadır. Esasen somut vakaya dayandırılabilen bir iddianın savunma dokunulmazlığı kapsamında değerlendirilmesine gerek yoktur. Savunma dokunulmazlığı, savunma içinde tarafların konusu suç teşkil edebilecek söz ve eylemleri için söz konusudur. Bu bakımdan yeni düzenlemede benimsenen “isnadın gerçek ve somut delillere dayandırılması” kriteri, savunma dokunulmazlığını sağlamaktan uzaktır.

Mevcut Kanun savunma dokunulmazlığını sağlamaktan uzak olduğu gibi, yeni TCK’nın da savunma dokunulmazlığının korunması amacına hizmet ettiğini söylemek de mümkün olmayacaktır. Modern bir yasa her yönüyle modern olmak zorundadır. Bir kısıtlama ortadan kaldırılırken başka bir kısıtlamanın kanun hükmü olarak düzenlenmesi, ancak otoriter düzene hizmet düşüncesinin bir tezahürü olarak yorumlanabilir.

Savunma dokunulmazlığı, savunma hakkının kullanılabilirlik sınırlarını belirleyen bir hak türüdür. Başka bir anlatımla savunma dokunulmazlığının sınırları savunma hakkına verilen önemde sınırlarını belirlemektedir. Böylesine önemli bir konuya daha hassasiyetle yaklaşılması gerekmektedir. Tüm temennimiz de bu yöndedir.

## SONUÇ

Savunma hakkı hukuk düzeni içinde yeterli ve etkin bir düzenlemeye kavuşturulmuş değildir. Savunma hakkı, anayasamızda temel haklar arasında sayılmamış, sadece 36. maddede kavram olarak kullanılmıştır. Fakat iddia ve yargıya ilişkin belirlemeleri açık bir şekilde vazetmiştir. Savunma hakkını sahipsiz bırakan anayasal düzenlemeye dayanılarak kanuni düzenleme yapmanın sonucu olarak savunma hakkı kadük kalmıştır.

Esasen savunma hakkı sadece avukatlık, vekil-müvekkil ilişkisiyle sınırlanmamalı, bunun ötesinde tüm muhakeme sistemi içinde eşit ve hatta birincil konumda konumlandırılmalıdır. Yapılacak kanuni düzenlemelerde, çağın gereklerini kuşatamayan düzenlemeler savunma hakkının kutsallığı perspektifinden geçirilerek çözüm önerileri sunulmalıdır.



Savunma hakkının birincil derecede kullanıcıları olan avukatların, savunmanın bağımsızlığını sağlama yönündeki güvencelerinden sayılan Baronun bağımsızlığı da ancak bu şekilde sağlanabilir.

Savunma hakkı ve savunmanın, suç işle-meyi teşvik eden bir kurum olarak algılanma-sına son verecek hukuk kültürü geliştirilmeli-dir.

Diğer yandan, savunma dokunulmazlığının sağlanabilmesinde, savunma hakkının etkin kullanımına ve engellerinin çözümüne yönelik düzenlemeler getirilmelidir.

Mahkeme düzenini sağlamak kuşkusuz muhakemenin makul süre içinde yapılması-nı sağlamaya yönelik bir düzenlemedir. Ancak mahkeme düzenini sağlamak bir amaç olma-dığından, düzen, hak kısıtlanarak değil, hak gözetilerek sağlanmalıdır. Mahkeme düzeni-nin sağlanması sadece hakimin vicdani kana-atine bırakılmamalı, savunmanın da muhake-me sürecinde eşit konumda olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

Muhakemenin savunma üzerine değil de iddia üzerine şekillendiği bir muhakeme sis-teminde savunma hakkının varlığından söz-etmenin mümkün olmayacağı açıktır. ■

## Kaynakça

- Ali Haydar Özkent; *Avukatın Kitabı*, İstanbul: 1940.  
Eserin tıpkı basımı İstanbul Barosu Yay., 2002.
- Majno; *Ceza Kanunu Şerhi (Türk ve İtalyan Ceza Kanunları)*, Baylan Matbaası, Ankara: 1980.
- Meral Sungurtekin; *Avukatlık Mesleği Avukatın Hak Ve Yükümlülükleri*, Barış Yayınları Fakülteler Ki-tapevi, İzmir: 1999.
- Nur Centel; *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müda-fi*, Kazancı Yay., İstanbul: 1984,
- Orhan Seyfi Güner; "Avukatlık Mesleğinin Tarihçe-si", *Birikimler I*, Danışman Yay., İstanbul: 2003.
- Savaş Mollamahmutoğlu; *Türk Ceza Yorumu*, 3. Baskı, 4.Cilt, Seçkin Yay., Ankara: 1999.
- Sulhi Dönmezer; *Kişilere Ve Mala Karşı Cürümler*, 14. Baskı, İstanbul: 1995.