

CMK'NUN 250.MADDESİ İLE GÖREVLİ VE YETKİLİ
İSTANBUL 10.AĞIR CEZA MAHKEMESİ BAŞKANLIĞI'NA

Dosya no: 2010/283 E.

Dilekçe konusu : 1136 Sayılı Avukatlık Kanununun 1,2,76,95/1-4-21,97/6 maddeleri uyarınca, Sayın Mahkemenizde yapılan yargılamada, adil yargılanma hakkı ve silahların eşitliği ilkelerine aykırı olarak, müdafinin savunma hakkını kısıtlayan, ortadan kaldıran; mesleğin onur ve saygınlığını zedeleyen uygulamalardan vazgeçilmesi, buna ilişkin ara kararlarından rücu edilmesi, usul kurallarına tam olarak uyulması yönündeki taleplerimizin anılan maddelerde yer alan kanuni görev ve yetkimiz kapsamında sunulmasıdır.

Açıklama :

1) Bilindiği üzere TCK'nun 6/1-d maddesi uyarınca **avukat, yargı görevi yapan bir süje** olarak açıkça tanımlanmakta ve yargının kurucu bir unsurunu oluşturmaktadır.Nitekim 1136 Sayılı Avukatlık Kanununun 1.maddesinin 2.fıkrasına göre de "**Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder**". Bu çerçevede aynı Kanunun 2.maddesine göre de **Avukatlığın amacı**, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların **adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları**, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır.

2) Avukatlığın bu amaç ve işlevinin yerine getirilmesini temin bakımından **1136 Sayılı Kanun, Barolara, Yönetim Kurulu ve Baro Başkanına görev yüklemiş ve yetki vermiştir**. Nitekim:

a) Kanunun 76.maddesine göre : " Barolar...**meslek düzenini, ahlakını, saygınlığını, hukukun üstünlüğünü**, insan haklarını savunmak ve korumak...amacıyla tüm çalışmaları yürüten...kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır".

b) Kanunun 95.maddesinde Yönetim Kurulunun görevleri yer almaktadır. Buna göre Yönetim Kurulunun başlıca görevleri arasında:

aa) Avukatlık onurunun ve meslek düzeninin korunmasını, mesleğin adalet amaçlarına uygun olarak bağlılık ve onurla yapılmasını sağlamak” (f.2, bent 1)

bb) Mesleki ödevler hususunda baro mensuplarına yol göstermek ve onlara bilgi vermek ve mesleki görevlerin yapılıp yapılmadığını denetlemek, mesleğe ve meslek mensuplarına yönelik hak ihlallerine karşı avukatlık mesleğini ve meslektaşlarını savunmak, bu konularda her türlü yasal ve idari girişimde bulunmak” (f.2, bent 4)

cc) Hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak, korumak ve bu kavramlara işlerlik kazandırmak” (f.2, bent 21)

yer almaktadır.

c) Yine Kanununun 97.maddesinin 6.bendi Baro Başkanına, meslek onuru ve bağımsızlığı ile ilgili işlerde kanunlar ve meslek kurallarının gereğini her türlü organlara karşı savunmak ve bu konuda doğrudan doğruya veya dolayısıyla kendini göreve zorlayan hususları yapmak görevini yüklemektedir.

Tüm bu yasal hükümler karşısında işbu dilekçeyi Mahkemenize sunmak Başkanlığımız ve Yönetim kurulumuzun yetkisi dahilinde olduğu kadar ve daha önemlisi görevidir.

3) Açıklamalarımıza geçmeden önce önemle belirtmek isteriz ki, maddi gerçeği ortaya çıkartmak, bu kapsamda delilleri tartıştıktan ve değerlendirdikten sonra mevcut deliller ışığında ve vicdani kanaate göre esas hakkında karar verme hak ve yetkisi elbette ki tamamen Mahkemeye aittir.

4) Bununla birlikte bu sonuca gidilirken, CMK'daki usul ve delil kurallarına tam olarak uyulması, adil yargılanma hakkına ve silahların eşitliği ilkesine gereken önemin verilmesi, bu çerçevede de savunmaya ve onu temsilcisi Avukata (müdafiye) bu işlevini etkin bir biçimde yerine getirilebilmesi için gerekli olanakların tanınması, savunma hakkına hiçbir kısıtlama veya müdahalede bulunulmaması şarttır. Çünkü yargılama, tez (iddia), antitez (savunma) ve sentezden (hüküm) oluşan kolektif bir faaliyet olduğu gibi, adalet duygusunu ve vicdanları tatmin edecek adil bir karar ancak adil bir yargılama sonucunda verilebilir. Bu husus mahkemelerin ve yargının saygınlığının zedelenmemesi için de önem taşımaktadır. Burada özellikle iddia ve savunma arasında silahların eşitliğinin sağlanmasının önemini bir kez daha belirtmek isteriz. Gerçekten ancak bu sağlandığı taktirdedir ki mahkeme (hakim) aynı zamanda tarafsız ve taraflara eşit mesafede bir “hakem” olabilir ve adil bir yargılamayı

sağlayabilir. Nihayet yargılama sırasında, savunma makamı ne kadar mahkemeye ve iddia makamına gereken saygıyı göstermekle yükümlü ise, yargının kurucu unsuru ve yargı görevi yapan avukata da gerek iddia makamının gerekse mahkemenin hak ettiği saygıyı göstermesi de aynı ölçüde zorunludur. 1136 Sayılı Kanunun ortaya koyduğu meslek onuru ve saygınlığı bunu ifade etmektedir ve buna öncelikle ve en çok uyması gereken de yargısal makamlardır. Yargının kurucu unsuru ve yargı görevi yapan avukat yargılamada “şekli” olarak varlığı gereken bir unsur, bir “fazlalık” olarak görülemez. Bir başka ifadeyle avukat, sadece şekli olarak varlığı aranan bir kişi olmayıp, yargılamanın savunma ayağını oluşturan asli bir unsuru, parçasıdır. Kanunlarda hiçbir makam ve merciiye verilen yetki, sınırsız değildir ve olamaz. Bu cümleden olmak üzere “özel” görev veya yetki, “sınırsız” görev veya yetki anlamına gelmemektedir. Hukuk devletinde herkes, bu arada iddia makamı, savunma ve mahkemeler de kanun ve hukukla bağlıdır.

5) Her ne kadar CMK'nun 203/1.maddesinde duruşmanın düzeninin, mahkeme başkanı veya hakim tarafından sağlanacağı hükme bağlanmakta ve 252.maddenin 1.fıkrasının (f) bendi uyarınca mahkeme başkanının duruşmanın düzenini bozan sanığı veya müdafii duruşma salonundan çıkarma yetkisi bulunmakta ise de, bu yetki ancak makul bir gerekçeye dayalı olarak, amacına uygun ve orantılı olarak uygulandığında hukuka uygun olabilir. Nitekim fıkrada bu kararın esasa ilişkin iddia ve savunmanın yapılmasına engel olacak biçimde uygulanamayacağı da belirtilmektedir. Burada TCK'nun 128.maddesinde düzenlenen iddia ve savunma dokunulmazlığı da geniş yorumlanmak suretiyle dikkate alınmalıdır. Aksi halde CMK'nun 252/1-f maddesinin verdiği yetki, savunma üzerinde bir endişe kaynağı haline gelebilir. Bu durumda ise savunma hakkı önemli ölçüde kısıtlanabilir hatta tümünden ortadan kalkabilir.

Bu açıklamalar karşısında, Mahkemenizde yapılan yargılamada, tarafımıza iletilen bilgi ve bunları doğrulayan tutanaklar çerçevesinde, savunma hakkı ve dokunulmazlığı ve usul hususunda ortaya çıkan hukuka aykırılıklar ve ihlallerle ilgili olarak şu hususları belirtmek görev ve sorumluluğu içindeyiz:

6) Tutanağa göre 26.03.2012 tarihli oturumda CMK'nun bazı maddelerinin uygulanması ile ilgili olarak bazı müdafilerin usul hakkında söz istedikleri, Mahkemenin söz vermediği, bir polemik ve tartışma yaşandığı, bunun sonucunda da söz almakta ısrar eden meslektaşlarımızın CMK'nun 252/1-f maddesi uyarınca dışarı çıkarıldıkları anlaşılmaktadır. Bu uygulama CMK'nan aykırı ve savunma hakkını kısıtlayan, hatta ortadan kaldıran bir uygulamadır. Gerçekten:

a) Avukat, adil yargılanma hakkının temeli olan savunma hakkının etkin ve işlevsel olarak yerine getirilmesinin kanuni temsilcisi ve uygulayıcısı olmakla yargılamanın

her aşamasında söz alarak, savunmanın bir parçası olarak gerek usule gerekse esasa ilişkin beyanda bulunabilir. Özellikle usule ilişkin olarak her aşamada beyanda bulunmak avukatın hakkı ve görevidir. Nitekim CMK'nun 192.maddesine göre "Mahkeme başkanı veya hakim, duruşmayı **yönetir** ve sanığı sorguya çeker; **delillerin ikame edilmesini sağlar**". Görüldüğü gibi mahkemece delillerin ikame edilmesinin sağlanması, dolayısıyla bu hususta müdafinin taleplerini dile getirebilmesi için kendisine söz verilmesi kanunun amir hükmüdür. Kaldı ki aynı maddenin 2.fıkrasında, " duruşmada ilgili olanlardan biri duruşma yönetimine ilişkin olarak mahkeme başkanı tarafından emrolunan bir tedbirin hukuken kabul edilemeyeceğini öne sürerse mahkeme, bu hususta bir karar verir" hükmü yer almaktadır. Bu hüküm, "duruşmanın yönetimi", yani usul bakımından avukatın her aşamada söz alabileceğini, bu hususta bir karar verilebilmesi için ise mahkemenin kendisine söz vermesi gerekliliğini ortaya koymaktadır. Nitekim madde başlığında Başkan veya Hakimin "görevinden" söz edilmektedir.

Aynı şekilde CMK'nun üçüncü kitap, birinci kısım, dördüncü bölümün başlığı "**Delillerin Ortaya Konulması Ve Tartışılması**" başlığını taşımaktadır. Burada yer alan delillerin ortaya konulması ve tartışılması ifadeleri doğal olarak her aşamada söz alınabilmesini içermektedir. Gerçekten söz almaksızın, yani müdafiyeye söz verilmeksizin delillerin ortaya konulabilmesi ve tartışılabilmesi herhalde mümkün olmayacaktır. Nitekim bölümde yer alan "Delillerin Tartışılması" başlıklı 216.madde de, müdafinin her aşamada söz alabileceğini düzenlemektedir. CMK'nun 206, 216 ve 217.maddeleri, her aşamada delil ikame edilebileceğini, bu delillerin tartışılabilmesini hükme bağlamaktadır. Bunun yapılabilmesi için ise müdafiyeye söz verilmesi zorunludur. Çünkü bu almaksızın müdafinin bu hakkını fiilen kullanabilmesi mümkün değildir. Başka bir ifadeyle müdafiyeye söz verilmemesi halinde kanunun tanıdığı bu hakların kullanımı kanunun lafzına ve ruhuna aykırı olarak engellenmiş olacaktır. Yargılamanın en önemli aşamasının delillerin ortaya konulması ve tartışılması olduğu izahtan varestedir. Bu aşama işlevsel olarak yerine getirilmediği takdirde savunma hakkının tanınmış olmasından ve adil bir yargılamadan söz edilemez. Gerçekten yargılama esasen delil tartışma ve değerlendirme faaliyetidir. Nitekim CMK 217 ve 230/1-b maddeleri bunu açıkça ifade etmektedir. Şu halde CMK'nun 177, 178, 179; 209 ve devamı maddelerinin uygulanması talepleri de delil ikamesi ve tartışılmasına dayalı, usule ilişkin ve dikkate alınması gereken bir özellik taşımaktadır.

b) Bu açık kanuni durum karşısında Mahkemenin, usul hakkında söz isteyen müdafilere söz vermemesi kanuna ve hukuka aykırı, savunma hakkını kısıtlayan,giderek ortadan kaldıran, dolayısıyla adil yargılanma ilkesini zedeleyen bir uygulama olmaktadır. CMK'nun 203.maddesinde yer alan "Duruşmanın düzeni, mahkeme başkanı veya hakim tarafından sağlanır" hükmü, belirtilen taleplere yönelik olarak isteme rağmen söz vermeme ve müdafilerle tartışmaya girme yönünde bir hak ve yetki vermediği gibi, söz almakta ısrar eden müdafinin kanuni hakkını kullanabilmek

için gösterdiği ısrar, duruşma düzenini bozmak şeklinde nitelenerek CMK 252/1-f maddesi uyarınca dışarı çıkarılmasının gerekçesi yapılamaz. Gerçekten kanuni bir hakkın kullanılması talebi ve bunda ısrar, duruşma düzenini bozan bir husus olarak nitelenemez, aksi halde endişeden uzak bir biçimde bu tür taleplerde bulunma imkanı ortadan kalkabilecektir.

Bunun yanı sıra, CMK 252/1-f maddesini uygulayan Mahkeme Başkanının, komutana çağrı yaparak gerekirse “kuvvet”, “zor” kullanarak dışarı çıkarılması beyan ve talimatı, avukatlık onuru ve saygınlığı, mahkemenin tarafsızlığı ve ağırlığı ile bağdaşmamaktadır. Yine Mahkeme Başkanının tutanakta yer alan “Bunun karşılığı size mahkemelerden gelecektir” ve “Mahkemeler cesaretini Türk Milletinden ve yasalardan alır” ifadeleri, tüm müdafileri hedef alan ceza yaptırımını uygulanması beyanı düşündürücü ve kaygı vericidir. Gerçekten, “karşılık” ifadesi farklı anlamlara gelebileceği gibi, Mahkemelerden beklenen husus “cesaret” olmayıp, “adalet” tir. Bu da ancak savunma hakkının kullanılmasına, delillerin gerektiği gibi ikame ve tartışılmasına bağlı olarak adil bir yargılama sonucunda mümkündür.

c) Tutanağın 15.sahifesinde Av. Haluk Pekşen’in mahkemenin idaresi ve uygulamaları ile ilgili saptamaları düşündürücüdür.

d) Yine gerek önceki oturumlarla ilgili olarak tarafımıza ulaşan bilgilere ve gerekse anılan celsede Av. Haluk Pekşen’in belirttiği hususlara istinaden iddia makamının kanuna aykırı olarak müdafilerle polemige girdiği, “kesin sesinizi”, “Hoplama, otur” gibi ifadeler kullandığı, el kol hareketleri yaptığı anlaşılmaktadır. İddia makamının bu davranışları, avukatlık onur ve saygınlığına karşı bir saldırı ve ihlal olmaktadır. Gerçekten iddia makamının, kanunda yeri olmamasına karşın kürsünün üstünde, heyetin yanında olması onun “üstün” olduğu ve savunmaya karşı istediği gibi davranabileceği anlamına gelmemekte, kendisine savunmaya karşı nezaket dışı hareketlerde bulunma hak ve yetkisi vermemektedir. Üstelik CMK 203.madde karşısında, sentezi yapacak ve “hakem” konumundaki mahkemenin, silahların eşitliği ilkesi de dikkate alındığında iddia makamının bu tutum ve davranışlarını da önleme, uyarma, tekrarlanmaması için gerekli önlemleri alma, hatta gerekirse yaptırım uygulama yükümlülüğü bulunmaktadır. Aksi halde mahkemenin tarafsızlığı hususunda ciddi bir endişe duyulması olağan olacağı gibi, bu yöndeki tutum ve davranışlar sistematik ve mutad hale de gelebilecektir. Savunmaya ve onun temsilcisi avukata savunma görevini yapabileceği imkan ve ortam sağlanmaksızın sadece onun fiziksel varlığının bir anlamı bulunmamaktadır. Gerçekten avukat ancak savunmasını etkin ve işlevsel bir biçimde yapabildiği ölçüde savunma bir anlam kazanabilecek ve hukuka uygun, adil bir yargılamadan söz edilebilecektir.

e) Belirtilen koşullara uyulmaksızın ve anılan olumsuzluklar içinde yapılan yargılama adil bir yargılama olmayacağı gibi, mahkemenin, giderek mahkemelerin ve yargının tarafsızlığı ve saygınlığı, verilecek kararların adilliği hususunda ciddi bir kuşku da uyandırabilecektir. Yargılamanın hızlı bir şekilde yapılması ve

sonuçlandırılması elbette ki önemli ve arzulanandır. Bununla birlikte bu ancak, savunma hakkının ve silahların eşitliği ilkesinin tam olarak sağlanması, usul kurallarına uygun hareket edilmesi, CMK 252/1-f maddesinin verdiği yetkinin makul gerekçelerle, amacına uygun ve orantılı olarak uygulanması, delillerin tam olarak ikame ve tartışılmasının sağlanması halinde bir anlam ifade edecektir. Aksi halde görece olarak "hızlı" ve fakat belirtilen kurallara uyulmaksızın yapılacak bir yargılama sonucunda verilecek karar, adalet duygusunu gidermeyecek, tartışmalı bir hüküm olacaktır.

Sonuç Ve İstem : Açıklanan nedenlerle, Sayın Mahkemenin:

- 1) Usul kurallarına uygun ve adil bir yargılama yapılmasını teminini,
- 2) Savunmayı ve onun temsilcisi avukatı şekli bir unsur olarak görmeyerek savunma görevini etkin ve işlevsel bir biçimde yapmasını teminini, savunma hakkını kısıtlayan, ortadan kaldıran uygulamalarda bulunmamasını, buna ilişkin uygulama ve ara kararlarından rücu edilmesini,
- 3) Avukata hakkı olan saygının gösterilmesini, aynı hususun iddia makamınca da yerine getirilmesinin teminini

Arz ve talep ederiz. 06.04.2012

İSTANBUL BAROSU BAŞKANLIĞI VE YÖNETİM KURULU ADINA

Av. Doç.Dr. Ümit KOCASAKAL

İstanbul Barosu Başkanı