

YENİ CEZA MUHAKEMESİ KANUNU'NDA MÜDAFİİN GÖREVDEN YASAKLANMASI HALİ VE BUNUN ALMAN HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMESİYLE KARŞILAŞTIRILMASI

Doç. Dr. Fatih S. MAHMUTOĞLU*
Arş. Gör. Selman DURSUN**

I. GENEL OLARAK

Müdafii görevden yasaklanmasına değinmeden önce yasaklılık kavramına açıklık getirmekte yarar vardır. Yasaklılık kavramı, dar ve geniş olmak üzere iki anlama sahiptir. Dar anlamda yasaklılık; müdafii sadece bir olayla ilgili yargılamada görevini yapmaktan yasaklanmasıdır. Süreklilik gösteren bir mesleki yasak değildir. Bu anlamda yasaklılığı hakim görevden yasaklanmasına benzetebiliriz. Gerçekten, görev yasağı olan bir hakim sadece o yargılamada görev yapamayacaktır. Geniş anlamda yasaklılık ise, dar anlamda yasaklılığı içermekten başka, müdafii sadece bir olayla sınırlı olmayan, genel olarak her yargılamada karşılaşılabileceği çeşitli sınırlamaları kapsamaktadır. Buna göre müdafii asil etkileyen yasaklılık türü dar anlamda olanıdır. Çünkü müdafii geniş anlamdaki yasaklılığa her yargılamada karşılaşılabildiği ve bu durumlarda görevinden tamamen yasaklanmadığı halde dar anlamdaki yasaklılıkta, belli nedenlerle o yargılamadaki görevinden tamamen el çektilmektedir, yasaklanmaktadır¹. İşte müdafii görevden yasaklanması da dar anlamda yasaklılığa ilişkin bir kavramdır.

*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

**İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

¹ Fatih S. Mahmutoğlu, Selman Dursun, *Türk Hukuku'nda Müdafii Yasaklılık Halleri*, Ankara, Seçkin, 2004, s. 28-29.

Bu noktada görevden yasaklanmanın amacından kısaca bahsetmek gerekir. Bize göre gerek hakimin gerek savcının gerekse müdafii görevden yasaklanmasının nedeni, bu makamlarının oluşturduğu yargılamanın amacında ve bu makamlar arasındaki ilişki sistemlerinden olan işbirliği sisteminde bulunmaktadır. Öncelikle yargılama hangi amaçla yapılıyorsa, yargılamanın nihai amacı neyse yasaklanmanın amacı da odur. Bilindiği üzere günümüz ceza yargılamasının nihai amacı "maddi gerçeğin araştırılması"dır. İşte bu nedenle bu amacın gerçekleşmesini engelleyebilecek durumlar yasaklılık halleri olarak karşımıza çıkmaktadır. İkinci-neden olarak ise, makamlar arası ilişki sistemlerinden işbirliği sistemi öne çıkmaktadır. Modern ceza yargılamasında, yargılama makamlarının işbirliği içinde maddi gerçeğe ulaşmaları kabul edilmektedir. Dolayısıyla işbirliğine zarar verecek, bunun önüne geçecek hususlar yasaklama nedeni olarak öngörülmektedir².

Müdafii hukuksal konumu da görevden yasaklanmanın bir diğer gerekçesini oluşturmaktadır. Savunma kurumunu temsil eden bir kişi olarak müdafii³, belli durumlarda bu kurumun temsil kabiliyetini kaybetmektedir. İşte bu durumdaki müdafii görevden yasaklanmalıdır.

² Mahmutoğlu, Dursun, s. 29.

³ Müdafii hukuksal konumu hakkındaki görüşler için bkz.; Mahmutoğlu, Dursun, s. 17-28; yeni CMK'ya göre müdafii konumu hakkında bkz.; Selman Dursun, "5271 sayılı CMK'da Müdafii", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Sayı: 3, Nisan 2005, s.125-126.

Çünkü bu müdafii yasaklanmadığında temsil ettiği kurumun maddi gerçeğin ortaya çıkmasına yardım etmesini ve diğer kurumlarla işbirliği yapmasını engelleyecektir. Örneğin; yargılama konusu suça iştirak şüphesi altındaki bir müdafii temsil ettiği savunma kurumu, maddi gerçeğin ortaya çıkmasına değil gerçeğin karartılmasına hizmet eder ve aynı durumdaki kurum diğer kurumlarla işbirliğinden kaçınır⁴.

Daha önce mevzuatımızda yer almayan müdafii görevden yasaklanması kurumu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK'da) değişiklik yapan 5353 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle CMK. m. 151'e eklenen dört fıkra ile düzenlemiştir. Değişiklikle 151. maddenin başlığı, "Müdafii görevini yerine getirmediginde yapılacak işlem ve müdafilik görevinden yasaklanma" şeklinde değiştirilmiş ve maddeye konuyla ilgili 3, 4, 5 ve 6. fıkralar eklenmiştir.

Söz konusu fıkraların incelemesine geçmeden önce müdafii görevinden yasaklanması kurumunun Alman Hukukundaki düzenlemesini ana hatlarıyla ortaya koymak isteriz.

II. ALMAN HUKUKUNDAKİ DÜZENLEME

Genel olarak karşılaştırmalı hukukta müdafii görevden yasaklanması, avukatlığa ve bu bağlamda barolara ilişkin disiplin hukuku kapsamında değerlendirilmektedir. Alman hukukunda da konu disiplin hukuku kapsamındayken, 1973 yılında Federal Anayasa Mahkemesi kararının em-

⁴ Mahmutoğlu, Dursun, s. 29-30.

ri üzerine⁵ 1974 yılında çıkarılan bir Kanunla bu husus Ceza Muhakemesi Kanununda, 138a-138d maddelerinde ayrıntılı olarak ve bir yargılama önlemini şeklinde düzenlenmiştir. Hemen belirtelim ki bu düzenleme ile müdafiiin, disiplin yargılaması ile meslekten men edilmesi kaldırılmış değildir. Gerek Avukatlık Kanununda gerekse söz konusu hükümlerde daha sonra yapılan değişikliklerle bu hükümler arasında paralellik sağlanmıştır.

Alman CMK. m. 138a-138d düzenlemesinin içeriğine, yasaklama nedenlerine değinmeden önce, söz konusu nedenlerin sınırlı sayıda olduğunu, görevden yasaklamanın sadece seçilmiş müdafiler için kabul edildiğini, bunun yargılamanın her aşamasında mümkün olduğunu ve yasaklamanın bir ceza olarak değil, bir yargılama önlemi (koruma tedbiri) olarak kabul edildiğini ifade etmek gerekir⁶.

Alman düzenlemesine göre müdafiiin görevden yasaklanmasının, temel olarak üç nedeni bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, *müdafiiin yasaklanması için kuvvetli suç şüphesi veya son soruşturmanın açılmasını gerektirecek şüphe altında bulunmasını gerektiren bir takım nedenler* (m. 138a/f.1), ikincisi, *müdafiiin "terör örgütü kurma" suçuna karışmaktan ötürü yasaklanması* (m. 138a/f.2) ve üçüncüsü *müdafiiin devlete karşı işlenen suçların yargılamalarında görev yapmasının Almanya'nın güvenliğini tehlikeye düşürmesidir* (m. 138b). Buna göre öncelikle genel, bütün suçlar açısından geçerli bir yasaklama nedenine

⁵ Söz konusu kararda yerel bir mahkemenin, müdafiiin, sanığa isnat edilen suçta iştirak ettiği şüphesi altında olması nedeniyle o davadaki savunma yetkisinin elinden alınması yönündeki kararı, müdafiiin mesleğini icra etmesi özgürlüğüne aykırı bulunmuş, bu kararın yasal dayanağı olmadığı ifade edilmiş ve bu konuda bir düzenleme yapılması gerektiği belirtilmiştir.

⁶ Erdener Yurtcan, **Alman Hukukunda Müdafilerin Görevden Yasaklanması**, İstanbul 1981, s.29-33.

yer verilmiş, ardından ise belirli nitelikleri taşıyan suçlar ayrıca bir yasaklama nedeni sayılmıştır.

İlk grubu oluşturan ve müdafiiin yasaklanması için kuvvetli suç şüphesi veya son soruşturmanın açılmasını gerektirecek şüphe altında bulunmasını gerektiren nedenler üç adettir: 1) Müdafiiin dava konusu fiilde suç ortağı olması, 2) Müdafiiin serbest olmayan sanıkla ilişki kurma hakkını kötüye kullanıp suç işlemesi veya bir infaz kurumun güvenliğini tehlikeye düşürmesi (görüşme ve yazışma yetkisini kötüye kullanma, infaz kurumuna yabancı madde sokma vs.), 3) Müdafiiin fiilinin, sanığın mahkumiyeti halinde, yataklık (suç failine, suçtan elden çıkara) veya suçtan elde edilen eşyayı satın alma suçunu oluşturmasıdır⁷.

İkinci grupta yer alan "terör örgütü kurma"ya ilişkin yasaklama nedenine göre, müdafiiin Alman Ceza Kanunu'nun 129a maddesinde öngörülen⁸ terör örgütü kurma suçuna "katılması" veya terör örgütü kurma suçunun "serbest olmayan sanığı ile ilişki kurma hakkını kötüye kullanarak suç işlemesi ya da infaz kurumunun güvenliğini tehlikeye düşürmesi" hususunda "belirli olgulara dayanan şüphe"nin varlığı gerekir⁹.

Üçüncü temel yasaklama nedeni bakımından ise, müdafiiin m. 138b'de sayılan ve devlete karşı işlenen suçlar niteliğini taşıyan bir kısım suçlara ilişkin yargılamalarda

⁷ Bu konuda geniş bilgi için bkz.; Yurtcan, s. 29 vd.

⁸ Söz konusu maddenin Türkçe çevirisi için bkz.; Yener Ünver, "Federal Almanya'da Terör ve Organize Suçluluk ile İlgili Düzenlemeler", Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul, İÜHF. Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, 1998, s. 441.

⁹ Yurtcan, s. 57-60. Terörizmle bağlantılı olarak, uluslar arası terörizmle mücadele amacıyla 2002 yılında Alman Ceza Kanunu'na "Yabancı Ülkedeki Kriminal ve Terörist Oluşumlar" başlıklı 129b maddesi eklenmiş ve bu hüküm de müdafiiin görevden yasaklanmasını düzenleyen Alman CMK. hükümleriyle (m. 138a vd.) ilişkilendirilmiştir.

görev yapmaktan yasaklanması için, "belirli olgulara dayanan" ve Almanya'nın iç ve dış güvenliğini tehlikeye sokacağını gösteren şüphe bulunmalıdır¹⁰.

Alman CMK. m. 138c ve m. 138d'de müdafiiin görevden yasaklanma usulü düzenlenmiştir. Buna göre, yasaklama kararı, soruşturma evresinde savcılığın talebi üzerine, kovuşturma evresinde (kamu davası açıldıktan sonra) asıl davaya bakan mahkemenin resen veya savcılığın talebi üzerine yapacağı bildirim sonucunda yüksek eyalet mahkemesi tarafından¹¹ verilecektir. Avukat olan müdafiiin görevden yasaklanmasında¹² gerek savcının talebi gerekse mahkemenin bildirimi, avukatın üye olduğu baro başkanlığına gönderilir. Baro Başkanı yargılamaya katılabilir.

Asıl davaya bakan mahkeme¹³, yüksek eyalet mahkemesi tarafından görevden yasaklama konusunda bir karar verinceye kadar bir yargılama önleme (koruma tedbiri) olarak, müdafiiin dosyayı inceleme ve sanıkla görüşme yetkilerini askıya alabilir (m. 138c/f.3). Bu önlem, sanığın başka davalarını, aynı davadaki diğer sanıkları da kapsayacak şekilde verilebilir. Askıya alma kararı kesin olup, bu önlemin devamı süresince dosyayı inceleme ve görüşme yetkilerinin kullanılabilmesi için mahkeme başka bir müdafii atayacaktır. Bundan başka davaya bakan mahkeme, yasaklama kararı verilinceye kadar duruşmayı erteleyebilecektir.

¹⁰ Yurtcan, s. 62-65.

¹¹ Eğer soruşturma federal savcılık tarafından yürütülüyorsa veya davayı görmeye Federal Yüksek Mahkeme yetkili ise kararı Federal Yüksek Mahkeme verecektir. Davayı görme yetkisi, yüksek eyalet mahkemesinin veya Federal Yüksek Mahkemenin bir dairesine aitse, kararı başka bir daire verir (Alman CMK. m. 138c/f.1).

¹² Alman düzenlemesinde avukat olmayanlar da müdafii olabilmektedir (Mahmutoğlu, Dursun, s. 14, dn.:4).

¹³ Kamu davası açılmadan önce veya kesin hüküm verildikten sonra bu kararı verme yetkisi, yasaklama kararını verecek mahkemeye aittir.

MAKALELER

Bu konuda ilgi çekici bir hükme göre, hakkında yasaklama yargılaması başlayan müdafii, kendi kararıyla veya sanığın isteği ile davadan çekildiğinde, yasaklama yargılaması sona ermemektedir. Yargılamaya devam edilerek, yasaklama kararı yerine, müdafii yargılamaya katılmasının hukuka uygun olmadığı tespiti yapılmaktadır. Bu kararın, görevden yasaklama kararıyla aynı sonuçları doğuracağı öngörülmüştür (m. 138c/f.5).

Müdafii, sözlü bir tali yargılama sonucunda görevden yasaklanmaktadır (m. 138d). Doktrinde bunun bir duruşma olmadığı kabul edilmektedir¹⁴. Buna göre müdafii ve avukatsa baro başkanı davet edilmekte, savcı, sanık, müdafii¹⁵, baro başkanı (veya başkanlığı temsil eden kişi) dinlenmekte, konuyla ilgili mahkemenin uygun göreceği deliller ileri sürülmektedir¹⁶.

Görevden yasaklama yargılaması sonucunda verilen kararlara karşı savcı, sanık, müdafii acele itiraz yoluna başvurabilir. Baro başkanlığı yargılamaya katılabilirken, kanun yoluna başvurusu kabul edilmiştir. Öte yandan, m. 138a gereği müdafii görevden yasaklanmasına ilişkin talep reddedilmişse bu karar kesin olup, kanun yoluna başvuru lamayacaktır (m. 138d/f.6).

Müdafii görevden yasaklanmasının sonuçları olarak; 1) Sanığı esas davada savunamayacağı, 2) Sanığı başka yargılamalarda da savunamayacağı, 3) Serbest olmayan sanığı (diğer nedenlerle dahi) ziyaret edemeyeceği, 4) Aynı davadaki başka sanıkları da savunamayacağı, 5) Yasaklılık terör örgütü kurma suçundan ileri geliyorsa, bu suçla ilgili başka davalarda başka sanıkları da savunamayacağı, 6) Aynı davadaki başka sanıkları, başka yargılamalarda da

savunamayacağı, 7) Aynı davadaki serbest olmayan başka sanıkları da ziyaret edemeyeceği, 8) Başka davadaki terör örgütü sanıklarını başka yasal yargılamalarda da savunamayacağı, 9) Başka davadaki terör örgütü sanıklarını da ziyaret edemeyeceği, 10) Yasaklama nedeniyle duruşmanın ertelenmesinden kaynaklanan masrafların yüklenebileceği öngörülmüştür (m. 138a/f.4, 5)¹⁷.

Yasaklılık hali, 1) Yasaklama koşullarının ortadan kalkması¹⁸, 2) Yasaklamaya neden olan olay nedeniyle açılan davada müdafii beraat etmesi¹⁹ veya bu olayla ilgili olarak disiplin veya meslek mahkemesi tarafından müdafii lehine karar verilmesi, 3) Yasaklamadan itibaren 1 yıl içinde (bu süre 1 yıl daha uzatılabilir) yasaklılığa konu olayla ilgili olarak bir son soruşturma veya disiplin veya meslek mahkemesi önünde bir soruşturma açılmaması veya bir ceza kararının düzenlenmemesi (m. 138a/f.3) durumunda kaldırılacaktır²⁰.

Son olarak belirtmeliyiz ki, müdafii yasaklanmasına ilişkin bu düzenlemeler hakkında, doktrinde lehe ve aleyhe birtakım görüşler ileri sürülmüştür. Örneğin, bu hükümlerin ceza yargılamasında maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağladığı ve bunu güvence altına aldığı, zira suça iştirak eden müdafii görevini gereği gibi yerine getiremeyeceği gibi lehe görüşler

ifade edilmekte, öte yandan bunların savunmayı sınırladığı, uygulamada birtakım güçlükler çıkardığı ve anayasallığı konusunda şüpheler bulunduğu biçiminde aksi yönde görüşler de ortaya konmaktadır²¹.

III. MEVZUATIMIZDAKİ DÜZENLEME

A. Avukatlık Kanunu

CMK'da yukarıda belirttiğimiz değişiklik yapıncaya kadar, bizde konu sadece Avukatlık Kanunundaki disiplin hukuku düzenlemeleri kapsamında ele alınmaktaydı. Av.K. m. 135/f. 4 ve 5'te işten çıkarma ve meslekten çıkarma cezaları düzenlenmiştir. Av.K. m.153'e göre, hakkında meslekten çıkarma cezasını gerektirebilecek mahiyette bir işten dolayı kovuşturma yapılan²² müdafii, disiplin kurulu kararıyla "tedbir mahiyetinde" işten yasaklanabilir²³. Av.K. 136. maddeye göre meslekten çıkarma cezası, m. 5/bent a'daki suçlardan mahkumiyet halinde uygulanır. Buna göre, taksirli suçlar dışında kasıtlı her hangi bir suçtan iki yıldan fazla hapis veya bir yıldan fazla ağır hapis cezasına²⁴ veya

²¹ Bu konuda bkz.; Ünver, s. 420, 426, 427 vd.

²² Av.K.'da "kovuşturma" (ceza kovuşturması) kavramı, Kanunun değişik maddelerinde (örneğin, m. 5, 8, 10, 59, 63, 140, 153, 156) farklı anlamlarda kullanılmaktadır. Av.K. m. 59 dışındaki diğer hükümlerde kovuşturma deyiminin, ceza yargılaması sürecinin tümünü ifade etmek üzere kullanıldığı izlenimi uyandırmaktadır. Buna karşılık, 59. madde ve bununla bağlantılı olarak görev suçları açısından ise, Adalet Bakanlığı'nın kovuşturmaya ilişkin verdiği izinden sonraki sürecin kastedildiği anlaşılmaktadır. Belirtmeliyiz ki, CMK.'nın kovuşturma kavramı olarak tanımlanmış olması karşısında, diğer Kanunlarda özel olarak tanımlanmayan ceza kovuşturması deyiminin, CMK.'daki tanıma göre yorumlanması gerekmektedir. Nihayet, ortaya çıkan uyumsuzlukların giderilmesi açısından ilgili kanunlarda yeni tanımlamaya uygun değişikliklerin yapılması şarttır.

²³ İşten yasaklama bir disiplin cezası olmayıp, sadece bir disiplin önlemi, tedbirdir. Buna karşılık "işten çıkarma" bir disiplin cezasıdır.

²⁴ 5349 sayılı Kanunla değişik 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygula-

¹⁷ Yurtcan, s. 101-108. Genel olarak hükümlü ile avukatının görüşmesi ve yazışması konusundaki sınırlama ve yasaklara ilişkin Alman Ceza İnfaz Kanunu'nu hükümlerinin Türkçe çevirisi için bkz.; Fatih Selami Mahmutoglu, "Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların ve Hürriyeti Sınırlayıcı Emniyet Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (Federal Alman Ceza İnfaz Kanunu - 16 Mart 1976)", *İÜHF.M.*, Cilt: LV, 1996. s. 507-511.

¹⁸ Sanığın serbest bırakılmış olması, bu konuda tek kriter olarak kabul edilmemektedir.

¹⁹ Hükümün kesinleşmiş olması gerekmez (Kleinknecht'ten naklen Yurtcan, s. 110).

²⁰ Yasaklılığın kaldırılmasına ilişkin yargılama hakkında bir düzenleme yapılmamıştır. Yasaklamaya ilişkin kuralların kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir (Yurtcan, s. 114).

¹⁴ Yurtcan, s. 84 vd.

¹⁵ Usulüne uygun çağrılmasına rağmen müdafii yargılamaya gelmezse yokluğunda da yargılama yürütülebilir.

¹⁶ Yurtcan, s. 89-90.

maddede yüz kızartıcı olduğu kabul edilen birtakım suçlar²⁵ ile kaçakçılık ve ihaleye fesat karıştırma suçlarından biriyle kesinleşmiş bir kararla hüküm giyenler, avukatlığa kabul edilmedikleri gibi, avukatlığa kabulden sonra bu suçlara mahkum olunması halinde Av.K. m.136/f.1 gereği meslekten çıkarma cezası verilebilmekte ve bu fiillerin kovuşturulması sırasında da Av.K. m.153/f.1 gereği işten yasaklanabilmektedirler²⁶.

Sonuç olarak, bu noktada kriter, m. 5/ bent a'daki suçlar ve bu suçlardan dolayı ceza kovuşturmasının yapıyor olmasıdır. Eğer eylem m. 5/bent a kapsamında değilse ve/veya kovuşturma açılmamışsa işten yasaklama kararı verilemeyecektir.

B. Ceza Muhakemesi Kanunu

CMK. m. 151'e eklenen 3. ve 4. fıkralara göre belirli koşullarla müdafii görevden yasaklanması mümkündür. Maddenin 5. ve 6. fıkralarında ise görevden yasaklanmanın sonuçlarına yer verilmiştir. Bu hükümleri irdelemeden önce genel olarak yapılan düzenlemede, özellikle 3. fıkranın içerik olarak formülasyonun başarılı olmadığı ve

lama Şekli Hakkında Kanun'un 6. maddesine göre, Kanunlarda öngörülen "ağır hapis" cezaları, "hapis" cezasına dönüştürülmüştür. Dolayısıyla maddede yer alan "bir yıldan fazla ağır hapis cezası" ibaresinin anlamı kalmamış olup, zımnen ilga edildiği sonucuna varılmalıdır.

²⁵ Yüz kızartıcı suç kavramı, kavramın hukuka aykırılığı ve mevzuatımızdan çıkarılması gerektiği hakkında bkz.; Selman Dursun, "Yüz Kızartıcı Suç Kavramı", **Polis Dergisi**, Sayı: 36, 2003, s. 441 vd.

²⁶ Eğer bu suçlar, avukatlık hak ve yetkilerini kötüye kullanılması suretiyle işlenmişse, 5237 sayılı TCK. m. 53/f.5 gereği cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükümlenen cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına da karar verilecektir. 5237 sayılı TCK. m. 53 düzenlemesinin genel bir değerlendirilmesi için bkz.; Fatih Selami Mahmutoglu, "TBMM Adalet Komisyonu'nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasansı Hakkında Görüş", **Türk Ceza Kanunu Reformu**, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Editör: Teoman Ergül, Ankara, TBB. Yayını, 2004, s. 369.

oldukça uzun bir içeriğe sahip olduğu eleştirisi getirilmelidir.

1. Görevden Yasaklanmanın Koşulları

151. maddenin 3. ve 4. fıkraları dikkate alındığında, müdafii görevden yasaklanmasının birinci koşulu, seçilmiş veya görevlendirilmiş bir avukatın bulunması olarak belirtilebilir. Baştan belirtelim ki seçilmiş/görevlendirilmiş ayırımına madde metninde yer verilmesi doğru olmamıştır. Bunun gerekçede ifade edilmesi yeterli olurdu. Bu şekilde de konuyla ilgili (Alman hukukunda mevcut olan) olası tartışma ortadan kaldırılabildi. Öte yandan maddede, 149 ve 150. maddelerden söz edilmesi, öncelikle maddenin içeriğinde çelişkiye yol açan, ikinci olarak maddenin amacını sınırlayan bir sonuç doğurmaktadır. Zira 3. fıkrada müdafiden başka hükümlü vekili avukattan da aynı cümle içinde söz edilmektedir ki bu kişinin seçilmesinin 149 ve 150. maddelerle ilgisi yoktur. İkincisi, CMK.'da 150. maddede dışında da çeşitli hükümlerde müdafii görevlendirilmesi düzenlenmiştir: Örneğin, m. 74/f. 2, 101/f. 3 gibi.

İkinci koşul ise avukatın, TCK m. 220, 314 ve terör suçlarından tutuklu ve hükümlü olanların müdafiliğini/vekilliğini üstlenmiş olmasıdır. Buna göre sadece TCK. m. 220 (Suç işlemek amacıyla örgüt kurma), m. 314 (Silahlı örgüt-Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar için örgüt kurma) ve terör suçları (Terörle Mücadele Kanunu'ndaki tanımıyla) ile sınırlı bir yasaklama söz konusudur. Öte yandan müdafii savunduğu şüpheli veya sanığın tutuklu olması da şarttır. Aksi takdirde görevden yasaklanamayacaktır. Bu suçlardan hükümlü olanların vekilliğini üstlenen avukatın görevden yasaklanmasının CMK.'da düzenlenmesinin yerinde olmadığını, bunun Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında

Kanun'da (CGTİK.'da) öngörülmesinin sistematik açıdan daha doğru olacağını ifade etmek isteriz²⁷.

Görevden yasaklanmanın üçüncü koşulu, aynı suçlar (TCK m. 220, 314 ve terör suçları²⁸) nedeniyle mü-

²⁷ Özellikle 151. maddenin müdafii özgü bölümde yer alması ve maddenin başlığının "Müdafii görevini yerine getirmede yapılacak işlem ve müdafii görevinden yasaklanma" şeklinde değiştirilmiş bulunması göz önüne alındığında, hükümlü vekilinin görevden yasaklanmasının bu maddede düzenlenişinin isabetsizliği daha iyi anlaşılacaktır.

Öte yandan hükümlünün, vekili (avukatı) ile görüşmesi ve yazışması hususunda, görevden yasaklama olmaksızın söz konusu olabilecek sınırlama ve yasaklamalar CGTİK.'in 5351 sayılı Kanunla değişik 59. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu noktada özellikle maddenin 4. fıkrası önemlidir: "Avukatların savunmaya ilişkin belgeleri, dosyaları ve müvekkilleri ile yaptıkları konuşmaların kayıtları incelemeye tâbi tutulamaz. Ancak, 5237 sayılı Kanunun 220 nci, İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü ve Beşinci Bölümlerinde yer alan suçlardan mahkûm olan hükümlülerin avukatları ile ilişkisi; konusu suç teşkil eden fiilleri işlediğine, infaz kurumunun güvenliğini tehlikeye düşürdüğüne, terör örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık ettiğine ilişkin bulgu veya belge elde edilmesi halinde, Cumhuriyet Başsavcılığının istemi ve infaz hâkiminin kararıyla, bir görevli görüşmede hazır bulundurulabileceği gibi bu kişilerin avukatlarına verdiği veya avukatlarınca bu kişilere verilen belgeler infaz hâkimince incelenebilir. İnfaz hâkimi belgenin kısmen veya tamamen verilmesine veya verilmemesine karar verir. Bu karara karşı ilgililer, 4675 sayılı Kanuna göre itiraz edebilirler".

Tutuklunun müdafii ile görüşmesi ve yazışmasıyla ilişkili CGTİK. m. 114'e göre ise, tutuklunun müdafii ile olan haberleşmesine ve kurum düzeni çerçevesinde temas ve görüşmelerine hiçbir suretle engel olunamaz ve kısıtlamalar konulamaz.

²⁸ Bu düzenlemenin esasını oluşturan teklif metninde, müdafii, Ceza Muhakemesi Kanununun 250 inci maddesinin birinci fıkrasında sayılan suçlardan (örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu) dolayı şüpheli veya sanıkla aynı örgütsel faaliyet çerçevesinde işlediği suçlardan veya Türk Ceza Kanununun 281(suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme), 283 (suçluyu kayırma), 297 (infaz kurumuna veya tutuke-

dafi hakkında kovuşturma açılmasıdır. Buna göre müdafii, tutuklu şüpheli veya sanığa isnat olunan sözü geçen suçlara iştirak etmesi veya örgüt suçları bakımından aynı örgüte üye olması nedeniyle²⁹ hakkında iddianame düzenlenmiş olması ve iddianamenin de mahkemece kabul edilerek, kovuşturmanın açılmış bulunması şarttır. Dolayısıyla bu konuda kuvvetli de olsa şüphenin bulunması veya bir ceza soruşturmasının başlamış bulunması yeterli değildir³⁰.

vine yasak eşya sokmak) ve 298 inci (hak kullanımını ve beslenmeyi engelleme) maddelerinde yazılı suçlardan dolayı yasaklanabileceği öngörülmüştü. Kanımızca, teklifin kanunlaşan halinde örgüt suçlarının genişletilmesi ve terör suçlarının eklenmesi yerinde olmakla birlikte, TCK.'da yer alan söz konusu suçların yasaklama nedeni olmaktan çıkarılması doğru olmamıştır. Gerçekte, söz konusu suçlar, özellikle suç delillerini yok etme, gizleme ve değiştirme, suçlu kayırma, maddi gerçeğin araştırılmasını hedef alan bir ceza yargılamasında, görevden yasaklama kurumunun temeliyle ilişkili bir özellik taşımaktadırlar. Teklif metnini, aşağıda değinilen diğer yönleriyle birlikte esaslı bir şekilde değiştiren Adalet Komisyonu, Raporunun buna ilişkin kısmında, "Teklifin 24 üncü maddesinde redaksiyon yapılmış ve 22 nci madde olarak kabul edilmiştir" şeklinde, tüm bu önemli değişiklikleri "redaksiyon" kelimesi gibi konuyu basite indirgeyen, kanun yapmadaki özensizliği sergileyen bir deyimle ifade etmiştir.

²⁹ Maddede (CMK. m. 151/f.3), ifade biçimi bakımından, müdafii hakkında kovuşturma açılan suçun, tutuklunun işlediği suçla bağlantısı konusunda bir netlik bulunmamaktadır. Maddenin lafzı esas alındığında, müdafii hakkında, tutuklunun yargılandığı suçtan bağımsız ve hatta madde sayılanların içinde ve fakat farklı bir suçtan kovuşturma açılmış olmasının yasaklama sebebi olabileceği anlamı çıkmaktadır ki maddenin amacının bu olmadığı ortadadır. Bu noktada buna ilişkin kanun teklifinde yer alan ve şüpheli, sanık veya hükümlü olan kişinin müdafiliğini veya vekilliğini üstlenen avukat hakkında "bu kişiyle aynı örgütsel faaliyet çerçevesinde işlediği suçlar"dan söz eden ifade biçimi daha başarılıdır.

³⁰ İlgili fıkralara ilişkin teklif metninde, "soruşturma veya kovuşturma açılması"ndan bahsedilerek, soruşturma evresinin başlaması bu konuda yeterli kabul edilmişti.

Diğer taraftan, eğer söz konusu suçlar, avukat olan müdafinin görevinden doğmuş veya görevi sırasında işlenmişse, farklı bir deyişle bu suçlarla görev ilişkisi kurulabiliyorsa, bu noktada Av. K. m. 58 vd.'ında öngörülen özel soruşturma ve kovuşturma prosedürü de uygulama alanı bulacaktır. Bu özel prosedür sonucunda müdafii hakkında kovuşturma açılması söz konusu olacaktır.

Bu konuda dördüncü ve son koşul, *yasaklamaya ilişkin Cumhuriyet Savcısının talebi ve müdafii hakkında kovuşturmanın yapıldığı mahkemenin kararının* olmasıdır. Bu koşul gereği, müdafii görevden yasaklanması mahkeme kararı güvencesine bağlanmış olmaktadır.

Vurgulamak gerekir ki, tüm bu koşulların mevcudiyetine rağmen, müdafii görevden yasaklanmasına başvurulması zorunlu olmayıp, bu konuda taktir yetkisi söz konusudur. Zira CMK. m. 151/f.3'te "yasaklanabilir" deyimine yer verilmiştir. Dolayısıyla somut olayda kovuşturma ko-

nusu suçun niteliği ve özellikle müdafii kovuşturma konusu suçtaki konumu gibi nedenlerin müdafilik görevinin gereği gibi yürütülmesine etkisi göz önüne alınarak bir sonuca varılacaktır.

Öte yandan, görevden yasaklama hususunda bir karar verileceye kadar tutuklunun yargılandığı mahkemenin, Alman düzenlemesinde olduğu gibi müdafii birtakım yetkilerini askıya alma kararı vermesinin düzenlenmemiş olması bir eksiklik olarak ifade edilebilir.

Görevden yasaklama kararı, kovuşturma konusu suçla sınırlı olarak ve esas itibarıyla 1 yıl için verilir. Ancak bu süre, kovuşturmanın özelliğine göre her defasında 6 ayı geçmemek üzere iki defa uzatılabilir. Böylece görevden yasaklama kararı en fazla 2 yıl sürecektir.

Mahkemenin görevden yasaklamaya ilişkin kararlarına itiraz mümkündür. Burada bir mahkeme kararı söz konusu olsa da Kanunun açık hükmü gereği itiraz kanun yoluna başvurulabilecektir. Buna göre gerek savcının görevden yasaklamaya ilişkin talebinin reddine ilişkin kararlara gerekse görevden yasaklama kararına karşı itiraz edilebilecektir. İtiraz sonucu görevden yasaklama kararının kaldırılması halinde, seçilen veya görevlendirilen müdafii, herhangi bir ilave işleme gerek kalmaksızın görevine devam edecektir.

Ayrıca müdafii hakkında yapılan kovuşturma sonunda, mahkumiyet dışında bir karar verilmesi halinde³¹,

³¹ CMK. m. 223'e göre, mahkumiyet kararı dışında, beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararları hüküm özelliğini taşımaktadır. Maddenin 8. fıkrasına göre, soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa, gerçekleşmesini beklemek üzere durma kararı verilir. Her ne kadar 151. maddede, "kovuşturma sonunda" verilen karardan söz edilerek, esas itibarıyla hükümler kastediliyorsa da herhangi bir ayırım yapılmaksızın "karar" deyimine yer verildiğinden, durma kararı verilmesi halinde de ya-

kararın kesinleşmesi beklenmeksizin yasaklama kararının kendiliğinden kalkacağı öngörülmüştür (CMK. m. 151/f.4). Kararın kendiliğinden kalkmasının belirtilmesi suretiyle, yasaklamanın kaldırılmasına ilişkin özel bir usule yer verilmemiş olmaktadır.

Bu noktada kararın kesinleşmesinin aranmaması hususu eleştirilebilir. Kanımızca yeni CMK.'da düzenlenen ve maddi incelemenin yapılabildiği, yeni delillerin sunulmasının mümkün olduğu istinaf yargılaması karşısında, kararın kesinleşmesi beklenmeksizin yasaklama kararının kaldırılmasının mutlak bir şekilde öngörülmesi doğru olmamıştır. Bunun yerine, yasaklama kararının gözden geçirilmesinin ve yasaklamanın devamının belirli koşullara bağlanmasının düzenlenmesi kurumun amacına daha uygun bir çözümlenmektedir.

Keza usulüne uygun olarak verilmiş olan bir görevden yasaklama kararının, belirli aralıklarla incelenmesi ve örneğin müdafii hakkında açılan kovuşturmanın seyrine göre bu önlemden vazgeçilebilmesi biçimindeki bir imkana Kanunda açıkça yer verilmesi doğru olurdu. Buna rağmen, mevcut düzenleme içerisinde de bu konudaki talep üzerine mahkemenin bir karar vermesinin mümkün olduğu düşüncesindeyiz.

2. Görevden Yasaklanmanın Sonuçları

Müdafiiin görevden yasaklanmasının birinci sonucu, kararın bildirilmesi yükümlülüğüdür. Buna göre yasaklama kararı, savunulan tutuklu (vekil açısından hükümlüye) ve yeni bir müdafii görevlendirmesi için derhal ilgili baro başkanlığına bildirilir. Böylece tutuklunun yeni bir müdafii seçmesi, baronun yeni bir mü-

dafii görevlendirmesi ve bu şekilde savunma kurumunun boş kalmaması imkanı sağlanmış olmaktadır.

Görevden yasaklamanın ikinci bir sonucu ziyaret yasağıdır. Buna göre müdafii, yasaklılık süresince, tutukluyu tutukevinde veya (tutukevinin bulunmadığı yerlerde) ceza infaz kurumunda, başka davalarla ilgili olsa bile ziyaret edemeyecektir.

IV. DÜZENLEMELERİN KARŞILAŞTIRILMASI

CMK.'nın düzenlemesi, Alman düzenlemesiyle karşılaştırıldığında, genel olarak bizdeki görevden yasaklamanın çok sınırlı bir şekilde öngörüldüğünü ve sıkı koşullara bağlandığını söyleyebiliriz. Örneğin, Alman düzenlemesinde, yargılama konusu tüm suçlar bakımından yasaklama mümkünken, biz de örgüt ve terör suçları ile sınırlı bir yasaklama söz konusudur. Daha önemli bir farklılık ise, Alman hukukunda, yasaklama için belirli nitelikler taşıyan bir suç şüphesinin varlığı yeterliyken, bizde müdafii hakkında kovuşturmanın açılması şart koşulmuştur. Ayrıca bizde yasaklamanın sadece tutuklu şüpheli veya sanıklar açısından öngörülmesi de önemli bir farktır.

Bunun gibi yasaklama kararının verilmesi usulü ve sonuçları açısından da CMK. düzenlemesi sınırlıdır. Yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere Alman düzenlemesinde, yasaklama sürecinin başlatılması, yetkili mahkeme, yasaklama yargılamasının usulü daha detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Keza Alman hukukunda görevden yasaklanan müdafii açısından, savunulan kişiyle sınırlı olmayan, oldukça kapsamlı savunma ve ziyaret yasakları öngörülürken, CMK.'da sadece ilgili kişiyle sınırlı bir savunma ve ziyaret yasağına yer verilmiştir.

Bundan başka, Av.K.'da öngörülen işten yasaklama tedbirine ilişkin düzenleme, CMK. düzenlemesiyle karşılaştırıldığında, Av.K.'daki tedbirin, CMK.'da öngörülen yasak-

lamayı da kapsayan, daha geniş bir içeriğe sahip olduğu belirtilebilir. Genel olarak bakıldığında, Av.K. m. 153 gereği, meslekten çıkarma cezasını gerektirebilecek bir işten (Av.K. m. 5a'da sayılan suçlardan) dolayı hakkında kovuşturma yapılan avukat işten yasaklanabilmektedir. Buna göre CMK.'da yer verilen örgüt ve terör suçları, Av.K. m. 5a kapsamında değerlendirilebileceğinden, bu suçlardan dolayı kovuşturulan avukat, Av.K. gereği de işten yasaklanabilecektir. Ancak, bu suçlar dışında da -Av.K. m. 5a'daki özellikleri taşımaları koşuluyla- işten yasaklama kararı vermek mümkündür.

Kanımızca, müdafii olsun olmasın tüm avukatları kapsayan Av.K.'daki bu düzenlemede, mahkeme kararıyla görevden yasaklanması öngörülen müdafilere ilişkin CMK. düzenlemesiyle uyum bakımından birtakım değişikliklerin yapılması gereği ortaya çıkabilecektir. Örneğin, her iki Kanunda da kullanılan kovuşturma kavramları arasındaki farklılığın giderilmesi gerektiği gibi, teorik olarak ilgili ceza mahkemesinin görevden yasaklama kararı vermemesine rağmen disiplin kurulunun işten yasaklama kararı verebilmesi biçimindeki çelişkili durumların da ortadan kaldırılması şarttır. Öte yandan görev suçları bakımından, çeşitli açılardan eleştirilen Av.K. m. 58 vd. düzenlemelerinin, avukat hakkında kovuşturma açılmasını şart koşan CMK. düzenlemesini önemli ölçüde yavaşlatacağı ve görevden yasaklama kurumunu zayıflatacağı belirtilmelidir.

Bu konularda yapılacak değişikliklerde, görevden yasaklanma kurumuna ceza yargılaması kanununun da yer veren Alman düzenlemesinin, özellikle Avukatlık Kanunuyla uyumu noktasında örnek alınması mümkündür.

saklama kararının kendiliğinden kalkması sonucunun ortaya çıkacağı belirtilebilir. Özellikle yasaklamaya esas suçların yurt dışında işlenmesi durumunda Adalet Bakanının talebinin bulunmaması, durma kararının verilmesine yol açabilecek olasılıklardır.