

## KAMU ÖZGÜRLÜKLERİNİN KORUNMASINDA AVUKATIN ROLÜ \*

Doç. Dr. Süheyl DONAY

İster kamu özgürlüklerinin korunmasında, ister savunuculuğunu üstlendiği kişinin bireysel özgürlüğünün korunmasında olsun, avukatın etkin rolü olduğu açıktır. Biz tebliğimizde pozitif metinleri esas alarak avukatın, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu önünde müvekkilini savunmasını ve sonra da Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi açısından avukatın işlevini inceledik.

### A — AVRUPA İNSAN HAKLARI KOMİSYONUNDA DAVA AÇMAK VE AÇILAN DAVAYI TAKİP ETMEK

Bilindiği üzere Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 25. maddesi, «..... her hakiki şahıs, hükümet dışı teşekkül veya her insan topluluğu...»nun gerektiği takdirde bir dilekçe ile komisyona başvurabileceğini öngörmektedir. Kişisel başvurmayı öngören bu madde avukatın komisyonda görev yapması bakımından önem taşımaktadır. Gerçekten Devletin başvurmasını öngören 24. maddenin işleyişi doğrudan doğruya Devletle ilgili olduğundan, Devletin komisyonda dava açması veya, başvurusu halinde, Devleti, onun yetkili organları temsil edecektir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Komisyonu İç Tüzüğü'nün 24. maddesi «Yüksek Akit taraflar komisyonunda müşavirleri tarafından yardım görecek ajanlarınca temsil edilirler» hükmünü getirerek bu sorunu çözümlenmiştir. İlave edelim ki, Komisyon önünde Devletten Devlete şikâyetlerin görüldüğü davalar genellikle siyasal nitelik göstermektedir. Dış İşleri mensupları veya Üniversite öğretim üveleri bu bürokratların belli başlılarını teşkil etmektedirler. Ancak avukatlardan da yararlanabilmelerine engel yoktur.

---

(\*) İnsan Hakları üzerine yuvarlak masa toplantısı - İstanbul 27-29 Eylül 1978 sunulan tebliğ.



Buna karşılık aynı İç Tüzüğün 26. maddesinin (1) paragrafı kişisel başvurma yetkisine sahip olanlar Komisyon önünde ister bizzat bulunarak veya ister bir temsilcileri ile kendilerini savunabilirler, hükmünü getirmektedir.

Aynı maddenin ikinci paragrafı ise şu hükmü içermektedir:

«Komisyonun her zaman alabileceği aksine bir kararın bulunmadığı her halde, başvuru kendisini temsil etmek üzere Sözleşmeye taraf olan bir ülkenin topraklarında ikâmet eden bir hukukçuyu veya herhangi bir şahsı tayin edebilir»

26. maddenin bu hükmü 1974 değişikliği ile getirilmiştir. Değişiklikten önceki İç Tüzüğe göre (36/2. maddesi) taraflar kendilerini sadece bir hukukçuya temsil ettirebilirlerdi. Bununla beraber eski İç Tüzüğün yürürlükte olduğu sıralarda, bazı şahısları temsilen hukukçu olmayan kişilerin de temsilci olarak başvuruları olmuştu. Komisyon bu kişilerin, dolaylı mağdur olmaları kaydı ile, yakın akraba olmaları halinde örneğin ana, baba, nişanlı vs. gibi temsilci olmalarını kabul etmişti.

Bazı istisnai durumlarda, Komisyon, temsilcinin ne hukukçu ve ne de yakın akraba olmaması halinde dahi bunun temsilcilik sıfatını taşıyabileceğini kabul etmişti. Örneğin bir olayda şikâyetçi okuma yazma bilmiyordu. Komisyon bu şahsı temsil edebilmesi için, savunuculuk yapmak üzere herhangi bir kimsenin huzura alınmasını onayladı.

Yeni İç Tüzüğe göre ise Sözleşmeye taraf Devletin ülkesinde ikâmet etmesi kaydı ile herkes temsilci olabilir. Ancak, temsilcinin, bu sıfatı taşıdığını belirten yazılı bir vesikayı Komisyona sunması gerekir.

Bu konuda üzerinde durulacak ilgi çekici bir hükmü de, İç Tüzüğe ilave'nin 1. maddesinde görmekteyiz, bu maddeye göre, Komisyon gerek tarafın talebi üzerine ve gerek kendiliğinden adli yardım'da bulunabilir. Bu yardım iki halde söz konusu olabilir: Birincisi dava edilen Devletin kabul edilebilirlik konusunda mütalaasını bildirmesi veya bu süreyi geçirmesi, ikincisi ise talebin kabul edilebilirliğine karar verilmesidir. İşte yardımın yerine getirilmesi koşulu bu iki zaman evresi ile belirlenmektedir.

Belirtelim ki, adli yardımın koşulları yalnız bunlar değildir. Komisyonun yardıma karar verebilmesi için davanın tamamlanmasında böyle bir yardımın zorunlu olması ve başvuru sahibinin gerekli mali kaynaklara sahip olmaması bulunması gerekir. Adli yar-



dıma karar verebilmesi için yardım edilecek kişinin mali olanaklarını belirten bir belge doldurulur. Verilen bilgilerin müracaatçının mensup olduğu Devletin iç hukuk kurallarına göre tasdik ettirilmesi gerekir. İşte bu bilgiler alındıktan sonra, Komisyon ilgili Devletin de mütalaasını alır ve yardım konusunda olumlu veya olumsuz bir sonuca varır.

Ilavenin 4. maddesine göre bu kişi ya bir avukat, dava vekili, hukuk profesörü veya yasaı olarak benzer statüde bulunduğu kabul edilen kişi olmalıdır.

Temsilcilik konusunda bir sorun da müracaatçının hükümet dışı teşekkül veya insan topluluğu olması halinde ortaya çıkmaktadır. Bu halde kim temsilci tayin etmek yetkisine sahiptir? İç Tüzüğün 37/2. maddesine göre, topluluk veya teşekkülü temsil etmek yetkisine sahip kişi, bunların da temsilcisini tayin edebilecektir. Komisyon bu konuda teşekkül veya grubun statü veya herhangi bir belgesini talep edecek ve buna göre temsilci tayin eden kişinin iç hukuk kurallarına göre bu yetkiye sahip olup olmadığını saptayacaktır. Şikâyet Dilekçesinin şekli konusunda, konvansiyon meskût olmasına rağmen İç Tüzükte ayrıntılı hükümler bulunmaktadır. 37/1. maddeye göre,:

24. veya 25. maddeye göre yapılacak başvurular yazılı olmalı ve şikâyetçi veya temsilcisi tarafından imzalanmalıdır. Dilekçe Komisyonun resmî dillerinden birisi ile yeni Fransızca veya İngilizce ile kaleme alınmış olmalıdır. Bununla beraber komisyon başkanı müsaade ettiğinde başka bir lisan da kullanılabilir.

Dilekçe'de şikâyetçinin adı, soyadı, yaşı, mesleği ve adresi bulunmalıdır. Eğer bir temsilci ile temsil ediliyorsa temsilcinin ismi, mesleği ve adresi de bulunmalıdır. Olanaklar ölçüsünde talebin konusu, ve sözleşmenin hangi maddesinin ihlâl edildiği de dilekçede yer almalıdır.

Dilekçeye dava ile ilgili olarak tüm dokümanlar da ilave edilir.

Dilekçede tahkir teskil eden veya kabaca kaleme alınmış olan ifadeler mevcut ise, Komisyon bu ifadelerin çıkarılmasını veya değiştirilmesini talep edebilir. Bu talep üzerine Komisyon gerekli değişikliğin yapıp yapılmadığını da denetleyebilir.

Komisyon şikâvet konusunu gizli oturumda görüşür. Bu nedenle dosyaların tüm içeriği yazılı ve sözlü mütala'aa'lar gizlidir.

İç Tüzüğün 38 /3. maddesine göre dava şikâyetçinin ilk di-



lekçesinin (özet halinde de olsa) komisyonun bilgisine sunulması ile açılmış sayılır.

Komisyonunda dava açılması herhangi bir harca veya masraf ödenmesine bağlı değildir. Komisyonun bütün masrafları Konsey tarafından ödenir. Ancak tanıklara, bilirkişilere ödenecek ücretler komisyonun kararına göre şikâyetçi tarafa veya konseye yüklenebilir.

## B. AVUKATIN İNSAN HAKLARININ KORUNMASINDAKİ ROLÜ

### 1. Genel olarak Avukatın görevi

Savunma ödevini yerine getirmek aslî görevini taşıyan avukatın insan haklarının korunmasında etkin bir rolü olduğu açıktır. Gerçekten kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlâl edildiği veya ihlâl edilme tehlikesinin ortaya çıktığı zaman, avukatların onların yanında yer almaları ve ihlâl eden kim veya hangi makam olursa olsun duruma müdahale ederek bu kişinin haklarını sonuna kadar korumaları avukatlık mesleğinin en kutsal yönüdür.

Nitekim 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 2. maddesinde aynen şu hüküm yer almaktadır :

«Avukatlığın amacı, hukukî münasebetlerin düzenlenmesine, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesine .....yardım etmektir.»

Yasada yer alan «hukukî münasebet» ve «hukukî mesele ve uyuşmazlık» deyimlerinin insan haklarını da içerdiği konusunda kuşku yoktur. İnsan haklarının ihlâl edilmesi veya ihlâl tehlikesine maruz bırakılması, öncelikle hakları ihlâl edenler, edilenler arasındaki ilişkileri bozacak ve bir uyuşmazlığın ortaya çıkmasına neden olacaktır. Bu nedenle avukatlar bu tür olaylarda dengeyi kuracak başlıca etkili kişiler olarak ortaya çıkmaktadır.

Ülkemizde avukatların bu olaylara doğrudan doğruya müdahalesi olanağı mevcut değildir. Gerçekten Avukatlık yasası 35. maddesinde «Dava açmağa yeteneği olan herkese» kendi davasını açmak ve işini takip etmek yetkisini tanımıştır. Bu şekilde bir hu-



kukî uyuşmazlığın söz konusu olduğu hallerde, kişilerin avukatla temsili zorunlu olmamaktadır. Bu nedenle de kişiler, gerekli ve hatta bazı hallerde zorunlu olan bir hukukçunun yardımından yoksun olmaktadır. Her ne kadar kişileri avukat tutmaya zorlama olanağı yoksa da, davalarını yürütmek olanağına sahip olmayanları «sahipsiz» bırakmak ta doğru değildir. Bu şekildeki sahipsizlik hem davaların uzamasına hem de hak sahiplerinin her zaman haklarına tam olarak kavuşmalarına engel olur. Gerçekten usulî işlemleri yeterince bilmeyen kişi, örneğin belirli bir süreyi geçirerek, hakkını tamamen kaybedebilir, veya yine aynı bilgisizlik nedeni ile, yargılama makamını belki de çok önemsiz bir neden dolayısı ile aylarca meşgul edebilir. Bu konuda Medenî Usul Yasamız 59. maddesinde, kişilerin davalarını bizzat veya vekilleri vasıtası ile açabileceklerini ve yürütebileceklerini öngörmektedir. Yine aynı yasanın 70. maddesi davasını kendisi yürüten kimsenin mahkemede uygun olmayan davranışlarda bulunması halinde, yargıcın kendisini duruşmadan çıkaracağını ve gerektiğinde vekil tayinine zorlayacağını belirlemektedir.

Ancak hemen ifade edelim ki, yasanın bu hükmü ilke olarak duruşmanın inzibatını korumak açısından düzenlenmiştir. (1). yoksa bir hukukî konunun uygun bir biçimde yürütülmemesi ve bu nedenle hukuki bilgi sahibi avukatın duruşmaya devam etmesi yasa koyucusunun amacına yabancıdır. Buna karşılık 71. maddenin hükmü ilgi çekicidir. Buna göre: tahkikat hakimi, taraflardan birinin gereği biçimde davasını yürütecek yetenekte olmadığını görürse bir vekili yanına almasını emredebilir. İşte bu hüküm «adaletin selameti» için vekil tayinini öngörmektedir. Bununla beraber Yargıtayımızın uygulamasında 71. maddeye yanlış anlamlar verdiği olaylar da mevcuttur. Örneğin bir kararında sağır dilsiz davayı vekille takip etmek zorunluluğunun tahmil edilemeyeceğini öngörmüştür. (2). Türk öğretisinde, Kuru, bu kararı eleştirirken yargıtayın 270. maddenin uygulanmasını öngörmesini, bir başka ifade ile sağır dilsiz için sadece tercüman bulundurulmasını kaybedilecek zaman açısından ele almaktadır (3). Kanımızca burada kaybedilecek zamandan ziyade sağır dilsizle-

(1) Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü. Ankara 1968. s. 101

(2) 7 HD. 13. 12. 1953 5099/4742 (Çatalkaya, s. 121/1, Kuru, s. 101'den naklen)

(3) Kuru, s. 238 dn.4



rin, anatomik bozuklukları nedeni ile duruşmanın safahatını takip etmek ve değerlendirmek yeteneğine sahip olmamalarına bağlamak uygun olurdu. Yoksa tercüman bulundurmak, anlama ve isteme yeteneği tam olarak gelişmemiş kişileri anlayışlı kılmaz.

Yargılamada savunucu bulundurmak konusunda, ifade edelim ki, Ceza Yargılama Yasamız daha da geride kalmıştır. Gerçekten hukuk davalarında, belirli bir konuda avukat tayini zorunlu olmaktadır. Ancak kişi özgürlüklerinin kısıtlandığı, insan haklarının söz konusu olduğu bir alanda vekil tayin etmek yetkisi yok denecek kadar sınırlıdır. Esasen vekil tayinini gerektiren haller de, «adaletin selameti» yönünden fazla bir ağırlığa sahip değildir. Gerçekten Ceza Yargılama Yasasında, üç halde yargılama organı tarafından müdafî tayini yapılacağı öngörülmüşse de, bunlardan sadece birinde müdafî tayini zorunlu olup, diğer ikisinde, yargıcın takdirine bırakılmıştır:

Bu hallerden zorunlu tayini öngören CMUK 74. maddesine göre tedavi ve muhafazaya hükmolunması veya TCK'nun akıl hastalarına ilişkin 47. md. nin uygulanması bakımından yapılacak tetkiklerde, bilirkişinin göz altına alınmayı teklif etmesi halinde, sanığın müdafisi yoksa kendisine re'sen müdafî tayin olunur.

Müdafî tayininin yargıcın takdirine bırakıldığı diğer iki hal ise CMUK'nun 138. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre eğer maznun onbeş yaşını bitirmemişse veya sağır dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede aklen malül bulunuyorsa, yargıç kendisine bir müdafî tayin edebilir. Görüldüğü gibi yasa çok kısıtlı durumda ve o da yargıcın takdirine bırakarak müdafî tayini yoluna gitmiştir. Kendisini savunamamak elbetteki yalnız sağır dilsizlere, küçüklere, akli yeteneği yeterli olmayanlara mahsus bir özellik değildir. Özellikle ülkemiz gibi okur yazar yüzdesinin düşük olduğu bir yerde çoğu kez aklen sağlam, ergin yaşta olanların da savunucuya ihtivacları olduğu açıktır. Kanımızca eğer «adaletin selameti» gerektiriyorsa yargıcın avukat tayin etmesinin zorunlu kılınması en uygun yöntem olacaktır. CMUK'muzun müdafî tayini ile ilgili hükümlerini incelemeye son vermeden önce, yasanın müdafî tayini ilkesi ile celisen başka bir hükmünü de belirtmeyi yararlı bulmaktayız. 146. maddeye göre: «Mahkemece tayin edilen müdafîye tarifesine göre devlet hazinesinden ücret verilir. İleride mahkeme masrafları ile mahkum olan maznuna hazinenin rücu hakkı vardır. «Bir başka deyişle bu gider



de, yargılama giderleri arasında mahkûma yükletilir (4). Şimdi bir yandan yargılama sırasında sırf savunmasını yeterli bir şekilde yapamıyacak diye kişiye müdafî tayin ediyoruz, diğer yandan mahkûm olunca bu gideri kendisinden talep ediyoruz. Savunma hakkının kullanılmasını sağlamak, kanımızca Devletin temel görevlerinden biridir. Bu hakkı kısıtlı da olsa belirli alanda gerçekleştirmediği sağladıktan sonra sırf mahkûm oldu diye onun giderlerini bireye yüklemek hakkaniyete aykırıdır. Devlet görevini yaparken, bu görevin giderlerini başkalarına yükleyemez. Kaldı ki, mahkûm olan, kendi iradesi dışında, belki de istemediği bir kişinin savunuculuğuna katlanmak zorunda kalmış olabilir.

Müdafî tayini konusunda Avukatlık yasasının Adli Müzaharete ilişkin hükümlerini de belirtmekte yarar vardır. İlke olarak adli yardımdan yargılama giderlerini ve diğer kovuşturma giderlerini karşılayacak nakdî gücü olmayanlar yararlanır. Adli yardımdan amaç savunucuya gereksinme duyan kişilerin ücretsiz olarak bu haktan yararlandırılmalarıdır.

## 2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine göre Avukat tayini

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 (3) (c) maddesine göre, sanığın kendisini savunmak veya kendi seçeceği bir müdafînin ve eğer müdafî tayin için malî olanaklardan mahrum ve adaletin selameti de gerektiriyor ise re'sen tayin olunacak bir avukatın ücretsiz olarak yardımından yararlanabilecektir. Bu şekilde Sözleşme suçlunun mali olanaklarının yetersiz olması halinde ve adaletin selametinin söz konusu olması koşuluyla onun ücretsiz bir savunucuya kavuşacağını belirlemektedir.

Yukarıda da söz ettiğimiz gibi, sanığa tanınan haklardan bir çoğu, eğer bir hukuk danışmanının yardımından yararlanmazsa, kağıt üzerinde kalacaktır. (5). Gerçekten sanık ne usul ne de temel yasaları yeterli bir şekilde bilmektedir; onun için yargı organının verdiği kararların önemini takdir ve değerlendirme olanaksızdır.

Sözleşme sanığın savunması yönünden üç seçenek öngörmektedir:

(4) Kunter Ceza Mahkemesi Hukuku, İst. 1974 s. 161

(5) Poncet, La protection de l'accusé par la Convention Européenne des Droits de l'homme, Genève 1977, s. 161



- a) Sanık kendisini bizzat savunabilir;
- b) Kendi seçeceği bir avukata kendisini savundurabilir;
- c) Yargı organı tarafından «resmen seçilen» bir avukattan ücretsiz olarak yararlanabilir, şu şartla ki iki koşul bir arada bulunmuş olsun: adaletin selameti gerektirsin ve sanığın malî olanakları yetersiz bulunsun (6).

Sözleşmenin müdafî tayinine ilişkin bu hükmünün yeterli olduğunu söylemek olanaksızdır. Nitekim öğretide de bu madde ve uygulaması eleştirilere uğramıştır.

Örneğin, İnsan Hakları Komisyonu bir çok kararında 6 (3) (c) maddesine göre savunucuya seçmek hakkının sadece onu tayin etmek hakkına sahip olanlara ait olduğunu karar altına almıştır. Buna göre, adlî yardımdan yararlanan sanığın müdafîin kişiliği konusunda bir seçim hakkı yoktur, kendisinin fikrinin sorulmasını veya tercihlerinin gözönünde tutulmasını istemek hakkına dahi sahip değildir (7).

Re'sen tayin için «adaletin selametinin» gerekli olması koşulu aranır. Bu nedenle malî olanaklardan yoksun bir kişi, sırf bu koşul gerçekleşmedi diye bir avukatın yardımından yoksun kalabilir (8).

Yapılan diğer bir eleştiriye göre sözleşme, mali olanakları yeterli olmasına rağmen, savunucusunu seçmeyen, halbuki «Adaletin selameti açısından» bir savunucuya gereksinme olan hallerde resen avukat tayinini de öngörmektedir. Bu şekilde adaletin selameti ne kadar gerekli görürse görsün, sırf mali olanakları mevcut diye bir avukat tayini yoluna gidilememektedir.

Bir diğer eleştiriye göre, sözleşme bir müdafîi seçmek isteyen ve fakat müdafîi bulamıyan kişinin bu gereksinmesine de cevap vermemektedir. Örneğin siyasal görüşleri nedeniyle veya fiilinin kamu oyunda uyandırdığı nefret nedeni ile hiç bir avukat sa-

(6) Rapport de la Comm. 18 Mai 1977; Comm. Dec. 14.12.1961, no. 599/59

(7) Comm. Dec. 23. 7. 1963 Req. No. 1251/61; Comm. Dec 12. 12. 963 Req no. 1574 /62; Comm. Dec. 27. 7. 1963, Req no. 1807/63 (kararlar için Bkz. J. Raymond, L' article 6 de la Convention Europeenne des Droits de l'Homme et la loi Pénale Nationale, Extrait de l'ouvrage «Droit Penal Europeen, s. 96)

(8) Poncet, op. cit. s. 163



nığın savunmasını yüklenememektedir. İşte sözleşme bu durumları kapsayan önleyici bir hükmü içermemektedir. (9)

Nihayet sözleşmede, sanığa bir avukat tayini için başka bir deyişle avukatın yardımından faydalanacağı konusunda hatırlatma yapılmasına ilişkin açıklık da mevcut bulunmamaktadır.

Karşılaştırılmalı hukuka kısaca bir göz atarsak Fransa'da koğuşturmanın herhangi bir evresinde sanığın mali olanakları araştırılmaksızın, talebi üzerine re'sen bir avukat tayin edilmektedir. İtalya'da Anayasa Mahkemesi bir çok kararında, anayasanın savunma hakkını koğuşturmanın her evresinde koruduğunu beyan etmiştir. Almanya'da müdafinin seçimi ve tayini yargıcın değerlendirmesine bağlıdır. Alman yasaları sanığın resen avukat tayini konusunda talep hakkı bulunduğuna ilişkin kendisine bir bildirimde bulunulacağına ilişkin hüküm içermemektedir.

Amerikan hukukunda ise resen avukat tayini zorunlu olup, adaletin selameti için zorunlu temel haklardan sayılmaktadır. Bu hakka uyulmama kesin bir yokluk sebebi sayılmaktan ve böylece verilen mahkûmiyet hükmü otomatik olarak ortadan kalkmaktadır.

İlave edelimki avukat tayinine ilişkin hükümler yalnız Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde mevcut değildir. Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Andlaşmanın 14 (3) (d) maddesinde sanığın kendisini müdafii ile savunabileceği, müdafisinin bulunmaması halinde böyle bir hakka sahip olduğunun kendisine bildirilmesinin zorunlu olduğu, adaletin selameti açısından kendisine resen müdafii tayin edileceği ve mali yeteneği bulunmaması halinde ücret alınmayacağı hükmü yer almaktadır (10) Aynı nitelikte ve benzer hükme Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinde de rastlamaktayız.

#### a. Müdafiiin sanık tarafından seçilmesi

Bu konuda öncelikle belirtmemiz gerekli olan husus Sözleşmede kullanılan «avukat» kelimesinin teknik anlamda değil de «müdafii» anlamında kullanıldığıdır. Gerçekten Komisyon 1959 tarihli bir kararında Federal Almanya'da bir sanığa savunucu

(9) Poncet, ibid

(10) Sözleşmenin metni için bkz. Droit de l'Homme, Recueil d'Instruments Internationaux, Nations Unies, New York 1978 s. 8



olarak «Gerichtsreferendar»ın tayinini Konvansiyonun ihlali olarak nitelendirmedi. Oysa gerichtsreferendar, avukat olmayıp bir avukat yanında staj yapan kişiyi belirlemektedir. (11) Sözleşmenin 6. maddesinin Fransızca metninde «re'sen Avukat» terimi yer almasına rağmen, İngilizce metinde «hukuki yardımcı» teriminin kullanılması bu kararın gerekçesi olmuştur.

Birey dilediği avukatı kendisini savunmak için seçebilmektedir. Ancak ifade etmek gerekir ki, Komisyonun «müdafilere özellikle avukatların duruşmaya kabulleri ülkelerin iç hukuklarına göre tayin edilir» yolundaki kararları tehlikeli sonuçlar doğurabilir. Gerçekten avukatların örneğin baroya kayıt olabilmeleri idarenin yetkisine bırakılırsa, iktidarı elinde tutan siyasal güçler, diledikleri kimseleri baroya kaydetmiyerek, bazı kişilerin avukatlık yapmalarını engelleyebilecek ve böylece bireyin «dilediği müdafii» seçebilmesi ilkesi ihlâl edilmiş olacaktır (12). Örneğin Bader davası nedeni ile adeta «ısmarlama» (13) bir şekilde Federal Alman Ceza Muhakemeleri Usulü yasasında yapılan değişiklik, serbestçe müdafii seçme hakkını ihlal etmiştir. Örneğin yapılan değişiklikle, bir avukatın aynı davada birçok müşterek faili savunamayacağı ilkesi getirilmiştir. Bu değişiklik Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya aykırı bulunmamıştır. Müdafii sayısı her sanık için üç sayısı ile sınırlanmıştır. Eğer avukatın tevkif evinin güvenliğini tehlikeye düşürme tehlikesi mevcut ise yüksek bir mahkeme avukatı uzaklaştırılmaktadır. Nitekim, bu hüküm Stuttgart Asliye Ceza Mahkemesi tarafından avukat Croissant hakkında uygulanmıştır.

Alman Anayasa Mahkemesi 13. 1. 1976 tarihli kararı ile bunu da anayasaya aykırı bir davranış olarak kabul etmemiştir. Nihayet bir müdafii, tutumu ile duruşmaya gelmeyerek veya duruşmayı terkederek, müşterisini savunmayı red ederek duruşmayı sabote etmeğe teşebbüs ederse, mahkeme onun yerine derhal re'sen bir avukat tayin edebilecektir (14).

(11) Com. Dec. 14. 12. 1959, no. 509/59

(12) Morrisson, The developing european law of human rights, Ieyde 1967, s. 123/124 Comm. Dec. 722/60

(13) Sur mesure = ısmarlama devimi bizzat Prof. Poncet'nin eserinde kullanılmıştır. Bkz. op. cit s. 171

14) Bu konuda üzerinde durulacak son bir konu da yabancı uyruklu



Görüldüğü gibi Komisyonun iç hukuka yollama yapması Federal Almanya örneğinde olduğu gibi tehlikeli ve savunma hakkını temelinden sakatlayan sonuçlar doğurmuştur. Müvekkilini korumak için belirli bir yöntem çizen avukatı, bu yöntemi nedeni ile «mahkûm etmek» önceden sanığı ve özellikle en kutsal hak olan savunma hakkını mahkûm etmekten başka bir şey değildir.

#### b. Avukatın resen seçilmesi

Burada öncelikle belirtilmesi gerekli olan husus «adli yardım» ile «resen avukat tayininin» aynı anlama gelmediğidir. Adli yardım yukarıda da belirtilmeye çalışıldığı gibi, malî durumu yeterli olmayanlar için söz konusu olmaktadır. Buna karşılık sözleşmeye göre resen avukat tayini mali durumun bozukluğu ve buna ilâve olarak adaletin selametinin varlığını gerektirir.

Sözleşmenin 6. maddesi 3. fıkrasında «her sanık» deyimini kullandığından resen avukat tayini yalnız ceza işlerinde söz konusu olmaktadır. Bu açıdan bir hukuk davasında ne denli adaletin selameti böyle bir tayini zorunlu kılrsa, aksine bir davranış sözleşme hükmünü ihlal etmeyecektir (15).

Yine sözleşmenin lafzından çıkan anlama göre burada garanti edilen «meccanilik- bedelsizlik» sadece avukat ücreti ile sınırlı olup, diğer yargılama giderlerini içermemektedir.

Resen tayin edilen avukatlar konusunda Komisyona ilgi çekiçi başvurular yapılmıştır. Başvurulardan biri Alman diğeri de Avusturya barosuna mensup avukatlar tarafından yapılmıştır. Bu konuda başvuruçular, malî yeteneği bulunmayan bir sanığın zor yolu ile avukatlığını kabul ve yetersiz veya hiç bir ücret almamanın bizatihi sözleşmenin ihlali anlamına geldiğini ve mali haklarına ve kişilerin birbirleri ile aynı düzeyde olduğuna ilişkin hakka tecavüz teskil ettiğini ileri sürmüşlerdir. Komisyon baş-

---

bir avukatın müdafii olarak seçilebilip seçilemeyeceğidir. Örneğin İtalya'da kesin olarak yasaklama vardır. Buna karşılık İsviçre'de Ceza Usul Yasasının 34 (4) maddesine göre «mahkeme karşılıklı olması koşulu ile ve isitishai olarak sanığa müdafii olarak yabancı uyruklu bir avukatı tayin edebilir.» Böylece sanığın serbestçe avukatını seçme hakkı iç hukuk nedeni ile bir kez daha kısıtlanmış olmaktadır.

((15) Comm. Dec 2942/66 Komisyon bu kararında hukuk davalarında ücretsiz olarak avukattan yararlanma hakkının Sözleşmede yer almadığı görüşünü belirtmiştir.



vurulardan Almaninkine olumsuz yanıt vermiştir. Komisyona göre, başvuruçular mesleklerini bilerek ve isteyerek seçmektedirler, avukatlar malî durumu yeterli olmayan kişilerin savunmalarını almak zorunda olduklarını bilmektedirler ve nihayet avukatın devlet hazinesinden aldığı paranın serbest olarak seçilmiş bir avukatın ücretinden az olması bir kimsenin mal varlığı edinme hakkını ihlal etmez. Avusturyalı avukatların başvurusu ise uyuşma ile sonuçlandığından komisyon bir karar vermemiştir.

3. *Avukatın yardımından faydalanmanın usul süreci içindeki zamanı:*

Yargılamanın selamete yürütülmesi için, sözleşmenin ücretsiz bir veya birden fazla avukat tayinini öngördüğünü belirtmiştik. Resen avukat tayini öncelikle kimler için söz konusu olabilecektir? Sözleşmenin türkçe metninde «sanık» kelimesi kullanılmaktadır. Sözleşmenin fransızcasında «accusé» ingilizcesinde ise «every one charged with a criminal offence» deyimleri yer almaktadır.

Sözleşmenin aynı zamanda geçerli olan fransızca ve ingilizce metinlerindeki ibareler sanık kelimesini karşılamaktadır. Hatta ingilizce metin sanık kelimesini değil de onu tarif eden bir cümleyi kullanmış ve bir suç işlemekle itham edilen kimse olarak tanım vermediği yeğlemiştir. (16).

Türk öğretisinde baskın görüşe göre bir kimsenin sanık olarak kabulü için onun sanık sıfatını taşımasını gerektiren bir statüde bulunması aranır. Bir başka deyişle sanık, aleyhine dava açılmış veya sulh hakiminden hakkında tutma kararı verilmesinin veya sorguya çekilmesinin istendiği kişidir. (17).

Sanıklık sıfatı en geç hükmün kesinleşmesine kadar devam eder. Hükmün kesinleşmesi ile artık sanık hükümlü = condamné sıfatını taşır. Bu açıdan sözleşmeye göre avukat yardımının sanıklık süresinin devamı boyunca bulunduğunu kabul etmek gerekir. Hükmün kesinleşinceye kadar resen görevlendirilen avukat savunma faaliyetine devam edecektir. Buna karşılık hüküm kesinleştikten sonra, örneğin bir muhakemenin iadesi sebebi çık-

(16) Komisyon kişinin tutuklanması halinde, onun sanık sıfatını taşıyamamasına rağmen avukatı ile ilişki kurabileceğine karar vermiştir. (ccmm. Dec. 4771/71)

(17) Kunter op. cit. s. 294



mıssa, artık o hükümlü sıfatını taşıdığından avukat yardımından faydalanamayacaktır. Bir başka ifade ile kendisine böyle bir yardımda bulunulmaması halinde sözleşmenin 6 (3) (c) maddesi ihlal edilmiş sayılmayacaktır.

Türk hukukundaki bu duruma karşın, karşılaştırmalı hukuka bir göz attığımızda farklı durumlarla karşılaşmaktayız. Amerika Birleşik Devletlerinde ve İtalya'da avukatın yardımından yararlanma hakkı, polisin sorgusu sırasında başlamaktadır. Fransa ve Federal Almanya'da ise bu hak işin sorgu yargıcı önüne gelmesi ile başlar. İsviçre ve Sovyetler Birliği gibi bazı ülkelerde ise bu hak polis soruşturması evresinde mevcut olmadığı gibi, sorgu yargıcı önünde de tanınmamıştır.

Kanımızca avukatın yardımından bir suç iddiası ile karşılaşan kişinin polisin sorgusundan itibaren yararlanması ilkesini kabul etmek gerekir. Bu şekilde suçlanan kişinin kendisi hakkındaki suçlamaların niteliğini bilebilmesi sağlanmış olacaktır. Bunun yanında avukatın hazır bulunduğu bir polis sorgusunda, itham edilen kişiye iskence yapılması engellenecek ve böylece de, işkence iddiaları sona erecektir .

Avukatın suçluyu suçu inkara saptıracağı ve onu kurtaracak yöntemleri öğreteceği iddiaları ise her zaman ve tam olarak gerçekleri yansıtmaz. (18). Avukat adaletin yerine getirilmesi için kamu hizmeti gören bir kişidir. Bu nedenle, onu varoluş ortamının faaliyetlerini engelleyen bir organ olarak görmek doğru değildir. Aksine avukat savunuculuğunu vüklediği kişinin usuli işlem'eri zamanında yapmasını sağlayarak adaletin yerine getirilmesini usul ekonomisi içinde gerçekleştirecektir..

Avukatın savunma görevini yerine getirmesinin önem kazandığı hallerden birisi de sanığın mevkuf bulunması halidir. Bu durumda mevkuf sanığın, özgürlüğü kısıtlandığından müdafinin yardımından veterli şekilde yararlanabilmesi savunma hakkının sağlanması açısından gerekli olmaktadır.

Türk hukukunda bu konuyu CUMK'nun 144. maddesi düzenlemektedir. Anılan maddeye göre: «Mevkuf bulunan maznun müdafii ile her zaman görüşebilir ve muhabere edebilir». Maddenin birinci fıkrasında yer alan bu genel hüküm ikinci fıkra ile kısıt-

(18) Poncet op., cit. s. 167



lamaya tabi tutulmuştur. Şöyleki, son tahkikat açılincaya kadar yargıç sanığın bilmesinde sakınca bulunan hususların sanığa bildirilmesini yasaklayabilir ve tevkif sebebine göre gerektiğinde son tahkikat açılmasına değin maznun ile müdafinin görüşmesinde bir yargıç hazır bulunabilir.

Mevkuf sanığın müdafii ile görüşmesine getirilen bu engel acaba yazışma yönünden de geçerlimidir? Bu konuda Kunter, yargıcın önceden bildirmek kaydı ile sanığın müdafiiine yazdığı mektubu tetkik edeceğini ileri sürmektedir. Ancak, yine Kunter böyle bir bildirim yapılmadığı takdirde yargıcın da tetkik yetkisi bulunmadığını ileri sürmektedir. (19).

1. 8. 1967 tarih ve 6/8517 sayılı Ceza İnfaz kurum'arı ile Tevkif Evleri yönetimine ve cezaların infazına dair tüzük'ün 155. maddesi tutukluların müdafileri ile görüşmeleri konusunda özel bir hüküm getirmemekte ve sadece «Ceza Muhakeme'eri Usulü Kanununa göre hareket» olunacağını belirtmektedir. Aynı tüzük yazışma konusunda avukat veya müdafii ile diğer kimseler arasında bir ayırım yapmaksızın 144. maddesinde, bunların kurum müdürünce incelenip sakıncalı görülmemesi halinde yerine gönderileceğini öngörmektedir.

Kanımızca CMUK.nun 144. maddesi ile tüzüğün 155. maddesi arasında bir çelişki mevcuttur. Çünkü 144. madde muhabere konusunu bir konu ayırık olmak üzere, sınırsız olarak kabul etmektedir. Getirilen tek ayırık, yargıcın belirli bir konunun sanığa bildirilmemesini istemesi halidir. Bu durumda, müdafii sanığa yasaklanan konuda bildirimde bulunmavacaktır. Ancak bu hüküm nasıl işlecektir? Gerçekten yargıcın bir yasaklama koyması halinde, müdafiiin hükümlüve gönderdiği tüm mektuplar okunabilecektir. Biz tüzüğün 155. maddesi hükmüne rağmen mevkufa müdafii tarafından vollenan hiçbir mektubun acılamıvacağını, aksine bir davranışın hem savunma dokunulmazlığını ve hem de haberleşmenin gizliliği ilkesini zedeleyeceği görüşüdeviz.

Biz tüzüğü 155 nci maddesinin her halûkârda Anavasamızda temel hak olarak belirtilen ve 17 nci maddede ver a'an haberleşmenin gizliliği esnasına aykırı olduğuna inanmaktavız. Bir kimse hükümlü de olsa temel haklarından voksun bırakılmaz. Mahkumun elbette bazı hakları kullanması sınırlanacak veya askıya



alınacaktır. Hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkum olan kişinin serbest dolaşım özgürlüğü olduğu söylenemez, ancak onun yazışma özgürlüğü ve hatta yazışmanın gizliliği özgürlüğü elinden alınmaz. Mektupların okunmasının temel nedeni, gizli mektupların hükümlülerin ceza evlerinden kaçma olanağını yarattığı düşüncesidir. Kanımızca böyle bir olasılık kişilerin gizli haberleşme özgürlüğünü ortadan kaldırmak için haklı bir neden teşkil edemez. Ceza evlerinin kolay kaçılmayacak binalar haline getirilmesi devletin görevidir. Devlet bu görevini yerine getiremiyorsa, hükümlülerin başka haklarını elinden alamaz. Hale özellikle müdafilerine yazacakları mektupların okunması anayasamızın 17 ve 31 nci maddelerine açıkça aykırı düşmektedir.

Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü, Ankara Barosu'nun bir müracaatı üzerine, yayınladığı bir tamimde «miktarı az da olsa bir kısım cezaevlerinde emniyet gerekçesi ile, avukatların müvekkilleri ile görüşmelerinde bazı müşkülata maruz bırakıldığı, bu durumun savunma görevini güçleştirdiği... öğrenilmiştir..... yönetmeliğin 28/2 maddesi kurumun genel güvenlik ve asayiş bakımından tutuklular hakkında da müdafileri ile görüşmeleri dışında yönetmelik hükümlerinin uygulanacağını kaydetmek suretiyle müdafilere bu konuda bir ayrıcalık tanımıştır.» (20). görüşünü ileri sürmektedir. Böylece Bakanlık yerinde olarak görüşmelerde savunucular için ibi ayrıcalık bulunduğunu ifade etmiştir.

Acıklamaya çalıştığımız nedenlerle vasa ve tüzükte mevcut olmayan bir kosulu ileri sürerek, mektupları tetkik edeceğini önceden bildiren yargıcın, müdafinin yazdığı mektupları da tetkik edeceği konusundaki görüşe iştirak etmek olanağı yoktur..

Karşılaştırmalı hukukta, sanığın müdafii ile görüşmesi hususu avrıntılı bir biçimde düzenlendiği gibi bir çok uluslararası anlaşmalarda da yer almıştır.

Bu konuda uluslararası planda şu hükümleri belirtebiliriz:

a) Savaş zamanında sivillerin korunmasına ilişkin milletlerarası sözleşmenin 72 nci maddesinin 1 nci fıkrası, sanığın kendi seçtiği bir avukatın yardımından yararlanacağı, avukatın

(20) Adalet Bak. C.T.F. Cn. Md. 22. 4. 1977 13-28 sayılı temimi Bkz. Ceza ve Tutuk Evlerinin Yönetimsel Düzenj, Ankara 1978, s. 84



onunla serbestçe ilişki kurarak savunmasını hazırlayacağı hükmü yer almaktadır.

b) Siyasi ve medeni haklara ilişkin milletlerarası sözleşmenin 14 (3) (b) maddesinde de savunmasını hazırlamak ve avukatı ile serbestçe haberleşmek hakkının sanıklara tanındığı öngörülmüştür.

c) İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesinin 8 (2) (d) maddesi her sanığın serbestçe seçtiği avukatı ile hiçbir tanık hazır bulunmaksızın serbestçe muhabere edilebileceği belirtmektedir.

Bu kadar önemli bir konuda hemen belirtelimki, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi herhangi bir hüküm içermemektedir. Bununla beraber açıkça, müdafinin serbest olarak sanık ile temas edebileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamasına rağmen «yardım hakkından» serbest ilişki kurmak anlamının çıkarılabileceği de ileri sürülmüştür. (21) Gerçekten avukatın yardımından yararlanacağını kabul ettikten sonra avukat ile sanık arasında serbestçe ilişki kurmayı yasaklamak tanınan hakkı ortadan kaldırmış olacaktır.

İfade edelimki, komisyon, sanık ile müdafii arasındaki ilişkilerin engellenmesinin sözleşme hükümlerine avkırı düşüp düşmediği konusunun da münakaşa edilebileceğini belirtmiştir. Divan ise, bir kararında, hükümlünün avukatı ile temasa geçmesinin engellenmesini, insan haklarının ihlali olarak kabul etmiştir (22).

Sanığın avukatı ile ilişki kurması karşılaştırmalı hukukta şu şekilde ortaya çıkmaktadır:

Federal Almanya'da 19. Aralık 1964 tarihli bir vasa ile avukat ile sanık arasındaki serbestçe yazılı bevan ve sözlü haberleşmeyi engelleyen bütün kısıtlamalar kaldırılmıştır. Bu ister bir göz altına alınma, tutuklanma, mahkumiyet olsun müdafii ile serbest biçimde ilişki kurulur. 1. Ocak 1977 de yürürlüğe giren Strafvollzugsgesetz'de de hükümlü, tutuklu ve müdafii arasındaki özgür muhaberata sınır konulmamaktadır.

İtalva'da sorgu esnasında müdafii ancak yargıcın müsaadesi ile, sanık ile haberleşebilir. Sorgunun bitiminden veya davanın esas mahkemede açılmasından sonra müdafii izin olmaksızın sa-

(21) Poncet op. cit. s.126 Harris The right to a fair trial in criminal proceedings as a human right, ICLQ, 1967, s. 363

(22) Poncet, op. cit s.187



nık ile muhabere edebilir. İtalyan Anayasa mahkemesi Ceza Usul yasasının 135 nci maddesinde yer alıp yargıcın izni ile görüşmeyi sağlayan hükmün anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Yüksek Mahkeme 12. 1. 1972 tarihli bu kararında, işi anayasa mahkemesine intikal ettiren Venedik Asliye Ceza Mahkemesinin sözleşmenin 6 (3) (b) ve (c) maddesini göz önüne almaksızın tevkifin amaçlarını gözönünde tutarak sanığın delilleri karartabileceğini ve olayları değiştirebileceği gerekçesi ile ve hatalı olarak anayasaya aykırı olmadığı sonucuna vardı. (23).

İngilterede sanık tutuklu da olsa, yargılamayı uzatmak amacı taşımaması kaydı ile müdafii ile serbestçe muhabere edilmektedir.

Amerika Birleşik Devletlerinde, yukarıda bir başka vesile ile değindiğimiz gibi, bu hak için hiçbir sınırlama getirilmemiştir. Sanık hiçbir kimsenin katılması olmaksızın müdafii ile görüşebilir veya haberleşebilir.

İsviçre'de durum kantonlara göre değişmektedir. Örneğin Cenevre'de eğer gizlilik kararı alınmamışsa sanık ve müdafii her zaman haberleşebilir. Oleure'de avukatın baroya kayıtlı olması halinde sınırlama yoktur. Berne'de sorgu yargıcının ilk sorgusundan sonra olanak tanınmıştır. Schaffhouse'da üçüncü bir kişinin hazır bulunması halinde avukat ile sanık görüşme yapabilirler.

4. Avukatın müvekkili ile temasından ortaya çıkabilecek bazı sorunlar Avukatın özellikle suç işlediği iddia edilen müvekkil ile ilişki kurması hukukumuz açısından önemli bazı sonuçlar doğuracak nitelik taşımaktadır. Gerçekten FCK.nun 1490 sayılı yasa ile değiştirilmiş 296. maddesi, hakkında vakalama ve tevkif müzekkeresi çıkarılmış kişinin yerini bildiği halde yetkili mercilere derhal haber vermevenin cezalandırılacağını öngörmektedir. Buradaki bildirim yükümlülüğünü gerektiren evlemin şu veya bu suçu mevdana getirmiş olmasının önemi yoktur. Sucun niteliğinden ziyade, fail hakkındaki usuli işlemler etkili olmaktadır. (24). Ancak sucun cezasının asgari hapis olması arandığına göre bunun bir cürüm olması zorunludur.

296. maddenin uygulanmasında bir şahıs hakkında tutuk-

(23) Giurusprudenza costituzionale 1972, II

(24) Donay, Meslek. sırrının açıklanması suçu, İstanbul 1978, s.118



lama veya yakalama kararının nasıl öğrenileceği konusunda ilgi çekici bir içtihadı değinmeden geçemiyoruz. İstanbul I No.lu Sıkıyönetim mahkemesinin 24. 4. 972 tarih ve 1972/10 sayılı kararı-ki daha sonra bu karar Askeri Yargıtay 4. Dairesinin 8. 9. 972 tarih ve 1972/324 sayılı ilamı ile onanmıştır- ile sanığın bu konudaki bilgisinin diğer deliller gibi değerlendirileceği belirtilmiştir. (25). Örneğin sıkıyönetim komutanlığı tarafından yayınlanan bildirilerde ve günlük gazetelerde neşredilen havadislerde bu kişilerden söz edilmesi, afiş ve bildirilerde «kanun kaçakları» tabirinin kullanılmasının bu kişiler hakkında yakalama ve tevkif müzekkeresinin varlığının bilindiğine bir karine teşkil ettiği anılan hükümde beyan edilmiştir.

Bu madde ve uygulaması hakkında hem anayasaya ve hem de Sözleşmeye aykırı olduğunu söylemek istiyoruz. Gerçekten adalete yardımcı olacak ve aynı zamanda kendisine güvenerek gelecek ve savunmasını isteyecek kişi ve avukatın veya daha geniş bir ifade ile müdafinin ilk davranışı onu ihbar etmek mi olacaktır? Bu durum karşısında hangi suçlu veya suç işlediği iddia edilen kişi savunmasını yapması için bir avukata başvuracaktır? Kendisini savunacak kişi bir ceza tehdidi altındadır ve bu ceza tehdidi altında kendisini savunmak olanağını yalnız cezalandırılmayı göze alarak yapacaktır. Örneğin bir kişinin kendisine müracaatı halinde, avukat elbetteki onun tutuklu olduğunu öğrenecektir. Bu durumda onun savunması için yargı mercilerine başvurduğunda, kendisi hakkında kovuşturulma yapılmasına neden olacaktır. Kendisine başvuran, hakkında tutuklama müzekkeresi olduğunu söylemese bile, örneğin avukatın okumadığı yayın organları olsa da, bazı gazetelerde onun adından söz edilmesi veya onun hakkında kanun kaçağı ibaresi kullanılması bu kişi hakkında hiç olmazsa yakalama müzekkeresinin bulunduğunu bilinmesini gerektirecektir. Birey özgürlüklerinin askıya alındığı yakalama ve tutuklama müzekkeresi tehdidinde bulunan bir kişinin cesaretle bir avukata başvurmasını engelleyen böyle bir yorum halinde hükmün Anavasanın savunma hakkını koruyan 31. maddesine aykırı düştüğünü söylemekte zannediyoruz yanlış pavi olmamak gerekir. Keza Sözleşmenin 6. maddesinde yer alan özgür bir biçimde avukatını seçme hakkı da ihlal edilmiş olacaktır. Zi-

(25) Kararın geniş eleştirisi için bkz. Donay, op. cit. 120 ve son



ra cezalandırılma tehdidi altında her avukat böyle bir olaya sahip çıkıp, onu koruyamayacaktır.

Avukatların savunma görevlerine ilişkin olarak son değineceğimiz konu, Avukat bürolarında yapılacak aramalarla ilgilidir. Avukatların, mesleklerini ika ederken aynı zamanda meslek sırrı ile bağlı olmaları, bunların bürolarında yapılacak aramaların da özellik göstermesine neden olmuştur. Örneğin Fransız Ceza Usul yasasında ve 96. maddesinde, avukat bürosunda yapılacak aramada, yargıcın savunma hakkını ve meslek sırrını sağlayacak tüm tedbirleri alacağı öngörülmüştür. (26). Her ne kadar 96/3. maddede yer alan bu hüküm genel nitelikte ise de, öğretide bu maddenin özellikle avukat bürolarında yapılacak aramalara ilişkin olduğu beyan edilmiştir. (27).

Türk hukukunda özellikle avukat bürolarında yapılacak aramalar konusunda yasalarda özel bir hüküm mevcut değildir. Avukat bürolarında yapılacak aramalarda da CMUK'nun 94. ve sonraki maddeleri uygulanır. Bununla beraber Adalet Bakanlığının bir tamimi ile buralarda yapılacak aramaların savcı ve yardımcıları tarafından yapılmasına «azami dikkat ve ihtimamın» gösterilmesi istenmiştir. (28)

Kanımızca avukat bürolarında yapılacak aramalarda azami itina gösterilmesi veya aramaların savcı ve yardımcıları tarafından yapılması yerine hiç arama yapılmaması daha uygun olurdu. Bu açıdan Adalet Bakanlığının tebliğinin pek önemli bir şey ifade etmediğini söylememiz gerekir. Aramanın savcı veya yardımcıları tarafından yapılması veya bir başkası tarafından yapılması arasında büyük bir fark yoktur. Aramanın, eğer pek zorunlu ise, bizzat yargıç tarafından yapılması halinde belki büyük zararlar ortaya çıkmaz. Ancak bu da yargıç kararı ile ve yargıç tarafından yapılmalıdır. Gerçekte savunma ödevi gibi gerçekten pek kutsal bir görev ika eden avukatların dokunulmazlığı da söz konusu edilebilir. Nasıl diplomatların veya milletvekillerinin dokunulmazlığı

(26) Merle - Vitu, s. 175, no. 954. Légéais R., Violation du secret professionnel, J.C.P Tome II, art 378

(27) Merle - Vitu. jbid.

(28) Adalet Bakanlığının 11/37 sayı ve 27. 3. 1971 tarihli tamimi (Erem Meslek Kuralları, Ankara 1971 s. 47)



oluyorsa, bunların da görevlerini yerine getirdikleri sırada ancak yargıç tarafından kaldırılabilir bir dokunulmazlığı olabilir.

Avukata başvuran bir kimse hakkının yerine getirilmesini ister; bunu isterken de kendisine tevdi ettiği bilgilerin veya evrakların başkasının bilgisine aktarılmayacağından ve kendisi aleyhinde kullanılmayacağından emin olmak ister. Bu konuda kendisine tam bir güvence verilmesi zorunludur. Avukat bürosunun olur olmaz şekilde aranacağını düşünen, savunma için gerekli belgeleri getirmez ve bu şekilde savunma hakkı da kısıtlanmış olur. (29). Böylece savunma hakkını kısıtlayan davranışların ise insan hak ve özgürlüklerinin korunduğu hükümleri ihlal ettiği açıktır.

### SONUÇ:

Avukat veya geniş anlamda müdafî kendisine başvuran kişilerin işledikleri suç ne olursa olsun, bir başka deyişle suçlandıkları eylemin niteliği ne olursa olsun, onları savunmak için en etkin biçimde davranacaklardır. Bununla beraber yukarıda da belirttiğimiz gibi avukatların savunma görevini yaparken karşılaştıkları sorunların bir kısmını iç denetim yolu ile çözümlenmeleri olanaksızdır. Öyle bazı kurumlar vardır ki, anayasanın hükümlerine uygun düşmekte ve fakat insan hak ve özgürlüklerinin uygulanması ile amaç ve araç yönünden çelişmektedir. Kanımızca bu çelişkiyi gidermenin tek caresi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 25. maddesini, yani kişisel başvurmayı da kabul etmektir. Bilindiği üzere ülkemiz sözleşmeye taraf olurken kişisel başvurmayı kabul etmemiştir. Bugün Türk vatandaşının ülkedeki bir uygulamaya ilişkin İnsan Hakları Komisyonuna başvurmak yetkisi yoktur. Her ne kadar sözleşmenin 24. maddesi başka devletlerin, sözleşmeye taraf olmak kavdı ile, diğer bir üye Devletteki sözleşme hükümlerine aykırılığı Komisyon önüne getirmek hakkı varsa da, bu hakkın fiilen kullanıldığı pek nadirdir. Devletler diğer ülkelerin işlerine karışmamak için diğer ülkelerde çiğnenen insan haklarına, ezilen özgürlüklere sevirici kalmaktadırlar. Nitekim Kuzey ülkelerinin Yunanistan hakkındaki sikayetleri Fransa'nın baskısı ile ve iç işlere karışmamak kaygısı ile geri alınmış-



tır. Bugün artık kişisel başvuru hakkından çekinmemek gerekir. Klasik hak ve özgürlükleri içeren Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi, bireylerin tüm hak ve özgürlüklerini düzenlememektedir. Bir başka deyişle 1950 lerin anlayışının yansıdığı sözleşme hükümleri gelişme karşısında geri kalmıştır. Bu nedendir ki, yeni yeni sözleşmeler yapılmaktadır. Ancak yapılan bu sözleşmeler, İnsan hakları sözleşmesi gibi bir denetim yoluna sahip olmadığı için fazla etkili olamamaktadırlar.

Sözleşmedeki eksikliklere rağmen gerek Komisyon ve gerek Divan, temel hak ve özgürlüklerin bir kısmını dahi olsa güvence altına almak açısından etkinliğini göstermektedirler. Şunu açıklıkla ifade etmek gerekir ki, günümüzde dünyada temel hak ve özgürlüklerin uluslararası bir organ aracılığı ile güvence altına alındığı tek alan bu sözleşmede bulunmaktadır.

1961 Anayasamız özellikle ilk şekliyle Sözleşmede mevcut olmayan diğer bazı hakları da güvence altına almıştı. Anayasada yer alan bu hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması halinde bunu denetliyen bir Anayasa Mahkemesi de mevcut idi. Ancak buna rağmen bazı kurumlar, Anayasanın soyut ifade tarzı nedeni ile Anayasaya aykırı düşmemekle beraber, İnsan haklarına aykırı olabilmektedir. İşte bu durumların denetlenmesi, kişisel başvurunun sağlanması halinde, olanak dahilinde girecektir.

Devletlerin tek taraflı olarak belirli bazı konularda mutlak hakimiyet haklarından vazgeçmeleri ve bazı davranış biçimlerini uluslararası organlara denetlettirmeleri artık olaganüstü bir tutum olarak kabul edilmemektedir.

Devlet te, bir toplumun üyesi olarak, o toplumda tanınan asgari hakları tanımak zorundadır. Özellikle Avrupa birliğine dahil olan veya bu iddiada bulunan Devletler, hiç olmazsa müşterek bir davranış içinde olmak zorundadırlar.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin giriş kısmında sözleşmeyi imzalayan Devletlerin insan haklarına saygı konusunda müşterek bir anlayış içinde oldukları ve aynı telakki ve ideal ve siyasal ananeler ve hürriyete saygı ve hukukun üstünlüğü ilkelerini benimsedikleri belirtilmiştir. Bu sözleşmeyi imzalayan bir Devlet olarak temel hak ve özgürlüklerin Sözleşmede yansıyan kısmı hakkında diğer Devletlerle aynı ilkeyi paylaşmamız olağandır. Bu nedenle vatandaş-



nın kendi Devletini uluslararası bir organ olarak Komisyona şikayet etmesi o Devlet için utanılacak bir davranış olarak kabul edilmemelidir. Müsterek esaslara kavuşabilmek için Komisyon veya Divanın yol göstericiliğinden yararlanmak o Devlete, bulunduğu toplum içinde daha saygınlık kazandıracaktır.

Daha kısa bir ifade ile şunu söyleyebiliriz: Bir toplulukta yaşanan birey nasıl bazı kurallara uyacaksa, demokratik hak ve özgürlüklere saygılı bir Devlet te bunun gereklerini yerine getirecektir. Bu gereklerden birinin ise Sözleşmenin 25. maddesinde yer alan kişisel başvuru olduğundan şüphe yoktur. Esasen kişisel başvuruyu kabul etmediğimiz sürece, şimdiye değin söylediklerimiz tamamen askıda kalacak ve denetimden mahrum olacaktır.