

Tarihsel Perspektifi ile TÜRK-İSLAM Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafî*

Dr. iur. Serhat Sinan Kocaoğlu**

ÖZ

1923 yılında Cumhuriyet'in ilanı ile Türkiye'de yeni bir hukuki dönem başlamıştı. Ama asıl hukuki ve idari reformların başlangıcı Osmanlı Dönemi'nde 1839 Tanzimat Fermanı'nın ilanına tekabül etmektedir. Bu yüzden Osmanlı Dönemi'ni tarihsel metodoloji açısından Klasik Dönem (Tanzimat Öncesi) ve Tanzimat Dönemi olarak incelemek doğru bir bilimsel yaklaşımdır.

Elinizdeki çalışma, Osmanlı ceza yargılaması sistemine sanık açısından özellikle savunma hakkı ve müdafî bağlamında bakmaya çalışmıştır. Belirtmeliyiz ki Osmanlı'nın hakim hukuki anlayışı olan Hanefî Öğretisi, Türkiye Cumhuriyeti'nin ceza muhakemesi sisteminde savunmaya yaklaşımı kurumsal olarak olmasa bile, Cumhuriyet'in kurucularının ve hukukçularının zihni kurguları bağlamında olumsuz olarak etkilemiştir.

Anahtar Sözcükler: Osmanlı İmparatorluğu, Şeriat, İslam, Hanefî Okulu, Tanzimat Fermanı, Türkiye Cumhuriyeti, Kıta Avrupası, Şeyhülislam, Kadı, Hakim, Savcı, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK), 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK), Savunma Hakkı, Müdafî.

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Avukat, Ankara Barosu. Ankara Bar Review(ABR) Kurul Başkanı LL. M. (Brussels), LL. D. (Ankara).

***Right to Defense & Counsel for the Defense
in the Turkish-Islamic Historical Perspective***

ABSTRACT

The proclamation of the republic in 1923 was the beginning of a new legal system in Turkiye. However, the famous edict of the administrative & the legal reforms called the 1839 Tanzimat Fermanı was the beginning for inception of the western legal reforms. Therefore the Ottoman Empire and its juridical system can be analysed in two different parts methodologically, i.e. the Classical (pre-Tanzimat) and the Tanzimat periods.

In this study, we tried to focus on the criminal procedural system of the Ottoman Empire from the perspective of the defendant via the right to defense & the counsel for the defense in a panoramic way. The dominant Islamic understanding of the Hanafi School and their interpretation of the legal concepts has influenced the mind-sets of the founders & the jurists of the Turkish Republic, if not the institutions, with regards the the rights of the defendant and the counsel for the defense.

Key Words: *Ottoman Empire, Sharia, Islam, Hanafi Jurisprudence, Tanzimat Fermanı, Turkish Republic, Continental Europe, Seyhulislam, Judge, Prosecutor, Qadi, the Criminal Procedural Laws of the Turkish Republic (Code Number 1412 & 5271), Right to Defense, Counsel for the Defense.*

I. Genel Olarak

Kavramsal olarak müdafii, ceza yargılamasında müdafaayı yapan kişidir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ikinci maddesinin birinci fıkrasının "c" bendinde müdafii "Şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukat" olarak tanımlamıştır. Bu yüzden müdafilik tekeli kanun yapıcı tarafından bizatihi avukatlık mesleğine hasredilmiştir.

Acaba ülkemizde tarihsel açıdan incelendiğinde müdafiin gelişimi nasıl olmuştur. Türkiye Cumhuriyeti'nin Kıta Avrupası sistemini kabul edip; bu sistemin kanunlarını resepsiyon şeklinde içselleştirmeden önce yani 1299 ile 1923 yılları arasında üç kıtaya yayılmış çok büyük bir coğrafyada hüküm sürmüş bir imparatorluk olan Osmanlı Devleti'nde ceza yargılaması sistemi genel olarak nasıldı? Osmanlı ceza muhakemesi mekanizmasında müdafii adlı bir sūje mevcut muydu? Eğer bu sorunun cevabı olumlu ise kimler müdafilik yapabiliyordu? Müdafilik yapanların sahip oldukları hak, yetki ve yükümlülükler nelerdi?

Yukarıdaki sorulara cevap bulabilmek için çalışmamızın birinci bölümünde Osmanlı İmparatorluğu döneminde müdafilik kurumunu incelemeye çalıştık. Bu bölümde Osmanlı İmparatorluğu'nda batılı düşünce tarzının yerleşmeye başladığı; bu açıdan da ceza yargılamasının tarihsel evriminde bir dönüm noktası olan 1839 Tanzimat Fermanı'nın öncesi ve sonrasında müdafii iki alt başlıkta araştırdık. İkinci bölümde ise genel ve didaktik bir bakış açısı ile Cumhuriyet Dönemi'nde müdafii kavramına odaklandık. Sonuç kısmında ise iki dönem arasında karşılaştırma yaparak çeşitli tespitlere ulaştık.

II. Osmanlı İmparatorluğu Döneminde Müdafilik

1. Osmanlı Ceza Yargılaması Sistemine Panoramik Bir Bakış

Osmanlı İmparatorluğu'nun tarihini genel olarak iki ayrı evreye ayırmak tarihsel metodoloji açısından bir gelenek halini almıştır.¹ Bunlardan birincisi beş yüzyıldan fazla bir dönemi kapsayan ve tarihçiler tarafından "**Klasik Dönem**" olarak anılan evredir; bu evreyi müteakiben bir yüzyıl kadar sürmüş fakat içerisinde en az klasik dönem kadar önemli tarihsel olayların cereyan ettiği ikinci dönem ise "**Tanzimat Dönemi**"dir.² Klasik dönemde ceza yargılaması sistemi ve mahkemeler teşkilatı ufak tefek istisnalar ile beraber fazlaca bir sistem değişikliği yoktur.³ Hâlbuki Tanzimat Döneminde ceza yargılaması ve adliyeler teşkilatında çok önemli reformlar yapılarak, imparatorluğun sonuna kadar hükümetin mahkemeler üzerindeki

1 EKİNCİ Ekrem Buğra, "Tanzimat Devri Osmanlı Mahkemeleri", Ankara Barosu Dergisi, Ankara, 2001-1, s. 61.

2 *Ibid.*

3 *Ibid.*

tasarrufu devam etmiştir.⁴Haliyle zaman içerisinde değişen ve gelişen sistemlerle beraber avukatlık meleği ve bu mesleğin ceza yargılamasındaki yansımaları olan müdafilik yani savunma kurumunda da değişiklikler meydana gelmiştir.

Türklerin İslamiyet'i kabulü ile İslam Hukuku, kurulan Türk Devletlerinde cari hukuk sistemi haline getirilmiştir. Osmanlı İmparatorluğu da teokratik bir devletti ve İslam hukuku ile yönetilirdi.⁵ Osmanlı adliye teşkilatının temelinde, İslam hukuku kurallarına uygun olarak, özel hukuk ve ceza hukuku ayrımı yapmadan her türlü davaya bakma yetkisine haiz, yargılamanın “**kadi**”lar tarafından tek hâkimli olarak yapıldığı ve muhakeme sūjeleri arasındaki ilişki bakımından taraf muhakemesinin yani itham sisteminin geçerli olduğu “**şer’iyye mahkemeleri**” bulunmaktaydı.⁶ Osmanlı Devleti’nde şer’iyye mahkemelerinde, her ne kadar tarafları davada temsil eden vekiller bulunmaktaysa da, bunlar, bugünkü anlamda avukatlığın gerektirdiği tüm vasıfları taşımayan kişilerdi ve bir uyuşmazlığa taraf olanlar, mahkeme önünde kendilerini temsil etmek üzere güvendikleri kişileri vekil tayin edebiliyorlardı.⁷

Evliya Çelebi, Seyahatname’sinde “esnaf-ı yazıcıyan (yazıcılar esnafı) -dükkân 400, nefer 500; bu tayfa Ordu ve pazarda, Sadrazam Kapısı’nda arzuhal ve mekâtib (mektuplar) yazarlardı” şeklinde daha sonra bizdeki “avukatlık” mesleğinin çekirdeklerini oluşturan yazıcı (arzuhalci) esnafından söz etmiştir.⁸ Herkesin arzuhalcilik yapmasına müsaade edilmemiş, arzuhalcilik yapabilmek için ancak ocaktan yetişmek ve çavuşbaşından ruhsatname almak şeklinde bir takım şartlar getirilmiş ve böylelikle arzuhalcilik yapabilmek izne yani devlet denetimine tabi tutulmuştur.⁹

Modern anlamda avukatlık ve müdafilik ise, Türkiye’ye Tanzimat Fermanından sonra batı kaynaklı kanunların kabulü ile girmişse de, “**dava vekilleri**”nden ilk defa 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi’nde dava vekillerine ait oda dolayısıyla söz edilmiş olup, “**müdafaa vekili**” sistemi ise ilk kez Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu’nda öngörülerek ceza davalarında vekâlet sistemi başlamıştır.¹⁰

4 *Ibid.*

5 CİN Halil, “Tanzimat Döneminde Osmanlı Hukuku ve Yargılama Usulleri”, “150. Yılında Tanzimat”, Derleyen: Hakkı Dursun YILDIZ, Atatürk Kültür Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Dizi: VII, Sayı: 142, Ankara, 1992, s. 11. Avukatlık açısından incelendiğinde, İslam yargı örgütünde, vekâlet akdi ile tayin edilen ve mahkemede tarafların menfaatlerini savunan vekiller vardır (ÖZKORKUT Nevin Ünal, “Savcılık, Avukatlık ve Noterlik Kurumlarının Osmanlı Devletine Girişi”, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 52, Sayı: 4, 2003, s. 148).

6 CENTEL Nur-ZAFER Hamide, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, 5. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 25, 26; Özkorkut: Savcılık, Avukatlık ve Noterlik Kurumlarının Osmanlı Devletine Girişi, s. 147; ÜÇÖK Çoşkun - MUMCU Ahmet - BOZKURT Gülnihal, “Türk Hukuk Tarihi”, Savaş Yayınevi, 8. Baskı, Ankara, 1996, s. 198–203.

7 Özkorkut: Savcılık, Avukatlık ve Noterlik Kurumlarının Osmanlı Devletine Girişi, s. 148.

8 YILMAZ Ejder, “Bir Meslek Olarak Dünden Yarına Doğru Avukatlık”, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 44, Sayı: 1, 1995, s. 196.

9 Özkorkut: Savcılık, Avukatlık ve Noterlik Kurumlarının Osmanlı Devletine Girişi, s. 150.

10 SOYASLAN Doğan, “Ceza Muhakemeleri Usulü Hukuku”, Yetkin Yayınları, Güncelleştiril-

2. Tanzimat Öncesi Dönem (Klasik Dönem)

Osmanlı hukuk sistemi, Tanzimat öncesi dönemde kaynağını şer'i hukuk da denilen İslam hukukundan almaktaydı.¹¹ Ancak İslam hukukuna aykırı olmamak kaydı ile Osmanlı Sultanı'nın başka bir deyişle padişahın da hukuk yaratma ve yasama yetkisi vardı.¹² Esasen Tanzimat Fermanı'na kadar süren ve Klasik Dönem olarak da adlandırılan bu dönemde, Osmanlı hukukunda, monarşiyle yönetilen devletlerin hepsinde olduğu gibi, yargı fonksiyonu, yürütme ve yasama gibi devlet başkanının yani padişahın elindeydi.¹³ Yargı işlevi, devlet başkanı olan padişahın belli yargı çevrelerinde dava görüp çözümlenmek üzere tayin ettiği hâkimler olan "**kadı**"lar aracılığıyla yerine getirilirdi.¹⁴ Osmanlı Devleti'nde kadılar ilk olarak Osman Gazi tarafından tayin edilmiş; Sultan I. Murat zamanında kurulan "**Kazasker**"lik makamı ile kadıların tayinleri bu makam aracılığı ile yapılmaya başlamıştır.¹⁵XVI. yüzyıldan sonra ise ilmiye sınıfının başına geçerek Kazaskerlik makamının önüne geçen "**Şeyhülislam**"lık makamı bir kısım üst rütbeli kadıların atamasını yapma yetkisine haiz olmuştur.¹⁶

Osmanlı İmparatorluğu'nun ilk dönemlerinde münhasıran yargılama maksadına ayrılmış belirli mahkeme binaları yoktu.¹⁷ Birbirlerinden rütbe ve gelir olarak farklı olan kadılar, çoğu kez davaları evlerinde veya camilerde dinleyebildikleri gibi, bazen yolda giderken bile kadıya başvurup davasını arz edenlerin duruşmasının hemen ayaküstünde görülüp oracıkta karara bağlandığı olurdu.¹⁸ Ayrıca kadılar arasında bir hiyerarşi olmadığı gibi mülki amirlerin kadılar üzerinde bir denetim yetkisi de bulunmamaktaydı.¹⁹ Merkezden tayin edilen kadılar, yazışmalarını yine doğrudan merkez ile yürütürdü.²⁰ Mahkemelerde "şeriat" yani İslam hukuku kuralları uygulanır; kadı tarafından verilen emirler merkezde çavuşbaşı, taşrada ise subaşı gibi görevliler tarafından derhal icra edilirdi.²¹ Kadıların verdikleri kararlara yapılacak itirazlar başşehirde bulunan Divan-ı Hümayun'a götürülebilirdi.²² Divan hükmü inceler, hukuka aykırılık görürse davayı yeniden görüşmek üzere hükmü veren mahkemeye gönderebileceği gibi başka bir mahke-

miş 3. Bası, Ankara, 2007, s. 184.

11 Cin: s. 11.

12 *Ibid.*

13 EKİNCİ Ekrem Buğra, "Tanzimat Devri Osmanlı Mahkemeleri", Ankara Barosu Dergisi, Ankara, 2001-1, s. 59.

14 *Ibid.*

15 *Ibid.* s. 60.

16 *Ibid.*

17 *Ibid.* Örneğin İstanbul Kadıılığı, ilk kez resmi bir binaya 1837 yılında taşınmıştır (Cin: s. 24).

18 İkinci: s. 60.

19 *Ibid.*

20 *Ibid.*

21 *Ibid.*

22 *Ibid.*

meye de gönderebilir ya da kendisi bizzat davaya bakarak davayı sonuçlandırabilirdi. Divan'ın kararlarına karşı ise herkes padişaha başvurabilirdi.²³

Bu çerçevede belirtmeliyiz ki Osmanlı Hukuku, Hanefi Doktrini'nin bir takım sarıh hukuki kurallarının devlet tarafından yapılan “**kanunname**” adı verilen yasalar yani örfi hukuk tarafından dönüştürülmesi ile ortaya çıkmış benzersiz bir sistemdi.²⁴ Osmanlı Devleti kurulduğunda, Hanefi hukuk öğretisi Anadolu'da zaten Selçuklular tarafından uygulamaya yerleştirilmiş bir ekol olarak varlığını sürdürmekteydi.²⁵ Bu yüzden Hanefi Mektebi'nin devletin resmi hukuk sistemi olarak kabulü Osmanlı Sultanları için kaçınılmaz ve oldukça faydacı bir seçim olmuştu.²⁶ Başlangıçta Hanefi mektebine muhalif pek çok ekol mevcut olsa da, devletin kuruluş aşamasında bu mektebin hukukçuları, en açık ve muntazam kıstaslarla güvenilir görüşler ortaya koyarak uygulamada da üstünlüklerini tesis ettiler.²⁷ Osmanlı Sultanları süreç içerisinde en yetkin Hanefi görüşü ile hadisleri seçerek çıkabilecek hukuki sorunlara uygulanmasını emir vermeye başladılar.²⁸ Ancak bazı durumlarda en yetkin Hanefi görüşü bile devletin veya toplumun menfaatlerine uygun düşmeyebiliyordu.²⁹ Bu durumlarda hadis yargısını sınırlama yetkisini kullanan Osmanlı Sultanları, daha fazla hukuki güvenlik sağlayacak, anlamı açık ve öngörülebilirliği yüksek bir Osmanlı-Hanefi Şeriat Hukuku'nu yarattılar.³⁰ Bu hukukun dayandığı ikinci sütunu ise şeriatın kapsamadığı ceza hukuku, idare hukuku, toprak hukuku, vergi hukuku gibi konularda çıkarılan kanunlar oluşturmaktaydı.³¹ Bunlar Osmanlı Sultanı'nın bireysel olay için yayınladığı ancak bütün bir bölge veya ülkede uygulanması gereken emirler yani fermanlar şeklinde ortaya konuluyordu.³²

Osmanlı'da ceza ve ceza usul hukuku anlamında ilk yasa, Fatih Sultan Mehmet (II. Mehmet: 1451–81) döneminde ferman edilmişti.³³ Bu ferman Fatih'in halefi II. Beyazıt (1481–1512) tarafından geliştirilmiş ve Muhteşem Süleyman tarafından yapılan değişikliklerle “Kanun-i Osmanî” olarak anılarak 17. Yüzyıl sonuna kadar yürürlükte kalmıştır.³⁴ Kanun-ı Osmanî'nin hükümlerinin büyük bir çoğun-

23 *Ibid.*

24 PETERS Rudolph, “Crime and Punishment in Islamic Law: Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-First Century”, *Themes in Islamic Law*, Volume 2, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2005, s. 71; ZUBAIDA Sami, “Law and Power in the Islamic World”, I.B.Tauris & Co Ltd., New York, 2005, s. 46; OĞUZ Arzu, “Karşılaştırmalı Hukuk”, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 99; İkinci: s. 62.

25 Peters: s. 71.

26 *Ibid.*

27 *Ibid.*

28 *Ibid.*

29 *Ibid.*

30 *Ibid.* s. 72.

31 *Ibid.*

32 *Ibid.*

33 *Ibid.* s. 73.

34 *Ibid.* Öğretide Kanun-Osmanî'nin, ceza hukuku alanında şeriatın boşluklarını doldurmayı

luğu maddi ceza hukuku ile ilgili olsa da Őüphelilerin yakalanması, gözaltında ifade alma, sorgu, hadislerin ceza yargılamasına uygulanması ve ceza yargılamasındaki icrai görevliler gibi usuli konular da içermekteydi.³⁵ Osmanlı ceza ve ceza usul sisteminde kanun hükümleri sadece Şeriat doktrinin sessiz kaldığı konularda yasa uygulamacıları tarafından başvuru ve Őeriatı tamamlayıcı belirli bir yorum yöntemi olarak kullanılıyordu.³⁶ Ayrıca Osmanlı İmparatorluğu'nda bir suçun soruşturulmasını etkin olarak devlet değil, ithamı ortaya koyan mağdur yapıyordu.³⁷

Şeriat hukuku, ceza yargılaması bağlamında sıkı kurallar içermekte idi.³⁸ Bu kurallar arasında çok fazla çaba harcamaya ihtiyaç duyulan çeşitli usuli koşulları vardı.³⁹ Bunlardan birisi iki ergin müslüman erkeğin “**ithamcı/davacı/Şikâyetçi**” (*müddei/mudda'i*) kişinin lehine sözlü bir şekilde tanıklıkta bulunmasıydı.⁴⁰ Eğer böylesi iki tanık bulunamazsa, “**davalı/sanık/Şikâyet edilen**” (*müddeialeyh/mudda'a alayhi*) iddiayı reddeden bir yemin etmesi suçsuz kabul edilmesine ve davayı kazanmasına yetiyordu.⁴¹ Eğer bu koşulları taşıyan iki tanık mevcutsa, sanığa kalan tek yol bu iki tanığın ahlaki ve dini kişiliğine saldırmaktı.⁴² Çapraz sorgu yoktu ve kadılar karşı delillere pek fazla kıymet vermezlerdi.⁴³ Osmanlı Sultanları, imparatorluk üzerinde yönetimi eyaletler üzerinden yürüttüğü ve kadılar da bu ana idari yapılanmaya, daha fazla güç kazanmaya başladıkları imparatorluğun son zamanları hariç olmak üzere, gevşek bir şekilde bağlı oldukları için Şeriat mahkemelerinde yargı birliğinin sağlanması, eşgüdüm, denetim ve hiyerarşik kontrol gibi amaçların gerçekleştirilmesi için temyiz kurumu gelişmemiştir.⁴⁴

amaçlayan bir çaba olduğu belirtilmektedir (GERBER Haim, “State, Society, and Law in Islam: Ottoman Law in Comparative Perspective”, State University of New York (SUNY) Press, Albany, 1994, s. 61).

35 Peters: s. 73.

36 *Ibid.* s. 74.

37 *Ibid.* s. 108.

38 SHAPIRO Martin, “Courts: A Comparative and Political Analysis”, the University of Chicago Press, Chicago, 1986, s. 208.

39 *Ibid.*

40 *Ibid.*

41 *Ibid.*

42 *Ibid.* İslam hukukunda, ceza hukuku bağlamında söz konusu olabilecek uyuşmazlık ve isnatların çözümünde esas olmak üzere; Nisa Suresi'nin (Kuran-ı Kerim, 4/10), bütün uyuşmazlıkların hallinde ve hakikatın ortaya çıkarılmasında ise Nisa Suresi'nin (Kuran-ı Kerim, 4/135) genel olarak tanıklığı bir ispat vasıtası olarak kabul ve ilan etmiştir (ERBAY Celal, “İslam Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat Vasıtaları”, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları No: 177, Emre Matbaası, İstanbul, 1999, s. 60, 61). İslam hukukunda tanığın uyuşmazlık konusu olayla ilgili olarak “[...] Şahadeti Allah için yapın [...]” (Kuran-ı Kerim, Talak 65/2), “[...] kendiniz, ana-babanız ve akrabalarınız aleyhine de olsa, Allah için şahitlik yapan kimselerden olun [...]” (Kuran-ı Kerim, Nisa 4/135) uyarınca bildiklerini saklamaması ve mahkeme önünde açık bir biçimde beyanda bulunması bir kamu görevidir (*id.* s. 61).

43 Shapiro: s. 208.

44 *Ibid.* s. 209.

İslam hukukunda her ne kadar kadı mahkemeleri tek yargıçlı mahkemeler olsalar da, kadı hukuki meselelerde müftüye danışabiliirdi.⁴⁵ Sorgulama işini kadını yaptığı bu ceza yargılamalarında, mahkemeye yardımcı olması için zabıt kâtibi gibi görevli çalışanlar var olsa da, savunma bağlamında profesyonel avukatlar görev yapmıyordu.⁴⁶ İthamcı/davacı/şikâyetçi veya davalı/sanık/şikâyet edilen kendisine savunma için bir görevli kişi yani “**vekil**” atayabiliyordu.⁴⁷ Vekillik görevini kabul eden kişilerin hukuk üzerine eğitilmiş veya bilgili olmaları değil, her şeyin ötesinde bir şekilde etki ve bağlantı sahibi kişilerden olmaları gerekiyordu.⁴⁸ Vekil, Roma veya daha sonraki dönem Avrupa uygulamalarda görüldüğü gibi hukuki veya edebi bir hitabete dayanan bir savunmadan çok “**ikna**” etmek ve “**etki**”lemek üzerine bir savunma inşa ediyorlardı.⁴⁹ Hukukçular vekillik icrasını yasaklamasalar da, bunu suiistimallere ve aldatmalara açık bir kurum olarak görüyorlardı.⁵⁰ Vekile verilecek ücretin, davanın başarısı üzerine mi takdir edilmesi yoksa kadı tarafından mı karar verilmesi üzerine tartışmalar sürüyordu.⁵¹ Profesyonel olarak vekillik yapan kişiler düşük ahlaklı ve kendilerini aldatma ve rüşvet ile zengin etmeye çalışan insanlar olarak algılanıyordu.⁵²

Vekil, mahkemede çocuklar, mahkeme önüne çıkmak istemeyen kadınlar, köleler ve gayr-i müslimler gibi kişisel olarak hazır bulunamayanları temsil edebiliyordu.⁵³ İlk başlarda vekilin karşı taraf tarafından kabul edilmesi gerekiyordu.⁵⁴ Ancak daha sonraki dönemlerde bu gereklilik ortadan kaldırıldı.⁵⁵ Kadı, itham eden veya suçlanan (savunma) taraflar olmak üzere herhangi bir tarafın vekil kullanım re’sen talep edebildiği gibi taraflardan geçebilecek vekil kullanmak talebini ret de edebiliyordu.⁵⁶ Vekilin temsil yetkisi, duruşmadan hazır bulunmayan taraf adına suç ikrarı yapmak hariç olmak üzere, her türlü yetkiyi kapsıyordu.⁵⁷

Duruşmada hem itham eden ve hem de suçlanan taraflar hazır bulunmak zorundaydılar.⁵⁸ Hazır bulunmayan taraf çeşitli şekillerde zorla duruşmaya

45 Zubaida: s. 44.

46 *Ibid.* s. 44, 45; VIKØR Knut S., “Between God and the Sultan: A History of Islamic Law”, C. Hurst & Co. Publishers, London, 2005, s. 174.

47 Zubaida: s. 45; Vikør: s. 175.

48 Zubaida: s. 45.

49 Zubaida: s. 45; Vikør: s. 175.

50 Zubaida: s. 45, 46.

51 *Ibid.* s. 46.

52 *Ibid.* Bu yüzden özellikle Memlûkler döneminde vekillerin yönetimi ve disiplini ehliyetli bir hukukçu olan “*muhtasip*”e verilmişti (*id.*)

53 Vikør: s. 175.

54 *Ibid.*

55 *Ibid.*

56 *Ibid.*

57 *Ibid.*

58 *Ibid.*

getirtilebilirdi.⁵⁹ Bu konuda sonraları ortadan kaldırılan ve fakat ilk dönemlerde çok yapılan bir uygulamaya göre mahkeme kâtibi suçlanan kişinin evine değişik zamanlarda üç kere gönderilir ve celpname okunurdu.⁶⁰ Üçüncü kereden suçlanan kişi eğer duruşmada hazır bulunmazsa, mahkeme kâtibi eve tahtalar çakılmasını ve çıkışların kapatılmasını emredebilirdi.⁶¹

iii. Tanzimat Dönemi ve Sonrası

Dar anlamda Tanzimat Dönemi, Osmanlı Tarihinin 3 Kasım 1839 tarihli Gülhane Hatt-ı Hümayunu veya Tanzimat Fermanı adı verilen olayla başlayan ve 1876 yılına kadar devam eden olaylar devresidir.⁶² Geniş anlamda Tanzimat ve sonrası ise fermanın ilanı tarihinden Cumhuriyete kadar gelişen olayları kapsayan dönemi kapsamaktadır.⁶³ Tanzimat fermanında yer alan ve Osmanlı İmparatorluğu Devleti tarafından Batılı Devletlere yapılan bir kısım vaatlerin gerçekleşmesi ile araştırma konumuz olan müdafii ilgilendiren ceza ve ceza usul hukuku anlamındaki değişiklikler meydana geldiği için,⁶⁴ biz çalışmamızın bu bölümünde Ferman'ın ilanından Cumhuriyet'in ilanına kadar ki dönemi yani geniş anlamdaki Tanzimat ve sonrasını ele alacağız.

Avrupa Devletleri günden güne medeniyetlerini geliştirerek güçlenirken, uzun yıllar dünyanın en güçlü devleti olarak yaşayan Osmanlı Devleti'nin zamanlı siyasi, askeri ve mali bakımdan zayıflaması ile beraber sadece sosyal alanda değil aynı zamanda adli sistemde de çözüme başlamıştı.⁶⁵ Hukuk kurallarına uymakta gösterilen gevşeklik, rüşvet ve iltimasın yayılması, adli mercilerin yavaş yavaş ehil olmayanların eline geçişi Osmanlı'nın adalet sistemine zarar vermişti.⁶⁶ 3 Kasım 1839'da ilan edilen Gülhane Hatt-ı Hümayunu ile başlayan Tanzimat Dönemi, Osmanlı İmparatorluğu Devletinin, başlıca toplumsal, siyasi ve ekonomik açılardan karşılaştığı güçlükleri aşabilmek amacıyla zamanın şartlarına ayak uydurabilmek için hukuk alanında önemli yeniliklerin yapıldığı ve bu yenilikler çerçevesinde aralarında savcılık, avukatlık ve noterliğin de bulunduğu yeni kurumların Osmanlı Devleti'ne ithal edilerek toplumsal-hukuki sisteminin yenileştirilmesi ve yeniden yapılandırılması çabalarının gösterildiği bir dönemdir.⁶⁷ Tanzimat Fermanı başta olmak üzere bu dönemde gösterilen bütün

59 *Ibid.*

60 *Ibid.*

61 *Ibid.*

62 Cin: s. 12.

63 *Ibid.*

64 *Ibid.*

65 TANER Tahir, "Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku", Tanzimat-1, İstanbul, 1940, s. 2; İkinci: s. 61.

66 İkinci: s. 62.

67 Özkorkut: Savcılık, Avukatlık ve Noterlik Kurumlarının Osmanlı Devletine Girişi, s. 149; İkinci: s. 68; Oğuz: s. 100, 101. Tanzimat'ın ilanından birkaç sene evvel 1836 yılında ise

bu çabaların neticesinde meydana gelen hukuki düzenlemelerin temelinde Batılı devletlerin tesiri ve Osmanlı'nın Avrupa Konseyi'ne girdiği günden itibaren bu devletlere gerçekleştirmeyi vaat ettiği bir takım hukuki ve adli ıslahatlar vardır.⁶⁸

Gerçekleştirilen hukuki ve adli ıslahat vaatlerinin neticesinde 1840 yılında yeni ceza kanununun yani Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun kabul edilmesi ile Tanzimat ilkelerinin uygulamaya geçirilmesi maksadıyla merkez ve taşrada bu kanun çevresinde karar vermesi için meclisler kurulmuştur.⁶⁹ Bunların önemli kararları merkezde Meclis-i Vala-yı Ahkâm-ı Adliye'de temyizden incelenmekte ve gerekirse yeniden muhakeme yapılmaktaydı.⁷⁰ Bu devirde üst yargı yeri olarak Divan-ı Hümayun'un yerini Meclisi Vala almıştı.⁷¹ 1864 tarihli Vilayet Nizamnamesi ile Fransız sistemini örnek alarak kurulan nizamiye mahkemeleri ceza davalarına bakmakla yetkilendirilmiştir.⁷² Ancak nizamiye mahkemeleri adıyla kurulan bu yeni yargı mercileri ile birlikte, devletin genel mahkemeleri olan şer'iyye mahkemeleri genel olarak asıl kimliklerini koruyarak yargı sisteminde var olmaya devam etmiştir.⁷³ Bu dönemde hukukumuza o zaman kadar rastlanmayan istinaf ve toplu hâkim gibi kurumlar dâhil olmuştur.⁷⁴ 1879 tarihinde mahkemelerde yapılan son bir düzenleme meydana getirilmiş ve Fransız kökenli Teşkilat-ı Mehakim Kanunu kabul edilerek ilk defa savcılık kurumu ile birlikte, yukarıda anıldığı gibi, modern anlamda avukatlık ve noterlik kurumları meydana getirilmiştir.⁷⁵ İkinci Meşrutiyet'ten sonra toplu hâkim usulünden vazgeçilmek zorunda kalınmış ve 1913 yılında ilk kez sulh hâkimlikleri kurulmuştur.⁷⁶ Adliye teşkilatı bu haliyle Cumhuriyet'e kadar gelmiş, cumhuriyetten sonra 1924 yılında şer'iyye mahkemeleri kaldırılarak nizamiye mahkemeleri ülkenin yegâne mahkemeleri haline getirilmiştir.⁷⁷

“Dersaadet ve Mülhakat-ı İdare-i Zabita ve Mülkiyye ve Mehakim-i Nizamiyesine Dair Nizamname”nin 76. maddesi “cinayetten münbais hukuku şahsiye davalarında müddei (davacı) ve müddeaaaleyh (davalı) taraflarından **vekil** tayin

İngiltere'de “Mahkumların Savunmanlığı Yasası/Prisoners' Counsel Act” cürüm ile itham edilen kişilerin jüriye hitap edebilecek, tanıklara sorgu ve çapraz sorgu yapabilecek bir müdafiyeye sahip olabileceklerini öngörülmişti (HOSTETTLER J. A., “Counsel for the Defense”, Anglo-American Law Review, 11 Anglo-Am. L. Rev. 76, [1982], s. 76).

68 Cin: s. 13.

69 Ekinci: s. 66, 67. Tanzimat döneminde özel bir ceza kanununun tanziminin gerekliliği ve 14 Temmuz 1851 tarihli Kanun'u Cedit ile birlikte anılan ceza yasasının içerikleri için bkz. Tamer: s. 5 vd.

70 Ekinci: s. 67.

71 *Ibid.*

72 *Ibid.*

73 *Ibid.* s. 68.

74 *Ibid.* s. 67.

75 *Ibid.* s. 68; Özkorkut: Savcılık, Avukatlık ve Noterlik Kurumlarının Osmanlı Devletine Girişi, s. 149.

76 Ekinci: s. 68.

77 *Ibid.*

edilebilir. Mevaddı cezaiye muhakemesinde müttehim bizzat hazır bulunmak şartı ile lieclilmüdafaa bir **vekil** bulundurabilecektir” düzenlemesine haizdi.⁷⁸

Türk Hukukunda ceza muhakemesini düzenleyen ilk kanun, 1808 tarihli Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nun tercümesi ve kısmen değiştirilmesi ile kodifiye edilmiş olan 1879 (1296) tarihli “**Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkatı**”dır.⁷⁹ İslam hukukunca bilinmeyen savcılık kurumu, bu şekilde Osmanlı Devletine girmiştir.⁸⁰ 5 Recep 1296 (1879) tarihinde çıkarılan Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiyye Kanun-ı Muvakkatı'nın 249 ve 250. maddelerinde ceza davasında vekâlete ilişkin hükümler yer almıştır.⁸¹

Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiyye Kanun-u Muvakkat'ının 249. maddesinde,⁸² özetle sanığın savunmasında destek olmak üzere kendisine bir vekil seçebilmesi veya mahkeme tarafından vekil görevlendirilmesi yapılması öngörülmüştür. Buna göre görevlendirme yapılmadığı halde yapılan işlemler ilk baştan itibaren baştan itibaren yok hükmünde sayılacaktır (m. 249). 250. madde de ise,⁸³ sanık veya

78 Özkorkut: Savcılık, Avukatlık ve Noterlik Kurumlarının Osmanlı Devletine Girişi, s. 151.

79 KUNTER Nurullah- YENİSEY Feridun-NUHOĞLU Ayşe, “Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku”, Onaltıncı Baskı, Beta Basım A.Ş (Yayın No: 1858, Hukuk Dizisi: 847), İstanbul, Ocak 2008, s.584; Centel/Zafer: s.27; Üçok/Mumcu/Bozkurt: Türk Hukuk Tarihi, s. 283; SHAW Stanford J.-SHAW Ezel Kural, “History of the Ottoman Empire and Modern Turkey Reform, Revolution and the Republic: The Rise of Modern Turkey (1808–1975)”, Volume II, The Press Syndicate of the Cambridge University, Cambridge, United Kingdom, 1977, s. 119.1789 İhtilali'nden sonra hazırlanmış bulunan 1808 tarihli Fransız Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Code d'Instruction Criminelle) her ne kadar bir ihtilal eseri bir kanun gibi gözükse de, Napoleon Döneminin bütün özelliklerini taşıyan, birey ile toplum çelişmesinde birey yerine topluma ağırlık veren bir kanundur. Ancak günümüzdeki pek çok usul kanuna hakim genel ilkeleri ortaya koyan bu kanun aynı zamanda iddia ve savunmanın menfaatlerini uzlaştırma gayesiyle klasik itham ve tahkik sistemlerini bir potada eritme teşebbüsü ile birey özgürlüklerini garanti altına almak için kovuşturma, tahkik ve yargı mercilerinin birbirlerinden ayrılması esasının temelini de ortaya koymuştur (GÖLCÜKLÜ Feyyaz, “Ceza Muhakemeleri Hukukunda Yeni Temayüller ve 1957 Fransız Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 2, 1960, s. 148). Eski bir Osmanlı Eyaleti olan Mısır'da hala anılan kanun ceza usul yasası olarak kullanılmaktadır (SHARIF Adel Omar, “Generalities on Criminal Procedure under Islamic Sheri'a”, “Criminal Justice in Islam: Judicial Procedure in the Sharī'a”, Editors: Muhammad Abdel HALEEM - Adel Omar SHARIF – Kate DANIELS, I.B.Tauris & Co Ltd., London, United Kingdom, 2003, s. 11).

80 Üçok/Mumcu/Bozkurt: Türk Hukuk Tarihi, s. 283.

81 Çalışmamızda atfı yapılan hükümler ile birlikte 16 Zilhicce 1292 (13 Ocak 1876) gününden 3 Nisan 1924 tarihine kadarki dönemde yürürlükte kalmış Osmanlı ve Cumhuriyet dönemlerinde avukatlık ilgili bütün hükümler için bkz. “Türkiye’de Savunma Mesleğinin Gelişimi-Metinler”, Birinci Cilt, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No: 5, Yörük Matbaası, İstanbul, 1972. Ayrıca Cumhuriyet’in ilk dönemlerinde çıkartılmış aynı konudaki ilgili mevzuat için bkz. “Türkiye’de Savunma Mesleğinin Gelişimi-Metinler”, İkinci Cilt, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No: 10, Yörük Matbaası, İstanbul, 1973.

82 Usulü-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu Muvakkatı m. 249: Mütteheme müdafaatında muvemet etmek üzere bir **vekil** intihabı teklif ve intihap etmediği halde mahkeme tarafından derhal bir **vekil** tayin olunacak ve tayin olunmadığı halde muamelatı müteakibe keenlemeyekün hükmünde tutulacaktır. Müttehem bir **vekil** tayin ettiği halde mahkemenin intihabı keenlemeyekün hükmünde tutulacağı gibi ademi intihap esnasında vaki olan muamelat dahi muteber tutulacaktır.

83 Usulü-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu Muvakkatı m. 250: Müttehem veyahut mahkemenin

mahkemenin görevlendireceği vekilin sadece mahkemenin maiyetinde bulunan dava vekillerinden seçilmesi zorunlu tutulmuştur. Ancak mahkemenin özel izni ile bazen sanığın akrabası veya arkadaşlarından birisi de vekil olarak görevlendirilebileceği öngörülmüştür.

Dava vekili olabilmenin koşulları ise 16 Zilhicce 1292 (13 Ocak 1876) tarihli Mehakimi Nizamiye Dava Vekilleri Hakkındaki Nizamnamesi'nin 1-6. maddelerinde düzenlenilmiştir.⁸⁴ Görüldüğü üzere Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiyye Kanun-ı Muvakkatı, vekil seçiminde savunma tekelini tam olarak hukukçulara vermemiş, talep edildiğinde ve mahkeme tarafından izin verildiğinde hukukçu olmayan kişilerden de vekil görevlendirmesi yapılması uygun görmüştür.

II. Cumhuriyet Döneminde

1. Genel Olarak

29 Ekim 1923 tarihinde kurulan Türkiye Cumhuriyeti ile yıkılan Osmanlı İmparatorluğu'nun yerine Mustafa Kemal Atatürk'ün önderliğinde modern Türkiye Cumhuriyeti Devleti kurulmuştur. Çağdaş Türkiye Cumhuriyeti, varlığını yeni bir hukuk düzenine dayandırmak zorundaydı. Dine dayalı hukukun donmuş kalıplarının dışına çıkılarak Osmanlı Devleti'nin hukuki alanda yapmış olduğu hataları tekrarlamamak genç devletin temel kuruluş felsefelerinden birisi idi. Bu yüzden çağdaş medeniyetin beşiği olarak algılanan Avrupa ama özellikle Kıta

tain edeceği **vekili** ancak mahkeme maiyetinde bulunan dava vekillerinden intihap etmeye mecbur olacak ve fakat bazen müttehem'in akraba veya ehibbasından biri dahi mahkemenin müsaadei mahsusası ile vekil tayin edilebilecektir.

84 Dava vekilliği koşulları açısından Mehakimi Nizamiye Dava Vekilleri Hakkındaki Nizamnamesi'nin özellikle ikinci maddesinin buraya alınmasının müdafiliğin ve avukatlığın ülkemizdeki tarihsel ilk koşullarından günümüze evriminin daha iyi anlaşılabilmesi için gerekli olduğunu düşünüyorum. Bu göre anılan nizamnamenin 2. maddesi "Mehakimi nizamiyede dava vekaleti edecek olanların evvela mektebi hukuka devam ve tahsili fünun ile bilimtihan ru'us alması veyahut hariçte tahsili ilimi hukuk etmiş olup da mektebi hukuk nezdinde ispatı malumat ile yedinde bulunacak ru'us veya şahadetnameyi tasdik ettirmiş olması saniyen yirmi bir yaşına balığ olmuş bulunması, salisen memuriyeti devlette bulunmaması, rabian mücazati terziliye ve terhibiye ile mahkumen ceza görmemiş olması, hamisen tüccar ve sarraf silkinde bulunmuş olupta resmen izharı iflas etmemiş veyahut izharı iflas eyledikten sonra kanunen itibar etmiş olması meşruttur". Madde metninden de anlaşılacağı üzere bugünün Türkiye'sinin avukatlık koşulları 1876 yılından itibaren pek değişmeden ufak tefek değişiklikler günümüze taşınmıştır. O günün şartları düşünüldüğünde tam işlevsel bir serbest piyasa ekonomisinin oturmamış olduğu bir Osmanlı İmparatorluğu'nda dahi dava vekilliğinin devlet memuriyeti ile bağdaşmaz sayılması bizce ilginçtir. Bizce nizamnamede dava vekilleri için günümüzden farklı olarak, her ne kadar 21 gibi çok yüksek bir yaş olmasa da, asgari bir yaş sınırının konulması da tespite değer bir hükümdür. Şöyle ki, biz, yargılama süjelerinin hepsinde mesleğe kabul edilme ön şartı olarak "**asgari bir yaş sınırı**"nın veya kıdem esasının olması gerektiğini savunuyoruz. Avukatlık (müdafilik), hâkimlik ve savcılık gibi her meslek veya statü açısından ayrı bir bilimsel araştırma neticesinde bu taban yaş sınırından ortaya çıkarılmalıdır. Ayrıca incelememiz açısından mesleğe kabul için taban yaş sınırı konusunda farklı olarak meslek içerisinde de belli tip davalara belli tecrübe ve meslek yaşına sahip müdafilerin girmesi gerektiğini düşünüyorum. Örneğin ağır cezalı suçlar gibi eylemlerle itham edilen şüpheli veya sanıkları savunacak müdafilerin en az 6 yıl müdafilik yapmış olmasının gerektiği kanaatindeyiz. Müdafilikte asgari yaş sınırı ile ilgili geniş açıklamalar için bkz. KOCAOĞLU S. Sinan, "Müdafi", Seçkin Yayınları, Ankara, 2011.

Avrupası hukuk sistemlerinden ülkemize uygun örnekler almak ülke yöneticileri açısından kaçınılmaz bir durum haline almıştı. Devletin kurucu ekibinin daha çok Fransızca, Almanca ve İtalyanca lisanına hâkim kişilerden oluşması nedeniyle Türkiye Cumhuriyeti'nin yaptığı kanun iktibasları pratik nedenler ile daha çok bu lisanların eksenlerinde yapılmıştır.

2. 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK)

1929 yılında ilga olunan “Usulü-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu Muvakkatı” ağır cezalı suçlarda zorunlu müdafilik sistemini benimsemişti.⁸⁵ Fransız Hukukundan örnek alınarak hazırlanmış olan “Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-u Muvakkatı”nın yerine Türk Hukukunda ceza muhakemesini düzenleyen ikinci kanun olarak Alman Hukukundan örnek alınmış ve 1877 tarihli fakat 1926'dan sonra değişikliğe uğramış Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun esaslarını koruyarak kodifiye edilerek 04. 04. 1929 tarihli ve 1412 sayılı “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu” ile müdafilik sistemi düzenlenmişti.⁸⁶ CMUK'da savunmaya ilişkin kovuşturma (son soruşturma) ve soruşturma (hazırlık soruşturması) evrelerinde bazı hakları ilk baştan itibaren öngörmüştü.⁸⁷ Ancak CMUK'ta bu husustaki reform mahiyetindeki en önemli ve kapsamlı değişiklikler 18. 11. 1991 tarih ve 3842 sayılı Kanunla getirilmişti.⁸⁸ Müteakiben Avrupa Birliği aday adaylığı sürecinde uyum yasaları ile anılan kanunun 31. maddesini birinci fıkrasında bazı suçlar açısından getirilmiş olan sınırlandırmalar da ilga edilmişti.⁸⁹

1412 sayılı CMUK, 1877 sayılı Alman CMUK esas alınarak meydana getirilmekle birlikte, pek çok kez yapılan değişiklikler ile insan hak ve özgürlüklerini

85 KUNTER Nurullah, “Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku”, 7. Bası, Kazancı Matbaacılık Sanayi, İstanbul, 1981, s. 194; YENİSEY Feridun, “Hazırlık Soruşturması ve Polis”, Beta Basın Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1987, s. 94; MAHMUTOĞLU Fatih Selami-DURŞUN Selman, “Müdafinin Yasaklılık Halleri”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 111; EREM Faruk, “Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku”, Işın Yayıncılık, Altıncı Baskı, Ankara, 1986, s. 180; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu: s.260.

86 TOROSLU Nevzat-FEYZİOĞLU Metin, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Savaş Kitap ve Yayınevi, Ankara, 2006, s. 11; ÜNVER Yener - HAKERİ Hakan, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Cilt 1, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 2; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu: s.585; Centel/Zafer: s.27, 28.

87 KANTAR Baha, “Ceza Muhakemeleri Usulü”, Güzel Sanatlar Matbaası, Dördüncü Bası, AÜHF Yayını No: 112, Ankara, 1957, s. 146; DEMİRBAŞ Timur, “Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesi Alınması ve Müdafilik”, Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 32, İstanbul, Ağustos 2005, s. 2871.

88 Demirbaş: 2871. Resmî Gazete (Tarih: 01.12.1992 Sayı : 2142); Düstur (Tertip: 5 Cilt : 32). Mülga CMUK'da yürürlükten kaldırıldığı tarihe kadar 27 kez değişiklik yapılmıştır (Ünver/Hakeri: Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 2). CMK'da ise 23. 03. 2005 tarihinden itibaren başlayarak, en son 26. 06. 2009 tarihli değişiklikle toplam 6 kez değişiklik yapılmıştır (*id.* s. 4). Her iki kanun açısından da bahsedilen kanun değişikliklerinin bir kısmı, müdafii kavramı ve savunma hakkının çağdaş gelişmeleri takip edebilmesi amacıyla ceza yargılaması sistemimizde yapılan iyileştirme hareketleri ile ilgilidir.

89 Demirbaş: 2871.

korumak ve bireyin adil yargılanma hakkını sağlamak yönünde gelişme göstermiştir. Yapılan değişikliklerle insan haklarını, hukukun üstünlüğünü, hukuk devleti ilkesini ve medeni ülkelerce benimsenen demokratik ilkeleri toplum hayatında yaygınlaştırmayı amaç edinmiştir. Bu arada Türkiye Cumhuriyeti Devleti, insan hak ve özgürlüklerine ilişkin sözleşmelere de taraf olmuş, imzalayarak onaylamıştır.

Sürekli vurgulandığı gibi, ceza muhakemesi hukukunun şaşmaz amacı “insan hak ve özgürlüklerini ihlal etmeden maddi gerçeğe ulaşmak”tır. Bu amaca da, ancak “hukuk devleti ilkesi” çerçevesinde ulaşılır. Hukuk devleti ise, öncelikle devlet yetkisi kullananların eylem ve işlemlerinde bizatihi kendilerinin hukuka uyduğu ve ikinci olarak da hukuk kurallarını ihlal edenlere yapılacak işlemlerde makul ve mantıklı bir oranın yani ölçünün uygulanması ile gerçekleşir. Bu anlayış uluslararası andlaşmalar ve çağdaş medeni ülkelerin anayasalarında vazgeçilmez ilke olarak kabul edilmiş olan “insan temel hak ve özgürlükleri” ile “insan haysiyeti”nden vazgeçmenin mümkün olmadığı şeklindeki büyük insanlık değerlerinden kaynaklanmaktadır.

Ceza muhakemesi, medeni muhakemenin aksine şekli gerçek ile yetinmeyip maddi gerçeği yani işin esasını araştırır. Kuşku yenilememişse, şüpheden sanık yararlanır ve şüphenin bulunduğu olayda mahkumiyet kararı verilemez. Bu nedenle maddi gerçeğin araştırılması esas olmakla birlikte “her ne pahasına olursa olsun” maddi gerçeğe ulaşmaya da çalışılmaz. Yüklenen suç, ancak hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş deliller ile ispat edilebilir. Aksi halde, delil yasakları ortaya çıkar. Hukuka aykırı delillere dayanarak hüküm kurulmuşsa mutlak bozma sebebi olur. Hakim, ancak duruşmaya getirilmiş ve tartışılmış hukuka uygun delillere dayanarak kararını verir. Ancak, hakim tarafların delilleri ile de bağlı değildir. Anayasa, kanun ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatine göre hüküm verir.

İşte bu ana esaslardan bakıldığında 1412 sayılı CMUK, pek çok defa değişikliğe uğramış olmasına rağmen, 5271 sayılı CMK'nın gerekçesinde de vurgulandığı gibi, koruma tedbirleri, iletişimin dinlenmesi ve tespiti, tanık, bilirkişi dinlenmesi ve güvencesi, beden muayenesi ve moleküler genetik inceleme, tanığın korunması, davanın en kısa sürede bitirilmesi, kaçakların yargılanması ve uzlaşmaya ilişkin konularda çağdaş gelişmeleri izleyememiştir. Özellikle savunma hakkı, şüpheli ve sanığın hakkındaki iddiaları önceden öğrenmesi, muhakemenin her aşamasında müdafiden yararlanma, zorunlu müdafilik, sanık olmadan duruşma yapılamayacağı, susma hakkı, silahların eşitliği, davaların makul sürede bitirilmesi, yakalama, adli kontrol, tutuklama ve koruma tedbirleri arasından 1412 sayılı CMUK'da bulunan uyumsuzluklar adil yargılanma hakkının sağlanması ve çağdaş gelişmelere uyumlu hale getirilerek 5271 sayılı CMK'da düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler bundan sonra yeri geldikçe ilgili bölümlerde açıklanacaktır.

3. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)

04. 12. 2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu 01. 06. 2005 tarihinde yürürlüğe girdi.⁹⁰ Genel itibariyle 5271 sayılı CMK, mülga 1412 sayılı CMUK'un çağa uygun hale getirilmiş hükümlerini büyük ölçüde muhafaza etmekle beraber, bir takım yeni hükümleri de düzenlemiştir.⁹¹ Müdafilik kurumu, CMUK'tan farklı olarak, 2. maddenin birinci fırcasının c bendinde tanım olarak yer almış ve kanunun 149-156. maddeleri arasında da düzenlenmiştir. Müdafinin görevden yasaklanması (CMK m. 151), müdafinin duruşma salonundan çıkarılabilmesi (CMK m. 203; m. 252) gibi müdafii bağımsızlığını zedeleyici bir takım düzenlemeler ile savunma mesleğinin normatif düzeyde dahi olması gereken hukuk açısından istenilen noktada olmadığı son derece açıktır. Zaten günümüz Türkiye'sinde müdafii kuram ve uygulama çerçevesinde yaşadığı sıkıntıları tam anlamıyla ortaya koyabilmek, sorunları tespit ve gerekli çözüm önerilerini ortaya koyabilmek için ciltler dolusu araştırmanın yapılması gerektiğini ileri sürmenin abartı olmayacağı kanaatindeyiz.

III. SONUÇ

1299 ile 1923 tarihleri arasında Osmanlı Devleti'nin hukuk sistemine Hanefi Doktrini egemen oldu. Osmanlı ceza yargılaması mekanizması, 1839 Tanzimat Fermanı'na kadar Şer'iyye Mahkemeleri aracılığı ile yürüdü. Tanzimat sonrası dönemde ise, Nizamiye Mahkemeleri adıyla kurulan batılı anlamda daha seküler nitelikteki mahkemeler ile Şer'iyye Mahkemeleri birlikte var olmaya devam ettiler. Dolayısıyla İslamiyet'in Hanefi Okulu'nun ürettiği hukuk sistemi Şer'iyye Mahkemeleri üzerinden yaklaşık 624 sene boyunca Osmanlı İmparatorluğu'nun hakim olduğu coğrafyada ceza adaleti dağıttı.

Şer'iyye Mahkemeleri, itham sistemine yani taraf muhakemesine dayanan mahkemelerdi. Mağdurun veya şikayetçinin başlattığı soruşturma evresinde suçlanan taraf hukukçu niteliğine haiz olması gerekli olmayan vekiller tarafından savunulabiliyordu. Tanzimat'tan sonra Nizamiye Mahkemeleri'nde profesyonel anlamda avukatlık mesleğinin geliştiğini, ilk baroların kurularak, ceza yargılamasında müdafilik kurumunun oluşmaya başlamıştır.

Osmanlı İmparatorluğu'nda cari Sünni paradigmanın yani Hanefi Hukuk Ekolü'nün ürettiği zihni kurgunun Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ne belli ölçeklerde geçmediğini ileri sürmenin naiflik olacağı kanaatindeyiz. 29 Ekim 1923 tarihi, Türkiye Cumhuriyeti adında yeni bir devletin kuruluşunu ilanıdır. Ancak ilkokuldan üniversite eğitiminin sonuna kadar vatandaşlara öğretilen şekli ile Osmanlı'nın bozuk hukuk sisteminin reddedilerek yerine Kıta Avrupası'ndan re-sepsiyon sistemi ile yeni bir hukuk sistemi ve mantığı yaratıldığı iddiası savunma mesleği açısından sadece kısmen doğrudur.

90 Resmi Gazete (Tarih: 17. 12. 2004 Sayı: 25673); Düstur (Tertip: 5 Cilt: 44).

91 Demirbaş: s. 2871.

Çünkü, genç Cumhuriyet kanaatimizce Osmanlı Devleti'nin duçar olduğu en habis hastalık olan “Devlet-i Aliyye” geleneği, yani “Hikmet-i Hükümet” mantığı hukuk sisteminin özüne çıkmamak üzere işlemiştir. Savunma mesleği açısından bu zihni kurgunun yansıması, müdafinin adeta ceza yargılamasının üvey evladı konumunda olmasıdır Müdafî, iddia ve yargılama makamları ile kıyaslandığında son derece az hak ve yetkilere haizdir. Duruşmadan yargılama makamı tarafından alelade bir şekilde çıkarılabilir; hakkında gerçeğe muhalif tutanaklar tutulup cezai ve disiplin soruşturmasına tabi olması sağlanabilir; daha kesinleşmemiş bir karardan dolayı müdafilik görevinden eşit olması gerektiği iddia makamının talebi ile yasaklanabilir. Bu ve bunun gibi burada saymaya yerimizin yetmeyeceği pek çok örnek aslında ceza yargılamasının diyalektik karakterini ortaya koyan en önemli taraf olan müdafîin, aslında “devlet aklı” zihniyeti ile ve otoriter bir mantıkla ikinci sınıf bir ceza muhakemesi süjesi haline getirilmesidir. Burada altta yatan zihniyetin, Osmanlı idari ve yargı yapısındaki otoriteyi meşrulaştıran paradigmanın aynı şekilde Türkiye Cumhuriyeti'ne de sirayet etmesidir.⁹² Zaten bunun aksi nasıl mümkün olabilirdi ki? Neticede Cumhuriyet'in kurucu kadrolarının hepsi Osmanlı'da yetişmiş kişilerdi.

Sonuç olarak belirtmeliyiz ki, Osmanlı Devleti'nin iktidarı yücelten bu yaklaşımı öz olarak Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ne ve devletin yargı fonksiyonuna sirayet ederek ceza yargılamasının tek sivil unsuru olan savunma makamını, iddia ve yargılama makamları karşısında güçsüz bırakmış; uygulamada müdafii ceza yargılamasında çekinik bir role mahkum etmiştir. Bu durumun değişmesi ise yakın zamanda maalesef ki pek mümkün görülmemektedir.

92 Hanefî teorisinin gelişimi ve Sünnî ideolojinin iktidarı olumlayıcı yaklaşımlarının sosyo-poli nedenleri için bkz. EVKURAN Mehmet, “Sünnî Paradigmayı Anlamak: Bir Ekolün Politik ve Teolojik Yapılanması”, Ankara Okulu Yayınları, Ankara, 2005.

KAYNAKÇA

CENTEL Nur-ZAFER Hamide, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, 5. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008.

CİN Halil, “Tanzimat Döneminde Osmanlı Hukuku ve Yargılama Usulleri”, “150. Yılında Tanzimat”, Derleyen: Hakkı Dursun YILDIZ, Atatürk Kültür Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Dizi: VII, Sayı: 142, Ankara, 1992, s. 11-32.

DEMİRBAŞ Timur, “Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesi Alınması ve Müdafilik”, Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 32, İstanbul, Ağustos 2005, s. 2871-2883.

EKİNCİ Ekrem Buğra, “Tanzimat Devri Osmanlı Mahkemeleri”, Ankara Barosu Dergisi, Ankara, 2001-1, s. 58-72.

ERBAY Celal, “İslam Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat Vasıtaları”, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları No: 177, Emre Matbaası, İstanbul, 1999.

EREM Faruk, “Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku”, Işın Yayıncılık, Altıncı Baskı, Ankara 1986.

EVKURAN Mehmet, “Sünni Paradigmayı Anlamak: Bir Ekolün Politik ve Teolojik Yapılanması”, Ankara Okulu Yayınları, Ankara, 2005.

GERBER Haim, “State, Society, and Law in Islam: Ottoman Law in Comparative Perspective”, State University of New York (SUNY) Press, Albany, 1994.

GÖLCÜKLÜ Feyyaz, “Ceza Muhakemeleri Hukukunda Yeni Temayüller ve 1957 Fransız Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 2, 1960, s. 148-180.

HOSTETTLER J.A., “Counsel for the Defense”, Anglo-American Law Review, Heinonline, 11 Anglo-Am. L. Rev. 74 (1982), s. 74-88.

KANTAR Baha, “Ceza Muhakemeleri Usulü”, Güzel Sanatlar Matbaası, Dördüncü Bası, AÜHF Yayını No: 112, Ankara, 1957.

KOCAOĞLU S. Sinan, “Müdafii”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011.

KUNTER Nurullah, “Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku”, 7. Bası, Kazancı Matbaacılık Sanayi, İstanbul, 1981.

KUNTER Nurullah- YENİSEY Feridun-NUHOĞLU Ayşe, “Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku”, Onaltıncı Baskı, Beta Basım A.Ş (Yayın No: 1858, Hukuk Dizisi: 847), İstanbul, Ocak 2008.

OĞUZ Arzu, “Karşılaştırmalı Hukuk”, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

ÖZKORKUT Nevin Ünal, “Savcılık, Avukatlık ve Noterlik Kurumlarının Osmanlı Devletine Girişi”, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 52, Sayı: 4, 2003, s. 147-154.

PETERS Rudolph, “Crime and Punishment in Islamic Law: Theory and Practice

from the Sixteenth to the Twenty-First Century”, Themes in Islamic Law, Volume 2, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2005.

SHAPIRO Martin, “Courts: A Comparative and Political Analysis”, the University of Chicago Press, Chicago, 1986.

SHAW Stanford J.-SHAW Ezel Kural, “History of the Ottoman Empire and Modern Turkey Reform, Revolution and the Republic: The Rise of Modern Turkey (1808–1975)”, Volume II, The Press Syndicate of the Cambridge University, Cambridge, United Kingdom, 1977.

SHARIF Adel Omar, “Generalities on Criminal Procedure under Islamic Sheri’a”, “Criminal Justice in Islam: Judicial Procedure in the Sharī’a”, Editors: Muhammad Abdel HALEEM - Adel Omar SHARIF – Kate DANIELS, I.B.Tauris & Co Ltd., London, United Kingdom, 2003, s. 3-17.

SOYASLAN Doğan, “Ceza Muhakemeleri Usulü Hukuku”, Yetkin Yayınları, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Ankara, 2007.

TANER Tahir, “Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku”, Tanzimat–1, İstanbul, 1940, s. 2; İkinci: s. 61.

TOROSLU Nevzat-FEYZİOĞLU Metin, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Savaş Kitap ve Yayınevi, Ankara, 2006.

“Türkiye’de Savunma Mesleğinin Gelişimi-Metinler”, Birinci Cilt, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No: 5, Yörük Matbaası, İstanbul, 1972.

“Türkiye’de Savunma Mesleğinin Gelişimi-Metinler”, İkinci Cilt, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No: 10, Yörük Matbaası, İstanbul, 1973.

ÜÇOK Çoşkun - MUMCU Ahmet - BOZKURT Gülnihal, “Türk Hukuk Tarihi”, Savaş Yayınevi, 8. Baskı, Ankara, 1996.

ÜNVER Yener - HAKERİ Hakan, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Cilt 1, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

VIKØR Knut S., “Between God and the Sultan: A History of Islamic Law”, C. Hurst & Co. Publishers, London, 2005.

YENİSEY Feridun, “Hazırlık Soruşturması ve Polis”, Beta Basın Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1987

MAHMUTOĞLU Fatih Selami-DURSUN Selman, “Müdafin Yasaklılık Halleri”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004.

YILMAZ Ejder, “Bir Meslek Olarak Dünden Yarına Doğru Avukatlık”, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 44, Sayı: 1, 1995.

ZUBAIDA Sami, “Law and Power in the Islamic World”, I.B.Tauris & Co Ltd., New York, 2005.