

## CMK'DA MAĞDURA VEKİL ATANMASI VE SORUŞTURMA EVRESİNDE BU HUSUSTAKİ HATALI UYGULAMANIN YARATTIĞI SAKINCALAR

Av. M. İhsan DARENDE

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK), yargılama sjelerini düzenlerken, "suçtan zarar görene" zel bir önem vermiş, CMUK'da bulunmayan birçok yetki ve hak tanımıştır. Bu suretle CMK, kişisel iddiayı gclendirmiş; maddi gerçeğin ortaya çıkartılması açısından kişisel iddianın önemini perçinlemiştir. Ancak Adalet Komisyonu aşamasında, bu husustaki düzenlemelerde aşırılığa kaılmış, modern ceza yargılama hukukunun temel ilkelerinden bazıları göz ardı edilmiştir. Üstelik bu aşırılıklarla dolu düzenleme sebebiyle, uygulamada çok ciddi hatalara düşülmekte, ceza yargılama hukukunun temel prensiplerinden bir kısmı açıkça ortadan kaldırılmaktadır.

Bu yazıda, özellikle, mağdur ile şikâyetçiye tanınan ve kayıtsız koşulsuz kullanabilecekleri, "vekil atanmasını isteme hakkı" ile soruşturma evresinde "vekilin, mağdur ve şikâyetçinin beyanının alınması sırasında hazır bulundurulması" şeklindeki uygulama inceleme konusu yapılacaktır.

### Yasal Düzenleme:

5271 sayılı Kanununun 234. maddesinde mağdur ile şikâyetçinin hakları düzenlenmiştir. Buna göre; mağdur ile şikâyetçi, vekili yoksa, baro tarafından kendisine bir avukat görevlendirilmesini isteme hakkına sahiptir. Mağdur, on sekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malul olur ve bir vekili de bulunmazsa, istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilecektir (234/2.fıkra).

Tasarıdaki düzenleme ise řu şekilde idi:

"Suçun mağduru ile şikâyetçinin hakları:

**Madde 246:** Suçun mağduru ile şikâyetçinin hakları şunlardır:

1. Soruşturma evresinde;
  - a. Delilerin toplanmasını isteme,
  - b. Soruşturmanın gizlilik ve selametini bozmamak koşuluyla cumhuriyet savcısından belge rneği isteme,
  - c. 153. maddeye uygun olmak koşuluyla avukatı ile soruşturma belgelerini ve el konulan ve muhafazaya alınan eşyayı inceletme,
  - d. Cumhuriyet savcısının kovuşturmaya yer olmadığı yönündeki kararına kanunda yazılı usule göre itiraz hakkını kullanma.
2. **Kovuşturma evresinde;**
  - a. Duruşmadan haberdar edilme,
  - b. Kamu davasına katılma,
  - c. Dava konusu ve niteliği elverişli olmak koşuluyla katıldığı kamu davasında kişisel hak isteminde bulunma,
  - d. Tutanak ve belgelerden örnek isteme,
  - e. Tanıkların davetini isteme,
  - f. **Avukatı yoksa, 251. madde gereğince katılan sıfatıyla baro tarafından kendisine avukat atanmasını isteme,**

g. Davaya katılmış olma koşuluyla, davayı sonuçlandıran kararlara karşı kanun yollarına başvurma.

Bu haklar, suçun mağdurları ile şikâyetçiye anlatılıp açıklanır ve bu husus tutanağa kaydedilir.

### **Katılanın Hakları:**

**Madde 251:** Suçtan zarar gören, **maddi ve hukuki durumu itibariyle yararlarını yeteri kadar koruyacak durumda değilse**, davaya katıldığında, istemi üzerine ücreti 157. madde gereğince ödenecek bir avukatın atanmasına mahkemece karar verilebilir. Bu istem davaya katılma iradesinin açıklanmasından önce de yapılabilir. Bu husustaki karar, esas hakkındaki hükmü verecek mahkeme tarafından alınır.

Katılan on sekiz yaşını doldurmamış ya da sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malül olup, bir avukatı da bulunmazsa, istemi aranmaksızın avukat atanır”.

Görüldüğü üzere Tasarı’da, mağdur veya şikâyetçiye, soruşturma devresi için avukat görevlendirilmesini isteme imkânı tanınmamış, kovuşturma devresinde ise bu hak, maddi ve hukuki imkânları itibariyle, yararlarını yeteri kadar koruyamayacak durumdaki şahıslara tanınmıştı.

### **Düzenlemenin Amacı:**

CMK, Tasarı’daki bu düzenlemeyi değiştirerek yasalaşmış; hüküm yeni haliyle müştekiye, talebi halinde hiçbir şart aranmaksızın vekil tayini mümkün kılmış, 234. maddenin 2. fıkrasında belirtilen hallerde ise, istemi aranmaksızın vekil görevlendirileceği belirtilmiştir. Bu düzenlemenin, kişisel iddiayı güçlendirmeye yönelik olduğu yönünde görüşler ileri sürülmektedir. Bazı kolluk görevlileri ve hukukçular ise; zaten suçtan zarar görmüş ve mağdur durumda bulunan şahsın, hazırlık aşamasında, bir de sanık müdafii ile karşılaşması durumunda, daha da mağdur duruma düştüğünü belirterek, getirilen düzenlemenin olumlu olduğunu ileri sürmektedir. Yani bu son görüşe göre asıl amaç, kişisel iddiayı güçlendirmek değil; sanığa avukat görevlendirildiği halde, mağdur için atanmamasının yarattığı dengesizliği ortadan kaldırmak, mağduru bu suretle korumaya almaktır.

### **Sübjektif Amacın Eleştirisi:**

Ancak bu düşünce tarzı, sanıkla suçlu arasındaki farkı ortadan kaldırmaktadır. Ortaçağda, engizisyon döneminde olduğu gibi, sanık, peşin olarak suçlu gibi görülmekte, bu sebeple de, sadece savunma için müdafii atanması bir türlü kabullenilmemektedir. Aslında düşünülen şudur: Suçlu için avukat atanırken, mağdur için görevlendirilmemesi, mağduru bir kez daha mağdur etmektedir.

Oysa modern hukuk, sanığı, suçludan çok açık bir şekilde ayırmıştır: Sanık, sadece suç işlediği şüphesi altında olan kişidir. Bu şüphe kesin olarak yenilmedikçe, onun suçlu olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Bu, insan olmanın, insan onuruna uygun davranmanın ilk koşuludur. Çünkü suçluluğu sabit olan kişi hakkında, kamu gücü kullanılarak çok ağır yaptırımlar uygulanmaktadır. Sıradan bir kişi gerçekleştirdiğinde suç olarak kabul edilen bir eylem, kamu gücü kullanılarak bir şahsın üzerinde uygulanmaktadır; özgürlüklerin en doğalı, kişisel özgürlüğü kısıtlanmaktadır. İşte sanık, böyle bir tehdidin altındaki kişidir; üzerinde kamu gücü uygulanma ihtimali bulunan bir şahıstır. Bu sebeple onun, kamu gücüne

karşı korunması zorunludur. İşte bunun içindir ki, suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz (Anayasa madde 15). Bu, evrensel bildirgelerle garanti altına alınmış temel haklar arasında yer almaktadır (örn. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi madde: 11/a).

Sanık için **müdafii atanmasının ilk sebebi, onun, kamu gücüyle karşı karşıya olmasıdır; mağdurla karşı karşıya olması değil..** Çünkü modern hukukta, suçtan zarar gören asıl süje, kamudur; toplumdur. Suç teşkil eden eylem, toplumsal barışı zedelemiş, toplumda gerginliğe yol açmıştır. Böylece toplumun, tabiata karşı mücadelede tüm insanlığı daha da ileriye götüren ve gerçek özgürlük yolunu açan işlevi zarar görmüştür. İşte bu sebeple zarar gören baskın süje kamudur. Bu sebeple davalar kamu adına açılmakta, dar anlamda zarar gören süje şikâyetçi olmasa dahi, soruşturma ve kovuşturma -ilke olarak- yürümektedir. Davanın varlığını kişisel iddiaya bağlayan dönem çoktan geride kalmıştır. Elbette, eylemden doğrudan zarar gören gerçek kişiler de bulunmaktadır. Bunların yargılama faaliyetine katılma haklarının olması da son derece doğaldır. Üstelik bu hakkı, avukat eliyle kullanmaları da yararlıdır. Ancak bütün bunlar, temel ilkeyi ortadan kaldırmamaktadır: **Suç ile ortaya çıkan ceza ilişkisinin asıl tarafı, kamudur.** Suç isnadı kamu adına yapılmakta, dava kamu adına açılmaktadır. Sanık, bu sürecin tümünde, kamu ile karşı karşıyadır. Bu sebeple, sanık ile mağduru karşı karşıya getirerek, henüz suçlu olduğu sabit bulunmadığı halde, onun kamu tarafından görevlendirilen avukatı varken, mağdurun olmadığından şikâyet etmek, modern hukuku benimseyememiş olmaktan, ortaçağdan kalan bilgi kırıntılarını silememekten kaynaklanmaktadır.

### **Ceza Yargılama Hukukunun Amacı:**

Ceza yargılama hukukunun amacını tespit etmek, bu alanda düzenlenen tüm müesseselerin mahiyetini ortaya çıkartmak açısından çok önemlidir; yargılama hukuku kurum ve araçları, elbette onun amacına göre yorumlanacak ve işlevlendirilecektir. Bu sebeple, ceza yargılama hukukunun amacının tarihsel gelişimini kısaca açıklamak yararlı olacaktır:

Genel olarak hukukun ve özelde ceza usul hukukun amacı toplumsal gelişmişlik seviyesine bağlı olarak değişmektedir. Yukarıda belirtildiği gibi, ortaçağda güdülen amaç, suçlunun cezalandırılması idi<sup>1</sup>. Yargılama hukuku, suçlu olduğu peşinen kabul edilen şahsın cezalandırılmasını sağlayacak araçları düzenleme amacı güdüyordu.

Bundan sonraki dönemde amaç, sanığın kamu gücüne karşı korunmasıdır<sup>2</sup>. Bu dönem, önceki döneme tepki olarak gelişmiş, aydınlanma çağıyla birlikte, insanın insan olarak değeri kavranmış ve yükselmiş, ortaçağda, hukuk adına yapılan insanlık dışı muamelelere tepki olarak, amaç, sanığın, kamu gücü karşısında korunması olarak belirlenmiştir.

Her iki sistemin aksi yönlerde ifrada gitmesinin yarattığı sakıncalar, modern toplumlarda, amacı, “maddi gerçeği bulmak” olarak değiştirmiş ve geliştirmiştir<sup>3</sup>. Gerçekten de, ortaçağda birey, toplum karşısında yok sayılmış, ona hiç bir hak tanınmamış, sistem, peşinen suçlu kabul ettiği bireyi tam anlamıyla ezmiştir. Buna tepki olarak gelişen sonraki dönemde ise bu kez tüm düzenleme, bireyi kamu gücünden korumaya yönelmiş, böylece toplumsal gelişme imkânlarının korunması ihmal edilmiştir. İşte modern toplumlar, “bireyin hakları” ile “toplumsal gelişme işlevlerini koruma” arasındaki dengeyi sağlayacak arayışlara girerek, bu dengeyi, “maddi gerçeğin bulunması” amacını ihdas etmek suretiyle kurmuştur.

Modern toplumlarda ceza hukukunun amacı, sadece kefarete değildir; yani cezanın asli ve tek fonksiyonu, suç işlemiş şahsa acı çektirmek değildir. Tam tersine asıl amaç, bu şahsı da rehabilite edecek, topluma yeniden kazandıracak, bozulan toplumsal barışı yeniden kuracak ve bir daha bozulmasını engelleyecek düzenekleri oluşturmaktır. Suçla ortaya çıkan toplumsal gerginliği, bu gerginliğin gerçek boyutuna en uygun araçlarla ortadan kaldırmaktır amaç. Ceza hukukunun amacı bu olunca, ceza yargılama hukukunun amacı da bu yönde değişmiştir. Amaç, gerçekleşen maddi olguyu tüm çıplaklığı ile oraya çıkartmak ve bu suretle, maddi olgunun yarattığı etki ve sakıncaları giderebilecek en uygun araçlar ve yaptırımını belirlemektir. Bu sebeple ceza yargılama hukukunun tüm müessesesi ve araçları, bu amaç doğrultusunda düzenlenecek ve yorumlanacaktır

### **Diyalektik Yargılama:**

Ortak akıl, maddi gerçeği tüm çıplaklığıyla ortaya çıkartabilmek için, karşıt tezlerin tam donanımlı olarak çarpışması esasına dayalı diyalektik bir yöntem ihdas etmiştir. Yargılama sürecinde, iddia ve savunma, tüm bilgilerini, tam bir serbestlik içinde ve tüm açıklığıyla ortaya koyacaklardır ki, bu geniş yığın içinden, en doğru sonuç çıkartılabilsin. En doğru soyutlama, en yoğun somuttan elde edilebilir. En yoğun somutu sağlayan ise karşılıklı bilgilerin açıklıkla ortaya konup tartışılabilmesidir. Bu yöntemde iddia, asıl olarak kamu adına yapılmaktadır. Çünkü yukarıda açıklandığı üzere, suçtan zarar gören asıl taraf, toplumdur. Toplumsal iddiayı, kamu adına, savcılık makamı ileri sürmektedir. Bu iddianın karşısında yer alan sanık, savunma makamıdır. Ancak son derece açıktır ki, iddia makamı toplumsal; savunma makamı bireyseldir. Üstelik bir de suçtan dar anlamda zarar gören kişiler, bu diyalektik yargılama faaliyetine katılmakta ve bireysel iddia makamını işgal etmektedir. Bu şekilde oluşan toplumsal ve bireysel iddianın karşısında, sadece bireysel savunma makamını işgal eden sanık yer almaktadır. İddia hem toplumsal, hem de bireysel olarak ileri sürülürken, savunma sadece bireysel düzeyde yapılabilmektedir. İşte bu durum, maddi gerçeğin tüm çıplaklığıyla ortaya çıkartılması için düzenlenen diyalektik yargılama yöntemini sekteye uğratmaktadır. Çünkü karşıt güçlerin, tam bir donanımla ve eşit şartlarda mücadelesi esası zedelenmekte, toplumsal iddianın karşısında toplumsal savunmanın olmaması, karşıt güçler ve tezler arasında bulunması gereken dengeyi bozmaktadır.

İşte sanık için müdafî, bu sebeple atanmaktadır. Atanan müdafinin görevi, sanığın temsili değil, toplum adına savunma yapmaktır. Müdafî, toplumsal iddiayı ileri süren “savcılık” makamının gücünü ve donanımını dengelemek amacıyla, “toplumsal savunma” makamını işgal etmektedir. Bu sebeple sanıktan bağımsız olmalıdır. Maddi gerçeği ortaya çıkarma faaliyetinde onun görevinin sınırı, toplumsal aklın sanığa tanıdığı bireysel haklar ve korumalardır. Çünkü sanığa tanınan haklar ve koruma araçları, toplumsal savunma ile bireysel hakları arasında kurulan dengenin odak noktasıdır. Bu nokta, yüz yıllardır süren mücadele ve tecrübelerin imbiğinden süzülerek ortaya konmuştur. Yani sanığa tanınan bu haklar, maddi gerçeğin orta çıkartılması amacının önüne geçmektedir. Maddi gerçeği ortaya çıkartma amacı adına, sanığın bu haklarının çiğnenmesi mümkün değildir; çünkü bu hakların çiğnenmesi ile ortaya çıkacak zarar, maddi gerçeği bulmakla elde edilecek yarardan çok daha fazladır. Örneğin sanığa işkence yaprak maddi gerçeği ortaya çıkartmak mümkün görülebilir; ama bu durumda kamu gücü, insan onuruna uygun bir yaşayış tarzı için ortak akıl adına koyduğu kurallara kendisi uymayarak, bu kuralların gücünü ortadan kaldırmış olmaktadır. Çünkü hukuk kurallarının herkesçe benimsenmesi ve onlara uyulmasının akılcı yolu, bu kuralların herkes için eşit olarak uygulandığı inancıdır. Bu inanç ortadan kalktığında, bireysel akli bu kurallara uymaya zorlayacak tek olanak, baskı kurmaktır. Bu durumda ise ortak aklın ortak istekle oluşturduğu ve bu sebeple, herkesin gönüllü olarak uyduğu kurallar yerine, aslında

benimsenmemiş ve bu sebeple her fırsatta ihlal için açık kapılar aranan dayatılmış kurallar ortaya çıkacaktır. Bu düzenin adına, hukuk düzeni, bu sistemin adına hukuk devleti denmesi mümkün değildir. İşte bu sebeple modern toplumlarda, maddi gerçeği ortaya çıkarma amacının sınırını, yine ortak aklın, bireysel hakları koruma adına ihdas ettiği “sanık hakları” oluşturmaktadır. Bu haklara aykırı yollardan elde edilen delillerin hükme dayanak yapılması mümkün değildir.

İşte sanık müdafinin toplum adına yaptığı savunmanın sınırı da, sanığa tanınan bu haklardır. Bu hakları çiğnememek kaydıyla müdafî, sanıktan tümüyle bağımsız olarak hareket etmelidir. Örneğin müdafî, sanığın yalan söylediğini anladığında, savunma görevini bırakmalıdır; ama bunun ilerisine giderek, maddi gerçeği ortaya çıkarmak adına, öğrendiğini yargılama makamlarına açıklamamalıdır. Çünkü sanık, maddi olgularla ilgili olarak yalan söyleme hakkına sahiptir. Müdafî bu hakkı çiğnediğinde, maddi gerçeğin ortaya çıkartılması amacına, belki sadece o olay açısından yarar sağlayacaktır ama genel hukuk düzeni açısından, bu amacın tam tersine bir işleve sahip olacaktır. Çünkü sanık, sürekli kuşku içinde olduğunda, yalan söyleme hakkını kullanmayacaktır. Oysa sanığın bu hakkı kullanması, maddi gerçeğin ortaya çıkartılması açısından, susma hakkını kullanmasından çok daha etkili sonuçlar doğuracaktır. Çünkü yalan da olsa beyanda bulunan sanık, yargılama sürecinde kullanılacak bir delil ortaya koymaktadır. Bu beyanın aksinin ortaya konması, çelişkilerinin yakalanması, birçok durumda çok kolay olacaktır. Bu da maddi gerçeğin ortaya çıkmasını sağlayacaktır. Oysa susma hakkı kullanıldığında, tartışılabilir bir delil ortadan kalkmaktadır. İşte bu sebeple müdafî, toplum adına savunma yaparken, sanıktan bağımsız olacak, ancak bu bağımsızlığın sınırını, sanığın hakları çizecektir. Yukarıda yalan söyleme hakkıyla ilgili olarak verilen örnekte olduğu gibi, bu hakların tümünde, ortak akıl, en yararlı ve uygulanabilir, çözümsel dengeyi gözetmiştir. Dolayısıyla bu haklar, toplumsal savunmanın bağımsızlığının sınırını da teşkil etmelidir.

CMK, müdafinin bağımsızlığı hususunda bazı olumlu adımlar atmışsa da, bunu sadece atanan müdafî ile sınırlı tutmuştur. CMK'nın 266/3. maddesi şöyledir: “150 nci maddenin ikinci fıkrası uyarınca, kendisine müdafî atanan şüpheli veya sanıklar yararına kanun yoluna başvurulduğunda veya başvuru kanun yolundan vazgeçildiğinde şüpheli veya sanık ile müdafinin iradesi çelişirse müdafinin iradesi geçerli sayılır”. Buna karşılık, CMK 261 hükmü şöyledir: “Avukat, müdafiliğini veya vekilliğini üstlendiği kişilerin açık arzusuna aykırı olmamak koşuluyla kanun yollarına başvurabilir”.

Görüldüğü gibi, atanan müdafî söz konusu olduğunda, hâkim kılınan irade, müdafîye aittir. Bu da doğaldır, çünkü müdafî, sanığın temsilcisi değil, toplum adına savunma yapan süjedir. Nitekim CMK'nın 2. maddesinde “Vekil: Katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişiyi ceza muhakemesinde **temsil eden** avukatı” şeklinde tanımlanırken; “Müdafî: Şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukat...” olarak tarif edilmiştir. Bu düzenleme de göstermektedir ki, müdafî, sanığın temsilcisi değildir; toplumsal savunma makamıdır. Üstelik hüküm, sadece atanan müdafîyi değil, seçilen müdafîyi de tanımlar şekilde düzenlenmiştir ki, doğru olan da budur. Kanımca müdafî, **sanık tarafından seçilmiş olsa dahi, ondan bağımsız olmalı ve savunmasını toplum adına yapmalıdır**. Yani müdafî, ister baro tarafından görevlendirilmiş olsun, ister sanık tarafından seçilmiş, toplumsal savunma makamını işgal eden kişidir. Ya da, seçilen müdafî sanığı temsil edecek ve bireysel savunma yapacaksa, toplumsal savunma yapacak bir müdafî atanmalıdır. Aksi takdirde, toplumsal savunma makamı boş kalacaktır. CMK, 261. maddeyi düzenlemekle, seçilen müdafî açısından -en azından kanun yoluna başvurmada- toplumsal savunma esasından ayrılmış görünmektedir.

## Toplumsal Savunmanın Niteliği:

Gerçekten de müdafî, toplum adına savunma yapmaktadır. Ceza yargılamasının getirdiği diyalektik yöntemin dışında, suç teşkil eden her olayda, toplumun belli bir sorumluluğu ve bu sebeple de savunma ihtiyacı bulunmaktadır. Müdafî, işte bu ihtiyaca da cevap vermektedir. Suçun ortaya çıkmasına sebebiyet veren toplumsal koşullar; eğitimsizlik, gelir dağılımı bozukluğu, işsizlik, kapalı toplulukların sisteme entegre edilmemiş olması vs gibi, her olayda bir yönüyle karşımıza çıkacaktır. İşte bu koşulları düzeltmeyen toplum, işlenen suçta belli bir sorumluluğa sahiptir. O halde toplumun, herhangi bir suçun işlenmemiş olduğunu savunmakta da yararı bulunmaktadır. Ya da bu suçun, bu koşullarla ilgili bulunmadığını ortaya koymak, toplum için yararlıdır. İşte bu sebeple, suçtan zarar gören toplum tarafını savcılık makamı, suçun işlenmediğini ya da bunda sorumluluğu bulunmadığını savunan toplumsal savunma makamını da müdafî doldurmaktadır. Tüm bu açıklamalar göstermektedir ki, müdafî, sanığı temsilen değil, toplum adına savunma yapmaktadır. Toplumsal savunma işlevini yerine getirmektedir. Bu sebeple bu görev, sadece Avukatlık Kanunu'nun birinci maddesinde düzenlenen kamu hizmeti niteliğinde kalmamakta, aynı zamanda bir kamu görevi olmaktadır. Bu sebeple, niteliği itibariyle kamu hizmeti sayılsa da, serbest bir meslek olarak düzenlenmiş avukatlık (1136 SY madde 1), bu istisnai durumda, bir kamu görevine dönüşmektedir. İstisnalar dışında bu görevi kabul etmek zorunludur; bu görev için, iş sahibinden ücret almak mümkün değildir; serbest piyasa kuralları bu görev için işlememektedir; kamu adına tespit edilen sınırlı bir ücret ve yine kamu tarafından ödenmektedir. İşte tüm bu farklı düzenlemeler, müdafiliğin kamu görevi olmasından kaynaklanmaktadır. Kamu görevi niteliği ise, toplum adına, toplumsal savunma yapılmasından doğmaktadır.

Peki de burada müşteki-mağdur-katılan vekilinin görevi hangi niteliği taşımaktadır? Çok açıktır ki, müşteki-mağdur-katılan, bireysel iddia makamını işgal etmektedir. Bunların vekili ise doğal olarak, bireysel iddia makamını temsil edecektir. Sanık müdafî toplumsal savunma yaparken, müşteki vekili, zorunlu olarak bireysel iddiada bulunacaktır. Çünkü toplumsal iddia makamı zaten mevcuttur; savcılık. O halde bu göreve kamu görevi niteliği izafe etmek mümkün değildir; çünkü kamu adına yapılan bir iş yoktur. Bu durumda, bireysel iddiayı temsil eden makama, kamu adına ücret ödemek ne anlama gelmektedir? Kamu adına iddiada bulunmadığına göre, atanan katılan vekili, neden bu görevi kabul etmekle yükümlü tutulmuştur? Serbest meslek olarak düzenlenen avukatlık, kamusal nitelik taşıması mümkün olmayan bir görev için, neden serbest olmaktan çıkartılmıştır? Üstelik müşteki-mağdur-katılanın yalan söyleme hakkı yoktur. Atanan vekil, müştekinin yalan söylediğini öğrenirse ne yapacaktır? Maddi gerçeği ortaya çıkarma amacına sadık kalmak için, bu gerçeği açıklayacak mıdır? Yoksa müştekinin sahip bulunmadığı yalan söyleme hakkını koruyacak mıdır? Bireysel iddia için kamu adına neden görevlendirme yapılmaktadır?

Bu düzenleme, modern toplumların kurduğu diyalektik dengiyi de bozmuştur. Artık, kamusal iddia makamı savcılık ile bireysel iddia makamı olan müştekilik-katılanlık dışında, bir de kamusal sayılan ama kamu görevi yapmayan, sadece bireysel iddiayı temsil edebilecek olan ama onun temsilcisi sayılması da zor bulunan, niteliği belirsiz bir makam daha, iddia tarafında yer almıştır. Bunun karşısında ise sadece bireysel savunma makamını işgal eden sanık ile toplumsal savunma makamını dolduran müdafî bulunmaktadır. Bir yanda üç süje, diğer yanda iki süje yer almaktadır. Bu suretle karşıt güçlerin, eşit

donanımlarla ve eşit şartlarda mücadelesi esasına dayalı diyalektik yöntem, ciddi şekilde yara almıştır.

Denilebilir ki, “müdahil vekilliği” kamu tarafından atanmış olmasa da, sistemde zaten mevcuttur. O zaman denge bozulmamaktadır da, bu düzenleme ile neden bozulsun? Burada gözden kaçmaması gereken husus şudur: Müşteki-müdahil tarafından seçilen avukat, onu temsil etmektedir; ondan bağımsızlığı, sadece meslek ilkeleri açısından söz konusudur. Oysa atanan vekil, müştekiyi temsil etmemektedir, onun temsilcisi değildir. Ondan her yönden bağımsız olmalıdır. Oysa bu görevi zaten savcılık yerine getirmektedir. Yok eğer, CMK 2/1-d hükmünde, “vekil” kavramıyla tanımlandığı ve açıkça temsilden söz edildiği de dikkate alınarak, atanan avukatın müdahili temsil ettiği kabul olunacaksa, bireysel temsile ilişkin bu görev için, hangi gerekçeyle “serbest meslek” tanımının dışına çıkılmış, bireysel temsilci, hangi sebeple, maddi durumun gerektirmediği hallerde bile, kayıtsız-koşulsuz, sınırlı bir ücretle zorunlu bir göreve atanmıştır? Tasarının maddi ve hukuksal zorlukla ilgili hükümleri, “adli yardım” esasına paralellik taşımaktaydı ve bu kabul, sosyal devlet ilkesinin gereği idi. Ama kayıtsız koşulsuz, her isteyen müştekiye vekil atanması, sosyal devlet ilkesinin dışına çıkarak, serbest meslek hakları ile yoksul yurttaşın çıkarları arasında kurulan dengeyi bozmuş, serbest meslek ilkelerini ihlal etmiş, diyalektik yargılama esasını zedelemiştir.

### **Müşteki Vekili, Hazırlık Soruşturmasındaki Dinlemede Bulunabilir mi?**

Uygulamada, hazırlık soruşturması sırasında, mağdur dinlenirken, yanında vekili de hazır bulundurulmaktadır. Oysa CMK'nın 236 maddesi uyarınca; “(1) Mağdurun tanık olarak dinlenmesi halinde, yemin hariç, **tanıklığa** ilişkin hükümler uygulanır...(2) İşlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdur, bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada **tanık olarak bir defa dinlenebilir**”. Bu düzenleme uyarınca mağdurun beyanı, tanık beyanı olarak değerlendirilebilecektir ve üstelik 2. fıkradaki koşullar mevcut ise bu sıfatla bir kez dinlenebilecektir. Bu durumda uygulamada, ileride tanık beyanı olarak değerlendirilebilecek bir ifade, vekil huzurunda alınmış olmaktadır. Pekiyi bu dinleme sırasında kimler hazır bulunmaktadır? Bireysel iddia makamı ve vekili, kamu adına soruşturmayı gerçekleştiren toplumsal iddia makamı. Buna karşın, ileride tanık beyanı olarak değerlendirilebilecek bir ifade alınırken, bireysel savunma makamı olan sanık ve toplumsal savunma makamı olan müdafî bulunmamaktadır. Bu durumda delilerin müşterekliği ve yüz yüzeği ilkelerinden uzaklaşmaktadır. Tanık beyanı olarak değerlendirilebilecek son derece önemli bir delil, tanık olarak nitelendirilebilecek mağdurun vekili huzurunda elde edilmektedir. Bu delil elde edilirken, savunma makamlarına tartışma imkânı tanınmadığı halde, müştekinin vekili hazır bulunmaktadır. Üstelik CMK'da mağdur veya müştekiye, soruşturma sırasında vekil isteme hakkı tanındığı halde (madde 234/1-a-3), vekil huzurunda dinlenme hakkı tanınmış değildir. Oysa sanıkla ilgili düzenlemede, hem müdafî atanmasını isteme hakkı, hem de müdafinin ifade alma veya sorguda hazır bulunabileceği ayrı ayrı düzenlenmiştir (madde 147/1-c). Kanun koyucu, sanık için, hem müdafî atanmasını isteme, hem de müdafinin ifade sırasında bulunma hakkını ayrı ayrı düzenlediği halde, mağdur ve müşteki açısından vekilin hazır bulunma hakkını hüküm altına almamıştır. Bu hatayla yapılmış bir düzenleme değildir; bilinçlidir. Çünkü yukarıda açıklandığı gibi, mağdur beyanı, tanık beyanı olarak değerlendirilebilecektir ve böyle bir delilin, savunma hazır olmadığı halde, beyanda bulunanın temsilcisi huzurunda elde edilmesi hukuka aykırıdır. Üstelik sanığın susma hakkı, yalan söyleme hakkı bulunduğu halde, müşteki için bu tür haklar söz konusu değildir. Diğer yandan müştekiden, baskı altında tutularak delil elde edilmesi ihtimali de yoktur. Yani yasak sorgu yöntemlerinin muhatabı müşteki değil, sanıktır. O halde, soruşturma

aşamasında müşteki dinlenirken vekilinin hazır bulunmasının teminat altına alacağı bir hak da yoktur. Kısaca, soruşturmada vekilin hazır bulunmasının ne mantıksal bir temeli mevcuttur, ne de pozitif hukukta dayanağı.

Buna rağmen, soruşturma aşamasında mağdurun ifadesi alınırken, vekilinin hazır bulundurulması, uygulamada ortaya çıkan büyük bir yanıltır.

Bu düzenlemede kanun koyucunun, vekil tayini ile ne amaçladığı sorulabilir. Mağdur ile şikâyetçinin hakları ile ilgili CMK'nın 234/1-a maddesi hükmü şöyledir:

“Soruşturma evresinde;

1. Delillerin toplanmasını isteme,
2. Soruşturmanın gizlilik ve amacını bozmamak koşuluyla Cumhuriyet savcısından belge örneği isteme,
3. Vekili yoksa, baro tarafından kendisine bir avukat görevlendirilmesini isteme,
4. 153 üncü maddeye uygun olmak koşuluyla vekili aracılığı ile soruşturma belgelerini ve elkonulan ve muhafazaya alınan eşyayı inceletme,
5. Cumhuriyet savcısının, kovuşturmaya yer olmadığı yönündeki kararına kanunda yazılı usule göre itiraz hakkını kullanma”.

İşte vekilin görevi, 3. bend dışında kalan tüm hakların kullanılmasına yardımcı olmaktır. Özellikle, 4. bendde belirtilen inceleme hakkı, müştekiye değil, sadece vekiline tanınmıştır. Müşteki için vekil atanmasının sebebi, sadece bu hakkın kullanılmasını sağlamak dahi olabilir. Kısaca, “dinleme sırasında hazır bulunmayacaksa, soruşturmada vekil atanmasının sebebi nedir?” sorusunun cevabı, CMK 234/1-a hükmündeki hakların kullanılmasını sağlamaktır.

Uygulamada ortaya çıkan bu sakıncalı durumun, kısa sürede, Yargıtay tarafından düzeltileceğini umuyorum.

---

<sup>1</sup> Prof. Nurullah KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Sayfa: 19

<sup>2</sup> Prof. Nurullah KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Sayfa: 20

<sup>3</sup> Prof. Nurullah KUNTER, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Sayfa: 21