

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINA GÖRE AVUKATLA SAVUNMA HAKKI

Av. Güney DİNÇ*

I. YARGILAMA ADALETİ VE SAVUNMA SEÇENEKLERİ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma güvenceleri, uyuşmazlıkların türlerine göre farklılıklar göstermektedir. 1. bentte hukuk ve ceza davaları birlikte ele alınmıştır. "*Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklar*" tanımı içinde değerlendirilen hukuk davalarında, davacı ya da davalı konumunda bulunmalarına bakılmaksızın uyuşmazlığın yanları, öngörülen yargılama güvencelerinden yararlandırılmaktadırlar.

Ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler ise, oldukça farklıdır. Sözleşme'nin öngördüğü koruma yöntemleri, "*bir suç isnadı altında bulunan kişilere*", yani sanıklara yöneliktir. Ceza soruşturma ve davalarında, davacılar ve davaya katılanlar, salt sanıklara özgü güvencelerin dışında bırakılmışlardır.

Sözleşme'nin tümüne egemen olan bu anlayış zaman zaman eleştirilmekte, insan hakları yöntem ve kurumlarının suç işleyenleri koruyarak toplumsal güvenliği sarstığı ileri sürülebilmektedir. Gerçekten Sözleşme, kamu gücüne karşı bireylerin korunmasını amaçlıyor. İnsanlık tarihinin geçirdiği evrelerin de ortaya koyduğu gibi kişi güvenliğinin sağlanması, demokratik toplumların başlıca varlık nedenidir. "*Sözleşme açısından demokratik toplumlarda adaletin hakkaniyete uygun olarak yerine getirilmesi yükümlülüğünün son derece belirleyici bir yeri bulunmaktadır. Bu önemi nedeniyle, 6. maddenin 1. bendinin kısıtlayıcı bir biçimde yorumlanması, Sözleşme'nin amaç ve ilkelerine uygun düşmeyecektir.*" (Delcourt/Belçika, 1970) Ülkelerin yönetim erklerinin çok uluslu ekonomik kuruluşların denetimine girdiği küreselleşme sürecinde, kamu gücünün adalet ölçütlerine uygun kullanımı daha bir güçleşmektedir.

* İzmir Barosu üyesi, İzmir Barosu önceki başkanlarından.

Gecikmeli de olsa Türkiye'nin de aralarına katıldığı hukuk devleti ölçütlerinde ileri aşamalara yönelen ülkelerde, kişi güvenliği açısından önemli kazanımlar sağlanmaktadır. Ancak bütün bu gelişmeler, kişi varlığının yerterince korunduğu anlamına gelmiyor. Hukuksal yapıdaki yetersizlikler, hiç beklenilmeyen bir zamanda bireyleri, üstesinden gelemeyecekleri suçlamaların odağında bırakabiliyor. Savunma hakkı, toplumsal konumları, ekonomik düzeyleri ne olursa olsun, herkes için çok büyük önem taşıyor.

Sözleşme'nin 6. maddesinin "Her sanık ezcümle", sözcükleriyle başlayan 3. bendinin (c) başlıklı paragrafında, savunma hakkının uygulama yöntem ve koşulları belirleniyor.

Sözleşme'ye göre, kendisine bir suçlama yöneltilen kişi: "Kendi kendisini müdafaa etmek veya kendi seçeceği bir müdafinin veya eğer bir müdafinin tayin için mali imkanlardan mahrum bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkeme tarafından tayin edilecek bir avukatın meccani yardımından istifade etmek hakkına sahiptir."

"Sanık" sözcüğü, yalnız ceza mahkemelerinde yargılananlarla sınırlı tutulmuyor. Kişinin bir suç isnadı altında bulunması, sorgulanmaya çağırılması, gözaltına alınması, tutuklanması, savunma olanaklarından yararlandırılmasını gerektiren nedenler olarak benimseniyor. Kısaca diyebiliriz ki Sözleşme, savunmanın suçlama ile birlikte başlatılmasını öngörüyor.

AIHS'nin 6. maddesi çok geniş bir uygulama alanı buldu. Maddede geçen her sözcük, her kavram, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin çok sayıdaki ilksel kararlarına dayanak oluşturdu. Mahkeme, ulusal uygulamaları değerlendirirken, özel hukuk alanındaki düzenlemelerde, üye devletlere daha geniş bir takdir hakkı tanımaktadır. Suçlama altındaki kişilerin savunma olanakları konusunda ise, uluslar üstü koruma daha katı bir denetim sergilemektedir. Çalışmamızda, Sözleşme'nin 6/3 (c) bendine koşut olarak, mahkemenin savunma hakkının kullanımı ve uygulanış koşullarına ilişkin değerlendirmelerine yer verilecektir.

1. Kişinin Kendisini Doğrudan Savunması

Savunma hakkının öznesi, suçlanan kişidir. Sanığın, savunman yardımına gerek duymaksızın doğrudan doğruya kendisini savunabilmesi, onun en doğal hakkıdır.

Kişinin, savunma seçeneklerini değerlendirebilmesi için, öncelikle kendisine yönelik suçlamanın varlığını, hakkında bir ceza davası açıldığını bilmesi gerekir. Sanığın, yargılamanın içeriği ve duruşma günü konularında bilgilendirilmesi, davayı görecek olan mahkemenin sorumluluğu altındadır.

AIHM, savunma hakkının yerel mahkemelerce etkili bir biçimde kullandırılıp kullandırılmadığını denetlemektedir. Örneğin; İtalya'da tutuklu olarak yargılanan bir sanık, kanıt yetersizliği gerekçesiyle yerel mahkemece aklanıp salıverilmişti. Yargıtay bu kararı bozdu. Yeniden başlayan yargılamaya sanığın katılmadığı görüldü. Duruşmaya gelen avukatı, sanığın Hollanda'da işlediği başka bir suç nedeniyle tutuklandığı için, İtalya'daki davada bulunamadığını bildirdi. Avukatının katıldığı dava, özrünü belgeleyemeyen sanığın yokluğunda yirmi dört yıl hapis cezasına mahkumiyeti ile sonuçlandı. Avukat, sanığın Hollanda'da olduğuna ilişkin belgeyi, ancak davanın karara bağlanmasından kısa bir süre sonra mahkemeye verebildi.

AIHM, başvurucunun yokluğunda yargılanıp mahkum edildiği bu olayda, İtalyan Mahkemesi'nin tutumunun, adil yargılanma hakkının demokratik bir toplumdaki önemiyle açıkça çeliştiği ve orantısız olduğu görüşüne vardı. Sözleşme'nin 6. maddesiyle güvence altına alınan hakları etkili bir biçimde kullandırmakla yükümlü bulunan devletin, mahkemeye gelmeme nedenini belgeyle kanıtlayamayan davacıyı yokluğunda yargılayıp mahkum etmesini, kendisinden beklenen özenle bağdaşır nitelikte bulunmadı, "*sanığın bizzat savunma olanağından yoksun bırakılması*" nedeniyle Sözleşme'nin ihlal edildiğine karar verdi. (F. C. B. / İtalya, 1991)

Bir başka olayda kendisi de avukat olan ve birlikte çalıştıkları meslektaşını öldürmekle suçlanan sanık, çeşitli aşamalardan geçen dava sonucunda jüri tarafından suçlu bulunmuş, Ağır Ceza Mahkemesi'nce, infazın akıl hastalarına ayrılan bir kurumda gerçekleşmesi koşuluyla yirmi yıl hapis cezasına mahkum edilmişti. Kararı temyiz eden sanığın Yüksek Mahkeme'deki duruşmaya katılma istemi kabul edilmedi. Mahkemece atanan avukatının izlediği yargılama sonucunda Yüksek Mahkeme, "*mali yolsuzlukları nedeniyle ortağını öldüren sanığı*" suçlu buldu ve cezasını arttırarak, genel cezaevlerinde uygulanmak üzere yaşam boyu hapse mahkum etti.

AIHM, Sözleşme'nin 6. maddesinin, üst mahkemede yargılamanın her koşulda duruşmalı olarak yüz yüze yürütülmesini zorunlu kılmadığını, Yargıtay'daki duruşmada sanığın avukatı tarafından temsil edilmesi nedeniyle yargılamanın yokluğunda yürütülmesini kendisini bizzat savunma hakkı bakımından Sözleşme'ye aykırı bulmadı. Ancak başvurucunun, cezaya itirazı üzerine, hapis cezasının yirmi yıldan yaşam boyu hapse dönüştürülmesi, infazın bir tedavi kuruluşunda sürdürülmesi yerine genel cezaevinde uygulanması sanık açısından yaşamsal düzeyde büyük önem taşıdığından, sanığın suç sırasındaki ehliyetinin, suç işleme kastının değerlendirildiği bu aşamada Yüksek Mahkeme'nin bu olasılıkları da gözeterik, duruşmaya çıkarılması için talepte bulunmasa bile, başvurucunun, avuka-

tının yanında duruşmaya katılmasına olanak sağlanmamasını, kendisini bizzat savunma hakkı bakımından, adil yargılanma ilkelerine aykırı buldu (Kremzow/Avusturya, 1993).

Sanığın, özellikle tanıkların dinlendiği, nesnel kanıtların tartışıldığı duruşmalara katılımı önem taşımaktadır. İstinaf yoluyla yürütülen yargılamanın davanın baştan görülmesini, tarafların ve tanıkların yeniden dinlenilmesini gerektirdiği durumlarda, sanık da, etkili bir biçimde bu süreç içerisinde yer alabilmelidir. Yargılamanın türüne göre, Yüksek Mahkeme önünde de duygu ve tepkilerinin yargıçlarca incelenmesinin önem taşıdığı koşullarda, sanığa, kendini doğrudan savunma olanağı sağlanmaması, Sözleşme ihlali olarak değerlendirildi.

Sanık, duruşmaya katılmak için üzerine düşenleri yerine getirmeyerek bu hakkından vazgeçebilir. Ancak davayı gören mahkeme, sanığın gerçek arzusunu ve duruşmalarda bulunmama kararlılığını araştırıp kesin bir biçimde saptamalıdır. Vazgeçmenin kuşkuya yer vermeyecek kadar kesin ve açık olması, kamu yararına aykırı düşmemesi gerekir (Colozza/İtalya, 1986).

Yalnız hukuksal konuların ve sonuçlarının tartışıldığı üst mahkemelerdeki duruşmalara sanığın katılımı zorunluluk taşımamaktadır. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi, olayın özel koşulları nedeniyle, suç sırasındaki kişiliğine ve akli durumuna göre suç nedeninin araştırıldığı aşamalarda, sanığa, üst mahkemedeki yargılamada, avukatının yanında duruşmaya çıkma ve kendisini savunma olanağının verilmemesi, Sözleşme'yle bağdaşmaz bulunmaktadır.

2. Sanığın, Kendi Seçtiği Avukat Eliyle Savunmasını Yürütmesi

Ceza yargılaması, birbirini bütünleyen başlıca iki işlevden oluşmaktadır. Birinci aşama olan nesnel çözümde, suçlama konusu olayların ve kişilerin bu olaylar içerisindeki konumlarının aydınlatılması gerekmektedir. Suç, nesnel ve toplumsal bir olaydır. Sanığın suç olgusuna yaklaşımı ise öznelidir.

Yargılamanın ikinci aşaması, gerçekleştiği benimsenen olayların hukuksal sonuçlarının değerlendirilmesidir. Bu aşamada hukuk bilgi ve deneyimi öne çıkmaktadır.

Sanığın suçlama karşısındaki öznel konumuyla birlikte hukuk bilgisinin yetersizliği nedeniyle, demokratik toplumların güvenliği için son derece önem taşıyan savunma hakkının salt kişisel çabalarla yürütülemeyeceği

görölmüştür. Sanığın mahkeme önünde avukat yardımıyla savunulması, toplumsal bir zorunluluk olarak doğmuştur.

Olağan işleyiş, yargılanan kişinin ücretini ödeyerek kendisine bir avukat atamasıdır. Böyle durumlarda sanık, avukatını seçme hakkına sahip olacaktır.

Sanığın bir avukat edinmemesi ya da yetki tanıdığı avukatın görevini yapmaması durumunda, koşulları oluşmuşsa kamusal koruma gündeme gelebilmektedir.

Sanığın seçtiği avukat ile, mahkemece görevlendirilen avukatın çalışma koşulları arasında önemli bir fark bulunmamaktadır. Bu açıdan AİHM'nin avukat edinme hakkıyla ilgili kararları iç içe geçebilmektedir. Temel amaç, kişinin savunmasız bırakılmamasıdır. Ancak sanığın görevlendirdiği bir avukat varsa, kamu gücü bu seçime saygılı olmak durumundadır. Kendi avukatını seçen sanık, onun çalışmasını izlemek, gerektiğinde bu konulardaki uyuşmazlıkları çözecek ulusal organlara yakınmalarını bildirmek durumundadır

İtalya'da görölen bir ceza davasının sanığı, üst mahkemede duruşma öncesinde bir başka suçtan tutuklanarak cezaevine konulmuştu. Tutuklu sanığa ve avukatına mahkemece duruşma günü bildirilmedi.

Sanığın cezaevinde tutuklu bulunduğunu bilmeyen üst mahkeme, yargılamanın sanığın ve avukatının yokluğunda sürdürülmesinin hukuka aykırı olacağını düşündü. Bu sakıncanın giderilmesi amacıyla, üst mahkeme duruşma öncesinde hemen sanığa bir avukat atadı. Yeni avukatın katılımıyla gerçekleşen duruşmadan sonra üst mahkeme sanığın cezasını ağırlaştırıran bir karar verdi.

AİHM bu olayda, sanığın seçtiği avukatına duruşma gününün bildirilmemesini ve etkili bir savunma yapmayan yeni avukatla yargılamanın sonuçlandırılmasını "*avukatla savunma hakkının ihlali*" olarak niteledi (Goddi/İtalya, 1984). Bu kararla birlikte, mahkemece görevlendirilen avukatın başarı düzeyi, AİHM'nin denetim alanına çekilmiş oluyordu.

Fransa'da ortak yaşamlarından doğan çocuklarını Türkiye'ye götüren sanığın mahkeme kararına rağmen çocukları geri vermemesi üzerine eşinin istemiyle hakkında ceza davası açıldı. Yargılamadan ayırık tutulma istemi mahkemece de uygun görölen ve kendi seçtiği iki avukat eliyle savunulan sanığın, yargılama sonucunda bir yıl hapis cezasına çarptırılmasına ve tutuklanmasına karar verildi.

Sanık avukatları ve savcı, bu karara karşı üst mahkemeye başvurdu- lar. Üst mahkemede duruşmaya sanık gelmedi. Avukatları, savunmayı

kendilerinin yürüteceklerini ve bu nedenle yargılamanın sanığın yokluğunda sürdürülmesini istediler. Üst mahkeme bu istemi yerinde bulmadı ve duruşmaya katılması için bir kez daha sanığa davetiye çıkardı. Sanığın belirlenen günde de duruşmaya gelmemekte direnmesi üzerine, avukatları eliyle temsil olanağını da tanımayarak itirazının reddine ve yerel mahkeme kararının onanmasına karar verdi.

Sanığın Yargıtay'a yaptığı başvuruda, "*...hakkında tutuklama kararı bulunan ve duruşmaya gelmeyen kişinin avukatı eliyle temsil edilemeyeceği,*" gerekçesiyle reddedildi.

Bu olayda Fransız Mahkemeleri'nin savunma hakkını bir tür baskı aracı gibi kullandıkları görülmektedir. Sanık iki seçenektan birini benimsemek zorunda bırakılmıştır. Ya avukatları eliyle de olsa, savunma yapabilmek için Fransa'ya gelecek ve böylece tutuklama kararı uygulamaya konulacak, ya da tutuklanmamak için duruşmaya katılmayacak, ancak bunun karşılığında savunma olanaklarından büsbütün yoksun bırakılacak.

AİHM, adil yargılanma hakkının önemli bir boyutu olan yargılamada temsil olanağının, sanığın kendisini daha sonra dinleyecek mahkeme tarafından nesnel ve hukuksal konular üzerinde yeniden karar verilebilmesi koşuluyla, ilk derece mahkemesinde yokluğunda yargılanmasının kural olarak Sözleşme'ye aykırı düşmediğini belirtti. Mahkeme, savunma hakkından feragati iki ölçütü ilişkilendirdi. Koşulsuz olması ve sanık haklarının güvence altında bulundurulması durumunda, savunmadan feragatin kabul olunabileceğini belirtti. Dava konusu olayda ise, başvuruçunun birinci ve ikinci düzeydeki yargılamalara katılmayacağını, ancak avukatla temsil edilmek istediğini açıkça bildirmesi karşısında, duruşmada bulunmamasının temel bir hak olan avukatla temsil olanağını ortadan kaldırmadığı benimsendi. Bir ceza davasına, sanığın katılımı gerçeğin aydınlanması açısından büyük önem taşımakla birlikte, duruşmaya gelmeyen sanığa avukatı eliyle hukuksal temsil olanağının verilmemesi, savunma hakkının demokratik toplumlardaki önemi ve hukukun üstünlüğü ilkesi karşısında orantısız bulunduğundan, avukatla savunma hakkı yönünden adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verdi (Poitrimol/Fransa, 1993).

Hollanda'da benzer bir olayda, başka bir suçtan mahkum edildiği para cezasını ödeyemediği için tutuklanıp cezaevine gönderilme olasılığı bulunan sanık, işlediği ikinci bir suç nedeniyle açılan ceza davasının duruşmasına katılmadı. Mahkeme, yokluğunda yargıladığı sanığın atılı suçu işlediği görüşüyle cezalandırılmasına karar verdi.

Sanık, bu karara karşı avukatı aracılığıyla itiraz etti. Üst mahkemedeki duruşmalara katılan avukat, önceki para cezası nedeniyle tutuklanmaktan

korktuğu için gelemeyen sanığı kendisinin savunacağını bildirdi. Üst mahkeme, yürürlükteki yöntem kurallarına dayanarak duruşmaya gelmeyen sanığı avukatının temsil etmesine ve savunma yapmasına izin vermedi.

Kararın temyiz edilmesi üzerine Yargıtay, üst mahkemenin duruşma tutanağında sanığın gelmeyeceğini bildiren avukatının savunma yapmak için herhangi bir talebinin bulunmadığının da yazılı olması nedeniyle itirazlarını reddetti.

AİHM “...geçerli bir özürlü olmasa bile duruşmaya gelmeyen sanığın avukatı aracılığıyla savunma yapmaktan yoksun bırakılmayacağını...” belirtti. Duruşmaya gelen avukatın, sanık adına savunma yapmak istediğini mahkemeye bildirmediği yolundaki hükümetin görüşlerini tartışırken, şu değerlendirmelerde bulundu: “...suç isnadı altında bırakılan herkesin bir avukatın yardımından yararlanma hakkı vardır... Hollanda hukukunda olduğu gibi üst mahkemedeki yargılamaya katılmayan sanığın, yokluğunda verilen karara itiraz olanağının tanınmadığı durumlarda, bu ilke daha büyük önem taşımaktadır. Avukatla savunma hakkının kuramsal olmaktan çıkarılıp pratikte uygulanabilir ve etkili olabilmesi için, söz konusu hakkın gereksiz biçimsel koşullarla sınırlandırılmaması gerekir. Yargılama adaletini gerçekleştirmek mahkemelerin görevidir. Sanığın katılmadığı duruşmaya onu savunmak amacıyla gelen avukatına savunma olanağının verilmemesi, avukatla savunma hakkı bakımından adil yargılanma hakkının ihlalidir.” (Lala/Hollanda, 1994)

Hollanda da suç işleme kastı olmaksızın eroin satmaktan yargılanıp mahkum edilen Moritanya’lı sanık, cezası kesinleşmeden sınır dışı edilince, üst mahkemedeki duruşmalara katılamadı. Sanık adına gelen avukatın, müvekkilinin gelememe nedenini açıklayıp savunma yapmak istediğini bildirmesine karşın, kendisine bu olanak tanınmadı. Mahkeme izin vermediği için sanık avukatı tanıklara soru sormadı, savunma yapamadı. Karar sanık aleyhine bozuldu. İkinci kez yinelenen yargılamada, avukata vekaletnamesi olmadığı için söz hakkı tanınmadı. Sonuçta cezası arttırılan sanık, ülkeye kasten uyuşturucu sokmaktan mahkum edildi.

AİHM bu olayda da Lala/Hollanda davasındaki gerekçelerle avukatla savunma hakkı bakımından adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verdi. (Pelladoah/Hollanda, 1994)

Yargıca hakaret ettiği suçlaması ile ceza mahkemesinde yedi yıl dört ay yargılandıktan sonra suçsuz olduğu anlaşılıp aklanmış sanığın başvurusu nedeniyle AİHM, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini kararlaştırdı. Bu kararda ayrıca davanın Yargıtay’da görülmesi sırasında avukatla temsil edilme hakkının tanınmış olmasına karşın başvurucuya bu hakkın kullandırılmaması avukatla savunma hakkının ihlali olarak değerlendirildi. (Alimana/İtalya, 1991)

3. Sanığa Devlet Eliyle Avukat Atanması

Sözleşme'nin 6. maddesinin 3 (c) bendinde düzenlenen bir diğer olasılık ise, akçalı olanakları avukat edinmeye elvermeyen sanığın, "*...adaletin selameti gerektiriyor ise, mahkeme tarafından tayin edilecek bir avukatın meccani (ücretsiz) yardımından...*" yararlandırılmasıdır.

Sözcüklerin açılımına göre, sanığın bu haktan yararlandırılması için, birbirini bütünleyen üç koşulun birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.

- Sanığın, kendi atadığı bir avukatı olmayacaktır.
- Avukat edinmek için ödemesi gereken akçalı olanaklardan yoksun bulunacaktır.
- Yargılama adaletinin gerçekleşmesi için, sanığın bir avukatın ücretsiz yardımından yararlandırılması gerekecektir.

Zaman içerisinde gelişen uygulamalarda, AİHM'nin özellikle üçüncü koşulu öne çıkardığını görmekteyiz. Kişinin ücretini ödeyerek avukat edindiği durumlarda bile, olayın koşullarına göre yeni avukat atanması istemi haklı görülebilmektedir. Sanığın akçalı olanaklarının yetersizliği, mutlak yoksulluk olarak algılanmamaktadır. Yargılandığı dava için geçerli olan avukatlık ücretinin ödenmesi kendisinin ve ailesinin yaşam koşullarında önemli gerilemelere neden olarsa, bu durum ekonomik yetersizlik olarak değerlendirilebilmektedir.

Sanığın akçalı olanakları konusunda çok ayrıntılı incelemeye girmeyen mahkeme, avukat eliyle yürütülen savunmanın önemi üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Maddede geçen "*adaletin selameti*" sözcükleri, doğru ve dürüst yargılama anlamına gelmektedir. Yargılamanın ulusal ve uluslar üstü ölçütlere uygun yürütülmesi, sonuçta dengeli bir karar verilmesi, sanığın avukat eliyle savunma olanağından yoksun bırakılmasına haklılık kazandırmayacaktır. Adaletli bir yargılamanın varlığı, ancak avukatın etkin katılımı ile sağlanabilir. Konuya bu açıdan yaklaşan mahkeme, avukatla savunma hakkından açık ve kesin olarak feragat etmeyen sanığa, doğru yargılamanın gereği olarak, ücreti kamu tarafından ödenen bir avukatın atanmasını zorunlu görmektedir. Bütün bu koşulları bir araya getirdiğimiz zaman, Sözleşme'nin 6-3 (c) maddesindeki düzenlemeyi, "*sanığı avukatsız bırakmama yükümlülüğü*" olarak ta adlandırmak olanaklıdır.

Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerde, karakol mahkemeleri, yerel mahkemeler, birinci derece mahkemeler, üst mahkemeler (İstinaf), Yargıtay gibi yargı birimlerinin aşamalandırılmaları farklılıklar gösterebilmektedir.

Disiplin kurulları, şartla tahliye komisyonları gibi, yargısal içerikli kararlar veren kurum ve kuruluşlar bulunmaktadır. Sözleşme'nin "mahkeme" tanımına giren bütün bu birimlerde, davanın kanıtlarının sunulduğu, tanıkların dinlendiği veya elde edilen nesnel bulguların hukuksal sonuçlarının tartışıldığı yüz yüze yargılamanın her aşamasında, avukatla savunulma hakkının kullanılabilmesi gerekmektedir. Devletlerin bu yükümlülüğü, adil yargılanma hakkının zorunlu bir koşuludur (Campbell ve Fell/İngiltere, 1984).

Devlet adına avukat görevlendirme yükümlülüğü, Türkiye'de de olduğu gibi, genellikle barolar eliyle yürütülmektedir. Mahkeme önünde sanığın avukatla savunma hakkının gerçekleştirilmesi ise, Sözleşme'ye göre davaya bakan mahkemenin sorumluluğu altındadır.

Ücretsiz hukuk yardımından yararlanan kişilerin, birlikte çalışacakları avukatları konusundaki seçimleri olanaklar ölçüsünde ilgili organlarca göz önünde bulundurulacaktır. Ancak bu hak mutlak değildir. Adil yargılamanın gereği olarak yeterli nedenlerin varlığı durumunda, kamusal organlarca sanığın isteğine aykırı düşen avukat atamaları da yapılabilecektir. Bu tür görevlendirmeler Sözleşme'ye aykırı bulunmamaktadır (Croissant/Almanya, 1992).

Bir tesisatçının yanında çalışırken uyuşturucu madde kullanmaktan yargılanan sanığın birinci derece mahkemesinde ve Yargıtay'daki yargılanması sırasında kendisine ücreti devletçe ödenecek bir avukatın atanması istemi her iki aşamada da reddedilmiştir. Yargılama sonucunda altı ay hapis cezasına mahkum edilen sanığın cezası ertelenmiştir. Yargıtay kararı onamıştır.

AİHM'ye göre, "...ceza mahkemesinde yargılanan sanığın bazı koşullarda ücretsiz hukuk yardımı alması, adil yargılanma kavramının bir gereğidir. (c) bendindeki ücretsiz hukuk yardımından yararlanmanın birinci koşulu, sanığın avukata ödeme yapma olanağının bulunmaması, ikincisi, adaletin yararının avukatla savunmayı gerektirmesidir. Olayda, başvuruçunun avukata ödeme yapacak ekonomik koşullardan yoksun bulunduğu itiraz edilmemiştir.

Konunun, adaletin yararı açısından değerlendirilmesinde ise, öncelikle sanığa atılı suçun önemi ve alabileceği cezanın ağırlığı, ikinci olarak davanın hukuksal açıdan karmaşıklığı, üçüncü etken olarak da sanığın kişisel durumu ele alınmalıdır.

Olayda uyuşturucu kaçakçılığı suçlaması altında bulundurulmuş sanığa üç yıla kadar hapis cezası verilme olasılığının bulunması, ücretsiz hukuk yardımından yararlandırılmasını gerektirmektedir. Davadaki olaylar açısından özel zorluklar bulunmamakla birlikte, daha önce benzer suçlardan mahkum edilen sanığın deneme süresi içerisinde yeni bir suç işlemesi nedeniyle farklı yaptırım ve önlemlerle

karşılaşma olasılığının bulunması, avukat eliyle savunmanın önemini arttırmaktadır. Başvurucunun yabancı kökenli oluşu, yoksul bir çevreden gelmesi, ciddi bir mesleki eğitim almaması, çok kabarık bir suç dosyasının bulunması, 1975-1983 yılları arasında her gün uyuşturucu kullanması gibi kişisel özellikleri nedeniyle, yargılama aşamalarında kendisini savunabilecek durumda bulunmamaktadır. Bu koşullarda sanığın önce sorgu yargı, ardından ceza mahkemesi önünde avukatsız bırakılması nedeniyle oluşan sözleşme ihlali, bu aşamaları izleyen Yargıtay ve Federal Mahkeme önünde de giderilememiştir. Böylece ücretsiz avukat yardım sağlanmaması nedeniyle, sanığın savunma hakkı ihlal edilmiş olmaktadır." (Quaranta/İsviçre, 1991).

Kamu adına görevlendirilecek avukatın Goddi/İtalya kararındaki gibi mesleki deneyiminin öne çıktığı durumlar da olabilmektedir. "...Sanığın yargılandığı davaya uygun düşen savları sunabilecek düzeyde hukuk bilgisinin bulunmadığı gözetilerek, ancak deneyimli bir avukatın böyle bir davayı üstlenip gereken hazırlıkları yapması durumunda adil yargılanma koşulları gerçekleşmiş olacağından,..." sanığa Yargıtay aşamasında avukat atanmaması, sözleşme ihlali olarak değerlendirildi (Pham Hoang/Fransa 1992).

Sanığın ilk derece mahkemesinde avukat eliyle savunulması, yargılamanın sonraki aşamalarında avukatsız bırakılmasına haklılık kazandırmayacaktır.

Federal Almanya'da yaşadığı sırada ikinci kez narkotik suçu işlemekten yargılanan TC uyruklu Lütfi Pakelli'ye savunmasını yürütmek amacıyla yerel ceza mahkemesince bir avukat atanmıştı. İki yıl üç ay hapis cezasına mahkum edilen Pakelli, salıverildikten sonra Türkiye'ye dönmüştü. Kararı temyiz eden sanık avukatı, ücretsiz yardım olanağının Yargıtay aşamasında da sürdürülmesini istedi. Sırasıyla Federal Savcılık, Yargıtay 1. Ceza Dairesi Başkanı ve Alman Anayasa Mahkemesi "...tutuksuz sanığa Yargıtay'daki duruşması sırasında avukat görevlendirme zorunluluğu bulunmaması, sanığın duruşmaya katılmasına bir engel olmadığı gibi, isterse kendisini, ücretini ödeyeceği bir avukat eliyle temsil ettirebileceği, Türkiye'de yaşamakta oluşunun yasal koşulları değiştirmedeği..." gerekçeleriyle ücretsiz avukat istemini reddettiler. Yargıtay 1. Ceza Dairesi, sanığın ve avukatının yokluğunda gerçekleşen duruşma sonucunda, Başsavcılık talepleri doğrultusunda Pakelli'nin mahkumiyet kararını onadı.

AIHM'ye göre, "...bu dava, Federal Mahkeme'nin duruşma açılmasına gereksinim duyduğu ender uyuşmazlıklardan birisidir. Temyiz edilen ceza davalarının ancak yüzde onunda duruşma açılmaktadır. Pakelli'nin temyiz nedenlerinin önemi, Federal Mahkeme'yi sözel yargılama yöntemini benimsemeye zorlamıştır. Nitekim Federal Savcılık sanığın temyiz dilekçesinde ileri sürülen savları daha başlangıçta hukuksal dayanaktan yoksun görmemiş, araştırmaya değer bulmuştur. Bu durum

dava konusu, olayda duruşmanın önem taşıdığına ortaya koymaktadır. Adaletli bir yargılamanın gerçekleştirilebilmesi için, duruşma sırasında suçlama ile savunmanın eşit koşullarda ve birlikte temsil edilmeleri gerekmektedir.

Sanık, on dokuz noktada topladığı temyiz itirazlarının tümünü yöntemsel yanlışlıklara dayandırmıştır. Federal Mahkeme sanığın savunmalarını birer birer incelemiş ve yerinde görmediği eleştirileri gerekçelerini de açıklayarak reddetmiştir. Ancak bu duruşmada sanık avukatı da yer alıp tartışma açılabilse idi, dilekçesinde ileri sürdüğü savları geliştirip ayrıntılara inerek başvurusunun gerekçelerini sözlü olarak açıklama olanağına kavuşabilecekti. Örneğin; raportör yargıcın değerlendirmeleri hakkındaki yorum ve yanıtlarını sunabilecekti..."

AIHM, sanığın temyiz gerekçelerinin özellikle yöntemsel konularda yoğunlaştığını gözeterek, hukuk tekniğinin ayrıntılarına inilmesini gerektiren böyle bir savunmanın ancak uzmanlar eliyle yürütülebileceğini belirttiikten sonra, "sanığın duruşmada hazır olmasının, avukatının yokluğu ile oluşan boşlukları kapatmaya yeterli gelmeyeceğini..." vurguladı.

Avukatla temsil olanağını silahların eşitliği ilkesi açısından da değerlendiren Mahkeme, "Federal Mahkeme'nin duruşma açmasına karşın sanığa savunma avukatı atanmamasını davanın sonucunu etkileyen önemli bir eksiklik..." olarak niteledi ve olayda, Sözleşmenin 6/3 (c) maddesinin ihlal edildiğine karar verdi. (Pakelli/Almanya, 1983)

Kamusal organlar, üst mahkemeden olumlu sonuç alınamayacağı görüşü ile ücretsiz hukuk yardımını sonlandırabilirler mi? Bu konuda İngiltere'deki uygulamalardan kaynaklanan ve birbirini bütünleyen üç örnek bulunuyor.

İlk derece yargılamada ücretsiz avukat sağlanan sanık, yalancı tanıklık yaptığı gerekçesi ile beş yıl hapis cezasına çarptırıldı. Bu cezaya karşı üst mahkemeye yaptığı itirazında, "başarı olasılığı bulunmadığı..." görüşü ile adli yardımdan yararlandırılmadı. Üst mahkemedeki duruşmaya avukatsız katılan sanığın itirazları reddedildi.

AIHM, "...adil yargılanma koşullarının davanın bütünlüğü içerisinde ele alınması gerektiğini..." belirterek, "üst mahkemede veya Yargıtay da adli yardım isteminin reddi durumunda, İngiliz hukukunda ulusal mahkemelerin bu konuyu yeniden değerlendirmelerini sağlayacak yöntemlerin bulunmamasını Sözleşme ihlaline neden olan..." önemli bir eksiklik olarak niteledi. (Granger/İngiltere, 1990)

Birinci derece yargılamada mahkum olan sanıklara ücretsiz hukuk yardımının sürdürülebilmesi için, İskoç Adli Yardım Kurulu, üst mahkemeye yapılacak itirazların başarı olasılığı konusunda, sanık avukatlarından görüş

istemektedir. Kurul, itiraz sonucunda başarı sağlanacağına ilişkin yasal nedenlerin varlığına inandırılmamışsa, ücretsiz avukat verilmemektedir. 1994 yılında karara bağladığı iki ayrı olayda AİHM, bu işleyişi değerlendirdi: *“AİHM'nin görevi, sözleşmeciler devletlerin itiraz yöntemlerinde 6. maddenin öngördüğü koşullara uyumu sağlamak için ulusal organların alacakları önlemlerin neler olduğunu belirlemek değildir. Mahkeme, ulusal uygulamaların Sözleşme'nin 6. maddesine uygun olup olmadığını değerlendirmek durumundadır. Ağır bir cezaya mahkum edilen başvurucuya en yüksek itiraz organı önündeki savunmasında hukuk yardımı sağlanmayarak yalnız bırakılması, 6. maddeye uygun düşmemektedir. Yargılamanın niteliği ve yüksek mahkemenin üstün yetkileri karşısında avukat desteğinden yoksun bırakılan sanığın hukuksal konulardaki yetersizliği nedeniyle, olayda, adaletli bir yargılama gerçekleştirilememiştir.”* (Bonar/İngiltere, 1994) ve (Maxwell/İngiltere 1994).

Görülüyor ki, her üç kararda da AİHM, ön süzgeçten geçirilen ve olumsuz sonuçlanacağı görüşü ağırlık kazanan olaylarda da, üst mahkemeye yapılacak başvurularda hukuksal yardım verilmeyerek sanıkların yalnız bırakılmalarını Sözleşme'ye aykırı bulmaktadır.

Yargılama sürecinde sanığa sağlanan çevirmen ve avukat yardımları nedeniyle devletçe yapılan ödemelerin, daha sonra suçlu bulunup cezası kesinleşen hükümlüden diğer yargılama giderleri ile birlikte geri alınıp alınmayacağı konusu, AİHM'yi uzun yıllar uğraştırmıştır.

Sözleşme'nin 6. maddesinin 3/e bendine göre: *“Her sanık... Duruşmada kullanılan dili anlamadığı takdirde, bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak hakkına sahiptir.”*

Bu tür uyumsuzluklar, özellikle çok sayıda yabancı işçi çalıştıran F. Almanya'da yoğunlaşmıştı. Tek bir dava için önemsiz gibi görünen çevirmen giderleri, hukuk yardımı sigortası sağlayan şirketler için büyük ödemelere neden olduğundan konu AİHM'ye kadar götürülmüştü.

Sigorta şirketlerinin görüşlerine koşut olarak Alman mahkemeleri de Sözleşme'nin 6/3 (e) bendinin, sanıkların çevirmen ücretini peşin ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldırdığı, sonradan suçlu bulunanların yargılama giderleri arasında yer alan çevirmen ücretlerini ödemeleri gerektiği yolunda kararlar veriyorlardı.

AİHM, (Luedicke, Belkacem ve Koç/Almanya, 1980 ve Öztürk/Almanya, 1984) davaları sonucunda, yargılama sırasında veya mahkumiyet kararının kesinleşmesi nedeniyle, çevirmen giderlerinin hiçbir koşulda sanıklardan alınmayacağını kararlaştırdı. Aksi yöndeki uygulamaların, adil yargılanma güvenceleri ile birlikte, Sözleşme'nin 14. maddesindeki *“eşitlik”* ilkesine de aykırı düştüğünü vurguladı.

Ücretsiz hukuk yardımı konusunda ise, mahkeme, farklı bir yorum geliştirdi. Kızıl Tugaylar adlı terör örgütü üyelerinin savunmanlığını yürütürken, örgütsel suçlara da karıştığı ileri sürülen sanık, ücretleri devletçe ödenen üç avukat tarafından savunuldu. Yargılama sonucunda iki buçuk yıl hapis ve dört yıl avukatlıktan men cezalarına çarptırılan sanığın, mahkemece atanan avukatların ücretlerini de geri ödemesi kararlaştırıldı.

Bu konuda AİHM, 6. maddenin 3. fıkrasının (c) bendindeki ücretsiz hukuk yardımının yalnız sanığın avukata ödeme yapabilecek yeterli olanaklarının bulunmadığı koşullarda uygulanabileceğini, Alman hukuku açısından yargılama sırasında böyle bir sorun çıkmadığına göre, sanığın mahkum edilmesinden sonra yargılama giderleri arasında hukuk yardımı vermek amacıyla görevlendirilen avukatların ücretleri ile de yükümlü kılınmasının Sözleşme'ye aykırılık oluşturmadığına karar verdi (Croissant/Almanya. 1992).

II. SAVUNMAN SORUMLULUĞU'NUN KAMUSAL DENETİMİ

Sanığın avukatsız bırakılmaması temel ilke olarak benimsenince, uygulamada bu işlevin ne oranda gerçekleştiği de önem kazanmaktadır. Sanığın avukat gereksinimini, soruşturma ve yargılama süreçlerinin bütünlüğü içerisinde değerlendirmek gerekiyor. *“Adil yargılanma ilkeleri başlangıçtaki yanlış uygulamalar nedeniyle ciddi biçimde göz ardı edilmişse, yargılama öncesi evreler de Sözleşmenin 6. maddesi kapsamında değerlendirilecektir.”* (Imbrioscia/İsviçre, 1993)

Mahkemeler ulusal yasalarla ayrıca ilişkilendirilmemişlerse, bir sanığın avukat gereksinimini, ancak dava önlerine geldiği zaman öğrenebilirler. Yargılama öncesi aşamalarda sanığın işkence görmesi, haksız yakalanıp gözaltına alınması gibi, avukatsız bırakılması da davanın bütününe Sözleşme'ye aykırı duruma düşürebilmektedir. Bu nedenle devletler, sanığa ilk suçlamanın yöneltildiği aşamadan başlayarak avukat görevlendirme yöntemlerini oluşturmakla yükümlüdürler.

Savunmasız sanığa bir avukat atanması ile sorun çözülmüş olmamaktadır. Avukatın görevini etkili bir biçimde yürütüp yürütmediğinin de değerlendirilmesi gerekmektedir.

İtalya'da, dolandırıcılık ve karşılıksız çek suçlarından yargılanan sanık, mahkemede kendi seçtiği avukatı eliyle temsil edilmişti. Mahkeme, sanığı suçlu buldu ve cezalandırılmasına karar verdi. Kararı temyiz eden sanık, kendisine ücretsiz hukuk yardımı sağlanmasını istedi. Yargıtay Ceza Dairesi Başkanı tarafından görevlendirilen avukat sanıkla görüşmeye gitmediği

gibi, tatil dönüşü öğrendiği bu atamayı işlerinin çokluğu nedeniyle kabul edemeyeceğini bir mektupla bildirdi. Sanığın uyarısı üzerine avukat, Yargıtay Ceza Dairesi Başkanı'na da dilekçe vererek, sağlık koşullarının elverişsizliği nedeniyle, sanığın savunmasını üstlenemeyeceğini duyurdu.

Sanık, Yargıtay'a yaptığı çeşitli başvurularda görevi kabul etmeyen avukat hakkında ceza ve disiplin soruşturmaları açılmasıyla birlikte kendisine başka bir savunman verilmesini istemesine karşın, olumlu bir sonuç alamadı.

Yargıtay Ceza Dairesi Başkanı'na göre, görevlendirdiği avukat Yargıtay'daki duruşmaya girmek zorunda idi. Bu konuda yapabileceği başkaca bir işlem yoktu. Ulusal yasalara göre atanan avukat görevini yapmazsa, sanık, tazminat davası açabilir, hatta soruşturma talebinde de bulunabilirdi. Böylesine sonuçsuz yazışmaların ardından gelen duruşmaya, atanan avukat katılmadı. Yargıtay, bazı suçların zamanaşımı nedeniyle düşmesini kararlaştırdığı duruşmada, sanığın diğer bütün temyiz itirazlarını reddetti.

AIHM'ye "...göre, Sözleşme, hakları teorik veya hayali olarak değil, fakat pratik ve etkili bir biçimde güvence altına almayı amaçlamıştır. Bu durum, demokratik bir toplumda öncelikli olarak yer verilen adil yargılanma hakkının kapsamındaki savunma hakları bakımından özellikle geçerlidir... Sözleşme'nin 6/3, (c) bendi 'atama' dan değil, 'yardım' dan söz etmektedir. Yalnızca avukat atanması yardımı etkili kılmaya yeterli değildir. Adli yardım amacıyla atanan avukat ölebilir veya ağır hastalanabilir, bu süre içerisinde görev yapması yasaklanabilir veya kendisi görevden kaçınabilir. Kamu organlarına bilgi verilmesi durumunda bu kurumlar ya avukatı değiştirmeli ya da görevini yerine getirmeye zorlamalıdır... Olayda başvuru hiç bir koşulda atanan avukatın yardımından yararlanamamıştır. Daha işin başında, avukat, başvuru için çalışmayacağını bildirmiştir... Mahkemeye göre başvuru Yargıtay önünde etkili bir hukuk yardımı alamamış, Yargıtay Daire Başkanı'nun avukat görevlendirme işlemi, ölü bir karar olarak kalmıştır."

AIHM, davalı hükümetin savunma gerekçeleri arasında yer alan sanığın temyiz nedenlerinin tutarsızlıklarla yüklü olduğu, Yargıtay'ın dosyayı özenle incelediği, atanan avukatın görevini eksiksiz olarak yerine getirseydi bile sonucun değişmeyeceği bu nedenlerle sanığın avukatsız kalmaktan doğan bir zararının olmadığı yolundaki savunmalarını değerlendirdikten sonra, olayda bir zararın varlığının kanıtlanması gerektiğini vurguladı. "Mahkemeye göre başvuru durumu düzeltmek için ısrarla uğraşmıştır. Yakınmalarını ve atanmış avukatın ilgisizliğini, kendisini savunmamaktaki kararlılığını Yargıtay'a bildirmiştir. Kabul edilmelidir ki, hukuk yardımından atanmış avukatın her tür kusuru için devlet sorumlu görülemez. Ancak olayın özel koşulları içinde başvuru için bu hakkını etkili bir biçimde kullanması için gereken önlemleri almak yetkili İtalyan organlarına düşen bir görevdir." (Artico/İtalya, 1980)

Mahkeme, her olayı kendi özel koşulları içerisinde değerlendirmektedir. Adil yargılanmanın bir bütünlük içerisinde gerçekleşmesi için, sanığın avukatların ve ilgili devletlerin üzerlerine düşen yükümlülüklerini yerine getirmelerini beklemektedir.

AİHM, benzer olaylar üzerine verdiği diğer kararlarında da “...hukuksal yardım amacıyla bir avukatın atanmasının yeterli olmadığını...” belirtmekle birlikte, bu avukatın görevini savsaklaması durumunda, yetkili kamu birimlerinin uygun biçimde bilgilendirilip bilgilendirmediğini araştırmaktadır.

“Avukatlık mesleğinin bağımsızlığı nedeniyle devletin müdahalesi, ancak atanmış avukatın müvekkilini etkili bir biçimde temsil etmediğinin görülmesi veya bu durumun yeterince yetkililerin bilgisine sunulması durumunda olanaklıdır.” (Kamasinski/Avusturya, 1989)

Sözleşme'nin 6/3 (c) bendinde yer alan avukat aracılığıyla savunma hakkının uygulamadaki ayrıntıları ve kullanım biçimleri Sözleşme'de belirtilmediğinden, bu konu ilgili devletlere bırakılmıştır. “...Başvurucu başlangıçta gerekli hukuksal yardımı almamış olsa bile, devletler, adli yardımdan atanan ya da sanıkların seçtiği avukatlarla aralarında çıkabilecek her türlü sorundan doğrudan sorumlu tutulamayacağı gibi, avukatlık mesleğinin bağımsızlığı gereği savunmanın tutumu öncelikle başvurucu ile avukatı arasındaki bir konu olmaktadır...” Sözleşmeciler devletin, atanan avukatın etkili bir savunma yapmadığının açıkça görülmemesi durumunda olaya müdahalesi beklenemeyeceğinden çok kısa süren ilk dönemde avukat B. G.'nin hareketsiz kalışından başvurucunun şikayette bulunmaması nedeniyle olaya kamusal organların katılamaması doğal karşılanmalıdır. Avukat B. G.'nin istifa etmesi üzerine hemen yeni bir avukat atanması, yeni avukatın dosyayı inceleyip sanıkla görüşmesinden sonra önceki sorgulama nedeniyle savcıya itiraz etmemesi ve bu aşamada gerçekleştirilen üç sorgulamanın ilk ikisine yeni avukatın da katılmaması karşısında, avukatla savunma hakkı yönünden adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar verildi. (Imbrioscia/İsviçre, 1993)

AİHM, yargılamanın akışından kaynaklanmayan ancak önceden görülebilen engellerin aşılabilmesi için tarafların üzerlerine düşen önlemleri almalarını istemektedir. Örneğin; duruşmanın yapılacağı günü çok önce öğrenen avukatın, kişisel özrünün çıkması durumunda, yargılamanın ertelenmesini istemek yerine davanın sürekliliğini etkilemeyecek yasal seçenekleri uygulamaya koyması beklenmektedir. Sanık ve avukatının kendi kusurlu davranışlarından ileri gelen olumsuzluklar nedeniyle, devletler sorumlu tutulmamaktadır.

İtalya'da yerel ceza mahkemesinde hapis cezasına mahkum edilen tutuksuz sanığın avukatı kararı temyiz etti. Dosyanın Yargıtay'a ulaştığı Yazı İşleri Müdürü'nün 26.3.1985 günlü yazısı ile avukata bildirildi.

Yargıtay'daki duruşmanın 6 Aralık'ta yapılacağı 2 Ekim günü avukata tebliğ edildi.

Sanık vekili Yargıtay'a 25 Kasım'da ulaşan 18 Kasım günlü dilekçe-sinde, bir operasyon geçirdiğini, kendisine 30 gün dinlenme verildiğini belirterek, 6 Aralık'ta yapılacak duruşmanın ertelenmesini istedi. Yargıtay bu istemi reddederek, sanığın ve avukatının yokluğunda gerçekleşen duruşmadan sonra, yerel mahkemenin iki buçuk aylık hapis cezasının onanmasını kararlaştırdı.

AİHM, Yargıtay'da yapılacak duruşmada avukatla temsil edilmenin önemini vurgulamakla birlikte, başvurunun avukatının 6 Aralık'taki duruşmaya katılamayacağı önceden belli olduğu ve iç hukuktaki duruşmanın ertelenmesi ile ilgili kuralları bildiği halde önlem almaması, kendi yerine duruşmaya başka bir avukatı gönderme olanağı varken bunu yapmaması, ayrıca başka bir avukat eliyle Yargıtay'a dilekçe sunma yolunu da kullanmaması karşısında, başvurunun kendi seçtiği avukatının kusurlu uygulamaları nedeniyle davalı devletin sorumlu tutulamayacağını kararlaştırdı (Tripoli/İtalya. 1994).

Çok sayıda şiddete dayalı cinsel suç işlediği savı ile jürili ilk derece mahkemesi önünde yargılanan tutuklu sanık, altı gün süren duruşmalar boyunca bir cam bölme içerisinde bulunduruldu. Sanığın savunmasını ceza davalarında deneyimli on yıllık bir avukat yürütüyordu.

Duruşmada henüz on beş yaşındaki suç mağduru bayanın dinlenmesi sırasında yargıç, söylediklerini daha iyi duymak için, kendisine ve jüriye yaklaşmasını istedi.

Sanık, atılı suçu işlediği yargısıyla mahkum olunca, tek yargıçlı üst mahkemeye itiraz etti. Gerekece olarak ilk derece mahkemede yargılandığı salonun akustiğinin bozuk olduğunu, cam bölme içerisinde söylenenleri duymadığını ileri sürdü.

Sanığın tanık gösterdiği koruma görevlisi de, sanığın kendisi aracılığı ile en az üç kez avukatını yanına çağırdığını ve konuşulanları duymadığını ona bildirdiğini söyledi. Sanık, üzerine söylenenleri duymadığını yazıp camın arkasından koruma görevlisine gösterdiği bir kağıdı da kanıt olarak dosyaya sundu.

Bu savlar, ulusal mahkemelerce kabul edilmedi. Sanığa verilen ceza kesinleşti.

AİHM adil yargılanmanın bir gereği olarak sanığın kendisiyle ilgili dava içerisinde söylenenleri işitip anlamasının, onun en doğal hakkı olduğunu belirtti. Ancak bu olayda başvuru ve onu temsil eden avukatı, dava

mahkemesi önünde altı gün süren duruşmalar boyunca duyma sorununu yargıca iletmediler. Sanığın koruma memuruna yönelttiği yakınmalar, anılan kişinin yargılama sürecinde görevinin olmaması nedeniyle bir anlam taşımıyordu. Sanık avukatı ise, yargılamayla ilgili bir taktik izlediği için bu konuda susmayı yeğlemişti. Sanığın da, avukatının tutumuna katılmadığı konusunda herhangi bir belirti yoktu.

Mahkeme, avukatlığın bağımsızlığı açısından değerlendirdiği olayda, sanığın avukatına yönelik açık bir suçlaması yoksa, devletlerin bu konuya karışamayacaklarını vurguladı. Eğer sanık doğrudan veya avukatı aracılığı ile yerel mahkemeye duyma sorununu iletse idi, mahkemenin buna bir çözüm getirmesi gerekirdi. Avukatının da bu konuda susarak olaya bir taktik sorunu açısından yaklaşması nedeniyle, sanıkla avukatı arasındaki ilişkilerden devletlerin sorumlu tutulamayacağı görüşüyle adil yargılanma açısından Sözleşme'nin ihlal edilmediğine karar verildi. (Stanford/İngiltere, 1994)

AİHM, karşılıksız hukuksal yardımın gereği olarak kamu adına atanan avukatların bu görevlerini ne oranda gerçekleştirdiklerinin davayı yürüten mahkemelerce izlenmesini öngörmektedir. Yerine göre bu avukatların savunmalarını "yetersiz", "deneyimsiz", "etkisiz" sözcükleriyle de nitilemektedir. Mahkemenin bu tutumunun nedeni, Sözleşme'nin adil yargılanmanın gerçekleşmesi için zorunlu saydığı koşulların üye ülkelerde eksiksiz yerine getirilmesidir. Korumanın tam olması için, adli yardım amacıyla görevlendirilen avukatların nitelikleri, mesleki deneyimleri, objektif ölçütlere göre olabildiğince doğru belirlenmelidir.

Sanıkların kendi istemleri doğrultusunda seçtikleri avukatları hakkında ise, daha gevşek bir denetim izlemektedir. Çok kısa özetlerini sunmakla yetindiğimiz yukarıdaki kararlarda görüldüğü gibi, sanığın, ulusal organlar önünde, kendi seçtiği avukatına yönelik suçlama ve yakınmaları olmamışsa, ilgili devletleri sorumlu tutmama eğilimini açıkça ortaya koymaktadır. Bu tutum, Sözleşme'nin amaç ve yöntemlerine de uygun düşmektedir. Kişilerin kendi seçtikleri avukatları ile bir sorunları olursa, yakınmalarını öncelikle ulusal yapılanmaların öngördüğü süreçlerden geçirmelidirler.

Mahkemenin bu yaklaşımının bir başka nedeni de, avukatlık mesleğinin bağımsızlığını korumak, zorunlu olmadıkça devletlerin bu alana el atmasını önlemektir.

III. SAVUNMANIN YETKİ VE GÜVENCELERİNİN SÖZLEŞMEYE GÖRE KORUNMASI

AIHS'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma güvencelerinin temel özneleri, hiç kuşku yok ki yargılanan kişilerdir. Örneğin; 1. bentte sözü edilen mahkemenin niteliğine, yargılamanın süresine, yüz güzelliğine ve açıklığına ilişkin düzenlemeler, 2. bentteki suçsuzluk karinesi, savunmanların temsil ettikleri kişiler adına istemlerini dayandıracakları hukuksal kaynaklardır. Ancak gerek 6. maddede gerekse Sözleşme'nin diğer maddelerinde belirtilen bazı hak ve yetkiler vardır ki, bunlar, temsil ettikleri kişilerle ilişkilendirilmeleri gerekmeksizin, avukatlık mesleğinin olmazsa olmaz koşulları arasında yer almışlardır. Örneğin; 6. maddenin 1. bendindeki "hakkaniyet" sözcüğünden üretilen "silahların eşitliği" kuramı, 3. bentteki, "suçlamanın niteliği ve nedenlerinden en kısa zamanda bilgilendirilmek", "savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak", "iddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek", "savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek", bu yetkilerden başlıcalarıdır. Konunun bu yönünü özellikle vurgulamakla birlikte, AIHM'nin avukatlık uygulamalarını doğrudan kapsayan kararları üzerinde duracağız. Kararların önemli bir bölümü savunma hakkı ile bağlantı kurularak Sözleşme'nin 8. maddesini de yorumlamaktadır.

AIHS'nin 8. maddesinin birinci bendine göre : "Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir."

Aynı maddenin 2. bendinde sayılan bazı durumlarda "...demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla..." bir takım kısıtlamalar konulabileceği belirtilmektedir.

Avukatla sanık arasındaki ilişki özel yaşam konularından kaynaklansa bile, savunma hakkının toplumsal önemi nedeniyle 8. maddenin kapsamından taşmaktadır. Avukatlık bürosu, hiç kuşkusuz özel bir alandır, ancak avukatın temsil ettiği kişilerin, olay tanıklarının da özel yaşamlarının özgürce sergilenebildiği, kamunun el atmaması gereken bir kamusal alandır.

Avukatla sanığın iletişimi, aralarındaki ilişkinin kurulup geliştirilmesi için son derece önemlidir. Tutuklu sanıkla avukatının baş başa görüşmeleri, savunmaları için gerekli bilgi ve belgeleri birbirlerine iletmeleri, yargılama sürecindeki konularının zorunlu bir gereğidir. Çalışmamızın aşağıdaki bölümlerinde, AIHM'nin bu konulardaki kararlarını özetlemeye çalışacağız.

1. Avukatla Sanığın Yazışmaları

İletişim özgürlüğü konusunda bilinen en eski yöntem kişilerin mektuplaşmalarıdır. Tutuklu sanıkla avukatının yazışmaları, konumuz açısından

özellikle önem taşımaktadır. Devletler, çeşitli gerekçeler öne sürerek bu yazışmaları denetim altında tutmak istemişlerdir. En önemli gerekçeleri de, soruşturma konusu suçla ilgili kanıtlara ulaşmak olmuştur. Ancak konu her zaman bu kadar açık bir görünüm vermemektedir. Savcıların soruşturmaları kendi beklentileri doğrultusunda yönlendirmek amacıyla, cezaevi yöneticilerinin tutuklu ve hükümlülere yönelik yasa dışı uygulamalarını gizlemek için yazışmalara el koydukları çok sık görülen olaylardır.

AİHM'nin bu konudaki ilk değerlendirmeleri, İngiltere cezaevinde yatmakta olan bir hükümlünün başvurusuyla ilgilidir. Başvurucu, cezaevinde çıkan olaylara karıştığı yolunda gerçek dışı ifade verip kendisine iftira eden gardiyan hakkında hukuk davası açmak, böylece yanlış ifadenin dosyasından çıkarılmasını sağlamak istemiştir. Başvurucu, bu amaçla bir avukatla görüşüp dava açmak üzere yürürlükteki Cezaevleri Yönetmeliği çerçevesinde Bakanlık'tan izin talebinde bulunmuştur. Ancak Bakanlık, böyle bir dava açılmasına gerek olmadığı düşüncesi ile, hükümlünün avukatla görüşmesine izin vermemiştir.

AİHM'ye göre, *"İçişleri Bakanlığı'nın Golder'in dilekçesini reddetmesi, öncelikle bir avukatla iletişim kurmasını engellemiştir. Bu olay mahkemeye başvurma hakkı ile ilişkilendirilmeksizin, yalnızca haberleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez. Golder'e bir avukata danışması için izin verilseydi, yakındığı gardiyana karşı dava açma kararlılığını sürdürüp sürdürmeyeceği bilinemezdi... Ancak bütün bunlara karşın, başvurusunun açıkça ortaya koyduğu 'iftira nedeniyle dava açma' istemi gerçekleşmemiştir... İçişleri Bakanlığı avukatla ilişki kurulmasını yasaklamakla, açılması düşünülen dava için harekete geçilmesini engellemiş olmaktadır..."* Hukuksal engellemeler gibi, fiili engellemeler de hukuka aykırı düşebilir.

"...Başvurucu, gardiyana karşı dava açmakla, kendisine karşı yapılan ve hakkında olumsuz sonuçlar doğuran suçlamalardan kurtulmak istemektedir. Açılması tasarlanan dava, cezaevinde bulunduğu sırada meydana gelen ve cezaevi yaşamıyla bağlantılı bir olayla ilgilidir. Sonuçta bu dava İçişleri Bakanlığı'na bağlı ve görevi sırasında suçlamalarda bulunan bir cezaevi çalışanına karşı yöneltilecektir. Bu koşullarda Golder, haklı olarak dava açmak üzere bir avukata danışmak istemiştir. Tasarlanan davanın sonuçlarına ilişkin olasılıkları değerlendirmek İçişleri Bakanlığı'nun görevi değildir. İleri sürülebilecek savlar hakkında karar vermek, bağımsız ve yansız mahkemelerin görevidir. İçişleri Bakanlığı, Golder'in istediği izni vermemekle, Sözleşme'nin 6/(1) fıkrasında güvence altına alınan mahkemeye gidebilme hakkına saygı göstermemiştir."

AİHM, başvuru konusu olayları bir kez de Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirdi.

“Mahkeme, bir hükümlünün haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına müdahalenin ‘gerekliliğini’ cezaevinde bulunmanın olağan ve makul koşullarının göz önünde tutularak değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindedir. Örneğin; ‘düzensizliğin veya suçun önlenmesi’ bir hükümlüye, özgür bir kişiden daha geniş müdahale önlemlerinin uygulanmasını haklı kılabilir... Hükümet, Golder’in yakındığı müdahalenin ‘gerekli’ olduğunu kanıtlamak için, düzensizliğin ve suçun önlenmesini ve bir ölçüde de kamu güvenliği ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasını gerekçe olarak ileri sürmüştür. Mahkeme, Sözleşmeciler devletlere tanınan takdir yetkisini dikkate almakla birlikte, ‘demokratik bir toplum’da bu müdahalenin nasıl olup ta, Golder’in kendisine iftirada bulunan gardiyana karşı dava açmak amacıyla bir avukatla iletişim kurmasının engellenmesini haklı kıldığını anlayamamıştır. Mahkeme, Golder’in cezaevi görevlisinin kendisine karşı yaptığı suçlamadan temize çıkmak istediğini bir kez daha vurgulamaktadır. Bu koşullarda Golder, haklı olarak bir avukata yazmak isteyecektir. Açılması düşünülen dava sonuçlarını değerlendirme görevi, İçişleri Bakanlığı’nın işi değildir. Başvurucuya hakları konusunda yol göstermek, önerilerde bulunmak bir avukatın, önüne getirilen dava konusunda karar vermek ise bir mahkemenin görevidir.

Başvurucunun avukatla haberleşmesi kişisel bir dava açılmasına ve sonuç olarak Sözleşme’nin başka bir maddesinde, yani 6. maddede varolan bir hakkın kullanılması için hazırlık aşaması olacağından, İçişleri Bakanlığı kararının ‘demokratik bir toplumda’ gerekli olduğu kanıtlanamamıştır.

Böylece Mahkeme, olayda 8. maddeye aykırılık olduğu sonucuna varmıştır.” (Golder/İngiltere, 1979)

Kararda eleştiri konusu yapılan uygulamalar, olayın geçtiği yıllarda yürürlükte olan Cezaevleri Yönetmeliği çerçevesinde yürütülen işlemlerdi. Golder’in dava açmayı düşündüğü infaz koruma görevlisinin tutumu bir yana bırakılırsa, AİHM İngiltere’deki katı ve insan hakları ile bağdaşmayan cezaevi kurallarını mahkum etmiş bulunuyordu. Nitekim İngiltere Hükümeti de bu dava nedeniyle gelişen hukuksal tartışmaları göz önünde bulundurularak, Golder Davası henüz sonuçlanmadan Cezaevleri Yönetmeliği’ni değiştirmiş, tutuklu ve hükümlülerin hukuk davası açmak üzere bir avukata danışmak istemeleri durumunda İçişleri Bakanı’ndan izin almaları koşulunu kaldırmıştı. Bu değişiklik, cezaevleri müdürleri eliyle bütün tutuklu ve hükümlülere bildirilmişti.

Cezaevleri kurallarında yapılan iyileştirmeler, İngiltere’nin benzer konulardaki davalar nedeniyle tekrar AİHM’de yargılanmasını önleyemedi. Çeşitli cezaevlerinde tutuklu ve hükümlü konumunda bulunurlarken değişik amaçlarla farklı yerlere gönderdikleri mektupları, alıcılarına ulaşmayan 7 başvurusunun AİHM’de görülen davaları 1983 yılında sonuçlandı. Davacıardan Silver’in koşulları konumuzu doğrudan ilgilendirmektedir.

Başvurucu, cezaevindeki yetersizlikler ve bu arada sağlık sorunları ile dış tedavisindeki şikayetleri nedeniyle dava açmak üzere Bakanlık'tan izin istemiş, ancak kendisine olumlu yanıt verilmemiştir.

İngiltere cezaevlerindeki haberleşme ve yazışma koşullarının ayrıntılı olarak incelenip tartışıldığı AİHM kararında, diğer 6 başvuru hakkında Sözleşme'nin 8 ve 13. maddelerinin ihlal edildiğine karar verilirken, hukuksal yardım olarak cezaevi yönetimiyle ilgili hukuk davası açma girişiminin önlenmesi nedeniyle, Silver yönünden ayrıca Sözleşme'nin 6/1. maddesinin de ihlal edildiğine karar verildi. (Silver ve Diğerleri/İngiltere, 1983)

Tutukluların yazışmalarının 8. maddenin korunması altında bulunması, hiç kuşku yok ki, koşulları oluştuğunda aynı maddenin 2. bendindeki kısıtlayıcı önlemlerin de uygulanabileceği anlamını içeriyor. *"Hükümlünün haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına müdahale gereği, cezaevinde bulundurulma durumunun olağan ve anlaşılabilir gereklerine göre değerlendirilecektir."* (Golder/İngiltere, 1979)

Tutuklu veya hükümlü ile avukatı arasındaki yazışmalar, Chambell ve Fell davasında kapsamlı bir incelemeden geçirildi. Başvurucunun avukatıyla ve AİHK'yla yaptığı yazışmaların cezaevi görevlilerince açılıp okunduğuna ilişkin yakınmaları, bu gibi durumlarda izlenmesi gereken yöntem ve ölçütlerin belirlenmesine katkıda bulundu. Mahkemeye göre, *"...bir tutuklu veya avukatı arasındaki yazışmalara sağlanan özel koruma nedeniyle, avukatın tutukluya yazdığı mektubun cezaevi yetkililerince açılabilmesi, ancak içinde olağan denetim yöntemleriyle ortaya çıkmayacak yasa dışı bir şeylerin bulunduğu konusunda benimsenebilir bir kuşkunun varlığı durumunda olanaklıdır."* Bu durumda bile mektup, gönderildiği kişinin önünde açılmalı, içerisinde sakıncalı bir nesne saptanmayınca, yöneticilerce okunmadan ilgisine verilmelidir.

Mahkeme, ancak çok özel durumlarda tutuklunun avukatıyla yaptığı yazışmanın okunabileceğini belirtmektedir. *"Mektubun içeriğinin cezaevinin veya başkalarının güvenliğini tehlikeye atması veya başlı başına bir suç oluşturması, gizliliğin kötüye kullanıldığına ilişkin çok somut gerekçelerin varolması durumunda,"* bu yola gidilebilecektir.

Davalı Hükümetin, tutuklu ile avukatı arasındaki yazışmalara özel bir korunma sağlanmasının, bu işleyişin kötüye kullanılma olasılığını taşıdığı yolundaki savunması, Mahkemece, *"Avukat müvekkil ilişkisinin gerektirdiği gizliliğe saygı gösterme gereksiniminin, bu hakkın kötüye kullanılabilme olasılığından çok daha önemli olduğu..."* görüşüyle yerinde bulunmadı.

Savunma hakkına ilişkin birden fazla konunun tartışıldığı dava sonucunda, sanıkla avukatı arasındaki yazışmaların engellenmesi Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali olarak nitelendi. (Chambell ve Fell/İngiltere, 1984)

Adli sabıka sicili bir hayli kabarık olan ve cezaevi kurallarına aykırı davranmayı alışkanlık edindiği için hakkında ek yaptırımlar uygulanan başka bir hükümlünün, infaz indirimlerinin bir bölümünün kaldırılması nedeniyle avukatına yazdığı mektuplardan birisi hiç gönderilmemiş, diğer ikisi ise, geç ulaşmıştı.

Hükümlünün bir milletvekiline ve öğretim üyesine yazdığı yakınma mektupları da cezaevi idaresince gönderilmemişti.

AIHM bu olayda da “başvurucunun gönderilmeyen mektupları bakımından haberleşmeye saygı hakkının ihlal edildiğine...” karar verdi (Mc Callum/İngiltere, 1990).

Tutuklu sanığa savunmasını üstlenecek avukatın mektubunun verilmesi yoluyla iletişim özgürlüğünün çiğnenmesine ilişkin en çarpıcı örnek, Mehmet Durmaz ile Avukat Schönerberger’in birlikte yaptıkları başvuru sonucunda verilen karar oldu.

İsviçre’nin Zürih kantonunda yaşayan md. Durmaz, bazı suçlara karışmış olabileceği kuşkusuyla 16 Şubat 1984’te tutuklanmış. Eşinin bulduğu Avukat Schönerberger, cezaevindeki sanığa bir mektup göndererek, kendisi de uygun görürse savunmasını üstlenebileceğini bildirmiş. Mektupta soruşturma ile ilgili bazı uyarılarda bulunmuş. “...Sorgunuz sırasında yanıt vermeme hakkınızın bulunduğunu anımsatmak görevimdir. Ağzınızdan çıkacak her söz, size karşı kanıt olarak kullanılabilir. Susmayı yeğlerseniz, savcılık, kanıt bulup suçluluğunuzu ispat etmek zorunda kalacaktır. Siz açıklama yapmamakta direnince, olabilir ki savcı, tartışma çıkarıp, tanıkları dinlemek, başka kanıt toplamak ya da yeni bir soruşturma başlatmak gibi nedenlerle tutukluluğunuzu uzatacağını söyleyerek baskı kurmayı deneyebilir. Böyle şeyler olursa aldirmayın. Haklarınızı bilip herhangi bir açıklama yapmamak yararınızaadır...” demiş. Avukat ayrıca, göreve başlayabilmek için, iki örneğini eklediği vekaletnameleri imzalayıp, birini savcılığa, ötekini kendisine göndermesini istemiş. İşlemler tamamlandıca, hemen cezaevine geleceğini bildirmiş.

Bölge savcısı, soruşturmanın yürütülmesi açısından sakıncalı bulduğu bu mektuba el koymuş. Sanığa, avukatın gönderdiği vekaletname örneklerini de vermemiş. Yasaklanan mektup sanki hiç gelmemiş gibi, Durmaz’a bir avukat edinmesini önermiş. Eşinin girişimlerini öğrenemeyen yurtaşımız, Zürih’te tanıdığı tek avukatın J. P. Garbade olduğunu, ancak içinde bulunduğu koşullarda ödeyecek parası olmadığını bildirmiş. Avukat Garbade, Mahkeme Başkanı’nun kararı ile, gideri devletçe karşılanmak üzere Durmaz’ın savunmanlığına atanmış.

Soruşturma ve sorgulamalar devam etmiş. Durmaz, güçlük çıkarmadan bütün soruları yanıtlamış. Hakkında kamu davası açılmasını gerektirecek

kanıtlar bulunamayınca, 37 gün tutuklu kaldıktan sonra, 23 Mart 1984'te salıverilmiş. Boş yere özgürlüğünden yoksun bırakılan Durmaz'a, Bölge Mahkemesi'nce, 3.565 İsviçre Frangı giderim ödenmesi kararlaştırılmış.

Hukuksal tartışma, asıl bu aşamadan sonra başlıyor. Avukat Schönerberger, cezaevine gönderdiği mektubun tutuklu sanığa verilmemesi yoluyla iletişim özgürlüğünün engellendiği, bunun sonucunda Durmaz'ın davasını alamadığı için mesleğini uygulayamadığını belirterek Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvuruyor. Mehmet Durmaz da bir başka dilekçeyle, avukatın gönderdiği mektubun eline geçmemesi nedeniyle haber alma özgürlüğüne el atıldığını bildirerek, İsviçre'ye karşı bireysel başvuru hakkını kullanıyor.

Tartışmanın özü, "*Herkes, özel yaşamıyla aile yaşamına, konut ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir*" diyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesine dayanıyor. Gerek komisyonda, gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde, İsviçre Hükümeti'nin temsilcileri, Avukat Schönerberger'in, sanığa susmasını, yanıt vermemekte direnmesini öneren mektubunun yürütülmekte olan soruşturmanın güvenliği açısından sakıncalı bulunduğunu savunuyorlar. Gerçekten AİHS'nin 8. maddesinin 2.bendinde, "*...kamu düzeninin korunması ya da suçun önlenmesi...*" amacıyla, bazı koşullarda iletişim özgürlüğünün sınırlandırılabilceği belirtiliyor.

Komisyon'dan sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, yakınılan uygulama nedeniyle İsviçre organlarınca, AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiği yargısına vardı. Kararın gerekçesinde, avukatın, savunmasını üstleneceği kişiye susmasını, sorulara yanıt vermemesini önermesinin, onun mesleki görevi, doğal hakkı olduğu belirtildi. Sorgulanan sanığın yanıt vermemekte direnmesinin yasal bir hak olduğu, bu yöntemi seçen avukatın görevini üstlendiği kişiye haklarını bildirmesinin önlenemeyeceği vurgulandı. Böylece Durmaz'ın haber alma, iletişim kurma özgürlüğünün engellendiği görüşüne varıldı. İsviçre Hükümeti'nin, Durmaz ve avukatına 9.070 frank ödemesini öngören kararın en çarpıcı yanı, temel hak ve özgürlüklere yasalarla getirilecek kısıtlamaların, "*...demokratik bir toplumun zorunlu kıldığı...*" sınırları aşamayacağı ilkesini yinelemesiydi. (Schönerberger ve Durmaz/İsviçre, 1998)

Avukatla görüşme hakkının uzantısı olarak ta benimsenen avukata mektup gönderme olanağının değerlendirildiği davada AİHM, tutuklu sanığın avukatına yazdığı mektupların cezaevi yetkililerince denetlenmesini, özellikle bir mektubun avukata ulaşmasının geciktirilmesini, Sözleşmenin 8. ve 6/3 (c) maddelerinin ihlali olarak niteledi. (Domenichini/İtalya, 1996)

AİHM'nin, Polonya cezaevindeki bir tutuklunun ombudsmana yazdığı mektubun zamanında yerine ulaşmaması nedeniyle verdiği kararda,

konuyla ilgili Polonya ulusal hukuku değerlendirildi. Mahkeme'ye göre ; *"Soruşturması devam eden tutukluların yazışmalarının engellenmesi durumunda yasaların etkili bir başvuru yolunu belirlememiş olması, tutukluların mektuplarının soruşturmayı yürüten görevlilerce yürürlükteki hukuka göre hiç bir neden ve gerekçe olmaksızın her koşulda okunup sansürden geçirilmesi, tutukluların farklı kişi ve kurumlara, örneğin; Ombudsman'a gönderdiği mektuplar açısından farklı denetim ölçütlerinin konulmaması, uygulanan sansürün içeriğinin ve süresinin belirsizliği, kendiliğinden ve ayrımsız olarak yürütülen sansürün nedenleri, koşulları ve gerekçeleri konusunda, uygulayıcılara bir açıklama yükümlülüğü bile getirilmemiş olması,"* 8. maddenin 2. bendindeki sınırlama koşullarına uygun bulunmadı (Niedbala/Polonya, 2000).

Mahkemenin yukarıda değindiği ölçütler, tutukluların yazışmalarının otomatik bir sansür denetimine bağlanamayacağını bir kez daha gerekçeleriyle açıklıyor.

Kişisel iletişim konusundaki yaygın yöntemin mektup ve diğer benzeri gönderiler olmasına karşın, Mahkeme telefon ve teleks yoluyla iletişimi de 8. madde kapsamında değerlendirdi. İleride teknolojik gelişmelere ve ulaşılabilir teknik özelliklerine göre e-mail ve benzeri yöntemleri de 8. madde kapsamında koruyacak kuralların saptanması beklenmelidir (Halford/İngiltere, 1997).

2. Avukatla Sanığın Görüşmeleri

Avukatla sanığın yüz yüze ve baş başa konuşmaları savunma yöntemlerinin belirlenmesi, kanıtların değerlendirilmesi açısından son derece önemli bir aşamadır. Sanıkla avukatı arasında yazışmalarla sağlanamayacak bilgi alışverişi, karşılıklı konuşmayla gerçekleştirilmektedir. Sanıkla avukatının konuşmaları, Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. paragrafındaki iki bent açısından belirleyici düzeyde önem taşımaktadır. Şöyle ki, yüz yüze görüşme olanağının korunması (c) bendindeki avukatla savunma hakkının ayrılmaz parçasıdır. Ayrıca, (b) bendine göre *"savunmasını hazırlamak için gerekli zamana sahip olmak."* Sanık ve avukatı açısından, cezaevi yöneticilerinin kendilerine göre koyacakları katı bir görüşme takvimi ile aşırı kısıtlayıcı kullanılamaz düzeye getirmemeleri gereken bir olanaktır. Avukatın davasını üstlendiği cezaevindeki tutuklu ile görüşebilmesi için yargıç ya da savcıdan izin istemek durumunda bulunması, Sözleşme'yle bağdaşmayacaktır.

Cezaevinde çıkan olaylar nedeniyle disiplin soruşturması kapsamında yargılanan hükümlünün avukatla görüşme yapmak istemesine karşın cezaevi yönetiminin avukatla sanığın konuşmalarına izin vermemesi, hukuksal

yardım ve temsilin gerçekleşmemesi nedeniyle, Sözleşme'nin 6/3 (b) ve (c) bentlerinin ihlali olarak nitelendi (Champell ve Fell /İngiltere, 1984).

Tutuklu sanıkla avukatına cezaevinde yüz yüze konuşma olanağının sağlanması da, aralarındaki iletişimin güvenliği için yeterli gelmiyor. Sanık ve avukatı, dava konusu olayları değerlendirip kanıtlarıyla birlikte tartışırken, bir başka kişinin, özellikle karşı cephede yer alan savcılık görevlisinin onları dinlememesi gerekiyor. AİHM bu konuyu ilk kez, Elvan Can'ın Avusturya'ya karşı yönelttiği başvuru nedeniyle gündemine aldı.

Elvan Can, Avusturya'nın Gmuden kentinde çalışmakta olduğu restoranda çıkan yangının sorumlusu olabileceği kuşkusuyla 19 Ağustos 1980'de tutuklanarak Weis Cezaevi'ne gönderildi.

Elvan Can'ın savunmanlığını, Avusturyalı avukat Rudof Zitta üstlenmişti. Olayın ayrıntılarını öğrenmek ve savunmada izlenecek yöntemleri saptamak amacıyla, Avukat Zitta 15 ve 30 Eylül 1980 tarihlerinde, iki kez Weis Cezaevi'ne geldi. Sanık ve avukatının görüşmeleri sırasında, aralarında bir de davetsiz konuk vardı. Avusturya Ceza Yargılama Yöntemleri Yasası'nın 45. maddesine göre, sanık, *"kanıtların yok edilmesi kuşkusuyla tutuklanmışsa"* son soruşturma açılıncaya kadar, avukatıyla cezaevinde yapacağı görüşmeleri mahkemece görevlendirilen bir gözlemcinin izlemesi gerekiyordu. Yasa'nın amacı, sanığın bazı bilgileri avukatı aracılığıyla dışarı iletip, henüz savcılığın eline geçmeyen kanıtların gizlice yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemektir. Bu denetim, tutuklu sanığın yazışmalarını da kapsıyordu.

Elvan Can, 6 Ekim 1980'de, sorgu yargıcına gönderdiği dilekçe ile, aralarında üçüncü bir kişi olmaksızın avukatıyla baş başa konuşmalarına izin verilmesini istedi. Savunmasında önem taşıyan konuları avukatıyla tartışırken, suçlamayı yapan organın gözlemcisinin dinlemesini savunma güvenliği açısından sakıncalı buluyor, yalnız bırakılmalarını istiyordu. Elvan Can'a göre, Avusturya Ceza Yargılama Yöntemleri Yasası'nın 45. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/3-c maddesine ve bu nedenle de Avusturya Anayasası'na aykırı düşüyordu.

Sorgu yargıcı, Elvan Can'ın avukatıyla yalnız konuşma istemini reddetti. Bu karara karşı, önce Weis Bölge Mahkemesi'ne ve ardından Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı itirazlar, alınan önlemlerin yürürlükteki yasaya uygun bulunması nedeniyle kabul edilmedi.

Elvan Can henüz Weis Bölge Mahkemesi'ndeki ceza davası sonuçlanmadan 14 Nisan 1981 günlü dilekçesi ile makul süreleri aşan tutukluluğu nedeniyle Sözleşme'nin 5/3. maddesinin, avukatı ile yaptığı görüşmelerinde üçüncü bir kişinin gözlemci olarak bulundurulmasının da Sözleşme'nin

6/3 (c) maddesine aykırı düştüğü gerekçeleri ile Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurdu.

14 Aralık 1983 günlü Komisyon Raporu'nda, Elvan Can'ın her iki konudaki yakınmaları da haklı bulundu.

Konu AİHM'nin gündeminde iken, davanın sonuçlanmasından önce, Avusturya Hükümeti, dostça çözüm süreci içerisinde, 11 Haziran 1985 günlü protokolle başvuruçunun istemlerini kabul etti. Bu protokolün 6. maddesinde, "...Avusturya F. Hükümeti hazırlanmakta olan Ceza Yargılama Yöntemleri Yasası'nda, kanıtların yok edilme kuşkusu varken tutuklu sanığın avukatıyla görüşmesi sırasında gözlemci bulundurulmasını öngören kuralın, AİHK'nun bu dava ile ilgili 12 Temmuz 1984 günlü raporu doğrultusunda yeniden düzenlenmesi için yasama organına önerilerini sunma" sözü verdi.

Avusturya'nın Avrupa Konseyi'ndeki sürekli temsilcisi AİHM'ye başvurarak, taraflar arasındaki anlaşmanın uygulamaya dönük ilk adımı olarak Hükümet'in, "...AİHK'nun bu dava ile ilgili 12.7.1984 günlü sonuç raporunu tüm Avusturya mahkemelerine, mahkeme başkanlarına ve savcılara iletceğini..." bildirdi.

Avusturya'da da geçerli olan kuvvetler ayrılığı ilkesine göre hükümet, yasama ve yargı organı adına söz verip yükümlülük altına giremiyor. Ancak yukarıda değinilen iki girişimle sorunun çözüm yolunu açıyor. Hükümet, o sıralarda gündemde olan Ceza Yargılama Yöntemleri Yasası değişikliği çalışmalarıyla ilgili olarak Parlamento'ya yeni bir öneri getirip AİHK kararını ulusal hukuka uyarlama girişimini üstleniyor. İnsan hakları ilkelerini genelleştirmek amacıyla ulusal mahkemelere gönderilen yazı ise, AİHK'nun ve bu görüşleri onaylayan AİHM kararının yargı organının bilgisine sunulması anlamını taşıyor.

AİHM de, Elvan Can ile Avusturya F. Hükümeti arasındaki uzlaşmanın Sözleşme'nin güvence altına aldığı ilkelere uygun düştüğü yargısıyla, 30 Eylül 1985'te davanın listeden silinmesine kararlaştırdı. (Can/Avusturya, 1985)

1980 yılında Latin Amerika ülkelerinden birine nükleer silah satışına yönelik protesto eylemleri nedeniyle tutuklanan sanığın cezaevinde avukatıyla görüşmelerine dinleyici olarak poliste katılmıştı. Sanığın mektuplarından üçüne polislerce grafolojik incelemeler için el konuldu.

Sanığın daha başka avukatları da olmuştu. Ancak ilk avukatının suç örgütü ile ilişkisi olduğu varsayımıyla, tüm konuşmalarını da polisler izlediler, hatta bazı notlar aldılar.

Avukatla, görüşmeleri izleyen görevliler arasında sık sık tartışma çıkmış, özellikle avukatın savcılığın bazı kararlarını, bir kısım mektupları ve bir

itiraz dilekçesini müvekkiline vermek istemesi tartışmaları yoğunlaştırmıştı. Avukatın müvekkiline verdiği itiraz dilekçesine görevliler el koydular.

Dava dosyası içerisindeki sanığın savunmasıyla ilgili belge örneklerinin avukatına verilmesi de uzunca süre geciktirildi.

AİHM'ye göre, "AİHS, hakkında suç isnadı bulunan bir kimsenin hiç bir engellemeye maruz kalmadan avukatıyla serbestçe görüşebileceğine ilişkin bir kural içermemesine karşın, Avrupa Konseyi Mahpusların İslahı İçin Asgari Standart Kuralları'nın 93. maddesi ile AİHK ve AİHM'deki yargılamalara katılan kişilerle ilgili Avrupa Sözleşmesi'nin 3/2. maddesi, avukatla serbestçe görüşmeyi öngörmektedir. Sanığın üçüncü bir kişi tarafından dinlenmeden avukatıyla serbestçe görüşebilmesi, demokratik bir toplumda adil yargılanma hakkının temel koşulları arasında bulunmaktadır. Sözleşme'nin 6. maddesi avukatların savunma stratejisini oluşturmak için müvekkilleriyle işbirliği içerisinde olmalarını gerektirdiğinden, bu konuşmalara kısıtlama getirilmesinin hiç bir haklı nedeni bulunmamaktadır."

Davalı Hükümetin savunmalarını değerlendiren Mahkeme, ...sanıkla avukatın bir araya gelerek savunma stratejisi oluşturmalarında hiç bir olağanüstü durum bulunmadığından, bu arada mahkeme tarafından atanan avukatın meslek ahlakına ve hukuka aykırı davranışlarda bulunduğuna ilişkin bir sav da ileri sürülemediğinden, olayda, savunma hakkının ihlal edildiğine karar verdi (S/İsviçre, 1991).

AİHM bu kararı ile Sözleşme'de açıkça belirtilmemesine karşın, savunma hakkının demokratik toplumlardaki olmazsa olmaz öneminden yola çıkarak, tutuklu sanıkla avukatının konuşmalarına hiç bir engel konulamayacağını benimsemiş oluyordu.

AİHM'nin savunma hakkını çok geniş biçimde değerlendirdiği en son davalardan birisi de, Öcalan/Türkiye kararıdır. Tarafların karşılıklı sav ve savunmalarının ayrıntılarına girmeksizin, hukuk uygulayıcılarının göz önünde bulundurmaları gereken mahkemenin değerlendirmeleri üzerinde duracağız;

"Mahkeme, başvurucu aleyhindeki ceza yargılaması sırasında savunma haklarına saygı gösterilip gösterilmediği konusunda karar verebilmek için, öncelikle başvurucunun kullanabildiği hukuksal yardım olanaklarını ve başvurucunun ve avukatlarının dava dosyasına ulaşım hakkını incelemek gerekmektedir."

a. Hukuksal Yardım

Polis gözaltında bulunurken başvurucunun avukat yardım alamaması... Mevcut davada başvurucu, Türkiye'de polis gözaltında bulunduğu sırada 16 Şubat 1999'dan 23 Şubat 1999 tarihine kadar 7 gün boyunca;

güvenlik güçleri, bir Cumhuriyet Savcısı ve bir Devlet Güvenlik Mahkemesi hakimi tarafından sorgulanmıştır. Bu süre boyunca hiçbir hukuksal yardım almamış, iddianamenin ve Cumhuriyet Savcısı'nın sunumlarının kritik unsurları haline gelen kendini suçlayıcı ifadeler vermiş ve bunlar mahkumiyetine yol açan temel faktörler olmuştur.

Başvurucunun bir avukata danışmada hakkından feragat edip etmediğine gelince, mahkeme, başvurucunun yakalandığı günün ertesinde, Türkiye'deki avukatı Bay Feridun Çelik'in (daha önceden geçerli bir vekaleti bulunmaktaydı.) başvurucuyla görüşmek için izin istediğine dikkat çeker. Bununla birlikte Bay Feridun Çelik'in seyahati güvenlik güçleri tarafından engellenmiştir... Buna ek olarak, 22 Şubat 1999'da başvurucunun ailesi tarafından tutulan 16 avukat Devlet Güvenlik Mahkemesi'nden başvurucuyla görüşmek için izin istemiş, fakat talepleri yetkililer tarafından 23 Şubat 1999'da reddedilmiştir.

Bu koşullar altında mahkeme, bu kadar uzun bir süre ve savunma hakkının telafi edilemez bir şekilde zarara uğramasının çok mümkün olduğu bir koşulda, avukata ulaşma hakkını kabul etmemenin sanığın 6. madde kapsamında hak sahibi olduğu savunma haklarının zarara uğramasına yol açtığı görüşündedir.

Üçüncü yanın duymayacağı biçimde avukatla görüşme... Tarafların olayları anlatış biçimlerini incelemesiyle mahkeme, ilk ziyaretin ardından gerçekleşen avukat ziyaretlerinin, her ne kadar aynı odada bulunmasalar da, güvenlik güçlerinin duyum alanı içinde gerçekleştiğini kabul etmektedir.

Mahkeme yerleşmiş içtihatlarına dayanarak tekrarlamaktadır ki, bir sanığın avukatlarıyla başkalarının duymayacağı bir ortamda görüşmesi demokratik bir toplumda adil yargılamanın temel gerekliliklerinden biridir ve Sözleşme'nin 6/3 (c) maddesinden kaynaklanmaktadır. Eğer bir avukat, müvekkili ile görüşme imkanı bulamazsa ve ondan, gizlice denetlenmeden güvenli talimatlar alamazsa yapacağı yardım anlamını büyük ölçüde yitirir. Halbuki Sözleşme pratikte işleyen ve etkili bir şekilde kullanılabilen hakları garanti altına alma amacını taşımaktadır. Sanık ve avukatının görüşmelerinin gizliliğini güvence altına alan savunma haklarının önemi Avrupa belgeleri dahil olmak üzere değişik uluslararası belge tarafından kabul edilmektedir. Bununla beraber yukarıda belirtildiği gibi eğer iyi bir neden varsa sanığın avukatına ulaşma hakkına kısıtlılıklar getirilebilir. Burada söz konusu olan, yargılamanın bütününe bakıldığında, kısıtlamaların sanığı adil yargılamadan mahrum bırakıp bırakmadığıdır.

Mevcut davada, mahkeme, hükümetten konuya ilişkin ikna edici bir açıklamanın gelmediği koşullarda başvurucu ve avukatlarının yetkililerin duymadığı bir ortamda görüşme yapamadıklarını kabul eder. Mahkeme,

hem hazırlık soruşturması hem de yargılama safhasında getirilen bu sınırlamanın kaçınılmaz sonucunun, başvuruçuyu avukatlarıyla açık bir şekilde konuşmaktan ve onlara savunmasını hazırlamada önemli olacak soruları sormaktan alıkoymak olduğunu kabul etmektedir. Savunma hakları bu nedenle önemli derecede etkilenmiştir.

Mahkeme bu bağlamda, başvuruçunun, avukatlarıyla görüştüğü anda daha önceden ifadeler vermiş olduğunu ve onlarla görüştüğünden sonra da Devlet Güvenlik Mahkemesi önündeki duruşmalarda yeni beyanlarda bulunduğunu gözlemlemiştir. Yanıt vermek zorunda olduğu ciddi suçlamalara yönelik savunmasının etkili olması gerekiyorsa bu ifadelerin birbirleriyle uyumlu olması önemli bir konudur. Buna göre mahkeme, başvuruçunun, avukatlarıyla üçüncü taraflar duymadan görüşme yapmasının gerekli olduğunu düşünmektedir.

Avukatlarla başvuruçunun arasındaki görüşmelerin denetlenmesinin başvuruçunun güvenliği açısından gerekli olduğu yönündeki hükümet itirazına karşı mahkeme, avukatların bizzat başvuruçunun tarafından atandığı ve onların, müvekkillerinin hayatını tehdit etmeleri için nedenleri bulunmadığı görüşünü savunur. Avukatların, bir dizi aramadan geçmeden müvekkilleri ile görüşmelerine izin verilmedi. Bir takım başka önlemlerle birlikte cezaevi görevlilerinin yapacağı gözle denetim başvuruçunun güvenliğini sağlamada yeterli olabilirdi.

Hükümetin ileri sürmüş olduğu başvuruçunun avukatlarıyla özel görüşmemesine ilişkin Devlet Güvenlik Mahkemesi'ne bizzat şikayette bulunmadığı savunmasını da mahkeme reddetmektedir. Mahkeme tekrar belirtir ki, Sözleşme tarafından korunan bir haktan yapılan feragat açık bir tavırla yapılmalıdır. Mahkeme, gerçekte, başvuruçunun avukatlarının, müvekkilleri ile yaptıkları görüşmelerde yaşadıkları zorluklara ilişkin Devlet Güvenlik Mahkemesi'ne şikayette bulduklarına işaret etmektedir.

Buna göre mahkeme, başvuruçunun avukatlarıyla güvenlik güçlerinin duyamayacakları biçimde görüşmesinin mümkün olmadığını kabul ederek madde 6/3 (c)'de korunan savunma hakkının ihlal edildiğini belirtir.

Savunma avukatlarının ziyaret sayıları ve süreleri. Mahkeme araları yaklaşık iki hafta olan ilk iki ziyaretin ardından başvuruçunun ile avukatları arasındaki ziyaretin birer saatten haftada ikiyle sınırlandırıldığına işaret etmektedir... Mahkeme, mevcut olayda başvuruçuya yöneltilen suçlamalar arasında, *"yasadışı silahlı bir örgüt tarafından gerçekleştirilen şiddet eylemleri, bu örgütün lideri ve bu eylemlerin esas tahrikçisi olma"* bulunduğuna dikkat çekmektedir. Mahkeme bunun dışında bu denli karışık suçlamaların olağanüstü derecede hacme sahip bir dava dosyası oluşturduğuna işaret etmektedir.

Mahkeme, başvurucunun bu suçlamalara karşı savunmasını hazırlamak için davanın karışıklığına eş yeterlilikte bir hukuksal yardıma ihtiyaç duyduğunu gözönünde bulundurmaktadır. Mahkeme davanın özel koşullarının başvurucuya, böylesine geniş kapsamlı bir davada savunmasını hazırlayabilmesi için avukatlarıyla haftada iki kez birer saat görüş sınırlaması getirilmesini haklı çıkarmadığı görüşündedir.

Hükümetin savunmasında belirtmiş olduğu ziyaretlerin İmralı ve İskele arasındaki deniz araçlarının kalkış saatlerine ve sıklığına göre ayarlandığı savunması konusunda mahkeme, davadaki istisnai güvenlik koşullarından dolayı başvurucunun bir ada hapisanesinde tutulmasını anlayışla karşılıyor olmasına rağmen, ziyaretlerin haftada iki, birer saatlik sayı ve sürelerle kısıtlanması daha az haklı görülebilecek bir durum oluşturmaktadır. Mahkeme işaret etmektedir ki hükümet, avukatlara müvekkillerini neden daha fazla ziyaret etme imkanı tanınmadığı veya neden daha yeterli seyahat araçları tahsis edilmediği ve bununla beraber ziyaretlerin süresinin arttırılmadığı konularında bir açıklama getirmemiştir. Bilinmelidir ki bu tür önlemler, 6. maddede garanti altına alınan hakların etkili bir şekilde kullanılmasını güvence altına almak için sözleşmeciler devletlerin gerçekleştirmek zorunda oldukları gayretin bir parçası durumundadır.

Sonuç olarak mahkeme, başvurucunun avukatlarıyla görüşmelerine sayı ve süre sınırlaması getirilmesinin savunmanın hazırlanmasını zorlaştıran faktörlerden biri olduğunu ve Sözleşme'nin 6. maddesinde belirtilen koşullara aykırılık teşkil ettiğini kabul eder.

A. Başvurucunun Dava Dosyasına Ulaşması

Mahkeme, cezaevi görevlilerinin başvurucunun avukatlarına ve başvurucuya dava dosyasından fotokopi verme izni sağlamasının her iki tarafça da kabul edildiğini en başından tespit etmiştir. İddianame başvurucuya resmi kanallardan ulaştırılmıştır. Ancak 2 Haziran 1999 tarihli duruşmada Devlet Güvenlik Mahkemesi, başvurucuya iki görevlinin denetiminde dava dosyasını inceleme ve avukatlara belirli bazı dökümanların fotokopilerini iletme izni vermiştir.

Mahkeme, başvurucuya, iddianame dışında dava dosyasının 2 Haziran 1999 tarihine kadar verilmemesinin madde 6/3'le birlikte madde 6/1'de korunan savunma haklarını ihlal edip etmediğini incelemek zorundadır... Bunun dışında söz konusu silahlı örgütte (PKK) sahip olduğu konumdan dolayı başvurucu, iddia makamı tarafından sunulan külliyatlı boyuttaki delillerin savunma ile ilgisini değerlendirebilecek en müktedir kişilerden biri durumundadır. PKK içinde kimin hangi dereceye kadar eylemlerden

sorumluluğu olduğunu belirlemede avukatlarından daha iyi konumlanmış ve daha çok bilgiye sahiptir. Belirtilmelidir ki, bizzat gerçekleştirmediği yüzlerce şiddet eyleminin moral sorumluluğu iddia makamı tarafından başvurucuya yüklenmiştir. Eğer iddia makamının delillerine doğrudan ve yeterli bir süre içinde ulaşabilmiş olsaydı avukatlarının kendi yardımı olmadan gerçekleştirdiklerinin dışında savunmasıyla ilgili argümanları ayırt edebilecekti.

Son olarak, başvurucunun avukatlarının, dökümanların sayısının çokluğu ve hacminin büyüklüğü ve ziyaretlerine getirilen sayı ve süre kısıtlanması nedeniyle başvurucuya delillerin önemi hakkında bir değerlendirme sunmalarının engellenmiş olabileceği de hesaba katılmalıdır.

Mahkeme, bundan dolayı, başvurucuya, iddianame dışında, dava dosyasındaki diğer evraklara ulaşmasında uygun bir fırsat tanınmamasının, madde 6/3 (b) ile birlikte madde 6/1'deki koşulların ihlali olarak, savunmanın hazırlanmasında karşılaşılan güçlükleri arttırdığını kabul etmektedir.

B. Başvurucunun Avukatlarının Dava Dosyasına Ulaşması

Mahkeme önündeki bir diğer konu da başvurucunun avukatlarına, müvekkillerinin savunmasını yeterli bir şekilde hazırlayabilmeleri için, dava dosyasına ulaşmada yeterli imkan tanınıp tanınmadığıdır. Başvurucu şu etmenlere dikkat çekmiştir. İddianame sunulduğunda avukatlara dava dosyasının olağanüstü hacmi, fotokopi çekmede karşılaşılan güçlükler ve özel güvenlik tedbirleri nedeniyle meydana gelen pratik zorluklar. Diğer yandan hükümet, başvurucunun avukatlarının savunmalarını hazırlamada ilgili gördükleri tüm dökümanların fotokopilerine ulaşabildikleri savunmasında bulunmuştur... Mahkeme iddianamenin başvurucuya ve avukatlarına 24 Nisan 1999 tarihinde verildiğini saptamıştır. Avukatlar mahkeme dosyasına 7 Mayıs 1999 günü ulaşabilmişlerdir, ancak kendilerine bir kopyası verilmemiştir. Avukatlar evrakların fotokopisini çekme işlemini 15 Mayıs 1999'da tamamlamıştır. Dava dosyasının tamamına bu tarihten sonra sahip olmuşlardır. İki hafta sonra 31 Mayıs 1999'da Devlet Güvenlik Mahkemesi'ndeki duruşmalar başlamıştır. Başvurucunun avukatlarından 23 Haziran 1999'da gerçekleştirilen 8. celsede son savunmalarını iddia makamının mütalaasına karşı yapmaları istenmiştir... Mevcut davada başvurucunun avukatları 17.000 sayfalık dava dosyasını duruşmalar başlamadan yaklaşık iki hafta önce almıştır. Ziyaretlerindeki sayı ve süre kısıtlamalarının dosyadaki evrakları müvekkillerine 2 Haziran 1999'dan önce bildirmelerini ya da onu dosyanın incelenmesi ve analizi sürecine katabilmelerini imkansız kılması nedeniyle başvurucunun avukatları kendilerini savunma hazırla-

mayı özellikle güçleştiren bir konumda buldular. Yargılama işlemlerindeki sonraki gelişmeler bu güçlükleri aşmalarına izin vermedi; yargılama hızla devam etti; duruşmalar ara vermeksizin devam etti ve 8 Haziran 1999'da sona erdi ve başvuru sahiplerinin avukatlarına duruşmalarda konuların dahil olmak üzere dosyadaki deliller hakkında son sunumlarını yapabilmeleri için 23 Haziran 1999 tarihine kadar süre verildi.

Mahkeme, başvuru sahiplerinin avukatlarının dava dosyasına ulaşmalarına geç bir tarihe kadar izin verilmemesinin savunmanın karşılaştığı yukarıda belirtilen güçlükleri katladığını, bunun da, başvuru sahiplerinin, bir sanık olarak 6. madde kapsamında sahibi olduğu savunma haklarını kullanmasını güçleştirdiğini kabul etmektedir. (Öcalan/Türkiye, 2003)

Sanığın kimliği nedeniyle bu karar ülkemizde çok tartışılmış ve özellikle hukukçu olmayanların tepkileriyle karşılanmıştır. Oysa konumuzu doğrudan ilgilendiren bölümlerini aktardığımız kararın bütünü, AİHM'nin önceki yıllarda aralarında Türkiye'nin de bulunduğu bir çok ülkeyle ilgili olarak verdiği kararların derlemesi niteliğindedir.

Avrupa hukukunun gelişimine katkı sağlamak için mahkeme, önceki içtihatlarını ileriye doğru geliştirmek zorundadır. Bu kararın bizce önemli yönlerinden birisi de, mahkemenin, dava dosyasına ve kanıtlara, sanığın ve avukatının ulaşım olanaklarını ayrı başlıklar altında değerlendirmesidir. Sözleşme'nin öngördüğü güvenceler, hiç kuşku yok ki, öncelikle "sanık" konumundaki kişiler için geçerlidir. Ancak herhangi bir sanığın savunmasını üstlenen avukatlar, bu görevi almakla birlikte, artık, temsil ettikleri kişilerden de bağımsız bir kurum durumuna gelmektedirler. Mahkemenin savunma hakkının bağımsızlığını gözeterek avukatların çalışma olanaklarını bu ölçüler içerisinde değerlendirmesi önemli bir gelişmedir.

IV. SAVUNMAN DOKUNULMAZLIĞI

AİHS'de, savunma dokunulmazlığı anlamına gelecek bir kural bulunmamaktadır. Ancak yukarıdaki çeşitli bölümlerde de değindiğimiz gibi, AİHM bir çok kararında avukatın hak ve yetkilerini temsil ettikleri kişilerden bağımsız bir biçimde değerlendirme eğiliminde olmuştur.

Aşağıda, avukatları çok yakından ilgilendirdiğini düşündüğümüz iki konudaki AİHM'nin değerlendirmeleri üzerinde duracağız:

1. Avukat Bürosunun Aranması

AİHS'nin 8. maddesinde savunulan özel yaşam güvenceleri arasında konut dokunulmazlığı da yer alıyor. Mahkeme'ye göre "yaşanılan bütün

yerler, 'hatta' gelecekte içinde yaşanmak üzere" hazırlanıp korunan taşınmazlar, konut dokunulmazlığı kapsamında değerlendiriliyor (Gillow/İngiltere, 1986).

Acaba işyerleri de konut dokunulmazlığı içerisinde düşünülebilir mi? 1985 yılında Almanya'da Bunte Liste adlı siyasal partinin Kilise Karşıtı Çalışma Gurubu adına Klaus Wagner adıyla ve posta yoluyla Freising Mahkemesi başkanına gönderilen faks mektubunu izleyen olaylar, Niemietz adlı avukatın bürosunun aranmasına gerekçe gösterildi. Mektupta, çalıştırdığı işçilerin ücretlerinden Kilise Vergisi'ni kesmesine karşın kilise'ye yatırma yükümlülüğünü yerine getirmeyen işverenin yargılandığı davadaki tutumu nedeniyle davaya bakan yargıç eleştiriliyordu. Mektupta, gönderenin adresi olarak yalnız bir posta kutusu numarası vardı.

Avukat Niemietz, Bunte Liste'nin il başkanlığını yaptığı halde Kilise Karşıtı Çalışma Gurubu'nun üyesi değildi. Ancak onların kilisenin gücünü kırmaya yönelik çalışmalarını destekliyordu. Bazı eylemlerine de katılmıştı. 1985 yılı sonuna kadar, Bunte Liste partisi adına gönderilen mektuplar, Avukat Niemietz'in ve birlikte çalıştığı arkadaşının bürosuna getiriliyordu.

Münih Mahkemesi, yargıca hakaret suçlaması nedeniyle Klaus Wagner hakkında soruşturma açılması istemiyle savcılığa suç duyurusunda bulundu. Ancak savcılık bildirimleri, bulunamadığı için sanığa tebliğ olunamadı. Niemietz'in iş ortağı da bu konuda bilgi vermektan kaçındı.

Soruşturmadaki tıkanıklığı aşmak için Münih Mahkemesi, Wagner hakkındaki bilgilerin elde edilebilmesi ve suç ortaklarının saptanması amacıyla Niemietz'in avukatlık bürosunun aranmasına karar verdi.

13 Kasım 1986 sabahı avukatlık bürosuna gelen savcılık görevlileri ve polis, her iki avukatın da hazır bulunduğu sırada, saat 09:30'da başlayıp 10:30'da bitirdikleri arama sırasında, avukatın müvekkilleriyle ilgili dosyaların bulunduğu dört çekmeceyi ve altı özel klasörü incelediler. Ayrıca avukatın müvekkillerin adlarının yazılı olduğu rehberde baktılar.

Sonuçta arama konusuyla ilgili bir kanıt elde edemedikleri için herhangi bir belgeye el koymadan, tutanak düzenleyip bürodan ayrıldılar.

Avukat Niemietz, son aşamada Anayasa Mahkemesi'nden de geçen iç hukuk yollarına yönelttiği yakınmalarından bir sonuç alınamayınca, konu AİHM'nin çözümüne sunuldu.

Mahkeme, Alman Hükümeti'nin Sözleşme'nin 8. maddesinin konutlarla ilgili olması nedeniyle işyerlerinin bu kapsamda değerlendirilemeyeceğine ilişkin savunmasını, "...olayda özel yaşama, konuta ve haberleşmeye yönelik bir müdahalenin varlığı..." nedeniyle yerinde bulmadı. Yerel mahkemenin

arama kararındaki “...mektup sahibinin kimliğini ortaya çıkarabilecek her türlü belgenin aranması ve bunlara el konulması...” yolundaki çok geniş yetkilerin “...Alman hukukunun avukat bürolarının aranması sırasında bir gözlemci bulundurulması gibi yönetsel güvenceler içermemesi nedeniyle,” orantısız bulundu. Aranılan kişinin hukukçu kimliği gözetildiğinde, bürosundaki belgelerin incelenmesinin mesleki gizliliğe tecavüz niteliği taşıdığı, bu durumun da Sözleşme’nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma güvencelerini ihlal edebileceği gibi, başvuru konusunun mesleki onurunu zedeleyen uygulamanın demokratik toplumların gerektirdiği sınırları aşması nedeniyle, özel yaşama, konuta ve haberleşmeye saygı haklarının ihlali olarak nitelendi. (Niemiets/Almanya, 1992)

Davaya konu olaylar, başvuru avukatının mesleki etkinlikleri ile doğrudan ilgili bulunmuyor. Ceza yargıcına hakaret ettiği gerekçesiyle aranan kişi, avukatın müvekkili de değil. Kimliği hakkında ayrıntılı bilgiler saptanamayan sanık ile avukat arasındaki ilişki, ancak aynı siyasal görüşleri paylaşmaktan ileri gelen bir dayanışma olabilir. Olayda avukata yönelik bir suçlama da yok.

AİHM, bir mahkeme kararına dayalı da olsa, avukatlık bürolarının gelişigüzel aranamayacağını vurguluyor. Güvenin, gizliliğin öne çıktığı adli birimler olarak nitelediği avukatlık bürolarının ayrıcalıklı konumunu, avukatlık mesleğinin özellikleriyle açıklıyor.

Niemiets kararı kimi araştırmacılar tarafından, mahkemenin işyerlerini de Sözleşme’nin 8. maddesindeki konut dokunulmazlığı kapsamına aldığı biçiminde yorumlandı. Yukarıdaki gerekçeler karşısında şimdilik böyle bir genellemeye katılma olanağı bulamıyoruz. Avukatlık büroları, özel yaşamların tortulandığı alanlar. Belki zaman içerisinde gizliliğin öne çıktığı benzer mesleklerin işyerleri de, Sözleşme’nin 6. maddesiyle bağlantı kurulmaksızın, 8. madde kapsamında değerlendirilebileceklerdir. Ancak Niemiets kararından yola çıkarak, mahkemenin bütün işyerlerini konut dokunulmazlığı içinde değerlendireceğini ileri sürmek, şimdilik doğru bir yönlendirme olmayacaktır.

2. Mahkemece Suçlanan Savunmanın Yargılanması

Avukat Kyprianu, Asliye Ceza Mahkemesi’nde yargılanan bir sanığın savunmanlığını üstlenmişti. Dinlenmekte olan bir tanığın çapraz sorgulanması sırasında tanığa bazı sorular yöneltilmesi, yargıçların olumsuz tutumu ile engellendi. Bu müdahale nedeniyle çok gerginleşen avukat, ayrılmayı düşündü. Ancak böyle bir davranışın savunmanlığını aldığı sanığın zararına olabileceği görüşüyle üzerinde durduğu konuları açıklayabilmek için

mahkemenin kendisine bir kez daha olanak tanınmasını istedi. Yargıçların, bu girişimi de geri çevirmeleri üzerine aralarında sert tartışmalar çıktı. Aynı yargıçlar, mahkemenin saygınlığına aykırı düşen davranışları nedeniyle suçlu buldukları Avukat Kyprianou'ya beş gün hapis cezası verdiler. Sanık savunmanı olarak girdiği mahkeme salonundan mahkum olarak ayrılan avukatın üst mahkemeye yönelttiği itirazları sonuç vermedi ve kararlaştırılan hapis cezası onanarak kesinleşti.

AİHM bu olayı, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1, 2 ve 3/a bentleri kapsamında ayrı ayrı değerlendirdi.

Mahkemeye göre, ceza mahkemesi önünde görülmekte olan bir davada savunma görevini yerine getiren avukatın, yargıçları küçümseyerek hakaret oluşturan davranışlar içerisine girmesinin, Sözleşme'nin 6. maddesinde korunan adil yargılanma güvenceleri kapsamında bulunmadığı tartışılmayacak kadar açıktır. Duruşma sırasında çıkan olaylar nedeniyle kendilerinin taraf konumunda bulduklarını ve yansız kalamayacaklarını ve düşünmeyen yerel mahkeme, yargıçları objektif değerlendirmeler yaptıkları inancıyla sanığı cezalandırmışlardır. Mahkeme, Asliye Ceza Mahkemesi yargıçlarının aralarında geçen tartışmanın yarattığı gerginlik nedeniyle sanığa karşı yansızlıklarını koruyamadıklarını gözlemiştir. Mahkemenin uyarı, disiplin yaptırımı gibi yatıştırıcı yöntemlerle gerilimi giderme olanağı varken cezalandırdığı avukatı alelacele cezaevine göndermesi bu ölçüsüz tutumun kanıtıdır. Davanın yeniden görülmesini sağlamak yerine yalnız hukuksal değerlendirmelerle yetinen Üst mahkemenin tutumu da Sözleşme'ye aykırılığın sürdürülmesi yönünde olmuştur. Başvurucunun temyizi de hapis cezasını önleyemediğinden, olayda mahkemenin yansızlığı yönünden Sözleşme ihlal edilmiştir.

Aralarında geçen tartışma nedeniyle ceza mahkemesi, yargıçları, karşılarındaki avukatın kendilerine karşı suç işlediği yargısına varmışlardır. Bu önyargı nedeniyle, doğrudan mahkum ettikleri kişiye özgürlüğünü koruyabilmesi için savunma hakkı bile tanımamışlardır. Kararın kesinleşmesi beklenmeksizin hapis cezası uygulanmıştır. Yerel mahkemenin bu tutumu, AİHM'ce, sanığın "*suçsuzluk karinesi*" ile bağdaşmaz bulunmuştur.

Avukat Kyprianou, hakkında açılmış bir ceza davası yokken yargılanıp mahkum edilmiştir. Yerel ceza mahkemesi, ne ile suçlandığını bile kendisine bildirmeden kararını vermiştir. Böylece sanık, kendisini savunabilmek için yeterli zaman bulamamıştır. Bu nedenle Sözleşme'nin 6/3 (a) bendi de ihlal edilmiştir. (Kyprianou/Kıbrıs, 2004)

Bir çok ülkenin yasalarında, mahkemenin yargılama düzenini bozan, olay çıkaran kişilerin davaya bakan yargıçlarca cezalandırılıp tutuklanabi-

leceklerine ilişkin yaptırım ve yöntem kuralları bulunabilmektedir. Kyprianou olayında izlendiği gibi, zaman zaman avukatlar da bu tür dengesiz uygulamaların mağduru olabilmektedirler. AİHM'nin yukarıda özetlenen kararı, asıl davaya bakan mahkeme ile, duruşmanın düzenini bozan kişilerin yargılanacakları mahkemelerin birbirinden ayrılmaları gerektiğini vurgulamaktadır. Böylece kişilerin yargılandıklarının bile ayırđına varamadan, ne ile suçlandıklarını bilmeden, savunma olanağı bulmadan ön yargılı mahkemelerce cezalandırılmalarının hukuka aykırılığı somut biçimde ortaya konulmuş oldu. Sorumlu Hükümet'in ödemek zorunda kaldığı yargılama giderleri ve 15.000 Euro manevi giderimin Avukat Kyprianou'nun yitirdiklerini karşılamaya yeterli gelmeyeceğini biliyoruz. Ancak kendi adını taşıyan böylesine yol gösterici bir kararın gerçekleşmesini sağlamak, gelecekte de anımsanacak önemli bir başarıdır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

AİHM kararlarının Türkçe çevirileri için aşağıda belirtilen yayınlardan yararlanılmıştır. Bazı kararlar da Avrupa Konseyi'nce dönemsel olarak yayınlanan Bülten'den özetlenerek alınmıştır.

DİNÇ, Güney, *İnsan Haklarına Uzanmak*, Say Yayınları, İstanbul, 1986.

DOĞRU, Osman, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları I*, TC Adalet Bakanlığı, Ankara 2003.

DOĞRU, Osman, *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi*, Cilt 3, İstanbul Barosu, İstanbul, 2000.

DOĞRU, Osman, *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi*, Cilt 2, İstanbul Barosu, İstanbul, 1998.

DOĞRU, Osman, *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi*, Cilt 3, İstanbul Barosu, İstanbul, 1998.

DOĞRU, Osman, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Rehberi*, (1960-1994), İstanbul Barosu, İstanbul, 1999.

GÖLCÜKLÜ, A. Feyyaz - GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 3. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.

Hukuk ve Toplum Dergisi, İstanbul 2003.

KILKELLY, Ursula, *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı*, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, Strasbourg, 2001.

MOLE, Nuala - HARBY, Katharina, *Adil Yargılanma Hakkı*, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, Strasbourg, 2001.