

Tarihsel Perspektifi ile Batı Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafî*

Dr. iur. Serhat Sinan Kocaoğlu**

ÖZET

Batı Medeniyeti, temellerini Antik Yunan ve Kadim Roma medeniyetleri üzerine inşa etmiştir. Tarihsel ve siyasi evrim süreci içerisinde Yahudi-Hristiyan inancı Batı dünyası hukukçularını ve haliyle de Batı hukuk sistemini birlikte etkilemiştir. Common Law ve Kıta Avrupası sistemleri bu anlayışın doğal sonucudur. 1923 yılında Cumhuriyet'in ilanından sonraki süreçte Kıta Avrupası sisteminin bir parçası haline gelmiş olan Türkiye, batı hukuk anlayışına hala adapte olmaya çalışmaktadır. Bu yüzden ülkemizin hukuk akademisyenleri ve uygulamacıları, hukuk kurumlarına Batının tarihsel bakış açısı ile bakabilmek mecburiyetindedirler.

Bundan dolayı, elinizdeki çalışmada savunma hakkı ve müdafî gibi iki önemli ceza muhakemesi olgusuna yukarıda açıklanmış olan merceğe vasıtası ile bakmaya çalıştık. Ülkemizde müdafîlik tekeli avukatlık mesleğine ait olduğu için, avukatlığı ve onun meslek örgütü olan baroları da bu araştırmaya dahil etmek bir gerekliliktir.

Anahtar Sözcükler: Antik Yunan, Şehir Devletçikleri, Roma İmparatorluğu, Savunma Hakkı, Ordeal ile Yargılanma, Yemin, Logographos, Advocatus, Patronus, Subscriptores, Orator, Rhetor, Barolar, Hukuk, Avukat, Cicero, Engizisyon, Katolik Kilisesi, İtham Sistemi, Tahkik Sistemi, İşbirliği Sistemi, Common Law, Civil Law, Anglo-Saxon, Continental Europe, Hakim, Savcı, Müdafî.

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Avukat, Ankara Barosu. LL. M. (Brussels), LL. D. (Ankara).

***Right to Defense & Counsel For the Defense
In the Western Historical Perspective***

ABSTRACT

Western civilization finds its very roots in the Ancient Greek city states as well as the Roman Empire. Through the historical and political evolution process the Judeo-Christian belief affected the western jurists and thus the legal system together. Two most important legal systems namely the Adversarial (Common Law) and the Inquisitorial (Civil Law) systems were natural results of this mindset. Turkiye, as being a part of the Continental Europe, has been trying to adapt herself to the western understanding of law since 1923, i.e. the proclamation of the Turkish Republic. Hence it is a prerequisite for the Turkish legal scholars and law practicers to have an in dept understanding of the Turkish legal institutions in its western historical perspective.

In this study we tried to put the right to defense and the counsel for the defense under the aforementioned historical lens. However in order to achieve this goal, it was peremptory for us to focus on the development of the concept of professional advocacy.

Key Words: *Ancient Greece, City States, Roman Empire, Right to Defense, Trial by Ordeal, Oath, Logographos, Advocatus, Patronus, Subscriptores, Orator, Rhetor, Bar Associations, Lawyer, Law, Cicero, Inquisition, Catholic Church, Common Law, Civil Law, Anglo-Saxon, Continental Europe, Judge, Prosecutor, Counsel for the Defense.*

I. Genel Olarak

Kavramlar da insanlar veya devletler gibi doğar ve evrimleşirler. Olgusal olarak ceza muhakemesi, savunma ve müdafii kavramları da tarih içerisinde değişik toplumlarda farklı şekillerde oluşmuş, süreç içerisinde toplumların birbirleri ile olan ilişkileri neticesinde bir takım ortak ve benzer usullere sahip olmuştur.

Savunma ceza muhakemesinin içerisinde var olan bir kurumdur. Ceza muhakemesi ile savunma arasında adeta organ-organizma ilişkisi vardır.¹ Zira ceza muhakemesinin tarihsel evrim süreci içerisinde savunma hakkı ve savunma kurumunun gereklerini toplumsal amaçlarla yerine getiren kimse olan müdafii de ileriye gitmiş ya da gerilemiştir.²

Antik çağların en sofistike ceza yargılama sistemleri ve haliyle de ceza savunması Yunan ve Roma'da hayata geçmişti.³ Batı Medeniyeti ve bu medeniyetin doğal sonucu olan Batı hukuk sistemi, kendisini tarihsel olarak Greko-Romen ve kültürel olarak da Judeo-Christian temeller üzerine inşa etmiştir. 1839 Tanzimat Fermanı'nı ile başlayarak kendisini Batı Medeniyeti'nin bir parçası olarak konumlandırmaya çalışan Osmanlı Devleti, 1923 yılında Cumhuriyetimizin kuruluşu ile birlikte Batı Hukuk Sistemine dâhil çeşitli ülkelerden pek çok kanun iktibas ederek, bütün hukuk sistemini Kıta Avrupası hukuk metodolojisinin üzerine bina etmiştir.

Yunan ve Roma uygarlığında kabul edilen usul sistemi aşağıda ayrıntısıyla inceleyeceğimiz üzere "itham sistemiydi".⁴ Belirtmeliyiz ki itham sistemi sayesinde savunma mesleği gelişmişti.⁵ Buna ek olarak, Yunan ve Roma hukukları yazılı kaynakların yoğunlaştığı dönemlere ait oldukları için, avukatlık mesleğinin de şekillenmeye başladığı evrelerdir.⁶ Dolayısıyla tarihsel olarak Antik Yunan şehir devletçiklerinden başlayarak savunma hakkının ve müdafiiin olgusal-kavramsal gelişimini irdelemenin bu kavramların günümüzdeki yerini daha iyi anlayabilmemiz ve bu kavramları daha olumlu yöne doğru geliştirebilmemiz için elzem olduğu düşüncesindeyiz.

II. Antik Yunan Hukukunda Müdafii

Antik Yunan'da M.Ö. VII. Yüzyıl'da Solon, bireylere ve devlete karşı saldırılarda, her vatandaşa bir takım suçları itham edebilmesi hakkını tanımıştır.⁷ Haliyle

1 CENTEL Nur Başar, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii", Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1984, s. 21.

2 *Ibid.*

3 GOLDBERG Nancy Albert- HARTMAN Marshall J., "The Public Defender in America", "The Defense Counsel", Editor: William F. MCDONALD, Sage Publications, California, 1983, s. 68.

4 EREM Faruk, "Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi", Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 47, Sayı: 2, Ankara, Nisan 1990, s. 211.

5 *Ibid.*

6 *Ibid.* s. 206.

7 CALHOUN George Miller, "The Growth of Criminal Law in Ancient Greece", Third Printing (2008), The Lawbook Exchange Ltd., Clark, New Jersey, 1999, s. 6.

itham hakkının tanınması ile birlikte, kendini bu ithama karşı savunma hakkı da doğup gelişmeye başlamıştır. Bu bağlamda M.Ö. 399'da ise kendisini bir halk mahkemesinin önünde sözü kesilmeden ve tam bir özgürlük içerisinde savunabilmiş olan Sokrates'in ve hatiplik sanatının ilk güzel örneklerinin verildiği Antik Yunan'da savunma kurumunun altın çağını yaşadığı belirtilmektedir.⁸

Ceza davasının açılmasının yani ithamın yapılmasının bir kamu görevlisine değil de sıradan vatandaşa tanınması Atina şehir devletinde bir kural haline getirilmişti.⁹ Bu itham, esasında vatandaşlığı iade edilmişlerden olmayan her özgür erkek demek olan “**dileyen herkes**” (*ho boulomenos*) tarafından, halka açık alanda başkasına ait malın hırsızlığı eyleminin suçüstü halinde yakalanmasının soruşturulması veya hak etmediği bir yetkiyi kullanan kişinin yakalanması gibi “**toplumsal dava**” (*dikai demosiai*) veya ithamcının kişisel olarak aldatıldığının iddia edilmesi gibi “**özel dava**” (*dikai idiai*) yöntemi ile iki şekilde yapılabilirdi.¹⁰ Antik Yunan'da geçerli olan jüri ile yargılanma sisteminin temelinde, ithamcı ve savunan tarafların tansiyonu yükselterek kontrol dışına çıkmadan dikkatlice yapılması gereken hitabet sanatına dayanmaktaydı.¹¹ Her sene yaşı 30'un üzerindeki vatandaşlardan oluşan 6000 kişilik bir “**halk jürisi**” (*dikasteria*) seçilirdi ve görülecek davanın niteliğine göre yargılamaya katılacak jüri sayısı değişirdi.¹² Antik Yunan'ın ilk dönemlerinde “**çile ile imtihan edilme/yargılanma**” (*trial by ordeal*) suçun tespiti için kullanılan önemli bir yöntemdi.¹³ Örneğin su ile yargılanmada sanık eğer batarsa, bu durum sanığın suçsuz olduğunu delili olarak sayılmaktayken, suyun üzerine yükselme yani su tarafından reddedilme suçluluğun delili olarak kabul edilmekteydi.¹⁴ Daha sonraki dönemlerde ise ceza yargılaması yazılı delillere dayanan davanın bir jüri heyeti tarafından dinlenilmesi şeklinde yapılmaya başlamıştı.¹⁵

Antik Yunan'da tanıklara çapraz sorgu yapılması gibi bir usul olmadığı için, beyanlarının doğruluğu tanıklara jürinin önünde yemin ettirilme yöntemi ile anlaşılırdı.¹⁶ Yargılama usulü olarak yemin etmek, elzem bir durum olarak kabul

8 Centel: Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, s. 21.

9 Calhoun: s. 7. Antik Yunan'da en iyi bilinen hukuk sistemi Atina şehir devletidir (WILSON Nigel Guy, “Encyclopedia of Ancient Greece”, Encyclopedias of the Middle Ages Series, Routledge Publishing, Madison Avenue, New York, 2006, s. 418). Antik Yunan'da bilinen ilk kanunlaştırma hareketi Epizephyrii (M.Ö. 650), müteakiben Draco (M.Ö. 621/620) ve Draco'nun kanunlarının yerini cinayet suçu hariç alacak olan Solon (M.Ö. 594/593-Atina) tarafından yapılmıştır (*id.* s. 401, 418).

10 Wilson: s. 400.

11 FARENGA Vincent, “Citizen and Self in Ancient Greece: Individuals Performing Justice and the Law”, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, s. 175.

12 Wilson: s. 401.

13 Goldberg/Hartman: s. 68.

14 *Ibid.*

15 *Ibid.*

16 *Ibid.*

edildiğinden dolayı, sadece tanıklar değil yargıçlar ve davacılar da her biri kendi statülerine özel yeminlerini ayrı ayrı etmek zorundaydılar.¹⁷ Bu yüzden Homer döneminde dahi Antik Yunan'da bireyler arasındaki anlaşmazlıkları örfi usullere dayanan bir şekilde çözmeye çalışan bir ceza yargılamasının varlığından bahsedebilmek mümkündür.¹⁸

İtham eden ve savunanın (davacı ve davalı taraf), eğer açıkça kendilerini ifade edemeyecekleri anlaşılabilir kişilerden değillerse, kendilerini temsil etmeleri beklenirdi. Ancak eğer isterlerse kendi lehlerine konuşmaları için arkadaşlarını (*synegoroi*) davet edebilirlerdi.¹⁹ Kadınlar ve çocuklar en yakın ergin erkek akraba tarafından savunulurdu.²⁰ İtham eden kişinin hitabını, suçlanan kişinin hitabı izlerdi.²¹ Bu konuşmaları genellikle meslekleri profesyonel konuşma yazıcıları (*logographos*) yazardı.²² Konuşmaların bitmesi gereken süreyi gösteren su saati durduğunda yani konuşmalar sona erdiğinde, mahkeme kâtibi kanunları ve diğer belgeleri yüksek sesle okurdu.²³ Dava için bir delil kaynağı olmaktan çok, tarafların destekçisi niteliğinde olan tanıklar sözlü olarak beyanlarda bulunabilirlerdi ve bunların sorgulanmasını sadece duruşmaya çağırılmış olan taraf yapabilirirdi.²⁴ Vatandaşlık hakkı geri alınmışlar, kadınlar ve çocuklar tanık olarak çağırılmazdı.²⁵ Kölelerin tanıklığı ise, uygulamada az görülmekle beraber, ifade ancak iki tarafın anlaşması üzerine işkence ile alınırsa kabul görürdü.²⁶ Daha sonra bir suçluluğu, diğeri de suçsuzluğu simgeleyen iki kapdan birisine jürinin kanaatini belirten çakıl taşını atması ile yargılama sona ererdi.²⁷

Özetle Antik Yunan'da genel bir kural olarak hem ithamcı ve hem de suçlananın kendi adına konuşma yapması gerekmektedir.²⁸ Temsil edilmek üzerine bilinen herhangi bir yasaklanma yoktu ancak bu durum gelenek olarak pek hoş karşılanmıyordu.²⁹ Tarafların daha sonra duruşmada kendisinin okuyacağı bir konuşma metnini bir tür yazıcı veya arzuhalci sayılan "*logographos*"lara hazırlatmak veya kendisine destekçi konuşmalar yaparak su saatinde kendisinin kul-

17 PLESCIA Joseph, "The Oath and Perjury in Ancient Greece", Florida State University Press, Florida, 1970, s. 101.

18 Calhoun: s. 1.

19 Wilson: s. 401.

20 *Ibid.*

21 *Ibid.*

22 *Ibid.*

23 *Ibid.*

24 *Ibid.*

25 *Ibid.*

26 *Ibid.*

27 *Ibid.*

28 BAUMAN Richard A., "Political Trials in Ancient Greece", Routledge Publishing, New York, 1990, s. 7.

29 *Ibid.*

lanmadığı süreyi tüketmek üzere duruşmaya “*synegoroi*” leri çağırarak gibi iki seçenekleri mevcuttu.³⁰ “*Synogoros*”lar ya kısa bir “*son söz*” (epilogue) söylerlerdi veya önemli davalarda kendisine vekâlet veren tarafın ana konuşmada öne sürdüğü noktaları öne çıkartırlardı.³¹

Neticede, “*logographos*”lar, birer “avukat” haline geldiler ve böylelikle bilinen ilk baro Atina’da kurulmuş oldu.³² Fakat, avukatlığı sadece hür kişiler icra edebilirlerdi.³³ Yani esirlerin (kölelerin) avukatlık yapma hakkı yoktu.³⁴ Çünkü, avukatlık gibi soylu bir görevi, esirler yerine getiremezdi.³⁵ Ana babalarına saygısızlıktan cezalandırılanlar, vatan savunmasını veya bazı yasal görevleri yerine getirmekten kaçınanlar, ahlâka aykırı işlerle uğraşanlar, sefahat yerlerinde görülenler, miras yoluyla kendilerine kalan serveti lüks içinde yiyip bitirenler avukatlık yapamazlardı.³⁶ Utangaç ve mahcup oldukları düşüncesiyle kadınlar da baroya kabul edilmezlerdi.³⁷

III. Roma Hukukunda Müdafî

Erken Roma Dönemlerinde suç kavramı insan ile tanrılar arasındaki ilişkinin bozulması olarak tanımlanıyordu.³⁸ Bu yüzden savunma yapılmasında rahiplerin yardımı savunmanın gerçekleştirilmesi için gerekli görülüyordu.³⁹ Daha sonraları Roma hukuk sisteminin gelişmeye başlaması ile kamu avukatı rahiplerin yerini aldı.⁴⁰ Böylelikle avukatlar zamanla ceza yargılamasında hukuki danışmanlığa ihtiyacı olan kişilere tavsiye vermeye ve onları davalarda savunmaya başladı.⁴¹

30 *Ibid.* M.Ö. 5. Yüzyıl’da Atina’da yaşamış olan Antiphon, bilinen ilk ve en en meşhur *logographos*’tur (*id.*).

31 *Ibid.* *Logographos*’lara savunma yazdıran kişilerin genelde okuma, yazma bilmedikleri ve hitabet sanatlarında da iyi olmadıkları düşünülünce, *logographos*’ların yazdıkları savunmaları duruşmada kimin okuduğu sorusu akla gelmektedir (WORTHINGTON Ian, “Greek Oratory and the Oral/Literate Division”, “Voice Into Text: Orality and Literacy in Ancient Greece”, Editor: Ian WORTHINGTON, Mnemosyne, Supplements Series, Volume: 157, E.J.BRILL Print House, Leiden, The Netherlands, 1996, s. 165–179). Eğer *logographos*’un yazdığı savunmayı bir *synegoros* okumayacaksa, bu yazılı savunmanın birisi tarafından yüksek sesle suçlanan kişiye yüksek sesle tekrar edilerek okunduğu ve böylece savunmanın sözlü bir şekilde suçlanan kişiye öğretilerek, bu şekilde yazılı metni öğrenen kişinin duruşmada savunmayı hafızasından yaptığı tahmin edilmektedir (*id.*).

32 YILMAZ Ejder, “Bir Meslek Olarak Dünden Yarına Doğru Avukatlık”, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 44, Sayı: 1, 1995, s. 193. Ayrıca benzer açıklamalar için bkz. Erem: Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi, s. 206, 207.

33 *Ibid.*

34 *Ibid.*

35 *Ibid.*

36 *Ibid.*

37 *Ibid.*

38 Goldberg/Hartman: s. 68.

39 *Ibid.*

40 *Ibid.*

41 *Ibid.*

Ancak, bu dönemde taraflar mahkeme salonunda hiçbir zaman yüzleştirilmiyorlardı ve tarafların kölelerine tanık kürsüsünde işkence yapılarak gerçeğe ulaşılmaya çalışılıyordu.⁴²

Yargılama jürinin seçilmesi, yemin etmesi ve ithamcının suçlamanın doğası ve delillerin niteliğini açıkladığı bir konuşma ile başlardı.⁴³ Duruşmada genellikle birkaç tane “**ithamcı**” (*subscriptores*) olurdu ve bu durumlarda, eğer isterlerse, her bir ithamcı ayrı ayrı konuşabilirdi.⁴⁴ İtham adına yapılan bu konuşmaları savunma adına yapılacak konuşmalar izliyordu. Bu durumda savunma adına sanığın şahsen kendisi ya da seçmiş olduğu *patronus* veya *patroni* konuşabiliyordu.⁴⁵ Bu konuşmalar çok uzun olduğu için, Antik Yunan ceza muhakemesine benzer şekilde, mahkemeye *clepsydra* denilen ve belirli bir zamanda içindeki suyu altındaki delikten boşaltan kovalardan oluşan su saatleri getiriliyordu.⁴⁶ Böylelikle gerek itham ve gerek savunma adına yapılan konuşmalar yargıç tarafından süre sınırlanmasına tabi tutuluyordu.⁴⁷

Roma'nın başlangıcında, bugünkü modern anlamıyla hakiki bir avukatlık hizmetinden söz edilemez.⁴⁸ Taraflar, savunmalarını kendileri yapabilecekleri gibi, davadan önce veya dava sürecinde kendilerine tavsiyelerde bulunan ve duruşmada kendilerini savunan bir kişi (*patronus, advocatus*) aracılığı ile de yapabilirlerdi.⁴⁹ Cumhuriyet döneminde *advocatus* kavramı davacıya duruşmada tavsiyede bulunmak için mahkemeye giden davacının arkadaşı için kullanılıyordu.⁵⁰

42 *Ibid.*

43 BURDICK William Livesey, “The Principles of Roman Law and their Relation to Modern Law”, The Lawbook Exchange Ltd, Clark, New Jersey, 2004, s. 690.

44 *Ibid.*

45 *Ibid.* s. 690, 691. İlk dönemlerde sadece patrisienler ile din adamları din kurallarını bildikleri için bir patron bir plebe yardımı kabul ederse onu her alanda korur ve adalet huzunda savunurdu ve bu bir patron için en onurlu vazife olarak kabul edilirdi (Erem: Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi, s. 208). M. Ö. 350’de, patrisien Appius Cladius’un yardımcısı Caius Flavius, onun evrak ve formüllerini gizlice aldı ve kitap halinde yayımladı. Hal böyle iken patron ile pleb (müşteri) arasındaki ilişkiler de zayıflamış olduğu için plebler, kendilerini savunacak olanları yani müdafilerini diledikleri gibi seçmekte özgür hale geldiği için “patron”un yerini, “avukat” aldı (*id.* 209; Yılmaz: Bir Meslek Olarak Düünden Yarına Doğru Avukatlık, s. 195).

46 *Ibid.* s. 691

47 *Ibid.*

48 Yılmaz: Bir Meslek Olarak Düünden Yarına Doğru Avukatlık, s. 194.

49 MOUSOURAKIS George, “The Historical and Institutional Context of Roman Law”, Laws of the Nations Series, Ashgate Publishing Ltd., Hampshire, England, 2003, s. 212. *Patronus causae*, daha çok erken Roma dönemlerinde ve *advocatus* yerine kullanılmış bir terimdir (Berger: s. 623). Bu terimlerin Roma Cumhuriyet ve İmparatorluk Dönemlerinde kullanımları için bkz. *infra note* 422.

50 SHERMAN Charles Phineas, “Roman Law in the Modern World”, Volume: 2, The Boston Book Company, Boston, 1917, s. 451. Doğu Roma (Bizans) döneminde bugünkü anlamda kullanılmaya başlanmış olan “**avukat**” adı ise, özellikle cinayet davalarında, sanıkların, yanlarında bulunmaları ve kendilerine yardımcı olmak üzere arkadaşlarını çağırmaları durumunu betimleyen “**advocare**” kelimesinden gelmektedir (Yılmaz: Bir Meslek Olarak Düünden Yarına Doğru Avukatlık, s. 194).

Bu kişiler M.Ö III. Yüzyılın ortalarına kadar profesyonel avukatlar değillerdi.⁵¹ Erken Roma döneminde sadece rahiplerin ve daha sonra dönemlerde teorik olarak her Roma vatandaşının yapabildiği ancak genellikle senatörler ve yüksek sınıftan kişiler tarafından icra edilen bir görev olan *advocatus*, M.S. II. Yüzyıl'dan sonra sadece retorik ([Lat.]*oratores*: hitabet; güzel konuşma) sanatında özel eğitim gören kişilerden (*orator, rhetor*) seçilmeye başladılar.⁵² Bu yüzden Cumhuriyet Döneminde gerek ceza ve gerek hukuk yargılamalarından avukatlık mahkemelerde hatiplik ve ikna yeteneğinin en güzel örneklerinin sergilendiği bir meslek haline geldi.⁵³ Bundan dolayı davalarda başarılı bir avukat olmak, parlak bir siyasi kariyerin kapısını açacak bir anahtar olarak algılanmaya başladı.⁵⁴ Bu kişiler her ne kadar hukuk mesleğinin içinde algılansa da teknik anlamdaki hukukçulardan (*jurist*) oldukça farklıydılar.⁵⁵ Cumhuriyet Dönemi'nde Çicero (*Cicero*), Princi-pate Dönemi'nde ise Pliny (*Plinius*) önemli ceza ve hukuk davalarında görev yapan *advocatus* mesleğinin temsilcileriydi.⁵⁶ *Orator* veya *advocatus* konumundaki kişiler isterlerse elbetteki hukuk öğrenimi alabilirdi.⁵⁷

Ancak genellikle bu kişilerin hukuk bilgileri güçlü değildi.⁵⁸ Her ne kadar mesleğin icra edilebilmesi için hukuk eğitiminin gerekliliğini savunan "*rhetor*"lar bulunsa da, uygulamada genellikle normal şartlarda dava vekili olan kişi davayı bir hukukçu (*jurist*) veya uygulamacıya (*pragmaticus*) gösterip davayla ilgili hukuki bilgi edinirdi.⁵⁹ Roma'da, her ne kadar mesleğe *orator* veya *advocatus* olarak başlamış "*jurist*"ler de mevcut olmuş olsa da, mesleğin ustaları sayılan Çicero ve Quintilian dâhil olmak üzere, hukukçuluk (*jurist*) mesleği *orator* veya *advocatus* mesleğinden aşağı olarak görülürdü.⁶⁰

Romalı bir avukat her hukuk davasına başlarken adaletin zaferini sağlamak, müvekkilinin haklarını eksiksiz savunmak, dürüstlük yolundan ayrılmamak üzere yemin ederdi.⁶¹ Lakin, suç zaten haksız bir hareket olduğu için ceza davalarında avukat yemin etmezdi.⁶²

51 *Ibid.* Hukukçu Ulpian'ın anlatımıyla, kadınların bu görevleri üstlenmeleri Praetor emriyle yasaklanmıştı (*id.* s. 452). "Cumhuriyet döneminde *patronus causae*, suçlanan bir kişiyi savunmak amacıyla konuşan kişiydi. *Advocatus* ise sırf hukuk davalarında kişiye tavsiyede bulunan bir arkadaşıydı. İmparatorluk Dönemleri'nde *advocatus* müşterisi lehine davalarda savunma yapan kişi haline gelmiştir" (Burdick: s. 691, dn. 64).

52 Mousourakis: s. 212.

53 *Ibid.*

54 *Ibid.*

55 SCHILLER Arthur A., "Roman Law: Mechanisms of Development", Mouton, Publishers, Malta, 1978, s. 281.

56 *Ibid.*

57 *Ibid.*

58 *Ibid.*

59 *Ibid.*

60 *Ibid.*

61 Erem: Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi, s. 209.

62 *Ibid.*

Klasik dönem sonrası Roma'da yargılama esnasında deliller ikame edilir, ve taraflar iddialarını mahkemeye genellikle “*advocates*”leri aracılığı ile sunardı.⁶³Sözlü tanıklık ve bununla kıyaslandığında daha muteber kabul edilen yazılı deliller ile ispat geçerliydi.⁶⁴ Yazılı delil kategorisi bir kamu otoritesinin tuttuğu belgelere (*insinuatio actis*) veya taraflardan birisinin talebi ile ilgili kamu bir organının huzurunda hazırlanmış olan belge (*apud acta*) gibi çeşitli kamu kayıtlarına (*instrumenta publica*) yahut çeşitli kişisel yani özel kayıtlara dayanmaktaydı.⁶⁵ *Instrumenta publice confecta* olarak adlandırılan bu özel kayıtlar, noterler (*tabelliones*) tarafından hazırlanan belgeler, yazılı beyanlar (*cautiones*), mektuplar (*chriographa*) ve benzeri kayıtları kapsıyordu.⁶⁶ Tanıklar mahkeme tarafından çağrılmakta ve genelde kendilerinden duruşmada hazır bulunacaklarına dair kefil isteniyordu.⁶⁷ Tanıklar mahkeme başkanı tarafından sorguya çekilmekte ve tanıkların cevapları kaydedilmekteydi.⁶⁸ Tanıkların doğruyu söyleyeceklerine dair yemin etmeleri gerekiyordu.⁶⁹ Duruşmada karakter tanıklığına izin verildiği gibi, tanınmış kişilerden gelen suçlanan kişinin muteber bir insan olduğuna şahadet eden mektuplar da okunabilirdi.⁷⁰ Ayrıca, açılış konuşmalarından sonra ve fakat delillerin sunulmasından önce, ithamcı ve suçlanan kişi (veya *patronus*) arasında suçlama ve bu suçlama ile ispat edilmek istenilen meseleye dair soru ve cevaplara dayanan bir atışma (*altercatio*) evresi de yaşanırdı.⁷¹

Her ne kadar yargılamanın hemen bitirilmesine yol açmasa da, diğer bütün delil türleri arasında ikrarın oldukça özel bir konumu vardı.⁷² Bir diğer delil ise, her ne kadar değeri ve önemi yargıç tarafından takdir edilse de, “yemin”di.⁷³ Taraflardan birine yargıcın emri ile yemin verdirilebileceği gibi (*iusiurandum iudiciale*), taraflardan birisinin yemini diğer tarafa yargıcın onayını alarak dayatması (*iusiurandum in iure* veya *necessarium*) ile de verdirilebilirdi.⁷⁴ Mahkeme başkanı, delillerin değerlendirilmesinde oldukça geniş bir özgürlüğü olduğu gibi, duruşmalarda çok etkin bir rol oynardı.⁷⁵ Ancak yargıç bir devlet memuru olmasının neticesinde hiyerarşik olarak amirlerinin emirleri ile de bağlıydı.⁷⁶

63 Mousourakis: s. 370; Burdick: s. 691.

64 Mousourakis: s. 370.

65 *Ibid.*

66 *Ibid.*

67 *Ibid.*

68 *Ibid.*

69 Burdick: s. 691.

70 *Ibid.*

71 *Ibid.*

72 Mousourakis: s. 370, 371.

73 *Ibid.*

74 *Ibid.* s. 371.

75 *Ibid.*

76 *Ibid.*

Cumhuriyet döneminde “*advocates*”ler hizmetlerine karşılık herhangi bir ücret almazlar da, Principlate döneminde tedricen ücret almalarına müsaade edilmiştir.⁷⁷ Bu dönemde “*jurist*”lerin aksine “*advocatus*” ve “*orator*”ların savunma hizmeti karşılığında ücret almaya başladıklarının altı çizilmelidir.⁷⁸ M.S. 359 yılından itibaren Roma’da avukatlar topluluklar halinde örgütlenmeye başladı.⁷⁹ Bu örgütlenmeden daha sonralarında ise en kıdemli avukatı başkanı sayıldığı ve üye sayısı sınırlı olarak resmen belirlenen barolara rastlanılmıştır.⁸⁰

IV. Ortaçağ ve Yakınçağ Avrupa Hukukunda Müdafî

(Muhakeme Süjeleri Arasındaki İlişkiye Göre Savunma Hakkının Gelişimi ve Müdafî)

1. Genel Olarak

Tarihsel süreç içerisinde iddia, savunma ve yargılama makamları ceza muhakemesi sistemi içerisinde bugünkü buldukları özel konumlarına adeta evrimleşerek gelmişlerdir. Bu evrim içerisinde, daha ilk başlangıçta, ceza vermenin devlete ait bir yetki olarak kabul edilmediği ilkel toplumlarda suçluların cezalandırılması bireysel ölçüde ya da yargılama olmadan infaz gibi uygulamalarla bireylerin veya toplumun keyfi metotları ile sağlanılmaktaydı.⁸¹ Bu yüzden bu dönemde herhangi bir ceza muhakemesinin ve haliyle de herhangi bir ceza muhakemesi süjesinin varlığı kabul edilememektedir.⁸²

Zamana, mekâna ve içinde buldukları topluma göre ceza muhakemesinin üç süjesinin hak, yetki ve yükümlülükleri devlet ve toplum ile bireyin çıkarları arasında kurulmak istenen denge neticesinde oluşmuştur.⁸³ Aşağıdaki kısa incelemede anlaşılacaktır ki, Eski Yunan ve Roma’yla başlayan müdafîlik/avukatlık mesleğinde, Ortaçağ’da hiçbir gelişme görülmemiştir.⁸⁴ Çünkü bu çağ suçların işkence ile itiraf elde edilen ve “savunma hakkı”na karşı olan bir çağ idi.⁸⁵ İtham sistemini kabul eden Yunan ve Roma hukukunun aksine, Ortaçağ’da Engizisyon kabul edildiği için yeni yeni tomurcuklanmaya başlamış olan müdafîlik/avukatlık

77 Berger: s. 352.

78 Schiller: s. 281.

79 Erem: Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi, s. 210.

80 *Ibid.*

81 Koca: s. 7.

82 *Ibid.*

83 CENTEL Nur-ZAFER Hamide, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, 5. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s.104; KUNTER Nurullah, “Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku”, 7. Bası, Kazancı Matbaacılık Sanayi, İstanbul, 1981, s. 45,46; TOROSLU Nevzat-FEYZİOĞLU Metin, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Savaş Kitap ve Yayınevi, Ankara, 2006, s. 39.

84 Erem: Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi, s. 210.

85 *Ibid.*

mesleği adeta ortadan silinmiş ve yok olmuştur.⁸⁶ Bu dönemde müdafilik/avukatlık mesleğinde oluşan kayda değer en önemli gelişmeler Rönesans esnasında avukatların “**yumuşak, sakin, Tanrı’dan korkan, hakikati seven**” olarak tanımlanması ve Fransız temyiz mahkemeleri (parlaman/parlement) kurulunca başka şehirlere giderek savunma yapmaları nedeniyle, avukatların halk arasında “**adaletin gezici şövalyeleri**” olarak adlandırılmalarıdır.⁸⁷

Yine de ortaçağ ve erken yakınçağ dönemindeki ceza muhakemesi sistemlerinin incelenmesinin, savunma hakkı ve dolayısıyla müdafiliğin gelişimi üzerine bizlere ipuçları vereceği kanaatindeyiz. Ortaçağ ve yeniçağda muhakeme sülheleri arasındaki ilişkiye göre sırasıyla itham, tahkik ve işbirliği olmak üzere üç ana sistem oluşmuştur. Aşağıda bu sistemlerin özelliklerini özetle açıklamaya çalıştık.

2. İtham Sistemi (Taraf Muhakemesi)

Bilinen ilk ve en eski ceza muhakemesi sistemi olan itham sistemi, gerçeğin araştırılmasını bireylerin şahsi meselesi olarak ele alan ve bundan dolayı da daha çok günümüzün medeni muhakemesi ile benzeşen bir yargılama sistemiydi.⁸⁸ Bu sistemde, bireysel iddia ve savunma makamları, yargılama makamından daha baskın olarak kurgulanmıştı ve maddi gerçek değil sadece şekli gerçek önemliydi.⁸⁹

Ortaçağın ilk yarısında kamu otoritesinin zayıflığından dolayı suç olgusunun toplumu değil, sadece bireyleri ilgilendirdiği erken Roma İmparatorluğu’nda ve Avrupa şehir devletlerinde uygulanan itham sisteminde, kişisel intikamın işlenen suçların tek yaptırımını olduğu kabul görmekteydi.⁹⁰ Tarihsel ilk şekilden çokça ödün verilmiş bir şekilde hala öz olarak Anglo-Sakson hukukunda ve bu hukuku model olarak alan ülkelerde uygulanan itham sisteminde, bir kişinin cezalandırılabilmesi için başka bir kişi tarafından suçlanarak itham edilmesi ve itham eden kişinin ithamının gerçekliğini ispat etmesi esası uygulanmaktadır.⁹¹

86 *Ibid.* s. 211.

87 *Ibid.*

88 Kunter s. 46; SOYASLAN Doğan, “Ceza Muhakemeleri Usulü Hukuku”, Yetkin Yayınları, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Ankara, 2007, s. 66; ÖZTÜRK Bahri - ERDEM Mustafa R. - ÖZGE Sırma - SAYGILAR Yasemin F., “Ceza Muhakemesi Hukuku-Temel Bilgiler”, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Yenilenmiş 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 5; EREM Faruk, “Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku”, Işın Yayıncılık, Altıncı Baskı, Ankara 1986, s. 61; Toroslu/Feyzioğlu: s. 40.

89 Zafer: Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu, s. 262.

90 Kunter s. 46; Soyaslan: s. 66, 67

91 Toroslu/Feyzioğlu: s. 40. Tosun, öğretinin geneli gibi, itham sisteminin, demokratik prensiplerin ceza yargılamasına etkili olmasının neticesi olduğunu düşünmektedir (TOSUN Öztekin, “Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Genel Kısım”, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1608-Hukuk Fakültesi Yayınları No: 353, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll.Şti, İstanbul, 1971, s. 49). İtham sistemi ve demokrasi ilişkisi üzerine en olumlu görüş ise, tahkik sisteminin kalıntılarını taşıyan işbirliği sistemini terk edip tamamıyla itham sistemine dönülmesini savunan Erem’den gelmektedir (bkz. Erem: Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku, s. 27–31; 60–66).

İtham sisteminin belli başlı özellikleri şu şekilde özetlenebilir:⁹²

- i. Ceza muhakemesi sistemini harekete geçirmek için bir özel şahsın ithamda bulunması gerekiyordu;
- ii. Hâkim de aynen ithamcı gibi kamu görevlisi değildi, özel bir şahıstı;
- iii. Yargılamada alenilik, çekişmelilik ve sözlülük ilkeleri geçerliydi;
- iv. Muhakeme itham eden ve edilen taraflar arasındaki münazara şeklinde geçerdi;
- v. Yargıç tarafların ortaya koyacakları deliller ile bağlıydı ve vicdani kanaatine ters bile düşse tarafların delillerini dikkate alarak karar vermek zorundaydı;
- vi. İtham eden, itham edilen ile eşitti;
- vii. Yargıç adeta maçtaki hakem konumundaydı ve suç yargıcın vicdani kanaatine göre işlenmiş veya işlenmemiş sayılırdı.

Bu sistemde, ithamda bulunan kişiler bir yandan intikam almak gibi insan doğasından kaynaklanacak saiklerle ceza muhakemesi sistemini olmayacak şekilde harekete geçirerek itham konusunda aşırı davranabilirlerken, diğer yandan korku, tatmin gibi saiklerle sistemi hiç tetiklemeyerek suçluları cezasız bırakabilirlerdi.⁹³ İtham sisteminin aşırı şekilciliğinin yumuşatılması ve tarafların muhakemede kendilerine bildirilen konuları anlayabilmeleri için, müdafilik sistemi gelişmiş çeşitli hak ve yetkilere sahip bir taraf olarak müdafî, ceza muhakemesinde var olmaya başlamıştır.⁹⁴

92 YURTCAN Erdener, “Ceza Yargılaması Hukuku”, 8. Baskı, Kare Yayınları, İstanbul, 2002, s. 43; Kunter: s. 46; Toroslu/FeYZioğlu: s. 40, 41; Soyaslan: s. 66, 67; Centel/Zafer: s. 26; Erem: Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku, s. 60-62; Tosun: s. 48, 49.

93 Kunter: s. 47; Toroslu/FeYZioğlu: s. 41.

94 ZAFER Hamide, “Faile Yardım Suçu ve Müdafîin Bu Suçtan Sorumluluğu”, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s.262. “İtham sisteminin vatanı olan İngiltere’de 18. Yüzyıl’a kadar adam öldürme, tecavüz, kundakçılık, gasp ve hırsızlık suçları gibi ciddi suçlarda yani ‘cürüm’ yargılamalarında müdafîin rolü yok denilecek kadar azdı. Hatta bu suçlardan yapılan yargılamalarda sanıkların müdafî ile irtibata geçmesi bile yasaktı. Kabahatler ve daha az ciddi suçlarda ise sanıklar müdafîye danışma hakkına sahiptiler. Suçların en büyüğü olarak kabul edilen vatanı ihanette ise, 1696 yılında, sanıklara müdafî ile savunma yapabilmeye hakkı verildi. Ancak, vatan hainliği suçlamalarından yargılanan sanıklara verilen bu hak, cürümden yargılananlara hala tanınmamıştı. Cürümle suçlanan sanıklar, davasındaki hukuki konularda veya bir savunma ileri sürebilmek için bir avukatın fikrini alabilirdi. Fakat eğer bu sanıklar iddianın delillerini sorgulamak veya bir savunma ileri sürmek isterlerse, bunu kendi başlarına yapmak zorundaydılar. Cürümün mağduru olan kişi zaten çoğunlukla iddia makamını dolduruyordu ve davasını sunabilmesi için kendisine isterse bir avukat tutabiliyordu. Fakat, uygulamada çok az mağdur böyle bir şey yapıyordu. Bundan dolayı genellikle cürüm yargılamalarında duruşmada profesyonel eğitim sahibi tek katılımcı mağdurun avukatı oluyordu. Hakimler duruşma salonunu yönetiyor ve duruşmanın kalbi olan mağdur ile mağduru suçladığı sanık arasındaki sözlü karşılaşmayı bir orkestra şefi gibi idare ediyordu” (BEATTIE J. M., “Scales of Justice: Defense Counsel and the English Criminal Trial in the Eighteenth and Nineteenth Centuries”, Law and History Review, 9 Law & Hist. Rev. 221 [1991], s. 221).

3. Tahkik Sistemi (İddia Muhakemesi) [Inquisitionsprinzip]

Ortaçağın ikinci yarısında otoriter devletlerin kurulması, devlet yapısının çok güçlenmesi ve cari olan Kilise Hukuku'nu etkisi ile itham sistemi yerini sanığı daha ziyade bir muhakeme objesi olarak gören ve Engizisyon olarak da bilinen tahkik sistemine bırakmıştır.⁹⁵ Erken Roma İmparatorluğu döneminde kölelere karşı da uygulanan tahkik sistemi, Roma Katolik Kilisesi'nin Tanrı'nın sonsuz gücünün temsilcisi olduğundan dolayı hata yapmayacağı yaklaşımından dolayı, XIII. Yüzyılda Papa III. Innocent'in emri ile kilise ceza usul hukuku olarak benimsenmiştir.⁹⁶

Tahkik sistemi, itham sistemindeki tarafsız bir yargıcın kendisine sunulan deliller arasında edilgen bir hakem konumunda olması yerine, delilleri araştıran bir konumda olmasının gerekli olduğu teorisine dayanmaktaydı.⁹⁷ Tanıkların yüzleştirilmesine izin verilmemekteydi ve iki tanığın şahadeti sanığın suçlu bulunarak cezalandırılması için yeterliydi.⁹⁸

Tahkik sisteminde yargıç re'sen tutuklama ve arama kararı verebilmekte, yalnızca araştıran ve karar veren bir yargıç ile yargıcın muhakeme faaliyetlerinin objesi durumunda olan bir sanık bulunmaktaydı.⁹⁹ Bu sistemde, gerçeği araştırarak tez, anti-tez ve sentez yapma görevi bir arada yargılama makamına verilmiş, bu duruma mukabil iddia ve savunma makamları yargılama makamına kıyasla çok sönük hale getirilip, adeta ikinci plana atılmıştır.¹⁰⁰

95 Öztürk/Erdem/Sırma/Saygılar: s. 5; Centel/Zafer: s. 105; Kunter: s. 47; Şahin: Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s. 95; Toroslu/Feyzioğlu: s. 42. Engizisyon sistemi için ayrıca bkz. SEVİĞ Vasfi Raşit, "Engizisyon Muhakeme Usulü", Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 1, 1961, s. 3 vd. Engizisyon yargıcı, "**Tanrı'nın bağımlı harap eden tilkileri yok etmeye hevesli**" kutsal görevli bir kişi olduğu için, insanların kalplerinde taşıdıkları sırrı ortaya çıkarabilmek vazifesinin zorluğu, suçlu bir kişinin cezalandırılmaması ihtimalinin gerçekleşmesinden ise yüz masum kişinin kurban edilmesini onaylayan olağanüstü yetkiler verilmesini gerektiriyordu (CHRISTENSON Ron, "Political Trials: Gordian Knots in the Law", Second Edition, Transaction Publishers, New Brunswick, New Jersey, 1999, s. 16).

96 Soyasalan: s. 54; SEVİĞ Vasfi Raşit, "Engizisyon Muhakeme Usulü ve 1670 Emirnamesi", Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 1, 1959, s. 6 ; Koca: s. 60.

97 Goldberg/Hartman: s. 69.

98 *Ibid.*

99 Centel/Zafer: s. 105. Engizisyon yargılaması, suçlanan kişinin bütün sorulara doğru olarak cevap verileceğine, bütün tanıdığı kâfirleri reddedeceğine, bütün kefaretları icra edeceğine dair bir yemin etmesi ile başlıyordu (Christenson: s. 16). Bu yeminin etmekten kaçınılması kâfirliğin, inkârcılığın ve kiliseye karşı dikbaşlılığın kabulü anlamına geldiği için kişiyi ıslah edilmesi gerekiyordu (*id.*). Bu bağlamda engizisyon tutuklularının içtenliklerinin ispatlanması için sorgulanmaları ve baskıya maruz bırakılmaları gerekliydi (*id.* s. 17). Hile ve işkence engizisyon hâkimlerinin tereddüt etmeden başvurdukları araçlardı (*id.*). İkrar elde edebilmek için kefarete olarak uzun süreli tutukluluk/hapis çok rastlanılan bir uygulamaydı (*id.*). Guillem Salavert isimli bir sanığın yapmış olduğu ikrarın uygun stardartlarda olmaması nedeniyle 1299–1316 yılları arasında tam 17 yıl hapsedildiği, en son olarak 1319 yılında yapmış olduğu ikrarın engizisyon itiraf kabul esaslarına uyduğu için 20 yıllık hapis kefaretinin engizisyon yargıcı tarafından kabul görmesi bu konuda verilebilecek tarihsel bir örnektir (*id.*). İkrarın hızlı bir şekilde elde edilmesi için bu kadar uzun sürecek bir hapsin masrafları ve sıkıntılarını çekmek yerine, sanığa doğrudan işkence yapılması engizisyon yargılamasının en belirgin karakterlerinden birisiydi (*id.*).

100 Toroslu/Feyzioğlu: s. 42; Kunter: s. 47.

Tahkik sistemini özelliklerini şu şekilde özetlemek mümkündür:¹⁰¹

- i. Yargıç savcı gibi, haber aldığı her işe re'sen el koyabilir;
- ii. Yargıç istediği her delili toplayabilir, ne iddianın ve ne de savunmanın delilleri ile bağlı değildir;
- iii. Muhakemenin her aşamasında yazılılık ve gizlilik ilkelerinin uygulanması asıldır;
- iv. Zaten ithamcı olan yargıç ile itham edilen arasında eşitlik olmadığı için, tarafsız kararlar ortaya çıkmaz;
- v. Hem soruşturmayı yapan ve hem de hükmü veren aynı kişi yani yargıç olduğundan dolayı, çelişme ilkesi ile maddi gerçeğin bulunması çabası yoktur. Bundan dolayı hatalı karar verilme riski oldukça yüksektir;
- vi. Tahkik sisteminin olumlu tarafı, davacıya gerek olmadığından dolayı suçların cezasız kalmamasıdır;
- vii. Tahkik sisteminin olumsuz tarafı ise, sanığın tamamen savunmasız durumda olmasıdır. Sonuçta, suç işlememiş kişilerin ceza alma ihtimalleri hayli yüksekti.

Tahkik isteminde sanık bizatihi bir delil aracı olarak kabul edildiği ve delillerin her türlü olanaklardan yararlanılarak bulunabileceği kabul gördüğü için, sanığın ikrarının alınması için işkence başta olmak üzere her türlü metot meşru sayılmıştı.¹⁰² İkrarı elde etmek için sanığın aşırı kaynar veya çok soğuk suya konması, zorla kızgın demir üzerinde yürütülmesi gibi teknikler kullanılırdı ve bu uygulamalar yapılırken eğer sanık masum ise zaten Tanrının sanığa hiç zarar vermeyerek onu koruyacağına inanılırdı.¹⁰³ Son sorgu esnasında yargıç, delilleri mahkûmiyet için kâfi görmezse sanığın ikrarını elde etmek için işkenceye konulmasına hükmedebilir veya yargıç delilleri sanığın beraat etmesi için yeterli görmezse yeniden tahkike karar verebilirdi.¹⁰⁴ İşkencede açıkladıktan sonra sanık ikrarını tekrarlamazsa, işkence ile alınan ikrarın değeri kalmazdı; “**suçlu**”nun ikrarını elde etmek için daha da ağırlaştırılmış işkence uygulanırdı.¹⁰⁵

101 Kunter: s. 47, 48; Toroslu/Feyzioğlu: s. 43; Centel/Zafer: s. 105; Erem: Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku, s. 62; Tosun: s. 49; Koca: 60–65; Yurtcan: Ceza Yargılaması Hukuku, s. 42.

102 Şahin: Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s. 95. Tahkik sisteminde işkence konusu ile ilgili olarak ayrıca bkz. SEVİĞ Vasfi Raşit, “X uncu Asırdan Günümüze Kadar Ceza Muhakemeleri Usulü ve Gelişmesi”, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 3, 1956, s. 325 vd.

103 Soyaşlan: s. 67. Düşüncenin ve bilimin ağır din baskısı altında olduğu Ortaçağ'da savunma esas olarak bedenseldi ve sanık “**tanrısal sınav**” da (*ordalie*) ağır işkencelere dayanabilirse, kendisini savunmuş olur ve beraat ederdi; bu yüzden bu dönemde gerçek savunma hakkının olmadığı rahatlıkla ileri sürülebilir (Centel: Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, s. 11). Antik Yunan'da farklı şekillerde yapılan bir *ordalie/trial by ordeal* uygulaması için bkz. *supra note* 13.

104 Seviğ: Engizisyon Muhakeme Usulü ve 1670 Emirnamesi, s. 41.

105 YENİSEY Feridun, “Hazırlık Soruşturması ve Polis”, Beta Basın Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1987, s. 58.

Tahkik sisteminde yani engizisyon usulünde, savunma hakkı 13.Yüzyıl'dan sonra olabildiğince kısıtlanmış ve müdafii savunma yapan değil, adeta sanığın ikrarını sağlamaya çalışan bir araç haline getirilmiştir.¹⁰⁶

Bu yüzden tahkik sisteminde gerçek manasıyla bir savunma makamından ve haliyle de müdafiden bahsedebilmek mümkün değildir. Ancak, Almanya'nın ilk ceza/ceza usul kanunu olan 1532 tarihli Carolina'nın¹⁰⁷ 88. maddesinde sanığın talebi ile hem kararın verildiği önsoruşturmada ve hem de kararın açıklandığı duruşma da müdafiden yararlanma hakkı tanınmıştır.¹⁰⁸

iv. İşbirliği Sistemi (Karma Sistem)

İtham sistemi bireysel iddia ve savunma makamlarına üstünlük tanırken, tahkik sistemi yargıçlık makamına birincil rolü tanımıştı.¹⁰⁹ Batıda Aydınlanma Çağının neticesinde, 18. Yüzyılın ikinci yarısından sonra insanın doğuştan gelen ve ayrılmaz temel hak ve özgürlüklere sahip olduğu düşüncesi ile tahkik sisteminde duyulan tepki birleşerek ceza muhakemesi alanını da doğal olarak daha iyiye doğru etkilemişti.¹¹⁰ Böylece, ortaya çıkan işbirliği sistemi bu yeni gelişen insan hakları fikirlerinin çerçevesinde itham ve tahkik sistemlerinin iyi yönlerinin alınması ile karma bir ceza muhakemesi sisteminin oluşması neticesini vermiştir.¹¹¹

Hukuk devleti fikri geliştikçe, bireysel ve toplumsal makamlar arasındaki işbirliği esasına dayanan ceza muhakemesi sistemi de gelişmiştir.¹¹² Suç şüphesi altında olan kişiler, “**suçsuzluk karanesi**” (sanığın kesin hükme kadar suçlu sayılmaması

106 Centel: Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii, s. 21.

107 Constitutio Criminalis Carolina-Die Peinliche Gerichtordnung. 1532 senesinde V.Karl zamanında yürürlüğe giren ve Engizisyon Usulünün bütün özelliklerini bünyesinde barındıran Carolina, müşterek hukukun ceza muhakemesi kurallarını oluşturmuş ve işkenceyi adeta kurumsallaştırmıştır (KOCA Mahmut, “Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1998, s. 61, 62).

108 Zafer: Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu, s.264, 265; Öztürk/Erdem/Sırma/Saygılar: s. 6.

109 Kunter: s. 48.

110 Centel/Zafer: s. 105; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu: s. 79. Mutlak rejimlerinde ve kilise hukukunda gelişmiş olan tahkik sistemi olmasaydı bütün usul hukuku itham sisteminin gelişmiş bir şekli olacağını düşünen Erem'e göre işbirliği sistemi (karma sistem) usul hukukunda bir gerileme veya bir duraksamadır (Erem: Diyalektik Açılan Ceza Yargılaması Hukuku, s. 27). Amerikan hukukçuları da benzer şekilde, Kıta Avrupası'nda uygulanmakta olan ceza yargılamasının, temeli iki karşı tarafın rekabetine dayanan bir yargılamadan çok bir kovuşturma olduğu ve tamamen yargılama makamını işgal eden hakimlerin adil ve iyi niyetli oldukları inancına dayanan engizisyonvari bir muhakeme biçimi olduğunu ileri sürmektedirler (Goldberg/Hartman: s. 69).

111 Toroslu/Fezyioğlu, s.43. Centel, sanığın ağır işkencelere tabi tutulduğu dönemden günümüze savunma hakkına ulaşmayı kültürel-demokratik gelişmenin zaferi olarak nitelendirmektedir (Centel: Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii, s. 11).

112 Kunter: s. 48; Centel/Zafer: s. 105; DONAY Süheyl, “İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku”, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2955, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 647, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 111-113.

ilkesi)/“**masumiyet karinesi**” (*presumption of innocence*), altında sanık olarak kabul edilmişlerdir.¹¹³ İşbirliği sisteminde, iddia, savunma ve yargılama makamları arasında elbirliği ile yapılan bu ceza muhakemesinde itham sistemine benzer yoğunlukta tarafların diyalogu olmadığı gibi, tahkik sistemindeki şekilde sadece yargıcın monoloğu da değildir; bilakis bu üçünün karışımının gerçekleştirdiği bir kollokyumdur.¹¹⁴

İşbirliği sisteminin özellikleri şu şekilde listelenebilir: ¹¹⁵

- i. Muhakemeyi başlatacak ve toplumsal iddia görevini yerine getirmesi için savcılık makamı ihdas edilmiştir;
- ii. Dolayısıyla yargıç, kendiliğinden işe el koyamaz ve tarafların delilleri ile de bağlı değildir;
- iii. İki safhadan oluşan ceza muhakemesinin ilk safhası olan soruşturma aşamasında tahkik sistemi gibi muhakeme yazılı, gizlidir ve çelişme sınırlıdır;
- iv. Muhakemenin ikinci safhası olan kovuşturma safhasında ise, itham sistemindeki gibi sözlülük, açıklık ve tam çelişme vardır;
- v. Sanığın hakları ve yükümlülükleri siyasi rejime göre değişkenlik ve farklılık göstermektedir.

Bugün ülkemizde ve Kıta Avrupası'nda uygulanan sistem, işbirliği sistemidir.¹¹⁶ İş-

113 Kunter: s. 48; Centel/Zafer: s. 105; Donay: İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, s. 111-113.

114 Toroslu/Feyzioğlu: s. 43.

115 Kunter: s. 49; Toroslu/Feyzioğlu: s. 43, 44; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu: s. 80; Soyaslan: 69, 70; Centel/Zafer: s.106; Erem: Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku, s. 63-66.

116 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu: s. 79; Toroslu/Feyzioğlu: s. 43; Soyaslan: s. 65; Kunter: s. 49. “**İşbirliği sistemi**” yerine “**karma sistem**” terimini kullanan Erem'e göre “İtham sisteminin büyük hususiyetlerinden biri de itham eden ile edilen arasında tam bir eşitliğin olması idi. Bugün itham, Devletin bir organı olan savcıdan gelmektedir. Bu itibarla savcı ile sanık arasında eşitliğin tam manası ile mevcut olduğu ileri sürülemez. Savcı tarafsızdır, bu hususiyeti sanık ile eşit olmamasının haklı sebebinin sağlar. İtham usulünde itham edilen bir vatandaşı ve tarafsız sayılamazdı. O halde savcılık karma (işbirliği) sisteminde makul bir üstünlük iddia edebilmek için tamamıyla tarafsız olmak zorundadır. Bu ise ancak ‘bağımsız savcılık’ teşkilatının kurulması ile mümkün olabilir. Savcıların amirini ‘Adalet Bakanı’ olarak kabul eden sistemlerde savcını tarafsızlığından daima şüphe edilmiştir ve edilecektir. Bağımlı savcının, sanığa eşit olmayan mevkie hakkının olmadığı düşünülmektedir.

Aynı şekilde, savunma, bir makam haline getirilmelidir. Karma (işbirliği) sisteminde tarafsızlığı sağlanmış bir savunma makamı mevcut olmadıkça ‘tahkik usulü’nün haksız tarafları giderilmiş olamayacaktır.

Engizisyon sisteminin bütün kalıntıları ile reddi prensip olarak kabul edilmedikçe memleketimizde ceza usulünde ideal reform mümkün olamayacaktır.

Mantığa aykırı, insanlık kurallarını savsayan karma (işbirliği) usulünün ‘bir çok uygar memleketlerde bir buçuk yüzyıl nasıl yaşayabildiği, reform teşebbüslerine nasıl karşı koyabildiği’ şartırtıcı bir gözlemdir. Engizisyondan tamamı ile kurtulma çabalarını önlemek, etkisiz hale getirmek için icat edilmiş karma (işbirliği) sistemi, taviz vererek engizisyonu yaşatabilmiştir” (Erem: Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku, s. 65).

Böylece, karma (işbirliği) sisteminin, tahkik sistemini yaşatmak için icat edildiğini, tahkik sisteminin bütün kalıntılarının ise reddedilmesi gerektiğini düşünen Erem'e, aksi görüş, tahkik sisteminin bütün kalıntıları reddedildiğinde “o zaman geriye itham sistemi kalmaz mı? Yani hâkim dava dışında kalsın, kendiliğinden delil araştırmasın, kesin hükme kadar sanık

birliği sisteminde ceza muhakemesinin nesnesi olduğu kadar öznesi de olan bireysel savunma makamı ortaya çıktığı gibi, şüpheli veya sanığın yanında ve toplumsal iddia makamının karşısında tamamlayıcı bir savunma unsuru olarak çelişmeyi sağlayacak bir toplumsal savunma makamı olarak müdafilik kurumu ihdas edilmiştir.¹¹⁷

SONUÇ

Çalışmamızda Antik Yunan ve Kadim Roma hukuk sistemlerinde ceza yargılaması mekanizmalarını; Yunan ve Roma yargılama sistemlerinin içerisinde savunma kurumunun rolünü ve savunmanın ete kemiğe bürünmüş hali olan müdafii inceledik. Araştırmalarımız neticesinde Yunan ve Roma ceza yargılamasının sistemlerinin itham sistemi yani taraf muhakemesi sistemine dayandığını tespit ettik.

İtham, tahkik ve işbirliği sistemlerinin tarihsel evrimini irdeledik. Savunma hakkının ve müdafii konumunu diğer ceza yargılaması sülhelerinin gelişimi ile mukayese ettik. Bu tarihsel karşılaştırma neticesinde rahmetli üstadımız Av. Prof. Dr. Faruk EREM'in iddia ve savunma arasındaki serbest rekabete dayanan bir ceza yargılaması muhakemesi sürecinin, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacını gerçekleştirilmesinde diyalektiği daha etkin olarak sağlayacağı tezinin doğruluğunu göstermiştir.

Bizce hukuki barışı daha etkin şekilde sağlayabilmek ve savunmanın diğer ceza muhakemesi sülhelerine nazaran daha ikincil durumda kalmasını engelleyebilmek için ceza yargılaması sistemimize itham sisteminden ödünç çeşitli kurumlar alınmalıdır. Bu teklifimiz esasen bize de ait değildir. Kıta Avrupası sistemine ait pek çok ülke, ceza yargılaması mekanizmalarına itham sisteminden ceza muhakemesi araçları ödünç alarak mevcut sistemlerini melezleştirme yoluna gitmektedirler. Örneğin İtalya'nın çapraz sorguyu tam anlamı ile ceza muhakemesi sistemine içselleştirmesi, bu yaklaşımın bir neticesidir. İşbirliği sisteminin yada Erem'in nitelendirmesi ile karma sistemin, engizisyon artığı yargılama ve iddia makamlarına güven duyulması gerektiği dogmasından itham sistemine yaklaşarak kurtulmalıdır. İtham sisteminden ne gibi araçların ödünç alınacağı ise ülkemiz hukuk araştırmacılarının çalışma konularından birisi olmalıdır.

Aksi takdirde uygulamada duruşmada savunma yapan müdafilerin sözünü devamlı olarak kesen hakimlerden oluşan Türkiye'ye mahsus ceza yargılaması sistemi ile bizlerden binlerce yıl önce medeniyet kurmuş ve sözlü savunmanın yapılması için su saatine bağlı olarak savunmanlara süre tanıyan GrekoRomen medeniyetten bile savunma hakkı ve müdafii konumu bağlamında geri kalmış bir ülke olarak yaşamaya devam etmesine artık toplum olarak izin vermemeliyiz.

tutuklanmasın. Erem bunu mu ister?" şeklinde sorarak Erem'in yaklaşımına şüphe ile yaklaşmaktadır (Kunter/Yenisey/Nuhoğlu: s. 78, dn. 11).

117 Zafer: Faile Yardım Suçu ve Müdafii Bu Suçtan Sorumluluğu, s. 265, 266; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu: s. 81.