

CEZA MUHAKEMESİNDE MÜDAFİNİN KUSURUNUN SANIĞA İSNADİYETİ*

*Prof. Dr. Hans KUDLICH***

*(Çev.) Dr. Öğr. Üyesi Serkan MERAKLI****

I. GİRİŞ

Müdafilik alanında son yıllarda artan profesyonelleşme ve uzmanlaşma ile birlikte müdafilik ile ilgili temel kuralların¹ yanı sıra müdafinin yetkilerini kullanması konusundaki (yetkilerin kötüye kullanılması dahil²) sorunlar ile müdafinin cezalandırılabilirliğine ilişkin çok çeşitli sorunlar³ ele alınmış ve bu suretle “müdafilik” konusuna akademik ilgi önemli derecede artmıştır⁴.

Burada, aşağıda, belirli şekillerde (farklı bağlamlarda) tekrar tekrar incelenen; ancak, görüldüğü kadarıyla nadiren tutarlı bir şekilde ele alınabilen bir

* Makalenin özgün ismi “Zurechnung von Verteidigerverschulden im Strafverfahren” olup Festschrift für Werner Beulke zu seinem 70. Geburtstag isimli Armağan’da s. 831 ve devamında yayımlanmıştır.

** Almanya Erlangen-Nürnberg Friedrich-Alexander Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza, Ceza Muhakemesi Hukuku ve Hukuk Felsefesi Anabilim Dalı

*** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: serkan.merakli@deu.edu.tr) ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4414-5466> Çevirmen, makalenin Türkçe’ye çevrilmesi konusunda yakın ilgi ve destek gösteren Sayın Prof. Dr. Hans Kudlich’e teşekkürlerini sunar. (*Der Übersetzer bedankt sich ganz herzlich bei Herrn Prof. Dr. Hans Kudlich für sein nettes Interesse und seine wertvolle Unterstützung zur Übersetzung dieses Aufsatzes*)

¹ Bu hususta bkz. **Beulke/Ruhmannseder**, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2. Aufl. 2010, kn. 10 vd.

² Bkz. **Beulke/Amelung-FS**, 2009, s. 543 vd.

³ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Beulke/Ruhmannseder**, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2. Aufl. 2010.

⁴ Bu konuda en önemli eserler arasında “**Beulke**, Der Verteidiger im Strafverfahren, 1980” isimli Beulke’nin profesörlük tezi sayılmalıdır. Bunun yanı sıra yine Beulke’nin bu konudaki şu eserleri de burada ifade edilmelidir: **Beulke/Ruhmannseder**, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2. Aufl. 2010; **Beulke**, JR 1982, 45 vd.; **Beulke**, Jura 1986, 642 vd.; **Beulke**, StV 1987, 458 vd.; **Beulke**, StV 1994, 572 vd.; **Beulke**, in: Kühne/Miyazawa (Hrsg.), Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland, 2000, s. 137 vd.; **Beulke**, in: Schönemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Hrsg.), Roxin-FS I, 2001, s. 1173 vd.; **Beulke**, in: Rogall/Puppe/Stein/Wolter (Hrsg.), Rudolphi-FS, 2004, s. 391 vd.; **Beulke**, in: Böse/Sternberg-Lieben (Hrsg.), Amelung-FS, 2009, s. 543 vd. Bu konuda ayrıca bkz. **Kudlich**, in: Saliger ve diğerleri (Hrsg.), Neumann-FS, 2017, s. 233 vd.; **Kudlich/Knauer**, Kapitel Strafverteidigung, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts Bd. I (2018’de yayımlanacaktır), s. 746 vd.

problem⁵ kısaca irdelenecektir. Ceza muhakemesinde müdafinin kusurunun sanığa “isnadiyeti” sorunu esasında “savunma hatasının” hangi mekanizmalar doğrultusunda (kimi zaman geri alınamaz bir şekilde) sanığın aleyhine sonuç doğurabileceği ya da sonuç doğurmasının mümkün olup olmadığı anlamını taşır.

Ayrıca müdafinin kusurunun, temsil ettiği müvekkiline isnat edilebilmesi teknik açıdan hukuk yargılamasına oranla ceza muhakemesine yabancısıdır. Gerçekten, Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu § 85/II (“*Avukatın kusuru onu vekil tayin eden tarafın kusuru anlamına gelir*”) hükmüne benzer bir hüküm, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nda bulunmamaktadır. Bu durum ilk bakışta şaşırtıcı gözükmemektedir; çünkü, hukuk muhakemesinden farklı olarak ceza muhakemesinde rücu edilmeye müsait nitelik taşıyan menfaatler söz konusu değildir. Hukuk muhakemesinde avukatı tarafından kötü hizmet verilen taraftan farklı olarak ceza muhakemesinde sanık bakımından müdafinin kusuru sebebiyle yol açılan “muhakeme yenilgisini” -özellikle hapis cezasına mahkumiyet halinde- müdafiyeye rücu ederek bu konudaki sorumluluğu müdafiyeye yüklemek mümkün değildir. Bu düşüncelere ve Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu § 85/II düzenlemesinin eksikliğine dayalı olarak ceza muhakemesi hukukunda müdafinin kusurundan sanığın durumunun etkilenmemesi gerektiğine ilişkin bir sonuç çıkartılmak isteniyorsa bunun açıkça kanunda düzenlenmesi gerekir. Ceza muhakemesinde şüphelinin veya sanığın müdafininin eksik ya da hatalı faaliyeti potansiyel olarak pek çok açıdan şüpheli veya sanık bakımından sonuç doğurmaya müsaittir. Bazı olaylarda ayrıca daha iyi ya da daha da kötü savunma faaliyetinin “fiilî etkileri” ile kusurun gerçek anlamda isnadiyeti arasında ayırım yapılmasının gerekmesinin yanı sıra aşağıdaki hususlara da ışık tutulması gerekmektedir.

II. “DAHA İYİ YA DA DAHA KÖTÜ” SAVUNMA VE SANIĞA ETKİLERİ

1. Müdafiler de aslında sadece insandır. Dolayısıyla her biri birbirinden farklı meslekî yeteneklere sahiptirler. Bu bakımdan her bir avukatın sahip olduğu farklı meslekî yeteneklerin⁶ ceza muhakemesinde şüpheliye ya da sanığa etki edip edemeyeceği (ve etki etmesine izin verilip verilmeyeceği) sorusu

⁵ “*İsnadiyet*” ve “*kusur*” terimleri ne *Löwe/Rosenberg* Büyük CMK Şerhi’nin 4’üncü cildinde (26. Auflage, 2007, Alman CMK §§ 137 vd.’nin ele alındığı cilt) ne de kapsamlı ve temel eserlerden biri olan *Lüderssen ve Jahn*’ın Alman CMK Şerhi’nin § 137’ye ilişkin ön açıklamalar kısmında yer almaktadır. Bu terimler *Beulke*’nin konu hakkında kaleme aldığı kitabında kullandığı kendine özgün terimler olarak karşımıza çıkmaktadır. (Bu hususta bkz. *Beulke*, *Der Verteidiger*, s. 202 vd.)

⁶ Bir hukukçunun avukatlık yapabilmesine imkan sağlayan gerekli ortak meslekî asgarî standartların ötesinde kalan yetenekler. Fakat, bu arada söylemek gerekir ki Almanya’da bir hukukçunun başarılı bir şekilde geçtiği ikinci devlet sınavının, adayın ceza ve ceza muhakemesi hukuku bakımından sağlam bilgiye sahip olduğunu tek başına kesin bir şekilde gösterdiği söylenemez.

ortaya çıkmaktadır. İlk bakışta bu sorun ceza muhakemesi hukukunda sadece teorik açıdan önemliymiş gibi gözüküp uygulama açısından daha az önem taşıdığı söylenebilir. Çünkü, ceza muhakemesinin muhakeme yapısına göre savcılık “dünyanın en nesnel kurumu” olarak şüphelinin ve sanığın menfaatlerini de göz önünde tutmak zorunda olup her şeyden önce maddi gerçeği araştırma yükümlülüğü bulunan kurum niteliğindeki ceza hakimi de tarafsız olarak şüphelinin ya da sanığın avukatının zayıf müdafilik performansından istifade etmemelidir.

Gerçeklik ise doğal olarak -bu kolaylıkla tespit edilebilir ve açıklanabilir- bir nebze daha farklı gözükmektedir. Gerçi Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 160/II gereği savcılık şüphelinin sadece aleyhine değil aynı zamanda lehine olan hususları da araştırma yükümlülüğü altındadır (aynı şekilde kovuşturmada, soruşturma evresinde ulaşılan sonuçları benzer bir tarafsızlıkla sunmak durumdadır). Ancak, kural olarak sanığın kendisi ve müdafii sanığın lehine hususları ve argümanları kendiliklerinden öne sürecekleri için “gönüllerdeki tarafsız” savcı bakımından da hakimliğe ya da mahkemeye sanığı suçlayan ve onun aleyhine olan hususları ve argümanları sunmak çok normaldir. Fakat, savcılığın görevini bu şekilde yerine getirmesi “müdafî performansının normalde beklenebilecek olandan çok daha zayıf” olduğu durumlarda pek mümkün olmayacaktır⁷. Ceza hakimi bakımından da -mutatis mutandis şekilde- (savcılık ile mahkemelerin ortak bir şekilde organize edildiği ve yetki-görev bakımından düzenlendiği bir ceza adaleti sisteminde ceza hakiminin konumunun nasıl gözüktüğü hususunda bir spekülasyon yapılmadığı takdirde) benzer bir durum geçerlidir. Tıpkı “daha zayıf bir şekilde” -en azından şekli anlamda!- savunulan bir sanığın, sıkı bir şekilde hizmet eden esaslı bir müdafisi bulunan bir sanığa oranla mahkeme tarafından farklı muamele görmesi gerektiği gibi bu konuda sınırların oldukça geniş çizilmesinde bir engel bulunmamaktadır.

2. Bir müdafinin yapabileceği usulî “hatalar” kolaylıkla tahmin edilebilir. Fakat, müdafî tarafından maddî hukuka ilişkin hukukî durumun eksik analizi; bu nedenle kavranamayan hususların bulunması ve benzer şekilde eksik nitelik taşıyan savunmalar sanığın somut olayda “canına ve malına mal olabilir”. Bu durum aşağıda Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin yeni içtihatlarından verilecek iki örnekte gözler önüne serilecektir. Bu kararlarda her ne kadar sanığın karşı yöndeki savunmaları hükme esas alınmamış olsa bile, hükümlerin gerekçeleri, hukukî değerlendirmenin temelinde yer alan tespitlerin nasıl yapılabildiği bakımından tarafsız bir okuyucu tarafından sorgulanabilir⁸.

⁷ Hatta daha da ileri gidilebilir ve bu noktada kovuşturma mecburiyeti ve soruşturmanın resmiyeti ilkelerinin geçerliliği altında başkaca ölçütlerin tesis edilip edilemeyeceği sorusu sorulabilir.

⁸ Örnekler burada sadece açıklama amaçlı seçilmiştir. Gerçek olay hakkındaki tüm detaylara yer verilmemesi hiçbir şekilde müdafinin somut olaylarda müvekkilini açık verecek bir şekilde savunduğu anlamına gelmemektedir. Öte yandan savunmanın müdafiyeye danışmadan önce

aa. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin BGH NStZ 2009, 210⁹ künyeli kararındaki olayı en ana hatları ile anlatmak gerekirse, bu kararda eşini ortak bir arkadaşları ile cinsel ilişki yaşarken gören ve bunun üzerine her ikisine de balta ile saldıran bir adam söz konusudur. Bu saldırıda cinsel ilişki esnasında “üstte duran” eşin sevgilisi değil “altta duran” eş darbe almıştır. Bu bakımdan “normal bir kasten” hareketin mi; şahısta hata halinin mi yoksa hedefte sapma halinin mi (sonuçlarında teorik olarak en makulü¹⁰) söz konusu olduğu¹¹ hususunda Alman Federal Yüksek Mahkemesi ilk derece mahkemesinin tespitleri temelinde; failin alternatif kasta sahip olduğunu; çünkü, her ne kadar öncelikle arkadaşına isabet ettirmek istese de eşinin yaralanmasını da göze aldığını belirterek bir sonuca ulaşmaktadır¹².

Bu tür bir alternatif kast her ne kadar gerçekçi bir bakış açısında hiçbir şekilde imkansız olmasa da sanık bakımından delillerin toplanmasının “en uygunsuz sonucu”nu teşkil eder. Çünkü, buna göre şüpheli ve sanığa uygulamada objektif olarak meydana gelen her netice, kasten işlenmiş olarak isnat edilebilir. Şayet A, eşini- hissettiği tüm kıskançlık içerisinde- bu kadar ağır yaralamak istemediğini; öfke içerisinde özellikle arkadaşına isabet ettirmek istediğini ifade etseydi bu hiç de mantıksız olmayıp bu yüzden ilgili bir savunmada çok zor bir şekilde çürütülebilir nitelik taşırdı. Dolayısıyla arkadaşının olay esnasında eşinin “üzerinde” olmasından ötürü az çok hareketli bir hedef olarak kolayca isabet alabilir konumda olması faile hak verilebileceğini gösterirdi. Eğer müdafî ile istişarenin ardından bu tür bir savunma, müdafî aracılığıyla açıklanmış olsaydı sanık belki de en azından alternatif kast olayından kurtulabilirdi¹³.

yapılmış olması ya da sanık bakımından -her ne sebeple olursa olsun- belirli bir şekilde ifade vermenin önemli olduğu durumlar da söz konusu olabilir. Örnek olaylar daha ziyade maddî hukuka ilişkin hususlara esaslı bir şekilde kafa yorulmasının başarılı bir savunma stratejisini beraberinde getireceği maddî hukuk sorunlarını açıklamaktadır.

⁹ Bkz. **Heintschel-Heinegg**, JA 2009, s. 149.

¹⁰ Bir şahısta hata halinin hukukî sonucu tamamlanan bir insan öldürme suçundan mahkumiyet yerine şartları oluşmuşsa taksirle öldürmedir (öldürmeye teşebbüs ile içtima bakımından bağlantılı olarak) bkz. **Wessels/Beulke/Satzger**, Strafrecht AT, 43. Auflage, 2013, kn. 250 vd.; **BeckOK-StGB/Kudlich** (editör: Heintschel/Heinegg), § 16 kn. 8 vd. Teşebbüste sadece seçimlik ceza indiriminin varlığından ötürü bu tür olaylarda hukukî sonuç çok daha iyi bir şekilde tecelli etmez.

¹¹ Burada failin öfkesinden ötürü sadece eşinin ve arkadaşının üzerinde buldukları koltuğa zarar vermek istediğini ve bunun yanı sıra eşini vurmaya amaçlamamasına karşın eşinin isabet aldığını inandırıcı bir şekilde ileri sürebileceği düşüncesinin göz ardı edilmesi gerekir. Çünkü, bu tür bir savunmanın inandırıcı olarak görülmesi çok zordur. Somut ve objektif bir olaydaki diğer sübjektif yaklaşımlara ve onların sonuçlarına ilişkin olarak bkz. **Kudlich**, PdW AT, 4. Auflage, 2014, Fall 66a.

¹² Alternatif kasta ilişkin genel olarak bkz. **Wessels/Beulke/Satzger**, kn. 231 vd.; **BeckOK-StGB/Kudlich** (editör: Heintschel/Heinegg), § 15 kn. 26.

¹³ Somut olayda failin, eşini yaralamak istemediği savunmasının itiraz edilebilir olduğu kabul edilmelidir. Çünkü, fail, arkadaşının kaçmasının ardından baltanın sapı ile eşine vurmaya devam etmiştir. Diğer yandan ilk derece mahkemesi, failin hatalı olarak eşine değil; aksine

Bunun yanı sıra “kusur”dan ancak bu tür bir ipucu tamamen caiz olursa söz edilebilir. Cezalandırılmayacak savunma ile cezalandırılabilir nitelikteki “suçluyu kayırma” arasındaki sınırlamada şu anda baskın bir şekilde müdafinin, sanığın yalan söylemesini ondan talep edemeyeceği kabul edilmektedir¹⁴. Aslında müdafinin sanığa hukukî durumu kabaca çeşitli sübjektif yaklaşımlarla açıklaması halinde bunlara ihtiyaç da kalmayacaktır. Çünkü, hukukî durumun bu türden bir açıklama ile sanığa izah edilmesi tercih edilen yaklaşıma göre¹⁵ bir müdafiyeye hiçbir zaman yasaklanamaz; zira, hukuk devleti ilkesi vatandaşların tâbi oldukları kanunlar hakkında bilgi sahibi olmalarını gerektirmekte olup bu bilgiye aracılık etmek müdafinin çok önemli bir ödevidir¹⁶.

bb. Bu durum sanığın kendini savunma faaliyetinin, karar açısından arz ettiği önemin sadece daha güçlü olmayıp aynı zamanda maddî hukuka dair içeriğinin de daha zor görülebildiği başka bir olayda daha da net ortaya çıkmaktadır¹⁷: Evli bir çift yeni evlerini teslim almalarının ardından eski evlerini satma konusunda zorluk çekmektedirler. Bu evi daha fazla “ilan durumunda” muhafaza edip sürekli bakımını yapmak zorunda kalmamak; aksine mevcut değerini kısa süre içinde nakte çevirmek için evin sahibi olan erkek eş bu eski evi yakar. -Yeni eve taşınmanın sorunlu olmaması karşısında- eski evin de hala “içinde oturulma amacına hizmet ettiği” bir defa kabul edilirse evi yakan adamın cezalandırılabilirliği tamamen, eşine konutta yapılması planlanan tadilatı söyleyip söylemediğine bağlıdır¹⁸:

- Eğer böyle bir durum söz konusu ise, Alman Ceza Kanunu § 303 ve 306'daki mülkiyete karşı işlenen suçlar bakımından kadının rızası tıpkı Alman Ceza Kanunu § 306a/I-1 ve 306b/II-2'deki evin içinde oturulma amacının yığın çıkartmak suretiyle ortadan kaldırılması tüm ikamet edenlerin rızalarının bulunması ile benzer nitelik taşır. Koca bakımından, şartları oluşmuşsa karı-

arkadaşının kafasının arka tarafına vurduğunu kabul ettiğinden hareket etmiştir. Eğer fail, arkadaşına baltanın metal ve kesici tarafıyla, eşine ise buna karşın “sadece” baltanın sapıyla vurmuş olsaydı bu, yeniden böyle bir savunmada ileri sürülebilirdi.

¹⁴ Bkz. **Beulke/Ruhmannseder**, kn. 29 vd.; **Satzger/Schluckebier/Widmaier/Jahn**, StGB, 2. Auflage, 2014, § 258 kn. 26 (ancak açıkça şüpheli **LR/Lüderssen/Jahn**, vor § 137 kn. 133c vd.); **Fischer**, StGB, 61. Auflage, 2014, § 258 kn. 19 vd.

¹⁵ Ayrıca bkz. **Beulke/Ruhmannseder**, kn. 19; avukatın görevinin (suçluyu kayırma olmayıp) yardım etme olduğu hakkında bkz. **Kudlich**, Dier Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten, 2004, s. 478; özellikle bkz. **Mallison**, Rechtsauskunft als strafbare Teilnahme, 1979, s. 120 vd.; **Maiwald**, ZStW 93 (1981), s. 858, 891 vd.

¹⁶ Genel olarak avukatın faaliyeti bakımından daha net olarak bkz. Alman Federal Avukatlık Kanunu (BRAO) § 3/I, III: “Avukat tüm hukukî meselelerde meslekî olarak bağımsız danışman ve temsilcidir.”; “Herkes kanunî düzenlemeler çerçevesinde her türden hukukî meselede kendi seçeceği bir avukata danışma ve kendisini mahkeme, hakem veya diğer makamlar önünde temsil ettirme hakkına sahiptir.”

¹⁷ BGH, NSTZ 2012, s. 39.

¹⁸ Savunma taktiği ile ilgili düşünceler hakkında bkz. **Kudlich/Herold**, JA 2013, s. 511 vd.

sının birlikte fail veya (manevî) yardım eden olarak iştirak ettiği Alman Ceza Kanunu § 265'teki suça dayalı bir cezalandırılabilirlik söz konusu olur. Bu ceza tehdidi her iki fail bakımından da nettir.

- Buna karşın koca, ya suçun işlenmesinde ya da en azından ileriki kovuşturmada karısını “olayın dışında tutmaya” karar verirse bu davranışı belki kahramanca olacaktır; fakat, hukukî sonuçları çok ağır bir nitelik taşıyacaktır: Koca Alman Ceza Kanunu § 306a/I-1 ve 306b/II-2 uyarınca en az beş yıllık bir hapis cezası tehdidi altındadır. Bu cezanın belirlenmesinde fikrî içtima kapsamında aynı zamanda (ortak mülkiyette bulunan evin başkasına ait eşya olarak kabul edildiği) Alman Ceza Kanunu § 306a/I-1'in de gerçekleştiği göz önünde tutulmalıdır¹⁹:

Bir defa kadının, eşinin planlarını biliyor olmasının “evli çift için” çok daha uygun olacağı kabul edildiği takdirde her iki eş tarafından da üzerinde uzlaşılan bu yöndeki bir savunma mahkeme önünde ciddi olarak çürütülebilir olmazdı.

3. Yukarıdaki genel açıklamalar ve uygulamadaki her iki örnek olay da göstermektedir ki sanığın savunmalarına bakıldığında hukukî durumun müdafî tarafından sanığa iyice kavratılmasında eksiklikler bulunuyorsa bunlar tabiri caizse kadere bağlı sonuçları da beraberinde getirebilir. Bu bakımdan bu tür durumlarda nüanslarda biraz daha iyi ya da daha kötü “bir taktik izlenip izlenmediği” değil; aksine müdafîin muhakemenin temel hususlarına dair konularda zayıf bir pozisyonda kalmış olması söz konusudur.

III. “GENİŞ ANLAMDA İSNADİYET SORUNLARI”NA DAİR ÖRNEKLER

Gerçekten içinde bir “isnadiyetin” söz konusu olduğu olaylar, vasat nitelik taşıyan “kötü bir savunma” türünden örneklerden sistematik açıdan ayrı ele alınmalıdır. Eğer burada “geniş anlamda isnadiyet” söz konusu ise bu, isnadiyetin tıpkı Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu § 85/II'deki gibi teknik anlamda ortaya çıkmamasına bağlıdır. Bu hususta geniş anlamda isnadiyet kavramından, müdafîin davranışlarının, sadece sanığın dile getirdiği makul olmayan savunmanın sanığın durumuna etki ettiği değil; aynı zamanda doğrudan muhakemeyi şekillendirme etkisi de doğurduğu olaylar anlaşılır.

¹⁹ “Özellikle blöf yapmak” isteniyorsa buna ilişkin savunmalar da kadın bakımından şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği kendisine durumun söylendiğinin reddedileceği; kocanın cezalandırılabilirliği bakımından da aynı şekilde şüpheden sanık yararlanır ilkesinin kabul edileceği beklentisiyle yapılmaktan vazgeçilebilir. Ancak, burada çok büyük risk bulunur; çünkü, hakim in kna olması ağır hapis cezalarının tipiklik koşulları doğrultusunda asla dışlanmış görülmez.

1. Müdafinin İhmalleri

İçerisinde isnadiyet sorunlarının yer aldığı (Medeni Usul Hukukunda da “isnadiyet”in Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu § 85/II kapsamında tartışıldığı) klasik durumlar süre konusunda gösterilen ihmallerdir. Burada şu hususlar arasında bir ayırım yapılmalıdır:

a. Geçmesi sadece objektif koşullara bağlı olan süreler söz konusu olduğu müddetçe, bu konuda sanığın kendisinin atadığı müdafî tarafından gösterilen ihmal, öncelikle bununla bağlantılı olumsuz sonuçların meydana gelmesine yol açar. Böyle bir durumda çoğu zaman eski hale getirme sorunu ortaya çıkacaktır. Eğer temyize başvurmakla görevli müdafî, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 341/I'deki bir haftalık süreyi kaçırırsa bu durumda ilk derece mahkemesinin verdiği hüküm temyize başvuru süresi dolduğu an kesinleşir. Kanun yoluna kanundaki başvuru süresini kaçırdıktan sonra başvuru yapılması halinde Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 44 vd. uyarınca başarılı bir eski hale getirme talep edilip edilemeyeceği sorunu bakımından öncelikle -medeni usul hukukundakinden farklı olarak- sürenin kaçırılmasında müdafinin kusurunun bulunup bulunmadığına mutlaka dikkat edilmelidir. Bunun ardından somut olayda geriye ne ölçüde mahkum edilen sanığın (da) belli bir kusurunun bulunduğu; ne ölçüde müdafinin hatalı seçildiği veya ne ölçüde sürenin dolmasının kontrolü konusunda sanığın kendisinin kontrol etme durumunun bulunduğu incelenmesi kalmaktadır. Kural olarak sanığın eski hale getirme şansı burada pek de az gözükmesine de²⁰; temyize süresinde başvuru yapılsaydı dahi yine de bu şekilde de üstesinden gelinemeyebilecek belirli riskler bulunmaktadır.

b. Sadece objektif bir olaya değil; aksine subjektif olarak bir koşulun bilinmesine bağlı olan durumlar ayrı ele alınmalıdır. Bu konudaki temel örnek, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 25 uyarınca hakimin tarafsız davranamayacağı düşüncesi ile reddine ilişkin süredir. Burada ağır basan görüşe göre²¹, (müdafinin değil) sadece sanığın red sebebine ilişkin bilgisine bağlı olarak “geniş anlamda müdafinin kusurunun sanığa isnadiyeti” söz konusu olmaz. Bu sonuca Alman Ceza Muhakemesi Kanunu tarafından getirilmiş açık bir isnadiyet engellemesine dayalı olarak değil; daha ziyade yapısal olarak hakimi reddetme hakkının müdafiyeye kendi hakkı olarak değil sanığa ait bir hak olarak tanınmasına dayalı olarak varılmaktadır. Zira, sanığa yapılacak bir isnadiyet kendisinin muhakemenin koşulları hakkındaki bilgisine bağlı olabilir.

²⁰ **Beulke**, Der Verteidiger in Strafverfahren, s. 202; **Meyer-Göbner**, StPO, 56. Aufl. 2013, § 44 Rn. 18.

²¹ Bkz. BGH NStZ 2010, s. 401; **Meyer-Göbner**, § 25 kn. 7; **Satzger/Schluckebier/Widmaier/Kudlich/Noltensmeier**, StPO, 2014, § 25 kn. 7.

2. İtiraz Hakkının Korunmasına Katılım Yükümlülükleri

Yapısal olarak hakim in reddi hükümlerinden çıkan ve her bakımdan Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu § 85/II benzeri bir düzenlemenin eksikliğine dayalı olarak oluşan sonuç, yargı içtihatları tarafından, hakkın düşmesinin önüne geçmek için (kanunî sürelerle uyarak) girişimde bulunma yükümlülüğünün kabul edildiği diğer olaylara kıyasen uygulanmamaktadır. Burada söylenmek istenen hakim in içtihat hukuku kapsamında ortaya çıkan gerekliliklerdir. Bu gereklilikler arasında muhakeme hatalarının mevcudiyeti durumunda Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 238/II uyarınca ara başvuru yoluna müracaat etmek²² ve bir delil değerlendirme yasağının söz konusu olduğu hallerde bu değerlendirme yasağına karşı Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 257’de belirtilen süreye kadar²³ itiraz etmek sayılabilir²⁴. Kural olarak katılım yükümlülüklerinin sadece savunulan sanık bakımından geçerli olması gerektiğinden yukarıda ifade edilen “müdafii kusurunun sanığa isnat edilememesi” ilkesi burada neredeyse tam tersi şekilde işler. Buna göre, müdafii “kusur”unun herhangi bir etki doğurabilmesi; eğer savunulan sanıkta da (ve bununla birlikte tabii ki müdafide) bu kusur mevcutsa ve buna bağlı olarak tutarlı bir şekilde yükümlülük ihlalden ötürü sanık bakımından olumsuz sonuçlar çıkartılması anlamında sanığa da “isnat edilebilir” nitelikte ise söz konusu olur. Tedbirlerin telafi edilebileceği²⁵ ve ihmalden kaynaklanan sonuçların -özellikle temyiz aşamasında- müdafii değişmiş olsa da hukuken etki doğurmaya devam edeceği durum açık bir şekilde göstermektedir ki müdafii “kusuru” sonuç olarak sanığa “yüklenmektedir”²⁶.

Bu durum “isnadiyet sorunu”nun ötesinde de sorunludur²⁷. Çünkü, “çoğunlukla” başarılı bir temyiz in engellenmesi hem ihlal edilen delil yasağına dayalı olarak ilk derece mahkemesi aracılığıyla ihlal edilen normun ifade ettiği muhakeme garantisinin kısıtlanmasından hem de Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 337’den çıkartılması gereken temyiz çerçevesinde ilk derece mahkemesinin yaptığı bir muhakeme hatasının ortadan kaldırılmasını talep hakkının kısıtlanmasına yol açar²⁸. Her iki olay bakımından da gayet paralel bir şekilde tartışılan

²² Bkz. BGHSt 1, 322, 325; BGHSt 4, 364, 366; yeni tarihli olarak bkz. BGHSt 51, 144. Daha geniş bilgi için bkz. **Mosbacher**, NStZ 2011, s. 606 vd.

²³ Bkz. BGHSt 38, 214, 225 vd.;krşl. BGHSt 39, 349, 352; 42, 15, 22; 50, 272, 274; ayrıca krşl. BGHSt 31, 140, 144.

²⁴ Bkz. BGHSt 38, 214; bu içtihatın öncesinde Krallık Hukuku dönemindeki kararlar için bkz. RGSt 4, 401; 50, 364 vd.; 58, 90, 91; 58, 100, 101.

²⁵ Bu durum yüksek yargı içtihatlarına göre hükmün bozulduğu ve yeniden yargılama yapıldığı durumlarda dahi geçerlidir.

²⁶ Bkz. **Dornach**, NStZ 1995, s. 57, 63; **Meyer-Göbner/Appl**, StraFo 1998, s. 258, 260.

²⁷ Bu konuda bkz. **Kudlich**, Gutachten C zum 68. DJT 2010, C 92 vd.

²⁸ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 238/II bakımından kanun § 305/1’de dolaylı olarak temyiz ile bir bağlantı sergilemektedir. Zira, bu düzenlemeye göre sonuç olarak “hükümden önce verilen kararlar” temyiz kapsamında hükümlerle beraber ele alınacaktır. Ancak, bu sadece fiilen yapılan ara başvuruya ilişkin bir ifade olup Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 238/

“olumlu” gerekçelendirme yaklaşımları dogmatik açıdan çok zayıf durmaktadır²⁹: Bu, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 238/II’ye ilişkin eski tarihli içtihatlardaki³⁰, bir başvuruda bulunmayı ihmal eden sanığın bu muhakeme hatasına adeta katlanacağını³¹ kabul eden; aynı şekilde teşebbüs bakımından Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 337 anlamında “bir hususa dayanma”yı reddeden³²; itiraz yükünü “kanunyolunun tükenmesi” ve “hak aramadaki eksik alternatiflik”³³ düşüncesiyle gerekçelendiren veya vazgeçme ve hakkını kaybetme hareketleriyle³⁴ kurgulayan yaklaşım için geçerlidir.

Müdafinin konumuna ve davranışlarının sanığa isnadiyetine özel olarak bakılacak olursa her iki hukukî figür aracılığıyla değerler tartımı kurallarının ve sorumluluk alanlarının ölçüsüz şekilde savunma aleyhine kabul edildiği söylenmelidir. Buna göre, bir yandan ceza soruşturması yapılmasındaki kamu menfaati diğer yandan ise vatandaşların haklarının korunması arasındaki çatışmada her iki “ihmal”, ne muhakeme kurallarının ihlalinin ağırlığını³⁵ ne de kovuşturulan suçun ağırlığını, değerler tartımının önemli ölçütleri olarak etkiler. Öyle ki, bir delil değerlendirme yasağı ile temyiz edilebilirlik arasında menfaatler tartımı işlememelidir. Ceza kovuşturması organlarının muhakeme hataları ve müdafinin (farz edilen) yanlış davranışları eşit şekilde (savunulmakta olunan) sanığa yansır. Mahkemenin kendi hatasını ya da herhangi bir delil değerlendirme yasağını vaktinden önce öngörmek zorunda olduğu bu yönde yapılacak bir gerekçelen-

II’nin sadece muhakemenin taraflarına verilen bir hakkı sergilemekte olduğunu ve mahkemeye, başkanın reddettiği tedbir hakkında karar vermeye yönelik yetki verdiğini; ancak, bu ara başvuru yoluna müracaat konusunda bir yükümlülük oluşturmadığını değiştirmemektedir. Daha açık bir ifadeyle, oluşum şartları içerisinde kanunen zaten ayrıntılı bir şekilde düzenlenmeyen delil değerlendirme yasakları bağlamında bulunduğu için tamamen tartışmalı görülen, kanunda dahi belirtilmeyen delillerin değerlendirilmesine karşı itiraz edilmesi gerektiğinde bu durum daha da belirgin olmaktadır (bkz. BGHSt 38, 214, 219 vd.). Bir delil değerlendirme yasağının varlığı aslında çeşitli kriterlere (örneğin menfaatler tartımı, varsayımsal soruşturma süreçleri vb. gibi) bağlanıyorsa itirazın diğer bir şart olarak oluşturulmasının gerektiği en baştan itibaren göz ardı edilemez.

²⁹ Ancak bu hususa olumlu yaklaşan görüş için bkz. **Mosbacher**, JR 2007, s. 387 vd.; **Karlsruher Kommentar zur StPO/Schneider**, 7. Auflage, 2013, § 238 kn. 2, 33 vd.

³⁰ Bkz. BGHSt, 1, 322, 325.

³¹ Daha ziyade ilgili başvuru aracılığıyla sanığın tatmin olmadığı temyiz kapsamında (açıkça) ileri sürülmektedir. Yazılı olmayan ve sanığın sadece suskun kalmış olmasına dayanan mercii yapacağı denetimi aşan nitelikteki hukuk kurallarının ihlaline gösterilen “rıza” mahkeme bakımından sadece bir varsayım teşkil eder. Hiç kimse sanığın son sözünün sorulduğu aşamada veya savunmanın son sunumunda maddi- hukuki bir sorunun sanık veya müdafii tarafından yeterince dile getirilmemesinden sanığın maddi hukukun eksik uygulanmasına kendi aleyhine etki doğuracak şekilde rıza gösterdiği sonucunu çıkartamaz.

³² Bkz. BGHSt 1, 284, 286. Bkz. **Heinrich**, ZStW 112 (2000), s. 398, 409 vd.

³³ Bkz. **Schlüchter**, in: Schlüchter/Laubenthal, Krause-FS, 1990, s.485, 498.

³⁴ Bkz. **Maul/Eschelbach**, StraFo 1996, s. 66, 68.

³⁵ Bir delil değerlendirme yasağı sorunu bakımından bunun göz önünde tutulabilirliği hususunda bkz. BGHSt 38, 214, 219 vd.; BGHSt 47, 172, 179 vd.; BGH NSTZ 2006, s. 236, 237.

dirme olarak öne sürülürse bu hemen hemen hiç kabul edilebilir değildir. Çünkü, bu halihazırda ilk derece mahkemesinde dahi savunma makamından da beklenir ve hatta bunun yanında bir ihmal mevcutsa bu sanığa yüklenir. Bunların müdafilikteki artan profesyonelleşme ve uzmanlaşma karşısında yapılabileceği düşüncesi çok zor kabul edilir. Çünkü, yüksek mahkeme içtihatlarının kaçırılan bir itiraz ya da ara başvuru yolu nedeniyle kanun yolu başvurusunu reddetmesinden kaynaklanabilecek tüm olaylarda bu “profesyonelleşmiş savunma” büyük olasılıkla eksik kalmıştır.

3. Yargılamanın Yenilenmesinde Müdafinin İhmallerinin Sonuçları

- Görüldüğü kadarıyla öğretide henüz derinlemesine ele alınmayan- müdafinin ihmallerinin sonuçlarının sanık bakımından neler olacağı sorunu yargılamanın yenilenmesinde, eğer belirli “yeni” koşulların (yargılamanın yenilenmesi Alman CMK § 359/5'e göre bu koşullara dayandırılabilir) müdafî tarafından daha önce öne sürülebileceğinden ötürü yargılamanın yenilenmesi başvurusuna karşı konulmuşsa ortaya çıkabilir. Bununla birlikte buna dayanmış olmanın dogmatik açıdan tereddütlü olması ve yargılamanın yenilenmesi sistematığıne tam olarak uygun düşmemesi uygulamada mahkemeler bu şekilde hareket ediyorsa küçük bir teselli teşkil edecektir.

Bunun daha anlaşılabilir olması için şu varsayımsal olay örnek gösterilebilir³⁶: Başarılı bir orta ölçekli şirkette yapılan dış denetim kapsamında özellikle seyahat ve araçların kullanılması bakımından özel ve ticarî harcamalarla ilgili çeşitli usulsüzlükler tespit edilmiştir. Buna bağlı olarak başlatılan vergi cezası muhakemesinde kısa süre önce emekliye ayrılan işletme sahibinin ifadelerinde kendisinin her bir faturanın olası vergi hukukuna aykırı nitelik taşıyacak şekilde kayda geçirilmesinden haberinin olmadığını; ancak, kamusal bir davadan korkmasından ötürü, yaşından dolayı ve şirketinin devri ile halihazırda yoğun olarak ilgilendiği için -müdafinin tavsiyesine uygun olarak- sulh ceza hakiminin ceza emrine razı olduğunun sinyalini vermiş olup aynı zamanda eğer kendi şirketinde vergisel anlamda bir şeyler “doğru değilse” buna bağlı sonuçları yüklenmeye hazır olduğunu vurgulamıştır. Sulh ceza hakiminin ceza emri kesinleştikten sonra şirket sahibinin şirketin devrinin ticaret hukuku anlamında gerçekleştirilmesi ile yetkili başka bir avukatla yaptığı görüşmede savcılık tarafından daha önce sorgulanmamış olan malî müşavirin her bir faturanın kayda geçirilmesinin müstakil olarak (aradan geçen zaman içerisinde yaşadığı huzursuzluktan ötürü işletmeden ayrılan) ticarî mümessil aracılığıyla gerçekleştirildiğini söyleyebileceği düşüncesi akıllara gelmiştir.

Bu olayda bir yargılamanın yenilenmesinde Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 359/5'teki yargılamanın yenilenmesi sebebi ileri sürülür; çünkü, o ana

³⁶ Yargılamanın yenilenmesi sorunu bakımından benzer bir dava ile ilgili olarak yazar (ilk derece mahkemesinin verdiği hükmün ardından atanan) vekil olarak vazifelendirilmiştir.

dek dinlenmemiş olan malî müşavir ifadesinde, mahkum edilen şirket sahibinin kendi açık tanıklığına göre defter kayıtları ve vergisel incelemeler bakımından her şeyi ticarî mümessile bırakmış olduğunu ve bu nedenle de özellikle ceza emrinden önceki dönemde de detaylı olarak gerçekleştirilen kayıtlardan haberinin olmadığını beyan edebilir. Bu bakımdan Alman Vergi Kanunu § 369/2; Alman Ceza Kanunu'na Giriş Kanunu m. 1/2 ve Alman Ceza Kanunu § 15'in atfıyla Alman Vergi Kanunu § 370 uyarınca şirket sahibinde bulunması gereken kast bulunmamaktadır. İlk derece mahkemesi (ve itiraza ilişkin olarak verdiği kararında eyalet mahkemesi de sonuçta) bu başvuruyu, başvuruda öne sürülen delilin "yeni" olmamasından ötürü reddetmiştir. Bununla ilgili olarak (muhtemelen) söylenmek istenen, bir başvurucağının genişletilmiş açıklama yükümlülüğü kapsamında yargılamanın yenilenmesi muhakemesinde ilk derece mahkemesince verilen hükümden önce bilinen delilleri öne sürmesi durumunda bu, Alman Ceza Muhakemesi § 359/5 ve § 368/I'in sonucu olarak yargılamanın yenilenmesi şartlarına uygunluk teşkil etmez³⁷.

Ek olarak ifade etmek gerekirse gerekçelendirmede şuna da dikkat çekilmiştir: Daha önce yetkili olan avukatın gösterdiği bir ihmal yargılamanın yenilenmesi başvurusunu kazanmaya tek başına yol açamaz. Bu dikkat çekme ile birlikte bu noktada bir yandan delillerin "yeni delil niteliği"ne sahip olmasındaki eksikliklere ilişkin düşüncelerden dolayı yargılamanın yenilenmesinin reddi ortaya çıkmıştır (çünkü, mahkeme açıkça, müdafî tarafından ilk derece mahkemesindeki yargılama esnasında da dinletilebilecek bir tanığa kanunyolu evresinde sanığın kastının varlığı hususunda farklı bir sonuca ulaşılması bakımından hemen hemen hiç güven duyulmayacağından hareket etmiştir); diğer yandan "ihmal"e çekilen dikkat aracılığıyla müdafîin muhtemel bir kusurunun mahkeme tarafından açıkça yargılamanın yenilenmesini reddetme bakımından yeterli bir sebep olarak görüldüğü açıklanmak istenmiştir. Her halükarda sonuç olarak geniş anlamda "müdafîin kusurunun sanığa isnadiyeti" ortaya çıkmıştır.

Gerçi ilk derece mahkemesinin ve eyalet mahkemesinin gerekçesi burada fark edilebilir şekilde açık verir nitelikte olabilir: Çünkü, birincisi -Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından³⁸ da vurgulandığı üzere- yeni delilin değerlendirilmesi kural olarak kabul edilebilirlik aşamasında cevaplandırılması gereken bir soru değildir; diğer taraftan bu tür bir değerlendirmede ceza hukukuna dair olanlar gibi vergisel nitelikte olan sorularda da aynı ölçüde bilgisi bulunmayan şüpheliden, kast sorununun anlamı hakkında ve her şeyden öte

³⁷ Bkz. OLG Stuttgart NSTZ-RR 2003, s. 210, 211; OLG Duesseldorf, NSTZ 1993, s. 504, 505; **Marxen/Tiemann**, Die Wiederaufnahme in Strafverfahren, 2. Auflage, 2006, kn. 217 vd.; **KK-StPO/Schmidt**, § 366 kn. 8; Alman CMK § 259'daki belirli bir unsura ilişkin bir sınıflandırma yapmayan görüş için bkz. **Meyer-Göbner**, § 259 kn. 44 vd., özellikle bkz. kn. 49a.

³⁸ BVerfG NJW 1995, s. 2024= NSTZ 1995, s. 43; ayrıca bkz. RGSt 57, 317, 318; Delillerin değerlendirilmesinin götürü bir şekilde erkene alınmasına ilişkin geniş açıklama yükümlülüğünün "tadil" edilmesi hususunda eleştiri hakkında bkz. **Marxen/Tiemann**, kn. 250.

kastın varlığına ilişkin dolaylı olarak delil ileri sürme olanağı hakkında hemen hemen hiçbir somut fikir sahibi olmasının beklenemeyeceğinin göz önüne alınması gerekirdi³⁹. Ancak, bu durum somut olayda sanığa, kanuna aykırı şekilde olmasa da; en azından kanunun düzenlediği alan dışındaki bir husus olarak, müdafinin kusurunun “isnad” ediliyor olması bakımından herhangi bir şeyi değiştirmemektedir. Bu bakımdan itiraz çözümü ile ya da Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 238/II uyarınca ara başvuru yoluna başvurmadaki ihmaldeki ile benzer şeyler geçerlidir: Müdafinin kusurunun sanığa isnadiyeti ilgili kuralların bütünü göz önüne alındığında tatmin edici değildir ve aksinden kanıt yoluyla Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu § 85/II'nin uygulanması geçersizdir; fakat, mahkemeler tarafından uygulanmaktadır.

IV. SONUÇ, DEĞERLENDİRME VE SONSÖZ

Buradaki birkaç -az ya da çok keyfi sayılabilecek- özel bakış açısı ile yaptığımız küçük araştırmamız ilk olarak (teorik) muhakeme yapıları göz ardı edilecek⁴⁰ bir sanığın müdafininin “kötü faaliyeti”nden kaynaklanan dezavantajlı durumlara katlanabileceği sonucunu ortaya koymaktadır. Bunun yanı sıra burada sadece önemsiz nüanslar değil; -bu noktada şayet maddî hukuk yeterli ölçüde savunma stratejisinde göz önüne alınmazsa- zaman zaman son derece can alıcı nitelikte kötü bir konumda kalma söz konusu olmaktadır. Somut olayda bu durum üzücüdür; fakat, sonuçta kaçınılmazdır. Aslına bakılırsa bu ceza muhakemesine dair bir özel durum değildir; çünkü, hayatın diğer alanlarında da hizmet sunan herhangi bir kişinin zayıf ya da kötü faaliyetine katlanılabilir (ve hayatın diğer pek çok alanında olduğu gibi ceza hukukunda da daha pahalı bir hizmet sunucusu seçilirse kötü bir faaliyete katlanmama ihtimali daha yüksektir). Herhangi bir hatadan çıkan sonuçların ilgilisi için ceza muhakemesinde özellikle şiddetli olması konumuz dışında kalmaktadır. Elbette benzer bir durum hayat ve sağlık gibi önemli hukukî değerleri ilgilendirdiği için aşağı yukarı tıp alanında da geçerlidir. En azından ceza muhakemesi hukukunda hayatın diğer alanlarına göre sağlanan koruma adil yargılanma ilkesini gerçekleştirmekle yükümlü adli organlar vasıtasıyla (her ne kadar ifade edilmeye çalışıldığı üzere tamamen boşluksuz olmasa da yine de) çok daha ölçülü olarak büyüktür. Zayıf istişarelerin bu tür genel sonuçlarının yanında Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, Alman Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu § 85/II'dekine benzer bir hükmün eksiliği göz ardı edilirse en azından geniş anlaşılan anlamda “müdafinin kusurunun sanığa isnadiyeti”nin düzenlendiği bir dizi durum da bulunmaktadır. Bu isnadiyet, -sürelelere uygun olarak yapılması gereken ya da hatta hiçbir süreye

³⁹ İlk derece mahkemesinin belirttiği üzere bu tür tanıklar hakkında düşünüp kafa yormak şüphelinin şahsî ödevidir. Bu da işaret etmektedir ki -olumlu bir yorumda- yanlış bir yaklaşım yoluyla Alman CMK § 160/II hükmü gözden kaçırılmıştır.

⁴⁰ Objektif savcılık ve tarafsız mahkemenin aydınlatma yükümlülüğü farz edilerek.

bağlı olmayan- belirli muhakeme işlemleri⁴¹ yapılmak zorunda ise ve bunların yapılmamalarından olumsuz sonuçlar çıkartılacak ise söz konusu olur. İlgili işlem yükümlülüğü sanığın sübjektif bilgisinden değil de (Alman CMK § 25/ II'de olduğu üzere) objektif bir muhakeme durumundan kaynaklanıyorsa (her ne kadar kanunî bir düzenleme bulunmuyor olsa da ve aslında bu durum Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun sistematığına yabancı olsa da) içtihatlarda müdafinin kusurunun sanığın aleyhine sonuç doğurması güçlü bir eğilim teşkil etmektedir.

⁴¹ Buradan geniş ve teknik olmayan bir anlamda muhakeme işlemleri anlaşılmalıdır.