

AVUKAT HAKKINDA ARAMA VE ELKOYMA

SEARCH WARRANT FOR LAWYER AND CONFISCATION

Cengiz Ozan ÖRS*

Özet: Avukatlık mesleğinin nitelikleri; avukatın bağımsızlığı, sır saklama yükümlülüğü ve savunma hakkının korunması ile yakından ilgilidir. Avukatlık mesleğinin nitelikleri ve onun güvencesi olan bu yükümlülük ve ilkeler, avukat hakkındaki arama ve el koymanın Ceza Muhakemesi Kanunu ve Avukatlık Kanunu'nda özel olarak düzenlenerek, diğer arama ve el koyma çeşitlerine göre daha sıkı koşullara bağlanmasını gerektirmiştir.

Anahtar Kelimeler: Avukat, Avukatın bağımsızlığı, Sır Saklama Yükümlülüğü, Adli Arama, Önleme Araması, El Koyma, Üst, Büro, Konut

Abstract: Qualifications of advocacy are closely associated with lawyer's independence, confidentiality obligation and protection for the right to defense. Obligations and principles which are the characteristics and guarantees of advocacy involve a peculiar arrangement in Criminal Procedure Code and Attorneys' Act on the search warrant for lawyer and confiscation, by stipulating strict conditions among other types of search warrant and confiscation.

Keywords: Lawyer, Lawyer's Independence, Confidentiality Obligation, Judicial Search, Prevention Search, Confiscation, Surface, Bureau, Abode.

GİRİŞ

Avukatlık serbest bir meslek olup, aynı zamanda kamu hizmetidir. Avukatlık mesleğini yürüten hukukçu kişi, yargı görevini yerine getirmektedir. Avukat, yargı görevini yerine getirirken yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil etmektedir.

Avukatın bağımsız savunmayı serbestçe temsil edebilmesi için bağımsız olması gerekmektedir. Gerek avukatın bağımsızlığı, gerekse

* T.C. Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi- Stajyer Avukat, İzmir Barosu

avukatın sır saklama yükümlülüğü ve dolayısıyla savunma hakkının korunması, avukat ile ilgili ceza muhakemesi işlemlerinin özel olarak düzenlenmesini zorunlu kılmıştır. Bu nedenle avukatın üzerinin, bürosunun ve konutunun aranması ile avukatın bürosunda ve postasında elkoyma özel olarak düzenlenerek sıkı koşullara bağlanmıştır.

Çalışmamızın ilk bölümünde arama ve elkoymaya genel olarak ve kısa bir şekilde değindikten sonra, ikinci bölümde avukat hakkında arama ve elkoymanın özel olarak düzenlenmesini gerektiren sebepleri inceleyeceğiz. Üçüncü ve devamı bölümlerde ise çalışmamızın konusu olan avukat hakkında arama ve elkoymayı incelerken, inceleme sıramız; “avukatın üzerinin aranması”, “avukat bürolarında arama, elkoyma ve avukatın postasında elkoyma” ve “avukat konutlarında arama” şeklinde olacak.

I. GENEL OLARAK ARAMA VE ELKOYMA

Her ikisi de birer koruma tedbiri¹ olan arama ve elkoyma, başta Anayasa ve Ceza Muhakemesi Kanunu² olmak üzere ilgili mevzuatta³ düzenlenmiştir. Anayasa’nın “Özel hayatın gizliliği” başlıklı 20. maddesinin 2. fıkrasına göre, “*milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakim*

¹ Ceza muhakemesinin yapılabilmesini veya verilecek hükmün kağıt üzerinde kalmasını önleyerek infazını mümkün kılan, hükümden önce geçici olarak bazı temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi gerektiren işlemlere koruma tedbirleri denilmektedir. Koruma tedbirleri hakkında bkz. Bahri, Öztürk, Durmuş, Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma, vd., “Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Editör: Bahri Öztürk, 6. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2013, s. 445 vd. , Cumhuriyet Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Dördüncü Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 217 vd.

² 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, 17.12.2004 tarihli ve 25673 sayılı R.G.

³ Adli ve Öleme Aramaları Yönetmeliği (AÖAY), 01.06.2005 tarihli ve 25832 sayılı R.G. bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/06/20050601-15.htm>, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK), 14.07.1934 tarihli 2751 sayılı R.G..

onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar”.

Anayasa’nın “Konut Dokunulmazlığı” başlıklı 21. maddesinde ise kimsenin konutuna dokunulamayacağı belirtilerek temel kural konulduktan sonra, Anayasa’nın 20. maddesinde belirtilen şartlar bulunduğu takdirde kişinin konutuna girilebileceği, arama yapılabileceği ve buradaki eşyaya el konulabileceği belirtilmiştir. Bu durumda yetkili merciin kararı 20. maddede belirtilen aynı sürede hâkimin onayına sunulur, hâkim belirtilen sürede kararını açıklamadığı takdirde el koyma kendiliğinden kalkar.

Anayasa’nın 20. maddesinin ikinci fıkrasında ve 21. maddesinde yer alan düzenlemelerden de görüleceği üzere, arama⁴ kişi dokunulmazlığı ile genel olarak özel yaşama ve özel olarak da konut dokunulmazlığına müdahale oluşturan bir koruma tedbiridir. Elkoyma⁵ ise

⁴ Arama koruma tedbiri, şüpheli ya da sanığın, delillerin veya müsadereye konu eşyanın ele geçirilmesi amacıyla, şüpheli veya sanık ile üçüncü kişilere yönelik olarak, kişi üzerinde veya kamuya açık olmayan kapalı alanlarda yapılan bir ceza muhakemesi işlemidir. (adli arama) bkz. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma vd., s. 501. , Arama, adli arama şeklinde olabileceği gibi, bir suçun işlenmesini veya bir tehlikeyi önlemek amacıyla da yapılabilir. Bu ikinci arama türüne de önleme araması denilmektedir. bkz. Hamide Zafer, Nur Centel, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2010, s. 374. , PVSK’da sadece önleme araması düzenlenirken (m.9), AÖAY’de önleme araması (m.19) ile adli arama (m.5) birlikte düzenlenmiştir. Adli arama AÖAY m.5’e göre, “... bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemidir”. , Önleme araması ise AÖAY m. 19’a göre, “ ... a) Millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, b) Suç işlenmesinin önlenmesi, c Taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti, amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülki âminin yazılı emriyle ikinci fıkrafta belirtilen yerlerde, kişilerin üstlerinde, aracında, özel kâğıtlarında ve eşyasında yapılan arama işlemidir”

⁵ Elkoyma, ceza muhakemesinde delil olan ya da ileride delil olarak kullanılabilecek veya müsadereye tabi eşyanın, eşyayı elinde bulunduran kişinin rızası olmaksızın onun tasarruf yetkisini ortadan kaldırarak eşyanın adliyenin eli altına alınmasını sağlayan ve potansiyel bir zor kullanma içeren bir koruma tedbiridir. bkz. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma vd., s. 513. , Başka bir ifadeyle, “elkoyma, delil olabilecek ya da ileride müsadere edilebilecek eşya üzerinde zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması demektir. Kişi, bu tür değerleri rızasıyla teslim ederse, bunlar koruma

konut dokunulmazlığı yanında haberleşme özgürlüğü, mülkiyet haklarına müdahale oluşturan bir koruma tedbiridir.⁶

Ceza muhakemesinde başvuru koruma tedbirlerinden olan arama ve elkoymanın yapılabilmesi için gerekli şartlar Anayasa’da düzenlenmiştir. Yukarıda belirttiğimiz temel hak ve özgürlüklere müdahale oluşturan arama ve elkoyma için öncelikle, Anayasa’nın 20. maddesinin ikinci fıkrası ve 21. maddesinde belirtilen sebeplerden bir veya birkaçının bulunması gerekmektedir. Bunlar milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleridir. Bununla birlikte, bu sebeplerden bir veya birkaçının bulunması da yeterli olmamakta, ayrıca kural olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararının bulunması gerekmektedir. Usulüne göre verilmiş hâkim kararının bulunmasının istisnasını ise gecikmesinde sakınca bulunan haller oluşturmaktadır. Böylece, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri ile arama ve elkoyma koruma tedbirlerine başvurulabilecektir. Ancak bu durumda kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emrinin yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması gerekmektedir. Yazılı emrin onayına sunulduğu hâkim ise kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklayacaktır. Yazılı emrin yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulmadığı ya da hâkimin, yazılı emrin onayına sunulduğu andan itibaren kırk sekiz saat içinde kararını açıklamadığı durumlarda el koyma kendiliğinden kalkacaktır. Anayasa’nın 20. maddesinin ikinci fıkrasında ve 21. maddesinde yer alan düzenlemeler arama ve elkoyma işlemlerinin anayasal dayanakları olup,⁷ bu dayanaklardan yoksunluk arama ve elkoyma işlemlerini hukuka aykırı kılacaktır.

(muhafaza) altına alınır. Yanında bulunduran kişi bu değerleri rızasıyla teslim etmezse, bunlara el konulur yani bunlar zilyedinden zorla alınır. (CMK m. 123). Yasa’ya göre elkoyma, eşyanın veya malvarlığı değerlerinin rızayla teslim edilmesi halinde söz konusu olur. (CMK m. 123/2)”. bkz. Centel/Zafer, s. 386.

⁶ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma vd., s. 501 vd. , Aramanın konut dokunulmazlığı ve özel yaşamın gizliliğine müdahale oluşturmalarının yanında; kişi özgürlüğü ile vücut dokunulmazlığına da müdahale oluşturan bir koruma tedbiri olduğu haklı olarak ifade edilmektedir. bkz. Centel/Zafer, s. 374.

⁷ Serhat Sinan Kocaoğlu, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 2012-1, 2012, s. 49.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 116. maddesinde şüpheli veya sanıkla ilgili yapılacak arama düzenlenmiştir. Buna göre, *"Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe⁸ varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir"*. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 117. maddesinde de diğer kişilerle ilgili yapılacak arama düzenlenmiş olup madde hükmüne göre, *"Şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla, diğer bir kişinin de üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir"*. Ancak, *"bu hâllerde aramanın yapılması, aranan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlıdır"*. (m. 117/2.) Bununla birlikte, *"Bu sınırlama, şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerler ile, izlendiği sırada girdiği yerler hakkında geçerli değildir"*. (m. 117/3.)

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda arama kararı ise 119. maddede düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre, *"Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde⁹ Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir "* Bununla birlikte bu kural, konutta, işyerinde ve kamuya açık olan alanlar dışında yapılan aramalar için geçerli olup, bu yerlerde yapılacak aramalarda kolluk amirleri-

⁸ Makul şüphe AÖAY m. 6/1'e göre, *"hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir"*. *"Makul şüphe, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşındığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenir"*. (m. 6/2) *"Makul şüphede, ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması gerekir"*. (m.6/3). *"Belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır"*. (m. 6/4) *"Arama sonunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut bulunmalıdır"* (m.6/5).

⁹ Gecikmesinde sakınca bulunan hal Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin *"Tanımlar"* başlıklı 4. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre gecikmesinde sakınca bulunan hal, adli aramalar bakımından; *"... derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlini"* ifade eder. Önleme aramaları bakımından ise; *"... derhâl işlem yapılmadığı takdirde, milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunmasının tehlikeye girmesi veya zarar görmesi, suç işlenmesinin önlenememesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlini"* ifade eder.

nin yazılı emir verme yetkisi yoktur. Zira “konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir”.

Elkoyma¹⁰, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 123. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Bununla birlikte el koyma kararını verme yetkisi 127. maddede düzenlenmiştir.¹¹ Madde hükmüne göre, “Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri, elkoyma işlemini gerçekleştirebilir.” Üçüncü fıkrada ise Anayasa’nın 20. maddesinin ikinci fıkrası ve 21. maddesine uygun olarak “Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi, yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde elkoyma kendiliğinden kalkar” denilmiştir.¹²

II. AVUKAT HAKKINDA ARAMA VE ELKOYMANIN ÖZEL OLARAK DÜZENLENMESİNİ GEREKTİREN SEBEPLER

Bir sonraki bölümde incelemeye başlayacağımız avukatlar hakkındaki arama ve elkoymaya ilişkin kurallar Ceza Muhakemesi Kanunu ve Avukatlık Kanunu’nda¹³ özel olarak düzenlenmiştir. Ceza muhakemesi sürecinde başvurulanan arama ve elkoyma koruma tedbirlerinde

¹⁰ CMK’da elkoyma, basit elkoyma ve özel elkoyma olarak ikiye ayrılmıştır. Özel elkoyma içerisine ise taşınmaz hak ve alacaklara elkoyma (M. 128.), postada elkoyma (M. 129.), bilgisayarlara elkoyma (M. 134.) girmekte olup, bu elkoyma biçimlerinde elkoyma kararı verilebilmesi farklı koşullara bağlanmıştır. bkz. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma vd., s. 517-521.

¹¹ CMK m. 127’de düzenlenen elkoyma kararını verme yetkisi basit elkoyma ile ilgili olup, özel elkoyma çeşitleri için karar verme yetkisi, daha önce belirttiğimiz üzere ilgili maddelerde farklı koşullara bağlanmıştır.

¹² “Elkoyma, genellikle arama ile bağlantılı olarak başvurulanan bir koruma tedbiridir. Bununla birlikte arama kararı, arama sonucunda ele geçen eşyaya elkonulması kararını da kapsamaz. Yalnızca arama kararına dayanarak, arama sonucunda ele geçen eşyaya elkonulmasına olanak yoktur.” denilerek arama ve elkoyma kararlarının birlikte verilmesi gerektiği belirtilmiştir. bkz. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma vd., s. 515. Bununla birlikte bu düşünceye farklı bir görüş şu şekilde ifade edilmektedir: “Uygulamada, elkoyma kararı ya da emri şeklinde karşımıza çıkan bu tedbir genellikle sadece ‘elkoyma’yı değil, aynı zamanda ‘arama’yı da kapsamaktadır.” bkz. Kocaoğlu, s. 55.

¹³ 19.03.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu, 07.04.1949 tarihli ve 13168 sayılı R.G.

avukatlar için istisnai düzenlemeler getirilmesinin sebebi, serbest bir mesleği icra eden ve kamu hizmeti gören avukatın,¹⁴ aynı zamanda yargı görevini yerine getirmesidir.¹⁵ Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesine göre avukatlığın amacı, "...*hukuki münasabetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır*". Böylece avukat, özel hukuk alanındaki uyuşmazlıkların yanı sıra idare ve ceza hukuku, yani kamu hukuku alanındaki uyuşmazlıkların da çözülmesine yardımcı olmakta, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil etmektedir.¹⁶ Sonuç olarak, yargının bağımsız olması için savunmanın, savunmanın bağımsız olması için de avukatın bağımsız olması gerektiğinden; avukat-savunma-yargı birbirinden ayrı düşünülememektedir. Sırasıyla yargı ve savunmanın bağımsızlıklarını sağlamak için avukatın bağımsızlığını sağlamak gerekmekte ve bu sebeple ceza muhakemesi işlemleri bakımından avukatlar hakkında farklı, istisnai düzenlemeler getirilmektedir.¹⁷

A. AVUKATIN BAĞIMSIZLIĞI

Bağımsızlık kavramı, herhangi bir kısıtlamaya, zorlamaya ve şarta bağlı olmaksızın düşünme veya davranma demektir. Böylece avukatın bağımsızlığı da, avukatın hiçbir kısıtlamaya bağlı olmaksızın düşünmesi ve adil yargılanma hakkının gereklerine uygun bir şekilde

¹⁴ Av.K. m. 1: "Avukatlık kamu hizmeti ve serbest bir meslektir. (Değişik : 2/5/2001 - 4667/1 md.) Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder".

¹⁵ 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu m. 6/1-d: "Yargı görevi yapan deyiminden; yüksek mahkemeler ve adli, idari ve askerî mahkemeler üye ve hakimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatlar, Anlaşılır".

¹⁶ Avukatlığın ceza muhakemesine yansımaları müdafilik ve vekilliktir. bkz. Kocaoğlu, s. 48. , "Ceza soruşturmasını yürüten resmi organlar önünde şüpheli veya sanığı fiili veya hukuki açıdan koruyan, belli niteliklere sahip bulunan şüpheli veya sanık dışındaki kişi müdafî olmaktadır. Müdafî şüpheli veya sanık ve onun yasal temsilcisi dışında bir kişidir". bkz. Centel/Zafer, s. 165. , Müdafî, CMK m. 2/1-c'ye göre, "Şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukatı" ifade etmektedir. Vekil ise CMK m. 2/1-d'e göre, "Katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişiyi ceza muhakemesinde temsil eden avukatı" ifade eder.

¹⁷ Kocaoğlu, s. 45-48.

savunma görevini yerine getirebilmesi anlamına gelmektedir.¹⁸ Bağımsız savunmanın serbestçe temsil edilebilmesi için avukatın her türlü baskıdan uzak olarak görevini yapabilmesi, bir başka ifadeyle bağımsız olması gerekmektedir.¹⁹ Ancak bu takdirde avukat, Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesinin belirttiği şekilde yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil edebilecektir.²⁰

Avukatın bağımsızlığının sağlanması amacıyla Ceza Muhakemesi Kanunu ve Avukatlık Kanunu'nda avukatlara uygulanacak arama ve elkoyma bakımından özel düzenlemeler getirildiğini belirtmiştik. Bununla birlikte, Ceza Muhakemesi Kanunu ve Türk Ceza Kanunu'nda avukatın erk ve kişilere karşı bağımsızlığının korunmasına yönelik olarak birtakım düzenlemeler daha yer almaktadır.²¹ Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 203. maddesinin birinci fıkrası, duruşma düzeninin

¹⁸ Görevini iyi yapabilmesi için müdafî avukatın bağımsız olması gerekir. Müdafî, sanığa, yargılama ve iddia makamlarına, Baro'ya, üçüncü kişilere ve medyaya karşı bağımsızdır. Müdafî avukatın bağımsızlığı Anayasa'da açıkça güvence altına alınmamıştır. Fakat, hukuk devleti ilkesi (Any. m. 2) bu boşluğu doldurmaktadır. Çünkü temel hak ve özgürlüklerden olan hak arama özgürlüğü temel hakkı, savunmayı ve savunmanın hukuk devleti anlayışı içinde ayrılmaz bir niteliği olan avukatın bağımsızlığını da kapsar. bkz. Centel/Zafer, s. 171. , Müdafî avukatın yürütme karşısında bağımsızlığı, savcı karşısında bağımsızlığı, şüpheli/sanık karşısında bağımsızlığı ve mahkeme karşısındaki bağımsızlığı için bkz. Centel/Zafer, s. 171-173.

¹⁹ Avukatın, yargı görevini yerine getirirken konusunun uzmanı olması gerekmele birlikte hiçbir kişi ve kurumla bağımlılığı olmayan, her türlü baskı ve çıkar ilişkilerinden uzak bir kişi de olması gerekir. Başka bir ifadeyle, avukatlık mesleğini icra eden kişinin uzman olmasının yanı sıra, bağımsız da olması gerekir. Avukatın aynı zamanda hem hukukun hem de iş sahibinin çıkarlarına hizmet edebilmesi, ancak gerçek anlamda bağımsızlığın sağlanması ile mümkündür. Avukatın bağımsızlığı, onun mesleğini en iyi şekilde icra edebilmesinin bir garantisidir. Bu nedenle, avukatın bağımsız oluşu müvekkil ile arasındaki güven ilişkisini de perçinler. Avukatın bağımsızlığı müvekkil yararına da bir güvence oluşturmaktadır. Avukat mesleğini icraada ne kadar özgür olursa, müvekkilinin haklarını elde etme konusunda da o kadar başarılı olur. Bu nedenle, avukatlık bağımsızlığına yapılan müdahaleler avukatlığa yapılmaktan ziyade, avukatlarca savunulan vatandaşın hak ve özgürlüğüne yönelmektedir. bkz. Talay Şenol, "Bağımsız Avukatlık", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 54, 2004, s. 271-272.

²⁰ bkz. Serhat Sinan Kocaoğlu, "Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Savunma Hakkı ve Avukatın Bağımsızlığının Gerçekleştirilmesinde Barolara Düşen Yükümlülükler", Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 10-14 Ocak 2012, s. 104-105., Avukatın bağımsızlığı ile ilgili olarak kanunlar ve meslek kurallarının gereğini her türlü organlara karşı savunmak, Av.K. m.97/6'da baro başkanlarının, m. 123/6'da ise Türkiye Barolar Birliği Başkanı'nın görevleri arasında sayılmıştır.

²¹ bkz. Kocaoğlu, "Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Savunma Hakkı ve Avukatın Bağımsızlığının Gerçekleştirilmesinde Barolara Düşen Yükümlülükler", s. 105.

mahkeme başkanı veya hâkim tarafından sağlanacağını; aynı madde-
nin ikinci fıkrası ise, duruşmanın düzenini bozan kişinin, savunma
hakkının kullanılmasını engellemek koşuluyla mahkeme başkanı
veya hâkim tarafından salondan çıkarılmasının emredileceğini dü-
zenlemektedir. Üçüncü fıkrafta ise, duruşmadan çıkarılması sırasında
direnc gösteren veya karışıklıklara neden olun kişiye verilecek bir ka-
rarla disiplin hapsi uygulanabileceği, fakat avukatların bundan hariç
tutulduğu düzenlenmiştir. Görüleceği üzere, avukatın bağımsızlığı
gereğince avukatlar hakkında disiplin hapsi kararı verilememektedir.
Bir diğer düzenleme “İddia ve savunma dokunulmazlığı” başlıklı Türk
Ceza Kanunu’nun 128. maddesinde bulunmaktadır. Madde hükmü ge-
reğince, *“Yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya
sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut
isnadlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde, ceza veril-
mez. Ancak, bunun için isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara
dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması gerekir”*.

Görüleceği üzere, madde hükmü aslında doğrudan savunma do-
kunulmazlığı ile ilgili olup, aynı zamanda avukatın yargının kurucu
unsurlarından olan savunmanın bağımsızlığını serbestçe temsil edebil-
mesinin bir koşulu olan avukatın bağımsızlığı ile de yakından ilgilidir.

Sonuç olarak, yargı görevi yapan avukatların yargının kurucu
unsurlarından olan savunmanın bağımsızlığını serbestçe temsil ede-
bilmesi için bağımsız olmaları gerekmektedir. Böylece avukatın ba-
ğımsızlığı ile savunma hakkı ve özgürlüğü ayrılmaz bir bütün oluş-
turmaktadır. Bununla birlikte, burada, savunma hakkı ve özgürlüğü
ile sıkı bağlantısı bulunan ve aynı zamanda avukat hakkında arama
ve elkoymanın özel olarak düzenlenmesinin bir diğer sebebi olan sır
saklama yükümlülüğüne değinmek gerekmektedir.

B. AVUKATIN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Avukatlar hakkındaki arama ve elkoymanın özel olarak düzen-
lenmesi avukatın sır saklama yükümlülüğü ile de yakından ilgilidir.²²

²² Hasan Şişman, “Avukatın Üzerinin, Büro veya Konutunun Aranması”, Ekim, 2012, <https://hasansisman.wordpress.com/2012/10/13/avukatın-uzerinin-buro-veya-konutunun-aranması/>, s. 1, Erişim Tarihi: 12.05.2015.

Avukatlık Kanunu'nun "*Sır saklama*" başlıklı 36. maddesinde, "*Avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi, gerekse Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır*" denilmektedir. İkinci fıkraya göre, avukatlar öğrendikleri hakkında ancak müvekkillerinin izin vermesi durumunda tanıklık edebilir. Fakat bu halde dahi avukatlar tanıklıktan çekinme hakkına sahiptir.

Avukatların sır saklama yükümlülüklerinden dolayı tanıklıktan çekinebilecekleri Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "*Meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinme*" başlıklı 46. maddesinde de düzenlenmiştir. Avukatlık Kanunu'nun 36. maddesinde sadece avukatlar bakımından tanıklıktan çekinme hakkı getirilmişken, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 46. maddesinde avukatların yanında stajyer ve yardımcıları da tanıklıktan çekinme hakkı kapsamına dâhil edilmiştir. 46. maddenin birinci fıkrasının a bendine göre, avukatlar, stajyerleri veya yardımcıları bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgilerle ilgili olarak tanıklıktan çekinebilirler.

Ayrıca, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 37. maddesinde "*Avukat meslek sırrı ile bağlıdır*" denilerek avukatların sır saklama yükümlülüğüne meslek kurallarında da yer verilmiş olup, Meslek Kuralları'nın 34. maddesi gereğince avukatlar Türkiye Barolar Birliği'nce belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler.

Yukarıdaki düzenlemelerde yer verilen avukatın sır saklama yükümlülüğü, avukatların görevlerinden dolayı öğrendiği bilgileri açığa vurmalarını yasaklamaktadır. Sır saklama yükümlülüğü nedeniyle avukatlara öğrendikleri bu bilgilerle ilgili olarak tanıklıktan çekinme hakkı tanındığı gibi, avukatlar hakkındaki arama ve elkoyma koruma tedbirleri de özel olarak düzenlenmiştir. Zira genel hükümler çerçevesinde yapılacak arama ve elkoyma avukatın müvekkiliyle ilgili belgelerine el konulmasına engel teşkil etmediğinden, bu durum avukatın sır saklama yükümlülüğüne aykırı olacaktır. Bu nedenle avukat hakkındaki arama ve elkoyma özel olarak düzenlenerek avukatın müvekkili ile ilgili olan belgelerinin açığa çıkmasının önüne geçilmiş, avukatın sır saklama yükümlülüğüne uygun kurallar getirilmiştir.

C. SAVUNMA HAKKININ KORUNMASI

Hukuk devletinin üzerine inşa olunduğu temel hak ve özgürlüklerin en önemlilerinden biri ve belki de en önemlisi, gerek uluslararası sözleşmeler ve gerekse Anayasa ve yasalarda yer verilen “savunma hakkı”dır.²³ Hak arama özgürlüğünü ve savunma hakkını somutlaştıran ve pekiştiren meslek avukatlık olup, avukat halkın hak arama özgürlüğünün teminatıdır.²⁴ Sahip olduğu bu önem nedeniyle savunma hakkının korunması, avukat ile ilgili ceza muhakemesi işlemlerinin özel olarak düzenlenmesinin bir diğer nedenini oluşturmaktadır.²⁵

Savunma hakkının korunması bakımından avukat ile ilgili tüm arama ve elkoymalar önemli olmakla birlikte, avukat bürolarının aranması ayrı bir öneme sahiptir. Avukatlık Kanunu’nun 23. maddesi gereğince avukatların büro edinme zorunluluğu vardır. Madde hükmüne göre, “Her avukat, levhaya yazıldığı tarihten üç ay içinde baro bölgesinde bir büro kurmak zorundadır” Türk Ceza Kanunu’nun 6. maddesinin birinci fıkrasının d bendi ile Avukatlık Kanunu’nun 1. maddesi doğrultusunda, avukatın yargı görevi yaparak yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil edebilmesi için avukatlık bürosu büyük önem arz etmektedir. Ayrıca, avukatın kamu hizmeti ve serbest bir meslek olan avukatlığı icra edebilmesi için ekonomik faaliyetlerini de sürdürebilmesi gerekir ki, avukatlık bürosu bu yönüyle avukat için çok önemlidir. Bu nedenlerden dolayı avukatlık bürosunun savunmanın her türlü faaliyetinin emin bir şekilde yürütülebilmesi bakımından deyim yerindeyse avukatın kalesi olduğu ifade edilmektedir. Böylece avukatın kalesi olan büro, her türlü dış tehditten hukuken korunaklı olmalı, güvenli bir yer teşkil etmelidir. Çünkü avukat ile müvekkili arasındaki ilişki tamamen güvene dayalı bir ilişkidir.²⁶

²³ Savunma hakkına T.C. Anayasası’nın 36. maddesinde yer vermekle birlikte bu hakka uluslararası sözleşmeler bakımından İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m. 8-11; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6/3; Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler -Havana Kuralları- m. 1’de yer verilmiştir. bkz. Şenol, s. 269.

²⁴ Şenol s. 270’den Yücel Sayman, “Hak Arama Özgürlüğü ve Avukatlık Mesleği, Demokratikleşme, İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Bağlamında Avukatlık Mesleği” (Sorunlar-Çözüm Perspektifleri, İstanbul Barosu Başkanlığı Sempozyumu, 25-29 Ekim 1995, 1. Baskı, Antalya: İstanbul Barosu Yayınları, 1996, s. 420.

²⁵ Ezgi Kızılkaya, “Türk Hukuku ve Karşılaştırılmalı Hukukta Arama, Elkoyma ve Gözetim”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 89, 2010, s. 514.

²⁶ Kocaoğlu, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi

Bununla birlikte avukatlık bürosu güvenli bir yer teşkil etmeyen ve kolaylıkla aranabilecek bir yer olarak düşünülürse savunma hakkı zedelenecektir.²⁷ KOCAOĞLU, savunma hakkının zedeleneceğini şu şekilde açıklamaktadır: “Çünkü bu düşünceye sahip şüpheli veya sanık, büroya görüşmeye giderken kolaylıkla aranabilecek bir yer olduğu için avukatlık bürosuna savunması için lazım belge ve delilleri yanında götürmez. Bu durum ise açıkça şüpheli veya sanığın savunma hakkını kısıtlar”²⁸

EREM ise, “.... avukatlar tam bir güven içerisinde bulunmazlarsa mesleklerini ifa edemezler. Avukatın bürosu basit bir iş mahalli değildir. Avukatın yazıhanesinin aranabileceğini düşünen bir müvekkilin avukatına güvenmesine imkân yoktur. Aranabilen avukat yazıhanesi tuzak haline gelebilir. Zamanla, çok az kişi bu tuzağa düşer Savunma özgürlüğü yalnız duruşmada serbestçe savunma yapabilme olanağı değildir. Kişi dilediği delili getirmek veya getirmemek takdirine de sahip bulunmalıdır. Nasıl sanık yemine zorlanamazsa, aynı şekilde elinde bulunan delili vermeğe de zorlanamaz. Avukat yazıhanesine intikal etmiş bir delil artık savunmanın takdirine tevdi edilmiştir” demektedir.²⁹

Sonuç olarak, yukarıda ifade ettiğimiz üzere avukatların bağımsızlığı, sır saklama yükümlülüğü ve savunma hakkının korunması avukatlar hakkındaki arama ve elkoymanın genel hükümlerden

Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı”, s. 55. , Av.K. m. 34: “Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler”. TBB’nin 8-9 Ocak 1971 tarihli IV. Genel Kurulu’nda kabul edilen ve 26 Ocak 1971 tarihli TBB Bülteni’nde yayınlanarak yürürlüğe giren Türkiye Barolar Birliği (TBB) Meslek Kuralları, Kural 3: “Avukat, mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür”.

²⁷ 18.01.2013 tarihli ‘Avukat Büro ve Konutunun Aranması’ konulu panelin açılış konuşmasında İstanbul Barosu Başkanı Av. Doç. Dr. Ümit Kocasakal’ın söylediği üzere, “Avukata yönelik her türlü baskı ve gözdağı vatandaşa yapılmış baskı ve gözdağıdır.”, <http://www.istanbulbarosu.org.tr/detail.asp?CatID=1&SubCatID=1&ID=7687>, 25.01.2013, Erişim Tarihi: 12.05.2015.

²⁸ Kocaoğlu, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı” s. 55.

²⁹ Faruk Erem, “Meslek Kuralları (Şerh)”, TBB Yayınları, Sevinç Matbaası, İkinci Bası, Ankara 1973, s. 74-75.

ayrı olarak düzenlenmesini gerektirmiştir. Bir diğer ifadeyle, avukatın bağımsızlığı ile sır saklama yükümlülüğü çerçevesinde, savunma hakkının korunması ve adil yargılanma hakkının da güçlü kılınması amacıyla avukatlar hakkındaki arama ve elkoymaya özel sınırlar getirilmiştir.³⁰

III. AVUKATIN ÜZERİNİN ARANMASI

Avukat bürolarında arama, elkoyma ve avukatın postasında elkoyma Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesinde özel olarak düzenlenmesine rağmen; avukatın üzerinin aranması ile ilgili özel bir düzenlemeye Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer verilmemiştir. Bununla birlikte, avukatın üzerinin aranması ile ilgili bir düzenlemeye Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre özel nitelikte olan Avukatlık Kanunu'nda yer verildiği görülmektedir. Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesine göre, "... Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamaz".

Madde hükmünden görüleceği üzere ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamayacaktır. Madde hükmüne bakıldığı zaman avukatın üzerinin aranabilmesi için iki unsurun birlikte bulunması gerektiği görülmektedir. Birlikte bulunması gereken bu iki unsur suçun ağır ceza mahkemesinin görev alanına giriyor olması ve suçüstü halidir. Bir başka ifadeyle, Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesi gereğince avukatın üzerinin aranabilmesi için, avukatın ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suç işlemesiyle birlikte suçüstü halinin de varlığı gerekecektir. Buna karşın avukatın ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suç işlemesine rağmen ortada suçüstü hali yoksa ya da ortada suçüstü hali olmasına rağmen işlenen suç ağır ceza mahkemesinin görev alanına girmiyorsa avukatın üzeri aranamayacaktır.

Bununla birlikte, burada yanıtlanması gereken şu soru bulunmaktadır: Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesi gereğince avukatın üzerinin aranması söz konusu olduğunda, arama yapılabilmesi için hâkim kararı gerekli midir? Avukatlık Kanunu'nun 61. maddesinden

³⁰ Oya Aydın, Selçuk Kozağaçlı, Avukat Bürolarının Aranması, Ankara Barosu İnsan Hakları Komisyonu Yayınları, Ankara 2001, s. 3.

yola çıkararak bu soruya yanıt verilebileceğini düşünüyoruz. Avukatlık Kanunu'nun "suçüstü hali" başlıklı 61. maddesine göre, "Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü halinde soruşturma, bizzat Cumhuriyet savcısı tarafından genel hükümlere göre yapılır". 61. maddeden yola çıkarak ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçun ve suçüstü halinin varlığı halinde avukatın üstünün aranmasının genel hükümlere göre yapılacağı söylenebilir.³¹ Böylece, ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü halinde avukatın üzerinin aranması için mutlaka hâkim kararı gerekmeyecek; Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 119. maddesi gereğince gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri avukatın üzerini arayabilecektir.

Yukarıda değindiğimiz üzere, Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesi gereğince ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı ve suçüstü halinin varlığı halinde avukatın üzeri aranabilecektir. Peki, 58. maddede yer alan bu kuralın avukatın işlemiş olduğu suç bakımından kapsamı nedir? Daha açık bir ifadeyle, bu kural avukatın görevinden doğan veya görev sırasında işlediği suçlarla sınırlı olarak mı uygulanacak yoksa görev suçları ile sınırlı olmayıp avukatın işlediği adi suçlar da bu kapsamda değerlendirilecek midir?

Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinin ilk cümlesinde, avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturmanın Adalet Bakanlığının vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılacağı belirtilmiştir. Maddenin son fıkrasında ise daha önce değindiğimiz üzere, ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzerinin aranamayacağı belirtilmiştir. Görüleceği üzere, 58. maddenin birinci fıkrasında avukatların görevlerinden doğan ya da görevleri sırasında işledikleri suçlar bakımından bir sınırlama yapılmış iken, maddenin son cümlesinde böyle bir sınırlamaya yer vermeden sadece ağır ceza mahkemesinin görev alanına

³¹ Ersan Şen, "Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 2013-2, 2013, s. 342.

giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzerinin aranmayacağı belirtilmiştir. Bu durumun bir belirsizlik yarattığı açık olup, bu belirsizlik nedeniyle iki farklı görüş bulunmaktadır. Birinci görüşe göre, maddenin başlığının “soruşturmaya yetkili cumhuriyet savcısı” olması ve maddenin ilk cümlesinde avukatların görevlerinden doğan veya görev sırasında işlediği suçlardan dolayı yapılacak soruşturmada yetkili Cumhuriyet savcısının belirtilmesi sebebiyle, 58. madde sadece avukatların görevleri ile ilgili suç işlemleri durumunda geçerli olacaktır.³² İkinci görüşte ise, 58. maddenin son cümlesinde avukatın görevinden doğan veya görev sırasında işlediği suçlar ile avukatın işlediği adi suçlar arasında bir ayrım yapılmadığından; ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçüstü halleri dışında avukatın işlediği iddia edilen suçun adi veya görevle ilgili olup olmadığına bakılmaksızın avukatın üzerinin aranmayacağı ileri sürülmektedir.³³

Yukarıda belirttiğimiz iki farklı görüş karşılaştırıldığında, birinci görüşte Avukatlık Kanunu’nun 58. maddesinin ilk cümlesi göz önüne alınarak maddenin ve dolayısıyla son cümlesinin sadece avukatların görevleri ile ilgili suç işlemleri durumunda geçerli olduğu sonucuna varılmıştır. Buna karşılık, ikinci görüşte ise 58. maddenin son cümlesinin göz önüne alınmasıyla, cümlede görevle ilgili suç ve adi suç bakımından bir ayrım yapılmaması nedeniyle işlenen suçta ayrıma gidilmeksizin eğer suçun ağır ceza mahkemesinin görev alanına girmesi ve suçüstü halinin varlığı birlikte bulunmuyorsa avukatın üzerinin aranmayacağı sonucuna varıldığı görülmektedir. Her iki görüşün de yaklaşım açılarına bakıldığı zaman ayrı ayrı haklılık payına sahip oldukları söylenebilirse de, iki görüş de aynı anda doğru olamayacağına göre bu konunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Yasa koyucu, Avukatlık Kanunu’nun 58. maddesinin ilk cümlesinde yetkili Cumhuriyet savcısının belirlendiği soruşturmanın avukatların görevinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı yapılacak soruşturma olduğunu ifade etmiştir. Bununla birlikte, yasa

³² bkz. Kemal Vuraldoğan, “Avukatın Üzerinin Aranması Sorunu ve Avukat Vuraldoğan Davası”, *Eskişehir Barosu Dergisi*, Sayı: 6, 2005, s. 20. Yazar dipnotta, İçişleri Bakanlığı’nın Avukat Vuraldoğan davasına sunduğu 28.08.2003 tarihli dava dilekçesinde bu iddiayı dile getirdiğini belirtmiştir.

³³ bkz. Şen, “Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması”, s. 342.

koyucu maddenin son fıkrasında herhangi bir suç ayırımına gitmeden sadece ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali olmadığı sürece avukatın üzerinin aranamayacağını belirtmiştir. Burada sorulması gereken soru, yasa koyucunun maddenin ilk cümlesinde yaptığı suç ayırımını son cümlesinde tekrarlamamasının ne anlama geldiğidir. Yasa koyucu maddenin ilk cümlesinde yaptığı suç ayırımını son cümlede tekrarlamayarak ister görev suçu ister adi suç olsun avukatların ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında üzerleri aranamaz mı demek istemiştir? Yoksa ilk cümlede yaptığı suç ayırımını son cümlede tekrarlama gereği duymayarak, son cümlede avukatların yalnızca görev suçları ile sınırlı olarak ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında üzerleri aranamaz mı demek istemiştir?

Ağır Ceza Mahkemesinin görev alanına giren suçlar 5235 sayılı Kanun'un³⁴ 12. maddesinde sayılmıştır. Maddede ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlar belirtilmekle birlikte *"kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere"* denilerek, özel kanunlar ile de ağır ceza mahkemesinin görevli kılınabileceği belirtilmiştir. Nitekim Avukatlık Kanunu'nun 59. maddesinde *"Haklarında son soruşturmanın açılmasına karar verilen avukatların duruşmaları, suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesinde yapılır"* denilmek suretiyle avukatların görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlarda ağır ceza mahkemesinin görevli olduğu belirtilmiştir.³⁵

Görüleceği üzere ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlar 5235 sayılı Kanun'un 12. maddesinde sayılmış olup, bu maddede *"kanunların ayrıca görevli kıldığı haller"* denmesi ve Avukatlık Kanunu'nun 59. maddesinde yer alan düzenleme gereğince avukatların görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri suçlar bakımından da ağır ceza mahkemesi görevlidir. Böylece avukatların

³⁴ 26.09.2004 tarih ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun, 7.10.2004 tarihli ve 25606 sayılı R.G.

³⁵ Bu konuda ayrıca bkz: "Avukatlar Hakkında Soruşturma ve Kovuşturma Usulü", 02.06.2013, <http://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=183&t=14154>, Erişim Tarihi: 18.06.2015.

görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri suçların ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlardan olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumu Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinin son cümlesinde yer verilen "Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamaz" düzenlemesiyle birlikte değerlendirerek, düzenlemenin avukatın işlediği adi suçları da kapsayıp kapsamadığı konusunda bir sonuca varabileceğimizi düşünüyoruz.

Avukatların görevlerinden doğan veya görevleri sırasındaki işledikleri suçların ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlardan olduğunu göz önüne aldığımızda, 58. maddenin son cümlesinde "*ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali ...*" denilerek zaten avukatların görev suçlarından daha geniş bir çerçeveye ifade edilmiştir. Başka bir ifadeyle, avukatların görev suçları "ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suç" ifadesine göre daha dar bir kapsamı ifade etmekte olup, avukatların görev suçları ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlardan yalnızca birisidir. Böylece, "*ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamaz*" kuralındaki 'ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suç' ifadesinin avukatın görev suçlarını da kapsamaması sebebiyle, bu kuralın avukatın görev suçları ile sınırlı olduğunu söylemek mantıklı olmayacaktır. O halde, bu kural avukatın görev suçları ile sınırlı değildir ve bu kuralın kapsamına avukatın görev suçları bakımından da görevli olan ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bütün suçlar girmektedir. Bu yaklaşıma bağlı olarak, Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinin son cümlesinde yer verilen düzenlemenin avukatın görev suçları ile sınırlı olmadığını düşünüyoruz. Böylece, avukatın görev suçu veya adi suçu olması fark yaratmayacak; ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamayacaktır.

Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinin son cümlesindeki avukatın üzerinin aranması ile ilgili düzenleme bakımından cevaplanarak açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer önemli konu da şudur: Bu düzenleme sadece adli aramayla mı sınırlıdır? Yoksa adli aramayla birlikte önleme araması için de geçerli midir?

Bir görüşe göre, Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinin son cümlesindeki kural "ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suç" deyiminden de anlaşılacağı üzere sadece adli aramalar için geçerlidir. Çünkü bu düzenleme avukatın suç isnadı altında olduğu durumlarda geçerli olup; düzenlemenin getirilmesindeki amaç avukatın savunma görevini hiçbir etkiye bağlı olmadan yerine getirmesidir.³⁶ Bu görüşe benzer bir görüş başka bir kaynakta da dile getirilmiştir. Yazara göre önleme araması avukata herhangi bir ayrıcalık vermemektedir ve usulüne uygun bir önleme araması ile avukatın üzeri aranabilecektir.³⁷

Bir diğer görüşe göreyse, Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesi adli ve önleme aramaları konusunda herhangi bir fark gözetmemiş, avukatların üzerleri ve dolayısıyla yanlarında taşıdıkları eşyanın hangi durumda aranabileceğini düzenlemiştir. Zira bu maddenin son fıkrasının son derece açık bir şekilde avukatın üzerinin ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında aranamayacağını emretmektedir. Bu sebeple, söz konusu önleme aramaları yalnızca adli aramaları değil, aynı zamanda önleme aramalarını da kapsamaktadır.³⁸

Avukatların önleme araması ile üzerlerinin aranıp aranamayacağı konusunda bir sonuca varabilmek için öncelikle bu konu ile doğrudan ilgili olan iki kararı incelemenin faydalı olacağını düşünüyoruz. Danıştay 8. Dairesinin bir kararının özet bölümünde ifade edildiği üzere, "Avukat olan davacının, avukatlık kimliğini ibraz etmesine rağmen kolluk kuvvetleri tarafından üzerinin aranması nedeniyle manevi zararın tazmini istemiyle dava açılmıştır. Avukatlık Yasası uyarınca ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatların üzeri aranamaz. Suçüstü hali olmadan müvekkili önünde kolluk kuvvetlerince üzeri aranan davacının meslek onurunun zedelendiği açıktır. Davalı İdarenin bu eylemde hizmet kusurunun bulunduğu, davacının manevi zararının karşılan-

³⁶ Prof. Dr. Feridun Yenisey'in, Av. Kemal Vuraldoğan'ın açtığı davada davalı İçişleri Bakanlığı'nın davaya cevap dilekçesinin ekinde yer alan 23.07.2003 tarihli görüşü. E. 2003/1192, K. 2004/978, k.t. 11.6.2004. bkz. Vuraldoğan, s. 18.

³⁷ bkz. Kocaoğlu, "Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı", s. 51.

³⁸ Ersan Şen, "Avukatın Aranması", 06.04.2015, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1337742-avukatin-aranmasi>, Erişim Tarihi: 17.06.2015.

*masına, haksız zenginleşmesine de yol açılmamasını sağlamak üzere takdiren manevi zararın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalı İdare tarafından davacıya ödenmesine ve fazlaya ilişkin istemin reddine karar verilmesi hukuka uygundur”.*³⁹

Karardan görüleceği üzere Danıştay 8. Dairesi, davalı idareyi önleme araması eyleminde kusurlu bularak yerel mahkemenin davacı lehine manevi tazminat ödenmesi kararını⁴⁰ hukuka uygun bulmuş ve fazlaya ilişkin istemin reddine karar vermiştir.

Danıştay 8. Dairesi, Avukatlık Kanunu uyarınca ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatların üzeri aranamayacağına vurgu yaparak davacı avukatın kimliğini ibraz etmesine rağmen kolluk kuvvetleri tarafından üzerinin arandığına dikkat çekmiştir. 8. Daire, suçüstü hali olmadan müvekkili önünde kolluk kuvvetlerince üzeri aranan davacı avukatın meslek onurunun zedelendiği açıktır diyerek davalı idarenin bu eylemde hizmet kusurunun bulunduğunu belirtmiştir. 8. Daire bu kararında, Avukatlık Kanunu’nun 58. maddesinin son fıkrasında yer alan ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatların üzerinin aranamayacağı hükmünü sadece adli arama ile sınırlamamış, önleme aramasını da bu düzenleme kapsamında görmüştür. Danıştay 8. Dairesinin kararının, vardığı bu sonuç itibarıyla oldukça önemli olduğunu düşünüyoruz.

Konu ile ilgili olarak öneme sahip olan bir diğer karar ise Ankara 3. İdare Mahkemesi’nin vermiş olduğu karardır.⁴¹ Söz konusu kararın

³⁹ Danıştay 8. Dairesinin 12.11.2010 tarih ve E. 2010/5626, K. 2010/6024 sayılı kararı. Karar için bkz. <http://www.hukukihaber.net/kararlar/sucustu-hali-disinda-avukatin-ustu-aranamaz-h31196.html>, 22.02.2013, Erişim tarihi: 19.06.2015.

⁴⁰ Sakarya 1. İdare Mahkemesinin 31.03.2010 gün ve E:2009/540, K:2010/248 sayılı kararı.

⁴¹ Ankara 3. İdare Mahkemesi’nin 11.06.2004 tarih ve E. 2003/1192, K. 2004/978 sayılı kararı. , “1 Mayıs 2004 günü Ankara Adliyesinden çıkan Avukat Vuraldoğan, adliye çıkışındaki bulvarda 1 Mayıs gösterileri nedeniyle, Ankara Valiliği’nden aldıkları genel arama izni çerçevesinde miting alanı ve çevresinde arama yapan polisler tarafından aranmak istenmiş, avukat olduğunu belirtmesine rağmen polisler arama konusunda ısrar ederek kendisini aramışlar, yapılan arama, Ankara Barosu Başkanlığı tarafından kameraya alınmıştır. Avukat Vuraldoğan, kanuna aykırı olduğuna inandığı arama nedeniyle Ankara Valiliği görevlileri aleyhinde suç duyurusunda bulunmuş, ayrıca manevi tazminat istemiyle İçişleri Bakanlığı’na başvurmuştur Avukat Vuraldoğan’ın manevi tazminat istemli dilekçesine cevap veril-

gereğesinde, kamu idarelerinin yürütmekle yükümlü bulundukları kamu hizmetlerini gereği gibi yerine getirmek, bu hizmetin işleyişini sürekli olarak kontrol etmek ve hizmetin yürütülmesi sırasında gerekli önlemleri almakla yükümlü olduklarına işaret edilmiş, anılan yükümlülüğün yerine getirilmemesi suretiyle hizmetin kötü veya geç işlemesi, gereği gibi işlememesi durumunda idarenin hizmet kusuru oluşacağı ve bu kusur nedeniyle bir zarar verilmiş olması durumunda ise meydana gelen zararın tazmin edilmesi gerekeceği belirtilmiştir. Ankara 3. İdare Mahkemesi hâkimi, avukatların demokratik hukuk devletinin işleminde, yargılama ve hak arama özgürlüğünün sağlanmasında emeği geçtiği, davacı avukatın vatandaşlar önünde üst aramasına maruz kalmasının meslek onurunu zedelediği, adaletin tam tecellisi olarak önem ve öncelik kazanan manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği gerekçesiyle davayı kabul etmiştir.⁴²

Danıştay 8. Dairesinin ve Ankara 3. İdare Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararlarda ortak olarak avukatın üst aramasına maruz kalmasının avukatın meslek onurunu zedelediği belirtilmiştir. Danıştay 8. Dairesi kararında, suçüstü hali olmadan *müvekkili önünde* kolluk kuvvetlerince üzeri aranan davacı avukatın meslek onurunun zedelendiğini; Ankara 3. İdare Mahkemesi ise kararında, avukatın *vatandaşlar önünde* üst aramasına maruz kalmasının avukatın meslek onurunu zedelediğini belirtmiştir. Görüleceği üzere Ankara 3. İdare Mahkemesi, söz konusu yerde müvekkili olmasa bile vatandaşlar önünde avukatın üzerinin aranmasının avukatın meslek onurunu zedelediğini belirtmiştir. Avukatın üst aramasına tabi olup olmayacağı değerlendirilirken avukatın meslek onurunun korunmasının bir ölçüt olarak göz önüne alınması zorunluluğunu ortaya koyması sebebiyle, zaten oldukça önemli bu iki kararın ayrıca bu yönüyle de büyük öneme sahip olduğunu düşünüyoruz.

Bizce, avukatların üst aramasına tabi olup olmayacağı konusunda bir sonuca varabilmek için öncelikle üst aramasını avukatlık mesle-

memesi üzerine, Avukat Vuraldoğan tarafından Ankara 3. İdare Mahkemesi'nde tam yargı davası açılmış, Ankara Barosu davacı yanında davaya müdahale talebinde bulunmuştur". bkz. Vuraldoğan, s. 17-18.

⁴² bkz. Vuraldoğan, s. 19.

ğinin niteliği bakımından⁴³ ikiye ayırarak incelemek gerekmektedir. Avukatın mesleğini yaptığı durumlarda önleme aramasına tabi olmayacağına kabulü gerekmektedir.⁴⁴ Örnek olarak avukatlık bürosu gibi avukatın mesleğini yaptığı yerlerden olan adliye girişlerinde avukatlara önleme araması yapılamayacaktır.

Avukatın mesleğini yaparken önleme aramasına tabi olmayacağı düşüncemize uygun bir düzenlemeye 5275 sayılı Kanun'un⁴⁵ 86. maddesinin 3. fıkrasında yer verilmiştir. 86. maddenin 3. fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, *"... sıfat ve görevi ne olursa olsun, ceza infaz kurumlarına girenler duyarlı kapıdan geçmek zorundadır. Bu kişilerin üstleri metal dedektörle aranır; eşyaları x-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirilir, ayrıca şüphe hâlinde elle aranır. Bu cihazların bulunmadığı yerlerde arama ve kontrol elle yapılır. Ancak milletvekilleri, mülkî amirler, hâkim, Cumhuriyet savcıları ve bu sınıftan sayılanlar, avukatlar, noterler, ... ağır cezayı ge-*

⁴³ Avukat mesleğinin niteliği avukatlar hakkında aramanın özel olarak düzenlenmesini gerektirdiğinden ve bu sebepleri bir önceki bölümde ayrıntılı olarak açıklamış olmamız nedeniyle, bu konuya burada tekrar değinmeyeceğiz.

⁴⁴ "Avukatların üst araması sorunu ile sır saklama yükümlülüğü ve hak arama özgürlüğünün etkin kullanılması arasındaki bu yakın ilişkinin tespiti, avukatlara tanınan bu hakkın sınırının belirlenmesi açısından önemlidir. Avukatın üzerinin aranmaması avukatlık mesleğinin niteliği gereği tanındığı için, avukatın mesleğini yapmadığı zamanlarda bu haktan yararlanmaması gerekir. Bu hakkın tanınış amacı, avukatlık mesleğinin en etkin şekilde icrasını sağlamak olduğu için, avukatın mesleğini yapmadığı durumlarda diğer kişilerle aynı hukuksal statüde bulunması gerekmektedir Avukatlık mesleğinin zamana ve mekana bağlı kalarak yapılan bir meslek olmadığı gözetildiğinde, önleme araması yapılmak istenen ve mesleği avukat olan kişinin o an mesleğini yapıp yapmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Avukatın o an mesleğini yapmasından, dilekçe yazmak gibi mesleğin tipik görünümelerini kastetmediğimizi de belirtmek isteriz Adliyeden bürosuna dönen, bürosundan çıkıp otobüse binen, elinde evrak çantasıyla herhangi bir yere giden avukatın da mesleğini yaptığının kabulü gerekmektedir. [Bununla birlikte,] avukatlık mesleği sadece mesai saatleri içerisinde yapılan bir meslek değildir Dolayısıyla, görevi ile ilintili bir iş yaptığına inanan avukatın, avukat olduğunu belirtmesi durumunda, zaman ve mekan ayrımı gözetilmeksizin önleme aramasından muaf olduğunu düşünmekteyiz. Avukatın beyanı ile görüntü arasında önemli bir çelişki varsa; bu durumda avukatın mesleğini yapmadığının kabulü gerekmektedir. Bu durumda aramayı yapan kolluk görevlisinin hukuka uygun davrandığının kabulü gerekmektedir. Avukatın beyanı ile görüntüsü arasında çelişki olmakla beraber, kolluk görevlisi avukatın mesleği ile ilintili bir durumda bulunmadığından emin değilse, Avukatlık Kanunu madde 2 uyarınca yargının kurucu unsuru olan, aynı Kanunun 1. maddesi uyarınca kamu hizmeti yürüten avukatın beyanını esas alacak ve arama yapmayacaktır". bkz. Vuraldoğan, s. 22-23.

⁴⁵ 13.12.2004 tarih ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, 29.12.2004 tarih ve 25685 sayılı R.G.

rektiren suçüstü hâlleri dışında elle aranamaz. Duyarlı kapı cihazının ikazının sürmesi hâlinde bu kişiler ancak, elle aramayı kabul ettikleri takdirde kuruma girebilirler. Ziyaret yerleri de ziyaret öncesi ve bitiminde aranır”.

5275 sayılı Kanun’un 86. maddesinin 3. fıkrasında yer alan düzenlemeden görüleceği üzere, ceza infaz kurumlarına giren kişiler sıfat ve görevleri ne olursa olsun duyarlı kapıdan geçmek zorundadırlar. Bu kişiler ceza infaz kurumlarına girişlerinde üst aramasına tabi tutulacaklardır. Bununla birlikte fıkra, milletvekilleri, mülki amirler, Cumhuriyet savcıları, avukatlar, noterler ve fıkra, sayılan diğer kişilerin ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında elle aranamayacağı belirtilmiştir. Bu kişiler ceza infaz kurumlarına girişte duyarlı kapıdan geçecek olup, eğer duyarlı kapı cihazı ikaz verirse bu kişiler ancak elle aramayı kabul ettikleri takdirde kuruma girebileceklerdir. 86. maddenin 3. fıkrasında yer alan düzenleme değerlendirildiğinde, avukatların, mesleklerini yaptıkları yer olarak kabul edilmesi gereken ceza infaz kurumlarına girişlerde önleme aramasına tabi tutulamayacağı görülmektedir. Ceza infaz kurumlarına girişlerde avukatların üstü aranamayacak fakat avukatlar duyarlı kapı cihazından geçeceklerdir. Eğer duyarlı kapı ikaz verirse avukatların üstü yine aranamayacak fakat bu durumda avukatlar ancak elle aramayı kabul ettikleri takdirde kuruma girebileceklerdir. Avukatın üzerinin aranması ise yalnızca ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde söz konusu olacaktır.

5275 sayılı Kanun’un 86. maddesinin 3. fıkrasında yer alan düzenlemenin, Avukatlık Kanunu’nun 58. maddesinin son cümlesinde yer verilen düzenlemeye uygun olduğu görülmektedir. Sonuç olarak, cezaevi kurumlarına girişlerde olduğu gibi başta adliyeler olmak üzere yer ve zaman olarak avukatın mesleğini yaptığı durumlarda avukatın üzerinde önleme araması yapılamayacaktır.⁴⁶

⁴⁶ Geçtiğimiz aylarda İstanbul Çağlayan Adliyesi’ne girişlerde avukatların üzerlerinin aranması üzerine tartışmalar ve gerginlikler yaşanmış ve avukatlara kolluk görevlileri müdahale etmişti. Süren gerginlik üzerine İstanbul Barosu Başkanı Ümit Kocasakal Çağlayan Adliyesi’ne gelmişti. Kocasakal, çevik kuvvet yetkilileriyle görüşmek üzereyken avukatlara yeniden müdahale hazırlığı başlamış ve çevik kuvvet polisi Kocasakal’ın da aralarında bulunduğu gruba müdahale ederek avukatları adliyeden dışarıya çıkarmıştı. http://www.radikal.com.tr/turkiye/avukatlara_kalkanli_mudahale-1327465, 03.04.2015, Erişim Tarihi: 19.06.2015. , Bu olumsuz gelişmeler üzerine daha sonra İstanbul Barosu Başsavcılık ile görüşmüş ve uygulanacak prosedür bakımından mutabakata varılmıştır.

Başta adliyelere girişlerde olmak üzere avukatın mesleğini yaptığı durumlarda avukatın üzerinde önleme araması yapılamayacaktır. Avukatın bu durumlarda önleme aramasına tabi tutulamaması Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinin son cümlesinde yer alan kuralın gereğidir. 58. maddenin son cümlesindeki kurala aykırı olarak yapılan arama ile avukatın meslek onurunun zedelenmesi aramayı hukuka aykırı kılacaktır. Nitekim yukarıda incelediğimiz kararlarda da bu belirtilmiştir. 58. maddenin son cümlesinde yer verilen kural kanun hükmü olması sebebiyle genelge veya talimatla değiştirilemez. Kanunun göz ardı edilmesine yönelik her türlü genelge veya talimat kanunsuz

İstanbul Barosu'nun internet sayfasından duyurduğu söz konusu mutabakat şu şekildedir: "Bu mutabakat; yargının kurucu unsurları olan hâkim, savcı ve avukat için ayırım yapılmaksızın, eşitlik temelinde bir uygulamayı içermektedir.

1) Avukat meslektaşlarımız adliyeye avukatlara tahsis edilen kapılardan sadece TBB tarafından verilen çipli-akıllı kimlik kartlarını okutmak suretiyle gireceklerdir. Bu açıdan henüz bu şekilde kimlik kartları bulunmayan meslektaşlarımızın, en kısa süre içerisinde Çağlayan Adliyesinde Baromuzun yer aldığı katta bulunan TBB bürosuna müracaatla bu kartları edinmeleri gerekmektedir. Aksi takdirde bir süre sonra bu özellikteki karta sahip olmayan meslektaşlarımız avukat girişlerinden giremeyeceklerdir.

2) 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 58.maddesi uyarınca avukat meslektaşlarımızın girişlerde asla ve kesinlikle üstü ve çantası aranmayacaktır. Bundan taviz verilmeyecektir.

3) a) Avukat meslektaşlarımız girişte çipli-akıllı kimlik kartlarını okuturken çantalarını x-ray cihazına bırakacaklardır. Alınan teknik bilgiler ışığında bu uygulamada çantanın içindeki evrakların görülmesi veya okunması da fiilen ve teknik olarak söz konusu değildir. Dolayısıyla bu uygulama hukuken ve fiilen bir arama değildir.

b) Çantanın x-ray cihazından geçişi esnasında, içinde silah veya benzeri şüpheli bir cisim bulunduğu yönünde bir kuşku ortaya çıkması halinde dahi çantada bir arama yapılmayacak ancak meslektaşımız bu cismi göstermeye davet edilecektir. Bu yapılmadığı takdirde içeri girilemeyecektir.

c) Çantasını x-ray cihazına bırakmak istemeyen meslektaşımız, sadece silah, patlayıcı ve benzeri ağır metallere müdahaleyi gerektirir tepki verecek surette ayarlanan duyarlı kapıdan çantası ile birlikte geçecektir. Bu geçiş sırasında çanta uyarı verdiğinde gene çanta aranmayacak ancak, bu uyarıyı verebilecek olan cismin tanıtılması/gösterilmesi istenecek, bunun reddedilmesi halinde giriş yapılamayacaktır.

4) Avukat meslektaşlarımız girişte çipli-akıllı kimlik kartlarını okuttuktan sonra sadece silah, patlayıcı ve benzeri ağır metallere müdahaleyi gerektirir tepki verecek surette ayarlanan duyarlı kapıdan geçecektir. Bu geçiş sırasında duyarlı kapının uyarı vermesi halinde hiçbir şekilde elle üstü aranmayacak, dedektör taramasına da tabi tutulmayacak sadece bu uyarıyı verebilecek cismin tanıtılması istenecek, bu yapılmadığı takdirde içeri giriş mümkün olmayacaktır.

5) Hakim ve savcıların adliyeye girişi aynı prosedüre tabi olacaktır. Nitekim bu uygulama başlamıştır". <http://www.istanbulbarosu.org.tr/Detail.asp?CatID=1&SubCatID=1&ID=10268>, 06.04.2015, Erişim Tarihi: 19.06.2015.

emir niteliğini taşımaktadır. Anayasa'nın 137. maddesine göre konusu suç teşkil eden kanunsuz emir hiçbir surette yerine getirilemez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz. Bu kural Türk Ceza Kanunu'nun⁴⁷ 24. maddesinin üçüncü fıkrasında da aynı maddenin birinci fıkrasına istisna hüküm olarak yer almıştır. Üçüncü fıkra da, konusu suç teşkil eden kanunsuz emrin hiçbir surette yerine getirilemeyeceği, aksi takdirde emri verenle birlikte emri yerine getirenin de sorumlu olacağı belirtilmiştir. Anayasa'nın 137. maddesi ve Türk Ceza Kanunu'nun 24. maddesinin üçüncü fıkrası sebebiyle, 24. maddenin birinci fıkrasında yer alan "*kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez*" kuralı haksız arama için hukuka uygunluk sebebi sayılmayacaktır. Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun "haksız arama" başlıklı 120. maddesinde, hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisine üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verileceği düzenlenmiştir.⁴⁸

Bununla birlikte avukatın mesleğini yapmıyor oluşunun tartışmasız olarak kabul edilebileceği durumlarda, örneğin tuttuğu takımın formasını giyerek maç izlemeye gittiğinde, tatil amacıyla seyahatlerde uçağa binmek için havalimanına girdiğinde, üzerinde önleme araması yapılabileceğini düşünüyoruz.⁴⁹ Avukatın mesleğini yapmadığı durumlarda önleme aramasına tabi olmasının avukatın sır saklama yükümlülüğüne, avukatın bağımsızlığına ve savunma hakkına herhangi bir olumsuz etkisi bulunmamakla birlikte, bu durumda avukatın meslek onurunun zedelenmesi de söz konusu olmayacaktır. Bu sebeple, avukatın mesleğini yapmadığı durumlarda önleme aramasını kabul etmesi uygun olacaktır. Bunun aksine, avukatın kimliğini göstermek suretiyle avukat olduğunu belirtmesi ve önleme aramasını kabul etmemesi kolluk görevlileri ile avukat arasında gerginliğe yol açabilecektir. Hukukçu kişi olarak avukat, mesleğini yapmadığı durumlarda önleme aramasına tabi tutulmasının hukuka uygun olduğunun farkında olmalı ve meslek onurunun zedelenmesinin söz konusu olmadığı bu gibi durumlarda bunu kişisel onur meselesi yaparak zorluk çıkarmamalıdır. Sonuç olarak mesleğini yapmadığı durumlarda

⁴⁷ 26.09.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 12.10.2004, 25611 sayılı R.G.

⁴⁸ Şen, "Avukatın Aranması", s. 1-2.

⁴⁹ Aynı görüş için bkz. Vuraldoğan, s. 22.

avukat herkes gibi sıradan bir vatandaş olup, halktan bir kişidir. Mesleğini yapmadığı durumlarda avukatın kendisini halktan biri görerek önleme aramasını kabul etmesi avukatın kişisel onurunu zedelemmez, aksine onun kişiliğine değer katar.

IV. AVUKAT BÜROLARINDA ARAMA, ELKOYMA VE AVUKATIN POSTASINDA ELKOYMA

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesinde avukat bürolarında arama, elkoyma ve avukatın postasında elkoyma düzenlenirken; Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinde soruşturmaya yetkili olan Cumhuriyet Savcısı ile avukatın üzerinin, bürosunun ve konutunun aranması düzenlenmiştir. Bu başlıkta konumuzu "Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesi" ile "Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesi" üzerinden iki alt başlıkta inceleyeceğiz. Getirdiği düzenlemeler konu başlığımızın içeriğiyle birebir aynı olması sebebiyle Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesinin tümünü incelerken; Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesini ise, yalnızca avukat bürolarında aramayla ilgili getirdiği kural ile sınırlı olarak inceleyeceğiz.

A. CEZA MUHAKEMESİ KANUNU 130. MADDE DÜZENLEMESİ

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Avukat bürolarında arama, elkoyma ve postada elkoyma" başlıklı 130. maddesi hükmüne göre:

"Avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur.

Arama sonucu elkonulmasına karar verilen şeyler bakımından bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkili arasında mesleki ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza hakiminden, kovuşturma evresinde hakim veya mahkemeden istenir. Yetkili hakim elkonulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu saptadığında, elkonulan şey derhal avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır. Bu fıkrada öngörülen kararlar, yirmidört saat içinde verilir.

Postada elkoyma durumunda bürosunda arama yapılan avukat veya baro başkanı veya onu temsil eden avukatın karşı koyması üzerine ikinci fıkrada belirtilen usuller uygulanır”.

1. Avukat Büroları Yalnızca Mahkeme Kararı İle Aranabilir

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 130. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Arama kararını düzenleyen Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 119. maddesinin aksine, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri avukat bürolarında arama yapamayacaklardır. Böylece avukat büroları, gecikmesinde sakınca bulunan haller mevcut olsa bile savcının, ona ulaşamadığı durumlarda da kolluk amirinin yazılı emri ile aranamayacak, arama için mutlaka mahkeme kararı gerekecektir. Kısacası, Anayasa ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nda belirtilen istisnai durumlar avukat bürolarının aranması bakımından geçerli olmayacak, avukat büroları yalnızca mahkeme kararı ile aranabilecektir.⁵⁰

Bununla birlikte, avukat bürolarının aranabilmesi için karar verecek mercii “hâkim” değil, “mahkeme” olarak belirlenmiştir.⁵¹ Hatırlanacağı üzere, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun “arama kararı” başlıklı 119. maddesi gereğince arama için kural olarak hâkim kararı aranmaktaydı. Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 130. maddesinde ise neden 119. maddede olduğu gibi hâkim kararı ile değil de mahkeme kararı ile avukat bürolarının aranabileceği belirtilmiştir? 130. maddede avukat bürolarında arama kararını verecek merciinin farklı olarak düzenlenmesi, üzerinde düşünülmesi gereken bir konudur.

130. maddenin birinci fıkrasında avukat bürolarının ancak mahkeme kararı ile aranabileceğinin belirtilmesi ile avukat bürolarının so-

⁵⁰ Aydın/Kozağaçlı, s. 6-7. , Kocaoğlu, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı”, s. 58.

⁵¹ Kocaoğlu, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı”, s. 58.

ruşturma aşamasında değil, kovuşturma aşamasında arama tedbirine konu olabileceğinin ifade edilmek istendiği düşünülebilir. Fakat 130. maddenin ikinci fıkrasında, soruşturma aşamasında avukat bürolarında arama ve elkoyma koruma tedbirlerine başvurulabileceği belirtilmiştir. İkinci fıkrada yer alan düzenleme göz önüne alındığında, birinci fıkrada yer alan avukat bürolarının mahkeme kararı ile aranabileceği kuralından avukat bürolarının ancak kovuşturma aşamasında aranabileceği sonucunu çıkarmak mümkün değildir.⁵²

Öyleyse 130. maddenin birinci fıkrasında yer verilen avukat bürolarının ancak mahkeme kararı ile aranabileceği kuralıyla başka bir şey ifade edilmek istenmektedir. 130. maddenin birinci fıkrasında “mahkeme kararı” ile ifade edilmek istenenin “hâkim kararı” olduğu düşünülebilir. Bizce bu da doğru bir düşünce değildir çünkü eğer yasa koyucu avukat bürolarının hâkim kararı ile aranacağı şeklinde bir kural getirmek isteseydi, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 119, 127 ve diğer maddelerinde olduğu gibi açıkça “hâkim” sözcüğünü kullanırdı. Fakat yasa koyucu 130. maddede Ceza Muhakemesi Kanunu’nda arama, elkoyma ve diğer bazı koruma tedbirlerini verme yetkilerini düzenlediği maddelerde olduğu gibi “hâkim” sözcüğünü değil, “mahkeme” sözcüğünü kullanmıştır. Bu sebeple yasa koyucunun 130. maddede mahkeme sözcüğü ile hâkimi ifade etmek istemediği açıkça ortadadır.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun diğer maddelerine bakarak yasa koyucunun “mahkeme” sözcüğü ile neyi ifade etmek istediği konusunda bir mantık yürütülebilir.⁵³ Bu noktada Ceza Muhakemesi

⁵² Şen, “Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması”, s. 339-340.

⁵³ Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 130. maddesinde yer alan “mahkeme” sözcüğü ile neyin ifade edilmek istendiğini bulmaya çalışırken başvurduğumuz bu yöntem ceza muhakemesi kurallarının yorumu olarak da ifade edilebilir. Bununla birlikte, burada başvurduğumuz yöntem yorum olarak ifade edilebilse de kıyas değildir. Zira yorum ile kıyas birbirinden farklı olup yorum, mevcut bir hukuk kuralının anlamının açıklanması faaliyetidir. “Yorumla hukuk kuralına yeni bir kavram eklenmemektedir. Kıyas ise, kural boşluğu bulunan bir alanda yeni bir kural oluşturmaktır. Kıyas, bir olaya ilişkin hukuk kuralının, kanun tarafından düzenlenmemiş benzer bir olaya uygulanması demektir. Kıyasta, kanunda bulunan boşluk doldurulmakta; önceden var olmayan bir kural meydana getirilmektedir”. Ceza muhakemesinde kıyas kural olarak serbest olup, hak ve özgürlüklere sınırlama getiren kurallar olan sınırlayıcı kurallar ile genel kurala nazaran istisnai olan kurallarda kıyas kabul edilmemektedir. bkz. İlhan Üzülmüş, Hakan Karakehya, Neslihan Göktürk, Cumhuriyet Şahin, Temel Ceza Muhakemesi Hukuku Bilgisi, Edi-

Kanunu'nun "iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması" başlıklı 135. maddesinin örnek olabileceğini düşünüyoruz. 135. maddenin konumuzla ilgili kısmına göre, "... ağır ceza mahkemesi veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhâl mahkemenin onayına sunar ve mahkeme, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir".

135. madde düzenlemesinde önce koruma tedbirine başvurulmasına karar verecek mercii olarak "ağır ceza mahkemesi" ifadesi kullanılmış, daha sonra tekrardan kaçınılarak bu merci "mahkeme" olarak ifade edilmiş ve daha sonra yeniden "ağır ceza mahkemesi" ifadesi kullanılmıştır. Görüleceği üzere 135. maddede "mahkeme" sözcüğü ağır ceza mahkemesini belirtmek için kullanılmıştır. Bununla birlikte, 135. maddede önce ağır ceza mahkemesi ve daha sonra tekrardan kaçınmak için mahkeme denilmesine rağmen 130. maddede hiç ağır ceza mahkemesi denmeden doğrudan mahkeme sözcüğüne yer verilmiştir. Bu farklılık, yasa koyucunun 130. maddede mahkeme sözcüğü ile ağır ceza mahkemesini ifade etmek istemediği şeklindeki bir düşüncüyü haklı olarak ortaya çıkarsa da, bizce burada ifade edilmek istenen ağır ceza mahkemesidir. Daha önce belirttiğimiz üzere eğer yasa koyucu 130. maddede mahkeme sözcüğü ile hâkimi ifade etmek isteseydi mahkeme sözcüğünü kullanmaz, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun diğer maddelerinde olduğu gibi hâkim sözcüğünü kullanırdı. Bu sebeple, 135. madde düzenlemesini de göz önüne alarak yasa koyucunun 130. maddenin 1. fıkrasında mahkeme sözcüğü ile ağır ceza mahkemesini ifade etmek istediğini düşünüyoruz.

Bununla birlikte, 130. maddenin 2. fıkrasında yer alan düzenlemenin de açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Söz konusu fıkrada, arama sonucu elkonulmasına karar verilen şeylerin avukat ile müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğu öne sürülerek karşı konulduğunda bu konuda gerekli kararın soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkeme tarafından verileceği belirtilmiştir. Görüleceği üzere, 130. maddenin 1. fıkrasında

tör: Cumhur Şahin, Hakan Karakehya, 1. Baskı, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi, 2013, s. 9. Ayrıca bkz. Centel/Zafer, s. 42-51.

avukat bürolarının mahkeme kararı ile aranabileceği belirtilmişken, maddenin 2. fıkrasında soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkeme ayrımı yapılmıştır. Burada sorulması gereken soru 2. fıkra düzenlemesi göz önüne alınınca 1. fıkradaki mahkeme sözcüğü ile ağır ceza mahkemesinin ifade edilmek istendiği mi yoksa istenmediği midir? Bize göre, birinci fıkroda yer alan düzenleme son derece açık olup, burada ifade edilmek istenen ağır ceza mahkemesidir. Daha önce belirttiğimiz üzere, eğer yasa koyucunun mahkeme sözcüğü ile ifade etmek istediği hâkim olsaydı yasa koyucu diğer maddelerde olduğu gibi açıkça hâkim sözcüğünü kullanır; mahkeme sözcüğünü kullanmazdı. Bu sebeple, ikinci fıkroda belirtilen soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkeme ayrımının birinci fıkroda belirtilen avukat bürolarının mahkeme kararı ile aranabileceği kuralı karşısında avukat bürolarında arama kararı bakımından bir geçerliliğinin olmaması gerektiğini düşünüyoruz.⁵⁴

Yukarıda vardığımız sonuç gereğince avukat bürolarının aranması için karar hâkim tarafından değil, ağır ceza mahkemesi tarafından

⁵⁴ Burada yeri gelmişken bir konuya değinmekte yarar görüyoruz. Daha önce belirttiğimiz üzere, avukatlık mesleğinin özelliğinden dolayı avukat hakkında arama ve elkoyma CMK ve Av. K.'da özel olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple avukat bürolarında arama ve elkoyma sıkı koşullara bağlanmış; avukat bürolarında ancak mahkeme kararı ile arama yapılabilmesi düzenlenmiştir. CMK m. 130/2'de ise arama sonucu elkonulmasına karar verilen şeyin avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olup olmadığının belirlenme usulü düzenlenmiştir ki bu konu avukat bürolarında arama ve elkoymanın özel olarak düzenlenmesine gerekçe olan avukatın bağımsızlığı, sır saklama yükümlülüğü ile savunma hakkının korunması olgularından daha önemsiz değildir. Aksine bu konu söz konusu olgularla doğrudan bağlantılıdır. Bu sebeple, avukat büroları ancak ağır ceza mahkemesi kararı ile aranabilirken avukat bürosunda elkonulan şeyin avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olup olmadığına soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde ise hakim veya mahkeme tarafından karar verilecek olması yerinde olmamıştır. Bize göre, avukat bürosunda elkonulan şeyin avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olup olmadığına soruşturma ve kovuşturma aşamaları bakımından bir ayırım yapılmadan ağır ceza mahkemesi karar vermelidir. Ayrıca bir karşılaştırma daha yapmak gerekirse, Av. K. gereğince avukatın görev suçlarının yargılaması ağır ceza mahkemesinde yapıldığına göre, bu düzenlemenin gerekçeleriyle de yakından bağlantılı olan avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişki saptaması avukatın adı suçları ile sınırlı olan CMK m. 130 gereğince ağır ceza mahkemesi tarafından yapılmalıdır. Hukuk mantığı, ve kanun sistematığına uygunluk bakımından CMK. m. 130'da bu yönde bir değişiklik yapılması gerektiğini düşünüyoruz.

verilmiş olmalıdır. Sulh ceza hâkimliği ve tek hâkimli olan asliye ceza mahkemesi tarafından verilecek arama kararları ile avukat büroları aranamayacaktır. Zira Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesinde belirtilen "*mahkeme kararı*" ağır ceza mahkemesi kararını ifade etmektedir.⁵⁵

Böylece, soruşturma aşamasında avukat bürolarının aranması kararı nöbetçi ağır ceza mahkemesi tarafından verilebilecektir. Kovuşturma aşaması bakımından ise ikili bir ayırım yapılmalıdır. Bu doğrultuda, yargılamanın asliye ceza mahkemesinde yapıldığı durumlarda avukat bürolarının aranması kararı nöbetçi ağır ceza mahkemesi tarafından verilecek, fakat yargılamanın ağır ceza mahkemesinde yapıldığı durumlarda ise arama kararı, yargılamanın yapıldığı ağır ceza mahkemesi tarafından verilecektir. Bununla birlikte, avukatın görevlerinden doğan veya görev sırasında işlediği iddia edilen suçları bakımından ise Avukatlık Kanunu uygulama alanı bulacak ve bu suçlarda görevli mahkeme kanunun 59. maddesi gereğince münhasıran ağır ceza mahkemesi olacaktır. Bu sebeple, avukatın görev suçlarında avukat bürolarında arama kararı Avukatlık Kanunu'nun 58. ve 59. maddeleri gereğince soruşturma aşamasında nöbetçi ağır ceza mahkemesi tarafından verilecek; yargılama aşamasında ise yargılamanın yapıldığı ağır ceza mahkemesi olan suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesi tarafından verilecektir.

⁵⁵ Avukat bürolarının ağır ceza mahkemesince verilmiş kararlarla aranabileceği görüşü için bkz. Şişman, s. 9. , İstanbul Barosu Başkanlığı da bir açıklamasında arama kararının hakim tarafından değil mahkeme tarafından, yani Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verilmesi gerektiğini belirtmiştir: "... yapılan aramalarda ... mahkeme kararı yerine hakim kararı ile yetinildiği ... gözlenmektedir....", Avukat Aramalarına İlişkin Zorunlu Açıklama, İstanbul Barosu Başkanlığı, <http://www.istanbulbarosu.org.tr/detail.asp?CatID=1&SubCatID=1&ID=6375>, 23.11.2011, s. 2, Erişim Tarihi: 12.05.2015. , Bununla birlikte mahkeme kavramı ile Ağır Ceza Mahkemesi'nin anlaşılması gerektiğine farklı görüş niteliğinde bir açıklama şu şekilde belirtilmektedir: "... arama işleminin mahkeme kararı ile yapılabileceği ifade edilmekteyse de soruşturma evresinde henüz mahkeme makamı bulunmadığından söz konusu ... makam doğal olarak sulh ceza yargıçlığı olacaktır". bkz. Serap Keskin Kızıroğlu, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama(Adli Arama)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 58, Sayı: 1, 2009, s. 146. , Benzer bir görüşü de Centel/Zafer belirtmektedir: "Avukat büroları soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının talebi üzerine sulh ceza hakiminin vereceği kararla aranabilir. Belirtelim ki Yasa'da soruşturma ve kovuşturma evresi ayırımına dikkat edilmeden mahkeme kararı ile arama yapılacağına belirtilmesi hatalı olmuştur". Centel Zafer, s. 381.

2. Avukat Büroları Cumhuriyet Savcısının Denetiminde Aranabilecektir

Avukat büroları mahkeme kararı alındıktan sonra mutlaka kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilecektir. Daha önce belirttiğimiz üzere, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 119. maddesi hükmü gereğince hâkim kararı veya belirtilen durumlarda savcının veya kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilmektedir. Yani, 119. madde çerçevesinde alınan bir arama kararı ya da arama emri ile Cumhuriyet savcısı bulunmadan kolluk görevlileri aramayı gerçekleştirebileceklerdir. Fakat Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesi gereğince, avukat bürolarının aranması Cumhuriyet savcısı bulunmadan kolluk görevlileri tarafından gerçekleştirilemeyecektir. Bir diğer ifadeyle, avukat bürolarında arama mutlaka Cumhuriyet savcısının büroda hazır bulunmasıyla ve onun denetiminde gerçekleştirilebilecektir.

3. Avukat Bürolarının Aranmasında Baro Başkanı Veya Onu Temsil Eden Bir Avukat Hazır Bulundurulacaktır

Ayrıca, avukat bürolarının aranması sırasında baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulacaktır. Arama sırasında hazır bulunacak olan baro başkanı veya onu temsil eden avukat, büroda arama tanığı sıfatıyla hazır bulunacaktır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 194. maddesinin 4. fıkrasında, *"Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur"* denilerek belirtilen yerlerde Cumhuriyet savcısı olmaksızın arama yapılabilmesi için arama tanığı olarak o yerin ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin bulunması gerektiği belirtilmiştir. Fakat Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesinde, avukat bürolarının aranmasında arama tanığı olarak hazır bulunacaklar madde 119/4'den farklı olarak baro başkanı veya onu temsil eden avukat olarak belirtilmiştir. Böylece, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesi gereğince avukat bürolarının aranmasında kendine özgü⁵⁶ bir arama tanığı olarak baro başkanı veya onu temsil edecek bir avukat hazır bulundurulacaktır.

⁵⁶ Kocaoğlu, "Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı", s. 57.

Avukat bürosunun aranmasında baro başkanı yerine onu temsil edecek bir avukat, yani baro temsilcisi hazır bulunacaksa, bu temsilcinin baro yönetim kurulu üyesi ya da yönetim kurulunun belirleyeceği İnsan Hakları Komisyonu üyesi olmasında yarar vardır.⁵⁷ Çünkü aramada herhangi bir olumsuzluk yaşanması durumunda pozisyonları gereği bu kişilerin ilgili makamlara daha kolay ve hızlı ulaşabileceği kabul edilmektedir.⁵⁸

Baro temsilcisi, arama kararı kendisine bildirilir bildirilmez avukat bürosuna savcı ile birlikte gitmeli ve öncelikle arama kararının hukuka uygun olup olmadığını incelemelidir.⁵⁹ Ayrıca arama bitinceye kadar yapılacak olan tüm işlemleri izlemeli ve herhangi bir olumsuzluk durumunda gerektiğinde uyarılarda bulunmalı, tespitlerini tutanağa geçirmelidir. Ayrıca arama süresince avukat bürosuna giriş ve çıkışın kontrol altında olmasına ve dışarıdan aranan yere eşya getirilmemesine, getirildiyse bürodaki eşyalarla karışmayacak şekilde ayrılmasına dikkat edilmelidir. Bununla birlikte aranan yerde kolluk görevlilerinin dağılarak arama yapmalarının önüne geçilmeli; arama yapılacak oda, bağımsız bölüm, dolap, masa gibi yer ve eşyalar belli bir sıra içinde, aramaya eşlik eden kişilerin tamamının görebileceği şekilde aranmalıdır. Birden çok avukatın çalıştığı bürolarda ise hak-

⁵⁷ Aydın/Kozağaçlı, s. 8.

⁵⁸ Kocaoğlu, "Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı" s. 57. , "... baro temsilcisi olarak, zaten daha çok meslek kıdemi fazla avukatlardan olan baro yönetim kurulu üyelerinden görevlendirme yoluna gitmelerinin, çok isabetli ve yerinde bir görevlendirme olacağı kanaatindeyiz. Çünkü avukat bürosunda arama esnasında oluşabilecek herhangi bir olumsuz durumda, baro yönetim kurulu üyelerinin pozisyonları gereği gerektiği durumlarda bir takım önlemler alabilmeleri ve yetkin bir şekilde cumhuriyet savcısı, kolluk amiri, baro başkanı gibi bazı makamlara ulaşarak duruma müdahale edebilmelerinin diğer avukatlara göre daha kolay olacağı düşüncesindeyiz." Kocaoğlu, "Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı", s. 57-58.

⁵⁹ " Görev alan meslektaşlarımız, sadece aramaya nezaret etmekle yetinmemekte ve bu çerçevede bir dizi incelemede bulunmaktadır. Aramaya ilişkin mahkeme kararı olup olmadığını, bu kararın hukuka uygun olup olmadığını, kararın içeriğinde aranması ve/veya elkonulması söz konusu olan belgelerin açıklanıp açıklanmadığını, aranacak avukatın kimlik bilgilerinin doğru olup olmadığını, aranacak yerin büro ve/veya ev olup olmadığını tesbit etmekte ve varsa bu konudaki eksikliklerin zapta geçmesini sağlamaktadır". Avukat Aramalarına İlişkin Zorunlu Açıklama, İstanbul Barosu Başkanlığı, 23.11.2011, s.1.

kında arama kararı alınmış olan avukatın çalıştığı alan tespit edilerek diğer avukatların çalıştığı bölümün aranmasının önüne geçilmelidir.⁶⁰ Baro temsilcisi bu konularda oldukça dikkatli davranmalı, herhangi bir olumsuzluk tespit ettiğinde durumu derhal tutanağa geçirmelidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 16.12.1992 tarih ve 13710/88 başvuru numaralı Niemietz-Almanya kararında avukat bürolarında arama ve elkoymanın genel hükümler çerçevesindeki arama ve elkoymaya göre daha sıkı koşullara tabi tutulması gerektiğini, bu koruma tedbirlerinin avukat bürolarında daha sınırlı bir şekilde uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, arama kararında suçun konusu olan mektup sahibinin kimliğini ortaya çıkarabilecek her türlü belgenin aranması ve bunlara elkonulmasına karar verilmiş olmasının, olayda avukat bürosunda yapılan arama sırasında bağımsız gözlemcinin bulunmadığını da göz önüne alarak avukatın sır saklama yükümlülüğüne ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde yer verilen savunma hakkına aykırı olduğunu belirtmiştir. Mahkemenin söz konusu kararına göre, *"Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliği konusuna gelince; arama kararını veren Mahkemenin gösterdiği gerekçeler izlenen meşru amaçla ilgilidir. Ancak arama kararında, hiçbir sınırlama getirilmeyerek, suçun konusu olan mektup sahibinin kimliğini ortaya çıkarabilecek her türlü belgenin aranması ve bunlara elkonulması gibi geniş terimlere yer verilmiştir. Bu durum, bir avukatın bürosunun aranması sırasında bağımsız gözlemcinin bulunması yönünde güvence de getirmeyen Alman Hukuku bakımından özel önem taşımaktadır. Daha da önemlisi, olayda incelenen belgeler dikkate alındığında, yapılan aramanın mesleki gizliliğe tecavüz edecek şekilde orantısız olduğu görülmektedir. Aranan kişi avukat olduğunda, mesleki gizliliğe tecavüz edilmesi, adaletin gerektiği şekilde dağıtılması üzerinde olumsuz sonuçlar oluşturarak, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesinde güvence altına alınan hakları da ihlal edebilir. Ayrıca bu durum, başvuru-*

⁶⁰ Aydın/Kozağaçlı, s. 9. , Birden fazla avukatın ortak olarak çalıştığı "... bürolarda eğer her avukatın kendisine ait bir odası varsa, sadece hakkında arama kararı bulunan avukat odası aranabilir. Eğer aynı odada çalışıyorlarsa, üzerinde adı yazılı masa ve kendisinin gösterdiği eşyası aranır. Çalışma alanı ve eşyaların tespiti konusunda belirsizlik varsa, avukatın beyanı dikkate alınmalıdır. Bu beyana aykırı arama işlemi yapılması durumunda yapılan aramanın hukuka aykırılığı aramayı yapan savcıya bildirilir ve bu durum tutanakla tespit edilir". Aydın/Kozağaçlı, s. 7-8.

*nun mesleki itibarını da etkiler. Somut olayda, demokratik bir toplumda gerekli olmayan müdahale sebebiyle özel yaşama saygı hakkının, konuta saygı hakkının ve haberleşmeye saygı hakkının ihlali sonucuna varılmalıdır”.*⁶¹

4. Avukatın Bürosunda Ve Postasında Elkonulan Şeyin, Avukat İle Müvekkili Arasındaki İlişkiye Ait Olduğunun Öne Sürülerek Karşı Koyulması

Ceza Muhakemesi Kanunu avukatın bürosunda ve postasında elkoyma ile ilgili işlemleri genel hükümlerden ayrı olarak farklı usul ve esaslarda düzenlemiştir. Bunun temel nedeni, avukat ile müvekkil arasındaki ilişkinin tam bir gizlilik içerisinde yürütülmesi gerektiği göz önüne alınarak avukatın mesleki sırlarının korunmasını sağlayarak avukatın sır saklama yükümlülüğünü ve böylece savunma hakkını korumaktır.⁶²

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 130. maddesinin 2. fıkrasında elkonulmasına karar verilen şeylerin avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğu ileri sürüldüğü takdirde ne yapılacağı düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre, avukat bürosunda yapılan arama sonucu elkonulmasına karar verilen şeyler bakımından bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyabilir. Bu durumda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminden, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeden istenir. Yetkili hâkim elkonulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu saptadığında, elkonulan şey derhâl avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır. 130. maddenin ikinci fıkrasında öngörülen bu kararlar yirmi dört saat içinde verilir.

Postada el koyma durumunda bürosunda arama yapılan avukat veya baro başkanı veya onu temsil eden avukatın karşı koyması halinde de 130. maddenin 2. fıkrasında belirtilen usuller uygulanacaktır. (m. 130/3).

⁶¹ bkz. Şen, “Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması”, s. 341.

⁶² Yokuş Handan Sevük, “Postada Elkoyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 69, 2007, s. 117.

B. AVUKATLIK KANUNU 58. MADDE DÜZENLEMESİ

Avukat bürolarının aranması, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesi yanında Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinde de düzenlenmiştir. Ceza muhakemesine ilişkin getirdiği kurallar bakımından Ceza Muhakemesi Kanunu'na nazaran özel kanun niteliğinde olan Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesine göre, *"Avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığının vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır. Avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararı ile ve bu kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir"*

Madde hükmünden görüleceği üzere Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesi, avukat bürolarının aranması ile ilgili getirdiği düzenleme bakımından Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesi ile benzerlik göstermektedir.⁶³ Bununla birlikte, Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinin Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesinden bir takım farklılıkları da bulunmaktadır. Burada sadece avukat bürolarının aranmasıyla ilgili farklılıkları belirtmekle yetineceğiz.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesi ile getirilen düzenlemeden farklı olarak Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinde, *"Avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı..."* denilerek 58. madde gereğince yapılacak soruşturmanın, avukatların görevlerinden doğan veya görev sırasında işlediği suçlar ile ilgili olduğu belirtilmiştir. Böylece, avukat bürolarının aranması ile ilgili getirilen kurallar ile sınırlı olarak iki madde karşılaştırıldığında söylenmesi gereken Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesinin avukatın görevinden doğmayan veya görevi sırasında işlenmeyen adi suçları ile ilgili olduğudur.⁶⁴

⁶³ Kocaoğlu, "Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı", s. 59.

⁶⁴ Kiziroğlu, s. 146. , Kocaoğlu, "Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı", s. 59.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesi ile Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinde avukat bürolarının aranması aynı şekilde düzenlenmiş, avukat bürolarının ancak mahkeme kararıyla, kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde ve baro başkanı veya onu temsil eden bir avukatın aramada hazır bulunması ile aranabileceği belirtilmiştir. Her iki maddede de avukat bürolarının aranması ile ilgili getirilen düzenlemeler aynı olmasına rağmen "mahkeme kararı" burada özellik arz etmektedir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesini incelediğimiz bölümde belirttiğimiz üzere, yasa koyucunun mahkeme kararı ile ifade etmek istediği ağır ceza mahkemesi kararıdır. Avukatın adi suçları ve görev suçları bakımından bir fark bulunmaksızın avukatlar hakkındaki tüm soruşturmalarda avukat bürolarının aranması kararını verme yetkisi nöbetçi ağır ceza mahkemesindedir. Başka bir ifadeyle, gerek avukatın adi suçlarıyla ilgili olarak 130. maddenin uygulama alanı bulacağı soruşturmalarda gerekse avukatın görev suçlarıyla ilgili olarak 58. maddenin uygulama alanı bulacağı soruşturmalarda avukat bürolarının aranması kararı nöbetçi ağır ceza mahkemesi tarafından verilecektir.

Yukarıdaki paragrafta belirttiğimiz üzere, 58. ve 130. maddelerde soruşturma evresinde arama kararını verecek ağır ceza mahkemesi bakımından bir fark bulunmayıp arama kararı nöbetçi ağır ceza mahkemesince verilecektir. Bununla birlikte, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesi ile Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinde "kovuşturma evresinde" avukat bürolarında arama kararı verecek ağır ceza mahkemesi bakımından bir fark bulunmaktadır. Avukatlık Kanunu'nun 59. maddesi gereğince avukatın görev suçları bakımından ağır ceza mahkemesi görevli olduğundan, avukatın görev suçlarıyla ilgili yargılamalar ağır ceza mahkemesinde yapılmaktadır. Böylece, avukatın görev suçları bakımından kovuşturma aşamasında 58. madde gereğince avukat bürolarında arama kararı yargılamanın yapıldığı ağır ceza mahkemesince verilecektir. Daha önce belirttiğimiz üzere avukatın adı suçlarında ise avukat bürolarının aranması Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesine tabi olacaktır. Yargılamanın Asliye Ceza Mahkemesi'nde yapıldığı durumlarda, 130. maddede mahkeme ile ifade edilen ağır ceza mahkemesi olduğundan, bu durumda ko-

vuşturma aşamasında avukat bürolarında arama kararı nöbetçi ağır ceza mahkemesince verilecektir. Yargılamanın ağır ceza mahkemesinde yapıldığı durumlarda ise avukat bürolarında arama kararı nöbetçi ağır ceza mahkemesince değil, haliyle yargılamanın yapıldığı ağır ceza mahkemesince verilecektir. Sonuç olarak, Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinin uygulandığı kovuşturma aşamasında arama kararın münhasıran yargılamanın yapıldığı ağır ceza mahkemesi tarafından verilmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun uygulandığı durumlarda ise yargılamanın Asliye Ceza Mahkemesi ya da ağır ceza mahkemesinde yapılmasına bağlı olarak avukat bürolarında arama kararı nöbetçi ağır ceza mahkemesi ya da yargılamanın yapıldığı ağır ceza mahkemesi tarafından verilmektedir.

V. AVUKAT KONUTLARINDA ARAMA

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesinde avukat konutlarında arama düzenlenmemekle birlikte, Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinde avukatın üzerinin, bürosunun aranması yanında konutunun aranması da düzenlenmiştir. 58. maddede, *"Avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararı ile ve bu kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir"* denilerek avukat konutlarında arama avukat bürolarının aranması ile aynı koşullara tabi tutulmuştur.

Avukat konutunda arama incelenirken konunun Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesi ile Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesi bakımından ikili bir ayrıma tabi tutulması gerekmektedir. Yukarıda değindiğimiz üzere 58. maddede avukat konutlarında arama avukat bürolarının aranması ile aynı koşullara tabi tutulmuştur. Bu sebeple avukat konutları ancak mahkeme kararı ile ve bu kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilecektir. Fakat 58. maddenin avukat konutlarının aranması bakımından getirdiği bu kural, daha önce belirttiğimiz üzere avukatların görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri iddia edilen suçlarla sınırlı olarak uygulama alanı bulacaktır.

Avukatların adi suçlarıyla ilgili olan Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesinde ise avukat konutlarının aranması dü-

zenlenmemiştir. Bu sebeple, avukatların adi suçlarıyla ilgili olarak genel hükümler çerçevesinde yapılacak soruşturma ve kovuşturmalarda avukat konutlarının aranması bakımından Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 118. ve 119. maddeleri uygulanacaktır. Avukatların adi suçlarıyla ilgili olarak avukat konutlarında arama, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 119. maddesinin birinci fıkrası gereğince hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Aynı maddenin dördüncü fıkrası gereğince avukat konutlarında arama yapılabilmesi için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin bulunması zorunludur. Bununla birlikte, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 118. maddesi gereğince avukat konutlarında gece vaktinde arama yapılamaz.

Görüleceği üzere avukatların adi suçlarıyla ilgili yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda avukat konutlarının aranması Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 118 ve 119. maddeleri çerçevesinde genel hükümlere tabidir. Bununla birlikte, burada özellik arz eden durum avukatın konutunu aynı zamanda büro olarak kullanmasıdır. Eğer avukat konutunu büro olarak da kullanıyorsa, bu takdirde bu yerde arama avukat konutlarının aranması kapsamında mı yoksa avukat bürolarının aranması kapsamında mı olacaktır?

Bir görüşe göre, eğer yapılan soruşturma veya kovuşturma avukatın mesleki faaliyetinden dolayı ise, avukatın hem konut hem de büro olarak kullandığı yerde arama özel düzenlemelere tabi olacaktır. Bununla birlikte, avukatın mesleğinden kaynaklanan suçlar dışında yapılacak soruşturma ve kovuşturmalarda ise, avukatın evinin -konut- aranması özel düzenlemelere tabi olmayacak, yani herhangi bir muafiyetten yararlanamayacaktır.⁶⁵ Bir diğer görüşe göreyse, avukat evini aynı zamanda büro olarak da kullanıyorsa bu durumda Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesi uygulanacaktır. Zira avukat bürolarının aranması 130. maddede düzenlenmiş olup, hangi gerekçe ile olursa olsun avukat büroları ancak 130. maddede öngörülen kural- lar çerçevesinde aranabilir.⁶⁶

⁶⁵ Duygu Çağlar Doğan, "Ceza Muhakemesinde Adli Arama", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 92, 2011, s. 169.

⁶⁶ Şen, "Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması", s. 340.

Yukarıda aktarmış olduğumuz ilk görüşe katılmıyoruz. Çünkü yapılan soruşturma veya kovuşturmanın avukatın mesleki faaliyeti ile ilgili olup olmaması, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesinin mi yoksa Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinin mi uygulanacak olması bakımından önem arz etmektedir. Zira bu ayrım avukatın hem konut hem büro olarak kullandığı yerin aranmasının özel düzenlemelere tabi olup olmaması bakımından önemli değildir. Avukatların görev suçlarında uygulama alanı bulacak 58. maddede zaten avukatın konutunun aranması özel düzenlemeye tabi tutulmuş, avukat bürolarının aranması ile aynı koşullara bağlanmıştır. Öyleyse 58. madde açısından zaten avukat konutlarının aranmasının özel düzenlemeye tabi tutulup tutulmaması bakımından bir sorun yoktur. Burada özellik arz eden durum avukatın adi suçlarıyla ilgili yapılan soruşturma veya kovuşturmalardır. Avukatın hem konut hem de büro olarak kullandığı yerde yapılacak aramanın konutun aranmasına ilişkin olarak Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 118. ve 119. maddeleri çerçevesinde genel hükümlere mi, yoksa avukat bürolarının aranmasına ilişkin olarak 130. maddeye mi tabi olacağının cevaplanması gerekmektedir.

Bizce, avukatın hem konut hem de büro olarak kullandığı yerde yapılacak aramanın konutun aranması çerçevesinde Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 118. ve 119. maddelerine tabi tutulması, avukat bürolarında aramanın özel olarak düzenlenmesini gerektiren sebeplerle bağdaşmamaktadır. Daha açık bir ifadeyle, avukatların adi suçları ile ilgili olarak genel hükümler çerçevesinde yapılan soruşturma veya kovuşturmalarda avukatın hem konut hem de büro olarak kullandığı yerde yapılacak aramanın 118. ve 119. maddelere tabi olacağının kabulü, avukatın sır saklama yükümlülüğü, avukatın bağımsızlığı ve savunma hakkı ile bağdaşmaz. Bu sebeple, avukatın adi suçları ile ilgili olarak yapılan soruşturma veya kovuşturmalarda, avukatın hem konut hem de büro olarak kullandığı yerde yapılacak aramalar bakımından Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesinin uygulanması gerekmektedir.

SONUÇ

Avukat hakkındaki arama ve elkoyma Ceza Muhakemesi Kanunu ve Avukatlık Kanunu'nda düzenlenmiştir. Avukatlar hakkındaki ara-

ma ve elkoymanın diğer arama ve elkoyma çeşitlerine göre daha sıkı koşullara bağlandığı görülmektedir.

Avukat hakkındaki arama ve elkoymanın özel olarak düzenlenerek diğer arama ve elkoyma çeşitlerine göre daha sıkı koşullara bağlanmasının nedeni, serbest bir mesleği icra eden ve kamu hizmeti gören avukatın aynı zamanda yargı görevini yerine getirmesidir. Avukat yargı görevini yerine getirirken yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder. Avukatın bağımsız savunmayı serbestçe temsil edebilmesi içinse her türlü kişi ve makama karşı bağımsız olması gerekmektedir. Bağımsızlık, avukatların mesleklerini hiçbir baskıya uğramadan en iyi şekilde yerine getirebilmesi için bir güvencedir. Bağımsızlık, güvence teşkil eden yönü sebebiyle bulunması zorunlu olan bir olgudur.

Avukatlar hakkındaki arama ve elkoymanın özel olarak düzenlemesini gerektiren ikinci neden de avukatların sır saklama yükümlülüğüdür. Sır saklama yükümlülüğü Ceza Muhakemesi Kanunu ve Avukatlık Kanunu'nda düzenlenmiş olup, bu yükümlülüğe avukatların Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarında da yer verilmiştir. Meslek Kuralları'nın 37. maddesine göre avukatlar meslek sırrı ile bağlı olup, Avukatlık Kanunu'nun 36. maddesi gereğince de avukatların görevleri dolayısıyla öğrendiklerini açığa vurmaları yasaktır. Avukatlar öğrendikleri hakkında ancak müvekkillerinin izin vermesi durumunda tanıklık edebilir. Ancak izin verilmiş olsa dahi avukatlar tanıklık etmek zorunda olmayıp, tanıklıktan çekinme hakkına sahiptirler.

Avukatlara yönelik özel düzenlemeler getirilmesinin bir diğer nedeni de savunma hakkının korunmasıdır. Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesinde belirtildiği üzere, avukat yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder. Bağımsız savunma ya da savunma özgürlüğü ise duruşmada serbestçe savunma yapabilme olanağından ibaret değildir. Bağımsız savunma, aynı zamanda avukatın sır saklama yükümlülüğüne uygun olarak bürosunda mesleğini güven içinde yürütebilmesini gerektirmektedir. Böylece, avukatlara yönelik tüm arama ve elkoymalar önem arz etmekle birlikte, avukat bürolarının aranması ayrı bir öneme sahiptir. Avukatlık bürosu her

türlü dış tehditten uzak, güvenli bir yer teşkil etmeli; bu yerin kolayca aranmasının ve böylece savunma hakkının zedelenmesinin önüne geçilmelidir.

Yukarıda belirttiğimiz nedenlerden dolayı avukatın üzerinin, bürosunun, konutunun aranması ile avukatın bürosunda, konutunda ve postasında elkoyma özel olarak düzenlenmiştir. Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesi gereğince, avukatın üzeri ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında aranamaz. Avukatın üzerinin aranmasıyla ilgili getirilen bu kural avukatın sadece görev suçlarını değil, adi suçlarını da kapsamaktadır. Ayrıca, bu düzenleme sadece adli arama ile sınırlı olmayıp önleme araması bakımından da geçerlidir. Söz konusu düzenleme kural olarak önleme aramaları bakımından da geçerli olsa da burada avukatın mesleğini yaptığı zamanlar ve yapmadığı zamanlar şeklinde ikili bir ayırım yapılması gerekmektedir. Avukatın mesleğini yaptığı zamanlarda avukatın bağımsızlığı, sır saklama yükümlülüğü ve onun meslek onurunun korunması avukatın mutlak olarak önleme aramasına tabi olmamasını gerektirmektedir. Bu ayırım gereğince, örneğin adliye girişlerde avukat önleme aramasına tabi tutulamaz. Bununla birlikte, stadyumda maç izlemek, konsere gitmek gibi avukatın mesleğini yapmadığı durumlarda belirtilen ilke, yükümlülük ve değer zedelenmeyeceğinden dolayı avukat önleme aramasına tabi tutulabilir.

Avukat bürolarında arama, avukatın adi suçları bakımından Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesinde; avukatın görev suçları bakımından ise Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinde düzenlenmiştir. İki kanun maddesinde de benzer olarak ifade edildiği üzere, avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde, baro başkanı veya onu temsil eden bir avukatın aramada hazır bulundurulması ile aranabilir. Mahkeme kararı ile ifade edilen, ağır ceza mahkemesi kararıdır. Avukatın adi suçlarıyla ilgili yapılan soruşturmalarda avukat bürolarının aranması kararı nöbetçi ağır ceza mahkemesi tarafından verilecektir. Yapılan kovuşturmalarda ise ikili bir ayırım yapılmakta olup, yargılama asliye ceza mahkemesinde yapılıyorsa arama kararı nöbetçi ağır ceza mahkemesince verilecek; yargılama ağır ceza mahkemesinde yapılıyorsa arama kararı yargılamanın yapıldığı ağır ceza mahkeme-

since verilecektir. Avukatın görev suçlarıyla ilgili yapılan soruşturmalarda da avukat bürolarının aranması kararı nöbetçi ağır ceza mahkemesince verilecek; kovuşturma aşamasında ise, avukatın görev suçları ağır ceza mahkemesinde görüldüğünden, arama kararı yargılamanın yapıldığı ağır ceza mahkemesince verilecektir.

Avukat bürolarında elkoyma Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Büroda arama sonucu elkonulmasına karar verilen şeylerin avukat ile müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğu öne sürülerek karşı konulduğunda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak mühürlenir ve gerekli kararı vermesi soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminden, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeden istenir. Bu kararlar yirmi dört saat içinde verilir. Yetkili hâkim elkonulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu saptadığında, elkonulan şey derhâl avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır. Postada elkoyma durumunda karşı konulması halinde de aynı usullerin uygulanacağı 130. maddenin üçüncü fıkrasında belirtilmiştir.

Avukat konutlarında arama ise Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmeyip sadece Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinde düzenlenmiştir. Avukatın görev suçlarıyla ilgili yapılacak soruşturma veya kovuşturmalarda avukat konutlarının aranması Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesine tabi olup, avukat konutları avukat büroları ile aynı koşullarda aranabilir. Avukatın adi suçlarıyla ilgili yapılacak soruşturma veya kovuşturmalarda ise Ceza Muhakemesi Kanunu'nda avukat konutlarının aranması düzenlenmediği için avukat konutları Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 118. ve 119. maddeleri çerçevesinde aranacaktır. Böylece, avukatın adi suçlarıyla ilgili yapılacak soruşturma veya kovuşturmalarda avukat konutlarında arama genel hükümlere tabi olacaktır. Bununla birlikte, avukat, konutunu aynı zamanda büro olarak da kullanmaktaysa bu yerin aranması avukat bürolarının aranması kapsamında olacaktır. Böylece, avukatın adi suçlarıyla ilgili yapılacak soruşturma veya kovuşturmalarda avukatın hem konut hem de büro olarak kullandığı yer ancak Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesi çerçevesinde aranabilecektir.

Kaynakça

- Aydın Oya, Kozağaçlı Selçuk, Avukat Bürolarının Aranması, Ankara, Ankara Barosu İnsan Hakları Komisyonu Yayınları, 2001.
- Doğan Duygu Çağlar, “Ceza Muhakemesinde Adli Arama”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 92. 2011.
- Erem Faruk, “Meslek Kuralları (Şerh)”, İkinci Bası, Ankara, TBB Yayınları, Sevinç Matbaası, 1973.
- Kızılkaya Ezgi, “Türk Hukuku ve Karşılaştırılmalı Hukukta Arama, Elkoyma ve Gözaltı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 89, 2010.
- Kocaoğlu Serhat Sinan, “Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kuram ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 2012-1, 2012.
- Kocaoğlu Serhat Sinan, “Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Savunma Hakkı ve Avukatın Bağımsızlığının Gerçekleştirilmesinde Barolara Düşen Yükümlülükler”, *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı*, 10-14 Ocak 2012.
- Öztürk Bahri, Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Sırma Özge vd., “Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Editör: Bahri Öztürk, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2013.
- Sayman Yücel, “Hak Arama Özgürlüğü ve Avukatlık Mesleği, Demokratikleşme, İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Bağlamında Avukatlık Mesleği” (Sorunlar-Çözüm Perspektifleri, İstanbul Barosu Başkanlığı Sempozyumu, 25-29 Ekim 1995, 1. Baskı, Antalya, İstanbul Barosu Yayınları, 1996.
- Sevük Yokuş Handan, “Postada Elkoyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 69, 2007.
- Şahin Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku I. Dördüncü Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Şen Ersan, “Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 2013-2, 2013.
- Şen Ersan, “Avukatın Aranması”, 06.04.2015. <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1337742-avukatın-aranması>, Erişim Tarihi: 17.06.2015.
- Şenol Talay, “Bağımsız Avukatlık”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 54, 2004.
- Şişman Hasan, “Avukatın Üzerinin, Büro veya Konutunun Aranması”, Ekim, 2012 <https://hasansisman.wordpress.com/2012/10/13/avukatın-uzerinin-buro-veya-konutunun-aranması/>, Erişim Tarihi: 12.05.2015.
- Vuraldoğan Kemal, “Avukatın Üzerinin Aranması Sorunu ve Avukat Vuraldoğan Davası”, *Eskişehir Barosu Dergisi*, Sayı: 6, 2005.
- Zafer Hamide, Centel Nur, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010.

Diğer Kaynaklar

- Avukata Yönelik Baskı Vatandaşa Yapılmış Sayılır”, 25.01.2013, <http://www.istanbulbarosu.org.tr/detail.asp?CatID=1&SubCatID=1&ID=7687> , Erişim Tarihi: 12.05.2015.

- “Çağlayan Adliyesi Girişleri İle İlgili Meslektaşlarımıza Duyuru”, 06.04.2015, <http://www.istanbulbarosu.org.tr/Detail.asp?CatID=1&SubCatID=1&ID=10268> , Erişim Tarihi: 19.06.2015.
- “Avukat Aramalarına İlişkin Zorunlu Açıklama, İstanbul Barosu Başkanlığı”, 23.11.2011, <http://www.istanbulbarosu.org.tr/detail.asp?CatID=1&SubCatID=1&ID=6375>, Erişim Tarihi: 12.05.2015.
- “Avukatlar Hakkında Soruşturma ve Kovuşturma Usulü”, 02.06.2013, <http://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=183&t=14154>, Erişim Tarihi: 18.06.2015.
- “Polis İstanbul Barosu Başkanı Kocasakal’a da Müdahale Etti”, 03.04.2015, http://www.radikal.com.tr/turkiye/avukatlara_kalkanli_mudahale-1327465, Erişim Tarihi: 19.06.2015.