

AVUKATIN ÜZERİNİN ARANMASI SORUNU VE AVUKAT VURALDOĞAN DAVASI

Av. Kemal VURALDOĞAN*

Ankara 3. İdare Mahkemesi'nce verilen bir kararla, üzeri ve çantası aranan Avukat Kemal VURALDOĞAN'a İçişleri Bakanlığı tarafından 2.500.000.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesiyle¹, avukatların üzerinin aranıp aranmayacağı konusu tekrar gündeme gelmiş, karar avukatlar ve barolar nezdinde olumlu karşılanırken², kararı olumsuz bulduğunu ifade edenler de olmuştur³. Çalışmamızda, Avukat VURALDOĞAN davası çerçevesinde, avukatların üst araması sorunu incelenecek ve avukatlara tanınan bu hakkın sınırları çizilmeye çalışılacaktır. Özellikle 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun yürürlüğe girmesiyle, konunun daha da önemli bir hale geleceğini düşünmekteyiz. 1 Nisan 2005'te yürürlüğe girecek yeni Türk Ceza Kanununun 120. maddesi uyarınca, hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü ve eşyasını arayan kamu görevlisine 3 aydan bir yıla kadar hapis cezası verilecektir.

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 Bakanlığına başvurmuştur.

* Ankara Barosu, Avukat.

¹E. 2003/1192, K. 2004/978, k.t. 11.6.2004. Kararın tam metni için bkz. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 55 (Kasım-Aralık 2004), s. 482-483. Kararla ilgili gazete haberleri için bkz. **Radikal**, 12.10.2004, **Akşam** 12.10.2004, **Cumhuriyet**, 12.10.2004.

²Davacı yanında davaya müdahale talebi kabul edilen Ankara Barosu, Avukat VURALDOĞAN davasının gerekçeli kararının tüm barolara duyurulmasına karar vermiştir. İstanbul Barosu Avukat VURALDOĞAN davasını haber olarak duyurmuş, <http://www.istanbulbarosu.org.tr/Detail.asp?CatID=1&SubCatID=1&ID=765>, Türkiye Barolar Birliği ise, Cumhuriyet Gazetesinde yayımlanan habere internet sitesinde yer vermiştir, http://www.barobirlik.org.tr/calisma/basinda_yargi/2004/10/12.htm (en son yararlanma, 26.01.2005).

³**Sabah**, 14.10.2004 (Aşlı AYDINTAŞBAŞ'ın köşe yazısı).

Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, Ankara Valisi açısından gereğinin takdiri için dosyayı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na göndermiş, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Ankara Valisi hakkında şikayet dilekçesinin işleme konulmamasına karar verilmiş, arama emrini veren polis memurları açısından gereğinin yapılması için dosya Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na iade edilmiştir⁴. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Nuri Ok imzalı kararda, Ankara Valiliği tarafından 1 Mayıs Mitingi nedeniyle kamu düzeninin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla suç aletlerinin toplantının yapıldığı yer ve çevresine sokulmaması için toplantı mahal ve çevresine gelen kişilerin özel kağıtlarının ve eşyalarının aranması konusunda Ankara Valiliği'nin oluru ile genel arama izni verildiği, genel arama için verilmiş bulunan iznin 1136 sayılı Avukatlık Kanununun tanıdığı hakkı ortadan kaldırmaya nitelik taşımadığı ifade edilmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına göre mülki amirin vereceği yazılı genel arama izniyle, avukatların üzerlerinin aranması mümkün değildir.

Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, ilgili kamu görevlilerin soruşturulması izni verilmesi için Ankara Valiliği'ne başvurmuş, Ankara Valiliği tarafından soruşturma izni verilmemiştir⁵. Karara Avukat VURALDOĞAN tarafından Ankara Bölge İdare Mahkemesi nezdinde itiraz edilmiş; Ankara Bölge İdare Mahkemesi itirazı reddetmiştir⁶. Ankara Bölge İdare Mahkemesi kararında avukatın üst araması konusuna değinilmediği için, Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin avukatların üst araması konusunda ne düşündüğü konusunda açıklama yapamamaktayız.

Avukat VURALDOĞAN'ın manevi tazminat istemli dilekçesine cevap verilmemesi üzerine, Avukat VURALDOĞAN tarafından Ankara 3. İdare Mahkemesi'nde tam yargı davası açılmış, Ankara Barosu davacı yanında davaya müdahale talebinde bulunmuştur. Davalı İçişleri Bakanlığı, bilirkişi olarak Prof. Dr. Feridun YENİSEY'e başvurmuş, savunmasını büyük ölçüde YENİSEY'in görüşlerine dayandırmıştır.

YENİSEY'e göre, Avukatlık Kanunu madde 58'de yer alan yasak, maddede geçen suç teriminden anlaşılması gerektiği üzere sadece adli aramalar için geçerlidir. Avukatın müdafaa görevini garanti altına alan hüküm, avukatın suç isnadı altında bulunduğu durumlarda geçerlidir. Resmi Gazetede, 24.5.2003 tarihinde yayımlanan Adli ve Önleme

⁴Karar no: 2003/35 Karar, Karar Tarihi: 02.06.2003.

⁵Ankara Valiliği İl İdare Kurulu Müdürlüğü'nün 29.07.2003 tarihli ve 4483/K133 numaralı kararı. Avukat VURALDOĞAN'ın ilgili kamu görevlisi hakkında disiplin soruşturması açılması talebi de, Ankara Valiliği'nin 25.7.2003 tarihli onayıyla işlemden kaldırılmıştır. Her iki kararın gerekçesinde, makalemizde YENİSEY'in görüşleri olarak aktardığımız nedenler belirtilmiştir.

⁶E. 2003/313, K. 2003/329, K.T. 15.10.2003.

Aramaları Yönetmeliği, önleme araması ve adli arama ayrımı yapmıştır. Önleme araması yakın bir tehlikenin önlenmesi amacıyla yapılan bir arama olup, tehlikeyi önleme aramalarında herkes aramaya tâbidir. Yine, İl İdare Kanununun Ek 1. maddesi uyarınca, hava meydanlarına girişte yapılan aramalarda pilot dahil herkes aranacaktır. Avukatların üstünün aranmaması müdafaa görevinin serbestçe yerine getirilmesi için kabul edilen bir meslek ayrıcalığı olup, önleme aramalarında geçerlidir. Yine, 5.2.2003'te yürürlüğe giren Hapishane ve Tevkifhanelerin İdaresi Hakkında Kanunun 6. maddesindeki değişikliğin de gösterdiği gibi infaz kurumlarına giren herkes gibi avukatlar da aranacaktır. Avukatlık Kanunu madde 58 bu önleme aramasında da geçerli değildir. Avukat VURALDOĞAN olayında, vali emri ile Anayasa'nın 20. maddesine ve hukuka uygun olarak yapılan bir önleme araması vardır. Önleme aramasında herkesin aranmasına rağmen avukatların hariç tutulması hukuka aykırı olur⁷.

Ankara 3. İdare Mahkemesi, 11.6.2004 tarihli kararıyla, davayı kabul etmiş, Avukat VURALDOĞAN'ın talebiyle bağlı kalarak 2.500.000.000 TL'nin Avukat VURALDOĞAN'a ödenmesine karar vermiştir. Tek hâkimli olarak Hâkim Vehbi KOZİK tarafından verilen kararın gerekçesinde, kamu idarelerinin yürütmekle yükümlü buldukları 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. Hâkim KOZİK, 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 etmiştir⁸. Karara Ankara Bölge İdare Mahkemesi nezdinde mahkeme kararının yürütülmesinin durdurulması istemiyle itiraz edilmiş, Ankara Bölge İdare Mahkemesi tarafından

⁷Prof. Dr. Feridun YENİSEY imzalı, 23.7.2003 tarihli 1 sayfalık görüş. Davalı İçişleri Bakanlığı davaya cevap dilekçesinde YENİSEY'in görüşlerinden alıntı yapmış, YENİSEY imzalı 1 sayfalık görüş, Bölge İdare Mahkemesine sunulan itiraz dilekçesine eki olarak dava dosyasına girmiştir. Anılan görüşte, Avukat VURALDOĞAN olayının 1 Mayıs 2003'te yaşandığı, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 24 Mayıs 2003'te yürürlüğe girdiği gözden kaçırılmıştır.

⁸Kararın künyesi için bkz. 1 numaralı dipnot.

mahkeme kararının yürütülmesinin durdurulması talebi reddedilmiştir⁹. Davalının itirazının esası hakkında henüz bir karar verilmemiştir.

Avukatlık Kanunu 58/1 maddesinin son cümlesi, “*Ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında avukatın üzeri aranamaz.*” hükmüne yer vermektedir¹⁰. Madde başlığının, “Soruşturmaya Yetkili Cumhuriyet Savcısı” olması, bu maddenin sadece avukatların görevleri ile ilgili suç işlemleri durumunda geçerli olacağı iddia edilmekteyse de¹¹, avukatın ağır cezayı gerektirmeyen suç isnadı altında bulunduğu durumda dahi üzerinin aranması için hâkim kararı istenirken, daha hafif bir durum olan önleme aramalarında aranma yasağının evleviyetle geçerli olduğunu düşünmekteyiz. Adli Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 14. maddesi incelendiğinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mahallin en büyük mülki amirinin vereceği yazılı emirle, kolluğa, halkın topluca bulunduğu veya toplanabileceği yerlerde, yerleşim yerlerinin giriş ve çıkışlarında ve her türlü toplu taşıma veya seyreden taşıt araçlarında dahi kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını arama yetkisi verildiği görülecektir. Tekrar, Avukatlık Kanunu 58. maddeye dönersek, avukat ağır cezayı gerektiren bir suç işlese bile, suçüstü hali yoksa üzeri aranamayacaktır. Suçüstü hali olsa bile, eğer işlendiği iddia edilen suçüstü ağır cezalı değilse üzeri yine aranamayacaktır. Göreviyle ilgili suç işlemesi durumunda dahi, işlendiği iddia edilen suçun ağır cezalı olmaması, ağır cezalı olsa bile suçüstü hali olmaması halinde avukatın üzerinin aranması için hâkim kararı istenirken, mahalli en büyük mülki amirinin vereceği emirle, toplu taşıma araçlarında, yerleşim yerlerinin girişinde ve çıkışında avukatın aranmasının mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Bir an için Yönetmelik hükmünün avukatları da kapsadığı düşünülse dahi (kanımızca anılan Yönetmeliğe dayanılarak avukatların aranması mümkün değildir); Avukatlık Kanunu ile Yönetmelik hükmü arasında çelişki olduğu için, normlar hiyerarşisi gereğince Avukatlık Kanunu uygulanacaktır.

Avukatın önleme aramasından muaf olduğu iddiamızın diğer bir dayanağı Hapishane ve Tevkifhanelerin İdaresi Hakkında Kanununun, “*Ancak milletvekilleri, mülki amirler, hâkim, Cumhuriyet savcıları ve bu sınıftan sayılanlar, müdafî ve avukatlar ... ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında elle aranamaz. Duyarlı kapı cihazının ikazının sürmesi*

⁹Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin 2004/3869 E. Sayılı dosyada verdiği 8.12.2004 tarihli kararı.

¹⁰ **Hâkimler ve Savcılar Kanunu Madde 88 ise**, “*Ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında suç işlediği ileri sürülen hâkim ve savcılar yakalanamaz, üzerleri ve konutları aranamaz, sorguya çekilemez.*” hükmüne yer vermektedir. Bu nedenle avukatların üst araması ile ilgili görüşümüzün, hâkim ve savcılarının üst araması içinde geçerli olduğunu belirtmekte fayda görüyoruz.

¹¹İçişleri Bakanlığı Avukat VURALDOĞAN davasına sunduğu 28.8.2003 tarihli davaya cevap dilekçesinde bu iddiayı dile getirmiştir.

halinde bu kişiler elle aramayı kabul ettikleri takdirde kuruma girebilirler.” hükmüne yer 6. maddesidir. Kanun koyucu, Avukatlık Kanunu uyarınca avukatların üzeri aranmayacağı için, cezaevleri açısından ayrıksı bir hüküm getirmiştir. Anılan hüküm Avukatlık Kanununa göre daha özel ve sonraki tarihli kanun olduğu için sadece hapisane ve tevkifhanelerle sınırlı kalmak kaydıyla uygulanma kabiliyetine sahiptir. Eğer çıkarılacak bir yönetmelikle avukatlarının üzerinin aranması mümkün olsaydı, kanun değişikliğine gitmeden, ilgili yönetmelikte yapılacak bir değişiklikle avukatların hapisane ve tevkifhane girişlerinde aranması sağlanabilirdi. Kanımızca bu durum da, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğine dayanılarak avukatın üzerinin aranmasının mümkün olmadığını göstermektedir.

Avukatların üst araması sorunu incelenirken, avukatlara neden ayrıcalık tanındığı sorusunun cevabının da problemin çözümünde işlevsel olduğunu düşünmekteyiz. Arama yasağı getirilmesi de makul ve anlaşılır sebeplere dayanmaktadır. Avukatlık Kanunu 1. madde uyarınca avukatlık kamu hizmetidir. Yine aynı Kanunun 2. maddesince avukat yargının kurucu unsuru olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil etmektedir. Avukatlık Kanunu, avukatlık mesleğine kabul edilmeyi birtakım zor koşullara bağlamış¹²; avukatlara birçok sorumluluk ve ödev yüklemiştir.¹³ Yine, Avukatlık Kanunu madde 36'ya göre avukatların sır saklama yükümlülüğü vardır. Avukat müvekkil ilişkilerinin kapsamı düşünüldüğünde, avukatın çoğu zaman müvekkiline ait ailevi ve ticari sırlara vakıf olduğu, bu konulara ilişkin belge ve resim gibi ispata yönelik eşyalara sahip bulunduğu görülecektir. Bu bilgi ve belgelerin sır saklama yasağına rağmen el değiştirmesi, başkaları tarafından bilinir hale gelmesi avukatı mesleğini yapamaz hale getirecek, avukat müvekkil ilişkisinde güvensizliği hâkim kılacaktır. Dolayısıyla, hak arama özgürlüğünün etkin kullanılmasında en önemli işleve sahip olan avukatlık mesleğinin etkili sonuç doğurabilmesi için, avukat müvekkil ilişkisinde güvenin sağlanması, avukata verilen bilgi ve belgelerin her türlü müdahaleden uzak bir şekilde korunmasının sağlanması gerekmektedir. Avukat mesleğini icra ederken, kimi zaman yaşadığı kentin mülki erkanının veya onların kimi yakınlarının rahatsız olduğu davaları da takip edecektir. Belki açacağı dava bir hükümetin düşmesine; büyük menfaat gruplarının çökmesine yol açacaktır. Mahallin en büyük mülki amirinin vereceği yazılı emirle, avukatın üzerinin aranması imkânının kolluk kuvvetlerine tanınması, avukatlık mesleğinin gereği gibi yerine getirilmesini engelleyecektir. Yargının diğer kurucu

¹²Bkz. Avukatlık Kanunu madde 3,5 ve 11.

¹³Bkz. Avukatlık Kanunu madde 34 ve devamı.

unsurları olan hâkim ve savcılarının da üzerlerinin aranmaması aynı nedene dayanmaktadır.

Avukatların üst araması sorunu ile sır saklama yükümlüğü 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. Bu görüşümüzün konuyu tam olarak çözmediği düşüncesindeyiz. 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. Yine avukatlık mesleği sadece mesai saatleri içerisinde yapılan bir meslek değildir. Özellikle Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu uyarınca barolar tarafından atanan müdafilerin gece 24'e kadar görevlendirildikleri düşünüldüğünde iddiamızın doğruluğu anlaşılacaktır. Yine, avukatın müvekkiliyle mesai saatleri dışında görüşmesini, ondan belge almasını engelleyen hüküm ve meslek kuralı olmadığı gibi, anılan davranış hayatın olağan akışına uygundur. 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. Miting alanı çevresinde elinde pankartla gezen, stadyum önünde bir spor takımına ait elbise ile bekleyen, şortla uçağa binen, tenis raketi ile spor alanına giden, mayo ile plajda gezen avukatın, o an mesleğini yaptığının kabulü hayatın olağan akışına aykırıdır. Bu durumdaki bir avukatın, önleme aramasını kabul etmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Avukatın üst araması konusunu, sadece mesleği ile ilintili durumlarla sınırlamamızın diğer bir nedeni, bu hakkı mutlak kabul etmemiz durumunda, avukatın yükümlülüklerinin de mutlak anlaşılabilirliği kaygısını taşımamızdır. Kanımızca, avukat sadece mesleğini icra ederken Avukatlık Kanunu ve meslek kuralları ile bağlıdır. Bilindiği üzere, avukatlık meslek kurallarından biri de, “avukat hasım tarafın ancak avukatı ile görüşebilir” kuralını

getirmektedir. Eğer aranmama yasağını, avukatın meslek dışındaki özel yaşamına da taşırsak, anılan meslek kuralının özel yaşamımızda da geçerli olduğunu kabul etmemiz gerekecektir. Dolayısıyla, aranmama yasağı avukatlık mesleğinin niteliği gereği tanınmış bir hak olduğu için, avukatın tam anlamıyla özel yaşamını surdrdğ durumlarda geçerli olmaması gerekir.

Sonuç olarak, avukatlık mesleği ile ilintili bir durumdaki avukatın üzerinin aranması için hâkim kararı gerekmektedir. Avukatlık Kanunu madde 58 uyarınca, ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde hâkim kararına gerek yoktur. Avukatın mesleği ile ilintili olduğu iddiası ile görüntüsü arasında önemli bir çelişki olması durumunda, nleme araması yapılması mümkündür. 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 Kanununun 1. maddesi uyarınca kamu hizmeti yürüten avukatın beyanını esas alacak ve arama yapmayacaktır. 1 Nisan 2005'ten sonra hukuka aykırı şekilde avukatın üzerini arayan kamu görevlisi hakkında, Türk Ceza Kanunu'nun 120. Maddesi uyarınca kamu davası açılması gerekecektir. Mağdur avukat ayrıca hukuk mahkemesine başvurarak manevi ve varsa maddi zararlarının tazminini de talep edebilecektir.