

ÜST VE BÜRO ARAMASI,
POSTADA ELKOYMA,
İLETİŞİMİN DENETLENMESİ
GİBİ ÇEŞİTLİ KORUMA
TEDBİRLERİNİN PASİF
ÖZNESİ OLARAK KURAM VE
UYGULAMADA AVUKATIN
BAĞIMSIZLIĞI*

Yrd. Doç. Dr. Serhat Sinan KOCAOĞLU**

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

**Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi; Ankara Barosu Geçmiş Dönem Yönetim Kurulu Üyesi; LL. M. (Brussels), LL. D. (Ankara).

ÖZ

Avukatlar, mukayeseli hukukta icra ettikleri savunma görevinin ve adil yargılanma ilkesinin doğal sonucu olarak pek çok ülkede ceza yargılaması işlemlerinde farklı muameleye tabi tutulmaktadırlar. Türkiye’de 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nda bu nevi düzenlemeleri hayata geçirmiştir. Ancak ülkemizde bu hususta hem kuramsal ve hem de uygulama olarak bir takım sorunlar yaşanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Avukat, Koruma Tedbirleri, Arama, El Koyma, İletişimin Denetlenmesi, AİHS, AİHM.



PRECAUTIONARY CRIMINAL PROCEDURAL MEASURES VIS A VIS INDEPENDENCE OF ADVOCATES’ IN TURKIYE

ABSTRACT

It has become an imperative of the comparative law to accept some kind of immunities for the application of criminal procedural law precautionary measures towards lawyers. Türkiye being no exception for these regulations vis a vis the Turkish Code of Lawyers’ and Turkish Criminal Procedural Law. However theoretical and practical issues are waiting to be solved in the Turkish criminal law enforcement system.

Keywords: Lawyer, Advocate, Criminal Procedural Law, Precautionary Measures, Search, Seizure, Telephone Tapping, Communication Monitoring, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights.

GİRİŞ

5 271 sayılı “Ceza Muhakemesi Kanunu” nun birinci kitabının, dördüncü kısmında düzenlenmiş olan “koruma tedbirleri”, “yakalama ve gözaltı”, “tutuklama”, “adli kontrol”, “arama ve alkoyma”, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi”, “gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme” gibi alt bölümlere ayrılmış önlemlerdir.

Aslında bu önlemler, suçun iz ve delillerine el konulması, el konulan bu iz ve delillerin güvenli bir şekilde saklanması, üzerine suç atılı kişinin kontrol altına alınması maddi gerçeğe ulaşabilmek için gerekli olan ve gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda alınan “geçici” tedbirlerdir.^[1] Bunlar geçicidirler, çünkü, ceza muhakemesinde gerçeğin bulunulması suçun tekrardan yaşatılabilmesi için konulmaları ve ihtiyaç kalmayınca da ortadan kaldırılmaları gerekir.^[2]

Devlet aygıtının varlık sebebi adalet ve güvenliği sağlamak ise, ceza muhakemesinin yürüyüşünde, icap eden durumlarda, koruma tedbirlerinin kullanılması eşyanın tabiatı gereğidir. Ancak unutulmamalıdır ki koruma tedbirleri, bireylerin temel hak ve hürriyetleri ile doğrudan ilgilidirler. Bundan dolayı, CMK’da sadece hakim, mahkeme veya gecikmesinde sakınca görülen hallerde cumhuriyet savcısının müteakiben hakim onayına sunulması gereken kararı ile kullanılmaları öngörülmüş;^[3] böylece bu tedbirlerini kullanılmalarında özel bir “hukuki hassasiyet” gösterilmesi normatif olarak sağlanmaya çalışılmıştır.^[4] Keza bu düzenlemeler ile esas hedeflenen, koruma tedbirlerinin kullanılmasında sanıktan delile değil, delilden sanığa giderek, maddi gerçeğe ulaşılması mekanizmasının tesis edilmesidir.^[5] Bu yüzden koruma tedbirleri alınırken, mutlaka “haklı” bir nedene dayanılmalı, tedbir ile işlendiği iddia edilen suç arasında “orantılılık ilkesi” nin gereklerinin gözetilmeli, “geçicilik” prensibinin sonucu olarak da ihtiyaç kalmayınca da tedbirin ortadan kaldırılmalıdır.^[6]

Devletler yargılama yetkilerini şahsılık ve de mülkîlik gibi çeşitli ilkelere dayandırır. Buna uygun olarak Türkiye Cumhuriyeti Devleti de genel veya

[1] SOYASLAN Doğan, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Yetkin Yayınları, Güncelleştirilmiş 4.Baskı, Ankara, 2010, s. 269; ÖZTÜRK Bahri-TEZCAN Durmuş-ERDEM Mustafa Ruhan-SIRMA Özge et. al., “Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku”, Editör: Bahri ÖZTÜRK, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 379.

[2] Ibid.

[3] Arama: CMK m. 119, f. 1; Elkoyma: CMK m. 127, f. 1; Postada El Koyma: CMK m. 129, f. 1; İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması: CMK m. 135, f. 1

[4] Soyaslan: s. 269.

[5] ÖZTÜRK Bahri-ERDEM Mustafa Ruhan-SIRMA Özge-SAYGILAR Yasemin F. et. al., “Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku”, Editör: Bahri ÖZTÜRK, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 253.

[6] Supra note 4.

özel nitelikteki ceza kanunlarını yer bakımından uygularken,^[7] dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin uygulanması gerektiğini anayasal bir norm olarak yaşama geçirmiştir (Any m. 10, f. 1). Bu yüzden ceza yargılaması yetkisi kullanılırken Türk devlet aygıtı “herkes” e eşitlik ilkesi gereğince muamele yapmak zorundadır.

Dolayısıyla devletin bütün organ ve erklerini yani yasama, yürütme ve yargıyı en üst düzeyde bağlayan eşitlik ilkesi (Any. m. 10, f. 4), bütün ceza muhakemesi işlemlerini haliyle koruma tedbirlerini de evleviyetle kapsamaktadır. Yani koruma tedbirleri, itham altındaki bütün şüpheli ve sanıklara aynı usule uyularak uygulanmalıdır. Aksi durum, hukuk devleti ilkesinin inkarıdır.

Fakat burada gözden kaçırılmaması gereken bir nokta eşitliğin “mutlak” nitelikte değil, ancak eşitler arasında varolması gereken “nispi” bir prensip olduğudur.^[8] Nitekim Anayasa Mahkemesi farklı zamanlar vermiş olduğu istikrar bulmuş kararlarında bu hususun altını çizmiştir.^[9] Açıktır ki bu yüzden koruma tedbirlerini uygulanmasında farklı konumda olan kişilere farklı muamelede bulunulması eşitlik ilkesinin ihlal etmez.^[10]

Çalışmamız bir kısım koruma tedbirlerinin uygulanmasında, “avukat”lar ile ilgili olarak ayrıksı bir durum olarak düzenlenmiş çeşitli hususları kuram ve uygulama mercceklerinden birlikte incelemektir. Bu bir kısım koruma tedbirlerinin uygulanmasında avukatlar için istisnai düzenlemeler öngörülmesinin nedeni, serbest bir meslek icra ederek kamu hizmeti gören hukukçu kişi olan “avukat”ın (Av. K. m. 1, f. 1); aynı zamanda yargı görevi icra etmesidir (TCK m. 6, f. 1, b. d). Zira 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 (Av. K. m. 2). Bundan dolayı avukat, uyuşmazlıkların sadece özel hukuk

[7] Türk hukukunda yer bakımından uygulama ile ilgili normatif düzenlemeler için bkz. 5237 sayılı “Türk Ceza Kanunu” m. 8-13.

[8] GÖZLER Kemal, “Türk Anayasa Hukuku”, Ekin Kitabevi, Bursa, 2000, s. 180, 181.

[9] “Anayasa Mahkemesi’nin yerleşmiş kararlarına, göre, yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Eşitlik ilkesi; birbirleriyle aynı durumda olanlara aynı kuralların uygulanmasını veya uygulanan aynı kurallar sonucu farklı sonuçlar yaratılmasını yasaklar. Kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurullarla değişik uygulamaya yapılması Anayasanın amaçladığı hukuksal eşitlik ilkesine açık aykırılık oluşturmaktadır. Zaten Anayasa eylemleri değil, hukuksal eşitliği tanımlamaktadır. Yoksa, bazı yurttaşların haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.” Anayasa Mahkemesi Kararı, Tarih: 19. 02. 2009, Esas: 2005/116, Karar: 2009/27, Resmi Gazete Tarih: 10. 06. 2009, Resmi Gazete Sayı: 27254; Anayasa Mahkemesi Kararı, Tarih: 04. 10. 2006, Esas: 2002/157, Karar: 2006/97, Resmi Gazete Tarih: 27. 03. 2007, Resmi Gazete Sayı: 26475 [Corpus İçtihat Bankası].

[10] Bkz. supra note 8.

alanında değil ve kamu hukuku (ceza ve idare) alanlarında da çözümlenmesine yardımcı olur.^[11] Bu yüzden de avukat, yargının kurucu unsurlarından olan “bağımsız” savunmayı serbestçe temsil eder (Av. K. m. 1, f. 2).

“Avukat” bağımsız olmadan, “savunma” bağımsız olamayacağından; “savunma” bağımsız olmadan da “yargı” bağımsız olamayacağından dolayı hukuk devleti, demokratik yönetim gibi genel ilkeler mucibince avukata yönelik bir takım düzenlemelerin farklılaştırılması kaçınılmazdır. Bu yüzden araştırmamızın amacı, ceza muhakemesinin yürüyüşü esnasında bir kısım koruma tedbirlerinin uygulanırken, nispi eşitlik ilkesi gereğince farklılaştırılmış bir usule tabi tutulması elzem olan avukatlık statüsünü, “bağımsızlık” açısından irdelemektir.

Hukuk sistemimizde avukat bağımsızlığını sağlamaya çalışan normatif düzenlemeler nelerdir? Bu düzenlemeler uygulamada ne kadar hayata geçmektedir? Ceza muhakemesinin diğer süljeleri koruma tedbirlerinin uygulanmasında Anayasa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve ilgili kanunlar (CMK, Avukatlık Kanunu) çerçevesinde hareket etmekte midirler? Adil yargılanma hakkı ve silahların eşitliği ilkesi inceleyeceğimiz bir kısım koruma tedbirlerinin pasif süljesi olarak avukatı güvence altına alabilmekte midir?

Savunma hakkının gereğince hayata geçmesi için, çalışmamızda bu gibi soruların cevaplarını arayacağız. Bu yüzden sırasıyla birinci bölümde avukatın üzerinin aranması; ikinci bölümünde avukat bürolarında arama ve elkoyma; üçüncü bölümde avukatın postasına elkoyma; dördüncü bölümde avukatın bürosunda ve yerleşim yerinde telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi (tespit, dinleme ve kayda alma) başlıkları mercek altına aldıktan sonra sonuç kısmında bu husustaki tespit, eleştiri ve önerilerimizi ortaya koyacağız.

1. BİR KORUMA TEDBİRİ OLARAK AVUKATIN ÜZERİNİN ARANMASI

A. GENEL OLARAK ARAMA:

Anayasamıza göre millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranmaz ve bunlara el konulamaz (Any. m. 20, f. 2). Aynı maddede, usulüne göre verilmiş

[11] Avukatlık, ceza muhakemesine yansımaları ise “müdafî”lik ve “vekil”likte bulur. Buna göre, ceza muhakemesinde şüpheli ve sanığın savunmasını yapan avukat “müdafî” (CMK m. 2, f. 1, b. c); katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişiyi temsil eden avukat ise “vekil” olarak adlandırılmaktadır (CMK m. 2, f. 1, b. d).

hakim kararı olmadan da istisnai olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emrinin bulunması arama işleminin anayasal dayanaklarından birisi olarak kabul edilmiştir. Anayasanın bu hükmü, uluslararası ve iç hukuk bağlamındaki bir takım bağımsızlıklar hariç tutularak, ülkesel sınırlarımız içerisindeki herkese karşı arama işlemi yapılırken uygulanması gereken bir genel kuraldır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre ise şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla (CMK m. 116), diğer bir kişinin de üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir (CMK m. 117, f. 1). Ancak bu hâllerde aramanın yapılması, aranan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlıdır (CMK m. 117, f. 2). Fakat, bu sınırlama şüpheli ve sanığın bulunduğu yerler ile izlendiği sırada girdiği yerler hakkında da geçerli değildir (CMK m. 117, f. 3).

Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde cumhuriyet savcısının, cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları cumhuriyet başsavcılığına derhal bildirilir (CMK m. 119, f. 1).

Arama tedbiri, CMK'ya ek olarak, 2559 sayılı “*Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu*”nda da (PVSK) hüküm altına alınmıştır. Bu kanun, henüz suç işlendiği iddiasının ortada olmadığı durumlarda “*önleme araması*” adlı istisnai bir tatbikatı düzenlemiştir.^[12] Buna göre polis, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usulüne göre verilmiş sulh ceza hâkiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülki âmirin vereceği yazılı emirle; kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını arar; alınması gereken tedbirleri alır, suç delillerini koruma altına alarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre gerekli işlemleri yapar (PVSK m. 9, f. 1).^[13]

[12] Şen: “*İnsan Hakları ve Terör Bağlamında Yakalama, Gözaltına Alma, Arama, Elkoyma ve Tutuklama*”, s. 16.

[13] “*Önleme araması*” olarak adlandırılan bu arama: a) 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu kapsamına giren toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapıldığı yerde veya yakın çevresinde; b) Özel hukuk tüzel kişileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları veya sendikaların genel kurul toplantılarının yapıldığı yerin yakın çevresinde; c) Halkın topluca bulunduğu veya toplanabileceği yerlerde; ç) Eğitim ve öğretim özgürlüğünün sağlanması için her derecede eğitim ve öğretim kurumlarının idarecilerinin talebiyle ve yüksek öğretim kurumlarının içinde, bunların yakın çevreleri ile giriş ve çıkışlarında; d) Umumi veya umuma açık yerlerde; e) Her türlü toplu taşıma araçlarında, seyreden taşıtlarda yapılabilir (PVSK m. 9, f. 3).

“Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği” (AÖAY),^[14] “adli” ve “önleme” araması olmak üzere iki çeşit arama işlemini normatif alana taşımıştır. Bu çerçevede “adli arama”, 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 (AÖAY m. 5).

Aynı yönetmelik “önleme araması”nı ise: 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 mülkî âmirin yazılı emriyle kişilerin üstlerinde, aracında, özel kâğıtlarında ve eşyasında yapılan arama işlemi olarak tanımlamaktadır (PVSK m. 9; AÖAY m. 19, f.1).

B. AVUKATIN ÜZERİNİN ARANMASI

Yukarıdaki genel açıklamalardan sonra avukatın durumuna bakacak olursak, söylemeliyiz ki ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranmaz (Av. K. m. 58, f. 1). Avukatlık Kanunu’nun bu hükmü savunma hakkı (Any m. 36, f. 1; BM İHEB m. 8 ve m. 11, f. 1; BM SMHS m. 14, f. 3, b. b ve b. d; Cenevre IV, m. 72, f. 1 ve f. 2; AİHS m. 6, f. 3, b. b) ve sır saklama mükellefiyeti (Av. K. m. 36) çerçevesinde avukat bağımsızlığının kolluk kuvvetleri tarafından ihlal edilmemesinin garantisi olduğu kadar; avukat arama bahanesiyle kolluk tarafından baskı yapılmasının veya taciz edilebilme ihtimalinin önlenilmesi olduğunu düşünüyoruz.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemeleri’nin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkındaki Kanun, ceza mahkemelerini sulh ceza, asliye ceza ve ağır ceza olarak ayırdıktan sonra, ağır ceza mahkemesinin görevini 11. maddesinde belirlemiştir. Buna göre, kanunun ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, TCK’ da yer alan yağma (TCK m. 148), irtikâp (TCK m. 250), resmi belgede sahtecilik (TCK m. 204, f. 2), nitelikli dolandırıcılık (TCK m. 158), hileli iflas (TCK m. 161) suçları ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve 10 yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlar ile ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir.

Ayrıca, bazı suçlara ilişkin yargılama görevini yapmak üzere (ve eski Devlet Güvenlik Mahkemeleri yerine) kurulmuş olan “Özel Görevli Ağır Ceza

[14] Resmi Gazete Tarih: 01.06.2005; Resmi Gazete Sayı: 25832 .

Mahkemeleri”nin bakmakta olduğu, CMK’nın 250. maddesinde sayılan suçlar ile, yukarıda 5235 sayılı Kanun’un 12. maddesindeki suçlarda suçüstü halinde yakalanan avukatın üzeri aranabilir (Av. K. m. 58, f. 1),

Maddenin lafzından da açıkça anlaşılacağı üzere avukatın üzeri sadece suç, “*ağır cezalı bir suç*” olduğunda ve “*suçüstü halinin varlığında*” aranabilecektir. Dolayısıyla eğer suç ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suç değilse veya suç ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suç olsa bile eğer ortada suçüstü hali yoksa avukatın üstü aranamaz.

Ancak öğretide ileri sürülen doğru bir görüşe göre avukatın üzerinin aranması “*sınırlı*” bir işlemdir.^[15] Bu sınırlama nedenleri her ne kadar temellerini meslek sırrı kurallarında bulsa da, “*önleme araması*”nda avukata herhangi bir ayrıcalık vermez.^[16] Bu meyanda belirtmeliyiz ki avukatın aranması ancak uygun bir şekilde, haklı ve gerçekten önemli güvenlik nedenlerinden dolayı olmalıdır.^[17] Avukata suç delillerinin ortaya çıkarılması amacıyla arama yapılamaz ancak Adalet Bakanı’nın kovuşturma izni varsa bir koruma tedbiri olarak “*arama*”ya başvurulabilir (Av. K. m. 58, f. 1).^[18] Burada amaç avukata kişisel olarak değil ancak mesleki olarak daha güvenli bir ortam oluşturmaktır.^[19]

Burada asıl önemli husus, sadece avukat bürolarındaki uygulamalarda değil, bütün arama ve elkoyma tatbikatlarında azami dikkat gösterilmesidir.^[20] Bu tedbirin hukukilik denetimi ayrıntılı biçimde yapılmalı, bu tedbirlerin tatbikatı esnasında kaçınılmaz ama istisnai olarak getirilebilecek kişi hak ve özgürlüklerine yönelik kısıtlamalar evrensel hukukun çizdiği ilke ve esaslar ile bu çerçevede düzenlenmiş olması gereken pozitif hukuk kurallarının dışına çıkmamalı ve keyfi bir biçimde uygulanmamalıdır.^[21]

Usulüne uygun olarak yapılan önleme araması dışında, avukatın ağır cezalı bir suçüstü hali dışında üzerinin aranması “*baksız bir fiil*” neticesinde idare hukuku yönünden bir hukuka aykırılık durumu oluşturacaktır. Hukuka aykırı

[15] KUNTER Nurullah- YENİSEY Feridun-NUHOĞLU Ayşe, “*Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*”, Onaltıncı Baskı, Beta Basım A.Ş. (Yayın No: 1858, Hukuk Dizisi: 847), İstanbul, Ocak 2008, s.1021; MAHMUTOĞLU Fatih Selami-DURDUN Selman, “*Müdafinin Yasaklılık Halleri*”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 133. “*Önleme araması*”, konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan özel işyerlerinde ve kamuya açık olmayan işyerlerinde ve eklentilerinde icra edilemez (ÖZBEK Veli Özer-BACAĞSIZ Pınar, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama*”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 1, Ankara, Ekim 2006, s. 155).

[16] Ibid.

[17] Mahmutoglu/Dursun: s. 133.

[18] Ibid.

[19] Özbek/Bacaksız: s. 168.

[20] ŞEN Ersan, “*İnsan Hakları ve Terör Bağlamında Yakalama, Gözaltına Alma, Arama, Elkoyma ve Tutuklama*”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 30, Şubat 2009, s. 16.

[21] Ibid.

olarak bir kimsenin üstünün veya eşyasının aranması ise Türk Ceza Kanunu bağlamında “haksız arama” suçunun konusuna girer.^[22] Bir mahsus suç olan ve sadece kamu görevlilerinin işleyebileceği haksız arama suçunun cezası üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıdır (TCK m. 120). Çağdaş ve evrensel hukukun kabul etmiş olduğu gibi, bir kimsenin üstünün ve eşyasının haksız aranması, kişi özgürlüğüne karşı işlenmiş suçlardandır. Burada arama değil, haksız arama yasaklanmaktadır. Çünkü, mevzuatın izin vermediği arama, haksız ve hukuk aykırı aramadır.

5275 sayılı “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun” (CGTİHK) kurum görevlileri ve dış güvenlik görevlileri dahil olmak üzere, sıfat ve görevi ne olursa olsun, ceza infaz kurumlarına girenler duyarlı kapıdan geçmesi ve bu kişilerin üstlerinin metal detektörle aranması; eşyalarının x-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirilmesi, ayrıca şüphe hâlinde elle aranmasını düzenlemiştir.^[23] Bu cihazların bulunmadığı yerlerde arama

[22] Bu hususta ilginç bir tam yargı davası örneği için bkz. VURALDOĞAN Kemal, “Avukatın Üzerinin Aranması Sorunu ve Avukat Vuraldoğan Davası”, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_187.htm (Erişim Tarihi: 15. 09. 2011). Bu makalede açılan tam yargı davası neticesinde Ankara 3. İdare Mahkemesi’nin [11. 06. 2004 tarih ve 2003/1192 E ve 2004/978 K sayılı karar] davacı Av. Vuraldoğan lehine 2.500 TL tazminata hükmetmiştir. Ancak bahsi geçen karar Ankara Bölge İdare Mahkemesi tarafından [16. 02. 2005 tarih ve 2004/3869E ve 2005/554 K sayılı karar] ile şu gerekçe ile davacı aleyhine bozulmuştur: “[...] Davaya konu zararın dayanağı olaya gelince; Ankara Barosu Avukatı olan davacının, 1 Mayıs 2003 günü Ankara Adliyesinden çıkıp bürosuna gitmekte iken mülki amir kararı ile verilen izne istinaden gerekli güvenlik önlemleri kapsamında güvenli özel alan haline getirilen ve belirli noktalarında güvenlik güçlerince arama yapılan giriş yerinden geçmek istemesi üzerine üstünün aranmasına veya alternatif yoldan bürosuna gitmesinin istenilmesine itiraz ettiği ve üzerinin aranmadan. söz konusu özel güvenlik alanı içinde geçmeyi talep ettiği, buna izin vermeyen güvenlik görevlilerince üzerinin aranmasına izin verdiği, ancak 1136 sayılı Yasanın 58. maddesine aykırı davranıldığından manevi yönden uğradığı zararın tazmini istemiyle işbu davayı açtığı anlaşılmıştır.

Olayda, özel güvenlik alanından geçmek isteyen davacının meeting alanındakilerin ve çevredekilerin can ve- mal güvenliğini -saglamak üzere herkesine uygulanan önleme arama kuralının uygulanması amacıyla aramaya tabi tutulduğu, davacının olayesnasında adli bir görev yapmadığı ve kendisinin avukatlık veya diğer bir görevinden dolayı bir suç—ışnadı altında olmadığı, dolayısıyla 1136 sayılı Yasanın 58. maddesi hükmünün ihlalinin söz konusu olmadığı ve tüm bunların sonucu olarak da idarenin bir hizmet kusurundan söz edilemeyeceği sonucuna varıldığından, davacının manevi tazminat talebinin reddi gerekirken mahkemeye istemin kabulüne karar verilmesinde hukuka uyarılık görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle, davalı itirazının kabulüne, itiraza konu Ankara 3. İdare Mahkemesince verilen 11.6.2004 gün ve E.2003/1192, K. 2004/978 sayılı kararın BOZULMASINA, davacının manevi tazminat talebinin reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, [...], 16.2.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi.”

[23] Avukatlar, ceza infaz kurumlarına girerken özellikle çok tedbirli olmalıdır. Zira cezaevi girişlerinde yanlışlıkla örneğin fazladan cep telefonu sim kartını üzerlerinde unutmaları hem ceza ve hem de disiplin sorumluluğuna sebebiyet verebilecektir. Böylesi durumlarda eğer somut olayda unsurları oluşursa müdafî/avukat için görevi kötüye kullanma suçu

ve kontrol elle yapılmaktadır. CGTİHK da Avukatlık Kanunu'na paralel bir şekilde, avukatların da üstlerinin ağır cezayı gerektiren suçüstü hâlleri dışında elle aranmayacağını öngörmüştür. Ancak, duyarlı kapı cihazının ikazının sürmesi hâlinde avukatların üstlerinin aranmayacağı genel kuralından ayrılmış ve avukatların ancak, elle aramayı kabul ettikleri takdirde kuruma girebilecekleri düzenlenmiştir (CGTİHK m. 86, f. 3). Yine ceza infaz kurumlarına giren avukatlarca savunmaya ilişkin olduğu yazılı olarak beyan edilen belge ve dosyalar incelemeye tâbi tutulmaz (CGTİHK m. 86, f. 4).

Ceza infaz kurullarına girişte avukatların üstlerinin aranması ile ilgili olarak önceki ve genel nitelikli olan Avukatlık Kanunu değil, sonraki ve özel nitelikteki kanun olan 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun uygulanacaktır. Elbette ki bu hüküm sadece ceza infaz kurumlarında uygulanabileceğinden kısıtlı ve dar bir uygulama alanına sahiptir.^[24]

Doğaldır ki mevcut durumda avukatların görevlerinin gereğince yerine getirebilmesi için verilmiş olan bu hakkın kullanılması, avukatın görevi ile sınırlı olacaktır. Yoksa mevzuattaki hiçbir düzenleme, bir kurum veya kişi yahut merciye ayrıcalık tanır şekilde kabul edilemez.^[25] Bir gece kulübünde eğlenen ya da üzerinde bir kot ve tişört ile halı sahada futbol maçı izleyen kişinin, üst araması esnasında avukatlık bağımsızlığını bahane etmesinin anlamsızlığı

oluşabilir. Bu konuda Yargıtay'ın vermiş olduğu bir karar şu şekildedir: “Saniğin müvekkilleri ile görüşmek için gittiği cezaevine, çantasının içinde şarjı ve kontörü kalmamış cep telefonu bulunduğu halde girmek isterken X-Ray Cihazı ile yapılan kontrol sonucu durumun fark edildiği, saniğin dosyadaki kanıtlarla uyumlu bulunan ve aksi kanıtlanamayan savunmasına göre olayın beşeri bir yanıldan dolayı suç duyurusunda bulunulmakta ve yapılan bu ihbara paralel olarak da barolara disiplin soruşturması açılması talebi yapılmaktadır. Genellikle bunlara netice olarak ya cumhuriyet savcılıkları tarafından “kovuşturmaya yer olmadığı kararı” verilmekte ya da açılan dava neticesinde manevi unsur yokluğundan (bkz. supra note 23) “beraatle” sonuçlanmaktadır. Kolayca suistimal edilebilen bu durumun her ne kadar sonuçta bir ceza veya disiplin müeyyidesi çıkmasa da, müdafinin savunmasının gereğince yapması üzerinde olumsuz etki doğurucu ve kişinin moralini bozucu etki yarattığı ortadadır. Ayrıca bizzat bu şekilde davranışlar ile müdafii bağımsızlığı da ihlal edilmektedir. Düşüncemize göre bu durumun çözümü Adalet Bakanlığı'nın bu suistimali engelleyici tedbirler almasıdır. Sorunun çözümü, hassas duyarlı ve dengeli müdafii/avukat-görevli ilişkisinin gelişmesi olduğu kadar, taraflarda karşılıklı güven duygusunun oluşması ile mümkündür. Yoksa, kural koymak, her şeyi çözmez.

[24] Uygulamada ceza infaz kurumlarına girişte görevliler tarafından tutuklu ve hükümlüler ile görüşmeye gelen müdafii/avukatlar aleyhinde “gerçeğe muhalif” veya “abartılmış” tutanaklar ile TCK m. 297'nin ihlalden dolayı suç duyurusunda bulunulmakta ve yapılan bu ihbara paralel olarak da barolara disiplin soruşturması açılması talebi yapılmaktadır. Genellikle bunlara netice olarak ya cumhuriyet savcılıkları tarafından “kovuşturmaya yer olmadığı kararı” verilmekte ya da açılan dava neticesinde manevi unsur yokluğundan (bkz. supra note 23) “beraatle” sonuçlanmaktadır. Kolayca suistimal edilebilen bu durumun her ne kadar sonuçta bir ceza veya disiplin müeyyidesi çıkmasa da, müdafinin savunmasının gereğince yapması üzerinde olumsuz etki doğurucu ve kişinin moralini bozucu etki yarattığı ortadadır. Ayrıca bizzat bu şekilde davranışlar ile müdafii bağımsızlığı da ihlal edilmektedir. Düşüncemize göre bu durumun çözümü Adalet Bakanlığı'nın bu suistimali engelleyici tedbirler almasıdır. Sorunun çözümü, hassas duyarlı ve dengeli müdafii/avukat-görevli ilişkisinin gelişmesi olduğu kadar, taraflarda karşılıklı güven duygusunun oluşması ile mümkündür. Yoksa, kural koymak, her şeyi çözmez.

[25] ÖZBEK Veli Özer, “Önleme Araması”, İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü Eğitim Dairesi Başkanlığı, Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamalarına İlişkin Eğitim Projesi Kitabı (MUYEP), Ankara, 2007, s. 74, 75.

ortadadır. Avukatlık görevi ile uyuşmayan bu tip haller, bahsi geçen maddenin kapsamına girmesi mümkün değildir.

Ancak, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, kolluğun hakimden karar alması için vakit de bulunmuyorsa, derhal işlem yapılmadığı takdirde delillerin kaybolması veya şüphelinin kaçması, kimliğinin tespit edilememesi durumları ortaya çıkarsa adli arama yapılabilirdiği gibi; derhal işlem yapılmadığı takdirde milli güvenlik ve kamu düzeni, genel sağlık veya genel ahlakın; başkalarının hak ve özgürlüklerinin tehlikeye girmesi veya zarar görmesi, suç işlenmesinin önlenmesi, her türlü tehlikeli maddenin veya eşyanın tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve hakimden de karar alma için zaman veya imkân bulunmaması halinde önleme araması, herkes gibi avukat içinde geçerlidir (AÖAY m. 4).

Elbette, bunun için, hayatın normal akışı çerçevesinde makul bir şüphenin varlığı şarttır (Yön. m. 6). Kolluk, şüphelerini somut olaylara dayandırmalıdır. Arama, hakim kararı ile olmakla birlikte, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısı, savcıya ulaşılamazsa kolluk amirinin emri ile de yapılır (AÖAY m. 7). Yönetmeliğin 8. maddesinde sayılan hallerde karar alınmadan da arama yapılır. Aramalar mutlaka bir tutanağa bağlanır ve yapanlar tarafından imzalanır (AÖAY m. 11).

İşte Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi “*Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamaz*” hükmüne ek olarak “*Bunun dışında eğer hakkında önleme araması uygulacak kişi avukat ise o an üzerinde bulunan ve görevi ile ilgili olduğunu beyan ettiği eşyalar aranamaz*” şeklinde bir ek cümle ile avukat bağımsızlığının önleme araması yoluyla tehdit edilmesinin önüne geçilmelidir. Aksi takdirde avukatın üstünün her zaman önleme araması bahanesi ile aranarak üzerindeki şüpheli veya sanık ile avukatın ilişkisine dair belge veya çeşitli delillerin ifşa edilebilmesi veya avukatın savunma görevini gereği gibi yapılabilmesinin önlenmesi yolu açılacaktır.

2. BİR KORUMA TEDBİRİ OLARAK AVUKAT BÜROLARINDA ARAMA VE ELKOYMA

A. GENEL OLARAK ARAMA VE ELKOYMA

Bir koruma tedbiri olarak “*arama*”nın genel anlamı ile ne olduğunu, hukuki dayanaklarını ve sınırlarını yukarıda incelemiştik. Genel olarak “*elkoyma*” ise:^[26] “*ceza muhakemesinde delil olan ya da ileride delil olarak*

[26] Öztürk/Erdem/Sırma/Saygılar et. al.: “*Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku*”, s. 317.

kullanılabilecek veya müsadereye tabi olan eşyanın, eşyayı elinde bulunduran kişinin rızası olmaksızın adliyenin eli altına alarak, eşyayı elinde bulunduran kişinin eşya üzerindeki tasarruf yetkisini ortadan kaldırmak”tır. Uygulamada, elkoyma kararı ya da emri şeklinde karşımıza çıkan bu tedbir genellikle sadece “*elkoyma*”yı değil, aynı zamanda “*arama*”yı da kapsamaktadır. Elkoyma tedbiri ancak hâkim kararı üzerine uygulanabilir (CMK m. 127, f. 1). Fakat gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde cumhuriyet savcısının, cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile de kolluk görevlileri, elkoyma işlemini gerçekleştirebilir (id.).

B. AVUKAT BÜROLARINDA ARAMA VE ELKOYMA

Avukatlık Kanunu’na göre her avukatın büro edinme zorunluluğu vardır (Av. K. m. 43). Bu zorunluluk öylesine önemlidir ki levhaya yazıldıktan azami üç ay sonra her avukat üye olduğu baro bölgesinde büro sahibi olmak zorundadır (Av. K. m. 43, f. 1). Ayrıca, bürosunu değiştiren avukat, bir hafta içerisinde baroya bilgi vermek zorundadır (Av. K. m. 43, f. 3).

Yargının üç ayağından birisi olan “*savunma*” adı verilen kamu hizmetini ve buna bağlı ekonomik faaliyetlerini sürdürebilmesi büroyu avukat için çok önemli kılar. Yani aslında büro, savunmanın her türlü faaliyetinin emin bir şekilde yürütülmesi için varolan adeta avukatın kalesidir. Bu kale, her türlü dış tehditten hukuken korunaklı olmalıdır. Zira, avukat ile şüpheli veya sanık arasındaki ilişki tamamen “*güven*”e dayalı bir ilişkidir.

Hal böyle ilen avukat bürosunun hukuken güvenli bir kale değil de, kolaylıkla aranabilecek bir yer olarak düşünülmesi savunma hakkını zedeler.^[27] 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.^[28] Bu durum ise açıkça şüpheli veya sanığın savunma hakkını kısıtlar.^[29] Bu yüzden, Ceza Muhakemesi Kanununda sadece

[27] DONAY Süheyl, “*Meslek Sırrının Açıklanması Suçu*”, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2378, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 535, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll.Şti, İstanbul, 1978, s. 95. AİHS, herkesin özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğunu öngörmüştür (AİHS m. 8, f. 1). AİHM, gizlilik, ketumiyet ve güvenin çok önemli olduğu müdafilik/avukatlık mesleğinin icra edildiği bürolarının yürürlükteki kanun ve yargı kararı bağlamında da olsa gelişigüzel bir biçimde aranamayacağını, özel hayatın ve aile hayatının korunmasını düzenleyen 8. madde çerçevesinde yorumlayarak çeşitli kararlar vermiştir. Bu konuda bkz. Elci and Others v. Turkey–23145/93-25091/94 [2003] ECHR 588, 13 November 2003, para. 693-700; Niemietz v. Germany–13710/88 [1992] ECHR 80, 16 December 1992, para. 30; Roemen and Schmit v. Luxembourg–51772/99 [2003] ECHR 102, 25 February 2003, para. 64. Kararların tam metinleri için bkz. <http://www.echr.coe.int> (Erişim Tarihi: 12.03.2011).

[28] Ibid.

[29] Ibid.

müdafii değil, daha kapsayıcı bir yaklaşımla bütün avukat bürolarının aranması, bürodaki belge ve eşyaların elkonulması ve avukatın postasına elkonulmasını savunma hakkının korunması maksadıyla genel kurallardan farklılaştırılmış bir şekilde daha özel bir güvenceye tabi kılınarak düzenlenmiştir.^[30]

Görüşlerine aynen katıldığımız Prof. Dr. Faruk EREM de, bu konunun önemini altını şu şekilde çizmektedir: “Arama en ağır bir soruşturma tedbidir. Zira bu tedbir kişinin temel haklarını (mesken masuniyeti, sır masuniyeti gibi) ihlal eder. Kolaylıkla verilen arama kararları bu tedbirin niteliğinin anlaşılammış olduğunu gösterir. Avukatların yazıhanelerinde arama ise daha vahim bir haldir. Zira avukatlar tam bir güven içerisinde bulunmazlarsa mesleklerini ifa edemezler. Avukatın bürosu basit bir iş mahalli değildir. Avukatın (müdafii) yazıhanesinin aranabileceğini düşünen bir müvekkilin avukatına güvenmesine imkan yoktur. Aranabilen avukat yazıhanesi tuzak haline gelebilir. Zamanla, çok az kişi bu tuzağa düşer. Şüphelenilen bir şahsın avukatı varsa, onun bürosunda delil bulunabileceği ümidine kapılan zabıta, savunma emniyetine en büyük darbeyi vurmuş olur. Zabıtaya ‘savunma özgürlüğü’nü inkar imtiyazını tanıyan bir kanun hükmü yoktur.

‘Savunma özgürlüğü’ yalnız duruşmada serbestçe savunma yapabilme olanığı 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.

Fransa’da Toulouse parlemmanı bir avukat yazıhanesinde yapılan aramayı ve bu sırada ele geçen bazı delillerin zaptını iptal etmişti. Bu olayın olduğu yıl 1672 idi (!).^[31]

Bağlı kılınan bu özel güvence ve koşullar ile avukat bürolarında yapılan “arama” ve “elkoyma”^[32] faaliyetlerinde avukat ile müvekkilleri ya da şüpheli

[30] Kunter/Yenisey/Nuhoğlu: s.1021; TOROSLU Nevzat-FEYZİOĞLU Metin, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Savaş Kitap ve Yayınevi, Ankara, 2006, s. 246. Alman Anayasa Mahkemesi, müdafii hakkında yürütülecek bir soruşturma çerçevesinde, müdafii veya bürosunun aranması esnasında, özellikle savunma stratejisine ilişkin evrakın kovuşturma organlarının eline geçmesi halinde, müdafii ile savunmasını üstlendiği şüpheli veya sanığın arasındaki güven ilişkisinin olumsuz yönde etkileneceğini düşünmektedir (İSFEN Osman, “Müdafii Vekalet Ücreti ve Kara Parayı Aklama Suçu-30 Mart 2004 Tarihli Alman Anayasa Mahkemesi Kararı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 54, Ankara, 2004, s. 332).

[31] EREM Faruk, “Meslek Kuralları (Şerh)”, TBB Yayınları, Sevinç Matbaası, İkinci Bası, Ankara 1973, s. 74, 75.

[32] “Elkoyma”, bir suç işlendikten sonra aydınlatmak için gerekli olan delilleri temin etmek ve müsadereye tabi eşyayı emniyet altına almak için yapılan bir ceza muhakemesi işlemi iken; “postada elkoyma” ise CMK m. 129’da açıkça düzenlenmiş bulunan posta hizmeti veren her türlü resmi ve özel kuruluştaki bulunan gönderilere elkoymadır (GÖKCEN Ahmet, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma (Özellikle

veya sanık arasındaki ilişkilerin gizlilik içerisinde yürütülmesine, avukatın mesleki sırlarının ve dolayısıyla savunma hakkının korunmasına hususî ihtimam gösterildiği ve özel önem atfedildiği düşüncesi ileri sürülmüştür.^[33] Fakat, TCK'nın 6. maddesi gereğince artık yargı görevi yapanlar deyiminden hakim ve savcılar gibi avukatları da anlamamız gerekeceğine göre, savcının veya hakimnin bürosu nasıl aranıyorsa avukatın bürosunun da aynı şekilde aranması ve aynen oralardaki gibi el koymanın yapılması aynı zamanda savunma hakkının gerçekleştirilmesi için gereklidir.^[34] Avukat bürolarında arama ve elkoyma için yapılan özel düzenlemenin avukat bürolarının hakim ve savcılarının odaları kadar korunaklı hale getirilmesi savunma hakkının gereğidir. Ayrıca, CMK m. 130 dikkatle incelendiğinde aramanın nedeninin kanunda yer almadığı ve bundan dolayı da bu maddenin uhdesinde sağladığı güvence kadar savunma hakkı ve savunma mesleği için oldukça ağır bir tehdit oluşturabilme potansiyelini barındırdığı belirtilmektedir.^[35]

Bu yüzden avukat bürolarında aramayı daha güvenceli hale getirmeyi hedefleyen bu madde de aramanın nedeni ve kapsamını içerecek şekilde bir kanun değişikliği yapılmalıdır. Her şeye rağmen, kanunun avukat bürolarında arama ve elkoymayı zorlaştırmak için genel arama ve elkoyma kurallarından saparak özel olarak yaptığı bu düzenlemenin ülkemizde savunma hakkının gelişmesini ve daha olumluya doğru evrimleşmesini sağlayacağı kanaatindeyiz.

Bu özel düzenlemeye göre avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Bu arama esnasında kendine özgü bir işlem tanığı olarak,^[36] baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat hazır bulundurulur (CMK m. 130, f. 1). Uygulamada, bu tür aramalarda hazır bulundurulmak üzere, baro temsilcisi olarak, zaten daha çok meslek kıdemi fazla avukatlardan seçilmiş 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

Telefonların Gizlice Denetlenmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 49, Adalet Matbaacılık Tic. Ltd. Şti., Ankara, 1994, s. 5, 12).

[33] ŞAHİN Cumhur, “*Ceza Muhakemesi Hukuku-I*”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 247, 258.

[34] ÖZTÜRK Bahri-ERDEM Mustafa R.- ÖZGE Sırma-SAYGILAR Yasemin F., “*Ceza Muhakemesi Hukuku-Temel Bilgiler*”, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Yenilenmiş 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 452.

[35] BAYRAKTAR Köksal, “*Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Yer Alan Koruma Tedbirlerine Genel Bir Bakış*”, Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 32, İstanbul, Ağustos 2005, s. 2868.

[36] ÖZBEK Veli Özer-BACAKSIZ Pınar, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama*”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 1, Ankara, Ekim 2006, s. 170.

alabilmeleri ve yetkin bir şekilde cumhuriyet savcısı, kolluk amiri, baro başkanı gibi bazı makamlara ulaşabilmekle duruma müdahale edebilmelerinin diğer avukatlara göre daha kolay olacağı düşüncesindeyiz.

Kanun bu hükümde ceza muhakemesinde savunma yapan avukatı yani müdafii değil ceza muhakemesi sistematığının dışında daha genel bir yaklaşım ile “avukat” terimini kullanarak bütün avukatların bürolarının aranması için savunma bağımsızlığı çerçevesinde ortak bir statü yaratmıştır ve büronun aranabilmesi için karar verecek mercii “hakim” değil “mahkeme” olarak belirlemiştir.^[37]

Ayrıca, gecikmesinde tehlike olan şartlar bile olsa avukatın bürosunda savcı kararı ile arama yapılamaz.^[38] Böylelikle, avukatların bürosunun ancak mahkeme kararı ile aranabilmesi sağlanmış ve savunma bağımsızlığı daha sağlam bir güvence altına alınmıştır.

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

[37] Kunter/Yenisey/Nuhoğlu: s. 1021. Bu bağlamda Özer ve Bacaksız'ın “*Avukatın şüpheli ya da sanık olması durumunda aramaya ilişkin genel hükümlerin uygulama alanı bulacağı söylenmelidir. Ancak hangi hükmün uygulanacağı, koşullarının bulunup bulunmadığı hususunda dürüst işlem ilkesine uygun hareket edilmelidir*” şeklindeki düşüncesine katılmak mümkün değildir (Özbek/Bacaksız: s. 168). Aksi takdirde avukatın şüpheli veya sanık olması durumunda genel arama kurallarına avukat bürolarının aranması konusunda CMK m. 130 ile getirilmiş olan güvence ve istisnanın hiçbir anlamı kalmaz. Yargının en tepesindeki kişilerden birisi olan Yargıtay Başkanı tarafından 07. 09. 2009 tarihinde Adli Yıl açılış konuşmasında kullandığı “*yandaş yargı*” kavramı ile yargının siyasallaştığı ve kutuplaştığı eleştirilerinin getirildiği bir ülkede, avukat bürosunda avukatın müvekkiline dair yapılacak arama ile avukat için yapılacak arama arasındaki fark uygulama da kuramsal bir fark olarak kalmaya mahkumdur. Bir yandaş yargının varlığı, ona karşıt başka bir yandaş yargının varlığını öncel olarak gerektirir. Bu bağlamda, Yargıtay'ın en tepedeki makamını işgal eden bir ismin eleştirisi doğrultusunda doğru olarak kabul edildiğinde, ülkemizde, yargının “*yandaş*” ve mantıken bu klişe anti-tez olarak varolması gereken bir “*karşıt yandaş*” gruplar tarafından tarafsızlığını yitirmiş partizan ya da militan anlayıştaki hakim ve savcılarının mebzul miktarda var olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Bu şartlarda avukat bürolarında genel arama ve CMK m. 130 çerçevesindeki istisnai arama arasındaki farkı dürüst işlem ilkesi ile objektif olarak belirlenebileceğine inancımız pek yoktur. Ayrıca CMK m. 130'un ne lafzında ve ne de amacında avukat şüpheli veya sanık konumunda olduğunda bürosunda genel arama kurallarına göre arama yapılır şeklinde bir yorum çıkartmak, bizce, mümkün değildir. Dolayısıyla avukat bürolarında yapılacak aramalar ister avukatın müvekkili ile ilişkili olsun ve isterse de avukat ile ilgili olsun CMK m. 130 düzenlemesi çerçevesinde gerçekleştirilmelidir. Yargıtay Başkanı Hasan Gerçekler'in bahsi geçen konuşması ile ilgili haber için bkz. TAHİNCİOĞLU Gökçer, “*Yandaş Yargı Uyarısı*”, Milliyet, Ankara, 8 Eylül 2009. Haberin elektronik formattaki hali için bkz. <http://www.milliyet.com.tr> (Erişim Tarihi 08. 09. 2011).

[38] Toroslu/Feyzioğlu: s. 246.

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. Bu fıkrada öngörülen kararlar, yirmi dört saat içinde verilir (CMK m. 130, f. 2).

Ceza Muhakemesi Kanunu avukat bürolarının aranması ile ilgili bu yaklaşımı Avukatlık Kanunu'nun bu konudaki düzenlemesi ile benzeşmektedir. Buna göre avukat yazıhaneleri ve konutları, ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak cumhuriyet savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir (Av. K. m. 58, f.1).

Avukat bürolarında aramayı düzenleyen CMK m. 130'da var olmamasına rağmen; avukatın bürosu ve yerleşim yerinde iletişiminin dinlenmesini düzenleyen CMK m.136 kıyasen uygulanarak, avukatların konutlarında da arama yapılamayacağı neticesine varılır.^[39]

CMK, Avukatlık Kanunu'ndan ayrı olarak avukat bürolarında arama işlemi bakımından avukatlık görevi ile ilişki kurularak “görev dolayısıyla” yahut “görev sırasında” şeklinde bir ayırım yapmamış olduğu için, bu konudaki CMK ile Avukatlık Kanunu düzenlemeleri karşılaştırıldığında, CMK'nın oldukça geniş bir çerçevede avukatların işledikleri, görevle bağlantılı olmayan kişisel suçları ile diğer kişilerin bu şekildeki suçlarını kapsayarak uygulama alanı bulacağı ortaya çıkacaktır.^[40]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi avukatın bürosundaki arama kararının özel usul güvenceleri içermeyecek ve meslek sırrı kavramını önemli bir biçimde ihlal edecek şekilde çok genel düzenlenmiş durumunda meşru bir amaç bulunsa dahi avukatın bürosunda arama yapılamayacağını, aksi takdirde AİHS m. 8'in ihlal edilmiş olacağına karar vermiştir.^[41]

Mahkemenin avukatlık bürosunda vereceği arama kararı için CMK'nın arama hususundaki temel yaklaşımı kullanılmalı, kanunun 116. maddesindeki kriterler,^[42] AİHS ve AİHM içtihatları ile birlikte göz önüne alınarak yola çıkılmalıdır.

[39] Öztürk/Erdem/Sırma/Saygılar: “Ceza Muhakemesi Hukuku-Temel Bilgiler”, s.14.

[40] GÜLŞEN Recep, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Arama”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Merkez Dağıtım Pazarlama San. Ve Tic. A.Ş., Sayı 3, İstanbul, Nisan 2007, s. 94.

[41] Niemietz/Almanya Davası, 16.12.1992-72/1991/324/396, EUGRZ XX,3-4 (31.3.1993) 45 vd. (Centel/Zafer: s.207, dn.284'den naklen). Paralel şekilde avukat bürosunun aranması sonucunda elde edilen ve elektronik olarak kaydedilmiş verilerin hukuka aykırı bir biçimde elde edilmesi ve elkonulması da AİHS'nin m. 8, f. 1'inin ihlal edeceği belirtilmektedir (ÜNVER Yener-HAKERİ Hakan, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Cilt 1, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 372).

[42] Kunter/Yenisey/Nuhoğlu: s.1021. CMK'nın 116. maddesine göre yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa, şüphelinin veya sanığın

Kanun, hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin belge veya kâğıtlarını inceleme yetkisini cumhuriyet savcısı ve hâkime vermiştir (CMK m. 122 , f. 1). Belge ve kâğıtların zilyedi veya temsilcisi kendi mühürünü de koyabilir veya imzasını atabilir (CMK m. 122 , f. 2). İnceleme sonucu soruşturma veya kovuşturma konusu suçla ilişkin olmadığı anlaşılan belge veya kâğıtlar ilgisine geri verilir (CMK m. 122 , f. 3) .

Avukat/Müdafî üzerine tevdi edilmiş bulunan meslek sırrını saklamak görevinden dolayı kaçak sanığın adresini bildirmek zorunda değildir.^[43] Bu nedenle sanığın adresini öğrenmek için avukatın bürosunda arama yapılamaz.^[44] Zira avukata karşı yapılan hukuka aykırı arama ve elkoyma avukatın müvekkilliği ile avukatın müdafiliğini yaptığı şüpheli veya sanığa zarar verir.^[45]

3. BİR KORUMA TEDBİRİ OLARAK AVUKATIN POSTASINA ELKOYMA

A. GENEL OLARAK POSTADA ELKOYMA

Postada elkoyma, bir koruma tedbiri olarak “*elkoyma*”nın özel bir çeşididir.^[46] Buna göre, suçun delillerini oluşturduğundan şüphe edilen ve gerçeğin ortaya çıkarılması için soruşturma ve kovuşturmada adliyenin eli altında olması zorunlu sayılıp, posta hizmeti veren her türlü resmî veya özel kuruluştaki bulunan gönderilere, hâkimin veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde cumhuriyet savcısının kararı ile elkonulabilir (CMK m. 129, f. 1).^[47] Bu yüzden kesin hükümden önce delil araçlarını ya da müsadereye tabi eşyayı güvence altına almak için konut dokunulmazlığı, haberleşme hürriyeti, mülkiyet gibi uluslararası insan hakları sözleşmeleri tarafından koruma altına alınmış bir takım

üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.

[43] Erem: Meslek Kuralları [Şerh], s. 77.

[44] Ibid.

[45] Ünver/Hakeri: Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 373.

[46] Öztürk/Erdem/Sırma/Saygılar et. al.: “*Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku*”, s. 317.

[47] Hâkim kararının veya cumhuriyet savcısının emrinin kendilerine bildirilmesi üzerine elkoyma işlemi yerine getiren kolluk memurları, birinci fıkrada belirtilen gönderilerin içinde bulunduğu zarfları veya paketleri açamazlar. Elkonulan gönderiler, ilgili posta görevlilerinin huzuru ile mühür altına alınıp derhâl elkoyma kararını veya emrini veren hâkim veya cumhuriyet savcısına teslim edilir (CMK m. 129, f. 2). Soruşturma ve kovuşturmanın amacına zarar vermek olasılığı bulunmadıkça, alınmış tedbirler ilgililere bildirilir (CMK m.129, f. 3). Açılmamasına veya açılıp da içeriği bakımından adliyenin eli altında tutulmasına gerek bulunmadığına karar verilen gönderiler, hemen ilgililerine teslim olunur (CMK m. 129, f. 4)

temek hak ve hürriyetlerin ihlali olarak kabul edilebileceğinden dolayı “*elkoyma*” bir koruma tedbidir.^[48]

Bu tedbir sadece hâkim kararı üzerine uygulanır (CMK m. 127, f. 1). Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde cumhuriyet savcısının, cumhuriyet savcısına ulaşılmadığı hallerde ise kolluk amirinin “*yazılı*” emri ile kolluk görevlileri de, elkoyma işlemini gerçekleştirebilir (id.).

B. AVUKATIN POSTASINA ELKOYMA

CMK, genel olarak avukat ve özel olarak da müdafî bağımsızlığı açısından, postada elkoymanın genel olarak düzenlendiği bu hükme bir ek güvence olarak hemen takip eden 130. maddenin son fıkrasında avukatın postasına el koymayı düzenlemiştir. Bu hükmünde sadece özel olarak ceza yargılamalarında savunma yapan avukatın yani müdafîin değil genel olarak avukat postalarına elkoyma ile ilgili olduğunun altını çizmek isteriz.

Postada elkoyma durumunda bürosunda arama yapılan avukat veya baro başkanı veya onu temsil eden avukatın karşı koyması üzerine 130. madde ikinci fıkrada belirtilen usuller uygulanır (CMK m. 130, f. 3). Karşı koymanın sebebi elkonulan şeylerin ancak avukat ile müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olması olabilir. Bu öne sürülerek karşı konulduğunda, 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. Bu fıkrada öngörülen kararlar, yirmi dört saat içinde verilir (CMK m. 130, f. 2).

Kunter, Yenisey ve Nuhoglu’na göre, postaya el koyma hususunda, her ne kadar CMK 130. madde sadece “*bürosunda arama yapılan avukat*” tabirini kullandığı için bürosunda arama yapılmayan fakat postasına elkonulma işlemi yapılan avukat düzenlemenin korunması dışında kalmakta ise de genel hükümler avukatları da koruduğu için bir hak kaybı olmayacaktır.^[49] Toroslu ve Feyzioğlu’na göre ise, postada elkoyma işlemine ilgililerce karşı çıkılabilmesi için evleviyetle ilgililerin bu işleminden haberdar olmaları gerektiği için, avukatın postasına elkonulması durumunda, postada elkoymanın düzenlendiği genel mahiyetli hüküm olan CMK’nın 129. maddesinin üçüncü fıkrasında sözü edilen “*soruşturma ve kovuşturmanın amacına zarar verme*” olasılığına bakılmaksızın elkoyma işlemi avukata bildirilmelidir.^[50]

[48] Öztürk/Erdem/Sırma/Saygılar et. al.: “*Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku*”, s. 318.

[49] Kunter/Yenisey/Nuhoglu: s. 1044, 1045.

[50] Toroslu/Feyzioğlu: s. 246, 247.

4. BİR KORUMA TEDBİRİ OLARAK AVUKATIN BÜROSUNDA VE YERLEŞİM YERİNE TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ (TESPİT, DİNLEME VE KAYDA ALMA)

A. GENEL OLARAK

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu “*kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlâlini*” (TCK m. 132); “*Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması*”nı (TCK m. 133); “*özel hayatın gizliliğinin ihlâl edilmesini*” (TCK m. 134); “*kişisel verilerin kaydedilmesini*” (TCK m. 135) suç saymıştır.^[51] Ancak bir takım durumlarda bu temel hak ve özgürlüklere devlet tarafından müdahale edilmesi icap edebilir. İşte böylesi hallerde yani “*bir suç dolayısıyla yapılan*” soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin “*kuvvetli şüphe*” sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde, tedbir cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır (CMK m. 135, f. 1).

Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alamaz. Kayda alma gerçekleştikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir (CMK m. 135, f. 2). verilen kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir. Tedbir kararı en çok üç ay için verilebilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir. Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim bir aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir (CMK m. 135, f. 3). Açıktır ki temel hak ve hürriyetlere bir müdahale sayılabilecek ve kanunun sayılan düzenlemeleri öngörülen önlemler, bir vasıta ile haberleşmenin “*gizlice*” tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ; böylelikle temin edilen bilgilerin değerlendirilmesi telekomünikasyon yolu ile iletişimin denetlenmesi tedbirini oluşturmaktadır.^[52] Hakim, iletişimin tespiti, dinlenmesi,

[51] Sayılan bu suçların kamu görevlisi tarafından işlenmesi ise suçun nitelikli halini oluşturur (TCK m. 137, f. 1, b. a).

[52] Öztürk/Erdem/Sırma/Saygılar et. al.: “*Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku*”, s. 340.

kayda alınması, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve teknik araçlar ile izlenmesini gibi tedbirlerin birine yahut bir kaçına birden izin verirken, yapılan talepleri kanunde öngörülen koşulları her somut olayın özelliklerine ayrı ayrı uygulayarak karar vermelidir.^[53]

B. AVUKATIN BÜROSUNDA VE YERLEŞİM YERİNE TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ (TESPİT, DİNLEME VE KAYDA ALMA)

İletişim, çeşitli şekillerde insanlar arasındaki haberleşmedir.^[54] Kişiler arasındaki iletişim yani haberleşme sadece bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda denetlenebilir (CMK m. 135, f. 1). Yukarıda kısaca açıklandığı gibi bu gibi durumlarda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir (CMK m. 135, f. 1).

Ancak şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla avukatın bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, iletişimin tespiti, dinlenilmesi ve kayda alınması yani CMK m. 135 hükmü uygulanamaz (CMK m. 136). Ama avukatın kendisinin tek başına veya bir üçüncü şahısla ya da avukat olduğu kişi ile birlikte işlediği iddia edilen bir suç isnadı söz konusu ise, avukatın her türlü telekomünikasyon aracı ile iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir ve kayıt altına alınabilir. Bu hükümlerle kanunun yasakladığı husus kendisine bir suç isnadı yapılmamış olan avukatın savunmasını yaptığı şüpheli veya sanığa yapılan suç isnadı nedeniyle iletişiminin tespitinin, dinlenmesinin ve kayıt altına alınmasıdır.^[55] CMK m. 136, şüpheli veya sanığı savunan avukata/ müdafiyeye de suçlu gözüyle bakılamayacağını ve onun sadece yargı görevi yapan bir görevli gibi düşünülmesi gerektiğini vurgulamıştır.

Fakat, “*şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınmaz. Kayda alma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir*” (CMK m. 135, f. 2) hükmü ile, avukatın tanıklıktan çekinme yetkisi (CMK’nın m. 46, f. 1, b. 1), birlikte incelendiğinde, bu hükümler yanında CMK’nın 136. maddesinin pratik öneminin belirsizliği

[53] BIÇAK Vahit, “*Suç Muhakemesi Hukuku*”, Seçkin Yayınları, İkinci Baskı, Ankara, 2011, s. 662.

[54] YILMAZ Ejder, “*Hukuk Sözlüğü*”, Yetkin Yayınları, 9. Baskı, Ankara, 2005, s. 702.

[55] ÜNVER Yener-HAKERİ Hakan, “*Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku*”, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Şen Matbaa, Ankara, 2006, s. 199; Ünver/Hakeri: Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 402.

ortadadır.^[56] Bu yüzden avukat/müdafii bizzat suçu işlemek veya suça iştirak şüphesi altında olmadıkça, şüpheli ve sanıkla yaptığı görüşmeler hangi yolla olursa olsun dinleme ve kayda alınmaz.^[57] Aksi halde savunma görevini yapamaz duruma düşürülür. Avukatının da dinlendiğini bilen hangi şüpheli veya sanık, savunmasını üstlenmiş avukatı olan müdafii ile konuşabilir ve üzerine atılı suç ile ilgili korkusuzca açıklamalar yapabilir?

Her ne kadar, CMK m. 136, CMK m. 135, f. 2 ve CMK'nın 46, f. 1, b. 1 karşısında pratik önemi belirsizleşse de, bizce, avukatın bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçlarının tespiti, dinlenilmesi ve kayda alınması ile ilgili kanunda özel düzenleme yapılması savunma hakkı çerçevesinde olumlu bir gelişmedir. Yasa koyucu bu konuda özel düzenleme yaparak, adeta şüpheli veya sanık ile avukatı/müdafii arasındaki iletişimin gizliliğine verdiği önemin altını çizmiş ve bu iletişime müdahaleyi yasaklamış, savunma hakkının gereğini yerine getirmiştir. Bu bağlamda, CMK m. 136 hükmüne aykırı olarak avukatın iletişimi ile ilgili olarak CMK m. 135'deki tedbirlere başvurulur ise bu tedbirler aracılığı ile doğrudan veya dolayısıyla yani tesadüfen (CMK m. 138, f. 2) ele geçirilen hukuka aykırı deliller hiçbir şekilde değerlendirilemeyecektir (CMK m. 217, f. 2).^[58] Çünkü CMK m. 217, f. 2, yüklenen suçun ancak hukuka uygun elde edilmiş her türlü delille ispatlanacağını hükme bağlarken, maddenin birinci fıkrası hakim vicdani kanaati ile takdir edeceği delillerin sadece duruşmaya getirilmiş ve huzurda tartışılmış olanlardan ibaret olduğunu kabul etmiştir.

Ayrıca, CMK 135. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme yalnızca “*iletişimin kayda alınmasını*” yasakladığı halde, CMK 136.maddesindeki yasak kayda alınma da dahil olmak üzere iletişimin tespiti ve dinlenmesi gibi diğer bütün iletişimin denetlenmesi faaliyetlerini kapsamaktadır.^[59] Buna ek olarak CMK'nın 136. maddesi iletişimin denetlenmesi ile ilgili olarak avukatın büro, konut ve yerleşim yerleri için mekâna bağlı yasak getiren bir düzenleme iken,

[56] Öztürk/Erdem/Sırma/Saygılar: “*Ceza Muhakemesi Hukuku-Temel Bilgiler*”, s. 487, 488.

[57] Ibid. Tanıklıktan çekinebilecek kişilerin (haliyle müdafii de) kendisine ait olmayan telekomünikasyon araçları ile şüpheli veya sanıkla iletişimleri, görüşmelerde bu durumun anlaşılmasından itibaren, tespit ve dinleme işlemine derhal son verilmelidir (ŞEN Ersan, “*İletişimin Denetlenmesi Tedbiri*”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl: 2, Sayı: 4, Ankara, Ağustos 2007, s. 97-137).

[58] Ünver/Hakeri: Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 200; Ünver/Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 403. Alman Anayasa Mahkemesi de, sanıkla müdafii arasında geçen bir telefon konuşmasının, bunlar arasında yasayla özel olarak korunan ilişkinin dokunulmazlığına uyulmaksızın gizlice dinlenmesi sonucu elde edilen kanıtın değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir (ÇINAR Ali Rıza, “*Hukuka Aykırı Kanıtlar*”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 55, Ankara, 2004, s. 45).

[59] Şahin: s. 272.

CMK 135. maddesinin ikinci fıkrası bu mekânlar dışında avukatın iletişiminin kayda alınmasını yasaklamaktadır.^[60]

Kanun koyucu, CMK’ da avukatın mobil ve cep telefonları ile iletişim özgürlüğü konusunda m. 136’da bir hüküm öngörmemiştir. Bu yüzden avukatın mobil ve cep telefonları ile iletişiminin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması hususunda öğretide farklı görüşler mevcuttur. Bu görüşlerin birincisine göre şüpheli veya sanığa isnat olunan suç sebebiyle avukatın kullandığı mobil ve cep telefonları da elbette bu yasağın kapsamında kabul edilmelidir.^[61] Aksi görüş ise avukatın telekomünikasyon araçları ile yaptığı iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ile ilgili durumları tahdidi olarak sadece avukatın konutu, bürosu ve işyeri açısından ele almaktadır.^[62] Buna göre, bu sınırlamalar sadece bu mekânlardaki sabit telekomünikasyon araçları için getirilmiştir ve avukatın cep telefonları bu yasağın kapsamına kanun koyucu tarafından bilerek ya da unutulmuş olarak konulmamıştır. Dolayısıyla şüpheli veya sanığa isnat olunan suç sebebiyle dahi olsa avukatın/müdafinin kullandığı cep telefonlarının iletişimi tespit edilebilecek, dinlenebilecek ve kayda alınabilecektir.^[63] CMK m. 136’da cep telefonu ve mobil telefonların düzenlenmemiş olması noksanlığının, avukatlat/müdafiler de tanıklıktan çekinme yetkisine sahip kişilerden olduğu olduğu için, şüpheli ve sanığın tanıklıktan çekinecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamayacağını öngören CMK m. 135, f. 2 hükmü ile biraz da olsa telafi edici etki yarattığı belirtilmektedir.^[64]

Her ne kadar CMK 135. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde avukatın/müdafinin tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında olması, avukatın/müdafinin şüpheli veya sanıkla cep telefonu ile iletişimde bir koruma sağlasa da olması gereken hukuk açısından sakıncalı olan CMK m.136’daki yasağın içerisine avukatın/müdafinin cep telefonu ile olan iletişimi de sokularak bu eksikliğin giderilmesi gerekmektedir.^[65] Bu konuda kanunda açıkça yapılacak olan bir düzenleme, bu konuyu avukatın bağımsızlığı açısından normatif olarak daha ideal bir noktaya getirecektir.

[60] Ibid.

[61] Toroslu/Feyzioğlu: s. 249; SEVÜK Handan Yokuş, “*Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Desteklenmesi*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 69, Ankara, 2007, s. 97 vd; Şen: İletişimin Denetlenmesi Tedbiri, s. 121.

[62] Ünver/Hakeri: Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 200, 201; Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 403.

[63] Ibid.

[64] Sevük: s. 119; Şen: İletişimin Denetlenmesi Tedbiri, s. 121.

[65] Ünver/Hakeri: Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 201; Ünver/Hakeri: Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 403; Öztürk/Erdem/Sırma/Saygılar: “*Ceza Muhakemesi Hukuku- Temel Bilgiler*”, s.487, 488; Şen: İletişimin Denetlenmesi Tedbiri, s. 121.

SONUÇ

Nispi eşitlik ilkesinin doğal sonucu, farklı statüdekilere eşit davranmaktır. Bu yüzden hakimın vicdani kanaatine göre verdiği hükmün kesin hale gelmesinden önce, bireylerin hak ve özgürlüklerine müdahale edici bir içeriğe haiz bir kısım koruma tedbirlerinin savunma mesleğinin temsilcisi konumunda olan avukat farklılaştırılmış şekilde uygulanması bizzatıhi eşitliğin, hukuk devleti ve savunma hakkı ile birliklye ceza muhakemesi alanına doğal yansıması olarak kabul etmek gerekecektir.

Ceza muhakemesinde alınan bir tür ihtiyati önlem olarak varsayabileceğimiz üst arama, elkoyma, telekomünikasyon yolu ile iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin pasif süjesi olarak avukatın üstü, evrakları, bürosu ve konutu ile ilgili bir kısım farklılıkları ceza muhakemesi kanununun bir parçası haline getirmek sır tutma yükümlülüğü, güvene dayalı bir ilişki olaran müvekkil/şüpheli/sanık ile avukat/müdafî ilişkisinin korunması açısından elzemdi. Nitekim 5271 sayılı CMK bu durumun gereğini mülga CMUK'tan daha detaylı bir şekilde düzenleyerek yerine getirmeye çalışmıştır.

Ancak normatif alanda özellikle avukatın cep telefonunun dinlenmesi ile ilgili düzenlemenin yapılmamış olması çağrı yakalama iddiasında olan bir usul kanunu için manidardır. Manidardır çünkü avukatın konutu ve bürosu için getirilmiş olan telekomünikasyon araçları ile yaptığı iletişimin tespiti, dinlenilmesi ve kayda alınması düzenlenmişken; günümüzde işin icabı gereği sık kullanımından dolayı avukatın vücudunun adeta bir uzantısı haline gelmiş olan ve 21. Yüzyılın en önde gelen iletişim aracı olan cep telefonu ile avukatın iletişimi koruma dışıdır. CMK m. 136'daki bu eksikliğin kanun koyucu tarafından derhal giderilmesi gerekir.

Kanun koyucunun avukat için özellik yarattığı bir kısım koruma tedbirleri uygulamada maalesef ki Anayasa'nın ve CMK'nın hem lafzına ve hem de ruhuna aykırı bir şekilde hayata geçirilmektedir. Anayasa ve CMK'ya göre mahkemelerin/hakimlerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır (Any m. 141, f. 3; CMK m. 34, f. 1). Böylesi amir hükmü karşısında, koruma tedbirleri ile ilgili bütün kararların gerekçeli olarak verilmesi gerektiği açıktır. Halbuki uygulamada gerek genele yönelik ve gerekse de avukatlara yönelik özel koruma tedbirlerinin kararları gerekçesiz bir şekilde verilmektedir. Kararların gerekçeli olması demek, kanunun soyut hükmünün kopyala-yapıştır yöntemi ile karara şablon şekilde ithal edilmesi demek değildir. Unutulmamalıdır ki bu şekilde kaleme alınmış gerekçeleri ne CMK ve ne de AİHS bağlamında da bir gerekçe olarak kabul etmek mümkün değildir.

Hakim ve mahkemelerin her türlü kararının gerekçeli olması demek, somut olaya göre koruma tedbiri kararının bireyselleştirerek gerekçelendirilmesi;

örneğin pasif süje avukat ise bu kararın daha dikkatli alınması; önlemin alınmasının temelinde yatan kuvvetli şüpheye yönelik gerekçenin daha detaylı bir şekilde ortaya konulmasıdır. Aksi durum, Anayasa'nın ve kanunun hükmünün bizatihi hakimler tarafından ihlal edildiği bir hukuka aykırılık durumudur.

Son bir kaç senedir basından gözönünde olan bazı siyasi davalarda yargılanan şüpheli ve sanıkların müdafilerinin bürolarına ve kullandıkları iletişim cihazlarına koruma tedbirlerinin uygulandığı takip edilmektedir. Avukat bürolarında yapılan aramaların icra tarzı, tedbiri uygulayan cumhuriyet savcısının hukuku içselleştirmiş olmasına ve karakter özelliklerine göre değişmektedir. Bireyin lekelenmeme hakkı, hukuk devleti ilkesi, insan onurunun dokunulmazlığı ilkesi, adil yargılanma hakkı gibi evrensel ceza muhakemesi ilkeleri, büro aramasına katılan cumhuriyet savcısının yapısına göre hayata geçmekte ya da adeta rafa kaldırılmaktadır. Özellikle büro aramalarında kolluğun, yaptıkları her faaliyeti gerçek zamanlı olarak da birkaç kamera ile video ortamında kayıt altına alınmasının mecburi olması normatif olarak düzenlenmelidir. Böylece, tedbirin icrasında hukuka aykırı davranıldığı konusunda varolabilecek itirazlar ortadan kalkar.

Ülkemizde bir kısım yargı ve kolluk personelinin çeşitli hukuk dışı faaliyetlerde bulunduğu ve politize olduğu iddiaları gündemden düşmemektedir. Özellikle siyasi davalar ile bağlantılı olarak yapılacak arama ve elkoyma işlemlerinde, gereğince icra edilmeyen koruma tedbirlerini adaletin üzerine gölge düşüreceği akıldan çıkarılmamalıdır. Örneğin, arama esnasında bulunabilecek delillerin, yapılan arama esnasında ya da önceden kolluk tarafından büroya yerleştirilmiş olabileceği gibi bir kuşkunun daha ilk baştan izale edilebilmesi için, koruma tedbirlerin hukuka kelimesi kelimesine uygun bir şekilde ve kamu vicdanını rahatlatacak bir biçimde yürütülmesi gerekir.

Sonuç olarak, aslında avukatların şahıslarına, üstlerine, evraklarına, bürolarına, konutlarına ve iletişim araçlarına yönelik uygulanacak koruma tedbirleri son çare olmalıdır. İlgili ceza muhakemesi makamları, savunmanın bir kurum olarak korunması maksadı ile kanun koyucunun amacı ile paralel olarak bu önlemlerin kullanılmasını mümkün oldukça tercih etmemeli; ancak mecbur kalındığında deliller ile desteklenmiş kuvvetli şüphe nedenlerinin varlığı halinde bu önlemlerin alınmasına gerekçeli olarak karar vermelidir. Elbette, bu şekilde alınan koruma tedbiri kararları, kolluk tarafından kanunun lafzına ve ruhuna uygun bir şekilde yerine getirilmelidir.

KAYNAKÇA

- BAYRAKTAR Köksal, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Yer Alan Koruma Tedbirlerine Genel Bir Bakış", *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl: 3, Sayı: 32, İstanbul, Ağustos 2005, s. 2863-2869.
- BIÇAK Vahit, "Suç Muhakemesi Hukuku", Seçkin Yayınları, İkinci Baskı, Ankara, 2011.
- ÇINAR Ali Rıza, "Hukuka Aykırı Kanıtlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 55, Ankara, 2004, s. 31-64.
- DONAY Süheyl, "Meslek Sırrının Açıklanması Suçu", İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2378, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 535, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll.Şti, İstanbul, 1978.
- EREM Faruk, "Meslek Kuralları (Şerh)", TBB Yayınları, Sevinç Matbaası, İkinci Baskı, Ankara 1973.
- GÖKÇEN Ahmet, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 49, Adalet Matbaacılık Tic. Ltd. Şti., Ankara, 1994.
- GÖZLER Kemal, "Türk Anayasa Hukuku", Ekin Kitabevi, Bursa, 2000, s. 180, 181.
- GÜLŞEN Recep, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Arama", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Merkez Dağıtım Pazarlama San. Ve Tic. A.Ş., Sayı 3, İstanbul, Nisan 2007, s. 90-97.
- İSFEN Osman, "Müdafinin Vekalet Ücreti ve Kara Parayı Aklama Suçu-30 Mart 2004 Tarihli Alman Anayasa Mahkemesi Kararı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 54, Ankara, 2004, s. 331-333.
- KUNTER Nurullah- YENİSEY Feridun-NUHOĞLU Ayşe, "Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku", Onaltıncı Baskı, Beta Basım A.Ş (Yayın No: 1858, Hukuk Dizisi: 847), İstanbul, Ocak 2008.
- MAHMUTOĞLU Fatih Selami-DURŞUN Selman, "Müdafinin Yasaklılık Halleri", Seçkin Yayınları, Ankara, 2004.
- ÖZBEK Veli Özer, "Önleme Araması", İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü Eğitim Dairesi Başkanlığı, Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamalarına İlişkin Eğitim Projesi Kitabı (MUYEP), Ankara, 2007.
- ÖZBEK Veli Özer- BACAĞIZ Pınar, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama", *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl: 1, Sayı: 1, Ankara, Ekim 2006, s. 145-207.
- ÖZTÜRK Bahri-ERDEM Mustafa R. - ÖZGE Sırma-SAYGILAR Yasemin F., "Ceza Muhakemesi Hukuku-Temel Bilgiler", Yeni Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Yenilenmiş 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.
- ÖZTÜRK Bahri-ERDEM Mustafa Ruhan-SIRMA Özge-SAYGILAR Yasemin F. et. al., "Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku", Editör: Bahri ÖZTÜRK, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010.
- ÖZTÜRK Bahri-TEZCAN Durmuş-ERDEM Mustafa Ruhan-SIRMA Özge et. al., "Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku", Editör: Bahri ÖZTÜRK, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 379.
- SEVÜK Handan Yokuş, "Postada El Koyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Desteklenmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 69, Ankara, 2007, s. 97-124.
- ŞAHİN Cumhur, "Ceza Muhakemesi Hukuku-I", Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.
- ŞEN Ersan, "İnsan Hakları ve Terör Bağlamında Yakalama, Gözaltına Alma, Arama, Elkoyma ve Tutuklama", *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl: 4, Sayı: 30, Şubat 2009, s. 15-30.
- ŞEN Ersan, "İletişimin Denetlenmesi Tedbiri", *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl: 2, Sayı: 4, Ankara, Ağustos 2007, s. 97-137.
- SOYASLAN Doğan, "Ceza Muhakemesi Hukuku", Yetkin Yayınları, Güncelleştirilmiş 4.Baskı, Ankara, 2010.
- TAHİNCİOĞLU Gökçer, "Yandaş Yargı Uyarısı", *Milliyet*, Ankara, 8 Eylül 2009. Haberinin elektronik formattaki hali için bkz. <http://www.milliyet.com.tr> (Erişim Tarihi 08. 09. 2011).
- TOROSLU Nevzat-FEYZİOĞLU Metin, "Ceza Muhakemesi Hukuku", Savaş Kitap ve Yayınevi, Ankara, 2006.
- ÜNVER Yener-HAKERİ Hakan, "Ceza Muhakemesi Hukuku", Cilt 1, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

ÜNVER Yener–HAKERİ Hakan, “Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku”, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Şen Matbaa, Ankara, 2006.

VURALDOĞAN Kemal, “Avukatın Üzerinin Aranması Sorunu ve Avukat Vuraldoğan Davası”, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_187.htm (Erişim Tarihi: 15. 09. 2011).

YILMAZ Ejder, “Hukuk Sözlüğü”, Yetkin Yayınları, 9. Baskı, Ankara, 2005.

AIHM KARARLARI

Elci and Others v. Turkey–23145/93–25091/94 [2003] ECHR 588, 13 November 2003.

Niemietz v. Germany–13710/88 [1992] ECHR 80, 16 December 1992.

Roemen and Schmit v. Luxembourg–51772/99 [2003] ECHR 102, 25 February 2003.