



Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi Journal of Penal Law and Criminology

Araştırma Makalesi | Research Article

🔓 Açık Erişim | Open Access

Müdafilik Görevinin Yerine Getirilmesi Açısından Sır Saklama Yükümlülüğü

Confidentiality Obligation in Terms of the Fulfillment of the Defense Counsel Duty



Özge Ceren Yavuz Kılıç¹

¹ Necmettin Erbakan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Konya, Türkiye

Öz

Ceza muhakemesi sürecinde yargılama makamının maddi gerçeğe en doğru şekilde ulaşabilmesi için savunma makamının, savunmayı gereği gibi yerine getirebilme imkânına sahip olması gerekir. Dolayısıyla şüpheli veya sanığın, sırrının açık edileceğinden endişe etmeden müdafî yardımına başvurmasında kamunun yararı vardır. Çünkü şüpheli veya sanık ancak verdiği bilgilerin ifşa edileceğinden endişe etmediği zaman müdafîye güven duyarak bilgi aktarır ve müdafî ise etkin bir savunma gerçekleştirebilmek için bu bilgilere ihtiyaç duyar. Şüpheli veya sanığın, vereceği bilgilerin açığa vurulmasından endişe etmemesi için, bir avukat olarak müdafî kanunen sır saklama yükümlülüğü altındadır. Bu açıdan, müdafîin sır saklama yükümlülüğüne uygun davranışları görevin ifası kapsamında değerlendirilmelidir. Ancak müdafîin bu gerekçeyle görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilmesi için, müdafilik görevinin icrası kapsamında ve sır saklama yükümlülüğü sınırları içinde değerlendirilebilecek bir davranışta bulunmuş olması gerekir. Bu sebeple müdafîin hukuki durumu ile sır saklama yükümlülüğünün içeriği ve kapsamının araştırılması önem arz eder. Çalışmada, müdafilik görevinin yerine getirilmesi bağlamında sır saklama yükümlülüğü kapsamında gerçekleştirildiği ileri sürülebilecek ve sürülemeyecek temel davranışlar yargı kararlarından da istifade edilerek ele alınmış ve müdafîin hukuki durumunun ortaya konulması suretiyle görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninin gündeme gelebileceği durumların sınırı çizilmeye çalışılmıştır.

Abstract

For the judicial authority to reach the material fact during the criminal process in the most accurate way possible, the defense should have the opportunity to present their defense properly. Hereby, it is in the public interest for the suspect or defendant to seek legal aid from the defense counsel without worrying that their confidentiality will be revealed. To ensure the public interest, the defense counsel, as a lawyer, is legally obliged to maintain confidentiality. Hence, the behavior of the defense counsel in compliance with the confidentiality obligation should be considered within the scope of the fulfillment of the duty. In the study, the basic behaviors that can and cannot be claimed to be carried out within the scope of the obligation of confidentiality in the context of the fulfillment of the duty of defense counsel have been discussed, and by revealing the legal status of the defense counsel, it has been tried to draw the boundaries of the situations in which the ground of justification of the fulfillment of the duty may arise.

Anahtar Kelimeler Sır Saklama Yükümlülüğü • Müdafî • Hukuka Uygunluk

Keywords Confidentiality Obligation • Defense Counsel • Ground of Justification



“ Atf | Citation: Yavuz Kılıç, Ö. C. (2025). Müdafilik görevinin yerine getirilmesi açısından sır saklama yükümlülüğü. *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi–Journal of Penal Law and Criminology*, 13(1), 37–64. <https://doi.org/10.26650/JPLC2024-1491109>

© This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

© 2025. Yavuz Kılıç, Ö. C.

✉ Sorumlu Yazar | Corresponding author: Özge Ceren Yavuz Kılıç ocyavuz@erbakan.edu.tr



Extended Summary

In accordance with the lawyer's confidentiality obligation, which is a natural requirement of the right of defense and regulated in Article 36 of the Attorneys' Act, the attorney must not reveal information about private life that he/she has learned while practicing his/her profession, which is not known to everyone, which would cause material or moral damage to the client if revealed, and which is hidden from third parties. This obligation is also valid for the defense counsel, the lawyer of the suspect or defendant in criminal proceedings. In fact, the importance of such an obligation of confidentiality is more obvious in criminal proceedings than in civil proceedings. This is because, for example, the defense counsel or the attorney who is requested to undertake the duty of defense counsel may, as a result of this duty, sometimes become aware of a crime that has been committed or may learn the whereabouts of a person who has been under arrest or convicted, or the location of the evidence of a crime that has been committed.

In accordance with the letter and spirit of the Code of Criminal Procedure, the defense counsel should be characterized as "the aider of the suspect or defendant who also serves justice" in our legal system, and therefore, it should be accepted that he/she has a dual position. Similar approaches have been adopted by the Court of Cassation and the Constitutional Court. Due to this dual position, the defense counsel must always be in a balanced position. In this context, the defense counsel must act in favor of the suspect or the defendant but must not violate the boundary lines that may be defined as an attempt to pervert the course of justice, such as obstructing the functioning of judicial organs. On the other hand, he/she must serve the public interest and justice, but in doing so, he/she must take care not to act to the detriment of the suspect or defendant whom he/she is assisting. Therefore, in the examples given at the end of the previous paragraph, there are behaviors that can be evaluated within the scope of the obligation of confidentiality of the defense counsel, and therefore the fulfillment of the duty is included in the scope of the reason for legality. For this reason, in the case of the examples, the defense counsel is not punished for the offense of failure of a public official to report a crime, or for the offense of failure to report arrestees, sentenced persons or evidence of crimes, because the crimes do not have the element of illegality due to the legality of the fulfillment of the duty.

After these explanations, it should also be noted that the defense counsel's actions such as tampering with criminal evidence, hiding the suspect or defendant in his/her office or residence or supporting them in fleeing abroad, inciting people to commit the crime of perjury as an attempt to undermine justice, sharing the investigation file, which must remain confidential, with the media for the purpose of creating public opinion, and similar behaviors are not within the scope of the duty of defense counsel and are not protected by the legal order. It should be noted that this result is a consequence of the understanding of the legal status of the defense counsel that "the defense counsel is the aider of the suspect or defendant who also serves justice". On the other hand, although various views have been put forward in the criminal law doctrine on the legal status of the defense counsel and the rights and powers of the defense counsel differ according to each of these views, it is only possible to reach the mentioned conclusion according to the understanding that is in accordance with the letter and spirit of the Criminal Procedure Law. Therefore, in this last-mentioned case, the defense counsel should be held responsible for one or more of the crimes of tampering with criminal evidence, favoring the guilty, inciting people to the crime of perjury, revealing the investigation file, revealing the secret related to the duty, and attempting to influence the fair trial, depending on the situation. However, in cases where the defense counsel commits more than one of these crimes with the same act, he/she should be punished only for the crime that requires the heaviest penalty, in accordance with Article 44 of the Turkish Penal Code regarding the ideal concurrence of different types of crimes.

Giriş

Suç teşkil eden bir fiil işlendiği şüphesi ile başlayan ceza muhakemesi sürecinde, şüphenin yenilerek maddi gerçeğe ulaşılmasında bilhassa savunma makamına gereği gibi savunma yapma imkânının tanınmış olması ve bu bağlamda suç ile itham edilen kişiye yeterli hukuki yardımın sağlanmış olması önem taşır. Çünkü ceza muhakemesi süreci sonunda verilen hüküm, iddia makamının tezi ile savunma makamının

antitezinin bir sentezini oluşturur¹. Ceza muhakemesinde savunma makamının kısıtlanması, savunma diyalektiğinin saptırılarak veya yetersiz duruma getirilerek sonuç vermesine engel olunması neticesini beraberinde getirir². Bu sebeple savunma makamına hukuki şekilde savunma yapabilme imkân ve iktidarının tanınmış olması, sadece bireysel olarak değil kamusal olarak da önemi haiz bir mevzudur. Bu kapsamda şüpheli veya sanığın, müdafî yardımına başvurabilmesi ve bu süreçte etkili bir hukuki yardım alabilmesi önem arz eder. Suç ile itham edilen kişinin, etkili bir hukuki yardım alabilmesi için ise müdafî verdiği bilgilerin açık edileceğinden endişe etmemesi gerekir. Bu gerekçelerle, ceza muhakemesi sürecinde şüpheli veya sanığın avukatı olan müdafî bu sıfatı dolayısıyla, kanunla ve etik kurallarla sır saklama yükümlülüğü altına alınmış, bu durum da birtakım hukuki ve cezai sonuçları beraberinde getirmiştir.

Sır saklama yükümlülüğü, müdafînin hukuki yardım talep eden kişiye etkili bir hukuki yardım sunabilmesine, dolayısıyla görevini gereği gibi yerine getirebilmesine olanak sağlar. Sır saklama yükümlülüğünün muhatabı olan müdafînin, bu yükümlülüğü yerine getirdiği ölçüde, 26.09.2004 tarihli 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)'nın 24'üncü maddesinin birinci fıkrası doğrultusunda görevini yerine getirdiği kabul edilmiştir. Nitekim ceza ve ceza muhakemesi hukuku mevzuatımızda müdafî, sır saklama yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için çeşitli haklar ve yetkiler tanındığı da görülmektedir. Ancak tabiatıyla, bu yetkiler sınırsız değildir ve görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninin uygulanabilmesi için müdafînin, sır saklama yükümlülüğünün ve müdafîlik görevinin kapsamı ve sınırları dahilinde hareket etmiş olması gerekir. Diğer bir ifadeyle müdafînin, görevini yerine getirirken sır saklama yükümlülüğüne riayet etmek maksadıyla gerçekleştirdiği suç teşkil eden eylemler dolayısıyla görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninden istifade edebilmesi mümkün ve gereklidir; ancak bunun için hem müdafîlik görevinin kapsamının hem de sır saklama yükümlülüğünün içeriğinin doğru şekilde değerlendirilmesi önem arz eder.

Zikredilen gerekçeler doğrultusunda konusu, müdafîlik görevinin yerine getirilmesi açısından sır saklama yükümlülüğü olarak belirlenen çalışma bağlamında, öncelikle birinci ana başlık altında müdafîlik görevinin kapsamı ele alınmıştır. Bu anlamda olmak üzere, müdafîlik görevinin kapsamı ve dolayısıyla müdafînin hukuki durumu araştırılmıştır. Bu araştırma sırasında müdafînin hukuki durumu konusundaki teorilerden, mevzuat hükümlerinden, yargı kararlarından ve karşılaştırmalı hukuktan yola çıkılarak bir sonuca varmak amaçlanmıştır. Ardından, ikinci ana başlık altında, müdafînin sır saklama yükümlülüğünün içeriği, yerine getirilmesi ve sonuçları incelenmiştir. Bu kapsamda genel olarak “sır” ve “meslek sırrı” kavramları ile özel olarak “avukatlık meslek sırrı” kavramı incelenmiş, ayrıca avukatın sır saklama yükümlülüğü ele alınarak ceza yargılamasında şüpheli veya sanığın avukatı olan müdafînin bu yükümlülüğü bağlamında değerlendirmelerde bulunulmuştur. Daha sonra, müdafînin sır saklama yükümlülüğünü yerine getirirken bu yöndeki hareketinin suç teşkil ettiği hâllerde ceza hukuku sorumluluğu üzerinde durulmuş ve sır saklama yükümlülüğünün sınırlarına ilişkin değerlendirmeler yapılarak bu sınırların aşılması durumuna örnekler göstermek suretiyle belirli suç tipleri üzerinden konunun somutlaştırılması hedeflenmiştir. Son olarak, müdafînin sır saklama yükümlülüğünün ihlal etmesi hâlinde ceza hukuku anlamında nasıl bir sonucun doğabileceği irdelenmiştir. Bu çalışmanın sonucunda, müdafînin hukuki durumunun belirlenmesi suretiyle, sır saklama yükümlülüğünün görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninin uygulanması sonucunu doğurabileceği durumların bir sınırını çizmek amaçlanmıştır.

¹Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kunter, N. (1961). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 29; Yurtcan, E. (2019). *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi* (9. bs.). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 30-31; Özbek, V. Ö., Doğan, K., Bacaksız, P. (2022). *Ceza Muhakemesi Hukuku* (15. bs.). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 41 ff; Yenisey, F., Nuhoglu, A. (2023). *Ceza Muhakemesi Hukuku* (11. bs.). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 806; Centel, N., Zafer, H. (2022). *Ceza Muhakemesi Hukuku* (21. bs.). İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 3; Toroslu, N., Feyzioğlu, M. (2016). *Ceza Muhakemesi Hukuku* (16. bs.). Ankara: Savaş Yayınları, 21; Erem, F. (1988). Savunma ve Ceza Yargılamasının Temeldeki Kusurları. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1, 91, 93; Pehlivan, A. (2013). Soruşturma Evresinde Müdafî ve Vekilin Evrak İnceleme Yetkisi. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, 1491, 1493.

²Erem, F. (1977). Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 34(1), 1, 7.

I. Hukuki Durumu Karşısında Müdafin Görev Kapsamı

A. Genel Açıklamalar

Müdafilik görevini hukuka uygunluk sebeplerinden görevin yerine getirilmesi kapsamında inceleyebilmek için öncelikle müdafilik görevinin kapsamının ortaya konulması gerekir. Bunun için de müdafin hukuki durumu tespit edilmelidir. Bu husus, müdafin ceza yargılamasındaki fonksiyonu bakımından niteliği ile şüpheli veya sanıkla ilişkisinin ne olduğu meselesidir ve müdafin ödevlerinin kapsamıyla hak ve yetkilerinin sınırları bu duruma göre belirlenecektir³. Bu şekilde önem arz ettiği aşikâr olan müdafin hukuki durumunu açıklamak noktasında öğretide çeşitli hipotezler ileri sürülmüş olup en temel şekilde değinilmesi gerekenler ise şunlardır^{4,5}: *organ teorisi*, *sınırlandırılmış organ teorisi*, *saf taraf menfaat temsili teorisi*, *sözleşme teorisi* ve *anayasal usul teorisi*.

Müdafin statüsü konusundaki görüşler arasında müdafin yetkilerine ilişkin farklılık söz konusudur. Dolayısıyla hangi teorinin benimsendiğine göre, müdafilik görevinin kapsamı, müdafin hukuki durumu ile hakları ve yetkileri de değişkenlik arz edecektir. Bu sebeple, müdafin gerçekleştirdiği bir hareketin, teorilerden birine göre müdafilik görevi kapsamında mütalaa edilebilmesi mümkünken diğerine göre mümkün olmayabilir. Mevzuatımızın, öğretideki görüşlerin ve yargı kararlarının değerlendirilmesi suretiyle Türk ceza hukukunda benimsenen tutumun hangi teori ile benzerlik gösterdiğinin belirlenebilmesi mümkündür. Ancak bunun için öncelikle bahsi geçen görüşleri ortaya koyabilmek adına sırasıyla ayrı ayrı açıklamalar yapmakta fayda vardır.

B. İlgili Teoriler

Müdafii adli bir organ olarak kabul eden *organ teorisine* (*Organtheorie*) göre, müdafin sanığın haklarını koruma görevi vardır ve dolayısıyla müdafî, sanığın yardımcısıdır; ancak bu görevi hukuk devleti ilkesine uygun olarak ve muhakemede silahların eşitliği ilkesinin gerçekleştirilmesini sağlayarak yerine getirir, ayrıca savunma makamında bulunmasına rağmen kamu yararının gerçekleşmesine de hizmet eder⁶. Diğer bir ifadeyle, bu görüşün müdafie kamusal bir işlev yüklediği ve bu işlevin, maddi gerçeğin diyalektik muhakeme süreci içinde ortaya çıkarılması anlamına geldiği kabul edilmekte; diğer yandan ise silahların

³Centel ve Zafer (n 1) 208.

⁴Karakehya, H., Arabacı, M. (2015). Ceza Muhakemesinde Müdafinin Önemi, Hukuki Statüsü ve Müdafiliğe İlişkin Problemler. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 22, 59, 74 ff. Ayrıca bkz. Dülger, M. V. (2012). Ceza Muhakemesinde Müdafinin Konumu ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar. *Ankara Barosu Dergisi*, 4, 39-76; Bayraktar, K. (2015). Adalet Sisteminde Avukatın Rolü. *İstanbul Barosu Dergisi*, 89(1), 15, 17 ff; Başar Centel, N. (1984). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları: 29, 40 ff; Mahmutoğlu, F. S., Dursun, S. (2004). *Türk Hukuku'nda Müdafîin Yasaklılık Halleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 17 ff; Zafer, H. (2004). *Faille Yardım Suçu ve Müdafîin Bu Suçtan Sorumluluğu*. İstanbul: Beta Yayınevi, 296 ff; Kocaoğlu, S. S. (2017). *Müdafî* (3. bs.). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 78; Bosch, N. (2012). Die Rechtsstellung des Strafverteidigers. *Juristische Ausbildung*, 34(12), 938-946; Beulke, W. (2008). *Strafprozessrecht* (10. Aufl.). Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 94 kn. 150 ff; Dursun, S. (2005). 5271 sayılı CMK'da Müdafî. *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 3, 125, 125; Bozdağ, A. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî*. Ankara: Adalet Yayınevi, 38-59.

⁵Sistematik değerlendirmelere her ne kadar Alman hukukunda rastlamak mümkün olsa dahi Anglo-Amerikan hukukunda da müdafin hukuki durumunun tartışmalı olduğu anlaşılmaktadır. Söz gelimi, *Freedman* avukatı hakikat arayışına katılan bir mahkeme memuru olarak nitelendirilmesine karşın, müdafin zamanaşımını ileri sürerek düşme talep etmesi hâlinde gerçeğin araştırılmasını engellemesi ile yalan tanıklık edeceğini bildiği kişinin tanıklığına başvurusu suretiyle gerçeğin araştırılmasını engellemesi olaylarını birbirlerine denk addetmiştir, bkz. Freedman, M. H. (1966). Professional Responsibility of The Criminal Defense Lawyer: The Three Hardest Questions. *Michigan Law Review*, 64(8), 1469, 1482. Bu görüşe göre, zaman zaman hakikati aramayı ve adil bir iddianın kovuşturulmasını engellemeyi meşru kılan -zamanaşımı hükümleri gibi- politik mülahazalar vardır; işte, avukatın doğru söylediğini bildiği bir karşıt tanığın inanılabilirliğini sarsma girişimlerinde veya yalan tanıklık edeceğini bildiği tanığı kürsüye çıkarmasında ya da verdiği hukuki bilginin müvekkilini yalan yere yemin etmeye teşvik edeceğini bildiği hâlde hukuki danışmanlık yapmasında da aynı durum söz konusudur, Freedman (n 5) 1482. *Freedman*'ı genel olarak eleştiren Noonan'a göre ise müdafî ne şüpheliye veya sanığa kendi vicdanını dayatmalıdır ne de onun iddiası hakkındaki düşüncesini olduğu gibi kabul etmelidir; olması gereken, müdafin ceza hukuku sınırlamalarına tabi şekilde hareket etmesidir, Noonan, J. T. (1966). The Purposes of Advocacy and The Limits of Confidentiality. *Michigan Law Review*, 64(8), 1485, 1492. Tartışmalara karşın, Anglo-Amerikan hukukunda prensip olarak, müdafin, sanığın savunma hakkını kullanmasına sadece hizmet eden bir işlevi olduğu kabul edilir, bu konuda bkz. Roxin, C., Schünemann, B. (2022). *Strafverfahrensrecht* (30.Aufl.). Nördlingen: Verlag C. H. Beck, 127.

⁶Beulke (n 4) 94 Rn. 150; Dornach, M. (1995). Ist der Strafverteidiger aufgrund seiner Stellung als "Organ der Rechtspflege" Mitgarant eines justizförmigen Strafverfahrens?. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2, 57, 60.

eşitliği ilkesi doğrultusunda müdafin yerine getirdiği işlevin şüpheli veya sanığın lehine yönelik olduğu savunulmaktadır⁷. Sonuç olarak müdafî, hem şüpheli veya sanığa yardım eder hem de bağımsız bir adli organdır⁸. Böylece organ teorisine göre, müdafî, ikili bir konuma sahiptir (*Doppelstellung des Verteidigers*)⁹. Dolayısıyla bunun gereği olarak müdafî, şüpheli veya sanığın beraati için çalışır, ancak hukukun savunma için belirlediği kurallar içinde bunu gerçekleştirir; örnek olarak, hukukun savunma için koyduğu kuralları ihlal etmeden suçlu olduğunu düşündüğü şüpheli veya sanığın beraat etmesi için çaba sarf eder¹⁰. Çünkü bu teoriye göre müdafî, şüpheli veya sanığın menfaatlerinin tek taraflı savunucusu değil ancak yardımcısı olarak yanında bulunan ve aynı zamanda işleyen bir ceza yargılaması sisteminin menfaatine hizmet etmekle görevli olan bağımsız bir adli organdır¹¹.

Türk ceza muhakemesi hukuku öğretisinde, 19.03.1969 tarihli 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun avukatlığın mahiyetine ilişkin 1'inci maddesinin ikinci fıkrasında, avukatın "bağımsız savunmayı serbestçe temsil ettiğine" dikkat çekilmesi dolayısıyla müdafin "bağımsız bir adalet organı" olduğu görüşünün ileri sürüldüğü görülmektedir¹². Alman Federal Avukatlık Kanunu (Bundesrechtsanwaltsordnung, BRAO)'nda ise avukat, bağımsız bir adli organ olarak kabul edilmiştir (BRAO §1) ve nitekim Alman ceza hukukundaki hâkim görüş de müdafin adli organ olduğu yönündedir; öyle ki hem literatür hem içtihat neredeyse oy birliği ile organ teorisini savunmaktadır¹³. Ancak mahkeme ve savcılıkla eşit düzeyde adli bir organ olarak kabul edilen müdafin, işleyen bir ceza yargısının karşıtı değil paydaşı olması gerektiğini savunan bu görüş, bu konunun kimi zaman müdafin usule ilişkin yardım imkanlarını sınırladığı, müdafî kamusal menfaatlerden sorumlu tuttuğu için savunmanın etkinliğini tehlikeye düşürdüğü, hâkim görüş tarafından müdafî disipline etmek amacıyla kullanıldığı ve keza "adli organ" kavramının sınırlarının belirli olmadığı gerekçeleriyle eleştirilmektedir¹⁴.

Esasen organ teorisinin temeline istinat eden *sınırlandırılmış organ teorisine (eingeschränkte Organtheorie)* göre, müdafin organ statüsü, şüphelinin, sanığın veya müdafin yasal yetkilerini kullanmasının sınırlandırılmasına bir geçit olmamalıdır ve bu sebeple kamu yararına yönelimin sınırları başlangıçta belirlenmelidir; bu kapsamda bir yandan savunmanın etkinliği (*Effektivität der Verteidigung*) diğer yandan "çekirdek alanı" içinde yargının etkinliğinden (*Effektivität der Rechtspflege in ihrem "Kernbereich"*) bahsedilir¹⁵. Müdafin, sadece şüpheli veya sanığa karşı değil, topluma karşı da sorumluluk sahibi olduğundan yola çıkılarak bir yandan savunma faaliyetinin etkili şekilde gerçekleştirilmesinde diğer yandan ise adaletin yerine getirilmesinde önemli bir görev üstlendiği kabul edilmektedir¹⁶. Bu görüşe göre müdafin, savunma gerçekleştirmek için belgeleri değiştirmesi, yalan söylemesi ve haksız yere sanığın cezasız kalmasına sebep olması yasaktır; ancak savunmanın etkinliği adına müdafî kimi zaman adli bir organ gibi hareket etmeyebilir de¹⁷. Bu teori, "organ" kavramının ve "yargının çekirdek alanının" ne olduğu konusunu muğlak bıraktığı

⁷Ünver, Y., Hakeri, H. (2023). *Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I* (20. bs.). Ankara: Adalet Yayınevi, 558-559, dn. 7.

⁸Beulke (n 4) 94 kn. 150; Centel ve Zafer (n 1) 210.

⁹Dornach (n 6) 60.

¹⁰Centel ve Zafer (n 1) 210-211. Karş. Özen, M. (2023). *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku* (6. bs.). Ankara: Adalet Yayınevi, 499.

¹¹Roxin, Schünemann (n 5) 128.

¹²Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun (n 4) 125.

¹³<<https://www.gesetze-im-internet.de/brao/>> Erişim tarihi 8 Mayıs 2023; Beulke (n 4) 94 kn. 150; Dornach (n 6) 60; Roxin, Schünemann (n 5) 128; Klemke, O., Elbs, H. (2019). *Einführung in die Praxis der Strafverteidigung* (4. Aufl.). Heidelberg: C. F. Müller Verlag, kn. 162. Ayrıca bkz. Centel ve Zafer (n 1) 210; Karakehya ve Arabacı (n 4) 74.

¹⁴Klemke, Elbs (n 13) kn. 162-163, 167; Paulus, R. (1992). Dogmatik der Verteidigung. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 7, 305, 308.

¹⁵Beulke (n 4) 94, 95 kn. 150.

¹⁶Yenidünya, A. C., İçer, Z. (2016). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 104-105.

¹⁷Karakehya ve Arabacı (n 4) 75.

gerekçesiyle eleştirilmektedir¹⁸.

Saf taraf menfaati temsili teorisi (reine Parteiinteressenvertretertheorie), savunmanın yalnızca şüpheli veya sanığa ait bir hak olduğunu, müdafinin tek yapması gerekenin ona yardım sağlamak olduğunu, kamusal amaçlara bunun ötesinde odaklanmanın hem şüpheli veya sanığın hem de müdafinin yetkilerine karşı haksız müdahalelere zemin hazırlayacağını savunur¹⁹. Bu görüşe göre müdafinin, şüpheli veya sanık karşısında bağımsızlığı söz konusu değildir ve savunmayı şüpheli veya sanık kendi özerk iradesine göre belirler²⁰. Buna karşın müdafî, şüpheli veya sanığın istememe yönündeki iradesi ortaya konmadığı müddetçe onun yararına işlem yapabilir; söz gelimi, kanun yoluna başvurabilir²¹. Görüşün diğer bir sonucu, şüpheli veya sanığın ceza almadan kendi yapabileceği şeyleri yapmasına müdafî tarafından müsaade edilmesi gerektiği için müdafinin yalan söylemesine ve delilleri karartmasına da izin verilmesini beraberinde getirmesidir; oysa ceza savunmasının esaslarından biri doğruyu söyleme olduğu için bu teori, müdafî “suç ortağı” hâline getirdiği gerekçesiyle eleştirilmektedir²². Gerçekten bu görüşe göre, müdafî sanığın vekilidir ve savunmanın amacı sanığın eksiklerini kapatmaktır; böylece müdafinin kamusal görevi de reddedilmiş olmaktadır²³. Bu görüşe Alman ceza hukukunda yöneltilen eleştirilerden bir diğeri, yukarıda işaret edildiği üzere BRAO §1’de (avukatın, yargının bağımsız bir organı olarak kabul edilmesinin müvekkile karşı bağımsızlığı da içermesi dolayısıyla) müdafinin, yalan söyleyen şüpheli veya sanığın sözcüsü durumuna düşmesinin engellenmesine karşın ilgili teorisin aksini savunarak yasayla çelişmesidir²⁴.

Saf taraf menfaati temsili teorisinin yukarıda işaret edilen ve keskin olarak nitelendirilebilecek sonuçlarını yumuşatmak adına sözleşme teorisi ileri sürülmüştür. Ceza savunmasının kamu hukuku ile ilgili her unsurunu reddeden, ceza savunmasını özel hukukla ilgili bir iş görme sözleşmesi olarak kabul eden ve menfaat teorisinin ılıman bir şekli olarak nitelendirilebilecek *sözleşme teorisine (Vertragstheorie)* göre müdafî, yine şüpheli veya sanığın isteklerine uymak zorundadır, ancak araç olarak yalana başvurması yasaktır²⁵. Anlaşılabileceği üzere sözleşme teorisi de tıpkı saf taraf menfaati temsili teorisi gibi, şüpheli veya sanığın menfaatini merkeze alan bir yapıya sahiptir. Dolayısıyla saf taraf menfaati temsili teorisinin bir başka versiyonu olsa da sözleşme teorisi de müdafinin sadece şüpheli veya sanığın isteği doğrultusunda hareket etmesi gerektiğini savunduğu için eleştirilmektedir²⁶. Ayrıca sözleşme teorisi yine aynı gerekçeyle, aynı zamanda saf taraf menfaati temsili teorisine yöneltilen şu eleştiriye de tabi olmaktadır: eğer müdafî, ceza yargılaması sisteminde sadece şüpheli veya sanığın sübjektif çıkarları için bulunsaydı, o zaman zorunlu müdafilik müessesesi kanunda yer almazdı²⁷.

Alman ceza muhakemesi hukuku öğretisinde tercih edilmeye başlanan *Anayasal usul teorileri (verfassungsrechtlich-prozessuale Theorien)* hukuk devleti ilkesine bağlı olarak adil yargılanma kapsamında Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası’nın 2’nci maddesinin birinci fıkrasını ön plana koymakta ve hukuka uygun bir ceza savunmasının nasıl yapılması gerektiği sorusunun cevabına ancak bu şekilde ulaşılabileceğini savunmaktadır²⁸. Söz konusu maddeye göre “Herkes, başkalarına ait hakları ihlal etmemek ve Anayasal

¹⁸Klemke, Elbs (n 13) kn. 167.

¹⁹Beulke (n 4) 96 kn. 151.

²⁰Centel ve Zafer (n 1) 210.

²¹Özen (n 10) 499.

²²Beulke (n 4) 96 kn. 151. Ayrıca bkz. bkz. Centel ve Zafer (n 1) 210.

²³Dornach (n 6) 60; Karakehaya ve Arabacı (n 4) 75.

²⁴Klemke, Elbs (n 13) kn. 168.

²⁵Roxin, Schünemann (n 5) 128; Beulke (n 4) 96 kn. 151a.

²⁶Ünver ve Hakeri (n 7) 559 dn 7.

²⁷Roxin, Schünemann (n 5) 129.

²⁸Beulke (n 4) 96 kn. 151b. Ayrıca bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/art_2.html> Erişim tarihi 8 Mayıs 2023.

düzene yahut ahlakî kaidelere aykırılık teşkil etmemek şartlarıyla kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir." Bu teoriye göre, savunma amacına uygun olan ve kanunen açık bir şekilde yasaklanmayan her "usul işlemi" meşrudur²⁹. Özetle, bu teoriler hukuk devleti ve adil yargılanma ilkelerinden türetilmekle beraber maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacına mukabil savunma amacını ön plana almaktadır³⁰. Bu görüşler, "usul işlemi" (*Prozesshandlung*) kavramının bazı meseleleri (mesela müdafinin suçluyu kayırma suçundan ceza sorumluluğunun sınırının ne olduğu ve bu kapsamdan doğruyu söyleme görevinin içeriği gibi) tamamen cevapsız bıraktığı gerekçesiyle yetersiz görülerek eleştirilmektedir³¹.

C. Değerlendirme ve Kanaatimiz

Müdafinin hukuki durumu noktasında ilgili teorilere yer verdikten sonra, bir değerlendirme yapmadan önce bu konuda kanun koyucunun tutumuna ve yargı kararlarına da bakmakta fayda vardır. 04.12.2004 tarihli 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)'nın 149'uncu maddesinde şüphelinin veya sanığın soruşturmayla kovuşturmanın her safhasında bir yahut daha ziyade "müdafinin yardımından" istifade edebileceği düzenlenirken, müdafinin "yardımcı" konumundan bahsedildiği görülmektedir. Öte yandan CMK'ya ilişkin taslağın gerekçesinde avukatın "adalet hizmet ettiğinin" altı çizilmiştir³². Sonuç olarak CMK'da müdafinin hukuki durumu bakımından, iki yönlü bir konumu bulunduğu anlayışının benimsendiği görülmektedir.

Avukatlık Kanunu'nun avukatlığın mahiyetine ilişkin 1'inci maddesinde avukatlık hem bir kamu hizmeti hem bir serbest meslek olarak addedilirken, avukatlığın "yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil ettiğine" dikkat çekilmiştir³³. Yine Avukatlık Kanunu'nun avukatlığın amacına ilişkin 2'nci maddesinde de avukatlığın amaçlarından biri olarak, her çeşit hukuki uyumsuzluk ve sorunların hakkaniyet ve adaletle uygun şekilde çözülmesi zikredilmiş, avukatların sayılan amaçlarla hukuki bilgi ve deneyimlerini "adalet hizmet" ile "kişilerin istifadesine" sundukları ifade edilmiştir. Dolayısıyla Avukatlık Kanunu'nda da CMK ile benzer şekilde, avukatlığın iki yönlü bir konumu bulunduğu kabul edildiği anlaşılmaktadır.

İçtihatlarla bakılacak olursa da Anayasa Mahkemesi'nin avukatlığın bir yanda kamu hizmeti bir yanda serbest meslek olmak üzere iki yönü bulunduğuna işaret ettiği ancak bu yönlerden kamusal olanının daha ağır basığını ifade ettiği görülecektir³⁴. Bu kapsamda organ teorisi ve sınırlandırılmış organ teorisinde de ifade edildiği gibi Anayasa Mahkemesi de müdafinin ikili bir konumu olduğuna işaret etmektedir. Anayasa Mahkemesi ayrıca, avukatların adaletin gerçekleşmesine katkılarını, avukatlık mesleğinin bir özelliği olarak nitelendirmiş ve avukatların yargı alanında "adalet dağıtımında" "görev" üstlendiğinin altını çizmiştir³⁵. İfade etmek gerekir ki bu anlayış, organ teorisinin izlerini taşımaktadır. Yargıtay ise müdafinin, müdafii olduğu

²⁹Paulus (n 14) 310; Beulke (n 4) 96 kn. 151b.

³⁰Ünver ve Hakeri (n 7) 559 dn 7.

³¹Beulke (n 4) 97 kn. 151b.

³²<<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkunlarno=23594&pkunnumarasi=5271>> Erişim tarihi 8 Mayıs 2023.

³³Avukatlık Kanunu Taslağı'nın avukatın niteliğine ilişkin 2'nci maddesinde de bu konuda benzer yaklaşım benimsenmiştir:

"(1) Avukatlık, yargı erki içinde, bağımsız savunmayı temsil eden kamu hizmeti niteliğinde bir meslektir.

(2) Avukat, yargının kurucu unsurlardan olan bağımsız savunmayı serbestçe ve eşitlik ilkesine göre temsil eder.

(3) Avukatlık mesleği ticarî faaliyet sayılmaz."

<https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/adaletbakanligiavukatlikyasasi.pdf> Erişim tarihi 8 Mayıs 2023.

³⁴"Avukatlık Yasası'nın 1. maddesine göre "... kamu hizmeti ve serbest bir meslek..." olan avukatlık iki yönlüdür. Hem "kamu hizmeti" hem "serbest meslek" nitelemesi, serbest meslek çalışmalarını yürütürken görev yapılan alanın kamusal ağırlığına dayanmaktadır. Adalet, yargı, hukuk işleri, kamu hizmetinin en yoğun olduğu "kamu" kavramının anlamı olarak en önde geldiği alandır. Avukatlık Yasası'nın "Avukatlığın amacı" başlıklı 2. maddesi, bu gerçekleri uygulamaya yansıtan özgün kuraldır. Tüm bu kurallar, yinelenmesinde yarar olmayan nice tanım, anlatım ve değerlendirmeler, avukatlığın kamusal yönü ağır basan bir meslek olduğu gerçeğini doğrulamaktadır. Bilgi ve deneyimlerini öncelikle adalet hizmetine vererek, adalet ve hakkaniyete uygun çözümler için hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında yargı organlarıyla yetkili kurul ve kurumlara yardımcı görev bilen avukatın, hukuk devletinin yargı düzeni içindeki yeri özellik taşımaktadır." AYM, E. 1988/50 K. 1989/27 T. 23.06.1989, Resmî Gazete Tarih-Sayı: 4 Ekim 1989-20302 (vurgu eklenmiştir).

³⁵AYM, E. 1988/50 K. 1989/27 T. 23.06.1989, Resmî Gazete Tarih-Sayı: 4 Ekim 1989-20302.

sanığın beraat etmesi yahut daha hafif ceza alması hususları üzerinde kanun adına hareket etmekle yükümlü olup kamu hizmeti gören bir organ olduğunu ifade ederek, vekilden ayrı bir konumda bulunduğunu belirtmiştir³⁶. Dolayısıyla Yargıtay'ın görüşü, bu açıdan, müdafinin konumu noktasında hem organ teorisi hem de sınırlandırılmış organ teorisi ile uyum gösterebilir. Türkiye Barolar Birliği (TBB) Disiplin Kurulu ise avukatın, sözleşmeye aykırılık teşkil etmese dahi, toplumun ahlaki değerlerine aykırı amaçların gerçekleşmesine araç olamayacağını, zira avukatlığın her şeyden evvel bir kamu hizmeti olduğunu ve avukatların toplumun avukatlık mesleğine duyduğu güveninin sarsılmamasını sağlayacak biçimde çalışması gerektiğini ortaya koymaktadır³⁷. TBB'nin avukatlığın kamu hizmeti olduğunu incelemesine karşın devamında mesleğin itibarıyla ilgili değerlendirmelerde bulunmuş olması organ teorisinin katı biçimde benimsenmediğine işaret eder.

Türk ceza muhakemesi hukuku öğretisinde çoğunlukla, müdafinin şüpheli veya sanığın temsilcisi değil yardımcısı olduğu, zira gerek ceza davasının kamusalılığı gerek ceza davasında gerçeği arama yükümlülüğünün özel hukuktaki temsil ilişkisinin anlamıyla bağdaşmadığı ifade edilir^{38,39}. Kaldı ki aksinin kabulü hâlinde, asilin yapma salahiyeti olan şeylerin neredeyse hepsini vekilin de yapabilmesi dolayısıyla, müdafinin yalan söyleyip hileli yollara başvurusu gibi hususlar meşru görülürdü ve müdafinin bu tarz eylemlerden cezalandırılması mümkün olmazdı⁴⁰. Öğretideki bu görüşün, yukarıda açıklandığı üzere mevzuat ve içtihatlarla uyum arz ettiği görülmektedir. CMK'nın 149'uncu maddesinin birinci fıkrasında yer alan "yardım" ibaresi, bu görüşün dayanağıdır⁴¹. Bu görüşün daha ziyade sınırlı organ teorisine benzetilmesi mümkündür; zira bu kapsamda çeşitli görüşler ileri sürülse de genel anlamıyla bu görüşe göre, müdafii bir adli organ olarak şüpheli veya sanığa yardımcı olduğu için müdafinin "adli organ" olma vasfı, şüpheli veya sanığın çıkarlarıyla sınırlı olmaktadır⁴². Bundan başka, öğretide, müdafinin bağımsız bir adalet organı olduğunu savunan görüş de bulunmaktadır; çünkü bu görüşe göre, müdafii her zaman sanığın temsilcisi ve yardımcısı değildir⁴³. Bu görüş, Avukatlık Kanunu'nun avukatlığın mahiyetine ilişkin 1'inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "bağımsızlık" vurgusundan desteğini almaktadır⁴⁴. Bu görüşlere ek olarak, CMK'nın 198'inci maddesinin ikinci fıkrasına⁴⁵ ve 299'uncu maddesinin birinci fıkrasının son cümlesine⁴⁶ istinat eden, müdafinin "sanığın temsilcisi" olduğu görüşü⁴⁷; 04.04.1929 tarihli ve 1412 sayılı Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK)'a nispetle CMK'da zorunlu müdafiliğin kapsamının genişletilmiş olmasından, CMK'da savunma için ayrı bir kısım öngörülmesinden ve sadece müdafie ait olan bir kısım yetkilerin hüküm altına alınmış olmasından

³⁶Yargıtay CGK 09.12.1974-8-272/447, YKD I, 7 (Temmuz 1975), 34 (Centel ve Zafer (n 1) 211-212'den naklen). Celle Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin (Oberlandesgericht Celle) vermiş olduğu bir kararda da müdafinin prensip olarak temsilci olmayıp sanıktan bağımsız bir hukuki konuma sahip olduğuna işaret edilmiştir, bkz. Oberlandesgericht Celle, Urteil vom 31.05.1988-1 Ss 117/88 (Rechtsprechung. (1988). OLG Celle, 31.05.1988 - 1 Ss 117/88: Verlesung von Schriftsätzen des Verteidigers. *Neue Juristische Wochenschrift*, 49, 426).

³⁷TBB Disiplin Kurulu, E. 991/99 K. 992/11 T. 01.02.1992; Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1992/1, 100 (Güner, S. (2000). Avukatın Özen Yükümlülüğü. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2, 557, 578, dn. 64'ten naklen).

³⁸Gökçen, A., Balcı, M., Alşahin, M. E., Çakır, K. *Ceza Muhakemesi Hukuku* (4. bs.). Ankara: Adalet Yayınevi, 221; Centel ve Zafer (n 1) 211; Öztürk. B. (Ed.) (2022). *Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku* (9. bs.). Ankara: Seçkin Yayınevi, 252 ff; Karakehya ve Arabacı (n 4) 77, 78. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 1) 196; Tosun, Ö. (1971). *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası Vârisleri Koll. Şti., 378. Diğer yandan, müdafinin sanığın temsilcisi olduğu yönünde bir görüş de mevcuttur, bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun (n 4) 125.

³⁹Müdafinin, şüpheli veya sanığı genellikle özel hukuk anlamında "temsil" edemeyeceği yönünde görüş için ayrıca bkz. Beulke (n 4) 93 kn. 148.

⁴⁰Karakehya ve Arabacı (n 4) 77, 78.

⁴¹Dursun (n 4) 125, dn. 2.

⁴²Ünver ve Hakeri (n 7) 558.

⁴³Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 211.

⁴⁴Dursun (n 4) 125, dn. 3.

⁴⁵CMK m. 198/2: "Ancak, sanık kendi istemi üzerine duruşmadan başışık tutulmuş veya müdafii aracılığıyla temsil edilmek yetkisini kullanmış olursa artık eski hâle getirme isteminde bulunamaz."

⁴⁶CMK m. 299/1, son cümle: "Sanık, duruşmada hazır bulunabileceği gibi, kendisini bir müdafii ile de temsil ettirebilir."

⁴⁷Ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun (n 4) 125-126.

temel alan, müdafinin “savunma kurumunun temsilcisi” olduğu görüşü⁴⁸ de öğretide yer almaktadır.

Kanaatimizce normatif düzenlemeler ışığında ve sahip olduğu yetkiler bağlamında müdafinin, şüpheli veya sanığın “kamu yararına ve adalete de hizmet eden” “yardımcısı” olarak nitelendirilmesi isabetlidir. Böylece müdafinin her iki konumunun aynı anda korunabilmesi mümkündür. Ceza yargılamasında diyalektik sürece etkin şekilde katkısının, maddi gerçeğe ulaşılması yolunda ve hukukun üstünlüğü ilkesi bağlamında zaruri olan müdafinin, şüpheli veya sanıktan bağımsız ve fakat onun yararına çalıştığını, bu sebeple biri “kamu yararına ve adalete hizmet” diğeri “şüpheliye veya sanığa yardım” olmak üzere ikili bir konuma sahip olduğunu kabul etmek gerekir. Şüpheli veya sanığın yardımcı olma konumu şüpheli veya sanık aleyhine netice doğurabilecek bir şey yapmamayı, onun lehine hareket etmeyi ve sırlarını saklamayı, hukuki bilgi verip hukuki tavsiyelerde bulunmayı mecbur kılar⁴⁹. Gerçekten müdafî, şüpheli veya sanığın lehine hareket etmelidir, ancak müdafinin öte yandan aktif davranışlarla adli organların işleyişlerini engellemek gibi bir yükümlülüğü de vardır; işte temel olarak bu gerekçeyle müdafinin sınırlı bir adalet organı olarak nitelendirildiği görülmektedir⁵⁰.

Müdafinin sınırlı bir organ olarak nitelendirilebilmesinin gerekçesi bakımından kanaatimizce bu kadarıyla yetinilmelidir. Doğrudan ifade edilmese dahi kolayca anlaşılacak şekilde müdafinin ikili bir konuma sahip olduğu kabul edilen hukuk sistemimizdeki ve aynı yönde içtihatlardaki anlayışın yorumlanması suretiyle müdafinin iki yönlü konumundan her birinin, bir diğeri ile sınırlı olduğu neticesine ulaşmak gerekir. Bu netice, sınırlı organ teorisinin hipotezi ile benzerlik arz etmektedir. Ancak kanaatimizce, bu teorisinin dayanak noktalarından biri olan “çekirdek alan” kavramının yeterince belirli olmaması nedeniyle teoriye karşı ileri sürülen eleştirilerde isabet payı bulunmaktadır. Bu sebeple bu teorisinin, tıpkı diğer teoriler gibi, tam anlamıyla isabetli olduğunu da söylemek güçtür.

İlaveten, Alman Federal Avukatlık Kanunu’nun 1’inci maddesinde bariz şekilde “organ” ifadesi kullanılmasına rağmen “organ” kavramının sınırlarının belirli olmadığı gerekçesiyle literatürde kullanılmasının Alman ceza hukuku öğretisinde eleştirildiğine yukarıda işaret edilmişti. Mevzuatımızda açıkça bu kavram kullanılmamasına rağmen öğretide çoğunlukla müdafinin sınırlı bir adalet organı olarak nitelendirildiği veya bağımsız bir adalet organı olarak addedildiği görülmekte ve neticede “organ” ifadesi her hâlükârda kullanılmış olmaktadır. Kanaatimizce bu ifadeden “makam” anlamının çıkarılması gerekir; müdafî hakkında sırf “organ” ifadesinin kullanılmış olması, bu ifadenin yine birlikte kullanılabileceği “savcılık” veya “mahkeme” gibi makamlardan adalete hizmet için beklenenlerin aynısının müdafiden de beklenebileceği anlamına gelmemektedir. Aksi hâlde bu beklenti, müdafinin göreviyle zaten bağdaşmayacaktır. Kaldı ki müdafinin hak ve yetkilerinin sınırı belirli şekilde çizildiği müddetçe, bu yöndeki endişe yersiz olacaktır⁵¹.

Sonuç olarak daha kısa ve açık bir anlatımla, müdafî, şüpheli veya sanığın lehine hareket edecektir; ancak bu hareketlerinde adli organların işleyişini engellemek gibi adaleti saptırma girişimi olarak nitelendirilebilecek sınır çizgilerine riayet etmesi gerekecektir. Diğer yandan ise kamu yararına ve adalete hizmet edecektir; ancak bu hizmeti gerçekleştirirken yardımcı olduğu şüpheli veya sanığın aleyhine bir harekette bulunmama

⁴⁸Bu yönde bkz. Dursun (n 4) 125-126.

⁴⁹Zafer (n 4) 529.

⁵⁰Centel ve Zafer (n 1) 212; Karakehya ve Arabacı (n 4) 77 ff; Zafer, H. (2013). Savunma Hakkı ve Sınırları. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, 507, 528.

Roxin ve Schünemann, müdafinin hukuki konumu konusunda tek taraflı olarak nitelendirdiği tüm bu teorilerden değil ceza yargılaması mevzuatının münferit hükümlerinden istifade edilmesi gerektiğini ancak öte yandan bu teorilerin yüksek bir senteziyle de karşıtıklarının ortadan kaldırılabilceğini ileri sürerek, müdafinin, şüphelinin veya sanığın münhasıran hukuka uygun şekilde menfaatlerini savunmak üzere yetkilendirilebileceğini ve bu işleviyle adli bir organ olduğunu ifade etmektedir. Bu açıdan kanaatimizce yazarların da sınırlı organ teorisine benzeyen bir anlayışa sahip olduklarının söylenebilmesi mümkündür, bkz. Roxin, Schünemann (n 5) 129.

⁵¹Benzer şekilde Roxin ve Schünemann da bu konuda kullanılan “organ” kavramından, avukatın adliye içinde kimsenin inkâr edemeyeceği bir fonksiyonu olmasından daha fazlasının çıkarılamayacağını ifade etmiştir, bkz. Roxin, Schünemann (n 5) 129.

sınırına riayet etmesi gerekecektir. Burada varılan bu iki sonuç, çalışmanın devamında, müdafilik görevinin yerine getirilmesi kapsamında sır saklama yükümlülüğü değerlendirilirken bel kemiği vazifesi görecektir.

II. Müdafin Sır Saklama Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi

A. “Sır” Kavramı ve Müdafin Yükümlülüklerinden Biri Olarak Sır Saklama

1. Genel Olarak “Sır” ve “Meslek Sırrı” Kavramları

“Sır” kavramı, “varlığı veya bazı yönleri açığa vurulmak istenmeyen, gizli kalan, gizli tutulan şey” anlamına gelmekte olup görmek, hissetmek veya işitmek suretiyle öğrenilir ve maddi varlığı bulunmaz⁵². Dolayısıyla sır, sır sahibinin kendi bakış açısına göre gizli tutulmasında haklı bir gerekçe olan ve sır sahibinin sarıh veya zımni iradesine göre dışarı vurulmaması gereken bir gerçekliktir; ayrıca, mahiyeti itibarı ile de bilinmezdir veya sadece sınırlı bir çevre tarafından bilinir⁵³. Dolayısıyla aleniyet kazanmış bir husus sır olarak kabul edilemez iken⁵⁴ geçmişte bilinen bir bilginin ise zamanla unutulup sırra dönüşmesi mümkündür^{55,56}.

Genel olarak ifade ettiği anlam bu şekilde olmakla birlikte “sır” kavramı, özel olarak ceza hukukunun en ince ve en önemli meselelerinden biri olarak kabul edilen⁵⁷ “meslek sırrı” kavramını da kapsar. Meslek, kelime anlamı itibarı ile “[b]elli bir eğitim ile kazanılan, sistemli bilgi ve becerilere dayalı, insanlara yararlı mal üretmek, hizmet vermek ve karşılığında para kazanmak için yapılan, kuralları belirlenmiş iş”⁵⁸ anlamına gelir. Hukukta “meslek sırrı” ise mesleki faaliyet aracılığıyla vâkıf olunan⁵⁹; işin güven ilişkisi içerisinde ve mesleğin gerektirdiği şekilde icra edilmesi için meslek sahibi ile paylaşılması gereken⁶⁰; sır sahibinin sarıh veya zımni iradesine uygun olarak gizli tutulup⁶¹ başkaları tarafından bilinmeyen⁶² veya sadece sır sahibinin bilmesini istediği kişilerce bilinen⁶³; meslek sahibi tarafınca kimseye açıklanmayacağına inanılarak pay-

⁵²<<https://sozluk.gov.tr>> (Güncel Türkçe Sözlük) Erişim tarihi 8 Mayıs 2023; Erem, F. (1942). Ceza Hukukunda Meslek Sırrı. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1), 35, 36. “Sır” kavramının tanımlanması konusunda ayrıca bkz. Regan, R. (1943). *Professional Secrecy in the Light of Moral Principles, with an Application to Several Important Professions*. Washington, D.C.: Augustinian Press, 1 ff.

⁵³Schönke, A., Schröder, H., Eisele, J. (2019). *Strafgesetzbuch Kommentar* (30. Aufl.). München: Verlag C. H. Beck, § 203 Verletzung von Privatgeheimnissen, kn. 5; Lackner, K., Kühl, K., Heger, M. (2023). *Strafgesetzbuch Kommentar*. (30. Aufl.) München: Verlag C. H. Beck, § 203 kn. 14; Donatsch, A. (2020). StPO Art. 171 Zeugnisverweigerungsrecht aufgrund eines Berufsgeheimnisses. In Donatsch, A., Lieber, V., Summers, S., Wohlers, W. (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO* (3. Aufl.). Zürich-Basel-Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 1266; Erem (n 52) 36.

⁵⁴Erem (n 52) 36; Donay, S. (1978). *Meslek Sırrının Açıklanması Suçu*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti., 4, 6, 10.

⁵⁵Schönke, Schröder, Eisele (n 53) StGB § 203 kn. 6; Lackner, Kühl, Heger (n 53) StGB § 203 kn. 14; Erem, F. (1969). Avukatlık Sırrı. *Ankara Barosu Dergisi*, 5, 838, 839.

Köln Yüksek Eyalet Mahkemesi (Oberlandesgericht Köln) kamuya açık bir duruşmada görüşülen adli sicil kaydının içeriğinin (karara konu teşkil eden olayın mahiyeti gereği) 10 yıl sona erdikten sonra yeniden sır hâline geleceğini ifade etmiştir, Oberlandesgericht Köln, Beschluss vom 04.07.2000 Ss 254/00 (Rechtsprechung. (2000). OLG Köln, 4.7.2000-Ss 254/00: Offenbarung von Vorstrafen nach Ablauf der Tilgungsfrist durch den Verteidiger. *Neue Juristische Wochenschrift*, 49, 3656).

⁵⁶Üçüncü kişilerce önceden bilinen veya bilinmesi gereken bir hususun objektif olarak sır kabul edilemeyeceği yönündeki karşı görüş için bkz. Donay (n 54) 6. Yazar, bu konuya örnek olarak bir kişinin boşanmış olduğunun gazetede ilan edilmesinin ardından bunun kamu tarafından öğrenildiği veya öğrenile imkânı olduğu gerekçesiyle artık sır olarak ileri sürülemeyeceğini ifade etmektedir, Donay (n 54) 6.

⁵⁷Sevig, V. R. (1938). *Meslek Sırrı. Adliye Ceridesi*, 2, 1893, 1894.

⁵⁸<<https://sozluk.gov.tr>> Erişim tarihi 8 Mayıs 2023.

⁵⁹Centel ve Zafer (n 1) 248; Erem (n 52) 37; Donay (n 54) 7; Kaplan, İ. (1990). Banka Gizliliği-Bankanın Sır Saklama Borcu. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 15(4), 3, 3; Aksoy, M. R. (2022). *Vekilin Sır Saklama Yükümlülüğü*. 1. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 134; İzveren, A. (1955). Bankalardaki Mesleki Sır ve Hukuki Neticeleri. *Adalet Dergisi*, 46(6), 321-322; Meran, N. (2013). *Zimmet-Rüşvet-İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları* (3. bs.). Ankara: Seçkin Yayınevi, 614.

⁶⁰Özkan Koç, S. D. (2022). *İşçinin Sır Saklama Yükümlülüğü* (1. bs.). Ankara: Adalet Yayınevi, 135; Erem (n 52) 37; Atabek, R. (1982). Banka Sırrı. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 11(4), 95, 95.

⁶¹Donay (n 54) 5; Özen, M., Köksal, A. (2020). Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması Suçu. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 69(1), 189, 200; Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E., Çakır, K. (2017). Ceza Hukuku Özel Hükümler (16. bs.). Ankara: Adalet Yayınevi, 866, 871; Alşahin, M. E. (2014). Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması Suçu (TCK m. 258). *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20(2), 219, 236.

⁶²Donay (n 54) 6; Özkan Koç (n 60) 135; Özen ve Köksal (n 61) 200; Alşahin (n 61) 236; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 61) 871.

⁶³Centel ve Zafer (n 1) 248.

laşılan⁶⁴ mesleğe veya kişinin özel hayatına dair gizli⁶⁵ ve gerçek⁶⁶ bilgiler toplamı olarak tanımlanabilir⁶⁷. Tüm bu açıklamalardan sonra ayrıca, mesleki faaliyet ile meslek sırrının öğrenilmesi arasında zorunlu bir bağ bulunması gerektiğinin kabul edildiğini de eklemek gerekir⁶⁸. Söz gelimi, meslek sahibinin görevinin icrasının dışında kendi kişisel merakını gidermek için giriştiği çabalar sonucunda öğrendiği bilgiler, örneğin hekimin hastasının komodininde bulunan mektupları gizlice okuması, bu kapsamda değerlendirilmez⁶⁹. Benzer şekilde, meslekle bağlantılı olsa da mesleğin icra edilmediği sırada öğrenilen bilgiler de meslek sırrı kapsamına dahil değildir; mesela bir bankacı, bir müşteriye ait bilgiyi arkadaş grubu içerisinde öğrenmişse bu meslek sırrı kapsamında değerlendirilmez⁷⁰. Öte yandan, mesleğin icrası sırasında öğrenilip de meslekle doğrudan doğruya ilgisi bulunmayan bilgiler, örneğin bir hekimin tedavi amaçlı bulunduğu evde suç işlendiğini öğrenmesi, meslek sırrı olarak kabul edilmez^{71,72}.

Meslek sırrına sahip olmak bakımından bilhassa hekimler, psikologlar, avukatlar, mali müşavirler, bankacılar ön plana çıkar. Bu kişiler meslek sırrını saklamakla yükümlüdür. Bu kapsamda avukatların saklamakla yükümlü olduğu sırlar, “avukatlık meslek sırrı” olarak ifade edilebilir ve konu bağlamında ayrıca ele alınmasında fayda vardır.

2. Avukatlık Meslek Sırrı ve Şüpheli veya Şanığın Avukatı Olarak Müdafinin Sır Saklama Yükümlülüğü

Avukatlık meslek sırrı, Yargıtay tarafından “avukatın mesleğini icra ederken öğrendiği, herkes tarafından bilinmeyen, açıklanması halinde vekil edenin maddi ya da manevi zarara uğrayacağı, üçüncü kişilerden gizlenen özel yaşama dair bilgiler” olarak tanımlanmıştır⁷³. Buna göre avukatın sır saklama yükümlülüğü, adli ve idari makamlar nezdinde, vekil olunan adına hem daha etkin hem de daha etraflı ve yerinde savunma gerçekleştirilmesi ve iddiada bulunulması ile doğrudan bağlantılıdır; ayrıca, avukatın meslek sırrını muhafaza etmesi milletlerarası sözleşmeler ve Anayasa’da teminat altına alınmış olan özel hayatın gizliliğinin neticesi olup, icra edilen kamu hizmetinin muhtevası ve vasfı ile de ilgili bir meseledir⁷⁴.

Avukatın sır saklama yükümlülüğü, Avukatlık Kanunu’nun 36’ncı maddesinde hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm ile avukatların, kendilerine tevdi edilen bir görev dolayısıyla ya da avukatlık görevi ve Türkiye Barolar Birliği veya baro organlarındaki görevleri sebebiyle bilgi edindikleri konuları açığa vurmaları yasaklanmıştır. Öte yandan Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları’na göre de avukatlar, meslek sırrı ile bağlıdır ve yardımcılarının, stajyerlerinin, çalıştırdığı kişilerin meslek sırrına aykırı hareketlerini engelleyecek tedbirleri

⁶⁴Atabek (n 60) 95.

⁶⁵Özkan Koç (n 60) 135; Donay (n 54) 11; Franck, L. (2015). Auskunft nach § 34 BDSG und anwaltliche Schweigepflicht. *Newsdienst der Zeitschrift für Datenschutz-Aktuell*.

⁶⁶Okay, S. (1953). Meslek Sırrını İfşa. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10(1-4), 235, 242; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 61) 866.

⁶⁷Sungurtekin, M. (1999). *Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri* (2. bs.). İzmir: Barış Yayınları, 290 ff.

⁶⁸Erem (n 52) 37; Centel ve Zafer (n 1) 248; Günerkök, Ö. (2003). Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü. *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(1-2), 655, 658.

Karş. Schönke, Schröder, Eisele (n 53) StGB § 203 kn. 12; Donatsch (n 53) 1267. Ayrıca bkz. Avrupa’da Hukukçular İçin Meslek Etiği Kuralları’nın 2’nci maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci bendi. <<https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/resources/docs/072-private-act.pdf>> Erişim tarihi 8 Mayıs 2023. Anayasa Mahkemesi de bir meslek etiği ilkesi olarak nitelendirdiği sır saklama yükümlülüğünün, ancak mesleki faaliyet sırasında öğrenilen bilgilerle sınırlı olduğunu ve ayrıca sırrın mesleki faaliyet ile uygun nedensellik bağı içinde öğrenilmiş olması gerektiğini belirtmiştir (AYM, E. 2012/94 K. 2013/89 T. 10.07.2013, Resmî Gazete Tarih-Sayı: 25 Ocak 2014-28893).

⁶⁹Schönke, Schröder, Eisele (n 53) StGB § 203 kn. 15.

⁷⁰Özkan Koç (n 60) 135; Donay (n 54) 8, 9.

⁷¹Donay (n 54) 9; Özkan Koç (n 60) 135.

⁷²Mesleki faaliyetin yerine getirildiği sırada yapılan gözlemler ile öğrenilen bilgilerin veya mesela mesleki faaliyetin yerine getirildiği sırada bulunulan ortamda yapılan konuşmalar duyularak vâkıf olunan bilgilerin de sır saklama yükümlülüğü kapsamında olabileceği yönündeki görüş için bkz. Schönke, Schröder, Eisele (n 53) StGB § 203 kn. 15.

⁷³Yargıtay 4. CD. E. 2009/19013 K. 2011/21017 T. 14.11.2011.

⁷⁴Yargıtay 4. CD. E. 2009/19013 K. 2011/21017 T. 14.11.2011.

almakla yükümlüdür⁷⁵. Avukatlık Kanunu Taslağı'nın 38'inci maddesinde de avukatın, görevi veya mesleği vasıtasıyla edindiği bilgiler bakımından sır saklamakla yükümlü olduğuna işaret edilmiş ve bu hususun "avukat stajyerleri ve avukatların yanlarında çalışanlar ile Türkiye Barolar Birliği ve barolarda görev alan avukatlar ve diğer çalışanlar" hakkında da geçerli olduğu madde metnine alınmıştır⁷⁶.

Karşılaştırmalı hukuk düzenlemelerine bakılacak olursa benzer bir yaklaşıma Alman hukuk sisteminde de rastlandığı görülecektir. Keza Alman Federal Avukatlık Kanunu'na göre⁷⁷ avukat, sır saklamakla yükümlüdür (BRAO § 43a Abs. 2 S. 1). Avukatın bu yükümlülüğüne mesleğini icra ederken öğrendiği, aşikâr olanlar ve önemi itibarıyla gizlilik gerektirmeyenler hariç, her şey dahildir (BRAO § 43a Abs. 2 S. 2, 3). Ayrıca avukat, yanında çalıştırdığı kişileri de sır saklamakla -yazılı olarak- yükümlü kılmalı ve bu yükümlülüğün cezai sonuçları hakkında onları bilgilendirmelidir (BRAO § 43a Abs. 2 S. 4)⁷⁸. İlaveten, Bern Kurallarında da avukatın, meslek sırrını tutmakla ve yardımcılarının da meslek kuralına uygun davranmalarını sağlamakla yükümlü olduğu ifade edilmiş; Uluslararası Barolar Birliği Oslo Kararlarında ise avukatın görevden ayrılrsa dahi avukat sırrını gizli tutmak zorunda olduğu ve bu hususun avukatın ortaklarını, büro görevlilerini ve stajyerleri de kapsadığı belirtilmiştir⁷⁹.

Vekalet sözleşmesinde *pacta sunt servanda* (ahde vefa) prensibi hâkimdir ve bu sözleşmenin tarafları olan vekil ile müvekkil arasında güvene dayanan bir ilişki mevcuttur⁸⁰. Avukat ile müvekkili arasındaki bu ilişki ise ancak, avukatın onuru, doğruluğu ve dürüstlüğü konusunda şüphe yoksa mevcut olabilir^{81,82}. Nitekim Avukatlık Kanunu'nun 34'üncü maddesinde de açıklandığı üzere avukatlar, sahip oldukları bu unvanın gerektirdiği saygıya ve güvene uygun şekilde davranmak, yüklendikleri vazifeleri bu vazifenin kutsallığına yakışacak biçimde özen, doğruluk ve onur içinde ifa etmekle mükelleftirler. Öte yandan, avukat ile müvekkil arasındaki vekâlet sözleşmesinin de ötesinde, avukatlık sırrının saklanması görevi esas olarak sır sahibinin değil, daha ziyade kamunun faydasıdır⁸³. Sonuç olarak, avukatın en önemli

⁷⁵Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları, m. 37 (Türkiye Barolar Birliği'nin -TBB- 8-9 Ocak 1971 tarihli IV. Genel Kurulu'nda kabul edilmiş, 26 Ocak 1971 tarihli TBB Bülteni'nde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.) <http://d.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/tbb_meslek_kurallari-2022.pdf> Erişim tarihi 8 Mayıs 2023.

⁷⁶Bkz <<https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/adaletbakanligiavukatlikyasasi.pdf>> Erişim tarihi 8 Mayıs 2023.

⁷⁷<<https://www.gesetze-im-internet.de/brao/>> Erişim tarihi 8 Mayıs 2023.

⁷⁸Uygulamada, ilgili mevzuat hükümlerine göre gizlilik yükümlülüğünün içeriği, kapsamı, sonuçları yazılı bir şekilde çalışanlara sunulup anlatılmakta ve çalışan, kendisine sunulan bir evrak ile işveren avukat tarafından gizlilik yükümlülüğü hakkında bilgilendirildiğini beyan ederek gizliliği korumayı taahhüt etmektedir. Örnek için bkz. <https://www.brak.de/fileadmin/02_fuer_anwaelte/reno/verschwiegenheitsverpflichtung_2021.pdf> Erişim tarihi 8 Mayıs 2023.

⁷⁹Erem, F. (1977). Meslek Kuralları (Şerh) (3. bs.). Ankara: Sevinç Matbaası, 116.

⁸⁰Kılıç, Y. (2019). Osmanlı Hukuku'nda Vekalet Sözleşmesi. Ankara: Adalet Yayınevi, 49; Günerkök (n 68) 655; Başpınar, V. (2008). Avukatın Özen Borcu. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12(1-2), 39, 56; Güner (n 38) 582; Wiebel, B. (1970). *Das Berufsgeheimnis in den freien Berufen Untersuchungen zur Soziologie und Geschichte der Berufe des Arztes, Rechtsanwalts und Strafverteidigers*. Opladen: Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, 39.

⁸¹Avrupa'da Hukukçular İçin Meslek Etiği Kuralları'nın 2'nci maddesinin ikinci fıkrası, <<https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/resources/docs/072-private-act.pdf>> Erişim tarihi 8 Mayıs 2023.

⁸²"...Avukat ile müvekkili arasındaki sözleşme ilişkisinin temeli güven ve sadakat ilkelerine dayanmaktadır. Müvekkilin; her durumda avukatına güvenmesi, sırrını saklayacağından emin olması gerekir. Bu nedenle Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesinde, avukatların görevlerini "bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmakla" yükümlü oldukları ifade edilmiş ve Yasa'nın 36. maddesinde de görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açıklamaları yasaklanarak sır saklama yükümlülükleri öngörülmüştür..." Yargıtay 4. CD., E. 2009/19013, K. 2011/21017, T. 14.11.2011.

"...Avukatlık mesleğini seçenlerin, avukatlık adına uygun biçimde görevlerinin gereklerini özenle yerine getirmeleri, avukatlık unvanından ayrı düşünülmemeyecek saygı ve güveni koruyup güçlendirmenin başta gelen koşullarından biridir..."

"...Serbest meslek üyesi de olsa, kamu hizmeti gören avukatın tutum ve davranışlarında sorumluluk bilinciyle özenli davranması, mesleğin onurunu ödünsüz, kuşkusuz koruyup sürdürmesi ve her yönden üstün nitelikler taşıması kamunun beklediği bir husustur. Avukatların, genel yarara uygun biçimde mesleklerinin gelişmesine katkıda bulunmaları için getirilen düzenlemelere, ilgili kurallara uymaları, uygun davranışları yeğleyerek, gerekli nitelikleri yitirmeden savunma görevini yürütmeleri amaçlanmıştır... Avukat, meslek disiplin ve ahlâkını olumsuz yönde etkileyecek her eylemden uzak duracak, genelde ve özelde meslek onurunu güçlendirip yükseltecektir..." AYM, E. 1988/50 K. 1989/27 T. 23.06.1989, Resmi Gazete Tarih-Sayı: 4 Ekim 1989-20302.

⁸³Aynı yönde bkz. Erem (n 55) 838.

yükümlülüklerinin başında sır saklama yükümlülüğü, özen yükümlülüğü⁸⁴ ve sadakat yükümlülüğünün geldiğini ifade etmek gerekir.

Güven ilişkisinin varlığı ise bilhassa müvekkilin, avukatın sırrını saklayacağına duyduğu inançta kendini gösterir. Dolayısıyla, Avrupa'da Hukukçular İçin Meslek Etiği Kuralları'nın 2'nci maddesinin üçüncü fıkrasının birinci bendinde de vurgulandığı üzere⁸⁵, sır saklama yükümlülüğünün avukatın temel ve birincil *hakkı* ve *görevi* olduğu kabul edilmelidir. Görüldüğü üzere Avrupa'da Hukukçular İçin Meslek Etiği Kuralları sır saklamayı hem *hak* hem *yükümlülük* olarak kabul etmiştir⁸⁶. Buna benzer şekilde, Alman Avukatlık Meslek Kuralları'na (Berufsordnung für Rechtsanwälte, BORA) göre de avukat sır saklamakla *yükümlü* ve *yetkilidir* (BORA § 2 Abs. 1 S. 1)⁸⁷. Dolayısıyla sır saklamak burada da hem hak hem de bir yükümlülük olarak nitelendirilmiştir.

Avukatın sır saklama yükümlülüğü sadece, kendi müvekkiline⁸⁸ ve hukuki yardım almak üzere kendisine başvuran kişilere karşıdır; diğer bir ifade ile avukat, sadece müvekkilinin ve hukuki yardım almak üzere kendisine başvuran kişilerin sırlarını saklamakla mükelleftir⁸⁹. Nitekim Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nda da ifade edildiği üzere avukatın, davasını almadığı kişilerin başvurusu sebebiyle edindiği bilgileri de sır olarak kabul etmesi gerekir⁹⁰. Bu kural, avukatlık meslek sırrının tabiatı gereği zaruridir.

Avukatın sır saklama yükümlülüğünün doğup doğmadığının değerlendirilmesinde, sırrı emanet eden kişinin sır sahibi mi yoksa üçüncü bir kişi mi olduğu hususu önem arz etmez⁹¹. Hatta avukat, müvekkilinin yanında yaptığı telefon görüşmesinde bazı bilgiler duyması örneğinde olduğu gibi, sırda doğrudan vâkıf da olabilir. Ancak doğrudan edinilen bir bilgi her zaman sır saklama yükümlülüğü kapsamında olmayabilir; söz gelimi avukat, vekili olduğu ve otomobiline çarpılan davacının aracını kaza mahalline gidip görmüş ise bu konuda vâkıf olduğu bilgi kanun gereği sır olarak saklanması gereken bilgilerden değildir⁹². Bunun yanı sıra, avukatın sırda yazılı, sözlü veya başka herhangi bir şekilde bildirme suretiyle vâkıf olması mümkün olduğundan vukuf şekli de sır saklama yükümlülüğünün doğup doğmadığının değerlendirilmesinde belirleyici bir rol oynamaz⁹³.

Sır saklama yükümlülüğünün yönelik olduğu kişi ve makamların kapsamı ise geniştir. Gerçekten, avukatın sır saklama yükümlülüğü Yargıtay'ın isabetli olarak ifade ettiği üzere, üçüncü kişilere, idari birimlere ve mahkemeler ile savcılıklara karşı geçerlidir^{94,95}. Ayrıca avukatın sır saklama yükümlülüğü, sır sahibi ile

⁸⁴Avukatın özen yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Başpınar (n 80) 39 ff. Ayrıca bkz. Güner (n 38) 562 ff; Kılıç (n 80) 44 ff.

⁸⁵<<https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/resources/docs/072-private-act.pdf>> Erişim tarihi 8 Mayıs 2023.

⁸⁶Avrupa'da Hukukçular İçin Meslek Etiği Kuralları, Avrupa Barolar ve Hukuk Birlikleri Konseyi (Council of Bars and Law Societies of Europe, CCBE) tarafından kabul edilmiştir. Bahsi geçen kuralların devamında yer verilen açıklayıcı notlarda, Avrupa'da Hukukçular İçin Meslek Etiği Kuralları'nın gözlemci üyeler için de bağlayıcı olduğu vurgulanmıştır. <<https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/resources/docs/072-private-act.pdf>> Erişim tarihi 8 Mayıs 2023. Türkiye Barolar Birliği, ülkemizin Avrupa Birliği'ne aday ülke olması nedeniyle CCBE'nin gözlemci üyesi statüsündedir. Dolayısıyla Avrupa'da Hukukçular İçin Meslek Etiği Kuralları ülkemizde de bağlayıcı niteliktedir.

⁸⁷<https://www.brak.de/fileadmin/02_fuer_anwaelte/berufsrecht/BORA_Stand_01.10.2022.pdf> Erişim tarihi 8 Mayıs 2023.

⁸⁸Bu yönde bkz. Günerkök (n 68) 657.

⁸⁹Karş. Donay (n 54) 156.

⁹⁰Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları, m. 37.

<http://d.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/tbb_meslek_kurallari-2022.pdf> Erişim tarihi 8 Mayıs 2023.

⁹¹Schönke, Schröder, Eisele (n 53) StGB § 203 kn. 8; Erem (n 55) 838; Erem (n 79) 118; Umar, B. (2014). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (2. bs.). Ankara: Yetkin Yayınları, 775.

⁹²Umar (n 91) 775.

⁹³Wild, M. S. (2008). *Die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht in Deutschland und Frankreich: unter besonderer Beachtung der sich aus dem grenzüberschreitenden Rechtsverkehr ergebenden Kollisionsfälle*. Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH, 99; Schönke, Schröder, Eisele (n 53) StGB § 203 kn. 13, 14.

⁹⁴Yargıtay 4. CD., E. 2009/19013, K. 2011/21017, T. 14.11.2011.

⁹⁵Karş. Çetin, S. H. (2020). 5549 Sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanuna Göre Avukatların Bildirim Yükümlülüğü. *Avrasya 4. Uluslararası Sosyal Bilimler Kongresi-Proceeding Book*, 59-74, <https://www.avrasyakongresi.org/_files/ugd/7cf5ba_a7aecf14bbc64a89ba6f1d>

olan sözleşme ilişkisi sona erdikten ve hatta sır sahibi öldükten sonra dahi devam eder⁹⁶. Diğer bir ifade ile, avukatın sır saklama yükümlülüğü zamanla sınırlı değildir⁹⁷. Nitekim Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'na göre avukatlık sırrının muhafaza edilmesi süresiz olup meslekten ayrılmak dahi bu mükellefiyeti sona erdirmez⁹⁸. Avukatlık Kanunu Taslağı'nda ise sır saklama yükümlülüğü ile ilgili olarak 38'inci maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde bu konu, sır saklama yükümlüğün, meslek veya görevin sona ermesinden sonra dahi devam edeceğine hükmedilmek suretiyle madde metnine alınmıştır. Benzer şekilde Alman Avukatlık Meslek Kuralları'na göre de sır saklama yükümlülüğü ve hakkı, görev süresinin bitiminden sonra da geçerliliğini korumaya devam eder (BORA § 2 Abs. 1 S. 2).

Mevcut hukuk sistemimizde, karşılaştırmalı hukukta ve uluslararası düzenlemelerde genel itibarıyla bu şekilde ortaya konulan avukatlık meslek sırrı bakımından sır saklama yükümlülüğünün muhatabı olan avukat, sadece hukuk yargılamasındaki avukat değildir. Ceza muhakemesinde de avukatın sır saklama yükümlülüğü vardır ve hatta bu yükümlülük ceza muhakemesinde daha belirgin bir hâl almaktadır. Bilhassa, ceza muhakemesinde şüphelinin veya sanığın savunmasını üstlenen avukat olan müdafî bakımından durum böyledir. Müdafî de tabiatıyla bir avukat olarak sır saklamakla yükümlüdür. Sır saklama yükümlülüğünün istinat ettiği güven ilişkisinin önemi, ceza yargılaması bakımından kendini belirgin şekilde gösterir. Gerçekten, ceza yargılamasında etkin bir savunma ancak ve ancak müdafî ile sanık arasındaki güven ilişkisi temeliyle mümkün olabilir⁹⁹. Çünkü ceza muhakemesinin amacına ulaşabilmesi için, savunmanın etkin şekilde gerçekleştirilebilmesi ve bunun için ise ceza muhakemesinde şüpheli veya sanığın savunmasını gerçekleştiren müdafînin, şüpheli veya sanığın ne ile itham edildiğini tam ve doğru olarak bilmesi önem taşır. Bu anlamdaki bilgiye ise müdafî, bir yandan şüpheli veya sanığın beyanları, diğer yandan ise muhakemeye ilişkin evrakları incelemek suretiyle ulaşabilir. Şüpheli veya sanığın beyanlarının gerçeği yansıtması ise müdafî ile arasındaki güven ilişkisinin tesis edilmesi ile mümkün olup, bu ilişkinin tesis edilmesi müdafînin sırrı saklayacağına duyulan inançta kendini gösterir. Bu inancın sağlanmasının, müdafînin sır saklamakla yükümlü olmasıyla ilişkili olduğu açıktır.

B. Müdafînin Sır Saklama Yükümlülüğünü Yerine Getirmesi

Müdafî, kanundan kaynaklanan sır saklama yükümlülüğüne uygun davranışları dolayısıyla, kanun hükmünü yerine getirmiş olacaktır. TCK'nın kanun hükmü ve amirin emrine ilişkin 24'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre, kanun hükmünü yerine getiren cezalandırılmaz¹⁰⁰. Kanun hükmünün yerine getirilmesi konusunda, belirli hususlarda kişiye kanun tarafından verilen yetki, aslında o kişinin görevi niteliğinde olduğundan bahsi geçen hukuka uygunluk nedeni öğretide "görevin ifası/görevin yerine getirilmesi"

2a92cfd08.pdf> Erişim tarihi 8 Mayıs 2023; Aykın, H. (2008). Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede Şüpheli İşlem Bildirim Sistemi. *Bankacılar Dergisi*, 65, 37-65; Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı. (2021). *Serbest Avukatlar İçin Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Yükümlülüklerle İlişkin Temel Esaslar*. <https://d.barobirlik.org.tr/2021/tbb_20210406155548.pdf> Erişim tarihi 8 Mayıs 2023; Kuru, M. (2020). Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesinde Şüpheli İşlem Bildirimi ve Avukatlık Mesleği İlişkisi. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(195-196), 1773-1811; Siebke, M. M. (2022). Das anwaltliche Berufsgeheimnis und die neue europäische Geldwäschaufsicht. In Schubel, C., Kirste, S., Müller-Graff, P. C., Diggelmann, O., Hufeld, U., *Jahrbuch für Vergleichende Staats- und Rechtswissenschaften*–2022. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG., 218 ff; Hamacher, R. (2012). Das anwaltliche Berufsgeheimnis und die Geldwäsche. *Wistra: Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, (4), 136-141. Ayrıca bkz. Michaud v France App no 12323/11 (ECHR 6 December 2012).

⁹⁶Donatsch (n 53) 1268; Kılıç (n 80) 49; Erem (n 55) 839.

⁹⁷Bkz. Avrupa'da Hukukçular İçin Meslek Etiği Kuralları'nın 2'nci maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü bendi.<<https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/resources/docs/072-private-act.pdf>> Erişim tarihi 8 Mayıs 2023.

⁹⁸Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları, m. 37.

<http://d.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/tbb_meslek_kurallari-2022.pdf> Erişim tarihi 8 Mayıs 2023.

⁹⁹Roxin, Schünemann (n 5) 131.

¹⁰⁰Görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Koca, M., Üzülmüş, İ. (2022). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. bs.). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 276 ff; Özgenç, İ. (2022). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. bs.). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 319 ff; Özbek, V. Ö., Doğan, K., Bacaksız, P. (2022). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. bs.). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 287 ff; Gökpinar, M. (2022). *Ceza Hukukunda Görevin Yerine Getirilmesi* (1. bs.). Ankara: Adalet Yayınevi, 23 ff.

şeklinde adlandırılmaktadır¹⁰¹. Dolayısıyla müdafin, bu yükümlülüğü yerine getirirken gerçekleştirdiği hareketlerinin suç teşkil etmesi durumunda, görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninden yararlandırılması gerekir. Bu bağlamda bir değerlendirme yapmak için müdafilik görevinin ve müdafin sır saklama yükümlülüğünün kapsamı önem arz eder. Müdafilik görevinin kapsamı ve dolayısıyla müdafin hukuki durumu konusunda ise CMK'nın lafzına ve ruhuna uygun olarak, birinci ana başlıkta da açıklanmış olduğu üzere, “şüpheli veya sanığın adalete de hizmet eden yardımcısı” olduğu anlayışı benimsendiği takdirde, müdafin şüpheli veya sanığın lehine hareket edip sır saklama yükümlülüğü gereği onun aktardığı sır niteliğindeki bilgileri açığa vurmaması gerektiği sonuçlarına ulaşılır; ancak diğer taraftan müdafin adalete de hizmet ettiği için, adaleti haksız şekilde şüpheli veya sanık lehine saptırmak amacıyla hukuka aykırı davranışlara da girişmemesi gerekir. Dolayısıyla sır saklama yükümlülüğüne uygun olarak susmak başka, söz gelimi delil karartmak başkadır. Diğer bir ifadeyle müdafin, şüpheli veya sanığın lehine hareket etmelidir ancak bu hareketlerinde adli organların işleyişini engellemek gibi adaleti saptırma girişimi olarak nitelendirilebilecek sınıır çizgilerine riayet etmesi gereklidir. Diğer yandan ise kamu yararına ve adalete hizmet etmelidir, ancak bu hizmeti gerçekleştirirken yardımcısı olduğu şüpheli veya sanığın aleyhine bir harekette bulunmama sınırını ihlal etmemelidir. Müdafin görevini yerine getirirken bu hususlara dikkat etmeli, görevi kapsamında sır saklamayı da ancak ve ancak bu ölçüler dahilinde gerçekleştirmelidir. Neticeten, bu ölçülere riayet edildiği takdirde müdafin kanundan kaynaklanan sır saklama yükümlülüğünü yerine getirmeye yönelik hareketleri suç teşkil etse dahi, görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni dolayısıyla suçun unsurları oluşmayacaktır. Bu anlamda olmak üzere bilhassa önem arz eden iki ana mesele bulunmaktadır: müdafin, işlendiğini görevi nedeniyle öğrendiği suçu ya da görevi nedeniyle vakıf olduğu tutuklu, hükümlü veya suç delillerine ilişkin bilgileri bildirmemesi. Bu meselelerin müdafin hukuki konumu hakkında benimsenen görüşe göre ve kanuni sır saklama yükümlülüğünün yerine getirilmesi perspektifinden ele alınması konunun somutlaştırılmasına katkı sağlayacaktır.

TCK'nın *kamu görevlisinin suçu bildirmemesi* suçunun düzenlendiği 279'uncu maddesinin birinci fıkrasına göre “[k]amu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”¹⁰² Aslında suçu bildirmeme suçunun düzenlendiği TCK'nın 278'inci maddesinde, tanıklıktan çekinebilecek kişilerin bu suçtan cezalandırılmayacağına hükmedilerek bir şahsi cezasızlık sebebi getirilmiştir ancak benzer bir hükme kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçunun düzenlendiği 279'uncu maddede rastlanmamaktadır¹⁰³. Buna karşın müdafin, yerine getirdiği müdafilik görevi dolayısıyla yine de kanunen sır saklamakla yükümlü olduğundan, müdafiliğini üstlendiği kişinin veya müdafiliğinden yararlanmak maksadı ile kendisine başvuran kişinin bir suç işlediğini

¹⁰¹Koca ve Üzülmmez (n 100) 276; Özgenc (n 100) 319, 320. Karş. Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 100) 287.

¹⁰²Suç işleyen kimselerin cezalandırılmasını devletten talep etmek nasıl bir hak ise bir suçun işlendiğini öğrenilmesi hâlinde yetkili makamlara bildirimde bulunmak da bir yükümlülük olup aksi yöndeki davranışlar genel olarak haksızlık içerir. Buna karşın, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, izlenen suç politikası dolayısıyla sadece belirli kişiler ve belirli suçlar açısından TCK'nın 278'inci maddesinde suçu bildirmeme suçu olarak yerini bulmuştur. Diğer taraftan, kamu görevlisinin suçu bildirmemesine ise ayrı bir suç tipi olarak 279'uncu maddede yer verilmiştir. Zira kamu görevlileri, görevlerini icra ettikleri esnada ve görevlerine ilişkin olarak bir suçun işlendiğini öğrendikleri zaman, bu durumu yetkili makamlara bildirmekle yükümlüdür. Bkz. TBMM, Yasama Dönemi: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, 668-670.

¹⁰³Öğretideki bir görüşe göre sır saklama yükümlülüğü bulunan kişilerin suçu bildirmeme suçu bakımından hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninden istifade edebileceği savunulmaktadır, bu yönde bkz. Erdem, M. R. (2009). Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m. 278). *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 80, 105, 116; Tezcan, D., Erdem, M. R., Önok, M. (2023). *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (21. bs.). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1287. Diğer görüşe göre ise sır saklama yükümlülüğünün mevcut olduğu durumlarda hakkın kullanıldığı bir durum değil görev-yükümlülük durumları söz konusudur, Ünver, Y. (2023). *TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar, İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, Suçu İhbar Etmek Suçları* (7. bs.). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 400. Başka bir görüşe göre ise CMK'nın 45'inci ve 46'ncı maddeleri sadece TCK'nın 278'inci maddesi açısından değil ayrıca 279'uncu maddesi bakımından şahsi cezasızlık sebebi oluşturmaktadır, bu yönde bkz. Koca, M. (2012). Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(1), 113, 122. Sonuç olarak sır saklama yükümlülüğünün suçu bildirmeme suçları (TCK m. 278-279) bakımından, öğretide, hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni, görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni veya şahsi cezasızlık sebebi teşkil edeceği yönlerinde olmak üzere üç farklı görüş olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

öğrense dahi, yetkili makamlara bununla ilgili bildirimde bulunma yükümlülüğü yoktur¹⁰⁴. Nitekim, TCK'nın 278'inci maddesinde değişiklik yapan bir düzenlemenin gerekçesinde, CMK'nın meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekilmeye ilişkin 46'ncı maddesi karşısında TCK'nın 279'uncu maddesinde tanımlanan kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçu bakımından şahsi cezasızlık sebebi içeren bir hükme yer verilmemiş olmasının eksiklik oluşturmadığına ayrıca dikkat çekildiği görülmektedir¹⁰⁵.

Neticeten, CMK'nın meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekilmeye ilişkin 46'ncı maddesi kapsamındaki kişilerden addedilecek olan müdafin, bu görevi ile sınırlı olarak suçu bildirme yükümlülüğü söz konusu değildir^{106,107}. Bu kapsamda, müdafii, müdafiliğini üstlendiği kişinin veya müdafiliğinden yararlanmak maksadı ile kendisine başvuran kişinin bir suç işlediğini öğrenirse bu bilgisi avukatlık meslek sırrı kapsamında bir bilgi olarak nitelendirilmelidir. Kanunen bu sırrı saklamakla yükümlü olduğu için, görevi gereğince bu bilgi dolayısıyla yetkili makamlara ihbarda bulunma yükümlülüğü yoktur; bilakis, bu sırrı açığa vurması müdafin sorumluluğu yoluna gidilmesini gerektirebilir. Diğer bir ifadeyle, müdafii her ne kadar kamu adına soruşturulması yahut kovuşturulması icap eden bir suçun işlendiğini görevi sebebiyle öğrenmiş ve yetkili makamlara bildirimde bulunmamış da olsa kamu görevlisinin suçu bildirmemesi dolayısıyla cezai sorumluluğu cihetine gidilememelidir; zira bu durumda müdafin kanuni sır saklama yükümlülüğü dolayısıyla görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninden yararlanması söz konusudur¹⁰⁸.

Kanuni sır saklama yükümlülüğünün sonucu olan bu yaklaşım, yüzeysel bir ilk bakışta adalet ve vicdan duygusunu zedelediği izlenimini oluşturabilir. Ancak daha derin düşünüldüğünde yaklaşımın temelinde yatan kamu yararını görebilmek mümkün olacaktır. Zira buradaki sır saklama yükümlülüğü, savunma hakkının doğal sonucu olup¹⁰⁹ hem hak sahibinin menfaatine hem de adaletin yerine getirilmesine hizmet eder¹¹⁰. Velhasıl, müdafilik görevinin etkin şekilde yerine getirilmesinden beklenen bireysel ve kamusal faydanın gerçekleşmesi, sır saklama yükümlülüğünün korunmasına bağlıdır. Kaldı ki bir an için müdafin sır saklama yükümlülüğünün bulunmadığı ve dolayısıyla bir suçun işlendiğini görevi kapsamında öğrendiğinde bunu açıklayabilmesinin mümkün olduğu farz edildiğinde, bu sefer müdafin açıklayabilecek herhangi bir bilgisinin bulunmayacağı sonucuna ulaşmak gerekir. Çünkü müdafin sır saklamakla yükümlü olmadığının farz edildiği bu ihtimalde, mantıksal olarak müdafie hiçbir zaman itirafta da bulunulmayacaktır. Ne var ki, sır saklama yükümlülüğünün temelinde yatan kamu yararına karşın, müdafin kendisine yapılan suç itirafı dolayısıyla vicdanen çetin durumda kalması da mümkündür. Bu durumda müdafin, müdafiliğini üstlendiği

¹⁰⁴ Özgenç (n 100) 341; Mahmutoğlu, F. S., Talas, S. (2007). Avukatların Görev Suçları ve Yargılanması Rejimi. *İstanbul Barosu Dergisi*, Ceza Hukuku Özel Sayı: 1, 13, 19; Ünver (n 103) 417; Kocasakal, Ü. (2017). *Türk Ceza Kanununda Suçu Bildirmeme Suçları*, TCK 278-279-280 (1. bs.'dan tıpkı bs.). İstanbul: Vedat Kitapçılık, 93-94. Benzer yönde bkz. Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 219.

¹⁰⁵ TBMM, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 278, 128.

¹⁰⁶ Aynı yönde bkz. TBMM, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 278, 128; Özgenç (n 100) 341; Mahmutoğlu ve Talas (n 104) 19; Ünver (n 103) 417; Kocasakal (n 104) 93-94. Benzer yönde bkz. Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 219; Benzer görüş için bkz. Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 219; Koca, M., Üzülmüş, İ. (2020). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (7. bs.). Ankara: Adalet Yayınevi, 1127.

¹⁰⁷ CMK m. 46: "(1) Meslekleri ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecekler ile çekinme konu ve koşulları şunlardır:

a) Avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler.

b) Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler.

c) Malî işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterlerin bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgiler.

(2) Yukarıdaki fıkranın (a) bendinde belirtilenler dışında kalan kişiler, ilgilinin rızasının varlığı halinde, tanıklıktan çekinemez."

Görüldüğü üzere, özellikle ilgili maddede avukatlık mesleğini sır saklama yükümlülüğü altındaki diğer mesleklerden farklı olarak ele alan ikinci fıkrada yer alan düzenleme, avukatların tanıklığına ilişkin özel bir duruma yer vermek suretiyle sır saklama yükümlülüğünü pekiştirmiş olmaktadır. Bu da ilgili maddenin Avukatlık Kanunu'nun sır saklamaya ilişkin 36'ncı maddesine istinat etmesinden kaynaklanmaktadır. Bu konuda bkz. Gökcan, Balci, Alşahin ve Çakır (n 38) 286.

¹⁰⁸ Bu durumda, hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin söz konusu olduğu yönündeki görüş için bkz. Ünver (n 103) 417.

¹⁰⁹ Donay (n 54) 94.

¹¹⁰ Avrupa'da Hukukçular için Meslek Etiği Kuralları'nın (Code of Conduct for European Lawyers, CCEL) 2'nci maddesinin üçüncü fıkrasının birinci bendi, <<https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/resources/docs/072-private-act.pdf>> Erişim tarihi 8 Mayıs 2023. Karş. Toroslu ve Fezyioğlu (n 1) 36.

veya müdafiliğinden yararlanmak maksadı ile kendisine başvuran kişiyi uyararak onun en doğru şekilde davranmasını sağlamak yolunda elinden geleni yapması gerekse de bunun dışında herhangi bir şey yapmaması da önemlidir¹¹¹. Örneğin, şüpheli veya sanık müdafie itirafta bulunmuşsa ve fakat ceza muhakemesi sürecinde elde edilen deliller mahkûmiyet hükmü kurulabilmesi için yeterli değilse o zaman müdafî salt bu olguya istinat ederek beraat talep edebilir; ancak müdafînin, vicdanının böyle olaylarda beraat talebinde bulunmaya dahi elvermediği ahvalde, açıklama yapmadan görevinden istifa etmesi daha uygun olacaktır¹¹².

Müdafînin, sır saklama yükümlülüğü dolayısıyla, işlendiğini görevi nedeniyle öğrendiği suçu bildirmemesinin yanı sıra görevi nedeniyle vakıf olduğu tutuklu, hükümlü veya suç delillerine ilişkin bilgileri bildirmemesi de söz konusu olabilir. TCK'nın *tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme* suçunun düzenlenmiş olduğu 284'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre "[h]akkında tutuklama kararı verilmiş olan veya hükümlü bir kişinin bulunduğu yeri bildiği hâlde yetkili makamlara bildirmeyen kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." Üstelik bahsi geçen hükmün üçüncü fıkrasıyla da bu maddede düzenlenen suçları kamu görevlisinin göreviyle bağlantılı olacak şekilde işlemesi durumunda verilecek cezanın yarı oranında artırılacağına hükmedilmiştir. Görüldüğü üzere, TCK'nın 284'üncü maddesi aslında hakkında tutuklama kararı verilmiş olan veya mahkûmiyet hükmü giymiş olan kişinin yerini bilenlere yetkili makamlara ihbar yükümlülüğü getirmiş, üstelik bu yükümlülüğe aykırı davranan kişinin kamu görevlisi olması hâlinde cezanın artırılmasını gerektiren bir nitelikli hâl öngörmüştür. Ancak müdafî, bir kamu görevlisi olsa bile, kanunen sır saklamakla yükümlü olduğu için yerine getirdiği görev dolayısıyla, müdafiliğini üstlendiği veya müdafiliğinden yararlanmak maksadı ile kendisine başvuran kişinin hakkında tutuklama veya ceza mahkûmiyeti kararı verilmiş bir kişi olması ve onun bulunduğu yeri öğrenmesi hâlinde yetkili makamlara bildirim yapmakla yükümlü olmamalıdır¹¹³. Böyle bir durumda hakkında tutuklama kararı veya mahkûmiyet hükmü verilmiş kişinin bulunduğu yer, avukatlık meslek sırrı kapsamında değerlendirilmelidir¹¹⁴. Bu sebeple, bu durumdaki müdafî hakkında, müdafînin bir kamu görevlisi olması hasebiyle cezasının artırılması şöyle dursun, bahsi geçen suçun temel şeklinden dahi mahkûmiyet hükmü kurulması mümkün değildir; zira kanuni sır saklama yükümlülüğü dolayısıyla görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni söz konusu olduğundan suçun unsurları oluşmamıştır¹¹⁵. Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda, isabetli şekilde, hakkında yakalama kararı bulunan müvekkilinin yerini yetkili makamlara bildirmeyen müdafînin bu davranışının sır saklama yükümlülüğü bağlamında TCK'nın 24'üncü maddesinin birinci fıkrası kapsamında görevin yerine getirilmesi olarak değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹¹⁶.

Benzer şekilde, TCK'nın yine bahsi geçen 284'üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre ise "[i]şlenmiş olan bir suça ilişkin delil ve eserlerin başkaları tarafından saklandığı yeri bildiği hâlde yetkili makamlara bildirmeyen kimse, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır." Ancak tekrar ifade etmek gerekir ki, müdafî, sır sakla-

¹¹¹Bu konuda bkz. Erem (n 79) 118. Karş. Sarı, C. (2022). Kamu Görevlilerinin Sır Saklama Yükümlülüğü ve Yasa Dışı Eylemlerin Bildirilmesi Zorunluluğu İkilemi: Bir Örnek Olayda Avukatın Tanıklığı. *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 12(2), 447 ff.

¹¹²Roxin, Schünemann (n 5) 130.

¹¹³Özgenç (n 100) 341; Koca ve Üzülmüş (n 106) 1127. Benzer görüş için bkz. Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 219.

¹¹⁴Bkz. Yargıtay 4. CD., E. 2009/19013 K. 2011/21017 T. 14.11.2011.

¹¹⁵Aynı yönde bkz. Çelik, İ. (2022). *Nitelikleri, Hak ve Yükümlülükleri Kapsamında Avukatlık Suçları* (2. bs.). Ankara: Seçkin Yayınevi, 549-550; Koca ve Üzülmüş (n 106) 1127.

¹¹⁶"[A]vukatın mesleği ile bağlantılı olarak öğrendiği, vekil edene ait özel ilişkileri, sağlık bilgileri, mali durumu, kişisel bilgileri gibi **gerektiğinde bulunduğu yer ya da adresi de sır kapsamına dahildir...** Sanığın özgür iradesiyle seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmasını öngören Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/3-c, Anayasamızın iddia, savunma ve adil yargılanma hakkını öngören 36, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun dürüstlük ve güven ilkelerini öngören 34 ve avukatın sır saklama yükümlülüğünü düzenleyen 36. maddelerindeki düzenlemeler dikkate alındığında **sanık avukatın, hakkında yakalama kararı bulunan vekil edenin yerini adli mercilere bildirmemesinin sır saklama yükümlülüğü ile bağlantılı olarak TCK'nın 24/1. maddesi anlamında kanunun hükmünü (görevini) yerine getirme hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilerek CMK'nın 223/2-d maddesi gereğince anılan suçun oluşmayacağına kabul edilmesi...**" Yargıtay 4. CD., E. 2009/19013 K. 2011/21017 T. 14.11.2011 (vurgu eklenmiştir).

Aynı yönde ve ayrıca *nemo tenetur* ilkesi perspektifinden değerlendirme için bkz. Ünver ve Hakeri (n 7) 600.

makla yükümlü olduğu için yerine getirdiği görevi dolayısıyla müdafiliğini üstlendiği veya müdafiliğinden yararlanmak maksadı ile kendisine başvuran kişinin işlemiş olduğu suça ilişkin delil ve eserlerin saklı olduğu yeri öğrense dahi bunu da yetkili makamlara bildirmekle yükümlü değildir¹¹⁷. Dolayısıyla bu durumdaki müdafî açısından da bahsi geçen suç bakımından görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni söz konusudur¹¹⁸. Gerçekten müdafî, müdafiliğini üstlendiği kişinin durumunu kötüleştirecek delilleri, elinde olsalar dahi, sunmak mecburiyetinde değildir ve kaldı ki sır saklama yükümlülüğü bağlamında müdafînin her bildiğini söyleme zorunluluğu da yoktur; ancak söylediği şeyler ise gerçek olmalıdır¹¹⁹. Sonuç olarak müdafî, suça ilişkin saklı hâldeki delil ve eserlerin yerine ilişkin bilgi sahibiyse yetkili makamlara bildirim yapmayabilir. Bu delil ve eserlerin varlığını bile bile susabilir ve hatta sır saklama yükümlülüğü gereği susup bu sırrı görevi gereğince saklamalıdır da. Ancak, bu delil ve eserlerin varlığını bilmesine karşın sanığın masumiyetini ileri sürerek değil, mevcut delil durumunu gerekçe göstererek beraat talep etmesi gerekir¹²⁰. Öte yandan, sanığın masumiyetini nasıl iddia etmiyorsa suçluluğunu da hiçbir şekilde ima etmemesi gerekir.

C. Müdafînin Sır Saklama Yükümlülüğünün Sınırı

Sır saklama yükümlülüğünün sınırları dahilindeki davranışlar, savunma hakkının gereğidir ve kamu yararıyla adalete hizmet eder. Bu gerekçeyle müdafî sır saklama yükümlülüğünü yerine getirdiği nispette görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk sebebinden yararlansa da bu yükümlülüğün sınırlarını aştığı takdirde müdafilik görevi kapsamında mütalaa edilemeyecek durumlar meydana geleceği için görevin yerine getirilmesi söz konusu olmaz. Sır saklama yükümlülüğünün sınırları, müdafînin hukuki durumuna göre belirlenir. Hukuki durumu itibarıyla şüpheli veya sanığa yardım ederken adalete ve kamu yararına da hizmet eden müdafînin, adli organların işleyişini engellemek gibi adaleti saptırma girişimi olarak nitelendirilebilecek sınır çizgilerine riayet etmesi ve adalet terazisini haksız şekilde şüpheli veya sanık lehine saptırmak adına hukuka aykırı davranışlara girişmemesi gerektiğine yukarıda işaret edilmişti. Gerçekten müdafî, şüpheli veya sanığın özgürlüğünü hukuka uygun olmayan yollarla güvence altına aldığı zaman, adalete ve kamu yararına hizmet etmiş, adaletin teminini desteklemiş olmaz^{121,122}. Bu gerekçelerle kamu yararına ve adalete hizmet etmeyen, bilakis bunlarla çatışan davranışlar sır saklama yükümlülüğü ve dolayısıyla müdafilik görevi kapsamında değerlendirilmemeli, bilakis müdafilik göreviyle çeliştikleri kabul edilmelidir. Bu açıklamalardan sonra kolaylıkla ifade edilebilir ki, sır saklama yükümlülüğü, müdafînin gerçeğin ortaya çıkmasına engel olmak için suç işlemesine cevaz vermez.

Sır saklama yükümlülüğü, müdafînin dürüstlüğüne gölge düşüren bir yükümlülük olarak anlaşılmamalıdır. Müdafînin dürüstlük sınırlarını aşarak gerçekleştirdiği eylemler, müdafilik görevi kapsamında mütalaa edilmezler. Bilakis bu yöndeki eylemler, şayet suç teşkil etmekteyse müdafînin cezai sorumluluğu cihetine gidilmesini gerektirir. Örneğin Yargıtay, şüphelinin kimlik tespitinde kendi kimliği yerine kardeşinin kimliğini beyan ettiğini bilmesine rağmen bu şekilde tanzim edilen kimlik tespit tutanağını müdafînin imzalamasının sır saklama yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğine hükmetmiştir¹²³. Gerçekten, yargılama

¹¹⁷ Özgenç (n 100) 342; Koca ve Üzülmüş (n 106) 1129. Benzer görüş için bkz. Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 219.

¹¹⁸ Aynı yönde bkz. Çelik (n 115) 549-550. Ayrıca bkz. Koca ve Üzülmüş (n 106) 1127.

¹¹⁹ Zafer (n 4) 535-536; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 1) 211; Ünver ve Hakeri (n 7) 602.

¹²⁰ Benzer konudaki yakın görüş için bkz. Roxin, Schünemann (n 5) 130.

¹²¹ Bress, D. G. (1966). Professional Ethics in Criminal Trials: View of Defense Counsel's Responsibility. *Michigan Law Review*, 64(8), 1493, 1494. Ayrıca bkz. Akil, C. (2018). Avukatların Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 35, 41, 48.

¹²² "Avukat mesleki çalışmasını; kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde yürütmek ve mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır." TBB Disiplin Kurulu, E. 995/71 K. 995/72 T. 09.09. 1995; Ankara Barosu Dergisi, 1995/4, 96 (Güner (n 38) 583, dn. 79'dan naklen).

¹²³ "...Avukat olan sanığın, olay tarihinde piyasaya sahte para sürmek suçundan hakkında soruşturma yürütülen ve Eyüp Emniyet Müdürlüğü Çocuk Büro Amirliğine getirilip kimlik tespiti yapılan müvekkili Y. Ş'nin gerçek kimlik bilgilerini gizleyip kardeşi M.Ş'nin kimlik bilgilerini beyan ettiği ve bu kapsamda kimlik tespit tutanağı düzenlendiği, müdafî olan sanığın bu durumu bilmesine rağmen kimlik tespit tutanağını imzaladığı, Y.Ş.

makamının bilgece ve hikmet sahibi olarak karar vermesine yardımcı olmak gibi bir işlevi olan müdafî, hakikati yok eden bir hareket sergilediğinde veya hakikati araştıran yargılama makamına yalancı tanık sunan bir davranış ortaya koyduğunda sır saklama yükümlülüğünün sınırlarını aşmış olur¹²⁴. TCK'nın *yalan tanıklık* suçunun düzenlendiği 272'nci maddesinin birinci fıkrasına göre "[h]ukuka aykırı bir fil nedeniyle başlatılan bir soruşturma kapsamında tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapan kimseye, dört aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir." Açıktır ki, müdafînin yargılama sürecinde tanık olarak dinlenecek kişileri gerçeğe aykırı olarak beyanda bulunmaya yönlendirmesi hukuka aykırıdır ve bu yöndeki fiilinden dolayı TCK'nın 272'nci maddesinde düzenlenen *yalan tanıklık* suçuna azmettirmeden sorumlu tutulması gerekir¹²⁵. Nitekim, gerçeği yalanla donatmak, yargının tarafsızlığıyla alay etmek olarak nitelendirilmektedir¹²⁶.

Kabul edildiği üzere, savunma diyalektiğinin temel unsuru kandırıcı değil inandırıcı olabilmektir¹²⁷ ve hukuka aykırı yollarla sanığı beraat ettirmek, hukuka aykırı yollarla mahkûm ettirmekle eşit derecede yanlış kabul edilmelidir¹²⁸. Bu sebeple, sır saklama yükümlülüğünün sınırlarını aşan ve müdafilik görevinin yerine getirilmesinden uzak davranışlar dolayısıyla müdafînin ceza sorumluluğunun söz konusu olması gerekir. Söz gelimi, TCK'nın *yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs* suçunun düzenlendiği 277'nci maddesinin birinci fıkrasına göre "[g]örülmede olan bir davada gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek veya bir haksızlık oluşturmak amacıyla, davanın taraflarından birinin, sanığın, katılanın veya mağdurun lehine veya aleyhine sonuç doğuracak bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da beyanda bulunması için, yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." Keza TCK'nın adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçunun düzenlendiği 288'inci maddesine göre de "[g]örülmede olan bir davada veya yapılmakta olan bir soruşturmada, hukuka aykırı bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da gerçeğe aykırı beyanda bulunması için, yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunan kişi, elli günden az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır." Bu sebeple ifade etmek gerekir ki, müdafînin 277'nci ve 288'inci maddede anılan kişileri "hukuka aykırı olarak" etkilemesi suç teşkil eder ve tabiatıyla müdafilik görevi kapsamında değerlendirilmez. Dolayısıyla tüm bu durumlarda görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni söz konusu olmaz.

Benzer şekilde, müdafînin görevi nedeniyle öğrendiği suç delillerini sır saklama yükümlülüğü gereği bildirmemesi başka, karartması başkadır. TCK'nın *suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme* suçunun düzenlendiği 281'inci maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesine göre "[g]erçeğin meydana çıkmasını engellemek amacıyla, bir suçun delillerini yok eden, silen, gizleyen, değiştiren veya bozan kişi, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." Ayrıca ikinci fıkrada da bu suçu kamu görevlisinin göreviyle bağlantılı olacak şekilde işlemesi durumunda verilecek cezanın yarı oranında artırılacağına hükmedilmiştir. Bu kapsamda olmak üzere, müdafînin, gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek amacıyla müdafiliğini üstlendiği veya müdafiliğinden yararlanmak maksadı ile kendisine başvuran kişinin işlemiş olduğu suçun delillerini silme, yok etme, değiştirme, gizleme yahut bozma yönündeki filleri bahsi geçen suçun unsurlarının oluşmasına sebebiyet verecektir. Müdafilik görevi ile bağdaşmayan bu fillerden dolayı bittabi görevin yerine

isimli şahsın nezaret çıkış raporu alındığı sırada hastaneden kaçtığı ve hakkında M.Ş. kimlik bilgileriyle yakalama emri çıkarıldığı, M.Ş.'nin daha sonra yakalanması sonucunda olayın ortaya çıktığı, eyleminin Avukatlık Kanununun 36. maddesindeki sır saklama mükellefiyeti kapsamında değerlendirilmeyeceği..." Yargıtay 5. CD., E. 2012/9089 K. 2013/9072 T. 23.09.2013.

¹²⁴Noonan (n 5) 1488-1489.

¹²⁵Özgenç (n 100) 343.

¹²⁶Noonan (n 5) 1488.

¹²⁷Erem (n 2) 5.

¹²⁸Bress (n 121) 1498.

getirilmesi hukuka uygunluk nedeni de uygulanmaz. Gerçekten, müdafin suçtan kaynaklanan varlık veya suçun işlenmesinde araç olarak kullanılan cisimleri saklaması, meslek sırrı olarak kabul edilemez¹²⁹. Bilakis bu durumda ilgili suçun, göreviyle bağlantılı olacak şekilde kamu görevlisince işlenmiş olması nedeniyle sözü geçen maddenin ikinci fıkrası uyarınca verilecek cezanın yarı oranında artırılmasını gerektiren nitelikli hâli gündeme gelir. Keza, TCK'nın *suçluyu kayırma* suçunun düzenlendiği 283'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre "[s]uç işleyen bir kişiye araştırma, yakalanma, tutuklanma veya hükmün infazından kurtulması için imkân sağlayan kimse, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." Ayrıca ikinci fıkrada da bu suçu kamu görevlisinin göreviyle bağlantılı olacak şekilde işlemesi durumunda verilecek cezanın yarı oranında artırılacağına hükmedilmiştir. Bu bağlamda ifade etmek gerekir ki müdafî, müdafiliğini üstlendiği kişiyi veya müdafiliğinden yararlanmak maksadı ile kendisine başvuran kişiyi, yakalanmaktan veya tutuklanmaktan ya da hakkındaki cezanın infaz edilmesinden kurtulmasını sağlamak maksadıyla örneğin bürosunda veya konutunda saklayamaz ya da yurt dışına kaçırılmasını sağlamak amacıyla imkân sağlayamaz¹³⁰. Aksi hâlde yine yukarıda açıklanan aynı gerekçelerle, sır saklama yükümlülüğü ile müdafilik görevi kapsamı içinde değerlendirilebilecek bir durum söz konusu olmayacak ve müdafin, işaret edilen suçun nitelikli şeklinden cezalandırılması gerekecektir.

D. Müdafin Sır Saklama Yükümlülüğünü İhlal Etmesi

Sır saklama yükümlülüğü ile bağlı olan müdafin, bu yükümlülüğe riayet etmesi ve görevi nedeniyle vâkıf olduğu meslek sırrını saklaması gerekir. Aksi durumda müdafin bu yükümlülüğü ihlal ettiği sonucuna ulaşılır ve bu durum da müdafin disiplin ve ceza sorumluluğuna gidilmesini gerektirir¹³¹. Örneğin müdafin şüphelinin veya sanığın aleyhine olan delillerin yerini bildirmesi ne müdafilik göreviyle ne sır saklama yükümlülüğüyle bağdaşacağı için meslek sırrının ifşa edilmesi neticesini beraberinde getirecektir¹³². Belirli meslek sahiplerinin meslek sırrını saklamaması durumunda cezalandırılmaları, bu kişilerin mesleklerinin icrası sırasında belirli sırları öğrenmelerinden, bu sırların kendileriyle paylaşılması hâlinde ise mesleklerinin icrasının imkânsız veya olağanüstü zor duruma gireceğinden ve bu kişilerin icra ettikleri mesleklere toplumun duyduğu saygıdan ileri gelmektedir¹³³. Ancak Avukatlık Kanunu'nun 36'ncı maddesinde, avukatın sır saklama yükümlülüğü düzenlenmiş olsa da bu yükümlülüğe aykırılık hâlinde herhangi bir ceza yaptırımını öngörülmemiştir. Buna karşın, müdafin sır saklama yükümlülüğüne aykırılık teşkil eden davranışları, TCK'nın 258'inci maddesiyle hüküm altına alınmış olan göreve ilişkin sırrın açıklanması suçunun oluşmasına neden olabilir¹³⁴. Zira göreve ilişkin sırrın açıklanması suçuna dair hüküm, meslek sırrının açıklanmasının yasaklanmasına karşın cezai sonuca bağlanmadığı hâllerde, kamu görevlisinin yerine getirdiği görev sebebiyle öğrendiği bir sırrı açıklaması durumunda genel ve tamamlayıcı norm olarak uygulanabilme kabiliyetini haizdir¹³⁵.

Bahsi geçen maddenin ilk fıkrasına göre, "[g]örevi nedeniyle kendisine verilen veya aynı nedenle bilgi edildiği ve gizli kalması gereken belgeleri, kararları ve emirleri ve diğer tebligatı açıklayan veya yayınlayan veya ne suretle olursa olsun başkalarının bilgi edinmesini kolaylaştıran kamu görevlisine, bir yıldan dört

¹²⁹Erem (n 52) 36.

¹³⁰Özgenç (n 100) 343; Koca ve Üzülmüş (n 106) 1123.

¹³¹Taner, F. G. (2021). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği* (2. bs.). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 234.

¹³²Bozdağ (n 4) 50-59.

¹³³Atabek (n 60) 97.

¹³⁴Benzer görüş için bkz. Centel ve Zafer (n 1) 249; Mahmutoğlu ve Talas (n 104) 30. Suç tipi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özen ve Köksal (n 61) 189 ff; Alşahin (n 61) 219 ff.

¹³⁵Özen ve Köksal (n 61) 193 ff. Ayrıca bkz. Erman, S., Özek, Ç. (1992). *Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar* (TCK 202-281). İstanbul: Işık Matbaacılık, 142 ff; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 61) 863.

yıla kadar hapis cezası verilir.” Yine aynı maddenin devam eden fıkrasına göre de “[k]amu görevlisi sıfatı sona erdikten sonra, birinci fıkra yazılı fiilleri işleyen kimseye de aynı ceza verilir.”. Bu düzenlemeye binaen avukatın, “görevi nedeniyle kendisine verilen veya aynı nedenle bilgi edindiği ve gizli kalması gereken belgeleri, kararları ve emirleri ve diğer tebligatı” izahı yahut yayımlaması veya başkalarının bilgi edinilmesini kolaylaştırması hâlinde anılan hüküm kapsamında ceza sorumluluğu gündeme gelir. Bahsi geçen 258’inci madde, belgeye dayalı olmaksızın edinilen sırları gözetmediği gerekçesiyle uygulamada sorunlara neden olabileceği yönünden eleştirilmektedir¹³⁶. Gerçekten, müdafî yerine getirdiği görevin mahiyeti itibarı ile çokça zaman sırda sözlü şekilde vâkıf olur. Ayrıca yine suçun kanuni tanımında yer verilen “gizli kalması gereken belgeler, kararlar, emirler ve diğer tebligat” ifadeleri içerisinden karar, emir ve tebligat avukat-müvekkil arasındaki ilişkiye uygun olmaması bakımından eleştirilmiştir¹³⁷. Kanaatimizce avukatlık sırrının açığa vurulmasına ilişkin bir düzenlemeye özel olarak Avukatlık Kanunu’nda yer verilmesi isabetli olacaktır. Ancak Avukatlık Kanunu Taslağı’nda da bu hususta bir düzenlemeye rastlanmamaktadır¹³⁸.

Göreve ilişkin sırrın açıklanması suçu, TCK’nın 257’nci maddesiyle hüküm altına alınmış olan görevi kötüye kullanma suçunun özel bir şeklidir¹³⁹; görevi kötüye kullanma suçuna dair hüküm ise umumi, tamamlayıcı, tali bir hükümdür¹⁴⁰. Bahsi geçen 257’nci maddenin birinci fıkrasına göre “[k]anunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” Kanaatimizce, müdafîe sözlü şekilde aktarılan bilgilerin sır saklama yükümlülüğüne aykırı olarak müdafî tarafından açığa vurulması hâlinde her ne kadar 258’inci maddenin uygulanma kabiliyeti olmasa da bu durumdaki müdafîin -şayet kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına da sebep olmuşsa- bahsi geçen 257’nci maddenin birinci fıkrası uyarınca görevi kötüye kullanma suçundan cezalandırılabilmesi gerekir. Nitekim Avukatlık Kanunu’nun 62’nci maddesine göre de Avukatlık Kanunu ve diğer kanunlar uyarınca avukat vasfıyla yahut Türkiye Barolar Birliği’nin veya baroların organlarında görevli olarak kendisine verilen görev ve yetkiyi kötüye kullanan avukat, TCK’nın 257’nci maddesi hükümleri uyarınca cezalandırılır. Bu açıklamalardan sonra sonuç olarak ifade etmek gerekir ki, bir avukat olarak sır saklamakla mükellef olan müdafî de bu yükümlülüğe aykırı davranması hâlinde unsurları gerçekleşmişse somut olayın şartlarına göre TCK’nın 258’inci maddesi bağlamında göreve ilişkin sırrın açıklanması suçundan veya TCK’nın 257’nci maddesinin birinci fıkrası bağlamında görevi kötüye kullanma suçundan dolayı cezalandırılacaktır.

Bir karşılaştırma yapabilmek adına, karşılaştırmalı hukuk düzenlemelerinden Alman hukukundaki duruma da kısaca bakmakta fayda vardır. Zira özellikle müdafîin hukuki durumuna ilişkin teorilere daha ziyade Alman ceza muhakemesi hukuku öğretisinde rastlanılması sebebiyle çalışmanın ilk bölümünde ağırlıklı olarak Alman hukuk literatüründen istifade edilmiştir. Bu bağlamda müdafîin sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranmasının sonuçlarına da en azından mevzuat durumu itibarıyla değinmek, bir kısmı karşılaştırmalı şekilde ele alınan konunun bu perspektiften de bakılarak tamamlanmasını sağlayacaktır. Alman Ceza Kanunu’nda (Strafgesetzbuch, StGB)¹⁴¹ 203’üncü madde ile özel sırların ihlal edilmesi suçu düzenlenmiş olup ayrıntılı olarak kaleme alınan bu maddede meslek sırları ve avukatlık mesleği de kapsama alınmıştır. Ayrıca

¹³⁶Mahmutoğlu ve Talas (n 104) 31; Ünver (n 103) 416; Özek, Ç. (1997). Adliye Karşı Suçların Hukuksal Konusu. *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 55 (3), 13, 37; Erman ve Özek (n 135) 145.

¹³⁷Mahmutoğlu ve Talas (n 104) 31.

¹³⁸Bkz <<https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/adaletbakanligiavukatlikyasasi.pdf>> Erişim tarihi 8 Mayıs 2023.

¹³⁹Alşahin (n 61) 245; Artuk, Gökcen, Alşahin ve Çakır (n 61) 878.

¹⁴⁰Üzülmüş, İ. (2012). Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257). *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16(1), 191, 212; Alşahin (n 61) 245; Artuk, Gökcen, Alşahin ve Çakır (n 61) 878.

¹⁴¹<<http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>> Erişim tarihi 8 Mayıs 2023.

ilgisinin ölümünden sonra da yetkisi olmaksızın başkasının sırrını açığa vuran kişinin cezalandırılacağına hükmedilmiştir (StGB § 203 Abs. 5). Böylece Alman Ceza Kanunu'na göre müdafî, şüpheli veya sanık öldükten sonra dahi, yerine getirdiği müdafilik görevi dolayısıyla öğrendiği ve herkesçe bilinen veya önemi itibarıyla gizli kalması gerekmeyen hususlar dışındaki bilgileri saklamakla ve gizliliklerini ihlal etmemekle yükümlüdür; aksi hâlde özel sırların ihlali suçundan dolayı sorumlu tutulması gündeme gelebilecektir. Bu durumda somut olayın şartlarına göre Alman Ceza Kanunu'nun 203'üncü maddesinin 1 ila 4'üncü fıkralarının uygulanması söz konusu olabilir. Sonuç olarak Alman hukukunda, sır saklama yükümlülüğüne aykırı bir davranış hâlinde, avukatın veya müdafînin bahsi geçen maddelere binaen duruma göre cezalandırılabilmesi mümkündür. İlgili maddelerin ayrıntılı şekilde kaleme alınmış olmasının yanı sıra, bilhassa sır sahibinin öldükten sonraki duruma değinilmiş olması ayrıca dikkat çekmektedir. TCK'nın 258'inci maddesinde ise sır sahibinin ölümüne ilişkin bir düzenleme yer almadığı görülmektedir. Kanaatimizce TCK'daki bu tutum avukatlık sırrı açısından bir eksiklik olarak nitelendirilemez. Zira yukarıda değinildiği ve özellikle Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nda da açıkça ortaya konulduğu üzere, avukatlık sırrının muhafaza edilmesi süresizdir. Durum böyleyken sır sahibinin ölümüne ceza içeren normda ayrıca yer verilmesi, konuya özellikle işaret etme amacı güden bir hüküm olma niteliğini taşımaktan öteye gitmeyecektir. Ayrıca sır sahibinin ölümünden sonra, sır saklama yükümlülüğüne aykırı bir davranış dolayısıyla avukatın veya müdafînin cezalandırılması kanunilik ilkesine de kanaatimizce aykırılık teşkil etmeyecektir. Çünkü, bu husus avukatlık meslek sırrının doğasına ait bir niteliktir; aksi bir kabul, ceza içeren normda avukatlık meslek sırrının tüm özelliklerinin de ortaya konulması anlamına gelir. Her ne kadar durum bu şekilde olup kanaatimizce sır sahibinin ölümü durumunda da TCK'nın 258'inci veya duruma göre şartları gerçekleştirmişse 257'nci maddelerinin uygulanmasında hiçbir duraksama yoksa bile, bir ihtimal uygulamada meydana gelebilecek muhtemel duraksamaların önünü alabilmek adına kanun koyucunun, Avukatlık Kanunu'nda avukatlık meslek sırrının açığa vurulmasına ilişkin ayrıntılı ve özel bir hüküm ihdas edebilmesi de bir seçenek olarak ileri sürülebilir. Ancak bu yöndeki bir düzenlemenin eksikliği salt bu açıdan pek hissedilebilir olmasa bile, bu alt başlık altında yukarıda işaret edildiği üzere avukatın veya müdafînin göreve ilişkin sırra çoğu zaman "sözlü" şekilde vakıf olduğu durumlarda TCK'nın 258'inci maddesinin uygulanma kabiliyetinin bulunmaması, avukat-müvekkil veya müdafî-şüpheli/sanık arasındaki ilişkinin hususiyeti ve mahiyeti itibarıyla avukatlık sırrının açığa vurulmasına ilişkin özel ve müstakil bir düzenlemeye olan ihtiyacı belirgin kılmaktadır.

Son olarak, müdafînin sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesinin kimi zaman soruşturmanın gizliliğinin ihlal edilmesi neticesini de beraberinde getirebileceği durumlara işaret etmek gerekir. Bu mesele gücü yadsınamayacak şekilde büyüyen medya karşısında ve iletişim araçlarının şekil değiştirerek yaygınlaşıp çoğaldığı günümüzde gittikçe önem kazanmaktadır. Özellikle, ceza muhakemesi sürecinin devam ettiği kimi olaylara medyanın ilgi duyması sıklıkla karşılaşılan bir durum hâlini almıştır. Günlük hayatta, medya temsilcilerinin dosya içeriklerine müdafîler aracılığıyla erişmek istemeleri ve bunun karşılığında bir bedel olarak iyiniyetli bir haber yapmayı sunma tekliflerine müdafîlerin prensip olarak kendilerini kapatmaları gerekir¹⁴². Nitekim TCK'nın 285'inci maddesinin birinci fıkrasında soruşturmanın gizliliğinin ihlali suçu düzenlenmiştir, buna göre:

"(1) Soruşturmanın gizliliğini alenen ihlal eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Bu suçun oluşabilmesi için;

a) Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğinin açıklanması suretiyle, suçlu sayılmama karinesinden yararlanma hakkının veya haberleşmenin gizliliğinin ya da özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi,

¹⁴²Müller, E., Schlothauer, R., Knauer, C. (Hrsg.) (2022). *Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung* (3. Aufl.). München: Verlag C.H. Beck, § 45 Kapitalstrafsachen kn. 48, Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesi, savunmanın "basın yoluyla" yargılama yapma girişimlerinden kaçınması gerektiğinin altını çizmektedir.

b) Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğine ilişkin olarak yapılan açıklamanın maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engellemeye elverişli olması, gerekir.”

Gerçekten, soruşturma evresindeki usul işlemleri, CMK'nın 157'nci maddesinde açıklandığı üzere, kural olarak gizlidir^{143,144}. Ancak bu gizliliğin savunmaya karşı ileri sürülmesi, kural olarak beklenemez. Nitekim CMK'nın 153'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre, müdafinin, soruşturma evresinde dosya muhtevasını inceleme ve istediği belgelerin birer nüshasını harçsız şekilde alma yetkisi bulunmaktadır. Yargıtay, soruşturmanın gizliliği konusundan anlaşılması gerekenin, suçun işlenmesinden kamu davasının açılmasına dek geçen zaman aralığı içinde şüphelinin ya da şüphelilerin gecikmeden tespit edilmesi ve kaçmalarının önlenip suça ilişkin delillerin tam şekilde toplanarak kamu davasının açılabilmesi imkânının temin edilmesi olduğunu ifade etmektedir¹⁴⁵. Ancak diğer taraftan, soruşturmanın gizliliği, lekelenmeme hakkı ve masumiyet karinesi bakımından da kritik bir role sahiptir. Zira ceza muhakeme süreci sonunda şüphelinin suçsuz olduğu anlaşılırsa hayatına kaldığı yerden devam edebilmesi için lekelenmeme hakkının ihlal edilmemesine dikkat edilmesi hayati önem taşır. Ne var ki ceza muhakemesine taşınan olaylar kimi zaman toplumsal infial yaratabilmektedir ve bu gibi durumlarda kamuoyunun belli ölçüde bilgilendirilmesi, sansasyonların ve dezenformasyonların önüne geçilmesi için gerekli olmaktadır.

Günümüzde bilgi ve iletişim teknolojileri alanındaki gelişmeler hızla devam etmekte ve bunun neticesinde haberleşme gün geçtikçe boyut değiştirmekte, hız kazanmakta ve yaygınlaşmaktadır. Bu durumun olumlu etkilerinin yanı sıra olumsuz etkileri de kendini hissettirmektedir. Olumsuz etkilerin başında sosyal medya ağlarında dezenformasyonunun yaygınlaşması gelmektedir. Olumsuz etkilerin önüne geçmek adına, soruşturmanın gizliliği ilkesinin haber verme hakkıyla çelişmeyecek biçimde tatbik edilmesi önem taşır¹⁴⁶. Gerçekten, kişilerin haber alma hakkı anayasal bir haktır. Nitekim TCK'nın gizliliğin ihlali suçunun düzenlendiği 285'inci maddesinin altıncı fıkrasında da soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin haber verme sınırları aşılmadan haber konusu yapılmasının suç oluşturmayaacağı ifade edilmiştir. Yargıtay da TCK'nın bahsi geçen maddesinin, suç veya yargılamaya ilişkin kamuoyuna bilgi verilmesinin engellenmesini içermediğini açıkça ifade etmekte ve basın yayın özgürlüğü ile haber ve yorum yapma hakkının hukuka uygunluk nedeni olduğunun altını çizmektedir¹⁴⁷. Ancak söz gelimi müdafinin kamuoyu oluşturarak yargılama makamı üzerinde baskı tesis etme amacını gerçekleştirmek üzere gerçeğe aykırı veya yanlış bir haber yapılması karşılığında soruşturma dosyasını inceleme yetkisini kullanarak edindiği bilgileri basın mensupları ile paylaşması, suçun oluşması için gereken diğer unsurların da varlığı hâlinde, soruşturmanın gizliliğinin ihlali suçunun oluşmasına yol açar. Ayrıca 285'inci maddenin dördüncü fıkrasında, gizliliğin ihlali suçunun kamu görevlisi tarafından ve görevinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi, suçun daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hâli olarak düzenlendiği için, müdafinin bu nitelik hâl dolayısıyla cezasının da artırılması da gerekir. Ancak soruşturma dosyasını inceleme yetkisini

¹⁴³Ayrıntılı bilgi için bkz. Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 617; Okuyucu Ergün, G. (2010). Soruşturmanın Gizliliği. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 59(2), 243-275; Ceyhan, M. (2013). Soruşturmanın Gizliliği ve Müdafinin Dosyayı İnceleme Yetkisi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 109, 465-483; Centel ve Zafer (n 1) 114 ff; Öztürk (n 38) 613.

¹⁴⁴TCK'nın 285'inci maddesinin gerekçesinde bu konuda aynen aşağıdaki açıklamalara yer verilmiştir:

“Hukukun genel kurallarından birisi, soruşturmanın gizliliğidir. Soruşturma evresinin içeriği ve sınırları, bu evrenin ne suretle cereyan edeceği, aktörleri ve yetkileri kanunla saptanmıştır. Soruşturma evresi genel olarak ve esas itibarıyla kamuya karşı gizli biçimde cereyan eder. Soruşturma evresinin gizliliği, bir defa ceza adaletinin doğruluk, dürüstlük, gerçeğe ulaşma ilkelerine uyulması için bir zorunluluktur. Ancak, her şeyden önce suçsuzluk karinesinin sağlam tutulabilmesi yönünden de vazgeçilemez niteliktedir. Aksi takdirde, bizde ve yabancı ülkelerde örneklerine rastlandığı üzere yargısız infazlar sonucu insanlar ıstıraplara sürüklenmekte ve suçsuzluk karinesi böylece lafta kalmaktadır.” <<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877bd-aa54-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=5237#step-2>> Erişim tarihi 8 Mayıs 2023.

¹⁴⁵Yargıtay 14. CD., E. 2018/10198 K. 2019/9443 T. 06.05.2019.

¹⁴⁶Yenisey ve Nuhoğlu (n 1) 611. Ayrıca bkz. Müller, Schlothauer, Knauer (n 142) § 21 Strafverteidigung und Medien kn. 1-4.

¹⁴⁷Yargıtay 4. CD., E. 2010/5233 K. 2012/5399 T. 7.3.2012.

haiz müdafin bu şekilde edindiği bilgileri açığa vurmaması, sadece soruşturma evresinin gizliliğinden ileri gelmez; müdafin bu yetkisini kullanarak edindiği bilgileri aynı zamanda sır saklama yükümlülüğü kapsamında da gizli tutup açığa vurmaması gerekir. Müdafin aksi yöndeki bir tutumu, müdafilik görevi ile bağdaşmayacağından, görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninden yararlanmayacak ve TCK'nın 285'inci maddesinin yanı sıra TCK'nın 258'inci maddesi kapsamında göreve ilişkin sırrın açıklanması suçunun unsurlarının gerçekleşmesine de neden olacaktır. İlaveten, TCK'nın 288'inci maddesinde düzenlenen adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçu da gerçekleşmiş olabilir. Buna karşın, bu durumda müdafin TCK'nın 44'üncü maddesi gereğince en ağır cezayı gerektiren göreve ilişkin sırrın açıklanması suçundan cezalandırılması gerekir. Öte yandan, böyle bir olayda soruşturmanın gizliliğinin ihlali suçun oluşması için gerekli diğer hususların gerçekleşmemesi, mesela ilgili maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerin meydana gelmemesi hâlinde, soruşturmanın gizliliğinin ihlali suçu oluşmaz. Ancak bu durumda yukarıda göreve ilişkin sırrın açıklanması suçu ile adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçu bakımından yapılan değerlendirmeler aynen geçerli olmaya devam eder. Sonuç olarak her ne kadar medyanın toplumsal mağduriyetleri tespit etmesi ve bunları haber olarak sunması meşru bir görev ise de bunun sınırları olduğunu ifade etmek gerekir¹⁴⁸. Basın, görülmekte olan davalar hakkında kamuoyu oluşturmak maksadıyla kullanılmamalı¹⁴⁹ ve soruşturmanın gizliliği ile ceza muhakemesi süjelerinin hakları ihlal edilmemelidir¹⁵⁰. Kısacası, soruşturma dosyasını inceleme yetkisini haiz müdafî, bu yetkisini kullanmak suretiyle edindiği bilgileri açığa vuracak eylemlerden kaçınmakla yükümlüdür¹⁵¹.

Sonuç

CMK'nın lafzına ve ruhuna uygun olarak, müdafin, hukuk sistemimizde “şüpheli veya sanığın adalete de hizmet eden yardımcısı” olarak nitelendirilmesi ve dolayısıyla ikili bir konumunun bulunduğu kabul edilmesi gerekir. Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi tarafından da benzer yaklaşımlar benimsenmiştir. Bu ikili konumu dolayısıyla müdafin her zaman dengeli bir pozisyonda bulunması gerekir. Bu açıdan, müdafî, şüpheli veya sanığın lehine hareket etmelidir ancak bu hareketlerinde adli organların işleyişini engellemek gibi adaleti saptırma girişimi olarak nitelendirilebilecek sınır çizgilerini ihlal etmemelidir. Diğer yandan ise kamu yararına ve adalete hizmet etmelidir, ancak bu hizmeti gerçekleştirirken yardımcısı olduğu şüpheli veya sanığın aleyhine bir harekette bulunmamaya özen göstermelidir.

¹⁴⁸Müller, Schlothauer, Knauer (n 142) § 21 Strafverteidigung und Medien kn. 1-2.

¹⁴⁹Güngör, D. (2015). Ceza Muhakemesi Sürecinde Medyada Yaratılan Önyargı ve Adil Yargılanma Haklarının Korunması. *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 3 (2), 307, 309.

¹⁵⁰Bu dengenin korunması amacıyla, böyle durumlarda nasıl bir yol izleneceği Hâkim Savcılar Kurulu'nun 18.10.2011 tarihli 33 No'lu “Soruşturmanın gizliliği ve basının bilgilendirilmesi” konulu Genelgesi ile düzenlenmiştir. Buna göre bir suçun işlenmesinin ardından **soruşturma ile ilgili açıklama ancak Hakimler ve Savcılar Kurulu tarafından basın sözcüsü olarak görevlendirilen Cumhuriyet savcısı aracılığıyla ve Cumhuriyet başsavcısının bilgilendirilmesi koşuluyla yapılabilir**. Görevlendirme yapılmayan yerlerde de Cumhuriyet başsavcısının sözlü veya yazılı açıklama yapılabilir. Bu genelgede ayrıca, basın açıklamasının kişinin suçlu olduğuna yönelik kamuoyunun izlenimini uyandıracak mahiyette ya da hâkimlerin veya mahkemelerin vakıaları değerlendirmelerinde peşin hükümlü hareket etmelerine yol açabilecek nitelikte olmaması gerektiğinin altı çizilmiştir. Ayrıca yine bu Genelgeye göre soruşturma evresindeyken soruşturma dosyasının içeriğini inceleyip istediği belgelerin örneğini alabilen şüphelinin veya müdafin, mağdur, şikayetçi ya da suçtan zarar gören ile vekillerinin **gizli olarak kalması icap eden konuları açıklamamaları noktasında uyarılmaları** gerektiği ifade edilmiştir.

¹⁵¹Bu konuda, TCK'nın 285'inci maddesinin gerekçesinde şu açıklamalara yer verilmiştir:

“Usul kanunları, soruşturma evresinde tarafların ve özellikle şüphelinin ve avukatının yetkilerini belirtmektedir. **Avukat, soruşturma dosyasını incelemek olanağına sahiptir. Avukat adalete hizmet eden bir mesleğin mensubu olarak dosyadan elde ettiği bilgileri kanunun verdiği olanaklar çerçevesinde sadece müvekkilini savunması için kullanacak, bunları yayınlamak, örneğin medyaya vermek gibi fillere girişmeyecektir. Ancak, elbette ki, soruşturması yapılan suçlar hakkında, halkın bilgi sahibi olmak ihtiyacı da vardır. Medya bu suçlar hakkında bilgilenererek halkın bilgi edinmek ihtiyacını karşılamak görevindedir. Medya mensupları, bu konularda doğru haber elde edemediklerinde öteden beriden devşirilen ve çok kere yanlış olan bilgileri halka yansıtmakta ve insanların en temel hakkı olan suçsuzluk karinesi böylece ihlâl edilmektedir; soruşturma da zarar görmekte ve delillerin yok edilmesi hususunda, elbette ki istemeden şüphelilere yardım sağlanmış olmaktadır.**”<<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877bd-aa54-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=5237#step-2>> Erişim tarihi 8 Mayıs 2023 (vurgu eklenmiştir).

Savunma hakkının doğal bir gereği olan ve Avukatlık Kanunu'nun 36'ncı maddesinde hüküm altına alınan sır saklama yükümlülüğü gereğince avukat, mesleğini icra ederken öğrendiği sırları açığa vurmamalıdır. Bu yükümlülüğe aykırı davranışlar, somut olayın şartlarına göre TCK'nın 258'inci maddesi bağlamında göreve ilişkin sırrın açıklanması suçunun veya TCK'nın 257'nci maddesinin birinci fıkrası bağlamında görevi kötüye kullanma suçunun oluşumuna sebebiyet verebilir. Avukatın sır saklama yükümlülüğü, ceza yargılamasında şüpheli veya sanığın avukatı olan müdafî için de doğal olarak geçerlidir. Hatta bu yöndeki bir sır saklama yükümlülüğünün önemi, ceza yargılamasında hukuk yargılamasına nazaran kendini daha belirgin şekilde göstermektedir. Zira örneğin müdafî veya müdafilik görevini üstlenmesi talebi ile kendisine başvuru alan avukat, bu görevi sebebiyle kimi zaman işlenmiş bir suça vâkıf olabilir, kimi zaman hakkında tutukluluk kararı veya mahkûmiyet hükmü verilmiş birinin veya işlenmiş bir suçun delillerinin bulunduğu yeri öğrenebilir. Ancak bu örneklerde yetkili mercilere herhangi bir bildirimde bulunmazsa kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçundan yahut tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme suçundan dolayı mahkûm edilemez; çünkü görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni dolayısıyla suçların hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmemiştir. Zira verilen örneklerde müdafilik görevinin hukuki durumu hakkında benimsenen anlayış göz önünde bulundurulduğunda, sır saklama yükümlülüğü kapsamında değerlendirilebilen bir davranış söz konusu olmaktadır.

Bu açıklamalardan sonra ayrıca, müdafîin suç delillerini karartması, şüpheli veya sanığı bürosunda veya konutunda saklaması yahut bu kişilerin yurtdışına kaçmaları konusunda yardım sağlaması, adaleti sarsma girişimi olarak kişileri yalan tanıklık suçuna azmettirmesi, kamuoyu oluşturma gayesiyle gizli kalması gereken soruşturma dosyasını medya ile paylaşması ve benzeri davranışlarının ise müdafilik görevi kapsamında olmadığını ve hukuk düzeni tarafından korunmadığını eklemek gerekir. İfade etmek gerekir ki bu sonuç, müdafîin hukuki durumu konusunda benimsenen "müdafîin, şüpheli veya sanığın adalete de hizmet eden yardımcısı olduğu" anlayışının bir neticesidir. Diğer taraftan, müdafîin hukuki durumu noktasında ceza hukuku öğretisinde çeşitli görüşler ileri sürülmüş ve bu görüşlerin her birine göre müdafîin hak ve yetkileri farklılaşmaktaysa da CMK'nın lafzına ve ruhuna uygun olan anlayışa göre ancak bahsedilen sonuçlara varılması mümkündür.



Hakem Değerlendirmesi
Çıkar Çatışması
Finansal Destek

Dış bağımsız.
Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.
Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer Review
Conflict of Interest
Grant Support

Externally peer-reviewed.
Author declared no conflict of interest.
Author declared no conflict of interest.

Yazar Bilgileri
Author Details

Özge Ceren Yavuz Kılıç (Arş. Gör.)

¹ Necmettin Erbakan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Konya, Türkiye

0000-0002-0139-3999 ocyavuz@erbakan.edu.tr

Bibliyografya | Bibliography

- Akil, C. (2018). Avukatların Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 35, 41-56.
Aksoy, M. R. (2022). *Vekilin Sır Saklama Yükümlülüğü* (1. bs.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.



- Alşahin, M. E. (2014). Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması Suçu (TCK m. 258). *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20(2), 219-250.
- Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E., Çakır, K. (2017). *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (16. bs.). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Atabek, R. (1982). Banka Sırrı. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 11(4), 95-117.
- Aykın, H. (2008). Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede Şüpheli İşlem Bildirim Sistemi. *Bankacılar Dergisi*, 65, 37-65.
- Başar Centel, N. (1984). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları: 29.
- Başpınar, V. (2008). Avukatın Özen Borcu. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(1-2), 39-62.
- Bayraktar, K. (2015). Adalet Sisteminde Avukatın Rolü. *İstanbul Barosu Dergisi*, 89(1), 15-23.
- Beulke, W. (2008). *Strafprozessrecht* (10. Aufl.). Heidelberg: C. F. Müller Verlag.
- Bosch, N. (2012). Die Rechtsstellung des Strafverteidigers. *Juristische Ausbildung*, 34(12), 938-946.
- Bozdağ, A. (2014). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Bress, D. G. (1966). Professional Ethics in Criminal Trials: View of Defense Counsel's Responsibility. *Michigan Law Review*, 64(8), 1493-1498.
- Centel, N., Zafer, H. (2022). *Ceza Muhakemesi Hukuku* (21. bs.). İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
- Ceyhan, M. (2013). Soruşturmanın Gizliliği ve Müdafinin Dosyayı İnceleme Yetkisi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 109, 465-483.
- Çelik, İ. (2022). *Nitelikleri, Hak ve Yükümlülükleri Kapsamında Avukatlık Suçları* (2. bs.). Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Çetin, S. H. (2020). 5549 Sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanuna Göre Avukatların Bildirim Yükümlülüğü. *Avrasya 4. Uluslararası Sosyal Bilimler Kongresi-Proceeding Book*, 59-74. Erişim adresi <https://www.avrasyakongresi.org/_files/ugd/7cf5ba_a7aecf14bbc64a89ba6f1d2a92cfd08.pdf> Erişim tarihi: 8 Mayıs 2023.
- Donatsch, A. (2020). StPO Art. 171 Zeugnisverweigerungsrecht aufgrund eines Berufsgeheimnisses. In Donatsch, A., Lieber, V., Summers, S., Wohlers, W. (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO* (3. Aufl.). Zürich-Basel-Genf: Schulthess Juristische Medien AG.
- Dornach, M. (1995). Ist der Strafverteidiger aufgrund seiner Stellung als "Organ der Rechtspflege" Mitgarant eines justizförmigen Strafverfahrens?. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2, 57-62.
- Donay, S. (1978). *Meslek Sırrının Açıklanması Suçu*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti.
- Dursun, S. (2005). 5271 sayılı CMK'da Müdafî. *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 3, 125-130.
- Dülger, M. V. (2012). Ceza Muhakemesinde Müdafinin Konumu ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar. *Ankara Barosu Dergisi*, 4, 39-76.
- Erdem, M. R. (2009). Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m. 278). *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 80, 105-120.
- Erem, F. (1942). Ceza Hukukunda Meslek Sırrı. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1), 35-72.
- Erem, F. (1969). Avukatlık Sırrı. *Ankara Barosu Dergisi*, 5, 838- 841.
- Erem, F. (1977). Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 34(1), 1-7.
- Erem, F. (1977). *Meslek Kuralları (Şerh)* (3. bs.). Ankara: Sevinç Matbaası.
- Erem, F. (1988). Savunma ve Ceza Yargılamasının Temeldeki Kusurları. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1, 91-99.
- Erman, S., Özek, Ç. (1992). *Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 202-281)*. İstanbul: Işık Matbaacılık.
- Franck, L. (2015). Auskunft nach § 34 BDSG und anwaltliche Schweigepflicht. *Newsdienst der Zeitschrift für Datenschutz (ZD)-Aktuell*, Heft 12. Erişim adresi: <<http://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-ZDAKTUELL-B-2015-N-04740>> Erişim tarihi: 8 Mayıs 2023.
- Freedman, M. H. (1966). Professional Responsibility of The Criminal Defense Lawyer: The Three Hardest Questions. *Michigan Law Review*, 64(8), 1469-1484.
- Gökçen, A., Balcı, M., Alşahin, M. E., Çakır, K. *Ceza Muhakemesi Hukuku* (4. bs.). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Gökpınar, M. (2022). *Ceza Hukukunda Görevin Yerine Getirilmesi* (1. bs.). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Güner, S. (2000). Avukatın Özen Yükümlülüğü. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2, 557-586.
- Günerkök, Ö. (2003). Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü. *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(1-2), 655-667.
- Güngör, D. (2015). Ceza Muhakemesi Sürecinde Medyada Yaratılan Önyargı ve Adil Yargılanma Haklarının Korunması. *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 3 (2), 307-310.
- Hamacher, R. (2012). Das anwaltliche Berufsgeheimnis und die Geldwäsche. *Wistra: Zeitschrift für Wirtschafts-und Steuerstrafrecht*, (4), 136-141.
- İzveren, A. (1955). Bankalardaki Mesleki Sır ve Hukuki Neticeleri. *Adalet Dergisi*, 46(6), 321-330.
- Kaplan, İ. (1990). Banka Gizliliği-Bankanın Sır Saklama Borcu. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 15(4), 3-22.
- Karakehya, H., Arabacı, M. (2015). Ceza Muhakemesinde Müdafinin Önemi, Hukuki Statüsü ve Müdafiliğe İlişkin Problemler. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 22, 59-89.
- Kılıç, Y. (2019). *Osmanlı Hukuku'nda Vekalet Sözleşmesi*. Ankara: Adalet Yayınevi.

- Klemke, O., Elbs, H. (2019). *Einführung in die Praxis der Strafverteidigung* (4. Aufl.). Heidelberg: C. F. Müller Verlag.
- Koca, M. (2012). Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(1), 113-128.
- Koca, M., Üzülmaz, İ. (2020). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (7. bs.). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Koca, M., Üzülmaz, İ. (2022). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. bs.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Kocaoğlu, S. S. (2017). *Müdafi* (3. bs.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Kocasakal, Ü. (2017). *Türk Ceza Kanununda Suçu Bildirmeme Suçları, TCK 278-279-280* (1. bs.'dan tıpkı bs.). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Kunter, N. (1961). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası.
- Kuru, M. (2020). Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesinde Şüpheli İşlem Bildirimi ve Avukatlık Mesleği İlişkisi. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(195-196), 1773-1811.
- Lackner, K., Kühl, K., Heger, M. (2023). *Strafgesetzbuch Kommentar*. (30. Aufl.) München: Verlag C. H. Beck.
- Mahmutoğlu, F. S., Dursun, S. (2004). *Türk Hukuku'nda Müdafinin Yasaklılık Halleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Mahmutoğlu, F. S., Talas, S. (2007). Avukatların Görev Suçları ve Yargılanması Rejimi. *İstanbul Barosu Dergisi*, Ceza Hukuku Özel Sayı: 1, 13-38.
- Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı. (2021). *Serbest Avukatlar İçin Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Yükümlülüklerle İlişkin Temel Esaslar*. Erişim Adresi https://d.barobirlik.org.tr/2021/tbb_20210406155548.pdf
- Meran, N. (2013). *Zimmet-Rüşvet-İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları* (3. bs.). Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Müller, E., Schlothauer, R., Knauer, C. (Hrsg.) (2022). *Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung* (3. Aufl.). München: Verlag C.H. Beck.
- Noonan, J. T. (1966). The Purposes of Advocacy and The Limits of Confidentiality. *Michigan Law Review*, 64(8), 1485-1492.
- Okay, S. (1953). Meslek Sırrını İfşa. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, 10(1-4), 235-245.
- Okuyucu Ergün, G. (2010). Soruşturmanın Gizliliği. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 59(2), 243-275.
- Özbek, V. Ö., Doğan, K., Bacaksız, P. (2022). *Ceza Muhakemesi Hukuku* (15. bs.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özbek, V. Ö., Doğan, K., Bacaksız, P. (2022). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. bs.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özek, Ç. (1997). Adliye Karşı Suçların Hukuksal Konusu. *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 55 (3), 13-50.
- Özen, M. (2023). *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku* (6. bs.). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Özen, M., Köksal, A. (2020). Göreve İlişkin Sırrın Açıklanması Suçu. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 69(1), 189-232.
- Özgenç, İ. (2022). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. bs.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özkan Koç, S. D. (2022). *İşçinin Sır Saklama Yükümlülüğü* (1. bs.). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Öztürk, B. (Ed.) (2022). *Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku* (9. bs.). Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Paulus, R. (1992). Dogmatik der Verteidigung. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 7, 305-332.
- Pehlivan, A. (2013). Soruşturma Evresinde Müdafî ve Vekilin Evrak İnceleme Yetkisi. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, 1491-1539.
- Regan, R. (1943). *Professional Secrecy in the Light of Moral Principles, with an Application to Several Important Professions*. Washington, D.C.: Augustinian Press.
- Roxin, C., Schünemann, B. (2022). *Strafverfahrensrecht* (30.Aufl.). Nördlingen: Verlag C. H. Beck.
- Sarı, C. (2022). Kamu Görevlilerinin Sır Saklama Yükümlülüğü ve Yasa Dışı Eylemlerin Bildirilmesi Zorunluluğu İkilemi: Bir Örnek Olayda Avukatın Tanıklığı. *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 12(2), 441-452.
- Sevig, V. R. (1938). Meslek Sırrı. *Adliye Ceridesi*, 12, 1893-1911.
- Schönke, A., Schröder, H. (2019). *Strafgesetzbuch Kommentar* (30. Aufl.). München: Verlag C. H. Beck.
- Siebk, M. M. (2022). Das anwaltliche Berufsgeheimnis und die neue europäische Geldwäschaufsicht. In Schubel, C., Kirste, S., Müller-Graff, P. C., Diggelmann, O., Hufeld, U., *Jahrbuch für Vergleichende Staats- und Rechtswissenschaften-2022*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG., 215-230.
- Sungurtekin, M. (1999). *Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri* (2. bs.). İzmir: Barış Yayınları.
- Taner, F. G. (2021). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği* (2. bs.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Tezcan, D., Erdem, M. R., Önok, M. (2023). *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (21. bs.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Toroslu, N., Feyzioğlu, M. (2016). *Ceza Muhakemesi Hukuku* (16. bs.). Ankara: Savaş Yayınları.
- Tosun, Ö. (1971). *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası Vârisleri Koll. Şti.
- Umar, B. (2014). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (2. bs.). Ankara: Yetkin Yayınları.



- Ünver, Y. (2023). *TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar, İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, Suçu İhbar Etmemek Suçları* (7. bs.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Ünver, Y., Hakeri, H. (2023). *Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I* (20. bs.). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Üzülmez, İ. (2012). Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257). *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16(1), 191-216.
- Wiebel, B. (1970). *Das Berufsgeheimnis in den freien Berufen Untersuchungen zur Soziologie und Geschichte der Berufe des Arztes, Rechtsanwalts und Strafverteidigers*. Opladen: Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH.
- Wild, M. S. (2008). *Die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht in Deutschland und Frankreich: unter besonderer Beachtung der sich aus dem grenzüberschreitenden Rechtsverkehr ergebenden Kollisionsfälle*. Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH.
- Yenidünya, A. C., İçer, Z. (2016). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Yenisey, F., Nuhoğlu, A. (2023). *Ceza Muhakemesi Hukuku* (11. bs.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Yurtcan, E. (2019). *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi* (9. bs.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Zafer, H. (2004). *Faille Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu*. İstanbul: Beta Yayınevi.
- Zafer, H. (2013). Savunma Hakkı ve Sınırları. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, 507-540.

