

# AVUKAT, HAKİM VE SAVCILARIN ARANMASI

Prof. Dr. Ersan ŞEN\*

---

\* İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı  
Öğretim Üyesi.



## 1. GENEL AÇIKLAMA

**B**ireyin özel hayatın gizliliği ve korunmasının ihlali anlamına gelen önleme ve adli arama tedbirinin hukuki dayanağı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) 8/2 ve Anayasanın 20/2 ve 21. maddeleridir. Asıl olan; bireyin üstünün, otomobilinin, bürosunun veya konutunun aranmaması ve takip edilmemesidir. Bunun istisnası, suçun önlenmesi ve işlendiği iddia olunan suçun delilleri ile faillerinin ortaya çıkarılıp elde edilmesi amacı olarak gösterilebilir. Suçun önlenmesi için, sadece kişinin üstü, otomobili ve yanında taşıdığı eşya aranır, fakat ev ve bürosu bu arama türü kapsamına girmez.

Demokratik hukuk toplumunda kişinin en önemli hakkı olarak kabul edilen özel hayat, konut ve işyeri dokunulmazlığı hakkı, ancak Anayasa m.13'e uygun olarak, İHAS m.8/2, Anayasa m.20/2 ve 21/2'de çizilen çerçevede ışığında kanunla sınırlanabilir. Hiç kimse, keyfi olarak bir başkasının üzerini, evini, işyerini ve kullandığı vasıtayı arayamaz. Bu arama suç olacağı gibi, bu aramadan elde edilen deliller de hukuka aykırı delil niteliği taşıyacaktır. Anayasa m.38/6'ya göre hukuka aykırı deliller, hiçbir yargılama türünde bireyin aleyhine kullanılamaz.

Makul şüphe ve somut nedenler olmadıkça, yani gerekmedikçe, insanın özel hayat hakkını ihlal eden arama tedbirine başvurulmamalı ve bu amaçla hakime veya kanunla yetkili kılınan makama yapılan talepler, aramaya muhatap olacak insan üzerinde makul şüphe oluşmadıkça veya şüpheli veya sanığın ya da suç delillerinin aranacak yerde bulunabileceğine dair somut nedenlerin varlığı tespit edilmedikçe reddedilmelidir. Hukuk devleti olmanın gereği budur. Arama tedbirine başvurulması, bir kural değil, istisnadır.

Anayasa m.20/2 ve 21'e göre, net bir şekilde havaalanı, havalimanı, alışveriş merkezleri, insanların toplandığı açık veya kapalı ya da yarı açık yerlerde, hastane, yani kamuya tümünden veya kısmen açık (ücreti veya üyelik karşılığı ya da kabul karşılığı girilebilen mekanlarda) alanlarda yapılan aramalar, ya hakim kararına veya kanunla yetkili kılınan merciin yazılı emir vermesine bağlıdır. Bunun dışında; kimsenin üzerinin, yanında taşıdığı eşya veya çantanın, arabasının içinin veya bagajının güvenlik veya başka gerekçe ile aranması, kaba arama, sıvazlama, yoklama, hatta kamu kudreti kullanan karşısında muvafakatli arama talebi karşısında bireyin özgür iradesi ile hareket edemeyeceği (çünkü o hizmeti almak veya oraya girmek zorunda olabilir ya da kolluktan korkabilir, çekinebilir) karine olarak kabul edilmesi gerektiğinden, izinli arama da mümkün değildir. Bu durumun bazı güvenlik sorunlarına yol açacağı ileri sürülse de, insan haysiyetini ve şerefini rencide etmeyecek veya sağlığı üzerinde olumsuz etki bırakma ihtimali olmayacak şekilde kullanıma sunulan (örneğin insanın çıplak halini göstermeyen ve insanın vücut hatlarına dokunmayan ve sağlığını tehlikeye düşürmeyen) teknik cihazlardan yararlanılabilir. Bu da bir arama

olarak düşünülse de, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkını zedeleyen, insanın vücuduna dokunmaya, elbisesini, ceplerini, üzerinde veya yanında taşıdığı eşyayı yoklamaya, onları ellemeye elverişli olmadığından, güvenlik gerekçesi ile teknik cihaz kullanılabilir. Teknik cihazın kullanımı sonucunda, bireyin üzerinde veya çantasında içeri girmeye engel bir şey olduğu şüphesine ulaşırsa, birey göstermeye davet edilir, imtina ettiği takdirde içeri alınmaz. Bu aşamadan itibaren Anayasa m.20/2 devreye girecektir. Anayasa m.11 uyarınca, herkesi bağlayan ve üst norm olan Anayasa hükümleri asla gözardı edilemez.

Kanaatimizce, özellikle polisin ve polis yetkisi ile donatılan kamu görevlilerinin (5188 sayılı Kanunun tanımına giren özel güvenlik personeli hariç) şüpheli durumda, karar veya yazılı emir olmaksızın işin ve durumun aciliyeti gereği bireyin üzerini ve o an yanında bulunan eşyayı arayabilmesi, bulundurulması veya o yerde olması yasak eşyaya (eşya listesi keyfi olamaz, yani yasal dayanağı olmalıdır) veya suç unsuruna rastlandığında geçici olarak elko-yabilmesi gerekir. Anayasa m.20/2'nin bu amaca uygun şekilde düzenlenmesi ve dolayısıyla alt norm olan yasalarda da bu yönde değişiklik yapılması, ancak bu kuralları ihlal eden veya keyfi kullanan kamu görevlilerinin de ağır şekilde cezalandırılmasını öngören yasal düzenlemelerin yapılması gerektiği fikri ileri sürülebilir. Konut, işyeri, otomobil ve sair vasıta bu kapsamda değerlendirilmemelidir. Bu alanlar, yine hakim kararı veya gecikmesinde somut sakınca bulunan veya umulan ve hakim kararının beklenmesinin mümkün olmadığı hallerde kanunla yetkili kılınan makamının yazılı emri ile aranabilmelidir.

Otomobil ve diğer vasıtaların, zorunlu hallerde arama kararı istisnası çerçevesinde kabulünün doğru olacağı da düşünülebilir. Örneğin; birkaç kişinin Polis 155'e yaptığı ihbara veya polisin çevreyi dolaştığı sırada görgüsüne göre, gözle görülebilir şekilde elinde veya camdan dışarı doğru uzanmış pompalı tüfekli birisinin hızlı ve/veya trafik kurallarını ihlal ederek araç kullandığı veya gecenin 3'ünde sokakta ışıkları yanar vaziyette birisinin veya birkaç kişinin elinde silah görünümlü eşyayı veya şüphe çeken bavul ya da eşyayı otomobilin arka tarafına veya bagajına koymaya çalıştıkları, bu kişi veya kişilerin ilk defa görüldüğü veya şüpheli hareketlerde buldukları veya konuştukları tespit edildiğinde, aracı durduran veya ihbara konu yere derhal ulaşan polisin, somut olayın özellikleri sebebiyle, şüpheli kişilerden kimlik sorması, güvenliği sağlama suretiyle bu kişilerin üzerini, eşyasını ve otomobilini, hakim kararı ve yazılı emir olmaksızın arayabilmesi gerekir. Bu noktada, elbette polis bağlı olduğu birime ilgili yere giderken bilgi aktarmalı, mümkünse en azından el bilgisayarı veya cep telefonu vasıtasıyla yazılı emir almalı, fakat bunların dahi mümkün olmadığı durumda arama yapabilmelidir. Polis, şüpheli şahsa "*birkaç dakika karar/yazılı emir gelinceye kadar bekleyin*" veya "*beni yarım saat bekleyin karar/yazılı emir alıp geleceğim, sakın bir yere ayrılmayın*" diyemeyeceğine göre, akıll

ve mantık gereği doğrudan doğruya arama yapabilmelidir. Yapılan aramada, herhangi bir yasak eşya veya suç unsuruna rastlanmasa dahi, arama keyfi veya maksadını aşacak ya da tacize neden olacak şekilde yapılmadığı sürece, kolluğun hukuka aykırı davranmadığı kabul edilmelidir.

Mevcut durumda bu tür aramalar; “*meşru savunma*” adlı hukuka uygunluk benzeri hal, izinli arama (mağdurun/ilgilinin rızası) veya Türk Hukuku’nda dayanağı olmayan ve esasında tipik arama türlerinden olan sıvazlama, yoklama, kaba arama gibi yöntemlere başvurularak, “*de facto*” ve Anayasaya aykırı şekilde yapılmaktadır. Hukuk devletinde doğru olan bu değildir.

Anayasa ve kanunların net bir şekilde; kimin ne şekilde aranabileceğini, sıfatlardan kaynaklanan farklılıkları, aramada güvenlik gerekçesiyle hassasiyet gösterilecek yerleri (hem aranacak ve hem de korunması gereken mekanlar açısından), aramaların ne şekilde yapılacağını, yani elle veya cihaz kullanılarak yapılacak arama yöntemlerini, arama konusu yapılacak yerlerin, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına müdahalenin dereceleri ve arama konusunun önemine göre sınıflandırılmasını, önleyici ve adli aramaya konu edilecek yerleri, şüphenin derecesini, kimlerin karar, yazılı ve sözlü emir vermeye yetkili olduğunu, hangi hal ve şartlarda gecikmesinden zarar umulan halin varlığı kabul edilerek doğrudan doğruya arama yapılabilceğini, özel güvenlik birimlerinin yetkilerini ve yetkili olduğu alanları, güvenlik gerekçesi ile kullanılan teknik cihazların kullanım yer ve şekilleri ile kimler tarafından, ne şekilde kurulup kullanılabilceğini, sadece tümü ile kamuya açık olmayan, izinle veya kabulle girilen işyeri, konut ve mekanlarda mağdurun/ilgilinin rızasının geçerli olacağını, bu rızanın sonucunda elle veya cihazla yapılacak aramanın insan haysiyet ve şerefine aykırı olamayacağını, aksine davranışın taciz veya cinsel saldırı ya da cinsel istismar sayılabileceğini, bunun dışında kamu hizmetine tahsis edilen tüm yerlere giriş ve çıkışlarda ortak kural ve uygulamaların, yalnızca yerin güvenlik açısından taşıdığı önemine göre değişebilecek şekilde tatbikini öngören, bunun yanında kamu görevlileri ile cihazla aramaya yetkili kılınanların ceza sorumluluklarını gösteren düzenlemelere yer verilmesi, kural boşluğu, farklı ve keyfi uygulamaya yol açabilecek, her durumda insanı olağan şüpheli yapabilecek elle veya cihazla aramaya tabi kılmayacak, sürekli olarak kamu görevlileri ile insanları karşı karşıya getirmeyen, güvenlik gerekçesini ifrada taşımayan, “*insan hak ve hürriyetleri*” gerekçesi ile de kolluğun arama yetkisini bertaraf etmeyen hükümlere yer verilmesi gerekmektedir.

Elbette sorun sadece Anayasa ve kanun değişiklikleri ve yeknesak metinlerin kabulü ile bitmeyecek, ancak başlangıç olacaktır. Yazılı hukuk sistemini izleyen bir hukuk devletinin önce, insan hak ve hürriyetlerini gözeten hukuk kuralına ihtiyacı vardır. Sonrasında ise, uygulama sorunları ile hukuk kültüründe yaşanan

bozuklukların, hem uygulayıcı ve hem de birey dikkate alınmak suretiyle hukuk kurallarının istikrarlı ve eşit biçimde tatbiki ile çözüme kavuşması beklenmelidir.

Arama, sadece arama kararı veya yetkili merciin yazılı arama emri ile yapılabilir. Anayasaya göre, bunun dışında arama yapılabilmesi mümkün değildir. Özellikle önleyici arama ve gecikmesinde zarar bulunan hallerde suçun delillerinin toplanmasında, aramanın hakim kararına ve bazı zorunlu durumlarda bile kanunla yetkili kılınan merciin yazılı emrine bağlı tutulması eleştirilmektedir. 4709 sayılı Kanunla değiştirilen 1982 Anayasası'nın 20. maddesinin 2. fıkrasına göre, suçun önlenmesi amacıyla veya suç işlendiği iddiası ile kişinin üstünün kolluk tarafından aranması dahi, önce hakim kararının, eğer gecikmesinde sakınca bulunan bir hal varsa yetkili makamın yazılı emrine bağlı tutulmuştur.

"Demokratikleşme" adı altında Anayasada yapılan değişiklikler elbette olumludur, ancak bu noktada ölçüyü de kaçırmamak gerekir, çünkü Anayasanın değişik 20/2. maddesi, eğer suç işlediği iddia olunan kişilerin üzerlerinin aranmasını da kapsayacak şekilde yorumlanırsa, belki özel hayat hakkını çok genişleten ve koruyan bir sonuç ortaya çıkacaktır. Ancak faillerin kendilerine ve başkalarına zarar vermeden yakalanması ve delillerin karartılmadan ve bozulmadan elde edilmesinde ciddi sorunlar yaşanacaktır. Ayrıca Anayasanın bu hükmü, suç işlediği iddiasıyla yakalanan kişinin üstünün o an için derhal aranması zorunluluğu birçok bakımdan gerekli olacağından, zaten pratikte uygulama kabiliyetini de kazanamayacaktır. Örneğin, şüphelinin kendisinin veya başkasının can güvenliği, varsa üzerinde taşıdığı ateşli silah, kesici alet ve diğer silahların alınması gibi nedenlerle, şüphelinin üst ve varsa yanında taşıdığı eşyanın aranması gerekir.

Anayasa m.20/2'yi, suç işlediği iddiası ile kişilerin üstlerinin aranmasını engellemeyecek şekilde değerlendirmek ve anlamak gerekir. Ancak Anayasanın bu hükmünde, kolluğun üst araması yapabilmesine yetkili kılınabilmesi için bir değişikliğe ihtiyaç olduğunu da belirtmek isteriz. Aksi halde, mevcut Anayasa karşısında kolluğun kaba arama, sıvazlama veya yoklama gibi, amacı arama olan yöntemlere başvurabilmesi mümkün değildir. Bu durumda kolluk açısından TCK m.120, 123 ve 257'nin ihlali kaçınılmaz şekilde gündeme gelecek ve bunlardan özel ceza normu niteliği taşıyan "Haksız arama" başlıklı TCK m.120'de öngörülen ceza kamu görevlisi fail hakkında tatbik edilecektir. Bunun yegane istisnası, meşru savunma şartlarının varlığı halinde yapılan aramadır ki, bu da ancak suçüstü halinde yakalama tedbirinin tatbiki ile mümkün olabilir.

TCK m.26/2 tarafından bir hukuka uygunluk sebebi olarak öngörülen mağdurun rızasından hareketle, muvafakatli aramanın kabulü ve kolluk kuvveti tarafından hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınan merciin yazılı emri ile arama yapılamaz. Çünkü kamu görevlisi, TCK m.24 uyarınca, kanun hükmünü ve amirin kanuna uygun emrini yerine

getirmekle görevlendirilmiş ve yetkili kılınmıştır. Kamu kudreti kullanıcısı kamu görevlisinin arama isteğini kabul eden bireyin, bu muvafakatinin özgür iradesine dayalı olduğunu da kimse ileri süremez.

5188 sayılı Kanunla yetkili kılınan özel güvenlik görevlilerinin arama yapabilmesi mümkün değildir. Ancak bu şahısların ve kamu kurum ve kuruluşlarında görevli olan kamu görevlilerinin, bireyin vücuduna temas etmeksizin, üzerini, yanında taşıdığı eşyayı, hakim kararı ve gecikmesinde zarar umulan hallerde kanunla yetkili kılınan merciin yazılı emri olmaksızın arayabilmesi mümkün değildir. Ancak bu kısıtlama, alışveriş merkezlerinde, eğlence yerleri ile konser ve stadyumlarda mağdurun rızası ve özel mülke giriş şartı ve havaalanı, havalimanı, okul gibi alanlarda da yine mağdurun rızası ve hizmet almanın şartı olarak gösterilmektedir. Bir başka ifadeyle, Anayasaya aykırı şekilde arama tasarrufunun tatbik edildiği görülmektedir. Oysa özel mülkte ve kamu görevlisi gibi kabul edilen özel güvenlik görevlilerinin haricinde, bu gerekçeler belki dayanak bulmakla birlikte, Anayasa m.20/2 ve 21'in açık hükümleri karşısında, hakim karar ve kanunla yetkili kılınan merciin yazılı emri bulunmaksızın, x-ray, dedektör ve denetleme cihazları hariç önleyici maksatlı arama yapılabilmesi mümkün değildir.

## 2. AVUKATLARIN ARANMASI

CMK m.130'a göre, "(1) Avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur.

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

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

Görülebileceği üzere, 130. maddenin birinci fıkrasında avukat bürolarının ancak "*mahkeme kararı*" ile aranabileceği ifade edilerek, avukat bürolarının soruşturma aşamasında değil, kovuşturmada arama tedbirine konu edilebileceği

ifade edilmiştir. Ancak maddenin ikinci fıkrasında avukat bürolarının soruşturma aşamasında da aranabileceğine dair hükme yer verilerek, birinci fıkrada öngörülen sınırlamanın terk edildiği görülmektedir. Bu durumda, ya birinci fıkrada bir eksiklik bulunmamakta, kanun koyucu bilerek ve isteyerek avukat bürolarının soruşturma aşamasında aranmasını istememekte veya birinci fıkrada sehven eksiklik yapılmakla birlikte, bu eksiklik ikinci fıkra ile giderilmektedir.

Kanaatimizce, avukat bürolarında arama ve elkoymanın özel olarak CMK m.130'da düzenlendiği dikkate alındığında, bir de bunun yanında soruşturma aşamasında avukat bürolarının aranmayacağını söylemek, maddenin ikinci fıkrasındaki açıklık sebebiyle mümkün olamayacaktır. İkinci fıkrada soruşturma aşamasında da avukat bürolarında arama ve elkoyma tedbirine başvurulamayacağı belirtilmiş olsa idi, soruşturma aşamasında avukat bürolarında arama ve elkoyma tedbirine başvurulamayacağı söylenebilirdi.

Avukat, evini büro gibi de kullanmakta ise, bu halde CMK m.130 devreye girecektir. Bunun yanında, ceza soruşturması ve kovuşturmasını takip eden müdafii ile müvekkilinin yazışmaları, dosyası, görüşmeleri ve sair soruşturma ve kovuşturmaya konu olan belgeleri, hiçbir şekilde, arama, elkoyma ve incelemeye tabi tutulamaz. Bunun dayanağını, "Savunma" başlığı altında yer alan CMK m.149 ila 156 oluşturur (CMK m.149/3, 154).

CMK m.130'un tatbiki, avukatın görevinden doğan veya görevi sırasında işlediği iddia olunan suçla sınırlı değildir. Avukatın görevinden doğan veya görevi sırasında işlediği iddia olunan suç olmasa bile, savunma makamını temsil eden avukatın bürosunun ve büro olarak da kullandığı evinin prensip olarak dokunulmazlığı vardır. Bu dokunulmazlığın ihlali ve avukat bürolarında arama yapılabilmesinin usulü, sıkı şekilde şartlarına bağlı tutularak CMK m.130'da düzenlenmiştir. Hangi gerekçe ile olursa olsun avukatın bürosu, ancak CMK m.130'da öngörülen prosedür uyarınca aranabilir, elkoyma ve postada elkoyma tedbirleri tatbik edilebilir.

CMK m.130'dan hareketle, avukatlar hakkında arama, elkoyma ve postada elkoyma büroları ile sınırlı olup, avukatın evini, otomobilini ve üstü ile yanına taşıdığı eşyayı kapsamayacağı ileri sürülebilir. Bu noktada, özel kanun niteliği taşıyan 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesi devreye girecektir.

Avukatlık Kanunu m.58'e göre, "Avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığının vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır. Avukat yazıhaneleri ve konutları, ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir. Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamaz".



İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 16.12.1992 tarihli Niemietz–Almanya kararına göre, “Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliği konusuna gelince; arama kararını veren Mahkemenin gösterdiği gerekçeler izlenen meşru amaçla ilgilidir. Ancak arama kararında, hiçbir sınırlama getirilmeyerek, suçun konusu olan mektup sahibinin kimliğini ortaya çıkarabilecek her türlü belgenin aranması ve bunlara elkonulması gibi geniş terimlere yer verilmiştir. Bu durum, bir avukatın bürosunun aranması sırasında bağımsız gözlemcinin bulunması yönünde güvence de getirmeyen Alman Hukuku bakımından özel önem taşımaktadır. Daha da önemlisi, olayda incelenen belgeler dikkate alındığında, yapılan aramanın mesleki gizliliğe tecavüz edecek şekilde orantısız olduğu görülmektedir. Aranan kişi avukat olduğunda, mesleki gizliliğe tecavüz edilmesi, adaletin gerektiği şekilde dağıtılması üzerinde olumsuz sonuçlar oluşturarak, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesinde güvence altına alınan hakları da ihlal edebilir. Ayrıca bu durum, başvuruçunun mesleki itibarını da etkiler. Somut olayda, demokratik bir toplumda gerekli olmayan müdahale sebebiyle özel yaşama saygı hakkının, konuta saygı hakkının ve haberleşmeye saygı hakkının ihlali sonucuna varılmalıdır”.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, bir avukatın ofisi ile ilgili verilen arama kararının genişliğini, bu karardan hareketle yapılan keyfi uygulamayı, avukatlık bürosunun aranması sırasında bağımsız bir gözlemcinin bulunmamasını, bir an için gözlemci bulunsa dahi yapılan aramanın kapsamını ve avukatlık mesleğinin gizliliğine tecavüz edecek şekilde orantısız uygulanmasını, bunun adaletin dağıtılması üzerinde doğuracağı olumsuz sonuçların dürüst yargılanma hakkını zedelemesini hukuka aykırı bulmuş ve başvuruçunun talebi ile sınırlı olarak ofisinde arama yapılan avukatın özel yaşamına konutuna ve haberleşmesine saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. CMK m.130'da, avukat bürolarının ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet Savcısının denetiminde aranabileceği ve arama sırasında baro başkanı veya onu temsil eden bir avukatın hazır bulunacağı öngörülmektedir. Özel yasa olan 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinde ise, sadece avukat yazıhanelerinin değil, konutlarının da CMK m.130'da gösterilen usul ve şartlara uygun aranması gerektiğini belirten bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu hüküm, hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararına sunan, kamu hizmeti özelliği taşıyan ve serbest olarak icra edilen avukatlık mesleğinin, dolayısıyla savunma hakkının ne derece önemli olduğunu ve kamu otoritesinin dilediği zaman bu mesleği icra edenin meslek ve hatta özel yaşamına giremeyeceğini ortaya koymaktadır.

CMK m.130 ile Avukatlık Kanunu m. 58 arasında önemli fark bulunmaktadır. CMK m.130, avukatın görevinden doğan veya görevi sırasında işlendiği iddia olunan suç ayırımı yapmayarak, her durumda avukatın bürosunda arama, elkoyma ve postada elkoymayı özel prosedüre bağlamıştır. Özel kanun niteliği

taşıyan Avukatlık Kanunu m. 58 ise, avukatın görevinden doğan veya görevi sırasında işlediği iddia olunan suçlardan dolayı bürosunun dışında konutunun da özel prosedüre bağlı olarak aranacağını ifade etmiştir. CMK m.58'de elkoyma ile ilgili hüküm bulunmadığından, avukatlık ofisi dışında kalan avukatlık evinin aranması sonucunda elde edilen delil ve belgeler hakkında elkoyma tedbiri, genel hükümler uyarınca tatbik edilecektir.

Avukatın üstü ise, ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali hariç, asliye ceza mahkemesinin veya sulh ceza mahkemesinin görev alanına girip de yargılaması ağır ceza mahkemesinde olanlar da dahil avukatın üzeri ve yanında taşıdığı eşya, otomobili ve kullandığı diğer araçlar aranmaz. Bu noktada Avukatlık Kanunu, özel yetkili-genel yetkili mahkeme ayırımı yapmadığı gibi, bir özel kanun sıfatı ile avukatından doğan veya görevi sırasında işlediği suç ayırımına da başvurmaksızın, ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçüstü halleri dışında, işlediği iddia olunan suçun adı veya görevle ilgili olup olmadığına bakılmaksızın avukatın üzerinin aranmayacağını ifade etmektedir.

Aramanın muhatabı avukatın şüpheli ve sanık olmayıp da üçüncü kişi olması durumunda, büro ve büro olarak kullandığı konutu ile birlikte üstü yine aranmayacağı, fakat konutunun CMK m.117 ve 119'da öngörülen genel hükümler uyarınca aranabileceği ileri sürülebilir.

Avukatlık Kanunu'nun 61. maddesine göre, "Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü halinde soruşturma, bizzat Cumhuriyet savcısı tarafından genel hükümlere göre yapılır". Bu hüküm, gerek CMK m.130 ve gerekse Avukatlık Kanunu m. 58'de hakkında özel hüküm bulunan arama ve elkoyma tedbiri dışında tatbik edilebilir. Avukatın üst araması, ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü halinde zaten genel hükümlere göre yapılacaktır.

### 3. HAKİM VE SAVCILARIN ARANMASI

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 88. maddesine göre, "Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü halleri dışında suç işlediği ileri sürülen hakim ve savcılar yakalanamaz, üzerleri ve konutları aranamaz, sorguya çekilemez. Ancak, durum Adalet Bakanlığına derhal bildirilir. Birinci fıkra hükümlerine aykırı hareket eden kolluk kuvvetleri amir ve memurları hakkında yetkili Cumhuriyet savcılığı tarafından genel hükümlere göre doğrudan doğruya soruşturma ve kovuşturma yapılır".

Hakim ve savcılarının, ağır ceza mahkemesinin görevlerine giren suçüstü halleri dışında üzerleri, konutu ve ofisi aranmaz. Kanun koyucunun 88. maddede "ofis" kavramına yer vermemesi de bir sorun teşkil etmeyecektir. Çünkü özel

hayatın gizliliği ve korunması bakımından daha hassas ve önemli bir yere sahip olan konutta arama yapılamadığı bir durumda, hakim ve savcının ofisinde ve işyeri için kullandığı diğer yerlerde arama yapılabilmesi düşünülemez.

Hakim ve savcılar için öngörülen arama yasağı, sadece hakim ve savcının görevinden doğan veya görevi sırasında işlendiği iddia olunan suç kapsamaz. Özel yetkili mahkemenin kapsamına girip girmemesi veya adi suç niteliğini taşıyıp taşınamaması ayırımı yapılmaksızın, hakim ve savcılarının üzerleri, dolayısıyla yanında taşıdığı eşya, konutu ve büroları aranamaz. Bu hususta, yukarıda avukatların üzerlerinin aranamaması ile ilgili olarak Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi ile ilgili yaptığımız açıklamalara atıfta bulunmak istiyoruz.

Belirtmeliyiz ki, hakim ve savcının üstü ve yanında taşıdığı eşya, sadece hakim veya gecikmesinde zarar bulunan hallerde kanunla yetkili kılınan yetkili merciin yazılı emri dışında, alışveriş merkezlerinde, havaalanı, havalimanı, eğlence yerleri, konser salonları ve diğer kamuya açık yerlerde de aranamaz. Bunun istisnası, x-ray, dedektör ve diğer denetleme cihazlarından geçme zorunluluğudur. Bunun en iyi örneği, tutukevlerine ve cezaevlerine giriş sırasında yaşanabilir. Bu anlamda, tutukevi ve cezaevine girmek isteyen hakim, savcı ve avukat, vücuduna dokunulmaksızın ve üzerleri aranmaksızın denetleme cihazından geçmek zorunda kalacaktır.

Hakim ve savcı, suçun şüphelisi veya sanığı olmayıp da, “*Diğer kişilerle ilgili arama*” başlığını taşıyan CMK m. 117 kapsamında üçüncü kişi sıfatını taşıdığı durumda da, yine arama tedbirine tabi tutulamayacaktır. Çünkü 2802 sayılı Kanun m. 88’de, “*ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü halleri dışında*” ibaresine yer verilerek, bu istisna dışında arama yapılamayacağı ifade edilmiştir.

Yukarıda avukatlar, özellikle hakim ve savcılar için yer verdiğimiz açıklamalar, arama tedbirinin tatbiki konusunda bu sıfatı taşıyanlar için öngörülen istisna ve özel prosedürler bir ayrıcalık olarak görülebilir. Ancak bunlar keyfi imtiyazlar olmayıp, taşınan sıfatın ve icra edilen mesleğin özelliği, yargının bağımsızlığı, yani baskı altına alınamaması ve yargı görevini en iyi şekilde icra etmesi ile ilgilidir. Ayrıca bu imtiyaz, yargının kurucu unsurları olarak kabul edilen hakim, savcı ve avukatlara güven ve saygının bir gereği, hakim ile savcılarla birlikte avukatları kapsamayı yönü ile de “*silahların eşitliği*” ilkesinin bir teminatıdır.

